

أَبْنُفَتْرَانَا
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

شَيْخُ
مَخْتَصِرِ الْكُتُبِ الْكُفْرِيَةِ

تَأَلِيفُ
أَبِي الْحُسَيْنِ الْقُدُورِيِّ
أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ الْبَغْدَادِيِّ الْهَنْفِيِّ -
(٥٤٢٨ هـ)

تَحْقِيقُ
د. عَبْدَ اللَّهِ نَذِيرَ أَحْمَدَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ
عَضُوهُيَّةَ التَّدْرِيسِ بِجَامِعَةِ الْمَلِكِ عَبْدِ الْعَزِيزِ

الجزء الأول

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

أسفلة

لنشر نفييس الكنب والرئائل العامية

دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: [@sfaar16](https://twitter.com/sfaar16)



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي، حولي - شارع المثني - مجمع البديري - ت، ٢٢٦٥٧٨٠٦

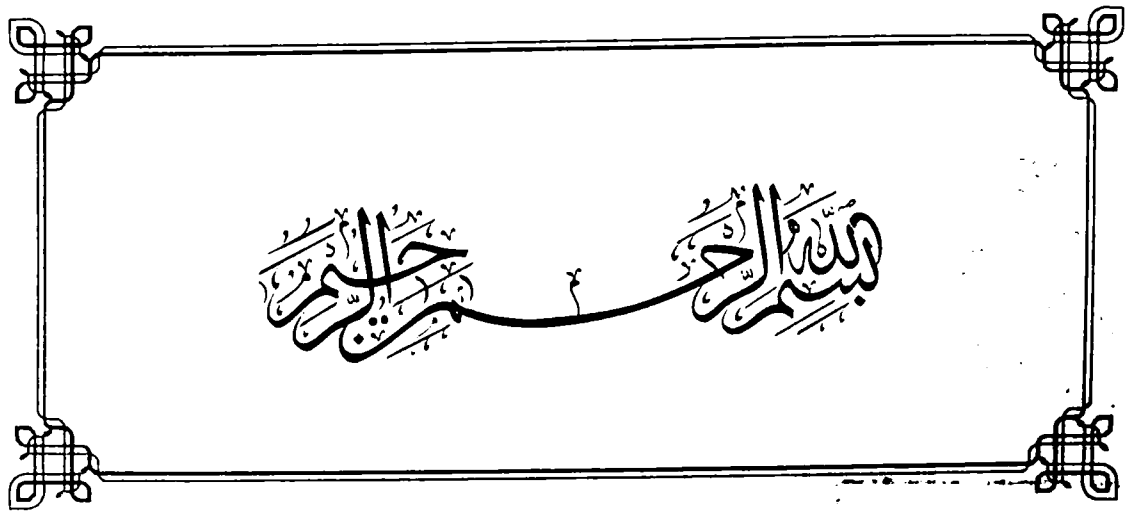
فرع المساحف، ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء، الناصر مول، تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل، البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض، المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦٥٥٧٧٦٥١٣٨

الخط الساخن، جوال: ٠٠٩٦٥٩٤٤٠٥٥٥٩

 z.zahby74@yahoo.com   [imanzahby](https://www.facebook.com/imanzahby)



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مَجْمَعُ الْكَلِمَاتِ



يسرُّ «مشروع أسفار» أن يقدِّم للقارئ الكريم الإصدارَ الثالث والأربعين من إصدارات المشروع: (شرح مختصر الكرخي) للفقيرِ أبي الحسين القدوريّ (ت ٤٢٨)؛ يُنشر لأول مرّة.

كتابنا الفخْم من مدوّناتِ الفقه المتقدّمة، يشرح متناً تعليمياً أصيلاً في مذهب الإمام أبي حنيفة؛ حَبْرُهُ قَلَمُ فقيه من القرن الرابع الهجريّ: هو «أبو الحسن الكرخي» أحدُ مجتهدي طبقتِهِ المذهبيّة، ولقد اشتغل العلماءُ بمختصره الفقهيّ شرحاً وتدرّيساً، وكان من أهمّ شروحه كتابنا للشارح القدوري، الذي «انتهت إليه رئاسةُ الحنفيّة» في بغداد، وانتفع النَّاسُ بمؤلّفاته، وكان فقيهاً من ذوي النّجاة والذكاء، مشهوداً له بالصّدق.

وتجلّت إمامته «مذهب الحنفيّة» خلال شرحه المختصر: في استيعابه لفروع مذهبه، ومعرفته بالروايات والأوجه والخلافيات؛ ذلك لكونِ المتن المشروع من المختصرات الشّاملة الجامعة، وقد ذكر الشّارح في مقدّمته: «أنَّ المختصر يجمّع من فروع الفقه ما لا يجمعه غيره».

لذا ظهرت عنايةُ الشّرح بالتّعليل والتّدليل للمسائل، وتوجيه مآخذ الأقوال، ولم يخل الكتاب من مناقشةٍ للاستدلال، وبيان الخلاف العالي عند ورود مسائله المتنازعة بين الحنفيّة وسائر المدارس الفقهيّة: ك(المالكية، والشافعية، وأهل الحديث).

ويزيدُ من أهميّة الكتاب: أنَّ المتن الأصليّ لأبي الحسن الكرخي لم يصلنا إلا من خلال شروحه، فهو في حكم المفقود. وقد اكتسب هذا الشّرح مكانته

الرفيعة ومنزلته الفضلى عند فقهاء الحنفية؛ لاستفادتهم من مادته في مصنفاتهم
الفقهية، واعتمادهم عليه في حكاية المذهب.

بل كان «شرح القدوري» مصدراً أصيلاً مرجوعاً إليه عند غير الحنفية؛
فمن ذلك: أن شيخي الإسلام ابن تيمية وابن قيم الجوزية قد أفادا منه في كتبهم،
ونقلا مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله وأصحابه في تقريرهم «توحيد العبادة»
وقطع «ذرائع التوسل بالمخلوقين»^(١).

وأبان القدوري عن منهاجه: أنه يبيّن الفروع، والروايات، والزوائد على
المختصر التي لا بد منها، وأورد في شرحه مسائل من الخلاف مما انفرد المختصر
به، ولما لاحظ الاختلاف في منهج المختصر - لأنه ابتدأه صغيراً ثم زاده بعد
العبادات وبسط عبارته؛ فاختلف حجمه - ألحق به من الفروع ما يعتدل به أوله
وآخره، وزاد عليه ما أغفله من الكتب، ثم شرح جميع ذلك مع الترجيح والتصحيح،
وربما استدرك عليه، واقتضت صناعته ألا يتمايز المتن عن شرحه بشكل واضح؛
فإن الشارح عجنه بقلمه وتصرف فيه؛ وصار الكتاب كأنه تصنيف مستقل.

وأخيراً؛ نسأل الله تعالى المغفرة والرحمة والرضوان لمؤلف الكتاب
ومحققه، ولمن تحمّل تمويل الكتاب، أو ساهم في إخراجه، فجزاهم الله تعالى
خيراً، وأسبل عليهم بركته، ورفع درجاتهم، وجعله لهم من العلم النافع المدخر
الجاري ثوابه. والحمد لله رب العالمين.

إِسْتِزْهَابُ
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

(١) ينظر الفصل: ٢٩٠١.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة



الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه كما يحب ربنا ويرضى ، وصلوات
الله تعالى وسلامه على سيد الأولين والآخرين (معلم الناس الخير) سيدنا محمد
وعلى آله الأطهار وصحبه الأبرار وكل من والاه إلى يوم الدين .

وبعد: فإن التفقه في دين الله ﷻ وشرعه أهم غاية يتمنى المرء المسلم أن
يصل إليها في هذه الحياة الدنيا .

وقد حث المولى ﷺ على ذلك مُرغِباً بقوله: ﴿ فَلَوْلَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ
مَنْهُمْ طَائِفَةٌ لَيَفْتَقَهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾
[التوبة: ١٢٢] .

وقال النبي الكريم صلوات الله وسلامه مشجعاً على التفقه ومعرفاً بمكانة
الفقيه وتقديره: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» .

كما أن الفقه الإسلامي تراث فاخر لهذه الأمة ، تستغني به عن الأحكام
الوضعية في إصلاح شؤونها الدينية والدينية ، ومن أعرض عنه ومال إلى
القوانين الوضعية في تنظيم حياة الناس وفي تقويم الأود ، وانتظر منها المدد ،

فهو في سبيل القضاء على العزة الإسلامية ومقتضى الشرع بسعيه في الابتعاد عن الأحكام الشرعية المستنبطة من الكتاب والسنة .

وجزى الله ﷻ عنا أئمة الفقه المتبوعين عليهم السلام خير الجزاء على توافقهم في استنباط الأحكام العملية من الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة ، حيث مهدوا قواعد الاستنباط والفهم ، وملؤوا العالم بدواوينهم في العلم ، وخلفهم فقهاء أصفياء يسيرون على منهجهم الرشيد ، وطريقهم السديد ، فخلدوا كتباً فاخرة ، وعلوماً زاخرة ، مشكورين في الدنيا مأجورين في الآخرة .

هذا وقد تفنن الفقهاء في توصيل هذا العلم إلى طبقات المجتمع الإسلامي كافة بطرق وأساليب شتى :

فوضعوا كتباً خاصة لكل مذهب من المذاهب الأربعة المشهورة ، تارة مقترنة بالأدلة والحجج المؤيدة لكل قول ؛ ليدرك القارئ أصل قول ومذهب المجتهد ، وتارة أخرى متوناً مختصرة ، مجردة عن الأدلة والعلل ، تيسيراً وتسهيلاً للمبتدئين على الاستذكار ، وتذكرة وعوناً للعلماء والمفتين ، علماً بأن هذه المسائل الفقهية درست ونقحت وصيغت صياغة علمية ، وعلق عليها من أفاضل أئمة كل مذهب عبر القرون ، كما أنها أشبعت بحثاً من حيث الدليل والتعليل والبراهين والمناقشة والتخريج والترجيح ، ومظانها معلومة ومعروفة .

وعلى المنوال الأخير وضع مؤلفنا (أبو الحسن الكرخي ٣٤٠هـ) ، كتابه المختصر (مختصر الكرخي) في فقه المذهب الحنفي ، ومختصر الكرخي يعدُّ : (أهم متن في فروع المذهب) ومن المتون المعتمدة في المذهب الحنفي .

وقالوا في المتنون: العبرة بما فيها عند تعارض ما فيها وما في غيرها؛ لما عرفوا من جلالة قدر مؤلفيها، والتزامهم إيراد مسائل ظاهر الرواية، والمسائل التي اعتمد عليها المشايخ^(١).

وقد توارث فقهاء الأحناف الاهتمام بهذا المختصر اهتماماً بالغاً؛ إذ لن نجد كتاباً كُتِبَ بعد مختصر الكرخي إلا وقد نقل منه، بل يؤيد المؤلف قوله بما ذكره الكرخي في مختصره، وذلك لشدة اهتمام فقهاء المذهب بالمتون المعتبرة، وتقديم ما ورد فيها على ما في غيرها، إذ القاعدة المعروفة لدى فقهاء الأحناف في الترجيح بين الأقوال المعتمدة في المذهب، وفي تقديم نصوص بعض الكتب على البعض الآخر في الاعتبار عند التعارض، أنه: «إذا تعارض ما في المتنون وما في غيرها من الشروح والفتاوى، فالعبرة لما في المتنون، ثم للشروح المعتبرة، ثم للفتاوى؛ إلا إذا وجد التصحيح ونحو ذلك في بيان الشروح والفتاوى ولم يوجد ذلك في المتنون، فحينئذ يُقدَّم ما في الطبقة الأدنى على ما في الطبقة الأعلى».

وتوضيح هذه القاعدة بيَّنه ابن عابدين في ردِّ المحتار بقوله: «صرحوا أن ما في المتنون مقدم على ما في الشروح، وما في الشروح مقدم على ما في الفتاوى، لكن هذا عند التصريح بتصحيح كل من القولين، أو عدم التصريح أصلاً، أما لو ذكرت مسألة في المتنون ولم يصرحوا بتصحيحها، بل صرحوا بتصحيح مقابلها، فقد أفاد العلامة قاسم ترجيح الثاني؛ لأنه تصحيح صريح، وما في المتنون تصريح التزامي، والتصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامي، أي التزام المتنون ذكر ما هو الصحيح».

(١) مقدمة الجامع الصغير، ص ٢٣.

ومن ذلك الاهتمام بهذا الكتاب المبارك: ما وضعه الإمام أبو الحسين القُدوري (ت ٤٨٠هـ) في شرحه النافع الواسع الجليل، الذي ذاع صيته في الآفاق وقدمه أئمة المذهب على سائر الكتب حيث أبدع الشارح القدوري في تصنيف الشرح أيما إبداع؛ فقد توسع رحمته في شرح المختصر توسعاً بالغاً فائقاً، وما ترك في شرح مسائل الكتاب أيّ مسلك ومنحى يمكنه التطرق والتحدث فيه إلا سلكه وسار فيه، ولو كان الربط بإشارة بعيدة، فأفاض فيه وتحدث عن المسألة مفصلاً موضحاً لها من جميع جوانبها، ثم الاستدراك على المتن بمسائل لم يذكرها، حتى يتم الموضوع من كل جوانبه، إلا أن الشارح رحمته لم يفرق ويفصل بين المتن وشرحه، كعادة بعض الشراح، لمعرفة الأصل من الشرح، ولم أستطع أيضاً العثور على نسخة المتن مستقلاً حتى يتضح الفرق.

كما أنه إذا بدأ بالجانب اللغوي يستقصي مذاهب وأقوال اللغويين في الموضوع، ويذكره بإيجاز؛ مستشهداً ببعض الشواهد المؤيدة لقوله، وهكذا إذا استدل بآية، نجده يتتبع أقوال المفسرين وآراءهم في الآية، وليس بالنقل والاقْتباس فقط - مع كونه أميناً في عزو الأقوال لأهلها -، بل نجده مناقشاً ناقداً لأقوال المفسرين، ثم يرجح ما يراه مؤيداً بأدلة وعلل وقرائن وأشباه ونظائر.

وأما الجانب الفقهي فهو أساس هذا الكتاب النافع الكبير، وقد تفنن المؤلف رحمته في شرح (مختصر الكرخي)، ففصل كل قول موجز بشرح مسهب مطول، مع بيان جميع جوانب المسألة، فيبدأ ببيان التعريف اللغوي، ثم يوضح أصل المسألة، ويثبّت بذكر أركان المسألة وتوضيحها، مع الرد على الاعتراضات الواردة على بعض أجزائها إن كان ثمة ذلك، ثم يتجه إلى بيان فصول الباب فصلاً

فصلاً مع الاعتناء والحرص على انفراد كل فصل بمسألة مستقلة ، وعدم التداخل في المسائل ، وهذه ميزة تميز بها هذا الكتاب عن سائر المطولات ، ومقارنة ما يراه من الخلاف في المسألة بين أئمة المذهب ، ثم بين أقوال أئمة المذاهب المعتبرة الأخرى ، وبخاصة الشافعية ، ثم المالكية ، وأحياناً يذكر مذهب الإمام أحمد بقوله: ذكر أهل الحديث ، وهو في كل ذلك: يبين أدلة المخالفين ويناقشهم فيها ، ولا ينسى المؤلف التفريع على بعض المسائل ، كما لا يفوته الاستدراك على صاحب المختصر في بعض المسائل ، وغير ذلك من أساليب وطرق متنوعة شيقة مبدعة ، سلكها المؤلف في شرح الكتاب المبارك .

وهو في كل ما يذكر في الكتاب يعزو الأقوال لأصحابها بأمانة وصدق: بذكر أسماء قائلها ومصادر منقولاته من الكتب والمراجع في بيان ذلك .

وفي الحقيقة فإن هذا الشرح كتاب مستقل بكيانه وشموله وجمعه لجميع فروع المسألة وملاحقها ، ثم استيعابه لجُلِّ ما ذكر في المسألة من أقوال أئمة الفقهاء الحنفية بخاصة ، وتوجيه أقوالهم فيما لو اختلفوا .

وكذا المذاهب الأخرى المعروفة - كما ذكرت - وغيرها من مذاهب أئمة الفقه المجتهدين الذين لم تُدَوَّن أقوالهم واجتهاداتهم الفقهية ، ولم تدون مذاهبهم مستقلة مرتبة في المصنفات . كأمثال الإمام: الحسن بن حي ، والشعبي ، وابن أبي ليلى ، وغيرهم .

وإذا أردنا معرفة مكانة هذا الكتاب وقدره بين الكتب الفقهية ، فلا بد من النظر في الكتب المؤلفة في الفن نفسه في عصر المؤلف أو قبل عصره ، ثم

المقارنة بين هذه المؤلفات ، فبالتمع والتقصي لا نجد كتاباً يشابه هذا المؤلف في حجمه الكبير ، واحتوائه واشتماله لهذه المسائل الكثيرة ، إضافة إلى سهولة أسلوبه في عرضه للمسائل ، وتسهيله وتيسيره للقضايا الفقهية لكتاب (مختصر الكرخي).

فهو فريد في بابه (ولذلك كانت قلوب العلماء والفقهاء وبخاصة الحنفية منهم تهفو لظهور هذا الشرح مطبوعاً).

وباجتماع كل ما ذكرته آنفاً من مميزات هذا الكتاب وتقدمه على سائر كتب المذهب ، ومما لم أذكرها ، يمكنني تسمية هذا المصنف بـ: (الموسوعة الفقهية المقارنة) ، ويمكن للباحثين في الدراسات الفقهية أن يجعلوا الكتاب إماماً لاستخراج علوم وفنون فقهية متنوعة ، بإذن الله ﷻ .

ومن قبل ذلك فهو كتاب معتمد مقدم على سائر الكتب الفقهية في المذهب الحنفي . ولا غرو بأن يكون هذا الشرح أساس وعمدة المتأخرين الذين أتوا بعده ؛ لما للمؤلفين الجليلين لهذا السفر المبارك من المكانة الرفيعة ؛ حيث بلغ المصنّفان الرئاسة في مذهب الحنفية في عصرهما بالعراق كما يأتي في ترجمتهما مفصلاً ، هذا إذا كان كل منهما منفرداً ، فكيف إذا اجتمع هذان الإمامان الجليلان في تصنيف كتاب واحد .

فجزاهما الله تعالى خير الجزاء على ما قدّما وبَدَلًا من جهود مشكورة ، يستمر لهما ذكرهما والدعاء لهما من أهل العلم والفضل إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها ، فرحمهما الله تعالى رحمة الأبرار ، وأسكنهما فسيح جنانه .

وقد اعتمدت في تحقيق وإخراج الكتاب على نسخٍ خطيةٍ للكتاب ؛ أهمها:

✽ النسخة الأولى:

نسخة (داماد إبراهيم (٥٦٣) تركيا، إستانبول)، وهي النسخة الكاملة من النسخ المعتمدة في التحقيق ما عدا بعض السقطات القليلة، وعدد أوراقها (٥٦٣) ورقة، ورمزت لها ب: (أ).

✽ النسخة الثانية:

نسخة (مراد ملا (٨٨١) تركيا إستانبول)، وعدد أوراقها: (٨٩٥) ورقة، ورمزت لها ب: (ب).

وتتميز هذه النسخة بوضع العناوين لفصول أكثر الكتاب، وكُتبت بالمداد الأحمر تمييزاً عن بقية المسائل، وفيها سقطات لبعض الأبواب.

✽ النسخة الثالثة:

نسخة لالي (١٠٠٠) والنسخة هذه مبتورة، فبدأتُها من (كتاب البيوع) وتنتهي (بكتاب الرهن) وعدد أوراقها (٤١١)، وقد أفدت كثيراً من هذه النسخة، وبخاصة في تكملة السقطات في نسخة أ، ب، كما أن خط النسخة واضح.

✽ النسخة الرابعة:

نسخة (مراد ملا) (٨٨٢٠) وعدد أوراقها (٣٦١) وهي تحتوي على جزء من الجزء الثالث فقط من الكتاب (ابتداء من كتاب العتاق، وانتهاء بالأصاحي)

وكانت الاستفادة منها قليلة إلا في بعض المواضع ؛ لانتشار السواد والرطوبة على أكثر صفحاتها.

✽ النسخة الخامسة:

نسخة (مكتبة رضا برامفور - الهند) وعدد أوراقها (٤٠٨) مصورة بمكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، وتبدأ من الجزء الثالث إلى نهاية الكتاب، وقد أفدت منها كثيراً؛ حيث وجدت السقطات في سائر النسخ، ولم أجد ذلك موجوداً إلا في هذه النسخة، وأتممت منها. فله تعالى الحمد.

هذا، وكان أكثر اعتمادي على نسختين غالباً، أو ثلاث في بعض الأحيان؛ لكون نسخة (لالبي ومراد، ورامفور) مبتورة، أو بعضها غير مقروءة في بعض اللوحات؛ بسبب تأثير الرطوبة والسواد، وإنما استفيد منها في موقعها بحسب المستطاع.

✽ منهجي في تحقيق الكتاب:

مهمة المحقق في مثل كتاب (شرح القدوري على مختصر الكرخي): تقويم النص، وتحريره، وتصفيته من شوائب التصحيف، ورجعه إلى الأصل الذي حرّره المصنف، أو قريب منه بما في الوسع، وتيسير فهمه على القارئ، غير مثقل بالشروح والآراء الخاصة.

وقد اقتصر عملي في الكتاب على ما يأتي، بإيجاز:

✽ تصحيح الكتاب ونسخه على قواعد الإملاء المعروفة حديثاً.

✽ مقابلة سائر النسخ على الأصل المعتمد منها، إذ اعتمدت في المقابلة غالباً على نسختين وأحياناً على ثلاث نسخ، مع ذكر ما يوجد من الفروق المهمة في الهامش، (وكان العمل على طريقة اعتماد النسخة الأم ثم المقابلة على بقية النسخ وذكر الصحيح في أصل المتن بين [] معقوفتين، والإشارة في الهامش لذلك)، وهذه الطريقة تعرف في اصطلاح المحققين (بالنص المختار).

وحاولت أن لا أذكر الفروق الكثيرة بين النسختين أو النسخ إلا ما دعت الضرورة لذكرها، حتى لا يكبر حجم الكتاب الكبير بذكر ما لا طائل تحته، ولا فائدة زائدة لأكثر القراء، ومن ثم لم أشر إلى السقطات في النسخة، فإن وجد سقط في نسخة الأصل، أتممته من نسخة أخرى وجعلته بين معقوفتين من غير إشارة إلى النسخة الساقط منها، أو المثبت منها؛ لمعرفة ذلك بوضوح؛ ولئلا تكثر الهوامش التي لا تفيد القارئ، وتزيد في صفحات الكتاب.

✽ تفكير الكتاب، واستعمال العلامات الإملائية في ذلك، وهذا أهم عمل أرى وجوب التزامه في إخراج الكتب التراثية، ولا يدرك ذلك إلا المتخصصون.

✽ وضع العناوين الناقصة لسائر مسائل الكتاب تيسيراً وتسهيلاً على القارئ، علماً بأن المؤلف عَنَوَ لبعض الموضوعات بـ(فصل) هكذا، وهي مسائل قليلة جداً، ولم يعنون للبعض الآخر وترك فراغاً، وبخاصة في نسخة (ب)؛ ولذلك وضعت لبقية هذه المسائل عناوين وجعلتها بين معقوفتين []، وهي كثيرة جداً.

✽ التأكد من صحة الأقوال الواردة في الكتاب بالرجوع إلى الكتب

المعتمدة في المذهب الحنفي ، من المؤلفات السابقة عن عصر المؤلف ، أو من المؤلفين المعاصرين له غالباً ، وكذا المذاهب الأخرى - بقدر المستطاع - من الكتب المؤلفة من أئمة مذاهبهم ، أو اقترانها مع بعض مؤلفات المتأخرين غالباً ، وأحياناً أذكر أحد الطرفين .

* قمت بشرح المصطلحات العلمية ، والتعاريف الفقهية ، وبعض الكلمات الغريبة التي قد يصعب فهمها على بعض القراء ، وهي كثيرة ، وتركت البعض الآخر لوضوحها .

* ولم أعلق على المسائل الخلافية بين فقهاء المذهب الحنفي ، إلا وقد بيّنه المؤلف بإسهاب ؛ إذ الكتاب في الفقه المذهبي فيذكر فيه أقوال أئمة المذهب ، فلا أرى الحاجة تقتضي وتستدعي ذكر أقوال الآخرين ، كما أنه في شرحه هذا لا يترك شاردة ولا واردة في المسألة إلا ويذكرها من خلال مذهبه وأقوال أئمه غالباً ، ومن ثمّ لا حاجة لإضافة شرح آخر على شرحه . وقد يجد بعض القراء شيئاً من الغموض والاشتباه في بعض المواقع ، إلا أنه قليل ؛ لكون القارئ لهذا الكتاب ممن يظن به الإلمام والإدراك بتلك الجوانب العلمية ، وإلا فمظان الشرح والتوضيح معلومة لمن ابتغى الزيادة في التوثق والتأكد .

* كما أنني لم أذكر القول الراجح في المذهب ؛ لأن هذا الكتاب ألف لذكر الأقوال المختلفة في المسائل الفقهية في المذهب ، وليس كتاب فتوى ، إذ كل صنف في التصنيف له طريقته وخصائصه ، والتأليف الفقهية وتنوعها وأسلوب كل نوع في التأليف بالمنهجية والمرجعية مشهور ومعروف ، ثم إن قواعد الترجيح ، وطبقات فقهاء المذهب في الاجتهاد والترجيح والاختيار في المسائل

أيضاً واضح بينة ومسطورة في مظانها ، ومن ثمّ لا داعي لذكر أمور مَظَنَّة الخطأ فيها أكثر من الصواب ، كما أن القراء لا يهتمون كثيراً بذلك - وبخاصة الحنفية منهم - علماً بأني ذكرت جزءاً قليلاً من ذلك في ترجمة المؤلف .

* وضعت فهرسة مفصلة لجميع عناوين مسائل الكتاب .

* أضفت أموراً مهمة متممة لما ذكر في الكتب التراثية مثل المقاييس والموازن والمكاييل المعروفة قديماً ، وما يقابل كل هذه الأشياء في زماننا حديثاً ؛ إذ يحتاجها المسلم ، وتنبني عليها أموره في حياته اليومية .

* وقمت بتخريج الأحاديث والآثار الواردة في الكتاب ، وهي كثيرة جداً .

ومسلكي في تخريج الأحاديث: أن أبحث عن الحديث في مظانه من كتب

السنن والمسانيد والمعاجم والمصنفات ، فإن وجدت الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت ، وإلا بحثت عنه في كتب السنن الأربعة المعتبرة ، وأذكر في ذلك رقم الحديث فقط .

فإن لم أجده في الكتب الستة بحثت عنه في تنمة الكتب التسعة المعتبرة

أيضاً: في موطأ الإمام مالك ، ومسند الإمام أحمد ، وسنن الدارمي ، فإن لم أجده ، بحثت عنه في الصحاح الثلاثة: صحيح ابن خزيمة ، وتلميذه ابن حبان في صحيحه ، وتلميذ ابن حبان الحاكم في مستدركه ، فإن لم أجده عندهم بحثت عنه في بقية كتب الحديث ومدوناتها من السنن والمسانيد والمعاجم وكتب

(١) إذا المعروف لدى أهل العلم قبول روايات الكتب الستة ، كما يقول الزين العراقي: (وإن لم يكن في واحد من الصحيحين عزوته إلى من خرّجه من أصحاب السنن الأربعة وغيرهم ممن التزم الصحة ، كابن حبان والحاكم) طرح التثريب ١٨/١ .

الرجال ونحوها ، وأذكر ما قِيلَ ونُقِلَ عن المحدثين في سند الحديث والحكم عليه باختصار إن كان ثمة ذلك ، وإلا أكتفي بذكر المرجع أو المراجع التي ذَكَرْتُ ذلك ، مثل : نصب الراية للزيلعي ، والتلخيص الحبير ، والدراية كلاهما للحافظ ابن حجر العسقلاني ، ونحوها من المراجع التي عنيت بالحديث ودراسته : رواية ودراية ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن روايات الإمام الكرخي للحديث تختلف عن سائر مؤلفي الكتب الفقهية ، إذ الإمام يُعَدُّ من الفقهاء المحدثين ، فقد روى جل أحاديثه بالسند المتصل بسنده إلى النبي ﷺ ، قال ابن قطلوبغا في ترجمته : «صنف المختصر ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير ، وأودعهم الفقه والحديث والآثار المخرجة بأسانيده»^(١).

وأنقل هنا سنيين فقط من روايات الكرخي - على سبيل المثال - كما أوردها ابن قطلوبغا في (التعريف والإخبار):

قال في لوحة (٣٤٢/ب): (أخرج الكرخي في «المختصر»: حدثنا الحضرمي ، حدثنا الفضل بن الحسين أبو كامل ، حدثنا حماد بن زيد ، حدثنا فرقد السَّبْخِي ، عن جابر بن زيد ، عن مسروق ، عن عبد الله ، عن رسول الله ﷺ : «ألا وإني نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فإنها تذكركم آخرتكم ، وكنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي» .

حدثنا الحضرمي ، حدثنا أحمد بن عبد الله بن يونس ، حدثنا معروف ابن واصل ، حدثنا محارب بن دثار ، عن أبي بردة ، عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : «نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فإن زيارتها تذكركم ، ونهيتكم عن الأشربة أن

(١) تاج التراجم ، لابن قطلوبغا ص ٢٠١ .



تشرّبوا إلا في ظرف الأديم ، فاشربوا في كل وعاء غير ألا تسكروا» .

وقال في موضع آخر لوحة (٣٦٣/ب): وأخرج الكرخي في «المختصر»: حدثنا ابن راهويه ، حدثنا علي بن شعيب ، قال: قرئ على أبي سمرة وأنا أسمع: أن أسامة حدثه عن مكحول الباهلي قال: أسهم رسول الله ﷺ للفارس سهمين ، وللراجل سهماً .

حدثنا أبو بكر أحمد بن محمد بن يعقوب بن شيبة ، حدثنا علي بن حرب ، عن القاسم الجري ، حدثنا سليمان بن معاذ ، عن الزهري ، عن مالك بن أوس ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، والزبير بن العوام ، وطلحة بن عبيد الله قالوا: كان رسول الله ﷺ يُسهم للفارس سهمين ، وللراجل سهماً .

ويتضح من هاتين الروايتين جلياً مكانة رواياته ، وهو بذلك لا يقل شأنًا ومكانة وقدرًا في الرواية عن سائر المحدثين المعاصرين له في القرن الرابع الهجري (القرن الذهبي لتدوين الحديث) .

ومن ثمّ: تأتي رواياته في مصاف روايات المحدثين الأجلاء الكبار ، كأصحاب السنن الأربعة ونحوهم ؛ وبالتالي لا داعي لتخريجها من كتب معاصريه ، إلا لزيادة التوثق والتأكد ، وقد لا نجد لها في كتب السنن الأخرى ؛ وذلك لاحتمال أن تكون روايته متميزة ومنفردة عن سائر المحدثين ، وبعد ذلك لا تستغرب إذا لم تجد بعض الأحاديث إلا في كتب الفقه ؛ لأنهم نقلوه عن الكرخي فقط ، وكفى به محدثاً وفقياً .

* وترجمت لجُلّ العلماء الوارد ذكرهم في الكتاب .

* كما وضعت فهرسة لكتب وأبواب المؤلف بترتيب المؤلف أولاً ، وثانياً فهرسة الكتب والأبواب مرتبة على الحروف الهجائية ؛ لما في ترتيب المؤلف من تشويش على المطلع ؛ لعدم اتباعه وسيره على الترتيب المألوف التي يخالف ترتيب كتب اللاحقين بعده في المذهب .

* ووضعت فهرسة مفصلة لجميع عناوين الكتاب .

* كما وضعت الفهارس الفنية المتنوعة المعروفة عن الكتاب ؛ للتسهيل على القارئ .

وهناك أمور يقتضيها إخراج الكتب التراثية للقراء لا يعرفها إلا المحققون . هذا وصدّرت الكتاب بذكر ترجمة موجزة للمؤلفين الجليلين الفاضلين رحمهما الله تعالى .

وأخيراً: فإني حاولت بقدر مكنتي إخراج الكتاب قريباً مما أرادته المؤلف ، وبذلت فيه جهداً مضنياً متواصلاً لسنوات من عمري لإخراجه بصورة علمية تتناسب ومكانته ، وباعتبار كون الكتاب مؤلفاً موسوعياً في سعته وحجمه ومعلوماته الغزيرة ؛ إذ لم يؤلّف أحد مثل هذا الكتاب في حجمه وسعته قبل عصره وفي عصره في المذهب ، اللهم إلا كتاب «الأصل» للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، وله وجه آخر من وجوه التأليف ، ولأجل ذلك أبقيته خالياً من التعليقات والزيادة والترجمة للأعلام الواردة في الكتاب ، وسوف أترجم لأغلبهم في آخر الكتاب ، وأرتبها ترتيباً ألفبائياً: ليجد الباحث بغيته إذا احتاج إليها ، وحتى لا يُزاد في حجم الكتاب من غير طائل .

هذا وقد بذلت جهدي بما في الوسع في إخراج النص صحيحاً، ومع ذلك فالمرء في المخطوطات القديمة، لا يستطيع - مهما أوتي من علم وإحاطة وتبصر - أن يجزم بكمال النص الذي حققه.

فليتكرم من يجد فيه خطأً أو خللاً بتصحيحه، فإن هذا الكتاب لم يكن من مفاخر القرن الرابع الهجري وحده، بل هو من مفاخر الفكر الإسلامي في كل الأعصار، هذا الفكر الذي وضع جميع الأحكام المتعلقة بالإنسان، من جميع الجوانب، ليسعد المسلم في الحياة الدنيا، وفي الآخرة.

ولا يفوتني في هذه العجالة أن أنوه بأهل الفضل والإحسان بفضلهم وإحسانهم، وأشكرهم على ما قدموه لي من مدد العون، بالتشجيع، والتحفيز، والدعاء، ثم المساعدة على طبع الكتاب وإخراجه وتوزيعه لطلبة العلم، وبصورة خاصة (دار أسفار)، التي قامت مشكورة بطبع الكتاب ونشره، وهناك من الإخوة الأفاضل كثيرون، الذين تعاونوا على إخراج هذا الكتاب، ولا يضيرهم أن لا أسميهم بأسمائهم، ويكفيهم أن المولى الكريم يعلمهم ويشيهم، فهو القادر سبحانه على جزائهم وإكرامهم والإنعام عليهم ﴿إِنَّا لَا نُضِيعُ أَجْرَ مَنْ أَحْسَنَ عَمَلًا﴾ [الكهف: ٣٠]، ولهم مني كل تقدير وشكر وامتنان «من لم يشكر الناس لم يشكر الله تعالى».

فله ﷺ وحده الحمد والمنة أولاً وآخراً، وله ﷺ وحده الفضل والكرم في إخراج هذا الكتاب، فإن أصبت فمن الله ﷻ وتوفيقه، وإن أخطأت فمن نفسي، وأبرأ إلى الله تعالى من حولي وقوتي إلى حول الله تعالى وقوته، وبعد ذلك أطلب من إخواني إن رأوا بعض الخلل والعثرات أن ينبهوني، فرحم الله امرأً أهدي إليّ



عيوبي ، وبصّرني بأخطائي - فلهم مني جزيل الشكر والتقدير .

وأرجو من الله ﷻ حسن القبول والتوفيق وأن ينفع به المسلمين ، وأدعوه سبحانه أن ينفعني ووالديّ به في الدنيا والآخرة ، وأن يجعله سبباً للفوز بمرضاته في الدارين ، وهذه غاية مبتغاي .

وصلّى الله تعالى وسلّم على سيدنا وحبينا محمد وآله وصحبه ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

العبد الفقير إلى عفو ربه ومولاه

عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن

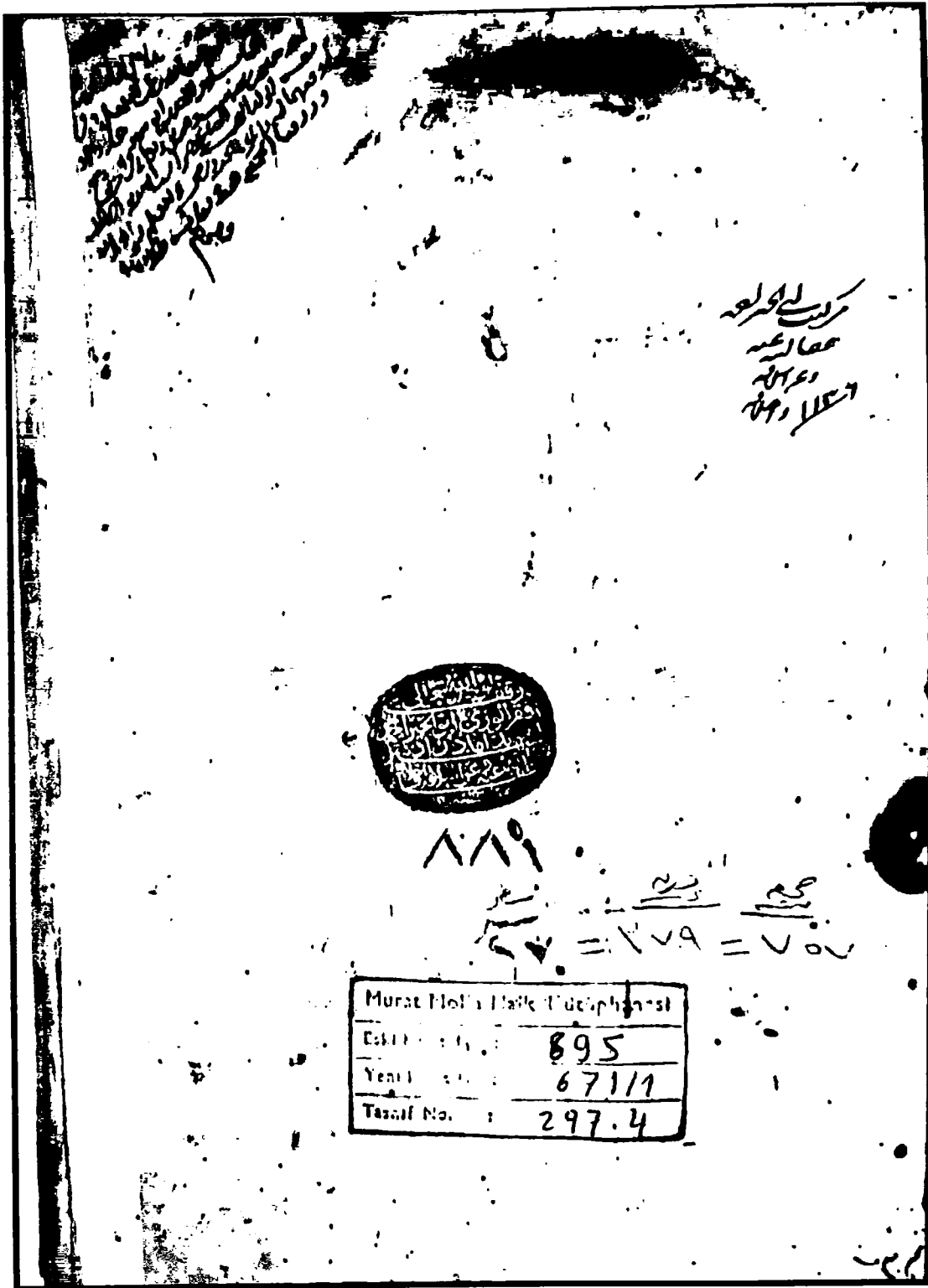
مكة المكرمة - حي الهجرة

في ١/٧/١٤٣٩هـ

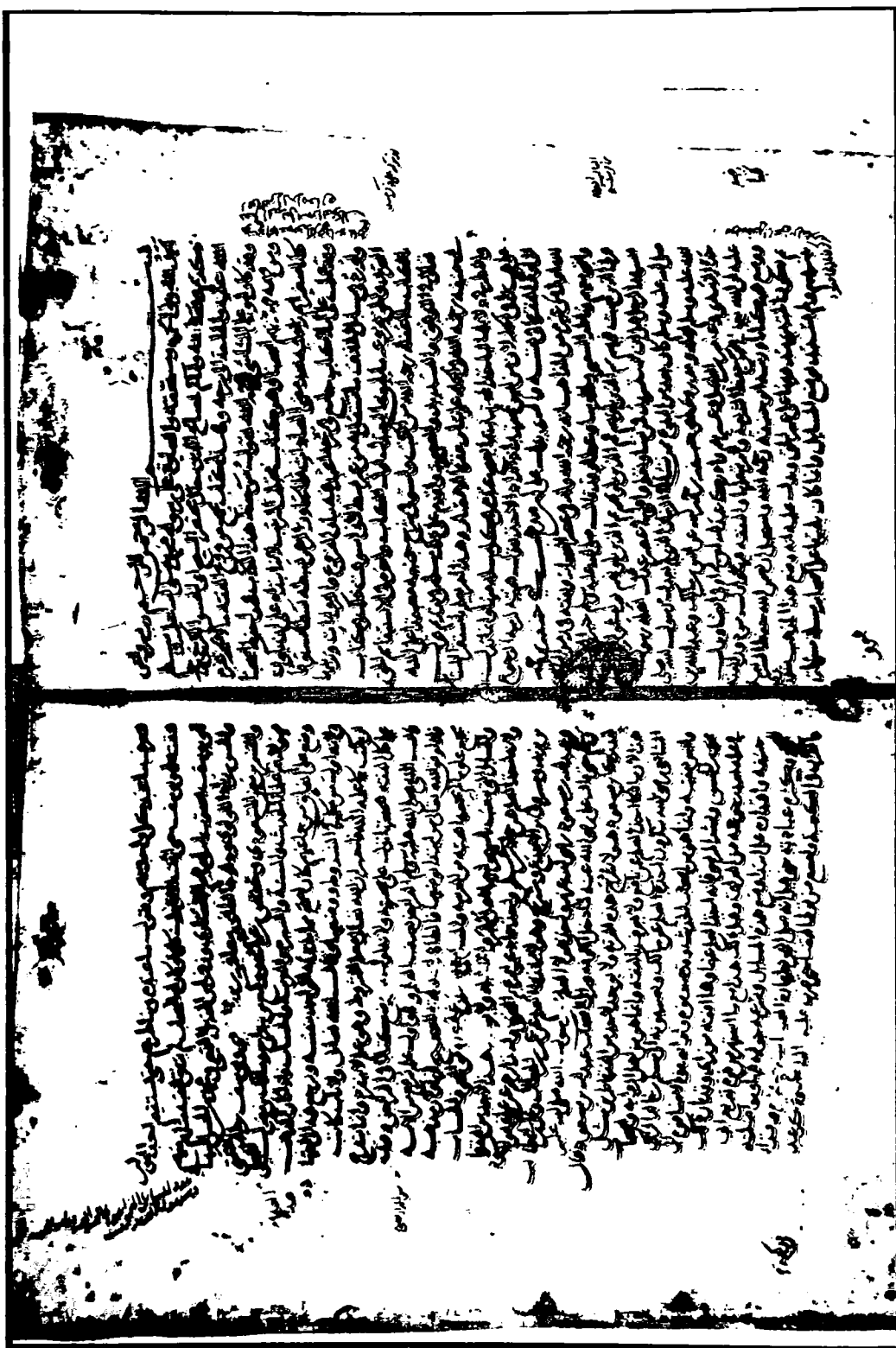
صور المخطوطات



صفحة العنوان من نسخة داماد




صفحة العنوان من نسخة مراد ملا ٨٨١



الصفحة الأولى من نسخة مراد ملا ٨٨١

فان اصبح الفتل وتغيرت في كبره في شي حاده فان سميت اعتاده بترك فتنه لما تروى ان سوره لما استفتت و فرقت ان يفانر يوما رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت يوم العاشه فزيت وان لقره خافت من قبلها فشرعوا اول ما انزلت عليها ان يتالحا بسنه اطمان وان من حوت بجمعها في يوم الاثنين بالثلاثه من رمضان ذلك لانها اسعقت حقا لبيب فلم تستقط باسفا ط كسفا في يوم الاثنين في شهر ربيع الثاني من سنة ١٢٠٠ هـ
 • ام المو الثاني من ايلول ومنه ومنه ومنه توفيقه من شرح محفل الكوفي
 • يوم الجي التوم ان من شهر شوال الكرم بالنظم في شهر ربيع الثاني من سنة ١٢٠٠ هـ
 • هو يوم في فاجه لاهل الملك والسلام وتيلوه في العالم اجمع في البلاغ

الجزء من التمام في يوم كبره
 العاصم من سب الودان
 صاكنه بان وشمير ولقبها



وضلي الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم كما ذكرنا وذكره الامام
 ولا تنس من ذكرنا وذكره الفاضلون من علم تسليما كسر المسلمين كافي
 والجزء من العالمين

• كتبت وولدت يوم كتنه • بان يدي تفتي وسبق كتنه •
 • واعلم ان الله سنا يلهاداه فيالت بعري ما يكون حوابها •

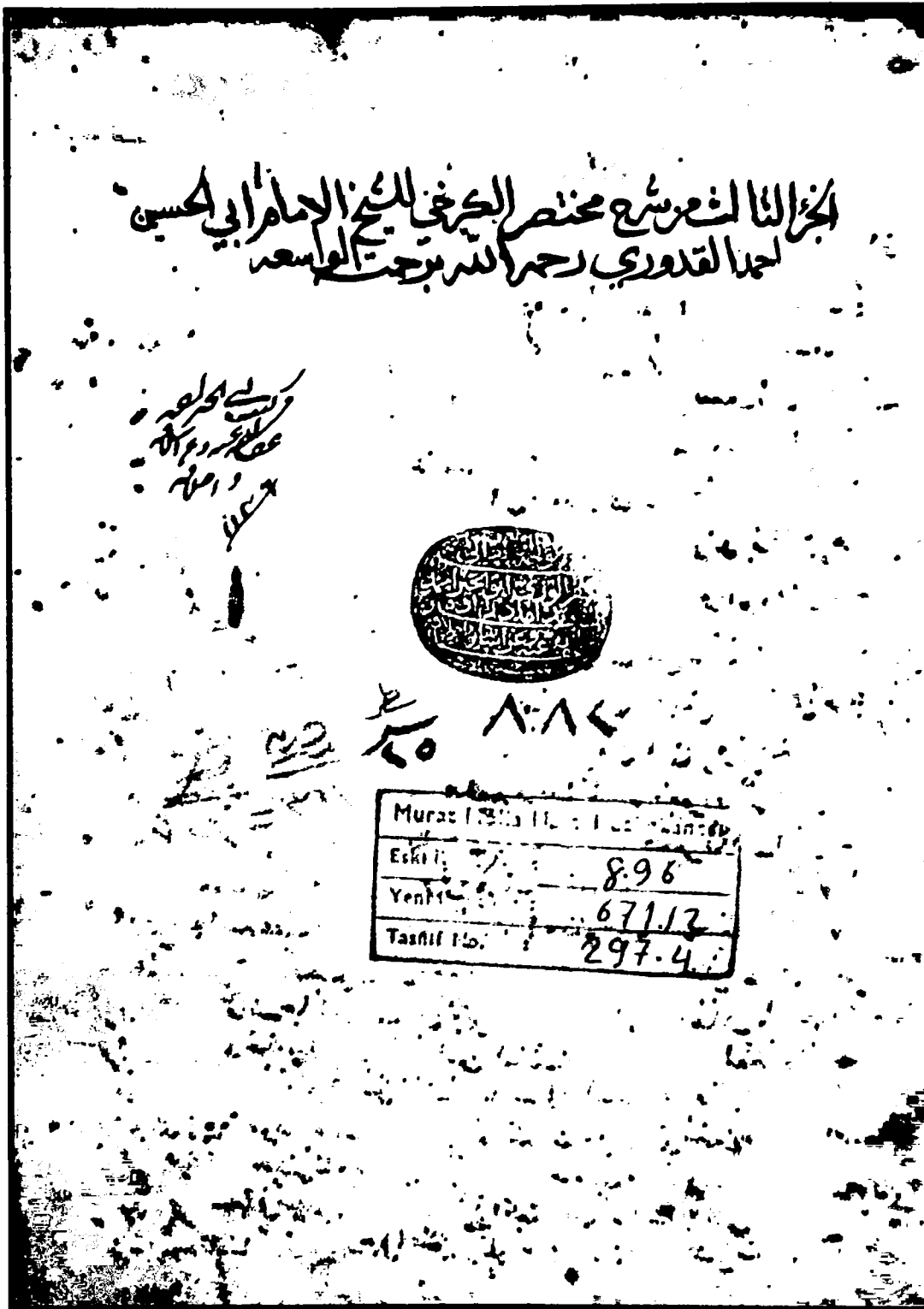
اللهم اغفر لولم ولقاترية وثاسم ولتنتج ولز قرانه وانظله وكبح المظالم لرسولك

الصفحة الأخيرة من نسخة مراد ملا ٨٨١

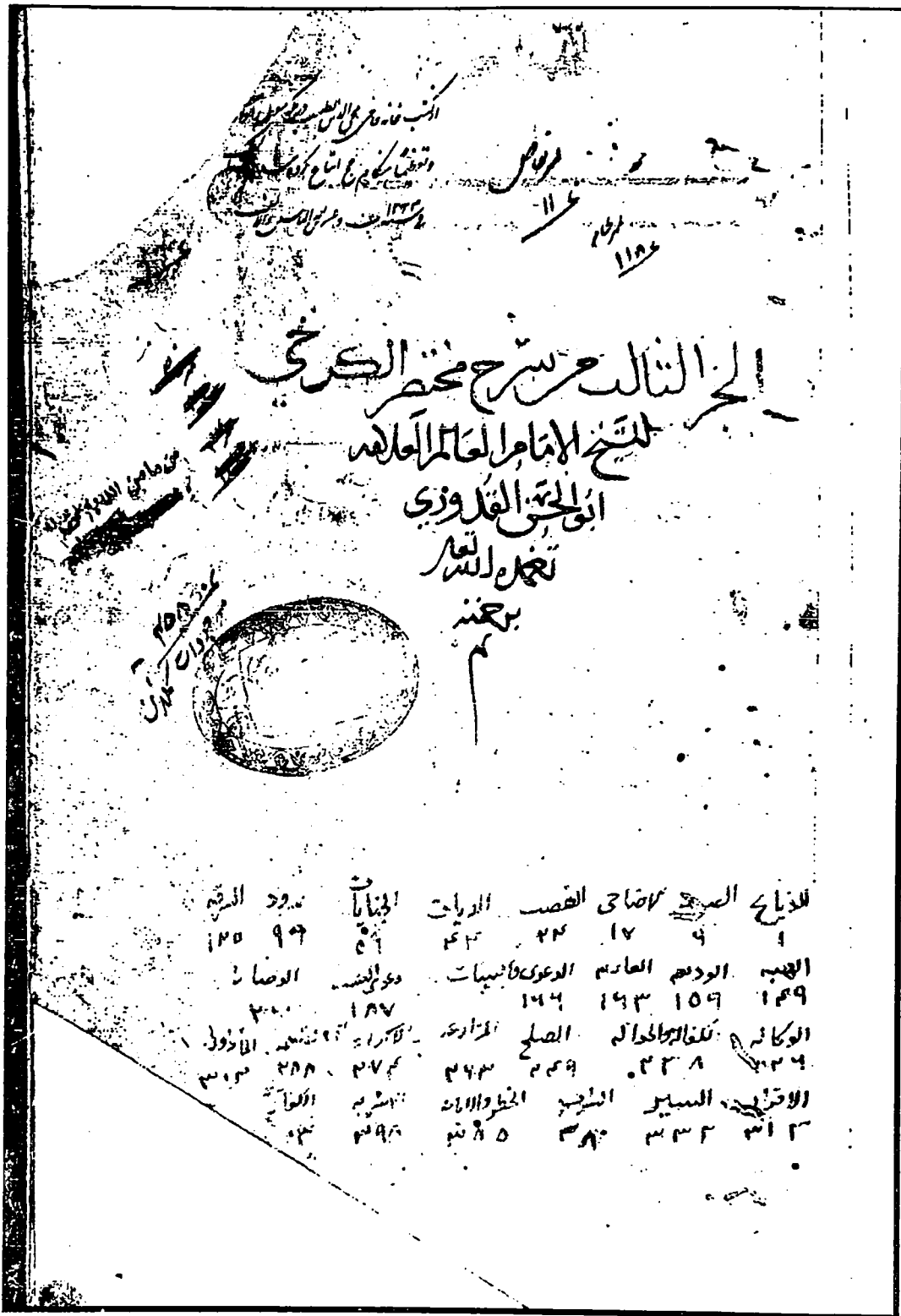


في الحضر استعمال له و قد كان موجب للضمان ولبسه في غير الحضر ليس بلبس الاتري
انه لا يقصد في العادة فهو حفظ فلم يقصده و لذلك الطيلسان اذ البسه كما
يلبس الطيلسان من لان هذا استعمال وليس بحفظ وان موضعه على غير الوجه
الذي تفعله الناس فليس بلبس وانما هو حفظ وقال هشام عن محمد بن زجل
من عند رجل سيفين او ثلاثة متقلدها قال لا يقصده في التلابة ويقصده
في السيفين قال انظر في السيفين وسك و ذلك لان بقلده السيف الواحد من
استعمال وليس بحفظ و لذلك السيفين لان الناس قد يتقلدون بالسيفين في
الحرب فاما التلابة فلم يجر العادة بتقلدها فكان ذلك حفظا قال و سمعت
محمد بن زجل في الحاتم اذا تختم به في عينه من لان في الناس من يتحمل ذلك وقال
محمد بن زجل في الحضر اليسرى فوق حاتم عليه قال لا يقصده قلت ولم زجا تختم
الافسان و قد كرت له بعض السلاطين ولبسه الحاتم فوق الحاتم قال ذلك بلبسه
للتختم فاصح هشام في معنى قوله انه لا يركي الصمان في ذلك الاعلى من كان
له سلطان و المرجع في هذا الى العادة فان كان اللابس من يتحمل بلبس الحاتم
من و ان كان ممن لا يتحمل ذلك فهذا احفظ و ليس بلبس فلا يقصده و انه علم





صفحة العنوان من نسخة مراد ملا ٨٨٢٠



صفحة العنوان من نسخة رضا برامفور



فلم يتعلّق بنذره حكم وقوله اجر اعينها تجوز وانما اراد بالاجر انه لا يلزمه شي بالتذر
 فاما الكفارة فلا نه قد صام فيه واليهين انقذت على الصوم دون غيره ولو كان قال
 انه على ان اصوم اليوم الذي يتيمه فانه فلان شكر الله نظوا لقدمه و اراد اليهين
 فصامه من كفارة يمينه ثم قدمه فلان ذلك اليوم ارتفع اليها فغلبه فضاوه والكفارة
 ولو كان هذا في رمضان كان مثل ذلك في الكفارة ولا فضل عليه وذلك انه من ذر
 الصوم للقدم فصامه عن الكفارة وهي غير متعينه فيه فكان عليه الفضا وحشا
 يمينه لم يعلف على الاطلاق للصوم وانما حلف ان يصوم عن القدم واذ اصام
 غيره حثت واما اذا كان ذلك في رمضان فلا فضا عليه لان الزمان معين لرمضان
 لا يصح ايجابه لغيره فاما الكفارة فانما تجب لانها لم يصمها حلف عليه فاك فان صامه
 سوى عن الشكر عن قدمه فلان ولا ينوي رمضان في يمينه واجراه عن رمضان
 لان صوم رمضان يتبر فيه تعيين النية فاما اليهين فتدبر يمينه فانه فقد الصوم
 من ما حلف عليه وانما وقع من غيره من طريق الحكم وذكر بعد هذا من صام في
 رمضان في السعد بنوي الكفارة او التطوع كان عن الكفارة وهو قول ابو حنيفة
 ولم يكن عن التطوع وقد مضت هذه المسئلة في كتاب الصوم وقال كل صوم ذكر
 الله تعالى في كتابه متتابعا فلا يجوز الاستتباها ومالم يذكره متتابعا فان شاتبع
 وان شاترق الا في كفارة اليهين فان عليه مسلم ثلاثة ايام متتابعات هكذا في
 قراءة ابن مسعود وابي بن كعب اما ما ذكره الله تعالى متتابعا فندوا بوجوب العبادة
 على صفة فلا يجوز ان نودي على غيرها واما الصوم المطلق في غير كفارة اليهين
 فان شاتبع وان شاترق لان اطلاق التمرام في التمرين ولما كفارة اليهين فالصوم
 فيها متتابع عندنا وقد بيناه في كتاب الايمان احر كتاب محقق الشيخ الامين
 اب الحسن الكرخي رحمة الله عليه والمحدثه وحده وصل الله على خير خلقه محمد وآله

• وكان التاريخ من كتابته يوم الاربعاء المبارك
 • رابع شهر ربيع الثاني سنة خمس مائة
 • وشتمه على يد السيد الفقيه
 • الامامه تعالى طاب الدين
 • الحاج علي الازهرى عفر
 • الله له ولجميع
 • المسلمين



ترجمة الإمام القدوري

(١١) (٣٦٢هـ - ٤٢٨هـ)



اسمه ، ونسبه ، وكنيته ، ولقبه :

اسمه ونسبه: هو أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان .

كنيته: أبو الحسن بن أبي بكر .

لقبه ونسبته: اشتهر بين الناس بالقدوري ، وصاحب المختصر ، والبغدادي .

وهذه قامت مقام اللقب .

والقدوري نسبة إلى القُدور - جمع قُدْر - ، وذهب جَمْعُ من المؤرخين إلى

القول: بأنه لم يعرف سبب نسبته إلى القُدور ، وقيل: القدوري نسبة إلى بيع

القُدور ، أو إلى عملها ، وقيل: القُدور اسم محلة في بغداد يقال لها: قُدور ، أو

قرية من قرى بغداد يقال لها: (قُدورة)^(٢) ، كما عرف بين علماء المذهب - بصاحب

المختصر - بكتابه (مختصر القدوري) .

(١) انظر ترجمته: تاريخ بغداد، ٣٧٧/٤؛ الأنساب، ٧٦/١٠؛ وفيات الأعيان، ٧٨/١؛ تذكرة

الحفاظ، ١٠٨٦/٣؛ مفتاح دار السعادة، ٢٨٠/٢؛ الفوائد البهية، ص ٣٠؛ الجواهر المضية في

طبقات الحنفية، ٢٤٧/١ - ٢٥٠؛ النجوم الزاهرة، ٣٤/٥؛ تاج التراجم، ص ٩٨؛ كشف

الظنون ٤٦/١، ١٥٥، وغيرها من كتب التراجم والتاريخ .

(٢) انظر بالتفصيل: تاج التراجم ص ٩٩ .

❖ مولده:

ولد الإمام القدوري سنة اثنتين وستين وثلاثمائة هجرية باتفاق المترجمين له .

ولعل مكان مولده بغداد، إذ غفل المؤرخون للإمام عن ذكر ذلك، ولعله كان سهواً أو استغناءً بنسبته إلى بغداد أو قدور.

❖ نشأته وأسرته:

كما لم يذكر المؤرخون شيئاً عن نشأة إمامنا وطفولته، وتلقيه العلوم الأولية، وكذلك كانت الكتب غفلاً^(١) عن ذكرٍ ترعرعِهِ وتربيته بين أكناف والديه أو غيرهما وما إلى ذلك. وحتى أسرته، لم تصلنا أخبار الرواة عنها بما يمكن للقارئ أن يتعرف على ملامح قضاء طفولة الإمام أو المؤثر فيه من العائلة في نبوغه وبروزه عن كثر، إلا ما ذكره القرشي عن والده بقوله: «والد الإمام أبي الحسين أحمد صاحب المختصر، حكى عن أبي بكر الشبلي، روى عنه القاضي أبو تمام علي بن محمد بن الحسن الواسطي...»^(٢).

وقال أيضاً عن ولده: «هو محمد بن أحمد بن محمد أبو بكر بن أبي الحسين القدوري، ابن الإمام، صاحب المختصر، وهذا محمد أبو بكر سمع الحديث من أبي علي الحسن بن أحمد بن شاذان، والقاضي أبي القاسم التنوخي وغيرهما.

(١) ولعل سبب هذه الغفلة - أو عدم ذكر النشأة - عن حياة كثير من الأئمة الكبار؛ أن الإنسان يولد عادياً مثل عامة الأطفال، ولا يظهر نبوغ الطفل إلا بعد فترة من التلقي والتعلم، وبعد ذلك يشتهر ويبدأ الاهتمام به؛ ولذلك لا تجد الخلاف في سنة الوفاة كثيراً.

(٢) الجواهر المضية، ٢٩/٣.

ومات شاباً قبل أوان الرواية ، سنة أربعين وأربعمائة»^(١).

• طلبه العلم ومشايخه:

لم يزودنا التاريخ بمعلومات كافية عن حياة القدوري العلمية ، ولا بذكر مشايخه الذين أخذ عنهم منذ بداية طلبه للعلم إلى أن تبوأ المكانة العلمية العالية المرموقة والرئاسة بين علماء وفقهاء عصره ، ولم يحدثنا القدوري عن نفسه أيضاً بالتفصيل .

وكل ما وصل إلينا هو ما ذكر بعض من المشاهير الذين أكثر القدوري من الأخذ عنهم ، والذين كان لهم الأثر في تكوين شخصيته العلمية والخلقية .

• ومن أهم مشايخه:

• الفقيه الشيخ الإمام أبو عبد الله محمد بن يحيى بن مهدي الجرجاني ، الحنفي ، نزيل بغداد ، المتوفى (٣٩٨هـ) على الأرجح ، أحد أعلام الحنفية الكبار^(٢).

• المحدث الشيخ عبيد الله بن محمد بن أحمد ، أبو الحسين الشيباني ، المعروف بالحوشبي المتوفى (٣٧٥هـ) ، وكان ثقة ثباتاً مستوراً أميناً ، وثقه المحدثون كالخطيب البغدادي ، والبرقاني والتنوخي وغيرهم^(٣) . روى الحديث عنه الإمام أبو الحسين القدوري^(٤).

(١) الجواهر المضية ، ٦٤/٣ .

(٢) انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ، ص ١٤٥ ؛ الجواهر المضية ، ٢٤٨/١ .

(٣) انظر: تاريخ بغداد ، ٣٧٧/٤ ؛ الجواهر المضية ، ٢٤٨/١ .

(٤) انظر: تاريخ بغداد ، ٣٧٧/٤ .

* المحدث الشيخ أبو بكر محمد بن علي بن سويد المؤدب، المتوفى (٣٨١هـ)^(١).

✽ تلاميذه:

لم يُعَرَف الكثير من العلماء والأئمة إلا من خلال مؤلفاتهم وتلامذتهم، فهم عنوان مكانتهم في العلم، ومرآة رجاحة عقولهم وفهمهم. وقد عُرف من تلامذة إمامنا الكثير من النابغين النابهين في العلم.

✽ فَمِنْ أَهْم تلامذته:

* الفقيه أبو بكر عبد الرحمن بن محمد السرخسي، المتوفى (٤٣٩هـ) صنف تكملة تجريد القدوري، ومختصر المختصرين^(٢).

* القاضي مفضل بن مسعر بن محمد بن يحيى بن أبي الفرج أبو المحاسن التنوخي المصري، الفقيه الحنفي النحوي^(٣).

* الأديب الفقيه عبد الواحد بن علي بن برهان أبو القاسم العكبري المتوفى (٤٥٦هـ)، صاحب التصانيف، وكان فقيهاً حنفياً، وكان عَلماً من أعلام العربية والأنساب^(٤).

* الحافظ أحمد بن علي بن أحمد بن مهدي، أبو بكر الخطيب البغدادي،

(١) انظر: الجواهر المضية، ٣٤٨/١.

(٢) انظر: الجواهر المضية، ٣٩٧/٢.

(٣) انظر: تاج التراجم، ص ٢٩٧.

(٤) انظر: الطبقات السنية، ٤٠٠/٤.

المتوفى (٤٦٣هـ)، المؤرخ الكبير، صاحب التصانيف الكثيرة وأحد أعيان الشافعية، المشهود له بالفضل والعلم^(١).

* الفقيه أبو نصر أحمد بن محمد بن محمد الأقطع، البغدادي، المتوفى (٤٧٤هـ)، «درس الفقه علي مذهب أبي حنيفة علي أبي الحسين القدوري حتى برع فيه». وشرح مختصر القدوري شرحاً حسناً^(٢).

* الفقيه القاضي أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن الحسين الدامغاني الكبير، المتوفى (٤٧٨هـ)، أحد أعيان الحنفية ببغداد في زمانه^(٣). برع في الفقه حتى فاق أقرانه، وانتهت إليه رئاسة مذهب أبي حنيفة في زمانه^(٤).

❖ مكانته العلمية بين الفقهاء الحنفية:

بلغ الإمام القدوري مكانة بارزة بين فقهاء مذهبه في عصره حتى قال الحافظ الخطيب البغدادي عنه بعد أن عظم قدره وارتفع جاهه عند الحنفية: «انتهت إليه بالعراق رياسة مذهب أبي حنيفة»^(٥).

وقال أبو إسحاق الشيرازي: «وكان أبو الحسين البغدادي المعروف بالقدوري، إمام مذهب أبي حنيفة في عصرنا»^(٦).

(١) انظر: تاريخ بغداد، ٦٠/١٩.

(٢) انظر: الجواهر المضية، ٣٣١/١، ٣١٢.

(٣) انظر: المصدر السابق، ٢٦٩/٣.

(٤) انظر: تاريخ بغداد، ١٠٩/٣.

(٥) تاريخ بغداد، ٣٧٧/٤.

(٦) طبقات الفقهاء، ص ١٢٤.

كما جعله فضلاء الحنفية الذين قسموا طبقات الفقهاء الحنفية من طبقة أصحاب الترجيح ، ربما أنه بطول باعه وعلو كعبه في الأصول والفروع يستحق أن يكون من أصحاب التخريج إن لم يكن من طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب: «الطبقة الخامسة: طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين كأبي الحسين القدوري ، وصاحب الهداية وأمثالهما وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض آخر ، بقولهم: هذا أولى وهذا أصح رواية ، وهذا أرفق للناس» (١).

(١) وهذا تقسيم ابن كمال باشا ، حيث قسمهم إلى سبع طبقات فأذكر بقية الطبقات: الطبقة الأولى: طبقة المجتهدين في الشرع كالأئمة الأربعة أو من سلك مسلكتهم في تأسيس قواعد الأصول واستنباط الأحكام والفروع من الأدلة الأربعة ، من غير تقليد لأحد في الفروع ولا في الأصول ، وهي الطبقة العليا من طبقة المجتهدين .
الطبقة الثانية: طبقة المجتهدين في المذهب ، كتلاميذ أصحاب الطبقة الأولى: كأبي يوسف ومحمد لأبي حنيفة ، وكالمزني والبويطي للشافعي ، فمسلكتهم استخراج الأحكام من أدلتها الشرعية على مقتضى القواعد التي قررها مشايخهم ، وإن خالفهم في بعض أحكام الفروع ، فلا يخرجون من اتباع مشايخهم في قواعد الأصول ، وهي الطبقة الوسطى من طبقات الاجتهاد .
الطبقة الثالثة: طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب ، كالخصاف ، والطحاوي ، وأبي الحسن الكرخي وشمس الأئمة الحلواني ، وشمس الأئمة السرخسي ، وفخر الإسلام البزدوي ، وفخر الدين قاضي خان ، وأمثالهم من أئمة الحنفية ، ومن في طبقتهم من أئمة الشافعية والمالكية ، وغيرهم من الأئمة المعارضين في المذهب ، فإنهم لا يقدرّون على مخالفة شيوخهم لا في الأصول ولا في الفروع ، لكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها عنهم على حسب أصولهم ومقتضى قواعدهم ، وهي الطبقة السفلى من طبقات الاجتهاد .
الطبقة الرابعة: طبقة أصحاب التخريج من المقلدين كالرازي وأضرابه ؛ فإنهم لا يقدرّون على الاجتهاد أصلاً ، لكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمأخذ يقدرّون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين ، أو حكم مبهم محتمل لأمرين منقول عن صاحب المذهب ، أو عن أحد من أصحابه المجتهدين ، برأيهم ونظرهم في الأصول ، والقياس على أمثاله ونظرائه من الفروع ، كما وقع =

❁ مؤلفاته:

تُدرِك وتُعرف مكانة العالم من خلال آثاره ومؤلفاته، ومؤلفات الإمام القدوري - مع قلتها - هي الأثر الخالد لهذه الشخصية العلمية التي تشهد برسوخه في الفقه.

❁ ومن أهم مصنفاته:

❁ التجريد: وهو كتاب عظيم في فقه الموازنة وبخاصة في مسائل الخلاف بين الحنفية والشافعية، قال أبو الوفاء عنه: «والتجريد في سبعة أسفار، اشتمل على مسائل الخلاف بين أصحابنا وبين الشافعي، شرع في إملائه سنة خمس وأربعمئة»^(١).

= في بعض المواضع من الهداية من قوله: «كذا في تخريج الكرخي، وتخريج الرازي» من هذا القبيل.

الطبقة الخامسة: طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين كأبي الحسين القدوري، وصاحب الهداية وأمثالهما وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض آخر، بقولهم: هذا أولى، وهذا أصح، وهذا أرفق للناس.

الطبقة السادسة: طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوي والضعيف، وظاهر الرواية، والرواية النادرة، كأصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين، مثل صاحب الكنز، وصاحب المختار، وصاحب الوقاية، وصاحب المجمع، وشأنهم أن لا ينقلوا في كتبهم الأقوال المردودة، والروايات الضعيفة.

الطبقة السابعة: طبقة المقلدين الذين لا يقدرّون على التمييز المذكور، ولا يفرقون بين الغث والسمين، ولا يميزون الشمال عن اليمين، بل يجمعون ما يجدون كحاطب الليل، فالويل لهم ولمن قلدهم كل الويل». الطبقات السنّية، ص: ٤١، ٤٢.

(١) الجواهر المضية، ٢٤٨/١، وقام بتحقيق جزء منه فضيلة الأخ الفاضل الدكتور محمد أمين مكي (الأستاذ بالجامعة العالمية الإسلامية، بإسلام آباد). وذلك لنيل درجة الدكتوراة بجامعة الأزهر =

* التقريب: «في مجلد، في مسائل الخلاف بين أبي حنيفة وأصحابه، مجرداً عن الدلائل، ثم صنف التقريب الثاني فذكر المسائل بأدلتها»^(١).

* شرح مختصر الكرخي: «وهو الكتاب الذي أقدمه للقراء محققاً بإذن الله ﷺ، المختصر المشهور: فنفع الله تعالى به خلقاً لا يحصون»^(٢).

وله «جزء من حديثه» من رواية أبي عبد الله الدامغاني عنه.

وفاته:

توفي ﷺ ببغداد - بعد عمر حافل بالطلب والتعليم والتصنيف، يناهز الستة والستين، قضاه في طلب العلم وتعليمه ونشره - في يوم الأحد، الخامس عشر من رجب، سنة ثمان وعشرين وأربعمائة، ودفن من يومه في داره بدرج أبي خلف، وزاد ابن خلكان: «ثم نقل إلى تربة في شارع المنصور، ودفن هناك، بجانب أبي بكر الخوارزمي الفقيه الحنفي».

فرحمه الله ﷺ رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته.



= الشريف، وظهر الكتاب مطبوعاً كاملاً محققاً بدراسة وتحقيق الدكتور محمد أحمد سراج، والدكتور علي جمعة محمد بالقاهرة: دار الإسلام، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.

(١) تاج التراجم، ص ٩٩.

(٢) الجواهر المضية، ١/٢٤٨.

ترجمة مختصرة لصاحب المتن

الإمام الكرخي

(٢٦٠ - ٣٤٠هـ) (١)



اسمه ونسبه ومولده ونشأته:

هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الكرخي.

مولده ونسبته:

ولد الكرخي سنة ستين ومائتين (٢٦٠هـ).

والكرخي نسبة إلى كرخ جدان «بليدة في آخر ولاية العراق، يناوح خانقين

عن بعد».

نشأته ومشايخه:

نشأ الكرخي في بلده فأخذ علومه الأولية من علماء المدينة ومعلميها مثل

(١) انظر ترجمته في: الفهرست ص ٢٩٣؛ تاريخ بغداد ١٠/٣٥٣ - ٣٥٥، طبقات الفقهاء، للشيرازي ١٤٢؛ الأنساب ٢٣٥؛ المنتظم ٦/٣٦٩، ٣٧٠؛ اللباب ١/٤٣٦، ٣/٣٥؛ الكامل ٨/٤٩٥؛ معجم البلدان ٤/٢٥٦؛ العبر ٢٥٥؛ دول الإسلام ١/٢١١؛ تذكرة الحفاظ ٣/٨٥٥؛ مرآة الجنان ٢/٣٧٣؛ البداية والنهاية ١١/٢٤٤، ٢٢٥؛ تاج التراجم ٣٩؛ لسان الميزان ٤/٩٨، ٩٩؛ طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده ص ٦٠؛ كتاب أعلام الأخيار، برقم ١٥٦؛ الطبقات السنية، برقم ١٣٧٤؛ كشف الظنون ١/٥٦٣ - ٥٧٠؛ شذرات الذهب ٣/٣٥٨؛ الفوائد البهية ١٠٨ - ١٠٩؛ إيضاح المكنون ١/٣٥٤؛ هدية العارفين ١/٦٤٦.

أنداده - ولم يذكر المترجمون شيئاً عن نشأته - .

أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي: (وهو أحد الفقهاء الكبار المتقدمين ببغداد (٣١٧ هـ) وأبو سعيد أخذ عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده).

بلغ الإمام الكرخي بين فقهاء الحنفية مبلغاً عالياً وانتهت إليه رئاسة الحنفية في زمنه ، وانتشر أصحابه ، وعدّه الحنفية من الطبقة الثالثة: (وهم المجتهدون في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب) ، كما في طبقات المجتهدين لابن كمال باشا .

بل ذهب المحققون من الحنفية: بأن الكرخي أعلى وأجل مما ذكره ابن كمال باشا في طبقات فقهاء الحنفية .

حيث انفرد الكرخي عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه في مسائل كثيرة من علم الأصول والفروع^(١) .

❁ تلامذته:

كما تتلمذ على الإمام الكرخي أئمة وفقهاء كبار مما يدل على مكانته العلمية العالية ، وممن تفقه عليه:

* أبو علي أحمد بن محمد الشاشي (٣٤٤ هـ) .

* وأبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠ هـ) .

(١) انظر: ناظورة الحق للمرجاني ص ٦١ .

* وأبو حامد أحمد بن الحسين بن علي المروزي الطبري (٣٧٧هـ) وغيرهم.

✿ مؤلفاته:

للإمام الكرخي مؤلفات فقهية نافعة معتمدة في المذهب، وقد نالت كتبه التقدير والإجلال والتقديم في المذهب على غيرها من كتب المذهب:

* المختصر: وهذا المختصر من المتون المعتمدة في المذهب (وشرح هذا المختصر المضمن للشرح، وهو الكتاب الذي أقدمه بين يدي القراء محققاً بإذن الله تعالى).

* شرح الجامع الصغير.

* شرح الجامع الكبير.

* رسالة في القواعد الفقهية.

إذ يعد الإمام الكرخي من أوائل واضعي القواعد الفقهية، فرسالته المشهورة تحتوي على تسع وثلاثين قاعدة فقهية، ولعلها أول تأليف في هذا الفن.

✿ صفاته:

قد عُرف عليه السلام بالقناعة والتعفف وكثرة العبادة.

قال أبو الوفاء القرشي: «وكان كثير الصوم والصلاة، صبوراً على الفقر والحاجة، ولما أصابه الفالج آخر عمره كتب أصحابه إلى سيف الدولة ابن حمدان بما ينفق عليه، فعلم بذلك فبكى وقال: اللهم لا تجعل رزقي إلا من حيث عودتني، فمات قبل أن تصل إليه صلة سيف الدولة، وهي عشرة آلاف درهم،



وكان من تولى القضاء من أصحابه هجره»^(١).

قال صاحب مرآة الجنان: «كان إماماً قانعاً متعففاً عابداً صواماً كبير القدر»^(٢).

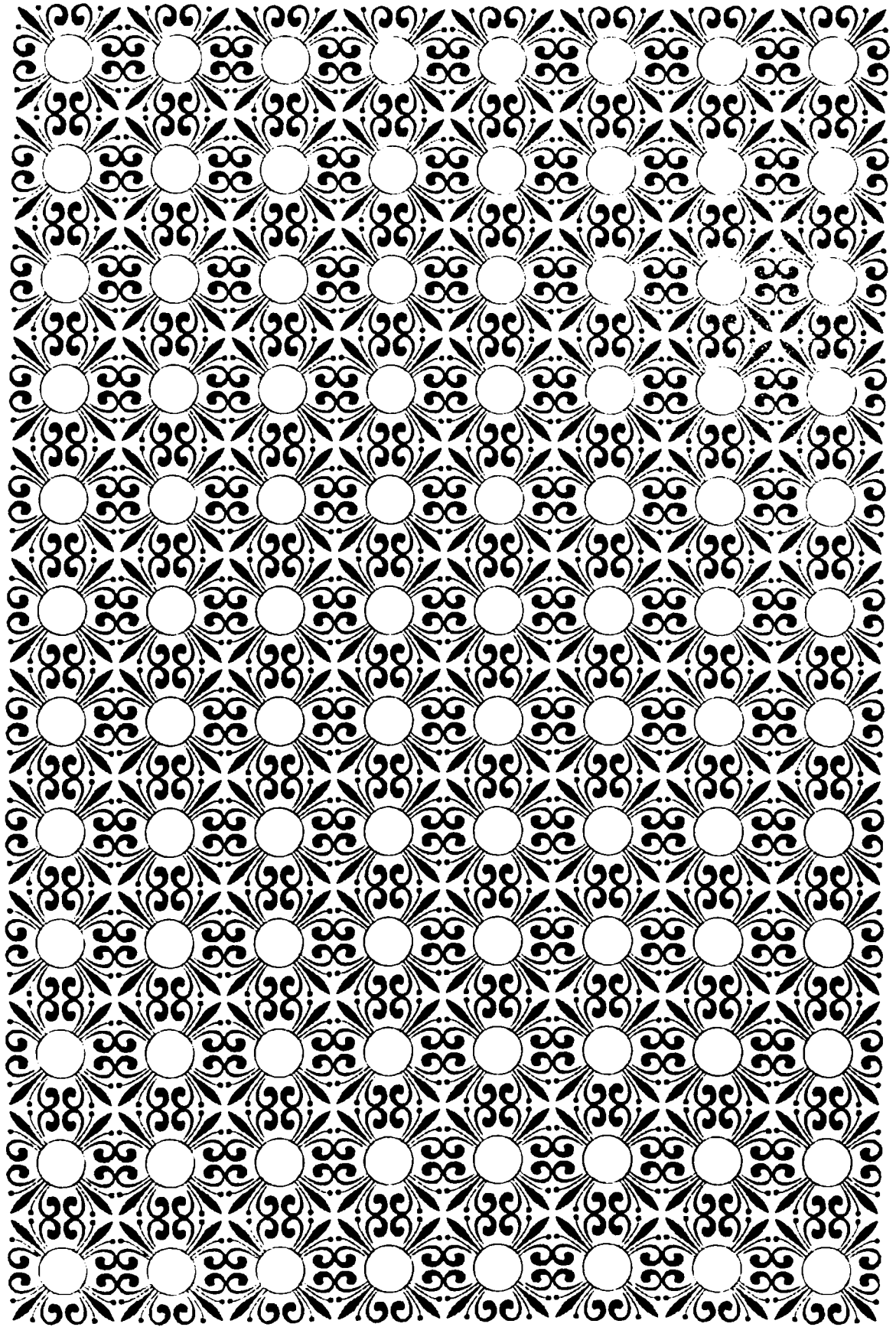
✽ وفاته:

توفي رحمته الله - بعد عمر مديد مبارك قضاه في طلب العلم وتعليمه - ليلة النصف من شعبان سنة أربعين وثلاثمائة (٣٤٠هـ)، رحمه الله تعالى رحمة الأبرار، وأسكنه فسيح جناته وغفر له.



(١) الجواهر المضية ٢/٤٩٣، ٤٩٤.

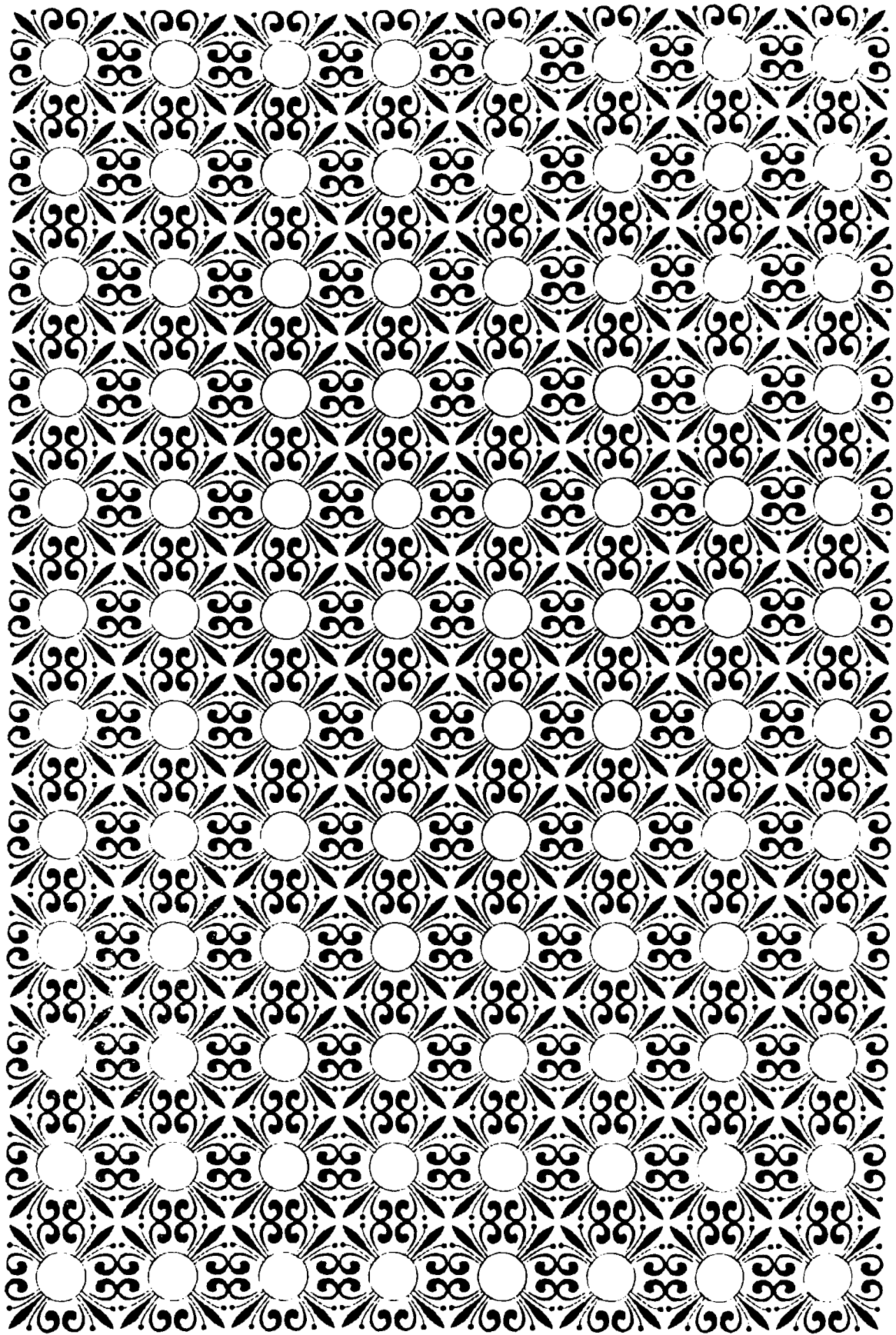
(٢) كما في الفوائد البهية، ص ١٠٩.

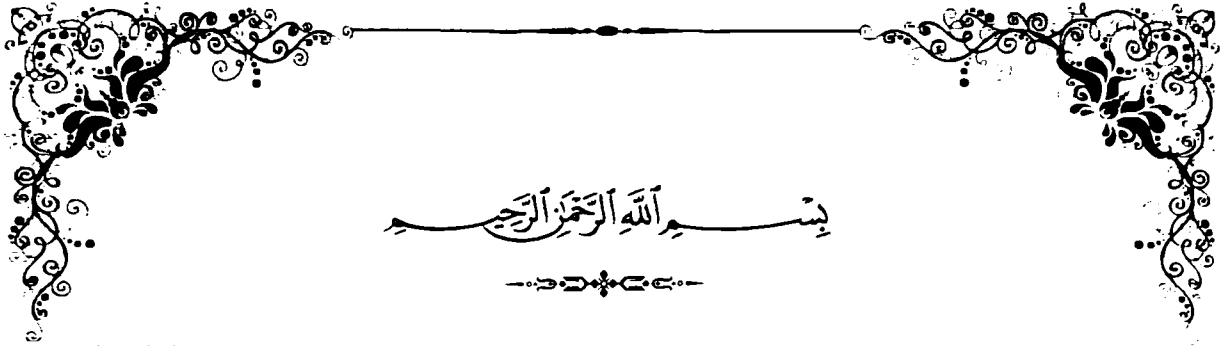


مختصر الكافي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٥٤٢٨)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الحمد لله ولي الحمد ومستحقه، والصلاة على رسوله محمد ﷺ وآله،
ذكرتم وفقنا الله وإياكم لمصالح الدين حال مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي
رحمة الله عليه، والحاجة إلى شرحه، وهو كتاب يجمع من فروع الفقه ما لا
يجمعه غيره، وقد كان أبو علي الشاشي (رحمه الله تعالى) يقول: (من حفظ هذا
الكتاب فهو أحفظ أصحابنا، ومن فهمه فهو أفهم أصحابنا).

وهو كتاب مختلف الترتيب؛ لأنه ابتدأه على أن يكون كتاباً صغيراً ثم زاد
فيه بعد مضي العبادات، فلما تجاوز الرهن بسطه بسطاً مستوفياً.

وقد عزمت^(١) على إملاء كتاب جامع في شرحه أعتمد فيه بيان الفروع،
[والروايات]، والزوائد التي لا بد منها^(٢) [وترتيبها]، وأورد في مسائل الخلاف
ما استقل به من غير بسط؛ لأنني استوفيت ذلك في كتاب التجريد^(٣)، وألحق
بفروعه ما يليق بها؛ ليعتدل أول الكتاب وآخره في الاستيفاء، ثم ألحق بالكتاب
ما أغفله ﷺ من الكتب، وأستوفي شرح جميعه معتمداً على الله تعالى في التوفيق
والتسديد والعصمة.

وأقدم على ذلك مسألة في تقديم مذهب أبي حنيفة ﷺ في الجملة على

(١) في ب (عملت).

(٢) الزيادة من ب.

(٣) طبع الكتاب بدار السلام في مصر، بتحقيق محمد سراج، وعلي جمعة، وقبل ذلك حققه إلا
جزءاً يسيراً الأخ الدكتور محمد أمين مكي لنيل درجة الدكتوراه، بجامعة القاهرة

سائر فقهاء الأمصار ، والله الموفق والمعين .

(قال الشيخ الجليل أبو الحسين أحمد بن محمد البغدادي رحمه الله تعالى :
الكلام في تقديم مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه على غيره من المذاهب ، إنما يتبين^(١))
باستقراء المسائل والنظر في دلائلها ؛ ليأخذ المجتهد بما يصح عنده في كل مسألة
منها ، إلا أنا ندل^(٢) على هذا في الجملة ؛ لأن من ليس بمجتهد إذا أراد الأخذ
بقول فقيه ، لزمه الرجوع إلى أولى الفقهاء في نفسه ، والذي يدل على أن مذهب
أبي حنيفة رضي الله عنه أولى من غيره من المذاهب : أنه رحمه الله تعالى ولد في عصر
الصحابة ، وتفقه في زمن التابعين ، وأفتى معهم ، وناظر الشعبي وطاووس
وعطاء ، وقد قال رضي الله عنه : «خير القرون قرني الذي بُعثت فيهم ، ثم الذين يلونهم ،
ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يفسو الكذب ، فيشهد الرجل قبل أن
يُستشهد»^(٣) ، فمن [نشأ] وتعلم وأفتى في عصر عدل رسول الله صلى الله عليه وآله أهله ، كان
أبعد من البدع ممن نشأ في الزمان الذي لم يعدل رسول الله صلى الله عليه وآله أهله ، وقد روى
أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن أنس بن مالك ، وعبد الله بن [جزء] الزبيدي^(٤) ،
و[أبي الطفيل] عامر بن [وائلة]^(٥) وغيرهم من الصحابة ، [وأدرك عبد الله بن
أبي أوفى أيضاً] .

(١) ما بين القوسين سقط من ب ، وفي ب (وهذا أمر يعلم باستقراء) .

(٢) في ب (وإنما يدل) .

(٣) أصل الحديث متواتر كما ذكر السيوطي في نظم المتناثر ، وبهذا اللفظ أخرجه ابن حبان في
صحيحه (٧٢٥٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ؛ والترمذي في سننه (٢١٦٥) ؛ وقال : «هذا حديث
حسن صحيح غريب من هذا الوجه» ؛ وأصله في الصحيحين : البخاري (٢٦٥٢) ؛ ومسلم
١٩٦٢/٤ (٢١٠) .

(٤) في نسخة أ (جبير) ، وأخرى (حر) ، والمثبت من الإصابة ٢٦٤/٨ (بتحقيق الدكتور التركي) .

(٥) في الأصل (عامر بن الطفيل) ، والمثبت من الإصابة ٥٣٦/٥ ، وهو مشهور بكنيته ٣٨٣/١٢ .

ويدل عليه: أن الله تعالى ضَمِنَ حِفْظَ الشريعة، فأمر بتعلّمها والتّفقّه فيها، فأول من دوّن الفقه ووضع فيه كتاباً ورَتَّبَهُ أبو حنيفة رحمه الله تعالى، ويستحيل أن يضمن الله تعالى حفظ الشريعة، ثم يكون المبتدئ بتدوينها على غير الحق، ويدل عليه: أنه وضع هذا [المذهب شوري بينهم] ولم يستبد بوضع المسائل، وإنما كان يُلقِيها على أصحابه مسألةً مسألةً، فيعرف ما عند كل واحدٍ منهم، ويقول ما عنده، ويناظرهم حتى [يستقيم] ^(١) أحد القولين فيثبته [أبو يوسف] ^(٢) حتى [أثبت] الأصول كلها.

وكان له أصحاب لم يتفق لفقّيه مثلهم، منهم: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، وزفر بن الهذيل التميمي، ومحمد بن الحسن الشيباني، والحسن بن زياد اللؤلؤي، وداود الطائي، وعافية بن يزيد الأودي، ويوسف بن خالد السمطي، والقاسم بن معن المسعودي، وحفص بن غياث، ووکیع بن الجراح، ومالك بن مغول البجلي.

فهؤلاء هم العلماء [علماء] بالحديث والسنة، والسيرة، والعربية، والحساب، فإذا كان [هذا] المذهب وُضع على اتفاق [من جماعتهم] كان أصحّ مما يتبدئ به الواحد بنفسه، ويرجع فيه إلى اجتهاده؛ ولأنه أخذ [العلم] عن حمّاد بن أبي سليمان، وأخذ حمّاد عن إبراهيم النخعي، وأخذ إبراهيم عن علقمة، والأسود [بن يزيد]، ومسروق [بن الأجدع]، وشريح، وأخذ هؤلاء العلم عن عمر [بن الخطاب]، وعلي [بن أبي طالب]، و[عبد الله] بن مسعود رضي الله عنه، [وأخذ هؤلاء العلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قال علي رضي الله عنه - لما دخل

(١) في أ (يستقر)، والمثبت من ب.

(٢) الزيادة من ب.

الكوفة ورأى أصحاب عبد الله بن مسعود قال -: «لقد ترك ابن مسعود [هؤلاء سُرج هذه القرية]» .

ولا يوجد لأحد من الفقهاء طريق مثل هذا؛ لأن مالكا أخذ [العلم] عن نافع، ونافع لا يُعرف بالفقه، وإنما هو من أهل الرواية^(١).

وأصحاب الشافعي رحمته الله يُنكرون أخذه الفقه من مالك^(٢) ويضيفونه إلى [مسلم بن] خالد الزنجي، وهو ليس بفقير، وإنما هو من أصحاب الحديث، [وقد ضعّفوه، ولو أنصفوا لأضافوه إلى محمد بن الحسن، ويشر المريسي؛ فإنه أخذ العلم عنهما، وهما أفقه من رأي، وقد بان ذلك في علمه بعد رجوعه من العراق وقبل ذلك^(٣)].

(١) كما أخذ مالك الفقه عن ربيعة الرأي، والزهري، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وأبو الزناد وغيرهم.

انظر: الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة.

(٢) بل أثبت ذلك الشافعي بنفسه - كما ذكر ابن عبد البر عن طريق ابن أبي عمر - صاحب السند -، قال: سمعت محمد بن إدريس الشافعي يقول: «مالك بن أنس معلمي، وعنه أخذت العلم». وقال أيضاً: «إذا ذكر العلماء، فمالك النجم، وما أحد أمنّ علي من مالك بن أنس». الانتقاء ص ٣٣. انظر: مناقب الشافعي للبيهقي.

(٣) والحقيقة أن لكل إمام من الأئمة الثلاثة بخاصة، مشايخ وأئمة أجلاء، الذين أخذوا عنهم، وكذا قبض الله تعالى لهم من التلامذة الأئمة الفضلاء، الذين حفظوا ودوّنوا علومهم وفقههم، ونقلوها لمن بعدهم، وكل ذلك مدوّن في سيرهم وتراجمهم.

كما ذكر العلامة القدوري هنا في فضل مشايخ وتلامذة الإمام أبي حنيفة، وفضلهم وتميزهم عن غيرهم، كذلك يفعل كل من كتب عن سائر مناقب الأئمة الثلاثة؛ لإظهار الفضل، وسمو المكانة، والتميز عن الآخرين؛ للوصول إلى أن مذهبه أصحّ وأوثق من المذاهب الأخرى. وحصل ذلك الإجلال والمفاضلة بين الأئمة ابتداءً من عصر التمدّيب، والتعصب لمذاهب الأئمة الأربعة.

ولأنه رحمه الله تعالى أول من تكلم في الشروط ، ووضعها ، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فأخبر أن الله تعالى هو المعلم للشروط ، وهو علم لا ينفرد وإنما يتفرع على كل الفقه ، فصحتها تدل على صحته .

ولأنه رحمه الله تعالى أول من وضع كتاباً في الفرائض ، وقد قال النبي ﷺ: «الفرائض نصف العلم ، وهو أول علم يُرفع من هذه الأمة»^(١) ، فإذا وفق الله تعالى المبتدئ بوضعها ، فالظاهر أنه يرزقه التوفيق^(٢) فيها .

ولأن مذهبه يجمع علوماً لم يجمعها فقيه ، ذلك: من العربية ، والمسائل المقولة^(٣) على وفق النحو والحساب ، والمسائل التي يتعب باستخراجها أهل الجبر والمقابلة ، ولا تجد هذا لأحد من الفقهاء .

= ومن ثم ينبغي لطالب الحقيقة أن لا ينبجر وراء آراء تلك الفئة الواقعة في التفريط والإفراط في الحب ، والبغض ، والمفاضلة بين الأئمة بذكر مناقب إمامه ، ومثالب الآخرين ، وتتبع العثرات التي لا يخلو منها عالم .

وإنما عليه أن يعطي لكل ذي حق حقه ومكانته ، من غير أن يبغض حقوق ومكانة الأئمة الآخرين ، وينبغي له ذكر محاسن وفضائل الجميع ، والترحم والدعاء لهم ، قال الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ﴾ [الحشر: ١٠] .

انظر: كتب المناقب في الأئمة الأربعة وسيرهم ، رحمهم الله تعالى .

(١) الحديث أخرجه ابن ماجه (٢٧١٩) ؛ والحاكم في المستدرک (٧٩٤٨) ؛ والبيهقي في السنن الكبرى ، ٢٠٩/٦ ؛ وذكر المحدثون في سنده مقالاً لوجود (حفص بن عمر) . انظر: التلخيص الحبير ٧٩/٣ .

(٢) في ب (أنه فقه للصحيح منها) .

(٣) في ب (المسوغه) .

[هذا مع] ما اشتهر من قوة تفريعه واقتداره على ابتداء وضع هذه المسائل ،
وسرعة جوابه فيها ، ومواصلته للحجج .

وكثرة عبادته حتى قيل : إنه صَلَّى الفجر بطهارة العشاء أربعين سنة ، وقرأ
القرآن في ركعة واحدة^(١) في الكعبة ، وامتنع من تولي القضاء فُضرب عليه
بالسوط حتى قيل : إنه ﷺ ذكر عند ابن شبرمة فقال : «لقد قرطم له وقرطم^(٢) لنا
فلقطنا ورفع رأسه» .

فإن قيل : بأن مذهب الشافعي أولى ؛ لأنه رجلٌ من قريش وقد قال رسول
الله ﷺ : «الأئمة من قريش»^(٣) ، وقد قال ﷺ : «قدموا قريشاً ولا تتقدموها»^(٤) .

فالجواب : أن الصحابة اختلفوا فلم يرجح أحدٌ قول ابن عباس على قول زيد
بن ثابت : بأنه من قريش ، فدلَّ إجماعهم على أن التقديم لم يرد به رسول الله ﷺ
التقديم في العلم ، وقد قال ﷺ : «ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى»^(٥) ،
وقال ﷺ : «لو كان العلم معلقاً بالثريا لسبق إليه غلمان من أبناء فارس»^(٦) ، وإذا

(١) أورد ذلك الصيمري ص ٤٤ ، وغيره من المترجمين له ، إلا أنني لم أعثر على قولهم (ذلك في
الكعبة) .

(٢) انظر : أخبار أبي حنيفة للصيمري ، ص ٥٧ ، وغيره .

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى (٥٩٤٢) ؛ وابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٠٥٥) .

(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ، ٣٩٨/٢ ؛ والطبراني وفيه أبو معشر ، وحديثه حسن ،
وبقية رجاله رجال الصحيح ، كما قال الهيثمي في المجمع ٢٥/١٠ ؛ والشافعي في المسند
٢٧٨/١ ؛ والبزار في مسنده (٤٦٥) ، انظر : التلخيص الحبير ٣٦/٢ .

(٥) مسند الحارث (زوائد الهيثمي) (٥١) ، والطبراني في «الكبير» ١٨ (١٦) .

(٦) رواه بهذا اللفظ : الشجري في ترتيب الأمالي (٣٤٩) ، وأبو طاهر السلفي في الطيوريات
(١٠٩٨) ، وروى البخاري في صحيحه (٤٨٩٧) ، ومسلم في صحيحه ١٩٧٢/٤ (٢٣١) =



اعتبر العلماء في زمن التابعين ومن بعدهم ، وجد الغالب عليهم الموالي .

فإن قالوا: إن أبا حنيفة رحمة الله عليه كان قوياً في القياس ، ومالكاً في الحديث ، والشافعي فيهما^(١) .

قيل لهم: بل أبو حنيفة قوي فيهما ؛ لأنّ شعبة [بن الحجاج البصري] قال: «كان أبو حنيفة عارفاً بحديث أهل بلده» ، وقال عبدالله ابن المبارك: «كيف تقولون إن أبا حنيفة لا يعرف الحديث ، وهو يقول: زيد [بن] عياش^(٢) لا يُقبل خبره» ، وإذا رجعت إلى مسند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وجدته أكبر من مسند الشافعي .

وكيف تُدعى للشافعي المعرفة بالحديث ، وهو يقول في خبر القلتين: بلغني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بإسناد لا يحضرني أنه قال: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً»^(٣) ، وهذا خبر لم يقل به أحد من الفقهاء غيره^(٤) ، ثم لم يُعرف إسناده^(٥) .

وخطأه أحمد بن حنبل في قوله: «إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة

= أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع يده على سلمان الفارسي ثم قال: «لو كان الإيمان عند الثريا لناله هؤلاء» .
(١) قال أبو عبيد القاسم بن سلام: «ما رأيت رجلاً قط أعقل ولا أفقه في كتاب الله من الشافعي» ، ونحوه لأحمد أيضاً .

انظر: مناقب الشافعي للبيهقي ٢/٢٤٠، ٢٥١ .

(٢) في الأصل (زيد أبو عياش) وفي (ب) (بن) والمثبت كما جاء في (ب) وهو (زيد بن عياش الزرقبي أبو عياش المدني) كما في خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ١٢٨ .

(٣) قال الشافعي في المسند ص ١٦٥ ؛ أخبرنا مسلم بن خالد ، عن ابن جريج ، بإسناد لا يحضرني ذكره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، فذكر الحديث ، والحديث روي من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود (٦٥) ، والترمذي (٦٧) وسكت عنه ، والنسائي (٥٠) ، وابن ماجه (٥١٧) . وهو عند ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٧٢٤٧) .

(٤) وذهب إليه الإمام أحمد أيضاً . انظر: المغني ١/٣٦ وما بعدها (القاهرة . هجر) .

(٥) ووصل الحديث الدارقطني في سننه (٣٢) ؛ والبيهقي في الكبرى ١/٢٦٣ .

في [ثلاث سنين]»^(١)، وقال: هذا لا أصل له عن رسول الله ﷺ، وإنما قضى به عمر رضي الله عنه.

وقال: روى أنس بن مالك «أن النبي ﷺ قنت في الفجر شهراً ثم تركه»^(٢) فلم يعرف ما رواه أنس بن مالك «أن رسول الله ﷺ مازال يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا»^(٣)، فلم يعرف ذلك، وإن وافق مذهبه.

[وقال: بلغني عن النبي ﷺ كلاماً معناه: «أن فيما سقت السماء العشر»^(٤)، وهذا الخبر أظهر من أن ينقل بالمعنى.

وقال: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الولاء نسب»^(٥) والخبر: «الولاء لحمة كلحمه النسب»^(٦).

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٦٣٣)؛ والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٥/٨، وليس عندهما زيادة: «ثلاث سنين». قال ابن حجر في الزيادة (ثلاث سنين): «أما التأجيل فلم يرد به الخبر وإنما أخذ ذلك من إجماع الصحابة... وقال ابن المنذر: ما ذكره الشافعي لا يعرف له أصل من كتاب وسنة...»، «وسئل عنه أحمد بن حنبل فقال: لا أعرف فيه شيئاً، فقليل له: إن أبا عبد الله أخرجه عن النبي ﷺ، فقال: لعله سمعه من ذلك المدني، فإنه كان حسن الظن به، يعني: إبراهيم بن أبي يحيى». التلخيص ٣٢/٤.

(٢) اختلاف الحديث ٦٥٣/٨.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ١٦٢/٣؛ وعبد الرزاق في المصنف (٤٩٦٤)؛ والدارقطني في السنن (١٦٩٢).

(٤) أخرجه البخاري (١٤٨٣)؛ وأبو داود (١٥٩٢)، والترمذي (٦٤٠)، والنسائي (٢٤٨٨)، وابن ماجه (١٨١٧).

(٥) لم أجده عند الشافعي، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن ٥/٩؛ وابن حجر في فتح الباري عن ابن دينار ٤٤/١٢؛ وابن عدي في الكامل مرفوعاً ١٨٢/٣، وكذا في موضع الأوهام ٥٢٢/١.

(٦) رواه الشافعي في مسنده ص ٣٣٨، وابن حبان في صحيحه (٤٩٥٠)، والحاكم في المستدرک (٧٩٩٠، ٧٩٩١).

فإن قيل: إن الشافعي كان يعرف العربية وكان أبو حنيفة لا يعرفها؛ لأنه حكى عنه أنه قال: ولو ضربه بأبا قبيس^(١).

قيل لهم: أما دعواكم معرفة الشافعي باللغة فليس عليه دليل^(٢)، والمأخوذ عليه [من الغلط] في اللغة كثير؛ وذلك أنه قال في كتابه: ماء مالح، وإنما هو ماء ملح^(٣).

وقال في أحكام القرآن: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣] أي: لا تكثروا عيالكم^(٤)، وإنما معناه لا تميلوا.

وقال: إذا أشلى كلبه، يريد إذا أغراه، وإنما يقال: أشلاه إذا استدعاه.

وقال: ثوب يسوي كذا، وهذا من كلام العامة، وإنما يقال: ثوب يساوي كذا.

(١) أوردته الخطيب في تاريخ بغداد ٤٣٩/١٣.

(٢) بل قال أحمد وابن هشام والمازني: «كلام الشافعي في اللغة حجة»، وقال الشافعي عن نفسه: «أقمت على العربية وأيام الناس عشرين سنة»، وأثنى عليه أئمة اللغة وقالوا: بأنه ممن يؤخذ عنه في اللغة.

انظر: مناقب الشافعي للبيهقي، ٤١/٢ وما بعدها؛ سير أعلام النبلاء ٨٤/١٠؛ آداب الشافعي، ص ١٣٦.

(٣) قال النووي: «والجواب: أن هذا الاعتراض جهالة من قائله، بل فيه أربع لغات: ماء ملح، ومالح، ومليح، ومُلاح - بضم الميم وتخفيف اللام -، حكاهن الخطابي وآخرون من الأئمة، وقد جمعت ذلك بدلائله وأقوال الأئمة فيه، وإنشاد العرب فيه في تهذيب الأسماء واللغات...». المجموع ١٢٩/١.

(٤) كذلك ورد في تأويل الآية: كثرة العيال، مأخوذاً من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةَ﴾، أي: فقراً، ﴿فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ شَاءَ﴾، وإن كان بمعنى: (لا تميلوا) هو قول الجمهور. انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٤٦٦/٧؛ أحكام القرآن لابن العربي ٤١٠/١.

وزعم أن الواو للترتيب ، و[قد] أجمع أهل اللغة على خلاف ذلك .
وقال: الغرم الهلاك ، والغرم اللزوم^(١) .

فأما أبو حنيفة فليس يمكن أن يُدَّعى^(٢) في كتابه خطأ في العربية ، وإنما يحكي الناس هذه الحكاية ولا يعرفون صحتها ، ولا وجدت له في كتاب ، ثم إن صحَّ ذلك ، فهي لغة للعرب فصيحة ؛ لأنَّ بني الحارث بن كعب يقولونها ، قال سيبويه: وهذا هو القياس وقد جاء القرآن به في قراءة من قرأ ﴿إِنْ هَذَا لَسَجْرَانٌ﴾ [طه: ٦٣]^(٣) . وأنشدوا فيه:

إِنْ أَبَاهَا وَأَبَا أَبَاهَا ❁ قَدْ بَلَغَا فِي الْمَجْدِ غَايَتَاهَا^(٤)

فإن قالوا: إن أبا حنيفة تكلم عليه الأئمة ولم يتكلموا على الشافعي ، فحكي عن سفيان الثوري أنه قال: «استتيب أبو حنيفة من الكفر مرتين»^(٥) . وقال

(١) هذه الأمثلة كغيرها مما سبق ، فيها توجيه ورد للمعارضين من الشافعية بأدلة مختلفة ، وإنما الغرض من ذكر المؤلف هنا هذه الأمور: هو الرفع من شأن مذهب المؤلف عن طريق مكانة إمام مذهب المخالف .

ومن ثمَّ لا ينظر إلى هذه الأقوال التي يراد منها تقوية وتضعيف المذاهب الفقهية المعتمدة ، وإنما هي تراث عصر طغى لدى بعضهم جانب التعصب لأئمة مذاهبهم ، فحصل ما حصل بين المذهبيين من الجدل والنقاش والمنافسة .

(٢) في ب (يلقي) .

(٣) انظر في توجيه الآية: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٢٥٥ . (دار ابن حزم) .

(٤) البيتان لرؤية بن العجاج في ملحق ديوانه ص ١٦٨ ، وفي الدرر اللوامع للشنقيطي هما لأبي النجم

أو رؤبة ، ١٢/١ . وبعضهم بلا نسبة . انظر: معجم شواهد النحو الشعرية ، للحداد ص ٧٧٣ .

(٥) أخرجه أحمد في العلل ومعرفة الرجال ٥٤٥/٢ ؛ والخطيب في تاريخه ٣٠٣/١ .

وذكر ابن عبد البر: «ضرب أبو حنيفة على القضاء ، فلم يفعل ، وفرح بذلك أعداؤه وقالوا: استتابه» ،

ونقل عن بعضهم بأن هذه كذب لا أصل لها .

بعضهم: كان شيطاناً خرج من البحر.

فالجواب: أنهم لو رجعوا إلى ما قال صاحبهم كان أولى بهم، وقد قال الشافعي: «الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة»^(١)، وقال لما خرج من العراق: «رأيت محمد بن الحسن إذا قرأ القرآن فكأن القرآن نزل بلسانه، وما رأيتُ عالماً إذا سُئل عن شيء لم يتغير وجهه إلا محمد بن الحسن، ولقد أخذتُ من علمه حِمْلَ جَمَلٍ بُخْتِي ذَكَرٌ»^(٢).

فأما من تكلم في أبي حنيفة من أهل عصره فللمنافسة؛ لأنه تقدمهم في العلم فشقَّ عليهم، ولم يمت سفیان حتى تاب من الكلام في أبي حنيفة^(٣)، وقد وجد كتاب الرهن حين مات تحت وسادته. وروى عن أبي حنيفة ودلَّسه.

فأما قوله: [إنه] استتيب من الكفر مرتين، فإنه كان يلاحي بذلك، وذلك أن الشراة لما دخلوا الكوفة أخذوا أبا حنيفة فقالوا له: تُبُّ من الكفر؛ لأنهم يكفرون من خالفهم، فقال: أنا تائب إلى الله تعالى من كل كفر، فأفرجوا عنه، فقيل لكبيرهم: إنما عنى بالكفر الذي أنت عليه، فاسترده وقال له: إنك تبت من

= انظر: الانتقاء ص ٢٨٦، ويأتي في الكتاب.

وهكذا في جميع ما قيل في الإمامين الجليلين رحمهما الله تعالى.

(١) كما نقل الذهبي في تذكرة الحفاظ، ١/٨٠، ١٦٨.

(٢) مناقب أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي، ص ٨١.

(٣) وهذا الموضوع قيل فيه الكثير من الأقوال منذ أن عرفوا إلى يومنا هذا، وكتبت فيه مؤلفات، وبين ابن عبد البر سبب ذلك - بعد ذكره فضائل أبي حنيفة -: ومما طعن فيه عليه؛ لرده مما أصله لنفسه في الفقه، وردَّ بذلك كثيراً من الأخبار...، ومما قيل فيه: إنه لا يرى الطاعات وأعمال البر من الإيمان، فعابه بذلك أهل الحديث، وقد أثنى عليه قوم كثير لفهمه وفطنته وحسن قياسه وورعه ومجانبته السلاطين. انظر: الانتقاء ص ١٨٤.

الكفر وتريد به ما نعتقده. فقال له: أبعلم تقول ذلك أم بظن؟ فقال: بل بظن، فقال: قال الله تعالى: ﴿إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِتْمٌ﴾ [الحجرات: ١٢] وهذه خطيئة منك، وكل خطيئة عندك كفر، فتب أنت من الكفر! فقال: أنا تائب إلى الله من كل كفر، ثم قال لأبي حنيفة: فتب أنت من الكفر فقال: أنا تائب إلى الله تعالى من كل كفر، فقال الناس: قد استتيب [أبو حنيفة] من الكفر مرتين، وهم يريدون هذا.

وأما من مدح أبا حنيفة من العلماء فهم أكثر من أن يُحصى، وقد حكينا ما قال الشافعي فيه.

وأما مالك رضي الله عنه فإنه سئل عنه فقال: «رأيت رجلاً لو قال إن هذه الأسطوانة من ذهب لدلّ عليه»^(١).

وقد حكى عن ابن سريج - وهو أfaqه أصحاب الشافعي - أنه بلغه أن رجلاً يذكر أبا حنيفة، فدعاه وقال: يا هذا إن لأبي حنيفة ثلاثة أرباع الفقه بالإجماع، والربع الآخر لا يسلمه للناس، فقال له: وكيف يكون ذلك؟ فقال: لأن الفقه سؤال وجواب، وهو الذي وضع كل أسئلة الفقه، فله النصف، ثم أجاب عن هذه الأسئلة، فزعم مخالفوه أنه أصاب وأخطأ، فإذا جعل خطؤه بصوابه كان له نصف النصف الآخر، ويبقى الربع، فزعم أنه أصاب، ويزعمون أنه أخطأ، فله ثلاثة أرباع الفقه بالاتفاق^(٢)، وسنبيّن إن شاء الله تعالى من يشهد لهذه الجملة في تضاعيف المسائل، والله المعين والموفق للصواب.



(١) أخرجه ابن عبد البر في الانتقاء ص ٢٦٩؛ والذهبي في مناقب أبي حنيفة ص ٣١؛ وأورده السرخسي في المبسوط، ٢٨/١٢ وغيره.

(٢) انظر: المبسوط ٣/١.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[١] بَابُ الطَّهَارَةِ

—♦—

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الطهارة في اللغة: هي النظافة، وفي الشرع: عبارة عن غسل بصفة، والوضوء في اللغة: الوضوء وهي الحُسن، ويقال: وجه وضيء [أي: حَسَن]، وفي الشريعة: عبارة عن غسل أعضاء مخصوصة، فإن كان أهل اللغة يعرفونه هذا فالاسم لغوي، وإن كانوا لا يعرفونه فهو اسم شرعي فيه معنى اللغة.

والأصل في وجوب الطهارة قوله ﷺ: «لا صلاة إلا بطهارة، ولا صدقة من غلول»^(١). قال أبو الحسن: «طهارة الأبدان من الأحداث طهارتان: غسل ووضوء بالماء عند وجوده، وبالتراب عند عدمه».

وإنما قسم أبو الحسن الطهارة المجتمع عليها، ولم يدخل في القسمة ما اختلف فيه من الطهارة بغير الماء [وهو الوضوء بنبيذ التمر].

والأصل في وجوب الوضوء: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ...﴾ الآية [المائدة: ٦]، وقال النبي ﷺ: «لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه، فيغسل وجهه ثم يديه ثم المسح برأسه ثم يغسل

(١) قال الحافظ في التلخيص ٢٢٤/١: لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ، نعم روى الترمذي (١)، من حديث ابن عمر: «لا تقبل صلاة إلا بطهور»، وأصله في صحيح مسلم ٢٠٤/١ (٢٢٤)، بلفظ: «لا تقبل صلاة بغير طهور، ولا صدقة من غلول»، ورواه الطبراني في الأوسط (٢٢٩٢)، من حديث ابن عمر بلفظ: «لا صلاة لمن لا طهور له».

رجليه»^(١)، وقد دلّ على هذه القسمة: قوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا...﴾، ثم قال تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾.

قال أبو الحسن عليه السلام: وفرض الوضوء ما نص الله عليه في كتابه: وهو غسل الوجه، واليدين إلى المرفقين، ومسح الرأس، وغسل الرجلين إلى الكعبين، وتدخل المرافق والكعبان في ذلك عندنا.

فأما الوجه فهو: من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن إلى شحمتي الأذن؛ لأنّ الوجه عبارة عما يواجه الإنسان في العادة، والكلام فيه يقع في فصول:

* أحدها: أن إيصال الماء إلى داخل العينين ليس بواجب؛ لأنّ في ذلك مشقة، والفروض تسقط بالمشقة؛ ولأنهما في حكم الباطن، والوضوء لا يتعلق بالباطن.

* والثاني: أن المضمضة والاستنشاق لا يجبان في الوضوء، ومن أصحاب الحديث من أوجبهما، ومنهم من أوجب الاستنشاق دون المضمضة [وهذا فاسد].

لنا: قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ والوجه عبارة عن الظاهر دون الباطن، وعلم النبي صلى الله عليه وآله الأعرابيّ الوضوء ولم يذكر له المضمضة والاستنشاق

(١) قال الحافظ في «التلخيص» ١: ٩٧: لم أجده بهذا اللفظ، ثم نقل عن النووي قوله: إنه ضعيف غير معروف، ثم قال: نعم لأصحاب السنن من حديث رفاعة بن رافع، في قصة المسيء صلواته فيه: «إذا أردت أن تصلي فتوضأ كما أمرك الله».

أبو داود (٨٥٧)، والترمذي (٣٠٢)، والنسائي (١٦٣١)، ولم أجده عند ابن ماجه بهذا اللفظ من حديث رفاعة

مع جهله بالأحكام ، ولو كانت واجبة لذكرها ؛ ولأن وجوبها مما تعم البلوى به ، ويحتاج جميع الناس إلى معرفته ، فلو وجب لبينه رسول الله ﷺ للجماعة ، ولو فعل ذلك لنقل من طريق الاستفاضة ، فلما لم ينقل نقل الاستفاضة ، دل على أنه غير واجب .

* والثالث: أن إيصال الماء إلى ما تحت شعر اللحية ليس بواجب ، قال أبو حنيفة: «وإنما مواضع الوضوء ما ظهر منها» .

وقال الشافعي: «إن كان شعرها كثيفاً فكذلك ، وإن كان خفيفاً يجب إيصال الماء إلى البشرة»^(١) ، وهذا فاسد ؛ لأن ما لا يجب إيصال الماء إليه إذا تكاثف عليه الشعر لم يجب إذا خف كبشرة الرأس .

* والرابع: وجوب مسح ما يلاقي بشرة الوجه من اللحية ، قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: «وليس تخليل الشعر من مواضع الوضوء ، وإنما مواضع الوضوء ما ظهر منها» ، وهذا يقتضي وجوب إمرار الماء على ظاهر اللحية .

وذكر ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة وزفر: [أنه] إذا مسح من لحيته ثلثاً أو ربعاً جاز ، وإن مسح أقل من ذلك لا ، قال: وقال أبو يوسف: وإن لم يمسح منها شيئاً ، جاز .

وجه رواية أبي يوسف: أن الفرض كان متعلقاً بالبشرة فإذا سترها الحائل لم يسقط الفرض وإنما ينتقل إلى الحائل كشعر الرأس .

وجه رواية الحسن: أن فرضها المسح ، والممسوحات لا يجب فيها الاستيعاب

(١) انظر: الأم للإمام الشافعي ص ٣٣ (بيت الأفكار الدولية) ؛ والمهذب للشيرازي (بتحقيق محمد الزحيلي) ١٢١/١ (دار القلم) .

كمسح الرأس .

وجه قول أبي يوسف: أنه لو وجب تطهيرها لكان الواجب المسح [وهي من الوجه وفرضه الغسل] فيجتمع في عضو واحد وجوب الغسل والمسح ، وهذا لا يجوز كسائر الأعضاء .

* والفصل الخامس: ما استرسل من الشعر عن العضو ، فعندنا: لا يجب إيصال الماء إليه ، وقال الشافعي: مسح جميع اللحية واجب^(١) .

لنا: أن الفرض كان متعلقاً بالبشرة فإذا انتقل إلى الحائل ثبت فيما لاقي موضع الفرض دون غيره كمسح الخف ؛ ولأن ما استرسل من اللحية يلاقي موضعاً لو ظهر لم يجب غسله ، فلا يجب إيصال الماء إليه في الوضوء كطرف الذؤابة .

* والفصل السادس: وأما غسل البياض الذي بين العذار والأذن فعند أبي حنيفة ومحمد: واجب ، وروي عن أبي يوسف: أنه لا يجب .

لهما: أنه يجب غسله قبل نبات الشعر ، فحيلولة الشعر بينه وبين الوجه لا يسقط الوجوب كالجبهة لما وجب غسلها قبل نبات شعر الحاجب ، وجب بعده .

وأما أبو يوسف فيقول: إن الفرض قد سقط عمّا تحت العذار: وهي إلى الوجه أقرب ، فسقوته عما هو أبعد أولى .

١ - [فصل: دخول المرفقين في غسل اليدين]

وأما غسل اليدين إلى المرفقين فواجب للآية ويدخل في الغسل: المرافق

(١) انظر: الأم ص ٢٣ .

عندنا، وعند زفر: غسل المرافق لا يجب .

لنا: قوله تعالى ﴿وَأَيَّدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] ، والغاية تدخل في الكلام تارة ولا تدخل أخرى ، والحدث متيقن فلا يسقط الفرض بالشك ؛ ولأن الغاية إذا كانت محتملة ففعله ﷺ بيان لها ، وقد روي عن النبي ﷺ «أنه توضأ فأدار الماء على مرفقيه»^(١) ؛ ولأنه مفصل ينتهي إليه الوضوء ، فوجب دخوله فيه كالزند .

وأما زفر فيقول: إن الغاية لما كان فيها احتمال لم يجز إيجاب الفرض بالشك^(٢) .

٢- [فَصْلُ: مقدار مسح الرأس]

وأما مسح الرأس فواجب لقوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ [المائدة: ٦] والخلاف في مقدار الواجب [منه] .

قال أصحابنا: الواجب مسح مقدار الناصية ، وروي عنهم ربع الرأس ، وروي مقدار ثلاثة أصابع [من أصابع اليد] .

وقال مالك: لا يجوز حتى يمسح جميع الرأس أو أكثره .

وقال الشافعي: إذا مسح ما يتناوله اسم المسح جاز^(٣) .

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٧٢) ، والبيهقي في الكبرى ٥٦/١ ؛ وقال ابن حجر في التلخيص ٩٤/١ : «وقد صرح بضعف هذا الحديث ابن الجوزي والمنذري وابن الصلاح والنووي وغيرهم ، ويغني عنه ما رواه مسلم من حديث أبي هريرة أنه توضأ حتى أشرع في العضد ، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ .

(٢) انظر: الهداية ١٤/١ .

(٣) ومذهب الإمام أحمد الاستيعاب ، انظر: الهداية ، ٩٢/١ ؛ المنهاج ص ٥ ؛ مختصر خليل =

وأما الكلام على مالك فما روى المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ: «أنه بال وتوضاً ومسح على ناصيته [وخفيه]»^(١)، وهو لا يترك بعض الواجب، ولأنه مسح بأكثر أصابع يده فصار كما لو مسح أكثر رأسه، والذي روي أن النبي ﷺ مسح بجميع رأسه، لا دلالة فيه؛ لأنه قد يزيد على الواجب طلباً للفضيلة، ولا يجوز أن ينقص من الواجب.

وأما الكلام على الشافعي: فقوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾.

قلنا: الباء عند أهل اللغة للإلصاق؛ وذلك يقتضي الجميع أو المقصود، وهذا لا [يتأتى] في شعرة واحدة ولأنه حكم يختص بالرأس، فلا يتقدر بأدنى ما يدخل تحت الاسم^(٢)، كوجوب الدم في الحلق.

٣- [فصل: وضع الإصبع من غير إمرار]

وقد اختلفت الرواية عن أصحابنا فيمن أخذ الماء فوضع ثلاث أصابع وضعاً ولم يمررها. فقالوا في إحدى الروايتين: يجوز، وفي الأخرى: لا يجوز. وإنما قالوا: لا يجوز، إذا قدروا المفروض بالناصية؛ لأنه إذا وضعها بغير

= ص ١٣؛ شرح منتهى الإرادات ٤٥/١؛ الإفصاح ٧٣/١.
 (١) قال الزيلعي في نصب الراية ١/١: هذا حديث مُرَكَّب من حديثين، رواهما المغيرة بن شعبة، فحديث المسح على الناصية والخفين، أخرجه مسلم ٢٣٠/١ (٨١) عن عروة بن المغيرة، عن أبيه المغيرة بن شعبة: أن النبي ﷺ توضأ، ومسح بناصرته، وعلى العمامة، وعلى الخفين. وحديث السُّبَاطة والبول رواه ابن ماجه في «سننه» (٣٠٦): حدثنا إسحاق بن منصور، حدثنا أبو داود، حدثنا شعبة، عن عاصم، عن أبي وائل، عن المغيرة بن شعبة: أن رسول الله ﷺ أتى سُبَاطة قوم فبال قائماً.
 (٢) في ب (ما يتناوله الاسم).

إمرار^(١) لم يستوف مقدار الناصية ، فلا بد له من الإمرار حتى يستوفيه .

وفي الرواية التي قدروا الواجب بثلاث أصابع ، أجازوا وضعها من غير إمرار ؛ لأنّ المعبر هناك إصابة الماء دون المسح ، ألا ترى أنهم قالوا: لو أصاب رأسه ماء المطر ، ولم يمسه ، جاز^(٢).

٤ - [فصل: المسح بإصبع واحدة]

[قال أصحابنا: لا يجوز المسح بإصبع واحدة وإن مسح بها مقدار ثلاث أصابع . وقال زفر: يجوز المسح . قال ابن رستم عن محمد: لا يجوز حتى يعيدها إلى الماء ثلاث مرات يمسه بها في كل مرة .

لنا: أن المقصود من المسح إمساس الماء ، فإذا حصل المقصود صار مستعملاً ، ولا يجوز المسح به ؛ ولأن الاستيعاب إذا لم يجب ، فالمقصود يحصل بنفس الوضع ، ولا يقال: فيجب أن لا يجزئ عن المسنون فيما زاد على الربع .

قلنا: لما كان المسنون الاستيعاب صار في حكم السنة ، كالغسل ، وجه قول زفر: إن شرط الاستعمال مفارقة الماء للعضو فصار كالمغسول] .

٥ - [فصل: الواجب في الرجلين]

والواجب عندنا: غسل الرجلين ، وقال قوم: الواجب المسح ، ومن الناس من قال: هو مخير بين الغسل والمسح ، وقال بعض المتأخرين: يجب عليه الجمع بينهما^(٣).

(١) في ب (وضع الأصابع لم يستوف) .

(٢) انظر: الهداية ١٢/١ . وبالتفصيل: التجريد (للمؤلف) ١١٨/١ .

(٣) «وغسل القدمين في الوضوء مع القدرة فرض بالاتفاق، وحكي عن أحمد والأوزاعي والثوري =

[والدليل على ما قلناه]: ما روي أن النبي ﷺ علم الأعرابي الوضوء وقال: «لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه، فيغسل وجهه، ثم يديه، ثم يمسح برأسه، ثم يغسل رجليه»^(١)، وروي عن النبي ﷺ أنه توضأ وغسل رجليه وقال: «هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به»^(٢)؛ ولأن النبي ﷺ داوم على غسل رجليه، وأطبقت الأمة على نقل ذلك، ولم ينقل عنه المسح إلا شاذاً من جهات ضعيفة، ومن يخالف في هذه المسألة يقول: إن الغسل لا تجزئ به الصلاة، وهذا خلاف [الإجماع] المنقول من طريق الاستفاضة.

فإن قالوا: يجوز الغسل والمسح [جميعاً] إلا أن المسح أفضل، أدّى ذلك إلى أن يكون النبي ﷺ داوم على ترك الفضيلة، وهذا لا نظن به، فإن قالوا كل واحدٍ منهما جائز والغسل أفضل، [قلنا]: العضو الذي فرضه المسح لا يكون غسله أفضل كمسح الرأس.

وأما قوله ﷺ: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ﴾ [المائدة: ٦] قالوا: روي عن ابن عباس قال: «نزل جبريل ﷺ بغسلين ومسحين». وقد قرئت هذه الآية بقراءتين، قراءة النصب: وظهرها توجب الغسل؛ لأنه عطف الأرجل على المغسول فصار تقديرها (فاغسلوا وجوهكم وأيديكم [إلى المرافق] وأرجلكم وامسحوا برؤوسكم)، والقراءة الأخرى قراءة الخفض، وظهرها: يقتضي المسح؛ لأنه تعالى عطفها على الممسوح فتقديرها (وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم)^(٣).

= وابن جرير جواز مسح جميع القدمين، والإنسان مخير عندهم... رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٤٨ مؤسسة الرسالة.

(١) تقدم الكلام.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٥٢٠ (دار ابن حزم).



والدليل على أن ظاهر كل واحدة من القراءتين ما ذكرنا: أن مَنْ قرأ من الصحابة بالنصب اعتقد الغسل ، ومن قرأ منهم بالخفض اعتقد أيضاً المسح ، وهم أهل لغة ولسان ، ولولا أن ظاهر كل واحدة من القراءتين ما اعتقده مَنْ قرأها ، وإلا لطولب بالدليل على عدوله عن الظاهر ، فإذا احتملت الآية الأمرين ، كان فعله ﷺ بياناً للاحتمال ، وقد بينا أنه ﷺ غسل رجله وقال: «هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به» .

فإن قالوا: لا نسلم أن ظاهر قراءة النصب تفيد الغسل ، بل تفيد المسح ، ونصب الأرجل عطفاً على الموضع والمجاورة ؛ لأنّ المسح موضعه نصب ، وإنما خفضه بدخول حرف الجر فيه وهي الباء ، فإذا عطف عليه فهو مخير إن شاء عطف على لفظه ، وإن شاء عطف على موضعه ، وهذا ظاهر في اللغة وقد أنشدوا فيه:

مَعَاوِيَ إِنَّا بَشَّرَ فَأَسْجِحُ ❁ فَلَسْنَا بِالْجِبَالِ وَلَا الْحَدِيدَا^(١)

فالجواب: أن سيبويه قد ذكر أن الأجود هو العطف على اللفظ ، فأما العطف على الموضع للمجاورة فليس هو في الظهور كالعطف على اللفظ ؛ فإذا كان هذا تركاً للظاهر خرج منه ما قلنا .

وقد قيل: إن العطف على الموضع إنما يخير بينه وبين العطف على اللفظ إذا لم يلتبس ، فأما إذا التبس لم يخير ، [كما] قالوا: رأيت زيدا ومررت بعمر ، فإذا قلت وبكراً وأردت عطفه على عمرو ، لم يخير ولم يجز النصب فيه عطفاً على الموضع ؛ لأنه يلتبس أنه مرئيٌّ أو مرور به ، كذلك في مسألتنا لما اختلف ما قبل

(١) البيت لعقبة الأسدي كما في اللسان (غمز) ؛ والشعر والشعراء لابن قتيبة ص ٩٩ .

العطف ، لم يجز العطف على الموضع لما فيه من الالتباس بين الغسل والمسح .

فإن قيل : على ما ذكرتم [فعلام] تُحمل قراءة الخفض ؟

قلنا: قد قال أهل اللغة: إنها خفض على المجاورة كقوله تعالى: ﴿ وَحُورٌ عِينٌ ﴾ [الواقعة: ٢٢] . وقولهم جحرٌ ضبٌّ خربٌ ، وخرب صفة للجحر ، فكان ينبغي أن يرفعه إلا أنه جرّه بالمجاورة وأنشد في ذلك سيويه:

كَأَنَّ ثُبَيْرًا فِي عَرَانِينَ وَبَيْلِهِ ❁ كَبِيرٌ أَنَاسٍ فِي بَجَادٍ مُزْمَلٍ^(١)

فإن قيل: إنما يكون الخفض بالمجاورة إذا لم يكن هناك حرف عطف ، فأما مع حرف العطف فلم يتكلم العرب به .

قلنا: هذا ليس بصحيح [لقوله تعالى: ﴿ وَحُورٌ عِينٌ ﴾] ؛ ولأن جريراً قال: فهل أنت إن ماتت أتانك راحل ❁ إلى آل بسطام بن قيس فخاطب فخفض خاطب بالمجاورة مع حرف العطف .

قالوا: ولأن حرف العطف يجعل بين الجملتين من الامتزاج والملابسة ما لا يكون مع عدمه ، فإذا جاز الاتباع في الإعراب مع عدم الملابسة والامتزاج ، فمع وجوده أولى^(٢) .

٦ - [فَصْلٌ: غَسْلُ الْكَعْبَيْنِ]

وأما الكعبان فغسلهما واجبان مع الرجل ؛ وقال زفر: لا يجب ، والكلام في

(١) البيت لامرئ القيس في ديوانه ص ٢٥ ؛ وفي خزانة الأدب للبغدادي ٣٢٧/٢ .

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣٤٥/٢ (دار الكتاب العربي) .

ذلك كالكلام في المرفقين وقد مضى .

٧- [فصل: الكعب من الرجل]

وأما الكعب الذي يجب غسله فهو الناتئ الذي في مفصل القدم .

وروى هشام عن محمد: أنه المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك [وهذا ليس بصحيح] .

لهما: قوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: ٦] ولو كان المراد به ما قال محمد، لقال: وأرجلكم إلى الكعاب؛ لأن ما كان واحداً من واحد فتثنيته بلفظ الجمع، قال الله تعالى: ﴿إِنْ تَوْبًا إِلَى اللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم: ٤] ولم يقل قلباكما، وكل ما كان اثنين من واحد فتثنيته بلفظ التثنية، كما قال الله تعالى: ﴿إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ دل على أن المراد به اثنان من كل رجل، وهذا على قولهما صحيح؛ لأن في كل واحد منهما كعبين، فلما قال الله تعالى: ﴿إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ دل على أن المراد به اثنان؛ ولأن إطلاق الكعب يتناول العظم الناتئ ألا ترى أنه إذا قيل ضرب كعب فلان، فهم منه هذا، فكذلك قال النبي ﷺ: «ألصقوا الكعاب بالكعاب»^(١) وأراد به ما ذكرناه؛ ولأن الكعب مأخوذ من [الكعوب الذي هو] التواء، ومنه جارية كاعب، إذا نتأ [صدرها]^(٢) وهذا يوجد في مفصل

(١) أورده السرخسي في المبسوط ٨/١؛ وابن عابدين في حاشيته ٤٤٤/١، ولكن روى أبو يعلى في مسنده (٣٧٢١) من حديث أنس، أن النبي ﷺ قال: «اعتدلوا في صفوفكم وتراصوا...»، ورواه كذلك ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٥٤٤)، وزاد فيه قول أنس (فلقد رأيت أحدنا يلصق منكبه بمنكب صاحبه، وقدمه بقدمه...) .

(٢) في الأصل (كعبها) والمثبت من ب .

القدم^(١) دون غيره .

فأما محمد فإنه يقول: الكعب عبارة عن المفصل ، ومنه كعوب الرمح لمفاصله ، وفي وسط القدم مفصل ، والناتئ^(٢) أيضاً مفصل ، والاسم إذا تناول شيئين حمل على أشهرهما^(٣) ، وهذا الذي رواه هشام [سهو] .

وإنما قال محمد: إن الكعب هو مفصل القدم في مسألة المحرم إذا لم يجد نعلين ، أنه يقطع الخف أسفل الكعب ، فقال: إن الكعب ها هنا الذي في مفصل القدم ، فنقل هشام ذلك عنه إلى الطهارة ، وإلا فلا خلاف في مسألة الطهارة بينهم .

٨ - [فصل: النية في الطهارة]

والنية ليست من شرائط الطهارة بالماء عندنا .

وقال الشافعي: هي شرط^(٤) .

لنا: أن النبي ﷺ علم الأعرابي^(٥) الوضوء ولم يذكر له النية مع جهله بالأحكام ؛ ولأن الطهارة بالماء شرط لا تصح الصلاة مع القدرة إلا به ، فلم يضطر إلى النية كإزالة النجاسة ؛ ولأنه حكم ثبت في حق الكافر فلا يشترط فيه النية كستر العورة .

(١) في ب (الساق) .

(٢) في ب (الساق) .

(٣) في الأصل (أشهر) والمثبت من ب .

(٤) وكذلك المالكية والحنابلة جعلوا النية شرطاً ، وإن أطلق البعض بأنه فرض .

انظر: القدوري (مع الترجيح) ص ٤٢ ؛ المنهاج ص ٦ ؛ التفريع ١/١٩٠ ؛ مختصر اختلاف العلماء

١/١٣٤ ؛ رحمة الأمة ص ٤٦ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٥١) ؛ ومسلم ١/٢٩٨ (٤٦) .

٩ - [فصل: الترتيب في الطهارة]

وأما الترتيب فليس بشرط في الوضوء ولا في التيمم ، وقال الشافعي : هو شرط^(١) ، وقد روى أبو داود في سننه : «أن النبي ﷺ تيمم فمسح يديه ثم مسح وجهه»^(٢) ، وعن عليّ رضي الله عنه أنه قال : «لا أبالي بأي أعضائي بدأت»^(٣) ؛ ولأن أعضاء الطهارة لا يجب فيها الترتيب كاليمين والشمال .

١٠ - [فصل: الموالاة في الوضوء]

والموالاة ليست بشرط في الطهارة .
وقال مالك : هي شرط^(٤) .

لنا : قوله ﷺ : «لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ، فيغسل وجهه ثم يديه»^(٥) وثم للتراخي ؛ ولأنها طهارة فلم يبطلها التفريق كغسل الجنابة] .

(١) ومذهب مالك في الترتيب كمذهب أبي حنيفة في السنية ، ومذهب أحمد كمذهب الشافعي بالقول بالفرضية .

انظر : القدوري ص ٤٠ ؛ التفريع ١/١٩٠ ؛ المنهاج ص ٦ ؛ منتهى الإرادات (مع حاشية النجدي) ٤٧/١ .

(٢) لفظ أبي داود في «سننه» (٣٢٥) : أن النبي ﷺ قال : «إنما كان يكفئك أن تصنع هكذا» ، فضرب يده على الأرض فنفضها ، ثم ضرب بشماله على يمينه ، ويمينه على شماله ، على الكفين ، ثم مسح وجهه .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٢١) ، والدارقطني في سننه (٢٩٣) ، والبيهقي في سننه ١ : ٨٧ ، ثم قال : هذا منقطع .

(٤) والموالاة في الوضوء سنة عند أبي حنيفة وفي أصح قولي الشافعي ، وقال بالفرضية مالك ، وأحمد . انظر : القدوري ص ٤٢ ؛ قوانين الأحكام ص ٣٤ ؛ المنهاج ص ٦ ؛ رحمة الأمة ص ٤٩ ؛ المنتهى ٤٧/١ .

(٥) تقدم التعليق .

١١ - [فصل: المضمضة والاستنشاق والغسل]

قال أبو الحسن: والغسل مفروض في جميع البدن مغابنه وغير مغابنه، وداخل الأنف وداخل الفم، لا [يجزئ] من ترك ذلك في غسله صلاته.

قال رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب غسل الجنابة قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطَهِّرُوا﴾ [المائدة: ٦] والمراد به جميع البدن، فكأنه تعالى قال: طهروا أبدانكم، فيقتضي ذلك تطهير كل ما يمكن تطهيره من غير مشقة، ولا خلاف في ذلك إلا في المضمضة والاستنشاق.

فعدنا: أنهما فرض في الجنابة.

وقال الشافعي: ليسا بفرض^(١).

والدليل على ما قلناه: قوله ﷺ: «إن تحت كل شعرة جنابة، ألا فبلوا الشعر وأنقوا البشرة»^(٢)، قال ابن الأعرابي: البشرة في اللغة: الجلد التي تقي اللحم من الأذى، وروى عليّ عن النبي ﷺ أنه قال: «من ترك شعرة من شعره في الجنابة لم يُصبها الماء، أصابه كذا وكذا من النار»، قال عليّ رضي الله عنه: فمن ثم عاديّ شعري [فحلقتة]^(٣)، ومعلوم أن في داخل الأنف شعراً وفي الفم بشرة؛

(١) المضمضة والاستنشاق فرضان في الغسل سنتان في الوضوء، وفي قول مالك والشافعي: هما سنتان في الوضوء والغسل، ومذهب أحمد بأنهما فرضان فيهما.
انظر: القدوري، ص ٤٢؛ الرسالة الفقهية ص ٩٣؛ المنهاج المنتهى ٤٦/١؛ رحمة الأمة ص ٤٧؛ مختصر اختلاف العلماء ١٣٥/١.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٥٢) وقال: «الحارث بن وجيه حديثه منكر وهو ضعيف»؛ والترمذي (١٠٦) وقال: «حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث الحارث ابن وجيه، وهو شيخ ليس بذاك»؛ وابن ماجه (٥٩٧). كلهم بلفظ: «فاغسلوا الشعر...».

(٣) في سننه (٥٩٩) عن ابن أبي شيبه، وهو في مصنفه (١٠٧٣)، وانظر: نصب الراية ٧٨/١.

ولأنه عضو شق إيصال الماء إليه في الوضوء ، فكان فرضاً في الجنابة كالأذنين ، ولأنه عضو يختص تطهيره باسم ، فوجب تطهيره في الجنابة كالرأس .

واحتج الشافعي : أن أم سلمة قالت للنبي ﷺ : إني امرأة [أشد ضفراً]^(١) رأسي فما أصنع به في الجنابة ؟ فقال : «أما أنا فأحني على رأسي وسائر جسدي ثلاث حثيات من ماء ، فإذا فعلت ذلك فقد طهرت»^(٢) ، وهذا لا دلالة فيه ؛ لأن قوله : أحني على رأسي وسائر جسدي يتناول الفم والأنف ؛ لأنه من الجسد ، وقياسهم على الوضوء لا يصح ؛ لأنه يسقط فيه أكثر الظواهر ؛ فلأن يسقط فيه البواطن أولى .

١٢ - [فصل : ضربات التيمم]

قال أبو الحسن : والتيمم عند عدم الماء للوضوء والغسل سواء ، وهما ضربتان : ضربة للوجه ، وضربة أخرى لليدين إلى المرفقين ، يعم بذلك العضوين جميعاً ويدخل في ذلك المرفقان^(٣) .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ ﴾ [المائدة: ٦] وقول النبي ﷺ : «التراب طهور المسلم

(١) في الأصل (أستظفر) هكذا ، والمثبت من صحيح مسلم .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ : وأخرج مسلم في صحيحه ٢/٢٥٩ (٥٨) ، عن أم سلمة ، قالت : قلت يا رسول الله إني امرأة أشد ضفراً رأسي فأنقضه لغسل الجنابة ؟ قال : «لا . إنما يكفيك أن تحني على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين» .

(٣) وهو قول الشافعي في الصحيح ؛ واعتبر المالكية الفرض : هو الضربة الأولى فقط ومذهب الحنابلة كذلك ، والكمال ضربتان . انظر : الهداية ١/٢٥ ؛ المنهاج ص ٩ ؛ الخرشبي ١/١٩٠ ؛ القوانين ص ٥٢ ؛ شرح المنتهى ١/٩٣ ؛ رحمة الأمة ص ٥٦٤ .

ما لم يجد الماء»^(١) .

والدليل على أن التيمم (للجنابة والحدث) سواء: ما روي عن عمار ابن ياسر أنه قال: أصابتني جنابة فتمعكت في التراب كما يتمك الحمار ، فذكرتُ ذلك للنبي ﷺ فقال: «أصرتَ حماراً، إنّما كان يكفيك أن تضربَ بيدك على الأرض فتمسح بهما وجهك وتضرب بهما ضربة أخرى وتمسح بهما ذراعيك»^(٢) ، والكلام في تفصيل التيمم وصفته يأتي في كتاب التيمم إن شاء الله تعالى بالدقة .

١٣ - فَصْل: [مسنونات الوضوء]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: والمسنون في الوضوء تسمية الله تعالى في ابتدائه إلى آخر [ما ذكر]^(٣) .

قال رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن مسنونات الوضوء على ضروب: منها ما يتقدم عليه ، ومنها ما يوجد عند افتتاحه ، ومنها ما يوجد في خلاله .

فالذي يتقدم عليه: السواك ، وهو سنة بدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك لكل صلاة»^(٤) وقال النبي ﷺ: «صلاة

(١) روي الحديث عن أبي ذر رضي الله عنه بلفظ: «الصعيد الطيب...» أخرجه أبو داود (٣٣٦) ؛ الترمذي

(١٢٤) ؛ النسائي (٣٢٢) ، وانظر: نصب الراية ١/١٤٨ .

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ١/١٥٥: البخاري (٣٣٨) ، ومسلم ١: ٢٨٠ (١١٢) واللفظ له ،

وأبو داود (٣٢٦) ، والترمذي (١٤٤) مختصراً وقال: حسن صحيح ، والنسائي (٣١٩) ، وابن

ماجه (٥٦٩) .

(٣) في الأصل (عبادة المسلم) والمثبت من ب . انظر: القدوري ص ٤٠ .

(٤) هذا اللفظ أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٥٧٤٦) عن عطاء أنه قال: بلغنا عن النبي ﷺ =

بسواكٍ أفضلُ من كذا كذا صلاةً بغير سواكٍ»^(١)، وقال ﷺ: «أوصاني خليلي جبريل بالسواك، حتى خفت كاد يزدردني»^(٢)، وقال ﷺ: «طهروا مسالك القرآن بالسواك».

١٤- [فصل: التسمية في الوضوء]

والتسمية في ابتداء الوضوء سنة^(٣) لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كل أمر ذي بال لم يُبدأ فيه باسم الله تعالى فهو أبتَر»^(٤).

وقال ﷺ: «من توضأ وذكر اسم الله تعالى كان طهوراً لجميع بدنه، ومن يتوضأ ولم يذكر الله تعالى كان طهوراً لما أصاب الماء»^(٥). وقد قال قوم: إن

= أنه قال، فذكره، ورواه الأئمة الستة في كتبهم، من حديث أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: «عند كل صلاة» إلا البخاري، فبلفظ: «مع كل صلاة»: البخاري (٨٨٧)، ومسلم ١: ٢٢٠ (٤٢)، وأبو داود (٤٧)، والترمذي (٢٢) وقال: صحيح، والنسائي (٧)، وابن ماجه (٢٨٧)، وانظر: نصب الراية ٩/١.

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج البيهقي في السنن الكبرى ٣٨/١ حديثاً بلفظ «خير من سبعين»، وضعف إسناده.

(٢) هكذا جاء النص، وأخرجه الطبراني في الكبير ٦ (٦٠١٨)، بلفظ (أمرني حتى ظننت أنني سأزدرد)، وفي بدائع الصنائع ١٩/١: أن يزدردني.

(٣) «والتسمية عند الوضوء مستحبة، وليست بواجبة باتفاق الثلاثة». ومذهب أحمد بالوجوب عند الذكر، وفي المنتهى «وتجب التسمية وتسقط سهواً» ٤٦/١؛ انظر: القدوري ص ٤٠؛ مختصر خليل ص ١٥؛ المنهاج ص ٧؛ رحمة الأمة ص ٤٦.

(٤) لم أجده بهذا اللفظ، وروى أحمد في المسند ٢/٣٥٩، عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «كل كلام أو أمر ذي بال لا يفتح بذكر الله ﷻ فهو أبتَر»، أو قال: «أقطع»، وانظر تخريج أحاديث الإحياء للعراقي ١/٥٣٥ (٥٩٤).

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٣٢)، والبيهقي في الكبرى وضعفه ٤٤/١.

التسمية فرض ، وهذا غلط لهذا الخبر ، ولأنها عبادة^(١) ليس في أثنائها ذكر واجب ، فلا يجب في ابتدائها ذكر ، كالصوم .

فإن احتجوا بقوله ﷺ : « لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله تعالى عليه »^(٢) .

قلنا لهم : خبر الواحد لا يثبت به وجوب ما يعم البلوى به على ما قدمناه ؛ ولأنه محمول على نفي الكمال كقوله ﷺ : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد »^(٣) ، ونحو ذلك .

١٥ - [فصل : غسل اليدين قبل الوضوء]

قال : وغسل اليدين قبل إدخالهما الإناء لمن استيقظ من منامه سنة^(٤) لما روي أن النبي ﷺ قال : « إذا استيقظ أحدكم من منامه ، فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً ، فإنه لا يدري أين باتت يده »^(٥) .

(١) في ب (عادة) .

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/١ : روي من حديث أبي هريرة ، ومن حديث سعيد بن زيد ، ومن حديث أبي سعيد الخدري ، ومن حديث سهل بن سعد الساعدي ، ومن حديث أبي سبرة ، ثم أخرج أحاديثهم ، وتكلم عليها .

(٣) روي من حديث أبي هريرة كما في سنن الدارقطني (١٥٥٣) ، ومستدرک الحاكم (٨٩٨) وسكت عنه هو والذهبي ، ورواه البيهقي في سننه ٣ : ٨١ عن الحاكم ، وروي من حديث جابر كما في سنن الدارقطني (١٥٥٣) ، وينظر الكلام على طرقة في نصب الراية ٤/٤١٢ .

(٤) وغسل اليدين قبل الطهارة مستحب غير واجب بالاتفاق ، وذهب أحمد بأن الغسل واجب من القيام من نوم الليل في أصح الروايتين عنه وهو المذهب . انظر : القدوري ص ٤٠ ؛ رحمة الأمة ص ٤٦ ؛ رؤوس المسائل الخلفية للعكبري ١/٤٠ ؛ المنتهى ص ٤٢ ؛ المنهاج ص ٧ ، القوانين ص ٣٦ .

(٥) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٤٥) من حديث أبي هريرة مرفوعاً ، والحديث روي بنحوه بألفاظ متقاربة من حديث أبي هريرة وغيره . وينظر تخريجها والكلام عليها في نصب الراية ٢/١ .

وقد قال قوم بوجوب ذلك ، واختلفوا: فمنهم من أوجبه من نوم الليل والنهار ، ومنهم من أوجبه من نوم الليل خاصة ، [والدليل على أنه ليس بواجب] أنه إن كان غسلا من حدث لم يجب فيه غسل العضو مرتين ، وإن كان غسلا من نجاسة ، فالأصل في يده يقين الطهارة ، ويجوز أن تكون نجست ، ويجوز أن تكون لم تنجس ، فلا يجب التطهير بالشك .

فأما الخبر فلا دلالة فيه على الوجوب ؛ لأن قوله ﷺ : « لا يدري أين باتت يده » [معناه: لا يدري أين باتت يده في مكان طاهر من بدنه أو نجس] ، ومن شك في النجاسة ، فإن غسلها مستحب ، وليس بواجب .

١٦- [فصل: المضمضة والاستنشاق في الوضوء]

[قال]: والمضمضة والاستنشاق سنتان في الوضوء^(١)؛ لقوله ﷺ: «بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً»^(٢)، وتوضأ رسول الله ﷺ فتمضمض واستنشق .

وقد قال بعض الناس بوجوب ذلك في الوضوء ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن بواطن البدن لا يجب غسلها في الوضوء ، كسائر المغابن .

(١) ومذهب مالك والشافعي أيضاً بالسنية ، ومذهب أحمد بالوجوب . راجع المسألة في الغسل ، وانظر رؤوس المسائل الخلافية ٤١/١ .

(٢) هذا اللفظ عزاه الحافظ في التلخيص الحبير ١٣٩/١ ، إلى الدولابي في حديث الثوري من جمعه من طريق ابن مهدي ، عن الثوري ، وأخرجه أبو داود (١٤٣) ؛ والترمذي (٧٨٨) وقال: حسن صحيح ؛ والنسائي (٨٧) ؛ وابن ماجه (٤٠٧) من حديث لقيط بن صبرة ، مقتصراً لفظه على المبالغة في الاستنشاق .

١٧ - [فصل: تكرار الغسل ثلاثاً]

وتكرار الغسل ثلاثاً سنة^(١)، لأن النبي ﷺ توضأ مرة مرة وقال: «هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به»، وتوضأ مرتين مرتين وقال: «هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين»، وتوضأ ثلاثاً ثلاثاً، وقال: «هذا وضوئي ووضوء الأنبياء قبلي، ووضوء خليلي إبراهيم، فمن زاد أو نقص فقد تعدى وظلم»^(٢)، معناه: من نقص عن الواحدة أو زاد على الثلاث.

وقد قال أصحابنا: إذا زاد في الوضوء على ثلاث مرات كره له ذلك، إلا أن يقصد به ابتداء وضوء آخر وتجديده؛ لأن النبي ﷺ قال: «الوضوء على الوضوء نور على نور»^(٣).

١٨ - [فصل: تكرار مسح الرأس]

وليس في المسح (على الرأس) تكرار مفروض ولا مسنون، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: «إن مسح رأسه ثلاثاً بماء واحد كان مسنوناً». وقال الشافعي: السنة أن يمسح رأسه ثلاث مرات بثلاث مياه^(٤).

(١) انظر: القدوري ص ٤١؛ القوانين ص ٣٥؛ المنهاج ص ٧؛ المنتهى ٤٥/١.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٢٧/١: غريب بجميع هذا اللفظ، وقد رواه عن النبي ﷺ من الصحابة: عبد الله بن عمر، وأبي بن كعب، وزيد بن ثابت، وأبو هريرة، وليس فيه: «فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم». ثم ساق أحاديثهم وتكلم على طرقها.

(٣) قال المنذري في الترغيب والترهيب ١٦٣/١: لا يحضرني له أصل من حديث النبي ﷺ ولعله من كلام بعض السلف.

(٤) «واختلفوا في تكرار المسح، فقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: «لا يستحب»، وقال الشافعي: «يستحب». زبدة الأحكام ص ٢٥؛ القدوري ص ٤١؛ المنهاج ص ٥؛ رحمة الأمة ص ٤٨.

لنا: ما روي أن عثمان رضي الله عنه توضأ بالمقاعد، فغسل وجهه ثلاثاً، ويديه ثلاثاً، ومسح برأسه وأذنيه مرة واحدة، وغسل رجليه ثلاثاً، وقال: «هكذا توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم»^(١).

ومعلوم أن [الحكاية]^(٢) تقع بالوضوء الكامل ليقندي به الناس، ولا يجوز أن يقال: قد روي في هذا الخبر أنه مسح برأسه ثلاثاً؛ لأن أبا داود قال في سننه: الصحيح من حديث عثمان رواية من روى (أنه مسح مرة واحدة)^(٣)؛ ولأنه مسح في الطهارة، فلا يُسنُّ فيه التكرار، كالتيميم ومسح الخف؛ ولأن كل حكم يختص به الرأس من بين سائر الأعضاء لا يسن فيه التكرار كالحلق.

[وأما الذي روي (أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ ثلاثاً ثلاثاً وقال: هذا وضوئي ووضوء الأنبياء قبلي)^(٤) فلا دلالة فيه؛ لأن أكثر ما فيه أن يكون مسح رأسه ثلاثاً، وذلك لا يقتضي تكرار الماء، وهذا موضع الخلاف؛ لأن الحسن روى عن أبي حنيفة أنه قال: إن مسح رأسه ثلاثاً بماء واحد، جاز].

١٩- [فصل: مسح الأذنين]

ومسح الأذنين سنة^(٥)، لما روي (أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح برأسه وأذنيه وصدغيه)^(٦)،

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣٠٨) من حديث عمر بن عبد الرحمن بن سعيد المخزومي، عن

جده، فذكره، ولم يذكر مسح الأذنين.

(٢) في الأصل (إيجابه) والمثبت من ب.

(٣) أبو داود (١٠٩).

(٤) المتقدم قريباً.

(٥) بالاتفاق. انظر: الإفصاح ١/٧٤؛ زبدة الأحكام ص ٢٦؛ القوانين ص ٣٦.

(٦) لم أجده بزيادة: «وصدغيه»، وأخرج أبو داود (١٢٢) من حديث المقدم بن معدي كرب، بلفظ: =

وأفعاله في القرب أقل أحوالها أن تفيد السنة .

٢٠- [فصل]:

قال أصحابنا: [السنة في الأذن أن يمسح] أذنيه بالماء الذي يمسح به رأسه .

وقال الشافعي: يأخذ لهما ماءً جديداً^(١).

لنا: ما روي أن النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه ، وقال: «الأذنان من الرأس»^(٢).

ولا يجوز أن يكون بين مكانهما خِلقة ؛ لأنّ هذا يُعلم مشاهدة ، ولا يجوز أن يكون قال ذلك ؛ لأنّ طهارتهما المسح ؛ لأنّ اتفاق العضوين في التطهير لا يوجب إضافة أحدهما إلى الآخر ، فلم يبق إلا أن يكون المراد: أنهما يمسحان مع الرأس ؛ ولأنه ممسوح مسنون فلا يفرد في طهارة الفرض بماء ، كما زاد على مقدار الفرض من مسح الرأس .

[والذي روي (أن النبي ﷺ أخذ لهما ماءً جديداً)^(٣) ؛ احتمال أن يكون لم

يبق على يده بلل .

= أن النبي ﷺ مسح برأسه وأذنيه ، ظاهرهما وباطنهما ، وأخرجه النسائي (١٠٢) من حديث ابن

عباس ولفظه: ثم مسح برأسه وأذنيه باطنهما بالسباحتين وظاهرهما بإبهاميه

(١) وذهب أحمد مع أبي حنيفة في مسح الأذنين بماء الرأس ، وذهب مالك مع الشافعي بأنه يؤخذ

لهما ماء جديد . انظر: الهداية ١٣/١ ؛ التجريد ١٢٧/١ ؛ شرح المنتهى ٤٦/١ ؛ مختصر المزني

ص ٢ ؛ مختصر خليل ص ١٤ .

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ١٨/١: رُوي من حديث أبي أمامة ، وعبد الله ابن زيد ، وابن عباس ،

وأبي هريرة ، وأبي موسى ، وأنس ، وابن عمر ، وعائشة رضي الله عنهم ، ثم أخرج أحاديثهم ، وتكلم عليها .

(٣) أخرج مسلم ٢١١/١ (١٩) من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم المازني أنه رأى النبي ﷺ

يتوضأ ، ثم مسح برأسه بماء غير فضل يده .

وعندنا: إذا كان كذلك أفردهما بماء، وقياسهم على المضمضة والاستنشاق لا يصح؛ لأنّ [ابن شجاع ذكر عن أصحابنا أنّه لو أخذ غرفة فتمضمض بها وغسل وجهه، جاز، وكذلك ذكره الحاكم في المنتقى أيضاً، فعلى هذا لا نسلم قياسهم على المضمضة والاستنشاق.

٢١ - [فصل: تخليل اللحية]

وأما تخليل اللحية فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنّه قال: إذا أمرّ الماء على ظاهر لحيته أجزاءه، وليس تخليل لحية الشعر من مواضع الوضوء^(١).
وذكر محمد في الآثار: عن ابن عمر أنّه كان يخلل لحيته^(٢).

قال محمد: فأما على قولنا إن شاء خلل وإن شاء لم يخلل، وقال أبو يوسف: أما أنا فأخلل، فحصل من مذهب أبي حنيفة ومحمد أن التخليل جائز وليس بمسنون، وقال أبو يوسف: سنة.

وجه قولهما: أن عثمان رضي الله عنه لما حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخلل؛ ولأنّ التخليل مبالغة/ في استيفاء الفرض، وباطن الشعر لا يجب إيصال الماء إليه، فلا يسن تخليله كشعر الرأس.

وجه قول أبي يوسف: ما روى أنس بن مالك (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا توضأ شبك أصابعه في لحيته كأنها أسنان المشط)^(٣).

(١) «وتخليل اللحية الكثة في الوضوء سنة بالاتفاق». رحمة الأمة ص ٤٧. انظر: القدوري ص ٤١؛ الإفصاح ٧٥/١؛ المنهاج ص ٥.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٠٠)

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، والذي ورد عن أنس في أن النبي صلى الله عليه وسلم خلل لحيته رواه ابن أبي شيبة في =

٢٢ - [فصل: تخليل الأصابع]

وأما تخليل الأصابع فهو سنة في قولهم جميعاً^(١)، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «خللوا أصابعكم قبل أن يخللها نار جهنم»^(٢)؛ ولأن غسل ما بينها واجب، والتخليل يتيقن به استيفاء الواجب، فهو سنة.

٢٣ - [فصل: إدخال الماء في العين]

وليس إدخال الماء في العين سنة؛ لأنه ﷺ لم يفعل ذلك؛ ولأن فيه مشقة.

٢٤ - [فصل: الترتيب في الوضوء]

ولم يذكر أبو الحسن الترتيب^(٣)، وقد قال محمد في كتاب الطلاق: إن من ترك الترتيب في الوضوء أجزاءه، وقد ترك السنة؛ لأن النبي ﷺ توضأ ورتب،

= المصنف (٣٧٦١٩)، وقال الزيلعي في نصب الراية ٢٣/١: روى تخليل اللحية عن النبي ﷺ جماعة من الصحابة عثمان ابن عفان. وأنس بن مالك. وعمار بن ياسر. وابن عباس. وعائشة. وأبو أيوب. وابن عمر. وأبو أمامة. وعبد الله بن أبي أوفى. وأبو الدرداء. وكعب بن عمرو. وأبو بكر. وجابر بن عبد الله. وأم سلمة، وكلها مدخولة، وأمثلة حديث عثمان، رواه الترمذي (٣١) وابن ماجه (٤٣٠) من حديث عامر بن شقيق الأسدي عن أبي وائل عن عثمان أن رسول الله ﷺ كان يخلل لحيته، وقال الترمذي: إنه ﷺ توضأ وخلل لحيته، وقال حديث حسن صحيح.

(١) انظر: الإفصاح ٧٥/١؛ القدوري ص ٤١؛ مختصر خليل ص ١٤؛ المنهاج ص ٥؛ المنتهى ٤٥/١.

(٢) روى لقيط بن صبرة نحو هذا الحديث أخرجه الأربعة: أبو داود (١٤٣)، والترمذي (٧٨٨) وقال: حسن صحيح، والنسائي (١١٤)، وابن ماجه (٤٤٨)، ورواه ابن حبان في صحيحه (١٠٨٧)، والحاكم ١: ٢٤٧ (٥٢٢) ووافقه الذهبي.

أما اللفظ الذي ذكره المصنف، فلم أجده، وقال عنه الزيلعي في نصب الراية ٢٦/١: غريب.

(٣) الترتيب في الوضوء سنة في مذهب أبي حنيفة ومالك، وواجب عند الشافعي ومالك. رحمة الأمة ص ٤٩. انظر: المراجع السابقة.

وقد قالوا: إن الأفضل أن يبتدئ بغسل يمينه قبل شماله؛ لأن النبي ﷺ كان يستحب أن يبتدئ في الأمور بالميامن، وقال ﷺ: «إن الله تعالى يحب التيامن في كل شيء»^(١).

٢٥ - [النية في الوضوء]

والنية مسنونة في الوضوء؛ لأنها تجعل الفعل قرينة^(٢)، ومن توضأ بغير نية سَقَطَ فرض الوضوء ولم تكن قرينة.

٢٦ - [فصل: كيفية الغسل]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: والغسل من الجنابة وغيرها: أن يبتدئ بغسل يديه، ثم فرجه، ثم يأتي بالوضوء على ما وصفت لك إلا القدمين، ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثاً، ثم يتنحى عن مغتسله فيغسل قدميه.

والأصل في وجوب غسل الجنابة قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَأَطْفِرُوا﴾ [المائدة: ٦]، وقال تعالى: ﴿حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء: ٤٣] وقال النبي ﷺ: «إن تحت كل شعرة جنابة، ألا قبلوا الشعر، وأنقوا البشرة»^(٣)، ولا خلاف في ذلك.

(١) قال ابن حجر في الدراية ٢٨/١: لم أجده هكذا، وإنما الحديث في الصحيحين، أن رسول الله ﷺ كان يحب التيامن في كل شيء. صحيح البخاري (٤٢٦)، وصحيح مسلم ٢٢٦/١ (٦٧).

(٢) النية في الطهارة من الغسل والوضوء سنة عند أبي حنيفة إلا التيمم فإنه لا يجزئ إلا بالنية، وهي واجبة لدى الأئمة الثلاثة في الجميع. انظر: رحمة الأمة ص ٤٦؛ زبدة الأحكام ص ٢٤؛ مختصر اختلاف العلماء ١٣٥/١.

(٣) سبق تخريجه.

٢٧ - [فرض الغسل وسننه]

وأما فرض الغسل من الجنابة، والحيض، والنفاس: فهو أن يغسل جميع بدنه ويتمضمض ويستنشق، وقد قدمنا ذلك.

فأما السنة في الغسل: فهي أن يغسل يديه قبل إدخالهما الإناء؛ لأنه لا يأمن أن يكون عليها نجاسة من حال الجماع، فصار كالمستيقظ من منامه، ثم يزيل نجاسته إن كانت على بدنه؛ لأنه إذا لم يبتدئ بإزالتها أصابها الماء، فسرت إلى مكان آخر، ثم يتوضأ وضوءه للصلاة إلا رجليه^(١)؛ [لأن النبي ﷺ هكذا اغتسل، ويؤخر غسل رجليه]؛ لأنه إذا اغتسل أصابهما الماء المستعمل، فإذا أخرهما وتنحى عن ذلك المكان وغسلهما أزال عنهما الماء المستعمل، وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الجنب يتوضأ ولا يمسح رأسه، ولا يغسل رجليه؛ لأن الغسل لا يثبت فيه المسح، فلا معنى لفعله.

وقد روي صفة الغسل عن رسول الله ﷺ عن طريق عائشة وميمونة وأنس، وأكملها حديث ميمونة، رواه ابن عباس عنها قالت: «وضعتُ للنبي ﷺ غسلًا، فاغتسل من الجنابة: فأكفأ الإناء بشماله على يمينه، فغسل كفيه، ثم أفاض الماء على فرجه فغسله، ثم مال يديه على الحائط أو على الأرض فدلكنهما، ثم تمضمض واستنشق، وغسل وجهه وذراعيه، وأفاض الماء على رأسه ثلاثاً، ثم أفاض الماء على سائر جسده، ثم تنحى فغسل رجليه»^(٢).

(١) والخلاف في المضمضة والاستنشاق في الغسل كخلافهم السابق المذكور في الوضوء. انظر: الإفصاح ٨٣/١؛ القوانين ص ٤٠؛ القدوري ص ٤٢؛ المنهاج ص ٥؛ المهذب ١/١٢١؛ المنتهى ١/٨٥، ٨٦.

(٢) الحديث المروي من طريق السيدة عائشة أخرجه البخاري (٢٤٨)، ومسلم ١/٢٥٣ (٣٥)، =

٢٨ - [فصل: الوضوء في غسل الجنابة]

وقد قال قوم: إن الوضوء في غسل الجنابة واجب^(١)، وهذا غلط ومخالف لظاهر القرآن؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَأَطَهَّرُوا﴾، وقال تعالى: ﴿حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾، وقد روي عن عليّ بن أبي طالب وابن مسعود أنهما قالوا: تجزئ إفاضة الماء؛ ولأننا لو أوجبنا الوضوء، لوجب غسل عضو واحد بسبب واحد مرتين.

٢٩ - [فصل: تداخل الحدث]

ولا فرق بين جنابة طرأت على حدث أو مبتدأة، ومن الناس من قال: إن المحدث إذا أجنب، وجب عليه الوضوء والغسل معاً، وهذا غلط؛ لأن أسباب الحدث إذا تكررت تداخلت، بدلالة المرأة الأجنب إذا حاضت، اكتفت بغسل واحد.

٣٠ - [فصل: الوضوء بعد الغسل]

ومن الناس من قال: إن الأجنب إذا اغتسل، وجب عليه الوضوء بعد الغسل، وقد روي إنكار ذلك عن عليّ، وابن مسعود، وقد ذكر لابن عمر فقال: (لقد تعمقت)^(٢)، أما يكفيك غسل جميع بدنك؛ ولأن الغسل قد حصل به

= وأبو داود (٢٤٦)، والترمذي (١٠٤)، والنسائي (٢٤٣) بألفاظ متقاربة.

والحديث المروي من طريق أنس بن مالك أخرجه أبو يعلى في مسنده (٣٧٣٩) أن وفد ثقيف قالوا: يا رسول الله إن أرضنا أرض باردة، فما يكفينا من غسل الجنابة؟ فقال رسول الله ﷺ: أما أنا فأفيض على رأسي ثلاثاً.

والحديث المروي عن ابن عباس عن خالته ميمونة أخرجه البخاري (٢٥٧)، وأبو داود (٢٤٩)، والترمذي (١٠٣)، وابن ماجه (٥٧٣).

(١) بل جعل الأربعة تقديم الوضوء من فضائل الغسل فقط. انظر: القوانين ص ٤٠.

(٢) روى الجزء الأول فقط ابن أبي شيبة في مصنفه (٧٥٠)؛ وعبد الرزاق في مصنفه (١٠٤١).

الطهارة الكبرى ، فلا معنى للوضوء بعده .

٣١ - [فَصْلُ : ذلك البدن في الغسل]

وقد قال مالك : إن على الجنب أن يدلك بدنه^(١) ، وهذا خطأ ، لقوله ﷺ :
«أما أنا فأفيض الماء على رأسي وسائر جسدي ثلاث حثيات من ماء»^(٢) ، ولم
يذكر ذلك ؛ ولأن الدلك إنما يحتاج إليه في إزالة النجاسة لرفع عينها ، وليس
في الجنابة عين تزال .

٣٢ - [فَصْلُ : تحريك الخاتم في الغسل]

ولم يتعرض أصحابنا لتحريك الخاتم في الوضوء والغسل ؛ لأنهم [قد]^(٣)
بينوا وجوب غسل البدن ، فإن كان الماء يصل من حلقة الخاتم ، لم يحتاج إلى
تحريكه ، وإن كان لا يصل لضيقه ، فلا بد من تحريكه ليغسل ما تحته .

٣٣ - [فَصْلُ : أدنى ما يكفي في الغسل والوضوء]

قال محمد في الأصل : أدنى ما يكفي في الغسل صاع ، وفي الوضوء مدّ^(٤) ،
وهذا تقدير المسنون ؛ لأنّ الحسن روى عن أبي حنيفة أنّه قال : يكفي للوضوء

(١) انظر : مختصر خليل ص ١٨ ؛ القوانين ص ٤٠ .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ ، وروى أبو داود في السنن (٢٥٥) ، والترمذي (١٠٥) ، والنسائي (٢٤١) ،
من حديث أم سلمة أنها قالت ، أو : أن امرأة قالت : يا رسول الله إني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضه
للجنابة ؟ قال : «إنما يكفيك أن تحفني عليه ثلاثاً» ، أو قال : «تحفني عليه ثلاث حثيات من ماء ،
ثم تفيض على سائر جسديك ، فإذا أنت قد طهرت»

(٣) في الأصل (إذا) .

(٤) انظر : الأصل ١/١٩ .

رطلان ، وإن توضع بأقل منه وأسبغ أجزأه ، وإن توضع بأكثر من رطلين ولم يسبغ وضوءه ، لم يجزه ، قال : فإن أراد أن يستنجي يتوضأ بثلاثة أرطال ، رطل للاستنجاء ، ورطل لغسل الوجه والذراعين ومسح الرأس ، ورطل لغسل القدمين ، وإن مسح على خفيه ولم يستنج كفاه رطل واحد .

والأصل في ذلك : حديث عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمدِّ ويغتسل بالصَّاع »^(١) .

وروى جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يجزئ في الوضوء المد ، وفي الغسل الصَّاع »^(٢) .

والدليل على أن ما دون ذلك يجزئ : ما روى عبد الله بن زيد : أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بثلثي مد فتوضأ به^(٣) .



(١) حديث عائشة أخرجه أبو داود (٩٣) ، والنسائي (٣٤٧) ، وأحمد في المسند ٢١٨/٦ ، ورواه مسلم ٢٥٨/١ (٥١) من حديث أنس .

الصَّاع يساوي ٢٧٥١ غراماً ، أو ٢,٧٥ ليطراً . المُدُّ يساوي ٦٨٨ غراماً ، أو ٦٨٨,٠ ليطراً . الفقه الإسلامي وأدلته ٧٥/١ .

(٢) رواه أبو داود (٩٤) ، وابن ماجه (٢٦٩) ، وابن خزيمة في صحيحه (١١٧) ، والحاكم في المستدرک (٥٧٥) ، وصححه ، ووافقه الذهبي أيضاً .

(٣) أخرجه ابن خزيمة (١١٨) ، وابن حبان (١٠٨٣) ، والحاكم (٥٠٩) ، وصححه على شرطهما ، ووافقه الذهبي ، ثم أخرجه في موضع آخر من المستدرک (٥٧٦) ، وصححه على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي أيضاً . .

بَاب ما يوجب الوضوء



قال [الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى]: ما خرج من السبيلين: الدُّبُرُ والذَّكَرُ أو فَرْجُ المرأة، كائناً ما كان، ريحاً أو غيرها، فهو يوجب الوضوء، إلا الإنزال، والحيض، والنفاس؛ فإن ذلك يوجب الغسل.

والأصل في وجوب الوضوء من الخارج من السبيلين المعتاد: قوله تعالى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة: ٦]، والغائط: الموضع المطمئن [من الأرض] الذي يُقصد للحاجة، وإنما صار اسماً للحاجة؛ لكثرة الاستعمال، كما أن العذرة هي: الفناء، وقد صارت بالعرف اسماً للنجاسة، وقد أوجب الله تعالى الوضوء من الغائط، وأما الخارج من السبيلين إذا لم يكن معتاداً، ففيه الوضوء عندنا^(١).

وقال مالك: لا وضوء فيه، وهذا مثل دم الاستحاضة.

والدليل على وجوب الوضوء منه قوله ﷺ: «المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة»^(٢)؛ ولأنها نجاسة خارجة من السبيل كالمعتاد.

(١) الخارج غير المعتاد من السبيلين مثل المعتاد عند جمهور الفقهاء إلا مالكا فإنه لا يوجب الوضوء في ذلك. انظر: رحمة الأمة ص ٤١؛ القوانين ص ٣٨؛ رؤوس المسائل الخلفية للعكبري ٥٨/١؛ مختصر الطحاوي ١٦٤/١.

(٢) روى ابن ماجه (٦٢٥) من حديث شريك، عن أبي اليقظان، عن عدي بن ثابت، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ قال: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرانها، ثم تغتسل وتتوضأ لكل صلاة»، =

٣٤- [فصل: الوضوء من المذي والودي]

وعلى هذا المذي يوجب الوضوء^(١)، لما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: «كنت رجلاً مذاءً فاستحييت أن أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكان ابنته مني، فأمرت المقداد فسأله! فقال صلى الله عليه وسلم: «إذا كان ذلك فانضح فرجك بالماء وتوضأ»^(٢)، والمذي: هو الماء الرقيق الذي يخرج عند الشهوة، وعلى هذا الودي: وهو الماء الأبيض الذي يخرج بعد البول فهو من توابع البول، فيوجب الوضوء، وعلى هذا إذا خرجت الدودة من أحد السبيلين، أو الحصاة؛ فإنها توجب عندنا الوضوء.

وعند مالك في ذلك كله لا يوجب؛ لأنه غير معتاد.

قلنا: إنها تخرج وعليها نجاسة يسيرة، ويسير النجاسة الخارجة من السبيلين ينقض الطهارة.

٣٥- [فصل: الريح الخارجة من السبيلين]

وأما الريح الخارجة من السبيل فإنها تنقض الوضوء لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الشيطان ليأتي أحدكم فينفخ بين إيتيه فيقول أحدثت أحدثت، فلا ينصرفن حتى

= وتصوم وتصلي». ورواه أبو داود (٣٠١)، ولفظه: «والوضوء عند كل صلاة»، والترمذي (١٢٧)، ولفظه: «وتوضأ عند كل صلاة» وأما اللفظ الذي ذكره المصنف فقال ابن حجر في الدراية ٨٩/١: «لم أجده هكذا...».

(١) راجع المراجع السابقة.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج ابن خزيمة في صحيحه (٢٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٥/١ من طريق ابن عباس عن علي، فذكره نحوه، وأخرجه مسلم ٢٤٧/١ (١٩)، والنسائي (٤٣٨) بلفظ: «توضأ وانضح فرجك».

يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»^(١).

٣٦ - [الريح الخارجة من القبل]

فأما الريح الخارجة من ذَكَر الرجل ، ومن قُبُلِ المرأة ، فقد ذكر أبو الحسن :
أنه لا وضوء فيه إلا أن تكون المرأة مفضاة ، فيخرج معها ريح منتنة ، فيُستحب
لها الوضوء^(٢).

وروي عن محمد في الريح الخارجة من الذَّكَر أو الفَرْج : الوضوء .

فأما وجه ما ذكره أبو الحسن ؛ فلأن الفرج الذي هو موضع الوطء ليس
بمسلكٍ للبول ، فما يخرج من الريح منه لا يصلها النجاسة ، والريح طاهرة في
نفسها ، وخروج الطاهر لا ينقض الوضوء ، وإنما ينقض الريح الخارجة من الدبر ؛
لأن آخر النجاسة تخرج بخروجها .

وأما إذا كانت مفضاة ، صار مسلك البول ومسلك الوطء مسلكاً واحداً ،
فلا يأمن أن يكون الريح خارجة من مسلك البول ، فاستحب لها الوضوء ، ولم
يوجبه ؛ لأنَّ يقين الطهارة لا يرتفع بالشك .

وأما الذكر فقد قالوا : إنه لا يتصور خروج الريح منه ، وإنما يحس الإنسان
فيه باختلاج ، فتظن أن الريح قد خرجت .

(١) لم أجده بهذا اللفظ ، وأخرج البخاري (١٣٧) ؛ ومسلم ٢٧٦/١ (٩٨) ، أن رجلاً قال للنبي ﷺ :
الرجل ، يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة ، قال : « لا ينصرف حتى يسمع صوتاً ، أو يجد ريحاً »
(٢) انظر الأقوال الواردة في الكتاب في الفتاوى التاتارخانية ١/٨٥ ؛ رحمة الأمة ص ٤١ ؛ والمراجع
السابقة ، وسائر المذاهب لم يفرقوا بين الريح الخارجة من الدبر والقبل ، وسواء كان من قبل أنثى
أو من ذَكَر لعموم حديث : « لا وضوء إلا من حدث أو ریح » كما نص البهوتي في شرح الكشاف
١٣٨/١ .

فأما وجه رواية محمد: فلأن الذكر مسلك للنجاسة كالدبر، والريح الخارجة منه توجب الوضوء، وما وصل إليه من خارجه ثم عاد، ففيه الوضوء، وهذا مثل الحقنة؛ لأنها إذا وصلت نجست لاختلاطها بالنجاسة، فإذا خرجت فهي نجاسة خارجة من السبيل فينقض الوضوء].

٣٧- [فصل: دم الاستحاضة]

قال أيده الله تعالى: وقد بيّنا أن دم الاستحاضة حدث، والكلام في كيفية الوضوء منه.

فعندنا: أن المستحاضة التي يسيل دمها ولا ينقطع، تتوضأ لوقت كل صلاة وضوءاً واحداً، فتصلي به في الوقت فرض الوقت، وما شاءت من الفوائت والنوافل، فإذا خرج الوقت بطل وضوءها^(١).

وقال الشافعي: إذا توضأت صلت بوضوئها فرضاً واحداً وما شاءت من النوافل، ولا يجوز لها أن تصلي فرضاً آخر حتى تعيد الوضوء.

لنا: حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة»^(٢)، ولأنها طهارة يجوز أن تؤدي بها فرضاً بعده نفل، فجاز أن تؤدي بها فرضاً بعد فرض كمسح الخفين؛ ولأن كل طهارة جاز أن تؤدي بها فرضاً واحداً،

(١) وقول أحمد كقول الشافعي، وقال البهوتي: «وتصلي المستحاضة بوضوئها ما شاءت ما دام الوقت حتى جمعاً بين فرضين» وذهب مالك بأنه يستحب للمستحاضة أن تتوضأ لكل صلاة. انظر: القدوري ص ٥٧؛ المزني ص ١١؛ المنهاج ص ٨؛ التفریح ٢٠٩/١؛ كشاف القناع؛ ٢٤٨/١.

(٢) روى ابن حبان عن عائشة، قالت: سئل رسول الله ﷺ، عن المستحاضة فقال: «تدع الصلاة أيامها، ثم تغتسل غسلًا واحداً، ثم تتوضأ عند كل صلاة». وأما اللفظ الذي ذكره المصنف فقال عنه الزيلعي: «غريب جداً» ٢٠٤/١؛ وقال ابن حجر في الدراية ٨٩/١: «لم أجده هكذا».

جاز أن تؤديَ بها فرضين ، كطهارة من به رعا ف متصل .

٣٨- [فصل: طهارة المستحاضة]

وقد قال أصحابنا: إن طهارة المستحاضة تبطل بخروج الوقت .

وقال زفر: تبطل بدخول الوقت .

ويتعين الخلاف بينهم فيمن توضأت قبل الظهر ، قال أصحابنا: تصلي بوضوئها للظهر ، وقال زفر: لا تجوز .

لنا: أن النبي ﷺ جعل وضوءها متعلقاً بوقت الصلاة ، فلو لم يكن هذا الوضوء لصلاة الظهر لم يجز لها [أن تصلي] ، فلما جاز علم أنه وقع للظهر ؛ ولأن المستحاضة إذا توضأت للفجر ، فطلعت الشمس ، بطل وضوؤها بخروج الوقت وإن كان لم يدخل بالطلوع وقت صلاة .

وجه قول زفر: إن دخول الوقت يبطل الوضوء ، كدخول وقت العصر .

٣٩- [فصل: صلاة المستحاضة]

وإنما جوّزنا للمستحاضة أن تصلي مع سيلان الدم ؛ لما روي أن فاطمة بنت قيس قالت للنبي ﷺ: إني أستحاض فلا أطهر ، وأخاف أن لا يكون لي في الإسلام حظ ، فقال لها: «ليس ذلك بحيض ، وإنما هي ركضة من الشيطان ، أو عرق انقطع ، أو داء عرض ، فتوضئي لكل صلاة» ، فقالت: هو أكثر من ذلك ، إني أئج الدم ثجاً ، فقال: «احتسبي وألجمي وصلّي ، ولو تقطر الدم على الحصير»^(١) ،

(١) أخرج نحوه ابن ماجه (٦٢٤) ، والدارقطني (٨٢١) ، وإسحاق بن راهويه في المسند ٦٧/٢ (٥٦٤) .

فدّل على جواز الصلاة مع السيلان .

وقد قال أصحابنا: إن وضوءها يقع للحدث السابق ، والصلاة مع الدم في الوقت رخصة ، فأما أن يؤثر الوضوء في حدث بعده فلا .

٤٠ - [فصل: وضوء المستحاضة للصلاة]

ومن الناس من قال: إن المستحاضة تغتسل لوقت كل صلاة^(١)، وهذا فاسد؛ لما روي أن النبي ﷺ أمر فاطمة بالوضوء، ولأنه ﷺ قال: «ليس ذلك بحيض وإنما هو دم عرق»^(٢)، ودم العرق لا يوجب الغسل .

والذي روي أنه ﷺ أمر حمئة بنت جحش أن تغتسل لكل صلاة^(٣)؛ فلأنها صلّت أيامها [المعتادة] ، فكانت لا تعلم أيام الحيض من أيام الطهر .

وعندنا أن هذه تغتسل لكل صلاة .

وأما من به رُعاف دائم، أو سَلَس بول، أو استطلاق بطن، فهو كالمستحاضة في الطهارة؛ وذلك لأن الحدث به دائم، فهو كالمستحاضة التي حدثها دائم .

٤١ - [فصل: الوضوء من الخارج من البدن]

[قال أبو الحسن: وكذلك سائر ما خرج من البدن من دم، أو قيح، أو صديد] ، قال رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن كل نجاسة خرجت من بدن الإنسان

(١) انظر في أحكام الاستحاضة: التجريد للمؤلف ١/٣٦٨ - ٣٧٠ .

(٢) أخرج نحوه البخاري (٢٢٨)، ومسلم ١/٢٦٢ (٦٢) .

(٣) روى حديثها مطولاً: أبو داود (٢٩١)، والحاكم في المستدرک (٦١٨) .

إلى موضع يلحقه حكم التطهير، فإنها توجب الوضوء عندنا، كالرُعاف،
والفُصْد، والحِجامة، والقَيْح.

وقال الشافعي: لا يجب الوضوء إلا في الخارج من السبيلين^(١).

لنا: ما روي في حديث تميم الداري عن النبي ﷺ أنه قال: «الوضوء من كل دم سائل»^(٢)، ولأنه دم عرق فأشبهه دم الاستحاضة؛ ولأن كل حكم تعلق بدم الاستحاضة، تعلق بالدم الخارج من [غير] السبيل كوجوب إزالته.

٤٢ - [فصل: الوضوء من القيء]

وأما القيء ففيه الوضوء عندنا.

وقال الشافعي: لا وضوء فيه^(٣).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من قاء في صلاته أو رعف أو أمذى، فلينصرف وليتوضأ وليبين على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم أو يحدث»^(٤).

(١) وقول مالك كقول الشافعي: لا ينقض الوضوء شيء من ذلك، وقال أحمد: الدم إذا كان كثيراً فاحشاً ينقض الوضوء، وإن كان يسيراً لا ينقض. انظر: رحمة الأمة ص ٤٣، القدوري ص ٤١؛ الهداية ١٤/١؛ مختصر المزني ص ٤؛ المهذب ١٠١/١؛ مختصر خليل ص ١٧؛ كشف القناع ١٤٠/١.

(٢) أخرجه الدارقطني (٥٨١)؛ «وفيه ضعف وانقطاع» كما قال ابن حجر في الدراية ٣٠/١؛ والبيهقي في معرفة السنن ٢٤٠/١، وقال: «وعبد العزيز لم يسمع من تميم الداري ولا رآه».

(٣) ومذاهب الفقهاء في هذه المسألة كالمسألة السابقة، انظر: المراجع السابقة.

(٤) أخرج نحوه ابن ماجه (١٢٢١)، والدارقطني (٥٦٣) كلاهما من حديث عائشة، عن النبي ﷺ، ورواه الدارقطني (٥٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً، وينظر الكلام عليه في نصب الراية ٣٨/١.

وقد روى زيد بن عليّ عن آبائه عن النبيّ ﷺ أنه قال: «الْقَلْسُ حَدَثٌ»^(١).
ولأنها نجاسة خارجة من البدن، فجاز أن تؤثر في الطهارة، كالخارج من
السبيل.

٤٣ - [فَصْلُ: الْقِيَاءُ بِمَلءِ الْفَمِ]

قال أصحابنا: إذا ملأ القياء الفم وجب الوضوء، وإن تقيأ أقل من ملء الفم
فلا وضوء فيه، وملء الفم: ما لا يمكن ضبطه.
وقال زفر: في قليل القياء وكثيره الوضوء.

لنا: أن القياس يمنع وجوب الوضوء من القياء؛ لأنه ليس بخارج بنفسه،
وإنما هو مُخْرَجٌ، ألا ترى أن الأشياء السائلة لا تندفع إلى فوق بطبعها، فلما
اندفع القياء علمنا أن الطبيعة دفعته، فصار كالنجس إذا أخرج من الجرح بقطنة،
[وإنما تركنا القياس في الكثير لاتفاقنا، وما سواه يبقى على أصله]، وقد روي
أن النبيّ ﷺ ذكر ما يوجب الوضوء فقال فيه: «أو دسعة تملأ الفم»^(٢)؛ ولأن ما
دون ملء الفم في حكم اليسير، فأشبهه ما يخرج مع الجشاء المتغير.

وجه قول زفر: أن ما توجهه الطهارة يستوي قليله وكثيره، كالخارج من
السبيل^(٣).

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٥٧٤)، وقال: سوار متروك، ولم يروه عن زيد بن عليّ غيره.
(٢) رواه البيهقي في الخلافيات ٣٤٥/٢ (٦٥٨) من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وقال ابن حجر في
الدراية ٣٣/١: إسناده واه جداً.
(٣) انظر: الفتاوى التاتارخانية ٩٦/١.

٤٤ - [فصل: الوضوء من البلغم]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قاء بلغمًا فملاً فاه، فلا وضوء عليه، وقال أبو يوسف: فيه الوضوء^(١).

وجه قولهما: إن البلغم طاهر بدلالة أن النبي ﷺ كان يأخذ النخامة في صلاته بطرف ثوبه فيدلكها^(٢)، وخروج الطاهر لا يوجب نقض الطهارة، كالدمع والعرق.

وجه قوله أبي يوسف: إن البلغم وإن كان طاهراً فقد اختلط بنجاسة المعدة، فصار نجساً كالماء إذا شربه ثم قاء.

٤٥ - [فصل: نقض الوضوء بالقيء دمًا]

وأما إذا قاء دمًا فقد روى المعلّي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن يسير الدم ينقض الوضوء، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وروى ابن رستم عن محمد: أنه لا ينقض حتى يملأ الفم^(٣).

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن المعدة ليست بمحل للدم، وإنما يسيل إليها من فرجة في الجوف، ثم يخرج بدفع الطبيعة له، فهذه نجاسة خرجت بنفسها ثم أخرجت، فهي كدم يؤخذ من رأس الجرح، ولو ترك لسال.

(١) المصدر السابق ٩٧/١.

(٢) لم أجده، ولكن روى مسلم ٢٣٠٣/٤ (٧٤)، وأبو داود (٤٨٢) قول النبي ﷺ: إن أحدكم إذا قام يصلي، فإن الله ﷻ قبل وجهه، فلا يبصقن قبل وجهه، ولا عن يمينه، وليبصق عن يساره، تحت رجله اليسرى، فإن عجلت به بادرة فليقل بثوبه هكذا، ثم طوى ثوبه بعضه على بعض.

(٣) المصدر السابق نفسه.

وجه قول محمد: أنه نوع من أنواع القيء كسائر أنواعه .

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة في كتاب الصلاة قال: إذا قاء دمًا ذائبًا نقض الوضوء وإن كان يسيراً؛ لأنه سال من موضعه إلى معدته، ثم خرج وليس بقيء، قال: وإن قاء علقاً من الدم لم ينقض الوضوء حتى يملأ الفم؛ لأنّ العلق يكون في المعدة، وهي: السوداء، فصار كالمرّة وغيرها.

٤٦ - [فصل: الخارج من الرأس]

وما خرج من الرأس من دم أو قيح ففيه الوضوء إذا سال إلى موضع يلحقه الاستنشاق من الأنف، ويلحقه التطهير من الأذن؛ [وذلك] لأنها نجاسة خرجت بنفسها إلى موضع يلحقه حكم التطهير، فنقضت الطهارة، وليس كذلك البول إذا نزل إلى قسبة الذكر؛ لأنّ ذلك الموضع لا يلحقه حكم التطهير، فهو كداخل البدن، وقد [قالوا في البول إذا خرج إلى القلفة نقض الوضوء؛ لأنّ [هـ زال] (١) عن حكم الباطن، فصار في حكم الظاهر]، قالوا: ولو خرج البول من فرج المرأة إلى ما بين الركبتين (٢) نقض الوضوء؛ لأنّ الركبتين على الفرج بمنزلة الأليتين على الدبر.

قال: وليس في شيء يخرج من الرأس - من دهن سعوط إذا رجع أو غيره، وصل إلى الرأس أو لم يصل، مكث هنالك يوماً أو أكثر ثم خرج - وضوء؛ وذلك لأنّ الرأس ليس بمكان للنجاسة، فما يصل إليه ثم ينفصل يخرج طاهراً، فلا

(١) في الأصل سقطت هذه العبارة، وفي ب (لازال) والمثبت يدل عليه السياق والله أعلم.

(٢) المقصود: الفخذان: ما فوق الركبة إلى الورك.

والشبهة؛ لأنّ الركبة: «موصل أسفل الفخذ بأعلى الساق»، وذلك لتداخل بعض الأعضاء واشترائه ببعض. المعجم الوسيط (فخذ، ركب).

يتعلق بخروجه نقض طهارة.

وقد روى عليّ بن الجعد عن أبي يوسف: فيمن استعط فخرج من فمه، فعليه الوضوء؛ وذلك لأنه لا يخرج من الفم إلا ما بعدما ينزل إلى الجوف، فهو في حكم القيء.

٤٧ - [فصل: خروج الدم من الفم]

وما خرج من نفس الفم من الدم إذا غلب على الريق، ففيه الوضوء؛ وذلك لأنّ الدم إنّما يخرج من الفم من أصول الأسنان باجتماع النفس، فإذا غلب على الريق فهذه نجاسة كثيرة أخرجها بفعله، [ففيه الوضوء].

وأما إذا كان الريق غالباً فلا وضوء فيه؛ لأنّها نجاسة يسيرة لو تركت لم تسل. وإذا تساوى الريق والدم، فالقياس: أن لا يجب الوضوء؛ لأنه استوى الموجب والمسقط، والأصل يقين الطهارة فلا يزول بالشك، والاستحسان: أن يجب الوضوء؛ لأنّ الحظر والإباحة لما تساويا كان الحكم للحظر^(١).

٤٨ - [فصل: الوضوء من اللمس]

[قال]: وليس في ملموس لشهوة، فرج ولا غيره، وضوء، [قال رحمه الله تعالى]: وهذه الجملة تشتمل على مسألتين:

إحدهما: مسّ الرجل المرأة، فعندنا أنّه لا ينقض الوضوء.

وقال مالك: إن كان بشهوة ينقض، وإن كان بغير شهوة لم ينقض.

(١) انظر: الفتاوى التاتارخانية، ١/٩٧، ٩٨.

وقال الشافعي: ينقض في الوجهين^(١).

لنا: ما روي في حديث عائشة «أن رسول الله ﷺ كان يتوضأ ويخرج إلى المسجد فتلقاه بعض نسائه فيصيب من وجهها ولا يتوضأ»^(٢)؛ ولأنه لمس لا يؤثر في الإحرام بنفسه، فلا يؤثر في الطهارة، كلمس الرجل الرجل؛ ولأنه لمس لا يوجب الغسل، فلا يوجب الوضوء، كمس شعرها.

٤٩ - [فصل: الوضوء من مس الذكر]

والمسألة الثانية: مس الذكر لا ينقض الوضوء عندنا، وهو قول عليّ وابن مسعود وحذيفة.

وقال الشافعي: إذا مسه بباطن كفه من غير حائل نقض الوضوء^(٣).

لنا: ما روي في حديث قيس بن طلق عن أبيه طلق بن عليّ أن النبي ﷺ

- (١) ومذهب الحنابلة في نقض الوضوء بلمس المرأة كمذهب مالك.
انظر: الإفصاح ٧٩/١؛ مختصر اختلاف العلماء ١٦٢/١؛ تحفة الفقهاء ٣٥/١؛ المزني ص ٤؛ المدونة ١٣/٢؛ مختصر خليل ص ١٧؛ شرح المنتهى ٦٨/١.
- (٢) أخرج الدارقطني في سننه (٤٨٤) بلفظ «كان رسول الله ﷺ يقبل بعض نسائه ولا يتوضأ»، قال: «خالفه منصور بن زاذان في إسناده»، «ورواه الطبراني في الأوسط (٤٦٨٦)، وفيه سعيد بن بشير، وثقه شعبة وغيره، وضعفه يحيى وجماعة». وانظر: نصب الراية ٧٤/١.
- (٣) ومذهب مالك وأحمد كمذهب الشافعي في نقض الوضوء بمس الذكر بباطن الكف مقيداً وأحمد مطلقاً.
انظر: القدوري ص ٤١؛ المدونة ١٨/١؛ التفريع ١٩٦/١؛ المزني ص ٤؛ شرح المنتهى ص ٦٧؛ كشف القناع ١٤٣/١.
- واستدل القائلون بالنقض بحديث بسرة: «من مس ذكره فليتوضأ» رواه مالك والشافعي وأحمد وغيرهم.

سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة، فقال: «لا وضوء فيه، هل هو إلا بضعة منك!»^(١)؛ ولأنه عضو من أعضائه، فلا ينقض الوضوء بمسه كسائر الأعضاء؛ ولأنه إن كان في حكم الأشياء الطاهرة، فمسها لا ينقض الوضوء، وإن كان في حكم النجاسات، فمسه كمس الكلب والخنزير، فلا ينقض الوضوء أصلاً.

٥٠ - [فصل: الوضوء بالمزال عن البدن]

قال: ولا في مزالٍ عن بدن، ولا موطوء عليه وضوء، ولا إمرار ماء على موضع المزال من ظفر ولا شعر، وهذا صحيح إذا توضع الرجل ثم قلم ظفره، أو حلق شعره، فلا وضوء عليه، ولا يلزمه إمرار الماء على موضع ذلك، وقال [ابن جرير]^(٢): ينقض الوضوء.

وقد روي عن عليّ بن أبي طالب عليه السلام أنه قال في ذلك: ما زاده إلا تطهيراً.

وروي عن ابن عباس وابن عمر مثل قولنا؛ ولأن هذا يُفعل للنظافة، فلا يبطل به الطهارة كالاغتسال، ولأن الشعر ليس يبدل في الطهارة عن البشرة، وإنما هو نفس الفرض؛ بدلالة أن من كان ببعض رأسه صلع، جاز أن يمسح على الشعر مع القدرة على مسح البشرة، وإذا كان نفس الفرض لم يجب الوضوء بزواله، كمن توضع ثم تقشر جلده بالشمس.

فأما الموطوء: فهو الرجل يطأ على النجاسة، فإن لم يلتصق به لم يلزمه شيء؛ لأن الفرض في النجاسة أن لا يكون حاملاً لها، فإن التصقت به، فعليه

(١) أخرجه أبو داود (١٨٤)، والترمذي (٨٥)، والنسائي (١٦٥)، وابن حبان (١١١٩).
 (٢) في الأصل (أبوحرب) والمثبت من ب وهو الصحيح، كما ذكر السرخسي في المبسوط عنه: «وكان ابن جرير يقول عليه أن يتوضأ» ٦٥/١.

غسلها حينئذٍ ، فأما الوضوء فلا تعلق له بذلك .

٥١ - [فصل : مباشرة الرجل المرأة]

وإذا باشر الرجلُ المرأةَ مباشرةً فاحشةٌ وهي : أن يتجرد وينتشر ، ويلاقي فرجه فرجها ، فالقياس : ألا يجب الوضوء ، وهو قول محمد^(١) .

والاستحسان : أن يجب الوضوء وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢) .

وجه القياس : أن الملامسة لا توجب الوضوء ، وإنما يجب بخروج شيء منه ، ولا يعلم ذلك ، ولا يجب الوضوء بالشك .

وجه الاستحسان : أن الإنسان لا يكاد يبلغ هذه الحالة من امرأته وهو صحيح^(٣) إلا وينفصل منه شيء ، وذلك وإن لم يكن متيقناً فهو غالب ، فتعلق الوضوء به كالحديث في حال النوم ، وهذا القول يقتضي إذا علم أنه لم ينفصل منه بلة ، أن لا يجب الوضوء .

وقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في المباشرة الفاحشة ، قال : عليه الوضوء خرج منه شيء أو لم يخرج ، ومعنى ذلك أنه يتيقن بخروج شيء منه أو لم يتيقن ، وإلا أدى [ذلك إلى القول بوجوب الوضوء من اللمس] ، وذلك لا يقوله أحد من أصحابنا .

(١) ليس معنى هذا أن الإنسان يتوضؤ ثم يباشر زوجته مباشرة فاحشة - كما ذكر المؤلف - ويعرض طهارته للفساد ، ثم يعمد للصلاة ، وهذا لا يحصل من مسلم إلا في حالات نادرة ، ولكن على سبيل الافتراض إن حصل فحكمه ما ذكر .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ٦٨/١ .

(٣) في ب (لا يبلغ من امرأته هذا المبلغ .) .

٥٢ - [فَصْلٌ: وجود البلل في الفراش]

ونظير هذه المسألة ما قالوا: في الرجل يصبح فيجد على فراشه أو فخذَه مَذْيًا، ولا يذكر الاحتلام، أو يتذكره، فالقياس: أنه لا يجب الغسل، وهو قول أبي يوسف.

والاستحسان: أنه يجب الغسل، وهو قول أبي حنيفة ومحمد^(١).

وجه القياس: أنه يحتمل أن يكون انفصل على وجه الدفق والشهوة، ويحتمل أن يكون انفصل على غير دفق وشهوة، فلا يجب الغسل بالشك.

وجه الاستحسان: ما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن الرجل يرى الرؤيا ثم يصبح على جفاف قال: «لا غسل عليه»^(٢)، فإن رأى بللاً فعليه الغسل وإن لم يتذكر الاحتلام، فدل على ما قال.

فإن قيل: كيف توجبون الغسل من المذي؟! قلنا: هذا مجاز في الكلام، ومعناه: إن أصبح فرأى بللاً صفته صفة المذي؛ لأن المني إذا برد يرق ويصير على صفة المذي، فأما أن يكونوا أوجبوا في المذي غسلًا فلا، وقد ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى هذه المسألة، فقال: إذا رأى بللاً، وذكر محمد في الأصل: مذيًا، وإنما معناه: ما صفته صفة المذي.

فإن قيل: إذا لم يذكر الاحتلام، جاز أن يكون خرج على غير وجه الدفق

[١/٧] والشهوة.

(١) انظر: المبسوط ٦٩/١.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٤٠)، والترمذي (١١٣)، وابن ماجه (٦١٢).

قلنا: الأصل أن المني لا يخرج إلا على وجه الدفع والشهوة، وما خرج
بغير ذلك يكون بأمر [نادر] ^(١) فحملوا الأمر على الأغلب.

٥٣ - [فصل: وقوع فأرة في بئر]

ونظير المسألتين ما قالوا في البئر يوجد فيها فأرة ميتة، فالقياس: أن لا
يجب عليهم إعادة الصلوات إلا من الوقت الذي تيقنوا بوقوعها في البئر، وهو
قول أبي يوسف ومحمد.

والاستحسان: أنها إن كانت [منتفخة أعادوا صلاة ثلاث أيام ولياليها، وإن
كانت غير] منتفخة أعادوا صلاة يوم وليلة وهو قول أبي حنيفة ^(٢).

وجه القياس هو: أنه يحتمل أن يكون وقوعها متقدماً، ويحتمل أن يكون
ألقيت بعد موتها الساعة، فلا يجب عليهم إعادة الصلاة بالشك.

وجه الاستحسان هو: أن وقوع الفأرة من الحيوان في البئر سبب لموته،
فظاهر أن الموت حصل من ذلك السبب، وإن جاز أن يكون من غيره، ألا ترى
أن من جرح رجلاً فلم يزل صاحب فراش حتى مات، أن الظاهر أن الموت من
الجراحة، وإن جاز أن يكون من مرض حادث، وكذلك القتل في المحلة يوجد،
وكذلك الجنين إذا ألقته الأم عقب ضرب بطنها.

فاعتبر أبو حنيفة في المسائل الثلاث الطهارة والصلاة احتياطاً.

واعتبر أبو يوسف يقين السبب، فقال: إن الملامسة سبب لخروج البلة،

(١) في الأصل (حادث) والمثبت من ب.

(٢) انظر: المبسوط ١/٥٩.

وهي متيقنة ، والاحتلام سبب لخروج المني ، وليس بمتيقن ، وتقدم [أن] وقوع الفأرة سبب للإعادة في الصلوات ، وليس بمتيقن .

وأما محمد: فقد أخذ بالقياس في المسألتين ، وترك القياس في مسألة الاحتلام ؛ لأجل الخبر فيه .

٥٤ - [فصل: نقض الوضوء بالنوم]

قال: وليس على من نام وضوءٌ إلا أن يكون مضطجعاً أو متكئاً ، والكلام هاهنا في مسائل النوم يقع في فصول:

أولها: أن النوم هل هو حدث أم لا ؟ فمن أصحابنا من قال: إن النوم حدث ، ومنهم من قال: إن الحدث ما لا يخلو النائم منه ، لا نفس النوم ، يعني: من ربح أو غيره .

وجه القول الأول: أن الحدث لو كان غير النوم ، وهو غير متيقن ، [لوجب] ^(١) الوضوء في حال النوم بالشك ، وهذا لا يصح .

وجه القول الثاني: قوله ﷺ: «العينان وكاء السّه فإذا نامت العينان استطلق الوكاء» ^(٢) ، فبيّن أن الحدث ما لا يخلو النائم منه ؛ ولأن النوم لو كان حدثاً لما اختلف باختلاف أحوال النائم في صلاة أو غيره ، كسائر الأحداث ^(٣) .

(١) في الأصل (لم يجب) والمثبت من ب ويدل عليه السياق .
 (٢) رواه الدارقطني في السنن (٥٩٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى ١/١١٨ ، وأحمد في المسند ٤/٩٦ ، كلهم من حديث معاوية بن أبي سفيان مرفوعاً . وانظر نصب الراية ١/٤٥ .
 (٣) انظر: المبسوط ١/٧٨ .

٥٥ - [فصل: الوضوء من النوم مضطجعا]

وأما نوم المضطجع: فهو يوجب الوضوء في قول جميع الفقهاء^(١).

وحكي عن أبي موسى الأشعري: أنه كان إذا اضطجع، أجلس عنده إنسان، فإذا أخبره أنه لم يكن منه شيء، لم يتوضأ.

لنا: قوله ﷺ: «لا وضوء على من نام قائماً، إنما الوضوء على من نام مضطجعا»^(٢)، وروي أنه ﷺ دخل المسجد وحذيفة نائم قاعداً؛ فوضع يده بين كتفيه، قال حذيفة فرفعت رأسي إليه فقلت: أفي هذا وضوء؟ قال: «لا حتى تضع جنبك»^(٣)؛ ولأن الغالب أن المضطجع لا يخلو من حدث، فصار الغالب كالمعلوم.

٥٦ - [فصل: النوم قاعداً]

وأما إذا نام قاعداً فلا وضوء عليه.

وقال مالك: إن أطل النوم، فعليه الوضوء^(٤).

(١) وفي رحمة الأمة: «واتفقوا على أن نوم المضطجع والتمكئ ينقض الوضوء» ص ٤٢.
(٢) لم أجده بهذا اللفظ، وروى نحوه أبو داود (٢٠٤)، والترمذي (٧٧)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٤٠٧)، أما اللفظ الذي ذكره المصنف فقال الزيلعي في نصب الراية ١/١٤٤، «غريب بهذا اللفظ».

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ١/١٢٠، وقال: «وهذا الحديث ينفرد به بحر ابن كنيذ السقاء، عن ميمون الخياط، وهو ضعيف ولا يحتج بروايته».

(٤) وذهب الشافعي إلى القول بعدم النقض قاعداً كقول أبي حنيفة، فقال النووي: «إلا نوم ممكن مقعده»، والمعتمد من مذهب أحمد النقض مطلقاً بالنوم بأي حالة كان.

انظر: الإفصاح ١/٧١؛ رؤوس المسائل للعكبري ١/٥٥؛ مختصر اختلاف العلماء ١/١٦٤؛ =

لنا: حديث حذيفة ، وقد جعل رسول الله ﷺ الغاية التي يجب عندها الوضوء أن يضع جنبه ، فلا يجوز إيجابه دونها ولا قبلها ؛ ولأن الجالس لم يبلغ إلى الاسترسال ، ألا ترى أنه لو استرسل لسقط ، والتماسك يمنع كمال الغفلة ، فلو كان منه شيء لأحس به ؛ ولأن ما يوجب الوضوء لا فرق بين كثيره وقليله ، كالنوم حال الاضطجاع .

٥٧ - [فصل: النوم في أحوال الصلاة]

وأما إذا نام قائماً أو راکعاً أو ساجداً فلا وضوء عليه .

وقال الشافعي: عليه الوضوء^(١) .

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «إذا نام العبد في سجوده يباهي الله به ملائكته فيقول: انظروا إلى عبدي ، روحه عندي وجسده في طاعتي»^(٢) فلو كانت طهارته انتقضت لم يكن في الطاعة .

وروي في حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا وضوء على من نام قائماً ، إنما الوضوء على من نام مضطجعا ، فإنه إذا نام مضطجعا استرخت

= المبسوط ٧٨/١ ؛ المدونة ٩/١ ؛ المزني ص ٤٣ ؛ المنهاج ص ٤ ؛ كشف القناع ١٤٢/١ .
(١) ومذهب أحمد كمذهب الشافعي في نقض الوضوء ، ومالك ينقض عنده في الركوع والسجود مطلقاً ، وفي القيام والقعود بشرط الإطالة ، راجع المراجع السابقة .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٦٧٤٩) من كلام الحسن بسند رجاله ثقات ، أما كونه من كلام النبي ﷺ فقد عزاه في البدر المنير ٤٤٤/٢ ، إلى البيهقي في خلافياته من رواية أنس بن مالك ، ثم نقل عن البيهقي قوله: وليس هذا بالقوي ؛ ثم ليس فيه أنه لا يخرج به من صلاته ، والقصد منه - إن صح - الثناء على العبد المواظب على الصلاة حتى يغلبه النوم ، وقد أمر في الرواية الصحيحة عن أنس بالانصراف إذا نعس ، رواه البخاري (٢١٣) ، من حديثه بلفظ «إذا نعس وهو يصلي فلينصرف فلينم ؛ حتى يعلم ما يقول» .

مفاصله»^(١) ولأنه نام في حال من أحوال الصلاة من غير عذر كالقاعد.

٥٨ - [فَصْل: تعمد النوم في السجود]

وقد قال أبو يوسف: إن من تعمد النوم في حال سجوده، بطل وضوءه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن ما يوجب الوضوء يستوي فيه العمد وغيره^(٢).

وجه قول أبي يوسف: أن الوضوء يتعلق بالنوم، وذلك لا يختلف باختلاف الأحوال، وإنما استحسن في السجود في الصلوات؛ لأن من يكثر الصلاة بالليل لا يحترز من النوم في السجود، فإذا تعمد النوم بقي على أصل القياس.

وقد ذكر ابن شجاع مسألة النوم في حال القيام والركوع والسجود، وقال: إنما لا ينقض الوضوء ذلك إذا كان في الصلاة، وأما إذا لم يكن في الصلاة نقض، ولم يذكر ذلك رواية، وإنما ذكره عن نفسه، وهو قول لم يقل به أحد من أصحابنا؛ لأن ما يوجب الطهارة لا فرق فيه بين الصلاة وغيرها.

٥٩ - [فَصْل: النوم مستنداً]

وقد ذكر الطحاوي فيمن نام مستنداً إلى شيء لو أزيل عنه لسقط: أن عليه الوضوء^(٣)؛ لأنه بلغ إلى غاية الاسترخاء، ولم يسقط للسند، فصار كالمضطجع.

وذكر [خلف بن أيوب]^(٤) عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عمّن

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: المبسوط ٧٩/١.

(٣) مختصر الطحاوي (مع شرح الرازي) ٣٧٩/١.

(٤) في الأصل (أبو أيوب) والمثبت من ب.

استند إلى سارية أو رَحْلٍ فنام، لولا السارية أو الرَّحْل لم يستمسك، قال: إذا كانت أليته مستوثقة من الأرض فلا وضوء عليه^(١).

وهذا خلاف ما ذكره الطحاوي، وهو أشبه بظاهر قوله ﷺ «لا وضوء على من نام قائماً أو قاعداً» ولم يفصل.

٦٠ - [فصل: النوم قاعداً]

فأما إذا نام قاعداً فسقط، قال خلف بن أيوب عن أبي يوسف: فيمن نام فوقع لم ينتقض وضوئه حتى يستقر نائماً.

وروى ابن رستم عن محمد قال: إن استيقظ حال ما سقط، فلا وضوء عليه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة قال: ولو استيقظ حال ما سقط جنبه على الأرض وهو نائم، بطل وضوءه، وكذلك إن سقط على قفاه ثم انتبه، وهذا صحيح؛ لأنه إذا استيقظ حال ما وقع على الأرض، لم يوجد جزء من النوم في حال الاضطجاع، فلا يجب عليه الوضوء، وإن حصل على الأرض نائماً ثم استيقظ، فقد وجد جزء من النوم في حال الاضطجاع، فنقض وضوءه وإن كان يسيراً^(٢).

٦١ - [فصل: الوضوء من الإغماء والجنون]

وفي قليل الإغماء [والجنون] وكثيرها الوضوء؛ لأنَّ يسير الإغماء والجنون أكثر في الغفلة من كثرة النوم، فإذا وجب بالنوم الكثير الوضوء، ففي يسير الجنون والإغماء أولى.

(١) انظر: المبسوط ٧٩/١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٧٩/١؛ المبسوط ٧٩/١.

٦٢ - [فصل: الوضوء من القهقهة في الصلاة]

والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود حدث.

وقال الشافعي: ليس بحدث^(١).

لنا: ما روى [عمرو] بن عبيد عن الحسن عن [معبد]^(٢) الجهني «أن النبي ﷺ كان يصلي فدخل أعمى إلى المسجد فسقط في بئر، فضحك قوم من خلف رسول الله ﷺ، فلما قضى صلاته قال: مَنْ ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة»^(٣)؛ ولأن الطهارة عبادة يبطلها الحدث فجاز أن يبطلها القهقهة كالصلاة، وأما ما دون القهقهة من الضحك فلا يفسد الصلاة، لما روي «أن النبي ﷺ تبسم في صلاته»^(٤)، فلما فرغ سئل عن ذلك، فقال: «أخبرني جبريل أن الله تعالى يقول: من صلى عليك مرة صليت عليه عشراً»، ولم يستأنف الصلاة، وإنما

(١) القهقهة تنقض الوضوء عند الحنفية فقط في كل صلاة ذات ركوع وسجود، وأما سائر الفقهاء فقالوا بعدم النقص.

انظر: القدوري ص ٤٢؛ الإفصاح ١/٨٢؛ مختصر اختلاف العلماء ١/١٦١؛ رؤوس المسائل للعكبري ١/٦٠؛ رحمة الأمة ص ٤٣؛ المدونة ١/١٠٠؛ المهذب ١/١٠١.

(٢) في الأصل (عمرو بن عتبة) و(خالد) وفي ب (عمر بن عبيد) و(خالد). والمثبت هو الصحيح كما في رواية الدارقطني ١/١٦٣ وغيره، انظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٢٩١، ٣٨٣.

(٣) لم أجده بهذا الاسناد واللفظ، وأخرج الدارقطني في سننه (٦٢٢): من طريق مكّي بن إبراهيم، حدثنا أبو حنيفة، عن منصور بن زاذان، عن الحسن، عن معبد، عن النبي ﷺ قال: بينما هو في الصلاة إذ قبل أعمى يريد الصلاة فوق في زبية، فاستضحك القوم حتى قهقهوا، فلما انصرف النبي ﷺ قال: «من كان منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة»، وقال الزيلعي في نصب الراية ١/٤٧، بعد أن ذكر حديث هذا الباب: فيه أحاديث مسندة، وأحاديث مرسلة، ثم ساقها.

(٤) لم أجده بهذا اللفظ، وروى أبو يعلى في مسنده (٢٠٦٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٢/٢٥٢، عن جابر قال «كنا نصلي مع رسول الله ﷺ في غزوة إذ تبسم في صلاته، فلما قضى صلاته قلنا: يا رسول الله رأيناك تبسمت! قال: مرّ بي ميكائيل وعلى جناحه أثر غبار...».

قالوا إن القهقهة في صلاة الجنابة وسجدة التلاوة لا تبطل الوضوء؛ لأنّ القياس أن لا يبطل القهقهة الطهارة في جميع الأحوال؛ لأنّ ما لا يوجب الوضوء خارج الصلاة، لا يوجه فيها كالكلام، وإنما تركوا القياس للخبر، والخبر ورد في صلاة كاملة الأركان، فما سواها باقي على أصل القياس.

٦٣ - [فصل: تأثير الكلام على الطهارة]

قال أصحابنا: إن الطهارة لا تبطل بالكلام الفاحش، ومن الناس من أوجب في ذلك الوضوء.

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «من حلف فقال في يمينه واللات، فليقل لا إله إلا الله»^(١) ولم يوجب عليه الوضوء.

وقال ﷺ: «ومن قال لأخيه تعال أقامرك فليتصدق بشيء»^(٢)، وقال ﷺ: «الكلام ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء»^(٣).

٦٤ - [فصل: الوضوء مما مسته النار]

قال أصحابنا: لا يجب الوضوء [من أكل] ما مسته النار، ومن أصحاب الحديث من أوجب الوضوء من ذلك^(٤).

(١) رواه البخاري (٤٨٦٠)، ومسلم ١٢٦٧/٩ (٥)، أبو داود (٣٢٤٢)، والترمذي (١٥٤٥)،

والنسائي (٣٧٧٥)، ابن ماجه (٢٠٩٦) من حديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال، فذكر الحديث.

(٢) هذا اللفظ تنمة للحديث السابق في المصادر المذكورة إلا ابن ماجه.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٦٥٩) من رواية جابر، وقال البيهقي في السنن الكبرى ١/١٤٤:

الصحيح أنه موقوف على جابر.

(٤) «وما مسته النار: كالطعام المطبوخ والخبز لا وضوء معه بالإجماع، وحكي عن بعض الصحابة

كابن عمر وأبي هريرة وزيد بن ثابت إيجاب الوضوء منه».

وقد روي عن ابن مسعود أنه قال: «الوضوء مما يخرج لا مما يدخل»^(١).
وروي أن أهل المدينة كانوا يتوضؤون مما مسته النار إلا آل أبي طالب.

والدليل على ما قلناه: ما روي في حديث أبي أمامة عن ميمونة قالت:
«دخل عليّ رسول الله ﷺ فغرفت له غرفة فأكل، ثم جاء المؤذن فقلت له:
الوضوء، فقال: الوضوء علينا مما يخرج لا مما يدخل»^(٢)، وروى ابن عباس
عن أبي بكر الصديق «أن النبي ﷺ نهش من كتف، ثم صلى ولم يتوضأ»^(٣)؛
ولأنه مأكول كسائر المأكولات.

والذي روي عنه ﷺ أنه قال: «الوضوء مما مسته النار»^(٤) فقد أنكره^(٥) ابن

= كما أن أكل لحم الجوز لا ينقض الوضوء عند الجمهور، إلا أحمد، فإنه يرى نقض الوضوء
منه، وهو القول القديم المختار للشافعي. رحمة الأمة ص ٤٣، ٤٤؛ الإفصاح ٨١/١؛ المجموع
٦١/٢، ٦٤؛ رؤوس المسائل الخلافية ٦١/١؛ كشاف القناع ١٤٧/١.

(١) رواه الطبراني في المعجم الكبير ٩ (٩٢٣٧)، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٦٥٨) بلفظ مختصر.
(٢) ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد (١٣٢٤) أن الطبراني رواه من حديث أبي أمامة، أن النبي ﷺ
دخل على صفية بنت عبد المطلب... الحديث.

(٣) رواه ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ ص ٧٤ (٦٦)، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٣١٧)
إلى أبي يعلى والبخاري، وقال: وفيه حسام بن مصك، وقد أجمعوا على ضعفه، ثم ذكر في موضع
آخر من المجمع (١٣٣٨) أن الطبراني رواه من حديث أم مبشر، ثم قال: وفيه محمد بن السكن،
ولم أجد من ذكره، وبقيّة رجاله ثقات.

(٤) رواه الترمذي في السنن (٧٩)، وابن ماجه (٤٨٥)، وروى ما بعده من إنكار ابن عباس.

(٥) وذكر النووي في الإجابة عن حديث (الوضوء مما مسته النار) بجوابين:

أحدهما: أنه منسوخ بحديث جابر رضي الله عنه قال: كان آخر الأمرين من رسول الله ﷺ ترك الوضوء مما
مست النار، وهو حديث صحيح رواه أبو داود والنسائي وغيرهما....

والجواب الثاني: أن المراد بالوضوء غسل الفم والكفين، ثم هذا الخلاف كان في الصدر الأول،
ثم أجمع العلماء بعد ذلك على أنه لا يجب الوضوء بأكل ما مسته النار والله أعلم. شرح النووي
على مسلم ٤٣/٤.

عباس وقال لأبي هريرة: «ألسنا نتوضأ بالحميم» وهذا المعنى صحيح؛ لأن ما مسته النار لو أبطل الطهارة، لم يقع به الطهارة، أعني الماء السخين.

ومعنى الخبر عندنا: فليغسل يده، كما روي أنه قال: «الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر، وبعده ينفي اللمم»^(١).

٦٥ - [فصل: مس المصحف للمحدث]

قال: ولا يمسُّ الذي على غير وضوء مصحفاً^(٢)، وذلك لما روي «أن النبي ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم: وأن لا يمس القرآن إلا طاهر»^(٣)؛ ولأنه يباشر القرآن بما يجب غسله، فصار كمس من بيده نجاسة، ولا يقال إن الصبيان في الكتاب يمسون القرآن مع الحدث؛ لأنهم غير مكلفين بالعبادات.

٦٦ - [فصل: مس المصحف بالغلاف]

ولا بأس بمسه بعلاقة، وذلك لأنَّ العِلاق ليس منه؛ بدلالة أنه لا يدخل في بيعه إلا بالشرط، فصار كمن حمل جوالقاً فيه مصحف، وعلى هذا قال أصحابنا: إن المحدث لا يمس الدراهم الذي عليها القرآن؛ لأنَّ حرمة المصحف إنما هي لما كتب فيه، وسواء كتب على الدراهم أو على غيرها فهو سواء^(٤).

(١) رواه الشهاب القضاعي في المسند (٣١٠)، وقال الذهبي في «ميزان الاعتدال» ٢٠٢/٤: إسناده مظلم.

(٢) «لا يجوز مس المصحف، ولا حمله للمحدث بالإجماع وقال الطحاوي: وقالوا جميعاً: لا بأس

بأن يحمل خُرجاً فيه مصحف». رحمة الأمة ص ٤٤؛ مختصر اختلاف العلماء ١٥٦/١ انظر:

المهذب ١٠٣/١؛ المدونة ١١٢/١؛ كشف القناع ١٥٣/١.

(٣) رواه مالك في الموطأ ٩٠/١ (٢٣٤) رواية الزهري، ورواه ابن حبان في صحيحه (٦٥٥٩)،

والحاكم (١٤٤٧).

(٤) راجع المراجع السابقة.

بَابُ مَا يُوجِبُ الْغُسْلُ

٦٧ - [موجبات الغُسل]

قال الشيخ رحمه الله تعالى: ويوجب الغسل: الجنابة وهي: الإنزال بأي وجه كان سببه، إذا خرج دفقاً تنقطع عنه الشهوة، ويفتر به الذكر؛ [وذلك] لأنَّ خروج المنى على هذه الصفة يوجب الجنابة، وقد قال الله تعالى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة: ٦]، وأما إذا خرج المنى من غير شهوة مثل: أن يضرب الرجل على ظهره فيسبق المنى، أو يصيبه سلس فيخرج المنى بغير اختياره، فلا غسل فيه عندنا، وعند الشافعي: يوجب الغسل^(١).

لنا: أنه خارج على غير وجه الدفق والشهوة، فلم يوجب خروجه جنابة كالمذي؛ ولأن هذا الخارج يخرج على صفتين أعلى وأدنى، فأعلاه: ما خرج على وجه الدفق والشهوة وهو العام، وأدناه: ما كان على غير وجه الدفق والشهوة، وهو الذي لا يوجد إلا بسبب حادث، فلا يتعلق بالخارج [الأدنى] ما يتعلق [بالأعلى] كدم الحيض^(٢) والاستحاضة.

(١) ومذهب مالك وأحمد كمذهب الحنفية في الغسل، فإذا خرج بغير دفق فلا غسل، وعند الشافعي خروج المنى مطلقاً يوجب الغسل.

انظر: رحمة الأمة ص ٥٠؛ القوانين ص ٤٢؛ القدوري ص ٤٢؛ التفریح ١/١٩٧؛ المهذب ١/١١٦؛ الكشاف ١/١٥٨.

(٢) في الأصل (فلا يتعلق بالخارج الأعلى ما يتعلق بالأدنى) والمثبت من ب.

٦٨ - [فَصْلُ: الغسل من الاحتلام]

والمرأة والرجل في الاحتلام سواء، لحديث أم سُلَيْم «أنها كانت مجاورة لأم سلمة فكانت تدخل عليها، قالت: فدخل رسول الله ﷺ وأنا في بيتها فقلت: يا رسول الله ﷺ المرأة إذا رأت أن زوجها يجامعها في المنام تغتسل؟ فقالت أم سلمة: تربت يداك يا أم سُلَيْم فضحت النساء عند رسول الله ﷺ، فقالت أم سُلَيْم: إن الله لا يستحي من الحق؛ ولأن نساء رسول الله ﷺ عما يُشكل علينا في ديننا خير من أن نكون منه على عمى، فقال رسول الله ﷺ: بل أنت يا أم سلمة فقد تربت يداك، يا أم سُلَيْم عليها الغُسل إذا وجدت الماء»^(١).

٦٩ - [فَصْلُ: الغسل بالإيلاج]

قال: والإيلاج في أحد السبيلين من الإنسان، يستوي في ذلك الفاعل والمفعول به، إذا توارت الحشفة، والأصل في الغسل^(٢) [من الوطاء] بغير إنزال خلاف ما قاله قوم: إن الغسل لا يجب إلا بالإنزال.

لنا: ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «إذا التقى الختانان وتوارت الحشفة، وجب الغسل، أنزل أو لم ينزل»، وقالت عائشة: فعلته أنا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا»^(٣).

(١) لم أجده بهذا السياق، وروي نحوه بألفاظ مختلفة كما في البخاري (١٣٠)، ومسلم ٢٥١/١ (٣٢)، والترمذي (١٢٢).

(٢) «أجمع العلماء على أن الرجل إذا جامع المرأة والتقى الختانان فقد وجب الغسل عليهما» رحمة الأمة ص ٥٠؛ القوانين ص ٤٢؛ رؤوس المسائل الخلافية ٦٣/١؛ المبسوط ٦٨/١.

(٣) هذا اللفظ لم أجده من رواية عائشة، وأخرجه أبو يوسف في الآثار ص ١٢ (٥٦)، من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعاً، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٤٤٨٩).

وروي أن عمر بلغه أن زيد بن ثابت يفتي: أن لا غسل فيه، فدعاه فقال: من أين لك ذلك؟ فقال: سمعت عمومتي من الأنصار يقولون: إنا كنا نقول على عهد رسول الله ﷺ (الماء من الماء) فدعاهم عمر وسألهم عن ذلك، فقالوا: هكذا كنا نقول، فأنفذ إلى زوجات النبي ﷺ فسألهن عن ذلك، فروين أن فيه الغسل، فقال للأنصار: أفهذا شيء سمعه رسول الله ﷺ منكم فرضيه من الحكم؟ قالوا: لا، فقال: فلا إذاً، ثم قال لزيد: يا عدو نفسك لئن عدت إلى هذا لأوجعنك ضرباً^(١).

وروي عن أبي بن كعب^(٢) أنه قال: كان ذلك رخصة في بدء الإسلام ثم أمرنا بالغسل؛ ولأنه يتعلق به الحد فيتعلق به الغسل كما لو أنزل، وهذا معنى قول علي رضي الله عنه: «كيف توجبون فيه الحد ولا توجبون فيه صاعاً من ماء»^(٣).

وأما الإيلاج في السبيل الآخر فيوجب الغسل؛ لأنه وطء مقصود كالوطء في الفرج، وهذا صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد؛ لأنهما سويان بين الوطئين في إيجاب الحد.

فأما على أصل أبي حنيفة فلا يجب الحد بالوطء في غير الفرج، ويجب الغسل؛ لأن الطهارة يعتبر فيها الاحتياط، والحد يسقط بالاحتياط.

وأما قول أبي الحسن: إذا توارت الحشفة، فهو صحيح، وقد ذكر محمد:

(١) لم أجد هذه القصة، أما جملة: الماء من الماء، فقد وردت من كلام النبي ﷺ، في قصة رواها أبو سعيد الخدري، وأخرجها مسلم في الصحيح ٢٦٩/١ (٨٠)، وأبو داود (٢١٩)، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ٨٠/١.

(٢) كما في سنن الترمذي (١١٠)، وصحيح ابن خزيمة (٢٢٥)، وصحيح ابن حبان (١١٧٣).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩٥٥).

إذا التقى الختانان وغابت الحشفة ، وكذلك ذكر الطحاوي^(١) ، وليس نحتاج إلى الجمع بين الأمرين ؛ لأنّ التقاء الختانيين لا يحصل إلا بعد تواري الحشفة ، ألا ترى أن موضع الختان من الرجل في آخر الحشفة ، فإذا انتهى إلى موضع ختان المرأة توارت الحشفة ، وإنما جمع بين ذكرهما على طريق التأكيد .

٧٠- [فصل: الغسل من الجماع]

قال محمد: في البكر إذا جومت فسبق الماء فحبلت ، فعليها الغسل ليس من (قَبِل)^(٢) الحبل ، ولكن لأنّ المرأة لا تحبل حتى تنزل ، وإنزال المرأة يتعلق به من الغسل ما يتعلق بإنزال الرجل ، بدليل ما روي أن أم سليم سألت النبي ﷺ: عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل ؟ فقال: «إذا كان منها ما يكون من الرجل فلتغتسل»^(٣) .

٧١- [فصل: الغسل من الحيض والنفاس]

قال: والحيض والنفاس يوجبان الغسل^(٤) .

وأما وجوب الغسل من الحيض : فلقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] ، فمنع الزوج من وطئها لأجل الاغتسال ، ولو لم يكن واجباً ، لم يمنعه من حق لأجله .

(١) انظر: كتاب الآثار لمحمد ص ٩ ، ١٠ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٠٥/٢ .

(٢) في ب (أجل) .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) «وأجمعوا أن الحيض يوجب الغسل ، وكذلك دم النفاس» الإفصاح ١/٨٤ ؛ رحمة الأمة ص ٦٢ ،

فأما النفاس فليس في النص دليل على وجوب الغسل منه، إلا أن الأمة أجمعت عليه، فإما أن يكونوا أجمعوا بنص ثم اكتفوا بالإجماع عن نقله؛ لأنه أكد منه، أو يكونوا قاسوه على دم الحيض بعلة أنه دم خارج من الرحم، والقياس يجوز أن ينعقد [عليه] ^(١) الإجماع.

٧٢- [فصل: أقل وأكثر مدة النفاس]

قال: والنفاس: الدم الخارج عقب الولادة، وليس لقليله حد، وأكثره أربعون يوماً، وهو بعد ذلك إن لم ينقطع استحاضةً، وذلك لأن النفاس قيل إنّه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم، وقيل: مأخوذ من خروج النفس: وهو الولد، وقيل: مأخوذ من خروج النفس، وهو الدم، فأى ذلك كان، فهو موجود عقيب الولادة، وإنما فرق أصحابنا بين قليل الحيض وبين قليل النفاس، فلم يقدرُوا لأقل النفاس مدة، وقدرُوا لأقل الحيض مدة؛ لأن النفاس معه علم ظاهر يدل على خروجه من الرحم، وهو تقدم الولد عليه، وليس مع الحيض علم يدل على خروجه من الرحم، فإذا امتد في الأيام صار امتداده ظاهراً.

والذي قال به أبو يوسف في مختصره: إن أقل النفاس عند أبي حنيفة خمسة وعشرون يوماً، ليس بتقديرٍ لأقل النفاس، وإنما قال ذلك في أقل ما تُصدق فيه النفساء المعتدة في انقضاء عدتها، وليس ذلك بتقديرٍ لأقل النفاس، وإنما هو لمعنى آخر يذكره في العدد.

والذي روي عن أبي يوسف في أقل النفاس: أحد عشر يوماً، فعلى هذه الطريقة إنّما قال ذلك فيما تصدق فيه النفساء؛ لأنه يقول: إن أقل النفاس في

(١) في الأصل (عند) والمثبت من ب.

العادة يزيد على أكثر الحيض ، وإلا فلا خلاف بين أصحابنا أن الدَّم إذا انقطع عن النفساء عقيب الولادة اغتسلت وصلت ، وقد دل على ذلك ما روي أن النبي ﷺ قال : «تقعد النفساء أربعين يوماً إلا أن ترى طهراً قبل ذلك»^(١) ، ولم يقدره .

وأما أكثر النفاس : فأربعون يوماً .

وقال الشافعي : ستون يوماً .

وقال مالك : سبعون يوماً^(٢) .

لنا : [حديث مُسَمَّاة] الأزديّة عن أم سلمة زوجة النبي ﷺ قالت : «كانت النفساء على عهد رسول الله ﷺ تجلس أربعين يوماً ، وكنا نظلي وجوهنا بالورس من الكلف»^(٣) ، وروت أم سلمة «أن النبي ﷺ وقّت للنفساء أربعين يوماً»^(٤) .

وروى حميد عن أنس قال : كان رسول الله ﷺ «وقّت للنفساء أربعين يوماً إلا أن ترى الطهر قبل ذلك»^(٥) .

(١) رواه ابن أبي حاتم في المجروحين ٢/٢٧٩ .

(٢) مذهب أحمد كمذهب أبي حنيفة ، وكذا مذهب الشافعي كمذهب مالك بأن أكثره ستون يوماً ، وقول «بحسب عادة النساء» ، ولم أجد قول (سبعون) إلا من قول الليث بن سعد ، ولم أعثر على ذلك من قول مالك .

انظر : الهداية ١/٣٣ ؛ المغني ١/٢٥٠ ؛ كشاف القناع ١/٢٥٢ ؛ المنهاج ص ٨ ؛ المدونة ١/٥٣ ؛ الخرشبي ١/٢١١ ؛ التفریح ١/٢٠٧ .

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٩) ؛ وابن ماجه (٦٤٨) ؛ والدارقطني (٨٦٢) ، والبيهقي في الكبرى ١/٣٤١ . وانظر نصب الراية ١/٢٠٤ .

(٤) لم أجد بهذا اللفظ .

(٥) أخرجه ابن ماجه (٦٤٩) ؛ والدارقطني (٨٥٢) ، وقال : لم يروه عن حميد غير سلام الطويل ، وهو ضعيف .

وروى مكحول عن أبي هريرة وأبي الدرداء رفعاه إلى النبي ﷺ قال: «تنتظر النفساء أربعين يوماً إلا أن ترى الطهر قبل ذلك»^(١) ، وإن لم تر الطهر فيما بعد أربعين يوماً ، فهي مستحاضة ، تصنع ما تصنع المستحاضة ؛ ولأن ما زاد على الأربعين مدة مختلف في كونها نفاساً ، كما زاد على الستين .

٧٣ - [فصل : أقل الحيض وأكثره]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: والحيض: هو الدم الخارج من الرحم تكون به المرأة بالغاً في ابتدائها به ، وتعتاده النساء في وقت بعد وقت .

والأصل في هذا: أن الحيض معروف في اللغة: وهو خروج الدم ، يقولون: حاضت الأرنب ، وحاضت السمرة إذا خرج منها الصمغ الأحمر .

وقالت فاطمة للنبي ﷺ: «إني أستحاض فلا أطهر الشهر والشهرين»^(٢) .

والحيض والاستحاضة في اللغة: عبارة عن معنى واحد ، ولهذا قالت فاطمة إني أستحاض فلا أطهر ؛ ولأن الاستحاضة استفعال من الحيض ، وإنما خصت الشريعة الاسم بدم دون دم ، إذا خرج من شخص دون شخص ، فجعلت الاستحاضة اسماً للدم الخارج من الفرج من غير الرحم .

فأما حدّ أبي الحسن للحيض فيكتفى في الحد قوله: الدم الذي تصير به المرأة بالغاً بابتدائها به ، ولا نحتاج إلى قوله: وتعتاده النساء في الوقت بعد الوقت ، وإنما ذكر ذلك لزيادة البيان .

(١) رواه ابن عدي في الكامل ٣٧٦/٦ ، ثم قال: وأحاديث العلاء عن مكحول ، عن الصحابة ، عن النبي ﷺ كلها غير محفوظة ، والعلاء: منكر الحديث .

(٢) لم أجد بهذا اللفظ ، وحديثها تقدم تخريجه .

قال: وأقله ثلاثة أيام، وقد ذكر أبو يوسف في الإملاء: إن أقل الحيض يومان وأكثر اليوم الثالث، وكذلك ذكره محمد في كتاب الصلاة.

وقال الشافعي: يوم وليلة^(١).

لنا: ما روي من حديث أبي أمامة أن النبي ﷺ قال: «أقل الحيض ثلاثة أيام، وأكثره عشرة أيام، وما زاد على ذلك فهو استحاضة»^(٢).

وقد روي في تقدير أقل الحيض ثلاثة أيام: عن عمر، وعلي، وابن عباس، وعمر بن العاص، وابن مسعود، وأنس.

وأما طريقة المقادير فلا تعلم إلا من طريق التوقيف، فإذا قاله الصحابي، فكأنه رواه عن رسول الله ﷺ؛ ولأن كل مدة جاز للمقيم أن يمسح فيها على الخفين، لم يقدر بها أقل الحيض، كبعض اليوم.

وجه الرواية الأخرى: أن الحائض لا يستمر دمها في جميع الأيام، فإذا انقطع قبل آخر اليوم الثالث بساعة، لم تعد بذلك الانقطاع.

وأما أكثر الحيض: فعشرة أيام، وقال الشافعي: خمسة عشر يوماً^(٣).

(١) ومذهب أحمد كمذهب الشافعي: أقله يوم وليلة، وقال مالك: «وليس لقليل الحيض حد، والدفعة من الدم حيض» التفرع ٢٠٥/١.

انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/١٦٥؛ رحمة الأمة ص ٦١؛ مختصر الطحاوي ص ٢٣؛ المبسوط ٣/١٤٧؛ المنهاج ص ٨؛ الكشف ١/٢٣٣.

(٢) رواه الطبراني في الكبير ٨ (٧٥٨٦) والأوسط (٥٩٩)، والدارقطني في السنن (٨٤٥ - ٨٤٦)، وقال: عبد الملك مجهول، والعلاء بن كثير: ضعيف الحديث، ومكحول: لم يسمع من أبي أمامة، وانظر نصب الراية ١/١٩١.

(٣) راجع المراجع السابقة.

لنا: حديث أبي أمامة ؛ ولأن ما زاد على عشرة أيام نادر في أكثر الحيض ، فلا يثبت حيضاً بالوجود ، كما زاد على خمسة عشر .

٧٤- [فصل: زيادة الحيض عن العشرة]

قال [أبو الحسن]: فإن زاد على عشرة أيام فهو استحاضة ، وذلك لأننا بينا أن الحيض لا يجوز أن يزيد على العشرة فما زاد عليها فليس بحيض ، والدم الخارج من الفرج: إما أن يكون حيضاً أو استحاضة ، ثم هو على وجهين: إن كانت المرأة ابتدأت بالدم فرأت أكثر من عشرة أيام ، فإن حيضها عشرة ، وما زاد استحاضة ، وكذلك في كل شهر .

وروي عن أبي يوسف أنه قال: ينقطع عنها الرجعة لثلاثة أيام ، وتقضي الصلاة والصوم ، ولا يطؤها الزوج حتى يمضي العشرة ، ولا يجوز لها أن تتزوج إلى ما بعد العشرة .

وقال إبراهيم النخعي: ترد إلى عادة نساءها .

وللشافعي قولان: أحدهما: أنها ترد إلى يوم وليلة ، والآخر إلى ستة أو إلى

سبعة^(١) .

(١) هذه إذا كانت مبتدأة غير مميزة للشافعي فيها قولان كما ذكر ، والأصح هو الثاني وهو نص الشافعي في البويطي والمزني . انظر المجموع ٤٠٧/٢ ، والمختار من مذهب أحمد كذلك: قال البهوتي: «وإن لم يكن متميزاً أو كان ولم يصلح ، قعدت من كل شهر غالب الحيض ستاً أو سبعمائة بالتحري» الكشاف ٢٣٧/١ ؛ وأشهر الروايتين عن مالك أن تمكث أكثر الحيض وهو عنده خمسة عشر يوماً . انظر: القدوري ص ٥٦ ؛ الإفصاح ٩٧/١ ؛ رحمة الأمة ص ٦٢ ؛ المدونة ٥٠/١ ؛ التفريع ٢٠٧/١ ، الفتاوى التاتارخانية ٢٥٣/١ .

لنا: أن ما دون العشرة ليس بعبادة لها، ولا ترد إليه لأجل الاستحاضة كاليومين .
وأما من اعتبر حيض نساءها فليس بصحيح ؛ لأنّ النساء يختلفن في عادة
الحيض بحسب قوة البدن وصحته ، فلا يتفق حيض الأختين ولا حيض الأم
والبنت ، وإذا لم يكن متفقاً لم يجز العود إليه .

وجه قول أبي يوسف: أن المعتبر في الحيض الاحتياط ، ومن الاحتياط أن
يؤخذ بأقل الحيض في الرجعة والصوم والصلاة ، وبأكثر الحيض في التزوج ،
وإباحة الوطء .

٧٥- [فصل: المستحاضة وعادتها]

وإن كانت المستحاضة لها أيام معتادة ردت إلى عادتها .

وقال الشافعي: يعتبر لون الدم ، فما دام على لون واحد فهو حيض ، فإذا
تغير فهو استحاضة .

وقال مالك: [تستظهر]^(١) المستحاضة بعد أيامها ثلاثة أيام ، ثم تغتسل
وتصلي^(٢) .

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «المستحاضة ترد إلى أيامها المعتادة»^(٣) .

(١) في ب (تنتظر) والمثبت من كتب المالكية .

(٢) ومذهب أحمد في المعتادة كمذهب الأحناف ، فقالوا: «إن استحاضت معتادة رجعت إلى عادتها»
الكشاف ٢٣٩/١ .

انظر: رحمة الأمة ص ٦٣ ؛ الفتاوى التاتارخانية ٢٥٣/١ ؛ المهذب ١٥١/١ ؛ المجموع ٤٠٧/٢ ؛
التفريع ٢٠٧/١ ؛ الخرشي ٢٠٤/١ ؛ رؤوس المسائل ١١٠/١ .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ .

وروي أن فاطمة قالت للنبي ﷺ: إني استحاض فلا أطهر، فقال لها: «ليس ذلك بحيض، وإنما هو داء عرض أو عرق انقطع، فإذا كان كذلك فانظري عدد الأيام والليالي اللاتي كنت ترين الدم فيها من كل شهر ثم اغتسلي، وصلّي»^(١)، ولأنه دم خارج من الرحم، فلا يتميز باللون كدم النفاس.

والذي قاله مالك مخالف للخبر؛ ولأن الاحتياط يعتبر في فعل الصلاة والصوم، لا في إسقاطهما.

٧٦- [فصل: الاختلاف في عادة المستحاضة]

فإن كانت المستحاضة ترى الدم مرة ستاً ومرة سبعاً، فإذا مضت الست، اغتسلت وصلت وصامت، ولم يطأها زوجها، وانقطعت الرجعة عنها، فإذا مضى اليوم السابع، اغتسلت غسلًا ثانيًا، وجاز لزوجها وطؤها، وقضت الصوم في اليوم السابع؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون حيضها إحدى العادتين، فأخذ لها بالاحتياط.

٧٧- [فصل]

فإن زاد الدم على عاداتها حتى تمت العشر وانقطع، فهو كله حيض؛ لأنها لم تصر مستحاضة، والحائض تارة يزيد دمها وينقص تارة، فإذا اعتد بنقصانه، فكذلك بزيادته^(٢).

٧٨- [فصل: في حيض الحامل]

وقد قال أصحابنا: إن الحامل إذا رأت الدم في أيامها فليس بحيض.

(١) لم أجده بهذا السياق، وأصل حديث فاطمة تقدم تخريجه.

(٢) انظر: المبسوط، ١٧٩/٣.

وقال الشافعي: هو حيض^(١).

لنا: قوله ﷺ في سبأيا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة»^(٢)، فجعل الحيض علماً في نفي الحبل، فدلّ على أنه لا يجتمع معه؛ ولأنه دم لا يمنع إيقاع الطلاق بحال، فلم يكن حيضاً، كدم الاستحاضة.

وقالوا في الدم الذي تراه المرأة حال الطلق: إنّه دم استحاضة، لا يمنع الصلاة والصوم؛ لأنه حصل مع وجود الحبل.

فأما إذا خرج أكثر الولد فقد روى خلف بن أيوب عن أبي يوسف: أن ما تراه من الدم حينئذ نفاس، قال: وكذا لو انقطع الولد فخرج منها عضواً عضواً، فإذا خرج أكثره فما تراه نفاس؛ لأنّ خروج أكثر الولد كخروجه جميعه، ألا ترى أنّ ما بقي منه لا يمنع خروج الدم.

٧٩- [فصل: الحائض تصلي]

والحائض لا تصلي؛ لأنّ الحدث موجود، ووجود الحدث يمنع من فعل الصلاة، ولا تصوم^(٣).

لما روي عن عائشة قالت: «كن النساء على عهد رسول الله ﷺ تقضي

(١) مذهب أحمد كمذهب أبي حنيفة بأن الحامل لا تحيض، وقال مالك: تحيض، والصحيح من قولي الشافعي - وهو المذهب - بأنها لا تحيض.

انظر: الأصل ١/٣٤٠؛ البدائع ١/١٧٥؛ المدونة ١/٥٤؛ حاشية الخرشي ١/٢٠٥؛ المنهاج ص ٨؛ المجموع ٢/٣٩٥؛ رحمة الأمة ص ٦٢؛ المغني ١/٢٦١؛ رؤوس المسائل الخلافية ١/١١٧.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٣٣: روي من حديث الخدري، ومن حديث رويغ، ومن حديث علي. ثم أخرج أحاديثهم.

(٣) الإجماع لابن المنذر ص ٣٧.

الصَّوْمَ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ»^(١)، فدلَّ على أن الحيض يمنع الصوم، ولا يأتيها زوجها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢].

٨٠- [فصل: قراءة الجنب والحائض القرآن]

ولا تقرأ القرآن، وقال مالك: يجوز أن تقرأ القرآن^(٢).

لنا: حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئاً من القرآن»^(٣)؛ ولأنه غسل واجب فيه جميع البدن، كغسل الجنابة.

وأما الجنب فلا يقرأ القرآن، وقال نفاة القياس: يقرأ القرآن^(٤).

لنا: حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئاً من القرآن»؛ ولأنه يباشر القرآن بعضو وجب غسله، فلا يجوز، كما لو مسه بنجاسة؛ ولأن في حال الوطئ لا يقرأ، وهو يؤدي إلى الجنابة، فكذلك حال الجنابة.

وقد ذكر الطحاوي رحمه الله تعالى: أن الجنب والحائض لا يقرآن الآية التامة^(٥).

(١) أخرج نحوه: مسلم ٢٦٥/١ (٦٩)، والنسائي (٢٣١٨)، وروى معناه بقية الأئمة الستة، وانظر نصب الراية ١٩٢/١.

(٢) الحائض لا تقرأ القرآن مثل الجنب عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد، واختلف عن مالك في قراءة الحائض ظاهراً، فالمذهب إباحتها، وفي المختصر: «ومس مصحف لا قراءة» انظر حاشية الخرشبي ٢٠٩/١؛ رحمة الأمة ص ٦٢؛ القدوري ص ٥٥؛ المنهاج ص ٨؛ الكشاف ٢٢٦/١.

(٣) أخرجه الترمذي (١٣١)، وابن ماجه (٥٩٦).

(٤) وهذا مذهب داود الظاهري. كما في رحمة الأمة ص ٦٢.

(٥) شرح معاني الآثار للطحاوي ٩٠/١.

وكان أصحابنا يقولون: الآية وما دونها في تحريم القراءة سواء ، وإنما يجوز أن يقرأ ما دون الآية ؛ لأنه لا يقصد به القرآن^(١) ، مثل من قال: بسم الله ، يقصد به ذكره تعالى ، ولا يريد أن يقرأ الآية ، وكن قال: الحمد لله ، يقصد به الشكر ، ولا يقصد به [ابتداء الفاتحة]^(٢) .

وقد روى عمرو عن محمد أنه قال: أكره للجنب أن يقول: الحمد لله ، ويريد بذلك القرآن ، وإن قالها لا يريد به القرآن ، فلا بأس به ، وإنما يعني بقراءة الحمد ابتداء الفاتحة^(٣) .

والدليل على أن ما دون الآية لا يجوز ؛ [للجنب القراءة إذا قصد القرآن] ؛ لأن المنع لحرمة القرآن ، وذلك يستوي فيه القليل والكثير .

قال أصحابنا: لا يجوز للواحد والاثنين أن يسافرا بالقرآن إلى أرض الحرب ، ويجوز بالآية والآيتين ؛ لأن المنع من السفر مخافة أن تناله أيديهم باستخفاف ، وهم إنما يقصدون المصحف ، ولا يقصدون ما دونه .

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف قال: لا يقرأ جنب ولا حائض ، ولا يقرأ في المخرج ، ولا المغتسل ، ولا الحمام ، وهو قول أبي حنيفة .

وقال محمد: اقرأ في الحمام إن شئت^(٤) .

(١) في ب (إذا كانا لا يقصدان القرآن) .

(٢) في الأصل (القراءة) والمثبت من ب .

(٣) انظر: المبسوط ١٥٢/٣ ؛ التاتارخانية ٢٤٩/١ وما بعدها .

(٤) الحمام: (ما يغتسل فيه) مكان معد للاغتسال ، ويتوافر فيه المياه الحارة والبخار والمنظفات المزالة للأدران مع العمال معاونين للاغتسال ، وليس الحمام - كما يظن البعض - أماكن قضاء الحاجة (دورات المياه) ، ففي هذه الأماكن لا يصح قراءة القرآن الكريم ؛ لأنها أماكن القاذورات =

وإنما منع من القراءة في هذه المواضع تنزيها للقرآن عن أماكن النجاسات ،
والذي قاله محمد ؛ فلأن الحمّام أكثر ما فيه أنّه معد للغسل ، وليس بموضع
للنجاسة ، فهو كالبيوت .

وقال أبو يوسف: لا يترك الكافر يمس مصحفاً .

وقال محمد: إن اغتسل فلا بأس ؛ لأنّ [المانع] من مَسّ الكافر المصحف
الحدث الذي هو عليه في الغالب ، فإذا اغتسل زال الحدث .

وقال أبو يوسف: لا بأس بأن يكتب الجنب القرآن إذا كانت الصحيفة في
الأرض ؛ لأنه ليس بحامل للمصحف ، وإنما يكتب حرفاً [حرفاً] ، والحرف
بانفراده ليس بقرآن .

وقال محمد: أحبّ إليّ ألا يكتب ؛ لأنه في حكم المماس للحروف .

٨١- [فصل: طواف الحائض]

ولا تطوف الحائض بالبيت بحجّة ولا عمرة .

لأنّ النبي ﷺ قال لعائشة لما حاضت: «ارفضي عنك العمرة ، وافعلي ما
يفعله الحاج غير أنك لا تطوفي بالبيت»^(١) ولأن الطهارة واجبة في الطواف عند
أكثر الناس وإن لم يكن فرضاً ، فلم يجز أن تطوف مع فقد الطهارة .



= والنجاسات وهو ما يعرف (بالحُشّ) .

(١) لم أجده بهذا اللفظ ، وأخرج البخاري (١٦٥٠) ؛ ومسلم ٨٧٣/٢ (١١٩) ، أن النبي ﷺ قال لها:
«افعلي كما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري» .

٨٢- [فَصْلُ: الغسل من الحيض]

وإذا انقطع دم الحائض وجب عليها الغسل لرؤية الدم؛ لأن الدم إذا حصل نقض الطهارة الكبرى، ولم يجب الغسل مع سَيِّلان الدم؛ لأنه ينافيه، فإذا انقطع أمكن الغسل، فوجب لأجل ذلك الحدث السابق، فأما الانقطاع فهو طهارة، فلا يوجب الطهارة.

٨٣- [فَصْلُ: في نوم الجنب]

ولا بأس للجنب أن ينام، ويعاود أهله قبل أن يتوضأ.

أما فعل الوضوء فلَمَّا روث عائشة «أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن ينام وهو جنب توضأ وضوءه للصلاة»^(١).

وعن عمر قال: يا رسول الله أينام أحدنا وهو جنب؟! قال: «نعم، ويتوضأ وضوءه للصلاة»^(٢).

وأما جواز تركه فروى الأسود عن عائشة «أن النبي ﷺ نام وهو جنب من غير أن يمس ماء»^(٣)؛ ولأن الوضوء يفعل لأداء قربة أو عبادة، وليس في النوم واحد من الأمرين.

٨٤- [فَصْلُ: الجنب إذا أراد الأكل]

قال: فإذا أراد أن يأكل، فينبغي أن يتمضمض، ويغسل يديه لحديث ابن

(١) أخرجه البخاري (٢٨٨)، ومسلم ٢٤٨/١ (٢١)، وأبو داود (٢٢٤)، والنسائي (٢٥٨)، وابن ماجه (٥٨٤).

(٢) أخرجه البخاري (٢٨٩)، والترمذي (١٢٠)، والنسائي (٢٥٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٣٠).

عباس «أن النبي ﷺ رخص للجنب إذا أراد أن يأكل أن يتوضأ»^(١)؛ ولأن يد الجنب لا تخلو من نجاسة، فإذا أكل أو شرب الماء فصار الماء مستعملاً [فيؤدي إلى أن يكون شرب ماء نجساً على مذهب أبي يوسف]^(٢).



(١) عزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٤٦٩)، إلى الطبراني، وقال: فيه يوسف بن خالد السمطي، ونقل عن ابن معين قوله فيه: كذاب، خبيث، عدو الله.
والحديث أخرجه أبو داود (٢٢٧)، والترمذي (٦١٣) من حديث عمار بن ياسر، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح».
(٢) راجع المراجع السابقة في الباب.

بَابُ الماء الذي لا يجوز الوضوء به

٨٥ - [الماء المطلق]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: كل ماء لم يخالطه نجاسة، ولم يغلب عليه غيره حتى يزيل [عنه] اسم الماء، فالوضوء به جائز، عذبا كان أو ملحاً، جارياً كان أو راكداً، في بحر كان أو غيره.

قال رحمه الله تعالى: والأصل في جواز الطهارة^(١) بالماء قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: ٤٨] وقال: ﴿لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ﴾ [الأنفال: ١١]. وقوله ﷺ: «خلق الماء طهوراً لا ينجسه شيء إلا ما غير طعمه أو لونه أو ريحه»^(٢).

وإنما استوى العذب والملح؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن البحر فقال: «هو الطهور ماؤه، والحل ميته»^(٣).

وأما الراكد والجاري؛ فلأن النبي ﷺ سئل عن الماء يكون في الفلاة،

(١) في ب (في وقوف الطهارة).

(٢) قال ابن حجر في التلخيص الحبير ١/١٥١: «لم أجده هكذا» وإنما هو بلفظ: «إن الماء طهور لا ينجسه شيء»، أخرجه أبو داود (٦٨)؛ والترمذي (٦٦)؛ والنسائي (٣٢٦)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ١/٢٢ (١٢)؛ وأبو داود (٨٤)؛ والترمذي (٦٩) وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي (٥٩)؛ وابن ماجه (٣٨٦).

يَرِدُهُ السَّبَاعُ وَالدُّوَابُّ ، فَقَالَ : «لَهَا مَا أَخَذَتْ فِي بَطُونِهَا ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَنَا شَرَابٌ وَطَهُورٌ»^(١) ، «وَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَتَوَضَّأُ مِنْ آبَارِ الْمَدِينَةِ» .

٨٦ - [فَصْلٌ : مَخَالَطَةُ النَّجَاسَةِ الْمَاءِ]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا خالطته نجاسة إلى آخر الفصل .

قال: فأما إذا خالطت النجاسة الماء ، فالذي كان يقصده أبو الحسن: أن كل ما تيقنًا وقوع النجاسة فيه^(٢) ، أو غلب على ظننا ، فإنه لا يجوز الوضوء به ، قليلاً كان الماء أو كثيراً ، جارياً أو راكداً .

والذي قاله أصحابنا في الغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الآخر [أنه لا ينجس] ، فإنما قالوا كذلك ؛ لأنَّ النجاسة إذا حصلت في أحد طرفيه لم تصل إلى الآخر .

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال - في الغدير العظيم والماء الجاري - : أنه لا ينجس إلا بظهور النجاسة^(٣) .

(١) أخرجه ابن ماجه (٥١٩) من رواية أبي سعيد الخدري ، وأخرجه الدارقطني في السنن (٥٦) من رواية أبي هريرة .

(٢) في ب (ما تيقنًا فيه حصول جزء من النجاسة) .

(٣) ذكر في كتب الحنفية تقديرات مختلفة: ففي العمق: قدر شبر ، «والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف ، وهو الصحيح» كما في الهداية ، وذكر في الطول والعرض: ثمان في ثمان ، وفي رواية: عشراً في عشر ، وعليه الفتوى ، ويقصد بالعدد: الذراع ، وهو بذراع العامة ، ما يساوي ٤٦٥٢ سم .

انظر: الهداية ١/١٩ ؛ ابن الرفعة ، الإيضاح والبيان في معرفة المكيال والميزان ص ٧٧ . وقال الكمال بن الهمام: «وقال أبو حنيفة في ظاهر الرواية: يعتبر فيه أكبر رأي المبتلى إن غلب على ظنه أنه بحيث تصل النجاسة إلى الجانب الآخر لا يجوز الوضوء ، وإلا جاز ، وعنه: اعتباره =

وقال مالك: إذا اختلطت النجاسة بالماء، جاز الوضوء به، إلا أن يتغير أحد أوصافه.

وقال الشافعي فيما دون القلتين^(١) مثل قولنا [وفي القلتين] وما زاد عليها، فهو مثل قول مالك^(٢).

لنا: قوله ﷺ: «إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً»^(٣) فاحتاط من نجاسة لا يشاهدها الإنسان، وذلك [لأنه]^(٤) يجوز أن يغير الماء، فلو كان لا ينجس به لم يكن للاحتياط معنى.

= بالتحريك. ثم قال: والأول أصح عند جماعة... وهو الأليق بأصل أبي حنيفة، أعني: عدم التحكم بتقدير فيما لم يرد فيه تقدير شرعي، والتفويض فيه إلى رأي المبتلى، بناء على عدم صحة ثبوت تقديره شرعاً» فتح القدير ١/٧٧.

(١) القلّة: إناء العرب، كالجرة الكبيرة شبه الحب - بالضم - والجمع: قلال مثل برمة وبرام، قال الأزهري: ورأيت القلة من قلال الأحساء تسع ملء مزادة، والمزادة: شطر الرواية، وإنما سميت قلة؛ لأن الرجل القوي يُقلها، أي يحملها، وعن ابن جريج قال: أخبرني من رأى قلال هجر أن القلة تسع فرقاً، قال عبد الرزاق: والفرق يسع أربعة أصواع بصاع النبي ﷺ، والقلتان تقدران بحوالي (٣٠٧) لترات. انظر: تحفة الفقهاء ١/١٠٧؛ المصباح (قلل)؛ الإيضاح والتبيان مع تعليقات المحقق د. الخاروف ص ٧٩.

والقلتان: خمسمائة رطل بالبغدادي؛ لأنه روي في الخبر (بقلال هجر) قال ابن جريج: «رأيت قلال هجر، فرأيت القلة منها تسع: قربتين وشيئاً، فجعل الشافعي رحمه الله تعالى الشيء نصفاً احتياطاً» وقرب الحجاز كبار تسع كل قرية: مائة رطل، فصار الجميع: خمسمائة رطل. انظر: المهذب ١/١٣؛ المنهاج ص ٣.

(٢) والخلاف هذا في الماء الراكد إذا وقعت فيه نجاسة، ومذهب أحمد كمذهب الشافعي، ولا حد للكثرة في مذهب المالكية، فلم يحدوا لها حداً مقدراً.

انظر: الإيضاح ١/٥٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ١/١١٥؛ الهداية ١/١٩؛ الفتاوى التاتارخانية ١/١٢٣ وما بعدها؛ المنهاج ص ٤؛ الشرح الصغير ١/٣١؛ القوانين ص ٤٤؛ شرح المنتهى ١/١٨.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في الأصل (لا) والمثبت ما يقتضيه السياق.

وروي أنه قال: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه وليغسله سبعاً»^(١) ولم يفصل بين إراقة قلتين وما زاد عليهما؛ ولأنه لا يتوصل إلى [استعمال] الماء إلا مع النجاسة، فصار كما لو ظهرت، ولأن النجاسة تؤثر في الماء والثوب، فإذا استوى في الثوب ما طهر وما لم يطهر، فكذا في الماء.

وأما ما روي أن النبي ﷺ قيل له إنك تتوضأ من بئر بضاعة، وهي بئر يلقى فيها الجيف، ومحائض النساء، فقال ﷺ: «خلق الماء طهوراً لم ينجسه شيء»^(٢)، فهذا خبر لم يتفق على استعماله، وما ذكرناه من الأخبار اتفق الأمة على استعمالها، فكانت أولى؛ ولأن النبي ﷺ لا يجوز أن يتوضأ من بئر يلقى فيها الجيف مع علمنا بنزاهته، وإيثاره الرائحة الطيبة وكرهته للخبث، وإنما هذه [البئر] كان يصنع بها ما ذكر في الجاهلية، فسألوه عن حكمها بعد الإسلام؟ فبين لهم أنه إذا لم يكن للنجاسة أثر، لم يعتد بنجاستها من قبل تبين ذلك.

إن الذي استقر في الشريعة الأمر بحراسة الماء من النجاسات، ولهذا قال ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم»^(٣) فكيف يلقون النجاسة فيما يتوضئون منه!، فعلم أن هذا كان من أفعال الجاهلية، فشك المسلمون [في حال البئر بعد انقطاع ما يلقى فيها].

وأما ما تعلق به الشافعي [من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً»^(٤) فخير ضعيف عند أصحاب الحديث، وهو مدني

(١) أخرجه مسلم ٢٣٤/١ (٨٩)، والنسائي (٦٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٩)؛ ومسلم ٢٣٥/١ (٩٥)، وانظر نصب الراية ١/١١٢.

(٤) أبو داود (٦٥)، والترمذي (٦٧)، والنسائي (٥٢)، وابن ماجه (٥١٧)، وانظر نصب الراية ١/١٠٤.

ولم يروه أهل المدينة ، ولا عمل عليه مالك .

وقال الشافعي^(١) : بلغني عن النبي ﷺ بإسناد لم يحضرني ، فقال أئمة الحديث : ما حضره ولا يحضره أبداً ، ومثل هذا الخبر لا يرجع إليه في حكم يخالف الأصول .

٨٧ - [فصل : الاعتبار بغالب الظن]

قال : وقد حكينا عن أبي الحسن في تحصيل المذهب أنه قال : كل ما تيقنا فيه جزءاً من النجاسة [أو غلب على ظننا لم يجز استعماله ، وكان شيخنا أبو عبد الله يقول : كل ما تيقنا فيه] .

فأما ما غلب على ظننا فلا نعتبره ؛ وذلك لأن الماء طاهر بتيقن ، فلا يرتفع حكم طهارته [إلا] بتيقن ، والصحيح ما قاله أبو الحسن ؛ لأنهم قد قالوا في الغدير العظيم إذا وقعت النجاسة في أحد جانبيه ، وغلب على الظن أنها لم تصل إلى الجانب الآخر ، جاز الوضوء به ، وإن غلب على الظن أنها وصلت لم يجز الوضوء ، فقد منعوا بغالب الظن ، وقالوا فيمن أخبره رجل بنجاسة الماء ، أنه لا يتوضأ به ، وإن كان خبره [لا] يوجب الظن ولا يوجب اليقين .

٨٨ - [فصل : الاعتبار في التحرك]

فأما ما قالوا في الغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الآخر ، فقد روي عنهم : أن المعتبر في التحرك أن المغتسل إذا اغتسل من أحد جانبيه ، فلم يضطرب الجانب الآخر باغتساله ، جاز الوضوء من الجانب الآخر .

(١) في مسنده ص ١٦٥ .

وروي عنهم أن المعتبر التحريك الذي يحصل بتوضئ المتوضئ .

وقد روي عن محمد أنه سئل عن ذلك ، فقال : إذا كان مثل مسجدي هذا ، فذرع فكان عشراً في عشر ، والمعتبر في ذلك ليس بالمقادير ، وإنما هو بما يغلب على الظن في وصول النجاسة .

وجه قول أبي يوسف : في أن الغدير العظيم والماء الجاري لا ينجس إلا بظهور النجاسة ، أن الضرورة تقتضي العفو عن ذلك ، وإلا حكم بنجاسة البحر إذا وقعت فيه نجاسة ، وهذا لا يصح .

٨٩ - [فصل : اختلاط الطاهر بالماء]

وأما الطاهرات إذا اختلطت بالماء ، فإما أن يتغير بها أو لا يتغير ، فإن لم يتغير جاز الوضوء به بالاتفاق ؛ لأنه بقي على الإطلاق^(١) كما قبل الاختلاط ، وأما إذا تغير فقد قال أصحابنا : إنه على وجهين : فإن طبخ بها حتى تغير ، لم يجز الوضوء به ، مثل ماء الباقلاء ، والمرقة ، إلا أن يطبخ بما يقصد به المبالغة في النظافة مثل الأسنان والصابون فيجوز الوضوء به وإن لم يغيّر ما لم يضر به ، كالسويق المخوض ، فأما إذا تغير من غير طبخ جاز الوضوء به ، ما لم يغلب على الماء .

قال أبو يوسف : يجوز الوضوء بماء الزردج فإن غلب على الماء حتى صار [شيئاً سبخاً]^(٢) لم يجز الوضوء به .

وقال الشافعي : إذا تغير أحد أوصاف الماء لم يجز التوضؤ به إلا في الطين

(١) في ب (لأنه على حاله فصار كما قبل الاختلاط) .

(٢) في الأصل (ب) غير مقروءة (نشاستجا) هكذا ، ولعلها كما أثبت .

والجص والنورة والنفط والكبريت^(١).

لنا: أن مخالطة الطاهرات لا يمنع الوضوء بالماء، فجاز الوضوء به مع تغير أوصافه كالطين والنفط.

٩٠ - [فصل: الوضوء بالماء المستعمل]

قالوا: ولا يجوز الوضوء بالماء المستعمل.

وقال مالك: يجوز الوضوء به^(٢).

لنا: قوله ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة»^(٣). والنهي عن الاغتسال يدل على الفساد؛ ولأن الفقهاء اختلفوا فيمن معه من الماء ما لا يكفي للوضوء [هل] يستعمله أم لا؟ ولم يقل أحد منهم أنه يستعمله في كل أعضائه، فلو جاز الوضوء بالماء المستعمل لنقلوه من عضو إلى عضو؛ ولأنه لما زال به [المانع] عن فعل الصلاة، فلم يجز الوضوء به، كالماء الذي غسل به النجاسة (إذا تغير).

٩١ - [فصل: حكم الماء المستعمل]

وروى محمد عن أبي حنيفة: أن الماء المستعمل طاهر غير مطهر للأحداث.

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٢٩.

(٢) ونقل مذهب مالك في استعمال الماء المستعمل خليل «وكره ماء مستعمل في حدث وفي غيره تردد» للمتأخرين في النقل. المختصر ص ١٠، الخرشي ٧٥/١؛ ومذهب الشافعي على الصحيح وأحمد أن المستعمل في طهارة الحدث، طاهر ليس بطهور. انظر: القدوري ص ٤٥؛ المهذب ٤٩/١؛ المنتهى ١٥/١؛ رؤوس المسائل الخلافية ٨٦/١.

(٣) تقدم تخريجه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه نجس، فإن أصاب الثوب منه أكثر من قدر الدرهم، لم تجز الصلاة [فيه].

وروى هشام عن أبي يوسف: أنه يفسد الثوب إذا كان كثيراً فاحشاً.

وروى المعلى عن أبي يوسف: أن المحدث إذا توضأ فالماء نجس، وإن توضأ الطاهر لم ينجس.

وجه رواية محمد، وهي الصحيحة «أن النبي ﷺ إذا توضأ بادر أصحابه إلى وضوئه، فمسحوا به وجوههم» فإذا كان نجساً لمنعهم منه.

وروي أنه أعطى فضل وضوءه لوفد فقالوا: إن الطريق بعيد، فقال: «زيدوا فيه ماء؛ فإنه لا يزيد إلا طيباً»^(١)؛ ولأنه ماء طاهر لا قى محلاً طاهراً، كما لو غُسل به ثوب طاهر.

وجه رواية الحسن: أنه ما زال به [المانع] عن فعل الصلاة، كالماء الذي غسل به من النجاسة.

وأما رواية المعلى: فاعتبر فيها أن ما زال به الحدث، حُكم بنجاسته، وما لم يزل به الحدث، لم يتغير عن حاله.

وإنما اعتبر أبو يوسف الكثير الفاحش؛ لأن من أصله: أن ما اختلف في نجاسته خفف حكمه، كالأرواث.

والذي رواه الحسن من التقدير بأكثر من قدر الدرهم، بعيد؛ لأن الماء

(١) رواه النسائي في سننه (٧٠١)، وابن حبان في صحيحه (١١٢٣)، وانظر كلام الزيلعي عليه في نصب الراية، ٦١/١.

المستعمل لا يمكن حفظ الثياب منه^(١).

٩٢ - [فصل: الماء المستعمل في الوضوء]

قال أصحابنا: إذا توضأ المتوضئ، فالماء مستعمل.

وقال الشافعي: لا يكون مستعملاً.

لنا: أن استعمال الماء فيه قربة، بدليل قوله ﷺ: «الوضوء على الوضوء نور على نور»^(٢)، وإذا كان فيه قربة، صار كما لو زال به الحدث.

٩٣ - [فصل: صيرورة الماء مستعملاً]

قال: كان أبو بكر الرازي يقول: إن من أصل أبي يوسف: أن الماء يصير مستعملاً بأحد شرطين: إما أن يستعمله على وجه القربة، أو يرفع به الحدث.

وفي أصل محمد: أنه لا يصير مستعملاً إلا أن يستعمله على وجه القربة.

ولم يكن يروي ذلك عنهما، وإنما كان يقول استدلالاً بمسألة في كتاب الصلاة، وهي: أن الجنب إذا نزل بئراً يطلب دلواً، قال أبو يوسف: الماء بحاله والرجل بحاله، وقال محمد: الماء طاهر والرجل طاهر، كما قال أبو بكر.

وجه قول أبي يوسف: أن الحدث زال بالماء، فصار كما لو استعمل على وجه القربة.

وجه قول محمد: أن الجنب إذا أدخل يده في الإناء يغترف منه، طهرت

(١) انظر بالتفصيل: المبسوط ٤٦/١، ٤٧.

(٢) تقدم الكلام عليه.

ولم يصير الماء مستعملاً؛ لأنه لم يستعمله على طريق القربة؛ فإذا ثبت هذا الأصل، قال أبو يوسف - في مسألة البئر -: إن حكمت بطهارة الرجل حكمت باستعمال الماء، ولو حكمت باستعمال الماء بطلت طهارته؛ لأنه يصير مستعملاً بأول جزء يلاقيه من الماء، فيغتسل بعد ذلك بماء مستعمل، فلا يجوز، وإذا لم تجز الطهارة لم يصير الماء مستعملاً.

وقال محمد: لما لم ينزل للاغتسال لم يكن متقرباً بالاستعمال، فصار طاهراً وبقي الماء بحاله.

وكان شيخنا أبو عبد الله ينكر هذا الخلاف، وقال: لا خلاف بين أصحابنا أن إزالة الحدث توجب استعمال الماء؛ لأنه حصل المقصود بالاستعمال، [فصار] كما لو قصد القربة، قال: ولا ضرورة بنا إلى إثبات خلاف بغير رواية، وما قالوه في الجنب يدخل يده في الإناء، فإنما ذلك للضرورة، لا لعدم قصد القربة، ألا ترى أنه لو أدخل رجله في الإناء صار مستعملاً؛ لأنه لا ضرورة [به] إلى ذلك.

قالوا: لو أدخل رجله في البئر يطلب دلواً، لم يصير مستعملاً؛ لأن الضرورة تدعو إلى ذلك، فصار كإدخال اليد في الإناء.

وقالوا: لو أدخل رأسه في الماء، يصير مستعملاً؛ لأنه لا حاجة به إليه.

وأما مسألة البئر فلها وجه يخصها، وهو: أن أبا يوسف قال: لو صار الماء مستعملاً، لم يجز به الغسل، وإذا لم يجز الغسل لم يرتفع به الحدث، فيبقى الماء بحاله.

وقال محمد: نزول الجنب إلى البئر ليطلب الدلو موضع للضرورة، ألا ترى

أن الناس يشق عليهم إذا حملوا غَوَاصاً أن يكلفوه الاغتسال قبل النزول ، فصار ذلك كإدخال اليد في الإناء^(١) .

٩٤ - [فَصْلُ: الوضوء في المسجد]

قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف: يكره الوضوء في المسجد ، قال أبو يوسف: إلا أن يكون موضعاً قد أعدّ لذلك .

قال محمد: إذا لم يكن عليه قدر فلا بأس .

أما أبو حنيفة فيقول: الماء المستعمل مستقذر في العادة ؛ ولهذا قالوا يكره شربه ، والمسجد يجنب مما يستقذر كما يجنب النخامة .

فأما أبو يوسف: فمن أصله أنه نجس ، [والنجاسات] لا يجوز إلقاؤها في المسجد .

وأما محمد: فمن أصله أنه طاهر ، فإذا لم يكن على بدنه نجاسة ، صار كاللبن .

٩٥ - [فَصْلُ: التبرّد بالماء]

وقد ذكر الطحاوي في مختصره: أن من تبرّد بالماء صار الماء مستعملاً ، وأنكر ذلك أبو بكر الرازي في الشرح ، قال: إن [المتبرّد] لم يرفع به حدث ولا استعمله على وجه القرية ، ويجب أن يحمل قول الطحاوي على المُحْدِثِ إذا تبرّد ، فيصير الماء مستعملاً بزوال الحدث به^(٢) .

(١) انظر بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ١/٢٢٧ - ٢٦٦ .

(٢) وقال أبو بكر الرازي: «قوله في التبرّد بالماء أنه يوجب للماء حكم الاستعمال ، لا أعلمه مذهب أصحابنا». شرح مختصر الطحاوي ١/٢٢٩ .

بَابُ الأواني والآبار



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وما كان من هذه المياه في الأواني، فوَقعت فيها نجاسة مائعة، فهو نجس، يراق ويغسل الإناء ثلاثاً ما صغر من الإناء وما كبر، غلب على لون الماء وطعمه وريحه، أو لم يغلب.

٩٦ - [تطهير الإناء]

قال رحمه الله تعالى: الأصل في ذلك أن مخالطة النجاسة للماء ينجسه وإن لم يتغير أحد أوصافه، فأما الإراقة فإنما ذكرها ليتبين تطهير الإناء؛ وذلك لا يمكن مع بقاء الماء النجس، فأما وجوب الإراقة زوال عينها، وإن لم تكن مرئية فطهارته موقوفة على الإراقة، وهي على وجهين: إن تغيرت أوصاف الماء بالنجاسة، لم يجز الانتفاع به؛ لأنها غلبت عليه، فصار كعين النجاسة، وأما إذا لم يتغير الماء، فيجوز الانتفاع به في غير الأبدان، مثل بلّ الطين، وسقي الدواب؛ لأنّ النبي ﷺ قال في السمن المائع إذا وقعت فيه فأرة: «استصبحوا به»^(١)، فدلّ على جواز الانتفاع بالنجس في غير الأبدان.

فأما تطهير الإناء، فقال أصحابنا: كل نجاسة لها عين مرئية فطهارتها موقوفة على غلبة ظن الغاسل في زوالها، وإنما قدرُوا بالثلاث؛ لأنّ الغالب أن الظنّ

(١) وتكملته: (ولا تأكلوه)؛ أخرجه الدارقطني في السنن (٤٧٩٠) من رواية أبي سعيد مرفوعاً، ومن طريق الدارقطني رواه البيهقي في السنن الكبرى ٣٥٤/٩، ثم رواه الدارقطني والبيهقي موقوفاً على أبي سعيد، وقال البيهقي: المحفوظ أنه موقوف.

يوجد عندها .

وقال الشافعي: فيما سوى ولوغ الكلب يكثر بالماء .

أما ما كان له عين [مرئية] فإن العلم بزواله يعلم بالمشاهدة ، فإذا زالت العين زال حكمها إلا أن يبقى من أثرها ، وما لا يمكن إزالته فلا يضره ؛ ولما روي أن النبي ﷺ قال في دم الحيض : «اغسله ولا يضرك أثره»^(١) .

وأما ما لا عين له [مرئية] فلا يعلم زواله بيقين ، فوجب الرجوع إلى غالب الظن ، وقد قال ﷺ في المستيقظ من منامه : «لا يغمسنّ يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً»^(٢) ، فاعتبر ثلاثاً ولم يعتبر المكاثرة .

٩٧ - [فصل: وقوع ما له دم سائل في الماء]

فأما ما وقع في الماء الذي يكون في الأواني مما له دم سائل ، وهو يعيش في الماء ، فمات فيها ، فسبيله سبيل النجاسة المائعة في تنجيس الماء .

قال ﷺ: وجملة هذا أن الحيوان على ضربين: منه ماله دم سائل ، ومنه ما ليس له دم سائل:

فأما الذي لا دم له سائل كالبق ، والذباب ، والزنابير إذا مات في الماء ، لم ينجس بموته ، ولم ينجس ما يموت فيه^(٣) .

وقال الشافعي: ينجس بالموت ، وينجس ما يموت فيه ، إلا ما خلق منه^(٤) .

(١) رواه أحمد في المسند ٣٦٤/٢ ، والبيهقي في الكبرى ٤٠٨/٢ ، من رواية أبي هريرة .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٥٧ .

(٤) ومذهب مالك وأحمد مثل مذهب الأحناف ؛ بأنه لا يفسد الماء ، وما ذكره عن الشافعي قول له ، =

لنا: قوله ﷺ: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فامقلوه ثم انقلوه، فإن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء، وإنه ليقدم الذي فيه الداء على الذي فيه الدواء»^(١) فأمر بمقله ليستخلص الطعام، فلو كان إذا مات فيه ينجسه، [لما أمر بمقله مقلًا يموت معه]^(٢).

وروي في حديث سلمان أن النبي ﷺ سئل عن إناء فيه طعام أو شراب، يموت فيه ما ليس له دم سائل؟ فقال: «هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه»^(٣)؛ ولأنه حيوان ليس له دم سائل كالجراد.

٩٨ - [فصل: طهارة ما يعيش في الماء]

وأما ما له دم سائل فهو على ضربين: [منه ما يعيش في الماء، ومنه ما لا يعيش فيه، فأما ما يعيش في الماء، لا ينجس ما مات فيه.

وقال الشافعي: ينجسه^(٤) [إلا السمك].

لنا: قوله ﷺ في البحر: «هو الطهور ماؤه والحل ميتته»^(٥)، ولأنه حيوان

= والقول الآخر وهو عدم نجاسة الماء وهو الصحيح كما ذكر النووي. المجموع ١٨٠/١؛ المزني ص ٨؛ مختصر الطحاوي ص ١٦، فتح القدير ٨٣/١؛ المدونة ٤/١، ٥؛ رؤوس المسائل الخلافية ٩٢/١.

- (١) أخرجه أبو داود (٣٨٤٠)، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ١١٥/١.
- (٢) في الأصل (لأمر بمقله مقلًا لا يموت فيه) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.
- (٣) رواه الدارقطني في سننه (٨٤)، وضَعَفَهُ، وانظر نصب الراية ١١٤/١.
- (٤) ينجسه عند الثلاثة إذا كان الماء يسيراً، والكثير إذا غَيَّرَهُ، راجع مراجع المسألة السابقة.
- (٥) قال الزيلعي في نصب الراية ٩٥/١: روي من حديث أبي هريرة، ومن حديث جابر، ومن حديث علي بن أبي طالب، ومن حديث أنس، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث عبد الله بن عمرو، ومن حديث الفِرَاسِي، ومن حديث أبي بكر، ثم أخرج أحاديثهم.

يعيش في الماء كالسمك .

وأما إذا انقطع حيوان الماء في الماء ، لم ينجسه في قول أبي حنيفة
ومحمد ؛ لأن دمه طاهر ، فإن مخالطته للماء لا يؤثر فيه ما لم يغلب عليه .

وقول أبي يوسف : يفسد الماء على أصله : أن دمه نجس .

٩٩ - [فصل : فيما لا يعيش في الماء]

وأما ما لا يعيش في الماء [مما له دم سائل] إذا مات في الماء نجس ونجس
الماء ؛ لأنه ينجس بنجاسة دمه ، فينجس ما يجاوره^(١) .

وأما الآدمي إذا وقع في الماء بعد موته ، فإنه ينجسه ؛ لأنه ينجس بالموت
كسائر الحيوانات ، والذين قالوا : إن المسلم الميت إذا [مات ثم] غسل ثم وقع
في بئر لم ينجسها ؛ فلأننا لما حكمنا بجواز الصلاة عليه ، حكمنا بطهارته ، فلم
ينجس الماء حكماً ؛ ولهذا قالوا في الكافر إذا غسل ثم ألقى في بئر نجست ؛ لأنه
غير محكوم بجواز الصلاة عليه ، فبقي على نجاسته .

١٠٠ - [فصل : تطهير الآبار من النجاسات]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى : فأما الآبار فما وقع فيها نجاسة مائة ،
نجست ، ونُزح الماء كله إلا أن يغلبهم ، فإن غلبهم نزحوا قدر ما كان في البئر
على قدر اجتهادهم في ذلك .

والأصل في هذا : أن البئر إذا وقع فيها نجاسة ، جاز أن تطهر بالنزح .

(١) انظر : التجريد ٢/٢٩٠ .

وقال بشر المرِّيسي: لا تطهر بالنزح أبداً، وهو القياس .

وقد ذكر محمد قياساً آخر فقال: أجمع رأيي ورأي أبي يوسف: على أن البئر كالماء الجاري، وأن الماء لا ينجس، ثم قلنا وما علينا أن نوجب نزح بعضها ولا نخالف الآثار.

والدليل على أن البئر تطهر بالنزح: ما روي عن عليّ عليه السلام أنه قال في البئر: إذا ماتت فيها فأرة ينزح ماؤها^(١)، وروي عنه أنه قال: «ينزح منها دلاء»^(٢).

وعن أبي سعيد الخدري في الدجاجة قال: ينزح أربعون دلواً^(٣).

وعن الشعبي والنخعي في الفأرة: عشرون دلواً.

وروي أن زنجياً وقع في بئر زمزم فمات، فأمر ابن عباس أن ينزح جميع مائها^(٤)، وذلك في خلافة ابن الزبير، فقد اتفق السلف على تطهير البئر، فلا يجوز مخالفة إجماعهم؛ ولأن النبع في البئر متصل فإذا خرج منها الماء ونبع ماء آخر، دفع النجس إلى وجه الماء، فصار كالنجاسة تقع في الماء الجاري، وهذا وجه تشبيه أبي يوسف ومحمد البئر بالماء الجاري.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: في حوض الحمّام إذا وقعت فيه نجاسة [أنه لا ينجس]؛ لأنها لا تستقر [مع جريان الماء]، لأن الماء يتصل جريانه إليه،

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٧/١.

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٧/١، من قول إبراهيم النخعي.

(٣) لم أجده من قول أبي سعيد، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ١٢٨/١.

(٤) أخرج القصة: الدارقطني في السنن (٦٥) وانظر تخريج طرقها والكلام عليها في نصب الراية

وآخره منه ، فيصير كالماء الجاري .

وجه قول بشر: أن الماء قد ينجس ، فإذا نزع بقي الطين فيها على نجاسته ، فإذا نبع ماء آخر نجس بذلك الطين ، وعلى هذا كلما نزع ما فيها بقي طين نجس ، واختلط بماء منيع ، وهذا القياس [عندنا] مخالف للإجماع .

فأما من قال: إن البئر تنزح ثم تغسل فقد غلط ؛ لأنّ الغسل إنّما يؤثر فيما ينفصل الماء منه بعد غسله ، و[الطين] إذا غسل بقي الماء مع النجاسة فيه ، فدلّ على أن هذا القول مخالف [للإجماع] ، وقد قال الشافعي: إن النجاسة إذا وقعت في البئر ولم تغير أحد أوصاف الماء ، جاز الوضوء ، وهذا القول مخالف^(١) لاتفاق السلف ؛ لأنهم أمروا بالنزح ولم يسألوا عن التغيير .

١٠١- [فصل: النجاسة تقع في البئر]

قال: والنجاسة التي تقع في البئر على ضربين: أحدهما: ينتشر في الماء ولا يمكن إخراج عينه [منه] ، مثل المائعات النجسة ، فيجب نزع جميع الماء ؛ لأنّ النجاسة اختلطت بجميعة ، فيجب إخراجها ليحكم بطهارتها .

وأما إذا كان النجس مما يمكن إخراج بعينه ، مثل الحيوان ، فلا يخلو: إما أن يخرج منها حياً أو ميتاً .

فإذا أخرج حياً فهو على ضربين: إمّا أن يكون الحيوان طاهراً ، أو نجساً ، فإن كان طاهراً كالآدمي إذا وقع في البئر ، وقد استنجى ، وهو طاهر من الجنابة والحدث ، فقد روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة: أنّه يُنزح منها عشرون دلوّاً ؛ لأنّ الماء

(١) انظر: المجموع ١/١٦٣ .

جرى على أعضاء الطهارة ، وذلك يوجب الاستعمال ، وإن كان محدثاً يُنزح [منها] أربعون دلواً ؛ لأنّ الحدث زال بالماء ، فصار حكمه أكد من حكم المتطهر .

وإن كان جنباً نُزح ماؤها كله ؛ لأنّ الحدث زال عن جميع بدنه ، فصار جميع مائها مستعملاً ، وإن كان لم يستنج بالماء نزح جميع مائها ؛ [لأن نجاسة موضع الاستنجاء اختلطت بالماء ، وقد قال أبو حنيفة - في الكافر يقع في البئر ويخرج منها حيّاً - إنه ينزح جميع مائها] ؛ لأنه لا يخلو بدنه من نجاسة .

وأما الحيوان الطاهر في نفسه إذا لم يكن سؤره مكروهاً ، وما ينفصل منه كان طاهراً ، إذا وقع فيها وأخرج حيّاً ، لم ينزحوا منها شيئاً مثل الحَمَام ؛ [وذلك] لأنه طاهر في نفسه ، وما ينفصل منه يكون طاهراً .

وأما الحيوان [الطاهر] الذي يحكم بنجاسة بوله ، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة : في الشاة والحمل إن كان تلطخ أفخاذهما ببولهما ، نُزح منها عشرون دلواً .
وقال أبو يوسف : ينزح جميعها .

لأبي حنيفة : أن هذه النجاسة مخففة في نفسها ، ومخففة لحكم البئر ، فصارت كعين النجاسة التي هي الفأرة .

وجه قول أبي يوسف : أنّ النجاسة المخففة والمغلظة في حكم الماء سواء ؛ بدليل أن بول ما يؤكل لحمه إذا وقع في البئر [نزحت] كبول ما لا يؤكل لحمه .
وأما الحيوان المكروه السؤر كالسنور ، والدجاجة المخلاة ، والصقر ، والبازي ، والفأرة ، والحية و[العظاءة]^(١) .

(١) في الأصل (العظاءة) وفي ب (العطاية) هكذا . والمثبت هو الصحيح كما في الوسيط : «العظاءة» =

فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه ينزح منها دلو؛ لأن أسأرها مكروهة،
فينزح دلو للكراهة.

قال: فإن لم يفعلوا أجزاءهم؛ لأنه ليس على وجه الوجوب بدليل الأواني.
وأما البرذون والفرس فينزح منهما دلو؛ وذلك لأنه طاهر في نفسه، وهو
مما لا يتلطح ببوله، إلا أن سؤره مكروه عند أبي حنيفة.

وأما الحيوان النجس مثل الكلب، والخنزير، والسباع، والحمار، والبغل،
فينزح جميع الماء؛ لأنها نجسة في أنفسها، فإذا جاورها الماء نجس بنجاستها،
فوجب نزحه.

وقد قالوا في الكلب إذا ابتل، وانتضح منه على ثوب أكثر من قدر الدرهم،
لم تجز الصلاة فيه، كسائر النجاسة المغلظة.

١٠٢ - [فصل: موت الحيوان في البئر]

وأما إذا مات الحيوان في البئر فهو على ضربين: إما أن يخرج من غير تغير
أو يتغير، فينتفخ أو يتفسخ، فإن كان قد أُخرج منها غير متغير، وهو مما له دم
سائل لا يعيش في الماء، فقد قالوا في العصفور والفأرة والعظاء وسام أبرص
أنه ينزح عشرون دلو، أو ثلاثون، بقدر كبر الحيوان وصغره، واتساع البئر
وضيقها، وذلك لما روي عن عليّ عليه السلام أنه قال في الفأرة تموت في البئر: يُنْزَحُ
منها دلو^(١)، والذي روي عنه أنه ينزح الجميع، محمول على الفأرة المنتفخة.

= دوية من الزواحف ذوات الأربع تعرف في مصر بالسحلية (عظاء).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ١/٢٦٨.

وعن الشعبي والنخعي في الفأرة: عشرون دلوًا.

وقد قال ابن رستم عن محمد: إن كل موضع وجب النزح لم ينزح أقل من عشرين؛ لأنه لم ينقل عن السلف أقل من ذلك؛ ولأن هذا الحيوان ضعيف فهو لا يصل إلى كل الماء، وإنما يموت على وجه الماء أو ما يقاربه، فلا يختلط بجميع الماء، فالواجب إخراج ما جاوره من الماء، فقدروا في ذلك بغلبة الظن لما قدمنا، واتبعوا فيه السلف.

وأما الدجاجة والسُّنَّور، والفاخنة، والحمامة وما أشبهها من الحيوان، فقال في الأصل: ينزح منها أربعون دلوًا أو خمسون^(١).

وروى علي بن الجعد عن أبي يوسف: خمسون أو ستون، وقال الحسن: ستون.

والأصل في ذلك: ما روي عن أبي سعيد الخدري في الدجاجة ينزح أربعون دلوًا^(٢)؛ لأن الدجاجة ضعف الفأرة وزيادة، فينزح منها ضعف ما ينزح من الفأرة؛ ولأنها تلاقي بفضل قوتها من ماء البئر أكثر مما تلاقي الفأرة، وقد قالوا في الفأرتين إذا وقعتا في البئر، أنهما كفأرة واحدة، فإن وقعت ثالثة فهن كالحمامة؛ لأن الفأرتين كالفأرة الكبيرة، والثلاثة تزيد على ذلك.

فأما الشاة والأدمي، وما جرى مجرى ذلك الحيوان، فإنه ينزح الماء كله؛ لأنه حيوان ثقيل، فإذا اضطرب نزل إلى قعرها، فالتقى بجميع مائها، فيجب أن ينزح جميعه.

(١) انظر: الأصل ١/٦٢.

(٢) تقدم الكلام عليه.

وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين: أن الإوزة كالشاة؛ لأنها تزيد على الدجاجة، وتبلغ مقدار الحمل.

وقال في الرواية الأخرى: إنها كالديجاجة والسنور؛ لأنها لا تنزل إلى قعر البئر في الغالب، وأما إذا تغير الحيوان [في البئر] فانتفخ أو تفسخ، نزع جميع الماء صغيراً كان أو كبيراً؛ لأنه إذا انتفخ سالت منه نجاسة مائعة، واختلطت بالماء فصار كأنها انفردت، وقد قال أصحابنا في ذنب الفأرة إذا وقعت في البئر، ينزح منها جميع مائها.

وقال بعض من لا علم له: كيف ينزح من جميع الفأرة عشرون دلواً، ومن ذنبها جميع الماء! وهذا غلط؛ لأن ذنب الفأرة على موضع القطع منه نجاسة الدم، فإذا وقع في الماء ابتل، فصار كقطرة دم وقعت في البئر.

وأما الفأرة إذا لم تنتفخ فلم يختلط بالماء منها شيء، وإنما نجس ما جاورها [خاصة]، وما نجس بالمجاورة لم ينجس ما جاوزه في حال العذر والضرورة، بدليل قوله ﷺ في الفأرة [إذا ماتت] في السمن الجامد: «ألقوها وما حولها»^(١) فحكم بنجاسة ما حولها للمجاورة، ولم يحكم بنجاسة ما جاوره.

ووزان الفأرة تقع في البئر وقد قطع ذنبها، أن يجعل على موضع القطع شمع ثم يلقى في البئر.

١٠٣ - [فصل: نزع ماء البئر]

وكل موضع وجب نزع جميع الماء وكانت البئر معيناً لا تنتزح، نزحوا

(١) رواه أبو داود (٣٨٣٨)، والنسائي (٤٢٦٠).

حتى يغلبهم الماء ، ولم يقدّر أبو حنيفة في الغلبة [شيئاً] .

وقال أبو يوسف: ينزح بمقدار ما كان فيها .

وقال ابن رستم عن محمد: إذا نزحت [منها ما بين] مائتين وخمسين [إلى ثلاثمائة] دلو فقد طهرت .

وجه قول أبي حنيفة: أن نزح جميع الماء لا يمكن ، فإذا نزحت حتى تغلب الماء ، فقد حدث ماء آخر ، دفع ما كان في البئر إلى وجه الماء .

لأبي يوسف: أن ما كان فيها نجس ، فوجب إخراجها ، ويمكن أن يعرف مقداره بأن يغرس في البئر قصبه تجعل مسباراً مثلاً ، ويعلم فيها مع وجه الماء ، ثم يستقي دلواً ، وتعاد القصبه فننظر ثم نقص من المقدار ، فيجعل لكل قدر مثل ذلك بعدد الدلو .

وجه قول محمد: أن غالب الآبار لا تزيد على مائتين أو مائتين وخمسين دلواً [إلى ثلاثمائة دلواً] فاعتبر الغالب .

١٠٤- [فصل: في صفة الدلو]

فأما صفة الدلو فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه دلو يسع صاعاً^(١) ، وكان أصحابنا يقولون: الدلو المعتاد المتوسط؛ لأن السلف أطلقوا ذلك ، والمطلق يحمل على الأغلب .

وقد قال في الأصل: إذا وقع في البئر [فأرة] فجاءوا بدلو عظيم ، يسع

(١) الصاع: مكيال تكال به الحبوب ونحوها ، والصاع يساوي: ٣٢٦,٥ غراماً ، ٣,٣٦٢ ليترًا لدى الحنفية ، ويساوي: ٢١٧٢ غراماً ، ٢,٧٤٨ ليترًا لدى جمهور الفقهاء . انظر: لغة الفقهاء (المقادير) .

عشرين دلواً، فاستقوا به مرة واحدة أجزاءهم، وهو أحب إليّ؛ لأن القطر الذي يعود منه إلى البئر أقل.

١٠٥ - [فصل: في جفاف البئر بعد وقوع الفأرة]

وقال أبو يوسف: إذا وقع في البئر فأرة أو غيرها، ثم جفت، ونضب ماؤها، ثم عاد الماء لم تطهر إلا بالنزح.

وقال محمد: طهرت البئر بالجفاف.

لأبي يوسف: أن التطهير موقوف على إخراج مقدار منها، فما لم يوجد سبب التطهير، لم تطهر.

وجه قول محمد: أن طهارتها موقوفة على ذهاب الماء، فلا فرق بين ذهابه بالنزح أو بالجفاف.

١٠٦ - [فصل: موت فأرة في جُبّ فيه ماء]

قال أبو يوسف: إذا وقعت الفأرة في جب^(١) [فيه ماء] فماتت، فصب في البئر، أخرج مقدار ما كان في الجب وثلاثون دلواً هكذا روى ابن رستم عنه.

وروى المعلّي عنه: ينزح ما كان في الجب وعشرون دلواً.

وقال محمد: ينزح الأكثر مما [كان] في الجب ومن عشرين دلواً.

وجه قول أبي يوسف: أن الماء الذي نجس بالفأرة كالفأرة، ومعلوم أن الفأرة إذا وقعت في البئر وجب إخراجها، ثم إخراج الدلاء من بعدها، وكذلك هذا.

(١) والجُبّ: «بئر لم تُطو [لم تبني بالحجارة]، وهو مذكر». المصباح؛ المختار (جب).

وجه قول محمد: أن الماء الذي نجس بالفأرة في الجب، كالماء الذي نجس بالفأرة في البئر، فلا يجب نزح أكثر من عشرين دلوًا، إلا أن يكون في الجب أكثر [من ذلك] فيجب إخراج الزيادة؛ لأننا تيقنًا مجاورتها للفأرة.

١٠٧- [فصل: صب الماء المستعمل في البئر]

وقال أبو يوسف: في رجل توضأ في طست فصب ذلك الماء في بئر آخر، ينزح ماء البئر كله.

وقال محمد: عشرون دلوًا.

وجه قول أبي يوسف: أن الماء المستعمل نجس عنده، والنجاسة المائية إذا اختلطت بالماء نزح جميعه.

وجه قول محمد: أن الماء المستعمل لا يكون بأنجس مما مات فيه فأرة، فإذا لم يجب بذلك الماء نزح [جميع الماء]، فبهذا أولى.

وقد قال أبو يوسف: في عظم ميتة وقع في البئر إن كان عليه لحم، أو دسم، نجس البئر؛ لأن تلك النجاسة في حكم المائع، وإن لم يكن عليه لحم ولا دسم، لم ينجس؛ لأن عظم الميتة عندنا طاهر.

[قال] فأما عظم الخنزير، فإنه ينجس، سواء كان عليه لحم أو دسم أو لم يكن؛ لأن أجزاء الخنزير محكوم بنجاستها، ممنوع من الانتفاع بها.

١٠٨- [فصل: البعرة والبعرتان إذا وقعت في اللبن]

وقد قالوا: إنه في البعرة والبعرتين إذا وقعت في [اللبن]، وأخرجت قبل أن

تفتت ، أنها لا تنجس [اللبن] استحساناً ؛ لأنّ اللبّن لا يخلو حال الحلب من سقوط بعة فيه ، وقد حكمت الأمة بطهارته ؛ ولأنّ البعة متماسكة وبلة موضع الخلقة على ظاهرها ، وتلك البلة طاهرة في الأصل ، وإنما نجست بمجاورة النجاسة ، فلا ينجس ما يجاورها في حال العذر ، وليس كذلك إذا وقعت بعر كثيرة ؛ لأنه يصطك بعضها ببعض فتفتت منها أجزاء في [اللبن] .

وقد قالوا في البعة الواحدة إذا تفتت نجست الماء .

١٠٩ - [فصل : الأصل في النزح من الآبار]

وما ذكره أصحابنا: في البئر من النزح ، فهو استحسان ورجوع إلى قول السلف ، فمن اعترض على ذلك فإنما عاب السلف ؛ ولأنّ الشافعي لا كلام له علينا في هذا ؛ لأنّ البئر تطهر بالنزح بإجماع منا ومنه ، وقول أصحابه: إن الدلو المطهر للبئر [دلو كئيس] يخرج الماء النجس من [الماء] الطاهر ، قول باطل باتفاق السلف ، ثم قالوا به وزادوا عليه فقالوا في بئر فيها قلتان ، وقعت فيها فأرة فماتت ولم يتغير [الماء] ، إنّه طاهر يجوز الوضوء به ، فإن استقى منها دلوّاً ، فنقصت من قلتين والفأرة فيها ، فما في باطن الدلو طاهر ، وما بقي في البئر نجس ، وما على ظاهر الدلو من البلة نجس ، فإن استقوا دلوّاً فحصلت الفأرة فيه ، فما في داخل الدلو من الماء نجس ، وما بقي في البئر طاهر ، فدلوهم هذا كئيس ، وقد دخلوا فيما عابوه ، إلا أن ما قلناه [عضده] الإجماع وقول السلف ، وما قالوه لا إجماع فيه ولا سلف تقدمهم به .

١١٠ - [فصل : حصول طهارة البئر بالنزح]

قال أبو يوسف: إذا نزحت البئر بإخراج الدلو الأخير ، لم تطهر حتى

ينفصل منها .

وقال محمد: هي طاهر وإن لم ينفصل [منها] ، وذكر الحاكم قول أبي حنيفة مع أبي يوسف ، وليس بمشهور ، وجه قول أبي يوسف: أن الطهارة موقوفة على انفصال الماء ، فما دام قطرة متصلة بالبئر ، فلم يوجد الانفصال ، فلا يحكم بالطهارة كالثوب إذا غسل ولم يعصر .

وجه قول محمد: أن الطهارة موقوفة على إخراج مقدار [من الماء] ، وقد أخرج ، فلا فرق بين أن يعلق على رأسها أو يزول عنها ، فأما القطرة فهو معفو عنها ، غير معتد بها ، فلا يتعلق بها حكم .

١١١ - [فصل: موت الفأرة في مائع]

فإن ماتت الفأرة في شيء غير الماء ، فإن كان مائعا ينجس جميعه ، وجاز له استعماله في غير الأبدان ، وجاز بيعه ، وإن كان جامدا ألقيت وما حولها ، وكان الباقي طاهرا ، وجاز الانتفاع بما حولها في الأبدان وغيرها .

والأصل في ذلك: ما روي أن النبي ﷺ سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال: «إن كان مائعا فاستصبحوا ، وإن كان جامدا فألقوها وما حولها»^(١) وقد استخرج أصحابنا من هذا الخبر ما قدمنا من المعنى وأن ما نجس بالمجاورة لم ينجس ما جاوزه في حال العذر والضرورة ، وإنما قلنا إن السمن النجس يجوز الانتفاع به في غير الأبدان مثل دباغ الجلد ، والاستصباح ، ودهن الدواب لقوله ﷺ: «وإن كان مائعا فاستصبحوا به» وروي «فانتفعوا به»^(٢) .

(١) انظر: الأصل ٦١/١ - ٦٩ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٦٥/١ وما بعدها .

(٢) تقدم تخريجه والكلام عليه .

بَاب

في المصانع والغُدُر والماء المستنقع



قال رحمه الله تعالى: هذا الباب قد بيناه فيما تقدم وذكرنا أن النجاسة تؤثر في الماء بكل حال، وبيننا حكم الغدير وما قال أصحابنا فيه / وأما الماء إذا وجد متغيراً ولا يعلم وقوع نجاسة فيه، جاز الوضوء به والشرب منه؛ لأن الماء قد يتغير بطول المكث وبقوع الشيء الطاهر فيه، والأصل تيقن الطهارة، فلا ينتقل عنها بالشك، وهذا معنى قوله عَلَيْهِ السَّلَام: «خُلِقَ الْمَاءُ طَهُوراً لَا يَنْجَسُهُ شَيْءٌ إِلَّا مَا غَيَّرَ لَوْنَهُ أَوْ طَعْمَهُ أَوْ رِيحَهُ»^(١).



(١) تقدم تخريجه.

بَابُ الْأَسَارِ

١١٢ - [أنواع الأسار]

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأسار عندنا على أربعة أوجه: سؤر طاهر: هو سؤر الأدمي، وما يؤكل لحمه من الحيوان إلا الدجاجة المخلاة.

وسؤر طاهر مكروه: وهو سؤر الهرة، والدجاجة المخلاة، وسباع الطير، وما سكن البيوت من الحشرات.

وسؤر نجس: وهو سؤر الكلب، والخنزير، والسباع.

وسؤر مشكوك فيه: وهو سؤر الحمار، والبغل^(١).

فأما سؤر الأدمي فهو [طاهر] لقوله ﷺ: «المؤمن ليس بنجس» رواه حذيفة وأبو هريرة^(٢).

(١) اتفق الثلاثة على طهارة سؤر الهرة، وذهب أبو حنيفة إلى الكراهة، وسؤر الكلب والخنزير نجس لدئ الثلاثة إلا مالكا فإنه ذهب إلى طهارته، واتفق الأئمة الثلاثة على أن سؤر البغل والحمار طاهر، وذهب أبو حنيفة إلى أنه مشكوك فيه، وسؤر سباع البهائم نجس لدئ الحنفية والحنابلة وذهب مالك والشافعي إلى أنه طاهر، وسؤر سباع الطير طاهر عند الشافعي وأحمد، وكرهه أبو حنيفة مع الطهارة، وقال مالك: إن كانت تأكل النجاسة وتفترسها فهي نجسة، وإلا فهي طاهرة. انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/١١٧ - ١٢١؛ القوانين ص ٤٥، ٤٦؛ رحمة الأمة ص ٣٧؛ رؤوس المسائل الخلافية ١/٨٦، ٨٩ - ٩١؛ المدونة ١/٦٥.

(٢) هذان الحديثان رويَا بألفاظ متقاربة، فحديث حذيفة أخرجه: مسلم ١/٢٨٢ (١١٦)، وأبو داود =

«وشرب النبي ﷺ من لبنٍ وأعطى فضل سورة لأعرابي كان عن يمينه، فشرب وأعطى فضل سورة لأبي بكر»^(١).

ولأن بدن الآدمي طاهر، ولعابه متحلل من رطوبة لحمه وبدنه، كعرقه، وهذا لا خلاف فيه، وإنما قال قوم: إن سور المشرك نجس، والذي يدل على طهارته: أن النبي ﷺ أنزل وفد ثقيف وهم كفار في مسجده، ونصب لهم قبة^(٢)، والمسجد ينزه عن النجاسات؛ ولأن الكافر بعد الإسلام على الصفة التي كان عليها قبله، فإذا حكم بطهارته في أحد الأمرين، فكذلك الآخر، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨]، [والمراد به]: أنه يجب اجتنابهم كما تجتنب النجاسات.

١١٣- [فصل: سور الحائض]

وسور الحائض طاهر، لما روي «أن النبي ﷺ كان يضاجع نساءه وهن حِيضٌ»^(٣).

- = (٢٣٣)، والنسائي (٢٦٧)، وابن ماجه (٥٣٥)
- وحديث أبي هريرة أخرجه الستة: البخاري (٢٨٥)، ومسلم ٢٨٢/١ (١١٥)، وأبو داود (٢٣٤)، والترمذي (١٢١)، والنسائي (٢٦٩)، وابن ماجه (٥٣٤).
- (١) أخرجه البخاري (٢٥٣٢)، ومسلم ١٦٠٣/٣ (١٢٤)، وأبو داود (٣٧١٩)، والترمذي (١٨٩٣)، وابن ماجه (٣٤٢٥).
- (٢) أخرجه أبو داود (٣٠٢٠)، وأحمد ٢١٨/٤، والطبراني ٩ (٨٣٧٢)، وانظر نصب الراية ٢٧٠/٤.
- (٣) أخرج الأئمة الستة: البخاري (٣٠٢)، ومسلم ٢٤٢/١ (١)، وأبو داود (٢٧٢)، والترمذي (١٣٢)، والنسائي (٢٨٦)، وابن ماجه (٦٣٦)، كلهم عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضاً أن تترز، ثم يضاجعها..

وقال لعائشة: «ناوليني الخُمرة!» فقالت: إني حائض فقال: «ليس حيضتك في يدك»^(١) دَلَّ أن النجس من الحائض موضع الحيض خاصة.

١١٤ - [فَصْل: سُورِ الْجُنْب]

وسُورِ الجنب طاهر لما روي «أن النبي ﷺ لقي أبا هريرة فهم بمصافحته، فقبض يده وقال إني جُنْب، فقال ﷺ: «المؤمن لا ينجس»^(٢)؛ ولأنها طهارة من حدث كالوضوء.

١١٥ - [فَصْل: سُورِ مَا يُؤْكَلُ لِحْمِهِ]

وأما ما يؤكل لحمه سوى الدجاجة المخلاة، فسُوره طاهر، وقد روي ذلك عن ابن عمر والنخعي، والحسن، والحكم، والدليل عليه ما روى أبو الجهم عن البراء: «أن النبي ﷺ قال: «ما أكل لحمه فلا بأس بسُوره»^(٣)؛ ولأن اللُّعَاب متحلل من بدنه كلبنه، فإذا حكم بطهارة أحدهما، فكذلك الآخر.

١١٦ - [فَصْل: السُّورِ الطَّاهِرِ الْمَكْرُوهِ]

وأما النوع الآخر: وهو السُّورِ الطَّاهِرِ الْمَكْرُوهِ، فأوله سُورِ الهرة، قال أبو حنيفة ومحمد: الوضوء بغيره أحب إليّ، ذكر ذلك في الأصل والآثار. وروى الكراهة أبو يوسف عن أبي حنيفة في الإملاء [والحسن عن أبي حنيفة]^(٤).

(١) أخرجه مسلم ٢٤٤/١ (١١)، وأبو داود (٢٦٥)، والترمذي (١٣٤)، والنسائي (٢٧١)، وابن ماجه (٦٣٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٦٢)، والبيهقي في السنن ٢٥٢/١.

(٤) كتاب الآثار لمحمد ص ٢.

وقال أبو يوسف: لا يكره، وذكره الطحاوي عن أبي يوسف ومحمد معاً،
والصحيح أن محمداً مع أبي حنيفة.

أما طهارة سؤرها: وهو قول ابن عمر، فلَمَّا روت عائشة قالت: «رأيت
النبي ﷺ يتوضأ بفضلها ويصغي لها الإناء»^(١).

وروى أبو قتادة أن النبي ﷺ قال: «إنها ليست بنجسة، إنها من الطوافين
عليكم والطوافات»^(٢).

وروت عائشة أن النبي ﷺ قال: «إنها ليست بنجسة إنها كبعض أهل
البيت»^(٣).

وأما الكراهة فوجه قولهما حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «يغسل
الإناء من ولوغ الهرة مرة»^(٤)، وروي أنه قال: «الهرة سبع»^(٥)، وأقل أحوال ذلك
أن يفيد الكراهة؛ ولأنها لا تجتنب النجاسات، فلا يؤمن أن تكون فيها نجاسة،
فيكره الوضوء بفضلها، كما يكره الماء الذي أدخل فيه الصَّبِيُّ يده.

وجه قول أبي يوسف: أن النبي ﷺ توضأ بسؤرها، ولو كان مكروها لم
يتوضأ به.

(١) رواه أبو داود (٧٧)، والدارقطني في سننه (١٩٨، ٢١٨)، وينظر الكلام عليه في نصب الراية
١٣٣/١.

(٢) أخرجه أبو داود (٧٦)؛ والنسائي (٦٨)؛ وابن حبان في صحيحه (١٢٩٩)؛ وابن خزيمة في
صحيحه (١٠٤)، والحاكم في المستدرک (٥٦٧) وصححه.

(٣) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٠٢)، والدارقطني (٢١٦)، والبيهقي في الكبرى ٢٤٦/١.

(٤) أخرج نحوه: الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٠/١، وصححه.

(٥) أخرجه الحاكم (٦٤٩)، وأحمد ٣٢٧/٢، والدارقطني (١٧٩ - ١٨٠).

١١٧- [فصل: في سبب كراهة السُّور]

قال الطحاوي: كراهة سُورها؛ لأنَّ أكل لحمها مكروه، وكراهة اللحم يعتبر في السُّور، كما أن لتحریم اللحم إذا لم يكن لحمة الحيوان أثر في تحريم السُّور^(١).

قال أبو الحسن: إنّما يكره لأنّها لا تجتنب النجاسات، والصحيح ما قاله أبو الحسن؛ لأنَّ المنع لو عاد إلى اللحم أوجب التحريم دون الكراهة؛ لأنه يفتي بكراهة أكل لحم السنور [لأجل] التحريم دون الكراهة.

١١٨- [فصل: في سُور السنور حال أكلها فأرة]

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: في [سُور السنور] أكلت فأرة، وشربت من إناء، فإن كان في الحال نجس الماء؛ لأنَّ نجاسة الفأرة باقية في فمها، وإن شربت بعد مهلة فسُورها طاهر؛ لأنَّ نجاسة فمها زالت بلعابها.

ومن أصل أبي حنيفة: أن النجاسة تزول بغير الماء [ولا يحتاج إلى الصّب].

وقال أبو يوسف ومحمد: الماء نجس.

أما أبو يوسف فمن أصله: أن النجاسة تزول بغير الماء إلا أنّها لا تزول إلا بالصّب.

وأما محمد فمن أصله: أن النجاسة لا تزول إلا بالماء.

وقد قالوا فيمن صلّى وهو حامل هرة، أن صلاته مكروهة عند أبي حنيفة

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٢٧٥، ٢٧٦.

من وجهين: أحدهما: لحمه لشيء في صلاته، والثاني: لكراهة سؤرها.
وعند أبي يوسف: يكره لشيء واحد: وهو الحمل.

١١٩- [فصل: سؤر الدجاجة المُخَلَّة]

فأما الدجاجة المخلاة فيكون سؤرها مكروهاً؛ لأنها تعبت بالنجاسات، فلا نأمن أن يكون في منقارها نجاسة، وليس كذلك المحبوسة في البيت؛ لأنها لا تعبت كما يكون منها.

ومن أصحابنا من قال: إنه لا يكره المحبوسة إذا كان علفها في ظرف، فيؤمن أن تجتنب ما يكون منها، وإنما قلنا: إن سؤرها طاهر؛ لأن الأصل في منقارها الطهارة، وجواز أن يكون عليها نجاسة كجواز أن لا يكون، فلا تبطل الطهارة بالشك^(١).

١٢٠- [فصل: سؤر سبّاع الطير]

وأما سبّاع الطير فأسأرها [طاهرة] مكروهة، وقال محمد: وهو استحسان. وجه الكراهة: أنها تأكل الميتات؛ فلا نأمن أن يكون على منقارها نجاسة، وإنما قلنا: إنها طاهرة؛ لأن الأصل طهارة منقارها؛ لأنه عظم، وجواز أن يكون عليه نجاسة كجواز أن لا يكون.

١٢١- [فصل: سؤر ما يسكن البيوت من الحشرات]

فأما ما يسكن البيوت من الحشرات كالفأرة، والوزغة، والحية فيكره

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٢٧٥.

أسارها؛ لأنها لا تجتنب النجاسات، فلا يؤمن أن يكون في أفواهها نجاسة.

١٢٢- [فصل: سؤر الخنزير]

وأما النوع الثالث: وهو الخنزير، فسؤره نجس، وقال مالك: طاهر^(١).

لنا: قوله تعالى: ﴿أَوْلَحَمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، وهذه الكناية ترجع إلى نفس الخنزير؛ ولأنه مطلق التحريم كالدم، ولأن الانتفاع به لا يجوز بحال، كسائر النجاسات.

١٢٣- [فصل: سؤر الكلب]

وسؤر الكلب نجس، وهو قول ابن عمر، وابن عباس.

وقال الزهري: إذا لم يجد غيره توضأ به.

وقال الأوزاعي: سؤره نجس في الأواني، وليس بنجس في المستنقع.

وقال مالك: سؤره طاهر، وإنما يغسل الإناء منه على طريق العبادة^(٢).

لنا: حديث عبد الله بن المغفل أن النبي ﷺ قال: «طهور إناء أحدكم إذا ولغ الكلب فيه أن يغسل سبعا ويعفر الثامنة بالتراب»^(٣).

(١) قال ابن الجلاب: «والكلب والخنزير طاهران، وسؤر الكلب والخنزير من الماء مكروهان، وسؤرهما من الطعام وسائر المائعات مباح غير مكروه» التفرع ٢١٤/١.

(٢) الكلب وسؤره طاهر رواية واحدة، والخنزير نجس، وفي طهارة سؤره عنه روايتان، هذا عند الإمام مالك، وأما الجمهور فذهبوا إلى نجاستهما ونجاسة سؤرهما.

انظر: الإفصاح، ٦٤/١؛ الهداية ٢٣/١؛ الكشف، ٢٢١/١؛ التفرع ٢١٤/١؛ زبدة الأحكام

ص ٣٦.

(٣) رواه أبو داود (٧٥).

والطهارة ضد النجاسة ، والعدد يحتاج إليه للإزالة ، وكذلك التعفير ؛ لأنَّ غسل الإناء لما وجب منه ، وغسل الإناء في الشريعة لا يجب إلا للنجاسة .
والظاهر من مذهب أصحابنا: أن الكلب نجس ، قال محمد في الكتاب:
وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير .

وروي عن أبي يوسف في كلب وقع في بئر فخرج منها حيّاً نجسها ، فإن انتفض فأصاب ثوب إنسان أكثر من قدر الدرهم ، لم تجز الصلاة فيه ، والدليل على نجاسة الكلب: نجاسة سوره بالاتفاق ؛ ولأن النبي ﷺ دخل على قوم من الأنصار ولم يدخل على آخرين ، ف قيل له في ذلك ، فقال: «إن عندهم كلباً» فقالوا: وعند بني فلان هرة ، فقال: «الهرة ليست بنجسة»^(١) ومفهوم هذا أن الكلب نجس .

ومن أصحابنا المتأخرين من زعم: أن الكلب طاهر ، واحتج بطهارته [على] طهارة جلده بالدباغ ، وقد روى ابن المبارك عن أبي حنيفة: في كلب أو سنور وقع في الماء ثم خرج حياً أنه لا بأس بذلك .

قال أبو عصمة: إن كان الماء أصاب فم الكلب فلا خير فيه ، قال وذكر لنا عن محمد: أن الكلب يفسده ، والسنور لا يفسده ؛ لأنّ دبر الكلب منقلب ، فهذا يعضد قول من قال إنه طاهر .

١٢٤ - [فصل: سؤر سبع البهائم]

وأما [سؤر] سبع البهائم مثل الأسد ، والفهد ، [والذئب] ، والنمر ، فهو

(١) لم أجده بهذا السياق ، وأخرجه الحاكم في المستدرک (٦٤٩) ، والدارقطني (١٧٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى ١/٢٤٥ ، ولفظهم فيه: إن في دارهم سنوراً ، فقال النبي ﷺ: «السنور سبع» .

نجس عندنا .

وعند الشافعي : طاهر .

لنا: أن السَّبُع يمكن الاحتراز من سؤره كالكلب ، والخنزير ؛ ولأنها محرمة الألبان ، فكان سؤرها نجساً كالكلب .

وأما حديث ابن عمر أن النبي ﷺ سئل عن الوضوء بما أفضلت الحمر فقال: «وبما أفضلت السباع»^(١) محمول على الحمر الأهلية ، وسباع الطير .

وحديث جابر أن النبي ﷺ قال: «لها ما أخذت في بطونها ، وما بقي فهو لنا شراب وطهور»^(٢) ورواه داود بن الحصين عن جابر ، وبينهما رجل لم يذكره ؛ ولأنّ هذا كان قبل تحريم لحومها .

١٢٥ - [فصل : سؤر الحمار]

وأما النوع الرابع : فهو سؤر الحمار فإنهم شكوا فيه ، فلم يحكموا فيه بطهارة ولا نجاسة ، وروي عن ابن عمر أنه قال: لا يتوضأ به ، وهو قول النخعي ، وابن سيرين ، والشعبي ، ونافع ، ومكحول ، وجابر بن زيد ، وحمام ، والزهري ، ومعمر .

وعن عطاء ، ومجاهد : جواز الوضوء به ، وهو قول الشافعي .

وإنما [شكوا] فيه لتعارض دليلين : أحدهما : يقتضي النجاسة ، وهو حديث

(١) لم أجده بهذا اللفظ من حديث ابن عمر ، وأخرجه الدارقطني في السنن (١٧٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى ١/٢٤٩ .

(٢) لم أجده هذا اللفظ من رواية جابر ، وتقدم تخريجه من رواية أبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة .

أنس «أن النبي ﷺ أمر مناديه أن ينادي إن الله ورسوله نهاكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس»^(١) وهذه العبارة تستعمل في النجاسات .

والذي اقتضى الطهارة حديث ابن عمر أن النبي ﷺ سئل: أنتوضأ بما أفضلت الحمر؟ قال: «نعم، وبما أفضلت السباع كلها»^(٢)؛ ولأن الحمار محرم الأكل، لا لحرمة كالكلب، وهذا يقتضي النجاسة؛ [وأنه]^(٣) يسكن مع الآدمي في البيوت كالحمر، وهذا يقتضي الطهارة، فتعارض القياسان، ولم يترجح أحدهما على الآخر.

وفي مذهب أبي حنيفة: أن أمارات الشرع يجوز أن تتعارض من غير ترجيح؛ لأنها تقتضي الظن (ويجوز أن يكون حكم الله تعالى الوقف)^(٤)، وليس كذلك الدلائل العقلية؛ لأنها توجب العلم، فلا يجوز أن تتساوى مع التضاد.

ومن أصحابنا من قال: إن جهة الشك أن عرقها طاهر، ولبنها محرم، واللعب يعتبر باللبن والعرق، فإن ألحق بالعرق كان طاهراً، وإن ألحق باللبن كان نجساً، وإذا لم يحكم فيه بنجاسة ولا طهارة، لم يجز الوضوء به مع القدرة على الماء الطاهر؛ لأنه يؤدي فرضه بالشك، فإن لم يجد غيره توضأ به وتيمم، فإن كان طاهراً أدى فرضه به، وإن كان نجساً فقد أدى فرضه بالتيمم.

فإن قيل: إذا كان نجساً فقد صَلَّى مع النجاسة في أعضائه.

(١) رواه البخاري (٥٥٢٨)، وابن ماجه (٣١٩٦).

(٢) سبق تخريجه .

(٣) في النسخ (لأنه)، والمثبت يدل عليه السياق .

(٤) في ب (ويكون حكم الله تعالى الذي تعبدنا به فيها الوقف).

قلنا: روي عنهم في سؤر الحمار أنه غير معفو عنه في الماء، معفو عنه في الثوب والبدن، فعلى هذه الرواية يسقط السؤال، وقد روي عنهم: أنه غير معفو عنه، فعلى هذا لا يتنجس^(١) إلا أن الصلاة تجوز مع النجاسة إذا لم يجد ما يزيلها به.

وأما البغل فهو متولد من الفرس والحمار، فسؤره كسؤر حمار وفرس خلطاً فُشِّك فيه^(٢).

١٢٦- [فصل: سؤر الفرس]

وأما سؤر الفرس فقد ذكر في الأصل: أنه لا بأس به، وهو رواية بشر عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول ابن عمر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: كراهته إذا أصاب الثوب وهو كثير فاحش.

وجه الرواية الأولى: أن الفرس لا يمكن الاحتراز عنه لمن يألف ركوبه، فعني عنه؛ ولأنه طاهر لا يتناول النجاسات، وهذا ظاهر على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن لحمه غير مكروه.

وجه رواية الحسن: فلأن لحمه مكروه، فأثر ذلك في سؤره.

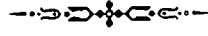
١٢٧- [فصل: سؤر الفيل]

قال أبو الحسن: قال محمد في سؤر الفيل: إنه كسؤر السباع؛ لأنه سبُع، وهذا صحيح؛ لأنه ذو ناب.

(١) وفي ب (فعلى هذا لا يأمن أن يكون نجساً).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٢٧٧، ٢٧٨.

[٢] بَابُ الْأَنْجَاسِ



١٢٨ - [حكم ما يخرج من بدن الإنسان]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: كل ما خرج من بدن الإنسان مما يوجب خروجه الوضوء أو الغسل فهو نجس .

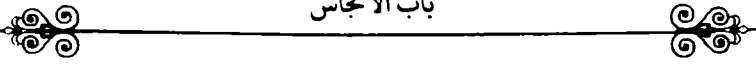
[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: وهذا [أصل] صحيح ؛ لأن طهارة النجاسة وطهارة الحدث كل واحد منهما يراد للصلاة ، فما تعلق بخروج أحدهما ، جاز أن يتعلق به الآخر ، وقد اشتملت هذه الجملة على نجاسة الغائط والبول ، ولا خلاف في ذلك ، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ، وقال النبي ﷺ: «استنزهاوا من البول»^(١) .

وأما الدم والصدید فهو نجس لقوله تعالى ﴿ أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِزْيِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ ﴾ [الأنعام: ١٤٥] والرجس عبارة عن النجاسة .

والقيء نجس ؛ لأنه مستحيل إلى التنت والفساد كالغائط ، وقد دخل في هذا دم الحيض والنفاس والاستحاضة .

وقد دل على نجاسة هذه الدماء قوله تعالى: ﴿ قُلْ هُوَ أَذَى ﴾ [البقرة: ٢٢٢]

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٤٦٤) من رواية أبي هريرة ، عن النبي ﷺ ، ورواه البزار في «مسنده» (٤٩٠٧) من رواية ابن عباس ، مرفوعاً كذلك .



وقال ﷺ في دم الحيض: «حتيه ثم اقرصيه ثم اغسله بالماء»^(١).

وكذلك المذي؛ لأن الطهارة تجب بخروجه، ولأن النبي ﷺ قال: «إذا كان ذلك فانضح فرجك بالماء وتوضأ»^(٢) فأوجب الاستنجاء منه؛ ولأن الاستنجاء لا يجب إلا من نجس، وكذلك الودي؛ لأنه تابع للبول في الخروج، فحكمه حكمه.

وأما المني، فهو نجس عندنا، وقال الشافعي: طاهر^(٣).

لنا: قوله ﷺ: «إنما يغسل الثوب من الدم والمني والبول»^(٤).

وقال لعائشة: «إذا رأيت المني رطباً فاغسله»^(٥)؛ ولأنه خارج يتعلق بخروجه [نقض] الطهارة كالبول، ولأنه مني حيوان مُحَرَّم اللحم، [كمني الكلب].

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٧/١: «غريب بهذا اللفظ»، ثم أخرج نحوه عن الستة: البخاري (٣٠٧)، ومسلم ١: ٢٤٠ (١١٠)، وأبو داود (٣٦٥)، والترمذي (١٣٨) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٣٩٥)، ابن ماجه (٦٢٩).

(٢) لم أجده بهذا اللفظ.

(٣) ومذهب مالك كمذهب أبي حنيفة في نجاسة المني، والخلاف بينهما في fark، والمعتمد من مذهب أحمد كمذهب الشافعي رحمهم الله.

انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٣٣/١؛ رحمة الأمة ص ٣٩؛ الهداية ٣٥/١؛ الخرشبي ١٦٤/١؛ المنهاج ص ٦؛ شرح المنتهى ٧٥/١.

(٤) رواه الدارقطني في السنن (٤٥٨)، بلفظ: «إنما يغسل الثوب من خمس: من البول، والغائط، والمني، والدم، والقيء» وقال: «لم يروه غير ثابت بن حماد وهو ضعيف جداً»، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ٢١٠/١.

(٥) لم أجده بهذا اللفظ وقال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٩/١: غريب.

وأخرج الدارقطني في سننه (٤٤٩) قول عائشة: كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ إذا كان يابساً، وأغسله إذا كان رطباً.

١٢٩ - [فَصْل: ما يخرج من بدن الحيوان]

قال أبو الحسن: وكذلك الذي يخرج من ذلك من سائر أبدان الحيوان غير الأبوال، وما يستحيل من مأكلاها، فإن ذلك مختلف في غير الناس، وإنما قلنا إن ما نجس من الآدمي نجس من غيره؛ لأن الآدمي أطهر الحيوان، فما كان نجساً منه أولى أن يكون نجساً من غيره.

١٣٠ - [فَصْل: في أرواث الحيوانات]

وقد قال أصحابنا: إن الأرواث والأخشاء نجسة.

وقال زفر: روث ما يؤكل لحمه طاهر، وهو قول مالك^(١).

لنا: ما روى ابن مسعود لما حمل إلى النبي ﷺ أحجار الاستنجاء ناوله حجران وروثة، فأخذ الحجرين وألقى الروثة، (وقال إنه رجس)^(٢)؛ ولأن الروث مستحيل إلى [التن] والفساد، منفصل من حيوان يمكن الاحتراز عنه، كما ينفصل من الآدمي.

وجه قول زفر: أن الأرواث قد استهان الناس بها بدليل أنهم لا يتجنبونها في طرقهم وخفافهم، ويستعملونها في البناء، ويطينون بها السطوح، فدل ذلك على طهارتها؛ ولأن النبي ﷺ طاف على بعيه^(٣)، ولو كان ما ينفصل منه نجساً،

(١) الأرواث كلها نجسة عند أبي حنيفة والشافعي، وفرق مالك وأحمد بين روث ما يؤكل لحمه فهو طاهر، وما لا يؤكل لحمه فروثه نجس.

انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/١٣٠؛ رؤوس المسائل الخلافية ١/٥٤؛ الأصل ١/٣٧؛ المدونة ١/٢٠؛ الأم ١/٩٣؛ المجموع ٢/٥٦٩.

(٢) رواه البخاري (١٥٦)، والترمذي (١٧)، والنسائي (٤٢)، وابن ماجه (٣١٤).

(٣) رواه أبو داود (١٨٧٨)، وابن ماجه (٢٩٤٧) من حديث صفية بنت شيبة فذكرته.

لجنب المسجد منه .

١٣١ - [فَصْلٌ: فِي خُرْءِ الدَّجَاةِ وَالْبَطِّ]

وخرء الدجاجة نجس ، قال أبو يوسف: وكذلك الأوز ، وروي عنه في البط مثله ، وقال الثوري: هو طاهر .

لنا: أن استحالة ما ينفصل من الدجاجة ، كاستحالة ما ينفصل من سائر الحيوان ، فإذا حكم بنجاسة إحدى العينين لاستحالتها فكذلك الأخرى .

١٣٢ - [فَصْلٌ: فِي ذَرْقٍ مَا يُوَكَّلُ لَحْمَهُ مِنَ الطَّيْرِ]

وأما ذرق ما يوكل لحمه من الطير: فهو طاهر عندنا مثل الحمام والعصفور .
وقال الشافعي: نجس .

وإدعى مالك في هذه المسألة الإجماع في طهارتها^(١) .

وروي أن ابن مسعود ذرقت عصفورة عليه ، فنكته بيده ، وعن ابن عمر: أن حمامة ذرقت على رأسه فمسح رأسه وصلّى^(٢) ؛ ولأن المسلمين لا يتجنبون ذلك في مساجدهم ، وفي المسجد الحرام من لدن النبي ﷺ إلى أيامنا هذه ، فلو كان نجساً لجنبوه المساجد كسائر النجاسات [ولأن استحالتها كاستحالة الطين

(١) ذرق الطيور مما يوكل لحمه طاهر عند (الحنفية والمالكية) وهو الظاهر عند الخنابلة ، واستثنى الحنفية والمالكية من هذا الحكم خرة الدجاج والبط الأهلي ، وقال الشافعية - وهو رواية عن أحمد - بنجاسة خرة الطيور سواء أكان من مأكول اللحم أم غيره .

انظر المراجع: الاختيار ١/٣٤ ، ٣٥ ؛ جواهر الإكليل ١/٩ ، ٢١٧ ؛ كشف القناع ١/١٩٣ ؛ البناية ١/٧٤٧ ؛ حاشية ابن عابدين ١/٢١٤ .

(٢) لم أجدهما ، إلا أن الكاساني أوردهما في بدائع الصنائع ١/٦٢ .

والحمأة، وذلك لا يوجب النجاسة].

١٣٣ - [فصل: ذرق سباع الطير]

وأما ذرق سباع الطير، فهو طاهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هو نجس^(١).

وجه قولهما: أن المساجد لا تنزه من ذلك، كما لا تنزه من الحمام؛ ولأن استحالة ذرقها كاستحالة الطين والحمأة، فلا يوجب / ذلك النجاسة.

وجه قول محمد: أنه مستحيل منفصل من حيوان غير مأكول اللحم كالبهائم.

١٣٤ - [فصل: في بول الحيوانات]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: بول ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه نجس.

وقال محمد: بول ما يؤكل لحمه طاهر، وهو قول مالك^(٢).

وجه قولهما: قوله ﷺ: «استنزهوا من البول»^(٣)؛ ولأنه مستحيل إلى النتن والفساد، منفصل من حيوان يمكن الاحتراز منه، كبول الآدمي.

وجه قول محمد: أن النبي ﷺ أمر العرنيين حين انتفخت بطونهم أن يشربوا من ألبان الإبل وأبوالها^(٤).

(١) وذرق الطيور التي لا يؤكل لحمها كالغراب والباز والشاهين نجس عند جمهور الفقهاء، وهذا

قول المالكية والشافعية والحنابلة، وهو الأصح والمعتمد عند الحنفية؛ انظر المراجع السابقة.

(٢) بول ما يؤكل لحمه نجس عند أبي حنيفة والشافعي، وطاهر في قول مالك وأحمد في المشهور عنه.

انظر: مختصر الطحاوي ص ٣١؛ المدونة ٥/١؛ الإفصاح ١/٦٦.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه الستة: البخاري (٢٣٣)، ومسلم ١٢٩٦/٣ (١٠)، وأبو داود (٤٣٦٤)، والترمذي =

واختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في جواز التداوي به ، قال أبو حنيفة: لا يجوز التداوي به [لقوله ﷺ]: «إن الله تعالى لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليهم»^(١) ولأنه مائع نجس كالخمر .

وقال أبو يوسف: يجوز التداوي به [؛ لأن النبي ﷺ أمر العرنيين بشربه للتداوي .

وهذا لا دلالة فيه ؛ لأنه علم بالوحي أن الداء الذي بهم لا يزول إلا به ، وهذا لا يوجد في غيره .

١٣٥ - [فصل: بول الخفاش والفأرة]

وليس بول الخفاش وخرؤه بشيء عندهم جميعاً ، ولا ينجس شيئاً ؛ وذلك لأن الخفاش لا يتجنب منه في المساجد كالعصافير ؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز من بوله .

وأما الفأرة فبولها وخرؤها نجس ؛ لأنه مستحيل إلى النتن والفساد ، منفصل من حيوان يمكن الاحتراز منه .

١٣٦ - [فصل: دم ما ليس له دم سائل]

ودم ما ليس له دم سائل كالبق ، والبراغيث ليس بنجس .
وقال الشافعي: نجس معفو [عنه]^(٢) .

= (٧٢) ، والنسائي (٣٠٥) ، وابن ماجه (٢٥٧٨) .

(١) عزاه الحافظ في الفتح ٣٣٩/١ ، و٢٦١/١٣ إلى أبي داود من حديث أم سلمة ، ولم أجده ، وعزاه القسطلاني في إرشاد الساري ٣٠٠/١ إلى أبي داود من حديث أم سليم .

(٢) انظر: الاختيار ١٩/١ ؛ المجموع ١٧٨/١ وما بعدها .

لنا: أن الله تعالى حَرَّمَ الدم المسفوح، فما ليس بمسفوح على أصل الإباحة؛ ولأنها لا تتجنب في الثياب وإن كثرت، ولا يستحب إزالتها، والنجاسة إذا عفي عنها استحب إزالتها كسائر النجاسات.

وأما دم الحَلَم^(١) والوَزَغ فهو نجس؛ لأنه دم سائل وقد حرم الله تعالى الدم المسفوح.

فأما دم السمك فهو طاهر في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: هو نجس، وبه قال الشافعي.

قال أبو حنيفة: إنما حرم الله تعالى الدم المسفوح، ودم السمك ليس بمسفوح^(٢).

وجه قولهما: أنه أبيض أكله بدمه، فصار دمه كسائر أجزاءه؛ ولأنه لو كان نجساً لما جاز استباحته إلا بعد سفحه، كحيوان البر، وقد قيل: إنه ليس بدم، وإنما هو ماء متلون، بدليل أنه يبيض بالشمس، والدماء تسود بالشمس.

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان: السمك، والجراد، والكبد، والطحال»^(٣) فخص الإباحة بدمين، فلا يثبت دمٌ ثالثٌ؛ ولأنه دم سائل كسائر الدماء.

(١) «الحَلَم»: جمع الحَلْمَة: وهي القُرَاد العظيم «مختار الصحاح» (حَلَم).

والوَزَغ جمع الوزغة: سَامٌ أبيض. انظر: «المعجم الوجيز» (وزغ).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/١٢٩؛ الأصل ١/٧١؛ المزني ص ٨؛ وقال مالك: يغسل دم السمك. كما في المدونة ١/٢١.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٣٢١٨)، وأحمد في المسند ٢/٩٧، كلاهما من حديث ابن عمر مرفوعاً، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ٤/٢٠١.

وهذا ليس بصحيح ، أما الخبر فدلِيل عليه ؛ لأنه أباح السمك بدمه ، وإنما ذكر دمِين ؛ لأن دم السمك استفيد حكمه بإباحة السمك ، فلم يكرره ، وأما سائر الدماء فلما كانت نجسة لم يبيح تناولها من غير ضرورة ، وأما الكبد والطحال فهما طاهران بدليل الخبر ، وقد قال أصحابنا في الطحال: إذا طلي به وجه الخف جازت الصلاة فيه ؛ لأنه محكوم بطهارته ، وقالوا فيما تبقى في العروق واللحم من الدم: [إنه طاهر ، وإن أصاب الثوب منه أكثر من قدر الدرهم] جازت الصلاة معه ؛ لأنه ليس بدم مسفوح كدم البق ؛ ولأنه أبيض أكله به .

وروي عن أبي يوسف أنه قال: معفو عنه في الأكل وإن احمرّت القدر منه ، وليس بمعفو عنه في الثياب [إن أصابها] ؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه في الأكل ، ويمكن في الثياب .

١٣٧ - [فصل: صوف الميتة وشعرها]

ولا ينجس من غير الإنسان والخنزير الشعر ، والصوف ، والوبر ، والريش ، والقرن ، والعظم ، والعصب ، والخف ، والظلف .

أما طهارة الشعر والريش والوبر والصوف ، فهو قولنا .

وقال الشافعي: هو نجس من الميت^(١) .

لنا: قوله ﷺ: «لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ ولا بقرونها وصوفها وشعرها

(١) مذهب مالك وأحمد كمذهب أبي حنيفة في طهارة صوف الميتة وشعرها .
انظر: رؤوس المسائل الخلافية ٣٦/١ ؛ رحمة الأمة ص ٣٦ ؛ بداية المجتهد ٦٨/١ ؛ القوانين ٤٧/١ ؛ الهداية ٢١/١ ؛ الكافي ص ٢٠/١ ؛ مختصر خليل ص ١١ ؛ المجموع ٢٣٤/١ .

إذا غسل بالماء»^(١)؛ ولأنه ينفصل من الحيوان حال حياته ويحكم بطهارته ، فإذا انفصل بعد الموت ، جاز أن يحكم بطهارته [كالولد] ؛ قالوا . ولأنه لو نجس بالموت نجس بانفصاله حال الحياة كاللحم . وأما العظم فهو طاهر عندنا .

وقال مالك والشافعي : هو نجس .

لنا : أن العظم لا حياة فيه ، بدلالة أنّ السنّ لو أخذ بعضه بالمبرد لم يألم ، ولو كان حيّاً لألم بالقطع ، إذا لم تكن فيه آفة ، وما ليس فيه حياة لا ينجس بالموت ، ولا يقال : إنه يضرس فيألم بالضرس ؛ لأن الألم يكون فيما يتصل به من العصب واللحم ، فيظن الإنسان [أن] الألم فيه ، فإذا تداوى وصل الدواء من خلاله إلى العصب فيسكن ؛ لاستحالة أن يألم بالمطعومات ، ولا يألم بالقطع .

١٣٨ - [فصل : طهارة القرن والحافر والعصب]

وأما القرن والحافر والظلف فهي عظام ، وأما العصب ففيه روايتان : إحداهما : إنه طاهر ؛ لأنه عظم غير متصلب ، فصار كسائر العظام . وأما الرواية الأخرى : إنه نجس ؛ [بدلالة أن] فيه حياة ، والحس يقع به ، فيحس بالموت .

١٣٩ - [فصل : طهارة شعر الإنسان]

وأما شعر الإنسان فطاهر عندنا ، وقال الشافعي : نجس^(٢) .

(١) أخرجه الدارقطني (١١٦) ، وقال : «فيه : يوسف بن السفر ، وهو متروك ولم يأت به غيره» ، وانظر نصب الراية ١/١١٨ .

(٢) وأما شعر الإنسان فطاهر لدى جمهور الفقهاء حتى الشافعي ، فقد روي عنه رحمه الله تعالى : =

لنا: ما روي «أنه ﷺ حلق رأسه وقسم شعره بين أصحابه»^(١) ولو كان نجساً لمنعهم من استعماله ، وما كان طاهراً من بدنه ﷺ كان طاهراً من [بدن] غيره [كالعرق] ، وما كان نجساً من [بدنه] كان نجساً من [بدن غيره] كالدم .

وأما عَظْمُ الْآدَمِيِّ ، فالصحيح أنه طاهر ، مُحَرَّمٌ لِحَرَمَةِ الْآدَمِيِّ ؛ لأنه لا حياة فيه ، فلم ينجس بالموت كالشعر ، والذي قالوا في سِنَّ آدَمِيِّ إِنْ طَحَنَ فِي دَقِيقٍ ، أنه لا يؤكل ؛ لأن أجزاء الآدمي يحرم أكلها لحرمة لا لنجاستها ، وأما عَظْمُ الْخَنزِيرِ فنجس ؛ لأنَّ تحريم الخنزير مغلَّبٌ ، فيتعلق ذلك بما يحله الموت منه وبما لا يحله الموت .

١٤٠ - [فَصْلٌ : شَعْرُ الْخَنزِيرِ]

وأما شَعْرُ الْخَنزِيرِ فقد روي عن أبي حنيفة: أنه نجس لما ذكرنا في العظم ، إلا أنه رَخَّصَ لِلخَرَازِينِ فِي اسْتِعْمَالِهِ لِحَاجَتِهِمْ إِلَيْهِ^(٢) ؛ لأن غيره لا يقوم مقامه ، وقد قال أبو يوسف: لو وقع في ماء نجسه ، وروي عنهم: أنه طاهر ، وقال محمد: إذا وقع في الماء فلم يغلب عليه ، جاز الوضوء ؛ لأنه لا حياة فيه ، فلا تحله النجاسة الحكمية ، كشعر غير الخنزير .



= أنه رجع عن تنجيس شعر الآدمي ، فقد قال العثماني: «شعر الميتة غير الآدمي نجس عند الشافعي» «رحمة الأمة» ص ٣٦ ، فالمذهب: بنجاسة شعر الميتة غير الآدمي ، وطهارة شعر الآدمي . انظر: «المجموع» ٢٩٠/١ ، راجع المراجع السابقة .

(١) كما في صحيح مسلم ٩٤٧/٢ (٣٢٤) .

(٢) واختلف الأئمة في جواز الانتفاع بشعر الخنزير في الخرز ، فرخص فيه أبو حنيفة ومالك ، ومنع منه الشافعي ، وكرهه أحمد وقال: «الخرز بالليف أحب إليّ» . رحمة الأمة ص ٣٦ .

١٤١- [فَصْلُ: عَرَقُ الْجُنُبِ وَالْحَائِضِ]

قال: وَعَرَقُ الْجُنُبِ وَالْحَائِضِ وَالنِّسَاءِ طَاهِرٌ، لَمَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: «لَمْ يَكُنْ لَنَا إِلَّا فِرَاشٌ وَاحِدٌ، فَكُنَّا إِذَا حِضْنَا أَمَرْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَشَدَدْنَا الْأَزْرَ فُضَّاجِعْنَا، فَلَمَّا اتَّسَعَ الْأَمْرُ اتَّخَذْنَا فِرَاشًا آخَرَ»^(١)، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْعَرَقَ لَا يُؤْمَنُ عِنْدَ النَّوْمِ، فَلَوْ كَانَ نَجَسًا [لَتَجَنَّبَهُ]؛ وَلِأَنَّ الْحَيْضَ يُوجِبُ طَهَارَةَ حَكْمِيَّةً، فَلَا يُوَثِّرُ فِي نَجَاسَةِ الْبَدَنِ كَالْحَدَثِ.

١٤٢- [فَصْلُ: فِيمَا بَقِيَ مِنْ فَضْلِ الْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ]

[قال:] وَفَضْلٌ وَضُوءُهُمْ وَمَا أُدْخِلُوا أَيْدِيَهُمْ لِلْإِغْتِرَافِ مِنْهُ دُونَ غُسْلِهَا، [فَهُوَ] طَاهِرٌ.

وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِ الْوُضُوءِ بِفَضْلِ وَضُوءِ الْمَرْأَةِ: مَا رَوَى فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ قَالَتْ: «كُنْتُ أَغْتَسِلُ أَنَا وَرَسُولُ اللَّهِ مِنْ إِيْنَاءٍ وَاحِدٍ مِنَ الْجَنَابَةِ، وَيَقُولُ أَبْقِي لِي أَبْقِي لِي»^(٢)، وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: هُنَّ أَنْظَفُ ثِيَابًا وَأَطْيَبُ رِيحًا^(٣).
وَرَوَى جَوَازَ الْوُضُوءِ بِفَضْلِهِنَّ عَنْ سَعِيدِ وَأَبِي هُرَيْرَةَ^(٤).

[وروى جابر] عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس على الماء جنابة ولا على

(١) روى نحوه أحمد في المسند ٩١/٦.

(٢) رواه الحميدي في المسند (١٦٨)، والطبراني في المعجم الصغير (٥٩٣).

(٣) أثر ابن عباس أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٥٠)، لكن بلفظ: ألطف بنانا وأطيب ريحا.

(٤) أثر أبي هريرة أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٤٨)، أما أثر سعيد فلم أجده، وأخرج ابن

أبي شيبة في مصنفه (٣٥٩) أن سعيد بن المسيب والحسن كانا يكرهان الوضوء بفضل وضوء المرأة.

الأرض جنابة، ولا على الثوب جنابة»^(١)، والمراد به: أنه لا يتعلق [حكمها] بالماء.

وفي خبر ابن عباس «أن بعض أزواج النبي ﷺ اغتسلت من جفنة فجاء رسول الله ﷺ يغتسل منها أو يتوضأ، فقالت: يا رسول الله إني كنت جُنُبًا، فقال: الماء لا يجنب»^(٢)؛ ولأنه لا خلاف أنهما لو استعملا الماء [معاً] جاز، فكذلك يجوز إذا استعمل أحدهما بعد الآخر، كالرَّ [جُلَيْن].

١٤٣- [فَصْل: فِي عَرَقِ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِ سُورِهِ]

[قال]: وعَرَق كل شيء مثل سوره؛ [وذلك] لأن العَرَق رطوبة متحللة من البدن كاللعاب.

وهذا صحيح على الرواية التي نقول فيها: إن عَرَق الحمار غير معفو عنه.

فأما على الرواية الظاهرة، فعرق الحمار طاهر، ولعابه مشكوك فيه، وقال: وما لم يوجب خروجه من الإنسان طهارة، فهو طاهر، وهذا كالدَّمْع والعَرَق واللَّبَن؛ لأن إحدى الطهارتين لما لم يتعلق بخروجه، كذلك الأخرى^(٣).



(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٠٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٦٩)، والترمذي (٦٥)، وابن ماجه (٣٧٠)، وابن حبان في صحيحه (١٢٤٨)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) انظر: الأصل ٥٤/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٦٥/١ وما بعدها.

بَاب

المقدار الذي يمنع الصلاة من هذه النجاسات



١٤٤ - [حكم إزالة النجاسة]

قال الشيخ رحمه الله تعالى: أصل هذا الباب أن إزالة النجاسة واجبة .

وقال مالك: هي مستحبة^(١).

لنا: قوله ﷺ في دم الحيض: «حتّيه ثم اقرصيه ثم اغسله بالماء»^(٢).

وقال لعمّار: «قم بغسل ثوبك» فقال: من نخامة؟ قال: «إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول»^(٣)، ومعلوم أن غسل النخامة مستحب، فلو كان غسل النجاسة مستحباً، لم يكن للفرق بينهما معنى؛ ولأنها إحدى الطهارتين، فكان فيها ما هو واجب كطهارة الحدث.

(١) ذكر المالكية الخلاف في حكم إزالة النجاسة كقول خليل: «هل إزالة النجاسة عن ثوب مُصَلٍّ... سنة أو واجبة إن ذكر وقدر...» مختصر خليل ص ١٢، ولم أجد من رجّح في الشروح إلا ما ذكره ابن الجلاب «وإزالة النجاسة عن الثوب والجسد والمكان مسنونة غير مفروضة؛ إلا أن تكون في أعضاء الوضوء فتجب إزالتها» التفريع، ١/١٩٨.

انظر: الكافي ص ١٨؛ الخرشي ١/١٠٣؛ وقال ابن جزري: «إزالة النجاسة واجبة مع الذكر والقدرة على المشهور» القوانين ص ٤٨.

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٤٥٨)، والذي يفهم منه أن النبي ﷺ سأله مم تغسل ثوبك؟ فقال: من نخامة، ولم أجد أن النبي ﷺ أمره بغسل ثوبه.

١٤٥ - [فصل: في قليل النجاسة]

وقليل النجاسة معفو عنه [عندنا، وقال زفر: قليلها وكثيرها سواء إلا مقدار اللمعة من الدم.

لنا: ما روي «أن النبي ﷺ خلع نعله في الصلاة، فخلع أصحابه نعالهم، فلما سلم قال: أخبرني جبريل أن عليها دم حلمة، وروي سرجناً»^(١)، فلولا أن يسير النجاسة معفو] عنه لاستأنف الصلاة؛ ولأن الصلاة جائزة مع أثر الاستنجاء بالاتفاق، وكان المعنى فيه أنه في حكم اليسير.

١٤٦ - [فصل: في أنواع النجاسة]

والنجاسة على ضربين: مغلظة ومخففة.

فالمغلظة: يعفى عنها عن مقدار مساحة الدرهم [الكبير]، فإن زادت على ذلك لم تجز الصلاة مع القدرة على إزالتها، وإنما قدروها بمقدار الدرهم لحديث ابن عمر: أن النبي ﷺ قال فيمن صلى وفي ثوبه الدم أكثر من مقدار الدرهم: «أعد الصلاة»^(٢)؛ ولأن أثر النجاسة في موضع الاستنجاء معفو عنه، والنجاسة لا تختلف باختلاف مواضع البدن، فإذا عفي عن الأثر في موضع الاستنجاء فجميع البدن في حكمه، ولهذا قال أصحابنا: إن من استجمر بالأحجار وأصابته نجاسة يسيرة لم تجز صلاته فيها؛ لأنه إذا اجتمع زاد على قدر الدرهم، وإنما

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٨٧)، عن ابن عباس، وقال ابن الملقن: «إسناده ضعيف صالح بن بيان يروي المناكير عن الثقات»، وقال الدارقطني: «متروك»، و«متروك»، قال البخاري: «منكر الحديث تركوه» كما في البدر المنير ١٣٧/٤.

(٢) لم أجده.

يعفى عنه مقدار الدرهم لمن استنجى بالماء .

وقال النخعي: أرادوا أن يقولوا مقدار المَقْعَدِ فاستقبحوا ذلك ، فقالوا:
مقدار الدرهم يعفى ، يعني فيما عفي عنه من النجاسات .

١٤٧- [فصل: في النجاسة المغلظة]

والنجاسة المغلظة عند أبي حنيفة: كل عين ورد في نجاستها نص ، ولم يرد في طهارتها نص ، اختلف الناس فيها أو اتفقوا ؛ لأن النص إذا انفرد عن معارضه تأكد حكمه ، وعلى هذا قالوا في الأرواث: إنه يعتبر فيها [مقدار] الدرهم ؛ لأن النص ورد بنجاستها ، وهو قوله ﷺ: «إنها رجس»^(١) ، ولم يعارض هذا النص إلا الاختلاف ، والنص حجة ، والاختلاف ليس بحجة ، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَزُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] ، فأمر برد الخلاف إلى الكتاب والسنة .

وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: ما ساغ الاجتهاد في طهارته فهو مخفف ، ولهذا قالوا: إن الأرواث يعتبر فيها أن تبلغ حد الكثير الفاحش ؛ لأن تسويغ الاجتهاد فيه يخفف الحكم ، فصار كما لو ورد نص يعارض النص .

١٤٨- [فصل: في النجاسة المخففة]

وأما ما ورد في نجاسته نص وفي طهارته نص ، ودلَّ الدليل على أن الأخذ بالنجاسة أولى ، فهو مخفف مثل بول ما يؤكل لحمه ؛ ولأن النص ورد بنجاسته وهو قوله ﷺ: «استنزها من البول»^(٢) ، وورد نص بطهارته بدليل خبر العرنين ،

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

فصار معارضاً للنص الذي لو انفرد أوجب الطهارة، فيؤثر في التخفيف، فإذا خَفَّ حكم هذه النجاسة، لم يجز أن يساوي ما غلظ حكمه، فقالوا: هي معفو عنها ما لم يتفاحش.

١٤٩ - [حَدَّ الكثير الفاحش]

وأما حَدَّ الكثير الفاحش: فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه يكره أن يحدَّ فيه أحداً.

وذكر الحاكم عن أبي حنيفة ومحمد: ربع الثوب، وروي عن أبي يوسف: شبر في شبر، وروي عنه: أكثر من شبر في شبر، وروي عنه: ذراع في ذراع.

وروي عن محمد: ربع الثوب وشبر في شبر، وروي عنه: مقدار القدمين.

أما وجه الرواية التي منع أبو حنيفة من تقديره: فلأن المستفحش يختلف باختلاف الناس: منهم من يستفحش القليل، ومنهم من لا يستفحش [إلا] الكثير، فوجب أن لا يتقدر ذلك، ويترك الحكم فيه على العادة.

وأما وجه الرواية التي اعتبر فيها ربع الثوب - قال الحاكم: وهي الصحيحة من مذهب أبي حنيفة ومحمد - فلأن الربع في حكم الجميع؛ بدلالة أن الرائي للشخص يلاقيه أحد جوانبه الأربعة، فيقول: قد رأيت؛ ولأن المسح على الرأس مقدر بالربع، والمسح أخف طهارتي الحدث، فاعتبر فيه تقدير أخف طهارتي النجاسة.

وأما قول أبي يوسف: شبر في شبر؛ فلأن هذا في حكم الكثير، ألا ترى أنه يقدر به المذروعات، وقال في الرواية الأخرى: أكثر من شبر؛ لأن الشبر لما

كان حداً، كان الممتنع ما زاد عليه كقدر الدرهم في المغلظ .

وأما الذي قال: ذراع في ذراع؛ فلأن الذراع أقل ما وضع له مقدار في المساحة، والشبر لم يوضع له قدر، والذي قال محمد: في موضع القدمين، فمن أصحابنا من قال: إن ذلك شبر في شبر، ومنهم من قال: لأن الإنسان يمشي غير منتعل [فيقع رجله] ^(١) على السرقين فيستبين بذلك، فإن ابتلت قدماه استفحشه، فدل أن ذلك هو الكثير الفاحش .

١٥٠- [فصل: تطهير بدن المصلي وثوبه وموقع الصلاة]

قال: والواجب تطهير [بدن المصلي وثوبه] والموقع الذي يصلي عليه .

فأما الثوب فلقوله ﷺ: «إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول» ^(٢) .

وأما البدن فلأن الأصل في الطهارة يتعلق بالبدن، فإذا تعلقت هذه الطهارة بغير البدن؛ فلأن يتعلق بالبدن أولى؛ ولأن النبي ﷺ قال للمستحاضة: «اغسلي عنك شعار الدم وصلّي» ^(٣) .

وأما المكان فلأن النبي ﷺ «نهى عن الصلاة في المجزرة والمقبرة والمزبلة ومعاطن الإبل» ^(٤)، وهذه مواضع النجاسات .

(١) انظر هذه الأقوال بالتفصيل: الفتاوى التاتارخانية ٢٢٤/١ وما بعدها .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج البخاري (٢٢٨)، أن النبي ﷺ قال لها: «فاغسلي عنك الدم، ثم صلي»، وكذا عند مسلم ٢٦٢/١ (٦٢)، وأبو داود (٢٨٦)، والترمذي (١٢٥)، والنسائي (٢٠١، ٢١٢)، وابن ماجه (٦٢١)، وأخرجه النسائي في موضع آخر من سننه (٢١٧) بلفظ: «فاغسلي عنك أثر الدم» .

(٤) كما في حديث ابن عمر ﷺ: «أنه ﷺ نهى أن يصلى في سبعة مواطن: في المزبلة، والمجزرة، =

قال أبو الحسن في قليل النجاسة: إن غسلها أفضل، وهذا صحيح؛ لأن العفو عنها من طريق التخفيف، فإذا استعمل الأغلظ في الطهارة كان أفضل، كمن استنجى بالماء.

١٥١- [فصل: في نجاسة موضع قدم المصلي]

وإذا كانت النجاسة في موضع قدم المصلي أكثر من قدر الدرهم، وافتتح الصلاة عليها، فصلاته فاسدة؛ وذلك لأن القيام واجب، وأدنى ما يقوم الإنسان عليه أطراف أصابعه، وذلك أكثر من قدر الدرهم، فمنع الصلاة.

وأما إذا كانت النجاسة في موضع سجوده فروى محمد عن أبي حنيفة: [أن صلاته] لا تجوز إلا أن يعيد السجود على موضع طاهر، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن صلاته جائزة.

[أما] وجه الرواية الأولى: فلأن السجود شرط في الصلاة كالقيام، وكما لا يعتد بالقيام مع النجاسة، فكذلك السجود.

وجه الرواية الأخرى: أن الواجب عند أبي حنيفة في السجود أن يسجد على طرف أنفه، وذلك أقل من قدر الدرهم، واستعمال الأقل من مقدار الدرهم من النجاسة لا يمنع صحة الصلاة.

وأما على قولهما: فالسجود على الجبهة فريضة^(١)، وذلك أكثر من مقدار

= والمقبرة، وقارعة الطريق، وفي الحمام، وفي معادن الإبل، وفوق ظهر بيت الله تعالى». أخرجه الترمذي (٣٤٦) وقال: «إسناده ليس بذلك القوي»؛ وابن ماجه (٧٤٦).

(١) في ب (واجب)، وفي التاتارخانية «وأما فرض السجود فيتأدى بوضع الجبهة والأنف والقدمين =

الدرهم ، فإذا استعمله في صلاته لم يجز .

وأما إذا سجد على موضع نجس ، وأعاد على موضع طاهر ، جاز ؛ لأن السجود على النجاسة غير معتد به ؛ فكأنه لم يسجد ، ولا يجعل ذلك كمن استعمل النجاسة في حال الصلاة ؛ لأن الوضع على النجاسة أهون من حملها ، بدليل : أن من وقف على بساط في جانبه نجاسة ، جاز ، ولو تعمم بثوب طرفه ملقى على الأرض وعليه نجاسة ، لم يجز إذا كان يتحرك بحركته ، ولو سجد على فراش وجهه طاهر ، وفي باطنه نجاسة ، جاز ، ولو لبس جبة في حشوها نجاسة ، لم يجز ، وإذا كان حكم الوضع أخف ، كان الساجد على النجاسة كمن لم يسجد ، وإذا سجد على موضع طاهر جاز .

وأما القيام إذا افتتح على النجاسة ، منع ذلك من انعقاد الصلاة ، وإن افتتح [الصلاة] على موضع طاهر ، ثم نقل قدمه إلى مكان نجس ، ثم أعاده إلى مكان طاهر ، صحت صلاته ؛ لأن [ذلك] الوضع على النجاسة غير معتد به ، قالوا : إلا أن يتناول حتى يصير في حكم الفعل إذا زيد في الصلاة أفسدها .

وأما إذا كانت النجاسة في موضع يديه أو ركبتيه ، فصلاته جائزة ؛ لما بينا أن الوضع على النجاسة كلا وضع ، والسجود على اليدين والركبتين ليس بواجب عندنا^(١) .



= في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يتأدى بوضع الأنف « ٣٧٠/١ .
(١) انظر : شرح مختصر الطحاوي ٢٥٦/١ ؛ ٢٥٧ .

بَابُ تَطْهِيرِ هَذِهِ النِّجَاسَاتِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا يطهر شيء مما كان فيه من هذه النجاسات من ثوب أو بدن إلا بال غسل ، إلا المني فإنه يجزئ فيه الفرك .

والأصل في إزالة النجاسة بال غسل قوله ﷺ: «إنما يُغسل الثوب من المني والدم والبول»^(١) ، وقوله ﷺ لعائشة: «إذا رأيتِ المني رَطْباً فاغسله»^(٢) ، وقال ﷺ في دم الحيض: «حتّيه ثم اقرصيه ثم اغسله بالماء»^(٣) .

١٥٢ - [تطهير الثوب من المني]

وأما المني إذا كان رطباً فلا يجزئ فيه إلا الغسل ؛ لأنه عين نجسة كسائر النجاسات ، وإن كان يابساً على الثوب أجزاءه الفرك استحساناً ، وإن كان على البدن لم يجز فيه إلا الغسل ، وروى ذلك الحسن عن أبي حنيفة .

أما وجه القياس: فلأنها عين نجسة ، فلا تطهر من الثوب بالفرك ، كسائر النجاسات ، وإنما استحسنا لقوله ﷺ: «إذا رأيتِ المني رطباً فاغسله ، وإن كان يابساً فافركيه»^(٤) ؛ ولأن المني لزج ، فإذا جف على الثوب لم يتداخل فيه خلاله ،

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) سبق تخريجه .

فإذا فرك زال معظمه ولم يُبقِ ذلك إلا أجزاءً يسيرةً لا يعتد بها.

وأما البدن فلا يفرك ؛ لأنه لا يمكن أن يفرك كما يفرك الثوب ، فبقي على أصل القياس ، وظاهر ما ذكره أبو الحسن : أن الثوب والبدن سواء في الحثِّ ، إلا أن الرواية على ما قدمناه .

١٥٣ - [فصل : في إزالة النجاسات بغير الماء]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : [يجوز] إزالة النجاسة من الثوب والبدن بكل شيء يغسل به الثوب ، ويعصر فينعصر حتى يسيل ، مثل الخل وماء الورد .
وروي عن أبي يوسف : الفرق بين الثوب والبدن ، فقال : البدن لا يزول إلا بالماء .

وقال زفر ومحمد : لا يجوز إزالة النجاسة إلا بالماء ، وهو قول الشافعي^(١) .
وجه قولهما : ما روي أن النبي ﷺ قال - في ولوغ الكلب - : «فاغسلوه سبعاً»^(٢) ، ولم يفصل ؛ ولأنه تطهير للنجاسة ، فلم يختص بالماء كالدباغ ؛ ولأنه مائع طاهر ، فجاز أن يزول به حكم النجاسة ، كالماء .

وجه [قول زفر ومحمد] : قوله ﷺ في دم الحيض : «حتّيه ثم اقرصيه ثم اغسله بالماء»^(٣) ؛ ولأنها طهارة كالوضوء .

(١) «لا تزال النجاسة إلا بالماء عند مالك والشافعي وأحمد» رحمة الأمة ص ٢٨ ؛ رؤوس المسائل

الخلافة ٣١/١ ؛ القوانين ص ٤٨ .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٤) .

(٣) سبق تخريجه .

١٥٤ - [فصل: في طهارة ما له عين مرئية]

قال أبو الحسن: وطهارة ما له عين مرئية زوال عينها لما ذكرنا، إلا أن يبقى أثر لا يزيله الماء، فلا يضره، وما لم يكن له عين مرئية، فطهارته أن يغسل ثلاثاً، فإن غسل مرة واحدة، فغلب في ظن الغاسل أن النجاسة قد زالت، أجزأه، أما ما له عين مرئية؛ فلأن الحكم تعلق بحدوثها^(١)، فإذا زالت زال الحكم المتعلق بها، وما لم يكن له عين مرئية، فلا يمكن القطع بزوالها، فاعتبر فيها الظن؛ وإنما قدروا الثلاث؛ لأن الغالب أن الإزالة تحصل بها؛ لأن النبي ﷺ قدر بذلك غسل يد المستيقظ، فأما الأثر فمعفو عنه؛ لقوله ﷺ في دم الحيض: «اغسله ولا يضرك أثره»^(٢).

١٥٥ - [فصل: في تطهير الإناء من ولوغ الكلب]

قال أصحابنا: إن تطهير الإناء من ولوغ الكلب لا يختص بعدد، وإنما يعتبر غالب الظن في طهارته، وقال الشافعي: يغسل سبعمائة إحداهن بالتراب^(٣).

لنا: حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فاغسلوه ثلاثاً أو خمساً أو سبعمائة»^(٤)؛ ولأنها نجاسة غير مرئية كنجاسة البول،

(١) في ب (بوجوبها).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ومذهب أحمد كمذهب الشافعي، ومذهب مالك بأن الكلب طاهر لا ينجس ما ولغ فيه، لكن يغسل الإناء تعبدًا. انظر رحمة الأمة ص ٣٣، ٣٤؛ الإفصاح ١/٦٤؛ الكافي ص ١٨؛ شرح المنتهى ١/١١٠.

(٤) رواه الدارقطني في السنن (١٩٣ - ١٩٤)، وقال: تفرد به عبد الوهاب بن الضحاك، عن إسماعيل بن عياش، وهو متروك الحديث، ثم قال: وغير عبد الوهاب يرويه عن إسماعيل بهذا الإسناد: =

وما روي في حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فاغسلوه سبعا» قد عارضه حديث أبي هريرة الذي روى فيه (التخيير بين الثلاثة والخمسة)، وهو زيادة في اللفظ، فالرجوع إليها أولى، ولا يقال في خبرنا زيادة حكم؛ لأن التخيير زيادة حكم أيضاً؛ ولأن الرجوع إلى زيادة الحكم لو وجب الرجوع، لكان الرجوع إلى حديث عبد الله بن المغفل أولى؛ لأنه ﷺ قال: «وعفّروا الثامنة بالتراب»^(١)، وقال أصحاب أهل الحديث^(٢): إن إسناده أصحّ من إسناده أبي هريرة.

وقد قيل: إن النبي ﷺ كان أوجب في بدء الإسلام غسل الثوب من البول [سبعا] وغسل الجنابة سبعا، ثم نسخ ذلك، فيجوز أن يكون أمر بغسل البول سبعا في ذلك الوقت.

١٥٦- [فصل: تطهير الأرض من النجاسة]

قال أصحابنا: إذا كانت النجاسة على الأرض، فإن كانت رخوة فصبّ عليها الماء طهرت، وإن كانت صلبة واندفع الماء عن [موضع] النجاسة، طهرت، ونجس الموضع الذي انتقل إليه الماء، وقال الشافعي: إذا كُوثر بالماء طهرت^(٣).
لنا: «أن أعرابياً بال في المسجد، فأمر النبي ﷺ أن يحفر موضع بوله»^(٤)،

= «فاغسلوه سبعا»، وهو الصواب، وانظر نصب الراية ١/١٣١.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) وفي ب (أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ١٨، ١٩.

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية ١/٢١٢: ورد الحفر من طريقين مسندين، ومن طريقين مرسلين، ثم

أخرجهما، وتكلم عليهما.



فدل أنه لا يطهر بمكاثرة الماء؛ ولأن الماء إذا اختلط بالنجاسة انتجس، فإذا كانت الأرض رخوة، نزل الماء عن وجهها، فصار كالثوب إذا غسل وعصر، وإذا كانت صلبة بقي على وجهها، فصار كالثوب إذا غسل ولم يعصر منه الماء.

١٥٧- [فصل: ورود الماء على النجاسة]

وقد قال أصحابنا: إن الماء إذا ورد على النجاسة تنجس، وقال الشافعي: لا يتنجس إلا أن يتغير^(١).

لنا: أن ما تنجس بورود النجاسة عليه، تنجس بوروده عليها، كالخَلِّ واللَّبَنِ؛ ولأن مخالطة اللبن الماء إذا ورد عليها، كمخالطته إذا ورد عليه، فتساويا.

١٥٨- [فصل: في تطهير بول الصبي والصبية]

وقد قال أصحابنا: إن بول الصبي والصبية نجس، لا يزول إلا بالغسل.

وقال الشافعي: إذا لم يطعم الصبي فبوله يجزئ فيه الرِّش، ولا يجزئ في بول الأنثى إلا الغسل^(٢).

لنا: قوله ﷺ: «إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول»^(٣)؛ ولأنه لما وجب غسل بول الأنثى كذلك بول الذكر، أصله [كما] لو طعما.

فأما الذي روي عنه ﷺ حيث قال: «ينضح بول الغلام ويغسل بول

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٣٨/١ وما بعدها؛ المهذب ٤٤/١ (دار القلم).

(٢) ومذهب مالك كمذهب أبي حنيفة في عدم التفريق، ومذهب أحمد كمذهب الشافعي في التفريق.

انظر: مختصر الطحاوي ص ١٣١؛ المدونة ٢٤/١؛ المجموع ٦٠٩/٣؛ الفقه الحنبلي الميسر ٣٧/١.

(٣) سبق تخريجه.

الجارية»^(١)، فالنضح هو الصبُّ، يقال: بثر ناضح إذا استقى منها الماء للزرع، والسوانية نواضح^(٢)، والصب يطهر به النجاسة عندنا.

وإنما فرّق [ﷺ] بينهما؛ لأن بول الجارية يأخذ من الثوب أكثر مما يأخذ منه بول الغلام؛ لاختلاف مخرجيهما، ويحتمل أن يكون قال ذلك في حالتين، فجمع الراوي بينهما.

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: وبالجملة إن خبر الواحد إذا خالف الأصول، لم يقبل عندنا.

١٥٩ - [فصل: طهارة الخف والنعل]

وقال أبو الحسن: وما كان في خف أو نعل فكان رطباً، لم يطهر إلا بالغسل وإن جفّ، فما له جسم كثيف مثل السرجين، والدم، والعدرة، والمنى فحّته يطهره، وما لم يكن له جسم قائم كثيف، لم يجز فيه إلا الغسل، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا يجزئ في جميع ذلك إلا الغسل غير المنى.

أما إذا كان رطباً فلأن المسح لا يزيل عنه إلا اليسير، فيبقى معظم النجاسة. وأما إذا جفّ فالوجه فيه قوله ﷺ: «إذا أصاب خف أحدكم أو نعله أذى، فليدلكهما بالأرض، وليصلّ فيه، فإن ذلك لهما طهر»^(٣)؛ ولأن الخف

(١) فيه حديث علي، أخرجه أبو داود (٣٨١)، والترمذي (٦١٠) وحسنه، وابن ماجه (٥٢٥)، وانظر بقية الأحاديث الواردة في بول الصبي في نصب الراية ١/١٢٥.

(٢) انظر: المصباح، المختار (نضح).

(٣) قال ابن الملقن في البدر المنير ٤/١٢٨: هذا الحديث له طرق ثلاثة، ثم ساقها، وتكلم عليها.

مستحصف لا يتداخله أجزاء النجاسة، فإذا جف ما يلاقي الأرض اجتذبت الرطوبة التي على الخف، فإذا دلّكه بالأرض لم يبق منه إلا أجزاء يسيرة، وذلك معفو عنه، وليس كذلك ما ليس له جرم حصيف، كالبول والخمر؛ لأنه إذا جف على وجه الأرض لم يكن له ما يجتذبه منه، فيبقى على حاله، ولو ألصق على البول طيناً رطباً فجف، ثم مسحه جاز؛ لأنه اجتذب ما على وجه الخف كما يجتذبه السرجين.

وجه قول محمد هو: أنه محل نجس، فلا تزول النجاسة عنه بالمسح كالثوب.

وأما الثوب والبساط فلا يجوز فيهما إلا الغسل؛ لأنه متخلخل الأجزاء، والنجاسة تتداخل فيه فلا يزول بالمسح.

فأما على قول أبي الحسن: إذا جف ما على الخف طهر، فيجوز أن يريد بذلك إجازة الصلاة فيه؛ لأن أصحابنا كانوا يقولون: إن الخف لا يطهر ولكن يزول عنه معظم النجاسة، وكذلك قالوا في المنيّ إذا فرك، والأرض إذا ذهب أثر النجاسة منها، ولذلك لم يجوّزوا التيمم منها في الرواية المشهورة، وكانوا يقولون في الثوب إذا فرك من المني ثم وقع في ماء نجسه، فعلى هذا يُحمل قوله: طهر، على معنى: جازت الصلاة فيه، ومن أصحابنا من التزم في الثوب أنه يطهر وتزول النجاسة عنه، كما يزول بالغسل، فعلى هذا يصح قول أبي الحسن على ظاهره.

١٦٠- [فصل: في طهارة الجسم الصقيل]

وقد قال أصحابنا: في النجاسة إذا وقعت على السيف والمرأة فمسحت،

طهرت ؛ لأنه جسم صقيل لا يتداخله النجاسة ، فإذا مسحت لم يبق منها إلا اليسير الذي لا يعتد به .

١٦١ - [فصل: في ذهاب أثر النجاسة من الأرض]

وإذا أصابت الأرض نجاسة فجفت ، ومضى عليها زمان ، فذهب أثرها ، جازت الصلاة على مكانها ، وقال الشافعي: لا يجوز^(١) .

لنا: أن الأرض من شأنها أن تكفت^(٢) الأشياء إلى طبعها لقوله تعالى: ﴿الْأَرْضُ كِهَاتَا﴾ [المرسلات: ٢٥] ، وأن تُحوّل الأشياء إلى طبعها ، فإذا ذهبت النجاسة علم أنها استحالت إلى طبعها ، والاستحالة تؤثر في التطهير ، كتخليل الخمر والمذرة ، والمذرة تعود قروجا ، وعلى هذا قال أبو حنيفة ومحمد في الحمار أو الخنزير إذا وقع في [المملاحة ، فصار ملحا] : أنه يطهر ؛ لأنه استحال عن طبعه [وكذلك قال محمد في الخل إذا دفن فاستحال ، قال محمد: أخبرني أهل العلم بالصنعة أنه يصير أرضاً] .

وجه قول زفر: أنها نجاسة فلا تزول بالشمس ، كنجاسة الثوب .

فأما التيمم من تلك البقعة ، فالمشهور أنه لا يجوز ؛ لأن الاستحالة تذهب بمعظم النجاسات وتبقى أجزاء يسيرة ، وذلك يمنع الطهارة^(٣) ولا يمنع الصلاة ،

(١) ومذهب أحمد كمذهب الشافعي في عدم الطهارة ، ولا بد أن يصب عليه ذنوباً من ماء . وقال مالك: «أعاد الصلاة ما دام في الوقت» .

انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/١٣٣ ، الأصل ١/٢٠٧ ؛ الأم ١/٥٢ ؛ المدونة ١/٣٦ ؛ المغني ١/٧٢ ؛ الفقه الحنبلي الميسر ١/٣٧ .

(٢) والكفات: «الموضع الذي يكفت فيه شيء ، أي: يُضمّ» . مختار الصحاح (كفت) .

(٣) وفي ب (وذلك يمنع الطهارة وإن لم يمنع في موضع الصلاة) .

وروي عن أصحابنا: أنه يجوز التيمم منه ؛ لأن الاستحالة^(١) قلبت النجاسة إلى جنس الأرض ، فجاز التيمم بها .

١٦٢- [فصل: إزالة النجاسة بالصَّبِّ والغسل]

قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز إزالة النجاسات بالغسل والصب ، وقال أبو يوسف: لا يطهر إلا بالصب .

وجه قولهما: هو أن الغسل تطهير لبعض الأعيان ، وهو ما لا يمكن الصب عليه ، فكان تطهيراً لتنقيتها كالصَّبِّ .

وجه قول أبي يوسف: هو أن القياس يمنع من زوال النجاسة بالغسل ، وإنما تركنا القياس إذا بالغ فيما يقدر عليه ، وذلك موجود [في الصَّبِّ دون الغسل]^(٢) .



(١) في ب (استحالة النجاسة إلى جنس الأرض) .

(٢) في أ (في الغسل دون الصب) .

بَاب تطهير جلود الميتة



قال [أبو الحسن]: كل جلد دُبِعَ فقد طهر، إلا جلد الخنزير والإنسان.

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: والأصل في هذا: أن جلود الميتة تطهر بالدباغ^(١)، وقال مالك: لا تطهر، ويجوز استعمالها في الجامد دون المائع، ولا تجوز الصلاة فيها^(٢).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه مرَّ بشاة ميتة لميمونة، فقال: «هلا أخذتم جلدها فدبغتموه فانتفعتم به، فقالوا: إنها ميتة؟!»، فقال: «إنما حرم من الميتة أكلها»^(٣).

(١) «الدباغ وهو على ضربين: حقيقية وحكمية.

فالحقيقية: أن يدبغ بشيء له قيمة، كالقراد والعفص وغيرهما، ولو أصابها ماء فابتل، لا يعود نجسًا.

والحكمية: فهو أن يخرج من حد الفساد، إما بالشمس، أو بالتراب، أو بإلقاء في الريح، فإنه يصير طاهرًا، ولو أصابها الماء فابتل، فعند أبي حنيفة عنه روايتان: في رواية: يعود نجسًا، وفي رواية: لا يعود نجسًا. المشكلات، ق ٦.

«وأما حد الدباغ، فحدّها: ذهاب الرطوبات والدسومات التي يكون في الجلد من الدباغ، وليس بمقدار الأيام عندنا، إنما يقدر بذهاب الرطوبات». المشكلات، ق ٦.

(٢) انظر: القدوري، ص ٤٦؛ مختصر خليل، ص ١١؛ ومذهب الشافعي كمذهب أبي حنيفة إلا في جلد الكلب، ومذهب الحنابلة أنها لا تطهر.

انظر: المهذب (بتحقيق الزحيلي) ١/٦٠؛ الروض المربع (مع حاشية قاسم) ١/١٠٩.

(٣) قال الحافظ في التلخيص ١/٧٥: هذا الحديث بهذا السياق لا يوجد، بل هو ملفق من حديثين، =

وروي أنه ﷺ قال: «أيما إهاب دُبغ فقد طهر»^(١)؛ ولأن الدبغ يحيل الجلد حتى لا يتأتى فيه الأكلة، والاستحالة تطهر الأعيان النجسة، كالخمر إذا تخللت، وهذا التعليل معنى قوله ﷺ: «يحل الدبغ الجلد كما يحل الخل الخمر»^(٢).

فأما حديث عبد الله بن عكيم أن النبي ﷺ قال: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب»^(٣). فإن الإهاب: الجلد الذي لم يُدبغ، قال الأصمعي: [قال الخليل]: فإذا دبغ سمي أديماً.

١٦٣- فَصْل: [تطهير جلود السباع بالدبغ]

[قال:] وقد قال أصحابنا: جلود السباع تطهرها الدبغ، وقال أصحاب الحديث: لا يطهر إلا جلد ما يؤكل لحمه.

لنا: قوله ﷺ: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»^(٤)، وروي «أن النبي ﷺ توضأ من ماء في شئ من جلد حمار ميت»^(٥)؛ ولأنه حيوان ينتفع به في حياته^(٦) بغير

= ثم ذكرهما وتكلم عليهما.

(١) رواه الترمذي (١٧٢٨)، والنسائي (٤٢٤١)، وابن ماجه (٣٦٠٩) كلهم من حديث ابن عباس، وقال الترمذي: حديث صحيح، ورواه الدارقطني في سننه (١٢١) من حديث ابن عمر، وقال: إسناده حسن. وانظر كلام الزيلعي عليهما في نصب الراية ١١٥/١.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٩٣٩٠) من رواية أم سلمة بلفظ: «إن دبغها يحلها كما يحل الخل الخمر»، وقال لم يرو هذا الحديث عن يحيى بن سعيد إلا فرج بن فضالة، ولا يروى عن أم سلمة إلا بهذا الاسناد.

(٣) أخرجه الأربعة: أبو داود (٤١٢٤)، والترمذي (١٧٢٩)، والنسائي (٤٢٤٩)، وابن ماجه (٣٦١٣).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) لم أجده.

(٦) في ب (ولأنه بهيمة ينتفع به في حال حياته، فصار كما أكل لحمه).

ضرورة، كالذي يؤكل لحمه.

١٦٤- [فَصْل: تطهير جلد الكلب بالدباغ]

فأما جلد الكلب فيطهر عندنا بالدباغ، وقال الشافعي: لا يطهر.

لنا: قوله ﷺ: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»^(١)؛ ولأنه بهيمة أبيع الانتفاع بها في حال حياتها من غير ضرورة، كالشاة؛ ولأنه مختلف في أكله كالضبع.

١٦٥- [فَصْل: تطهير جلد الخنزير بالدباغ]

فأما جلد الخنزير فلا يطهر بالدباغ، وعن أبي يوسف: أنه يطهر.

لنا: [أن الخنزير لا يجوز الانتفاع به في حال حياته بحال، فغلظ حكمه بعد موته]^(٢)، فلا يجوز الانتفاع به ولا بشيء منه.

وقد قيل: إن الدباغ لا يتأتى في جلده؛ لأنه ضعيف ممتزج بشحمه لا يتميز عنه، فصار كجلد لم يدبغ.

ولأبي يوسف: ظاهر الخبر «أيما إهاب دبغ...».

١٦٦- [فَصْل: تأثير الدباغ في جلد الإنسان]

وأما جلد الإنسان فلا يؤثر فيه الدباغ؛ لأن الدباغ إنما يفعل للانتفاع، وجلد الإنسان لا يجوز الانتفاع به ولا بشيء منه لحرمة؛ ولهذا لا يجوز الانتفاع بشعره، وقد «لعن النبي ﷺ الواصلة والمستوصلة»^(٣) وهي التي تصل شعرها

(١) لم أجده.

(٢) في الأصل (وكل ما يجوز أن يطهر) والمثبت من (ب).

(٣) أخرجه الستة: البخاري (٥٩٣٧)، ومسلم ٣: ١٦٧٧ (١١٩)، وأبو داود (٤١٦٥)، والترمذي =

بشعر غيرها .

١٦٧ - [فصل: ما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة]

وكل [حيوان]^(١) يطهر جلده بالدباغ ، فإنه يطهر بالذكاة ، وما لا يعمل فيه الدباغ لا تؤثر الذكاة فيه [وإن شئت قلت: كل حيوان لا يقطع بتحريمه يؤثر فيه الذكاة . وما يقطع بتحريمه لا يعمل فيه الذكاة] كالخنزير والآدمي ، وقال الشافعي: ما لا يؤكل لحمه لا يعمل فيه^(٢) [الذكاة] .

لنا: قوله ﷺ: «الذكاة في الحلق واللبة»^(٣) ؛ ولأنه حيوان مختلف في أكل لحمه كالضبع ؛ ولأن ما جاز أن يطهر جلده بالدباغ ، جاز أن يؤثر فيه الذكاة كالشاة .

فأما الخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيه ؛ لأنه مقطوع بتحريمه ، فغلظ حكمه ، والذكاة إنما تفعل للانتفاع به ، وهذا لا ينتفع به أصلاً .

وأما الآدمي فلا تعمل فيه الذكاة أيضاً لحرمته ، كما لا يجوز الانتفاع بأجزائه في حال حياته وموته لحرمته .

١٦٨ - [فصل: كون الدباغ مما يمنع من الفساد]

قال أبو الحسن: وكل شيء دبغ به الجلد مما يمنعه من الفساد والتغير ؛ فهو

= (١٧٥٩) ، والنسائي (٥٠٩٥) ، وابن ماجه (١٩٨٧) .

(١) في الأصل (وكل ما يجوز أن يطهر) والمثبت من (ب) .

(٢) ومذهب مالك كمذهب أبي حنيفة ، ومذهب أحمد كالشافعي .

انظر: المهذب ، ٥٩/١ ؛ الإفصاح ، ٦١/١ ؛ رحمة الأمة ، ص ٣٥ ؛ بداية المجتهد ، ٦٩/١ .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٧٥٤) ، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ١٨٥/٤ .

دبّاغ ويطهّره .

وقال الشافعي: لا يكون الدبّاغ بالشمس والتراب .

وإنما يجوز ذلك عندنا إذا عمل التراب عمل غيره، فأما إذا جف ولم يستحل، فإنه لا يطهر .

قال هشام: وسمعت أبا يوسف قال في مسك ميتة علّق في الشمس حتى يبس قال: إن كان ذلك يمنع من الفساد فهو دبّاغ، والأصل فيه قوله ﷺ: «أَيُّمَا إِهَاب دُبِّغ فَقَدْ طَهَرَ»^(١) ولم يفصّل؛ ولأنّ الدبّاغ يؤثّر في الجلد لاستحالته، فإذا استحال بالشمس والتراب كان كما إذا استحال بالثّ والقرظ^(٢).



(١) تقدم تخريجه .

(٢) وهو ورق السلم، يدبغ به . الصحاح (قرظ) .

بَاب

الاستجمار



قال [أبو الحسن]: والاستجمار بثلاثة أحجار، فإن أنقاه حجر أو حجران أجزاءه، وإن لم ينقه الثلاثة زاد حتى ينقيه، وغسل ذلك بالماء أفضل.

والأصل في هذا ما قدّمنا: أن يسير النجاسة معفو عنه، وكثيرها غير معفو عنه، فإذا كانت النجاسة في موضع [الحدث] لم يتعدّ مخرجها، فتطهيرها مسنون وليس بواجب، وقال الشافعي: هو واجب^(١).

لنا: قوله ﷺ: «من استجمر فليوتر، من فعل فقد أحسن، ومن لا فلا حرج»^(٢)؛ ولأنها نجاسة على البدن، لا تجب إزالتها بالماء مع القدرة عليها، فلا يجب تخفيفها أيضاً كما بعد استعمال الأحجار؛ ولأن الاستنجاء تطهير في البدن لا يزيل حدثاً ولا نجساً، فكان مستحباً، كغسل يوم الجمعة.

١٦٩ - [فصل: الاستجمار بالعين الطاهرة]

والاستجمار مسنون بكل عين طاهرة، ولا يتعلق بها حق الغير، ومن الناس من قال: لا يجوز إلا بالحجر^(٣).

(١) انظر: رحمة الأمة، ص ٤٥.

(٢) رواه أبو داود (٣٦)، وابن ماجه (٣٣٧) من رواية أبي هريرة، والحديث في الصحيحين مقتصراً على أوله البخاري (١٦١)، ومسلم ٢١٢/١ (٢٢).

(٣) والقائلون بأن الاستجمار بالحجر متعين فلا يجزئ غيره، هم بعض أهل الظاهر.

لنا: قوله ﷺ: «وليستنج بثلاثة أحجار، أو ثلاثة أعواد، أو ثلاثة حثيات من تراب»^(١)، وروى أنس: «أن النبي ﷺ كان يستجمر بالحرص وهو الأسنان»^(٢)؛ ولأنه عين طاهرة لا يتعلق بها حق الغير، كالحجر.

١٧٠ - [فصل: الاستجمار بالعظم والروث]

فأما الاستجمار بالعظم والروث فمكروه، لما روي «أن النبي ﷺ نهى عن الاستجمار بالروث والرمة»^(٣)، وقال: «من استجمر بروث أو رمة، فهو بريء مما أنزل على محمد»^(٤)، فإن ارتكب النهي واستجمر بذلك، لم يلزمه أن يستجمر بغيره.

وقال الشافعي: لا يعتد بها.

لنا: أن النجاسة تخف بالعظم، والروث [كما تخف بالحجر، فإذا اعتد بأحدهما، فكذلك الآخر]؛ ولأن النبي ﷺ بين علة النهي فقال: «لأن العظم زاد

= انظر: زحمة الأمة، ص ٤٥؛ نيل الأوطار، ١/١٠٨.

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (١٥٤)، ومن طريقه البيهقي في سننه ١/١١١، وقال الدارقطني: لم يروه غير مبشر بن عبيد، وهو متروك.

(٢) لم أجد الرواية أنه من فعل النبي ﷺ، وأخرج ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٣٩)، أن أنساً كان يستنجي بالحرص. وعرف الحرص بالأسنان في عامة الكتب، انظر: اللباب في تهذيب النسب ١/٣٦١؛ المصباح المنير (حرص).

(٣) الرمة - بالكسر - العظام البالية، والجمع: رمم ورمام. مختار الصحاح (رمم).

(٤) رواه أبو داود (٨)، والنسائي (٤٠)، وابن ماجه (٣١٣)، وابن حبان (١٤٤٠)، وأحمد في المسند ٢/٢٤٧.

(٥) لم أجد بهذا اللفظ، وأخرج أبو داود (٣٧)، لفظ: «أو استنجى برجيع دابة أو عظم، فإن محمداً بريء منه».

إخوانكم من الجن، والروث علف داوبهم»^(١)، وهذا المعنى لا يمنع وقوع الاستنجاء بهما، كما لا يمنع إذا استنجى (بحجر الغير)^(٢)، ولا يقال: إن الروث نجس، فكثيره يزيل النجاسة؛ لأن الروث اليابس لا ينفصل منه شيء إلى البدن، وهو يخفف ما على البدن كالطين.

١٧١ - [فصل: العدد المعتبر في الاستجمار]

وأما العدد: فالمعتبر عندنا هو الإنقاء، فإن حصل ذلك بما دون الثلاثة لم يزد عليها، وإن لم يحصل بالثلاثة تجاوزها.

وقال الشافعي: لا بد من أمرين: عدد المسحات، والإنقاء، فإذا أنقاه ما دون الثلاثة، مسح على وجه العبادة^(٣).

لنا: قوله ﷺ: «من استجمر فليوتر»^(٤)، وأقل الوتر واحد؛ ولأن ما لا يؤثر في تخفيف النجاسة، لا يلزم استعماله، كالمسحة الرابعة والخامسة.

١٧٢ - [فصل: الاستنجاء بالماء]

والاستنجاء بالماء أفضل؛ لما روي «أن الله تعالى لما أنزل في أهل قباء

(١) أخرج مسلم ٣٣٢/١ (١٥٠) حديث ليلة الجن، وأنهم سألوا النبي ﷺ الزاد؟ فقال: «لكم كل عظم ذكر اسم الله عليه يقع في أيديكم أوفر ما يكون لحماً، وكل بعة علف لدوابكم». وأخرجه الترمذي (٣٢٥٨) وقال: حسن صحيح.

(٢) ف ب (بثوب الغير).

(٣) ومذهب مالك كمذهب أبي حنيفة، ومذهب أحمد كمذهب الشافعي.

انظر: التجريد، ١/١٥٩؛ رحمة الأمة، ص ٤٥؛ الروض المربع، ١/١٤٣؛ الكافي لابن عبد البر، ص ١٧.

(٤) سبق تخريجه.

﴿ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَّطَهَرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَهَّرِينَ ﴾ [التوبة: ١٠٨] سألهم رسول الله ﷺ عن طهارتهم ، فقالوا: إنا نتبع الحجر الماء^(١) ؛ ولأن الماء يزيل النجاسة ، والحجر يخففها ، وإزالتها أولى من تخفيفها .

١٧٣ - فَصْل: [مجاورة النجاسة المخرج]

وإذا تجاوزت النجاسة مخرجها ، لم يجز استعمال الحجر فيها ، ووجب غسلها ، وقال الشافعي في أحد قولي: يجوز استعمال الحجر فيها^(٢) .

لنا: أنها نجاسة في غير مخرج الحدث ، فإذا لم يعف عنها ، وجب غسلها كالنجاسة على سائر البدن .

١٧٤ - فَصْل:

ولا يستنجي بيمينه ؛ لما روي «أن النبي ﷺ كان يستنجي بيساره»^(٣) ، وروت عائشة: «أن النبي ﷺ كان يأكل بيمينه ويستنجي بيساره» .

١٧٥ - فَصْل: [الاستجمار]

والاستجمار مسنون من كل نجاسة خرجت من السبيلين لها عين مرئية ،

-
- (١) عزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠٥٣) ، إلى البزار من رواية ابن عباس .
 (٢) ومذهب مالك وأحمد كمذهب أبي حنيفة ، وقال الشيرازي: «وإن جاوز الخارج الموضع المعتاد ، فإن كان غائطاً فخرج إلى ظاهر الألية ، لم يجز فيه إلا الماء ؛ لأن ذلك نادر ، فهو كسائر النجاسات» . المهذب ، ١/١١٥ .
 انظر: الروض المربع ، ١/١٣٩ ؛ الكافي ، ص ١٨ ؛ منهاج الطالبين ، (بتحقيق الحداد) ١/٩٥ .
 (٣) أخرج البخاري (١٥٤) ، عن أبي قتادة ، عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا بال أحدكم فلا يأخذن ذكره بيمينه ، ولا يستنجي بيمينه»



مثل الغائط، والبول، والمذي، والودي، والدم؛ لأن الاستجمار لتخفيف النجاسة، وحكم [هذه] النجاسات سواء، فأما الريح الخارجة فلا استنجاء فيها؛ لأنه ليس هناك عين نجاسة يؤثر الاستنجاء في تخفيفها، فلا معنى له.

١٧٦ - [فصل: الماء المستعمل في الاستنجاء]

وإذا استنجى بالماء ثلاثاً، كان الماء نجساً؛ لأن النجاسة زالت به وانتقلت إليه، فإن استعمل الماء في موضع الاستنجاء بعد الإنقاء صار مستعملاً؛ لأنه مستعمل على طريق القرية، فصار كمن توضأ بماء بعد الوضوء^(١).



(١) انظر: الأصل ١٩/١ وما بعدها! (بتحقيق د. محمد بوينوكان) (دار ابن حزم)؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٤٧/١ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص ٣٩ وما بعدها.

[٣] بَابُ

التيمم



١٧٧ - [سبب تشريع التيمم]

قال [أبو الحسن رحمه الله تعالى] : الأصل في جواز التيمم قوله تعالى : ﴿ فَالْتَمِسْهُ ﴾ [النساء : ٤٣] ، وروي أن هذه الآية نزلت في غزوة ذات المريسيع ، نزل رسول الله ﷺ للتعريس فسقط من عائشة رضي الله عنها قلادة لأسماء ، فلما [ارتحلوا] ذكرت ذلك للنبي ﷺ ، فبعث رجلين في طلبها ، وأقام ينتظرهما ، فعدم الناس الماء ، وحضرت صلاة الفجر ، فأغلظ أبو بكر على عائشة وقال لها : حبست المسلمين على غير ماء ، فنزل قوله تعالى في التيمم .

فقال أسيد بن حضير : (رحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه إلا جعل الله للمسلمين ولك فيه فرجاً)^(١) .

وقال النبي ﷺ : « أوتيتُ خمساً لم يؤتهن أحد قبلي : جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً . . . »^(٢) ، وقوله ﷺ : « التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء »^(٣) ولا خلاف في ذلك .

١٧٨ - فَصْلُ : [التيمم لغة وشرعاً]

والتيمم في اللغة : القصد ، وأنشد الشاعر :

-
- (١) أخرج نحوه : البخاري (٣٣٦) ، وأبو داود (٣٢١) ، والنسائي (٣٢٣) .
 (٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند ، ١٤٥/٥ ؛ والطيالسي في مسنده (٤٧٤) .
 (٣) تقدم تخريجه .

وَمَا أُدْرِي إِذَا يَمَّمْتُ أَرْضًا ❀ أَرِيدُ الْخَيْرَ أَيُّهُمَا يَلِينِي (١)
 وقد صار في الشريعة عبارة عن قصدٍ إلى شيءٍ مخصوص ، وهو استعمال
 التراب في الأعضاء ، وهذا لا يعرفه أهل اللغة ، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة .
 ١٧٩ - فَضْلُ : [صفة التيمم]

فأما صفة التيمم : فهو أن يضرب بيديه على الصعيد ، ثم ينفضهما ، ويمسح
 بهما وجهه ، ثم يضرب ضربة أخرى (٢) ، فيسمح بهما ظاهر ذراعيه إلى مرافقه ،
 ثم يمسخ [باطن ذراعيه] إلى الرسغ ، روى هذه الصفة معلى عن أبي يوسف عن
 أبي حنيفة .

ومن الناس من قال : يضرب ضربة واحدة يستعملها في وجهه ويديه .

وقال ابن سيرين : ثلاث ضربات : ضربة للوجه ، وضربة لليدين ، وضربة
 يستعملها في الوجه واليدين .

وقال ابن أبي ليلى والحسن بن حَيٍّ : يضرب ضربتين يمسخ بكل ضربة
 العضوين جميعاً .

والدليل على ما قلناه : ما روى نافع عن ابن عمر « أن النبي ﷺ كان محدثاً ،
 فمر به رجل فسلم عليه ، فلم يرد عليه ، وتيمم ❀ : فضرب بيديه على الحائط ،

(١) البيت للمثقب العبدي ، وكنيته : أبو المسبب (جاهلي) . الحماسة البصرية لصدر الدين علي بن
 الحسن البصري ، ٤٠/١ (عالم الكتب) .

(٢) وضربتان في قول مالك والشافعي ، والمذهب عند أحمد ضربة واحدة وهو المسنون ، فإن تيمم
 بضربتين جاز . انظر : الأصل ١٠٣/١ ؛ مختصر الطحاوي ص ٢٠ ؛ القدوري ، ص ٥٠ ؛ المدونة ،
 ٤٢/١ ؛ المزني ، ص ٦ ؛ المغني ١٧٩/١ ؛ الروض المربع ، ٣٣٤/١ .

فمسح بهما وجهه ثم ضرب ضربة أخرى ، فمسح بذراعيه ، ثم ردّ عليه السلام»^(١) .
وعن الأسلع «أن النبي ﷺ علمه التيمم فضرب بكفيه الأرض ، ثم نفضهما ،
ثم مسح بهما وجهه ، ثم أمرّ على لحيته ، ثم أعادهما إلى الأرض فمسح بهما
الأرض ، ثم ذلك إحداهما بالأخرى ، ثم مسح ذراعيه ظاهرهما وباطنهما»^(٢) .
وروى أبو الزبير عن جابر عن النبي ﷺ أنه قال : «التيمم ضربة للوجه ،
وضربة لليدين إلى المرفقين»^(٣) ؛ ولأنها طهارة ، فما استعمل في أحد العضوين ،
لا يستعمل في الآخر [فيها] ، كالوضوء .

١٨٠ - فَصْل : [استيعاب العضوين في التيمم]

وقد ذكر محمد في الأصل ما يدل على استيعاب العضوين بالتيمم ، وأنه
واجب لأنه قال : إن ترك ظاهر كفيه لم يجزه^(٤) .

وذكر الحسن - في المجرد - عن أبي حنيفة : إذا تيمم الأكثر ، جاز .

والصحيح ما في الأصل لقوله تعالى : ﴿ وَأَيَّدِيكُمْ مِّنْهُ ﴾ [المائدة : ٦] ،
ولقوله ﷺ : «التيمم أن تضرب بيدك على الأرض فتمسح بهما وجهك»^(٥) ، وجه
رواية الحسن : هو أنه مسح فلا يجب فيه الاستيعاب ، كمسح الرأس والخفين .

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٤ ، ٣٣٥) ، والدارقطني في سننه (٦٧٦) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٦٨٣) ، والطبراني في الكبير ١ (٨٧٦) .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک (٦٣٥) ، والدارقطني في سننه (٦٨٩) ولفظهما : «للذراعين» بدلاً
من : «اليدين» ، وصححه الحاكم ، وقال الدارقطني : رجاله كلهم ثقات .

(٤) انظر : الأصل ١/٨٤ ، ٨٥ (النسخة الكاملة المحققة) .

(٥) لم أجده بهذا اللفظ .

١٨١ - فَصْل: [الاختلاف في مسح اليد]

وقد قال أصحابنا: إن التيمم إلى المرفقين، وهو قول عمر [وابن عمر] وجابر.

وروي عن علي وابن عباس: إلى الرسغين.

وقال الزهري: إلى الآباط.

وقال مالك: الكفان وبعض الذراعين^(١).

لنا: حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «التيمم ضربة للوجه، وضربة للذراعين إلى المرفقين»^(٢)؛ ولأن كل عضو ثبت فيه التيمم احتذى به العضو كالوجه.

فأما حديث عمار فقد روي مختلفاً: روى عبد الرحمن بن أبزي عن عمار أن النبي ﷺ قال: «إلى المرفقين»، وكذا رواه الحجاج عن شعبة، وروي عنه: الوجه والكفان، وروي بعض الذراعين، فكان الرجوع إلى من لم يختلف في خبره أولى، والذي روي عن عمار أنه قال: «تيممنا مع رسول الله ﷺ إلى الآباط»^(٣)، فكأنه حكى فعلهم، ولم يذكر أن رسول الله ﷺ عرف ذلك فلم ينكره.

١٨٢ - فَصْل: [نفض اليدين]

فأما نفض اليدين فهو قولنا، وقول ابن عمر: أنه كان لا ينفض، وقال عدي

(١) انظر الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٢٨؛ الإشراف، ١٥٨/١؛ مع المراجع السابقة.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٢٤)، والنسائي (٣١٤).

بن عدي: كان الأخيـار ممن أدرك الصحابة يضرب أحدهم يديه إلى الأرض وينفضهما فيمسح وجهه وذراعيه ؛ لأن التراب لا يرفع الحدث ، فاستعمال الكثير منه تلويث للوجه من غير غرض .

١٨٣ - فَصْل : [النية في التيمم]

قال أصحابنا: لا يصح التيمم بغير نية ، وقال زفر: يصح بغير نية .

لنا: قوله تعالى: ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ [المائدة: ٦] ، والتيمم: هو القصد ، والقصد: هو النية ؛ ولأنه بدل لحق الله تعالى ، فلا يجوز إلا بنية ، كالبذل في الكفارة .

وجه قول زفر: هو أنه طهارة ، ولا يفتقر إلى النية ، كالوضوء .

والفرق بينهما: أن الله تعالى ذكر في آية الوضوء غسل الأعضاء ، وفي آية التيمم القصد ، فوجب استعمال كل واحد من الاثنين من غير زيادة .

١٨٤ - فَصْل : [كيفية النية]

وأما [ب/١٣] كيفية النية: فالصحيح من المذهب أنه إذا نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزاءه .

وقال الحسن في المجرد: إذا نوى به التطهير أجزاءه ، وقال ابن سماعة عن محمد في الجنب يتيمم يريد به الوضوء: أجزاءه من الجنابة .

وكان أبو بكر الرازي يقول: لا يجب في التيمم نية التطهر ، وإنما يجب فيه نية التيمم ، سواء في الحدث أو الجنابة .

وجه ما ذكره الحسن: هو أنها طهارة ، فلا يلزمه نيّة أسبابها كالوضوء ؛ ولأن [التيمم] لا يرفع الحدث ، فلا معنى لذكر أصناف الحدث .

وجه ما ذكره أبو بكر الرازي: هو أن التيمم يقع على صفة واحدة عن الغسل و[الوضوء]^(١) جميعاً ، فلا بد من نيّة التيمم كالصلاة التي تقع على الفرض والنفل على صفة واحدة ، فلا بد من نيّة تعيين^(٢) .

١٨٥- فَصَّل: [أداء النفل والفرض بالتيمم]

قال أصحابنا: إذا تيمم للنافلة جاز له أن يصلي بتيممه الفريضة ، وقال الشافعي: لا يجوز^(٣) .

لنا: أنها طهارة لو وقعت للفرض ، جاز أن يؤدي بها النفل ، فإذا وقعت للنفل ، جاز أن يؤدي بها الفرض ، كالوضوء .

قال أصحابنا: يجوز التيمم للنافلة ، وقال الزهري: لا يجوز .

لنا: أن كل طهارة جاز أن تفعل للفرض ، جاز أن تفعل للنفل ، كالوضوء ؛ ولأن النفل صلاة شرعية ، كالفرض .

١٨٦- [تيمم الكافر]

وعلى هذا الأصل قال أصحابنا: إذا تيمّم الكافر ثم أسلم لم يجزه تيممه .

وعن أبي يوسف: أنه إن تيمم فنوى الإسلام ، جاز ، وروي أنه قال: إذا

(١) في أ (والحدث) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (التمييز) .

(٣) انظر: القدوري ، ص ٥١ ؛ الأم ص ٣٨ ؛ المنهاج ١/١٢٩ .

تيمم ينوي الطهور ثم أسلم أجزأه .

لنا: أن التيمم من شرطه النية ، فلا يصح من الكافر ، كالصوم والصلاة .

ولأبي يوسف أنه إذا نوى الإسلام ، فقد تعلق بهذه النية حكم القرية إذا أسلم ، فصار التيمم مع نية القرية كالمسلم إذا تيمم .

فأما الرواية الأخرى فقال: إنها طهارة ، فصحت من الكافر كالوضوء ، والفرق بينهما: هو أن الوضوء لا يفتقر إلى النية ، فاستوى فيه الكافر والمسلم كإزالة النجس .

فإن قيل: روي عن النبي ﷺ «أنه كان يأمر من أسلم أن يغتسل»^(١)، [ولو لم يصح]^(٢) اغتسال الكافر ، لم يكن لأمره معنى .

قلنا: أمرهم ؛ لأن الغالب من حالهم أنهم لا يغتسلون ، ويجوز أن يكون أمر بالغسل على طريق القرية ، وما فعل مع الكفر وإن أجزأ فلا قرية فيه .

١٨٧ - فصل: [تيمم المرتد]

وقد قال أصحابنا - في المسلم إذا تيمم ثم ارتد ثم أسلم - : أنه على تيممه .
وعن زفر: أنه يعيد التيمم .

لنا: أن التيمم قد صح ، والردة تمنع من استصحاب نية القرية ، وليس من شرط التيمم أن يفعل على وجه القرية ؛ لأنه ليس بمقصود بنفسه ، والردة تمنع

(١) أخرج ابن خزيمة في صحيحه (٢٥٣)، وابن حبان في صحيحه (١٢٣٨)، وأبو يعلى في مسنده

(٦٥٤٧)، والبخاري في مسنده (٨٤٦٠)، قصة إسلام ثمامة، وفيها: فأمره النبي ﷺ أن يغتسل .

(٢) في النسختين (ولو صح)، والمثبت ما يدل عليه السياق، والله أعلم .

من استصحاب نيّة القربة .

وجه قول زفر: هو أنها عبادة من شرطها النية ، فتبطلها الردة كالصلاة ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الصلاة من حكم أفعالها أن تكون على وجه القربة ، فهو إذا ارتد خرج الفعل من أن يكون قربة ، فلم تجز ، وهذا القول عن زفر [يقتضي] أن يعتبر النية في التيمم ، فلا يصح .

١٨٨ - فَضْل : [ما يجوز به التيمم]

فأما الكلام فيما يجوز به التيمم^(١) ، فيجوز عند أبي حنيفة ومحمد: بكل ما كان من جنس الأرض: كالتراب ، والرمل ، والحصى ، والزرنيخ ، والنورة ، والجص ، والطين الأحمر والأخضر ، والمرداسنج ، والكحل ، والحجارة المدقوقة ، والآجر المدقوق والسنجة ، وما أشبه ذلك .

وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بالتراب والرمل ، وقال معلى عنه: إلا بالتراب ، وهو قوله الأخير ، وبه قال الشافعي .

وجه قولهما: قوله ﷺ: «جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِداً وَطَهوراً»^(٢) ، والأرض عبارة عن الرمل ، والتراب ، والحجر ، وسائر الأجناس ، ولا يعارض هذا ما روي أنه قال: «وترابها طهوراً» لأننا نجمع بين الخبرين ، إذ لا تنافي بينهما ؛ ولأن كل بقعة من الأرض جازت الصلاة عليها ، جاز التيمم منها ، كبقعة التراب .

(١) ومذهب مالك كمذهب أبي حنيفة ، ومذهب أحمد كمذهب الشافعي مع اختلاف في بعض الأجزاء . انظر: مختصر اختلاف العلماء ، ١/١٤٦ ؛ رحمة الأمة ، ص ٥٢ ؛ الكافي ص ٢٩ ؛ المزني ص ٦ ؛ الروض المربع ، ١/٣٢١ .

(٢) تقدم تخريجه .

وجه قول أبي يوسف: ما روي عن ابن عباس أنه قال: (الصعيد التراب)، وقال النبي ﷺ: «جعلت لي الأرض مسجداً وترابها طهوراً».

فأما المراد من الذي ذكره أبو الحسن فالمراد منه: المعدن الذي يجري مجرى الكحل، والطين الأحمر والأسود^(١)، فأما الآجر فهو طين مستحجر، وذلك لا يمنع التيمم كالحجر الأصلي الذي يتولد من الأرض.

١٨٩ - [التيمم بالحجر ونحوه]

فأما شرطه الدق في الحجر والآجر، فهذا على قول محمد خاصة؛ لأنه يوجب استعمال جزء من الصعيد، فأما عند أبي حنيفة: فإذا وضع يده عليه قبل الدق، جاز على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

١٩٠ - فصل: [التيمم بالمسح على صخرة]

وأما إذا وضع يده على صخرة لا تراب عليها، أو أرض ندية، أجزأه عند أبي حنيفة، روى ذلك معلى، وابن سماعة، وبشر، وعلي [بن الجعد] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: وإن لم يكن عليه صعيد.

وقال في الأصل: ولو ضرب بيده على حائط أو حص بحجارة، وعليها غبار أجزأه، ولم يذكر في الأصل إذا لم يكن عليه غبار^(٢).

وروى عمر عن محمد: فيمن تيمم من أرض ندية ولم يتعلق بيده شيء قال: لا يجزئه.

(١) في ب (الأخضر).

(٢) انظر الأصل، ١٠٤/١.

قال أبو الحسن: وروى عن محمد مثل قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يجزئ ذلك، هذا تفحش.

وجه قول أبي حنيفة: قوله ﷺ: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»، والحجر أرض؛ ولأنه مسح أقيم مقام غسل، فلا يعتبر [استعمال] الممسوح به في العضو، كمسح الخفين.

ولأبي يوسف قوله تعالى: ﴿فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ﴾، فاعتبر استعمال ما يتطهر به كالماء.

١٩١ - فَصْل: [التيمم بالغبار]

وأما التيمم بالغبار^(١) فقد قال أبو حنيفة: إذا ضرب رجل ثوباً بيده، أو فراشاً أو وسادة، أو على حنطة أو شعير، فلصق بها غبار من ذلك، أجزاء التيمم به.

وروي عن أبي يوسف: أنه يتيمم به إذا لم يجد غيره، ويعيد، ثم رجع فقال: وليس الغبار عندي من الصعيد.

لنا: أن مقدار ما يستعمله من الأرض هو الغبار، فإذا أخذه من ثوب أجزاءه، كما لو عصر ماء من ثوبه وتوضأ به، جاز، كما لو أخذه من آنية.

ولأبي يوسف: أن إطلاق اسم الصعيد [يتناوله]، فيتيمم به في قوله الأول [لأنه من أجزاءه] ويعيد، وفي قوله الأخير: لا يتيمم به كما لا يتيمم بغير التراب.

(١) انظر: المبسوط، ١/١٠٩.

١٩٢ - فَصْل: [التيمم بالطين الرطب]

قال محمد في الأصل^(١): في المسافر إذا كان في طين أو رَدْغَة ، فأصابه مطر فابتل سرجه وثيابه ، ولم يجد ما يتوضأ به: فإنه يلمح ثوبه بالطين ويجففه ، ثم يفركه ويتيمم به ، وهذا على قول محمد ؛ لأن التيمم عندنا بغبار الثوب جائز ، ولا بدّ عنده من استعمال شيء من التراب .

فأما على قول أبي حنيفة: فإذا لم يعتبر استعمال شيء من الصعيد ، جاز أن يتيمم من الطين الرطب وإن لم يلصق بيده .

١٩٣ - فَصْل: [التيمم بما ليس من الأرض]

روى عمر عن محمد قال: لا يجوز أن يتيمم ببرادة الذهب ، والفضة ، والحديد ؛ وذلك لأنه ليس من الأرض ؛ بدلالة أنه ينطبع ، والتراب لا ينطبع ، والتيمم يختص بجنس الأرض .

قال: وكذا البورق ، والملح ؛ لأنهما ليس من جنس الأرض ، بل هو كالماء يجمد^(٢) ويذوب ، [قال:] وكذلك الرماد ؛ لأنه ليس من جنس الأرض ، وإنما هو من أجزاء الخشب ، وكذلك اللؤلؤ المدقوق ؛ لأن اللؤلؤ تتولد من حيوان البحر ، وأجزاء الحيوان ، لا يجوز بها التيمم .

١٩٤ - فَصْل: [التيمم من مكان نجس]

ولا يجوز التيمم من مكان نجس لقوله تعالى: ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ ،

(١) الأصل ، ١١١/١ ، ١١٢ .

(٢) في ب (لأنه ماء مجمد) .

والطيب: الطاهر، فلأن ما يتطهر به إذا خالطته نجاسة، منعت التطهر به كالماء.

١٩٥ - [فصل: التراب المستعمل في التيمم]

ومن تيمم من مكان^(١)، فوضع آخر يده في ذلك المكان وتيمم منه، جاز ذلك؛ لأن التراب لا يرفع الحدث ولا يصير مستعملاً؛ ولأن موضع التيمم يجري مجرى ما يبقى في الإناء بعد الاغتراف منه للوضوء.

١٩٦ - [فصل: ما يتيمم لأجله]

فأما ما يتيمم لأجله، فكل طهارة من حدث، إذا لم يقدر على ما يتطهر به، فإنه يتيمم كالوضوء [١/١٥]، والغسل من الجنابة، والحيض، والنفاس، ولا خلاف في جواز التيمم بدلاً عن الوضوء لقوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾، فأما الجنب فقد روي عن عليّ وابن عباس جواز التيمم للجنب، وقال عمر وابن مسعود: إنه لا يتيمم، قال الضحاك: رجع ابن مسعود عن هذا.

لنا: ما روي عن أبي ذر قال: «اجتمع عند رسول الله ﷺ غنم من غنم الصدقة فقال: ابُدْ فيها يا أبا ذر، فبدوت فيها إلى الرّبذة، فكان يأتي عليّ الخمس والست وأنا جنب، فوجدت في نفسي، فأتيت رسول الله ﷺ وهو مسند ظهره إلى الحجر، فلما رأيته قال: مالك يا أبا ذر؟، فجلست، فقال: ما لك ثكلتك أمك؟، فقلت: يا نبي الله إني جنب، فأمر جارية سوداء فجاءت بنقير فيه ماء وسترني بالنقير وبالثوب فاغتسلت، فكأنما وضعت عني حملاً، وقال: إن الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو إلى عشر حجج فإذا وجدت ماء فامسسه

(١) في ب (مكان نجس).

بشركت فإن ذلك خير»^(١).

وروى عمران بن الحصين قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فانفتل من صلاته، فإذا رجل معتزل لم يصل في القوم، فقال: ما منعك أن تصلي؟، فقال: أصابتني جنابة ولا ماء!، قال: عليك بالصعيد، فإنه كافيك»^(٢).

وروى أبو هريرة أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال: إنا نكون في الرمال الأشهر، فيكون فينا الجنب، والنفساء والحائض، ولا نجد الماء فكيف نصنع؟ قال: «عليك بالصعيد»^(٣).

وقد روى التيمم للجنب عن النبي ﷺ عمّار، وعمرو ابن العاص، والأسلع^(٤)؛ ولأنها طهارة من حدث كالوضوء؛ ولأنه ثبت من أصلنا أن المراد بقوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ نَسْتُرْ النِّسَاءَ﴾ الجماع، وقد جوز الله تعالى التيمم منه.

١٩٧ - [فصل: المسافر والتيمم]

وقد قال أصحابنا: المسافر إذا لم يكن معه ماء، جاز له أن يطأ جاريته أو أهله^(٥)، وهو قول ابن عباس.

وعن علي، وابن عمر، وابن مسعود: كراهته.

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٦)؛ وابن خزيمة في صحيحه (٢٢٩٢)، وابن حبان في صحيحه (١٣١١) والحاكم في المستدرک (٦٢٧).

(٢) أخرج نحوه: البخاري (٣٤٨)، ومسلم ٤٧٤/١ (٣١٢)، والنسائي (٣٢١).

(٣) رواه الطبراني في المعجم الأوسط (٦٣٣٦).

(٤) انظر: نصب الراية ١٥٥/١ وما بعدها؛ الدراية ٦٩/١.

(٥) الأصل ١١٣/١.

والدليل على أنه يجوز ولا يكره، ما ورى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، الرجل يغيب ولا يقدر على الماء فيجتمع أهله؟، قال: «نعم»^(١)؛ ولأن هذا توصل إلى الرخصة، وذلك غير ممنوع منه.

١٩٨- [فصل: المسافر إذا لم يجد الماء]

وأما من يجوز له التيمم، فالمسافر إذا لم يجد الماء^(٢)، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾.

وكذلك المسافر إذا كان معه ماء وهو يخاف العطش^(٣)، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]؛ ولأن فرض الوضوء يسقط إذا أضر بماله، بدليل من لم يجد الماء إلا بثمان كثير فلأن يسقط إذا أضره في نفسه أولى.

١٩٩- [فصل: التيمم في المفازة]

ومن خرج من مصره لا يريد سفراً، ولا يقصده، فَبُعْدَ حتى صار بحيث لا يسمع أصوات الناس، ولم يجد الماء، جاز له أن يتيمم، وقد روي عنهم تقدير ذلك بالميل، ومن الناس من قال: لا يتيمم إلا أن ينوي قصداً سفراً صحيحاً.

لنا: أن الغالب من هذا المكان عدم الماء فصار، كالمفاوز؛ ولأن المسافر يجوز له أن يتيمم إذا بلغ هذا الموضع من مصره؛ لأنه يلحقه مشقة بدخول المصر

(١) رواه أحمد في المسند ٢/٢٢٥، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٤٢٠): فيه الحجاج بن أرطاة، وفيه ضعف، ولا يتعمد الكذب.

(٢) انظر: رحمة الأمة، ص ٥٢.

(٣) الأصل ١/١١١.



لطلبه ، وهذا المعنى موجود هاهنا ، وإن لم يكن مسافراً .

٢٠٠ - فَضْلُ : [التيمم للمريض]

ويجوز التيمم للمريض ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ ﴾ ، ولا يجوز أن يقال : إنه شرط فيه عدم الماء ؛ لأن عدم الماء يبيح التيمم ، فلا معنى لضمه إلى المرض ، وإنما يرجع قوله تعالى : ﴿ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً ﴾ إلى المسافر خاصة .

وأما صفة المرض الذي يبيح [له] التيمم : فهو أن يخاف زيادة المرض باستعمال الماء ، وقال الشافعي : لا يجوز حتى يخاف التلف ^(١) .

لنا : أن كل عبادة سقطت بخوف التلف سقطت أيضاً لخوف الضرر ، كالصوم والقيام في الصلاة ، وقد ذكر عمر عن محمد في المريض الذي لا يستضر بالماء ، إلا أنه لا يجد من يوضئه وهو في المصر ، قال : لا يجزئه التيمم حتى يستعين بمن يوضئه ؛ لأنه لما لم يخف الضرر فصار كالصحيح [في المصر] ، فلا يجوز له التيمم .

٢٠١ - [التيمم للمعذور]

قال : والأقطع اليدين إذا لم يقدر على من يوضئه تيمم ؛ لأنه عاجز عن الوضوء عجزاً مستمراً كالمرضى العاجز ، فأما الفصل الأول فليس بعاجز عجزاً

(١) قال الشافعي : «... من مرض يخاف إن يمسه الماء ، أن يكون منه التلف ، أو يكون منه المرض المخوف ، لا لشين ولا لإبطاء براء» . المزني ص ٧ .

والمذهب كما قال النووي في أسباب التيمم : «مرض يخاف معه من استعماله على منفعة عضو ، وكذا بقاء البرء ، أو التلف في عضو ظاهر في الأظهر» المنهاج ١/١٢٢ . انظر : رحمة الأمة ، ص ٥٥ .

مستمراً، وإنما هو [أمر] عارض، فلا يسقط فرض الوضوء.

قال: وإن كان المريض لا يستتضر بالماء إلا أنه إذا تحرك للوضوء شق عليه واستتضر، جاز له التيمم؛ لأنه يستتضر بالوضوء، وإن لم يكن الضرر في استعماله، فصار كمن يخاف العطش، يسقط عنه الوضوء؛ لأنه يستتضر به، وإن لم يستتضر باستعماله.

٢٠٢ - فَصْل: [التيمم للمجروح]

[وقد] قالوا: فيمن بيدنه جراح، والغالب في مواضع [الطهارة] الصحة: غسل ما يقدر عليه ومسح على الجبيرة؛ وذلك لأن الغالب لما كان الصحة صار الأقل تابعاً له، فلم يسقط فرض الوضوء عنه، وأما إذا كان الغالب بمواضع الطهارة العذر، تيمم ولم يغسل الصحيح، وقال الشافعي: يغسل ما قدر عليه ويتيمم^(١).

لنا: أن العذر موجود بعامة بدنه، فسقط عنه فرض الأقل، [كالمجدور]^(٢) لا يلزمه غسل ما بين الجُدْرَيتين؛ ولأننا لو ألزماه الغسل والتيمم، لأدى العبادة بالأصل وبدله في حالة واحدة، وهذا لا يجوز كالتكفير ببعض الرقبة وبعض الصوم، والاعتداد ببعض الحيض وبعض الأشهر.

٢٠٣ - فَصْل: [تيمم المحبوس في المصر]

قال في الأصل: في المحبوس في المصر إذا لم يقدر على الماء تيمم

(١) انظر: الأصل، ١٢٤/١؛ المزني، ص ٧؛ المنهاج، ص ٨٤.
(٢) في أ (المجدد) والمثبت من ب. كما ذكر المطرزي: «والمجدور والمجدّر: ذو الجُدْرِي»، المغرب (جدر).

وصلى، وأعاد، وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يتيمم ولا يصلي حتى يجد الماء^(١).

وجه ما في الأصل: أنه يؤدي الصلاة بإحدى الطهارتين، فلم يجز له تركها كالمريض.

وجه رواية الحسن هو: أن المفعول ليس بصلاة، بدلالة وجوب الإعادة، فلم يلزمه أن يقيمه مقام الصلاة، كسائر الأفعال.

فأما وجوب الإعادة على رواية الأصل: فقد ذكر محمد في الزيادات: أنه استحسان، وروى عن أبي يوسف: أنه لا يعيد.

لنا: أن الحبس عذر من جهة الآدمي، فلا يؤثر بانفراده في إسقاط فرض الصلاة، كمن قيد رجلاً حتى صلى قاعداً، ولا يلزم عليه إذا حبس في السفر؛ لأن فعل الآدمي لم يجعل عذراً بانفراده، وإنما انضم إليه عذر السفر الذي الغالب معه عدم الماء.

وجه قول أبي يوسف: أنها صلاة بالتيمم عند العجز، فلم يجب إعادتها، كصلاة المريض.

٢٠٤ - فُضِّلَ: [المحبوس إذا لم يجد ماءً ولا تراباً]

فأما المحبوس في مكان نجس إذا لم يجد ما يتوضأ به، ولم يقدر على

(١) الأصل، ١/١٢٥؛ وقال الشافعي: «يصلي بالتيمم ويعيد» كما في المزني، ص ٧.
وقول مالك وأحمد: يتيمم ويصلي ولا إعادة عليه. انظر رحمة الأمة، ص ٥٥؛ رؤوس المسائل
الخلافة ١/٧٦.

تراب طاهر ، فإنه لا يصلي عند أبي حنيفة ومحمد ، ذكر قوله في الزيادات .

وقال أبو يوسف : يصلي ويعيد ، وبه قال الشافعي ^(١) .

وفي بعض نسخ الأصل محمد مع أبي يوسف .

وجه قولهما : قوله ﷺ : « لا صلاة إلا بطهور » ^(٢) ؛ ولأن المفعول ليس بصلاة ، بدلالة وجوب الإعادة عليه ، فلم يلزمه إقامة ذلك مقام الصلاة .

وجه قول أبي يوسف : هو أنه يشغل الوقت بما يشبه الصلاة ، فلزمه ذلك كما يلزم المسافر إذا قدم المصر أن يمكث تشبهاً بالصائم .

٢٠٥ - فَصْل : [التيمم لصلاة الجنابة]

ويجوز التيمم في المصر لصلاة الجنابة إذا خشي فواتها ، وقال الشافعي : لا يتيمم لها ^(٣) .

وهذا فرع على أصلنا أن الصلاة على الجنابة لا تعاد ، فلو أمرناه بالوضوء لم يتوصل به إلى أداء الصلاة ، ولا إلى ما يقوم مقامها ، والوضوء لا يجب لغير الصلاة ، فإذا سقط الوضوء وهو مخاطب بفعل الصلاة ، جاز له التيمم ، كالمريض .

(١) انظر : المزني ، ص ٧ .

(٢) روى الترمذي (١) ، من حديث ابن عمر : « لا تقبل صلاة إلا بطهور » ، ورواه مسلم في صحيحه ٢٠٤/١ (٢٢٤) ، بلفظ : « لا تقبل صلاة بغير طهور ، ولا صدقة من غلول » ، ورواه الطبراني في الأوسط (٢٢٩٢) ، من حديث ابن عمر بلفظ : « لا صلاة لمن لا طهور له » .

(٣) « واتفق الثلاثة على أنه لا يجوز التيمم لصلاة العيدين والجنابة في الحضر ، وإن خيف فواتهما » كما في المزني ، ص ٧ ؛ رحمة الأمة ، ص ٥٤ ؛ القدوري ، ص ٥١ ؛ مختصر اختلاف العلماء ،

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الولي لا يصلي على الجنازة بالتييم مع وجود الماء؛ لأنه لا يخشى فواتها، ألا ترى أنه هو الذي يصلي وإن صلى عليها غيره، جاز له أن يعيد، فصارت في حقه [كالفرض] (١).

٢٠٦ - [فصل: التيمم لصلاة العيدين]

وكذلك يتيمم لصلاة العيد إذا خشي فواتها، وهذا فرع على أصلنا أيضاً؛ لأن الإمام [١٤/ب] إذا صلاها سقطت، فلو أمرناه بالوضوء لم يتوصل إلى فعل الصلاة، ولا إلى ما يقوم مقامها، وإذا سقط الوضوء وهو مخاطب بالصلاة، جاز له التيمم كالمريض.

٢٠٧ - [فصل: التيمم للجمعة]

فأما الجمعة فلا يتيمم لها وإن خشي فواتها؛ لأنه يتوصل بالوضوء إلى فعل الظهر، وهو فرض الوقت عندنا، فكان في الأمر بالوضوء فائدة، وعلى هذا قالوا إذا خشي فوات الوقت إن توضأ، لم يجز له التيمم؛ لأنه يتوصل بالوضوء إلى فعل القضاء، وهو قائم مقام فرض الوقت، وكذلك لا يتيمم لسجدة التلاوة؛ لأنها لا تسقط بمضي الوقت، فهو يتوصل بالوضوء إلى فعل ما يقوم مقامها.

٢٠٨ - [فصل: التيمم لمن خشي الاغتسال]

ومن خاف إن اغتسل أن يتلف، أو يمرض من شدة البرد، جاز له التيمم.

وقال أبو يوسف: إن كان مسافراً جاز، وإن كان في المصر لم يجز.

وقال الشافعي: يتيمم ويعيد إن كان في المصر، وإن كان مسافراً ففي

(١) في الأصل (كالمريض) والمثبت من ب والسياق يدل عليه.

الإعادة قولان (١).

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: والأصل في هذا: ما روي «أن عمرو بن العاص كان أميراً على سرية فيها عمر بن الخطاب، فأصبح جنباً فتيمم وصلّى بهم، فلما قدموا على النبي ﷺ قال عمر: إنه صلى بنا وهو جنب! فقال له النبي ﷺ: ما حملك على هذا؟، فقال: خشيت أن يقتلني البرد، وسمعت الله تعالى يقول: ﴿إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، فضحك ﷺ منه ولم يأمره بالإعادة» (٢)، وكل ضرر جاز (٣) التيمم لأجله إذا لم يلزمه الإعادة في السفر، لم يلزمه في الحضر كالمرض.

وعن أبي يوسف أن كل ضرر جاز التيمم لأجله في السفر، لم يلزمه في الحضر كالمرض.

ولأبي يوسف (٤): أن المقيم يجد ما يستدفئ به غالباً أو يُسَخَّن به الماء، فيدفع ضرر البرد به، والمسافر لا يجد ما يستدفئ به؛ فلذلك جاز له التيمم في السفر.



(١) ومذهب مالك وأحمد كمذهب أبي حنيفة، انظر: مختصر اختلاف العلماء، ١/١٥٠؛ الأصل، ١٢٤/١؛ المدونة ١/٤٥؛ المنهاج، ١/١٣٠؛ المجموع، ٢/٣٦٥؛ كشف القناع، ١/١٩٥ (مطبعة الحكومة بمكة).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (٦٢٨)؛ وابن حبان في صحيحه (١٣١٥)؛ والدارقطني في السنن (٦٨٢)، ولم أجد عندهم أن عمر بن الخطاب كان معهم، وشكاه، ولكن فيه أن النبي ﷺ سأل الناس عنه، فأثنوا عليه خيراً، وأخبروه أنه صلى بهم وهو جنب..

(٣) في ب (ولأن كل معنى جاز..).

(٤) وفي ب (وجه قول أبي يوسف) وهكذا في سائر الكتاب.

٢٠٩ - فُضِّلَ: [الحالة التي يجوز فيها التيمم للمسافر]

وأما الحالة التي [لا] يجوز فيها التيمم، قال أصحابنا: إذا كان المسافر يطمع أن يجد الماء، أخر التيمم إلى آخر وقت، وإن لم يطمع [لم] يؤخره^(١).

وقد ذكر في الأصل: قال أبو حنيفة: أحب إليّ أن يؤخر التيمم إلى آخر الوقت، ولم يفصل.

وروى معلى عن أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢): إن كان على طمع من وجود الماء أخر، وإن لم يكن على طمع منه، تيمّم وصلّى في أول الوقت.

وقد روي عن علي، والزهري، والحسين، وابن سيرين: أنه يؤخر التيمم إلى آخر الوقت إذا كان يرجو الماء.

وقال حماد: لا يؤخر، وبه قال الشافعي إلا أن يتحقق وجود الماء.

وقال مالك: المستحب أن يتيمم في وسط الوقت.

لنا: أنه إذا أخر الصلاة، جاز أن يجد [الماء]، فيؤديها على أكمل أوصافها، فكان ذلك أفضل من فعلها في أول وقتها [ناقصة]، كمن طمع في الجماعة أخر لها؛ ولأنه لو تحقق وجود الماء، كان الأفضل له التأخير، وما تعلق بيقين وجود الماء، تعلق أيضاً بغالب الظن، كفرض الطلب.

(١) ومذهب الشافعي وأحمد كمذهب أبي حنيفة في التأخير، وكذلك عند مالك إذا رجا الماء من المسافرين لم يتيمم إلا في آخر الوقت استحباباً، وقيل غير ذلك.

انظر: الأصل ١٠٣/١؛ الكافي ص ٢٨؛ المهذب ١٣١/١.

(٢) رؤوس المسائل الخلافية ٨٢/١، مختصر اختلاف العلماء ١٤٥/١؛ المدونة ٤٢/١.

٢١٠ - [فَصْلُ: التيمم قبل وقت الفرض]

قال أصحابنا: يجوز التيمم للصلاة قبل وقتها، وقال الشافعي: لا يجوز^(١).
لنا: قوله ﷺ: «التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء»^(٢)؛ ولأنها طهارة،
فجاز أن يؤدي بها الفرض في أول وقته، كالوضوء.

٢١١ - [فَصْلُ: طلب الماء للتيمم]

قال أصحابنا: إذا لم يجد المسافر الماء فإن غَلَبَ على ظنه أن بقربه ماء،
أو أخبر بذلك، وجب عليه طلبه الغلوة^(٣) ونحوها، ولا يبلغ ميلاً، روى ذلك
معلی، وبشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وقال عمرو عن محمد: إذا كان
الماء على ميل فصاعداً، لم يلزمه طلبه، وإن كان أقل من ميل أتيت الماء وإن
طلعت الشمس، وروى الحسن عن أبي حنيفة نحواً من ذلك.
وأما إذا لم يُخبر عن الماء، ولم يَغلب على ظنه أن بقربه [ماء]، لم يلزمه
الطلب.

وقال الشافعي: لا يجوز التيمم إلا بعد أن يطلب الماء عن يمين الطريق
ويساره، وإن كان هناك وادٍ هبط إليه، وإن كان جبلاً صعد عليه^(٤).

(١) انظر: المبسوط ١/١٠٩؛ المهذب ٢/٢٦١، «ولا يجوز التيمم قبل دخول الوقت عند الثلاثة»
- أي مالك والشافعي وأحمد - كما في المزني ص ٧؛ رحمة الأمة ص ٥٤؛ بداية المجتهد
٥٨/١؛ المنهاج ١/١٢٩؛ الكافي ص ٢٩.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) «الغلوة: الغاية مقدار رَمِيَّة». كما في مختار الصحاح، وفي المعجم الوسيط: «الغلوة: مقدار رمية
سهم، وتُقَدَّر بثلاث مئة ذراع إلى أربع مئة، وجمعها: غلوات»، (غلي).

(٤) انظر: المزني، ص ٧؛ المنهاج، ص ٨٢.

والدليل على أن الطلب لا يلزمه إذا لم يغلب على ظنه وجود الماء: قوله عليه السلام «التراب كافيك ولو إلى عشر حجج»^(١) [ولم يفصل]؛ ولأنه عادم للأصل، فجاز له الانتقال من غير طلب كعادم الرقبة.

وأما إذا أُخبر عن الماء، أو غلب على ظنه، فإن الطلب عليه واجب؛ لأن غلبة الظن تجري مجرى العلم في أحكام العبادات، ولو كان عالماً لم يجز له التيمم، كذلك إذا غلب على ظنه.

وإنما لم يلزمه أن يسير إليه ميلاً فما فوقه؛ لأن هذا القدر يلحق به الضرر والمشقة، ألا ترى أنه ينقطع عن رفقته، وطريقه، والوضوء يسقط عن المسافر إذا خاف الضرر، فأما ما دون الميل، فلا يلحق به ضرر في العادة، فأشبه ما لو كان بحضرته.

٢١٢ - فَصْل: [التيمم إذا كان الماء بثمان]

وإن لم يكن مع المسافر ماء، فوجده يباع بمثل ثمنه، لزمه أن يبتاعه. وقال الحسن البصري: يلزمه أن يبتاعه بجميع ماله؛ لأنه قادر عليه من غير ضرر، فلم يجز الانتقال إلى بدله^(٢).

وإن كان يباع بزيادة على ثمن الماء بما لا يتغابن في مثله، لم يلزمه أن يبتاعه، ويتيمم؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بضرر عليه في ماله، والطهارة لا تلزم بضرر في المال، كمن كان عليه ثوب نجس لا يجد ما يغسله به، لا يؤمر بقطع

(١) سبق تخريجه عند الكلام على لفظ: التراب طهور المسلم.

(٢) انظر المسألة بالتفصيل، في التجريد ١/٢٦٦، ٢٦٧.

النجاسة منه ، وتجاوز الصلاة معها ، كذلك هذا .

٢١٣ - [فصل: التيمم في حال وجود الماء مع الرفقاء]

وقد قال أبو يوسف في المسافر إذا كان مع رفيقه ماء ، فتيمم قبل أن يطلبه منه ، وصلّى ، أجزاءه في قياس قول أبي حنيفة ، ولا يجزئه في قول أبي يوسف حتى يطلبه فيمنعه .

لأبي حنيفة: هو أنه غير مالك للأصل ، فلا يلزمه طلبه من ملك غيره بغير عوض ، كما لا يلزم المكفر أن يستوهب الرقبة .

ولأبي يوسف: أن الماء في العادة ، لا يمتنع منه ، فإذا صلى قبل المنع ، فقد تيمم مع وجود ماء يجوز أن يتمكن منه ، فلا تجوز صلاته ، كما لو وجد بئراً أو نهراً^(١) .

وقد ذكر أبو الحسن في جامعه: فيمن كان يصلي بالتيمم في سفره ، فرأى رجلاً معه كثير من الماء ، لا يدري أيعطيه أم لا ؟ أنه يمضي على صلاته حتى يفرغ منها ، ثم يأتي الرجل فيسأله ، فإن أعطاه توضأً ، وأعاد صلاته ، وإن أبى أن يعطيه كان على تيممه ، وتمت صلاته ، فإن أعطاه بعد ذلك ، لزمه أن يتوضأً لصلاة أخرى ، وصلاته الأولى جائزة ؛ لأنه إذا رأى الماء مع غيره ، جاز أن يبذله ، وجاز أن يمنعه ، فلا يجوز الخروج من صلاته بالشك ، فإذا فرغ منها ثم طلبه فأعطاه ، فالظاهر أنه لو طلبه في صلاته لأعطاه ، فقد صلى بالتيمم ، وهو لا يقدر على الماء [فجازت الصلاة] ، فإن أعطاه بعد ذلك ، فقد حكمنا بجواز الصلاة حين منعه ،

(١) انظر: المبسوط ، ١/١١٥ .

فلا تبطل بوجود الماء بعد تمامها .

وقال محمد: في رجلين مع أحدهما إناء يغرف به من بئر ، فإن انتظره الآخر حتى يتوضأ ، ثم يأخذ الإناء خرج الوقت ، فإنه ينتظره إذا وعده صاحب الإناء أن يعطيه إياه ؛ وذلك لأن الظاهر أنه يفني بوعده ، فهو قادر على الماء إلا أنه يخاف فوات الوقت باشتغاله به ، فلا يجوز له التيمم .

وكذلك قال محمد: في رجلين في آخر الوقت ، أحدهما كاسٍ ، والآخر عارٍ ، وعد الكاسي العاري أن يصلي في ثوبه ، ثم يدفعه إليه ليصلي فيه ، فخاف الآخر إن انتظره أن يخرج الوقت ، فإنه لا يصلي عرياناً حتى يصلي صاحبه فيأخذ منه الثوب ؛ وذلك لأنه قادر على الثوب ، إلا أنه يخاف فوات الوقت ، فلا يجوز له أن يصلي عرياناً مع القدرة ، كما لو كان الثوب له وهو لا يقدر على لبسه حتى يفوت الوقت [١/١٥] .

٢١٤ - [فصل: مبطلات التيمم]

وأما الكلام فيما يبطل التيمم ، فكل ما يبطل [الوضوء والغسل] هو الذي يبطل التيمم ؛ لأنه بدل عنهما ، فما أبطل الأصل أولى أن يبطل البدل الضعيف ، ويبطله أيضاً رؤية الماء ، إذا كان يقدر على استعماله لأداء الصلاة من غير مشقة ، لقوله ﷺ: «التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء»^(١) ، وقال: «التراب كافيك ولو إلى عشرة حجج ، فإذا وجدت الماء فامسسه جلدك»^(٢) .

والكلام [في هذا] يقع في فصول: أولها: من تيمم ثم وجد الماء قبل

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

دخوله في الصلاة.

قال أصحابنا وسائر الفقهاء: يبطل تيممه، ويلزمه استعمال الماء، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: لا يبطل تيممه.

لنا: قوله ﷺ: «التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء» فبقي حكم التيمم مادام عادماً للماء؛ ولأنه قدر على الأصل قبل إسقاط الفرض بالبدل، فصار كالصائم في الكفارة إذا قدر على العتق.

٢١٥- فَصْل: [وجود الماء بعد الدخول في الصلاة]

وأما إذا دخل في الصلاة، ثم رأى الماء، بطل تيممه وصلاته، ووجب عليه الوضوء، وقال الشافعي: يمضي على صلته.

أما بطلان التيمم، فلأن ما أبطل التيمم خارج الصلاة، أبطله فيها، كالحدث [وكل معنى أبطل التيمم، لم يجوز أن يمضي معه على الصلاة كالحدث]، وأما وجوب الوضوء؛ فلأنه قدر على الأصل قبل إسقاط الفرض بالبدل، فصار كالقدرة عليه قبل دخوله في الصلاة.

٢١٦- فَصْل: [رؤية الماء بعد ما قعد قدر التشهد في آخر الصلاة]

وأما إذا رأى الماء بعد ما قعد قدر التشهد في آخر صلته، أو بعد ما سلم وسجد للسهو، بطل تيممه وصلاته عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: بطل تيممه، وصلاته ماضية، وهذه عدة مسائل: إحداها هذه المسألة، والماسح على الخفين إذا انقضى وقت مسحه بعدما قعد قدر

التشهد ، أو نزع خفيه بفعل قليل ، لا يفسد الصلاة ، أو سقطت الجبيرة عن بدنه عن براء ، أو خرج وقت الصلاة في صلاة المستحاضة ، أو انقطع دم الاستحاضة ، أو رعاف من به رعاف دائم ، ومصلي الفجر إذا طلعت عليه الشمس ، ومصلي الجمعة إذا دخل وقت العصر ، ومن كان في صلاة فتذكر أن عليه صلاة قبلها ، والأمي إذا تعلم سورة ، والعريان إذا وجد ثوباً ، والمومئ إذا قدر على الركوع والسجود ، والقارئ إذا استخلف أمياً ، قال أبو حنيفة: تفسد الصلاة في جميع هذه المسائل ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تفسد .

وكان أبو سعيد البرذعي يقول: هذا مبني على أن الخروج بفعله من الصلاة فرض عند أبي حنيفة ، وعندهما ليس بفرض .

فالدليل على أنه فرض هو: أنه ممنوع من البقاء على صلاته بعد التشهد حتى يدخل وقت أخرى ، ولو لم يبق عليه فرض لم يمنع من البقاء ، كما لا يمنع بعد السلام عنه ؛ ولأن هذه العبادة لما اشتملت على أفعال مختلفة ، كان الخروج عنها بفعله فرضاً عليه ، كالحج .

وجه قولهما هو: أنه لو وجب الخروج لتعيّن بما هو قرينة كسائر واجبات الصلاة ، فلما جاز الخروج عنها بالسلام والحدث والمشي ، دل على أنه ليس بفرض .

فإذا ثبت لأبي حنيفة أن الخروج فرض ، وهذه المعاني مفسدة لها ، حدثت مع بقاء فرض الصلاة ، فصار كما لو أحدث في وسط الصلاة ، وإذا ثبت من أصلهما أن الخروج ليس بفرض ، فقد حدثت هذه المعاني المفسدة لها ، ولم يبق عليه فرض من فروض الصلاة ، فلا يضره كما لو حدثت بعد السلام .

وكان أبو الحسن ينكر هذا الأصل ، ويقول: لا خلاف [بين أصحابنا] أن الخروج ليس بفرض ؛ بدلالة أن النبي ﷺ قال لابن مسعود لما علمه التشهد: «فإذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك ، فإن شئت أن تقوم فقم ، وإن شئت أن تقعد فاقعد»^(١) ، وهذا يمنع بقاء فرض عليه .

قال: ووجه قول أبي حنيفة هو: أن هذه المعاني مغيرة للفرض ، فاستوى في حدوثها آخر الصلاة وأولها ، كنية الإقامة ، وهذه العلة مستمرة في جميع المسائل إلا في مسألة طلوع الشمس ، فنقيسها على بقية المسائل ، بعله أنه معنى مفسد للصلاة ، حصل بغير فعله بعد التشهد .

وكان من مذهبه: أن يقاس الفرع على الأصل بغير علة الأصل ، ويجوز أن يقال: وإن مسألة طلوع الشمس جارية على الأصل [بغير علة] ؛ ولأن طلوع الشمس يغير الفرض أيضاً ، ألا ترى أنه يجعل الصلاة نافلة بعدما كانت فرضاً .

ووجه قولهما: أنه معنى مفسد للصلاة ، كالحديث ، والكلام يخرج به عن صلاته .

٢١٧ - فِصْلُ: [وجود الماء بعد الخروج من صلاته]

وأما إذا وجد الماء بعد الخروج من صلاته ، لم تبطل صلاته ، وهو قول سعيد بن المسيب ، والزهري .

وروي عن عطاء ، وطاووس: أنه يعيد ما دام في الوقت .

(١) أخرجه أبو داود (٩٦٢) ؛ والدارقطني في سننه (١٣٣٦) ، والبيهقي في الكبرى ١٧٤/٢ ، وانظر نصب الراية ٣٠٦/١ .

لنا: ما روى الزهري عن سالم عن أبيه أن رجلين أتيا النبي ﷺ وقد تيمما من جنابة وأدركا الماء في الوقت ، وأعاد أحدهما ولم يعد الآخر ، فقال للذي أعاد: «أما أنت فقد أوتيت أجرك مرتين» ، وقال للآخر: «أما أنت فقد أجرت عن صلاتك»^(١) ؛ ولأنه قدر على الأصل بعد إسقاط الفرض بالبدل ، فصار كما لو قدر على الماء بعد [خروج] الوقت .

٢١٨ - فَصْل: [رؤية المتيّم سور حمار أثناء الصلاة]

فإن كان رأى في صلاته سور حمار ، مضى على صلاته ، فإذا تمت توضأ به وأعاد الصلاة ؛ لأننا نُجَوِّزُ أن يكون طاهراً ونُجَوِّزُ أن يكون نجساً ، ولا يخرج عن صلاته بعد صحتها بالشك ، وإذا فرغ منها جوّزنا أن يكون سور الحمار طاهراً ، فيتوضأ به ويعيد حتى يسقط الفرض بيقين .

٢١٩ - فَصْل: [رؤية ما لا يكفيه من الماء في الصلاة]

وأما إذا رأى من الماء ما لا يكفيه ، مضى على صلاته ، ولم يلزمه استعماله ، وكذلك إن وجد ماء ابتداءً تيمم ولم يستعمله .

وقال الشافعي: يغسل به ما قدر عليه ويتيمم^(٢) .

لنا: أن كل ماء لو قدر عليه في خلال الصلاة ، لم يلزمه استعماله ، وإذا وجده ابتداءً لم يلزمه استعماله ، كالماء الذي وقع فيه الزعفران فغيّره ؛ ولأن الجمع بين الأصل وبدله لا يجب في عبادة كالصوم والعتق في كفارة واحدة .

(١) لم أجده بالسند المذكور ، وروى نحوه أبو داود في سننه (٣٤٢) عن عطاء مرسلًا ، (٣٤٣) عن

عطاء عن أبي سعيد الخدري موصولاً ، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ١/١٦٠ .

(٢) انظر: المهذب ، ١/١٣٢ ؛ المجموع ، ٢/٢٩٤ .

٢٢٠ - فَصْل: [رؤية المتيمم ماءً يحول بينه وبينه مانع]

وإذا رأى المتيمم ماءً يحول بينه وبين الماء عدوّ أو سبع لا يقدر على دفعه ،
أو رأى بئراً وليس معه رشاء ، لم يبطل تيممه ؛ وذلك لأن الوجود هو القدرة على
استعمال الماء من غير ضرر ؛ بدلالة أن من معه ماء وهو يخاف العطش ، لم يكن
واجداً من طريق الحكم ، وإذا لم يقدر عليه ، لم يلزمه حكمه .

٢٢١ - فَصْل: [ما يصلي بالتيمم من الفرائض والنوافل]

ويصلي المتيمم بتيممه ما شاء من الصلوات ما لم يحدث أو يجد الماء .
وقال الشافعي: لا يصلي به أكثر من فرض واحد ، وما شاء من النوافل^(١) .
لنا: أنهما صلاتان ، فجاز أدائهما بتيمم واحد ، كالفرض ، والنفل ،
والعشاء ، والوتر ؛ ولأنه إذا صلّى الفرض ، لم يخل أن يكون تيممه قد بطل ، فلا
يجوز أن يؤدي به النفل ، أو لم يبطل ، فيجوز أن يؤدي به الفرض .

٢٢٢ - فَصْل: [الرجل والمرأة في التيمم]

والرجل والمرأة في ذلك سواء ؛ لأنهما لا يختلفان في أحكام الطهارة
بدلالة الوضوء .

٢٢٣ - فَصْل: [إمامة المتيمم بالمتوضئين]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز للمتيمم أن يؤم المتوضئ ، وهو قول
ابن عباس ، والحسن ، والزهري ، وحماد ، وقال محمد: لا يجوز ، وهو قول علي

(١) انظر: المزني ، ص ٧ ؛ المهذب ١/١٣٦ .

وعطاء والنخعي .

لنا: أنه مسح أقيم مقام الغسل كمسح الخفين ؛ ولأنها طهارة لم يتعقبها حدث كالوضوء .

وجه قول محمد: أنها طهارة ضرورة ، كطهارة المستحاضة^(١) .

٢٢٤ - فُصِّل: [رؤية الماء أثناء صلاة المتيمم بالمتوضئين]

قال أبو حنيفة: إذا صلى المتيمم بالمتوضئين فرأى أحدهم الماء بطلت صلاته ، وقال أبو يوسف: لا يبطل .

لأبي حنيفة: أن طهارة الإمام أجريت مجرى طهارة المؤتم ؛ بدلالة أن عدمها يمنع من صحة صلاته ، ومعلوم أن المؤتم لو كان متيمماً فرأى الماء بطلت صلاته ، كذا في مسألتنا ؛ ولأنه يعتقد أن إمامه مصلٍ بالتيمم مع وجود الماء ، ومن اعتقد أن إمامه محدث^(٢) وعلى [١٥/ب] خطأ ، بطلت صلاته ، كما لو اجتهد في القبلة الإمام ، وفي اعتقاد المؤتم خلفه أن الإمام على خطأ^(٣) .

ولأبي يوسف: أن رؤية المتوضئ للماء لا يتعلق بها حكم [في حقه] ، فعدمها ووجودها سواء .

ولا يجيء هذا الفرع على أصل محمد ؛ لأن عنده أن المتيمم لا يؤم المتوضئ^(٤) .

(١) انظر: الأصل ، ٨٦/١ (دار ابن حزم ، الطبعة الكاملة المحققة) .

(٢) (محدث) ساقطة من ب .

(٣) في ب (وفي اعتقاد المؤتم أن القبلة في غير تلك الجهة) .

(٤) انظر: الأصل ٨٤/١ وما بعدها (الطبعة الكاملة المحققة) ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤١٤/١ وما بعدها .

٢٢٥ - فَصْل: [المسافر لم يجد الماء ووجد النيذ]

[قال:] وإذا لم يجد المسافر الماء ووجد نبيذ التمر، فإنه يتوضأ به ويتيمم، وإن توضأ به ولم يتيمم، أجزأه عند أبي حنيفة.

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: وجملة هذا: أن قول أبي حنيفة الأول: أن المسافر إذا لم يجد الماء ووجد نبيذ التمر توضأ به ولم يتيمم. ذكر ذلك في الجامع الصغير.

وقال في كتاب الصلاة: يتوضأ به ويستحب له أن يتيمم، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجمع بينهما وجوباً، وروى نوح المروزي عن أبي حنيفة: أنه رجع عن ذلك.

وقال: لا يتوضأ به، ولكنه يتيمم، وهو الذي استقر عليه قوله، وبه قال أبو يوسف، ومالك، والشافعي، وقال محمد: يجمع بينهما^(١).

أما وجه الأول: ما روي في حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال له ليلة الجن: «أمعك ماء؟»، قال: لا، معي إداوة فيها نبيذ التمر، فأخذه النبي ﷺ وتوضأ به وصلّى الصبح، وقال: تمر طيبة، وماء طهور^(٢)، ومن مذهبه أن القياس لا يستعمل مع السنة، واعتراضهم على هذا الحديث بأنه من رواية أبي فزارة عن

(١) في الجامع الصغير: «فإن لم يجد إلا نبيذ التمر يتوضأ به ولا يتيمم، وقال أبو يوسف: يتيمم ولا يتوضأ، وقال محمد ﷺ: يتوضأ به ثم يتيمم»، مع شرح الصدر الشهيد، ص ١٢٢. وانظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٢١٩.

(٢) أخرجه أبو داود (٨٥)، والترمذي (٨٨)، وابن ماجه (٣٨٤)، بنحوه، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ١/١٣٧.

أبي زيد عن ابن مسعود، وقالوا: وأبو فزارة نباذ بالكوفة، وأبو زيد مجهول، ليس بصحيح؛ لأن أبا فزارة ذكره مسلم في الصحيح، وقال ابن صاعد في كتاب الطبقات: هو من زهاد التابعين، وأما أبو زيد فهو مولى عمرو بن حريث، وإذا كان معروفاً في نفسه فجهالته في عدالته لا تؤثر، وقد روي هذا الخبر من طريق غير هذا الطريق.

وقولهم: إن ابن مسعود لم يكن مع النبي ﷺ ليلة الجن، ليس بصحيح؛ لأنه قد روي كونه مع النبي ﷺ في خبر أجمع الفقهاء أجمعون على العمل به، وهو أنه طلب منه أحجار الاستنجاء فأتاه بحجرين وروثة، فرمى بالروثة وقال: «إنها رجس»^(١)، ولما رأى الزط بالعراق، قال: ما أشبههم بالجن الذين رأيتهم ليلة الجن.

أما قولهم: (إن عبيد الله وهو ابن ابن مسعود سئل: هل كان أبوك مع رسول الله؟ فقال: وددت أن لو كان معه، وروي أنه سئل)^(٢) ابن مسعود نفسه هل كنت مع النبي ﷺ فقال: لم يكن معه منا أحد، (فالجواب أن المعني به)^(٣) حال خطاب الجن، ونحن إنما ذكرنا كونه معه في تلك الليلة، فأما حال خطابه الجن فلا، وكذا ما روي أن علقمة سئل: هل كان صاحبكم مع النبي ﷺ في ليلة الجن؟ فقال: وددت أن يكون معه [فإنما عنى في حال ما خاطب الجن].

وقد روي عن علي، وابن عباس: جواز الوضوء به، وقال أبو العالية: ركبت مع [جماعة من] أصحاب رسول الله ﷺ البحر ففني ماؤهم، فتوضؤوا بالنيبذ،

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٣) في ب (فإنما يعني بذلك).

وكرهوا ماء البحر؛ ولأن الغسل أحد نوعي الطهارة، فجاز أن يكون فيها بدل كالمسح؛ ولأن ما جاز أن يثبت فيه الطهارة من الأعضاء، جاز أن يثبت به بدلها، كالوجه واليدين.

وأما الرواية التي قال بالجمع بينهما: وهو قول محمد؛ فلأن الخبر يقتضي وجوب التوضؤ به، وقوله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [المائدة: ٦] يقتضي وجوب التيمم، فجمعنا بينهما احتياطاً للصلاة.

وأما وجه قوله الأخير وهو قول أبي يوسف؛ لأن الوضوء [بنيذ التمر]^(١) كان بمكة، وآية التيمم نزلت بالمدينة، فنسخت ذلك؛ ولأنه مائع غلب عليه غيره، كنيذ الزبيب.

٢٢٦ - فَصَّلْ: [الوضوء بنيذ الزبيب]

وأما بنيذ الزبيب، فلا يجوز الوضوء به، وقال الحسن بن حي، والأوزاعي: يتوضأ بجميع الأنبذة الطاهرة وبالخل.

لنا: أن القياس يمنع من جواز الوضوء بغير الماء؛ لأنه مائع غلب عليه غيره، كالمرق وماء الباقلاء، وإنما تركنا القياس في قول أبي حنيفة للخبر، فما سوى ذلك - غير بنيذ التمر الذي ورد فيه القياس - مبقي على أصل القياس؛ ولأنه مائع لم يسمّ طهوراً في الشريعة، كماء الباقلاء.

٢٢٧ - فَصَّلْ: [ما يجوز الوضوء به من النيذ]

وأما النيذ الذي قاله أبو حنيفة أنه يتوضأ به، فكان أبو طاهر الدباس يقول:

(١) في أ (بالنيذ) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

إنه الحلو الذي لم يشتد ، فأما المشتد الشديد فلا يجوز الوضوء به ؛ وذلك لأن الوضوء به إنما أخذ في الخبر ، والذي كان مع ابن مسعود هو النبيذ الحلو ؛ لأن العرب يطرح التمر في الماء المالح ليحلو ، ولهذا قال ابن مسعود: تميرات ألقيتهن في الماء ، وهذا هو الظاهر [لأن من خرج من المصر يتزوّد بالماء ولا يتزوّد بالنبيذ الشديد المطبوخ] ، وكان أبو الحسن يقول: هو النبيذ الشديد المطبوخ ؛ لأن إطلاق النبيذ يتناول المشتد ، ومن حكم اللفظ أن يحمل على إطلاقه ؛ ولأن التمر إذا وقع في الماء فغيّره ، جاز الوضوء به في قول أصحابنا جميعاً إذا لم يغلب أجزاءه على أجزاء الماء ، والنبيذ مختلف فيه ، فالظاهر أن هذه المسألة غير تلك ، وقد روى الحسن عن أبي حنيفة قال: يجوز الوضوء بنبيذ التمر معتقّة وغير معتقّة ، وهذا يعضد ما قاله أبو الحسن ، وقد كان أصحابنا يقولون: إن الوضوء بالنبيذ يجب على أصولهم أن لا يصح إلا بنية ؛ لأنه بدل كالتميم .

وإذا ثبت هذا الأصل قال أبو حنيفة في قوله الأول: إذا رأى التميم [في صلاته] نبيذ التمر ، بطل تيممه وصلاته كما لو رأى الماء المطلق .

وقال محمد: يمضي على صلاته ، ثم يتوضأ به ويعيدها ، كما قال في سؤر الحمار ، وعلى قول أبي حنيفة الأخير ، وهو قول أبي يوسف ، والشافعي: يمضي على صلاته كما لو رأى الخل^(١) .



(١) انظر: الأصل ١٠٧/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٩٩/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٥٠ وما بعدها.

[٤] بَابُ المسح على الخفين

—•••••—

[قال الشيخ رحمه الله تعالى:] قال أصحابنا: المسح على الخفين^(١) جائز، وهو قول عامة الفقهاء، وقد روي ذلك عن عمر، وسعد، وابن عباس، وابن عمر، وأبي أمامة، والأشعري، وأبي أيوب، وقال جابر هو السنة، وبه قال ابن الحنفية، وابن المسيب، وسالم، وقال النخعي: من لم يمسخ على الخفين فقد رغب عن السنة، وإني لأعلم أنها من الشيطان، وقال مالك: مسح الخفين ضعيف^(٢).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ قولاً وفعلاً.

أما الفعل: فروى سليمان بن بريدة عن أبيه «أن النبي ﷺ صلى يوم الفتح خمس صلوات بوضوء واحد ومسح على الخفين»^(٣)، وروى المسح أبو هريرة، وأنس، وقالت عائشة: «ما زال رسول الله ﷺ يمسخ على الخفين بعد نزول المائدة حتى قبضه الله تعالى»^(٤)، وروى البراء بن عازب «أنه ﷺ لم يزل يمسخ على الخفين بعد نزول المائدة وقبله حتى قبضه الله تعالى»^(٥)، وروى المسح أبو

(١) «الخُفُّ: واحد أخفاف البعير، وهو أيضاً واحد الخِفاف التي تلبس»، والمقصود: الخف الملبوس من الحذاء الساتر للكعبين. انظر: المصباح؛ مختار الصحاح؛ معجم لغة الفقهاء (خفف).

(٢) الموطأ، ص ٤٠، ٤١ (دار الفكر).

(٣) أخرجه مسلم ٢٣٢/١ (٨٦)، وأبو داود (١٧٤)، والترمذي (٦١).

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٧٤٦).

(٥) أخرج النسائي (١٠٥) عن البراء، عن بلال، قال: رأيت النبي ﷺ يمسخ على الخفين =

بردة، وجابر، وأم سعيد الأنصارية، وعمرو بن حزم، وأبو موسى، وثوبان، وعمرو بن أمية الضمري، وبلال، وسلمان، وجريز، وعمر، وأبو أيوب، وحذيفة.

أما القول: فروى علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «يمسح المسافر على الخفين ثلاثة أيام ولياليها، والمقيم يوماً وليلة»^(١)، ورواه خزيمة^(٢)، وصفوان^(٣)، وأنس^(٤)، [وأبو سعيد] الخدري^(٥)، وعوف بن مالك^(٦)، وأبي بن عمارة^(٧)، وقال الحسن: حدثني سبعون رجلاً من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم رأوه يمسح على الخفين^(٨)، وروى إسحاق الأزرق عن أبي حنيفة قال: لولا أن المسح لا يُختلف فيه ما مسحنا، وقال أبو يوسف: خبر مسح الخفين مما يجوز نسخ القرآن بمثله، يعني أنه خبر استفاضة؛ ولأن الأمة لم تختلف أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح، وإنما اختلفوا في أنه مسح قبل المائدة أو بعدها.

وقد روينا عن عائشة والبراء [١/١٦] أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح بعد المائدة^(٩)،

= ورواه أيضاً الطبراني في الكبير ١ (١٠٢٣).

(١) رواه مسلم ٢٣٢/١ (٨٥).

(٢) خزيمة بن ثابت، وأخرج له هذا الحديث أبو داود (١٥٨)، والترمذي (٩٥)، وابن ماجه (٥٥٤).

(٣) صفوان بن عسال، وأخرج له هذا الحديث الترمذي (٩٦) وحسنه، والنسائي في الكبرى (١٢٧)، وابن ماجه (٤٧٨).

(٤) رواه ابن ماجه (٥٤٨).

(٥) رواه الطبراني في الأوسط (١٠٣٧).

(٦) أخرجه أحمد ٢٧/٦، والبخاري (٢٧٥٧)، والطبراني في الأوسط (١١٤٥).

(٧) أخرجه أبو داود (١٥٩)، وابن ماجه (٥٥٧).

(٨) رواه ابن المنذر في الأوسط ٤٣٠/١.

(٩) تقدم.

وروى جرير بن عبد الله أنه رأى النبي ﷺ مسح ، وقال : «ما أسلمت إلا بعد سورة المائدة»^(١) ، وروى [ذلك] عمرو بن أمية^(٢) وقد أسلم عام الفتح ، ورواه المغيرة^(٣) وقد أسلم أيضاً عام الفتح ؛ ولأنه عضو سقط في التيمم ، فجاز أن يسقط فرضه بالمسح مع الصحة كالرأس .

فأما احتجاجهم بأنه المسح والغسل ، فقد قرئت [بقراءتين] : قراءة النصب وهو يقتضي^(٤) الغسل ، وقراءة الخفض : وهو يقتضي المسح فنحملها على المسح على الخفين^(٥) بالجمع بين القراءتين ، ويجوز أن يقال : مسح على رجله ، وإن كان مسح على خفه ، كما يقال : قبل رجل الأمير وإن قبل خفه ، وكذا يقال ضرب [على] رجله .

فأما الذي روي عن ابن عباس أنه قال : «لأن أمسح على جلد حمار أحب إلي من أن أمسح على الخفين»^(٦) ، فرواه عنه عكرمة ، وذكر ذلك لعطاء ، فقال : كذب عكرمة ، وروى عنه عطاء والضحاك : أنه مسح على خفيه ، قال عطاء : كان ابن عباس يخالف الناس في المسح على الخفين ، فلم يمت حتى تابعهم .

والذي روي عن عائشة أنها قالت : «لأن تقطع قدمي أحب إلي من أن

(١) رواه أبو داود (١٥٥) ، والترمذي (٩٤) .

(٢) رواه البخاري في صحيحه (٢٠٤) .

(٣) أخرج حديثه الستة : البخاري (١٨٢) ، ومسلم ١ : ٢٢٨ (٧٥) واللفظ له ، وأبو داود (١٥٢) ،

والترمذي (١٠٠) ، والنسائي (١٧) ، وابن ماجه (٥٤٥)

(٤) في ب (يوجب الغسل) .

(٥) في ب (فحملها على مسح الخفين لنجمع بين القراءتين) .

(٦) ذكره الكاساني في البدائع ٧/١ ، والرازي في تفسيره ٣٠٧/١١ .

أمسح عليّ خفين»^(١)، فقد روي عن شريح بن هانئ أنه سأله عن مسح الخفين فقالت: ائتِ علياً فاسأله فإنه كان يسافر مع رسول الله ﷺ، قال: فأتيت علياً، فقال: (امسح)^(٢)، فهذا يدل على أنها لم تمنع، ولم ترو عن رسول الله ﷺ ما يمنع المسح.

والذي رواه جعفر بن محمد الصادق عن عليّ وأسماء أنهما قالا: سبق الكتاب الخفين، فلم يُرو إلا مرسلًا، وقد روي عن علي بن أبي طالب ما قدمناه من طرق متصلة، ويحتمل ما روي عنهم [في ذلك] أنهم قالوه في حال الجنابة.

٢٢٨- فُضِّل: [في توقيت المسح]

وإذا ثبت جواز المسح على الخفين، فهو مؤقت عندنا للمسافر ثلاثة أيام ولياليها، وللمقيم يومٌ وليلة.

وقد حكي عن مالك أنه قال: يجوز المسح للمسافر، ولا يجوز لمقيم، وحكي عنه: أنه يجوز غير مؤقت^(٣).

أما الذي فرّق بين المسافر والمقيم، فليس بصحيح لقوله ﷺ: «يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها»؛ ولأن كل طهارة جازت في حال سفر، جازت للمقيم بحال، كالتيمم، والمسح على الجبائر.

(١) أخرجه ابن الجوزي في العلل، وقال: «حديث موضوع» ٩٤٧/٢ (١٥٧٩)؛ انظر: نصب الراية ١٧٣/١.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٢٣٢/١ (٨٥)، وتتمته: فسألت علياً؟ فقال: جعل للمقيم يوماً وليلة، وللمسافر ثلاثة أيام ولياليهن.

(٣) قال ابن الجلاب: «ولا توقيت في المسح على الخفين لمقيم ولا لمسافر». التفریع، ١٩٩/١.

وأما التوقيت: فهو قول عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وسعد، وابن عمر، وأبي أمامة، وجابر بن سمرة، وأبي موسى، والمغيرة.

وعن أبي الدرداء، وسعد بن أبي وقاص، وزيد بن ثابت: أنه غير مؤقت.

والدليل على ما قلناه: الخبر (يمسح المقيم)، وروى ذلك عمر وعلي، وجابر، وحذيفة، وأبو هريرة، وصفوان، وعوف بن مالك، وأبو بكر، وابن عمر، وأبو أمامة، والفرق في [المدة]^(١) يدل على التوقيت؛ ولأن المسح إنما يجوز [للمشقة التي] تلحق الإنسان بنزع الخفين، وهذه المشقة مؤقتة، ألا ترى أن المقيم يلبس خفه غدوة، فإذا عاد إلى منزله بالمساء لم يشق عليه نزعه، والمسافر إذا نزل مرحلة عند حط الرحال لم يشق عليه النزع، وإذا [ثبت] توقيت المشقة [ثبت] توقيت الرخصة.

وأما ما روي عن إسحاق بن يسار أنه قال: قرأت كتاباً لعطاء فإذا فيه: حدثني ميمونة زوج النبي ﷺ أنها قالت: يا رسول الله أيخلع الرجل كل ساعة؟ قال: «لا، ولكن يمسح عليهما ما بدا له»^(٢)، فهو مرسل؛ لأنه عن كتاب؛ ولأنه محمول على ما بدا له يعني في مدة المسح.

والذي رواه عبادة بن بشير عن أبي بن عمارة وقد كان النبي ﷺ صلى في بيته إلى القبليتين فقال: يا رسول الله [صلى الله عليك] أأمسح على الخفين؟ قال: «نعم»، قال: يوماً؟ قال: «نعم»، قال: ويومين؟ قال: «إلى أن بلغ السبع»،

(١) في الأصل (هذه) المثبت من ب.

(٢) عزاه الهيثمي في المجمع (١٣٨٦) إلى أبي يعلى، وقال: فيه عمر بن إسحاق بن يسار، قال الدارقطني: ليس بالقوي، وذكره ابن حبان في الثقات ٢٥٨/١.

فالمتفق عليه في هذا الخبر أنه قال: «نعم إلى أن بلغ الثلاث، ثم قال: وما بدا لك»^(١)، وهذا بيان؛ لأن الرخصة لا تختص بثلاثة أيام دون ما بعدها، وإن كان يتخلل الغسل في كل ثلاثة أيام [والذي روي أن عمر سأل عقبة وقد قدم من الشام: متى عهدك بالمسح؟ قال: سبعاً، قال: أصبت السنة].

فقد روى جابر الجعفي عن عمر أنه قال: (للمسافر ثلاثة أيام وللمقيم يومٌ وليلة)^(٢)، يحتمل أن يكون المراد متى عهدك بلبس الخف، امسح ما يثبت، ويحتمل أن يكون المراد: متى عهدك بلبس الخف، يعني: ابتداء اللبس، وإن تخلل بين ذلك نزع.

٢٢٩ - فَصْل: [أول مدة المسح]

وإذا ثبت أن مسح الخفين مؤقت، فأول المدة عندنا: عقيب الحدث إلى مثله في المقيم، وإلى مثله في الثلاثة للمسافر.

وقد روي عن ابن عمر أنه قال: من المسح إلى مثله، وهو قول الأوزاعي وابن حي، وقال الشعبي: يمسخ خمس صلوات.

قال إبراهيم الحربي في كتاب المسح: قال عشرة من الصحابة وعشرون من التابعين من الحدث، لا من وقت المسح؛ ولأن الحدث سبب للرخصة، ألا ترى أنه يستبيح المسح عقيب الحدث، والأحكام المؤقتة يعتبر ابتداء المدة فيها عقيب السبب، كالعدة؛ ولأنه لو أحدث وترك الصلاة حتى مضت المدة، لم يجز له أن

(١) أخرجه أبو داود (١٥٩)، بلفظ: (قال: وثلاثة؟ قال: نعم، وما شئت)

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٨٩٣) أن نباتة الجعفي سأل عمر عن المسح على الخفين، فذكره.

يمسح بعد ذلك ، ولو كان فعل المسح معتبراً به لجاز .

وأما قوله ﷺ: «يمسح المسافر ثلاثة أيام» فمعناه يجوز له أن يمسخ ، وكذلك نقول .

٢٣٠ - فَصْل : [من شروط المسح]

ومن شرط المسح على الخفين ما قال أبو الحسن: أن يدخل رجله الخفين وهما طاهرتان ، ويكمل طهارته قبل الحدث ، أو يقول: من شرط المسح أن يصادف طهارة كاملة مع اللبس .

وقال الشافعي: لا يجوز المسح حتى يبتدىء باللبس بعد كمال الطهارة^(١) .

ويتعين الخلاف بيننا وبينه: فيمن توضأ وغسل إحدى رجله ولبس الخف ثم غسل الأخرى ولبس ، عندنا: يجوز .

والأصل في اعتبار الطهارة: ما روى خزيمة بن ثابت عن النبي ﷺ أنه قال: «المسح للمقيم يوم وليلة ، وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها على الخفين إن شاء إذا لبسهما وهو متوضئ»^(٢) ، وروي «أن النبي ﷺ توضأ فأهوى المغيرة إلى خفيه لينزعهما ، فقال له: أقر الخفين فإني أدخلت فيهما القدمين وهما طاهرتان»^(٣) ، وإنما اعتبرنا كمال الطهارة عند الحدث ؛ لأن الطهارة شرط في المسح ، وسبب المسح حدث ، فاعتبر كمال الشرائط عند الحدث .

(١) انظر: مختصر المزني ، ص ٩ ؛ المنهاج ، ص ٧٧ .

(٢) تقدم تخريجه دون ذكر الزيادة التي في آخره .

(٣) أخرج نحوه البخاري (٢٠٦) ، ومسلم ٢٣٠/١ (٧٩) ، وأبو داود (١٥٢) .

والذي ذكره أبو الحسن: من إدخال الرجلين وهما طاهرتان ، ليس بشرط ؛ لأنه لو أدخلهما على غير طهر ، ثم خاض الماء فأصاب رجله داخل الخف ثم أحدث ، جاز له المسح .

وأما الكلام على الشافعي ؛ فلأن الحدث صادف طهارة كاملة مع اللبس ، كما لو لبسهما بعد كمال الطهارة ؛ ولأنه ممسوح ، فجاز المسح عليه ، وإن لبس (١) قبل كمال الطهارة ، كالجبائر ؛ ولأنه لو نزع الخف ثم لبسه ثم أحدث ، جاز له المسح ، وكل حال يجوز له مسح الخف بعد نزعه من غير غسل ، (جاز (٢) له أيضاً) ، وإن لم ينزعه كما لو لبسهما على طهرٍ كامل .

٢٣١- فصل: [في نية المسح]

والمسح على الخفين لا يفتقر إلى النية ؛ لأنه مسح بالماء ، فأشبهه مسح الرأس ؛ ولأنه ليس ببدل بدلالة جوازه مع القدرة على الغسل ، وكذلك المسح على الجبائر لا يفتقر إلى نية ؛ لأنه ليس ببدل ؛ بدلالة أنه جزء من الغسل ، والجزء من الشيء لا يكون بدلاً [منه] (٣) ، ولهذا قال أصحابنا: إن الإيماء ليس ببدل من الركوع والسجود .

٢٣٢- فصل: [المسح في الحدث الذي يوجب الوضوء]

ويمسح على الخفين من كل حدث أوجب الوضوء بعد اللبس ؛ وذلك لما روي في حديث صفوان بن عسال قال: «أمرنا رسول الله ﷺ إذا كنا سفراً ألا

(١) في ب (وإن ستره العضو قبل كمال...).

(٢) في ب (يجوز).

(٣) في الأصل (بدلالة).



ننزع خفافنا ثلاثة أيام - إلا من جنابة - لكن من غائط أو بول أو نوم»^(١).

فأما الجنابة فلا يجوز [منها] مسح الخف لهذا الخبر؛ ولأن الأحداث تتكرر في كل وقت فيشق على الإنسان نزع الخف فيها، والجنابة لا تتكرر كل وقت، فلم يشق فيها نزع الخف.

فأما إذا وجب الوضوء لحدث سابق للبس، لم يجز المسح، كالمتيمم إذا لبس خفه ثم أحدث ووجد الماء، وكالمستحاضة إذا لبسته ثم خرج الوقت، لا تمسح؛ لأن الطهارة وجبت عليها لحدث سابق، فصار كإنقضاء مدة المسح.

٢٣٣ - [فصل: مدة رخصة المستحاضة]

قال أصحابنا: رخصة المستحاضة في مسح الخفين مقدرة بوقت الصلاة، فإذا خرج الوقت [١٦/ب] نزعت خفيها وغسلت رجليها، وقال زفر: رخصتها كرخصة غيرها.

لنا: أن خروج الوقت يوجب [عليها] الوضوء بسبب سابق للبس، فكأنها لبست على غير طهارة.

وجه قول زفر: هو أنها أدخل في الرخص من غيرها، فإذا جاز لغير معذور ثلاثة أيام، فلها مع العذر أولى^(٢).

٢٣٤ - [فصل: في صفة المسح]

وأما الكلام في صفة المسح: فإن مَسَحَ على ظاهر خفيه، فإنه يبتدئ من

(١) أخرجه الترمذي (٩٦)؛ والنسائي (١٢٦)؛ وابن ماجه (٤٧٨)؛ وابن خزيمة في صحيحه (١٩٦)، وابن حبان في صحيحه (١٣١٩).

(٢) في ب (فإذا جاز لغيرها أن يمسح يوماً وليلة فلها أولى).

قِيلَ الأصابع إلى الساق، قال الحسن عن أبي حنيفة: المسح على الخفين أن يدخل يديه في الماء، ثم يضع كل يد على مقدم الخف، يكون الأصابع على موضع الإبهام من أصابع الرّجل، ثم يفرج بين أصابعه قليلاً، ثم يعيدها إليه، فهذه السّنة في المسح، وذلك لحديث جابر قال: «مرّ رسول الله ﷺ برّجل يغسل الخف، فقال: لم تؤمر بهذا، وأراه رسول الله ﷺ فقال بيده من مقدّم الخف إلى الساق، وفرج بين أصابعه»^(١).

٢٣٥ - [فَصْلٌ: فِي عِدَدِ مَسْحِ الْخَفِ]

ومسح الخف عندنا: مرة واحدة، وعن عطاء: أنه يمسح ثلاثاً.

لنا: أنه روي المسح عن رسول الله ﷺ من جهات كثيرة لم يذكر فيها التكرار؛ ولأنه مسح [في الطهارة] ولا يحسن^(٢) فيه التكرار كالتيميم.

٢٣٦ - [فَصْلٌ: فِي مَسْحِ بَاطِنِ الْخَفِ]

ولا يمسح باطن الخف، وهو قول عمر، وعلي، وأنس.

وقال الشافعي: يمسح ظاهر الخف وأسفله^(٣).

لنا: ما روى الفضل بن مبشر قال: رأيت جابر بن عبد الله يتوضأ فمسح على خفيه على [ظهورهما مسحة واحدة]^(٤) إلى فوق، ثم صلّى الصلوات كلها،

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٥٧٧).

(٢) في ب (يُسن).

(٣) انظر: المزني، ص ١١؛ قال النووي في المنهاج: «ويُسنُّ مسح أعلاه وأسفله خطوطاً». منهاج الطالبين (مع شرح تحفة المحتاج) ١٥٢/١.

(٤) في الأصل (ظهورهما مسحاً واحداً) والمثبت من رواية ابن المنذر.

وقال: «رأيت رسول الله ﷺ يصنعه ، فأنا أصنع كما رأيت يصنع»^(١) . وعن عمر قال: «سمعت رسول الله ﷺ يأمر بالمسح على ظاهر الخفين إذا لبسهما على ظهر»^(٢) ؛ ولأنه باطن فلا يُسنّ مسحه كداخل الخف ؛ ولأن الاقتصار عليه لا يجوز ، فلا يسن مسحه ، كالساق .

وقد حكى إبراهيم بن جابر في كتاب الاختلاف: الإجماع على أن الاقتصار على أسفل الخف لا يجوز .

٢٣٧ - فَضْلُ : [المسح معكوساً]

ولو مسح من قِبَل الساق إلى الأصابع جاز ؛ لأنه ترك الترتيب ، فصار كمن غسل اليد من المرفق إلى الزند ، يجوز .

٢٣٨ - [فَضْلُ : في مقدار المسح]

وأما مقدار المسح فقد قال أبو الحسن: إذا مسح مقدار ثلاثة أصابع من أصابع الرِّجْلِ أجزاءً .

وذكر ابن رستم عن محمد: أنه إن وضع ثلاثة أصابع وضعاً أجزاءً .

وقال الحسن: لا يجوز حتى يمسح بثلاثة أصابع الأكثر مما على ظهر القدم من الخف ، وإن مسح الأقل لم يجزه .

ورواية ابن رستم [عن محمد] تدل على أنه مقدر بأصابع اليد .

(١) أخرجه ابن المنذر في الأوسط ٤٥٤/١ .

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٢/١ ، وأبو يعلى في مسنده (١٧٠) .

وقال الشافعي: إذا مسح ما يسمى مسحاً، جاز^(١).

لنا: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لو كان الدين بالقياس لكان باطن الخف بالمسح أولى من ظاهره، لكنني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح ظهور خفيه خطوطاً بالأصابع»^(٢)، وهذا بيان قدر المسح؛ ولأنه لم يمسح بأكثر أصابع يده، فصار كمن مسح ما يتناوله اسم المسح، والصحيح من الروايات: أن المسح يتقدر بأصابع اليد؛ لأن المسح بها يقع فيعتبر أكثرها، كما يعتبر في مسح الرأس.

وجه ما ذكره أبو الحسن من اعتبار أصابع الرجل: هو أن ثلاثة أصابع أكثر العضو، فصار كمسح جميعها.

٢٣٩ - [فصل: في المسح بإصبع واحدة]

وقد قالوا: لو مسح بإصبع واحدة مقدار ثلاثة أصابع فمدها، لم يجزه، قال محمد: لأنه ماء قد توضعاً به، وقال زفر: يجوز، وعلى هذا الاختلاف إذا مسح الرأس بإصبع واحدة.

وجه قولهم: هو أن المقصود من المسح إمساس الماء العضو، فإذا حصل المقصود صار الماء مستعملاً، فلا يجوز المسح بعد ذلك بماء مستعمل، وليس هذا كالغسل، إذا أخذ الماء فوضعه على جبينه ثم أجره على جميع وجهه؛ لأن المقصود من الغسل إجراء الماء على العضو، فما لم يوجد لم يحصل المقصود، فلا يصير مستعملاً.

وجه قول زفر: أن شرط الاستعمال: هو مفارقة الماء العضو، فما لم يفارقه

(١) قال الشافعي: «وكيفما أتى بالمسح على ظهر القدم، بكل اليد أو ببعضه، أجزأه». المزني، ص ١٠.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٧٦٩)، والبيهقي في السنن الكبرى ١/٢٩٢.

جاز المسح به .

٢٤٠ - فَصْل: [مسافر مسح ثم أقام أو العكس]

وقد بينا أن المسح مؤقت ، وبيننا شرائط المسح ، ومقداره ، والكلام بعد ذلك في انتقال إحدى مدتيه إلى الأخرى ، فالذي يقول أصحابنا: إن المسافر إذا ابتداءً بالمسح ثم أقام ، فإن كان مسح يوماً وليلة أو أكثر ، نزع خفيه ، وإن كان مسح أقل من يوم وليلة ، تم مسح يوماً وليلة ، وهذا إجماع ؛ ولأنه صار مقيماً في المدة فهو كالمقيم في ابتداء المدة .

وأما إذا ابتداءً وهو مقيم ثم سافر ، فإن كان مسافراً قبل أن يستوفي يوماً وليلة ، مسح تمام ثلاثة أيام [ولياليها] ، وقال الشافعي: [يمسح تمام يوم وليلة] ^(١) .

لنا: أنه أنشأ السفر في مدة المسح ، فصار كمن سافر بعد الحدث قبل المسح .
وأما إذا سافر بعد مضي يوم وليلة ، لم يجز له المسح حتى يغسل رجليه ؛ لأنه استوفى رخصة المقيم قبل السفر ، فوجب عليه غسل الرجلين ، ولا يسقط عنه ذلك بسفره .

٢٤١ - فَصْل: ما يبطل رخصة المسح]

وأما الكلام فيما يبطل رخصة [المسح] ^(٢) فإذا طرأت الجنابة وجب نزع

(١) في الأصل (لا يمسح ولا يمضي) والمثبت من (ب) ، وفي المنزي: «لو مسح في الحضر ثم سافر ، أتم مسح مقيم» ص ٩ ؛ المنهاج ، ص ٧٧ .

(٢) في الأصل (السفر) والمثبت من (ب) .

الخفين؛ لما قدمنا أن مسح الخفين لا يجوز إلا من حدث يوجب الوضوء، وكذلك إن نزعها بعد المسح أو أحدهما، أعاد غسل رجليه؛ لأن المسح إنما قام مقام الغسل للمشقة التي تلحق بنزع الخف، فإذا نزع زال السبب المبيح للمسح، فوجب الغسل كالمتيمم إذا رأى الماء.

وعلى هذا إذا نزع أحد خفيه، وجب عليه نزع الآخر وغسل رجليه، وقال الزهري والثوري: يغسل الذي نزع^(١) ويمسح على الخف الباقي.

لنا: إن طهارة المسح جنس واحد، فما أبطل بعضها أبطل جميعها، كالوضوء لما كان جنساً واحداً، لم يجز أن يبطل بعضه دون بعض.

ونظير هذا ما قال أصحابنا: فيمن لبس الجرموقين^(٢) ومسح عليهما ثم نزع أحدهما: انتقض المسح في الآخر، وجاز له أن يعيد المسح عليه ويمسح على الخف في رجليه الأخرى، وقال هاهنا زفر: لا ينتقض مسح الجرموق الثاني الباقي.

لنا: أن الجرموقين قاما مقام الخفين^(٣)، فنزع أحدهما يبطل المسح [فيهما]^(٤) كالخفين؛ ولأن طهارتهما من جنس واحد كالخفين.

وجه قول زفر: هو أن ابتداء المسح على هذه الحالة يجوز، فالبقاء عليه أكد^(٥) من الابتداء، فإذا لم يمنع [هكذا] الابتداء؛ فلأن لا يمنع البقاء أولى.

(١) في ب (يغسل إحدى رجليه).

(٢) الجرموق - ضم الجيم والميم -، والجمع: جراميق: هو ما يُلبس فوق الخف، وقاية له من الماء، أو من غيره. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء، (جرموق).

(٣) في ب (الرجلين).

(٤) في أ (في الرجلين) والمثبت من ب.

(٥) في ب (أهون).

٢٤٢ - [فَصْل: في نزع القدم من الخف]

قال في الأصل: إن نزع قدميه من الخفين إلى الساق، بطل مسحه^(١)، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه إن أخرج أكثر العقب من موضعه بطل مسحه، وقال الحسن: لا يبطل حتى يخرج أكثر القدم.

وقال الشافعي: لا يبطل حتى تظهر رجله^(٢).

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن رجله متى صارت إلى حالة لو ابتداء اللبس عليها، لم يجوز له المسح بطل مسحه؛ وذلك لأنه لما لم يجوز ابتداء المسح على تلك الحالة، لم يجوز البقاء عليه، كما لو [أخرج رجله]^(٣)؛ ولأنه لا يمكن المشي المعتاد على هذه الصفة سفراً وحضراً، فصار كما لو لفها^(٤) في لفافة.

٢٤٣ - [فَصْل: ما يفعل بخروج وقت المسح]

وإذا خرج وقت المسح: خلع خفيه، وغسل رجله خاصة، وهو قول علقمة، والأسود، والنخعي، والشعبي، وحماد، ومكحول^(٥).

وعن ابن عمر: أنه يعيد الوضوء، وهو قول الزهري، والشافعي في الجديد^(٦).

(١) انظر: الأصل، ٨١/١.

(٢) انظر: المزني، ص ١٠؛ المنهاج، ص ٧٧.

(٣) في أ (أخرجه وظهر) والمثبت من ب.

(٤) في ب (جعلها).

(٥) انظر: مختصر الطحاوي، ص ٢١؛ المزني، ص ٩؛ المدونة، ٤١/١؛ مختصر اختلاف العلماء،

١٤٠/١.

(٦) ذكر الشيرازي المسألة خلاف ما ذكره المؤلف: «قال في الجديد: يغسل قَدَمَيْهِ، وقال في القديم: =»

وقال الحسن البصري: يصلي ولا يغسل قدميه، وهو قول طاووس، وقال نفاة القياس: ينزع الخف ثم يصلي.

والدليل على أنه لا يلزمه أكثر من غسل الرجلين: أن المسح أقيم مقام الغسل، فإذا ظهر الأصل وجب غسل ما لم يكن غسله، كالمتيمم إذا غسل بعض أعضائه وتيمم ثم وجد الماء، لم يلزمه إلا غسل الباقي^(١)، وهذا فرع على أن المسح^(٢) على الخف لا يرفع الحدث؛ بدلالة أنه لم يباشر العضو بالتطهير، فلا يرتفع عنه الحدث؛ ولأن الحدث لو ارتفع عنه [١/١٧] لم يوقت الطهارة كالوضوء، وإذا ثبت أنه لم يرتفع الحدث، فإذا مضت المدة وجب عليه غسل رجليه بالحدث السابق، فلم يلزمه ما زاد عليه، كما قلنا في التيمم؛ ولأن ما قاله الشافعي يقتضي وجوب الغسل من حدث واحد مرتين، وهذا لا يجوز.

فأما الحسن فإنه يقول: إن مضيّ المدة يمنع من استئناف مسح؛ لأن الرخصة مؤقتة، وقد مضى وقتها، فأما الطهارة فلم يحدث منه ما يوجبها، وهذا ليس بصحيح؛ لأن غسل الرجلين واجب في الأصل، وإنما توقفت الرخصة بوقت، فإذا مضى بقي الوجوب بحاله، فمنع من الصلاة.

والذي قاله نفاة القياس لا يصح؛ وذلك لأن نزع الخف لا يجب في غير الإحرام لنفسه، وإنما يجب لسبب، فلما وجب في مسألتنا دل على أنه يجب للغسل.

= يستأنف الوضوء»، ثم ذكر اختلاف الأصحاب بين القولين طويلاً، وخلاصة ذلك: بأنه صحح جماعة وجوب الاستئناف، وصحح جماعة الاكتفاء بالقدمين، وهذا هو الأصح المختار، ويستحب استئناف الوضوء للخروج من الخلاف. انظر: المهذب، ٩٤/١؛ المجموع، ٥٧/١.

(١) في ب (ما بقي).

(٢) في ب (مسح الخف).

٢٤٤ - فَضْلُ: [المسح على الجرموقين]

وإذا لبس فوق الخف الجرموق ، مسح (١) على الجرموقين [وإن كان تحته ما يجوز المسح عليه] .

وقال الشافعي: لا يمسح عليهما (٢).

لنا: ما روي «أن النبي ﷺ مسح على موقيه» (٣): وهو الجرموق ؛ (ولأن كل ما جاز المسح عليه إذا لم يكن تحته ما يجوز عليه المسح ، جاز مسحه ، وإن كان ذلك تحته) (٤) ، كالجباثر على الرأس ؛ ولأن الجرموق يجوز المسح عليه إذا لم يكن بينه وبين الرجل حائل ، فجاز المسح عليه ، وإن كان تحته خف ، كما لو كان في الخف خرق .

فإن قيل: كيف جوزتم المسح على الجرموقين بخبر الواحد؟ .

قلنا: قد أجمعوا على جواز المسح عليه ، وإنما الخلاف في أحوال المسح ، فلم يثبت المسح عليه في الجملة إلا بدليل مقطوع به ، (وهو الإجماع) (٥).

٢٤٥ - فَضْلُ: [المسح على الجرموقين إذا لبسهما بعد المسح على الخفين]

قال أصحابنا: إذا مسح على الخفين ثم لبس الجرموقين لم يجز المسح عليهما ؛ لأن الطهارة تعلقت بالخف ، فلو مسح على الجرموق ، كان ذلك مقام

(١) في ب (جاز مسحه) .

(٢) انظر: الأصل ، ٩٢/١ ، ٩٥ ؛ المزني ، ص ١٠ ؛ المنهاج ، ص ٧٧ ؛ المدونة ، ٤٠/١ .

(٣) أخرجه أبو داود (١٥٤) ؛ ابن خزيمة في الصحيح (١٨٩) ، وفي ب (جرموقيه) .

(٤) ما بين القوسين سقاة من ب .

(٥) ساقطة من ب .

الخف ، وهذا لا يجوز بالقياس ؛ ولأن المدة قد ثبتت بالمسح الأول ، فإذا لبس الجرموق ، وجاز المسح عليه [واستعمل مدة] مستأنفة ليثبت له الرخصة في أكثر من المدة المضروبة ، ولو مسح عليه تمام مدة الأولى ، لكان المسح على ملبوس لا يستوفى فيه مدة الرخصة ، وهذا لا يجوز ؛ ولأنه استأنف اللبس بعد الحدث ، فصار كالخف إذا لبسه بعد الحدث .

٢٤٦ - فَضْلُ : [المسح على العِمَامَةِ وَالْخِمَارِ]

قال أبو الحسن : ولا يمسح على شيء من أعضاء الوضوء غير الرجلين إذا كان عليهما الخُفَّان أو الجرموقان ، وهذه الجملة تشتمل على مسائل :

منها : المسح على العمامة والقلنسوة ، قال أصحابنا : لا يجوز^(١) ، وهو قول ابن عمر ، وجابر .

وعن أبي بكر ، وعمر ، وأنس : جواز المسح على الخمار .

لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ ﴾ [المائدة : ٦] ؛ ولأن المسح على الرأس لا يشق مع لبس العمامة ، فلا يجوز كما لا يجوز المسح [على] البرقع ، وليس كذلك مسحه بالرجل ؛ لأن نزع الخف يشق عليه كل حين ، فجاز له^(٢) المسح .

(١) وهو قول مالك والشافعي ، وأجاز أحمد المسح على العمامة بشرط كونها مخنكة وعلى ذكر ، وكونها ساترة لجميع الرأس .

انظر : مختصر القدوري ، ص ٥٤ ؛ المزني ، ص ٩ ؛ المغني لابن قدامة ، ٢١٩/١ ؛ الإفصاح ، ٧٣/١ ؛ مختصر اختلاف العلماء ، ١٤٥/١ .

(٢) في ب (فلذلك جاز) .

والذي رواه بلال «أن النبي ﷺ رخص في المسح على الخمار»^(١)، وفي خبر ثوبان «أن النبي ﷺ رخص لهم أن يمسحوا على العصائب والتساخين»^(٢)، فيحتمل أن يكون في حالة عذر؛ ولأن هذا خبر واحد فلا يثبت به التخيير فيما ورد به القرآن، وليس كذلك خبر المسح على الخفين؛ لأنه ورد من جهة الاستفاضة، فساوى ما ورد به القرآن.

٢٤٧ - فَصْل: [المسح على الجوربين]

قال أبو حنيفة: لا يجوز المسح على الجوربين [إلا أن يكونا مجلدين أو مُتَعَلِينَ، وهو قول عطاء ومجاهد، وعمر بن دينار، ومالك^(٣)].

وقال أبو يوسف، ومحمد، وزفر: يجوز إذا كانا ثخينين لا يشفان، وروي جواز المسح على الجوربين [عن عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود، وعقبة بن عامر، والبراء، وأنس، وأبي أمامة، وابن عمر، وسعد ابن أبي وقاص، والنخعي، وحماد].

وجه قول أبي حنيفة: أن الجورب لا يعتاد المشي فيه سرفاً أو حضراً كاللثافة.

وجه قولهم: ما روى هزيل، عن المغيرة وأبي موسى «أن النبي ﷺ مسح

(١) أخرجه مسلم ٢٣١/١ (٨٤)، والترمذي (١٠١)، والنسائي (١٠٤)، وابن ماجه (٥٦١)، بلفظ: «مسح على الخفين والخمار».

(٢) أخرجه أبو داود (١٤٧) بلفظ «أمرهم...»، وأحمد في المسند ٢٧٧/٥، والحاكم في المستدرک (٦٠٢).

(٣) فقد اختلف عن مالك في المسح على الجوربين المجلدين: رواية بالجواز، وأخرى بالمنع، والروايتان معاً لابن القاسم. انظر: التفریح، ١/١٩٩. انظر بالتفصيل: مختصر اختلاف العلماء، ١/١٣٩.

على الجوربين والنعلين»^(١) .

٢٤٨ - [فصل: في المسح على النعلين والقفازين]

ولا يجوز المسح على النعلين ؛ لأنه لا يشق نزعهما ، والمسح إنما يجوز للمشقة .

ولا يجوز المسح على القفازين لقوله: ﴿وَأَيْدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] ؛ ولأنه لا يعتاد لبسهما ولا تعم المشقة بنزعهما ، كالبراقع .

٢٤٩ - فصل: [الخرق في الخف]

ولا يجوز المسح على خف فيه خرق يبين منه فيه ثلاثة أصابع ، وإن كان أقل جاز^(٢) .

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: وجملة هذا [أن الخرق الكبير يمنع المسح ، وقال مالك: لا يمنع ، [وقال الشافعي: يمنع]^(٣) .

لنا: أن الخرق الكبير يمنع المشي المعتاد ، فلا يجوز مع المسح كالللفافة ، والخرق اليسير لا يمنع المشي المعتاد ، فصار كآثار الأساقي ، [ولأنه مسح أقيم مقام الغسل ، فجاز مع ظهور بعض الأصل كمسح الجبائر] .

وأما الحد الفاصل بين القليل والكثير ، فقد قال ابن رستم عن محمد: ثلاثة أصابع من أصابع الرّجل ، وقال في الزيادات: أصغرها ، قال الحاكم الشهيد: إن

(١) أخرجه أبو داود (١٦٠) ؛ والترمذي (٩٩) ؛ والنسائي في الكبرى (١٣٠) .

(٢) انظر: مختصر القدوري ، ص ٥٣ .

(٣) انظر: المهذب ، ٩٠/١ ؛ التفریح ، ١٩٩/١ ؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٥٨ (الرسالة) .

كانت الإبهام وأخرى معها.

وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: إن كان من قِبَل العَقْبِ فحتى تبدو أكثر العقب، وإنما يقدر بثلاثة أصابع؛ لأنها أكثر أصابع العضو، والأكثر يقوم مقام الجميع، وكذلك الإبهام إذا انضم إليها إصبع أخرى ساوى الثلاث الأصاغر، فتساوى ما يمنع المسح وما يبيحه، فكان الحكم للخطر، والذي ذكر في العقب فلأن مقدار ثلاثة أصابع يخرج منه أكثر العقب في العادة، فمنع المسح^(١).

٢٥٠- فَصْل: [صفة الخرق في الخف]

وصفة الخرق المانع في المسح: هو الخرق المنفتح الذي يبين ما تحته، فأما إذا كان الخرق طويلاً لا يستبين ما تحته، لم يمنع [كما] رواه المُعَلَّى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة؛ لأن المعنى المانع هو ظهور الأصل، فإذا لم يستبين منه شيء لم يؤثر.

وقد قال أصحابنا: إن خروق الخف يجمع بعضها إلى بعض في رجلٍ واحدة، فإذا بلغت ثلاثة أصابع لم يجز المسح، ولا يجمع من رجلين؛ [لأن الخرق يمنع المسح؛ لظهور أصله، فإذا تفرق في رجلين] لم يظهر مقدار [فرض] المسح في كل واحدة منهما، وقالوا في النجاسة إذا كانت على الخفين، جمع بعضها إلى بعض، فإن زادت على قدر الدرهم منعت الصلاة؛ ولأن المصلي ممنوع من حملها، وهو حامل لها، وإن كانت في خفيه، فلا يجوز.

(١) ساقطة من ب.

٢٥١- [فَصْلُ: المسح في حال إصابة الخفين الماء]

وقد ذُكر مقدار السفر الذي يجوز فيه مسح ثلاثة أيام، والكلام في حد السفر [يأتي] في كتاب الصلاة، قال: فإن أصاب خُفَّيه الماء، أجزأه من المسح، نوى ذلك أم لم ينو، وكذلك سائر أعضاء الطهارة إذا أصابها المطر، وهذا ما بينا أن النية عندنا ليس بشرط فيها.



بَابُ المسح للعدر

—•••••—

قال [أبو الحسن] رحمه الله تعالى: إذا انكسرت يد الواحد أو رجله ، فجبَّرها ، أو كان على [يديه] جُرْحٌ أو قُرْحٌ [فجعل عليه خِرْقَةً] أو انكسر ظُفْرُه فجعل عليه العَلَكُ ، فإنه يجوز المسح على ذلك أجمع ، إذا خاف على نفسه من نزعه ، أو خاف زيادة العِلَّةِ .

والأصل في جواز المسح على الجبائر: ما روى زيد بن علي عن آبائه عن علي رضي الله عنه أنه قال: كسر زندي يوم أُحُدٍ فسقط اللواء منها ، فقال رسول الله ﷺ: «اجعلوها منه في اليسار ، فإنه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة» فقلت يا رسول الله فما أصنع بالجبائر؟ فقال: «امسح عليها»^(١) .

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان ذلك لا يضره لم يجز ، (وقد ذكر في [١٧/ب] كتاب الصلاة عن أبي حنيفة: أنه إذا ترك المسح على الجبائر وذلك يضره أجزاءه)^(٢) ، فأجاب كل واحد منهما على غير ما أجاب به الآخر [والمعنى واحد وإن اختلف اللفظ] ، وكان أبو بكر الرازي يقول: إن كانت الجبيرة لو ظهر ما تحتها أمكن غسلها ، وجب المسح عليها عند أبي حنيفة ؛ [لأن] الفرض متعلق بالأصل ، فتعلق بما قام مقامه ، وإن كانت لو ظهرت لم يجب [غسل ما تحتها]^(٣)

(١) أخرجه ابن ماجه (٦٥٧) بلفظ: (انكسرت إحدى زندي...); وأخرجه الدارقطني (٨٧٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٢٨/١ .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (غسلها) والمثبت من ب .

لم يجب الغسل ولا^(١) المسح عليها ؛ لأن فرض الأصل سقط ، فلم يلزمه ما قام مقامه ، كـمقطوع الرّجل إذا لبس الخف ، لم يلزمه^(٢) المسح .

وجه قولهما: أن النبي ﷺ أمر علياً بالمسح على الجبائر ولم يفصل .

فأما اعتبار الضرر بنزع الجبائر ؛ فلأن الفرض إنما يسقط عن الأصل للضرر^(٣) ، فما لم يوجد ضرر لم يجز المسح .

ولا يعتبر في ذلك خوف التلف ؛ لأن العبادات تسقط بخوف الضرر كالصوم ، وقد قال الشافعي: إن الماسح على الجبيرة يصلي ويعيد^(٤) . وهذا ليس بصحيح ؛ لأن النبي ﷺ لم يأمر علياً بالإعادة ؛ ولأنه مسح أقيم مقام غسل ، فأشبهه مسح الخف .

قال: وإن خاف من المسح [فوق ذلك] لم يكن عليه أن يمسه ؛ لأن المسح عبادة ، فيسقط حكمها بالمشقة كالأصل ، وذكر بعد هذا مسألة الجراح إذا كان في البدن ، وقد بيّنا^(٥) [وهذا] آخر كتاب الطهارات^(٦) .

[تمّ كتاب الطهارة بحمد الله وحسن توفيقه ، وصلى الله على محمد النبي الأمي وآله وصحبه وسلم] ، وهذا كتاب الصلاة .

(١) في ب (لم يجب فرض المسح) .

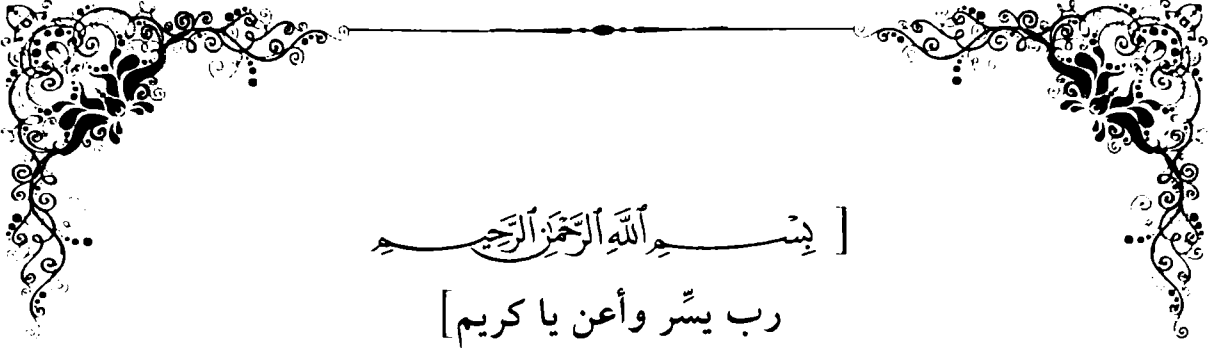
(٢) في ب (لم يجب عليه المسح) .

(٣) في ب (للمشقة) .

(٤) انظر: المهذب ، ٩١/١ .

(٥) في ب (وقد قدمناها) .

(٦) انظر: الأصل ٧٠/١ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤١/١ وما بعدها ؛ القدوري ص ٥٣ وما بعدها .



[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

رب يسر وأعن يا كريم

[٥] كتاب الصلاة



[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: الصلاة في اللغة: الدعاء، قال الشاعر:

تقول بنتي وقد قرّبت مرتحلاً ❖ يا رب جنب أبي الأوصاب والوجعا
عليك مثل الذي صليت فاغتمضي ❖ نومًا فإن لجنب المرء مضطجعا
معناه: مثل الذي دعوت، وقال الآخر: وصَلَّى على دَنِّهَا وارتسم^(١).

وقد صارت في الشريعة اسماً للأفعال وإن لم يكن فيه دعاء، فالاسم شرعي
فيه معنى اللغة.

والأصل في وجوب الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾
[البقرة: ٤٣] وقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا
الصَّلَاةَ﴾ [البينة: ٥]، وقال النبي ﷺ: «بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله
إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، وصوم
رمضان»^(٢) ولا خلاف في ذلك.



(١) الشطر الأول: وقابلها الريح في دَنِّهَا...، كما في الصحاح للجوهري (من شعر الأعشى) (صلاة).
(٢) رواه البخاري (٨)، ومسلم ١: ٤٥ (١٩)، والترمذي (٢٦٠٩)، والنسائي (٥٠٠١).

[٦] بَاب مواقيت الصلاة



قال الشيخ رحمه الله تعالى: والصلاة مؤقتة في الشريعة ، قال الله تعالى:
﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا ﴾ [النساء: ١٠٣] ، يعني [فرضاً]
مؤقتاً ، وقيل منجماً ، وقد ذكرت أوقاتها في القرآن مجملة ، قال الله تعالى:
﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي النِّهَارِ ﴾ [هود: ١١٤] قال الحسن: الفجر والعصر ﴿ وَزُلْفَاءَ نِ
الَّيْلِ ﴾ [هود: ١١٤] قال مجاهد: العشاء ، وعن محمد ابن كعب [القرظي]: طرفي
النهار: الصبح والظهر والعصر ، وزلفاً من الليل: المغرب والعشاء ، وقال تعالى:
﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾ [الإسراء: ٧٨] والدلوك: الزوال ﴿ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ ﴾
[الإسراء: ٧٨] ، قال النخعي: العشاء الآخرة ، فهذه الأوقات مجملة في القرآن ، وقد
بينها رسول الله ﷺ بقوله وفعله .

فأول وقت الفجر: حين يطلع الفجر الثاني: وهو المعترض في الأفق إلى
طلوع الشمس ، والدليل عليه ما روى أبو صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول
الله ﷺ: «إن للصلاة أولاً وآخرأً ، وإن أول وقت الفجر حين يطلع الفجر ، وإن
آخر وقتها حين تطلع الشمس»^(١) . وفي خبر أبي موسى: «أن رجلاً سأل النبي
ﷺ عن مواقيت الصلوات ، فلم يرد عليه شيئاً ، فأمر بلالاً فأذن حين طلع الفجر

(١) أخرجه الترمذي (١٥١) ، وقال الترمذي: «قال محمد بن إسماعيل: حديث محمد بن فضيل هذا خطأ ،
أخطأ فيه محمد بن الفضيل» ؛ ورواه الدارقطني في سننه (١٠٣٠) ، وقال: «لا يصح مسنداً وهم فيه
فضيل ، وغيره يرويه عن الأعمش عن مجاهد مرسلأً وهو أصح» ، وانظر نصب الراية ، ١/ ٢٣٠ .

فصلّى ، وصلّى في اليوم الثاني ، والقائل يقول: كادت الشمس أن تطلع ، ثم قال: أين السائل عن الوقت ؟ ما بين هذين وقت»^(١).

وروى عطاء عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قال: «الفجر فجران: فجر يحل فيه الطعام وتحرم فيه الصلاة ، وفجر يحرم فيه الطعام وتحل فيه الصلاة»^(٢). وفي خبر محمد بن جابر عن قيس بن طلق عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «ليس الفجر الأبيض المستطيل ، ولكنه الأحمر المعترض»^(٣).

وأما آخر وقتها فلما روي عن النبي ﷺ قال: «من أدرك ركعة من الفجر قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها»^(٤). وفي [حديث [عبد الله ابن عمرو] ^(٥): أن النبي ﷺ قال: «وقت الفجر ما لم تطلع الشمس»^(٦). وروى أبو صالح عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «إن للصلاة أولاً وآخرأ ، وإن أول وقت الفجر حين يطلع الفجر ، وإن آخر وقتها حين تطلع الشمس ، وأول وقت الظهر من حين تزول الشمس»^(٧).

لا اختلاف بين أهل العلم في أول وقتها إلا شيء حكي^(٨) عن بعض الناس أنه قال: إذا صار ظل الشيء مثل الشراك.

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٨) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٢٤٠).

(٢) أخرجه ابن خزيمة في الصحيح (٣٥٦) ، والحاكم في المستدرک (١٥٤٩) وصححه.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير ٨ (٨٢٣٦).

(٤) أخرجه النسائي (٥٥١).

(٥) في الأصل (ابن عمر) والمثبت كما في رواية مسلم.

(٦) أخرجه مسلم ٤٢٧/١ (١٧٢) من رواية عبد الله بن عمرو.

(٧) أخرجه الترمذي (١٥١) ، وأحمد في المسند ٢/٢٣٢ ، والبزار في مسنده ١٦ (٩٢١٠).

(٨) في ب (ما حكي).

وأما صفة الزوال فقال ابن شجاع: حَدُّ الزَّوَالِ إِذَا صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ يَزْدَادُ طَوْلًا ، قَالَ مُحَمَّدٌ: حَدُّ الزَّوَالِ أَنْ يَقُومَ الرَّجُلُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ ، فَإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ عَنْ يَسَارِهِ فَهُوَ الزَّوَالُ .

والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ ﴾ [الإسراء: ٧٨] قال ابن عباس: دلوكها: زوالها ، وقال ابن مسعود: دلوكها غروبها .

وما قاله ابن عباس أولى ؛ لما رواه عمر أن النبي ﷺ قال: «أقم الصلاة لدلوك الشمس»^(١): لزوالها ، وروى ابن عمر عنه ﷺ أنه قال: «لدلوكها لزياعها»^(٢) .

وروى ابن عباس ، وجابر ، وابن عمر ، وبريدة ، وأبو هريرة ، وأبو موسى: أن جبريل جاء إلى النبي ﷺ حين زالت الشمس فصلّى به الظهر^(٣) .

وروى عبد الله بن عمرو: أن النبي ﷺ قال: «أول وقت الظهر حين تزول الشمس»^(٤) .

-
- (١) انظر: زاد المسير لابن الجوزي ، ص ٨٢٦ . (ط . ابن حزم) .
 (٢) لم أجده مرفوعاً ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٠٥٢) موقوفاً على ابن عمر .
 (٣) حديث ابن عباس أخرجه أبو داود (٣٩٦) ، والترمذي (١٤٩) ، وقال: هذا حديث حسن ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٢٣٩ ، ٣٧٥٨٦) .
 وحديث جابر رواه الترمذي (١٥٠) ، والنسائي (٥١٣) ، ونقل الترمذي (بعد ١٤٩) عن البخاري قوله: حديث جابر أصح شيء في المواقيت .
 وحديث ابن عمر رواه الدارقطني في سننه (١٠١٨) ، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ٢٢٦/١ .
 وحديث بريدة رواه مسلم ٤٢٩/١ (١٧٧) .
 وحديث أبي هريرة رواه البزار في مسنده (٨٧٧٧) .
 وحديث أبي موسى رواه مسلم ٤٢٩/١ (١٧٨) ، وأبو داود (٣٩٨) ، والنسائي (٥٢٣) .
 (٤) رواه مسلم في صحيحه ٤٢٧/١ (١٧٤) .



والذي روى نافع عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال: «أتاني جبريل عند باب الكعبة مرتين: فصلّى الظهر حين صار الفيء مثل الشراك»^(١). فهذه عبارة عن فيء الزوال الذي اتفق في ذلك الوقت.

وأما آخر وقت الظهر، فروى محمد عن أبي حنيفة: إذا صار ظل كل شيء مثله سوى فيء الزوال، وفي الأصل: ولا يدخل وقت العصر حتى يصير [الظل] قامتين، ولم يتعرض لآخر وقت الظهر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن آخر وقتها إذا صار ظل كل شيء مثله، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، وزفر، والحسن، والشافعي.

وروى معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا صار الظل أقل من قامتين خرج وقت الظهر، ولا يدخل وقت العصر ما لم يصير ظل كل شيء مثليه.

وكان أبو الحسن يقول: هذه الرواية أصح على الأخبار.

وجه قول أبي حنيفة الذي رواه محمد: قوله ﷺ: «أبردوا بالظهر، فإن شدة الحر من فيح جهنم»^(٢). وأشد ما يكون الحر عند المثل، ولأنها صلاة لا تكره النافلة في وقتها، تليها صلاة تكره النافلة بعدها، فكانت الأولى أطول وقتاً كالعشاء، والفجر.

والدليل على أنه ليس بين وقتيهما فاصل: حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «وآخر وقت الظهر حين يدخل وقت العصر»^(٣).

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى ١/٣٦٧.

(٢) أخرجه البخاري (٥٣٨).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه (١٥١)، والدارقطني في سننه (١٠٣٠)، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٢٤١).

فأما وجه رواية المعلّى: فما روى وهب بن كيسان عن جابر قال: جاء جبريل عليه السلام إلى النبي صلى الله عليه وسلم حين زالت الشمس وقال: «قم يا محمد فصلّ الظهر!» ثم جاء في الغد حين كان فيء الرجل مثله، فقال: «قم يا محمد فصلّ العصر»^(١). ومعلوم أن فعل الظهر لا تستغرق ما بين المثل إلى المثليين، فدل على أن آخر وقت الظهر [١/١٨] قبل المثليين، وأول وقت العصر بعد المثليين؛ ولأنهما صلاتا نهار، فكان بينهما فاصل كالفجر والظهر.

وجه رواية الحسن: حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «صلّى بي جبريل عند باب البيت مرتين، فصلّى بي في اليوم الأول الظهر حين زالت الشمس، والعصر حين صار ظل كل شيء مثله، [وصلّى بي الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثله] لوقت العصر بالأمس، وصلّى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه، وقال: ما بين هذين وقت لأمتك»^(٢).

وقد قال مالك قولاً رابعاً: إن وقت الظهر والعصر مشترك، فإذا زالت الشمس دخل وقت [الظهر، فإذا مضى من الوقت] مقدار ما يصلّي أربع ركعات دخل وقت العصر، [فصار الوقت] لهما إلى أن يبقى من الوقت مقدار أربع ركعات^(٣).

وهذا فاسد، لما روي في حديث عبد الله بن عمرو، وأبي هريرة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن للصلاة أولاً وآخرًا، وإن أول وقت الظهر إذا زالت الشمس، وآخره إلى

(١) أخرجه النسائي (٥٢٦)، وابن حبان (١٤٧٢)، والحاكم (٧٠٤) وصححه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٦)، والترمذي (١٤٩) وقال: حديث ابن عباس حديث حسن

(٣) والمذهب عند المالكية: «أول وقت الظهر زوال الشمس... وآخر وقتها إذا صار ظل كل شيء مثله... وهو أول وقت العصر، وآخر وقتها إذا صار ظل كل شيء مثليه...». التفريع ٢١٩/١.

أن يدخل وقت العصر»^(١).

٢٥٢ - فَصْل: [في أول وقت العصر]

وأما أول وقت العصر فقال في الأصل عن أبي يوسف ومحمد: إذا صار الظل قامة وزاد عليها ، وروى أبو عصمة عن أبي سليمان عن أبي يوسف قال: خالفت أبا حنيفة في وقت العصر ، فقلت: أوله إذا صار الظل قامة على الآثار التي جاءت .

قال أبو عصمة: وهذا خلاف ما في الأصل يعني في اعتبار الزيادة ، وقد روي في خبر جابر: «أن جبريل جاء إلى النبي ﷺ في اليوم الثاني حين صار فيء الرجل مثليه ، فقال: قم يا محمد فصلّ العصر» ، وهذا ينفي اعتبار الزيادة .

وأما آخر وقتها: فما لم تغب الشمس ، وهو قول ابن عباس .

وحكي عن الشافعي إلى المثليين ، وقال أصحابه: إنما أراد بهذا آخر وقت الاستحباب ، وقال الثوري: ما لم تتغير الشمس ، وقال الأوزاعي: ما لم تصفر .

لنا حديث أبي هريرة: أنه ﷺ قال: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس [فقد أدركها]»^(٢) ، وروى ابن عمر: أن النبي ﷺ قال: «من فاتته العصر حتى غربت الشمس فكأنما وتر أهله وماله»^(٣) .

(١) هذا لفظ حديث أبي هريرة رواه الترمذي (١٥١) ، وانظر نصب الراية ١/٢٣٠ ، أما حديث عبد الله بن عمرو فقد أخرجه مسلم ٤٢٧/١ (١٧٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٥٧٩) ، ومسلم ٤٢٤ : ١ (١٦٣) .

(٣) أخرج نحوه أحمد في المسند ٨/٢ .

٢٥٣ - [فصل: في وقت المغرب]

وأما [أول] وقت المغرب فحين تغيب الشمس لحديث أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن للصلاة أولاً وآخرأ، وأول وقت المغرب حين تغيب الشمس وآخر وقتها حين تغيب الأفق» وفي حديث أبي موسى أن السائل لما سأل النبي ﷺ عن المواقيت: «صلّى في اليوم الأول المغرب حين غابت الشمس، وفي (١) الثاني حين تغيب الشفق» (٢).

وقال الشافعي: إذا مضى من الوقت مقدار ما يصلي ثلاث ركعات، خرج وقتها (٣).

لنا حديث أبي موسى: «أنه ﷺ صلّى في اليوم الثاني المغرب عند سقوط الشفق» (٤). وفي حديث جابر: «أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن المواقيت فصلّى في اليوم الأول المغرب حين وجبت الشمس، وفي [اليوم] الثاني عند (٥) غيبوبة الشفق» (٦)، وفي حديث عبد الله بن عمرو (٧) ووقت (٨) المغرب ما لم

(١) في ب (وأخر وقتها).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الصحيح في المذهب: أن وقت المغرب يمتد إلى مغيب الشفق؛ للأحاديث الصحيحة فيه، وهو ما حكاه أ [و ثور عن الشافعي في مذهبه القديم، وعلق الشافعي القول به في كتابه «الإملاء» على ثبوت الحديث، وقد ثبت الحديث، بل الأحاديث.

انظر: المجموع، ٣/٣٣، ٣٤.

(٤) تقدم تخريج حديث أبي موسى.

(٥) في ب (قبل).

(٦) تقدم تخريج حديث جابر.

(٧) في ب (عمر).

(٨) في ب (وأخر).



يغيب الشفق»^(١) .

٢٥٤ - فَصْل: [في وقت العشاء]

وأول وقت العشاء حين يغيب الشفق ، وذلك لما روي: «أن النبي ﷺ كان يصلي العشاء الآخرة إذا اسودّ الأفق»^(٢) ، وروي عنه: «أنه كان يصلي العشاء إذا استوى الأفقان»^(٣) .

وأما آخر وقتها فقد قال أصحابنا: وقتها من حين يغيب الشفق إلى نصف الليل ، وإن صلاها قبل طلوع الفجر أجزاءه ، [ويكرهه]^(٤) تأخيرها إلى هذه الساعة ، وفي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة: [أن وقت العشاء ما بين أن يغيب الشفق إلى شطر الليل ، وتأخيرها أعجب إليّ ، وقال الحسن: كان أبو حنيفة] يقول: وقت العشاء من حين يغيب الشفق إلى أن يطلع الفجر ، وكان أحب إليّ أن يؤخرها بعدما يغيب الشفق بساعة^(٥) ، وكان يقول أخرها بعدما يغيب الشفق أو عجلها ، فلا بأس .

ولا ينبغي أن يؤخرها متعمداً إلى أن يجوز ثلث الليل ، والأصل في ذلك: حديث عبد الله بن عمرو: أن النبي ﷺ قال: «ووقت العشاء إلى نصف الليل»^(٦) .

وفي خبر أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لولا أن أشقّ على أمتي لأمرتهم أن

(١) تقدم تخريج حديثه .

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ١/٢٣٤: غريب ، وروى نحوه أبو داود (٣٩٧) .

(٣) أخرج عبد الرزاق في مصنفه (٢١٢٤) ، نحوه موقوفاً على أنس .

(٤) في الأصل (وذكر) والمثبت من ب .

(٥) في ب (بساعتين) .

(٦) أخرجه مسلم ١/٤٢٧ (١٧٣) ، وأبو داود (٣٩٩) .

يؤخروا صلاة العشاء إلى ثلث الليل أو شطر الليل»^(١)، وفي خبر ابن عباس أنه رضي الله عنه قال: «صلّى بي جبريل في الليلة الثانية إلى ثلث الليل»^(٢)، وفي حديث أبي موسى: «فصلّى النبي ﷺ في الليلة الثانية^(٣) حين ذهب ثلث الليل»^(٤)، وفي خبر أنس: أن النبي ﷺ صلّى العشاء حين انتصف الليل، وقال: «لولا أن أشقّ على أمّتي لأخّرت العشاء إلى نصف الليل»^{(٥)(٦)}.

فذهب في إحدى الروايتين عنه إلى أنها تؤخر إلى ثلث الليل، وفي الأخرى إلى نصف الليل بناء على الأخبار، والدليل على أن وقتها لا يخرج إلا بطلوع الفجر قوله ﷺ: «ليس التفريط في النوم وإنما التفريط أن يؤخر صلاة حتى يدخل وقت صلاة أخرى»^(٧)؛ ولأن ما بعد نصف الليل وقت لمن بلغ أو أسلم، فكان وقتاً لغيرهما، كما قبل نصف الليل.

٢٥٥ - [فصل: في الشفق]

وأما الشفق: فهو البياض عند أبي حنيفة، وهو قول عمر، ومعاذ، وأنس، وأبي هريرة، وعمر بن عبد العزيز.

وروى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة: أنه الحُمْرة، وهو قول ابن عمر وعبادة،

(١) أخرجه الترمذي (١٦٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٦).

(٣) في أ (الثالثة).

(٤) أخرجه مسلم ٤٢٩/١ (١٧٨) بلفظ: ثم أخرج العشاء حتى كان ثلث الليل الأول.

(٥) في ب (وجوبها).

(٦) أخرجه نحوه البخاري (٥٧٢)، ومسلم ٤٤٣/١ (٢٢٣).

(٧) أخرجه مسلم ٤٧٢/١ (٣١١).

وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي .

وجه الرواية الأولى: حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «وآخر وقت المغرب حين يغيب الأفق»^(١)، وهذا يقتضي جنس ما يغيب؛ ولأن الشفق مأخوذ من الرقة، وآخر البياض أرق، فكان حمل الاسم عليه أولى، وحكي أن ثعلب سئل عن الشفق، فقال: البياض، فقيل له: الشاهد في الشعر على الحُمْرة أكثر، فقال: إنما يحتاج الشيء إلى شاهد إذا تخفى^(٢)، والبياض أظهر من أن يحتاج إلى شاهد^(٣).

وجه الرواية الأخرى: ما روي أن النبي ﷺ: «صلى العشاء قبل أن يغيب الشفق»^(٤)، ومعلوم أنه لم يرد به الحمرة، فبقي أن يحمل على البياض؛ ولأن الاسم يتناولهما، حمل على أولهما.

٢٥٦ - فصل: [الأفضل في الأوقات]

وأما الكلام في فضيلة الأوقات: الأفضل في الفجر: الإسفار، وقال الشافعي: التغليس^(٥)، وقد روي عن علي أنه قال: (يا قنبر أسفر أسفر)، وعن أبي رافع: أن عمر كان يسفر، وكذلك أبو بكر، وعثمان، وابن مسعود، وابن عباس، وابن الزبير.

(١) أخرجه الترمذي (١٥١)، وأحمد في المسند ٢/٢٣٢.

(٢) في ب (خفي).

(٣) انظر: الصحاح (شفق).

(٤) لم أجد رواية أن النبي ﷺ صلى العشاء قبل أن يغيب الشفق، وذكر القدوري في التجريد

٣٩٦/١، أنه من رواية جابر مرفوعاً

(٥) انظر: الأم، ص ٦٠؛ المهذب، ١/١٨٧، ١٨٨.

وقال النخعي: ما أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كما أجمعوا على التنوير بالفجر.

وروي عن أبي موسى وأبي هريرة: أنهما كانا يغلسان.

فهذا الخلاف بين الصحابة، قلنا بعدما بينا:

[لنا: ما روي في] حديث رافع بن خديج: أن النبي ﷺ قال: «أسفروا بالفجر، فإنه أعظم للأجر»^(١)، وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «أسفروا بالفجر، يغفر الله لكم»، وعن رافع بن خديج: أن رسول الله ﷺ قال لبلال: «نور بالفجر قدر ما يبصرون مواقع نبلهم»^(٢)، وروى أبو بكر الصديق عن بلال عن النبي ﷺ أنه قال: «أصبحوا بصلاة الفجر فإنه أعظم للأجر»^(٣)؛ ولأن تأخيرها يؤدي إلى كثرة الجماعة، وقد قال ﷺ: «كلما كثرت الجماعة فهو أفضل عند الله»^(٤)؛ ولأنها صلاة نهار فجاز أن تتعلق الفضيلة بتأخيرها كالظهر في الصيف.

٢٥٧- [فصل: الأفضل في الظهر]

وأما الظهر في الصيف فالأفضل: أن يؤخرها، وفي الشتاء: يعجلها.

وقال الشافعي: إن صلّى في الصيف في بيته قدّمها، وإن صلّى في المسجد

(١) قال الزبلي في نصب الراية ١/٢٣٥: روي من حديث رافع بن خديج، ومن حديث محمود بن

ليد، ومن حديث بلال، ومن حديث أنس، ومن حديث قتادة بن النعمان، ومن حديث ابن

مسعود، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث حواء الأنصارية. ثم أخرج أحاديثهم.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٤ (٤٤١٤).

(٣) روى أبو داود (٤٢٤) من حديث رافع بن خديج، أن النبي ﷺ قال: «أصبحوا بالصبح فإنه أعظم

لأجوركم».

(٤) لم أجده.

أخرها^(١)، والدليل على ذلك ما روى المغيرة قال: كنا نصلي مع نبي الله ﷺ الظهر بالهاجرة فقال لنا: «أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم»^(٢)، وفي حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اشتد الحر فأبردوا بالصلاة فإن شدة الحر من فيح جهنم»^(٣)، وفي حديث معاذ بن جبل قال: قال لي رسول الله ﷺ حين بعثني إلى اليمن: «إذا كان الصيف فصل الظهر إذا فاء الفياء وتحركت الرياح، فإن الناس يقلون فأمهلهم حتى يدركوها»^(٤).

وأما الذي روي عن خباب بن الأرم قال: «شكونا إلى رسول الله ﷺ حرّ الرمضاء فلم يشكنا»^(٥) فإن هذا لفظ مشترك يراد به أزال شكوانا، ويراد منه فلم يزل، وما ذكرناه من الأخبار غير محتمل.

[١٨/ب] وأما في الشتاء فقد قال إبراهيم: كانوا يحبون أن يعجلوا الظهر في الشتاء، يعني الصحابة، وروى جابر بن سمرة قال: «كان رسول الله ﷺ يصلي الظهر حين تزيغ الشمس»^(٦)، وعن أنس: «كان رسول الله ﷺ يصلي بعد الزوال»^(٧)، وهو محمول على الشتاء. [روى أنس قال: «كان رسول الله ﷺ

(١) قال الشافعي في الأم: «وتعجيل الحاضر الظهر إماماً ومنفرداً في كل وقت، إلا في شدة الحر، فإذا اشتد الحر آخر إمام الجماعة الذي ينتاب من البعد الظهر حتى يبرد، بالخبر عن رسول الله ﷺ». ص ٨٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٦٨٠)، وابن حبان في صحيحه (١٥٠٥)، وأحمد في المسند ٢٥٠/٤.

(٣) البخاري (٥٣٣)، ومسلم ١: ٤٣٠ (١٨٠)، وأبو داود (٤٠٥)، والترمذي (١٥٧) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٥٠٠)، وابن ماجه (٦٧٧).

(٤) رواه أبو نعيم في الحلية ٢٤٩/٨.

(٥) أخرجه مسلم ٤٣٣/١ (١٨٩ - ١٩٠).

(٦) لم أجده.

(٧) لم أجده.

يصلّي الظهر في الشتاء وما يدرى ما ذهب من النهار أكثر أم ما بقي»^(١).

٢٥٨ - فَضْلُ: [الأفضل في العصر]

وأما العصر فتأخيرها في سائر الأزمان ما لم تتغير الشمس ، وهو أفضل ، وقد روي أن علياً عليه السلام كان يؤخر العصر حتى ترتفع الشمس على الحيطان ، وعن ابن مسعود وأبي هريرة: أنهما كانا يؤخران العصر .

وعن ابن الحنفية ، وأبي قلابة ، وطاووس: إنما سميت العصر عصراً ليعتصر بها .

وروي تعجيلها عن عمر وابن عمر ، وقال الشافعي: تعجيلها أفضل^(٢).

لنا: ما روي في حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «تجتمع ملائكة الليل والنهار في صلاة الصبح والعصر ، ثم يعرجون إلى الله سبحانه فيقول: ما وجدتم عبادي يعملون؟ فيقولون: جئناهم وهو يصلون ، وفارقناهم وهم يصلون»^(٣) ، وهذا يدل على أنها تفعل في آخر الوقت حين تعرج الملائكة .

وفي خبر رافع بن خديج: أن النبي صلى الله عليه وسلم: «كان يأمر بتأخير العصر»^(٤) ، وفي حديث علي بن شيبان قال: «قدمت على النبي صلى الله عليه وسلم وكان يصلي العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية»^(٥) ، وهذا الحديث في الصحيح ؛ ولأن النافلة تكره بعدها ،

(١) عزاه البوصيري في الاتحاف ٤٣١/١ إلى أبي داود الطيالسي .

(٢) انظر: الأم ، ص ٥٩ ؛ المهذب ، ١٨٤/١ .

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٣٩٦/٢ .

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٤ (٤٣٧٦) .

(٥) أخرجه أبو داود (٤١١) .



فإذا أخرها جمع بين الفرض^(١) والنفل ، فكان أولى .

ويكره تأخيرها إلى أن تتغير الشمس لحديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بصلاة المنافقين؟ يدع العصر حتى إذا كانت الشمس بين قرني الشيطان - أو على قرني شيطان - قام فنقرهن كنقرات الديك ، لا يذكر الله فيهن إلا قليلاً»^(٢).

ويجزئه ذلك لما روي في خبر جابر: أن عثمان قال لرسول الله ﷺ يوم الخندق: «يا رسول الله ما كدت أن أصلي العصر حتى كادت الشمس أن تغرب»^(٣) ولم ينكر عليه .

قال أصحابنا: إن التأخير مكروه ، فأما الفعل فليس بمكروه ؛ لأنه وقت وجوبها ، فيستحيل أن يكره فعلها فيه .

٢٥٩ - فصل : [كراهة تأخير المغرب]

وأما المغرب فيصلها في [أول]^(٤) وقت إذا غربت الشمس ، ويكره تأخيرها لحديث حارثة بن وهب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزال أمتي في مسكة»^(٥) ما لم يؤخروا بالمغرب اشتباك النجوم مضاهاة لليهود»^(٦) ، وروى

(١) في أ (وفعل النافلة) .

(٢) أخرجه ابن حبان في الصحيح (٢٦٠) .

(٣) لم أجده عن عثمان ، وهو حديث جابر أن عمر ، فذكر الحديث ، أخرجه البخاري (٥٩٨) ، ومسلم ٤٣٨/١ (٢٠٩) .

(٤) في النسخ (كل) ، والمثبت ما يدل عليه السياق .

(٥) أي: في خير أو قوة . جمهرة اللغة ؛ تاج العروس ، (مسك) .

(٦) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٨ (٧٤١٨) ، عن الحارث بن وهب ، عن الصنابح ، عن =

عبد الرحمن بن سعيد عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن هذه الأمة لن يزالوا بخير ما لم يؤخروا المغرب إلى اشتباك النجوم»^(١)، وفي خبر أنس: «كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المغرب فنرمي فيرى أحدنا مواقع نبله»^(٢)، وروى جابر قال: «كنا نصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المغرب، ثم نرجع فنتناول حتى نبليغ منازلنا من بني سلمة، ونحن نرى مواقع نبينا من الإسفار»^(٣).

٢٦٠ - فَضْلُ: [الأفضل في العشاء]

وأما العشاء فتأخيرها أفضل إلى ثلث الليل، ويكره تأخيرها بعد نصف الليل، وقال أبو الحسن: وتأخيرها ما لم يتجاوز ثلث الليل أفضل.

وقال محمد في الأصل: ووقت العشاء من حين يغيب الشفق إلى نصف الليل، وفي موضع آخر: أحب إلي أن يؤخرها إلى ثلث الليل، فالمراد بالأول: الوقت الذي لا كراهة فيه، والمراد بالثاني: الوقت المستحب، قال الطحاوي: المستحب في العشاء التعجيل قبل مضي ثلث الليل، وقال الشافعي: تعجيلها أفضل^(٤).

لنا: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك

= النبي صلى الله عليه وسلم، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٣٨): رجاله ثقات.

(١) أخرج نحوه ابن الأعرابي في معجمه ٢ (١٠٢٨)، وفي سنده: عن عبد الرحمن بن سعيد، عن أبي داود، عن علي.

(٢) رواه أبو داود (٤١٩)، ولفظه: ثم نرمي فيرى أحدنا موضع نبله، وأخرج نحوه أبو يعلى في مسنده (٣٣٠٨).

(٣) أخرجه ابن المنذر في الأوسط ٢/٣٦٨ (١٠٢٩).

(٤) انظر: الأم، ص ٦٠؛ المهذب، ١/١٨٦.

عند كل صلاة، ولأخزرتُ العشاء إلى ثلث الليل، أو إلى نصف الليل»^(١)، وفي حديث ابن عمر قال: مكثنا ذات ليلة ننتظر رسول الله ﷺ لصلاة العشاء الآخرة، فخرج إلينا حين ذهب ثلث الليل أو بعده، فلا ندري أي شيء شغله في أهله أو غير ذلك، فقال حين خرج: «إنكم لتنتظرون صلاة ما انتظرها أهل دين غيركم، ولولا أن تثقل على أمتي لصليت بهم هذه الساعة»^(٢)، وفي خبر أنس: «أنه ﷺ أخرها إلى نصف الليل»^(٣)، وفي خبر جابر بن سمرة: «كان رسول الله ﷺ يستحب أن يؤخر العشاء الآخرة»^(٤)، وفي خبر أبي بردة: «كان رسول الله ﷺ يستحب أن يؤخر العشاء التي تدعوها العتمة»^(٥)، وفي خبر معاذ: «أن رسول الله ﷺ أخر عشاء الآخرة ثم خرج فقال: أعتموا بهذه الصلاة، فإنكم فضلتم بها على سائر الأمم، ولم تصلها أمة قبلكم»^(٦).

والذي روي عن النعمان بن بشير أنه قال: أنا أعلم الناس بهذه الصلاة، «كان رسول الله ﷺ يصلّيها لسقوط القمر لثالثة»^(٧) فيحتمل أن يكون ذلك في

(١) أخرجه الترمذي (١٦٧)، وابن ماجه (٦٩١)، وابن حبان (١٥٣٨)، وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) أخرجه مسلم ٤٤٢/١ (٢٢٠).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه النسائي (٥٣٣)، وابن حبان في صحيحه (١٥٣٤)، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٥٢)، بلفظ: كان رسول الله ﷺ يؤخر العشاء الآخرة.

(٥) هذا لفظ البخاري (٥٤٧)، والنسائي (٥٢٥)، أخرجاه من حديث أبي برزة الأسلمي، وليس من حديث أبي بردة.

(٦) أخرجه أبو داود (٤٢٤)؛ وأحمد في المسند ٢٣٧/٥، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٣٦٥).

(٧) أخرجه أبو داود (٤٢٢)، والترمذي في سننه (١٦٥)؛ والنسائي (٥٢٨، ٥٢٩)، وابن حبان في صحيحه (١٥٢٦)، والحاكم في المستدرک (٦٩٨).

الصيف، [قدّمها] ^(١) لقصر الليل، وحاجة الناس إلى النوم، فلما اختلفت الأخبار في ثلث الليل ونصفه، بنى الروائين على الأخبار.

٢٦١ - [فصل: الصلاة في حال الغيم]

وأما إذا كان غيم ^(٢)، فالأفضل الإسفار بالفجر، لقوله ﷺ: «أسفروا بالفجر» ^(٣) وهو عام، ويؤخر الظهر، ويعجل العصر، ويؤخر المغرب، ويعجل العشاء، لما روي عن عمر أنه قال: «أخروا الظهر في يوم الغيم وعجلوا العصر» ^(٤)، وروى أبو المهاجر عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «بكرّوا بالعصر في يوم الغيم، فمن ترك العصر، حبط عمله» ^(٥)؛ ولأن يوم الغيم يتفق فيه الموانع عن الجماعة بمطر وغيره، فالواجب أن يصلي الصلاتين في وقت خروج واحد إلى المسجد، وقد روي: «أن النبي ﷺ جمع بين الصلاتين في المدينة من غير مطر ولا سفر» ^(٦)، وهذا محمول على يوم الغيم: أنه صلّى الظهر في آخر وقتها، والعصر في أول وقتها.

٢٦٢ - [فصل: وقت صلاة الوتر]

وأما الوتر فوقتها عند أبي حنيفة: إذا غاب الشفق، إلا أنه مأمور بتقديم

-
- (١) في أ (فمدّ بها) والمثبت من ب.
 (٢) في ب (فأما في يوم الغيم).
 (٣) تقدم تخريجه. وانظر نصب الراية ٢٣٥/١.
 (٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٣٤٥)، وابن المنذر في الأوسط (١٠٦٨).
 (٥) لم أجده بهذا السياق، وأخرج الروياني في مسنده (٤٧)، أن بريدة قال في يوم غيم: بكرّوا بالعصر، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فاته العصر فقد حبط عمله».
 (٦) أخرجه أبو داود (١٢٠٤) بلفظ: بالمدينة من غير خوف ولا مطر.

العشاء عليها، وروى معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه إذا صلى الوتر قبل عشاء الآخرة، لم يجزه الوتر، وإن كان ناسياً أجزأه، وعليه أن يعيد^(١) العشاء، وقال أبو يوسف ومحمد: وقتها إذا فرغ من صلاة العشاء [الآخرة]، وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر في قولهم.

والكلام في أول وقتها فرع على صفتها، فهي عند أبي حنيفة صلاة واجبة، والوقت إذا جمع صلاتين واجبتين فهو [وقت لهما]^(٢)، وإن أمر بتقديم إحداهما، كصلاة الوقت والفائتة.

وعلى قولهما إنها نافلة، فيدخل وقتها بالفراغ من الفريضة، كسائر النوافل من ظهر وجمعة.

وعلى هذا الخلاف إذا صلى العشاء على غير وضوء، وهو لا يعلم ثم توضأ فأوتر، ثم تذكر، قال أبو حنيفة: يعيد العشاء دون الوتر؛ لأنه صلاها في وقتها، وإنما ترك الترتيب؛ وذلك يسقط بالنسيان. وعلى قولهما: إنه صلاها قبل وقتها، فلا يعتد بها، والدليل على وقتها قوله ﷺ: «إن الله زادكم صلاة^(٣) ألا وهي الوتر، فصلوها ما بين العشاء الآخرة إلى طلوع الفجر»^(٤).

وأما الفضيلة فيها فقد قال أصحابنا: إن كان الإنسان لا يثق في نفسه بالاستيقاظ أوتر في أول الليل، وإن كان ممن يقوم بالليل للصلاة فالوتر في آخر

(١) في ب (يصلي).

(٢) في أ (وقتها) والمثبت من ب.

(٣) في ب (إلى صلاتكم).

(٤) قال الحاكم في المستدرک (٦٥١٤): قد روى عن أبي بصرة: جماعة من الصحابة، أنه سمع النبي ﷺ يقول، فذكره، ورواه أحمد في المسند ٧/١.

الليل أفضل ، وقد روي أن النبي ﷺ قال لأبي بكر: «متى توتر؟» فقال: أصلي لربي ما كتب لي ، ثم أوتر ، ثم أنام ، فإن قمت صليت في آخر الليل ، وقال لعمر: «متى توتر؟» فقال: أصلي ثم أنام ، فإذا قمت أوترت ، فقال لأبي بكر: «أخذت بالثقة» ، وقال لعمر: «أخذت بالقوة»^(١).

وروي عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر في أوله ، ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل ، فإن صلاة الليل مشهودة ، وذلك أفضل»^(٢) ، يعني: تحضره الملائكة .

وروي عن أبي سعيد [١/١٩] الخدري: أن النبي ﷺ سئل عن الوتر؟ فقال: «الوتر قبل الصبح»^(٣).

وروى مسروق عن عائشة قالت: (من كل الليل أوتر رسول الله ﷺ ، أوتر في أوله ، وأوسطه ، وآخره ، وانتهى واستمر وتره إلى السحر ، فقبض وهو يوتر بسحر)^(٤) ، والذي روي عن أبي هريرة قال: «أوصاني خليلي أن لا أنام حتى أوتر»^(٥) ، فمحمول على أنه كان لا يثق من نفسه بالقيام .

٢٦٣ - فَصْل: [وقت صلاة الجمعة]

قال: ووقت الجمعة وقت الظهر ، لما روي: أن النبي ﷺ كتب من مكة إلى

-
- (١) أخرج نحوه ابن خزيمة في صحيحه (١٠٨٤) ، وأحمد في مسنده ٣/٣٠٩ .
 (٢) أخرج نحوه مسلم ١/٥٢٠ (١٦٢) ، والترمذي (٤٥٥ م) ، وابن ماجه (١١٨٧) .
 (٣) أخرجه بهذا اللفظ البيهقي في السنن الكبرى ٢/٤٧٨ ، وعزاه لمسلم ، ولكن مسلماً أخرج نحوه في الصحيح ١/٥٢٠ (١٦١) ، وهو عند النسائي كذلك في المجتبى (١٦٨٣) .
 (٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٣/٤٨٥ .
 (٥) أخرجه البخاري (١١٧٨) ؛ ومسلم ١/٤٩٨ (٨٥) ، وأبو داود (١٤٢٧) ، والنسائي (١٦٧٧) .

مصعب بن عمير بالمدينة: «إذا مالت الشمس من اليوم الذي تتجهز فيه اليهود لسبتها فاجمع من قبلك من المسلمين، وذكرهم بالله، وازدلف بهم إليه بركعتين^(١)؛ ولأنها قائمة مقام الظهر، فصار وقتها وقت الظهر^(٢)».



(١) ذكره الكاساني في البدائع ١/٢٦٨.

(٢) انظر: الأصل ١/١٢١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١/٤٩١ وما بعدها؛ متن القدوري ص ٦٣ وما بعدها.

بَابُ الأوقات التي تكره الصلاة فيها



قال الشيخ أبو الحسن: الأوقات التي تكره فيها الصلاة خمسة أوقات: ثلاثة يكره فيها التطوع، ولا يجوز فيها الفرض إلا عصر يومه، ووقتان يكره فيها التطوع، ولا يكره فيهما الفرض، فأما الأوقات الثلاث: فعند طلوع الشمس، وعند غروبها إذا احمرَّت الشمس، وقائم الظهيرة.

وأما الوقتان الآخران: فبعد صلاة الفجر إلى أن تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تصلي المغرب، وهكذا ذكر محمد في الأصل، وقال الحسن^(١) قال أبو حنيفة: ثلاث ساعات تحرم فيهن الصلاة، وذكر الطلوع، والزوال، والغروب، وثلاث ساعات تكره فيهن الصلاة: بعد الفجر إلا ركعتي الفجر، وبعد صلاة الفجر النوافل كلها حتى ترتفع الشمس وتبيض، وبعد العصر لا تفعل شيئاً من التطوع.

ووقت آخر يكره فيه النفل: وهو خروج الإمام إلى أن يفرغ من الخطبة.

وأما الكلام في الأوقات الثلاثة، فإنه لا يجوز فيها فرض ولا نفل إلا عصر يومه عند غروب الشمس.

وقال الشافعي: يجوز فيها الفرائض والنوافل التي لها أسباب، ويكره من النافلة ما لا سبب له.

(١) في ب (أبو الحسن).

لنا: ما روى ابن سيرين عن زيد بن ثابت: «أن رسول الله ﷺ نهاه عن الصلاة حين تغرب الشمس وحين تطلع، وقال: إنها تطلع بين قرني شيطان»^(١).

وروى سمرة بن جندب: «أن رسول الله ﷺ: نهى عن أن يصلى حين تطلع الشمس؛ فإنها تطلع بين قرني شيطان، [ونهى أن يصلى حين تغرب الشمس، فإنها تغرب بين قرني شيطان]»^(٢).

وفي حديث عبد الله بن عمرو: أن النبي ﷺ قال: «إذا طلعت الشمس فأمسك عن الصلاة فإنها تطلع بين قرني شيطان»^(٣).

وفي حديث عقبة بن عامر قال: «ثلاث ساعات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيهن، وأن نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة، وحين تضيّف للغروب»^(٤).

وروى عبد الرحمن البيلماني عن عمرو بن عبسة قال: قلت يا رسول الله علمني ما تعلم وأجهل! هل من الساعات ساعة أفضل من الأخرى؟ قال: «جوف الليل الأخير، فصلّ فإنها متقبّلة حتى يطلع الفجر، ثم انتهِ حتى تطلع الشمس، ما دامت كالجحفة فأمسك حتى تشرق، فإنها إذا طلعت تطلع بين قرني شيطان، ويسجد لها الكفار، ثم صلّ فإنها مشهودة متقبّلة حتى يقوم العمود على ظله، ثم انتهِ فإنها ساعة يسجر فيها الجحيم، ثم صلّ إذا زالت إلى العصر، ثم انتهِ فإنها

(١) أخرجه أحمد في المسند ١٩٠/٥.

(٢) أخرج نحوه ابن خزيمة في صحيحه (١٢٧٤)، وأحمد في المسند ٢٠/٥.

(٣) أخرجه مسلم ٤٢٧/١ (١٧٣).

(٤) أخرجه مسلم ١: ٥٦٨ (٢٩٣)، وأبو داود (٣١٨٥)، والترمذي (١٠٣٠)، والنسائي (٥٦٠)،

وقال الترمذي: حسن صحيح.

تغيب بين قرني شيطان ويسجد لها الكفار» (١).

وروى ابن مسعود في هذا الخبر: أن النبي ﷺ قال لعمر بن عبسة: «أما الليل فإذا صليت المغرب فالصلاة مقبولة مشهودة حتى تصلي صلاة الفجر» (٢)، وهذه الأخبار عامة في النهي عن الفرائض والنوافل [جميعاً]؛ ولأنها صلاة شرعية فيمنع من فعلها عند الطلوع، كالنفل المبتدأ؛ ولأن الفرض أحد نوعي الصلاة، فجاز أن يمنع منه في هذه الأوقات، كالنفل.

وأما عصر يومه وإنما جازت عند الغروب لقوله ﷺ: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها» (٣)؛ ولأنه وقت وجوبها، فكان وقتاً لأدائها، وقد قال أصحابنا: إن الصلاة في هذه الأوقات الثلاثة ممنوعة [بمكة] وغيرها.

وقال الشافعي: لا بأس بها بمكة.

وعموم الأخبار تمنع من ذلك؛ ولأن كل وقت نهى عن فعل العبادة في غير مكة، نهى عن فعلها في مكة، كالصوم يوم النحر، والذي روي أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة في الأوقات المكروهة إلا بمكة، فلم تثبت عند أصحابنا؛ ولأن أخبار النهي مستفيضة، فلا تسقط حكمها بخبر الواحد.

وقد روي عن أبي يوسف: أن الصلاة تجوز وقت الزوال في يوم الجمعة، رواه بشر عنه، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه وقت نهى عن الصلاة فيه في غير يوم

(١) أخرجه النسائي في المجتبى (٥٨٤)؛ وابن ماجه (١٢٥١)، وابن خزيمة في صحيحه (٢٦٠).

(٢) أخرجه الشاشي في مسنده (٩٠١).

(٣) تقدم تخريجه.

الجمعة، فنهى عن الصلاة فيه في يوم الجمعة بحال الطلوع والغروب.

وجه قول أبي يوسف: ما روي «أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة في هذه الأوقات المكروهة إلا يوم الجمعة»^(١).

٢٦٤- فُصِّل: [النهى عن الصلاة بعد طلوع الفجر وبعد صلاة العصر]

وأما الوقتان الآخران: وهما ما بعد طلوع الفجر، وبعد صلاة العصر، فيجوز فيهما الفرض، (ولا يجوز فيهما النفل)^(٢)، ولا يجوز فيهما ما تعلق وجوبه بفعله.

وقال الشافعي: يجوز فيهما ما له سبب^(٣).

لنا حديث ابن عباس قال: شهد عندي رجال رضيتهم، وأرضاهم عندي عمر أن النبي ﷺ قال: «لا صلاة بعد صلاة الصبح حتى تشرق الشمس، ولا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس»^(٤)، وقد روى هذا الحديث عن

(١) أخرج الشافعي في مسنده ص ٦٣، من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس إلا يوم الجمعة، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢/٤٦٤، من طريق الشافعي، وأخرج البيهقي في السنن الكبرى ٣/١٩٣، عن أبي قتادة، فذكره وزاد فيه: لأن جهنم تسعر كل يوم إلا يوم الجمعة.

(٢) ساقطة من ب.

(٣) فلا تكره في هذه الأوقات الصلاة التي لها سبب: كقضاء فائتة، والصلاة المنذورة، وسجود التلاوة، وصلاة الجنائز، وما أشبهها: كركعتي الطواف، وتحية المسجد، وسنة الوضوء، بشرط أن يكون سببها متقدماً على الصلاة - سواء كانت فرضاً أو نفلاً -، وكذا إذا كان سببها مقارناً كركعتي الطواف، وصلاة الجنائز، وصلاة الاستسقاء، والكسوف.

وأما السبب المتأخر: كركعتي الاستخارة، والإحرام، فإنها لا تنعقد كالصلاة التي لا سبب لها.

انظر: المهذب، ١/٣٠٦؛ المجموع، ٤/٨٠؛ مغني المحتاج، ١/١٢٩.

(٤) أخرجه البخاري (٥٨١)، ومسلم ١: ٥٦٦ (٢٨٦)، وأبو داود (١٢٧٠)، والترمذي (١٨٣)، =

النبي ﷺ: أبو سعيد الخدري، وعائشة، وأبو أمامة، ومعاذ بن عفراء، وأبو هريرة^(١).

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن رسول الله ﷺ قال ذلك في خطبته يوم فتح مكة)^(٢)، وكذلك رواه سعد بن مالك^(٣)، وأبو أيوب الأنصاري؛ ولأن ما يمنع النفل المبتدأ يمنع النفل الذي له سبب من جنسه، أصله حال اشتغال الإمام بالصلاة، وإنما قلنا إن الفرائض تجوز في هذين الوقتين لقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»^(٤)؛ ولأن هذا الوقت يصلح للفرض، ألا ترى أن من لم يصل فرض وقته، صلى فيه.

= والنسائي (٥٦٢)، وابن ماجه (١٢٥٠).

(١) أما حديث أبي سعيد الخدري فرواه البخاري (٥٨٦)، ومسلم ٢٦٧/١ (٥٨٨).

وحديث عائشة رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٧٤٠١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٠٣/١.

وحديث أبي أمامة، عن عمرو بن عبسة أخرجه مسلم ٥٦٩/١ (٢٩٤).

وحديث معاذ بن عفراء أخرجه النسائي في الكبرى (٣٧٠)، وأحمد في المسند ٢١٩/٤، والطبراني في الكبير ٢٠ (٣٧٧).

وحديث أبي هريرة فرواه البخاري (٥٨٨)، ومسلم ٥٦٦/١ (٢٨٥).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١٧٩/٢.

(٣) سعد بن مالك اثنان من الصحابة: أحدهما: أبو سعيد الخدري وتقدم للمصنف ذكر حديثه قبل أسطر.

وثانيهما: سعد بن أبي وقاص، ولعله المراد هنا بقول المؤلف سعد ابن مالك، وحديثه أخرجه أحمد في المسند ١٧١/١، وأبو يعلى في مسنده (٧٧٣)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣٣٤٧): رجاله رجال الصحيح.

(٤) أخرج نحوه من رواية ابن عمر: الدارقطني (١٥٦٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٢: ٢٢١، والطحاوي في شرح معاني الآثار ١: ٤٦٧، والطبراني في معجمه الأوسط (٥١٣٢).

وكذلك يسجد للتلاوة في هذين الوقتين ؛ لأن وجوبها لا يقف على فعله ،
ألا ترى أن من سمع التلاوة يجب عليه السجود ، فصارت كالفرائض ، وكذلك
صلاة الجنابة ؛ لأن وجوبها لا يقف على فعله .

وأما ركعتا الطواف ، فلا يجوز في هذين الوقتين ؛ لأن وجوبها يتعلق بفعله .
وأما المنذورة فلا يجوز ؛ لأنها تتعلق بسبب من جهته ، فهي كالصلاة التي
شرع فيها .

ولا يجوز في الأوقات الثلاثة: صلاة على جنازة ، ولا سجدة التلاوة ،
لحديث عقبة بن عامر : «نهانا رسول الله ﷺ . . .» ؛ ولأن ما تعلق وجوبه بفعله
وبفعل الله تعالى ، لا يجوز في هذه الأوقات كالفرائض .

وإنما اقتصر محمد على ذكر خمسة أوقات ؛ لأن النهي فيها يعود إلى الوقت
وما سواها ، وإن نهى عن الصلاة فيه ، فليس لمعنى يعود فيختص بالوقت .

وأما ما بعد طلوع الفجر : فيكره فيه كل النوافل إلا نفلاً واحداً ، وهو ركعتا
الفجر ؛ لأن النبي ﷺ كان لا يصلي بعد طلوع الفجر أكثر من ركعتين ، مع حرصه
على النوافل ، فلو جاز الزيادة عليها لفعله .

وأما الذي ذكره الحسن^(١) من كراهة التنفل إذا خرج الإمام يوم الجمعة ،
فليس ذلك لمعنى يعود إلى الوقت ، وإنما هو حتى لا يتشاغل عن سماع الخطبة ،
والكلام هاهنا فيما يختص بالوقت .

وأما غروب الشمس فيكره التنفل حتى يصلي المغرب ؛ لأن النبي ﷺ لم

(١) في ب (أبو الحسن) .

يتنفل قبل المغرب، وقال: «بين كل أذانين إلا المغرب»^(١)؛ ولأن النفل قبلها يؤدي إلى تأخيرها عن وقتها [ب/١٩] وذلك منهي عنه، ولم يذكر محمد هذا الوقت؛ لأن النهي عن الصلاة فيه ليس لمعنى يعود إلى الوقت، وإنما هو حتى لا تؤخر الصلاة عن وقت الفرض^(٢) المقصود، وهذا كالنهي عن التنفل في المسجد والإمام يصلي الفرض، ليس هو لمعنى يعود إلى الوقت، وإنما هو حتى لا يتشاغل به عن الجماعة.

ووقت آخر يكره فيه النفل لبعض الناس دون بعض: وهو من حضر المصلّي في يوم العيد، يكره له أن يتنفل قبل العيد، والأصل فيه حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ خرج يوم العيد فلم يصل قبلها ولا بعدها»^(٣).

وروي أن علياً رضي الله عنه رأى قوماً يصلون يوم العيد فقال ما هذه الصلاة التي لم نكن نفعها على عهد رسول الله؟! فقيل له: ألا تنهاهم، فقال: إذا أكون كما قال الله ﷻ: ﴿أَرَأَيْتَ الَّذِي يَنْهَى ① عَبْدًا إِذَا صَلَّى ②﴾ [العلق: ٩ - ١٠]، ولكنني أحدثهم بما شهدنا [مع] رسول الله ﷺ: خرج فلم يصل قبلها ولا بعدها^(٤).

وروي عن ابن مسعود وحذيفة: «أنهما كانا يقومان يوم العيد فينهان الناس عن الصلاة قبل العيد»^(٥).

(١) أخرج الطبراني في المعجم الأوسط (٨٣٢٨)، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن حبان إلا عبد الواحد»، وقال الهيثمي في المجمع (٣٣٩١): «وفيه حبان بن عبد الله ذكره ابن عدي، وقيل أنه اختلط».

(٢) في ب (الفضيلة).

(٣) أخرجه أبو داود (١١٥٢)، والنسائي (١٥٨٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٩٠٢).

(٤) أخرجه الرازي في تفسيره ٢٢٢/٣٢.

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير ٩ (٩٥٢٤ - ٩٥٢٥)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣٢٣٤): =

وروي عن جرير بن عبد الله البجلي قال: كنت آخر الناس إسلاماً فحفظت من رسول الله ﷺ: «لا صلاة في العيدين قبل الإمام»^(١)؛ ولأن العيدين ليس لهما أذان ولا إقامة، فلو صلّى قبلها، لم يأمن أن يدخل الإمام في الصلاة، فلو [أتم]^(٢) النافلة انقطع عن الجماعة، وإن قطعها كان قد دخل في صلاة لا يتمها، فلم يجز^(٣).

٢٦٥ - فصل: [صلاة الفريضة في الأوقات الثلاثة]

وإن صلّى في الأوقات الثلاثة فرضاً، أعاده إلا عصر يومه؛ لأن الفرض استحق عليه على وجه غير منهي عنه، فإذا فعله في وقت منهي عنه فلم يفعله^(٤) كما أمر به، فلم يجزه.

وأما إذا افتتح النفل في هذه الأوقات الثلاثة [فالأفضل أن يقطعه؛ لأنه إذا مضى عليه أوقعه مع النهي، وإذا قطعه قضاؤه في وقت غير منهي عنه، فكان أولى، فإن افتتح النفل في هذه الأوقات] ثم أفسده، فالمشهور من الرواية: أن عليه القضاء، وذلك أن إيجابه للصلاة بقوله كالنذر، وليس كذلك الدخول في صوم النحر؛ لأنه إيجاب بالفعل، وليس بالقول؛ ولأن النهي في هذه الأوقات عن فعل الصلاة، والصلاة لا تكون إلا بجنس أفعال: هي القيام والركوع والسجود، فلم توجد الصلاة المنهي عنها في الجزء الأول من فعله، فوقع غير منهي [عنه]،

= هو مرسل صحيح الاسناد.

(١) ذكره الأشيلي في مختصر خلافيات البيهقي وقال: «إسناده ضعيف» ٣٦٦/٢.

(٢) في أ (تمم) والمثبت من ب.

(٣) في ب (وهذا لا يصح).

(٤) في ب (على الوجه المأمور به).

وهو سبب الوجوب ، فتعلق به الوجوب ، وليس كذلك الصوم ؛ لأنه منع في يوم النحر من الصوم ، والجزء الأول من الصوم صوم فوق على وجه منهي عنه ، فلم يتعلق به الوجوب ؛ ولأن الدخول في الصلاة يقع بالتحريم ، وليست من الصلاة عندنا ، فانعقدت من غير نهي ، والدخول في الصوم يقع على وجه منهي عنه ، فلم ينعقد^(١) به الوجوب .

و[قد] قال أصحابنا: إن من دخل في الإحرام على وجه منهي عنه مثل أن يكون: لابساً، أو متطيباً، أو مُجامِعاً انعقد إحرامه، وهذا لا شبهة فيه إذا دخل بالتلبية ؛ لأنه إيجاب بالقول ، فإن دخل بسوق الهدى ، لزمه الإحرام (أيضاً ؛ لأنه ليس إيجاب بالقول)^(٢) ، ولكنه مما لا يلحقه الفسخ ، فإذا دخل فيه على وجه منهي عنه لزمه كما يجوز البقاء عليه مع الأفعال المنافية له ، وليس كذلك الصوم والصلاة ؛ لأن الفسخ يلحقهما ، فإذا دخل فيهما بفعل منهي عنه ، لم يصح أن يلزمه بالدخول قضاء .

وجه الرواية الأخرى: أن القضاء لا يلزمه إذا أفسد صلاته ؛ لأنه مأمور بتركها ، فإذا فعل المأمور به لم يجب عليه شيء ، كمن أفطر بعد الدخول فيصوم يوم النحر ، وإما إذا دخل في الوقتين في نافلة وأفسدها ، وجب عليه القضاء ؛ لأن النهي في الوقتين ليس لمعنى في نفس الوقت ، فلم يكمل النهي ، فانعقد الوجوب^(٣) .



(١) في ب (فلم يتعلق الوجوب به) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٣) انظر: الأصل ١٢٥/١ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٥٢٧/١ وما بعدها .

٧ | بَابُ الأذان



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في ثبوت الأذان: ما روي أن رجلاً من الأنصار مرّ برسول الله ﷺ فرآه حزيناً، وكان الرجل ذا طعام فانطلق حزيناً لما رأى من حزن رسول الله ﷺ فترك طعامه، ثم نعس فنام، فأتاه آت في النوم، فقال: هل علمت حزن رسول الله ﷺ؟ قال: لا، قال: هو لهذا الناقوس، فأته وقل: فليأمر بلالاً فليؤذن، فعلمه الأذان: الله أكبر الله أكبر حتى بلغ لا إله إلا الله. (رواه أبو حنيفة عن علقمة بن مرثد، عن ابن بريدة عن أبيه) (١) (٢).

وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: «اهتم رسول الله ﷺ كيف يجمع الناس للصلاة، فقليل له: انصب راية، فإذا رآها الناس آذن بعضهم بعضاً، فلم يعجبه، وقال: لقد هممت أن أبعث رجلاً فيقوم كل واحد منهم على أطم من أطام المدينة، فيؤذن كل رجل منهم من يليه، فانصرف عبد الله بن زيد الأنصاري مهتماً بهم رسول الله ﷺ، فرأى في المنام الأذان، فلما غدا على رسول الله ﷺ أخبره وذكر الحديث (٣).

وروى سالم عن ابن عمر: (أن رسول الله ﷺ استشار المسلمين فيما يجمعهم على الصلاة، فقالوا: البوق، [فكرهه] من أجل اليهود، وذكروا

(١) أخرجه أبو يوسف في الآثار ص ١٧ (٨٥).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) أخرجه السيوطي في جامع الأحاديث (٤٤١١٨).

الناقوس ، [فكرهه] من أجل النصارى ، فأري تلك الليلة رجل من الأنصار يقال له: عبد الله بن زيد ، وعمر بن الخطاب ، فطرق الأنصاري على النبي ﷺ ليلاً ، فأمر بلالاً فأذن به^(١) .

وقد روي عن معاذ وابن عباس ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والشعبي: أن أصل الأذان رؤيا عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصاري .

وروي عن ابن الحنفية: أنه أنكر ذلك ، وذكر أن رسول الله ﷺ لما عرج به بعث الله إليه ملكاً فعلمه الأذان .

وروي عن كثير بن مرة أن رسول الله ﷺ قال: «إن أول من أذن في السماء جبريل» ، فسمعه عمر رضي الله عنه^(٢) .

وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك يعني مثل قول ابن الحنفية .

وعن عتبة بن عمير^(٣) أن عمر رضي الله عنه رأى ذلك في منامه ، وذهب إلى رسول الله ﷺ ليخبره ، وقد جاء الوحي إلى النبي ﷺ فيما رأى عمر .

وهذه الأسباب لا تتنافى ؛ لأنه يجوز أن يكون رؤيا عمر وعبد الله بن زيد أولاً ، ثم جاء الملك فعلمه ثانياً .

٢٦٦ - فُضِّلَ: [في حكم الأذان]

والأذان عندنا سنة من سنن الصلاة ، وقال قوم: هو واجب .

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٥٥٠٣) ، والطبراني في الكبير ١٢ (١٣١٤٠) .

(٢) رواه الحارث في مسنده (١١٨) ، وقال البوصيري في إتحاف الخيرة (٨٧٥) : إسناده ضعيف .

(٣) ب (عتبة بن عمر) .

وقد روي عن عطاء بن أبي رباح: فيمن نسي الإقامة أعاد الصلاة، وقال الأوزاعي: يعيد ما دام في الوقت، وقال مجاهد: فيمن نسي الإقامة في السفر أعاد، وروي مثل قولنا عن الحسن والنخعي، وقتادة والزهري، وهو قول عامة الفقهاء^(١).

والأصل في ذلك: أن وجوب الأذان مما يعم البلوى به، فلا يجوز إثباته بخبر الواحد؛ ولأنه ذكْر لا يجب في النافلة فلا يجب في الفريضة كاللحاح؛ ولأنه لا يجب في القضاء، فلم يكن واجباً في المقضي كالسبيح.

وأما الذي روي أن النبي ﷺ قال لمالك بن الحويرث ولا بن عم له: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما»^(٢)، فالمراد بذلك الاستحباب، ألا ترى أن الأذان لا يجب عليهما؛ ولأنه خبر واحد، فلا يجوز إثبات الواجب به.

وقد روى علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في قوم صلوا في مصر في مسجد جماعة الظهر أو العصر بغير أذان ولا إقامة، أنهم أخطئوا السنة وخالفوا وأثموا [٢٠/١]، وكذلك قال أبو يوسف، وإن [كانوا] أذّنوا ولم يقيموا فقد أسأؤوا؛ وذلك لأن النبي ﷺ أمر بالأذان للصلوات المفروضات، وداوم عليه، والمداومة إنما تكون على الواجبات أو السنن؛ ولأنه فعل الأمة بغير خلاف.

(١) «واتفقوا على أن الأذان والإقامة مشروعان للصلوات الخمس والجمعة، ثم اختلفوا، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: هما سنتان، وقال أحمد: هما فرض كفاية على أهل الأمصار، وقال داود: هما واجبان، لكن تصح الصلاة مع تركهما». رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٦٧.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٠٥) وقال: «حسن صحيح»، والنسائي في المجتبى (٦٣٤)؛ وقال الزيلعي: «أخرجه الأئمة في كتبهم مختصراً ومطولاً» ٢٩٠/١.

والذي روي عن محمد: أن أهل بلد لو اجتمعوا على ترك الأذان لقاتلتهم، فليس ذلك لوجوبه؛ ولكن لأنه سنة ظاهرة، وقد روي عن محمد أنه قال: لو أن أهل كورة تركوا سنة من سنن رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليها، فإن ترك ذلك رجل واحد ضربته عليه وحبسته.

وقال أبو يوسف فيما رواه ابن سماعة: فيمن امتنع عن أداء الزكاة، فإني أمره بها، فإن امتنع ضربته، وإن كانوا جماعة قاتلتهم عليه، وكذلك صلاة الجماعة والفرائض.

فأما السنن [مثل] ^(١) صلاة العيد وصلاة الجماعة فإني أمرهم وأضربهم، ولا أقاتلهم وإن كانوا جماعة ممتنعين، والذي قاله أبو يوسف أصح؛ لأن السنن لا يجب القتال بتركها، ألا ترى أن صفة السنة: ما استحق الثواب بفعله، ولم يستحق العقاب بتركه، والواجب: ما يستحق الثواب بفعله والعقاب بتركه، فلم تجز التسوية بينهما، وأما محمد فقد قال: وجوب القتال لظهور هذه السنن في الشرع، فإن سمحوا بتركها أدى ذلك إلى ترك الواجبات، ومن أصحابنا من قال: إن الذي قاله محمد يدل على مذهبه؛ أنه جعل الأذان من فروض الكفاية، فإن تركه جميعاً قاتلهم.

٢٦٧ - فَصْل: [في صفة الأذان]

وأما الكلام في صفة الأذان فيقول في ابتدائه: الله أكبر أربع مرات.

وروى الحسن عن أبي يوسف أنه يقوله: مرتين، وبه قال مالك ^(٢).

(١) في أ (قبل) والمثبت من ب.

(٢) انظر: المدونة، ٥٧/١؛ التفریح، ٢٢٢/١؛ مختصر اختلاف العلماء، ١٨٨/١.

قال أبو الحسن: رجع أبو يوسف عن هذا القول، وروي عن عمر أنه كان يقول ذلك ثلاثاً.

لنا: ما روي في حديث عبد الله بن زيد الأنصاري الذي رأى [في منامه الأذان] (١) أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إنه طاف بي في هذه الليلة طائف إلى أن قال: «ألا أدلك على خير من ذلك؟» قلت: وما هو؟ قال: «تقول الله أكبر الله أكبر، الله أكبر الله أكبر» (٢).

وروى مكحول عن عبد الله بن مُحَيْرِيز أن أبا محذورة حدثه: «أن النبي ﷺ علّمه الأذان تسع عشرة كلمة في أوله: الله أكبر أربع مرات» (٣)؛ ولأنه فعل المسلمين في سائر الأعصار [من غير تكبير]؛ ولأن التكبير في آخره مرتين، فكان في أوله على الضعف، ألا ترى أن الشهادة لما كانت في أوله مرتين، كانت في آخره مرة.

وأما الذي روي عن عمار (٤) بن سعد عن أبيه سعد القرظ أنه سمعه يقول: «هذا أذان بلال الذي أمره رسول الله ﷺ به وهو: الله أكبر الله أكبر مرتين» (٥)، فما ذكرناه أزيد، فهو أولى؛ لأن خبر عبد الله بن زيد أصل الأذان، فالرجوع إليه أولى، وأبو محذورة أخذ ذلك تلقيناً من رسول الله ﷺ، ولا يجوز أن يقال: إن

(١) في أ (المنام) والمثبت من ب.

(٢) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٣٧٠).

(٣) الحديث رواه الجماعة إلا البخاري بألفاظ مختلفة: مسلم ٢٨٧/١ (٦)، وأبو داود (٥٠٣)؛ والترمذي (١٩٢)؛ والنسائي (٦٣٠)؛ وابن ماجه (٧٠٩).

(٤) في ب (عمر). والمثبت هو الصحيح كما في التقريب (٤٨٢٣).

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن (٩٠٦)، والبيهقي في الكبرى ١/٤١٥.

هذا فعل أهل المدينة ؛ لأنهم رجعوا إلى أذان سعد القرظ ؛ ولأن فعل المسلمين في سائر الأعصار والأمصار أولى من فعلهم .

٢٦٨ - فَصْل : [الشهادة في الأذان]

ثم يقول: أشهد أن لا إله إلا الله مرتين ، أشهد أن محمداً رسول الله مرتين ، ولا ترجيع في ذلك .

وقال مالك ، والشافعي: يرجع ، والترجيع: أن يبتدئ بالشهادتين يخفض بهما صوته ، ثم يرجع إليهما فيرجع بهما صوته^(١) .

لنا: ما روي في حديث عبد الله بن زيد: أنه ذكر الأذان من غير ترجيع ، ثم قال: وأقام فقال مثل ذلك ، إلا أنه زاد فيه قد قامت الصلاة مرتين ، والإقامة لا تكون مثل الأذان إلا مع عدم الترجيع ؛ ولأن الترجيع لو كان في أذان بلال ، لنقل نقلاً مستفاضاً ، فلما لم ينقل ، دل على أنه لم يكن في أذانه ؛ ولأن كل ذكر في الأذان سن تكراره أربع مرات ، لم يفصل بينهن بذكر آخر كالتكبير ؛ ولأن الشهادة من حكمها في الأذان أن يترتب على التكبير ، أصله ابتداء الأذان وانتهاءه ، ولو رجّع لرتب الشهادة على غير التكبير ، وأما خبر أبي محذورة أن النبي ﷺ قال له: «ارجع فمُدّ بها صوتك» ؛ فلأن حال التلقين يردد الكلام على الصبي [ما يلقنه] حتى يأتي به على وجهه ، فظن أبو محذورة أنه من نفس الأذان .

٢٦٩ - فَصْل : [الحيلة في الأذان]

ثم يقول بعد ذلك: حي على الصلاة مرتين ، حي على الفلاح مرتين ، ولا

(١) انظر: المدونة ٥٨/١ ؛ المزني ص ١٢ ؛ مختصر اختلاف العلماء ١٨٩/١ .



خلاف في ذلك ، وقد دل عليه حديث عبد الله بن زيد وأبي محذورة ، وسعد القرظ^(١).

٢٧٠ - فَصْل: [في عدد التكبيرات في آخر الأذان]

ثم يقول: الله أكبر مرتين ؛ لما روى عطاء عن أبي محذورة أنه كان يقول في آخر أذانه: الله أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله^(٢).

وعن الأسود: كان آخر أذان بلال الله أكبر مرتين .

وروى سويد بن غفلة قال: كان بلال يقول في صلاة الصبح: حيّ على الفلاح مرتين ، لا إله إلا الله والله أكبر .

وعن النخعي أنه كان يقول في آخر أذانه: الله أكبر مرتين^(٣) ، وقد روي عن بلال أنه كان يقول: الله أكبر مرتين . [وروي ذلك في حديث عبد الله ابن زيد ، وسعد القرظ] .

٢٧١ - فَصْل: [في آخر الأذان]

وآخر الأذان: لا إله إلا الله ؛ لما روى الأسود بن يزيد قال: سألت أبا محذورة كيف تؤذن لرسول الله ﷺ ؟ وأي شيء كنت تجعل آخر أذانك ؟ قال: كنت أجعل آخر أذاني: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله^(٤).

(١) الزيادة ما بين المعقوفتين من ب .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٥٨) .

(٣) في ب (مرة) .

(٤) رواه الخطيب في تاريخ بغداد ٦٧٩/١٥ (٧٢٩٠) .

٢٧٢ - [فصل: في ألفاظ الإقامة]

وأما الإقامة: فهي مثنى مثنى مثل ألفاظ الأذان، إلا أنه يزيد في آخرها: قد قامت الصلاة مرتين، وهو قول الأسود، وعطاء، والثوري.

وقال مالك والشافعي: تفرد الإقامة، وهو قول الزهري، ومكحول والحسن وابن سيرين^(١).

لنا: ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن عبد الله بن زيد مؤذن النبي ﷺ أنه كان يشفع الأذان والإقامة.

وعن ابن أبي جحيفة عن أبيه قال: «أذن بلال ورسول الله ﷺ بمثنى بصوتين صوتين، وأقام مثل ذلك»^(٢).

وفي حديث عبد الله بن زيد وهو أصل الأذان، وذكر الإقامة والأذان واحداً. وقال سويد بن غفلة: سمعت بلالاً يؤذن مثنى مثنى^(٣)؛ ولأنه ذكر من أذكار الإقامة، فكان مثنى كقوله قد قامت الصلاة.

٢٧٣ - [فصل: في عدد الإقامة للصلاة]

ويقول: قد قامت الصلاة مرتين، وهو قول الحسن، ومكحول، والزهري، وقال مالك: هو مرة^(٤).

(١) انظر: المدونة ٥٨/١؛ التفريع ٢٢٢/١؛ المزني ص ١٢؛ المهذب ١/١٩٨، ١٩٩.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٩٣٨)، والطبراني في الكبير ٢٢ (٢٤٥).

(٣) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١/١٣٤.

(٤) وتكون الإقامة عشر كلمات، بأن يقول: (قد قامت الصلاة) مرة واحدة.

انظر: المدونة ٥٨/١؛ التفريع ٢٢٢/١.

لنا: حديث ابن عمر قال: كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مثنى مثنى، والإقامة واحدة، غير أنه يقول [في آخره]: «قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة مرتين»^(١)، وفي حديث أبي محذورة: «أن النبي ﷺ لقنه الأذان سبع عشرة كلمة»^(٢)، والذي روي في حديث سعد القرظ: أنه كان يقول في إقامته: قد قامت الصلاة مرة واحدة، فالرجوع إلى الزائد من الأخبار أولى.

٢٧٤ - فصل: [في صفة الأذان]

وأما صفة الأذان فينبغي للمؤذن: أن يترسل^(٣) في الأذان، ويحدر^(٤) الإقامة، وروى ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة قال: أن يرسل فيهما، أو [حذم]^(٥) فيهما فلا بأس، وأحسن ذلك أن يترسل في الأذان، ويحدر الإقامة، وذلك لما روى عطاء عن جابر أن النبي ﷺ قال لبلال: «إذا أذنت فترسل، وإذا أقمت فاحدر»^(٦).

(١) أخرج نحوه: أبو داود (٥١١)، وانظر نصب الراية ٢٧٤/١.

(٢) لم أجد في حديث أبي محذورة أن النبي ﷺ لقنه الأذان سبع عشرة كلمة، وأخرج أبو داود (٥٠٣)، والترمذي (١٩٢) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٦٣٠)، وابن ماجه (٧٠٩)، عن أبي محذورة أن النبي ﷺ عمله الأذان تسع عشرة كلمة، والإقامة سبع عشرة كلمة.

(٣) الترسل هو الترتيل: وهو ترك العجلة، والمترسل: المتمهل في تأذينه ليبين كلامه تبييناً يفهمه كل من سمعه. انظر: المجموع ١١٦/٣.

(٤) الحدر: السرعة والتوريم، وفي الإقامة: أن يصل بعضها ببعض ولا يترسل ترسله في الأذان. انظر: المغرب؛ المصباح، (حدر).

(٥) في أ (جزم)، وفي ب (حدر)، والمثبت يدل عليه الرواية الآتية، والحذم معناه: الإسراع، ضد الترسل. وانظر: المصباح (حذم).

(٦) أخرجه الترمذي (١٩٥)؛ والحاكم في المستدرک (٧٣٢)، وانظر الكلام عليه في نصب الراية ٢٧٥/١.

وعن سعيد بن علقمة عن علي قال: «كان رسول الله ﷺ يأمر بلائاً أن يترسل في الأذان ويحدر في الإقامة»^(١).

وعن أبي الزبير مؤذن بيت المقدس قال: جاءنا عمر فقال: «إذا أذنت فترسل، وإذا أقيمت فاحذم»^(٢)؛ ولأن المؤذن إذا فصل بينهما في الصفة، عرف السامع عند ابتداء الأذان أنه الأذان أو الإقامة.

قال: ويحذف التكبير ولا يطوله، لما روي عن النخعي أنه قال: كانوا يجزمون التكبير؛ ولأنه إذا طوّله دخل في حد الاستفهام، وقد روي عن مالك: أنه كره اللحن في الأذان.

وروي يحيى البكاء قال: قال رجل لابن عمر: والله إني لأحبك في الله، فقال له: والله إني لأبغضك في الله، قال: لم؟ قال: لأنك تغني في أذانك.

وروي أن مؤذناً أذن فطرب في أذانه، فقال له عمر بن عبد العزيز: أذن أذاناً سمحاً وإلا فاعتزلنا^(٣).

وإذا [رتلها] ^(٤) [ب/٢٠] أو حدرهما، أو حدر الأذان ورتل الإقامة، أجزاء ذلك؛ لأن المقصود بالأذان الإعلام، وقد فعل، وإنما ترك صفته فلا يمنع

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥٠٣٠)، ولفظه: أن النبي ﷺ كان يأمر بلائاً أن يرتل الأذان، ويحدر في الإقامة.

ثم قال الطبراني بعد رواية الحديث: لا يروي عن علي إلا بهذا الاسناد.

(٢) أخرجه الدارقطني (٩١٦)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٢٨/١، وابن أبي شيبه في المصنف (٢٢٤٨).

(٣) علقه البخاري في (باب رفع الصوت بالنداء) قبل (٦٠٩).

(٤) في الأصل (لم يرتلها) والدثبت من (ب).

[ذلك] في المقصود به .

٢٧٥ - [فصل: وضع المؤذن في الأذان]

وأما الصفة التي ينبغي أن يكون المؤذن عليها: فيستقبل القبلة بأذانه حتى إذا انتهى إلى الصلاة والفلاح حوّل وجهه يميناً وشمالاً ، ولم يحول قدميه ، وإن كان في صومعته ، فأراد أن يخرج رأسه من نواحيها ، لم يضره أن يحوّل قدميه منها .

قال ابن شجاع: قال الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: ولا بأس بأن يدور في صومعته في قوله: [حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ] ، حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ يَمَنَةً وَيَسْرَةً ، ولا يستدبر القبلة .

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: إذا كان المؤذن في صومعته ، فكان لا يمكنه أن يدور إلى الكواء يمناً ويسرة إلا أن يدور ببدنه في قوله حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ ، ويدير قدميه فلا بأس .

والأصل في استقبال القبلة في الأذان: ما روي في حديث عبد الله بن زيد أنه قال: «رأيت رجلاً على جذم^(١) من أجزم المدينة ، عليه ثوبان أخضران مستقبل القبلة يقول: الله أكبر الله أكبر^(٢)» ؛ ولأنه فعل المسلمين من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا .

وأما الاستدارة فلخبر أبي جحيفة: أن بلالاً أذن لرسول الله ﷺ بالأبطح فجعل يستدير^(٣) .

(١) «الجذم» هنا - الأصل ، أراد بقية حائط ، أو قطعة من حائط . النهاية في غريب الحديث (جذم) .

(٢) أخرجه الشاشي في مسنده ٣٨/٣ .

(٣) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٨٩٤) .

وفي حديث أبي هريرة: (أنه أمر أبا محذورة القرشي أن يستدير في أذانه)^(١)؛ ولأن الأذان يشتمل على أذكار يقصد بها الدعاء إلى الصلاة، وعلى أذكار الله تعالى، فما كان من ذكر الله تعالى كان إلى القبلة، وما كان للدعاء كان يميناً وشمالاً؛ لأنه أمكن، ولأن من كان في الصومعة، لا يمكنه أن يأتي بالإعلام إلا بالاستدارة، غير أنه لا يستدبر القبلة؛ لأنه لا ضرورة به إلى ذلك.

وأما إذا كان في غير الصومعة، اكتفى بتحويل وجهه ولم يحول قدميه؛ لأنه لا حاجة به إلى ذلك^(٢).

٢٧٦ - [فَصْل: في الأذان بغير استقبال القبلة]

فإن لم يستقبل القبلة أجزاءه، ويكره له ذلك؛ لأن المقصود منه الإعلام، وذلك يوجد وإن استدار، ويكره [له ذلك]؛ لأن الاستقبال سنة في الأذان [لم ينقل الأذان إلا عليها]، فكره تركها.

٢٧٧ - [فَصْل: في جعل المؤذن إصبعيه في أذنيه]

ويجعل المؤذن إصبعيه في أذنيه، وإن ترك لم يضره، قال الحسن عن أبي حنيفة: وأحسن له أن يجعل إصبعيه في أذنيه في الأذان والإقامة، وإن جعل يديه^(٣) على أذنيه فهو حسن.

(١) أخرج الدارقطني في سننه (٩١٨)

(٢) كان القصد من الاستدارة حول الصومعة: لغرض الإعلام للناس، أمّا وقد وجدت السبل لإيصال صوت المؤذن عبر مكبرات الصوت إلى أماكن بعيدة، فلا حاجة لتحمل تلك المشاق وغيرها، فأغنانا الله تعالى، وإنما ينبغي التقيد بما ورد في السنة الشريفة في ذلك وقت تشريعه للأمة.

(٣) في ب (جعل إحدى يديه على أذنه، فحسن).

وقال ابن أبي مالك ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة قال: وإن جعل إحدى يديه على أذنه فهو حسن ، وإن ترك لم يضره ؛ وذلك لما روي عن أبي حنيفة عن أبيه: أن بلالاً أذن لرسول الله ﷺ بالأبطح فجعل إصبعيه في أذنيه ، وقال: هي السنة^(١).

وقال سعيد بن المسيب: لما أمر رسول الله ﷺ بلالاً أن يؤذن ، جعل إصبعيه في أذنيه ، ورسول الله ﷺ ينظر إليه ، فلم ينكر ذلك ، فمضت سنة يومئذ^(٢) ؛ ولأن هذا أبلغ في رفع الصوت ، فكان أولى .

وأما جواز تركه ؛ فلأنه ليس من الأذان ، وإنما يفعل للمبالغة في رفع الصوت ، ويمكن ذلك بغيره ، وقد قال أصحابنا: الأفضل للمؤذن أن يرفع صوته ولا يجهد نفسه ؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «يشهد للمؤذن كل ما يسمع صوته»^(٣) ؛ ولأن المقصود به الإعلام ، فالمبالغة فيه أولى .

ولا يجهد نفسه فيضرب [بها]^(٤) ؛ لما روي عن عمر أنه سمع مؤذناً يجهد نفسه ، فقال: أما خشيت أن ينقطع مُرِيطاؤك .

٢٧٨ - فَصْل: [الكلام في الأذان والإقامة]

وقد قالوا: إن المؤذن لا يتكلم في الأذان والإقامة ، قال معلى عن أبي

(١) تقدم تخريجه قبل أسطر دون قوله: هي السنة ، ولم أجد هذه اللفظة .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٣٩٦/١ .

(٣) أخرجه أبو داود (٥١٦) ، والنسائي (٦٤٥) ، وابن ماجه (٧٢٤) ، وابن خزيمة في صحيحه (٣٩٠) ، وابن حبان في صحيحه (١٦٦٦) كلهم من رواية أبي هريرة .

(٤) في أ (نفسه) والمثبت من ب .

يوسف عن أبي حنيفة: لا يرد السلام ولا يتكلم، وقال الثوري: لا بأس أن يرد السلام.

لنا: أن المقصود بالأذان الإعلام، فإذا ردَّ السلام خرج من كونه إعلماً؛ ولأنه ذكر يتقدم على الصلاة فيكون فيه رد السلام كالخطبة.

٢٧٩ - فَضْل: [في الأذان على وضوء]

روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: أحب إلي أن يكون المؤذن على وضوء، وإن لم يكن لم أمره بالإعادة، وفي كتاب الآثار عن النخعي: لا بأس أن يؤذن المؤذن على غير وضوء، قال محمد: وبه نأخذ، ولا نرى بذلك بأساً، ويكره أن يكون جنباً، وهو قول أبي حنيفة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: فيمن أذن على غير وضوء فقد أساء، قال، وكان يقول: أكره الأذان والإقامة على غير وضوء.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والحاصل من هذا أن الأفضل أن يؤذن ويقدم طاهراً^(١)، فإن ترك الوضوء في الأذان، لم يكره في رواية محمد، ويكره في رواية الحسن.

وأما الإقامة فيكره ترك الوضوء فيها في الروايتين جميعاً.

ويكره أن يؤذن أو يقيم جنباً في الروايات.

والوجه في ذلك: أن الأذان يتقدم الصلاة فهو معتبر بها، و[الطهارة]

(١) في ب (على وضوء).

مشروعة في الصلاة، فكذا في الأذان، وأما إذا ترك ذلك لم يكره في الرواية المشهورة؛ لما روي أن النبي ﷺ عرض عليه الوضوء فقال: «إني لا أريد صلاة»^(١)، وهذا يقتضي جوازه^(٢)؛ ولأن قراءة القرآن أفضل من الأذان، فإذا جاز ذلك [لقارئ القرآن]^(٣) بغير وضوء، فجواز الأذان أولى.

وأما الإقامة فيكره ذلك فيها؛ لأن من حكمها أن يليها الدخول في الصلاة من غير فصل، فإذا كان على غير وضوء، فصل بين الإقامة والصلاة بالطهارة، فيكره لذلك لا لعدم الوضوء؛ ولأنه يدعو إلى خير لا يفعل، فدخل تحت قوله تعالى: ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ٤٤].

وأما الجنب فتركه فيهما، قال أبو يوسف عن أبي حنيفة: إن أذن وأقام على غير وضوء أجزاء ولم يُعيد، ولو كان جنباً فأحب إليّ أن يعيد، وإن لم يعد أجزاءه. والوجه في ذلك: أن الأذان والإقامة يفعلان في المسجد أو فيما هو في حكمه، والجنب لا يجوز له دخول المسجد؛ ولأنه ذكر يتقدم الصلاة كالخطبة؛ ولأنه يذكر الله فهو كقراءة القرآن، وأما قوله إنه يعيد؛ فلأن النقص بالجنب نقص كثير، فيمنع من وقوع الأذان المأمور به، فإن لم يعد أجزاءه؛ لأن الإعلام^(٤) حصل.

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج البخاري (١٣٩)، ومسلم ٩٣٤/٢ (٢٧٦)، حديث أسامة حين دفعه ﷺ من عرفة (... ثم توضأ ولم يسبغ الوضوء، فقلت له: الصلاة، قال: «الصلاة أمامك»، فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ...).

(٢) في ب (اختصاصه بها).

(٣) الزيادة من ب.

(٤) في ب (لأنه فعل الإعلام المقصود).

٢٨٠ - [فصل: في الأذان قاعداً]

وقد قالوا: يكره لمؤذن الجماعة أن يؤذن قاعداً لغير عذر، فإن فعل فليس عليه إعادة، وإن أذن الرجل لنفسه قاعداً فلا بأس.

وعن الحسن: ليس من السنة أن يؤذن قاعداً لغير عذر، وعن عطاء كراهة ذلك، قال مالك: لم أسمع أحداً فعله.

والأصل فيه: أن الأذان مأخوذ من قصة عبد الله بن زيد، وقد قال: إني رأيت رجلاً قائماً، وهو فعل المؤذنين من لدن رسول الله إلى يومنا [هذا]؛ ولأن المقصود منه الإعلام، وهذا لا يحصل من القاعد، والذي روي عن أبي زيد الأنصاري، أنه أذن وهو قاعد^(١)، فقد ذكر في الخبر: أن رجله أصيبت مع رسول الله ﷺ.

وأما إذا أذن لنفسه فليس المقصود الإعلام، وإنما المقصود سنة الصلاة؛ فلذلك جاز قاعداً.

٢٨١ - [فصل: في الأذان راكباً]

وقد قالوا: يجوز للمسافر أن يؤذن راكباً؛ لأن الأذان يقصد به الإعلام، فإن فعل في حالة الركوب فهو أبلغ، وقد روي عن أبي يوسف: أن الراكب يؤذن حيث كان وجهه؛ لأنه يصلي كذلك، قال: وأحب إليّ أن ينزل إذا أراد أن يقيم؛ وذلك لأنه إذا نزل لم يفصل بين الإقامة والدخول في الصلاة بشيء آخر، وأما في حال الحضر فظاهر الأصل أنه يكره أن يؤذن راكباً، وعن أبي يوسف: أنه لا

(١) ذكره ابن المنذر في الأوسط ٤٦/٣.

بأس به ، وهذا على أصله أن صلاة التطوع في المصر على الراحلة^(١) جائزة . [١/٢١] .

٢٨٢ - [فصل: في أذان العبد والأعرابي]

وقد قال أصحابنا: يجوز أذان العبد والأعرابي وولد الزنا، والأولى أن يكون المؤذن عالماً بالسنة، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة أنه قال: أكره أن يكون المؤذن فاجراً، وإن صلوا بأذانه أجزأهم، وإبداله بمؤذن صالح أفضل.

والأصل في ذلك: ما روى صفوان بن سليم قال: قال رسول الله ﷺ: «الإمام ضامن، والمؤذن أمين، اللهم أرشد الأئمة واغفر للمؤذنين»^(٢).

وروي أنه ﷺ قال: «يؤمكم أقرؤكم، ويؤذن لكم خياركم»^(٣)؛ ولأنه إذا كان عالماً بالسنة عرف أوقات الأذان، وما يلزم تقديمه عليه وتأخيرته عنه، فأما أذان العبد والأعرابي؛ فلأن المقصود الإعلام وذلك يوجد بأذانهما، ويفارق في هذه الإمامة؛ لأنه لا يتولاها إلا الأفضل، فإذا تقدم هؤلاء نفر الناس عن الجماعة.

وأما ولد الزنا، فهو من أهل الجماعة، وأذانه يقع به الإعلام، وإنما تكره إمامته؛ لأن الناس يستخفون به، وهذا لا يوجد في الأذان.

(١) في ب (راكباً).

(٢) هذا اللفظ أخرجه أبو داود (٥١٨) من رواية أبي هريرة، وأخرجه كذلك الترمذي في السنن (٢٠٧)، وابن خزيمة في صحيحه (١٥٢٨).

(٣) أخرجه بتمامه بحشل في تاريخ واسط ص ٢١٤، من رواية ابن عباس، أما الجملة الأولى منه فقد رواها أبو داود (٥٨٦) في حديث طويل رواه عمرو بن سلمة، وتنظر ألفاظ الحديث، والكلام عليه في نصب الراية ٢/٢٤.

٢٨٣- فَصْل: [في أذان الصبي]

وأما الصبي فقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة قال: أكره أن يؤذن من لم يحتلم ، وهذا قول مالك والثوري .

ورخص فيه عطاء بن أبي رباح ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، والشعبي .

والأصل فيه قوله ﷺ: «اجعلوا مؤذنيكم أفضلكم في أنفسكم»^(١) ؛ ولأن الأذان دعاء إلى الصلاة ، والصبي ليس من أهلها ، فلا يدعو إلى ما لا يؤمر بفعله ، فإن أذنَّ جاز ؛ لأنه من أهل الجماعة ، وإن لم يكن من أهل الفرض فصار كمن صلَّى فرضه ، ثم أذنَّ لقوم .

٢٨٤- فَصْل: كراهة أذان المرأة

وأما المرأة إذا أذنت فروئ معلى ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة قال: إذا أذنت المرأة فأحب إليّ أن يعيدوا ، فقد قال في الأصل: يكره أذان المرأة ويجزيهم .

[وأما] وجه الكراهة فلأنها منهيّة عن رفع الصوت ، فإذا رفعت صوتها كره ذلك^(٢) ، وإن لم ترفعه تركت سنة الأذان ، فكره .

وأما قوله: ويجزيهم ؛ فلأنهم لو صلّوا بغير أذان جاز ، كذا هذا^(٣) .

قوله: أحب إليّ أن يعيدوا ؛ فلأن فعلها لم يقع على الوجه المأذون فيه ؛

(١) لم أجده .

(٢) في ب (صوتها فقد فعلت ما لا يجوز ، وإن لم ترفعه فقد فعلت الأذان على غير سنة) .

(٣) في ب (فمعناه: جواز الصلاة ، كما تجوز بغيرها) .

(٤) في ب (وأما الإعادة) .

[لأنها ليست من أهل الجماعة] ، فلا يعتد بأذانها كالمجنون ، بخلاف (١) الصبي ؛ لأن الصبي من أهل الجماعة ، وقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة قال: وإن أذنت امرأة ، أو مجنون لا يعقل ، أو صبي أعيد ذلك ، وإن كان غلاماً مراهقاً يعقل الأذان ، أجزأهم ، وأحب إلي أن يكون رجلاً مدركاً .

٢٨٥ - [فصل: الأذان للنساء]

قال أصحابنا: ليس على النساء أذان ولا إقامة ، وهو قول ابن عمر ، والحسن ، وابن المسيب ، [وعامر] ، والزهري ، وقتادة ، ومكحول .

وقال مالك: لم أسمع أحداً كان يرى ذلك ، وقال الأوزاعي: تقيم ولا أذان عليها ، وقال الشافعي: لا ترفع صوتها بالأذان مخافة أن تُشتهى (٢) .

لنا: ما روى القاسم بن محمد ، عن أسماء بنت يزيد قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس على النساء أذان ولا إقامة» (٣) ؛ ولأن الأذان من سنة الجماعة ، وليس على النساء جماعة ؛ ولأن من سنة الأذان رفع الصوت ، فإذا لم تثبت سنته في حقهن ، لم يثبت (٤) أصله كالمجنون .

(١) في ب (وليس كذلك الصبي ؛ لأنه من أهل الجماعة) .

(٢) وجماع ما قيل في أذان النساء: «واتفقوا على أن النساء لا يشرع في حقهن الأذان ولا يُسنُّ ، وهل تُسنُّ الإقامة في حقهن أم لا ؟» .

قال الثلاثة: لا تُسنُّ ، وقال الشافعي: تُسنُّ . رحمة الأمة ص ٦٨ . انظر: الأصل ١٣٢/١ ؛ التفریع ٢٢١/١ ؛ المزني ص ١٢ .

(٣) لم أجده عن أسماء بنت يزيد ، وأخرجه البيهقي في الكبرى ٤٠٨/١ ، ورواه ابن عدي في الكامل ٤٧٩/٢ ؛ عن القاسم ، عن أسماء ، ولم تنسب ، وذكره الديلمي هذا الحديث في الفردوس ٣٨٩/٣ (٥١٨٧) من رواية أسماء بنت عميس .

(٤) في ب (لم يثبت في حقهن) .

والذي قاله الشافعي ، فإن كان يعني به [الأذان] في المساجد [فالمقصود به] ^(١)الإعلام ، وإذا لم ترفع به صوتها لم يحصل به المقصود ، وإن كان يعني به في البيوت فمن لا يُسن الأذان في حقه في المسجد ، لا يسن أيضاً في البيوت ^(٢).
والذي قاله الأوزاعي أيضاً ليس بصحيح ؛ لأن من لم يثبت في حقه الأذان ، لا يثبت في حقه الإقامة .

٢٨٦ - فَصْل : [أذان الأعمى]

قال محمد: والبصير أحب إليّ من الأعمى ، وقد روي أنه كان للنخعي مؤذن أعمى يقال له معبد ، فقال له: لا تكن في أول من يقوم ولا في آخرهم ^(٣) ، وكره ابن عباس أن يؤذن الأعمى .

وعن علي رضي الله عنه : أنه كان له مؤذن أعمى ، فجعل معه مؤذناً بصيراً .

وعن ابن مسعود قال: (لا أحب أن يكون مؤذنوكم من عميانكم) ؛ وذلك لأن الأعمى لا يتوصل إلى معرفة الوقت بنفسه ، وإنما يرجع إلى غيره ، فكان من يعرف الوقت بنفسه أولى ، والذي روي [أن] ابن أم مكتوم: كان يؤذن لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعمى ؛ فلأن بلالاً كان يؤذن قبله ، فإذا نزل صعد ابن أم مكتوم فكان يعرف الوقت بأذان بلال ^(٤).



(١) في أ (فالقصد منه) والمثبت من ب .

(٢) في ب (لا يُسن في البيت) .

(٣) في ب (لا تكن في الخبر أول من يؤذن) . انظر: المبسوط للسرخسي ١/١٣٧ .

(٤) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٤٠٨) .

٢٨٧ - فَصْل: [الصَّلَاةُ الَّتِي يُؤَدَّنُ لَهَا]

وأما الصلوات التي يُؤَدَّنُ لها: فهي الصلوات الخمس، [والجمعة] إن علمه؛ وذلك لأن النبي ﷺ أذن لهذه الصلوات وداوم على ذلك.

وأما الجمعة فقد روى ابن شهاب عن السائب بن يزيد: أن الأذان كان أوله حين يجلس الإمام على المنبر، يعني يوم الجمعة في عهد النبي ﷺ، وأبي بكر وعمر، فلما كان خلافة عثمان وكثر الناس، أمر عثمان يوم الجمعة بالأذان الثالث على الزوراء^(١).

وأما في العيدين فلا يؤذن لهما، لما روى عطاء عن جابر قال رسول الله ﷺ: «العيدين بلا أذان ولا إقامة»^(٢).

وأما الوتر فلا يؤذن لها؛ لأن أصحاب رسول الله ﷺ صلوا في جماعة حين جمعهم عمر بن الخطاب على أبي بن كعب في قيام الليل ولم يؤذنوا لها؛ ولأن الأذان يتعلق بالصلاة التي تفعل في الجماعة، والوتر في غير رمضان لا يتعلق بالجماعة.

ومن أصحابنا من قال: إن أذان العشاء يقع [لها و] للوتر.

وليس بصحيح، والصحيح أن الأذان للعشاء خاصة.

وأما النوافل فلا يؤذن لها؛ لأن النبي ﷺ والصحابة من بعده لم يؤذنوا لنافلة مع كثرة صلواتهم؛ ولأنها لا تفعل في جماعة، وقد صلى رسول الله ﷺ

(١) أخرجه البخاري (٩١٢)؛ وأبو داود (١٠٨٠)؛ والترمذي (٥١٦)، والنسائي (١٣٩٢).

(٢) أخرجه مسلم ٦٠٣/٢ (٤)، والنسائي (١٥٦٢).

صلاة الاستسقاء والكسوف بغير أذان ؛ لأنهما نافلتان .

وأما صلاة الجنائز فلا أذان لها ؛ وذلك لأنها ليست بصلاة في الحقيقة ، وإنما هي دعاء ؛ ولأنها ركن مفرد كسجود التلاوة .

٢٨٨ - فصل : [الأذان للصلاة قبل دخول الوقت]

ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ؛ لأن الأذان دعاء إلى الصلاة ، ولا يصح أن يدعى الإنسان [إلى صلاة لا يجوز فعلها فيه] ^(١) ، وهذا لا خلاف فيه إلا في الفجر ، فقال أبو حنيفة ومحمد : لا يؤذن لها قبل طلوع الفجر .

وقال أبو يوسف : يؤذن لها في النصف الأخير من الليل ، وبه قال الشافعي ^(٢) .

لنا : ما روى شداد مولى عياض بن عامر قال : دخل بلال إلى النبي ﷺ يؤذنه لصلاة الفجر ، فوجده يتسحر في مسجده الذي في بيته ليس عنده إلا الأسودان الماء والتمر ، فقال : «يا بلال لا تؤذن حتى تنظر إلى الفجر» ، ثم أتاه من الغد فوجده على مثل ذلك فقال : «يا بلال لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر» ، ثم أتاه من الغد فوجده على مثل ذلك ، فقال : «لا تؤذن حتى تنظر إلى الفجر ، هكذا ومد يديه [عرضاً]» ^(٣) .

وروى عدي بن حاتم الحمصي عن أبي ذر أن رسول الله ﷺ قال لبلال : «وأذن إذا كان الصبح ساطعاً في السماء» ^(٤) .

(١) في أ (إلى ما لا يجوز فعله) والمثبت من ب .

(٢) انظر : الأصل ١٣١/١ ، ١٣٤ ؛ المدونة ٦٠/١ ؛ المزني ص ١١ ؛ المغني (ربن قدامة) ٢٩٧/١ .

(٣) لم أجده بهذا السياق ، وأخرج أبو داود في سننه (٥٣٥) من طريق شداد عن بلال : أن رسول الله ﷺ قال له : «لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا» ، ومد يديه عرضاً .

(٤) رواه أحمد في المسند ١٧١/٥ ، فقال : عن حاتم بن أبي عدي ، أو عدي بن حاتم ، عن أبي ذر ، =

وروى قيس بن عاصم عن أنس قال: «لم يكن بلال يؤذن حتى يطلع الفجر»^(١)؛ ولأن الأذان دعاء إلى الصلاة، ولا يصح^(٢) الدعاء إلى فعل لا يجوز فعله.

وجه قول أبي يوسف: حديث ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يمنع أحدكم أذان بلال من سحوره، فإنه يؤذن» أو قال: «ينادي ليرجع قائمكم، وليتنبه نائمكم، [وليتسحر صائمكم]»^(٣)، وهذا لا دلالة فيه؛ لأنه يبين أنه وقع لغير صلاة الفجر، (والخلاف في الفجر)^(٤).

٢٨٩ - [فصل: الصلاة بغير أذان ولا إقامة]

قال محمد: ومن صلى في بيته بغير أذان ولا إقامة أجزاء، وإن فعل فحسن.

وقال مالك: ليس الأذان إلا في مسجد جماعة، والمواضع التي تجتمع فيها الأئمة، فأما ما سوى ذلك فالإقامة تجزئهم، وإنما قلنا الأفضل أن يؤذن ويقيم؛ لأنها أركان متعلقة بالصلوات، كسائر أركانها، وإذا اكتفى بما يفعله^(٥) الناس جاز، وقد روي عن عمر^(٦): [٢١/ب] إذا كنت في قرية يؤذن فيها ويقام، أجزأك ذلك^(٧).

= ورواه في موضع آخر ٣٢٩/١٠، فقال فيه: عن عدي بن حاتم، عن أبي ذر.

(١) لم أجده بهذا السند واللفظ.

(٢) في ب (فلا يجوز أن يدعى إلى فعل ما لا يجوز).

(٣) أخرجه البخاري (٧٢٤٧)، وأبو داود (٢٣٣٩)، وابن ماجه (١٦٩٦)، وليس في ألفاظهم:

«وليتسحر صائمكم».

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٥) في (فعله للناس).

(٦) في ب (ابن عمر).

(٧) انظر: الأصل ١٣٢/١؛ المدونة ٦١/١؛ المزني ص ١٢؛ المغني ٣٠٢/١.

وعن النخعي (أن ابن مسعود صَلَّى في داره بغير أذان ولا إقامة، وقال: يجزئنا إقامة المقيمين حولنا)؛ ولأن أذان الناس وإقامتهم في المساجد تقع^(١) لهذه الصلاة، ألا ترى أن لهذا الرجل أن يصلي معهم، فإذا وقع لها لم يحتج إلى غيره، وقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف [عن أبي حنيفة] في قوم صلوا في المصر في منزل، أو في غير مسجد، فأخبروا بأذان الناس وإقامتهم أجزأهم، وقد أسأوا في ترك ذلك؛ وذلك لأن الأذان إذا وقع لجماعة لم يقع [ذلك] لكل جماعة من الناس، وليس كذلك صلاة الواحد؛ لأن أذان الجماعة أذان لأفراد الناس.

٢٩٠ - فصل: [هل يؤذن المسافر ويقيم؟]

وأما المسافر فيؤذن ويقيم، وقال مالك: لا أذان إلا في مسجد جماعة.
لنا: ما روى أبو قلابة، عن بلال بن الحارث^(٢) أن النبي ﷺ قال له ولصاحب له: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أحكما»^(٣).
وقال ﷺ: «من أذن وصلى في أرض فلاة صَلَّى معه صف من الملائكة، لا يلتقي طرفاه»^(٤).

وفي حديث أبي ذر قال: كنت مع رسول الله ﷺ في المسير، فأراد بلال

(١) في ب (قد وقع).

(٢) في جميع المصادر: مالك بن الحويرث، بدلاً من: بلال بن الحارث.

(٣) أخرجه الترمذي (٢٠٥) وقال: «حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائي (٦٣٤)، وابن خزيمة في صحيحه (٣٩٦)، وكلهم بلفظ (أكرمنا).

(٤) نقل نحوه: ابن حجر في التلخيص ٣٤٩/١، وقال: «هذا الحديث بهذا اللفظ لم أره.



أن يؤذن للظهر ، فقال له رسول الله ﷺ: «أبرد»^(١).

وفي قصة الوادي «أن النبي ﷺ نام حتى أيقظه حرّ الشمس ، فقام وخرج من الوادي ثم نزل فأمر بلالاً ، فأذن فركع ركعتي الفجر ثم أمره فأقام فصلّى صلاة الفجر»^(٢).

قال محمد: فإن أقام ولم يؤذن أجزاءه ، وقد روي عن عليّ أنه قال في المسافر: (إن شاء أذن وأقام ، وإن شاء أقام).

وعن ابن عمر: أنه كان لا يزيد في السفر على الإقامة إلا في صلاة الفجر ، فإنه كان يؤذن ويقيم .

[وقد روى جبير بن مطعم قال: «كان النبي ﷺ لا يؤذن في شيء من صلاة السفر إلا بإقامة إلا الصبح ، فإنه كان يؤذن ويقيم»^(٣)؛ ولأن حال السفر حالة تخفيف ، بدلالة أنه يصلي ركعتين ويفطر ويمسح على خفيه ثلاثة أيام ، فجاز أن يخفف في باب الأذان .

قال: ويكره للمسافر ترك الإقامة ؛ وذلك لأنه اقتصر [له] عليها على وجه التخفيف ، فلا يجوز له تركها ، كما لا يجوز له ترك الركعتين ؛ لأن دعاء الناس في مساجدهم لا يقع لصلاته ، ألا ترى أنه ليس بمأمور بدخوله المصر ليصلي معهم ، وإذا لم تقع إقامتهم له ، كره [له] أن يصلي بغير إقامة .

(١) رواه ابن المنذر في الأوسط (١٢٠٦).

(٢) قصة الوادي ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٢٨١/١ ، وقال: روي من حديث أبي هريرة ، وعمران بن الحصين ، وعمرو بن أمية الضمري ، وذي مخير ، وعبد الله بن مسعود ، وبلال ، ثم أخرج أحاديثهم .

(٣) رواه الطبراني في الكبير ٢ (١٥٣٥) ، وقال الهيثمي في مجمع الزائد (١٨٨٨): فيه راو ضعيف .

٢٩١ - [فصل: أذان واحد وإقامة آخر]

قال أصحابنا: إذا أذن واحد، وأقام آخر، فلا بأس به، وروى بكر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: أكره أن يؤذن واحد ويقيم آخر، فإن فعل ذلك أجزأ من الأذان، وهو قول مالك، والثوري، والشافعي^(١).

وقد روي عن عبد العزيز بن رفيع قال: رأيت أبا محذورة جاء وقد أذن غيره فأقام هو.

وعن علي رضي الله عنه: لا بأس بأذان الرجل، والصلاة بإقامة غيره، ومثله عن عائشة.

وعن أبي هريرة^(٢): لا يقيم إلا من أذن.

لنا: حديث عبد الله بن زيد: أنه حين أُرِي الأذان، أمر النبي صلى الله عليه وسلم بلالاً فأذن، وأمر عبد الله بن زيد فأقام^(٣)؛ ولأن الأذان والإقامة ينفرد أحدهما عن الآخر، بدلالة أن العصر يوم عرفة يقام لها ولا يؤذن، فجاز أن يتولاهما اثنان، كالصلاة والأذان؛ ولأن المقصود منهما الإعلام واجتماع الناس، وهذا المعنى موجود في فعل الاثنين.

وجه الرواية الأخرى: ما روى زياد بن الحارث الصدائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن أحأ صداء قد أذن، ومن أذن فهو يقيم»^(٤)، وهذا الخبر رواه الثوري،

(١) انظر: الأصل ١٣١/١؛ المدونة ٥٩/١؛ المهذب ٢٠٥/١؛ المغني ٣٠١/١.

(٢) في أ (جريرة).

(٣) رواه أبو داود (٥١٣).

(٤) رواها أبو داود (٥١٥)؛ الترمذي (١٩٩)؛ ابن ماجه (٧١٧)، من غير طريق الثوري.

وقال فيه: «إن أخوا صُداء هو الذي أذن»، قال الثوري: وكان يقال من أذن فهو يقيم، فهذه الزيادة من قول الثوري^(١).

٢٩٢ - فصل: [إعادة الجماعة في المساجد]

وقال أصحابنا: إن مسجد الجماعة إذا أذن فيه وصلوا، لم يجز لغيرهم أن يؤذن فيه، ويعيد الجماعة، ولكن يصلون وحداناً، وإن كان مسجداً على طريق، فلا بأس أن يؤذنوا فيه ويقيموا مرة بعد مرة^(٢)، وإنما لم تجز الإعادة، لما روى خالد الحذاء عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه: «أن رسول الله ﷺ أقبل من بعض نواحي المدينة يريد الصلاة، فوجد الناس قد صلوا، فمال إلى منزله فجمع أهله، وصلّى بهم»^(٣)، فلو جاز إعادة الجماعة لفعالها؛ ولأن المسجد إذا كان له إمام راتب ومؤذن، ففي فعل غيره للصلاة إسقاط تخصصه بالمسجد، فلا يجوز؛ ولأنه لا يجوز أن يفعل فيه الجماعة في حالة واحدة في موضعين؛ لما يؤدي إلى إبطال تخصص الإمام، وهذا المعنى موجود في جماعة بعد جماعة.

والذي روي أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يصلي في المسجد، فقال: «من يقوم فيتصدق على هذا!»^(٤)، فإن خبرنا يفيد المنع، فهو أولى، وأما المسجد

(١) رواية الثوري أخرجها الطبراني في الكبير ٥ (٥٢٨٦)، ولم أجد فيها الزيادة المذكورة.

(٢) وهو قول الجمهور، فقال الطحاوي: «قال أصحابنا، ومالك، والثوري، والحسن بن حيي، والليث، والشافعي: إذا صلّى فيه أهله، لم يعد الجماعة فيه، وإن كان مسجداً على الطريق صلّى فيه قوم جماعة، ثم جاء آخرون، فلا بأس بأن يصلوا جماعة». مختصر اختلاف العلماء ٢٥١/١.

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٦٠١، ٦٨٢٠)، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (٢١٧٧) إلى الطبراني في الكبير والأوسط، وقال: رجاله ثقات.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٣٤٢٧) عن أبي عثمان النهدي قال: رأى النبي ﷺ رجلاً يصلي وحده فقال: «من يتصدق على هذا فيصلني معه».

الذي ليس له إمام راتب ، فليس له من يختص بإقامة الجماعة فيه ، فصار الأول والآخر سواء .

قال الحاكم: قول أبي يوسف الآخر أنه لم ير بأساً أن يصلي في المسجد مرة [بعد مرة] أخرى ، إذا لم يقم الإمام في موضع الإمام ، ولكن يصلي في ناحية المسجد ؛ وذلك لأن هذا لا يبطل تخصيص الإمام به .

٢٩٣ - [فَصْلُ : ال فَصْلُ : بين الأذان والإقامة]

وقد قال أصحابنا: إن المؤذن ينبغي أن يفصل بين الأذان والإقامة بقعدة أو بصلاة إلا المغرب في قول أبي حنيفة ، فإنه لا يفصل بينهما بجلسة .

وقال أبو يوسف ومحمد: يجلس بينهما جلسة خفيفة .

وقال محمد في الأصل: أحب إليّ أن يقوم بينهما ولا يقعد^(١) ، ولم يذكر الكراهة ، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه كان يكره القعدة بينهما .

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة قال: وينبغي للمؤذن إذا أذن لصلاة المغرب أن [يجعل]^(٢) بين أذان المغرب وبين إقامته قدر ما يقرأ الإنسان فيه ثلاث آيات ، وينبغي للمؤذن إذا أذن لصلاة الفجر أن يجلس قدر ما يقرأ القارئ عشرين آية ثم يثوب^(٣) ، قال: وإن صلّيتي الفجر بين الأذان والثوب

(١) عبارة الأصل: «أحب إليّ أن يقوم قائماً كما هو ، حتى يقيم بهم الصلاة» . ١١٩/١ .

(٢) في أ (يجلس) والمثبت من ب .

(٣) من ثوب الداعي تثويباً: ردّد صوته ، «ثم كثر حتى سمي الدعاء تثويباً ، فقيل: ثوب الداعي ، وقيل: =

فحسن ، قال: وفي الظهر يصلي بين الأذان والإقامة أربع ركعات يقرأ في كل ركعة نحواً من عشر آيات ، وبين أذان العصر وبين إقامته ركعتين ، في كل ركعة نحواً من عشر آيات ، وبين أذان العشاء وبين إقامته مثل الظهر ، وإن لم يصل فليجلس قدر ذلك .

وجه قول أبي حنيفة: أن القعدة إن كانت مقدار القيام فبقاؤه على هذه الحالة أولى ؛ لأنه مستقبل القبلة متأهب للصلاة ، وإن زادت على ذلك لم يجز ؛ لأنه يؤدي إلى تأخير المغرب ؛ ولأنه لو جاز الفصل بينهما بقعدة ، جاز الفصل بينهما [بصلاة] كسائر الصلوات .

[وجه قولهما: أن الفصل إنما يحتاج إليه لاجتماع الناس ، وتأهب الجماعة ، ليفصل الأذان عن الإقامة كما يفعل في سائر الصلوات] .
وقد حكى عن الشافعي جواز التنفل بينهما^(١) .

وهذا مخالف لما روي أن النبي ﷺ قال: «بين كل أذانين صلاة إلا المغرب»^(٢) ؛ ولأن التنفل بينهما يؤدي إلى تأخير المغرب ، وذلك لا يجوز .

وأما سائر الصلوات فقد روى مجاهد عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «للمؤذن بين الأذان والإقامة سكتة»^(٣) ، وروى مغيرة عن عامر قال: علم عبد الله

= هو ترديد الدعاء... والتثويب القديم هو قول المؤذن في صلاة الصبح: (الصلاة خير من النوم) ، والمُحَدَّث: (الصلاة الصلاة) ، أو (قامت قامت) . كما قال المطرزي في المغرب (ثوب) .

(١) قال الشيرازي: «والسمتجب أن يقعد بين الأذان والإقامة قعدة ينتظر فيها الجماعة... ؛ ولأنه إذا وصل الأذان بالإقامة ، فات الناس الجماعة» . المهذب ٢٠٥/١ .

(٢) رواه البزار في مسنده ١٤ (٧٤٣٦) .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ والسند ، وأخرج الترمذي في سننه (١٩٥) من حديث جابر أن رسول الله ﷺ =

بن زيد الأذان والإقامة في النوم، فقيل له: اجعل بين الأذان والإقامة قدر ما يستيقظ النائم.

وعن ابن عمر أنه قال لمؤذنه: «إنك في أرض حارة، فأبرد ثم أبرد ثم ناد بالصلوات ثم ثوب أذانك»^(١)، وروي أنه قال لمؤذنه: إذا أذنت بالأولى من صلاة الظهر فأمهل قدر ما يقوم الرجل من أقصى المدينة فيتوضأ أو يغتسل غير عجل، ثم يلبس ثيابه ثم يقبل إلى المسجد يمشي على هيئته ثم يركع أربع ركعات غير عجل ثم أقم الصلاة^(٢).

٢٩٤ - فَصْل: [الأذان للفوائت]

[قال الشيخ رحمه الله تعالى:] ولم يذكر أبو الحسن الأذان للفوائت، وقد قال محمد في الأصل: في القوم يفوتهم الظهر فلا بأس أن يؤذنوا ويقيموا ويؤمهم بعضهم ولو كان ذلك [١/٢٢] في ظهر وعصر وأذن مؤذنهم، وأقام فصلوا الظهر، ثم إن مؤذنهم أذن أيضاً وأقام، فصلوا العصر في جماعة أجزأهم.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: فيمن فاتته صلاة حتى خرج وقتها، فإنه يؤذن ويقيم ويصلي، وإن ترك الأذان والإقامة، فلا بأس، وإن فاتت صلاة أو صلاتان لجماعة من الناس حتى خرج الوقت فاجتمعوا، فإنهم يؤذنون ويقيمون لكل صلاة، وإن اجتزؤوا بالإقامة أجزأتهم [يعني]: الإقامة [لما

= قال: «واجعل بين أذانك وإقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله، والشارب من شربه، والمعتصر إذا دخل لقضاء حاجته».

(١) لم أجده عن ابن عمر، وأخرج عبد الرزاق في المصنف (١٨٥٤، ٢٠٦٠) نحوه عن عمر.

(٢) لم أجده.

بعد الأولى ، والأذان والإقامة للأولى].

وقال الحسن: قال أبو حنيفة: وكل صلاة نسيها ثم تذكرها فإن عليه أن يؤذن لها ويقيم إن كان في سفر ، وإن كان في حضر فليس عليه ذلك . فجعل الفائت كالأصل .

وقال محمد في الإملاء: إذا فاتت صلوات ، فإن صلاهنا بإقامة كما فعل رسول الله ﷺ يوم الخندق فحسن ، وإن أذن لكل واحدة فحسن .

وقال محمد في الآثار: لو صلّى بغير أذان وإقامة أجزاءه ، وهما أفضل ، وإن أقام لكل صلاة ولم يؤذن فهو أفضل من ترك الإقامة .

قال أبو يوسف في الإملاء: وإن تركهما جاز ، وأحبّ إليّ أن يكون^(١) بأذان وإقامة .

وقال الثوري: ليس في الفوائت أذان ولا إقامة ، وقال مالك: إقامة إقامة .

وقال الشافعي في الجديد: يقام فحسب ، وقال في الإملاء: إن أمّل اجتماع الناس أذن ، وقال في القديم: يؤذن^(٢) .

أما إذا فاتت واحدة ، فالسنة أن يؤذن لها ويقيم ، لما روى الحسن عن عمران بن الحصين في قصة الوادي إلى قوله: (وأمر بلالاً فأذن فصلينا ركعتين ، ثم أمره فأقام فصلّى الغداة) ؛ ولأنه ذكر مسنون يتعلق بالصلاة في وقتها ، فيتعلق

(١) في ب (أن يصلي) .

(٢) وفصل ذلك النووي: «ويقيم للفائتة ولا يؤذن في الجديد، قلت [النوي]: القديم [الأذان]

أظهر ، والله أعلم ، فإن كان فوائت ، لم يؤذن لغير الأولى» . المنهاج ص ٩٢ .

بها بعد فواتها كالتسيحات .

وأما إذا فاتته الصلوات أذن للأولى وأقام وهو مخير في الثانية: إن شاء أذن وأقام، وإن شاء اقتصر على الإقامة .

وقد روى أبو عبيدة عن عبد الله: (أن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات حتى ذهب من الليل ما شاء الله، فأمر بلالاً فأذن ثم أقام فصلّى الظهر، ثم أقام فصلّى العصر، فذكر إقامة إقامة لكل صلاة) (١) .

وروى أبو عبد الرحمن السلمي عن ابن مسعود: «أن النبي ﷺ أمر بلالاً فأذن وأقام فصلّى الظهر، وأذن وأقام فصلّى العصر، وأذن وأقام فصلّى المغرب، وأذن وأقام فصلّى العشاء» (٢) .

وقد روى أبو سعيد الخدري في هذه القصة أنه ﷺ: «دعا بلالاً فأمره (فأذن) (٣) فأقام الظهر فصلّى ثم أمره فأقام العصر» (٤)، والزيادة في الأخبار أولى؛ ولأن قوله: فأقام، يجوز أن يكون معناه: أذن وأقام؛ لأنه قال: ثم أقام للعشاء، وهي صلاة مفعولة في وقتها، فلا بدّ من أن يكون لها أذان (٥) وإقامة .

٢٩٥ - فَصْل: [التثويب في الفجر]

قال الشيخ رحمه الله تعالى: [ولم يذكر أبو الحسن ﷺ التثويب، وقال

(١) أخرجه الترمذي (١٧٩)؛ والنسائي (٦٦٢)، وأحمد في مسنده ٣٧٥/١، وأبو يعلى في مسنده (٣٥٥٥) .

(٢) لم أجده بهذا السند .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) أخرج نحوه النسائي (٦٦١) .

(٥) في ب (أن يكون أذن لها وأقام) .

محمد في الأصل: ولا يثوّب في شيء من الصلوات إلا الفجر^(١)، وقال الشافعي في الجديد: ولا أحب التثويب في الصبح^(٢)، ولا في غيرها.

لنا: ما روى الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن بلال أن النبي ﷺ قال له: «يا بلال ثوب في الفجر، ولا تثوب في العشاء»^(٣).

وروى زيد بن أسلم أن بلالاً أتى النبي ﷺ يؤذنه بالصلاة، فوجده نائماً فقال: الصلاة خير من النوم، فقال النبي ﷺ: «ما أحسن هذا، اجعله في أذانك»^(٤).

وقال عطاء: كان أبو محذورة مؤذن رسول الله ﷺ بمكة، فكان لا يؤذن حتى يطلع الفجر، ولا يثوّب إلا في صلاة الصبح^(٥).

وروى أبو بكر بن عياش، عن عبد العزيز بن رفيع قال: سمعت أبا محذورة يقول: كنت غلاماً مراهقاً صبياً فأذنت عند رسول الله ﷺ يوم خيبر^(٦)، فلما انتهيت إلى حيّ عليّ الفلاح، قال لي: ألحق به «الصلاة خير من النوم»^(٧).

(١) والتثويب كما قال القدوري: «ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح: الصلاة خير من النوم مرتين». مختصر القدوري ص ٦٦.

(٢) وقوله القديم المختار أنه سنه، وهو المعتمد في المذهب، كما في المجموع للنووي ٩٩/٣. انظر: المزني ص ١٢.

(٣) أخرج نحوه أحمد في المسند ١٤/٦.

(٤) لم أجده بهذا السند.

(٥) في ب (الفجر). وهذا اللفظ عزاه في كنز العمال ٣٤٦/٨، إلى ابن أبي شيبة.

(٦) في ب (حنين).

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن (٩١٠)، والطبراني في الكبير ٧ (٦٧٣٩)، وأبو نعيم في حلية الأولياء ٢٠٩/٨.

وروى عطاء عن أبي محذورة أنه أذن لرسول الله ﷺ ولأبي بكر ولعمر، فكان يختم أذانه بلا إله إلا الله، وكان لا يثوب إلا في صلاة الفجر^(١).

وروى ابن سيرين عن أنس بن مالك قال: كان التثويب على عهد رسول الله: الصلاة خير من النوم^(٢).

وروى الزهري عن ابن المسيب قال: جاء بلال إلى النبي ﷺ ليؤذنه بالصلاة، فقبل هو نائم، فقال: الصلاة خير من النوم، فأقرت في تأذين الفجر، فثبت الأمر على ذلك^(٣).

وعن أبي الأسود: أن أبا أمامة بن سهل بن حنيف أخبره أن عمر رضي الله عنه سمع عماراً يقول في الصباح: حيّ على الفلاح، الصلاة خير من النوم، فلم ينهه عن ذلك^(٤).

وعن سويد بن غفلة قال: جاورت بلالاً سنين، فكان لا يؤذن حتى يطلع الفجر، ولا يثوب إلا في صلاة الصبح^(٥).

وهذه أخبار مستفيضة في التثويب، فلا يجوز مخالفتها؛ ولأن هذه الصلاة تقع في حال نوم وغفلة، فجاز أن يختص بزيادة إعلام^(٦).

(١) رواه ابن عدي في الكامل ٥٢٧/٢.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٩٤٥)؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٣٧/١.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢١٧٥)، وانظر نصب الراية ٢٦٤/١.

(٤) لم أجده.

(٥) انظر شرح معاني الآثار للطحاوي، ١٣٧/١ وما بعدها.

(٦) في ب (في الإعلام).

٢٩٦ - [فَصْلُ: التَّوْبُ فِي الْعِشَاءِ]

ولا يثوّب في العشاء، وقال الحسن بن حي: يثوّب.

لنا: حديث بلال أن النبي ﷺ قال له: «ثوّب في الفجر، ولا تثوّب في العشاء»^(١)، ويروى: «نهاني رسول الله ﷺ أن أثوّب في العشاء»^(٢)؛ ولأن هذه الصلاة لا تقع في حال نوم وغفلة، كسائر الصلوات.

٢٩٧ - [فَصْلُ: فِي صِفَةِ التَّوْبِ]

وأما صفة التثويب فقد روى بشر عن أبي يوسف: أنه سأل أبا حنيفة عن التثويب فقال: حدثنا حماد عن إبراهيم: أن التثويب الأول في صلاة الصبح ولم يكن في غيرها، وكان الصلاة خير من النوم، فأحدث الناس حي على الصلاة [مرتين] حي على الفلاح مرتين، قال إبراهيم: وهو حسن، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف. وعن أبي يوسف: أنه لا بأس بذلك في سائر الصلوات، ويقول معه: الصلاة رحمك الله، وذكر في الجامع الصغير عن أبي حنيفة أنه قال: الذي يثوب الناس بين الأذان والإقامة حي على الصلاة مرتين حسن^(٣)، وروى المعلى عن أبي يوسف أنه قال: التثويب الثاني أحبّ إليّ من أن يقول الصلاة خير من النوم، وروي مثله عن أبي حنيفة.

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٧١٥)؛ والدارقطني في السنن (٩٤٧)؛ وعبد الرزاق في المصنف (١٨٢٤)؛ والطبراني في الكبير ١ (١٠٩٢ - ١٠٩٣).

(٣) وفي الجامع الصغير: «والتثويب في الفجر: حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين، بين الأذان والإقامة حسن، وكره في سائر الصلوات». مع شرح الصدر الشهيد ص ١٤١.

وقال أبو يوسف^(١): لا بأس أن يقال للأمير: السلام عليك أيها الأمير
ورحمة الله حيّ على الصلاة.

أما الثوب الأول فقد ذكرنا ما روي فيه من الأخبار، وأما الثوب الثاني
فقد ذكر الواقدي عن موسى بن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي عن أبيه
قال: «كان بلال إذا أذن الأذان الأول أتى رسول الله ﷺ فوقف على الباب وقال:
الصلاة يا رسول الله [صلى الله عليك، الصلاة خير من النوم]، حيّ على
الصلاة، حيّ على الفلاح»، وذكر أبو يوسف عن كامل بن العلاء السعدي قال:
كان بلال إذا أذن أتى رسول الله ﷺ فيسلم عليه ثم قال: حيّ على الصلاة، حيّ
على الفلاح رحمك الله.

وروى زهير عن عمران بن مسلم قال: أرسلني سويد إلى [مؤذنا]^(٢)
لأعلمه أو فعلمته الأذان قال: قل له لا يثوب إلا في صلاة الغداة، وإذا فرغ من
الأذان فليقل: الصلاة خير من النوم [الصلاة خير من النوم]، فإذا كان قبيل^(٣)
الإقامة فليقل: حيّ على الصلاة، حيّ على الصلاة، حيّ على الفلاح، حيّ على
الفلاح، ويختم الأذان بلا إله إلا الله، فإنه أذان بلال، وسويد بن غفلة [من وجوه
التابعين]، وقد علمه الأذان كما ذكرنا، فدل ذلك على وجوده في زمن الصحابة
والتابعين؛ ولأن الصحابة أحدثت الثوب الثاني، وقد قال ﷺ: «ما رآه
المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٤)؛ ولأن الثوب عبارة عن الرجوع إلى

(١) في ب (يعقوب).

(٢) في ب (مؤذنه).

(٣) في ب (قبل أو قبيل).

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/١٣٣: غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود وله
طرق، ثم أخرجها.

الشيء، يقال منه ثاب فلان [ب/٢٢] عن سفره أي رجع، والفلاح والصلاة موجودان في الأذان، فكان التثويب هو الرجوع إلى ما هو موجود فيما تقدم فهو أولى وأخص بالاسم.

٢٩٨- [فصل: في موضع التثويب]

أما الكلام في موضع التثويب^(١) فقد ذكر في الأصل: أن التثويب الأول بعد الأذان «الصلاة خير من النوم»^(٢). وهذا يفيد أنه لا يفعل في نفس الأذان.

وذكر في الآثار عن إبراهيم: أنه سئل عن التثويب، فقال: هو ما أحدثه الناس، [وهو حسنٌ مما أحدثوا] وإن تثويهم الأول كان حين يفرغ المؤذن من أذانه: الصلاة خير النوم، قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة.

روى ابن شجاع عن أبي حنيفة: أن التثويب إذا فرغ^(٣) من الأذان فقال: لا إله إلا الله، قال: الصلاة خير من النوم، وكان يقول: هذا هو التثويب. قال أبو الحسن: هذا غير معروف^(٤) عنه، ويحتمل أن يكون قوله هذا هو التثويب يعني: الأول.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: وينبغي أن يكون التثويب في الفجر بعدما يفرغ من الأذان قدر ما يقرأ الإنسان عشرين آية، ثم يثوب فيقول: حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ، حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ مرتين مرتين، وروى ابن سماعة عن أبي

(١) التثويب مأخوذ من الثوب؛ لأن الرجل كان إذا جاء مستصرخاً - أي: مستغيثاً - حرّك ثوبه رافعاً به يده ليراه المستغاث، فيكون ذلك دعاء له وإنذاراً، ثم كثر حتى سمي الدعاء تثويباً، فقيل: ثوب الدعاء، وقيل: هو ترديد الدعاء، تفعيل من ثاب يثوب، إذا رجع وعاد. انظر: المغرب (ثوب).

(٢) الأصل ١/١٠٩.

(٣) كتاب الآثار، ص ١٢ (إدارة القرآن)؛ وآثار محمد ص ١٢.

(٤) في ب (غير المعروف عنهم).

يوسف في التثويب بعد الأذان بساعة .

وفي الجامع الصغير: بين الأذان والإقامة ، قال الحسن بن زياد: وإن صلوا ركعتي الفجر فيما بين الأذان والتثويب فلا بأس ، وهو قول أبي حنيفة .

قال: ويثوب وهو قائم كما يؤذن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، قال الحسن في كتاب الصلاة: قال أبو حنيفة: التثويب إذا فرغ من الأذان قال: الله أكبر الله أكبر ، قال: الصلاة خير من النوم مرتين [قال الحسن: وفيها قول آخر؛ أنه يؤذن ويمكث ساعة ، ثم يقول: حي على الصلاة مرتين ، وبه نأخذ] .

قال أبو يوسف في الجوامع: التثويب بين الأذان والإقامة ، لا يجعله في قلب^(١) الأذان ، وذكر الطحاوي في التثويب الأول: أنه يقوله في نفس الأذان ، وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة: أن التثويب الأول يقوله في نفس الأذان ، والثاني فيما بين الأذان والإقامة .

وجه الرواية التي جعل التثويب الأول بعد الأذان: ما روى أبو يوسف عن كامل بن العلاء ، عن صالح عن أبي محذورة قال: كان التثويب مع الأذان: الصلاة خير من النوم مرتين .

وقوله معه ، لا يفهم أنه كان مفعولا فيه ، وكذلك خبر بلال ، «أنه كان يؤذن ، فلما فرغ من أذانه مشى إلى رسول الله ﷺ ، فقال: الصلاة خير من النوم» فلما أقر على فعله بعد الأذان ، وجب أن يكون هناك موضعه ؛ ولأنه إذا كان بعد الأذان فهو أبلغ في الإعلام ، والخبر الذي روي «فاجعل ذلك في أذان الفجر» معناه: أنه خص^(٢) بالتثويب [كما روي: فأقر ذلك في صلاة الفجر وإن لم يفعل ذلك

(١) في ب (صلب) .

(٢) في ب (أنه أخص به) .



في نفس الصلاة].

وأما رواية الحسن في اعتبار مقدار عشرين آية، فقال ابن شجاع: وفسر الحسن في ذلك سبباً لم نسمعه من غيره، قال: وينبغي للمؤذن في صلاة الفجر أن يجلس قدر ما يقرأ القارئ عشرين آية ثم يثوب.

وهذا التقدير غير معتبر، فيما ذكره لا محالة، وإنما يحتاج أن يفعل بين الذكرين؛ ليقع بالإعلام زيادة على ما وقع بالأذان، والأولى أن يقال: إن التثويب الأول يفعل في نفس الأذان على ما قاله الطحاوي^(١)، والتثويب الثاني يفعل بينهما؛ لأن ذلك أقرب إلى ظواهر الأخبار^(٢).

٢٩٩ - [فصل: صلاة من فاتته الجمعة]

وقد قالوا: فيمن فاتته الجمعة صلى الظهر فرادى بغير أذان ولا إقامة، وكذلك أهل السجن والنساء والعبيد والمرضى، والمسافرون؛ لأن الناس في سائر الأعصار اتفقوا على ترك الأذان يوم الجمعة في مساجدهم، فلا يخلو من أن يكون فيهم من لا جمعة عليه، فلو جاز الأذان لفعلوه؛ ولأن الظهر في هذا الوقت يكره فعلها في جماعة، فلا يؤذن لها، كالنوافل^(٣).

(١) وما ذكر الطحاوي: هو (الصلاة خير من النوم) بعد الفلاح في أذان الفجر، وأن ذلك هو قول الأئمة أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد. انظر: شرح معاني الآثار ١/١٣٦، ١٣٧؛ ونصب الراية للزيلعي ١/٢٥٩؛ (للأحاديث والآثار الواردة في المسألة). والعمل على ما قاله الطحاوي، وهو المذكور في المتون والراجح في المذهب. انظر: القُدوري ص ٦٦؛ الهداية ١/٤١.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أوزيدت من ب.

(٣) انظر: الأصل ١/١٠٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١/٥٤٨ وما بعدها؛ القُدوري ص ٦٧

وما بعدها.

بَابُ التحري في استقبال القبلة

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الفرض على المصلي استقبال القبلة، وإصابة عينها إذا قدر عليها، والجهة إذا لم يقدر على عينها.

قال الشيخ رحمه الله تعالى جملة هذا: أن التوجه من شرائط الصلاة، قال الله تعالى: ﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [البقرة: ١٤٤]، وقد كانت الصلاة بمكة فرضت إلى بيت المقدس، فكان رسول الله ﷺ يجعل الكعبة بينه وبين بيت المقدس^(١) ويصلي، فلما هاجر إلى المدينة اضطر إلى ترك استقبال الكعبة، وكان يحب أن تكون قبلته؛ لأنها قبله أبيه إبراهيم عليه السلام، فسأل جبريل أن يسأل الله تعالى فيجعل قبلته إلى الكعبة، فكان يصلي إلى بيت المقدس وينتظر نزول جبريل، فنزل بقوله: ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ﴾ [البقرة: ١٤٤]، واتفق الشيخان أبو الحسن وأبو بكر الرازي: أن فرض القبلة لمن غاب عن الكعبة الجهة، وكان شيخنا أبو عبد الله يقول: فرضه العين^(٢)، وأما المشاهد للكعبة ففرضه عينها بالإجماع لقوله تعالى: ﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٤٤]؛ ولأنه قادر على التوجه إليها.

وأما الغائب فوجهه [ما قاله أبو الحسن وأبو بكر الرازي]^(٣) أنه: غير قادر

(١) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٤١ (دار ابن حزم).

(٢) ب (المعين).

(٣) في أ (قول أبي الحسن) فقط، والمثبت من ب.

على إصابة العين في الغيبة ، ففرضه ما قدر عليه .

ووجه قول أبي عبد الله قوله تعالى: ﴿ قَوْلٌ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ﴾ [البقرة: ١٤٤] ، ولم يفصل ؛ ولأن [استقبال البيت] (١) ثبت لحرمة البقعة ، وهذا موجود في العين دون الجهة ؛ ولأن الفرض لو كان الجهة لكان إذا اجتهد فأخطأ ، يلزمه الإعادة ؛ لأنه انتقل من اجتهاد إلى يقين ، فلما لم يلزمه الإعادة ، دل على أن فرضه العين ، وقد انتقل من اجتهاد إلى اجتهاد .

٣٠٠- [فصل: التحري في القبلة إذا اشتبهت الجهة]

قال: فإن اشتبهت الجهة عليه تحرى .

والأصل في جواز التحري في القبلة: أن أصحاب رسول الله ﷺ اجتهدوا فأخطؤوا ، ولم ينكر النبي ﷺ عليهم ، ونزل قوله (٢) تعالى: ﴿ وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُولَّوْا فَثَرَّ وَجْهَ اللَّهِ ﴾ [البقرة: ١١٥] ؛ ولأن الأمة أجمعت على جواز الاجتهاد في القبلة ، وجعلوه أصلاً للاجتهاد في الأحكام .

٣٠١- [فصل: الصلاة بالاجتهاد إلى غير القبلة]

وأما إذا اجتهد فصلّى إلى بعض الجهات ، ثم تبين أنه أخطأ بعد الفراغ في صلاته ، فلا إعادة عليه ، ويستوي في ذلك أن يكون صلّى إلى يمين القبلة أو يسارها أو عكسها ، وقال الشافعي: عليه الإعادة (٣) .

(١) في أ (الاستقبال) والمثبت من ب .

(٢) في ب (فأنزل الله تعالى) .

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٢٨٧ ؛ مختصر المزني ص ١٣ .

لنا: حديث عبد الله بن عامر قال: كنا مع أصحاب رسول الله ﷺ في ليلة مظلمة فاشتبهت علينا القبلة، فصلّى كل [واحدٍ] منا إلى جهة وخطاً بين يديه خطأً، فلما أصبحنا وجدنا تلك الخطوط لغير القبلة، فذكرنا ذلك للنبي ﷺ فقال: «تَمَّتْ صَلَاتُكُمْ»^(١)، ويروى أنه قال: «لا إعادة عليكم»^(٢)؛ ولأنها جهة جازت الصلاة إليها لعذرٍ، فإذا زال العذر (بعد الفراغ منها)^(٣)، لم يجب عليه الإعادة، كالحائف.

وأما إذا اجتهد بمكة فبان خطؤه، فقد كان أبو بكر الرازي يقول: يعيد لأنه انتقل من اجتهاد إلى يقين، وكذلك يجب أن يكون بالمدينة؛ لأن قبلتها معلومة بيقين (لإخبار النبي ﷺ بذلك)^(٤)، وذكر ابن رستم عن محمد فيمن بان له الخطأ بمكة: أنه لا إعادة عليه. وهو الأقيس، وأما إن استبان [له] الخطأ وهو في الصلاة [استدار إلى القبلة]^(٥)؛ لأن فرضه تعين حين علم بالقبلة، فكان عليه التوجه في الصلاة إليها؛ لما روي: أن أهل قُباء بلغهم نسخ القبلة وهم في صلاة الفجر فاستداروا إليها.

٣٠٢ - [فصل: السؤال عن القبلة]

وقد قالوا: فيمن كان بحضرته من يسأله عن القبلة، لم يجز له أن يجتهد؛

(١) أخرجه الطيالسي في مسنده (١٢٤١) من طريق عبد الله بن عامر بن ربيعة، عن أبيه فذكره، ولفظه: «مضت صلاتكم».

(٢) لم أجده.

(٣) ساقطة من ب.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٥) في أ (أعاده) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

لأنه يقدر على الوصول إلى الحكم بالخبر ، فلم يجز [له] الاجتهاد ، كالحاكم إذا اجتهد مع النصّ .

قال أبو الحسن: ويلزمه الإعادة إذا علم أنه أخطأ؛ لأنه ترك الفرض مع القدرة عليه ، وقد قال أبو حنيفة ومحمد: فيمن أدّاه اجتهاده إلى جهة ، فصلّى إلى غيرها ، فصلّاته فاسدة ، وإن علم أنه أصاب القبلة .

وقال أبو يوسف: صلاته جائزة إذا أصاب القبلة .

وجه قولهما: أنه ترك فرضاً كان لزمه عند الافتتاح ، فصار كمن ترك النية أو الوضوء .

وجه قول أبي يوسف: أن المقصود بالاجتهاد إصابة الجهة من القبلة ، وقد حصّله^(١) فصار [١/٢٣] كمن شك في إنائين ، فتوضأ بالطاهر بغير اجتهاد وهو لا يعلم ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك [أن يسأل] من حضرته فأصاب القبلة ، وجب أن لا تجوز صلاته ؛ لأنه ترك فرضاً من فروضها .

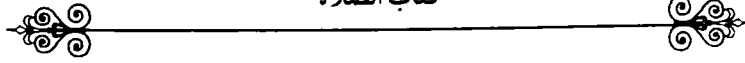
٣٠٣- [فصل: سقوط التوجه إلى القبلة]

ولا [يجوز]^(٢) أن يترك التوجه إلى الجهة مع العلم بها ، إلا عند الخوف على نفسه ، وسواء كان الخوف عدواً أو سبباً ، أو قطاع طرق ، أو كان على خشبة في البحر يخاف إن انحرف إلى القبلة أن يغرق ، أو المريض لا يجد من يحوِّله إلى القبلة ؛ وذلك لأن شرائط الصلاة تسقط بخوف الضرر ، كالوضوء والركوع والسجود^(٣) .

(١) في ب (حصل ذلك) .

(٢) في أ (يجزئ) والمثبت من ب .

(٣) انظر شرح مختصر الطحاوي ١/٥٦٥ ؛ القدوري ص ٦٩ .



بَابُ افتتاح الصلاة



٣٠٤- فَصْلُ: [الدخول في الصلاة]

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الدخول في الصلاة لا يجوز إلا بذكر مع القدرة عليه، وعن ابن عُلَيَّةَ والأَصَمِّ: أنه يدخل فيها بمجرد النية.

لنا: قوله ﷺ: «وتحريمها التكبير»^(١)، وفي حديث الأعرابي: أن النبي ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه، [إلى أن قال: ثم يكبر] ثم يقول الله أكبر»^(٢)؛ ولأن الصلاة تشتمل على أفعال وأذكار، فإذا كان في [أفعالها]^(٣) ما هو واجب، فكذلك في [أذكارها].

وحكي^(٤) عن الحسن، وعطاء: فيمن نسي [تكبيرة الافتتاح]، أن تكبيرة الركوع تقوم مقامها. وهذا فاسد؛ لأن القيام ركن، فلا يجوز أن يتأخر عنه التكبير كالركوع؛ ولأن هذه التكبيرة ليست بشرط، فلا تنوب مناب ما هو شرط.

٣٠٥- [فَصْلُ: هل التكبيرة من الصلاة؟]

وكان أبو الحسن رحمه الله تعالى يقول: إن التكبيرة ليست من الصلاة،

-
- (١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٠٧/١: روي من حديث علي بن أبي طالب، ومن حديث الخدري، ومن حديث عبد الله بن زيد، ومن حديث ابن عباس. ثم أخرج أحاديثهم.
- (٢) تقدم تخريجه.
- (٣) في أ (الأفعال) و(الأذكار) والمثبت من ب لدلالة التخصيص.
- (٤) في ب (وقد ذكر).

وإنما يقع بها الدخول في الصلاة عقيبتها. وقال الشافعي: هي من الصلاة^(١).

لنا: قوله ﷺ: «تحريمها التكبير»^(٢) [فجعله تحريماً لجمعها]، وهذا يقتضي تأخرها عنه؛ ولأنه لا يخلو إما أن يكون داخلاً في الصلاة بأول جزء منها^(٣)، فيكون داخلاً [في الصلاة] بغير ذكر، أو داخلاً بالفراغ من التكبير، وهو قولنا.

أو يكون دخوله مراعىً، فإذا أتمّ التكبير صار داخلاً بأوله، وهذا لا يصح؛ لأن ما ليس بصلاة لا ينقلب حتى يصير صلاة؛ ولأنه ذكر لا يتأدى^(٤) به جزء من أجزاء الصلاة، فلم يكن^(٥) منها، كالخطبة والإقامة.

٣٠٦- [فصل: الذكر الذي يدخل به في الصلاة]

وأما صفة الذكر الذي يدخل به في الصلاة، فقد قال أبو حنيفة ومحمد: يدخل في الصلاة بكل ذكر يقصد به تعظيم الله تعالى، مثل قوله: الله أكبر، وأجل، وأعظم، والحمد لله، ولا إله إلا الله، وسبحان الله، ويجوز بأي أسمائه سمى^(٦) كقوله الرحمن الرحيم.

وقال أبو يوسف: لا يدخل فيها إلا [بالتكبير، والتكبير: الله]^(٧) أكبر،

(١) انظر: مختصر المزني ص ١٤؛ المنهاج ص ٩٦.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في ب (جزء من التكبير).

(٤) في ب (لا يتقدمه).

(٥) في ب (فلا يكون من الصلاة).

(٦) في ب (شاء).

(٧) في أ (إلا بالله) والمثبت من ب.

والكبير ، أو الأكبر .

وقال مالك: لا يجوز إلا بالله أكبر ، وقال الشافعي: يجوز بأكبر والأكبر^(١).

لنا: قوله تعالى: ﴿ وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى ﴾ [الأعلى: ١٥] (ولم يفصل)^(٢)؛ لأنه ذكر يقصد به تعظيم الله تعالى [كقوله: الله أكبر]^(٣)؛ ولأنه ذَكَرَ اسماً لله تعالى على جهة^(٤) التعظيم ، كقوله: الله أكبر .

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: «وتحريمها التكبير» ، وقوله للأعرابي: ثم تكبر .

[قال]: ولو افتتح الصلاة بالدعاء مثل قوله: اللهم اغفر لي ، لم تجز صلاته ؛ لأنه ليس بتعظيم الله تعالى خالصاً ، وإنما يقصد بهذا: الطلب والمسألة .

٣٠٧ - [فصل: ذكر الأسماء فقط]

وأما إذا ذكر الاسم من غير صفة فقال: الله ، أو الرحمن ، صحَّ دخوله فيها في رواية الحسن ، وظاهر كلام محمد في الأصل: يقتضي أن الصفة شرط ؛ لأنه قال: إذا قال: الله أكبر ، أو أجل ، أو أعظم ، جاز^(٥).

ووجه ذلك أن التعظيم لا [يقع] بمجرد الاسم حتى تنضم إليه الصفة ،

(١) انظر: المزني ص ١٤ ؛ الموطأ (١٧١) ؛ رحمة الأمة ص ٧٦ .

(٢) ساقطة من ب .

(٣) في أ (كأكبر) والمثبت من ب .

(٤) في ب (وجه) .

(٥) انظر: الأصل ١٥/١ .

والمقصود من الاسم^(١): التعظيم .

وجه رواية الحسن: أن الاسم فيه ضرب من التعظيم ؛ لأنه مأخوذ من التأله ،
[فلم يحتج مع قوله: الله ، إلى الصفة]^(٢) .

٣٠٨- [فصل: ما يقال في افتتاح الصلاة]

[وقد] ذكر ابن شجاع في المجرد عن أبي حنيفة قال: أكره أن تفتتح الصلاة
إلا بقوله الله أكبر ؛ وذلك لأن النبي ﷺ دخل بلفظ التكبير وداوم عليه ، وأقل
أحوال المداومة أن تفيد الفضيلة .

٣٠٩- [فصل: الدخول في الصلاة بلفظ غير العربية]

وأما الدخول بلفظ [غير] العربية: فيجوز عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف
ومحمد: لا يجوز ذلك إذا كان يحسن العربية^(٣) .

لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿ وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى ﴾ [الأعلى: ١٥] ؛ ولأنه ذُكِرَ يقع
به الدخول في العبادة كالتلبية ؛ ولأنه ذُكِرَ واجب فلا يختص بالعربية ، كالتسمية
على الذبيحة .

لهما: قوله ﷺ: «ثم تكبر» ، وأما إذا لم يحسن العربية ، جاز بلا خلاف ؛
لأن هذا عذر ، والأعذار لها تأثير في إسقاط الواجبات .

(١) في ب (الذكر) .

(٢) في ب (فلم يحتج إلى الصفة) وفي الأصل (فلم يحتج مع قوله الله ، فلم يحتج إلى الصفة) .
والمثبت مأخوذ من النسختين .

(٣) «وقال أبو حنيفة: إن افتتح الصلاة بالفارسية ، وقرأ بها وهو يُحسن العربية ، أجزاءه ، وقال أبو
يوسف ومحمد: لا يجوزته إلا أن يكون لا يُحسن العربية» . الأصل ١٥/١ ، ١٦ .

٣١٠- [فصل: تكبير المؤتم مع تكبيرة الإمام الإحرام]

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أن المؤتم إذا كبر مع تكبيرة الإمام جاز، وكذلك روى ابن رستم عن محمد، وهو قول زفر.

وقال أبو يوسف: لا يكبر إلا بعد تكبيرة الإحرام.

وجه قول أبي حنيفة: أنه ركن من أركان الصلاة، فجاز للمؤتم مشاركة الإمام فيه، كالسجود والركوع.

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: «إذا كبر فكبروا»^(١)، والفاء للتعقيب؛ ولأنه دخل فيها [مع]^(٢) دخول الإمام فصار كما لو سبقه.

وروى خلف بن أيوب عن أبي يوسف قال: إن مدَّ الإمام التكبير وحذف^(٣) رجل خلفه ففرغ منه قبل أن يفرغ الإمام، قال: يعيد إذا كبر، ولا يجزيه التحريم، و[ظاهر] هذا يقتضي أنه إذا مدَّ حتى فرغ مع الإمام أجزأه.

وقال الحسن في إثر مسائل حكاها عن أبي حنيفة: فإن أفصح المؤتم بقول (الله) تعالى قبل أن يقول الإمام ذلك، لم يكن داخلاً مع الإمام [في الصلاة حتى يفصح بذكر الله مع الإمام، كما يفصح الإمام]^{(٤)(٥)}.

(١) رواه مسلم ٣٠٣/١ (٦٢)، من حديث أبي موسى الأشعري، وفيه قصة، وذكر الزيلعي أنه روي من حديث أنس، أبي هريرة. ثم أخرجهما في نصب الراية ٣٧٧/١، و١٦/٢.

(٢) في أ (قبل) والمثبت من ب.

(٣) أي: خفف التكبير ولم يمده. انظر: القاموس (ح ذف).

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من ب.

(٥) انظر الأصل ١٥/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥٧٤/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٦٩.

٣١١- فصل: [شرطية النية]

والنية شرط في جواز الصلاة؛ لأنها من العبادات المقصودة كالإيمان، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى لا ينظر إلى صوركم وأموالكم، إنما ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم»^(١).

٣١٢- فصل: [محل النية]

وأما محل النية فقد ذكر أبو الحسن: أنه يكبر ناوياً للصلاة التي دخل فيها. وذكر الطحاوي: أنه يكبر تكبيرة مخالطة لنيته إياها^(٢).

وهذا ليس [بصحيح] على طريق الشرط؛ لأنه يجوز تقديم النية على التحريم.

وقد ذكر ابن مقاتل عن أبي يوسف: فيمن خرج من منزله يريد صلاة الظهر، أو صلاة من الصلوات الفرائض ليصلها مع الإمام في جماعة، [فلما] انتهى إلى الإمام ودخل معه في صلاته تلك، لم تحضره النية في تلك الساعة أنها تلك الصلاة التي قصد من منزله لها، ويجزيه منها.

قال: لا أعلم أحداً من علمائنا خالف أبا يوسف في ذلك، وذكر ابن شجاع في نوادره مثل ذلك.

وقد حكى عن الشافعي: أن تقديم النية لا يجوز^(٣).

(١) أخرجه مسلم ٤/١٩٨٧ (٣٤)، وابن ماجه (٤١٤٣).

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٦.

(٣) انظر: المزني ص ١٤؛ وقال النووي: «يجب قرن النية بالتكبير...». المنهاج ص ٩٦.

لنا: قوله ﷺ: «الأعمال بالنيات»^(١)، ولم يفصل؛ ولأنها عبادة، فجاز تقديم النية عليها كالصوم، وليس هذا كما لو [قدم النية وقطعها]^(٢) عن الافتتاح بعمل؛ لأن ذلك لا تدعو الحاجة إليه، والتقديم يجوز منه مقدار ما تدعو إليه الحاجة، ولهذا لما احتيج في نية الصوم إلى التقديم على وجه ينقطع عن طلوع الفجر [جوز]^(٣) ذلك.

٣١٣- [فصل: النية على ضربين]

والنية على ضربين: فإن كانت الصلاة فرضاً أو كانت في الذمة، فلا بد من تعيينها بالنية؛ وذلك لأن الفعل يصلح أن يقع للفرض، ويصلح أن يكون عن غيره، فلم يتخصص بأحد الأمرين إلا بالنية.

وحكي عن الشافعي: أنه يحتاج مع نية التعيين إلى نية الفرض^(٤).

وهذا لا يصح؛ لأن في مضمون نية الظهر نية الفرض؛ لأن صلاة الظهر لا تكون إلا فرضاً، فصار كمعتقد الإيمان إذا لم ينو أنه واجب، يجوز.

وأما إذا كانت الصلاة نافلة فلا يحتاج إلى أكثر من نية الصلاة؛ لأنه ليس للنافلة صفة زائدة على كونها صلاة، حتى يحتاج إلى [أن ينويها]^(٥)، وإنما

(١) من رواية عمر بن الخطاب أخرجه البخاري في مواضع أولها (١)، ومسلم ٣: ١٥١٥ (١٥٥)، وأبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١٦٤٧)، والنسائي (٧٥)، وابن ماجه (٤٢٢٧) وانظر الكلام على طرقة في نصب الراية ٣٠١/١.

(٢) في أ (قطع النية) والمثبت من ب.

(٣) في أ (يجوز) والمثبت من ب.

(٤) انظر: المزني ص ١٤؛ المنهاج ص ٩٦.

(٥) في أ (ثبوتها) والمثبت من ب.

يشترط النية حتى يصير الفعل قربة ، وهذا [يكتفى] ^(١) فيه بنية الصلاة ^(٢).

٣١٤- [فصل: رفع اليدين في التكبير]

قال: ويرفع يديه بالتكبير حذو (أذنيه)، أما الرفع فهو سنة، (وبه قال الثوري، وابن أبي ليلى، والشافعي) ^(٣)، وقال أبو القاسم: رفع اليدين ضعيف في كل شيء عند مالك.

والأصل في ذلك: ما روي في حديث أبي حميد الساعدي أنه كان في عشرة رهط من أصحاب رسول الله ﷺ، فقال لهم: «ألا أحدثكم عن صلاة رسول الله ﷺ؟»، فقالوا: هات، قال: «رأيتُه إذا كَبَّرَ عند فاتحة الصلاة رفع يديه» ^(٤).

وروى الرفع مالك بن الحويرث ^(٥)، ووائل بن حجر ^(٦)، وأنس ^(٧)، وعائشة ^(٨)، وابن الزبير ^(٩)، وهو اتفاق السلف، وروى نافع عن ابن عمر: أنه كان إذا رأى رجلاً يصلي ولا يرفع يديه حذو منكبيه حصبه ^(١٠)، وقال الأسود:

(١) في أ (يكفي) والمثبت من ب.

(٢) انظر الأصل ٦/١؛ شرح مختصر الطحاوي ١/٧٥٤؛ القدوري ص ٩٦.

(٣) ساقطة من ب، انظر المسألة في مختصر اختلاف العلماء ١/١٩٩.

(٤) أخرجه أبو داود (٧٣٠)، والترمذي (٣٠٤)، وابن ماجه (٨٦٢).

(٥) رواه البخاري (٧٣٧)، ومسلم ١/٢٩٣ (٢٤)، وأبو داود (٧٤٥)، والنسائي (٨٨٠)، وابن ماجه (٨٥٩).

(٦) رواه مسلم ١/٣٠١ (٥٤)، وأبو داود (٧٢٨)، والنسائي (٨٨٩).

(٧) رواه الدارقطني (١١٤٨)، وأبو يعلى في مسنده (٣٧٣٥)، والطبراني في الأوسط (٣٠٣٩).

(٨) رواه ابن ماجه (١٠٦٢)، وإسحاق بن راهويه في مسنده ٢ (١٠٠٨).

(٩) رواه أبو داود (٧٣٩)، وأحمد في مسنده ١/٢٥٥.

(١٠) في ب (خصمه)، وهذا الأثر رواه الدارقطني (١١١٨)، والحميدي في مسنده (٦٢٧).

كان عمر يرفع يديه في صلاته .

٣١٥- [فَصْل: حكم رفع اليدين في الافتتاح]

وهذا الرفع عندنا ليس بواجب ؛ لأن النبي ﷺ قال للأعرابي : «ثم كَبِّرْ» ، ولم يأمره برفع اليدين ؛ لأنه رفع لأجل الذكر ، فصار كالرفع في تكبيرات العيدين ، ليس بواجب .

٣١٦- [فَصْل: صفة رفع اليدين]

وصفة الرفع: أن يرفع يديه حتى يحاذي بإبهاميه شحمة أذنيه ، وهو قول أبي موسى الأشعري ، وقال أبو ميسرة: كان أصحابنا إذا استفتحوا الصلاة رفعوا أيديهم إلى آذانهم ، وروي عن ابن عمر: الرفع إلى المنكبين ، وكذلك عن عمر ، وأبي هريرة .

لنا: حديث عاصم بن كليب ، عن أبيه ، عن وائل بن حجر قال: «كان النبي ﷺ يرفع يديه حتى يحاذي بإبهاميه شحمة أذنيه»^(١) ، ويروى: «قريباً من أذنيه»^(٢) ، ويروى^(٣): «كان يرفع يديه عند شحمة أذنيه»^(٤) ، وكذلك روى أبو مسعود الأنصاري^(٥) ، وروى مالك بن الحويرث فقال: «حتى يحاذي بها فروع

(١) أخرجه أبو داود (٧٣٧) ، والنسائي (٨٨٢) ، وأحمد في المسند ٣١٦/٤ ، ثلاثهم من طريق آخر ، عن وائل بن حجر ، فذكره .

(٢) هذه رواية البراء أخرجه أبو داود (٧٥٠) .

(٣) في ب (وكذلك عبد الجبار بن وائل عن أبيه: أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه عند شحمة أذنيه) .

(٤) لم أجد هذا اللفظ .

(٥) أخرج أحمد في مسنده ٢٧٤/٥ ، حديث أبي مسعود الأنصاري في وصف صلاة رسول الله ﷺ ، وفيه: فقام فكبر ورفع يديه .

أذنيه»^(١)، وروى البراء: «حذاء أذنيه»^(٢).

وقال أنس: «كان رسول الله ﷺ إذا كَبَّرَ رفع يديه فلم يحاذِ أذنيه»^(٣)؛ ولأن ما تعلق بافتتاح الصلاة فالمبالغة فيه أولى، كرفع الصوت بالتكبير، ولا يلزم مجاوزة الأذن؛ لأن الأولى يدخل من شيئين جائزين، والمجازة لا تجوز.

٣١٧- [فَصْل: حَدِّ الرِّفْعِ فِي التَّكْبِيرِ]

وعن طاووس: أنه يرفع يديه حتى يخلف الرأس.

وهذا غلط؛ لحديث أنس: «كان رسول الله ﷺ إذا كَبَّرَ رفع يديه فلم يجاوز أذنيه، وقال: إن الشيطان حين أخرج من الجنة رفع يديه فوق رأسه»^(٤).

٣١٨- [فَصْل: إِتْمَامِ التَّكْبِيرِ وَحَذْفِهِ]

وأما قول أبي الحسن: وَحَذَفَ التَّكْبِيرَ ولم يطوله، فقد روى علي بن الجعد عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن التكبير فقال: احذف التكبير (الله أكبر) واجزمه^(٥)، قال مُعَلَّى: وكان يعقوب [يحذف] وكذلك محمد إذا صَلَّى بنا في

(١) أخرجه النسائي (١٠٥٦)، وأحمد في مسنده ٤٣٦/٣، وابن أبي شيبة في المصنف (٢٤٢٧).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣٠١/٤، ٣٠٢.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني في سننه (١١٤٨)، والطبراني في الأوسط (٣٠٣٩)، من حديث أنس، أن النبي ﷺ كان إذا كبر رفع يديه حتى يحاذي أذنيه، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٢٢): رجال الطبراني موثقون.

(٤) أخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ٤/٤٣٩؛ وأخرجه أبو حاتم في المجروحين ٣١٦/١، وقال: «روى عنه هذا الحديث يحيى بن سعيد القطان على جهة التعجب ليعلم أنه لا يجوز الاحتجاج به».

(٥) والمراد بالجزم: أنه لا يُمَدُّ، ولا يُعْرَبُ أواخر الحروف، ولكن يُسَكَّنُ. انظر: النهاية في غريب =

بيته ، لما روى عبد الرحمن بن أبزى قال: «صليت خلف النبي ﷺ فكان لا يتم التكبير»^(١).

وعن النخعي: أنهم كانوا يجزمون التكبير؛ ولأنه إذا طوله دخل في خبر الاستفهام.

٣١٩- [فصل: في التكبير قائماً]

وأما قول أبي الحسن: يفعل ذلك قائماً مستقبل القبلة ، إذا كان قادراً على القيام ، فإن لم يقدر كبر كما وصفت لك على الحال التي يصلي عليها ؛ ولأن القيام شرط في الصلاة حالة القدرة ، لقوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اللَّهَ قِيَمًا وَقَعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ﴾ [النساء: ١٠٣] ، وهذه الآية نزلت في الصلاة ، وقال ﷺ: «صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً ، فإن لم تستطع فعلى جنبك تومئ إيماءً»^(٢).

٣٢٠- [فصل: طهارة البدن]

وأما قوله على شرائط الطهارة التي وصفنا لك في نفسه ، وفيما يصلي عليه ؛ وفيه فلأن طهارة البدن والثوب والمكان شرط في الصلاة: أما الثوب فلقوله: ﴿وَيَأْبَاكَ فَطَهَّرْ﴾ [المدثر: ٤] ، وقوله ﷺ: «إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول»^(٣).

= الحديث لابن الأثير (جزم).

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٨٣٣) ، وأحمد ٤٠٧/٣ ، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٦٨/٢ ، وقال: قد يكون ﷺ كبر ولم يسمع ، وقد يكون ترك مرة لبيان الجواز ، وأخرجه في موضع آخر ٣٤٧/٢ ، وقال: وهذا عندنا محمول على أنه ﷺ سها عنه فلم يسجد له .

(٢) أخرجه البخاري (١١١٧) ؛ وأبو داود (٩٤٩) ، والترمذي (٣٧٢) ؛ وابن ماجه (١٢٢٣) ولم أجد في ألفاظهم قوله: «تومئ إيماءً» .

(٣) تقدم تخريجه .

وأما طهارة المكان، فلنهيهِ ﷺ عن الصلاة في المزبلة والمجزرة^(١) والمقبرة^(٢).

وأما طهارة البدن؛ فلأن الأصل في الطهارة تعلقها بالبدن، بدلالة طهارة الحدث، فإذا تعلقت هذه الطهارة بغير البدن، فتعلقها بالبدن أولى.

٣٢١- [فَصْل: افتتاح النفل قاعداً]

قال: ويجوز أن يفتتح التطوع المبتدأ قاعداً، وإن كان قادراً على القيام، حاضراً كان أو مسافراً، لحديث عائشة: «أن النبي ﷺ كان يفتتح الصلاة قاعداً، فإذا بقي من القراءة قدر ثلاثين آية قام فقرأ وركع»^(٣)، فدل على جواز النفل قاعداً مع القدرة على القيام؛ ولأن التطوع يفعل لاستحقاق الثواب، فإذا فعل أدنى ما يتقرب به، استحق به الثواب؛ ولأن الإنسان يداوم على النافلة ويشق عليه القيام في غالب حاله، فيجوز له القعود حتى لا يقطع الصلاة.

٣٢٢- [فَصْل: الاختلاف في نية الإمام والمأموم]

وإذا كان المصلي مأموماً، لم يصح له الدخول في صلاة الإمام إلا بما ذكرنا، وأن ينوي مع ذلك الدخول في صلاة الإمام إذا كانت مثل صلاته، فإن

(١) «المزبلة - من زبل - موضع الزبل وهو السرقين» وجمعها: مزابل. المغرب (زبل).
«المجزرة - بسكون الجيم وجمعها مجازر -: المكان الذي تنحر أو تذبح فيه الأنعام». معجم لغة الفقهاء (المجزرة).

«والمقبرة - بضم الثالث وفتح -: موضع القبور، والجمع مقابر». المصباح (قبر).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (١١١٨ - ١١١٩)، والنسائي في الكبرى (١٣٦٠).

كانت غيرها لم يصح دخوله في صلاة الإمام في ذلك أجمع إلا في وجه واحد: أن يكون المأموم متطوعاً والإمام في فرض، فيصح دخوله معه بنية الدخول في صلاة الإمام؛ لأن صلاة [الجماعة والانفراد]^(١) فرضان مختلفان؛ بدلالة وجوب القراءة في إحداهما دون الأخرى، فلا يتعين أحد الفرضين إلا بالنية؛ ولأن المأموم يصح أن يصلي منفرداً و[يصح أن يصلي] مع الإمام، فلا يتعين أحد الأمرين إلا بالنية.

٣٢٣- [فصل: اختلاف النية في الصلاتين]

فأما اختلاف الصلاتين، فكل صلاة جاز أن يؤديها بنية صلاة الإمام جاز أن يقتدي فيها بالإمام، كالمفترض خلف المفترض فرضاً واحداً، والمتطوع خلف المفترض؛ لأن التطوع يؤدي بنية الفرض: وهو^(٢) أن يدخل في فرض يظن أنه عليه، ثم بان أنه لا فرض عليه يصير تطوعاً.

وما لا يجوز أن يؤديه بنية الإمام، لا يصح أن يقتدي فيه بالإمام كالمفترض خلف مصلاً فرضاً آخر، والمفترض خلف متنفل، ويجوز أن يقال: كل صلاتين تجوز أن تبني إحداهما على الأخرى في حق نفسه، جاز أن تبني إحداهما على الأخرى في (الجماعة)^(٣)، كالنفل مع الفرض، وكل صلاتين لا تجوز أن تبني إحداهما على الأخرى في حق نفسه [فكذلك] في (حق غيره)^(٤)، كالجمعة على الظهر.

(١) في أ (الإمام والمنفرد) والمثبت من ب.

(٢) في ب (ألا ترى أنه إذا دخل...).

(٣) في ب (حق الإمام) (من حق الإمام).

(٤) في ب (حق الإمام).

وهذا يشتمل على مسألتين، إحداهما: أن صلاة المتطوع خلف المفترض تجوز، قال مالك: لا تجوز^(١).

لنا: قوله ﷺ لأبي ذر: «كيف بك يا أبا ذر إذا كان أمراء السوء يؤخرون الصلاة عن مواقيتها، فقال: الله ورسوله أعلم، قال: إذا كان كذلك فصل في بيتك، ثم اجعل صلاتك معهم سبحة»^(٢)^(٣)؛ ولأن هذه الصلاة يجوز أداؤها بنية الفرض، فجاز أن يقتدي فيها بمن يصلي بتلك النية، كمصلي الظهر خلف مصلي^(٤) ذلك الظهر.

٣٢٤- [فصل: صلاة المفترض خلف المتنفل]

والفصل الثاني: أن المفترض لا يصلي خلف [المتنفل عندنا، وكذلك من يصلي فرضاً لا يقتدي بمن يصلي فرضاً آخر]^(٥)، وقال الشافعي: يجوز^(٦).

لنا: قوله ﷺ: «إنما جعل الإمام إماماً ليؤتم به ولا تختلفوا عليه»^(٧)؛ ولأن

(١) بل قال ابن الجلاب: «ولا بأس أن يأتى المتنفل بالمفترض» ٢٢٣/١؛ وقال القاضي البغدادي:

«ويجوز أن يأتى المتنفل بالمفترض». المعونة ٢٥٢/١.

(٢) في أ (مصلي) والمثبت من ب.

(٣) حديث أبي ذر أخرج الطبراني نحوه في مسند الشاميين ١ (٢١٣)، وأخرج أبو داود (٤٣٣)،

وابن حبان في صحيحه (١٤٨١) نحوه عن ابن مسعود.

(٤) في ب (من يصلي الظهر).

(٥) في أ (مفترض آخر عندنا، وقال الشافعي يجوز، وكذلك من يصلي الفرض خلف النقل) والمثبت

من (ب).

(٦) انظر: المزني ص ٢٢؛ المنهاج ص ١٢٤.

(٧) أخرجه البخاري (٧٢٢)، ومسلم ٣٠٩/١ (٨٦) من حديث أبي هريرة، وأخرج أيضاً: البخاري

(٧٣٢)، ومسلم ٣٠٨/١ (٧٧) نحوه من حديث أنس.

فرضه لا يسقط بمثل نية إمامه ، فأشبهه المفترض خلف [من يصلي] ^(١) على جنازة ؛ [ولأنه لا يجوز أن يبنى إحدى الصلاتين على الأخرى في حق نفسه ، فكذلك مع إمامه] ^(٢) ، كالظهر مع الجمعة .

والذي روي أن معاذاً كان يصلي مع رسول الله ﷺ ثم يصلي بقومه ^(٣) ، فإنه كان يتنفل خلف رسول الله ﷺ [ويؤدي الفريضة بقومه اتباعاً لأمره ﷺ] ، ولهذا قال له : «إما أن تخفف بهم ، وإلا فاجعل صلاتك معنا» ^(٤) ، فدل على أن صلاته المفروضة لم تكن معه .

٣٢٥ - [فصل : صلاة النذر خلف مصلي النذر]

وقد قالوا: في مصلي النذر خلف مصلي النذر أن أسباب الوجوب إذا اختلفت ، لم يجز الاقتداء ، مثل النذرين من رجلين لا يقتدي أحدهما بصاحبه ، وكذلك إن أفسد صلاة دخل فيها ، ثم اقتدى برجل يصلي نافلة ، لم يجزه ؛ وذلك لأن اختلاف النذرين كاختلاف الفرضين [المفترقين] ، ومن أفسد ما دخل فيه ، وجب عليه ، فلم يجز أن يقتدي فيه بالمتنفل [١/٢٤] ولو اشتركا في نافلة ، ثم

(١) أورده الكاساني في البدائع ١/١٤٣ ، وأضاف بقوله : «على أنه يحتمل أنه كان في الابتداء حين كان تكرر الفرض مشروعاً» .

(٢) العبارة في الأصل (لأنه لا يبنيه في تحريمه نفسه ، فلا يبنيه من تحريمه إمامه) . والمثبت من (ب) وهو أوضح .

(٣) ونص الحديث عن جابر : «أن معاذاً كان يصلي مع رسول الله ﷺ صلاة العشاء الآخرة ثم ينصرف إلى قومه فيصلي بهم تلك الصلاة» صحيح ابن حبان (٢٤٠٣) ؛ والدارقطني في السنن (١٠٧٥) ؛ والبيهقي في الكبرى ٣/٨٦ .

(٤) أورده الكاساني في البدائع ١/١٤٣ وأضاف بقوله : «على أنه يحتمل أنه كان في الابتداء حين كان تكرر الفرض مشروعاً» .

أفسداها ، فاقتندي أحدهما بصاحبه حال القضاء ، جاز ؛ لأنها صلاة واحدة وجبت من جهة واحدة .

٣٢٦ - [فَصْلُ : صلاة البالغ خلف الصبي]

وعلى هذا الأصل قالوا: لا يصلي البالغ خلف الصبي ؛ لأن أكثر أحوال الصَّبِيِّ أن يكون متنفلاً ، وصلاة المفترض لا يجوز خلف مصلي النفل ؛ ولأن الصبي لا يصح منه أداء الفرض ، كالكافر .

٣٢٧ - [فَصْلُ : إدراك الإمام والدخول معه]

قال: وفي أي حال أدرك الإمام ، فينبغي أن يدخل معه فيه ، لقوله ﷺ: «ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا»^(١)، وقال معاذ للنبي ﷺ: «ما كنت لأجدك على حالة إلا اتبعتك عليها» .

قال: ويفتح الصلاة قائماً ، ويكبر أخرى للانحطاط إذا لم يكن الإمام قائماً ، أما الافتتاح فإنه لا يحصل داخلاً في الصلاة إلا به ، فإن كان الإمام قائماً فقد شاركه ، ولم يحتج إلى تكبير آخر ، وإن لم يكن قائماً ، فعليه أن يشارك الإمام في الحالة التي هو عليها ، فينتقل من القيام إلى تلك الحالة بتكبيره ، كالمدرِك لأول الصلاة .

قال: ويشارك الإمام في الفعل الذي أدركه فيه ، ويقول في ذلك الفعل من الذكر ما سُنَّ فيه من تسبيح أو تشهد ، لقوله ﷺ: «ما أدركتم فصلوا» ، وهذا يفيد الأمر بالمشاركة ، وإذا شاركه في الفعل أتى بالذكر الموضوع فيه كالمدرِك .

(١) ينظر تخريجه والكلام عليه في نصب الراية ٢/٢٠٠ .

قال: وإن كان فعلاً لا ذَكَرَ فيه لم يذكر شيئاً، مثل أن يدركه [فيما بين] السجدين أو بعد رفع رأسه من الركوع؛ وذلك لأنه لو كان مدركاً، لم يأت في هذه الحالة بذِكْرٍ، فالمسبوق مثله.

قال: إلا أنه لا يزيد في التشهد الأول على قوله: وأن محمداً عبده ورسوله، ويؤخر الدعاء إلى آخر التشهد الذي يكون منه؛ وذلك لأن من حكم الدعاء أن يؤخر إلى القعدة الأخيرة، وهذه القعدة الأولى لهذا المؤتم، فلا يدعو فيها.

قال الشيخ: وكان شيخنا أبو عبد الله يقول: لا أعرف هذه المسألة إلا في هذا الموضع، ويجوز أن يقال خلاف ذلك؛ لأن المنع من الدعاء في القعدة الأولى؛ لأجل أن^(١) المأموم وغيره مأمور بفعل فرائض الصلاة، فلاشتغال بالفرض أولى من الشغل بالدعاء^(٢).

وأما هذا فممنوع من القيام إلى تتميم الصلاة حتى يفرغ الإمام، فجاز له الدعاء.

وكان شيخنا أبو بكر الخوارزمي يحكي عن ابن شجاع: أنه يكرر التشهد - هذا المقتدي - مرة بعد مرة حتى يسلم الإمام؛ لأنه ممنوع من الزيادة عليه فيكرره^(٣).



(١) في ب (لأن المصلي مأمور).

(٢) في ب (فالتشاغل بها أولى من التشاغل).

(٣) انظر: الأصل ١٤٧/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٦٤٦/١؛ القدوري ص ٧٧ وما بعدها.



بَابُ ما يفعله المصلي في صلاته بعد الافتتاح



٣٢٨ - [وضع الأيدي في الصلاة]

قال أبو الحسن: وإذا افتتح المصلي الصلاة على ما ذكرت، وضع يمينه على يساره أسفل السرة، روي ذلك عن علي وابن عباس وإبراهيم^(١).
وقال مالك: يرسلهما^(٢).

وقد روى أبو جحيفة عن علي عليه السلام أنه قال: (من السنة وضع الأيدي على الأيدي في الصلاة)^(٣)، وعن الزبير، والنخعي، والحسن أنهم كانوا يرسلون أيديهم^(٤).

وقال الأوزاعي: إن شاء فعل، وإن شاء ترك.

لنا: ما روى سماك بن حرب، عن قبيصة بن المهلب^(٥) عن أبيه قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يضع إحدى يديه على الأخرى في صلاته»^(٦).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٩٦٢، ٣٩٦٦) عن علي، و(٣٩٦٠) عن إبراهيم، أما أثر ابن عباس فرواه البيهقي في السنن الكبرى ٣١/٢، بلفظ: وضع اليمين على الشمال عند النحر.
(٢) انظر: المدونة ٧٤/١.

(٣) رواه أبو داود في سننه ٤٩٥/١ حاشية (١٠).

(٤) كما في مصنف ابن أبي شيبة (٣٩٧٠ - ٣٩٧١).

(٥) في المصادر: قبيصة بن هلب، وهو الصواب.

(٦) أخرجه الترمذي (٢٥٢)، وابن ماجه (٨٠٩)، وأحمد في المسند ٢٢٦/٥، كلهم بلفظ: =

وروى عطاء عن ابن عباس قال: قال نبي الله ﷺ: «إنا معاشر الأنبياء أمرنا أن نقبض بأيماننا على شمائلنا في صلاتنا»^(١)، وروى وائل بن حجر وغيره مثل ذلك؛ ولأنه أشبه بالخشوع، وهو فعل المسلمين في سائر الأعصار.

٣٢٩- [فصل: صفة وضع الأيدي في الصلاة]

وأما صفة الوضع فقد ذكر في كتاب الآثار: أنه يضع بطن كفه اليمنى على رسغه الأيسر تحت السرة، ويكون الرسغ وسط الكف.

[وروي عن النخعي: أنه كان يضع يده اليسرى تحت السرة قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة.]

قال عمرو بن أبي عمرو: سألت محمداً عن وضع الرجل يده اليمنى على اليسار في الصلاة أين هو؟ فقال: قال أبو حنيفة: تحت السرة، وروى خلف بن أيوب عن أبي يوسف مثله.]

أما صفة الوضع فقد روى وائل بن حجر: «أن رسول الله ﷺ وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى، والرسغ والساعد»^(٢)، وروي عن أنس عن رسول الله ﷺ مثله، وعن علي أنه كان إذا قام في الصلاة وضع يمينه على رسغه، فلا يزال كذلك حتى يركع متى ما ركع، إلا أنه يصلح ثوبه أو يحك جسده، [وعن عمرو بن ميمون أنه كان يضع يده اليسرى عند المفصل في يمينه في الصلاة، قال

= كان رسول الله ﷺ يؤمنا فيأخذ شماله بيمينه.

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٧٧٠)

(٢) صحيح ابن حبان، ١٧٠/٥؛ صحيح ابن خزيمة ٢٤٣/١؛ أبو داود (٧٢٧)؛ البيهقي في الكبرى،



أبو إسحاق: رأيت الأسود وعمرو بن ميمون وذكوان إذا صلوا وضعوا أيمنهم على شمائلهم الكف على الساعد].

وأما موضع الوضع [فروى أبو جحيفة عن عليّ: أن من السنة في الصلاة وضع الأكف على الأكف تحت السرة]^(١)، وروى النعمان بن سعد عن عليّ: أن من أخلاق الأنبياء وضع الأكف تحت السرة، وهذا لا يعرف إلا من طريق التوقيف، ومثله عن أبي هريرة، ولا مخالف لهما من الصحابة، وبه قال النخعي، وابن جبير، وابن سيرين.

وعن عطاء، ونافع، والشعبي: يضع يده عند صدره، وهو قول الشافعي، وكل ما ذكرناه عن علي وأبي هريرة دليل عليه؛ ولأن هذا أشق وأقرب إلى ستر العورة، وأبعد من فعل أهل الكتاب.

٣٣٠- [فصل: في دعاء الاستفتاح]

ثم يقول: سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك [ولا إله غيرك]، إماماً كان أو مأموماً، وقال أبو يوسف: يجمع بين هذا وبين قوله ﴿وَجَّهْتُ وَجْهِيَ﴾ [الأنعام: ٧٩]، ويقدم أيهما شاء، وفي الإملاء في الصلاة: وأحب إليّ أن يزيد في الافتتاح وجهت وجهي، (وروى علقمة والأسود عن ابن مسعود مثله)^(٢)، وروى عمرو بن ميمون عن عمر أنه صلّى [الصباح] بذئ

(١) أخرجه أحمد في المسند ١١٠/١؛ والمقدسي في الأحاديث المختارة: «إسناده ضعيف» ٣٨٦/٢؛ أبو داود (٧٥٨)، وقال: «سمعت أحمد بن حنبل يضعف عبد الرحمن بن إسحاق الكوفي»؛ وقال النووي: «ضعيف متفق على تضعيفه، رواه الدارقطني والبيهقي...». شرح النووي على صحيح مسلم ١١٥/٤.

وفي تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق: «وهذا لا يصح؛ عبد الرحمن واه» ١٤٠/١.

(٢) في ب ما بين القوسين مؤخر، ذكر بعد (إلى آخره...).

الحليفة ، فلما كَبَّرَ قال: سبحانك اللهم إلى آخره ، [روى سليم بن موسى: أن أبا بكر وعمر وابن مسعود كانوا إذا افتتحوا الصلاة قالوا ذلك] (١) ، وبه قال الثوري والأوزاعي ، ومالك في المؤتمر كذلك ، فأما الإمام فيكَبِّرُ ثم يقرأ ، وقال الشافعي: يفتتح [الصلاة] بوجهٍ وجهي (٢) .

وجه قولنا: ما روى عمر ، وابن مسعود ، وعائشة ، والخدري ، وجابر ، وأنس ، وزيد قالوا: «كان رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة قال: سبحانك اللهم وبحمدك... إلى آخره» (٣) ؛ ولأنه ركن يصير مدرکه مدرکاً للركعة ، فكان من سنته التسبيح [كالركوع] .

وجه قول أبي يوسف: حديث محمد بن المنكدر عن عبد الله بن عمر قال: «كان النبي ﷺ إذا استفتح الصلاة قال: وجهت وجهي .. إلى آخره» (٤) ، [وقال: «سبحانك اللهم وبحمدك.. إلى آخره»] ، وزاد فيه: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿١٦٢﴾ لَا شَرِيكَ لَهُٗ وَيَذَلِكُ أَمْرٌ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ ﴿١٦٣﴾﴾ [الأنعام: ١٦٢] ؛ ولأنه روي عن النبي ﷺ الأمران ، فكان الجمع بينهما أولى ، وأما الذي فرق مالك بين الإمام والمؤتم ، ففاسد [لأن فعل عمر حصل وهو إمام تحضره الجماعة] ؛ ولأنه استفتح للصلاة ، فاستوى فيه الإمام والمؤتم ، وليس كذلك التعوذ ؛ لأنه استفتح للقراءة ، فلا يثبت في حق المؤتم ؛ إذ لا قراءة عليه .

(١) في أ (وعن أبي بكر رضي الله عنه مثله) والمثبت من ب .

(٢) انظر: المزني ص ١٤ ؛ مختصر اختلاف العلماء ١/٢٠٠ .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ، ١/٣٦٠ ، وقال: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ؛ وأبو داود

(٧٧٩) ؛ والترمذي (٢٤٣) ؛ والنسائي (٨٩٩) ؛ وابن ماجه (٨٠٦) ؛ والبيهقي في الكبرى

٢/٣٤ ؛ والدارقطني ١/٢٩٨ .

(٤) أخرجه مسلم (٧٧١) ؛ والطبراني في الكبير ١٢/٣٥٣ .

٣٣١ - [فصل: التعوذ في الصلاة]

قال: ويتعوذ إن كان إماماً أو مصلياً وحده، ولا تعوذ على المؤتم؛ لأنه لا قراءة عليه، لما روى الحسن: «أن النبي ﷺ كان إذا افتتح الصلاة كبر ثم قال: اللهم إني أعوذ بك من الشيطان الرجيم»^(١)، وروى قتادة أن أبا الدرداء قام إلى الصلاة فقال له رسول الله ﷺ: «تعوذ بالله من شياطين الإنس والجن»، فقال: يا رسول الله للإنس شياطين؟!، قال: «نعم»^(٢)، [وروى أبو المتوكل الماحي عن أبي سعيد الخدري: أن رسول الله ﷺ كان يقول قبل القراءة: «أعوذ بالله من الشيطان الرجيم»^(٣)، فهذه الأخبار] تدلّ على ثبوت التعوذ خلاف ما قال مالك، ويدل على بطلان قول نفاة^(٤) القياس: أن التعوذ بعد الفراغ من القراءة ما روت عائشة: «أن النبي ﷺ قام في قصة الإفك فكشف الرداء عن وجهه، وقال: أعوذ بالسميع العليم من الشيطان الرجيم، إن الذين جاؤوا بالإفك...»^(٥)، (فتعوذ قبل القراءة)^(٦)؛ ولا يصح تعلقهم بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾ [النحل: ٩٨]؛ لأن الفاء يذكر ويراد بها الحال، كقولنا إذا رأيت الأسد^(٧) فتأهب له؛ ولأن المراد بها إذا أردت قراءة القرآن فاستعد [بالله]، وقد دل على ذلك إجماع الأمة [على هذا الفعل].

- (١) مصنف عبد الرزاق ٨٢/٢؛ مصنف ابن أبي شيبة، ٢٠٩/١.
 (٢) الحديث أخرجه المحدثون عن طريق (عبيد بن خشخاش عن أبي ذر)، النسائي في المجتبى (٥٥٠٧)؛ المستدرک ١٧٨/٥.
 (٣) أخرجه أبو داود (٧٧١)، والترمذي (٢٤٢)، والنسائي (٩٧٢)، وابن ماجه (٨٠٤).
 (٤) في ب (نافي).
 (٥) أخرجه البيهقي في الكبرى بلفظ (أو قال أعوذ بالله السميع العليم...) ٤٣/٢.
 (٦) ساقطة من ب.
 (٧) في ب (كقوله إذا دخلت على السلطان...).

وقد روي عن ابن سيرين: الاستعاذة بعد الفاتحة، وما ذكرناه [من الأخبار] يسقط قوله، وروي عنه: الاستعاذة في كل ركعة، وهذا فاسد؛ لأن الصلاة كفعل واحد، فيكتفى فيها [بتعوذ^(١)] واحد.

[وقد حكي عن عطاء وجوب الاستعاذة عن كل قراءة في الصلاة وغيرها، وهذا قول مخالف لإجماع من تقدمه ومن تأخر عنه؛ ولأنه استفتاح كذكر الله تعالى في ابتداء الأمور، وإنما قلنا: إن المؤتم لا يتعوذ لأنه لا قراءة عليه، والتعوذ لافتتاح القراءة].

٣٣٢- [فصل: في صفة البسمة]

قال: ثم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم [سراً]، وقال مالك: لا يقرأها لا سراً ولا جهراً، وقال: إن كان في قيام رمضان افتتح بها السورة، ولا يقرأها في الفاتحة^(٢).

لنا: ما روي في حديث أنس قال: «صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر فكانوا يسرون بسم الله الرحمن الرحيم»^(٣)؛ ولأنها افتتاح للقراءة، ولهذا كتبت في المصحف، فيبتدئ بها كما يبتدئ بها في سائر الأمور.

٣٣٣- [فصل: البسمة آية من الفاتحة]

والكلام [ب/٢٣] يقع أولاً في أنها ليست من فاتحة الكتاب، وقد قال معلل:

(١) في ب (باستفتاح).

(٢) انظر: المدونة ١/٦٤.

(٣) قال الزيلعي بعد ذكره الروايات المختلفة: ورجال هذه الروايات كلهم ثقات مخرج لهم في

الصحيح ١/٣٢٩، ٣٣٠.

سألت محمداً عن بسم الله الرحمن الرحيم أهى من القرآن؟ ، فقال: ما بين الدفتين كله قرآن ، قلت: فلم نُسرّها؟ فلم يجبني ، وكان أبو الحسن يقول: لا أعرف هذه المسألة عن متقدمي أصحابنا بعينها ، وأمرهم بإخفائها دليل على أنها ليست من السورة؛ لامتناع أن يجهر ببعض السورة دون بعض .

[وذكر ابن شجاع: أنها ليست من أوائل السور ، ولم يصفه إلى أحد بعينه .]

وقال الأوزاعي: ما أنزل في القرآن بسم الله الرحمن الرحيم إلا في النمل .

وعن الحسن: أنه لم يجعلها من الفاتحة ، وقال: لم يقرأها رسول الله ﷺ ، ولا أبو بكر ، ولا عمر ، ولا عثمان ، ويُعد ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾ آية ﴿وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾ [الفاتحة: هـ] آية أخرى .

وكان الزهري يفتح ببسم الله ، ويقول: هي آية من القرآن ، تركها الناس .

وقال ابن المبارك: من ترك التسمية فقد ترك مائة وثلاثة عشر آية من القرآن ، وقال الشافعي: هي آية من أول كل سورة^(١) .

لنا: أن إثباتها من السورة لا يجوز إلا بنقل متواتر ، يثبت بمثله القرآن ، ولو ثبت ذلك النقل ، لوقع لنا به العلم ، فلما لم يقع العلم ، دلّ على أن النقل لم يوجد؛ ولأن القُرّاء اتفقوا على أن سورة الكوثر ثلاث آيات ، فلو كانت بسم الله منها عدوها أربع آيات^(٢) .

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إن في القرآن سورة وهي ثلاثون آية

(١) انظر: المزني ص ١٤؛ المنهاج ص ٩٦ .

(٢) في أ (ولو كانت التسمية آية لعدوها آية) ، والمثبت من ب .

تشفع لصاحبها يوم القيامة ألا وهي سورة الملك»^(١)^(٢)، ويروى تنجيهِ من عذاب القبر، [وهذا يدل على أن بسم الله الرحمن الرحيم ليست منها؛ لأنها ثلاثون آية سواها]^(٣).

٣٣٤ - [فَصْلُ: البسمة فصل بين السورتين]

وقد كان أبو بكر الرازي يقول: هي آية بين كل سورتين للفصل ليست من واحدة منهما؛ لأن ما بين الدفتين قرآن، وهذا قول يخالف الإجماع، كما أن قول من قال إنها من كل سورة يخالف إجماع مَنْ تقدم؛ لأنه لم يقل أحد أنها من جميع السور، [فكذلك لم يقل أحد من السلف بهذا القول].

٣٣٥ - [فَصْلُ: الإخفاء في البسمة]

والسنة فيها الإخفاء، وهو قول عليّ، وعبد الله بن مسعود، وابن المغفل، وقال ابن عباس: الجهر بها قراءة الأعراب^(٤)، يعني جهل، وروي

(١) «أخرجه أحمد في المسند، وأبو داود (١٤٠٠)؛ والترمذي (٢٨٩٠) وقال: «حديث حسن غريب من هذا الوجه»؛ والنسائي في الكبرى (١١٦١٢)؛ وابن حبان والحاكم من رواية أبي هريرة، وأعله البخاري في التاريخ الكبير بابن عباس الجُشمي، لا يعرف سماعه من أبي هريرة، ولكن ذكره ابن حبان في الثقات، وله شاهد من حديث ثابت عن أنس، رواه الطبراني في الكبير بإسناد صحيح»، كما في التلخيص الحبير ١/١١٩، ١٢٠.

وقال ابن الملقن: «هذا الحديث صحيح» البدر المنير ٣/٥٦١.

وقال الهيثمي: «رواه الطبراني، وفيه عاصم بن بهدلة، وهو ثقة، وفيه ضعف، وبقيّة رجاله رجال الصحيح». مجمع الزوائد ٧/١٢٨.

(٢) أخرجه أبو داود (١٣٩٥)، والترمذي (٢٨٩١)، والنسائي (١٠٥٤٦)، وابن ماجه (٣٧٨٦).

(٣) في أ (دل على ما قلناه) والمثبت من ب.

(٤) «رواه البزار، وفيه أبو سعد البقال، وهو ثقة مدلس، وقد عنعنه، وبقيّة رجاله رجال الصحيح...» =

عن عمر^(١)، وعمار، وابن الزبير الإسرار بها، وقال النخعي: الجهر بها بدعة، وقال الشافعي: يجهر بها^(٢).

لنا: حديث أنس أن النبي ﷺ وأبا بكر، وعمر، وعثمان كانوا يستفتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين.

وروي عنه أنه قال: «صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، فلم أسمع أحداً منهم يجهر بسم الله»^(٣)، وهذا الحديث في الصحيح، وروى أبو الجوزاء عن عائشة: أن النبي ﷺ كان يفتح القراءة بالحمد لله رب العالمين، وروى أبو حنيفة عن أبي سفيان، عن عبد الله بن يزيد بن المغفل، عن أبيه أنه سمعه يجهر بالتسمية في صلاته، فقال: (يا بني إياك والحدث في الإسلام، صليت خلف النبي وأبي بكر وعمر وعثمان، فلم أسمع منهم أحداً يجهر بها)^(٤)؛ ولأن الجهر بها لو صحّ لنقل فعل النبي ﷺ مع الفاتحة على وجه واحد نقلاً واحداً، فلما نقل الجهر بالفاتحة نقل استفاضة، ولم ينقل في بسم الله إلا نقل آحاد، دلّ على أنهما لم يتساويا، وإذا صحّ نقلهم كان على وجه التعليم^(٥)، أو إسماعه نفسه ﷺ؛ ولأنها افتتاح للأشياء، فصارت كافتتاح

= كما قال الهيثمي في المجمع، ١٠٨/٢؛ وقال الزيلعي: «وكذلك رواه الطحاوي، ويقوي هذه الرواية عن ابن عباس ما رواه الأثرم بإسناد ثابت عن عكرمة...». نصب الراية ٣٤٧/١.

(١) ورد في ب بالتفصيل: (وقال إبراهيم: كان عمر يقرأ بسم الله في نفسه ثم يجهر بفاتحة الكتاب).

(٢) انظر: المزني ص ١٤.

(٣) أخرجه مسلم (٣٩٩)؛ صحيح ابن خزيمة، ٢٥٠/١؛

(٤) أخرجه الترمذي (٢٤٤) (حديث حسن)؛ ابن ماجه (٨١٥)؛ المستدرک ٥٥/٥؛ مصنف ابن

أبي شيبة ٣٦٠/١.

(٥) في ب (وإذا صحّ النقل فيجوز أن يكون جهريا على وجه التعليم).

الصلاة بسبحانك اللهم .

٣٣٦ - [فَصْلُ : في تَكَرُّرِ البِسْمَلَةِ]

أما الكلام في تكرارها ، فروى مُعَلَّى وابن الجعد ، عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال : لا تتعوذ إلا في أول ركعة ، وقرأ بسم الله الرحمن الرحيم في كل ركعة ، وأخف ذلك ، ولا تُعَدُّ قراءتها في تلك الركعة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة : أنه يقرأها في أول^(١) ركعة ، ولا يعيدها قبل السورة التي بعد الفاتحة ، وإن قرأها مع كل سورة فحسن .

وعن أبي يوسف : أنه يقرأها في كل ركعة مرة ، وقال ابن أبي رجاء عن محمد : إن كان يريد أن يقرأ سوراً ، قرأها عند افتتاح كل سورة إن كان يخفي القراءة ، وإن كان يجهر بها ، لم يقرأها إلا عند فاتحة الكتاب .

أما الرواية التي قال يقرأها في كل ركعة فلحديث ابن عباس قال : « كان رسول الله ﷺ يفتح القراءة بسم الله الرحمن الرحيم »^(٢) ، وهذا يتناول كل ركعة ؛ ولأن كل ركعة تنفرد بقراءة ، [والبسمة]^(٣) لافتتاح القراءة ، فيلزمه تكرارها لوجوب سببها ، ولا يكررها عند السورة ؛ لأن القراءة في كل ركعة في حكم الفعل الواحد ، فمتى ذكرت [والبسمة]^(٤) في ابتدائها ، فقد حصل المسنون كسائر الأفعال .

(١) في ب (في أول كل ركعة) .

(٢) انظر الأصل ١٥/١ ، ١٦ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٥٧٨/٢ وما بعدها ؛ القدوري ص ٧٠ وما بعدها .

(٣) في أ (التسمية) والمثبت من ب .

(٤) في أ (التسمية) والمثبت من ب .

وجه الرواية الأخرى: أن الصلاة الواحدة كفعل واحد، بدليل أن ما يؤثر في فساد أولها يؤثر في [فساد] آخرها، والفعل الواحد لا يستحق التسمية إلا في ابتدائه مرة.

وجه قول محمد: أن التلاوة تقع على مثل ما كتبت في المصحف، والتسمية في المصحف عند كل سورة، إلا أنه إذا كان يجهر لو [قرأها لأخفاها ولو أخفاها]^(١) لقطع نظم القراءة، ومن حكم القراءة في الركعة الواحدة أن تكون متصلة^(٢).

٣٣٧ - [فصل: القراءة في الركعتين الأوليين]

ثم يقرأ: الحمد لله، وسورة في الفجر والجمعة، وفي كل أوليين من كل فريضة، وهو مخير فيما بعد الأوليين: إن شاء قرأ، وإن شاء سبّح، وإن شاء سكت، والكلام في هذا الموضع يقع في وجوب القراءة في الصلاة في الجملة، فعندنا أنها واجبة، وعند ابن علية والأصم: لا تجب.

وقد بينا ذلك لقوله تعالى: ﴿فَأَقْرءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وقوله ﷺ: «لا صلاة إلا بقراءة»^(٣)؛ ولأن الصلاة تشتمل على أفعال وأذكار، (ثم من الأفعال ما هو واجب، فمن الأذكار كذلك)^(٤).

(١) العبارة في الأصل (قلنا يجهر بها) والمثبت من ب.

(٢) في أ (تتصل) والمثبت من ب.

(٣) في أ بزيادة (وبقرآن).

أخرج مسلم (... إلا بقراءة) (٣٩٦)؛ وأخرج أبو داود بلفظ (... أنه لا صلاة إلا بقرآن ولو بفاتحة الكتاب فما زاد...) (٨١٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ والدارقطني في السنن ٣٢١/١؛ والحاكم في المستدرک ٢٣٩/١.

(٤) في ب (فإذا كان في أحدهما ما هو واجب، كذلك الآخر).

٣٣٨ - فَصْل: [قراءة الفاتحة في الصلاة]

وأما الكلام في فاتحة الكتاب: فعندنا [أنها] لا تجب في الصلاة، وقال الشافعي: هي واجبة، وإن ترك منها حرفاً واحداً بطلت صلاته^(١).

لنا: (قوله تعالى: ﴿فَأَقْرَهُوْا مَا يَنْسَرُمْنَهُ﴾ [المزمل: ٢٠]، وفي إيجابها إبطال التخيير، فلا يجب)^(٢)، ولقوله ﷺ: «لا صلاة إلا بقرآن»، ويقرأ فيها فاتحة الكتاب أو غيرها، (وهو نص)^(٣)؛ ولأنها سورة من القرآن، فلا يتعين وجوبها في الصلاة، كسائر السور.

٣٣٩ - فَصْل: مقدار الواجب من القراءة]

وأما الكلام في مقدار الواجب من القراءة فذكر في الأصل عن أبي حنيفة: آية تامة، وروي عنه أدنى ما يتناوله الاسم، وروي عنه ثلاث آيات قصار أو آية طويلة كآية الدين، وهو قولهما، والصحيح [أن الواجب] قدر ما يتناوله الاسم^(٤).

ووجهه: أنه أتى بما يتناوله الاسم فأجزأه، كما لو طول؛ ولأنه مقدار لا يجوز للجنب مسه ولا قراءته كالسورة^(٥).

وجه رواية الأصل: أن ما دون الآية يذكر [على غير]^(٦) وجه القراءة،

(١) انظر: المزني ص ٥١؛ مختصر اختلاف العلماء ٢٠٧/١.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٤) انظر: الأصل ١٣٧/١ - ١٣٩.

(٥) في ب (فأشبهه السورة التامة).

(٦) في أ (لا) والمثبت من ب.

كقولنا عند الأكل أو غيره: بسم الله والحمد لله، والآية لا تقرأ إلا على وجه القراءة، فصارت كالطويلة.

وجه الرواية الثالثة: أن القرآن انفصل عن غيره بالإعجاز، وذلك يقع بالسورة، وأقصر السور ثلاث آيات، والآية الطويلة كآية الدين، وكآية الكرسي مما يقع بها الإعجاز أيضاً، فصارت كالسورة.

٣٤٠- [فصل: السنة في القراءة]

والسنة: أن يقرأ فاتحة الكتاب ومعها غيرها؛ لأن النبي ﷺ داوم على ذلك، والمداومة تدل على المسنون، ولهذا قال: «كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهي خداج»^(١)، أي: ناقصة، وقال: «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وشيء معها»^(٢).

٣٤١- فصل: [محل وجوب القراءة]

وأما الكلام في [محل الوجوب]^(٣): فإن كل تحريمة توجب القراءة في ركعتين عندنا، إلا الوتر [فإن القراءة تجب في جميع ركعاتها]^(٤)، فإن كانت الصلاة ركعتين: كالفجر، والجمعة، وركعتي النفل فيقرأ فيهما، وإن كانت رباعية: كالظهر فالأفضل أن يقرأ في الأوليين، فإن قرأ في الآخرين، أو في

(١) أخرجه مسلم (٣٩٥)؛ والترمذي (٢٤٧).

(٢) أخرجه ابن حبان ٩٤/٥؛ وابن خزيمة ٢٤٦/١؛ وأبو داود (٨٢٠)؛ والدارقطني في السنن ٣٢١/١.

(٣) في أ (وجوب ذلك) والمثبت من ب.

(٤) في أ (تجب القراءة في جميعه) والمثبت من ب.

الثانية والثالثة جاز، وروى الحارث عن عليّ: أنه لا يقرأ في الآخرين شيئاً.

وعن أبي إسحاق: كان علي وابن مسعود [١/٢٥] يُسَبِّحَان في الآخرين، وروي عن عمر أنه صلّى المغرب، فسها عن القراءة في الركعة الأولى من المغرب، فلما قام إلى الثانية قرأ بأَم القرآن وسورة، وعن عثمان أنه نسي القراءة في الأوليين من العشاء، فقرأ في الآخرين وجهر، وسجد للسهو.

قال الحسن: تجب القراءة في ركعة واحدة من الصلاة، وقال مالك: في ثلاث ركعات، وقال الشافعي: في جميع الركعات^(١).

أما وجوبها في الثانية خلاف الحسن؛ فلأن القراءة في الثانية ساوت الأولى في المقدار والصفة، فساوتها في الوجوب.

وأما الثالثة فإنما لم تجب فيها؛ لأنها كالرابعة في المقدار والإخفاء، فاستويا في الحكم؛ ولأنها صلاة مفروضة فلا تتكرر القراءة الواجبة فيها أكثر من مرتين كالفجر.

وأما الكلام على الشافعي فقله مخالف للإجماع؛ لأن عثمان^(٢) فعل ما ذكرناه بحضرة الصحابة من غير خلاف، ولما روى مطرف الوراق عن شهر بن حوشب قال: (اجتمع الأشعريون فأتوا أبا مالك الأشعري، فقالوا له: صلّ لنا صلاة رسول الله ﷺ، فقال: أفيكم أحد من غيركم؟، قالوا: ابن أخت لنا، فقال ابن أخت القوم منهم، فقام وقرأ في الركعتين الأوليين، ولم يقرأ في الآخرين

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢١٦/١؛ المدونة ٦٥/١؛ المزني ص ١٨.

(٢) في ب (عمر).

شيئاً^(١)؛ ولأن القراءة في الآخرين ذكراً، سُنَّ فيه الإخفاء في صلاة يجهر فيها بالقراءة، كالتسبيحات؛ ولأنها صلاة فرض، ولا تجب القراءة فيها أكثر من مرتين، كالظهر في السفر؛ ولأنه ذكر لو تركه الإمام لم تبطل صلاة المأموم، كالتسبيحات.

٣٤٢- [فصل: القراءة في الركعتين]

وإذا ثبت أن القراءة تجب في ركعتين من الصلاة، فالأفضل أن يعينها في الأوليين؛ لأن النبي ﷺ داوم على ذلك، وهذا يدل على الفضيلة، فإن لم يقرأ في الأوليين قرأ في الآخرين بفاتحة الكتاب [وسورة]؛ لحديث عثمان وذلك بحضرة الصحابة.

٣٤٣- [فصل: القراءة في الآخرين]

الأفضل أن يقرأ في الآخرين بفاتحة الكتاب [لحديث أبي قتادة: (أن النبي ﷺ كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورة، ويقرأ في الآخرين بفاتحة الكتاب)^(٢)].

وروى معلى عن أبي يوسف: أنه قال: يقرأ بالحمد، وسورة معها في الأوليين في كل صلاة إذا كانت فريضة، وهو بالخيار في الآخرين: إن شاء قرأ، وإن شاء سَبَّح، وإن شاء سَكَت.

(١) رواه الإمام في المسند (مطولاً) ٣٤٣/٥؛ وأخرجه الروياني في مسنده ٣٦٦/١ (الجزء الأول منه).

(٢) أخرجه البخاري (٧٢٥، ٧٤٣)؛ ومسلم (٤٥١)؛ وأبو داود (٧٩٨، ٧٩٩)؛ والنسائي (٩٧٧) وغيرهم.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: إن لم يقرأ في الركعتين الآخرين من الظهر أو العصر بفاتحة الكتاب، وسبّح في كل ركعة ثلاث تسبيحات أجزاءه [ذلك]، فإن قرأ بفاتحة الكتاب فهو أفضل، وإن لم يقرأ بشيء من ذلك ولم يسبح، أجزاءه صلاته، وكان مسيئاً إن كان متعمداً، وإن كان ساهياً فعليه سجدتا سهو.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يرى من ترك التسبيح في هذه الركعات حرجاً، ولا يوجب على تاركه سجدتي سهو، وهذا هو الصحيح، وإنما خيره بين القراءة والتسبيح، لما روى أبو إسحاق قال: كان علي وعبد الله يسبحان في الآخرين؛ ولأنه ثبت أن القراءة غير واجبة في الآخرين، وإذا ثبت ذلك كان مخيراً فيهما بين القراءة والتسبيح؛ لأن أحداً لا يفرق بين الأمرين.

والذي رواه الحسن من كراهة ترك الذكر في الآخرين؛ لأن كل ركن من الصلاة فيه [ذكر]: إما أن يكون واجباً أو مسنوناً؛ ولأن القيام أدخل في الأذكار من الركوع، فإذا كان يكره ترك الذكر في الركوع ففي القيام أولى.

وأما الرواية التي لم يكره فيها ترك الذكر؛ فلأنه قيام سقط فيه وجوب الذكر، كقيام المؤتم^(١).

٣٤٤- فصل: [التأمين في الصلاة]

قال: وإذا فرغ من فاتحة الكتاب قال: آمين، وأخفى صوته بها، روى الإخفاء بها عن رسول الله ﷺ وأئله بن حجر^(٢)، وهو قول عليّ، وابن مسعود.

(١) انظر: الأصل ١٣٧/١ - ١٣٩؛ شرح مختصر الطحاوي ٦٤٩/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ٧١.

(٢) أخرجه الدارقطني ١/٣٣٤، ٣٣٥؛ والبيهقي في الكبرى ٥٧/٢.

والسنة عندنا: أن يقول الإمام والمؤتم: آمين عند قول الإمام: ﴿وَلَا الضَّالِّينَ﴾ [الفاتحة: ٧].

وقال مالك: يقولها المؤتم دون الإمام، ومن الناس من امتنع من ذكرها^(١).
فقد روى التأمين عن النبي ﷺ عليّ ووائل، وأبو هريرة، وجماعة: فمنهم من روى الإخفاء، ومنهم من حكى الجهر، فمن منع منه فقد خالف السنة.
وروى الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا قال أحدكم: آمين، وقالت الملائكة في السماء: آمين، فمن وافقت إحداهما الأخرى غفر له ما تقدم من ذنبه»^(٢).

وروى أنس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطاني آمين، ولم يعطها أحداً قبلي إلا أن يكون أعطاهن هارون حين دعا موسى وأمن هارون عليهما السلام»^(٣).

وأما فرق مالك بين الإمام والمؤتم، فلا يصح؛ لأن وائل روى أن النبي ﷺ أخفى بها صوته، ويروى^(٤) مدّ بها صوته؛ ولأنه دعاء، ولا يختلف فيه الإمام والمؤتم، [كالتشهد؛ ولأن الإمام أدخل في الأذكار من المؤتم].

وقوله ﷺ: «إذا قال الإمام: ولا الضالّين، فقولوا: آمين»^(٥)، لا ينفي أن

(١) انظر: المدونة ٦٧/١.

(٢) أخرجه البخاري (٧٤٨)؛ ومسلم (٤١٠).

(٣) ذخيرة الحفاظ ٥٧/١.

(٤) في ب (وروى غيره).

(٥) رواه البخاري (٧٤٩)؛ ومسلم (٤١٥)؛ والحاكم في المستدرک، ٣٤٥/١؛ وابن خزيمة في

يقولها الإمام؛ بدلالة ما روي في خبر أبي هريرة: «إذا آمن الإمام فأمنوا فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة، غفر له ما تقدم من ذنبه»^(١)، وروي أنه ﷺ قال: «إذا قال الإمام: ولا الضالين، فقولوا: آمين»^(٢)، فإن الإمام يقولها».

٣٤٥ - [فصل: الإخفاء في التأمين]

والسنة عندنا: الإخفاء [بها]، روى علقمة، والأسود عن أبي مسعود أنه قال: يخفي الإمام آمين، وروى الحكم عن عمر وعليّ مثله.

وروي الجهر بها عن أبي هريرة، وابن الزبير، وبه قال الشافعي^(٣).

لنا: حديث ابن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قال الإمام ولا الضالين: فقولوا: آمين، فإن الملائكة تقول آمين والإمام يقولها، فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه»، ولو كان الإمام يجهر بآمين لم يكن لهذا التفهم^(٤) معنى.

وعن وائل الحضرمي: «أنه صلى مع رسول الله ﷺ فلما قال: ولا الضالين، قال: آمين، وخفض بها صوته»^(٥)؛ ولأنه دعاء،

صحيحه، ٣/٣٤؛ والنسائي (٩٩٩) وسائر أصحاب السنن.

(١) البخاري (٦٠٣٩)؛ صحيح ابن حبان ١٠٨/٥؛ صحيح ابن خزيمة ٢٨٦/١؛ السنن الكبرى، ٥٦/٦.

(٢) الجزء الأول منه في الصحيحين.

(٣) انظر: المزني ص ١٤؛ المنهاج ص ٩٨.

(٤) ب (القول).

(٥) أخرجه الترمذي (٢٤٨) وقال: «وسمعت محمداً يقول حديث سفيان [ومد بها صوته] أصح من حديث شعبة في هذا، وأخطأ شعبة في مواضع من هذا الحديث». انظر: طرح التثريب في شرح=

وقد قال الحسن^(١): معناها اللهم [أجب] ، هكذا ، وقد قال الله تعالى: ﴿أَدْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً﴾ [الأعراف: ٥٥] ، وقوله [﴿﴾]: «إذا أمن الإمام فأمنوا» ، فلا دلالة فيه على الجهر ؛ لأنه يعلم أنه يقول ذلك عقيب الفاتحة .

٣٤٦- فصل : [الجهر بالحمد والسورة]

ويجهر بالحمد والسورة ، يعني : الإمام في سائر الصلوات المفروضة إلا في الظهر والعصر ، ولا يجهر فيما بعد الأوليين .

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: وجملة هذا أن كل ذكر واجب للصلاة ، فإن الجهر يجوز أن يتعلق به ، وما ليس بواجب فعلى ضربين ، أحدهما: ما وضع للعلامة فيجهر به ، وما لم يوضع للعلامة ، إن كان يختص ببعض الصلوات جهر به كالقنوت وتكبير العيدين ، وما سوى ذلك لا يتعلق به جهر ، مثل التشهد [وأمين] والتسبيحات .

وأما القراءة فكل صلاة من شرطها الجماعة ، فمن سنة القراءة فيها الجهر ، كالجمعة والعيدين ، وكذلك الصلاة المفعولة في صدر النهار ، وصلاتا^(٢) الليل من سنتهما الجهر: وذلك المغرب والعشاء [وصلاة الفجر] ، وصلاتا^(٣) النهار من سنتهما الإخفاء: وهي الظهر والعصر ، أما الظهر والعصر ؛ فلما روي عن أبي معمر قال: «سألت خبأباً هل كان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر؟ قال: نعم ، قلنا:

= التقريب للتفصيل ٢/٢٣٤ .

(١) في أ (افعل) والمثبت من ب ، وفي ب عبارة (هكذا قال الحسن) مؤخره هنا .

(٢) في ب (وفرض الليل) .

(٣) في ب (وفرض الليل) .

من أي شيء تعلمون ذلك؟ قال: من تحريك لحيته^(١). وروى أبو قتادة قال: «كان رسول الله ﷺ يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر ويسمعنا الآية والآيتين أحياناً»^(٢). وروى النضر بن أنس عن أبيه قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي النهار^(٣) فجهر بالقراءة، فقليل يا رسول الله أحدث في هذا شيء! فقال: لا، ولكن أردت أن أوقت لكم دينكم»^(٤)، وهذا يدل أنه كان يخفي.

وقال ابن عباس: «علمت السنة كلها غير أنني لا أدري أكان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر والعصر شيئاً أم لا؟»^(٥)، فلو كان يجهر فيهما لم يخف ذلك عليه، وروى أنه ﷺ قال: «صلاة النهار عجماء»^(٦).

وأما الفجر فروى ابن عباس: «أن النبي ﷺ كان يقرأ في الفجر ألم تنزيل، وهل أتى»^(٧).

وعن جابر: «أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الفجر بقاف ونحوها»^(٨)، وكذلك [ب/٢٥] روي (أنه ﷺ جهر في المغرب والعشاء [وداوم على ذلك]، وهو فعل الأمة.

(١) البخاري (٧١٣)؛ صحيح ابن خزيمة ٢٥٤/١.

(٢) البخاري (٧٢٥)؛ ومسلم (٤٥١)؛

(٣) ب (العشي).

(٤) ميزان الاعتدال ٤٢٤/٢.

(٥) أبو داود (٨٠٩)؛ المعجم الكبير ١٣٩/١٢؛ المستدرک ٢٣٤/١.

(٦) صحيح ابن خزيمة ٣٣٧/٢؛ مصنف ابن أبي شيبة ٣٢٠/١.

قال ابن حجر: «لم أجده وهو عند عبد الرزاق من قول مجاهد...» ١٦٠/١.

أخرجه مسلم عنه، وعن أبي هريرة بزيادة (يوم الجمعة) (٨٧٩، ٨٨٠).

(٨) أخرجه مسلم (٤٥٨).

وروى عبد الله ابن الحضرمي عن أبي هريرة قال: (جهر رسول الله ﷺ بالمغرب والعشاء) ^(١) الآخرة والفجر، ولم يجهر في الظهر ولا في العصر).

وأما الجمعة والعيذان فقد جهر فيهما النبي ﷺ، ونقل ذلك، ومقدار قراءته، وهو فعل الأمة.

وأما المنفرد فيجهر إن شاء، ويسمع نفسه في صلوات الجهر.

قال أبو الحسن: وإن شاء جهر بقدر ما يسمع أذنيه، ولا يزيد على ذلك؛ لما روي أن النبي ﷺ سمع أبا موسى [الأشعري] يجهر في صلاته ليلاً، فقال: «لقد أوتي مزماراً كمزمار آل داود» ^(٢)، ولم ينكر ذلك. وروي «أنه سأل أبا بكر وعمر عن قراءتهما بالليل، فقال أبو بكر: «إني أخافت لئلا أؤدي جاري»، وقال عمر: «إني لأجهر لكي أوقظ جاري»، فقال ﷺ لأبي بكر: «زد في صوتك»، وقال لعمر: «اخفض من صوتك» ^(٣).

وعن أبي هريرة قال: «كانت قراءة رسول الله ﷺ بالليل يرفع طوراً ويخفض طوراً» ^(٤).

(١) انظر: نصب الراية، ١/٢؛ شرح النووي على مسلم، ١٠٥/٤.

(٢) الحديث أخرجه: البخاري (٤٧٦١)؛ ومسلم (٧٩٣)؛ والنسائي (١٠١٩)؛ والبزار ١٤ (٧٩٠٧).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک، ٤٥٤/١ وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»؛ صحيح ابن حبان ٧/٣؛ صحيح ابن خزيمة، ١٨٩/٢؛ أبو داود (١٣٢٩)؛ الترمذي (٤٤٧)؛ ولفظهم جميعاً «... قال أبو بكر: قد أسمعت من ناجيت يا رسول الله - فقال عمر - يا رسول الله أوقظ الوسنان وأطرد الشيطان...» واللفظ لأبي داود.

(٤) أبو داود (١٣٢٨)؛ قال صاحب خلاصة الأحكام: «بإسناد حسن» ٣٩٢/١.

وأما الصلوات التي لا يجهر فيها، فإن المنفرد لا يجهر فيها أيضاً، وذكر أبو يوسف في الإملاء: إن زاد على قدر ما يسمع أذنيه فقد أساء، وذلك لقوله ﷺ: «صلاة النهار عجماء»^(١)؛ ولأن الإمام أدخل في الجهر منه، فإذا لم يجز له أن يجهر في هذه الصلوات، فالمنفرد أولى.

٣٤٧- فصل: [قراءة المنفرد في الجهرية]

وأما الصلوات التي من سنتها الجهر، فالمنفرد مخير فيها: إن شاء جهر وإن شاء لم يجهر؛ لما ذكرناه من حديث أبي بكر وعمر، إلا أنه لا يبالي في الجهر، كما يفعل الإمام؛ لأن الإمام يسمع المؤتمين، والمنفرد لا يوجد فيه هذا المعنى^(٢)، فلا فائدة في التكلف.

قال محمد في الأصل: وإن كان وحده جهر في صلاة الجهر إن شاء أو أسمع نفسه، [وروى بشر عن أبي يوسف أنه قال: ولا يجهر في الظهر والعصر، وإن كان منفرداً أسمع أذنيه فيما يجهر فيه، وليس عليه أن يجهر، وإن جهر فقد أساء]، وروى معلى وابن الجعد، عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة في الذي يجهر فيه الإمام أسمع القوم أو بعضهم؟، قال: يسمعهم ولا يجهد نفسه، وإن كان وحده فلا يجهر يتكلم بذلك، ويسمع أذنيه، وقال في الإمام في الصلاة التي لا يجهر فيها: يحرك لسانه ويسمع أذنيه، [وكذلك الذي يصلي وحده، وهو قول يعقوب]، فإن لم يحرك لسانه بالقراءة، فهو بمنزلة من لم يقرأ، والأصل في هذا:

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه من قول الحسن، ومن قول أبي عبيدة، ٣٢٠/١، وقال الزبيلي - على المرفوع - «غريب» ونقل عن النووي في الخلاصة: بأنه «باطل لا أصل له» ١/٢؛ ونقل الشوكاني في الفوائد المجموعة عن الدارقطني قوله: «إنما هو من قول بعض الفقهاء» ٢٨/١.

(٢) في ب (هذا، فلا معنى لزيادة التكليف).

أن الأفضل في الأذكار: الإخفاء، بدلالة الدعاء [وإنما يجهر الإمام ليسمع من خلفه، وهذا لا يوجد في المنفرد]؛ ولأنه لا يجهر بالتكبير، فكذلك بالقراءة؛ لأن كل واحد منهما ذكر واجب.

٣٤٨- [فصل: محل الجهر في الجهرية]

وأما ما يباح فيه الجهر: فإن السنة الجهر في الأوليين والإخفاء فيما سواهما، إلا الوتر فإنه يجهر في جميعها؛ لأن النبي ﷺ لم يجهر إلا في الأوليين؛ ولأن الجهر من سنة القراءة الواجبة، وقد بينا أن القراءة [فيما بعد الأوليين] غير واجبة.

وأما الوتر فالقراءة واجبة في جميعها^(١)، فلذلك تساوت في الجهر.

[قال]: وليس في سائر الصلوات قراءة سورة بعينها، تُختصُّ بها الصلاة، ويداوم عليها، وكان يكره أن يتخذ شيئاً من القرآن مهجوراً؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن [تحزيب القرآن]^(٢)، وعن النخعي أنه قال: إنهم كانوا يكرهون أن يتخذ الرجل شيئاً من القرآن مهجوراً؛ ولأنه إذا داوم عليها اعتقد الناس أنها مشروعة دون غيرها، فيلحق بالشرعية ما ليس منها.

[ولا تلزم مداومة فاتحة الكتاب في كل ركعة؛ لأنها مشروعة على هذا الوجه]^{(٣)(٤)}.

(١) في ب (في جميع ركعاتها).

(٢) في أ (عن ذلك) والمثبت من ب.

(٣) في ب (ولا تلزم فاتحة الكتاب؛ لأن المداومة عليها من الشريعة في كل ركعة).

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٥٨٤ - ٥٩٤؛ القُدوري ص ٧٤.

٣٤٩- [فصل: التكبير في الرفع والخفض]

قال: فإذا فرغ من القرآن^(١) كبر ولم يرفع يديه، وركع ووضع يديه على ركبتيه، وفرق بين أصابعه، وبسط ظهره، ولم ينكس رأسه، ولم يرفعه، أما التكبير: فهو سنة عندنا في كل خفض ورفع. [وعن ابن عمر أنه كان ينقص التكبير إذا انحط بعد الركوع ليسجد، وإذا سجد الثانية لم يكبر، وهو قول القاسم وسالم بني أمية.

لنا: حديث البراء قال: «كان رسول الله ﷺ يكبر في كل خفض ورفع»^(٢)، وروى ابن مسعود: «أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر كانوا يكبرون عند كل رفع ووضع»، [وقال عمار بن ياسر: لو لم يدرك علي بن أبي طالب من الفضل بعد رسول الله ﷺ إلا [إحياه] التكبيرين إذا ركع وإذا رفع^(٣).

وعن أنس: «كان النبي ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان لا ينقصون التكبير»^(٤).

وروى الأسود عن عبد الله قال: «رأيت رسول الله ﷺ يكبر في كل خفض ورفع وقيام وقعود»^(٥). وروى فعل ذلك عن رسول الله ﷺ أبو مالك

(١) في ب (القراءة).

(٢) أخرجه نحوه البخاري (٧٥٤)؛ ومسلم (٣٩٢)؛ «وروى الحديث الطبراني في الأوسط، ورجاله موثقون» كما في مجمع الزوائد ١٠٤/٢.

(٣) روى الإمام مالك (عن علي بن أبي طالب أنه قال: كان رسول الله ﷺ يكبر في الصلاة كلما خفض ورفع، فلم تزل تلك صلاته حتى لقي الله تعالى). (١٦٦).

(٤) أخرجه المقدسي في الأحاديث المختارة ٢٦٠/٦ وقال: «إسناده صحيح»؛ وأحمد في المسند ١٧٩/٣؛ وأبو يعلى في مسنده ٢٦٥/٧.

(٥) أخرجه الترمذي (٢٥٣) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ والنسائي في الكبرى (١٢٤٢)؛ وأحمد في المسند ٣٨٦/١؛ وأبو يعلى في مسنده ٦٤/٩ وغيرهم.

الأشعري ، وابن عمر وأبو هريرة ، وابن عباس ، والخدري^(١) ووائل ، [وقال أبو قتادة: إن أول من نقص التكبير الوليد بن عقبة] ، فقال عبد الله: «نقصوها نقصهم الله ، لقد صليت خلف رسول الله ﷺ فكان يكبر كلما رفع وكلما وضع»^(٢) ، وعن عكرمة أنه قال لابن عباس: «صليت وراء شيخ أحرق صلاة الظهر ، فكبر فيها اثنتين وعشرين تكبيرة ، يكبر فيها إذا سجد وإذا رفع رأسه ، قال لا أم لك تلك صلاة أبي القاسم ﷺ»^(٣) .

[وعن سعيد بن الحارث قال: صلى بنا أبو سعيد الخدري فآتم التكبير ، فقبل له: اختلف الناس في صلاتك ، فقال: ما أبالي اختلفت صلاتهم أو لم تختلف ، هكذا رأينا رسول الله ﷺ يصلي»^(٤) .

وعن إبراهيم: أن أول من نقص التكبير زياد . وقد روى سالم عن ابن عمر: (أنه كان يكبر كلما رفع وكلما خفض)^(٥) ، فيجوز أن يكون رجع إلى هذا عما روي عنه (أنه كان ينقص التكبير إذا سجد وإذا رفع فلا يكبر) ؛ ولأن الانتقال من حال إلى حال يخالف الأولى في الصلاة ، فشرع فيه التكبير كالتكبيرة الأولى .

٣٥- [فصل: رفع اليدين في التكبيرات]

وأما رفع اليدين فعندنا لا ترفع اليد إلا في التكبيرة الأولى: وروى أبو مقاتل

- (١) مسند أبي عوانه ، ٤٢٧/١ ؛ انظر الروايات بالتفصيل ؛ مصنف ابن أبي شيبة وما بعدها .
- (٢) أخرجه الطبراني في الكبير ، ٢١١/١٠ ؛ «ورواه البزار ، وفيه ثوبان بن أبي فاخته وهو ضعيف» كما قال الهيثمي في المجمع ، ١٣١/٢ .
- (٣) أخرجه البخاري (٧٥٥) ؛ وابن خزيمة ، ٢٩٣/١ .
- (٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٨/٢ ، وقال: «رواه البخاري في الصحيح عن يحيى...» وأورده الهيثمي وقال: «هو في الصحيح باختصار ، رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح» ١٠٤/٢ .
- (٥) أخرجه مالك في الموطأ (١٦٩) .

قال: صليت إلى جنب أبي حنيفة رضي الله عنه فكنت أرفع يدي في الصلاة في كل رفع وخفض من الركوع، فلما سلم قال: يا أبا مقاتل لعلك من أصحاب المراوح^(١)، وقد روي مثل قولنا عن علي وابن مسعود والبراء، وهو قول مالك.

وقال الشافعي: يرفع يديه إذا ركع وإذا رفع رأسه من الركوع، ومن الناس من قال: إنه يرفع يديه مع كل تكبيرة^(٢).

لنا: ما روى نافع عن ابن عمر والحكم عن مقسم عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن: عند افتتاح الصلاة، واستقبال القبلة، وعند الصفا والمروة، والموقفين، والجمرتين، والعيدين، والقنوت»^(٣). وعن ابن مسعود قال: «صليت خلف أبي بكر وعمر، فكانوا لا يرفعون أيديهم إلا عند افتتاح الصلاة»^(٤)؛ ولأنها تكبيرة للانتقال كتكبيرة السجود؛ ولأن التكبيرة التي أجمعوا على رفع اليد فيها، وهي الأولى، لا ترفع اليد في مثلها من الثانية، فالتكبيرة المختلف في الرفع فيها في الأولى أولى أن لا ترفع اليد فيها في الثانية.

(١) الكامل في ضعفاء الرجال ٣٩٣/٢؛ لسان الميزان، ٣٢٢/٢.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٩٩/١؛ المزني ص ١٤.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط... «وفي الإسناد الأول محمد بن أبي ليلى وهو سيء الحفظ وحديثه حسن إن شاء الله، وفي الثاني عطاء بن السائب وقد اختلط». كما في المجمع ٢٣٨/٣. والحديث روي «عن مقسم عن ابن عباس مرفوعاً وموقوفاً... وذكره البخاري في رفع اليدين تعليقا...» ١٤٨/١.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ٧٩/٢؛ وفي المعرفة، ٥٥٢/١؛ وقال صاحب تنقيح تحقيق أحاديث التعليق - بعد أن عرض جميع الروايات: «فحديث ابن مسعود الأول قال فيه عبد الله بن المبارك: لا يثبت هذا الحديث، وقال أبو داود: ليس بصحيح...» وقال غير ذلك ٣٣٠/١ - ٣٣٢.

والذي روي في الرفع من الأخبار فهي حكاية للفعل الأول، وروي عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه في كل تكبيرة^(١) ثم صار إلى الافتتاح خاصة»؛ ولأن معناه فعلاً وقولاً، فكان أولى، وقال أبو بكر بن عياش: أنا نصف الإسلام - وكان له نيف وتسعون سنة - ما رأيت فقيهاً يرفع يديه في غير التكبيرة الأولى^(٢).

٣٥١- [فصل: الركوع في الصلاة]

وأما قوله: وركع، فلقوله ﷻ للأعرابي: «ثم اركع حتى تطمئن راکعاً»^(٣)، والركوع واجب لقوله تعالى: ﴿ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧]؛ ولأنه ﷻ ركع، وفعله بيان للآية.

٣٥٢- [فصل: وضع اليدين في الركوع]

وأما قوله: «ووضع يديه على ركبتيه» فهو قول عمر، وعلي، وسعد، وابن عمر [والفقهاء].

وعن ابن مسعود والأسود وأبي عبيدة: أنهم كانوا يطبقون^(٤).

لنا: ما روي عن مصعب بن سعد قال: ركعت فطبقت، فنهاني أبي، وقال: كنا نفعل هذا فنهينا عنه.

(١) الجزء الأول من الحديث في الصحيحين وغيرهما. انظر: مجمع الزوائد ١٠١/٢.

(٢) أورده الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء ١٩٩/١. انظر الموضوع بالتفصيل: شرح الآثار، ٤٨/١٥ وما بعدها.

(٣) أخرجه البخاري (٧٢٤، ٧٦٠)؛ ومسلم (٣٩٧) وجميع أصحاب السنن.

(٤) «والتطبيق في الصلاة: جعل اليدين بين الفخذين في الركوع». مختار الصحاح (طبق).

وروى نافع عن ابن عمر في التطبيق قال: «إنما فعله رسول الله ﷺ مرة»^(١)، وعن أبي هريرة: أن أصحاب رسول الله ﷺ قالوا: يا رسول الله إن تفريج الأيدي يشق علينا في الصلاة، فأمرهم أن يستعينوا بالركب.

وعن أنس أن النبي ﷺ قال له: «وإذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك»^(٢)؛ ولأنه آخر الفعلين، وهو إجماع بعد ابن مسعود فسقط خلافه.

٣٥٣- [فصل: تفريق الأصابع في الركوع]

وأما قوله: (و فرق بين أصابعه) فلحديث أنس قال: قال لي رسول الله ﷺ: «إذا قمت إلى الصلاة فتوجه إلى القبلة، وارفع يديك، وكبر وقرأ ما بدا لك، فإذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك، و فرق بين أصابعك، فإذا رفعت رأسك فأقم صلبك حتى يقع كل عضو منك مكانه، وإذا سجدت فأمكن كفيك من الأرض، فإذا رفعت رأسك فأقم صلبك، وإذا جلست فاجعل عقبك تحت إلتيك [١/٢٦] فإنها من سنتي، ومن تبع سنتي فقد تبعني، ومن تبعني فهو معي في الجنة»^(٣).

[وعن أبي حميد قال: أنا أعلمكم بصلاة رسول الله ﷺ، اتبعت ذلك من رسول الله ﷺ: «كبر للركوع ورفع يديه، ثم أمكن يديه من ركبتيه كالقابض

(١) انظر الأحاديث الواردة في ذلك: سنن النسائي الكبرى ٢١٥/١؛ المجتبى للنسائي ١٨٥/٢ (١٠٣٢، ١٠٣٣)؛ مصنف عبد الرزاق ١٧٦/٢.

(٢) الطبراني في الأوسط ١٢٤/٦؛ والفاكهي في أخبار مكة ٤٢٤/١؛ والجامع الصغير ١٠١/٢؛ نصب الراية، ٣٧٢/١.

(٣) الحديث أخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ٦٥/٦؛ وأورد الزيلعي في نصب الراية طرقاً عدة للحديث ٣٧٣/١؛ والبيهقي في القراءة خلف الإمام نحوه ٨٨/١.

عليهما ، ولم يقنع رأسه ولم يصوّبه»^(١) .

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا ركعت فضع راحتك على ركبتيك ، ثم فرّج أصابعك ثم امكث حتى يأخذ كل عضو مأخذه»^(٢) .

وروى أبو هريرة: «أن النبي ﷺ علّم رجلاً الصلاة ، فقال: أثبت راحتك على ركبتيك ، وفرّق بين أصابعك» .

ووصف أبو مسعود البدرى صلاة رسول الله ﷺ قال: (فلما ركع وضع كفيه على ركبتيه وفرّج بين أصابعه ، وجافى عن إبطيه حتى استقر كل شيء منه)^(٣) ؛ ولأن هذا أمكن في الوضع ، فكان أولى .

٣٥٤- [فصل: الاعتدال في الركوع]

وأما قوله: (وبسط ظهره ، ولم ينكس رأسه ، ولم يرفعه) ؛ فلما روى أبو حنيفة عن أبي سفيان^(٤) عن أبي نضرة عن أبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا ركع أحدكم فلا يدبج تدبج^(٥) الحمار ، ولكن يقيم صلبه ، وإذا سجد أحدكم

(١) أخرجه أبو داود (٧٣٤) ؛ وأخرجه الترمذي وحسنه ، ورواه ابن حبان في صحيحه ، كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ، ٣٧٥/١ .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٠٦/٥ ؛ أبو داود (٨٥٩) ؛ نصب الراية ، ٣٦٦/١ .

(٣) أخرجه أبو داود (٨٦٣) ؛ والبيهقي في الكبرى ١٢٧/٢ ؛ والطبراني في الكبير ٢٤٠/١٧ ؛ الدراية ١٤١/١ .

(٤) في ب (سفيان) .

(٥) الدبج في الصلاة: «هو أن يطأ رأسه في الركوع حتى يكون أخفض من ظهره ، وقيل: دبج تدبجاً: إذا أطأ رأسه ، ودبج ظهره: إذ ثناه فارتفع وسطه كأنه سنام» . النهاية في غريب الحديث والأثر (دبج) .

فليمد صلبه فإن الإنسان يسجد على سبعة أعظم: جبهته، وكفيه، وركبتيه، وصدور قدميه، وإذا جلس فلينصب رجله اليمنى وليضع اليسرى»^(١)، وعن البراء: «أن النبي ﷺ كان إذا صلى بنا حج حجاً، يعني: تمدد في سجود وركوعه»، وروى أبو الجوزاء عن عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا ركع لم يشخص رأسه ولم يصوبه ولكن بين ذلك»، وعن أبي برزة الأسلمي قال: «كان النبي ﷺ إذا ركع لو صب على ظهره قطرة من ماء ما انصب»^(٢)، [وعن أبي ليلى قال: «كان رسول الله ﷺ إذا ركع لو وضع على ظهره قدح فيه ماء لم يهراق»^(٣)].

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة قال: إذا ركع وضع كفيه على ركبتيه، ويصير ظهره مستوياً مع رأسه، ولا يرفع صدره فوق وركه، ولا يطأطئ دون وركه].

٣٥٥- [فصل: تسبيحات الركوع]

ويقول في ركوعه: سبحان ربي العظيم ثلاثاً، وإن زاد فهو أفضل، وإن كان إماماً لم يطول على من خلفه، أما الذي يقوله في ركوعه فقد اختلفت الصحابة فيه: فروي عن عليّ أنه قال: «إذا كانت لأحدكم حاجة فقال في ركوعه: اللهم لك ركعت، ولك خشعت، ولك أسلمت، وبك آمنت، وعليك توكلت، فقد أجزئ عنه»^(٤)، وعن ابن مسعود أنه كان يقول في ركوعه: «اللهم اغفر لي».

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال ١١٧/٤ من حديث أبي معاوية عن أبي سفيان؛ والبيهقي في الكبرى، ٨٥/٢.

(٢) «رواه الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله ثقات» كما قال صاحب المجمع، ١٢٣/٢.

(٣) رواه أحمد في مسنده، ١٢٣/١؛ وقال الهيثمي: «رواه عبد الله بن أحمد وقال: وجدته في كتاب أبي وفيه رجل لم يسم، وسنان بن هارون اختلف فيه» المجمع ١٢٣/٢؛ وعبد الرزاق في مصنفه ١٥٤/٢؛ والطبراني في الصغير ٤٤/١.

(٤) رواه الترمذي (٣٤٢٣)؛ والنسائي في الكبرى عن عليّ مرفوعاً ٢١٩/١؛ والبيهقي في الكبرى =

وعن أبي بكر الصديق أنه كان يقول في ركوعه: «سبحان الله مرتين»، وعن ابن عباس أنه قال في ركوعه: «اللهم لك ركعت»^(١)، وعن حذيفة أنه كان يقول في ركوعه وسجوده: «سبحان ربي الأعلى»، وعن علي وابن مسعود مثل قولنا^(٢).

لنا: حديث حذيفة أنه صلى مع رسول الله ﷺ، فكان يقول في ركوعه: «سبحان ربي العظيم ثلاثاً، وفي سجوده: سبحان ربي الأعلى ثلاثاً»^(٣)، وروى عقبة بن عامر أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ [الأعلى: ١]، قال رسول الله ﷺ: «اجعلوها في سجودكم»، ولما نزل قوله تعالى: ﴿فَسَبِّحْ بِاسْمِ رَبِّكَ الْعَظِيمِ﴾ [الواقعة: ٩٦]، قال: «اجعلوها في ركوعكم»^(٤) وهذا أمر، فأقل أحواله^(٥) أن يفيد الندب.

قال عقبة: وكان رسول الله ﷺ إذا ركع قال: سبحان ربي العظيم ثلاثاً، وإذا سجد قال: سبحان ربي الأعلى ثلاث مرات»^(٦).

وفي خبر ابن مسعود كان رسول الله ﷺ يقول في ركوعه: «اللهم لك

= ٥٧/٢ وقال: «رواه مسلم في الصحيح من وجهين» ٢٢٨/٢.

(١) مسلم (٧٧١)؛ صحيح ابن حبان ٢٢٨/٥؛ أبو داود (٧٦٠)؛ الترمذي (٣٤٢١)؛ النسائي (١٠٥٠) وغيرهم.

(٢) عن ابن مسعود أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٢٢٥/١؛ والبيهقي في معرفة السنن ٥٧١/١؛ والطيالسي في مسنده ٤٦/١؛ والمنائوي في التيسير بشرح الجامع الصغير ٢٥١/٢.

(٣) أخرجه مسلم (٧٧٢)؛ البيهقي في الصغرى، ٢٦٧/١؛ وأبو داود (٨٧٠، ٨٧١)؛ والترمذي (٢٦٢)؛ والنسائي (١٠٤٦).

(٤) صحيح ابن حبان، ٢٢٥/٥؛ أبو داود (٨٦٩)؛ ابن ماجه (٨٨٧)؛ نصب الرأية، ٣٧٦/١.

(٥) في ب (فأقل الأحوال أن يفيد الأمر الندب).

(٦) «رواه البزار والطبراني في الكبير...» المجمع ١٢٨/٢؛ وبألفاظ وطرق أخرى روي الحديث.

ركعت ، فلما نزل قوله: ﴿ فَسَبِّحْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الْعَظِيمِ ﴾ [الواقعة: ٩٦] ، قال: اجعلوها في ركوعكم» .

وهذا بيان للتاريخ ؛ ولأن القول أولى من الفعل بالإجماع .

٣٥٦- فُصِّلَ: [تقدير عدد التسيبحات في الركوع والسجود]

وأما تقديره بالثلاث فقد روى الحسن عن أبي حنيفة قال: وينبغي له أن يمكث راعياً قدر ثلاث تسيبحات ، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: وأدنى ذلك ثلاث مرات ، وإن زاد فحسن ما لم يبلغ التثقيب على القوم .

وقال الثوري: يستحب للإمام أن يقولها خمساً في الركوع والسجود حتى يدرك الذي خلفه ثلاث تسيبحات .

وحكى القاسم عن مالك: أنه أنكر سبحان ربي العظيم ، وقال: لا أعرفه ، ولم [يُثَبِّتْ فِيهِ] دعاءً مؤقتاً^(١) .

[لنا: ما رواه يزيد الرقاشي عن أنس: أن رسول الله ﷺ كان إذا ركع يقول: سبحان ربي العظيم ثلاث مرات ، وإذا سجد قال: سبحان ربي الأعلى ثلاث مرات]^(٢) ، وروى عون بن عبد الله عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا ركع أحدكم وقال سبحان ربي العظيم ثلاثاً فقد تم ركوعه ، وذلك أدناه ، وإذا سجد وقال سبحان ربي الأعلى ثلاثاً فقد تم سجوده ، وذلك أدناه»^(٣) ، [وعن

(١) وهذا ما حكاه في المدونة: «وقال مالك في الركوع والسجود: إذا أمكن يديه من ركبته وإن لم يسبح ، فذلك مجزئ عنه ، وكان لا يوقت تسيبحة» . المدونة الكبرى ٧٢/١ (دار الفكر) .

(٢) في الأصل (قلنا جميع ما روينا) والمثبت من (ب) .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ٨٦/٢ وقال: «هذا مرسل ، عون بن عبد الله...» ؛ الترمذي (٢٦١) .

ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من سجد فقال في سجوده ثلاث مرات سبحان ربي الأعلى فقد تم سجوده وذلك أدناه».

وعن جبير بن مطعم: «أن رسول الله ﷺ كان يقول في ركوعه: سبحان ربي العظيم ثلاثاً، ويقول في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثاً»^(١).

٣٥٧- [فصل: الزيادة على الثلاثة]

وإنما قلنا: إن الزيادة على الثلاثة أفضل لقوله ﷺ: «وذلك أدناه»^(٢).

٣٥٨- [فصل: التخفيف في صلاة الجماعة]

وإنما قلنا: (إنه لا يطول إذا كان إماماً؛ لأن التطويل يؤدي إلى تنفير المؤمنين عن الجماعة)^(٣) لقوله ﷺ لمعاذ حين طول القراءة: «أفتان أنت يا معاذ صلّ بهم صلاة أضعفهم»^(٤).

٣٥٩- [فصل: حكم ذكر هذه التسيبحات]

وهذه التسيبحات غير واجبة، [وقد روي عن ابن مسعود: إذا أمكن يديه من ركبتيه، والأرض من جبهته أجزاء، وعن سعيد: يكفيك إذا وضعت يديك على ركبتيك، وروي نحو قولنا عن محمد بن علي وابن المسيب وابن سيرين

(١) مسند البزار ٣٦٨/٨. وروي الحديث عن غير جبير بن مطعم مرفوعاً.

(٢) أخرجه أبو داود (٨٨٦) وقال: «هذا مرسل، عون لم يدرك عبد الله»؛ والترمذي (٢٦١)؛ وابن ماجه (٨٩٠)؛ والبيهقي في الكبرى ١١٠/٢.

(٣) في أ (لا يزيد إذا أدى إلى التثقل على الناس) والمثبت من ب.

(٤) أخرجه الأصبهاني في المسند المستخرج على صحيح مسلم ٨٢/٢؛ والنسائي في الكبرى (١٠٦٩)؛ وابن عبد البر في التمهيد ١١/١٩.

ومجاهد وسعيد وعطاء] ، وروى أشهب عن مالك أنها واجبة ، وإن تركها عمداً بطلت صلاته^(١) .

لنا: قوله تعالى: ﴿ أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا ﴾ [الحج: ٧٧] ، وإيجاب الذكر فيه زيادة ، وفي تعليم^(٢) أنس والأعرابي الصلاة لم يذكر فيه أذكار الركوع ولو كانت واجبة لذكرها حال التعليم ؛ ولأن الذكر لو وجب في هذا الركن لاختص بالقراءة كالقيام .

٣٦٠ - [فصل: الطمأنينة في الركوع]

[قال:] وإذا اطمأن راعياً رفع رأسه ، وقال: سمع الله لمن حمده ، ولم يرفع يديه ، وقد بيّنا [وجوب الركوع] .

فأما قدر الواجب من الركوع والسجود فما يتناوله الاسم ، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا ركع فطأ رأسه قليلاً ، ثم رفع رأسه فكان إلى تمام الركوع أقرب منه إلى القيام ، أجزاءه ، وإن كان إلى القيام أقرب [منه إلى تمام الركوع] ، لم يجزه .

وقال الشافعي: الطمأنينة واجبة (في الركوع والسجود)^(٣) .

(١) بل ذهب فقهاء المالكية أن التسبيح في الركوع والسجود من الفضائل ، كما في عقد الجواهر الثمينة لابن شاش ١٣٠/١ وغيره من مدونات المالكية .

«وقال مالك في الركوع والسجود: قدر ذلك أن يمكن في ركوعه يديه من ركبتيه ، وفي سجوده جبهته من الأرض ، فإذا تمكن مطمئناً فقد تم ركوعه وسجوده ، وكان يقول: إلى هذا تمام الركوع والسجود» . المدونة الكبرى ١/٣٧ .

(٢) في ب (وفي خبر رفاع بن رافع في تعليم الأعرابي الصلاة) .

(٣) ساقطة من ب .

لنا: قوله تعالى: ﴿أَرْكَعُوا وَأَسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧]، والركوع عبارة عن الميلان، يقال: ركعت النخلة إذا مالت، وإذا عبّر بالاسم عن الميلان، فمتى حصل أدنى ذلك أجزاءه؛ ولأن الركوع فرض في الصلاة متكرر، فالواجب منه أدنى ما يتناوله الاسم، كالقيام؛ ولأنه أتى بما يتناوله اسم الركوع، كمن طَوَّل.

٣٦١- [فصل: القيام من الرفع من الركوع]

وأما رفع رأسه من الركوع وعوده إلى القيام فليس بواجب عندنا، إلا رواية عن أبي يوسف أنه قال: الرفع واجب، وهو قول الشافعي^(١).

لنا: قوله تعالى: ﴿أَرْكَعُوا وَأَسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧]، وظاهره يقتضي جوازهما من غير قيام بينهما؛ ولأن القيام ركن قبل الركوع، فلا يتكرر في ركعة، كالقراءة بخلاف السجود؛ ولأنه ركن يكون [مدركه] مدركاً به للركعة، فلم يتكرر وجوبه في ركعة، كالركوع.

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷻ للأعرابي: «ثم ارفع رأسك حتى تعتدل قائماً»، وفي حديث أبي مسعود الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة امرئ لا يقيم فيها صلبه من الركوع»^(٢)، (وهذا محمول عندنا على)^(٣) الأولى والأفضل.

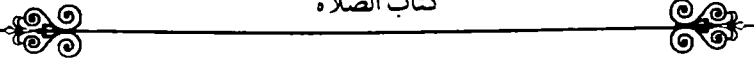
= انظر: الأم ص ٨٧، ٨٩؛ المنهاج ص ٩٨.

(١) انظر: الأم ص ٨٨؛ المنهاج ص ٩٩.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى ٣٥١/١؛ والترمذي (٢٦٥)؛ والنسائي في المجتبى (١٠٢٧) وبلفظ

(لا تجزئ صلاة...) «أخرجه الأربعة وصححه الترمذي والدارقطني» كما في الدراية ١٤٣/١.

(٣) في ب (وهذا البيان).



٣٦٢ - |فصل: ما يقول الإمام والمؤتم في حال الرفع من الركوع|

وأما قوله: (سمع الله لمن حمده) فعند أبي حنيفة: الإمام يقولها ويقول المؤتم: ربنا لك الحمد، ولا يشارك أحدهما الآخر، وقال أبو يوسف ومحمد: يقول الإمام سمع الله لمن حمده، ثم يقول في نفسه: ربنا لك الحمد، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، [وروى معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة:] ويقتصر المؤتم على قوله ربنا لك الحمد.

وروى معلى عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: في المنفرد يقول سمع الله لمن حمده لا يزيد عليها، وكذلك روى علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المنفرد يجمع بينهما، وقال يعقوب: إن قال [المصلي] ^(١) وحده الأمرين فحسن، وإن اكتفى بقوله سمع الله لمن حمده أجزأه.

وقال الشافعي: يجمع الإمام والمؤتم بينهما ^(٢).

لنا: ما روى أنس أن النبي ﷺ قال: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه، فإذا كبر فكبروا، وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد» ^(٣)، وإفراد كل واحد منهما بذكر يقتضي التفريق بينهما، وكذلك رواه أبو هريرة وأبو موسى؛ ولأنه علامة للرفع، فلا يجمع فيه بين ذكرين، كالتكبير؛ ولأن أحد الذكرين جعل مقابلة للذكر الآخر، كتشميت العاطس في مقابلة حمده، وأما أخبارهم فمضطربة.

(١) في أ (المؤتم) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

(٢) انظر: المزني ص ١٤.

(٣) أخرجه البخاري (٧٠٠) في أبواب مختلفة؛ ومسلم (٤١١).

روى ابن عباس وأبو جحيفة: «أن رسول الله ﷺ كان إذا رفع رأسه من الركوع قال: ربنا لك الحمد»^(١).

وروى حذيفة: «أن النبي ﷺ لما رفع رأسه من الركوع قال: سمع الله لمن حمده، ثم قال: الحمد لله ذي الملكوت والجبروت والكبرياء والعظمة»^(٢)، [وعن ابن عمر وأبي هريرة: «كان رسول الله ﷺ إذا رفع رأسه من الركوع قال: ربنا لك الحمد»، وعن أنس: «أنه كان يقول: سمع الله لمن حمده»]، وإذا ورد الفعل مختلفاً، كان الرجوع إلى القول المتفق أولى.

وجه قولهما: أنه ليس في الأصول ذكر يأتي به المؤتم، ولا يأتي به الإمام، وفي الأصول ذكر يأتي به الإمام خاصة وهو القراءة؛ فلذلك جمع الإمام بين الذكرين، واقتصر المؤتم على أحدهما.

وأما وجه الرواية التي قال يجمع بينهما [المنفرد] فلحديث عليّ: «أن رسول الله ﷺ كان إذا ركع قال: اللهم لك ركعت، وبك آمنت، وإذا رفع رأسه من الركوع قال: سمع الله لمن حمده»^(٣)، ثم يتبعها «اللهم ربنا لك الحمد ملء السماوات وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد»؛ ولأن قوله: «سمع الله لمن حمده» إخبار عن حامد، وليس هناك حامد غيره.

وجه الرواية الأخرى: أن هذا الذكر علامة للرفع، فلو جمع بين الذكرين

(١) مسلم (٤٧٧)؛ صحيح ابن حبان ٢٣٠/٥؛ الدارقطني ٣٤٢/١؛ الدارمي ٣٤٤/١؛ مصنف ابن أبي شيبة ٢٢٢/١؛ معرفة السنن ٥٨١/١.

(٢) مصنف عبد الرزاق ١٦٧/٢؛

(٣) أخرجه مسلم (مطولاً) (٧٧١).

لاستغرق أحدهما حالة الرفع ، وأتى بالثاني في حال القيام ، وهذا القيام ليس بمحل الأذكار .

٣٦٣ - [فصل: التكبير إذا اطمأن قائماً]

قال: فإذا اطمأن قائماً كبر ولم يرفع يديه وخرّ ساجداً ، وإنما يسجد عقيب الركوع لقوله: ﴿أَرْكَعُوا وَأَسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧] [٢٦/ب] ، وفي حديث الأعرابي: أن النبي ﷺ قال له: «ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً» .

وأما التكبير^(١) في الانحطاط ، فقد بيّنا أن السنة: أن يكبر في كل انتقال ، ويجب أن يكبر مع الانحطاط لما روى أبو هريرة: «أن النبي ﷺ كان يكبر حين يهوي ساجداً»^(٢) ؛ ولأن التكبير علامة للانحطاط ، فوجب أن يكون معه^(٣) .

٣٦٤ - [فصل: السجود على الأنف والجبهة]

قال: ويسجد على أنفه وجبته ، [وإن سجد على أحدهما أجزاءه وأساء عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجزئه على الأنف دون جبته] إلا أن يكون من علة ، وهي رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة .

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: وجملة هذا أن السجود يتعلق به مسنون ومفروض ، فالسنة: أن يسجد على الجبهة والأنف ، واليدين ، والركبتين ، والقدمين ، لقوله ﷺ: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم» ، وأما الفرض فعند أبي حنيفة: أن

(١) في ب (لانحطاط) .

(٢) أخرجه البخاري (٧٧٠) ؛ ومسلم (٣٩٢) .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٦٠٨ وما بعدها ؛ القُدوري ص ٧٢ وما بعدها .

يسجد على الجبهة أو الأنف ، والقدمين ، وقالوا: السجود عليهما واجب .

وجه قول أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿ أَرْكَعُوا وَأَسْجُدُوا ﴾ [الحج: ٧٧] ، وقوله ﷺ: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم»، وذكر الوجه ؛ ولأن الجبهة والأنف عظم واحد ، فإذا جاز السجود على جزء منه ، جاز على الجزء الآخر .

وجه قولهما: قوله ﷺ: «مكّن جبهتك وأنفك من الأرض»^(١) ؛ ولأن الأنف تبع للجبهة ، فلا يجوز الاقتصار على التبع ، دليله: [كما لا يقتصر على مسح الأذنين عن مسح الرأس]^(٢) .

٣٦٥- فَصْل: [السجود على اليدين والركبتين]

وأما السجود على اليدين والركبتين ، فليس بواجب عندنا ، وقال زفر: هو واجب ، وبه قال الشافعي^(٣) .

لنا: حديث أبي رافع: أن النبي ﷺ قال: «مثل الذي يصلي وهو عاقص^(٤) شعره ، كمثل من يصلي وهو مكتوف»^(٥) ؛ ولأن ما لا يتعلق به فرض الوضوء ، لا يجب السجود عليه ، كسائر الأعضاء .

(١) أورده العيني في عمدة القارئ ، ٤ / ١١٨ .

(٢) في أ (المسح على الأذن دون الرأس) والمثبت من ب .

(٣) انظر: المنهاج ص ١٠٠ .

(٤) «أراد أنه: إذا كان شعره منشوراً ، سقط على الأرض عند السجود ، فيعطى صاحبه ثواب السجود به ، وإذا كان معقوصاً ، صار في معنى ما لم يسجد ، وشبهه بالمكتوف ، وهو المشدود اليدين ؛ لأنهما لا يقعان على الأرض في السجود» . النهاية في غريب الحديث والأثر (عقص) .

(٥) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظه ، وبلغظ النهي ؛ رواه أبو داود والترمذي ، كما في نصب الراية

٩٣/٢ ؛ وابن ماجه (١٠٤٢) .

وجه قول زفر: قوله ﷺ: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم» ؛ ولأنه عضو شرع فيه السجود ، كالوجه .

٣٦٦- [فصل: السجود على كور العمامة]

وقد قالوا: لو سجد على كور عمامته جاز ، ذكره محمد في الآثار ، وذكره الحسن ، وقال الشافعي: لا يجوز^(١) .

لنا: حديث يزيد بن الأصم عن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ كان يسجد على كور عمامته»^(٢) ؛ ولأنه حائل لا يمنع السجود إذا كان منفصلاً ، كذا إذا اتصل ، كالخف .

٣٦٧- [فصل: وضع اليد في السجود]

ويضع يديه حذاء أذنيه: لحديث عاصم بن كليب عن أبيه عن وائل بن حجر : «كان رسول الله ﷺ إذا سجد وضع يديه حذاء أذنيه»^(٣) ، ويروى: «أنه كان صاع وجهه بين كفيه» ، وروى مثله أنس ، والبراء ، وفي خبر ابن مسعود: «وضع كفيه قريباً من أذنيه»^(٤) ، والذي رواه أبو حميد: «أنه سجد فجعل يديه حذو

(١) انظر: الأم ١/١١٤ .

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه مرفوعاً ، ثم ذكر حكاية عن الصحابة ﷺ ١/٤٠٠ ؛ قال البيهقي: «وأما ما روي عن النبي ﷺ من السجود على كور العمامة فلا يثبت شيء من ذلك ، وأصح ما روي في ذلك قول الحسن البصري حكاية عن أصحاب رسول الله ﷺ السنن الكبرى ٢/١٠٦ . وضعف ابن حجر الحديث ونقل أقوال المحدثين في ذلك . الدراية ١/١٤٥ .

انظر الروايات: مصنف ابن أبي شيبة ، ١/٢٣٩ ؛

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ١١٢/٢ وقال: «كذا رواه الجماعة عن الثوري» ؛ والطبراني في الكبير ٢٢/٣٦ ؛ المسند ٤/٣١٧ ؛ الدراية ١/١٤٤ .

(٤) أخرجه الترمذي (٢٧١) ؛ مصنف ابن أبي شيبة ، ١/٢٣٣ ؛ البدر المنير ، ٣/٤٦٢ .

منكبيه»^(١)، يحتمل أن يكون حالة عذر.

٣٦٨- [فصل: توجيه الأصابع في السجود]

ويوجه أصابعه نحو القبلة لحديث عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا سجد وضع يديه تجاه القبلة»^(٢)، [وروى نافع عن ابن عمر: أنه رأى رجلاً ساجداً قد عدل بيديه عن القبلة، فقال: استقبل بهما القبلة؛ فإنهما يسجدان مع الوجه]^(٣)، وروى العباس بن عبد المطلب: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا سجد العبد سجد معه سبعة آراب: وجهه، وكفاه، وركبته، وقدماه»^(٤)، وما وقع فيه السجود فينبغي أن يستقبل به القبلة.

٣٣٩- [فصل: الاعتماد على الراحيتين في السجود]

ويعتمد على راحتيه لحديث أبي حميد الساعدي: «أن رسول الله ﷺ: سجد فانتصب على كفيه وركبتيه وصدور قدميه وهو ساجد»^(٥)، وعن عامر بن سعد قال: «أمرني رسول الله ﷺ بوضع الكفين ونصب القدمين في الصلاة»^(٦)،

(١) أخرجه مسلم (٤٠١)؛ وابن حبان في صحيحه ١٨٩/٥؛ والبيهقي في الكبرى ١١٢/٢؛ ومعرفة السنن ١٥/٢؛ الدراية ١٤٤/١.

(٢) رواه ابن حبان والدارقطني بلفظ «بأصابعه القبلة» وضعفه، كما ذكر صاحب التلخيص الحبير ٢٥٦/١؛ خلاصة البدر المنير ٦٦٨/٣.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة، ٢٣٦/١؛ عبد الرزاق ١٧٢/٢؛ فيض القدير ٤٠٤/٢.

(٤) أخرجه مسلم بلفظ (أطراف) (٤٩١)؛ وابن حبان في الصحيح ٢٤٨/٥؛ وابن خزيمة في الصحيح ٣٢٠/١؛ النسائي في الكبرى ٢٣١/١؛ البيهقي في الكبرى، ١٠١/٢؛ وفي التلخيص:

«أخرجه الأربعة وابن حبان والحاكم والبزار» ١٤٥/١؛ نصب الراية ٣٨٣/١.

(٥) صحيح ابن حبان، ١٨١/٥؛ أبو داود (٧٣٣)؛ البيهقي في الكبرى ١٠١/٢.

(٦) أخرجه الترمذي (٢٧٧)؛ والمقدسي في الأحاديث المختارة ١٨١/٣؛ وقال: «مرسل»=

[وعن البراء: «أنه وصف السجود فاتكأ على راحتيه ورفع عجزته وقال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ»] (١).

٣٧٠- [فصل: مجافاة اليدين في السجود]

ويبدي ضبعيه^(٢): لحديث جابر قال: «كان رسول الله ﷺ إذا سجد جافى حتى يرى بياض إبطيه»^(٣)، وعن ابن بجينة: «أن النبي ﷺ كان إذا سجد فرج يديه عن إبطيه حتى لأرى بياض إبطيه» (٤)، وكذا روته عائشة.

٣٧١- [فصل: الاعتدال في السجود]

ويعتدل في سجوده لما روى أبو قتادة عن أنس: أن النبي ﷺ قال: «اعتدلوا في السجود، ولا يفتersh أحدكم ذراعيه افتراش الكلب»^(٤)، وعن ميمونة: أن النبي ﷺ قال: «كان إذا سجد جافى حتى لو أرادت بهيمة أن تمر تحت يديه لفعلت»^(٥)، ويروى (لمرت) [وهذا يدل على الاعتدال]^(٦).

= المستدرک ٤٠٤/٢؛ البيهقي في الكبرى ١٠٧/٢.

(١) «أخرجه أبو داود والنسائي.. وقال النووي في الخلاصة: «ورواه ابن حبان والبيهقي، وهو حديث حسن» كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٣٨٠/١.

(٢) «الضبع - بسكون الباء -: سوط العَضُد، وقيل: هو ما تحت الإبط». النهاية في غريب الحديث (ضبع).

(٣) أخرجه ابن خزيمة في الصحيح ٣٢٦/١؛ وابن أبي شيبة ٢٣١/١؛ وعبد الرزاق ١٦٨/٢؛ ومعرفة السنن ١٥/٢؛ والطبراني في الكبير ١٨٣/٢؛ والأوسط ١٢٧/١؛ وأحمد في المسند ٣٣٢/٦.

(٤) أخرجه البخاري (٧٨٨، ٥٠٩)؛ ومسلم (٤٩٣) وغيرهما.

(٥) المسند المستخرج على صحيح مسلم، ١٠٥/٢؛ الطبراني في الكبير ٤٣٦/٢٣؛ نصب الراية، ٣٨٦/١.

(٦) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦١٨/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٧٢.

٣٧٢ - [فَصْل: المنع من افتراش الذراعين]

قال: ولا يفترش ذراعيه [وقال مالك: يفترش في النفل دون الفرض^(١)].

لنا: حديث [أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا سجد أحدكم فلا يفترش يديه افتراش الكلب، وليضم فخذه»^(٢)، [وروى أبو [الزبير]^(٣) عن جابر قال: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نعتدل في السجود، ولا يسجد أحدنا باسطاً ذراعيه على الأرض كالكلب».

٣٧٣ - فَصْل:

ويقول في السجود: سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وقد بيناه^(٤).

٣٧٤ - [فَصْل: الطمأنينة في الجلسة]

ثم يرفع رأسه ويكبر حتى يطمئن، ثم يكبر وينحط للسجدة الثانية، فيفعل فيقعد كذلك.

أما [الرفع]^(٥) من السجود فلقوله ﷻ: «ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالساً»، والكلام في هذا يقع على مقدار الواجب من

(١) انظر: المدونة ٧٠/١؛ التفرع ٢٢٨/١.

(٢) صحيح ابن حبان ٢٤٥/٥؛ صحيح ابن خزيمة، ٣٢٨/١؛ أبو داود (٩٠١)؛ البيهقي في الكبرى، ١١٥/٢.

(٣) في الأصل غير مقروء، والمثبت من مجمع الزوائد، فقد أورد: «وعن أبي الزبير قال: سألت جابراً عن السجود... الحديث، وقال: رواه أحمد، وفيه ابن لهيعة، وفيه كلام» المجمع ١٣١/٢.

(٤) جميع ما في المعقوفتين زيدت من ب، وساقطة من أ.

(٥) في أ (الارتفاع) والمثبت من ب.

السجود، [وعندنا: أنه أدنى ما يتناوله اسم السجود [يدخل فيه] وقال الشافعي: الطمأنينة واجبة].

لنا: قوله تعالى: ﴿أَرْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧]؛ ولأنه أتى بما يتناوله اسم السجود فصار كما لو طوّله.

٣٧٥ - [فصل: أدنى ما يتناوله الرفع من السجود]

وأما الرفع من السجود فأدنى ما يتناوله هو الواجب عند أبي حنيفة، وقال الشافعي: القعدة بين السجدين واجبة^(١).

وروى الحسن عن أبي حنيفة: [فيمن رفع رأسه من السجود مقدار ما تمرّ الريح بينه وبين الأرض، جازت صلاته، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه إذا رفع ما يسمى رفعاً أجزاءه، وهذا صحيح؛ لأن المستحق هو الفصل بين السجدين، وهذا يوجد فيما يتناوله الاسم.

٣٧٦ - [فصل: القعدة بين السجدين]

وأما القعدة بينهما فليست بواجبة؛ لأنها قعدة لا يعقبا الخروج من الصلاة، فلا تكون واجبة كالقعدة الأولى في التشهد؛ ولأنها قعدة للفصل، أو قعدة يتأخر عنها أركان الصلاة.

[قال]: ثم ينهض على صدور قدميه ولا يقعد، قال الشعبي: كان عمر وعلي، وأصحاب رسول الله ﷺ ينهضون في الصلاة على صدور أقدامهم، ومثله

(١) بل جعله النووي ركناً: «الثامن: الجلوس بين سجديته مُطْمَئِنّاً» ص ١٠٠. انظر: الأم ص ٩٠، ٩١.

عن ابن مسعود، وابن الزبير، وابن عباس، وأبي سعيد^(١)، [وقال اليعمري بن أبي عياش: أدركت غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ فكان أحدهم إذا رفع رأسه من السجود في أول ركعة والثانية قام كما هو، ولم يجلس].

وعن ابن عمر: أنه كان إذا رفع رأسه من السجود نهض، وهو قول مالك، والثوري. وقال الشافعي: يجلس ثم يقوم معتمداً على يديه للأرض^(٢).

لنا: ما رواه صالح مولى التؤمة عن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه»^(٣)، وفي خبر أبي حميد الساعدي: «أن النبي ﷺ لما رفع رأسه من السجود قام ولم يقعد»، وفي خبر الأعرابي: «ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً، ثم ارفع رأسك حتى تطمئن جالساً»؛ ولأن القعدة لو كانت مشروعة لانتقل إليها بتكبيرة كقعدة التشهد.

وأما خبر مالك بن الحويرث: «أن رسول الله ﷺ كان إذا رفع رأسه من السجودتين قعد ثم نهض»^(٤)، فيجوز أن يكون ذلك في حال العذر، [وقد قال أحمد: إن عامة الأخبار أنه لم يقعد وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود، وذكر له حديث مالك بن الحويرث، فقال: ذلك أكثر، وروي] في حديث أبي حميد الساعدي مثل قولهم [فتعارضت الروايات عنه]^(٥).

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٣٤٦/١؛ الدراية ١٤٧/١؛ نصب الراية ٣٨٩/١.

(٢) انظر: الأم ص ٩١؛ المنهاج ص ١٠١.

(٣) أخرجه الترمذي (٢٨٨)؛ والبيهقي في الكبرى ١٢٤/٢؛ «رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الثقات» كما قال الهيثمي في المجمع، ١٣٦/٢؛ الدراية ١٤٧/١؛ نصب الراية ٣٨٩/١.

(٤) أخرجه أبو داود (٨٤٢)؛ وابن خزيمة في الصحيح ٢٩٧/١؛ والطبراني في الكبير ٢٨٨/١٩.

(٥) في أ (فتعارضاً) والمثبت من ب.

٣٧٧- فَضْلُ: [الاعتماد على الأرض]

ولا يعتمد على الأرض ، لما روى أبو جحيفة عن عليّ أنه قال: من السنة إذا نهضت من الركعتين الأوليين أن لا تعتمد على الأرض بيدك إلا أن لا تستطيع . وروى عاصم بن كليب عن أبيه: «أن رسول الله ﷺ كان إذا نهض في فصل الركعتين نهض على ركبتيه واعتمد على فخذه»^(١) ، وفي خبر أبي هريرة مثله ؛ ولأنه اعتماد على غيره من غير حاجة ، فصار كما لو اعتمد على حائط ، والذي رواه ابن عباس: «أن النبي ﷺ كان إذا قام من صلاته وضع يديه على الأرض كما يضعها العاجز»^(٢) ، فيحتمل أن يكون ذلك لعذر ؛ [لأنه أسهل] .

٣٧٨- فَضْلُ: [الجلوس للتشهد]

قال: وإذا كانت الركعة الثانية جلس للتشهد بعد السجدين ، واقرش رجله اليسرى ونصب اليمنى ، ووجه أصابع رجله اليمنى نحو القبلة ، أما القعدة فهي مشروعة عقيب كل ركعتين في الصلاة ؛ لأن النبي ﷺ هكذا صلّى ، وفعله بيان ؛ ولأن الركعتين أدنى ما يجوز الاقتصار عليه من الصلاة ، فجعل بينه وبين ما يليه فاصلاً .

٣٧٩- فَضْلُ: [حكم القعدة الأولى]

وهذه القعدة في [الصلاة التي] تزيد على ركعتين مسنونة ، والدليل عليه: «أن النبي ﷺ قام إلى الثالثة فسُبِّح له فلم يرجع»^(٣) ، ولو كانت واجبة لم يتركها .

(١) أخرجه أبو داود (٧٣٦ ، ٨٣٩) ؛ مرقة المفاتيح ٥٧٠/٢ .

(٢) قال صاحب خلاصة البدر المنير: «غريب لا يعرف ولا يصح ، ولا يجوز الاحتجاج به كما قاله ابن الصلاح ، وقال النووي: ضعيف باطل لا أصل له» ١٣٧/١ .

(٣) انظر شرح الزرقاني ٢٨٦/١ ، عون المعبود ، ٢٤٧/٣ .

٣٨٠ - [فصل: صفة القعدة في التشهد]

وأما صفتها فالسنة في القعدة الأولى والثانية: أن يفتersh رجله اليسرى وينصب اليمنى، [وهو قول الحسن، وابن سيرين، والنخعي والثوري وابن حيّ. وقال مالك: يقعد متوركاً في القعدتين. وقال الشافعي: في الأولى مثل قولنا، وفي الثانية مثل قول مالك^(١)].

لنا: حديث عروة عن عائشة قالت: «كان النبي ﷺ يفتersh رجله اليسرى وينصب اليمنى» [، وفي حديث وائل بن حجر قال: «صليت خلف رسول الله ﷺ فلما جلس افتersh رجله اليسرى ونصب اليمنى»^(٢)، وروى قتادة [١/٢٧] عن أنس: «أن النبي ﷺ نهى عن التورك في الصلاة»^(٣)؛ ولأنه فعل من أفعال الصلاة فلا يبدأ الأول بخلاف هيئة الثانية كالقيام والركوع، (ويفعل في الأول كما قلنا، كذلك في الثاني)^(٤)، والذي روي في خبر أبي حميد فقد روي في خبره مثل قولنا من غير فصل، ورواه العباس بن سهل، وقيل: إن هذا خبر مرسل؛ لأنه يرويه محمد بن عمرو، ولم يلحق هذا الزمان، وقيل: إنه جلس في عشرة من أصحاب رسول الله ﷺ منهم أبو قتادة، وأبو قتادة قتل بصفين قبل ذلك بدهر.

(١) قال النووي: «وُسِّنُ فِي الْأَوَّلِ: الْإِفْتِرَاشُ... وَفِي الْآخِرِ: التَّوَرُّكُ: وَهُوَ كَالِإِفْتِرَاشِ لَكِنْ يُخْرَجُ يُسْرَاهُ مِنْ جِهَةِ يَمِينِهِ، يُلْصِقُ وَرِكَهَ بِالْأَرْضِ». المنهاج ص ١٠١. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢١٢/١؛ المزني ص ١٥؛ المدونة ٧٢/١.

(٢) ابن خزيمة، ٣٤٣/١؛ أبو داود (٩٦٢)؛ الترمذي (٢٩٢) «حسن صحيح»؛ الطبراني في الكبير، ٣٣/٢٢.

(٣) أورده الهيثمي في المجمع وقال: «رواه البزار عن شيخه هارون... ولم أجد من ذكره وبقية رجاله رجال الصحيح». ٨٦/٢. وفي التلخيص: «رواه ابن السكن والبيهقي» ٢٢٥/١.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ب.

[وأما قوله: يستقبل بأصابعه القبلة؛ فلأن عائشة هكذا روت من فعله ﷺ، وإن أمكنه أن يوجهه إلى القبلة فهو أولى].

٣٨١- [فصل: صفة قعود المرأة في الصلاة]

وأما صفة قعود المرأة، فإنها تقعد كأستر ما يكون لها، قال محمد في كتاب الآثار: تجمع رجليها في جانب ولا تنتصب انتصاب الرجل، وذكر ابن شجاع: أنها تضم فخذيها وتجعل الساق الأيمن على الساق الأيسر، ويكون قعودها على الأرض كأستر ما يكون من الجلوس، وقال ابن شجاع في موضع آخر: إنها تسجد مجتمعة، وتجلس متوركة تجمع فخذيها، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال مالك: قعودها كقعود الرجل^(١).

وقد روي عن عليّ في سجود المرأة: تحتفز ولتضم فخذيها، وعن ابن عباس مثله^(٢)، [وقد روى يزيد بن أبي حبيب: «أن رسول الله ﷺ مرّ على امرأتين تصليان، فلما قضتا قال: إذا سجدتما فضمما بعض اللحم إلى الأرض، فإن المرأة ليست في ذلك كالرجل»]^(٣)؛ ولأن الستر واجب، فهو أولى من القعود المسنون.

٣٨٢- [فصل: نظر المصلي في الصلاة]

ويجب أن يكون منتهى بصره في صلاته وهو قائم إلى [موضع سجوده]،

(١) انظر: المدونة ٧٢/١.

(٢) في ب (تجمع).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٢٣/٢؛ ومعرفة السنن ٩٠/٢؛ وفي التلخيص «رواه البيهقي من طريقين موصولين لكن في كل منهما متروك» ٢٤٢/١؛ مراسيل أبي داود ١١٨/١.

وقد ذكر الطحاوي في مختصره: أنه إذا كان قائماً فنظره إلى موضع سجوده، وإذا ركع فإلى أصابع^(١) قدميه، وإذا سجد فإلى طرف أنفه، وإذا جلس نظر إلى حِجْرِهِ، وهذا صحيح؛ لأن المستحب أن لا يتكلف النظر في صلاته إلى شيء، ومتى أرسل نظره ولم يتكلف وقع بصره على هذه المواضع.

٣٨٣- [فَصْل: هيئة جلسة التشهد]

ولا يُقْعَى إذا جلس للتشهد، والإقعاء: هو أن يقعد على مؤخره بأن ينصب الرجلين جميعاً ويقعد على عقبه، وقد روي كراهة الإقعاء عن أبي هريرة، والنخعي، والحسن، وابن سيرين، وعامر، وقتادة: وكان ابن عمر يقعي وينهى عنه، ف قيل له، فقال: إني كبرت.

لنا: ما روى علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ: «نهى عن النقر والإقعاء في الصلاة»، [وروى سمرة بن جندب: «أن النبي ﷺ نهى عن الإقعاء في الصلاة»]^(٢)، وروى أبو هريرة قال: «نهاني رسول الله ﷺ عن ثلاث، وأمرني بثلاث: نهاني أن أقعي في الصلاة إقعاء الكلب ونقر الديك والتفات كالتفات الثعلب»^(٣) - ويروى إقعاء السبع - وأمرني بثلاث: «الوتر قبل النوم، وصوم ثلاثة أيام من كل شهر، وركعتي الفجر»^(٤).

(١) في المختصر (إلى قدميه... إلى أنفه...) (مع شرح الرازي) ٦٤٨/١.

(٢) رواه الحاكم وقال: «صحيح» ورواه الطبراني في الكبير أيضاً، ٣٠٣/٦، وقال الهيثمي: «وفيه سلام بن أبي حبرة وهو متروك» كما نقل المناوي في فيض القدير: سبق الكلام في حديث أنس



(٣) روى ابن عبد البر في التمهيد نحوه عن أنس ﷺ ٢٧٤/١٦.

(٤) الجزء الثاني رواه الشيخان بألفاظ مختلفة كما في مرقاة المفاتيح ٣٠٢/٣؛ والطبراني في الأوسط =

وأما الإقعاء فقد ذكر أبو عبيدة: أن الإقعاء أن يقعد الرجل على أطراف أصابعه، وهو الذي ذكره أبو الحسن، وقيل: هو أن يعتمد بيديه على الأرض ويجمع ركبتيه إلى صدره، وهو الأشبه بإقعاء الكلب، وهو معنى نهيه ﷺ عن [عُقْبَةَ] ^(١) الشيطان، وعن عليّ أنه كره الإقعاء في الصلاة، [وقال عُقْبَةَ الشيطان] ^(٢)(٣).

٣٨٤- [فصل: صفة التشهد]

والتشهد أن تقول: التحيات لله والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، ولا يزيد على هذا إلا في التشهد الأخير، فإذا فرغ من هذا دعا بما أحبّ مما يشبه ألفاظ القرآن ونحوه، ولا يدعو بما يشبه كلام الناس ومخاطباتهم بينهم.

والكلام يقع في حكم التشهد، فهو عندنا مسنون في القعدة الأولى والآخرة ^(٤) جميعاً، وقال الشافعي: هو فرض في القعدة الأخيرة وأوجب منه خمس كلمات ^(٥).

= ١٦٥/٥؛ وأبو يعلى في معجمه ٧٣/١؛ وفي مسنده بلفظ (وصلاة الضحى) بدل (ركعتي الفجر) ٣٠/٥.

(١) عُقْبَةُ الشيطان: «هو أن يضع أليته على عَقْبَيْهِ بين السجدين، وهو الذي يجعله بعض الناس الإقعاء». النهاية في غريب الحديث (عقب).

(٢) في الأصل (عقب الشيطان) والمثبت من مصنف ابن أبي شيبة ٢٥٥/١.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٦٣/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٧٣.

(٤) في ب (والأخيرة).

(٥) انظر: المزني ص ١٥؛ المنهاج ص ١٠٢.

لنا: قوله ﷺ للأعرابي: «وإذا رفعت رأسك من آخر سجدة وقعدت فقد تمت صلاتك»^(١)؛ ولأنه ذكر يختص بحال القعدة كالشهاد الأول؛ ولأنه فعل يكره فيه قراءة القرآن، فلم يجب فيه الذكر كالقعدة بين السجدين.

٣٨٥ - فَصْل: [صيغة الشهاد المختار]

وأما الكلام في الشهاد المختار: فهو عندنا شهاد ابن مسعود، وهو الذي رواه عنه علقمة، وسفيان، وأبو وائل، والأسود، وأبو الأحوص، وأبو عبيدة^(٢)، وروي عن ابن عمر أنه قال: كان أبو بكر يعلمنا الشهاد كما يعلم الصبيان في الكتاب: التحيات لله^(٣) وذكر شهاد ابن مسعود.

وذكرت عائشة شهاد ابن مسعود^(٤) وقالت: «هذا شهاد رسول الله ﷺ»، وذكر راشد بن سعد عن معاوية قال: «كان يعلمنا رسول الله ﷺ الشهاد»، وذكر مثل قولنا.

وعن عمر بن الخطاب: «التحيات لله الزاكيات لله الطيبات»^(٥)، وعن أبي موسى: «التحيات لله الطيبات لله الصلوات لله، السلام عليك»^(٦).

(١) أورده الزيلعي في نصب الراية، ٤٣٥/١؛ من حديث عليّ.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٨٩).

(٣) ورد بلفظ (رسول الله ﷺ) وابن مسعود في مصنف ابن أبي شيبة ٢٦٢/١، ٢٦٣.

(٤) وقال الترمذي: «أصح حديث روي عن النبي ﷺ في الشهاد حديث ابن مسعود والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين» التحقيق في أحاديث الخلاف ٣٩٩/١. وقال ابن حجر: «ويترجح شهاد ابن مسعود باتفاق الستة عليه وباتفاق الأئمة على أنه أصح مخرجاً» الدراية ١٥٦/١.

(٥) المستدرک، ٣٩٨/١؛ البيهقي في الكبرى، ١٤٤/٢؛ الموطأ، ٩٠/١؛ وقال الزيلعي: «إسناده صحيح». نصب الراية، ٤٢١/١.

(٦) مسند الروياني، ٣٧٤/١.

وعن ابن عمر: «التحيات لله، الصلوات الطيبات، السلام عليك»^(١).

وعن ابن عباس: «التحيات لله المباركات الصلوات الطيبات، سلام عليك»^(٢). وعن جابر: «بسم الله، وبالله التحيات لله، والصلوات»^(٣).

وعن عليّ: «التحيات لله والصلوات والطيبات [العائذات الزاقيات]».

وعن ابن الزبير: «بسم الله، وبالله خير الأسماء: التحيات الطيبات الصلوات لله، أشهد أن لا إله إلا الله»^(٤).

وعن سمرة: «التحيات الطيبات والصلوات والسلام والملك لله»^(٥).

وهؤلاء كلهم رووا عن رسول الله ﷺ ذلك بعينه، والظاهر أن رسول الله ﷺ فعل جميع ذلك و[إنما يقع الكلام في الأولى]، فتقدم^(٦) تشهد ابن مسعود؛ لأنه قال: «أخذ رسول الله ﷺ بيدي فعلمني التشهد في الصلاة»^(٧)، وهذا لتأكيد الأمر، وقال له: «قل التحيات لله»، وهذا أمر، وقال: «إذا فعلت هذا، وقلت هذا

-
- (١) أبو داود (٩٧١)؛ تنقيح تحقيق أحاديث التعليق ٤١٣/١. التلخيص الحبير ٢٦٥/١.
- (٢) أبو داود (٩٧٤) والبيهقي في الكبرى ١٤٠/٢ بلفظ (التحيات المباركات).
- (٣) النسائي في الكبرى، ٢٥٣/١؛ والمجتبى، ٢٤٣/٢؛ ابن ماجه (٩٠٢)؛ مصنف ابن أبي شيبة، ٢٦٠/١؛ «ورواه الحاكم في المستدرک وصححه، قال النووي في الخلاصة: وهو مردود، فقد ضعفه جماعة من الحفاظ هم أجل من الحاكم وأتقن...» كما قال الزيلعي في نصب الراية، ٤٢١/١.
- (٤) «رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط... ومداره على ابن لهيعة وفيه كلام...» كما قال الهيثمي في المجمع ١٤٢/٢.
- (٥) الطبراني في الكبير، ٢٥٠/٧؛ تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، ٤١٣/١.
- (٦) في ب (فتشهد ابن مسعود أولى).
- (٧) الدارقطني، ٣٥٢/١؛ الطبراني في الكبير ٥٢/١٠؛ المسند، ٤٥٠/١؛ مسند ابن أبي شيبة ١٤٨/١.

فقد قضيت ما عليك»، ويروى [فقد تمت] صلاتك، فعلق بذلك^(١) تمام الصلاة.
 وقال علي بن المديني: لم يصح في التشهد إلا ما رواه أهل الكوفة عن
 عبد الله، وأهل البصرة عن أبي موسى؛ [ولأنه وافقه عليه أبو بكر وعائشة
 ومعاوية، ووافقه جابر، وإن زاد التسمية، وكذلك رواه عليّ وزاد عليه]، و[قد]
 قال مالك^(٢) بتشهد عمر، ورجحه بأن عمر قرأه على المنبر، وهذا لا حجة فيه؛
 لأن أبا بكر قرأ التشهد مثل قولنا على المنبر، والشافعي أخذ بتشهد ابن عباس
 ورجحه، بأنه حديث السن شاب ليس يروي إلا أواخر الأمور، وابن مسعود شيخ
 يروي أوائلها لتقدم إسلامه، (فصار هذا ناسخاً للأول)^(٣)، وهذا غلط؛ لأنه
 يقتضي ترجيح رواية أصاغر الصحابة على رواية المهاجرين والأنصار الأولين،
 وهذا قول لم يسبق إليه؛ ولأن معاوية روى تشهدنا، وهو ممن تأخر إسلامه، وعلى
 أنه روي عن ابن عباس أنه قال: علمني عمر التشهد، فدل على أنه يرويه عن تقدم
 إسلامه؛ [ولأن الواو تجعل كل لفظ ثناء بنفسه]^(٤)؛ ولأن فيه زيادة الألف واللام
 في اللامين جميعاً، وفيه زيادة: وهو قوله (عبده ورسوله)؛ ولأنه ذكر اقتصر بحال
 القعدة، فالأفضل فيه إثبات الواوات للعطف كالصلاة على رسول الله ﷺ.

٣٨٦ - فَصْل: [الزيادة على التشهد في القعدة الأولى]

وأما قوله لا يزيد على التشهد في القعدة الأولى، خلاف ما قال مالك^(٥).

(١) في ب (به).

(٢) انظر: الموطأ ١/٩٠؛ المدونة ١/١٤٣؛ المزني ص ٥١.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٤) في أ (ولأن الواوات كل حرف فيها تجعل ثناء على الانفراد).

(٥) انظر: التفریح ١/٢٢٩.

لنا: ما روى أبو الجوزاء عن عائشة: «أن رسول الله ﷺ لم يكن يزيد في الركعتين على التشهد»^(١)، [وروى الأسود عن ابن مسعود قال: «علمني رسول الله ﷺ التشهد في وسط الصلاة وآخرها، فإذا كان في وسط [الصلاة] نهض إذا فرغ من تشهده، وإذا كان في آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء»]^(٢)، وروي: «أنه ﷺ كان يقعد في الركعتين الأوليين كأنه على الرّضف»^(٣)، [وروي: «أنه ﷺ كان يسرع النهوض من الشفع الأول ولا يزيد على التشهد»]^(٤)؛ ولأن التشاغل ببقية فرائض الصلاة أولى من التشاغل بالدعاء، والذي روي في خبر أم سلمة: أن رسول الله ﷺ قال: «في كل ركعتين تشهد وتسليم على المرسلين وعلى من اتبعهم من عباد الله الصالحين»^(٥) فمحمول على صلاة النفل بدلالة الأخبار المشهورة.



- (١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (بلفظه) ٣٣٧/٧؛ «وخالد بن الحويرث ثقة، وبقية رجاله رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٤٢/٢؛ والبيهقي في معرفة السنن ٤٤/٢؛ وأخرج نحوه ابن خزيمة في صحيحه ٣٥٠/١؛ والترمذي (٣٦٦).
- (٢) أخرجه أحمد في المسند (مطولاً) ٤٥٩/١؛ «قلت: هو في الصحيح باختصار عن هذا رواه أحمد، ورجاله موثوقون، ورواه بسند آخر...» كما في مجمع الزوائد ١٤٢/٢؛ نصب الراية ٤٢٢/١.
- (٣) «الرّضف: الحجارة المحمّاة على النار، واحدها: رَضْفَةٌ». النهاية في غريب الحديث (رضف).
- (٤) أخرجه أبو داود (٩٩٥)؛ والترمذي (٣٦٦) وقال: «حديث حسن»؛ والحاكم في المستدرک ٤٠٢/١؛ وأحمد في المسند ٤٣٦/١؛ «من رواية أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه وهو منقطع؛ لأن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه». التلخيص الحبير ٢٦٣/١.
- (٥) هكذا مرفوعاً أورده الكاساني في البدائع ٢١٢/١؛ والترمذي (٣٦٦) معقباً ومستنبطاً من حديث أبي عبيدة السابق، ونقل عنه صاحب العون المعبود ٢٠١/٣.
- (٦) «رواه الطبراني في الكبير، وفيه محمد بن سنان القزاز، واختلف في الاحتجاج به، وقد وثق» كما قال الهيثمي في المجمع ١٣٩/٢.

٣٨٧- [فصل: حكم التشهد]

ومن الناس من قال: إن التشهد الأول واجب، هذا خطأ؛ لأنه ذُكر في الصلاة ليس بقرآن كالتسبيحات؛ ولأنه ذُكر من سنته الإخفاء في صلاة يجهر فيها بالقراءة، كالتسبيحات، وأما قوله يزيد في القعدة الأخيرة ما شاء؛ فلحديث^(١) عن عبد الله أن النبي ﷺ قال له: «ثم اختر من أطيب الكلام ما شئت»^(٢)، وقال إبراهيم: كان ابن مسعود إذا فرغ من التشهد دعا بخمس كلمات، منهن: اللهم إني أسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم أعلم، وأعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم أعلم^(٣).

٣٨٨- [فصل: الصلاة على النبي ﷺ في الصلاة]

وأما الصلاة على النبي ﷺ فقد ذكر الطحاوي في مختصره: فإذا جلس في الرابعة وتشهد وصلّى على النبي ﷺ دعا لنفسه ولوالديه^(٤)، ولم يذكره أبو الحسن، ولا [ذكره] محمد في الأصل.

وقد روي عن النخعي أنه قال: «كانوا يرون التشهد كافياً من الصلاة على رسول الله ﷺ»، يعني: أن فيه الصلاة [على النبي ﷺ] بقوله السلام عليك أيها النبي^(٥).

(١) في ب (شعبة)، وقال العظيم آبادي: «هكذا ذكر العيني قول عبد الله بن مسعود بغير سند، ولم يذكر من أخرجه...»، ومن ثم لم يتعين لي الصواب، والله أعلم.

(٢) أورده العظيم آبادي في عون المعبود ٣٥٢/٨؛ والكاساني في البدائع ٣١٣/١.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦٢٩/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٧٣.

(٤) مختصر الطحاوي (مع شرح الرازي) ٦٣٤/١.

(٥) أورده المنبجي في الباب ٢٤٧/١.

وجه ما ذكره الطحاوي: خبر فضالة [ب/٢٧] بن عبيد في قصة الرجل الذي ترك الصلاة على النبي ﷺ [فقال: «إذا صلّى أحدكم فليبدأ بتحميد الله والثناء عليه وليصلّ على النبي ﷺ ثم [يدعو بما شاء»^(١)].

وعن ابن مسعود أنه قال: «تشهد ثم ابدأ بالثناء على الله تعالى بما هو أهله، وبالصلاة على النبي ﷺ، ثم سلّ بعد ذلك لنفسك؛ فإنه أنجح لحاجتك»^(٢).

٣٨٩- [فصل: حكم الصلاة على النبي ﷺ في الصلاة]

و[قد] قال أصحابنا: إن الصلاة على النبي ﷺ ليس من شرائط الصلاة، وهذا قول الثوري ومالك.

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: ولم يحفظ عن أحد أن ترك الصلاة على النبي ﷺ تفسد الصلاة غير الشافعي؛ [فإنه قال: تركها يبطلها، وقال إبراهيم: كانوا يرون التشهد كافياً من الصلاة على رسول الله ﷺ].

وعن عطاء: فيمن نسي الصلاة على رسول الله ﷺ في التشهد تفسد صلاته، وعن ابن عمر: «لا صلاة إلا بقراءة، وتشهد، وصلاة على النبي ﷺ، فإن نسيت شيئاً من ذلك فاسجد سجدة بعد السلام».

وقال [الشافعي: الصلاة] شرط، والواجب: اللهم صلّ على محمد، ومن أصحابه من يقول: وعلى آله أيضاً يجب^(٣).

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه ٣٥٤/١؛ وابن خزيمة في الصحيح ٣٥١/١؛ والبيهقي في الكبرى ١٤٧/٢؛ والطحاوي في شرح مشكل الآثار ١٨/٦.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه، ٤٤١/١٠.

(٣) انظر: المنهاج ص ١٠٢.

لنا: أنها قعدة للتشهد (فلا تكون الصلاة عليه واجباً كالتشهد)^(١) الأول؛
ولأنه ركن من أركان الصلاة فلا يشترط فيه الصلاة على النبي ﷺ كسائر
الأركان؛ ولأنها صلاة على نبي فلا يشترط فيها كالصلاة على إبراهيم.
٣٩٠- [فَصْل]:

وكان أبو الحسن رحمه الله تعالى يقول: إن الصلاة على النبي ﷺ واجبة
على الإنسان في عمره مرة واحدة، فإن شاء فعلها في الصلاة أو في غيرها، وقال
الطحاوي: يجب الصلاة على النبي ﷺ كلما ذكر، وهذا قول لم يتقدمه إليه قائل
كقول الشافعي: إنها شرط لجواز الصلاة، فلا يُعتدّ بذلك.

٣٩١- فَصْل: [صفة الدعاء]

وأما صفة الدعاء: فإنه يدعو عندنا بما يشبه ألفاظ القرآن، والأدعية
المأثورة، ولا يدعو بما يشبه كلام الناس فيما بينهم، ومن أصحابنا من قال: ما
لا يطلب إلا من الله فمسألته لا تفسد الصلاة، وما يجوز أن يطلب من المخلوقين
إذا سأل [الله تعالى] في صلاته أفسدها، وقال الشافعي: كل شيء مباح يجوز أن
يدعو به خارج الصلاة يجوز أن يدعو الله به في الصلاة^(٢).

لنا: قوله ﷺ: «ثم اختر من أطيب الكلام ما شئت»، وروى سعد أنه سمع
ابنه يدعو فقال: يا بني إياك والاعتداء في الدعاء؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ
يقول: «سيكون في أمتي قوم يعتدون في الدعاء، وتلا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا﴾

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) انظر: المهذب ١/٢٥٨، ٢٦٧ (دار القلم).

إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴿ [الأعراف: ٥٥] ^(١)؛ ولأنه ذكر لو أتى به على غير وجه الدعاء - مثل أن يقول أطعمني اللوزينج، وزوجني جارية فلان - [أفسد الصلاة]، فإذا أتى به على وجه الدعاء أبطلها أيضاً كالدعاء المحذور على الناس؛ ولأن مسألة جميع المباحات يزيل هيئة الصلاة فيفسدها كالكلام.

٣٩٢ - [فصل: الزيادة في التشهد]

[قال]: ويكره أن يزيد في التشهد حرفاً، أو يبتدئ بحرف قبل هذا يقدمه، قال الحسن عن أبي حنيفة: ولو نقص من تشهده أو زاد فيه كان مكروهاً. قال ابن شجاع: يعني أن يزيد في [نفس] ^(٢) التشهد؛ وذلك لأن ابن مسعود وجابر قالا: «كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن» ^(٣)، وهذا [الحصر] يمنع من الزيادة والنقصان؛ ولأن أذكار الصلاة مقصورة محصورة فلا يزداد فيها، وليس كذلك التلبية؛ لأن أذكار الحج غير محصورة؛ ولأنه لا فرق بينهما، [وروي أنه] يكره أن يزيد في خلال تلبية رسول الله ﷺ شيئاً، أو يبتدئ بغيرها، وإنما يزيد فيما بعدها كالتشهد سواء، وقول ابن مسعود [كنا نقول] قبل أن يفرض التشهد فمعناه: التقدير، [وأما الابتداء فلأن ابن مسعود قال: قال لي رسول الله ﷺ: «قل: التحيات لله» فأمره أن يبتدئ بهذا اللفظ].



(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٨٠)؛ وأبو يعلى في مسنده ٧١/٢؛ والإمام أحمد في المسند ١٧٢/١؛ والطيالسي في مسنده ٢٨/١؛ والحاكم في المستدرک وصححه ٧٢٤/١؛ والبيهقي في الدعوات الكبير ٤٧/٢؛ تخريج الأحاديث والآثار للزيلعي ٤٦٣/١.

(٢) في ب (قدر).

(٣) أخرجه مسلم (٤٠٣) وغيره من أصحاب السنن والمسانيد.

٣٩٣ - [فَصْلُ: القعدة الأخيرة]

والقعدة الأخيرة في التشهد واجبة عندنا.

وقال مالك: ليست بواجبة^(١)، وهو قول الأصم.

وروي عن الحكم والحسن والشعبي وحماد وعطاء وابن سيرين: فيمن أحدث قبل أن يقعد^(٢) أعاد الصلاة، وهذا يدل على وجوبها.

لنا: أن فرض الصلاة [مجمل] في القرآن، وفعله ﷺ ورد مورد البيان، فيفيد الوجوب؛ ولأنه ﷺ قام إلى الثالثة فسبح فلم يعد، وقام إلى الخامسة فسبح به فعاد، والتفريق بينهما يدل على اختلاف حكمهما، وقال النبي ﷺ للأعرابي: «إذا رفعت رأسك من آخر سجدة وقعدت فقد تمت صلاتك»؛ ولأنه فعل متكرر في الصلاة، فكان فيه ما هو واجب، كالركوع، والسجود، والقيام.

٣٩٤ - [فَصْلُ: الواجب من القعدة]

والواجب فيها: أن يقعد قدر التشهد، قال الحسن عن أبي حنيفة: وإن لم يجلس الإمام ومن خلفه مقدار التشهد حتى انصرفوا، كانت صلاتهم فاسدة، لما روى عاصم عن علي أنه قال: إذا قعد مقدار التشهد ثم أحدث فقد تمت صلاته، والمقادير في العبادات لا تعرف إلا بالتوقيف؛ ولأن القعدة يتعقبها الخروج من الصلاة، وذلك معنى مؤثر، فضعف حكمها، فتأكدت بوجوب امتدادها؛ ولأن الخروج يفسد الجزء الذي يصادفه، فلو أوجبنا فيها أدنى ما يتناوله الاسم، بطل

(١) قال ابن جزى: «وأما الجلوس للتشهدين فسنة، وفي المذهب أن الجلوس الأخير واجب، والأصح أن الواجب منه مقدار السلام». قوانين الأحكام الشرعية ص ٧٩.

(٢) في ب (القعدة).

بالخروج ، فكأنه لم يجلس ؛ ولأن من قال بوجوبها قدّرها بهذا القدر ، وقد دللنا على الوجوب ، فثبت التقدير بالإجماع^(١).

٣٩٥ - فصل : [في كيفية السلام]

قال : وإذا أراد التسليم سلّم عن يمينه : السلام عليكم ورحمة الله ، حتى يرى بياض خده الأيمن ، وعن يساره : السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الأيسر ، وروى ذلك ابن مسعود عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر^(٢).

أما إثبات التسليمتين فهو قول : أبي بكر ، وعمر ، وعلي ، وأبي ذر ، وعمار ، وابن مسعود ، ووائل بن حجر ، [وعلقمة ، والنخعي ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى] ، وجماعة من التابعين .

وروي تسليمة واحدة عن : عائشة ، وابن عمر ، وأبي هريرة ، وأبي الدرداء ، وجابر ، والحسن ، وكان ابن سيرين يتعجب ممن يقول يسلم تسليمتين ، وبه قال مالك^(٣).

لنا : ما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة ، عن ابن مسعود عن النبي ﷺ : «أنه كان يسلم عن يمينه : السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الأيمن ، وعن شماله : السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الأيسر»^(٤)

(١) انظر : شرح مختصر الطحاوي ٦٣٧/١ ؛ القدوري ص ٧٣ ، ٧٤ .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٣٣١/٥ ؛ وابن خزيمة ٣٥٩/١ ؛ وأبو داود (٩٩٦) ؛ والنسائي في الكبرى (١٢٤٨) ؛ وابن ماجه (٩١٤) ؛ وأحمد في المسند ٣٩٠/١ ؛ نصب الراية ٤٣٠/١ .

(٣) انظر : مختصر اختلاف العلماء ٢١٩/١ ؛ المدونة ٩٦/١ ؛ التفرغ ٢٧١/١ .

(٤) أخرجه النسائي في الكبرى ٣٩٤/١ وفي المجتبى (١٣٢٥) ؛ والبيهقي في الكبرى ١٧٦/٢ ؛ والطبراني في الأوسط ١٧٨/٦ التلخيص الحبير ، ٢٧٠/١ .

مما يلتفت ، [وفي حديث علقمة عن عبد الله: ورأيت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما يفعلان ذلك ، وروى ذلك سعد بن مالك ، وعدي بن عمرو] ، والحضرمي ، وقال البراء: «كأنني أنظر إلى بياض خدي رسول الله ﷺ عن يمينه وشماله»^(١) ، [وروى ذلك وائل الحضرمي وعمار ، وعقبة بن عامر .

وروى أنس: «إن آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ وهو جالس متوشحاً برداً حبرة ، وسلّم عن يمينه وشماله» [، وروى أبو سعيد [المقبري] عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «ما التسليمة الأولى بأحق من الآخرة؟»^(٢) ؛ ولأنه تحية للقوم ، فوجب أن يستوي بين الجهتين ، وأما خبر سعد بن أبي وقاص: أن رسول الله ﷺ: «كان يسلم تسليمة واحدة»^(٣) ، فمعناه على صفة واحدة ؛ ولأن خبرنا أكثر رواة فيعضده فعل الأمة .

٣٩٦ - [فصل: في عدد التسليمات]

وقال مالك: [إن سلم] تسليمة واحدة تلقاء القبلة [تجزئه]^(٤) .

(١) مصنف ابن أبي شيبة ، ٢٦٦/١ ؛ «بلفظ حديث ابن مسعود السابق» .

(٢) في ب (ولا يلتفت) .

أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٤٦/٢ ؛ وأبو داود (٥٢٠٨) ؛ والترمذي (٤٧٠٦) ؛ والنسائي في الكبرى (١٠٢٠٢) ؛ جميعهم في (باب في السلام إذا أقام من المجلس) ولفظ (فليت الأولى) .
(٣) أخرجه ابن حبان في الصحيح ٣٣٥/٥ ؛ وابن خزيمة ٣٦٠/١ ؛ وأبو داود (١٣٤٦) ؛ والترمذي (٢٩٦) ؛ وابن ماجه (٩١٩) ، والبيهقي في الكبرى ، ١٧٩/٢ ؛ والدارقطني ، ٣٥٧/١ كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٤) انظر: المدونة ٩٦/١ ؛ جامع الأمهات لابن الحاجب ، ص ٩٩ (اليمامة) .

أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٤٦/٢ ؛ وأبو داود (٥٢٠٨) ؛ والترمذي (٤٧٠٦) ؛ والنسائي في الكبرى (١٠٢٠٢) ؛ جميعهم في (باب في السلام إذا أقام من المجلس) ولفظ (فليست الأولى) .

وما قدمناه من الأخبار دلالة عليه ؛ ولأنها تحية للحاضرين ، فوجب أن يقبل به عليهم ، ألا ترى أن الخطبة لما كانت مخاطبة لهم أقبل الإمام عليهم بها .
وقول مالك : أنه أدرك الناس على هذا ، فلم يبين من هم ؟ وقد روى عمار بن أبي عمار قال : كان مشيخة الأنصار يسلمون تسليمتين ، وكان مشيخة المهاجرين يسلمون تسليمة واحدة ، وهذا يدل على اختلاف الناس .

٣٩٧- [فصل : ألفاظ السلام]

وقال مالك : إنه يقول السلام عليكم لا يزيد عليه^(١) .

وهذا فاسد ؛ لأن في حديث وائل ، وعمار : السلام عليكم ورحمة الله ، وكذلك روى عقبة ابن عامر ، وروى مسروق عن ابن مسعود قال : ما نسيت فيما نسيت عن النبي ﷺ أنه كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله ، وعن يساره مثله ، حتى يرى بياض خديه من هاهنا وهاهنا^(٢) ، والذي روي في حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «حذف السلام سنة»^(٣) ، وقال أبو داود لما قدم العرباني من مكة رفع هذا الحديث ، فنهاه عن ذلك أحمد .

٣٩٨- [فصل : في حكم السلام]

والسلام غير واجب عندنا ، وهو قول علي ، وقال الشافعي ومالك :

(١) الموطأ (٢٠٥) .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٣٢٩/٥ ؛ وابن خزيمة في صحيحه ٣٥٩/١ ؛ وأبو داود (٩٩٦) ؛ والنسائي (١٣١٩ ، ١٣٢٣٠) ؛ والترمذي (٢٩٥) ؛ وابن ماجه (٩١٤ - ٩١٦) .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ٣٥٥/١ ؛ وابن خزيمة في صحيحه ٣٦٢/١ ؛ وأبو داود (١٠٠٤) ؛ والترمذي (٢٩٧) ؛ التلخيص الحبير ٢٢٥/١ .

هو واجب (١).

لنا: حديث [١/٢٨] عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قضى الإمام صلاته ثم أحدث قبل أن يسلم فقد انقضت صلاته وصلاة من خلفه» (٢)، وروى عطاء عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ كان إذا فرغ من التشهد أقبل علينا بوجهه، وقال: من أحدث حدثاً بعد ما يفرغ من التشهد فقد تمت صلاته» (٣)؛ ولأنها إحدى التسليمتين فلم تكن شرطاً في الصلاة كالثانية؛ ولأن ما يأتي به المؤتم ولا يتابع المسبوق إمامه فيه، لم يكن شرطاً كقوله: ورحمة الله.

٣٩٩- [فصل: في التسليمة الثانية]

وعن ابن حبان: أن التسليمة الثانية واجبة، ومن ضحك قبلها أعاد الصلاة وهو خلاف الأمة (٤)؛ ولأن السلام ينافي الصلاة؛ لأنه من خطاب [الآدميين] (٥) فتقع الثانية خارج الصلاة، فلا تفسد بتركها؛ ولأنه ذكر لا يتأخر عنه شيء من أفعال الصلاة كتكبيرات أيام التشريق، (بخلاف تكبيرة الافتتاح) (٦)، وقد روي عن محمد أنه قال: التسليمة الثانية تحية للحاضرين، فكانت الأولى للخروج

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢٢٢/١؛ الأم ١٢٢/١؛ الكافي في فقه أهل المدينة ص ٤٢.

(٢) أخرجه الترمذي بلفظ آخر (٤٠٨) وقال: «حديث ليس إسناده بذلك القوي وقد اضطربوا في إسناده»؛ الدارقطني ٣٧٩/١؛ والبيهقي في الكبرى ١٣٩/٢ وقال: «فهو حديث ضعيف»؛ مصنف ابن أبي شيبة ٢٣٣/٢.

(٣) أخرجه أبو نعيم في الحلية وقال: «غريب من حديث عمر بن ذر، تفرد به متصلاً أبو مسعود الزجاج ورواه غيره مرسلًا» ١١٧/٥؛ الدراية ١٧٥/١؛ نصب الراية ٦٣/٢.

(٤) في ب (الإجماع).

(٥) في أ (الناس) والمثبت من ب.

(٦) ما بين القوسين ساقطة من ب.

وللتحية، والثانية للتحية خاصة، وروى الحسن عن أبي حنيفة: فيمن سلم أولاً عن يساره فإنه يسلم عن يمينه، ولا يعيد السلام عن يساره، فإن سلم تلقاء وجهه، سلم بعد ذلك عن يساره.

قال: والسلام ليس من الصلاة عندنا، وقال الشافعي: التسليمة الأولى من الصلاة^(١).

لنا: أن إحدى التسليمتين كالثانية؛ ولأن ما يخرج به من الصلاة لا يكون منها كالكلام؛ ولأن كل ما لو وجد في أثنائها أبطؤها، لم يكن منها كالمشي والكلام.

٤٠٠ - [فصل: في متابعة المأموم الإمام]

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المؤتم يسلم بعد الإمام؛ لأن الإمام يخرج بالسلام، فلو لم يتأخر سلام المؤتم لحصل قبل خروج الإمام، وروي عنه أنه إن سلم معه جاز؛ لأن الخروج لا يقع إلا بتمام الكلام، فيحصل خروجهما معاً، وهذا يوافق قوله: إنهما يكبران معاً.

٤٠١ - [فصل: في النية بالسلام]

قال في كتاب الصلاة: ينوي بالسلام مَنْ عن يمينه من الحفظة، والرجال، والنساء، وقال في الجامع الصغير: من الرجال والنساء والحفظة^(٢)؛ وذلك لأن السلام تحية للحاضرين، فوجب أن يقصدهم به كالسلام في غير

(١) انظر: المزني ص ١٨؛ المنهاج ص ١٠٣.

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ١٧٦.

الصلاة، وأما اعتبار الحفظة؛ فلأن المنفرد يأتي بالسلام خطاباً للحاضرين، وليس هناك إلا الملائكة، فدل على أنهم يقصدون بالسلام، والرواية التي قدم فيها الحفظة لفضلهم، والتي قدم فيها الآدميين؛ فلأنه حاضر مشاهد، فهو أولى بالقصد.

٤٠٢ - [فصل: في المسلم عليهم]

قال محمد: فإن كان الإمام في الجانب الأيمن نواه فيهم، وإن كان في الأيسر نواه فيهم، وذلك لما روى سمرة بن جندب قال: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نسلم على أئمتنا وأن يسلم بعضنا على بعض»^(١)، وروى عروة بن الزبير أن النبي ﷺ قال: «لا تسبقوا قارئكم بالركوع والسجود، ولكنه يسبقكم، فإذا كان التسليم فسلموا على نبيكم، وسلموا على قارئكم، وسلموا على أنفسكم إذا انصرفتم»^(٢)؛ ولأن الإمام من جملة الحاضرين، فوجب أن ينويه، وإن كان الإمام بين يديه، نواه في الجانب الأيمن؛ لأنه أفضل الجوانب.

٤٠٣ - [فصل: في الرد بالسلام على الإمام]

وقال مالك: إن المؤتمر يسلم تسليمه الثالثة ينوي بها [الرد على] الإمام^(٣)، وقال علي بن الجعد: سألت أبا يوسف، فقال: سألت أبا حنيفة هل يرد من خلف الإمام عليه فيقولون: وعليك فقال: لا وتسليمهم رد عليه، وهذا صحيح؛ لأن

(١) المستدرک ٤٠٣/١؛ وابن خزيمة في صحيحه، ١٠٤/٣؛ وأبو داود (١٠٠١)؛ وابن ماجه

(٩٢٢)؛ والدارقطني، ٣٦٠/١؛ والبيهقي في الكبرى، ١٨١/٢.

(٢) أورده ابن حجر في التلخيص عن سمرة، وقال: «إسناده ضعيف» ٢٦٧/١.

(٣) انظر: جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٩٩.

التسليمة الثالثة لو كانت ثابتة لعلمها رسول الله ﷺ أصحابه^(١) ، ولفعلتها الأمة بعده^(٢) .

٤٠٤ - [فصل: الستر في صلاة المرأة]

قال: وإذا سجدت المرأة فإنها تنخفض ، ولا تنتصب كانتصاب الرجل ، وتلزم بطنها بفخذها ، وتجلس للشهد على أليتها اليسرى ، وتخرج رجليها من الجانب الآخر ، وذلك أستر لها ، وقد قدمنا الكلام في صفة قعودها ، وأما السجود فالأصل فيه: أن الرجل والمرأة في أحكام الصلاة سواء ، لقوله ﷺ: «خطابي للواحد منكم خطابي للجماعة»^(٣) ، وهذا يقتضي التساوي إلا ما عاد إلى الستر ، فإن بدن المرأة عورة ، فيجب أن تؤدي العبادة على أستر ما يكون لها ، والصفة التي ذكرها أستر من الانتصاب ، فهو أولى .



(١) في ب (الناس) .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦٤١/١ وما بعده .

(٣) أورده المقدسي في روضة الناظر ٢١١/١ ؛ والزرکشي في البحر المحيط في أصول الفقه ٣٤٤/٢ .

بَابُ

ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته



قال أبو الحسن: ينبغي للرجل إذا دخل في صلاته أن يخشع فيها، فإن الله تعالى مدح الخاشعين في صلاتهم، ويكون منتهى بصره إلى موضع سجوده، ولا يرفع رأسه إلى السماء، ولا يطأطئ رأسه.

أما الخشوع فلقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ﴾ [المؤمنون: ٢]، وروي: أن النبي ﷺ رأى رجلاً يعبث بلحيته في الصلاة، فقال: «لو خشع قلبه لخشعت جوارحه»^(١).

وأما النظر إلى موضع سجوده فقد قدمناه ولا يرفع رأسه إلى السماء؛ لأنه يتكلف النظر، فصار كالاتفات، ولا يطأطئ رأسه لما روي: أنه ﷺ: «نهى أن يدبح الرجل في صلاته تذبيح الحمار»^(٢)، قال: ولا يتشاغل بشيء غير الصلاة [من عبث بثيابه ولحيته؛ لقوله ﷺ: «كفوا أيديكم في الصلاة»].

قال: ولا يفرقع أصابعه في الصلاة ولا يشبكها، لما روى سهل بن معاذ عن أنس عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «الضاحك في الصلاة والملتفت

(١) مصنف ابن أبي شيبة، ٨٦/٢؛ نوادر الأصول ٣/٢١٠؛ وفي طرح التثريب: «المعروف في هذا أنه عن ابن المسيب، وفي إسناده من لم يعرف، وقد رواه الحكيم الترمذي في نوادر الأصول مرفوعاً من حديث أبي هريرة...» ٣٣٣/٢.

(٢) أورده صاحب كنز العمال، ١٧٦/٧؛ تاريخ واسط ١/٢٣٢.

والمفرقع أصابعه بمنزلة واحدة»^(١) ، وروي في الحديث عن علي رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : «إني أحب لك ما أحب لنفسي ، لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي»^(٢) ، [وعن ابن عباس أنه سمع رجلاً يفعل خلفه ، فلما انفتل سأله عنه ، فقال له : لا أم لك أتفرقع أصابعك في الصلاة!] ولقوله صلى الله عليه وسلم : «اسكنوا في الصلاة»^(٣) ، ويروى : «كفوا أيديكم في الصلاة» ، وأما تشبيك الأصابع فإن كان في حال القيام فالسنة أن يضع إحداهما على الأخرى ، وفي حال الركوع والسجود يضع يديه على ركبتيه وعلى الأرض ، فإن لم يفعل^(٤) ذلك فقد ترك الوضع المسنون ، فكَرِهَ . قال : ولا يجعل يديه على خاصرته ، لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم : «نهى عن الاختصار في الصلاة»^(٥) .

ويروى (عن التخصر) [وعن زياد الحنفي قال : صليت إلى جنب ابن عمر فوضعت يدي على خاصرتي فلما صلّى قال : «هذا الصلب في الصلاة ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عنه»^(٦)] ، وعن عائشة كراهة ذلك ، وقالت : هو فعل اليهود ، وروي (أنها رأت رجلاً يفعل ذلك فقالت : هكذا استراحة أهل النار في النار)^(٧) ،

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٢/٢٨٩ ؛ والدارقطني ، ١/١٧٥ ؛ وأورده الهيثمي وقال : «رواه أحمد والطبراني في الكبير ، وفيه ابن لهيعة وفيه كلام عن زيان بن فائد وهو ضعيف» المجمع ، ٢/٧٩ .
(٢) قال ابن حجر : «رواه ابن ماجه من حديث علي ، وعند أحمد والدارقطني والطبراني من حديث سهل بن معاذ عن أبيه : الضاحك في الصلاة والملفت والمفرقع أصابعه بمنزلة واحدة» ١/١٨١ ، ١٨٢ .

(٣) أخرجه مسلم (٤٣٠) ؛ وصحيح ابن حبان ٥/١٩٨ ؛ والنسائي في المجتبى (١١٨٤) وغيرهم .

(٤) في ب (فإن فعل ذلك) .

(٥) أخرجه مسلم (٥٤٥) ؛ والمستدرک ١/٣٩٦ ؛ وأبو داود (٩٧٤) ؛ والترمذي (٣٨٣) وغيرهم .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، ١٠/٣٩٩ .

(٧) مصنف عبد الرزاق ، ٢/٢٧٤ عن إسحاق بن عويمر وفيه : «يديه على حقوه ..» أورده الهيثمي =

[وقال مجاهد: هو استراحة أهل النار في النار].

[قال]: ولا يقلب الحصى إلا أن يسويّه لسجوده مرة واحدة، لخبر أبي ذر أن النبي ﷺ قال: «إذا قام أحدكم إلى الصلاة فإن الرحمن يواجهه، فلا يمسح الأرض إلا مسحة واحدة»^(١)، وعن شرحبيل أن النبي ﷺ قال: «لأن يمسك أحدكم يده عن الحصى خير له من أن يكون له مائة ناقة كلها سود الحَدَقَة، فإن غلب أحدكم الشيطان فليمسح [مسحةً] واحدة»^(٢)، وقال علي: تقلب الحصى في الصلاة من الشيطان، ومثله عن ابن عمر. [وروى مجاهد عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ رخص في مسحة واحدة على الحصى].

قال: ولا يلتفت، لما روي عن عائشة قالت: سألت رسول الله ﷺ عن الالتفات في الصلاة! فقال: «اختلاسه يختلسها الشيطان من صلاة العبد»^(٣)، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إياكم والالتفات في الصلاة، فإنها هلكة»^(٤)، [وفي حديث عبد الله بن سلام أن النبي ﷺ قال: «لا تلتفتوا في صلاتكم، فإنه لا صلاة لملتفت»^(٥)، وروي كراهته عن أبي الدرداء، وعمران،

= عن أبي هريرة مرفوعاً مثل الحديث السابق، ومضافاً إليه.. وقال: «رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الله بن الأزور ضعفه الأزدي..» ٨٥/٢.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ١٧٦/٢؛ تنوير الحوالك، ١٣٣/١.

(٢) أخرجه أحمد في المسند، ٣٢٨/٣؛ ومسند عبد بن حميد، ٣٤٦/١.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٩٤/١.

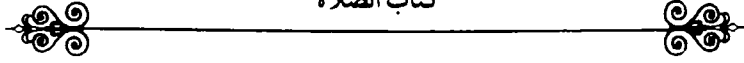
(٤) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد، ٣٩١/١٧؛ وقال ابن حجر في الدراية: «أخرجه الترمذي»

١٧٢/١؛ وفي التيسير قال: «بإسناد ضعيف» ٤٠٧/١؛ وأورده المتقي الهندي عن أبي هريرة في

كنز العمال ٢٠٤/٧.

(٥) أورده الهيثمي وقال: «رواه الطبراني في الثلاثة» وذكر الاختلاف في أبي (الصلت) قال

الدارقطني: «حديثه مضطرب» المجمع ٨٠/٢.



وابن عمر ، وعبد الله ، وكعب ، وأبي هريرة [١].

قال: ولا يقعي ، لحديث علي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن النقر والإقعاء في الصلاة»، وقد بينا ذلك .

قال: ولا يتربع إلا من عذر لقوله ﷺ: «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم إلا المتربع» [٢] ، وأما إذا كان لعذر؛ فإن الأعذار تبيح ترك الواجبات ، فأولى أن يبيح ترك المسنون .

قال: ولا يفترش ذراعيه لما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن افتراش الكلب» وقد بينا ذلك .

قال: ولا يتمطى ولا يتشاءب ، فإن غلبه شيء من ذلك ، كظم وجعل يده على فيه ؛ لأن في ذلك استراحة في الصلاة ، فيكره كما لو بكى على شيء ؛ ولأنه يغير هيئة الصلاة ، وأما إن غلبه فقد روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا تشاءب أحدكم في الصلاة فليضع يده على فيه» [٣] ؛ ولأنه يدفع الأذى عن نفسه ؛ لأنه لا يأمن أن يدخل في فمه [٤] وحلقه ذباب ، أو شيء آخر .

قال: ويدراً من مرّ بين يديه ما استطاع من غير أن يقاتله ، ويكره ذلك للمار أيضاً ، لقوله ﷺ: «لا يقطع الصلاة شيء وادروا ما استطعتم» [٥] ، وقال: «إذا

(١) ما بين المعقوفين زبدت من ب ، حيث سقطت من أ .

(٢) أخرجه الترمذي (٣٧١) ؛ والنسائي في المجتبى (١٦٥٩) ؛ وابن ماجه (١٢٢٩) ؛ وابن خزيمة في صحيحه ، ٢٣٥/٢ ؛ والنسائي في الكبرى ٤٢٨/١ ؛ وأحمد في المسند ٢٠٣/٢ .

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٩٣/٣ ؛ والترمذي (٢٧٤٦) ؛ وابن ماجه (٩٦٨) ؛ وعبد الرزاق في المصنف ٢٧٠/٢ .

(٤) في ب (أن يدخل شيء في حلقه من الهوام) .

(٥) مصنف ابن أبي شيبة ، ٢٥١/١ ؛ الطبراني في الأوسط ، ٣٧٧/٧ ؛ انظر نصب الراية ٧٦/٢ .

مر بين يدي المصلي إنسان فليدرأه، فإن انصرف وإلا فليدرأه، فإن انصرف وإلا فليقاتله، فإنما هو شيطان»^(١)، إلا أنه يدرؤه بعمل لا يفسد^(٢) الصلاة؛ لأن المقصود بذلك إصلاح صلاته، فلا يفعل ما يؤدي إلى إفسادها.

ويكره ذلك للمار؛ لأنه يشغل المصلي عن صلاته.

قال: ويكره له أن يغمض عينيه في الصلاة، أو يتروح؛ لأن النبي ﷺ نهى عن تغميض العين في الصلاة؛ ولأنه يزيل هيئة المصلي.

ولا يتروح لقوله عليه الصلاة والسلام: «كفوا أيديكم في الصلاة»^(٣)؛ ولأنه فعل ينافي الخشوع.

قال: ولا يبزق على حيطان المسجد [ولا بين يديه على الحصى إلا أن يدفنه، ولا يبزق في أرض المسجد] إلا أن يكون حصيراً أو بوارى، والبزاق مكروه للمصلي وغيره، لما روي: أن النبي ﷺ قال: «إن المسجد لينزوي من النخامة كما تنزوي الجلدة في النار»^(٤)، وروي: «أنه ﷺ: رأى نخامة في المسجد فحتمها وجعل مكانها خلوقاً»^(٥)، وروي: «أنه ﷺ: كان يأخذ النخامة بثوبه وهو يصلي»؛ ولأن تلويث المسجد [يمنع من الصلاة فيه]؛ لأن الإنسان يستقدر أن يصلي على النخامة أو إليها، وما أدى إلى المنع^(٦) من الصلاة في

(١) الطبراني في الأوسط، ١٥٢/٤.

(٢) في ب (أنه لا يدرؤه بعمل يفسد الصلاة).

(٣) لم أجد هذه الرواية، إنما أورده السرخسي في المبسوط ٣١/١؛ والكاساني في البدائع ٢١٦/١.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه ١٤٤/٢؛ كنز العمال ١٥٠/٨.

(٥) أخرجه البخاري في مواضع (٣٩٧)؛ مسلم (٥٤٨). وسائر أصحاب السنن.

(٦) في ب (الامتناع).

المسجد ، فهو مكروه .

وأما دفنها فلا يكره ؛ لأن النبي ﷺ رخص في دفن النخامة في المسجد (فقال : «إنها خطيئة وكفارتها دفنها»^(١))^(٢) ، وهذا إذا لم يكن في المسجد حصي أو حصير ؛ ولأنه إذا دفنها لم يمنع ذلك من فعل الصلاة [في البقعة] ؛ لأنها [مغيبة] لا تستقدر .

٤٠٥ - [فصل : عدّ الآي في الصلاة]

وكره أبو حنيفة عدّ الآي في الصلاة ، وعدّ التسبيح ، وقال أبو يوسف : لا بأس بذلك في الفريضة والتطوع ، وكذلك قول محمد ، وذكر في الجامع الصغير محمداً مع أبي حنيفة^(٣) .

وجه قول أبي حنيفة : أنه لا يخلو إما أن يعدّ الآي بيده أو بقلبه ، ولا يجوز بيده لقوله ﷺ : «كفوا أيديكم في الصلاة» ؛ ولأنه عمل بيده ما ليس من صلاته من غير حاجة ، كالعبث بثوبه ، وإن كان بقلبه شغله عن الصلاة ، فهو كتفكره في أمور الدنيا^(٤) .

وجه قول أبي يوسف : أن السنة وردت بقراءة (عدد آي من السور)^(٥) ، وذلك لا يتوصل إليه إلا بالعدّ . وقد روي عنه أنه فرّق بين الفرض وبين النفل

(١) أخرجه البخاري (٤٠٥) ؛ ومسلم (٥٥٢) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٣) في نسخة الجامع (مع شرح الشهيد) ذكر كما ذكر هنا ص ١٦٨ ؛ ولم يذكر الشارح أيضاً قول محمد مع الإمام .

(٤) في ب (كالتفكير في سائر الأمور) .

(٥) في ب (بقراءة قدر من الآي) .

[فقال: لا يجوز في الفرض، ويجوز في النفل]^(١)؛ لأن النوافل [قد] سومح في بابها ما لم يسامح فيه في الفرائض؛ ولأن القراءة فيها تكثر فيحتاج إلى العَدِّ بخلاف الفريضة.

٤٠٦ - [فصل: في ارتفاع الإمام عن المأمومين]

قال: ويكره أن يصلي الإمام على مكان والقوم أسفل منه، أو يكونوا هم على مكان^(٢) والإمام أسفل منهم، وذكر الطحاوي: أنه لا بأس بأن يصلي المأموم في مكان أرفع من مكان الإمام، ولا ينبغي للإمام أن يكون أرفع من المأمومين بما يتجاوز القامة، ولا بأس بأن يكون أرفع منهم بدون ذلك، وفي بعض نسخ الطحاوي ذكر ذلك عن أبي يوسف خاصة.

والأصل فيه: ما روي أن حذيفة صلَّى بالمدائن على دكان والناس أسفل منه، فجذبه سلمان حتى أنزله، فلما انصرف قال: أما علمت أنا كنا ننهي عن ذلك^(٣)، فقال حذيفة: بلى ذكرت ذلك حين جذبتني.

وعن ابن مسعود: أنه جاء إلى المسجد فرأى شيئاً^(٤) مرتفعاً، فقال للإمام: استوضع أصحابك.

وعن عمار أنه رأى رجلاً يصلي على دابته للناس فأخذ بقفاه فحطه إلى

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ب.

(٢) في ب (دكان).

(٣) وفي مرقاة المفاتيح: «ألم تعلم أنهم كانوا ينهون عن ذلك» وهو في رواية لأبي داود، وقال الحاكم: إنه على شرط الشيخين. ١٦٩/٣.

(٤) في ب (إماماً).

الأرض وقال: صَلَّى هاهنا^(١)، وروي كراهيته عن النخعي، [وقال: كان يكره ذلك، وقد روى أبو خالد عن عدي بن ثابت الأنصاري قال: حدثني رجل أنه كان مع عمار بن ياسر بالمدائن، فأقيمت الصلاة، فتقدم عمار بن ياسر، فقام على دكان، والناس أسفل منه، فتقدمه حذيفة فأخذ بيده، فأتبعه عمار حتى أنزله، فلما فرغ عمار من صلاته قال له حذيفة: ألم تسمع رسول الله ﷺ يقول: «إذا أم الرجل القوم فلا يقيم في مكان أرفع منهم، أو نحو ذلك»، فقال عمار: لذلك أتبعتك حين أخذت عليّ يدي^(٢).

وفي خبر إبراهيم عن همام قال: صَلَّى حذيفة بالمدائن على دكان وعقبة بن عامر يصلي خلفه، فأخذ عقبة بثوبه فاجتذبه حتى تأخر، ثم قال له لما فرغ: أليس قد علمت أن هذا كره ونهي عنه؟ قال: بلى قد ذكرت ذلك. ويحتمل أن تكون القصة وقعت من الاثنين؛ ولأن المساجد في سائر بلاد المسلمين بنيت على صفة واحدة في الاستواء من غير تفاوت، فدل على أنهما لا يختلفان.

وأما الذي ذكره أبو جعفر - (من أقل من قامة) - فيجوز أن يكون وجهه ما روي عن أبي هريرة أنه صَلَّى فوق سطح بصلاة الإمام وهو أسفل منه، وروي في خبر سهل بن سعد: «أن رسول الله ﷺ كَبَّرَ على منبره، وركع، ثم نزل القهقري، ثم سجد»^(٣)، إلا أنه يجوز للإمام إذا كان أقل من قامة؛ لأنه أمكن للاقتداء، فإذا تجاوزت القامة احتاجوا إلى تكلف النظر إليه [حتى يقتدوا به]^(٤).

(١) مصنف ابن أبي شيبة، ٦٦/٢.

(٢) أخرجه أبو داود (٥٩٨).

(٣) أخرجه البيهقي في معرفة السنن ٣٨٤/٢؛ وأبو عوانه في مسنده ٤٧٠/١؛ الجمع بين الصحيحين، ٥٤٨/١.

(٤) في أ (كيف يكبر فلا يقتدون به) والمثبت من ب.

وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم: أن حذيفة بن اليمان ذهب يؤم الناس بالمدائن (فقام على دكان مرتفع من جص^(١))^(٢)، فجذبه سلمان الفارسي إليه، وقال: إنما أنت رجل من القوم تقوم مقامهم^(٣).

٤٠٧ - فَصْل: [في دخول المأموم أثناء ركوع الإمام]

قال محمد في رجل دخل المسجد والإمام راعع: أحب إليّ أن لا [يكبر]^(٤) حتى يصل إلى الصف وإن خاف الفوت، ويكره للرجل (أن [يكبر])^(٥) دون الصف، كما يكره أن يصلي وحده خلف الصفوف.

والأصل في ذلك: ما روي في حديث أبي بكرة أنه دخل المسجد ورسول الله ﷺ راعع فكبر ثم مشى إلى الصف، فلما فرغ رسول الله ﷺ قال: «زادك الله حرصاً ولا تعد»^(٦)؛ ولأنه إذا كبر كان منفرداً خلف الصف وذلك القدر يكره، والدليل على كراهة الصلاة خلف الصفوف: حديث وابصة أن رسول الله ﷺ قال: «لا صلاة لمنفرد خلف الصف»^(٧).

(١) «الجِصُّ - بفتح الجيم وكسرها - ما يُبنى به وهو معرب». - مختار الصحاح (جص).

(٢) في ب (فذهب يقوم على دكان من جص).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف وزاد: (فلا ترفع نفسك عليهم، فقال: صدقت) ٤١٣/٢.

(٤) في أ (يركع) والمثبت من ب.

(٥) في ب (يركع) والمثبت من ب.

(٦) أخرجه الطبراني في الأوسط ١٣٢/٨ وقال: «لم يرو هذا الحديث عن عنبسة إلا وهب، تفرد به

العباس الترسى»؛ والدارقطني في إرسالات الحاكم وقال: «وفيه إرسال؛ لأن الحسن لم يسمع

من أبي بكرة» ٢٠٨/١.

(٧) الحديث أخرجه محمد في الآثار وقال: «وبه نأخذ، نرى ذلك مجزئاً، ولا يعجبنا أن يفعل، وهو

قول أبي حنيفة» ص ٢٥؛ وأورده العيني في العمدة وعزاه لابن حبان في صحيحه، ٢٦١/٥.

وأما جواز الصلاة مع ذلك خلاف قول أصحاب الحديث: «أن النبي ﷺ أفرد العجوز خلف الصف»^(١)؛ فلو كان ذلك [مما] يفسد الصلاة بحال، لما أقامها فيه؛ ولأنه مقام يجوز أن يقومه المؤتم بحال^(٢): وهو أن يكون معه غيره فيجذب فيمر ويبقى هو، وما أفسد الصلاة ابتداءً أفسدها حال البقاء؛ ولأن المؤتمين يسبق أحدهم مع إمامه^(٣) إلى التكبير فيكون منفرداً خلف الصف فيجوز.

[وأما خبر وابصة: «أن النبي ﷺ رأى رجلاً يصلي خلف الصف، فأمره أن يعيد صلاته» فإن فيه (أنه وقف حتى فرغ من صلاته)، فلو لم يكن المفعول صلاة لم ينتظر فراغه منها] وقوله ﷺ: «لا صلاة لمنفرد خلف الصف»^(٤)، فمحمول على نفي الكمال والفضيلة بدلالة ما ذكرنا.

وأما إذا لم يجد في الصف فرجة لم يكره^(٥)؛ لأنه حال عذر، فصار كقيام المرأة، وكما لو أحدث مَنْ إلى جانبه ومَرَّ.

قال محمد: ويؤمر من أدرك القوم ركوعاً أن يأتي وعليه السكينة والوقار، ولا يعجل إلى الصلاة حتى يصل إلى الصف، فما أدرك مع الإمام صلى بالسكينة، وما فاته قضى؛ وذلك لقوله ﷺ: «إذا أتيتم الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون،

(١) والمراد به حديث أنس مع جدته (... والعجوز من ورائنا). رواه الشافعي في مسنده، ٥٨/١؛

وعبد الرزاق ٤٠٧/٢؛ والبيهقي في معرفة السنن ٣٨٠/٢.

(٢) في ب (يجوز أن يقام فيه بحال إذا كان معه غيره ما حدث).

(٣) في ب (يسبق أحدهم بالتكبير).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٥٨٠/٥؛ وابن خزيمة في صحيحه ٣٠/٣ بلفظ (لفرد)؛ وأبو داود

(٦٨٢)؛ وابن ماجه (١٠٠٤)؛ والترمذي (٢٣١).

(٥) في ب (جاز).

وأؤها وعليكم السكينة والوقار، فما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا»^(١).

٤٠٨ - فصل: [في عدم إقامة الصلب في الركوع والسجود]

قال: وكره أبو حنيفة رضي الله عنه للرجل أن لا يقيم صلبه في الركوع والسجود، وهو قولهم جميعاً، فإن فعل ذلك فقد أساء، وهذا قولهم [جميعاً] في الأصول، وروى معلى وأصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه قال: إن لم يقيم صلبه لم يجزه، وقد بيننا هذا [وذكرنا أن الواجب من الركوع ما يتناوله الاسم]، وأبو يوسف يحتج بقوله رضي الله عنه: «لا صلاة لمن لم يقيم صلبه في الركوع والسجود»^(٢)، ومما روي أن حذيفة رأى رجلاً يصلي لم يقيم صلبه في الركوع والسجود، فقال: مذكم تصلي؟! قال: منذ كذا كذا سنة، فقال: ما صليت منذ كذا^(٣)، وروي أنه قال: لو مت على هذا لم تمت على الفطرة.

وأما الكراهة بالإجماع^(٤) فلقوله للأعرابي: «ثم اركع حتى تطمئن راعاً ثم ارفع حتى تطمئن قائماً»، وقد مضى ذلك أنه يقتضي نفي الكمال.

٤٠٩ - فصل: [تغطية الفم في الصلاة]

ويكره أن يغطي فاه [في الصلاة] لما روى عطاء عن أبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ نهى أن يغطي الرجل فاه في الصلاة»^(٥)؛ ولأنه إن غطاه بيده فقد قال

(١) أخرجه البخاري (٨٦٦)؛ ومسلم (٦٠٢).

(٢) أخرجه ابن حبان في الصحيح ٢١٧/٥؛ والترمذي (٢٦٥)؛ وأخرجه أحمد وابن ماجه، كما قال ابن حجر في الدراية ١٤٣/١.

(٣) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار، وفي آخره: (قال حذيفة: ما صليت لله صلاة) ٣٣٤/٢.

(٤) ساقطة من ب.

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرک ٣٨٤/١، وقال: «صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»؛ =

النبي ﷺ: «كفوا أيديكم في الصلاة»^(١)، وإن فعل ذلك بثوبه فهو التلثم، وقد نهى ﷺ عنه في الصلاة^(٢).

قال: ولا يصلي عاقصاً شعره، أو كافاً ثوبه، وعقص الشعر: أن يجمعه على وسط رأسه ويشده، وقد روى أبو رافع: «أن النبي ﷺ نهى أن يصلي الرجل ورأسه معقوص»^(٣)، وروى أبو رافع قال: «مرّ بي رسول الله ﷺ وأنا أصلي، وشعري قد عقصته، فأطلقه»، وخبر سعيد بن جبير عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم [١/٢٩] ولا أكف ثوباً ولا أعقص شعراً»^(٤)، وروي كراهته عن عمر وعليّ وابن مسعود.

وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره، كمثل الذي يصلي وهو مكتوف»^(٥).

وذكر محمد في الأصل: أنه يكره أن يصلي معتجراً، وقيل: الاعتجار: أن يسدل حول رأسه بالمنديل ويترك وسطه، فيكره [ذلك]؛ لأنه تشبه بأهل الكتاب.

= وابن ماجه (٩٦٦)؛ وابن أبي شيبة في المصنف ١٣٠/٢.

(١) لم أجد هذه الرواية بحسب علمي، وإنما أورده السرخسي في المبسوط ل/٣١؛ والكاساني في البدائع ٢١٦/١.

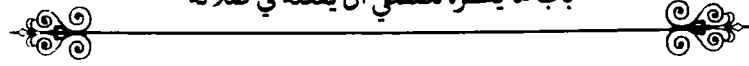
(٢) المصدران السابقان.

(٣) بلفظ المؤلف أخرجه الطبراني في الكبير، ٢٥٢/٣٢؛ ولفظ آخر «أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه» كما ذكر ابن حجر في الدراية ١٨٤/١؛ وأصله في صحيح مسلم من حديث عبد الله بن عباس ﷺ (٤٩٢).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٥٠/٥؛ وابن خزيمة ٣٢٠/١؛ والنسائي في الكبرى ٢٣٤/١؛ وابن ماجه (٨٨٤)؛ والنسائي في المجتبى (١١١٣)؛ وأورد الهيثمي في المجمع وقال: «رواه

الطبراني في الكبير وفيه نوح بن أبي مريم وهو متروك» ١٢٤/٢. وهذا من حديث ابن مسعود.

(٥) أخرجه مسلم (٤٩٢)؛ وابن حبان ٥٧/٦؛ وابن خزيمة ٥٧/٢.



وقيل: هو أن يلف شعره على رأسه بمنديل، كالعاقص شعره، وقيل: هو الذي يجعل المنديل على رأسه ووجهه كمعجر النساء^(١)، والجميع ممنوع منه؛ [ولأنه يتصنع بهذه الأفعال، فهو ككف الثوب والشعر].

٤١٠ - [فصل: الصلاة على الطنافس والجلود]

ولا بأس بالصلاة على الطنافس^(٢)، واللبود، وسائر الأمتعة، وهو قول الثوري، والشافعي. وكره مالك: السجود على الطنافس^(٣)، وبسط الشعر، والأدُم^(٤)، ولم ير بأساً بالقيام والركوع عليها، وقد روي عن ابن عباس: أنه صلى على طنفسة، وعن أبي الدرداء أنه قال: ما أبالي لو صليت على ست طنفس بعضها فوق بعض^(٥)، [وهو قول ابن عمر، وقال محمد بن إبراهيم [التيمي] ^(٦): كانت للعباس بن عبد المطلب طنفسة تنصب له في المسجد، فيصلي عليها]، وهذا فرع على طهارة الشعر والجلد وقد بيناه.

وأما البساط فقد روى ابن عباس: «أن النبي ﷺ صلى على بساط»^(٧).

- (١) قال المطرزي في المغرب: «الاعتجار: الاختمار والاعتماد أيضاً، وأما الاعتجار المنهي عنه في الصلاة، فهو لِيَّ العمامة على الرأس من غير إدارة تحت الحنك كالاقتعاط... وتفسير من قال: هو أن يلف العمامة على رأسه وييدي الهامة أقرب؛ لأنه مأخوذ من معجر المرأة: وهو ثوب كالعصابة تلفه المرأة على استدارة رأسها» المغرب (عجر).
- (٢) الطَّنْفَسَة: البساط، والجمع طَنَافِسُ. المعجم الوجيز (طنف).
- (٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١: ٢٣٣؛ والمدونة ١/٧٥.
- (٤) والأدُم جمع الأديم: هو الجلد. انظر: المعجم الوجيز (أدم).
- (٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ١/٣٥١.
- (٦) في أ (البيستي) والمثبت من ب.
- (٧) أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه ١/٣٩٠؛ وأحمد في المسند ١/٢٣٢؛ وابن خزيمة =

وعن ابن مسعود: أنه صَلَّى على مِسْحٍ^(١)، ومثله عن علي، وابن عباس، وجابر^(٢).
وعن أبي عون الثقفي قال: «كان رسول الله ﷺ يستحب أن يصلي على فروة
مدبوغة أو على حصير»^(٣)، [وروى أنس: «أن النبي ﷺ صَلَّى على حُصْر»]، وأما
المصلي فقد روت عائشة^(٤): «أنه ﷺ صَلَّى على خُمْرة^(٥)»^(٦)، ويروى: «على
حصير».

٤١١ - فَصْل: [السجود على كور العمامة]

ولا بأس بالسجود على كور العمامة، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي:
لا يجوز^(٧).

لنا: ما روى أبو هريرة: «أن رسول الله ﷺ كان يسجد على كور العمامة»^(٨)؛

- = في الصحيح ١٠٣/٢؛ والبيهقي في الكبرى ٤٣٦/٢؛ نصب الراية ٩٨/٢.
- (١) «المِسْحُ - بالكسر - واحد المَسُوح: وهو لباس الرهبان»، كما في المغرب (مسح)؛ وفي المعجم
الوجيز: «المسح: الكساء من شَعْر، وثوب الرهبان» (مسح).
- (٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣٥١/١؛ وعبد الرزاق في المصنف ٣٩٦/١؛ والطبراني في
الكبير ٢٥٥/٩.
- (٣) مصنف ابن أبي شيبة، ٣٥٥/١؛ الطبراني في الكبير، ٤١٦/٢٠.
- (٤) في ب (ميمونة).
- (٥) والخُمْرة: مفردا الخمار: هو كل ما ستر، ومنه خمار المرأة، والخُمْرة هنا: «هي مقدار ما يضع
الرجل عليه وجهه في سجوده من حصير أو نسيجة خوص، ونحوه من النبات». النهاية في غريب
الحديث (خمر).
- (٦) أخرجه مسلم (٥١٣) من حديث ميمونة ؓ؛ وابن خزيمة، ١٠٤/٢؛ وعن عائشة أيضاً ١٠٥/٢؛
وابن أبي شيبة عنهما ٣٥٠/١؛ «ورواه أحمد ورجاله رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في
المجمع، ٥٦/٢.
- (٧) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢٣٢/١؛ الأم ١١٤/١.
- (٨) أخرجه البيهقي في الكبرى، ١٠٥/٢؛ وعبد الرزاق في المصنف، ٤٠٠/١؛ وفي الدراية=

ولأنه حائل لو انفصل عنه لم يمنع فعل السجود، فإذا كان متصلاً لم يمنع كالخف، وقد ذكر في الآثار: لا بأس بالسجود على كور العمامة^(١)، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يسجد على كور العمامة، وإن فعل أجزاءه.

٤١٢ - [فصل: في متابعة الإمام]

قال ويكره للمأموم أن يسبق الإمام بشيء لقوله ﷺ: «إذا ركع فاركعوا». وقال: لا تبادروني بالركوع والسجود فإني امرؤ قد بدنت^(٢)؛ ولأنه مأمور بمتابعة الإمام، فإذا سبقه [فقد] ترك المتابعة، فلم يجز.

فإن فعل وأدركه الإمام أجزاءه، وقد أساء، وقال زفر: لا يجزئه.

وجه قولهم: أن ما يسبق به المأموم إمامه لا يعتد به، فيصير كأن لم يكن إلا الجزء الذي يشارك^(٣) فيه الإمام، (وذلك القدر يكفيه)^(٤)، فيجزئه.

وجه قول زفر: أن الجزء الأول لما لم يعتد به، فما بعده مداومة على ذلك الفاسد، فلا يعتد به أيضاً، فكأنه رفع رأسه قبل الإمام، (أو كبر قبله)^(٥).

قال: وإن رفع رأسه قبل أن يركع الإمام، لم يجزه الركوع، وكذلك السجود؛

= «وفيه عبد الله بن محرر وهو وا» ٢٥٣/١؛ وقال البيهقي «.. فلا يثبت فيه شيء». معرفة السنن ١٠/٢.

(١) كتاب الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني ص ١٥ (إدارة القرآن).

(٢) أخرجه أبو داود (٦١٩)؛ والنسائي في المجتبى (١٣٦٣)؛ وابن ماجه (٩٦٣)؛ وابن حبان ٦٠٨/٥؛ وابن خزيمة، ٤٤/٣.

(٣) في ب (شاركه فيه).

(٤) ساقطة من ب.

(٥) ساقطة من ب.

وذلك لأنه مأمور بمتابعة الإمام، فما فعله قبله، لم يقع على وجه المتابعة، فلم يعتد به.

قال: ويكره أن يقرأ في الصلاة في غير حال القيام، لما روي: «أن النبي ﷺ نهى عن القراءة في الركوع والسجود»، وقال: «أما الركوع فعظموا فيه الرب، وأما السجود فأكثروا فيه من الدعاء فإنه قمن^(١) أن يستجاب لكم»^(٢).

قال: ويكره السدّل في الصلاة، ولبسه الصمّاء، والسدّل: أن يجعل ثوبه على رأسه، أو كتفيه، ثم يرسل أطرافه من جوانبه، والصمّاء: أن يجمع طرفي ثوبه ويخرجهما تحت إحدى يديه على إحدى كتفيه، إذا لم يكن عليه سراويل. وقد ذكر معلّى كراهة السدّل عن أصحابنا، ثم قال: والسدّل: أن تجمع طرفي [ثوبك]^(٣) من الجانبين جميعاً، فإذا ضممتها أمامك فليس بسدّل.

وقال الحسن: السدّل أن يضع وسط ثوبه على عاتقه، ويرخي طرفيه^(٤)، وقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن السدّل»^(٥)، وفي خبر أبي جحيفة: «أن رسول الله ﷺ مرّ برجل يصلي وقد سدّل ثوبه، فعطفه عليه»^(٦).

و[قد] روي كراهة السدّل عن عليّ، وابن عمر، وهو قول التابعين: عطاء،

(١) قَمِن، ويقال: قَمِنَ، وقَمَنَ، وقَمِين: أي خليق وجديد». كما في النهاية.

(٢) أخرجه مسلم (٤٧٩) وسائر أصحاب كتب الحديث.

(٣) في أ (إزارك) والمثبت من ب.

(٤) انظر: المغرب (سدل).

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرک ٣٨٤/١؛ وابن حبان ٦٧/٦؛ وابن خزيمة، ٣٧٩/١؛ وأبو داود (٦٤٣)؛ والترمذي (٣٧٨) وغيرهم.

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٤٣/٢؛ والطبراني في الأوسط، كما في الدراية ١٨٥/١.



ومجاهد، والنخعي، وطاووس، وسالم.

وقال الأسود [والنخعي]: السدل متى^(١) كان عليه قميص. وقال مالك: لا بأس بأن يسدل عليه ثوبه في الصلاة، سواء كان عليه قميص أو لم يكن.

وقال الشافعي: يكره السدل للخيلاء فأما لغيره فخفيف^(٢). وروى معلى عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: كراهة السدل على القميص وعلى الإزار، وبه قال أبو يوسف قال: وأكرهه لأنه من صنيع أهل الكتاب.

وهذا صحيح؛ لأن النهي عنه، لما فيه من التشبه بأهل الكتاب، وهم يسدلون مع القميص وغيره.

فأما لبسه الصماء^(٣) فقد روى الحسن، عن أبي حنيفة - في تفسير لبسه الصماء -: أنه كالأضطباع، وإنما كرهه؛ لأنه لبس أهل البطر والأشر.

وقال هشام: سألت محمداً عن الاضطباع؟ فأراني الصماء، فقلت: هذه الصماء، قال: إنما يكون الصماء إذا لم يكن عليك إزار.

٤١٣ - قال الشيخ رحمته الله: ومما يلحق بهذا الباب

ما قال أصحابنا: إنه لا بأس بالصلاة في ثوب واحد، لما روى عروة عن عمر بن أبي سلمة أنه قال: «دخلت على رسول الله ﷺ وهو يصلي في ثوب

(١) في ب (أن يكون متى).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ٢٠٦/١؛ مختصر اختلاف العلماء ١٠٨/١؛ المهذب ٧٨/١.

(٣) «الصماء: عند العرب أن يشتمل بثوبه فيجلل جسده كله به، ولا يرفع جانباً يُخرج منه يده». المغرب (صمم).

واحد قد خالف بين طرفيه»^(١).

وقال أبو الدرداء: خرج علينا رسول الله ﷺ ورأسه يقطر ، فصلّى بنا في ثوب واحد متوشحاً به ، قد خالف بين طرفيه»^(٢) ، وقال أبو هريرة: قام رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: أيسلّي الرجل في ثوب واحد؟ فقال: «أو كلكم تجدون ثوبين؟»^(٣) ، رواه أبو حنيفة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة ، [وعن عبادة: «صلّى بنا رسول الله ﷺ في شملة وتوشح بها وعقدها بين كتفيه»] ؛ ولأن المقصود ستر العورة ، وهذا المعنى موجود في الثوب الواحد .

وسئل عمر عن ذلك فقال: وسّعوا على أنفسكم إذا وسّع الله عليكم^(٤) ، وهذا على وجه الاستحباب . وعن ابن عمر: أنه رأى رجلاً يصلي في ثوب واحد ، فقال: أرايت لو أرسلتك في حاجة أكنت منطلقاً في ثوب واحد؟ ، فقال: لا ، فقال: فالله أحق أن نتزين له^(٥) . هذا محمول على الأولى^(٦) .

وقد روى معلى وعلي بن الجعد عن أبي حنيفة: فيمن صلّى وعليه سراويل أنه يجزئه وقد أساء ، وهذا قول أبي يوسف ، وروى علي بن الجعد عن أبي يوسف

(١) أخرجه البخاري (٣٤٨ ، ٣٤٩) ؛ ومسلم (٥١٧) وغيرهما من أصحاب السنن .

(٢) أخرجه مسلم (٥١٨ ، ٥١٩) ؛ وأبو عوانة في مسنده ٣٩٩/١ .

(٣) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ٥٢/١ ؛ وأحمد في المسند ٣٤٥/٢ ؛ وأبو يعلى في مسنده ، ٢٨٦/١٠ .

(٤) رواه أبو يعلى في مسنده ٤٤٢/١٠ ؛ وأورده الهيثمي في موارد الظمان من ضمن الحديث السابق من قول النبي ﷺ وقال: «في الصحيح طرف من أوله» ١٠٥/١ ؛ والدارقطني من قول عمر رضي الله عنه ، ٢٨٢/١ ؛ عبد الرزاق ، ٣٥٦/١ .

(٥) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه ، ٣٧٦/١ .

(٦) في ب (يحتمل أن يكون في الأولى) .

قال: سألت أبا حنيفة عن الرجل صَلَّى في قميص يَشْفَ ليس عليه غيره؟ قال: لا يجزئه ذلك، وإن كان ضيقاً لا يشفَ أجزاءه.

[وإن صَلَّى في ثوب واحدٍ فمثل ذلك، وإن اتزر به أجزاءه إذا كان لا يشف، فإن خالف بين طرفيه على عاتقه، فهو أحسن وأفضل]، وقال أبو يوسف مثله، وقال محمد: وأحبّ للإنسان أن يصلي في ثوبين: إزار ورداء، فإن لبس قميصاً ليس [تحت إزار، وليس فوقه رداء أو طيلسان، وصلّى فيه أجزاءه] (١).

والأصل في كراهة الصلاة في السراويل: (ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ نهى أن يصلي الرجل في الثوب وليس على عاتقه منه شيء) (٢).

وعن النخعي: كانوا يكرهون إعراء المناكب. وعن إبراهيم بن يزيد قال: كان الرجل من أصحاب محمد ﷺ إذا لم يجد رداءً، طرح على عاتقه عقلاً (٣). [قال الحسن عن أبي حنيفة: إن الصلاة في السراويل تُشبه فعل أهل الجفاء، وفي الثوب الذي نلبسه أبعد من الجفاء وأوقر، وفي قميص ورداء أخلاق الناس، ويحملهم فيما بينهم وهو الأكمل] (٤).

وشرطوا في الثوب الواحد أن يكون صفيقاً؛ لما روي (أن النبي ﷺ نهى أن يصلي الرجل في ثوب واحد يفضي بفرجه إلى السماء) (٥)، وروى إبراهيم

(١) في أ (معه قميص أجزاءه) والمثبت من ب.

(٢) أخرجه الأصبهاني في المسند المستخرج على صحيح مسلم ١٢٢/٢، «وقال: رواه مسلم.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٣٦٢/١؛ وابن أبي شيبة ٣٠٧/١.

(٤) في المبسوط للسرخسي: (روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الصلاة في إزار واحد فعل أهل الجفاء، وفي ثوب متوشحاً به أبعد من الجفاء، وفي إزار ورداء من أخلاق الكرام). ٣٤/١؛ وفي البدائع ٢١٩/١.

(٥) أخرجه البخاري بلفظ: (ينهى... عن الاحتباء...) (٥٥٩).

عن سلمة بن الأكوع قال: قلت: يا رسول الله، أكون في الصيد فأصلي في قميص واحد؟ فقال: (زرّه ولو بشوكة) (١).

وعن يحيى بن أبي كثير: أن النبي ﷺ (نهى أن يصلي الرجل في قميص محلول الأزرار؛ مخافة أن يرى فرجه إذا ركع) (٢).

وذكر ابن شجاع: أن من صلّى محلول الأزرار وليس عليه إزار، أنه إن كان لو نظر إلى فرجه رأى عورة نفسه من زيقه لم تجز صلاته، وإن لم يشاهد عورته، جازت صلاته.

٤١٤ - فَصْل: [في مسح الجبهة من التراب في الصلاة]

وقالوا: لا بأس بأن يمسح جبهته من التراب بعد الفراغ من صلاته قبل أن يُسَلِّم، وإن كان في وسط صلاته كره. وروى [معلّى] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس أن يمسح جبهته من التراب، يعني: مواضع السجود في الصلاة. وقال أبو يوسف: أحبّ إلي أن يدعه. وقال محمد: لا أرى به بأساً قبل السلام والتشهد؛ لأن تركه يؤذي المصلي، وربما شغله عن صلاته، وهذا قول أبي حنيفة.

[وعن عطاء: أنه رخص في مسحة واحدة (٣)، وقد سمعنا ذلك، وأحبّ إليّ أن لا يمسحها.]

وعن طاووس: يمسح وجهه من التراب، وعن إبراهيم: أنه كان يفعله قبل

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه ٣٨١/١.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٤٠/٢.

(٣) روي ذلك عن أبي ذر، كما في مصنف عبد الرزاق ٣٩/٢.

أن يُسلم ، ومثله عن قتادة . وعن الحسن : يمسح جبينه من كل سجدة . وعن ابن سيرين : أنه كان يفعله في الصلاة .

وعن ابن عباس : إذا كنت في الصلاة فلا تمسح جبهتك ولا تنفخ ولا تحرك الحصى^(١) [٢].

[٢٩/ب] ^(٣) وعن ابن مسعود : « أربع من الجفاء : أن يمسح جبينه قبل أن ينصرف من الصلاة ، وأن يبول قائمًا ، وأن يسمع المنادي فلا يجيبه ، وأن ينفخ في سجوده » ^(٤) .

وإنما جَوّزه في آخر الصلاة ؛ لأن تركه يؤذيه ؛ ولأنه عمل قليل ، فهو عفو لإصلاح صلاته ؛ ولهذا رخص رسول الله ﷺ في قتل الأسودين في الصلاة ^(٥) ؛ لما في ذلك من شغل القلب في الصلاة .

٤١٥ - [فصل : كراهة النفخ في الصلاة]

ويكره النفخ في الصلاة ، فإن سمع ، فهو قطع للصلاة عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يقطعها ، إلا أن يريد به التأفيف ، ثم رجع فقال : صلاته تامة وإن أراد به التأفيف .

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ .

(٢) أورده الشافعي في الأم ١٤٣/٧ ؛ وابن قدامة في المغني ٣٧١/١ .

(٣) ابتداءً من هنا إلى نهاية [٣٢/ب] سقطت من نسخة ب ، والمثبت من أ فقط .

(٤) ابن أبي شيبة (٤٧٤٧ ، ٤٧٥١) ، والطبراني في «الكبير» ٩ (٩٥٠٢ ، ٩٥٠٣) ، والبيهقي في «الكبرى» ٢ : ٢٨٥ - ٢٨٦ ، مع اختلاف في اللفظ .

(٥) أبو داود (٩١٨) ، والنسائي في «المجتبى» (١٢٠٢ ، ١٢٠٣) ، والترمذي (٣٩٠) ، وابن ماجه (١٢٤٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قال ابن سماعه: يريد بالتأفيف: أف، وعن ابن عباس أنه قال: أخشى أن يكون كلاماً، وقال النخعي وابن جبير: هو كلام.

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُقٍ﴾ [الإسراء: ٢٣]، فسمي ذلك قولاً^(١)، ورى أبو هريرة: أن النبي ﷺ قال: «صلوا ولا تنفخوا»^(٢)؛ ولأنه كلام يدل على معنى مفهوم.

وجه قول أبي يوسف: ما روي عن النبي ﷺ: أنه صلى صلاة الخسوف، وجعل ينفخ ويقول: «رب، ألم تعذني أن لا تعذبهم وأنا فيهم»^(٣)؛ ولأن هذا يفعل على وجه كراهة، وقد يقال: لا على وجه الكراهية، فوقف على القصد، ثم رجع فقال: الغالب أنه تنفُّسٌ وتَنَحُّحٌ، فلا يكون كلاماً.

وأما النفخ الذي يسمع، فهو كلام مهجى، والذي لا يسمع، كالكلام الذي لا يسمع، فهو كالنفس.

٤١٦ - [فصل: وضع الركبتين واليدين في السجود]

وقالوا: إذا سجد، وضع ركبتيه قبل يديه، وهو قول الثوري والشافعي، وقال ابن سيرين: يضع يديه قبل ركبتيه، وقال مالك: يبدأ بأيهما شاء، وقال

(١) انظر: تفسير ابن عطية «المحرر الوجيز» ص ١١٣٧ (ابن حزم).

(٢) النسائي في «الكبرى» (٥٥٣)، والترمذي (٣٨١)، وأحمد (٢٦٥٧٢) عن أم سلمة قالت: مر النبي ﷺ بغلام لهم يقال له: رباح وهو يصلي فنفخ في سجوده، فقال له: «يا رباح لا تنفخ، إن من نفخ فقد تكلم». واللفظ للنسائي.

(٣) أبو داود (١١٨٧)، والنسائي في «المجتبى» (١٤٩٦) و«الكبرى» (٥٥٢)، وأحمد (٦٧٦٣) وابن خزيمة في «صحيحه» (١٣٩٢)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه.

الأوزاعي: أدركت الناس يضعون أيديهم قبل ركبهم^(١).

لنا: حديث وائل بن حجر: (أن النبي ﷺ، كان يضع ركبتيه قبل يديه)^(٢).

وروى أبو هريرة عنه ﷺ: «إذا سجد أحدكم، فلا يبرك بروك الجمل: يضع يديه قبل ركبتيه»^(٣)، وهكذا يعمل الجمل؛ ولأنه يعتمد على الأرض من غير حاجة، فأشبهه اعتماده على الأرض حال القعود؛ ولأن ما كان أقرب إلى الأرض، فالبداية به في الوضع أولى، كما يضع اليدين قبل الوجه.

والذي روي عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ كان يضع يديه قبل ركبتيه»^(٤)، فمحمول على حالة العذر من كِبَرٍ أو مَرَضٍ.

وأما إذا قام، رفع يديه قبل ركبتيه؛ لِمَا قدمنا: أن النبي ﷺ كان ينهض على صدور قدميه؛ ولأن ما كان أبعد من الأرض، فإنه يبتدئ برفعه، كما يرفع الوجه قبل اليدين.



(١) وقول مالك: يضع أيهما شاء قبل الآخر. انظر: «مختصر» الطحاوي ص ٢٧؛ «المدونة» ١/٧٠؛ «مختصر» المزني ص ١٤.

(٢) أبو داود (٨٣٤)، والنسائي في «المجتبى» (١٠٨٩)، والترمذي (٢٦٨)، وابن ماجه (٨٨٢).

(٣) ابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٧٠٢)، وأبو يعلى في «مسنده» (٦٥٤٠)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٥١٧)، والبيهقي في «معرفة السنن» (٣٥٠٣).

(٤) ابن خزيمة في «صحيحه» (٦٢٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٥١٣)، والحاكم في «المستدرک» (٨٢١)، والبيهقي السنن الكبرى ٢: ١٠٠، قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

بَاب قدر القراءة في صلاة الفرض



قال الشيخ رحمته الله: القراءة عند أبي حنيفة: في ركعتين من الصلاة، إلى آخر ما ذكر من القراءة، واختلاف الرواية فيه، وأن القراءة في ركعتين من الصلاة. قال أبو الحسن: وترك قراءة فاتحة الكتاب عندهم مكروه، وتاركها مُسيءٌ. فأما كراهة تركها، فالأخبار كلها، كقوله: «كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب، فهي خداج»^(١)، والخداج: الناقص؛ ولأنه ﷺ داوم على قراءتها، وأقل أحواله في المداومة: الاستحباب.

وإن قرأ فاتحة الكتاب ولم يقرأ معها شيء، فهو مكروه عندهم جميعاً. والأصل في هذا: أن كل ركعة وجب فيها القراءة^(٢)، فالسنة أن يقرأ فاتحة الكتاب، ومعها غيرها، ويروى: وسورة معها.

قال أبو حنيفة: لو قرأ ثلاث آيات مع فاتحة الكتاب فقد أحسن.

قال أبو الحسن: لأنه قرأ مع فاتحة الكتاب قدر سورة؛ وذلك لقوله ﷺ:

-
- (١) رواه مسلم ١: ٢٩٦ (٣٨)، وأبو داود (٨١٧)، والنسائي في «المجتبى» (٩٠٩)، والترمذي (٢٩٥٣)، وابن ماجه (٨٣٨)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
- ورواه البخاري في «القراءة خلف الإمام» (١٠، ١٥)، وابن ماجه (٨٤١)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٣٧٠٤) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه.
- (٢) في الأصل (القرآن).

«ومعها غيرها» (١).

وروي: أنه كان يقرأ في الأوليين بفاتحة الكتاب وسورة (٢)، وأقصر السور:
ثلاث آيات .

والقراءة لا تتعين ، فإذا قرأ مقدار السورة ، أجزأه .

٤١٧ - [فصل: القراءة بغير العربية]

وبأي لسان قرأ عند أبي حنيفة ، وهو يحسن العربية أجزأه وقد أساء ، وبه
قال زفر ، وقال أبو يوسف: لا يجزئ إن أحسن العربية ، وإن لم يحسن ، أجزأه .

وقد روى حماد عن إبراهيم: أن ابن مسعود أقرأ رجلاً أعجمياً: ﴿ إِنَّ
شَجَرَتَ الزَّقُومِ ﴿٤٣﴾ طَعَامُ الْأَثِيمِ ﴾ [الدخان: ٤٣ - ٤٤] ، فجعل الرجل يقول: طعام
اليتيم ، فقال: أما تستطيع أن تقول: طعام الفاجر .

ثم قال عبد الله: ليس الخطأ في كتاب الله أن تقرأ القرآن بعضه في بعض ،
أن تقول: للغفور: الرحيم ، وللعزيز: الحكيم ، ولكن الخطأ: أن تقرأ آية العذاب
بآية الرحمة ، وآية الرحمة بآية العذاب .

وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن القرآن شرط في صحة الصلاة ، فلا يختص
بالعربية كالخطبة ؛ ولأنه ذكر واجب كالشهادتين ؛ ولأن كل أمر معلق في
الشرعية بالقول ، لم يختص بلغة ؛ دليله: التَّلبِيَّةُ ، واللَّعَانُ ، والشَّهَادَةُ ، والنُّذُورُ ،

(١) الترمذي (٢٣٨) ، وابن ماجه (٨٣٩) ، وابن أبي شيبة (٣٦٣٢) ، وأبو يعلى في «مسنده»
(١٠٧٧) ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، نحوه .

(٢) البخاري (٧٥٩) ، ومسلم ١: ٣٣٣ (١٥٤ ، ١٥٥) من حديث أبي قتادة رضي الله عنه .

والطَّلَاق، والبيع.

ومن أصحابنا من قال: إن أبا حنيفة جَوَّز ذلك في الكلمة ونحوها، كما روي عن السلف، فأما أن ينقل جميع القرآن، فلا.

ومنهم من قال: إن الصلاة تجزئ به، ولا يعلم أنه قرآن.

ومنهم من قال: إنه قرآن، وإن نقل، واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأُوْحَىٰ إِلَيْكَ هَٰذَا الْقُرْآنُ لِأَنْذِرَكَ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ﴾ [الأنعام: ١٩]، والقرآن لا يبلغ عن العرب إلا بغير لغاتهم، وقد سمَّاه قرآناً؛ ولأن القرآن أنزل على سبعة أحرف، وهو قرآن واحد، ولو كان اختلاف العبارة يوجب اختلاف المعنى، لم يكن قرآناً واحداً مع اختلاف القراءات^(١).

(١) الأحرف السبعة: تواترت نزول القرآن على سبعة أحرف، كما قال أبو عبيد: «تواترت هذه الأحاديث كلها على الأحرف السبعة». «المرشد الوجيز» لأبي شامة ص ٨٧، إلا أن العلماء اختلفوا في المراد بالأحرف السبعة اختلافاً كثيراً، حتى قال السيوطي: «اختلف في معنى هذا الحديث على أربعين قولاً». «الإتقان» ١/٦٢.

والقول الذي ذهب إليه أكثر العلماء - منهم: سفيان، وابن وهب، والطبري، والطحاوي، وغيرهم -، هو: أن المراد بالأحرف السبعة: سبع لغات من لغات العرب في المعنى الواحد. على معنى: أنه إذا اختلفت لغة العرب في كلمة، جاء القرآن بسبع لغات.

واختلفوا في تحديد هذه اللغات السبع، فقيل: قريش، هذيل، تميم، هوازن، كِنانة، ثقيف، اليمن. وقيل غير ذلك.

وسئل سفيان بن عيينة عن اختلاف القراء، هل تدخل في السبعة الأحرف؟ فقال: لا، وإنما السبعة الأحرف كقولهم: هلم، أقبل، تعال، أي ذلك قلت، أجزاءك.

انظر: «المرشد الوجيز» ص ١٠٥.

أي الأحرف السبعة: وجوه القراءات المتغايرة في سبع لغات من لغات العرب، وليست لغات القبائل على حد سواء، بل بعضها أسعد من بعض بهذه الوجوه.

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿ إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْءَانًا عَرَبِيًّا ﴾ [الزخرف: ٣] ، وقال: ﴿ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُّبِينٍ ﴾ [الشعراء: ١٩٥] ؛ ولأن المنقول معنى القرآن ، فلا يجزئ به الصلاة ، كالتفسير .

قلنا: باطل ، بما لو لم يحسن العربية .

وعلى هذا ، قال أبو حنيفة: إذا دعا فيها بالعربية ، أو بالفارسية ، جازت ، وكذلك إن قنّت بالفارسية ، وإن قرأ بالعربية ، فأحدث واستخلف من يقرأ بالفارسية ، أجزاءه .

وقال بشرٌ عن أبي يوسف: فيمن دعا بالفارسية ، أعاد الصلاة .

وقال أبو يوسف: إذا استخلف من يقرأ بالفارسية ، لم يجزئه ، وفسدت صلاته .

قال أبو يوسف: القياس: ما قال أبو حنيفة ، إلا أنني تركت القياس ، يعني: في جواز الصلاة بالفارسية .

وقد قال أصحابنا: إن الظاهر من قول أبي يوسف ومحمد: أن من لا يحسن العربية ، يجب عليه أن يقرأ بالفارسية ، ولو لم يكن ذلك قرآناً ، لم يجب عليه ،

= ما بقي من الأحرف السبعة: ذهب أكثر العلماء: أن عثمان رضي الله عنه لما استنسخ الصحف من عند حفصة ، أمر أن يكون ذلك على حرف واحد ، وأمر الناس بترك ما سواه ، فتتابع الناس على ذلك ، وأجمعوا عليه ، وبذلك اندثرت الأحرف الستة ، وعفت آثارها ، فلا سبيل اليوم إلى القراءة بهذا . انظر: «تفسير» الطبري ٦٣/١ ، وقال ابن تيمية: إنه قول جمهور العلماء والسلف والأئمة ، وقال: «والأحاديث والآثار المشهورة المستفيضة ، تدل على هذا القول» . «مجموع فتاوى ابن تيمية» ٣/٣٩٥ .

كما لا يجب الدعاء والذكر على الأميّ.

وحكي عن أبي سعيد البردعي أنه قال: يجوز نقله إلى الفارسية ، ولا يجوز إلى لغة أخرى من العربية أو غيرها.

وقال أبو الحسن: يجوز نقلها إلى أيّ لغة كان ، وأي لغة أخرى من العربية ، وهذا هو الصحيح ؛ لأن المعتبر إذا كان بالمعنى ، فهو موجود في كل لغة ؛ ولأن العربية إلى العربية أقرب من العجمية ، فهو أولى .

قال: ومن لم يحرك لسانه بالقراءة ، لم يجز ، وهو كمن لم يقرأ ؛ لأن القراءة: هي تحريك اللسان ، فمتى لم يحرك لسانه ، فقد تفكر في القرآن ، والتفكر لا يجزئ من القراءة في الصلاة .





بَابُ

قدر القراءة في الصلاة



قال الشيخ رحمته الله: إن قدر القراءة في الفجر: قدر ثلاثين آية إلى ستين آية ، سوى [i/٣٠] فاتحة الكتاب ، وفي الثانية: سوى فاتحة الكتاب ما بين عشرين إلى ثلاثين ، وفي الظهر: في الركعتين جميعاً سوى فاتحة الكتاب: مثل القراءة في الركعة الأولى من الفجر ، وفي العصر في كل ركعة سوى فاتحة الكتاب: قدر عشرين آية سواها ، وكذلك العشاء الآخرة ، وفي المغرب في الركعتين: فاتحة الكتاب ، وسورة من قصار المَفْصَل .

ويقرأ في السفر ما شاء (من القرآن)^(١).

قدر القراءة اختلاف ، وهذه إحدى الروايات ، وهي أحبها إلي ، رواها معلى عن أبي يوسف ، قال: سألت أبا حنيفة عن القراءة ، فحكى هذا .

٤١٨ - [فَصْلٌ: في قدر القراءة في الفجر]

أما الفجر ، فقد ذكر أبو الحسن ما قدمنا فيه ، وقال محمد في كتاب الصلاة: ويقرأ في الفجر بأربعين آية مع فاتحة الكتاب ، وقال في «الجامع الصغير»: خمسين أو ستين آية ، وقال في «المجرد»^(٢): عن أبي حنيفة في صلاة الفجر ،

(١) عبارة غير مقروءة . قال الطحاوي: «والقراءة في الصلوات كلها في السفر سواء ، اقرأ بفاتحة الكتاب ، أي سورة شئت» . «مختصر» الطحاوي ص ٢٨ . انظر: «الأصل» ١/١٣٦ .

(٢) «المجرد»: كتاب رواه الحسن بن زياد اللؤلؤي (ت ٢٠٤ هـ) عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى . =

في الركعة الأولى: والذاريات وشبهها، وفي الثانية: هل أتى، والمرسلات.
وفي كتاب الصلاة^(١) ذكر الحسن^(٢) في الأولى: والذاريات، والرحمن،
وفي الثانية: تبارك، وهل أتى، والمرسلات.

والأصل في ذلك: ما روى ابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة: «أن
رسول الله ﷺ كان يقرأ في الفجر: ألم، تنزيل، وهل أتى»^(٣).
وروى جابر بن سمرة: «كان رسول الله ﷺ يقرأ في الفجر بقاف ونحوها»^(٤).
ويروى: «بالواقعة ونحوها»^(٥).

وروى أبو وائل عن ابن مسعود: (أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في صلاة
الغداة من يوم الجمعة: تبارك، وهل أتى على الإنسان).

= انظر: «تاج التراجم» ص ١٥٠.

(١) كتاب (الصلاة)، من كتب محمد بن الحسن. انظر: «تاج التراجم» ص ٢٣٨.

(٢) انظر: «الأصل» ١/١٣٦.

(٣) وأخرجه ابن ماجه (٨٢٤)، والبزار في «مسنده» ٥ (١٥٩٣)، والطبراني في «المعجم الأوسط»
(٦٦٥٩)، والترمذي في «العلل الكبير» (١٤٧، ١٤٩) عن ابن مسعود رضي الله عنه.
ومسلم ٢: ٥٩٩ (٦٤)، وأبو داود (١٠٦٧)، والنسائي في «المجتبى» (٩٥٦)، والترمذي
(٥٢٠)، وابن ماجه (٨٢١)، عن ابن عباس رضي الله عنه.

والبخاري (٨٩١)، ومسلم ٢: ٥٩٩ (٦٥، ٦٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وفي كل هذه الروايات زيادة يوم الجمعة.

(٤) مسلم ١: ٣٣٧ (١٦٨)، وابن أبي شيبة (٣٥٦٣)، وأحمد في «مسنده» (٢٠٨٤٥)، وابن حبان
في «صحيحه» (١٨١٦).

(٥) أخرجه ابن خزيمة في «صحيحه» (٥٣١)، ومن طريقه ابن حبان في «صحيحه» (١٨٢٣)،
والطبراني في «الأوسط» (٤٠٣٦)، والحاكم في «المستدرک» (٨٧٥) عن جابر بن سمرة، قال
الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

وعن أبي برزة الأسلمي: أن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة الغداة بستين إلى المائة^(١)، وهذا هو الوسط الذي لا ينفر الجماعة.

والذي روي عن أبي بكر: أنه قرأ فيها البقرة^(٢)، وعن عمر: أنه قرأ فيها سورة يوسف في الأولى، وفي الثانية: سورة الكهف^(٣)، فيحتمل أن يكون ذلك لبيان الوقت.

٤١٩ - [فصل: قدر القراءة في الظهر]

وأما الظهر، فذكر محمد في «الأصل»: يقرأ في الظهر نحو الفجر، أو دونه. وفي «المجرد»: عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الظهر: يقرأ بعبس، وإذا الشمس كورت، وفي الثانية: بلا أقسم، والشمس وضحاها.

والوجه فيه: ما روى أبو سعيد: أن النبي ﷺ كان يقرأ في الظهر في الأوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية، وفي الآخرين في كل ركعة قدر خمسة عشر، أو قال: نصف ذلك^(٤).

٤٢٠ - [فصل: قدر القراءة في العصر]

وأما العصر، فقد قال محمد في «الأصل»: ويقرأ في العصر بقدر عشرين

(١) البخاري (٥٤١)، ومسلم ١: ٣٣٨ (١٧٢).

(٢) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٢٧١٢)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٣٥٦٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٠٨٩)، وابن المنذر في «الأوسط» (١٠٤٨).

(٣) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٠٨١).

(٤) مسلم ١: ٣٣٤ (١٥٧)، وأبو داود (٨٠٠)، والنسائي (٤٧٥)، وابن ماجه (٨٢٨).

آية سوي فاتحة الكتاب^(١)، وفي «المجرد»: عن أبي حنيفة: ويقرأ في العصر: والضحي، والعاديات، وفي الثانية: بألهاكم، وويل لكل همزة.

والوجه فيه: ما روى أبو سعيد الخدري، عن النبي ﷺ: أنه كان يقرأ في الركعتين الأوليين من العصر، في كل ركعة قدر خمسة عشر آية، وفي الآخرين قدر نصف ذلك^(٢).

ويروى: حزرنا قراءته في العصر، فكان على النصف مما في الظهر.

٤٢١ - [فصل: قدر القراءة في المغرب]

وأما في المغرب، فقال في «الأصل»: يقرأ في كل ركعة سورة قصيرة، خمس آيات أو ست آيات، سوي فاتحة الكتاب، وفي «المجرد»: عن أبي حنيفة: ويقرأ في الأوليين من المغرب، مثل العصر.

وروى ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أنه يقرأ في الأوليين بقصار المفصل.

والأصل فيه: ما روى البراء: (أن رسول الله ﷺ قرأ في المغرب بالتين والزيتون)^(٣).

وروى أبو الحويرث عن رسول الله ﷺ: (أنه قرأ فيها بإذا زلزلت)؛ ولأن

(١) انظر: «الأصل» ١/١٣٧.

(٢) تقدم آنفاً.

(٣) الطيالسي في «مسنده» (٧٦٩)، وأحمد في «مسنده» (١٨٥٢٨).

والحديث في «الصحيحين»: «صحيح البخاري» (٧٦٧)، و«صحيح مسلم» ١: ٣٣٩ (١٧٥)،

وفيه ذكر العشاء بدل المغرب.

تأخيرها مكروه، فيجب أن يخففها حتى لا يبلغ إلى الوقت المكروه من طلوع النجوم.

والذي رواه: (أنه ﷺ قرأ فيها بسورة الأعراف). يجوز أن يكون أراد به: بيان الوقت.

٤٢٢ - [فصل: قدر القراءة في العشاء]

وأما العشاء، فقال في «الأصل»: «ويقرأ في العشاء بعشرين آية سوى فاتحة الكتاب»^(١).

وذكر في «المجرد»: والأوليان من العشاء مثل الأوليين من الظهر، وروى أبو الزبير، عن جابر: أن النبي ﷺ قال لمعاذ: «اقرأ في صلاة العشاء بـ: سبح اسم ربك الأعلى، والليل إذا يغشى، والشمس وضحاها»^(٢). وجملة هذا: أن الإمام منهي عن تطويل القراءة.

وروى جابر بن سمرة قال: (كان رسول الله ﷺ يصلي نحو القبلة التي تصلون، ولكنه كان يخفف صلاته أخف من صلاتكم)^(٣).

ولقوله لمعاذ: «أفتان أنت؟!»، اقرأ باسم ربك الأعلى، وهل أتاك حديث الغاشية»^(٤).

(١) انظر: «الأصل» ١/١٣٧.

(٢) أخرجه البخاري (٧٠٥) عن عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله، ومسلم ١: ٣٤٠ (١٧٩) عن أبي الزبير، عن جابر.

(٣) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٢٧٢٠)، وأحمد في «المسند» (٢٠٩٩٥)، والطبراني في «المعجم الكبير» ٢ (١٩١٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٣: ١١٩.

(٤) تقدم آنفاً.

وروى عثمان بن أبي العاص قال: آخر ما عهد إلي رسول الله ، أن قال: «صَلِّ بِأَصْحَابِكَ صَلَاةَ أَوْفَى أَوْفَى ، فَإِنْ فِيهِمُ الصَّغِيرُ ، وَالْكَبِيرُ ، وَذَا الْحَاجَةِ»^(١).

وعن زرارة بن أوفى قال: كتب عمر إلى أبي موسى: (أن اقرأ في الفجر: بأول المفصل ، وفي العشاء: بأوسط المفصل ، وفي المغرب بآخر المفصل)^(٢).

٤٢٣ - [فصل: قدر القراءة في السفر]

وأما في السفر ، فيقرأ فاتحة الكتاب وما شاء من القرآن ، هذه رواية «الأصل» ، و«الجامع الصغير»^(٣) ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَاقْرَأْهُمَا مَا تيسَّرَ مِنْهُ﴾ [المزمل: ٢٠] ، وهذا خطاب المسافرين .

(١) رواه مسلم ١ : ٣٤١ (١٨٦) ، وأحمد (١٦٢٧٥) ، وابن ماجه (٩٨٧) ، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٦٠٨) ، وأبو عوانة في «المستخرج» (١٥٥٦) ، وفي ألفاظ بعضها مغايرة . انظر: «نصب الراية» ٢ : ٢٩ .

(٢) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٢٦٧٢) ، وابن أبي داود في «المصاحف» ص ٣٥٣ ، بلفظ: كتب عمر إلى أبي موسى: «أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل ، وفي العشاء بوسط المفصل ، وفي الصبح بطوال المفصل» .

والمفصل: هو ما يلي المثاني من قصار السور إلى آخر القرآن ، وسُمي بالمفصل ؛ لكثرة الفصل بين سوره بالبسملة ، وقيل: لقلة المنسوخ منه ، ولهذا يسمى بالمحكم أيضاً . وقد اختلف العلماء في أوله ، فقيل: من أول سورة «ق» ، وقيل: الحجرات ، وقيل: القتال ، وقيل غير ذلك .

وينقسم المفصل إلى ثلاثة أقسام: الأول: الطوال: من سورة الحجرات إلى سورة عبس ، وأواسط: من إذا الشمس كورت ، إلى سورة الضحى ، والباقي: قصار المفصل: من الضحى إلى آخر القرآن ، وقيل غير ذلك .

انظر: «البنية في شرح الهداية» ٢ / ٢٨٣ ؛ «الاتقان» للسيوطي ١ / ٦٢ .

(٣) انظر: «الجامع الصغير» (مع شرح الصدر) ص ١٥٩ (دار الكتب العلمية) .

وروى عقبة بن عامر قال: (كنت مع النبي ﷺ في السفر، فلما طلع الفجر، أذن وأقام، وأقامني عن يمينه، فقرأ المعوذتين)^(١).

وعن ابن عمر: (أن النبي ﷺ، صلى بأصحابه في السفر: الفجر، فقرأ: «قل يا أيها الكافرون»، و«قل هو الله أحد»)^(٢)؛ ولأن حال السفر تخفيف؛ بدلالة الفطر والقصر، فإذا جاز أن يخفف من الفرض، فمن صفاته أولى.

٤٢٤ - [فصل: قدر القراءة في الوتر]

ولم يذكر أبو الحسن القراءة في الوتر، وقال محمد في «الأصل»: وما قرأ في الوتر، فهو حسن^(٣).

وبلغنا عن رسول الله ﷺ: (أنه قرأ في الركعة الأولى من الوتر: بسبح اسم ربك، وفي الثانية: بقل يا أيها الكافرون، وفي الثالثة: بقل هو الله أحد).

روى هذا الخبر عبد الرحمن بن أبزي الخزاعي^(٤)، وكذا رواه ابن عباس^(٥).

(١) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٣٠٨٣٧، ٣٠٨٣٧) بهذا اللفظ.

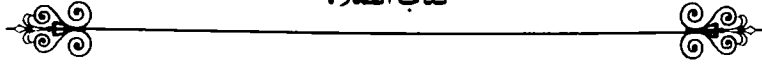
ورواه نحوه أبو داود (١٤٥٧)، والنسائي في «الصغرى» (٩٥٢، ٥٤٣٦).

(٢) عبد الرزاق في «مصنفه» (٢٧٣٣) وابن أبي شيبة في «المصنف» (٣٧٠٣)، عن عمرو بن ميمون قال: «صلى بنا عمر الفجر في السفر، فقرأ بقل يا أيها الكافرون، وقل هو الله أحد».

(٣) «الأصل» ١/١٣٨.

(٤) النسائي في «الصغرى» (١٧٣١)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٤٦٩٦)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦٩٤٣)، وأحمد في «مسنده» (١٥٣٥٤).

(٥) النسائي في «الصغرى» (١٧٠٢)، والترمذي (٤٦٢)، وابن ماجه (١١٧٢)، وأحمد (٢٧٢٠) عن ابن عباس مرفوعاً.



وفي خبر عمران بن الحصين^(١): (أن النبي ﷺ كان يوتر بسبح اسم ربك الأعلى).

وعن ابن عمر: (أنه كان يوتر بالمعوذتين)، وعن علي وابن مسعود: (أنهما كانا يوتران بثلاث، يقرآن في كل ركعة سورة من المفصل)^(٢). وهذا صحيح؛ لأنه لا ينبغي أن يخص سورة بقراءة.



(١) النسائي في «الصغرى» (١٧٤٣)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦٩٤٥)، وابن الجعد في «مسنده» (٩٥٤)، والبزار في «مسنده» ٩ (٣٦٠٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٧٢٥). عن عمران بن الحصين.

(٢) يأتي الحديث عن المفصل بالتفصيل بعد أربع مسائل.

بَابُ الصَّلَاةِ فِي السَّفَرِ



قال الشيخ رحمته الله: صلاة السفر ركعتان، تمام غير قصر، كذا روي عن عمر أنه قال: صلاة السفر تمام غير قصر على لسان نبيكم^(١).

وعن عائشة^(٢) وابن عباس: (إن الصلاة فرضت ركعتان، قالت عائشة: فلما قدم النبي ﷺ المدينة، أقرت في السفر، وزيدت في الحضر).

وروى ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «إن الله فرض عليكم الصلاة على لسان نبيكم، للمقيم أربعاً، وللمسافر ركعتين»^(٣)، جملة هذا: أن فرض السفر في كل صلاة رباعية.

وروي عن علي بن أبي طالب أنه قال: (فرض رسول الله ﷺ صلاة الحضر أربعاً، وصلاة السفر ركعتين)^(٤).

(١) النسائي في «الصغرى» (١٤٢٠)، ابن ماجه (١٠٦٣)، وعبد الرزاق (٤٢٧٨)، وأحمد (٢٥٧)، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٤٢٥).

(٢) البخاري (١٠٩٠)، ومسلم ١: ٤٧٨ (١) دون ذكر قدوم المدينة. ووردها عند أحمد في «مسنده» (٢٦٠٤٢)، وابن خزيمة في «صحيحه» (٣٠٥)، وأبي عوانة في «مستخرجه» (١٣٢٨)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٠٩٦)، والطبراني في «الأوسط» (٥٤٠٩).

(٣) مسلم ١: ٤٧٩ (٥)، وأبو داود (١٢٤١)، والنسائي في «المجتبى» (٤٥٦)، وابن ماجه (١٠٦٨).

(٤) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٣٤).

وعن عمر: صلاة السفر ركعتان ، وصلاة الجمعة ركعتان ، تمام غير قصر ، سنة النبي ﷺ (١) .

وابن عمر: صلاة السفر ركعتان ، تمام غير قصر ، من خالف السنة ، كفر (٢) .
وروى أبو الوداك ، عن ابن عمر قال: صلاة السفر ركعتان ، نزلتا من السماء ، فإن شئتم فردوها (٣) .

وروى النخعي ، عن عبد الله في المسافر ، ثم قال: يعيد ، كما لو صلى مقيم ركعتين أعاد (٤) .

وقال مالك: يعيد ما دام في الوقت ، وقال الشافعي: فرضه أربع ، والركعتان رخصة (٥) .

لنا: ما قدمنا ، وروى علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبو جحيفة [٣٠] قالوا: «إن النبي ﷺ خرج مسافراً ، فلم يزل يصلي ركعتين حتى رجع» (٦) ، ولو كان مخيراً لكان يفعل الأمرين .

(١) عبد الرزاق (٤٢٧٨) ، وابن أبي شيبة (٥٩٠١) ، وأحمد (٢٥٧) والنسائي في «المجتبى» (١٤٢٠) ، وابن ماجه (١٠٦٤) .

(٢) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٤٢٨١) ، والبخاري في «مسنده» (٥٩٢٩) ، والبيهقي في «الكبرى» ٣: ١٤٠ .

(٣) رواه الطبراني في «المعجم الصغير» (٩٩٧) ، «عن أبي الكنود قال: سألت ابن عمر...» . قال الهيثمي: رجاله موثقون . «مجمع الزوائد» (٢٩٣٥) .

(٤) رواه عبد الرزاق مصنف (٤٤٦٦) ، والطبراني في «المعجم الكبير» ٩ (٩٤٥٩) نحوه . قال الهيثمي: وإبراهيم لم يسمع من ابن مسعود . «مجمع الزوائد» (٢٩٣٨) .

(٥) انظر: «مختصر» القدوري ص ٩٨ ؛ «المدونة» ١/٢٢١ ؛ «مختصر» المزني ص ٢٥ .

(٦) مسلم ١: ٣٦٠ (٢٤٩) عن أبي جحيفة .

وروي: أن عثمان لما صَلَّى بمكة أربعاً ، قال عبد الله بن مسعود: «إنا لله وإنا إليه راجعون ، صلى رسول الله على مرحلتين ركعتين ، وصلى أبو بكر وعمر ركعتين ، فاعتذر عثمان بأعذار [بأنه تأهل بمكة] ، لما اعتذر إليهم ؛ ولأنها حالة تكره الزيادة فيها على ركعتين ، فلم يقع عن فرضه كالجمعة ؛ ولأن كل صلاة لو نوى عددها ، كانت ركعتين ، فإذا أطلق النية ، كانت ركعتين ، كالفجر .

والذي روي عن عثمان ، فقد بينا أنه اعتذر فقال: إني امرؤ قد تأهلت بمكة .

قال الطحاوي: قد روي عن أكثر الصحابة فعل الركعتين ، ومن روي عنه أنه صلى أربعاً ، لا يدل على أنه يذهب إلى ما يقوله الشافعي ؛ لأن منهم من يعتقد أن القصر في السفر فرض ، ومنهم من قال: لا يجوز لمن لا يلحقه مشقة ، فيجوز أن يكون عثمان أيضاً صَلَّى لهذه العلة .

وإذا ثبت أن فرضه ركعتان ، قلنا: إذا صلى أربعاً لا يخلو: إما أن يكون قعد في الثانية ، أو لم يقعد ، فإن كان قعد ، فقد صحَّ خروجه إلى النفل مع بقاء فرض من فروض الصلاة عليه ، ففسد فرضه ، ويلزمه إعادته ، وإن قعد ، فقد أتمَّ صلاته ، وإنما ترك السلام ، وتركه لا يفسد الصلاة ، فصار كمن فرغ من فرضه ثم أتى بالنفل .

٤٢٥ - [فصل: مقدار السفر الذي تقصر فيه الصلاة]

قال أبو الحسن رحمته الله: والسفر الذي [يقصر] فيه الصلاة ، أدناه: ما كان مسيرة ثلاثة أيام سير الإبل ، ومشى الأقدام على القصد من ذلك ، ولا يعتبر في ذلك السرعة والإبطاء الخارجان عن العادة .

وجملة ذلك: أن مدة السفر مقدّرة عندنا على رواية الأصول: بثلاثة أيام قواصد، للراكب والماشي^(١).

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا سافر إلى موضع يكون مسيرة يومين وأكثر اليوم الثالث، قصر، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد، مثله.

وروى معلى عن محمد: أن السفر لا يكون أقل من ثلاثة أيام كاملة.

وقال النخعي، والشعبي، وابن جبير: من الكوفة إلى المدائن، وهو مسيرة ثلاثة أيام.

وعن ابن عمر: أنه يقصر في يوم تام، وبه قال الزهري والأوزاعي.

وعن ابن عباس: أنه إذا أتى على يوم وليلة، قصر، وعن ابن عمر رواية: ثلاثة أيام.

وقال مالك: أربعة بُرد، وعن الحسن: مسيرة ليلتين، وعن أنس: خمس

(١) السفر الذي يتغير به الأحكام: أن يقصد الإنسان مسيرة ثلاثة أيام بسير الإبل ومشي الأقدام في أقصر أيام السنة.

«وعن أبي حنيفة: أنه يقدر بثلاثة مراحل، وهو قريب من الأول؛ لأن المعتاد في السير: في كل يوم مرحلة واحدة، خصوصاً في أقصر أيام السنة»، ولا يصح القصر في أقل من هذه المسافة، كما لا يصح التقدير عندهم بالفراسخ على المعتمد الصحيح. ثم اختلفوا، فقيل: (٢١) فرسخاً، وقيل: (١٨)، وقيل: (١٥) فرسخاً، والفتوى على الثاني؛ لأنه الأوسط.

وعلى هذا القول، تكون مسافة القصر بالميل: $3 \times 18 = 54$ ميلاً (باعتبار أن الفرسخ ثلاثة أميال)، وبالكيل تكون المسافة: $54 \times 1609 = 86862$ كيلومتر، وهذا في المذهب الحنفي. وأما عند الجمهور، فالمسافة تقدر بـ(٧٧) كيلو متراً. انظر: «الوجيز» (فرسخ)، (ميل)؛ «الموسوعة الفقهية» (الكويت) (سفر).



فراسخ ، وقال الشافعي: ستة وأربعون ميلاً^(١).

وهذا الذي ذكرناه عن السلف ، إجماع: على أن أقل السفر مقدر ، وقد خالف نفاة القياس الإجماع ، فقالوا: قليل السفر وكثيره سواء^(٢).

وهذا فاسد؛ لأن فرض المقيم أربع ، وفرض السفر ركعتان ، بدليل قول عائشة: فرضت الصلاة في الأصل ركعتين ، وإذا كان فرضه في الإقامة أربعاً ، وخروجه إلى ضيعته ، لا يسمى به مسافراً ، لم يجز أن يصلي ركعتين ؛ ولأن هذا القدر من السير لا يلحق فيه مشقة ، فصار كالانتقال من محلة مصر إلى محلة أخرى .

وأما الكلام في تقدير الأيام الثلاثة ؛ فلأن النبي ﷺ قدّر رخصة السفر في المسح بثلاثة أيام ، فدل على أن كل مسافر يتمكن من استيفاء الرخصة .

وروى أبو هريرة: أن النبي ﷺ قال: « لا تسافر امرأة فوق ثلاثة أيام إلا مع من يحرم عليه نكاحها »^(٣) ، وهذا حكم يتعلق بالسفر ، وقد خصّه بالثلاثة ، فهو أولى المقادير .

ولأنه قدر لا يمكن استيفاء رخصة مسح المسافر فيها إذا سار سيراً معتاداً ، فلا يتعلق به القصر أصله ما دون ليلتين ؛ ولأنها مدة لا يجب فيها القصر ، فوجب فيها الإتمام ، كالיום الواحد ، هذا في إبطال ما دون ثلاثة أيام .

(١) البريد: ٤ فراسخ = ١٢ ميلاً = ٤٨٠٠ ذراعاً = ٢٢,١٧٦ متراً .

الفرسخ: ٣ أميال = ١٢٠٠ ذراعاً = ٥٥٤٤ متراً .

الميل: ٤٠٠٠ ذراعاً = ١,٨٤٨ متراً . «معجم لغة الفقهاء» (المقادير) .

(٢) انظر: «المحلى» لابن حزم ، ص ٤٣٠ (دار الأفكار) .

(٣) مسلم ٢: ٩٧٧ (٤٢٢) ، وابن خزيمة في «صحيحه» (٢٥٢٧) .

وأما الشافعي ، فقد احتج بما روى مجاهد وعطاء ، عن ابن عباس^(١) : أن النبي ﷺ قال : « يا أهل مكة ، لا تقصروا في أدنى من أربعة بُرد ، من مكة إلى عسفان^(٢) » ، وهذا خبر رواه عبد الوهاب بن مجاهد ، عن أبيه ، وعطاء .

قال الدارقطني : عبد الوهاب ليس بقوي ، وقال غيره : كان عبد الوهاب يروي عن أبيه ، ولم يره ، ويجب في كل ما يسأل عنه وإن لم يحفظه ، وكان الثوري يرميه بالكذب ، وقال يحيى بن معين فيه : ليس بشيء ، وقال أحمد : هو ضعيف جداً ، ورواه عن عبد الوهاب : إسماعيل بن عياش ، وأجمع أصحاب الحديث : أنه ضعيف فيما يرويه عن غير الشاميين ، وعبد الوهاب مكّي .

وأما وجه رواية الأصل : فلأن النبي ﷺ اعتبر في رخصة المسح ثلاثة أيام ، ولأن المقادير التي تتعلق بها أحكام الشرع ، لا تقوم أكثرها مقام جميعها ، كالحدود والشهادات .

وجه الرواية الأخرى : هو أن الإنسان قد يسافر مسيرة ثلاثة أيام ، فيتعجل في السير ، فيبلغ قبل الوقت المَنْزِلَ بساعة أو ساعتين ، ولا يعتد بذلك ؛ ولأن الأكثر يقوم مقام الجميع في المشقة المؤثرة في العدد .



- (١) الدارقطني في «سننه» (١٤٤٧) ، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٣ : ١٣٧ .
قال النووي : رواه الدارقطني ، والبيهقي بإسناد ضعيف جداً ، والصحيح أنه موقوف على ابن عباس . «خلاصة الأحكام» (٢٥٥٧ ، ٢٥٥٨) .
- (٢) عُسفان - بضم العين المهملة ، وسكون السين المهملة - : بلدة تاريخية عامرة ، تقع شمال مكة على ثمانين كيلاً ، على المحجة إلى المدينة المنورة .
انظر : «معالم مكة التاريخية والأثرية» لعاتق البلادي ، ص ١٨٨ (دار مكة) .

٤٢٦ - [فَصْل: اعتبار السير المعتاد في تقدير مسافة السفر]

وأما اعتبار السير المعتاد ، فقد ذكر الحسن عن أبي حنيفة: أنه لو سافر في الماء سيراً سريعاً يومين ، ويكون ذلك على الظهر ثلاثة أيام أو أكثر ، قصر .

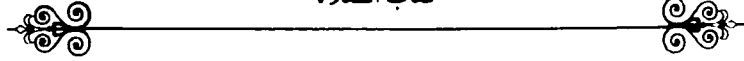
قال: لو سار على البريد في يومين أو في يوم إلى موضع ، ومثله يسار سير الإبل ثلاثاً ، قصر ؛ وذلك لأن التقدير إنما يقع بالغالب من السير ، وذلك يكون بالمعتاد الوسط ، فلا يعتبر فيه السرعة الخارجة عن العادة ، ولا الإبطاء الخارج عنها .

وقال أبو حنيفة: في مصر له طريقان: أحدهما: مسيرة يروم ، والآخر: مسيرة ثلاثة أيام ، فإن أخذ رجل في الطريق الذي هو الأبعد ، قصر ، وقال الشافعي: إن كان لغير غرض ، لم يقصر . وهذا فاسد ؛ لأن عدوله إلى الطريق لا غرض له فيه ، كمن سافر من غير غرض ، ترخص ، كذا هذا تجوز له الترخص .

٤٢٧ - [فَصْل: مدة الإقامة التي تقطع حكم السفر]

قال: ويقصر في سفره كله ما لم ينو الإقامة في موضع خمسة عشر يوماً ، فإن نوى أقل من ذلك ، أو أقام أكثر منه على غير عزم على إقامة خمسة عشر ، قصر .
وجملة هذا: أن السفر إذا صحّ ، لم ينقطع حكمه إلا بعد صحة الإقامة ، وذلك يكون بالنية ، أو بدخول الوطن .

فأما النية ، فأقل مدة الإقامة خمسة عشر يوماً ، وإذا نوى أن يقيم ذلك في مكان يصلح للإقامة ، صار مقيماً ، وعن ابن عباس: إذا أقام خمسة عشر ، أتم الصلاة ، ومثله عن ابن عمر ، وهو قول ابن المسيب ، وابن جبیر .



وقال مالك ، والليث ، والشافعي : إن أقام أربعاً ، أتم^(١) .

لنا: ما روي عن ابن عباس ، وابن عمر ، وهما صحابييان ، فإذا قال ما يُعلم من طريق القياس ، حمل على التوقف ؛ ولأن هذا القدر متفق عليه ، وما دونه من الأربعة مختلف فيه ، فلا يجوز إثباته إلا بدليل ؛ ولأنه معنى يؤثر في إيجاب الصلاة والصوم ، أعني : الإقامة ، فهي كمدة الظهر .

٤٢٨ - [فصل : الإقامة بموضع غير صالحة للإقامة]

وأما إذا نوى إقامة خمسة عشر يوماً في موضع لا يصلح للإقامة ، لم يكن مقيماً ، وروى مُعلّى عن محمد : أنه أقام على مثل الثعلبية على ما ليس فيه بيوت ، [١ -] مدر ، فليس بمقيم عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف في الثعلبية ونحوها : إذا كان هناك قوم قد وُطنوا ذلك المكان ، صار مقيماً إن كانوا يسكنون الشعر .

قال ابن سماعه عن محمد ، عن أبي يوسف : في الذي ينوي خمسة عشر يوماً في مفازة ، أنه يكون مقيماً ، خلاف ما روى ابن سماعه عن محمد .

وجه قولهم المشهور : أن الثعلبية^(٢) ليست بموضع إقامة غالباً ، فهي كالمفازة .

وجه قول أبي يوسف : [.....]^(٣) الإقامة فيه كالقري .

(١) انظر : «مختصر» القدوري ص ٩٨ ؛ «المدونة» ١١٩/١ ؛ «التفريع» ٢٥٩/١ ؛ «مختصر» المزني ص ٢٤ ؛ «المنهاج» ص ١٢٨ .

(٢) الثعلبية : من بلاد بني أسد ، قرب الكوفة ، عن يسار من خرج يريد مكة ، وهي من جهة العراق مما يلي الحجاز وأرض نجد من طريق مكة ، وكان معروفاً بطريق الحج الكوفي . انظر : «تاريخ» اليعقوبي ٨٥/١ ؛ «معجم البلدان» ١٤٦/٢ ، ٣٢٥ .

(٣) طمس غير واضح .

٤٢٩ - [فصل: الإقامة بدار الحرب]

وعلى هذا: إذا دخل الإمام دار الحرب، ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً، لم يصير مقيماً، وعن أبي يوسف: أنه يصير مقيماً.

وروي عنه أنه قال: إن كانوا في الأخبية والفساطيط، فليس بمقيمين، وإن كانوا غلبوا على بعض البيوت، صاروا مقيمين بالنية.

وجه قولهما: أن دار الحرب ليست بموضع إقامة للمسلمين مع المحاربة، فلا يتعلق بالنية حكم المقام فيها، كمن ينوي الإقامة في المفاوز؛ ولأن إقامتهم لا تتعلق باختيارهم؛ لأنهم إن غلبوا، أقاموا، وإن غلبوا أو انهزموا، انصرفوا، فهم في حكم العبد مع مولاه، ولا يتعلق بنيته حكم.

وجه قول أبي يوسف: أنهم إذا غلبوا على بعض المصر، فالظاهر الغلبة، فيتعلق بنيته حكم، وإذا كانوا في برية، فالظاهر أنهم غير غالبين، فلم يتعلق بنيته حكم.

وإذا ثبت: أنه يصير مقيماً بالنية، فإذا أقام من غير نية، لم يكن مقيماً وإن طال مقامه.

وقال الشافعي: إذا أقام أكثر من ثمانية عشر ليلة، فهو مقيم وإن لم ينو الإقامة^(١).

وهذا قول مخالف لإجماع السلف^(٢): روى نافع: أن ابن عمر أقام بأذربيجان

(١) «وهو الأصح، لكنه يقصر إلى ثمانية عشر يوماً». انظر: «مختصر» المزني ص ٢٤؛ «المجموع» ٢٤٦/٤.

(٢) انظر: «رحمة الأمة في اختلاف الأئمة» ص ١٢٠ (مؤسسة الرسالة).

سنة أشهر ، يُصلي ركعتين^(١) .

وعن أنس: أن أصحاب رسول الله ﷺ ، أقاموا برامهمُز تسعة أشهر يقصرون الصلاة^(٢) .

وعن أنس: أنه أقام بنيسابور سنة أو سنتين ، يصلي بالناس ركعتين ، ثم يسلم^(٣) .

وعن مسروق: أنه أقام بالسلسلة سنتين يقصر الصلاة ، وعن علقمة: أنه أقام بخوارزم سنتين يصلي ركعتين .

وعن عمران بن الحصين قال: شهدت مع رسول الله ﷺ عام الفتح ، فأقام بمكة ثمان عشر ليلة ، لا يصلي إلا ركعتين ، ثم يقول لأهل البلد: «صلوا أربعاً ، فإننا سفر»^(٤) ، فجعل العلة بقاؤه على نية السفر .

وروى جابر وأنس قالا: أقام رسول الله ﷺ بتبوك عشرين يوماً يقصر الصلاة^(٥) ؛ ولأنه منفرد بنفسه في غير وطن ، فإذا لم يقطع سفره بنية الإقامة ، لم

(١) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٤٣٣٩) ، وابن جرير في «تهذيب الآثار» (مسند عمر) (٤٠١) ، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٦١٤٨) .

(٢) رواه البيهقي في «الكبرى» ٣: ١٥٢ . قال النووي: إسناده صحيح . «المجموع» ٤: ٣٦٠ .

(٣) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥١٤١) ، «تهذيب الآثار» (مسند عمر) (٤٢٣) ، وابن المنذر في «الأوسط» (١٧٣٦) .

(٤) أبو داود (١٢٢٢) ، وابن أبي شيبة (٨٢٧٩) ، وأحمد (١٩٨٧٨) ، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٦٤٣) .

(٥) عبد الرزاق (٤٣٣٥) ، وأحمد (١٤١٣٩) ، وعبد بن حميد (١١٣٩) ، وابن حبان (٢٧٤٩) عن جابر رضي الله عنه .

ورواه الطبراني في «الأوسط» (٣٩٢٧) ، وتمام في «فوائده» (١٥٩) عن أنس رضي الله عنه .

يكن مقيماً ، كما لو أقام عشرة أيام .

٤٣٠ - [فَصْل : نية الإقامة بموضعين مدة القصر]

قال : فإن نوى المسافر مقاماً في موضعين خمسة عشر يوماً ، وليس ظهر واحد ، ولا قرية واحدة ، مثل أن ينوي أن يقيم بمكة وبمنى خمسة عشر يوماً ، أو الكوفة والحيرة ، فإنه لا يكون مقيماً إذا كان كل واحد من الموضعين متى خرج عنه أهله إلى سفر ، قصروا الصلاة في الآخر ؛ وذلك لأنه لم ينو المقام في مكان واحد تمام مدة الإقامة ، فكأنه نوى في مكان واحد أقل من خمسة عشر يوماً^(١) .

وليس كذلك إذا كان أحد الموضعين متى خرج إليه المسافر لم يقصر ؛ لأنه بلد واحد ، فإذا نوى الإقامة فيه تمام خمسة عشر يوماً ، كان مقيماً .

٤٣١ - [فَصْل : نية الإقامة بموضع ليس فيه بيوت]

فإن نوى المسافر أن يقيم في قرية ، أو في بحر في سفينة ، أو جزيرة من جزائر البحر ، أو أقام بمثل الثعلبية على ما ليس فيه بيوت مدر ، فليس بمقيم عند أبي حنيفة ؛ لأن هذه مواضع لا تصلح للإقامة ، فلا يتعلق بنيته الإقامة حكم ؛ ولأن الإقامة يتعلق بها الحكم للترفة الذي يحصل للمسافر بالإقامة ، فإذا كان في مفازة ، لم يحصل الترفة ، فلم يوجد معنى الإقامة .

٤٣٢ - [فَصْل : وقت ابتداء القصر في السفر]

قد بيّنا مدة السفر والإقامة ، وما يتعلق بهما ، واحتجنا أن نبين متى يصلي المسافر ركعتين ؟ .

(١) انظر : «الأصل» ٧٨/١ ، ٧٩ .

قال محمد في «الأصل»: ولا يصلي المسافر ركعتين حتى يخلف المصر^(١)، قال الحسن عن أبي حنيفة: من خرج من الكوفة ينوي سفرًا، فإذا جاء الفرات وهو يريد بغداد، قصر، وإن كان نحو مكة، فحين يجاوز الأبيات، فإن كان في سفينة، فحتى يركبها، إلا أن يكون في وسط المصر، فيعتبر مجاوزة البيوت.

وقد روى أبو الحويرث، عن أبي الأسود: أن عليًّا أراد الكوفة، فلما كان بسليمة، صلى بالناس أربعًا، وقال: لولا الخص الذي بين يدي لصليت ركعتين.

والأصل في ذلك: حديث أبي العالية قال: خطبنا أبو بكر الصديق فقال: قال رسول الله ﷺ: «للمقيم أربع، وللظاعن ركعتين، مولدي بمكة، ومهاجري بالمدينة، فإذا خرجت من المدينة مصعدًا من ذي الحليفة، صليت ركعتين حتى أرجع إليها»^(٢)، فذكر خروجه من المدينة، وهذا لا يقال إذا بقي عليه شيء منها؛ ولأن بقاع المصر موضع لإقامته، فصارت كداره؛ ولأنه لو صار إلى هذا الموضع من سفره، أتم كبريته.

٤٣٣ - [فصل: وقت ابتداء الإتمام]

وإذا قدم من سفرٍ وبينه وبين مصره فرسخ^(٣)، لم يتم صلاته، ولا يلزمه الإتمام حتى يصير إلى موضع لو كان فيه عند توجهه إلى السفر، لم يقصر؛ لما روي في خبر ابن عمر: أن رسول الله ﷺ كان إذا خرج من المدينة، لم يزد على

(١) انظر: «الأصل» ١/٢٣٢.

(٢) رواه المروزي في «مسند أبي بكر» (١٣٥)، وابن جرير في «تهذيب الآثار» (مسند عمر) (٣٦٧)، وأبو الشيخ الأصبهاني في «طبقات المحدثين بأصبهان» ١: ٣١٤، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» ٢: ٢٢٢.

(٣) الفرسخ = ٣ أميال = ٥٥٤٤ مترًا.

ركعتين ، حتى يرجع^(١) ؛ ولأن هذا المكان لو صار إليه ابتداءً ، قَصَرَ ، كذلك في العود ، كسائر بقاع سفره .

وقال أصحابنا: لا يصير مسافراً بالنية حتى يخرج ، ويصير مقيماً بنفس النية إذا كان في موضع يصلح للإقامة ، ولم يكن تابعاً لغيره ؛ وذلك لأن النية بانفرادها ، لا حكم لها في إسقاط العبادات ، حتى ينضم إليها أمر آخر ؛ بدلالة: أن المصلي متى نوى إفساد صلاته بكلام أو غيره ، لم يؤثر فيها ما لم ينضم إليه فعل آخر ، وكذلك من نوى التزام عبادة ، لم يلزمه حكمها ما لم يتكلم ، وإذا كان كذلك ، لم يثبت لنية السفر حكم ما لم ينضم إليه فعل .

وأما نية الإقامة ، فقد قارنها فعل ، وهو ترك السفر ، فصار كمال التجارة إذا نواه للُقننة .

٤٣٤ - [فصل: في القصر متعلق بآخر الوقت]

وأما الوقت الذي يسافر فيه ، فيقصر عندنا: إذا سافر في الوقت ، قَصَرَ في أوله ، أو آخره إذا بقي منه قدر التحريم ، وقال ابن حَيٍّ في المسافر يسافر بعد زوال الشمس: صَلَّى أربعاً ، ومن أصحاب الشافعي من قال: إذا كان قد مضى من الوقت مقدار أربع ركعات .

وهذه المسألة فرع على أن وجوب الصلاة يتعلق بآخر الوقت عندنا ، وأن أوله وقت لوقوعها مراعى ، وقد نصّ على هذا في أول وقت الاستحاضة .

وقال ابن شجاع: أول الوقت يتعلق به الوجوب موسعاً ، ويتضيق ذلك بآخر

(١) الطيالسي في «مسنده» (١٩٧٥) ، وأحمد (٦٠٦٣) ، ابن ماجه (١٠٦٧) .

وبمعناه في «الصحيحين»: «صحيح البخاري» (١١٠٢) ، و«صحيح مسلم» ١: ٤٧٩ (٨) .

الوقت ، وبه قال الشافعي .

لنا: أنها صلاة يجوز تأخيرها عن هذا الوقت من غير عذر ، فلم تكن واجبةً فيه ، كالعصر في وقت الظهر يوم عرفة .

وإذا ثبت أن الوجوب يتعلق بآخر الوقت ، وقد حصل ذلك ، فهو مسافر ، وكان عليه أن يأتي بفرض السفر ، وكذا إن أقام وقد بقي من الوقت مقدار التحريمة ، صلى أربعاً ؛ لأن وقت الوجوب حصل وهو مقيم ، فكان عليه فرض الإقامة .

٤٣٥ - [فصل: تذكر صلاة إقامة في السفر ، وصلاة سفر في الإقامة]

وقد قال أصحابنا: فيمن تذكر صلاة إقامة في السفر ، صلاها صلاة مقيم ؛ لأنها استقرت في ذمته ، وصارت ديناً ، فلا يتغير بالسفر ، كالنذر .

وذكر ابن المنذر في «الاختلاف»: أن هذا ال فصل: إجماع^(١) .

وأما إذا فاتته صلاة حال السفر ، فذكرها حال الإقامة ، فإنه يصليها صلاة سفر عندنا^(٢) ؛ لأن الركعتين من أهل الفرض ، وقد استقر في ذمته بخروج الوقت ، فلا يتغير بالإقامة ، كركعتي الفجر ؛ ولأنه عدد يجوز للمسافر الاقتصار عليه منفرداً ، فلا يتغير بإقامته ، كالمغرب .

٤٣٦ - [فصل: الصلاة أثناء العود إلى الأهل بنية الرجوع]

قال أبو الحسن: إذا خرج من مصره مسافراً ، فلما سار نوى الرجوع إلى

(١) انظر: «الإجماع» لابن المنذر ص ٤٤ .

(٢) وللشافعي فيه قولان ، «وقال في الجديد: لا يجوز له القصر ، وهو الأصح» . «المهذب» ٣٤١/١ .

أهله لحاجة ، [٣١/ب] فإن كان المكان الذي رجع منه إلى مصره مسيرة ثلاثة أيام ، قصر ، وإن كان أقل من ذلك ، أتم في مكانه ، وفي رجوعه ، وفي مقامه في مصره الذي يخرج منه إلى سفره ؛ وذلك لأن السفر ما لم تكمله ، فهو موقوف الحكم ؛ لجواز أن يتم فيستقر حكمه ، وجواز أن [يقصر ، إذا أراد] ^(١) الرجوع قبل تمام ثلاثة أيام ، يسقط حكمه ، فوجب أن يصلي صلاة مقيم ، كأنه لم يسافر .

وأما إذا أتم سفر ثلاثة أيام ، ثم عزم على العود ، فقد صح السفر ، وزالت المراعاة ، فلا يبطل إلا بدخول وطنه ، أو نية الإقامة .

والدليل على أن دخول الوطن يبطل السفر : (أن النبي ﷺ كان يسافر ، فيقصر ، وإذا عاد إلى المدينة ، أتم) ؛ ولأن مشقة السفر تزول بدخول الوطن ، فتزول أحكامها .

والكلام في هذا الموضع يقع في الأوطان المختلفة وأحكامها :

والأوطان ثلاثة : وطن أهلي : وهو الوطن الذي يستقر الإنسان فيه وأهله ، وهذا الوطن سماه أبو الحسن : وطن إقامة .

والثاني : وطن سفر : وهو الذي يدخل المسافر من البلاد ، فينوي أن يقيم فيه خمسة عشر يوماً .

والثالث : وطن سُكنى : وهو أن يقيم في مرحلة أقل من خمسة عشر يوماً .

فأما الوطن الأهلي : وهو الذي سماه أبو الحسن : وطن إقامة ، فإنه يبطل بحدوث وطن مثله ؛ لأن النبي ﷺ ولد بمكة ، وكان وطنه بها ، فلما هاجر وحدث

(١) طمس في المخطوطة قدر ثلاث كلمات ، والمثبت ما يقتضيه السياق .

له وطن بالمدينة، بطل ذلك الوطن الأصلي؛ بدلالة أنه دخلها عام الفتح، فلم يتم صلاته، وقال: «أتموا يا أهل مكة، فإننا قوم سفر»^(١)، دل على أنها خرجت عن كونها وطنًا؛ ولأنهما متساويان، والثاني طارئ على الأول، فأسقط حكمه.

وهذا إذا نقل حكمه في أهله عن الأول، فأما إذا استحدث وطنًا وأهلًا في بلد آخر، وأهله في البلد الأول باقٍ لم ينقله، فكل واحد منهما له وطن أهلي.

ولا يبطل الوطن الأهلي بالسفر؛ لأن الحاج قد يخرج مسافرًا، فلا يبطل وطنه، وقد سافر ﷺ، فلم يبطل وطنه بالمدينة بالسفر، ولا يبطل بحدوث وطن الإقامة؛ لأنه أضعف منه، فلا يبطل الأقوى بالأضعف.

وأما وطن الإقامة، الذي سمّاه أبو الحسن: وطن سفر، فيبطله الوطن الأهلي؛ لأن المسافر يتجدد له أوطان، يسقط كلها بعوده إلى وطنه وبلده؛ لأن الوطن الأهلي أكد وأقوى، والشيطان المختلفان إذا اجتمعا، تعلق الحكم بالأقوى منهما، وسقط الأضعف، ويبطل وطن مثله؛ لأنه ساواه في القوة، وطراً عليه، فصار بمنزلة الوطن الأهلي طراً عليه مثله، ويبطل بإنشاء سفر ثلاثة أيام؛ لأن هذا الوطن صار وطنًا له بنيته، وفعل السفر ينافي نية الإقامة، فبطل الوطن بوجود ما ينافيه، فلا يبطل وطن السكنى؛ لأنه أضعف منه، فلا يؤثر الضعيف في القوي، كما لا يبطل وطن للأهل بوطن السفر.

وأما وطن السكنى، فيبطله مثله، كما تبطل الأوطان بحدوث مثلها، ويبطله الأهلي ووطن السفر؛ لأنه إذا أبطله ما هو مثله، فلأن يبطله ما هو أقوى، أولى منه.

والدليل على ضعف هذا الوطن: أن وجوب الصوم وإتمام الصلاة، لا

(١) تقدم الحديث.

يتعلق به متعلق ذلك بوطن الإقامة .

قال أبو الحسن في «الجامع»: «اختلفت الرواية عن محمد في وطن السفر: وهو الذي سمّيناه: وطن الإقامة، فروي عن محمد: أنه لا يكون إلا بعد سفر في موضع يكون بينه وبين المصر الذي هو مقيم فيه، ثلاثة أيام فصاعداً .

وروى ابن سماعة عنه: أنه يكون وطناً وإن لم يكن سفر تام، ولم يكن بينه وبين أهله ثلاثة أيام .

قال: وروى محمد عن أبي يوسف: أنه إذا نوى إقامة خمسة عشر يوماً بعد السفر في موضع، وليس بينه وبين أهله ثلاثة أيام، أنه يكون له وطناً، ولا أحفظ قوله فيمن نوى إقامة خمسة عشر يوماً، ولم يتقدم له سفر .

وجه الرواية الأولى: أن وطن السفر يكون بعد إنشاء سفر، فيقطعه بالوطن، ومتى لم يوجد هذا المعنى، بطل اعتبار الوطن، وصار كمن خرج إلى ضيعة، أو المصلى، فأقام به .

وأما إذا خرج مسافراً إلى مسافة ثلاثة أيام، فقد صحَّ سفره، وترك السفر، فصار كأنه نوى الرجوع إلى بلده، فيبطل سفره، ويصير كأن لم يكن .

وجه الرواية الأخرى: أن الوطن الأهلي يجوز أن يحدث له في موطن آخر، وإن لم ينشئ سفراً، ولا بعد عن وطنه الأول مسيرة ثلاثة أيام، وكذلك وطن الإقامة .

فروع هذه الأصول

٤٣٧ - [فصل: الإتمام والقصر لمن تنقل بين المدن]

قال محمد: في بغدادي خرج إلى القصر، ونوى أن يقيم بها خمسة عشر

يوماً ، فلما دخل القصر عزم على أن يأتي الكوفة يقيم بها يوماً ، ثم يعود إلى بغداد ويمرّ بالقصر ، فإنه يتم الصلاة حتى يأتي بغداد في رواية ابن سماعة عن محمد .

وفي الرواية الأخرى عنه : يتم حتى يأتي الكوفة ، فإذا خرج يريد بغداد ، إذا قصر في طريقه كله ، وبالقصر أيضاً حتى يأتي بغداد .

وأما على رواية ابن سماعة : فلأنه وطن وإن لم يتقدمه سفر ، فإذا خرج إلى الكوفة ، فذلك ليس بسفر ، وإذا خرج إلى بغداد ، فبينه وبين وطنه بالقصر أقل من ثلاثة أيام ، فلا يجوز أن يقصر .

فأما على الرواية الأخرى : فالقصر ليس بوطن ؛ لأنه لم يتقدمه سفر ، فلما خرج إلى الكوفة ، فليس ذلك بسفر صحيح ، فيتم ، فإذا خرج من الكوفة إلى بغداد ، وليس بينهما وطن ، فهو سفر صحيح ، قصر .

وكذلك إن خرج من بغداد يريد الكوفة ، فلما دخل القصر ، بدا له أن يقيم بها خمسة عشر يوماً ، ثم عزم بعد ذلك على أن يأتي الكوفة ويقيم بها ، ثم رجع إلى بغداد ، فإنه يقصر إذا خرج من الكوفة في رواية ابن سماعة عن محمد ، على ما بيناه .

وقد حكى محمد عن أبي يوسف في هذه المسألة : إنه يتم حتى يأتي بغداد ؛ لأنه استوطن القصر بعد نية سفر صحيح .

قال محمد : في خراساني قدم الكوفة ، وأراد المقام بها شهراً ، ثم خرج إلى الحيرة ، فوطن نفسه على إقامة خمسة عشر يوماً ، ثم خرج من الحيرة يريد خراسان ، فإنه يصلي بالكوفة ركعتين ؛ وذلك لأن وطنه بالكوفة وطن إقامة

ووطن سفر على ما قال .

٤٣٨ - [فصل: في بطلان وطن الإقامة]

قال أبو الحسن عليه السلام: وهذا الوطن بينا أنه يبطل بمثله ، فلما نوى أن يقيم بالحيرة خمسة عشر يوماً ، فقد حدث له وطن مثل الأول ، فبطل إقامته بالكوفة ، فمروره بها كمروره بسائر البلدان ، فيصلي بها ركعتين .

قال محمد: ولو أن هذا الخراساني لما خرج من الكوفة إلى الحيرة ، لم يوطن نفسه على إقامة خمسة عشر يوماً ، فأقام بالحيرة أياماً على تلك النية ، وهم يتم الصلاة ، ثم خرج من الحية يريد خراسان ، فمرّ بالكوفة ، فإنه يصلي أربع ركعات ؛ لأنّ وطنه بالحيرة وطن سكنى ، فلم يبطل وطن الإقامة الذي كان له بالكوفة ، فإذا اجتاز بها وهي وطنه ، صلى أربع ركعات ما دام بها ، ولا يعتد بإنشائه السفر من الحيرة ، كمن كان من أهل الكوفة ، [١/٣٢] فخرج منها إلى الحيرة ، ثم أنشأ سفرًا من الحيرة إلى خراسان ، لم يصّر مسافرًا حتى يفارق الكوفة .

قال: ولو قدم خراساني الكوفة ، فنوى أن يقيم بها خمسة عشر يوماً ، أتم الصلاة ؛ لأن هذه إقامة صحيحة ، فعاد بها إلى حكم من لم يسافر .

قال: [ولو] ^(١) خرج منها يريد مكة ، فلما وصل إلى القادسية ، ذكر حاجة له بالكوفة ، فانصرف إليها ، صلّى ركعتين ؛ لأنه [أنشأ سفره لثلاثة أيام] ، وهو سفر صحيح ، فبطل حكم وطنه ، فرجوعه إليها ودخوله بلدًا آخر سواء .

ولو كان الرجل من أهل الكوفة ، والمسألة بحالها ، صلى أربع ركعات ؛

(١) طمس في الأصل ، والمثبت يدل عليه السياق ، والله تعالى أعلم .

لأن الوطن الأهلي لا ينقضه إلا مثله ، ولم يوجد إلا إنشاء السفر ، وذلك لا يبطله .
 وإذا خرج الكوفي إلى القادسية ، وهو لا يريد أن يجاوزها ، ثم خرج منها إلى
 الحفيرة ، وهو يريد أن لا يجاوزها ، ثم خرج من الحفيرة يريد الشام ، فمر بالقادسية ،
 فإنه يصلي ركعتين ؛ لأن وطنه بالقادسية ، كان وطن سكنى ، فإذا خرج إلى
 الحفيرة ، حدث له وطن مثله ، فبطل الأول ، وصار مروره بها وسائر البلدان سواء .

قال : ولو خرج من القادسية لحاجة له ، حتى إذا كان قريباً من الحفيرة ، بدا
 له أن يرجع إلى القادسية ، فيحمل ثقله منها ، ويرجع إلى الشام ، فإنه يصلي أربعاً
 حتى يرتحل من القادسية ؛ لأنها وطن سكنى ، فلا يبطل إلا بوطن مثله ، وخروجه
 منها لا يبطل حكم الوطن ، كما لا يبطل حكم سائر الأوطان .

٤٣٩ - [فصل : في دخول المسافر في صلاة المقيم]

قال أبو الحسن : وإذا دخل المسافر في صلاة مقيم ، صلى أربعاً .
 وقال مالك : إن أدرك معه ركعة فما فوقها ، أتمها أربعاً ، وإن كان أقل من
 ذلك ، صَلَّى ركعتين^(١) .

ومن الناس من يقول : لا يلزمه الإتمام في جميع الأحوال .

لنا : قوله ﷺ : « فلا تختلفوا على أئمتكم »^(٢) ، وهذا يوجب متابعتهم في

(١) بل زاد ابن الجلاب بالإعادة ، فقال : « وإذا صلى خلف مقيم ، فأتم صلاته ، أعاد في الوقت
 استحباباً » ٢٥٩/١ ؛ ولدى غيره بالجواز فقط . انظر : « المدونة » ١١٤/٢ ؛ « المعونة » ٢٦٨/١ .

(٢) روى البخاري (٧٢٢) عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فلا
 تختلفوا عليه » .

جميع الأحوال ، في جميع الصلاة ، وعن ابن عباس : إن صلينا معكم ، صلينا أربعاً ، وإن صلينا في بيوتنا ، صلينا ركعتين ؛ ولأنه اجتمع في الصلاة حكم السفر والإقامة ، فكان الحكم للإقامة ، كمن افتتح الصلاة في سفينة ، فانحدرت .

وأما الكلام على مالك ؛ فلأن مشاركة الإمام لما ألزمته الائتمام ، استوى فيها أول الصلاة وآخرها ، كنية الإقامة .

٤٤٠ - [فصل : المسافر يقتدي بمقيم في الظهر ، ثم يفسد الإمام الصلاة]

قال أصحابنا : في المسافر يقتدي بمقيم في الظهر ، فيخرج الوقت ، ثم يفسد الإمام صلاته ، قال : على المسافر ركعتان ، وقال الشافعي : أربع^(١) .

لنا : أن أصل الفرض عندنا ركعتان ، وإنما لزمته الزيادة بحكم المتابعة ، فإذا زالت المتابعة ، عاد إلى أصل فرضه ؛ ولأن ما لزم المسافر بحكم المتابعة ، يبطل عنه بالإفساد ، كما لو دخل في الجمعة .

٤٤١ - [فصل : المسافر يدخل في صلاة المسافر]

قال أصحابنا : في المسافر يدخل في صلاة المسافر ، ثم يحدث الإمام ، فيستخلف مقيماً ، لم يلزم المسافر الإتمام ؛ لأن فرضه في الأصل ركعتان ، وإنما يلزمه الإتمام بنية الإقامة ، أو بالتزام تحريمه مقيم ، ولم يوجد واحد منهما ، فبقي على أصل فرضه .



(١) قال الشيرازي : «... لزمه الإتمام ؛ لأنه فرض لزمه ، فلا يسقط عنه بالإفساد كحج التطوع» .

٤٤٢ - [فَصْل: مسافر صلى بمسافر ركعة، ثم نوى الإقامة]

قالوا: في مسافر صلى بمسافرين ركعة، ثم نوى الإقامة، أتمَّ صلاته والقوم؛ لأن المؤتمين نوا صلاة الإمام، ونية الإقامة توجب إتمام الصلاة بموجب التحريمة، فصار كأنهم اقتدوا ابتداءً بمقيم.

٤٤٣ - [فَصْل: فيمن خرج مسافراً ثم عاد إلى مكانه]

وقد قالوا: فيمن خرج من مصره مسافراً، فافتح الصلاة، ثم أحدث، فعاد إلى مصره، فتوضأ، وعاد إلى مكانه، صَلَّى أربع ركعات؛ لأن دخوله وطنه يبطل حكم السفر، فصار كنية الإقامة، ومن خرج من مصره مسافراً، فلم يتمم ثلاثة أيام حتى ينوي الإقامة، بطل حكم سفره؛ لأن السفر مراعى، فإذا أبطل بنية الإقامة، عاد إلى الأصل.

[فإن إمام] أتم [صلاته] ^(١) ثلاثة أيام، ثم نوى العود إلى مصره، فإن نية السفر وإن بطلت، فهو بالعود مستأنف لسفر صحيح، فيتعلق به حكم الرخصة.

قال: فإن أتم في الصلاة الفائتة في السفر بإمام مقيم، لم يجز ذلك؛ وذلك لأن القعدة الأولى فرض للمؤتم، نفل للإمام، والمفترض لا يجوز أن يقتدي بالمتنفل، وليس هذا كالمقيم يقتدي بمسافر؛ لأن القعدة الأولى فرض في حق الإمام، نفل في حق المؤتم، والمؤتم يجوز أن يقتدي في نفيه بمفترض.

٤٤٤ - [فَصْل: المرأة تتبع زوجها إقامةً وسفرًا]

قال: والعبد إذا كان مع مولاه، أو امرأة مع زوجها، فالعبد مقيم بإقامة

(١) طمس في الأصل.

مولاه، ومسافر بسفره، وكذلك المرأة مقيمة بإقامة زوجها، ومسافرة بسفره؛ ولذلك كل تبع للإنسان يلزمه طاعته من إمام أو أمير جيش، فهو كذلك؛ وذلك لأن إقامة هؤلاء لا يقف على اختيارهم، وإنما يتبعون من يلزمهم الإقامة بإقامته، والسفر بسفره، فاعتبر فيه المتبوع.

وقد روي: أن ابن مسعود أنكر على عثمان لما صَلَّى بِمَنَى أَرْبَعًا، وَصَلَّى مَعَهُ؛ لَأَنَّهُ جَوَّزَ أَن يَكُونَ نَوَى الْإِقَامَةِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ جُنْدِهِ، فَلَزِمَهُ اتِّبَاعُهُ.

٤٤٥ - [فَصَّلْ: الْمَسَافِرُ يَصَلِّي أَرْبَعًا]

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا صلى المسافر أربعمائة، فقد أساء، وخالف السنة؛ لقول ابن عمر: «من خالف السنة كفر»؛ ولأنه يزيد على الفريضة، والزيادة على الفرض لا يجوز إلا من جهة الله تعالى، كمصلي الصبح أربعمائة.

٤٤٦ - [فَصَّلْ: نِيَّةُ الْمَسَافِرِ الْإِقَامَةَ فِي الصَّلَاةِ]

قال: وإذا نوى المسافر الإقامة وهو في الصلاة، أتم الصلاة أربعمائة، وحده صلى أو خلف الإمام، إلا أن يكون قد أدرك أول الصلاة وأحدث، أو نام، فتوضأ وجاء، أو انتبه، أو انتبه وقد فرغ الإمام، فإنه إن نوى الإقامة عند ذلك، لم يكن مقيمًا؛ لأن الإمام في غير الصلاة، وإن كان مسبقًا ببعض الصلاة، فهو مقيم في تلك الصلاة، نوى ذلك خلف الإمام أو بعدما قام يقضي؛ وذلك لأنه إذا نوى الإقامة، صار مقيمًا، فلزمه الإتمام كما نوى في أول الصلاة.

وأما إذا كان مدركًا لأول الصلاة، وقد فرغ الإمام، فإن نيته لا تؤثر؛ لأنه في حكم من خلف الإمام، فكما أن الإمام لو نوى في هذه الحالة الإقامة، لم

يلزمه الإتمام ، كذلك هذا .

وأما المسبوق ، فإنه في حكم المنفرد ، ولهذا يلزمه القراءة ، والمنفرد إذا نوى الإقامة ، صحت نيّته .

٤٤٧ - [فصل : سهو المسافر في الظهر ، ثم ينوي الإقامة]

وقال محمد في «الأصل» : في مسافر صلى الظهر ركعتين ، وسها ، وسلّم ، ثم نوى الإقامة ، سقط عنه سجدة السهو في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد : يلزمه أن يتم صلاته ، وهذا مبني على اختلافهم : أن بقاء سجدتي السهو ، هل يمنع الخروج بسلامه عن صلاته ؟ فمن أصلهما : أنه خرج ، فبنية الإقامة خارج الصلاة ، لا يتعلق بها حكم ، ولا يجوز أن يؤمر بفعل السجدتين ليلزمه الإتمام ؛ وذلك لأنه متى عاد إليهما ، يلزمه رفضهما إلى آخر صلاته ، من جهة أن محلها خارج الصلاة ، وليس في الأصول : أن يؤمر بفعل شيء يلزمه رفضه في الحال ، فبطل أن يؤمر بالعود إلى الصلاة لفعالها .

وأما محمد وزفر : فمن أصلهما : أنه في التحريمة ، فيصير كمن قعد قدر التشهد ، فيؤدي إقامة .

٤٤٨ - [فصل : نية المسافر أثناء الصلاة الإقامة]

[١/٨٠] قال : وإذا نوى المسافر الإقامة وهو في الصلاة ، [أتم الصلاة]^(١) أربعاً ، وحده [صلى] أو خلف الإمام ، إلا أن يكون قد أدرك أول الصلاة فأحدث أو نام ، فتوضأ وجاء ، أو [انتبه] وقد فرغ الإمام ، فإنه إن نوى الإقامة عند ذلك

(١) في ب (صلى) ، والمثبت من أ .

لم يكن مقيماً؛ لأن الإمام في غير الصلاة.
فإن كان مسبقاً ببعض الصلاة فهو مقيم في تلك الصلاة، نوى ذلك خلف الإمام أو بعد ما قام يقضي؛ وذلك لأنه إذا نوى الإقامة صار مقيماً فلزمه الإتمام، كما لو نوى ذلك في أول الصلاة.

وأما إذا كان مدركاً لأول الصلاة وقد فرغ الإمام [٨٠/ب]، فإن نيته لا تؤثر؛ لأنه في حكم من خلف الإمام، فكما أن الإمام لو نوى في هذه الحالة الإقامة لم يلزمه الإتمام، كذلك هذا، وأما المسبوق فإنه في حكم المنفرد، ولهذا يلزمه القراءة، والمنفرد إذا نوى الإقامة صحّت نيته.

٤٤٩ - فَصْل: [مسافر صَلَّى الظهر ركعتين وسلّم ونوى الإقامة]

وقد قال محمد في الأصل: في مسافر صَلَّى الظهر ركعتين وسها وسلّم، ثم نوى الإقامة، سقطت سجدة السهو في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: يلزمه أن يتم صلاته.

وهذا مبني على اختلافهم: أن بقاء [سجدي السهو]^(١) هل يمنع الخروج من صلاته بسلامه؟.

فمن أصلهما: أنه قد خرج من صلاته، فنية الإقامة خارج الصلاة لا يتعلق بها حكم، ولا يجوز أن يؤمر بفعلها^(٢) ليلزمه الإتمام؛ وذلك لأنه متى عاد إليهما، لزمه رفضهما وتأخيرهما إلى آخر صلاته من جهة أن موضعهما خارج الصلاة،

(١) في ب (السجدة من السهو)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (بفعل السجدين).

وليس في الأصول أن يؤمر بفعل شيء يلزمه رفضه في الحال ، فيبطل أن يؤمر بالعود إلى الصلاة لفعلهما .

وأما محمد وزفر ، فمن أصلهما : أنه باق في التحريم ، فيصير كمن قعد بقدر التشهد ، فنوى الإقامة .

٤٥٠ - فَصْل : [مسافر صَلَّى بمسافرين ونوى الإقامة]

قال : وإن صَلَّى مسافر بمسافرين ونوى الإقامة ، أتمَّ وأتمَّ القوم ؛ وذلك لأنه لما نوى الإقامة لزمه الإتمام ، فصار كمقيم في الابتداء صَلَّى بمسافرين .

فإن صَلَّى مسافر بمقيمين ، صَلَّى ركعتين وسلَّم ، وأتمَّ القوم ؛ لأنه صَلَّى بِمَكَّةَ بِمَكَّةَ ركعتين وأمر بلا لاً فنادى : «أتموا يا أهل مكة ، فإننا قوم سفر»^(١) .

ولا قراءة عليهم فيما يقضون إذا كانوا قد أدركوا أول الصلاة ؛ لأن فرض القراءة في ركعتين من الصلاة ، وقد تعينت في الأولين ، فلم يلزمه [فيما] بعد ذلك إذا لم يتغير حكم الائتمام .

٤٥١ - فَصْل : [المسافر العاصي في قصر الصلاة]

قال : والمسافر في الطاعة والمعصية في قصر الصلاة سواء ، لا تغير المعصية الفرض .

وقال الشافعي : العاصي في سفره لا يترخص .

أما جواز صلاته ركعتين ؛ فلقوله صَلَّى : «صلاة المسافر ركعتان حتى يؤوب

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ، ٤/٤٣١ .

إلى أهله»^(١)؛ ولأنه مسافر مسافة تقصر الصلاة في مثلها، فجاز له القصر كالتاجر؛ لأن كل ما جاز له استباحته في السفر المباح، جاز للعاصي في سفره استباحته، أصله: إذا [افتتح] الصلاة بالتميم.

وأما جواز الفطر في رمضان فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]؛ ولأن كل حالة جاز الإفطار فيها لغير العاصي، جاز للعاصي في سببه، أصله: حال المرض.

وأما جواز المسح على الخفين؛ فلقوله ﷺ: «يمسح المسافر ثلاثة أيام»^(٢)؛ ولأن كل مَنْ جاز له استيفاء رخصة الإقامة حال الإقامة، جاز له استيفاء رخصة السفر، كالمرأة من غير محرم.

وأما جواز الصلاة على الراحلة إذا خاف؛ فلقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِرْجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: ٢٣٩]؛ ولأنه خائف على نفسه من النزول، فكان له الصلاة على الراحلة كالمطيع؛ ولأنه خارج المصر، فكان له التنفل على الراحلة كالمطيع.

وأما جواز أكل الميتة؛ فلقوله ﷺ: «ما لم تَصْطَبِحُوا»^(٣)، أو تَغْتَبِقُوا، أو

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه، ٣٤٠/٢؛ والنسائي في المجتبى (١٥٦٦)؛ والبيهقي في الكبرى، ١٩٩/٣؛ والطبراني في الأوسط ١٨١/٥.

(٢) أخرجه أحمد في المسند، ٢١٣/٥؛ المقدسي في المختارة، ٣٦/٨؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٧٨/١؛ والطبراني في الكبير، ٩٤/٤.

(٣) تصطبحوا: الاصطباح هنا: أكل الصُّبُوح، وهو الغداء. تغتبقوا من الغَبُوق: العشاء، «وأصلهما في الشرب، ثم استعملا في الأكل: أي: ليس لكم أن تجمعوهما من الميتة».

تَحْتَفُوا^(١) بقللاً فشانكم بها^(٢)؛ ولأنه خاف على نفسه التلف، فجاز له الانتفاع بالميتة كحال الإقامة، وأصله: مَنْ أنشأ السفر [١/٨١] وهو مطيع، ثم جعله للمعصية.

٤٥٢ - فَضْل: [الصلوات التي تقصر فيها]

وقد قالوا: إنه يقصر في السفر في كل صلاة: وهي أربع ركعات، فأما ما هي ركعتان أو ثلاث، فإن السفر لا يغيرها، والدليل على ذلك: حديث عائشة: «إن الصلاة فرضت ركعتين، فزيدت في الحضر، وأقرت في السفر على ما كانت عليه»^(٣)، فهذا يدل على أن التغيير وقع في الصلوات التي جعلت أربعاً في الحضر؛ ولأن ذلك نُقِلَ من فِعْلِ رسول الله ﷺ نقلاً مستفيضاً، فلا يجوز مخالفته.



= ثم قال ابن الأثير: «قال الأزهري: قد أنكر هذا على أبي عبيد، وفسر أنه: أراد إذا لم تجدوا لُبَيْنة تصطبحونها، أو شراباً تغتبقونه، ولم تجدوا بعد عدمكم الصبوح والغبوق بَقْلَةً تأكلونها، حلّت لكم الميتة، قال: وهذا هو الصحيح». النهاية في غريب الحديث (صبح).

(١) الاحتفاف: أكل ما في القدر.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٣٥٧/٩؛ وفي معرفة السنن وقال: «وهذا حديث منقطع لم يسمعه

حسان بن عطية من أبي واقد وإنما سمعه من أبي مرثد أو عن أبي مرثد وهو مجهول». ٢٨٧/٧.

(٣) أخرجه البخاري (١٠٤٠)؛ ومسلم (٦٨٥).

بَابُ

الصلاة على الراحلة



قال أبو الحسن: للمسافر أن يصلي على راحلته [تطوعاً] أينما كان وجهه في غير مصر، مسافراً كان أو غير مسافر إذا كان في صحراء، ويكره هذا بين البيوت، وفي هذا المعنى خلاف رواية عن أبي يوسف.

والأصل في جواز الصلاة على الراحلة في [حالة] السفر: ما رواه نافع عن عبد الله قال: «كان النبي ﷺ يُومئُ إيماءً بوجهه على راحلته»^(١)، قال نافع: كان عبد الله يفعل ذلك.

وعن ابن عمر قال: «رأيت رسول الله ﷺ يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر»^(٢).

وعن أبي سعيد: «كان رسول الله ﷺ يصلي على بعيره أينما توجه، سجوده أخفض من ركوعه»^(٣).

وعن جابر: «أن رسول الله ﷺ كان يصلي على الراحلة نحو المشرق تطوعاً، فإذا أراد أن يصلي المكتوبة، صَلَّى على الأرض»^(٤).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ٢/٢١٣.

(٢) أخرجه البخاري (١٠٤٩)؛ ومسلم (٧٠٠).

(٣) أخرجه مسلم (٥٤٠)؛ وأبو داود (٩٢٦).

(٤) أخرجه البخاري (١٠٤٨).

ولأن المسافر يركب في عامة أحواله ، والإنسان يتنفل في عامة الأحوال ، فلو لم يجز له أن يتنفل راكباً ، أدّى ذلك إلى منعه من النوافل ، وهذا لا يَصِحُّ ؛ ولأن النافلة قد يجوز أن يفعلها على الأرض قاعداً مع القدرة على القيام ، فدلّ على تخفيف حكمها ، فجاز أن يفعلها الراكب في السفر .

٤٥٣ - فَصْلُ : [استقبال القبلة في الصلاة على الراحلة]

وقد قال أصحابنا: إن استقبال القبلة في [ابتداء] الصلاة على الراحلة غير واجب ، وقال الشافعي: واجب .

لنا: حديث ابن عمر قال: «رأيت رسول الله ﷺ يُصَلِّي على راحلته حيث توجَّهت به»^(١) ، وهذا بيان لصفة الصلاة ، فلو اختلف الابتداء والانتهاء لبيته ؛ ولأن استقبال القبلة لو كان شرطاً في الابتداء ، لاعتبر حال البقاء [مثل حال] النزول .

وأما الذي روي عن أنس قال: «كان النبي ﷺ إذا أراد أن يصلي على راحلته: استقبل القبلة ، وكبّر ، وصلى حيث توجَّهت به»^(٢) ، لا يدلّ على الوجوب ؛ لأن مجرد فعله ﷺ لا يدلّ على الوجوب .

٤٥٤ - فَصْلُ : [الصلاة على الراحلة بالإيماء]

وقد قالوا: إنه يُؤمىُ إيماءً ؛ لحديث نافع عن ابن عمر قال: «كان رسول الله ﷺ يومئُ إيماءً بوجهه على راحلته»^(٣) ، وفي خبر أنس: «كان رسول الله ﷺ

(١) أخرجه البخاري (٣٩١) ؛ ومسلم (٧٠٠) .

(٢) أخرجه البخاري (١٠٤٩) ؛ ومسلم نحوه عن أنس رضي الله عنه (٧٠٢) .

(٣) أخرجه البخاري (١٠٤٥) .

يُصَلِّي عَلَى حِمَارٍ وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ إِلَى غَيْرِ الْقِبْلَةِ ، يَرْكَعُ وَيَسْجُدُ ، يَوْمِيَّ إِيمَاءً مِنْ غَيْرِ أَنْ يَضَعُ وَجْهَهُ عَلَى شَيْءٍ»^(١) ؛ ولأنه لا يتمكن من السجود كالمريض .

قالوا: ويجعل السجود أخفض من الركوع ؛ لما رواه عطية العوفي عن أبي سعيد قال: «كان رسول الله ﷺ يصلي على بعيره أينما توجه ، وسجوده أخفض من ركوعه» ؛ ولأن السجود أخفض من الركوع في موضعه ، فمتى أوماً [بها] لزمه الإيماء على الوجه [٨١/ب] الذي وقع وضعهما عليه ، ألا ترى أن الإيماء بالركوع جزء منه ، والإيماء بالسجود جزء من الأصل ، فوجب اعتباره بأصله .

٤٥٥ - فَصْلٌ : [ما لا يصلي على الراحلة من الصلوات]

وأما قوله في التطوع ؛ فَلَمَّا رُوي في حديث جابر: «أن رسول الله ﷺ كان يصلي على الراحلة نحو المشرق تطوعاً ، فإذا أراد المكتوبة صَلَّى على الأرض»^(٢) ؛ ولأن الأركان فريضة في المكتوبة ، فلم يجز تركها مع القدرة ، والراكب قادر على النزول ، فلم يجز له ترك الأركان ، كما لو كان على الأرض .

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة قال: لا يصلي على الراحلة المكتوبة [راكباً] ، ولا الوتر ، ولا ركعتي الفجر .

قال ابن شجاع: لأن الوتر فريضة عنده ، ومن جعل الوتر سنة ، فكذلك قوله أيضاً ؛ لتأكدها على النوافل .

وأما ركعتا الفجر ، فيؤمر بفعلهما ، وينهى عن تركهما ، فأشبهها الواجبات .

(١) أخرجه مسلم (٧٠٢) .

(٢) أخرجه البخاري (١٠٤٨) .

وما قاله ابن شجاع يجوز أن يكون لبيان الأول دون الواجب ، ويجوز أن يقال: إن ما لا يؤدَّى على الأرض قاعداً من غير عذر، لا يفعل على الراحلة بإيماء ، وركعتا الفجر من هذا الخبر .

٤٥٦ - فَصْل: [صلاة النافلة على جميع الدواب]

وقالوا: يجوز أن يُؤمَّ على أي الدوابِّ شاء؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِرْجَآلًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: ٢٣٩] ولم يفصل ، وصلاة النفل على الراحلة معتبرة بصلاة الفرض على الراحلة حال الخوف ، وقد روي (أن النبي ﷺ صَلَّى عَلَى حِمَارِهِ وَعَلَى بَعِيرِهِ) ، وهذا يدل على أنه لا فرق بين أجناس الدواب .

٤٥٧ - فَصْل: [الصلاة على الدواب مطلقاً]

وأما قوله: «مسافراً كان أو غير مسافر» ، فقد قال في الأصل: إذا خرج المقيم من المصر فرسخين أو ثلاثة ، فله أن يصلي على دابته ، وروى ابن سَمَاعَةَ عن أبي يوسف: أن للمسافر أن يصلي التطوع وهو راكب أينما توجهت به راحلته ، وهو قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف: يصلي على الراحلة [في المصر وغيره] (١).

وجه الرواية التي شرط فيها السفر: أن القياس ينفي جواز النفل على الراحلة من غير ضرورة؛ لأنه يصلي بالإيماء من غير عجز ، فأشبهه المصلي على الأرض ، وإنما ورد الخبر عن رسول الله ﷺ: يفعلها على الراحلة في السفر ، فما سواه مبني على أصله ، ولأنه إنما جاز في حالة السفر؛ لأنه إذا نزل انقطع عن سفره

(١) في ب (مسافراً كان أو غير مسافر) ، والمثبت من أ .

ورفيقه، وهذا لا يوجد في المقيم؛ ولأنها رخصة، فيختلف فيها السفر والحضر كسائر الرخص.

وأما وجه الرواية التي جوّز فيها للمقيم خارج المصر [وهي الصحيحة]؛ فلحديث ابن عمر قال: «رأيت رسول الله ﷺ يُصَلِّي على حماره وهو متوجه إلى خيبر»^(١)، والتوجه [من المدينة] إلى خيبر ليس بسفر؛ ولأن السائر خارج المصر يلحقه المشقة في النزول؛ لانقطاعه عن طريقه، فصار كالسافر؛ ولأن الركوب خارج المصر غالب حال^(٢) الإنسان كالمسافر.

وأما ذكره للفرسخين أو الثلاثة في بُعده من المصر؛ فلأن ما يقرب من المصر بمنزلة المصر، بدلالة امتناع التيمم [فيه]؛ ولأن ما قرب إلى المصر لا يقصد^(٣) فيه الركوب كداخل المصر.

٤٥٨ - فَصَّل: [التوجه في الصلاة للماشي]

[قال]: ولا يجوز للماشي أن يصلي أين كان وجهه عندهم جميعاً؛ لأنه فاعل لما ينافي الصلاة بنفسه، فصار كالكلام [فيها] والأكل؛ ولأن الماشي لا يلحقه المشقة في الوقوف كالقاعد؛ ولأن القياس يمنع جواز الصلاة مع الانتقال، وإنما تركوا القياس للخبر، فوجب اعتبار ما نقل عن فعله [ﷺ].

وعلى هذا، قالوا في السابح في البحر: أنه لا يصلي مع السباحة؛ لأنه فاعل بنفسه لما ينافي الصلاة، فصار كالماشي.

(١) أخرجه البخاري (١٠٤٩)؛ ومسلم (٧٠٠).

(٢) في أ (يلحقه المشقة كالمسافر).

(٣) في أ (لا يتصل).

٤٥٩ - فصل: [أداء سجدة التلاوة على الدابة]

[قالوا]: وكذلك سجدة التلاوة إذا تلاها على الأرض ؛ لأن من أصلنا: أنها واجبة ، وإذا وجبت على الأرض لم يجز أن يؤديها على الراحلة كالفرائض .

وأما إذا تلا آية سجدة وهو راكب ، فله أن يؤمى بها ؛ لأن سبب وجوبها وجد من جهته وهو راكب ، فصار كدخوله في نافلة ؛ ولأنها تتعلق بالحال عقيب التلاوة ، فجاز أن يؤديها على الصفة التي [وجبت] عليه .

قال: وإن أوجب صلاة وهو راكب ، جاز أن يؤديها راكباً .

وقد ذكر محمد في الأصل: أن من نذر أن يُصَلِّي ركعتين تطوعاً ، فصلاهما على دابته ، لم يُجْزِه ؛ لجواز أن يحمل هذا على من أوجبها على الأرض ؛ لأنه أوجبها على هذه الصفة ، فلم يجز أن يؤديها أنقص منها .

وإن جعلنا ذلك [على] روايتين: فوجه ما ذكره في الأصل: أن الصلاة عبارة عن أركان بصفة ، فمتى أوجبها بنذره ، لزمته بأركانها ، فلا يجوز له تركها مع القدرة ؛ ولأن الصلاة التي وضعت في الشرع ما كان بأركان ، والإيماء بما أقيم مقامه ، والنذر ينصرف [إلى موضع الشرع] ^(١) كما ينصرف إلى الصلاة بوضوء وإن جازت الصلاة بالتميم بحال ، وليس النذر راكباً كالدخول فيها [قاعداً] ؛ لأن الدخول إيجاب من طريق الحكم ، وإن تعلق بالذكر الذي هو من قوله ، فلزمه ما يصح فعله على أي وجه كان .

وأما النذر: فهو عبارة من طريق اللفظ عن جميع الأركان ، فلزمه ذلك

(١) في ب (إلى الأصل) والمثبت من أ .



بإيجابه على نفسه .

ووجه ما ذكره أبو الحسن: أن إيجابها في هذه الحالة من جهته كدخوله فيها، فجريا مجرى واحدًا؛ ولأن النذر يتعلق بالحال التي هو عليها، فصارت كالسجدة التي تلاها في هذه الحالة، [فإن كان راكبًا آخر فعلها راكبًا، وإن كان على الأرض فعلى الأرض، كذا الصلاة]^(١).

٤٦٠ - فَصَلْ: [صلاة ركعة على الدابة وركعة على الأرض]

قال: وإذا صَلَّى المسافر على دابته ركعة ثم نزل، بنى على صلاته، فإن ابتداء على الأرض ثم ركب، استقبل.

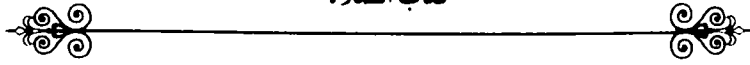
وروي عن أبي يوسف: أنه يستقبل في الوجهين جميعًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يجزئه في الوجهين.

أما إذا افتتحها نازلًا ثم ركب؛ فلأن الركوب عملٌ كثير؛ لأنه يحتاج إلى المعالجة الكثيرة في العادة، والعمل الكثير بغير عذر يوجب فساد الصلاة إذا لم يكن من أفعالها؛ ولأن الصلاة وجبت على الحال التي هو عليها، فصار كمن نذر صلاة على الأرض ثم أداها راكبًا.

وأما إذا افتتحها راكبًا ثم نزل، فإن النزول عملٌ يسيرٌ؛ بدلالة أن المعالجة التي تحتاج إليها يسيرة، فصار كمن نزل من دكة إلى صحن المسجد، والعمل اليسير لا يفسد الصلاة؛ ولأن الدخول يختص بالحال، والدخول إيجاب بالقول،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.



فصار كمن قال: لله عليّ أن أصلي راكبًا، فله أن يصلي نازلًا.

وجه رواية الحسن: أنه جعل كل أحد من النزول والركوب عملاً كثيراً، ففسد الصلاة، وهذه طريقة الاجتهاد؛ ولأنه بنى صلاة بركوع وسجود على تحريمة بإيماء، مثل المريض إذا افتتحها بإيماء ثم قدر على الركوع.

٤٦١ - فَصَّلْ: [الصلاة على الدابة في المصر]

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز أن يصلي على دابته في المصر، وقال أبو يوسف: يجوز أن يصلي^(١) استحساناً.

وجه قولهما: (أن القياس مع جواز الصلاة على الراحلة؛ لأنه يؤديها بالإيماء مع القدرة، وإنما تركوا القياس للخبر، ولم ينقل أن رسول الله ﷺ فعل ذلك في المصر، فيقع على أصل القياس؛ ولأن من كان في المصر، فالغالب من حاله النزول، ولا عذر له في أداء الصلاة راكبًا.

وجه قول أبي [٨٢/ب] يوسف^(٢): ما روي عن أنس: «أنه كان يتنفل على حماره في سكك المدينة»، ولا يعرف له مخالف، فترك القياس لفعله.

وقد قال أصحابنا: في رجلين في محمل افتتح أحدهما الصلاة واقتدى به صاحبه، أجزاء؛ لأن صحة الاقتداء يقف على تساويهما في الفرض، إذا لم يكن بينهما نهز ولا طريق، وهذا المعنى موجود في مسألتنا.



(١) في أ (يجوز استحساناً أن يتنفل).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من الأصل.

٥٦٢ - فَصْلُ: [الصلاة جماعة على الرواحل]

قالوا: ولو كان كلُّ واحد على دابة، وصَلَّى أحدهما مؤتمماً بصاحبه، لم تجز صلاة المؤتمين، وقال محمد: إذا كانوا صفّاً واحداً والإمام في وَسَطِهِمْ أَجْزَأْتُهُمْ صَلَاتِهِمْ [ركبانياً].

أما صلاة الإمام؛ فلأنه غير مقيد بغيره، فصار كمن صَلَّى منفرداً، وأما المؤتمون، فإن كان الإمام متقدماً عليهم، فقد حصل بينه وبينهم طريق ليس بمكان للصلاة، فأشبهه الطريق الفاصل بينه وبين المؤتمين، وليس كذلك إذا صلوا على الأرض؛ لأن ما بين الصفيين موضع الصلاة، فأشبهه بقاع المسجد.

وجه ما ذكره محمد: [هو أنهم] إذا وقفوا صفّاً واحداً، أن وقوفهم لا يمكن إلا على هذا [الوجه]، فلا يعتد بتلك البقعة في الفصل، مثل ما بين الصفيين إذا كانوا يصلون على الأرض، وليس كذلك إذا تقدم الإمام؛ لأنه لا ضرورة في الائتمام به على هذا الوجه، فأشبهه الطريق.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: في الراكب يؤمّ الركبان، لم يجزهم إلا [صلاة] الإمام.

قال ابن شجاع: وهذا إذا كانوا يسيرون، وأما إذا كانوا وقوفاً ليس بينهم طريق يقطع، ولا يحول بين الإمام والمؤتمّ، فإنه يجزئهم، وظاهر الأصل يقتضي خلاف هذا^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٣١/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٨٧.

بَابُ الصلاة في السفينة



قال أبو الحسن: وإذا سافر الرجل في سفينة، فحضرت الصلاة، فإن كان يقدر على الخروج إلى الشَّطِّ، فأحبَّ إلينا أن يفعل، فإن لم يفعل وصَلَّى في السفينة، أجزأه، وإن كانت موثقة في الشَّطِّ، لم يجزئه إلا أن يصلي قائماً، وكذلك إن كانت على قرار الأرض.

وإنما كان الخروج إلى الشَّطِّ أفضل؛ لأنه يتمكن من القيام والركوع والسجود، فكان ذلك أولى من غيره.

وقوله: وإن صَلَّى في السفينة أجزأه - يعني: قائماً -؛ لأنه مستقر من أرض السفينة يأتي بالأركان، فيجوز صلاته، ولا يؤثر في ذلك سير السفينة؛ لأنه غير متعلق بفعله، فوجوده وعدمه سواء، ولا خلاف في ذلك.

وأما شرط الاستقرار^(١) في ذلك، فإن الصلاة مع عدم الاستقرار لا يجوز للمقيم كالصلاة على الراحلة.

وأما المربوطة، فلا يصلي فيها إلا قائماً؛ لأنه لا يعذر في ترك القيام إذا كان يقدر عليه من غير ضرر، فصار كالقيام على الأرض.

قال: فإن استدارت السفينة وهي [سائرة]^(٢)، استدار إلى القبلة حيث

(١) في أ (السفر).

(٢) في ب (قائمة) والمثبت من أ.

كانت ؛ لأنه يقدر على الاستقبال من غير مشقة ، فلا تسقط عنه كالمصلي على الأرض ، وليس كذلك الراكب ؛ لأن الاستقبال لا يقدر^(١) عليه إذا كان يقطعه عن طريقه ، فسقط عنه للعدر .

٥٦٣ - فَضْلُ : [الصلاة قعوداً في السفينة]

قال : وإن صَلَّوْا قَعُودًا فِي السَّفِينَةِ وَهِيَ سَائِرَةٌ ، وَهُمْ يَقْدُرُونَ عَلَى الْقِيَامِ ، أَجْزَأُهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَدْ أَسَاؤُوا ، وَلَمْ يَجْزِئَهُمْ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ .

وجه قوله : ما روي عن أنس بن سيرين قال : « خرجنا مع أنس بن مالك إلى أرض في سيرين^(٢) ، فأَمَّنَا [١/٨٣] بنهر معقل وهو على بساط [السفينة] جالس ونحن جلوس ، ولو شاء أن يخرج إلى الجُدِّ لخرج » ، ومثله عن جنادة بن أمية ، ولا نعرف لهما مخالف .

ولأن القيام لو وجب لكان الاستقرار مستحقاً ، ولا تجوز الصلاة وإن أتى بالقيام ، فلمَّا جازت صلاته مع السير ، دَلَّ عَلَى أَنَّ الْقِيَامَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ^(٣) ؛ ولأن الغالب من راكب السفينة أن القيام يتعدَّر عليه ، والغالب كالعادة ، والقيام يسقط بالأعذار كالراكب على البعير .

وجه قولهما : أن القيام ركن ، فلا يسقط من غير عذر كسائر الأركان .

قال محمد : ولو صَلَّيْ عَلَى عَجَلٍ لَا يَسِيرُ ، أَوْ عَلَى بَعِيرٍ لَا يَسِيرُ ، أَجْزَأُهُ فِي

(١) في أ (يتعدر عليه) .

(٢) في أ (ثيق) .

(٣) في أ (بشرط) .

العِجْل ، ولم يُجزئه في البعير ؛ وذلك لأن العجل مستقرّ من الأرض ، فالصلاة عليه كالصلاة على الدكان ، والبعير غير مستقر ، وإنما يجوز عليه الصلاة للمشقة التي تلحقه في النزول ، وذلك لا يوجد عند قيام البعير ، فلم تجز الصلاة عليه^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٦٨/١ ؛ شرح مختصر الطحاوي ١١٢/٢ .

بَابُ الصلاة في الماء والطين



قال محمد في القوم يصيبهم المطر فيكثر الطين ، قال: إن لم يستطيعوا أن ينزلوا أو مؤؤوا على دوابهم ، وإن استطاعوا النزول أو مؤؤوا قياماً على الأرض ؛ وذلك لأنهم إذا لم يقدروا على النزول سقط عنهم كما يسقط عن الخائف ، وإذا جاز لهم أن يصلوا ركبناً كان فرضهم الإيماء ؛ لأن الراكب لا يقدر على الركوع والسجود .

وإن قدروا على [النزول] ^(١) لمهمهم ؛ لأنهم يصلون مع الاستقرار ، فلم تجز لهم الصلاة ركبناً من غير استقرار .

وأما قوله: يصلون قياماً [بالإيماء] ، فهو محمول على أنهم لا يقدرّون على القعود والسجود لأجل الطين ، فيجزئهم الإيماء .

قال محمد: وإن أو مؤؤوا والدواب تسير ، لم يجزئهم إن قدروا أن يوقفوها ؛ لأن السير فيه انتقال واختلاف ، وذلك لا يجوز في الصلاة من غير حاجة ، فإذا صَلَّى واقفاً ، أدّى ^(٢) الصلاة في موضع واحد ، فوجب ذلك عليهم مع القدرة .

وأما إذا تعذّر الوقوف ، جازت صلاتهم مع السير ، كما يجوز صلاة الخائف .

(١) في أ (السجود) والمثبت من ب .

(٢) في أ (أكثر الصلاة) .

قال: وإن صَلَّوْا جماعة، فوقف أحدهم بجانب الآخر، أجزأهم، وإن كان بينهم طريق، لم يجزهم، وهذا قول محمد خاصة.

وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: فلا تجوز صلاة الركبان جماعة؛ لأنه يحول بين كل راكبين موضع ليس بمكانٍ للصلاة: وهو ما بين البعيرين، فصار كما لو حال بينهما طريق.

وجه قول محمد: أن الإمام إذا وقف في وَسَطِ الصف، فلم يحل بينهم إلا ما يحول بين القائمين على الأرض، جازت الصلاة، وإذا تقدم الإمام، وحال بينه وبين المؤمنين مكاناً ليس بموضع للصلاة، لم يجز.

قال: وإذا كانوا لا يقدرّون على الانحراف إلى القبلة، أجزأهم أن يصلوا إلى غير القبلة؛ لأن التوجه يسقط بالعدر كما تسقط سائر شروط الصلاة.

قال: وإن قدرّوا على النزول، ولم يقدرّوا على السجود، صلوا قعوداً يومئذٍ إيماءً، وإن لم يقدرّوا على القعود أو مؤوا قياماً؛ وذلك لأن العاجز عن السجود لا يلزمه فرض القيام، فلزمه أن يُؤمّي إيماءً (قاعداً، وإذا تعذر القعود لزمه أن يُؤمّي)^(١) قائماً؛ لأنه لا يقدر على السجود ولا على القعود، فلزمه أن يُؤمّي بحسب حاله.



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

| ٨ | بَابُ

الجمعة



٥٦٤ - [فصل: وجوب الجمعة]

[٨٣/ب] قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب الجمعة قوله تعالى: ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]، ووجوب السعي إلى الشيء يدل على وجوبه، وترك البيع المباح يدل على وجوبها.

وروى سعيد بن المسيب عن جابر قال: «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: أيها الناس توبوا إلى ربكم قبل أن تموتوا، وتقربوا بالعمل الصالح قبل أن تشغلوا، وتحببوا إليه بالصدقة في السر والعلانية، تحبروا وتنصروا وترزقوا، واعلموا أن الله تعالى كتب عليكم الجمعة في يومي هذا، في مقامي هذا، في شهري هذا، فريضة واجبة إلى يوم القيامة، فمن تركها جحوداً بها واستخفافاً بحقها في حياتي أو بعد موتي، وله إمام عادل أو جائر، فلا جمَعَ الله شمله، ولا أتمَّ له أمره، ألا صلاة له، ألا زكاة له، ألا صوم له، ألا حج له إلا أن يتوب، فمن تاب، تاب الله عليه»^(١).

(١) رواه بنحوه ابن ماجه في «سننه» (١٠٨١)، وعبد بن حميد كما في «المنتخب من مسنده» (١١٣٦)، وأبو يعلى الموصلي في «مسنده» (١٨٥٦) والطبراني في «الأوسط» (١٢٦١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥٥٧٠).

قال العيني: هذا الحديث روي من طرق ووجوه مختلفة، فحصل له بذلك قوة فلا تمنع من الاحتجاج به. «البنية» ٣: ٥٠.

وعن ابن عباس وابن عمر أنهما سمعا رسول الله ﷺ يقول على أعواد منبره: «لينتھین أقوامٌ عن ترك الجمعة، أو ليختمنَّ الله على قلوبهم، وليكوننَّ من الغافلين» (١).

وقد دلَّ على ذلك إجماع الأمة من غير خلاف.

٥٦٥ - فَصْل: [مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ]

وأما من تجب عليه الجمعة، قال أبو الحسن: والجمعة فريضة على كل حرٍّ، مسلمٍ، بالغٍ، صحيح العقل، مقيم، من الرجال دون النساء، وليس على النساء، والعبيد، والصبيان، والمسافرين، والمرضى، والزمنى جمعة.

قال ﷺ: وجملة هذا أن الجمعة تفتقر إلى شرائط في المصلي، وشرائط في غيره.

فالتى في المصلي: أن يكون ذكراً، بالغاً، حرّاً، عاقلاً، مسلماً، صحيحاً، مقيماً.

والتي في غيره: المصر، والجماعة، والسلطان، والخطبة، والوقت.

فأما البلوغ والعقل؛ فلقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون حتى

(١) أخرجه مسلم في صحيحه «٢: ٥٩١ (٤٠)، والنسائي في «السنن الكبرى» (١٦٧١)، عن ابن عمر وأبي هريرة ؓ.

ورواه النسائي أيضاً في «الكبرى» (١٦٧٠)، وأحمد في «مسنده» (٢١٣٢)، وابن حبان في «صحيحه» (٢٧٨٥) عن ابن عباس وابن عمر ؓ.

ورواه ابن خزيمة في «صحيحه» (١٨٥٥) عن أبي هريرة، وأبي سعيد الخدري ؓ.

يفيق ، وعن الصبي حتى يحتلم»^(١) ؛ ولأن عدم التكليف يمنع وجوب الجمعة كما يمنع سائر الواجبات .

وأما الحرية ؛ فهي شرط لما روى محمد بن كعب القرظي عن رجل من بني وائل قال : قال رسول الله ﷺ : «الجمعة على كل مسلم ، إلا امرأة ، أو صبياً ، أو مملوكاً»^(٢) .

وروى طارق بن شهاب عن النبي ﷺ قال : «الجمعة واجبة على كل مسلم في جماعة ، إلا أربعة : عبداً ، أو صبياً ، أو مريضاً ، أو امرأة»^(٣) .

وروى أبو الزبير عن جابر عن رسول الله ﷺ مثله^(٤) .

ولأن الجمعة لا يقدر العبد على أدائها إلا على وجه ينقطع عن خدمة المولى انقطاعاً يلحق به ضرر ؛ لأنها تحتاج إلى سعي ، وانتظار الإمام ، فصارت

(١) رواه أبو داود (٤٣٩٨) ، والنسائي في «الصغرى» (٣٤٣٢) ، وابن ماجه (٢٠٤١) ، والحاكم في «المستدرک» (٢٣٥٠) ، عن عائشة ؓ ، وقال الحاكم : على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .
ورواه أبو داود (٤٤٠٣) ، والترمذي (١٤٢٣) ، والنسائي في «الكبرى» (٧٣٤٦) ، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٠٠٣) عن علي ؓ .

وقد روي عن عدة من أصحاب النبي ﷺ ، انظر : «نصب الراية» ٤ : ١٦١ .

(٢) رواه الشافعي في «مسنده» (ترتيب السندي) (٣٨٥) ، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» ٣ : ١٧٣ ، بلفظ : «تجب الجمعة على كل مسلم إلا امرأة ، أو صبياً ، أو مملوكاً» .

(٣) رواه أبو داود (١٠٦٠) ، وقال : طارق بن شهاب قد رأى النبي ﷺ ولم يسمع منه شيئاً .

وقال البيهقي في «السنن الكبرى» ٣ : ١٨٣ : «وهذا الحديث وإن كان فيه إرسال ، فهو مرسل جيد ، فطارق من كبار التابعين ، وممن رأى النبي ﷺ وإن لم يسمع منه ، ولحديثه هذا شواهد» .
ورواه الحاكم في «المستدرک» (١٠٦٢) ، والبيهقي في «معرفة السنن» (٦٣٦٤) عن طارق بن شهاب ، عن أبي موسى . قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، وقال الذهبي : صحيح .

(٤) سيأتي نصه في الصفحة التالية .

كالحج والجهاد، وليس كذلك الصلاة المفروضة؛ لأنه يؤديها بنفسه في زمان يسير لا يضر بالمولى تركه الخدمة فيه، وكذلك الصوم؛ لأنه يجمع بينه وبين خدمة المولى، ولا ينقطع عنها، [وكذلك المرأة].

٥٦٦ - فصل: [اشتراط الإقامة للجمعة]

وأما اعتبار الإقامة، فالجمعة لا تجب على المسافر.

وقد روي عن عليّ وابن مسعود أنهما قالا: لا جمعة على مسافر^(١).

وعن الزهري قال: إذا سمع الأذان، وهو في دار جمعة فليحضر معهم^(٢).

لنا حديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «ليس على مسافر جمعة»^(٣).

وروى أبو الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فعليه بالجمعة، إلا [١/٨٤] على امرأة، أو مسافر، أو صبي، أو عبد، أو مريض، فمن استغنى عنها بلهو أو تجارة، استغنى الله ﷻ عنه، والله

(١) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥١٣٦) وابن المنذر «الأوسط» ٤: ١٩ (١٧٣٥) عن علي بن أبي طالب.

ورواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥١٤٤، ١٤١٣٩) عن ابن مسعود.

(٢) ابن المنذر في «الأوسط» ٤: ٢١. وانظر: «المصنف» لابن أبي شيبة (٥١٢٩).

(٣) رواه الطبراني في «الأوسط» (٨١٨)، والدارقطني في «سننه» (١٥٨٢) عن ابن عمر مرفوعاً. وأورده الحافظ في «التلخيص» ٢: ١٣٠ (٦٥١)، وقال: «وفيه أيضاً من حديث أبي هريرة مرفوعاً [عند الطبراني في «الأوسط» (٢٠٢)] خمسة لا جمعة عليهم: المرأة، والمسافر،...». وقال فيه الهيثمي: فيه إبراهيم بن حماد ضعفه الدارقطني. «مجمع الزوائد» (٣٠٣٣). ورواه ابن المنذر في «الأوسط» ٤: ١٩ (١٧٣٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٣: ١٨٤ عن ابن عمر موقوفاً، قال البيهقي: هذا هو الصحيح موقوف.

غني حميد»^(١).

وفي حديث تميم الداري: أن رسول الله ﷺ قال: «الجمعة واجبة، إلا على صبي، أو مريض، أو عبد، أو مسافر»^(٢).

ولأن النبي ﷺ كان يسافر، ولم ينقل عنه أنه فعل الجمعة في سفره؛ ولأن المسافر تلحقه مشقة بأداء الجمعة؛ لأنه ينقطع بدخول المصر وانتظار الإمام عن سفره، فسقطت عنه كسقوط الصوم.

٥٦٧. فصل: [الجمعة للنساء]

وأما النساء، فلا جمعة عليهن؛ لقوله ﷺ: «الجمعة على كل مسلم، إلا امرأة، أو مسافراً، أو صبيّاً، أو مملوكاً»^(٣).

ولأن المرأة ممنوعة من حضور الجماعة، فلم تجب عليها؛ ولأن حضورها يقف على إذن الغير كالعبد.

وأما المرضى والزَّمَنِيُّ^(٤)، فلا جمعة عليهم؛ لقوله ﷺ: «لا جمعة على صبي ولا مريض»^(٥).

(١) رواه الدارقطني في «السنن» (١٥٧٦)، والبيهقي في «الكبرى» ٣: ١٨٤.

قال الحافظ ابن حجر: «وفيه ابن لهيعة عن معاذ بن محمد الأنصاري، هما ضعيفان». «التلخيص الحبير» ٢: ١٣١ (٦٥٢).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» ٢ (١٢٥٧)، والبيهقي في «الكبرى» ٣: ١٨٣؛ وقال أبو زرعة: «هذا حديث منكر». «العلل» لابن أبي حاتم (قديم) ١: ٢١٢. (مجمع الملك فهد) (٥٨٤/٢) (٦١٣).

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) «الزَّمَنِيُّ» من زمن زمتاً، وزمنة، وزمانة: مرض مرضاً يدوم زماناً طويلاً. الوجيز (زمن).

(٥) روى نحوه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥١٩٠)، والبيهقي في «الكبرى» ٣: ١٨٤، ولفظه: =

ولأن المريض يلحقه المشقة بحضور الجمعة ، فلم يلزمه مع المشقة^(١) .

٥٦٨ - فَصْل : [الجمعة على الأعمى]

قال أبو حنيفة: لا الجمعة على الأعمى وإن وجد قائداً .

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الجمعة^(٢) ، وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الأعمى: هو ممن لا يجد سبيلاً إلى الجمعة ولا حج ولا جماعة .

وقال أبو يوسف: إن كان موسراً وله من يقوده لزمه .

وجه قول أبي حنيفة: أن الأعمى لا يمكنه فعل السعي بنفسه غالباً ، فأشبهه الزمن ؛ ولأن الضرر الذي يلحقه بالسعي كالضرر [الذي يلحق] المريض ، فإذا سقطت عن المريض الجمعة ، فكذلك الأعمى .

وجه قولهما: أن الأعمى يقدر على السعي بنفسه ، وإنما لا يهتدي كالضال .

٥٦٩ - فَصْل : [حضور المعذورين الجمعة]

قال: ومن حضر من هؤلاء الجمعة أجزأته ، وكانت فريضة .

= عن مولى آل الزبير قال: قال رسول الله ﷺ: «الجمعة واجبة على كل حالٍ إلا أربعة: الصبي، والعمد، والمرأة، والمريض» .

قال الشيخ محمد عوامه: وهذا سند رجاله ثقات إلا أن مولى آل الزبير مبهم مجهول ، وكأنه مرسل ، والله أعلم .

وتقدم بمعناه من حديث طارق بن شهاب وجابر ، وتميم الداري رضي الله عنه . انظر: ٥٣٧ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

(١) في أ (يلحقه مشقة بحضوره للجمعة ، فلا تلزمه المشقة) .

(٢) في أ (الجمعة عليه واجبة) .

وقد روي عن الحسن قال: «كُنَّ نساء المهاجرين يصلين الجمعة مع رسول الله ﷺ ، ثم يحتسبن بها من الظهر» (١).

وروي عنه: «كُنَّ النساء يُجمَعن مع رسول الله ﷺ ، وكان يقال: لا تخرجن إلا تَفَلات ، لا يوجد منكن ريح طيب» (٢).

ولأن كل صلاة جازت من الرجال ، جاز فعلها من النساء كالظهر ؛ ولأن من صَحَّ منه فرض الأصل الذي هو الظهر ، صَحَّ منه ما أقيم مقامه كالحر المقيم ؛ ولأن العبد والمسافر والمرأة والمريض من أهل الفرض ، وإنما رخص لهم للعدر ، فإذا حضروا زال العذر وصاروا كالمسافرين إذا صاموا [جاز] .

٥٧٠ . فَصْل : [اشتراط المصر للجمعة]

ولا تجوز الجمعة إلا في مصر أو خارج منه قريب منه: نحو الموضع الذي جعل مُصَلِّيَّ لصلاة العيد ونحو ذلك ، وقد بيّنا من تجب عليه الجمعة ، والكلام بعد ذلك في شرائطها:

[فمن شرائطها]: المصر عندنا ، فلا تجب على أهل السواد ، قال ابن سَمَاعَةَ عن أبي يوسف: لا تجب الجمعة إلا على أهل الأمصار والأرباض المتصلة بها ، فمن كان في قرية ليست متصلة بالرَبَضِ ، فلا جمعة عليه ، وهذا قول عَلِيٍّ وحذيفة ، وهو قول الحسن ، ومحمد وأبي بكر بن محمد ، والنخعي .

وقال الشافعي: إذا كان في القرية أربعون ، وجبت عليهم الجمعة (٣).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥٢٠٢).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥٢٠٠) ، وأبو داود «المراسيل» ص ٩٩ (٥١).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي ١: ٢١٩ ، «مختصر اختلاف العلماء» ١: ٣٣٠ ؛ المزني ص ٢٦ .

لنا: قوله ﷺ: «لا جمعة، ولا تشريق، ولا فطر، ولا أضحي، إلا في مصر جامع»^(١).

ولأنها لو وجبت في القرى كوجوبها في البلاد، لبيّن ذلك رسول الله ﷺ والأئمة بعده، ولو فعل ذلك لنقل نقلاً مستفيضاً؛ ولأن كل بقعة لا يجب على [٨٤/ب] أهلها الجمعة إذا كانوا أقل من أربعين، لم تجب وإن زادوا على أربعين كالبوادي؛ ولأنه ليس بمكان لإقامة السلطان غالباً، فلا تجب على أهله الجمعة كالبادية.

فإذا ثبت أن الجمعة لا تجب إلا في مصر، فقد ذكر أبو الحسن في صفة المصر: ما أقيمت فيه الحدود، ونفذت فيه الأحكام.

وعن أبي يوسف: إذا اجتمع في القرية من لا يسعهم مسجد واحد، بنى الإمام لهم جامعاً، ونصب لهم من يصلي بهم.

وقال في موضع آخر: ولو كان في القرية عشرة آلاف أو أكثر، أمرهم بإقامة الجمعة فيها.

وقال أبو يوسف في الإملاء: تفسير المصر الجامع: كل مصر فيه منبر وقاضٍ، ينفذ الأحكام ويقوم الحدود.

(وقال ابن شجاع: أحسن ما قيل في ذلك: أن يكون أهل البلدة لو اجتمعوا في مسجدٍ من مساجدهم لم يتسع لهم.)

(١) قال الزيلعي: غريب مرفوعاً، وإنما وجدناه موقوفاً على عليّ. «نصب الراية» ٢: ١٩٥. رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥٠٩٩)، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٥١٧٥ - ٥١٧٧)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» ٣: ١٨٨، كلهم عن علي موقوفاً.

ومن أصحابنا من قال: المصر ما يتهيأ فيه كل صانع بصناعته^(١).

٥٧١ - فصل: | الجمعة على من كان خارج المصر |

ومن فروع هذا الأصل: أن من كان خارج المصر، لا يجب عليه دخول المصر للجمعة.

وقال الشافعي: إذا كانت القرية فيها أقل من أربعين رجلاً فعليهم دخول المصر للجمعة إذا سمعوا النداء^(٢).

وقد روي عن حذيفة أنه قال: «ليس على أهل القرى جمعة»، ولا من هو على رأس ميل^(٣).

وقال سعيد بن المسيب: تجب على من كان في المصر^(٤).

وقد روي أن سعد بن أبي وقاص وأبا هريرة كانا بالحرة، فربما (تركا الجمعة)^(٥).

وعن أبي هريرة وابن عمر وأنس: الجمعة على من آواه الليل إلى أهله^(٦)،

(١) ما بين القوسين ساقط من أ.

(٢) انظر: المنهاج ص ١٣٢.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥١٠٠، ٥١٣٣).

(٤) لم أجده، وروى الشافعي في «الأم» ١: ٢٢١، وعبد الرزاق في «مصنفه» (٥١٥٦)، وابن أبي

شيبه في «مصنفه» (٥١١٥)، والبيهقي من طريق الشافعي في «الكبرى» ٣: ١٧٥، واللفظ له:

عن سعيد بن المسيب أنه قال: «تجب الجمعة على من يسمع النداء».

(٥) في أ (كانا يردان).

أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٥١٥٧) عن سعد بن أبي وقاص.

(٦) أخرجه الترمذي (٥٠١، ٥٠٢)، عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً، وقال: إسناده ضعيف، ورواه =

وهو قول الحسن^(١).

وعن معاوية وعمرو بن العاص: تجب الجمعة على من كان على رأس أربعة فراسخ^(٢).

وقال الزهري: تؤتى الجمعة من ستة أميال^(٣).

وقال مالك: تلزم الجمعة [على من كان]^(٤) على ثلاثة أميال.

وقال الأوزاعي: من آواه الليل إلى أهله عند انصرافه منها؟

وقال الشافعي: [تجب الجمعة] على من سمع النداء.

لنا: أن كل موضع لا تجب على أهله إقامة الجمعة، لا يجب عليهم دخول المصر، لإقامتها كأهل البادية؛ ولأنه مكان واحد إذا وصل إليه الخارج من المصر جاز له أن يقصر الصلاة، فلم يجب على أهله دخول المصر للجمعة كما لو بعدوا.

٥٧٢ - فَصْل: [إقامة الجمعة بمنى]

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: تجوز إقامة الجمعة بمنى، فمن أصحابنا من

= ابن المنذر في «الأوسط» (١٧٥٧) موقوفا.

ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥١١٣) وابن المنذر في «الأوسط» (١٧٥٦) والبيهقي في «الكبرى» ٣: ١٧٥، عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفا.

ورواه ابن المنذر في «الأوسط» (١٧٥٥) عن أنس موقوفا.

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٥١٥٢)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥١٢٠).

(٢) أخرجه الطحاوي في «أحكام القرآن» ١: ١٤٥ (٢١٣) عن معاوية.

والفرسخ: ٣ أميال = ١٢٠٠ ذراعاً = ٥٥٤٤ مترًا. لغة الفقهاء (المقادير).

(٣) «مصنف عبد الرزاق» (٥١٥١).

(٤) في ب (الذي)، والمثبت من أ.

قال: لأنها من توابع مكة، فصارت كَرَبِضِ المِصر، ومنهم من قال: إنها مصر في نفسها؛ لأن فيها جامعاً وأسواقاً مرتبة، وسلطاناً يقيم الحدود في أيام الموسم كسائر الأمصار.

وقال محمد: لا جمعة بها؛ لأنها منزل من منازل الحاج كعرفة.

٥٧٣ - فُصِّلَ: [اشتراط الجماعة للجمعة]

وأما الجماعة فهي شرط في الجمعة؛ لأنها سميت بهذا الاسم^(١) لأجل الاجتماع؛ ولأنه لا خلاف في اعتبار الجماعة، وإنما اختلفوا في [عدد]^(٢) ذلك على ما سنبينه.

٥٧٤ - فُصِّلَ: [اشتراط السلطان للجمعة]

والسلطان شرط فيها، فلا يجوز أن تقام إلا بأمره.

وقال الشافعي: يجوز لكل أحد إقامتها^(٣).

لنا: أن الجمعة تفوت على الناس إذا سبق إليها من يؤديها، فلو جوزنا للعامة إقامتها، لسبقت طائفة إلى الجامع وقدموها لغرض، ففادت^(٤) على أهل مصر، فجعلت إلى السلطان الذي يسوي بين الناس حتى لا تفوتها على بعضهم؛ ولأنها تفعل مع اجتماع الجماعات، ولكل واحد غرض في التقدم، فلا يتفقون على [١/٨٥] واحد، فيؤدي تنازعهم إلى بطلانها بخروج الوقت.

(١) في أ (سميت جمعة لاجتماع الناس).

(٢) في ب (قدر)، والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٦؛ المجموع ٣٧٩/٤.

(٤) في أ (فكانت).

٥٧٥ - فَصْل: [اشتراط الخطبة للجمعة]

والخطبة من شرائطها؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩]، والسعي لا يجب إلى ما ليس بواجب، وأمر النبي ﷺ باستماعها، ونهى عن التشاغل عنها، وما ليس بواجب لا يجب استماعه، وهذا لا خلاف فيه.

وإنما اختلفوا هل تقوم مقام ركعتين من الصلاة أم لا؟ فقال أبو بكر الرازي: لا تقوم مقام شيء من الصلاة؛ لأنه لا يعتبر فيها استقبال القبلة، ولا يبطلها^(١) الكلام.

٥٧٦ - فَصْل: [اشتراط الوقت والجماعة للجمعة]

قال: والوقت شرط فيها، فلا يجوز تقديمها على زوال الشمس، ولا فعلها في وقت العصر.

وقال مالك: يجوز في وقت العصر.

لنا: حديث أنس قال: كنا نصلي الجمعة مع رسول الله ﷺ إذا مالت الشمس^(٢).

ولأنها لو لم تختص بالوقت، لم تختص بهذا اليوم كالظهر؛ ولأنها صلاة وضع لها خطبة، فكان من شرطها الوقت كالعيد.

والذي روي عن ابن مسعود: «أنه صَلَّى الجمعة ضَحَى»^(٣)، فمعناه:

(١) في أ (يقطعها).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٩٠٤)، وأبو داود (١٠٧٧)، والترمذي (٥٠٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥١٧٦)؛ وابن المنذر في «الأوسط» (٦٢٨، ٩٩٧)؛ والبيهقي في «معرفه السنن والآثار» ٢: ٤٧٤ (٦٣٨٢).

ما قرب من ذلك .

٥٧٧ - [فصل: اشتراط العدد لانعقاد الجمعة]

قال أبو حنيفة: لا تصح الجمعة إلا بجماعة: هم ثلاثة سوى الإمام، ويكون الإمام والثلاثة ممن يجوز أن يؤم في غير الجمعة، ولم يحك خلافاً؛ والخلاف مشهور، عند أبي يوسف: ينعقد باثنين سوى الإمام.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الاثنين عدد لم يتفق على تقدم الإمام عليهما، فلم تنعقد بائتمامهم الجمعة، كالواحد؛ ولأن الجمعة سميت بهذا الاسم للاجتماع، فاحتمل أن يكون من شرطها الجمع مع الإمام، ويحتمل الجمع سواء، فلم يجب أن تنعقد بالشك.

وجه قول أبي يوسف: أن الاثنين في الجماعة كما لو زاد عليهما، بدلالة جواز تقدم الإمام.

٥٧٨ - [فصل: انعقاد الجمعة بأربعين]

وقد قال الشافعي: إن الجمعة لا تنعقد إلا بأربعين سوى الإمام^(١).

وهذا فاسد؛ لأن النبي ﷺ بعث مصعب بن عمير إلى المدينة، فصلى في بيت سعد بن معاذ الجمعة باثني عشر رجلاً^(٢)، ومثله لا يخفى على رسول الله ﷺ.

وروى جابر: أن النبي ﷺ: «كان يخطب في يوم الجمعة فقَدِمَت عِيْرٌ، فنفر

(١) انظر: المزني ص ٢٦ .

(٢) رواه أبو داود في «المراسيل» ص ١٠٠ (٥٣)؛ والبيهقي في «السنن الكبرى» ٣: ١٧٩ وابن سعد في «الطبقات الكبرى» ٣: ١٠٩ - ١١٠ (٣١٥٣) عن الزهري.

الناس إليها، حتى بقي في المسجد اثنا عشر رجلاً، منهم أبو بكر وعمر^(١)، ولم ينقل أنه ترك الجمعة منذ دخل المدينة، فدلّ على أنه صَلَّى بهم، وقد روي في بعض الأخبار: أنه صَلَّى بهم؛ ولأن اعتبار الأربعين لا دلالة عليه، فكان هذا العدد وما زاد عليه سواء.

٥٧٩. فَصْل: [إمامة المسافر في الجمعة]

وقد قال أصحابنا: أن الإمام في الجمعة يجوز أن يكون عبداً، أو مسافراً، وشرطوا فيه مَنْ يجوز أن يكون إماماً للرجال في الصلوات المفروضات.

وقال زفر: لا بد أن يكون حرّاً مقيماً.

لنا: أنه يجوز أن يكون إماماً للرجال في الصلوات المفروضات، فجاز أن يكون إماماً في الجمعة كالحر المقيم.

وجه قول زفر: أن الجمعة لا تجب عليه، فلا يكون إماماً فيها كالصبي والمرأة.

٥٨٠. فَصْل: [الاعتداد بالمعذورين في الجمعة]

قال أصحابنا: تنعقد الجمعة بائتمام العبيد والمسافرين والمرضى.

وقال الشافعي: يجوز أن يكونوا أئمة، ولا يعتد بهم في العدد^(٢).

لنا: أن كل مَنْ جاز أن يكون إماماً في الجمعة، اعتد به في عدد المؤتمين كالحرّ والمقيم؛ ولأن الإمامة يعتبر فيها من الاحتياط ما لا يعتبر في الائتمام،

(١) أخرج نحوه البخاري (٩٣٦)؛ ومسلم ٢: ٥٩٠ (٣٦).

(٢) انظر: المزني ص ٢٦؛ المنهاج ص ١٣٤.

فمن جاز أن يكون إماماً ، أولى أن يعتد بائتمامهم^(١) . [٨٥/ب] .

٥٨١ - فَصْل : [إذن الإمام في إقامة الجمعة]

قال أبو الحسن : لا تجوز الصلاة إلا بإذن إمام المسلمين ما أمكن استئذانه في ذلك ، فإن منع منه مانع لغيبة أو موت قبل أن يلي أمره غيره ، فلا بأس أن يجتمع الناس على رجل [يصلي بهم] .

أما اعتبار إذن الإمام مع الإمكان ، فقد بيناه ، فإذا تعذر ذلك اعتبرنا اتفاق المسلمين ؛ لأن عثمان لما حصر ، قدّم الناس عليّاً فصلّى بهم الجمعة ؛ ولأنه لا يتوصل إلى استئذان الإمام ، وإنما جاز للإمام التصرف برضا المسلمين ، فإذا رضوا في هذا الحال ، قام من رضوا به مقامه .

٥٨٢ - فَصْل : [الذكر في خطبة الجمعة]

قال : ويُجزئ في الخطبة قليل الذكر وكثيره ، فإن قال : سبحان الله والحمد لله ، أجزأه عند أبي حنيفة ، وأن يزيد على هذا إلى أن يصير خطبة أحب .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز من ذلك إلا أن يأتي بكلام يسمى خطبة .

وقال الشافعي : لا بد من خطبتين بينهما جلسة خفيفة^(٢) .

لنا : قوله تعالى : ﴿ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ ﴾ [الجمعة : ٩] ، وهذا يدل على [وجود]^(٣) الذكر ، وإن لم تكن خطبة ؛ ولأنه ذكر [جعل] شرطاً في صحّة

(١) في أ (فأولى أن يكون مؤتمماً) .

(٢) انظر : مختصر اختلاف العلماء ١/٢٤٤ ؛ المزني ص ٢٧ .

(٣) في ب (وجوب) والمثبت من أ .

الصلاة ، فاعتبر فيه ما يتناوله الاسم كالتحرمة .

وقد روي أنّ عثمان خطب حين بويح فقال: «الحمد لله» ، ثم أرتج عليه ، فقال: إنكم إلى إمام فَعَال أحوج منكم إلى إمام قَوَّال ، وإن أبا بكر وعمر كانا يِعِدَّان لهذا المقام مَقَالاً ، وستأتىكم الخطب من بعد ، وأستغفر الله لي ولكم ، ونزل وصَلَّى الجمعة^(١) ، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير .

وجه قولهما: ما روي عن عمر وعائشة أنهما قالا: «إنما قصرت الصلاة لأجل الخطبة»^(٢) ، فوجب اعتبار ما تسمى خطبة ، وهذا لا يوجد في التسيحة الواحدة .

وأما إيجاب الخطبتين ، فليس بصحيح ، لما روي عن ابن عباس: أن النبي ﷺ كان يخطب خطبة واحدة ، فلما ثقل وأسنّ ، جعلها خطبتين ، يقعد بينهما قعدة^(٣) ، فهذا يدل على أن القعود للاستراحة ، فلا تجب .

وقد قال الشافعي: إن القعدة شرط في الخطبة .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأنها للفصل كالقعدة الأولى^(٤) .



(١) روى القصة الزبير بن بكار في الأخبار الموفقات ص ١٧٥ ، عن الواقدي ، وأوردها الجاحظ في

«البيان والتبيين» ٢ : ١٧١ ، وقاسم السرقسطي في «الدلائل» ٢ : ٥٢٣ ، وابن عبد ربه في «العقد

الفرید» ٤ : ٢٣١ ، دون سند . انظر: «نصب الراية» للزيلعي ٢ : ١٩٧ .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥٣٧٤) بسند مرسل عن عمر .

وروي من قول سعيد بن جبیر ، والزهری ، وإبراهيم ، وعطاء . «مصنف عبد الرزاق» (٥١٩١) -

(٥١٩٤) ، و«السنن الكبرى» للبيهقي ٣ : ١٩٦ ، «التلخيص الحبير» ٢ : ١٤٧ (٦٦٦) .

(٣) لم أجد من خرجه .

(٤) انظر: المنهاج ص ١٣٤ .

٥٨٣ - فَصْل: [تخفيف خُطبة الجمعة]

قال أبو الحسن: ولا يطوّل الخطبة؛ لما روي: «أن النبي ﷺ أمر بإقصار الخطب»^(١).

وقد قال الحسن عن أبي حنيفة: يخطب خطبة خفيفة، يفتح بحمد الله ويثني عليه، ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ، ويعظ ويذكر، ويقرأ سورة ثم يجلس جلسة خفيفة، ثم يقوم فيخطب أخرى، فيحمد الله ويثني عليه، ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ، ويدعو للمؤمنين والمؤمنات، وتكون قدر الخطبتين، قدر سورة من طوَال الْمُفَصَّل.

٥٨٤ - فَصْل: [القراءة والطهارة في الخطبة]

وقد قال أصحابنا: إن القراءة في الخطبة مسنونة.

وقال الشافعي: واجبة^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿فَأَسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩]، ولم يفصل؛ ولأنه ذكْرٌ يتقدم الصلاة، فلم تجب فيه القراءة كالأذان والشهادتين.

وإنما قلنا: إن السنّة أن يقرأ فيها؛ لما روي: أن النبي ﷺ قرأ في خطبته: ﴿وَنَادَوْا يَمَلِكُ﴾ [الزخرف: ٧٧]^(٣).

(١) روى مسلم في «صحيحه» ٢: ٥٩٤ (٤٧)، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٧٨٢)، وأحمد في «مسنده» (١٨٣١٧)، عن عمار بن ياسر عن النبي ﷺ «إن طول صلاة الرجل، وقصر خطبته، مَنَّةٌ من فقهه، فأطيلوا الصلاة، وأقصروا الخطبة». واللفظ لمسلم.

والمَنَّةُ: العلامة. «القاموس المحيط» (م أن).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٧؛ المنهاج ص ١٣٤.

(٣) روى البخاري في «صحيحه» (٤٨١٩)، ومسلم في «صحيحه» ٢: ٥٩٤ (٤٩) عن يعلى بن أمية =

وروي أنه قرأ في خطبته: ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠] (١).

والذي قالوا: إنه قرأ فيها سورة، فمعناه: مقدار سورة، ثلاث آيات قصار (٢).
قال: وينبغي أن يخطب [١/٨٦] الإمام على طهارة وهو مستقبل القوم، مستدبر القبلة، وينبغي للقوم أن ينصتوا للخطبة، ويستقبلوا الإمام بوجوههم.
أما الطهارة فهي من سنن الخطبة عندنا، فإن خطب محدثاً أو جنباً، جاز، وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز في الوجهين، وهو قول الشافعي (٣).

وإنما اعتبرت الطهارة في الخطبة؛ لأن الجنب ممنوع من دخول المسجد لغير الخطبة، فكذلك للخطبة.

وأما المحدث؛ فلأنه يفصل بين الصلاة والخطبة بالطهارة، والسنة أن لا يفصل بينهما.

وإنما قلنا: ليست الطهارة شرطاً؛ لأن الخطبة ذُكر يتقدم الصلاة كالأذان.

وجه قول أبي يوسف: ما روي عن عمر أنه قال: «إنما قصرت الصلاة لأجل

-
- = قال: سمعت النبي ﷺ يقرأ على المنبر: ﴿وَنَادُوا يَمْلِكُ لِيَقْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ﴾.
- (١) لم أجده، وقد ثبت القراءة في خطبة الجمعة من عدة أحاديث، منها: ما روى مسلم في «صحيحه» ٥٩٥: ٢ (٥٠) عن أخت لعمره، قالت: أخذت ق والقرآن المجيد من في رسول الله ﷺ يوم الجمعة، وهو يقرأ بها على المنبر في كل جمعة.
- (٢) في أ (سورة هي ثلاث آيات فصاعداً).
- (٣) قال في الجديد: «لا تصح من غير طهارة؛ لأنه ذكر شرط في الجمعة، فشرط فيه الطهارة كتكبيرة الإحرام»، كما الشيرازي في المهذب، ٣٦٦/٢.

الخطبة»^(١)، وهذا يدل على أنها تقوم مقام بعض الصلاة، فشرط فيها الطهارة.

وإنما قالوا: إن الإمام يخطب قائماً؛ لِمَا روى جابر بن سمرة: (أن النبي ﷺ خطب خطبتين قائماً)^(٢)، وكذلك خطب أبو بكر وعمر.

وقد قال أصحابنا: إن القيام سنة وليس بشرط؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩]، وهو عام؛ لأنه ذِكْرٌ يتقدم الصلاة كالأذان، وقد روي أن عثمان لما أسنَّ كان يخطب قاعداً، ولم ينكر ذلك منكر.

وإنما يستقبل القوم ويستدبر القبلة؛ لأن النبي ﷺ هكذا خطب؛ ولأنها مخاطبة لهم، فالواجب أن يقبل عليهم بها، فأما القوم، فيستقبلون الإمام إذا بدأ بالخطبة؛ لأنهم قد أمروا بالاستماع، وذلك لا يكون إلا مع الإقبال على الإمام.

وقد روي أن أبا حنيفة كان لا يستقبل حتى يفرغ المؤذن من الأذان، فإذا أخذ في الخطبة انحرف إليه.

٥٨٥ - فَصْل: [الصلاة والكلام أثناء الخطبة]

ويكره أن يصلِّي الرجل أو يتكلم من حين يقوم الإمام للخطبة إلى أن يفرغ من الصلاة عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس أن يتكلم قبل الخطبة وبعدها ما لم يدخل

(١) سبق تخريجه.

(٢) رواه مسلم ٥٨٩: ٢ (٣٥)، وأبو داود (١٠٨٦)، والنسائي في «الصغرى» (١٤١٥)، وابن ماجه (١١٠٥) بنحوه.

وروى البخاري (٩٢٠)، ومسلم ٥٨٩: ٢ (٣٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما بنحوه. انظر: «انصب الرأية» ١٩٦: ٢.

الإمام في الصلاة .

وقد روي عن عليّ وابن عباس: «إذا خرج الإمام فلا كلام ولا صلاة»^(١)؛ ولأنه إذا ابتداء بالصلاة دخل الإمام في الخطبة، فلا يقدر على قطع الصلاة فيها بعد الدخول فيها، فيؤدي ذلك إلى ترك استماع الخطبة [فلا يجوز].

وأما الكلام فوجه أبي حنيفة: أن هذه الحالة لما منع فيها من الصلاة لأجل الخطبة، منع من الكلام كحالة [الصلاة]^(٢).

وجه قولهما: أن الصلاة إنما منع منها؛ لأنها تمتد، فلا يقدر على [قطعها]^(٣)، والكلام يقطعه إذا أخذ الإمام في الخطبة، فلم يمنع منه في حالة لا يشتغل به عن سماع الخطبة.

٥٨٦ - فصل: [ما يجتنب في الخطبة من الأعمال]

قال: وينبغي أن يجتنب المستمع للخطبة من الكلام وغيره ما يجتنب في الصلاة؛ لقوله ﷺ: «إذا قلت لصاحبك: أنصت والإمام يخطب، فقد لغوت»^(٤).

وروي في تأويل قوله تعالى: ﴿فَأَسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾ [الأعراف: ٢٠٤]، أنه

(١) رواه محمد بن الحسن في «الموطأ» ١: ١٠٣ (٧) عن الزهري، قال: «خروج الإمام يقطع الصلاة، وكلامه يقطع الكلام».

وروى ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥٢١٠، ٥٢١٨) عن علي، وابن عباس، وابن عمر: «أنهم كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الإمام».

انظر: «نصب الراية» ٢: ٢٠١.

(٢) في ب (الخطبة) والمثبت من أ.

(٣) في ب (تركها)، والمثبت من أ.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٩٣٤)؛ ومسلم في «صحيحه» ٢: ٥٨٣ (١١).

في حال الخطبة^(١)، ولأن سماع الخطبة واجب، وما يمنع من الواجب لا يجوز فعله.

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون: فيمن كان بعيداً من الإمام لا يسمع الخطبة، فاختر له محمد بن سلمة السكوت، وقال نصير بن يحيى: يقرأ القرآن، وقال الحكم بن زهير: ينظر في الفقه.

وقد قال أصحابنا: يكره ردُّ السلام في حال الخطبة؛ لأنه يتشاغل به عن سماعها، فهو كالكلام.

فإن قيل: رد السلام فرض، فلم قدّم الاستماع الواجب عليه؟

[قلنا: لأن] [٨٦/ب] الاستماع [يفوت] ولا يستدرك في غير هذه الحالة وردّ السلام مستدرك؛ ولأن ردّ السلام يجب إذا كان السلام غير منهي عنه، والسلام في هذه الحالة منهي عنه، فلم يجب ردّه.

وقد قال أبو حنيفة: إذا ذكر الخطيب النبي ﷺ استمعوا ولم يُصلُّوا عليه؛ لأن الصلاة ليست بواجبة [عندنا]، فلا يشتغل بها عن استماع الواجب؛ ولأنها تستدرك في غير هذه الحالة، والسماع يفوت.

ولهذا المعنى قال أصحابنا: إن الطواف بمكة للغريب أفضل من الصلاة؛ لأنه يستدرك الصلاة في بلده، ويفوته الطواف.

وقال أبو يوسف: إذا صَلَّى الخطيب على النبي ﷺ، صَلَّى عليه الناس في نفوسهم؛ لأن ذلك لا يشغلهم عن سماع الخطبة.

(١) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٤٠٥٦)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٨٤٦٨) عن مجاهد.

٥٨٧ - فَصْل: [أداء صلاة الظهر جماعة يوم الجمعة]

ولا يُصَلِّي يوم الجمعة في مصر جماعة، ولا يؤذنون، ولا يقيمون^(١)، ولا يصلون جماعة في السجن، ولا في غيره، وإنما يعني بهذه: صلاة الظهر، فأما غيرها من الصلوات، فيصلِّي جماعة.

وأما الظهر، فإن كان المُصَلِّي لها من أهل الجمعة، فهو يتشاغل بها عن فريضة الجمعة، وذلك لا يجوز، وإن كان المُصَلِّي لها معذوراً لمرض، أو سجن، أو سفر، لم يجز أن يصلي أيضاً؛ لأن المسلمين في سائر الأمصار يغلقون أبواب المساجد في وقت الظهر، ومعلوم أن الأمصار لا تخلو من معذور، فلو جازت لفعلوها؛ ولأننا لو جَوَّزنا ذلك، لصلِّي معهم من ليس بمعذور، فأدَّى ذلك إلى ترك الجمعة [رأساً].

قال: وأما أهل القرى ومن هو في موضع لا جمعة فيه، فينبغي أن يجمعوا كما يجمعون في سائر الصلوات؛ لأن الجمعة لا تلزمهم، ولا يشاركهم في فعل الظهر من هو من أهل الجمعة، فصاروا في هذه الصلاة كهم في غيرها.

٥٨٨ - فَصْل: [تعدد الجمعة في المصر]

قال: ولا بأس بصلاة الجمعة في الموضع والموضعين والثلاثة عند محمد. وأجاز أبو يوسف في موضعين إذا كان المصر عظيمًا، ولم يُجْز في ثلاثة. وقال في موضع آخر: أستحسن إذا كان في [مصر]^(٢) له جانبان.

(١) في أ (ولا يؤذن، ولا يقام).

(٢) في ب (موضع)، والمثبت من أ.

وجه قول أبي يوسف: أن الجمعة لو جاز فعلها في أكثر من مكان واحد، [لجاز] في كل مسجد كالظهر؛ ولأن إقامتها إلى السلطان، وسلطان مصر واحد، وأما إذا كان للمصر جانبان، وبينهما نهر عظيم كبغداد، فكل واحدٍ منهما كمصر منفرد عن الآخر، وقد كان يأمر مَنْ يقطع الجسر يوم الجمعة حتى تنقطع الواصلة بين الجانبين.

وأما الرواية الأخرى: فليَمَّا روي أن علياً كان يخرج إلى الجبّانة^(١) يوم العيد، ويستخلف في مصر من يصلي بضَعْفَةِ الناس^(٢).

فإذا جاز العيد في موضعين وهي مختصة بالمصر، كذلك الجمعة.

وقد روي أن أبا حنيفة لما أسنَّ، كان يصلي العيد في الجامع.

وأما محمد فقال: إن المصر إذا عظم وبعدت أطرافه، شَقَّ على أهل المصر^(٣) في طرف منه السعي إلى آخره، فجَوَّزها في ثلاثة مواضع للحاجة إلوا ذلك، وما زاد على ذلك فلا حاجة [بنا] إليه.

٥٨٩ - فَصَّلْ: [تعيين سورة في الجمعة]

قال: ويقرأ في الجمعة بأيّ سورة شاء، ولا يتعين سورة بعينها يديم قراءتها، فإنه يكره أن يجعل شيئاً من القرآن حتماً.

(١) «والجبّانة: المصلّى العام في الصحراء». كما في المغرب (جين).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥٨٦٤ - ٥٨٦٦)، وابن المنذر في «الأوسط» ٤: ٢٥٧

(٣) (٢١١٧)، وأحمد بن منيع كما في «المطالب العالية» (٧٥٦).

(٣) في أ (شَقَّ على أهله المصير من جانب إلى آخر، فجوزنا).

والأصل في ذلك: ما روى أبو هريرة: «أن النبي ﷺ قرأ في الجمعة سورة الجمعة |1/87|، و﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنْفِقُونَ﴾»^(١) [المنافقون: ١].

وروى النعمان بن بشير: «أن النبي ﷺ كان يقرأ في الجمعة والعيدين بـ: ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾، و﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْعَشِيَةِ﴾»^(٢).

فلما خالف بين السور، دلّ على أنها لا تختص بسورة؛ ولأننا لو خصصناها بسورة، لاعتقد الناس وجوبها، وذلك لا يجوز.

٥٩٠ - فصل: [إدراك صلاة الجمعة]

قال: وفي أي حال أدرك المأموم الإمام فكبر ودخل معه في الفعل أجزاءه، وإن دخل معه في سجدتي السهو وهو قاعد فيهما، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا يجزئه حتى يدرك ركعة [من الجمعة] كاملة، فيعتد بها.

قال [معلّى عن] محمد: إذا أدركهم جلوساً، دخل [معهم] ونوى الجمعة، فإذا سلّم الإمام صلّى أربعاً، فإن لم يجلس في الركعتين الأوليين، فصلاته تامة، وإن دخل ينوي الظهر، فصلاته فاسدة.

(١) أخرجه مسلم في «صحيحه» ٢: ٥٩٧ (٦١)، وأبو داود (١١١٧)، والنسائي في «الكبرى» (١٧٤٧)، والترمذي (٥١٩)، وابن ماجه (١١١٨).

وأخرجه مسلم أيضاً ٢: ٥٩٩ (٦٤)، والنسائي في «الصغرى» (١٤٢١) عن ابن عباس ؓ.

(٢) رواه مسلم ٢: ٥٩٨ (٦٢)، وأبو داود (١١١٥)، والترمذي (٥٣٣)، والنسائي في «الصغرى» (١٥٦٨)، وابن ماجه (١٢٨١).

وجه قولهما: قوله ﷺ: «ما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا»^(١)، والذي فاته الجمعة [يقضيها].

وقد روي عن ابن مسعود ومعاذ: «فمن أدرك التشهد، فقد أدرك الصلاة»^(٢).

ولأن هذه المشاركة يتغير بها الفرض مع الاعتداد بما تقدم، فاعتبر فيها مقدار التحريمة كدخول المسافر في صلاة المقيم.

وقول محمد: بعيد على أصولهم؛ لأنه يبني الظهر على تحريمة الجمعة، وهما فرضان مختلفان.

وقد حكى الطحاوي عنه: وجوب القعدة الأولى كوجوبها على الإمام.

وحكى مُعلًى عنه: أنها لا تجب؛ لأنه صار في حال البناء مصلياً للظهر.

وإنما عدل محمد عن القياس؛ لحديث الزهري عن النبي ﷺ أنه قال: «من أدرك ركعة من الجمعة مع الإمام، فقد أدركها، ومن أدرك ما دونها صَلَّى أربعاً»^(٣).

(١) الحديث مروى عن أبي هريرة عند الطيالسي (٢٤١٢)، وعبد الرزاق (٣٣٩٩)، والحميدي (٩٦٤)، وابن أبي شيبة (٧٤٧٨)، والشافعي في «سننه» (٦٥)، وأحمد في «مسنده» (٧٢٥٠)، (٨٢٢٣، ٧٦٦٤)، والنسائي في «الصغرى» (٨٦١)، وابن خزيمة (١٥٠٥، ١٧٧٢).

والحديث في «البخاري» (٦٣٦)، و«مسلم» ١: ٤٢٠ (١٥١) بلفظ: «فأتموا» بدل «فاقضوا».

(٢) ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤١٨٨، ٥٤٠١)، وابن المنذر في «الأوسط» (٢٠٩٩) عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٣) روى النسائي في «الصغرى» (٥٥٧)، وابن ماجه (١١٢٣) من طريق الزهري عن ابن عمر عن النبي ﷺ: «من أدرك ركعة من صلاة الجمعة أو غيرها، فقد أدرك الصلاة».

(وهذا خبر مضطرب ، وقد روي فيه : «فإن أدركهم جلوساً صَلَّى أربعاً»^(١) .

وروي^(٢) : «من فاتته الركعتان صَلَّى أربعاً»^(٣) .

وروي : «من أدرك ركعة من الصلاة ، فقد أدركها»^(٤) .

قال الزهري : ما أرى الجمعة إلا من الصلاة إن أدرك منها ركعة فقد أدركها ، وإن أدرك ما دونها صَلَّى أربعاً^(٥) .

ولو كان عنده نصٌّ في الجمعة لم يحتج^(٦) إلى الرأي .



= قال الحفاظ : إن ذكر الجمعة في هذا وهم ، وإنما هو : «من أدرك من صلاة ركعة ، فقد أدركها» . انظر : «علل الحديث» لابن أبي حاتم ٢ : ٤٣١ (٤٩١) ، «علل الدارقطني» ٩ : ٢١٣ ، «البدر المنير» ٤ : ٤٩٩ .

(١) رواه البيهقي في «الكبرى» ٣ : ٢٠٣ عن أبي هريرة مرفوعاً .
ورواه عبد الرزاق في «المصنف» (٥٤٧٠ - ٥٤٧٧) ابن المنذر في «الأوسط» (١٨٥١) ، (١٨٥٣) ، والبيهقي في «الكبرى» ٣ : ٢٠٤ ، من قول ابن عمر وغيره .
قال الإمام أحمد فيه : ما أغربه . «التمهيد» ٧ : ٧٠ .

(٢) الدارقطني في «سننه» (١٦٠١) ، من طريق الزهري عن أبي هريرة مرفوعاً
والطبراني في «الكبير» ٩ (٩٥٤٥ ، ٩٥٤٧) ، والبيهقي في «الكبرى» ٣ : ٢٠٤ عن ابن مسعود موقوفاً .

(٣) ما بين القوسين ساقط من أ .

(٤) أخرجه البخاري (٥٨٠) ، ومسلم ١ : ٤٢٣ (١٦١) ، وأبو داود (١١١٤) ، والترمذي (٥٢٤) ، والنسائي (٥٥٣) ، وابن ماجه (١١٢٢) عن طريق الزهري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) انظر : «صحيح ابن خزيمة» (١٨٥٠) ، «مصنف عبد الرزاق» (٥٤٧٨) ، «مسند الشاميين» للطبراني (٢٨٨٥) ، «السنن الكبرى» للبيهقي ٣ : ٢٠٣ .

(٦) في أ (لما احتاج) .

٥٩١ - فصل: [الغسل والتطيب للجمعة]

قال: وينبغي لمن حضر الجمعة أن يدهن، ويمس طيباً إن كان عنده، ويلبس من أحسن ثيابه، وإن اغتسل فحسن، وإن ترك فلا بأس، والغسل أفضل. والأصل في ذلك: ما روي عن ابن عباس أنه قال: «أنا أخبركم بأصل ذلك: كان الناس عمال أنفسهم، وكانوا يلبسون الصوف، وكان مسجدهم صغيراً قريب السقف، إنما هو الجريد، فخرج رسول الله ﷺ يوماً وقد عرقوا في الصوف، فبدت روائحهم، فقال ﷺ: «من حضر في هذا اليوم فليغتسل، وليمس من الطيب إن كان عنده»، فلما كان بعد ذلك اتسع المسجد، واتسع الأمر، فلبسوا غير الصوف، واستغنوا عن العمل^(١).

وقالت عائشة رضي الله عنها: كان الناس عمال أنفسهم، فتأذى بعضهم بروائح بعض، فقال ﷺ: «من أتى الجمعة فليغتسل»^(٢).

وقد قال أصحابنا: إن الغسل مستحب، وحكي عن مالك: أنه واجب^(٣).

(١) أخرجه بنحوه أبو داود (٣٥٧)؛ وابن خزيمة (١٧٥٥)؛ وأحمد (٢٤١٩)؛ والحاكم في «المستدرک» (٧٣٩٤)، وصححه، ووافقه الذهبي على تصحيحه.

قال الهيثمي: «في الصحيح بعضه، رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح». «مجمع الزوائد» (٣٠٤٣).

(٢) روى البخاري (٩٠٢، ٩٠٣، ٢٠٧١)، ومسلم ٢: ٥٨١ (٦)، عن عائشة رضي الله عنها: كان أصحاب رسول الله ﷺ عمال أنفسهم، وكان يكون لهم أرواح، فقيل لهم: «لو اغتسلتم». وفي رواية: «لو أنكم تطهرتم ليومكم هذا».

وروى البخاري (٨٩٤)، ومسلم ٢: ٥٧٩ (٢)، من حديث ابن عمر بلفظ: «إذا جاء أحدكم الجمعة، فليغتسل». انظر: «نصب الراية» ١: ٨٦.

(٣) قال ابن الجلاب: «الغسل للجمعة مسنون غير مفروض». التفریع ٢٣١/١؛ وقال ابن هبيرة: =

والدليل عليه قوله ﷺ: «من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت ، ومن اغتسل ، فالغسل أفضل»^(١).

ولأن هذا الغسل لم يوضع لحدث ، وإنما هو للنظافة ، وذلك مسنون [٨٧/ب] وليس بواجب .

وقد قال أبو يوسف: إن غسل الجمعة للصلاة .

وذكر ابن كاس عن أبي حنيفة مثله .

وقال الحسن بن زياد: [هو] لليوم .

ويظهر الخلاف بينهم فيمن اغتسل قبل الفجر ولم يحدث حتى صَلَّى الجمعة ، قال أبو يوسف: قد فعل السنة ، وقال الحسن: لم يغتسل للجمعة .

وكذلك من اغتسل بعد طلوع الفجر ثم أحدث وتوضأ وحضر الجمعة ، قال أبو يوسف: لم يأت بغسل الجمعة ، وقال الحسن: قد فعل .

وجه قول أبي يوسف: أن الطهارة إنما يؤمر بها للصلاة ، فإذا أدت غيرها لم يقع موقعها .

وجه قول الحسن: أن الغسل وضع للنظافة حتى لا يستضر الناس عند الاجتماع [فيه] ، وهذا موجود إذا اغتسل في اليوم ، وإن لم يبق على غسله إلى وقت^(٢) الصلاة .

= «واتفقوا على أن غسل الجمعة مسنون» . الإفصاح ١/١٦٦ .

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨) ؛ والترمذي (٤٩٧) ؛ والنسائي في «الصغرى» (١٣٨٠) ، من حديث سمرة بن جندب . قال الترمذي: حديث حسن .

(٢) في أ (للصلاة) .

٥٩٢ - فَصْل: [توجه المعذور إلى الجمعة بعد أداء الظهر]

قال: ومن صَلَّى من معذور أو غير معذور الظهر في منزله، ثم توجه إلى الجمعة في حال يدركها، فقد بطلت الظهر، فإن صَلَّى الجمعة أجزأته، وإن لم يصل الجمعة أعاد الظهر.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبطل الظهر إلا^(١) أن يدخل في الجمعة.

قال رحمه الله تعالى: وهذه الجملة تشتمل على مسائل منها: أن فرض الوقت ما هو؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: إن فرض الوقت: الظهر، وقد أمرنا بإسقاطه بالجمعة، وقال محمد: الفرض هو الجمعة، وله أن يسقطه بالظهر، وروي عنه أنه قال: لا أعلم فرض الوقت ما هو؟ إنما الفرض ما يستقر فعله، وقال زفر: الفرض الجمعة، والظهر بدل.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «وأول وقت الظهر حين تزول الشمس»^(٢)، وهو عام في سائر الأيام.

ولأن الجمعة إذا فاتته بخروج الوقت، نوى الظهر قضاءً، فلو لم تكن وجبت في الوقت، لم ينو القضاء بعد خروج الوقت، وليس يمتنع أن يكون الفرض الظهر، ويؤمر بتقديم غيره [عليه]، كما يؤمر بتخليص المال والغريق في الصلاة (قبل الصلاة)^(٣).

وجه قول محمد: أنه مأمور بفعل الجمعة، منهي عن فعل الظهر، والفرض

(١) في أ (لا يبطل ظهره إلا بعد دخوله في الجمعة).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ساقطة من أ.

هو المأمور به ، إلا أنه إذا صَلَّى الظهر سقط الفرض [عنه] ^(١) ؛ لأن الفرض يسقط به بعد الوقت ، كذلك في الوقت .

وقال في الرواية الأخرى: إن كل واحدة من الصلاتين إذا فعلها سقط الخطاب ، يدلُّ على أن الفرض أحدهما بغير عينه ، وأنه يتعيَّنُ بفعله .

وجه قول زفر: أنه مأمور بالجمعة ، منهي عن فعل الظهر ، فإذا فاتت الجمعة أمر بفعل الظهر ، وما نهى عنه مع القدرة على غيره ، وأمر به عند العجز عنه ، فهو بدل .

٥٩٣ - فَصْلُ : [شهود الجمعة بعد صلاة الظهر]

وقد قال أصحابنا: في المعذور إذا صلى الظهر ، ثم شهد الجمعة ، كانت فرضه [الجمعة] ، وقال زفر: فرضه الظهر .

وجه قولهم: أنه لو فعلها ابتداءً كانت فرضه ، فإذا فعلها بعد الظهر ، كانت فرضه كالصحيح .

وجه قول زفر: أن فرضه الظهر ؛ لأن الجمعة غير واجبة عليه ، فوقعت الظهر موقع الفرض من غير مراعاة ، وإذا فعل الجمعة بعدها لم تفسخ ، كَمَنْ صَلَّى الظهر في جماعة بعدما صلاها وحده .

٥٩٤ - فَصْلُ : [توجه الرجل إلى الجمعة بعد صلاة الظهر]

قال أبو حنيفة: إذا صَلَّى الرجل الظهر ، ثم توجه إلى الجمعة ، بطلت الظهر

(١) الزيادة من أ .

بالسعي ، وقالوا: لا تبطل حتى يكبر للجمعة .

وجه قول أبي حنيفة: أن السعي فرض من فروض الجمعة يختص بها ؛ لأن الله تعالى أمرنا بالسعي إليها^(١) ، ونهى النبي ﷺ عن السعي إلى الصلاة^(٢) ، والفرض المختص بالجمعة إذا اشتغل به بطلت الظهر كتحرمة الجمعة .

لهما: أن السعي سبب من أسباب الصلاة ، كالطهارة وستر العورة .

٥٩٥ - فصل : [استخلاف الإمام للصلاة بعد الخطبة]

وإذا أحدث الإمام بعد الخطبة [قبل]^(٣) دخوله في الجمعة ، فقدّم رجلاً يصلي بالناس ، أجزأهم إن كان المقدّم شهد الخطبة أو بعضها ، فإن لم يكن شهد الخطبة ، لم يجزئهم ؛ وذلك لأن الإمام لا بدّ أن تثبت الخطبة في حقه ، وإنما تثبت بفعالها أو سماعها ، وإذا لم يوجد واحد منهما ، فكأنّه صَلَّى بغير خطبة .

وليس كذلك إذا أحدث الإمام بعد الدخول في الجمعة ، فقدّم من لم يشهد الخطبة ، فإنّ الصلاة جائزة ؛ لأن الجمعة قد انعقدت ، ولا يحتاج إلى الخطبة في حال البقاء^(٤) .



- (١) قال الله تعالى: ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] .
- (٢) روى البخاري (٩٠٨) ومسلم ١: ٤٢٠ (١٥١): عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ: «إذا أقيمت الصلاة ، فلا تأتوها تسعون ، وأتوها تمشون ، عليكم السكينة» .
- (٣) في ب (بعد) ، والمثبت من أ .
- (٤) انظر: الأصل ٢٩٩/١ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ١١٤/٢ وما بعدها ؛ القدوري ص ١٠٠ وما بعدها .

٩١ | بَابُ صلاة العيدين

—•••••—

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في العيدين: ما روي عن أنس قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة، ولهم يومان يلعبون فيهما في الجاهلية، فقال النبي ﷺ: «قد أبدلكم الله بهما خيراً منهما: يوم الفطر، ويوم الأضحى»^(١).

وأما صلاة العيد، فقال الحسن عن أبي حنيفة: وتجب صلاة العيد على أهل الأمصار كما تجب الجمعة.

وقال محمد في الأصل: ولا تصلي نافلة في جماعة إلا صلاة الكسوف وقيام رمضان [والعيدين]، وهذا يدل على وجوب صلاة العيد.

وقال أبو الحسن في المختصر: وتجب صلاة العيد على من تجب عليه صلاة الجمعة.

وقال في الجامع الصغير: إذا اجتمع العيدان في يوم واحد، فالأول سنة، وقال أحمد بن العباس، وعياش الرازي: أجمع الناس أن العيد سنة.

وقال أبو موسى الضرير في مختصره: هي فرض على الكفاية، فإن قلنا بوجوبها؛ فلأنها صلاة تختص بالجماعة كالجمعة؛ ولأنها صلاة وضع لها خطبة كالجمعة، وإن قلنا: إنها سنة؛ فلمّا روي: أن الأعرابي قال للنبي ﷺ في

(١) أخرجه أبو داود (١١٢٧)؛ والنسائي في «الصغرى» (١٥٥٦)؛ والحاكم (١٠٩١)، وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

الصلوات الخمس: هل عليّ غيرهن؟ قال: «لا، إلا أن تتطوع»^(١).

وجه قول أبي موسى الضرير: أنها تسقط في حق من لم يفعلها وما يقوم مقامها بفعل غيره لها، فصارت كصلاة الجنازة.

٥٩٦ - فَصْل: [وقت صلاة العيد]

قال أبو الحسن: وقت صلاة العيد من حين تبيض الشمس إلى أن تزول؛ وذلك لما روي: «أن النبي ﷺ كان يصلي العيد والشمس قدر رمح أو رمحين»^(٢).

وروي: «أن قوماً شهدوا عند النبي ﷺ في آخر يوم من رمضان برؤية الهلال، فأمر بالخروج إلى المصلّى من الغد»^(٣)، ولو جاز فعلها بعد الزوال، لم يكن لتأخيرها إلى الغد معنى.

٥٩٧ - فَصْل: [فوات وقت العيد لعذر]

قال: فإن لم يُصَلَّ لعذر، فوقتها من الغد كوقتها يوم الفطر، فإذا زالت الشمس في اليوم الثاني، لم يصل بعد ذلك، وإن تركها في اليوم الأول لغير عذر

(١) أخرجه البخاري (٤٦)؛ ومسلم ١: ٤٠ (٨) من حديث طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه.

(٢) ذكره الزيلعي بصيغة التمريض، وقال: «حديث غريب»؛ وأخرج أبو داود (١١٢٨)، وابن ماجه (١٣١٧) عن يزيد بن خُمير الرحبي، قال: خرج عبد الله بن بسر، مع الناس في يوم عيد فطر، أو أضحى، فأنكر إبطاء الإمام، فقال: «إنا كنا قد فرغنا ساعتنا هذه»، وذلك حين التسبيح. «نصب الراية» ٢: ٢١١.

قال النووي: إسناده صحيح على شرط مسلم. «خلاصة الأحكام» (٢٩١٤).

(٣) أخرج نحوه أبو داود (١١٥٠)؛ والنسائي (١٧٥٦)؛ وابن ماجه (١٦٥٣).

قال الحافظ: «وصححه ابن المنذر وابن السكن وابن حزم». «التلخيص الحبير» ٢: ١٧٧ (٦٩٧).

حتى زالت الشمس ، لم يصلها في اليوم الثاني .

وقد كان القياس ألا يقضيها ؛ لأنها صلاة تختص بالجماعة كالجمعة ، وإنما تركوا القياس لما روي : « أن النبي ﷺ شهد عنده برؤية الهلال بعد [٨٨/ب] الزوال ، فأمرهم بالخروج إلى المصلين من الغد»^(١) ، فدلّ على أنها متى تركت لعذر ، فعلت في اليوم الثاني ، وما بعده باقٍ على أصل القياس [فلا يفعل] ، وكذلك إذا تركت لعذر .

وأما عيد الأضحى فوقتها: في يوم النحر من حين تبيض الشمس إلى أن تزول ، فإن فاتت لعذر ، فوقتها في اليوم الثاني والثالث كذلك ، فإن فاتت فلا تفعل بعد ذلك أبداً ؛ لأن الصلاة قربة يدخل وقتها في يوم النحر ، فجاز فعلها في يومين بعده كالأضحى .

ولهذا قال: إن من تركها لعذر ، صلاًها كمن ترك الأضحى لعذر ، إلا أنه قد أساء في تأخير الصلاة لعذر ؛ لأنها لم ينقل فعلها في الشريعة في غير يوم النحر ، ولولا الإساءة لفعلت في سائر الأيام كالأضحى .

٥٩٨ - فصل: [وجوب العيد على من تجب عليه الجمعة]

قال: وتجب صلاة العيد على من تجب عليه الجمعة ، وتصح بما تصح به الجمعة ، إلا الخطبة فإنها تفعل بعد الصلاة ، فإن تركها فقد أساء ، وصلاة العيد ماضية صحيحة .

وإنما قلنا: إن من شرطها المصر ؛ لقوله ﷺ: « لا جمعة ، ولا تشريق ، ولا

(١) تخريجه كالحديث السابق .

فطر ، ولا أضحي إلا في مصر جامع»^(١) .

وإنما شرط فيها السلطان ؛ لأنها لا تفعل إلا بأمره ، فلو فعلها غير السلطان لفوتها على الناس .

فأما الخطبة في العيد ، فليست بواجبة ؛ لأن الصلاة تتقدم عليها ، فلو كانت شرطاً فيها ، لتقدمت عليها ، أو فعلت في خلالها كسائر شروط الصلاة .

وإنما قلنا: إن الخطبة بعد الصلاة ؛ لحديث ابن عمر: «أن النبي ﷺ ، وأبا بكر ، وعمر ، كانوا يبدؤون بالصلاة قبل الخطبة في العيدين»^(٢) .

وكذا رواه جابر^(٣) ، وابن عباس^(٤) ، والبراء^(٥) .

وروى طارق بن شهاب: أن مروان خطب قبل الصلاة ، فقال رجل: إنما الخطبة بعد الصلاة ، فقال مروان: اترك ذلك يا فلان ، فقال أبو سعيد الخدري: أما هذا فقد قضى ما عليه ، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان»^(٦) .

وإنما ينسب إلى الإساءة بترك الخطبة ؛ لأنها سنة ؛ ولأن المقصود منها تعليم صدقة الفطر والأضحية ، فلا يجوز تركها .

(١) تقدم تخريجه في باب الجمعة .

(٢) أخرجه نحوه البخاري (٩٦٣) ؛ ومسلم ٢ : ٦٠٥ (٨) .

(٣) أخرجه البخاري (٩٥٨ ، ٩٦١) ، ومسلم ٢ : ٦٠٣ (٣) .

(٤) رواه البخاري (٩٦٢) ؛ ومسلم ٢ : ٦٠٢ (٢) .

(٥) رواه البخاري (٩٥٥) ؛ ومسلم ٣ : ١٥٥٤ (٢) ، والنسائي في «الصغرى» (١٥٧٠) .

(٦) رواه مسلم (١٨٦) ؛ وأبو داود (١١٣٣) ؛ والترمذي (٢١٧٢) ؛ والنسائي (٥٠٠٨ ، ٥٠٠٩) ؛

وابن ماجه (١٢٧٥) .

٥٩٩ - فَصْل: [صفة التكبير في صلاة العيد]

وأما صفة التكبير في صلاة العيد، فهو عندنا في الفطر والأضحى سواء،
يبتدئ الإمام فيكبر تكبيرة، ثم يستفتح ويكبر ثلاثاً، ويقراً ويكبر تكبيرة ويركع
بها، فإذا قام إلى الثانية قرأ ثم كبر ثلاثاً وركع بالرابعة، فصار في الركعتين تسع
تكبيرات، الزوائد منها ست، ثلاث في الأولى، وثلاث في الثانية، ويوالي بين
القراءتين.

وروى ابن سماعه عن أبي يوسف: سبعاً في الأولى، وخمساً في الأخرى،
ويبتدئ فيهما بالتكبير.

وروى معلى عنه: في عدد التكبيرات كل ذلك واسع، وبأي الأحاديث أخذ
فحسن.

والذي قلناه: روي عن ابن مسعود، وأبي مسعود البدرى، وحذيفة، وأبي
موسى^(١).

وقال مكحول: حدثني من شهد سعيد بن العاص: أنه أرسل إلى أربعة من
أصحاب الشجرة فسألهم عن صلاة العيد، فذكروا مثل قولنا^(٢).

وروي أن الوليد بن عقبة أرسل إلى ابن مسعود، وأبي مسعود، وحذيفة،

(١) انظر: «نصب الراية» ٢: ٢١٣.

(٢) رواه أبو داود (١١٤٦)؛ وأحمد (١٩٧٣٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٧٢٧٤)،
والبيهقي في «الكبرى» ٣: ٢٨٩.

انظر «مصنف عبد الرزاق» (٥٦٨٧)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٥٧٤٨، ٥٧٥٤، ٥٧٥٥)،
و«الكبير» للطبراني ٩ (٩٥١٦، ٩٥٢١).

وأبي موسى ، فذكروا ذلك^(١) .

وقال عليٌّ عليه السلام : يكبّر في الفطر إحدى عشرة: ستاً في الأولى ، وخمساً في الآخرة ، يبدأ بالقراءة في الركعتين ، وفي الأضحى خمساً: ثلاثاً في الأولى ، واثنتين في الآخرة ، يبدأ [١/٨٩] بالقراءة فيهما^(٢) .

وهو قول ابن أبي ليلى ، وشريك ، وابن حبي .

وروي عن ابن عباس : سبعا وستاً^(٣) .

وروي عنه : سبعا وخمساً^(٤) .

وروي عنه مثل قول ابن مسعود .

والأصل فيما قلناه: أن الصحابة لما اختلفوا في ذلك ، والقياس لا يدل عليه ، حمل قول كل واحد منهم على التوقيف ، فكأنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فالأخذ بما قلناه أولى ؛ لأنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صَلَّى العيد أقبل عليهم بوجهه وقال : «أربع كتكبيرات الجنائز لا تسهوا» ، وأشار بأصبعه ، وحبس إبهامه^(٥) .

(١) «الآثار» لأبي يوسف (٢٨٨) ، «الآثار» لمحمد بن الحسن (٢٠٢) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٥٧٤٩) .

وروي عنه عبد الرزاق (٤٨٩٥ ، ٥٦٧٨) : سبعا في الأولى ، وخمسا في الأخرى .

(٣) ابن أبي شيبة (٥٧٥١ ، ٥٧٥٣) ، والحاثر في «مسنده» (٢١٠) ، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٧٢٨١) .

(٤) عبد الرزاق (٤٨٩٤) ؛ وابن أبي شيبة (٥٧٧٣) ؛ الطبراني في «الدعاء» (٢٢٠٤) ؛ والبيهقي في «الكبرى» ٣ : ٣٤٨ .

(٥) رواه في «شرح معاني الآثار» (٧٢٧٣) ، بلفظ : صلى بنا النبي صلى الله عليه وسلم يوم عيد ، فكبر أربعاً ، وأربعاً ، ثم أقبل علينا بوجهه حين انصرف ، قال : «لا تنسوا ، كتكبير الجنائز ، وأشار بأصابعه ، وقبض إبهامه» . وقال : حسن الإسناد .

وهذا قول وفعل وإشارة، ورد إلى أصل وتأکید، فالأخذ به أولى.

وإنما قلنا: إنه يوالي بين القراءتين؛ لأن التكبير ذكر مسنون، فيقدم في الركعة الأولى على القراءة كالاستفتاح، ويؤخر في آخر الصلاة عن القراءة كالقنوت.

وقد قال أصحابنا: إنه يستفتح عقب التكبير الأولى.

وقال الأوزاعي: عقب التكبيرات. وهذا غلط؛ لأن الاستفتاح موضوع لافتتاح الصلاة، فوجب أن يفعل في ابتدائها.

فأما التعوذ، فقال أبو يوسف: يتعوذ عقب الاستفتاح؛ لأنه أحد الاستفتاحين كالآخر.

وقال محمد: يتعوذ بعد التكبيرات؛ لأنه استفتاح للقراءة، فيفعل عند الابتداء بالقراءة.

قال الحسن: يفصل بين كل تكبيرتين بقدر ثلاث تسيحات، ولا يقرأ شيئاً؛ لأنه متى لم يفصل بين التكبيرتين، اختلط الأمر على المؤتمين، وإنما لا يأتي بذكر؛ لأن قيام الصلاة لا يؤتى فيه بالدعاء قبل القراءة.

٦٠٠. فصل: [رفع الأيدي في التكبيرات الزوائد]

قال أبو حنيفة ومحمد: يرفع يديه في التكبيرات الزوائد في العيد، وقال ابن أبي ليلى: لا يرفع، وهو قول أبي يوسف.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «لا تُرفع الأيدي إلا في سبعة مواطن»^(١)، وذكر

(١) تقدم تخريجه ص ٣٩٧.

العيدين؛ ولأنها تكبيرة مقصودة لنفسها، غير قائمة مقام غيرها، كالتكبيرة الأولى.

وجه قول أبي يوسف: أنها تكبيرة مسنونة كتكبيرة الركوع.

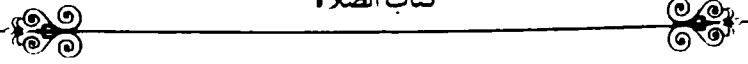
٦٠١. فصل: [رفع الأيدي في التكبيرات التي من صلب الصلاة]

قال: ولا يرفع يديه في التكبيرة التي يركع بها، ولا التكبيرة التي يقوم بها إلى الثانية؛ لأنها ليست من الزوائد، وإنما هي من صلب الصلاة، ففعلت كما يفعل في سائر الصلوات.

قال: ويقرأ في العيدين بأي سورة شاء، نحو: ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾، والغاشية، و﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنْفِقُونَ﴾، ونحو هذا من السور؛ لما روى النعمان بن بشير، وسمرة، وابن عباس: «أن النبي ﷺ كان يقرأ في العيدين ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾، و﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾» (١).

وسئل أبو واقد الليثي: ما كان يقرأ النبي ﷺ في الأضحى والفطر؟ فقال: ب﴿ق﴾، و﴿أَقْرَبَتْ﴾ (٢).

(١) تقدم تخريج حديث النعمان بن بشير ﷺ في باب الجمعة.
ورواه النسائي في «الكبرى» (١٧٨٧)، وأحمد في «مسنده» (٢٠٠٨٠، ٢٠١٦١)، والطبراني في «الكبير» ٧ (٦٧٧٣)، والبيهقي في «الكبرى» ٣: ٢٩٤، من حديث سمرة ﷺ.
ورواه عبد الرزاق في «المصنف» (٥٧٠٥)؛ وابن أبي شيبة في «المصنف» (٥٧٨٢)؛ وابن ماجه (١٢٨٣)؛ وعبد بن حميد كما في «المنتخب» (٦٨٧) عن ابن عباس ﷺ.
(٢) أخرجه مسلم ٢: ٦٠٧ (١٤، ١٥)؛ وأبو داود (١١٤٧)؛ والترمذي (٥٣٤)؛ والنسائي في «الصغرى» (١٥٦٧)؛ وابن ماجه (١٢٨٢).



٦٠٢ - فصل: التكبيرات في حال خوف فوت الركوع مع الإمام

قال: ويجهر بالقراءة؛ لأن النبي ﷺ جهر بها^(١)، ونقل ما قرأ.

قال: ومن أدرك الإمام وهو راعٍ، فخاف إن كَبَّرَ أن يرفع الإمام رأسه من الركوع، كَبَّرَ للافتتاح، ويكبر بعدها للركوع، ثمَّ يكبر تكبيرة العيد في ركوعه، فإن رفع الإمام رأسه من الركوع، اتبعه وقطع التكبير، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وإن لم يخف أن يفوته الركوع مع الإمام، كَبَّرَ قائمًا حين افتتح الصلاة.

وقال أبو يوسف: إذا خاف فوت الركوع مع الإمام، ركع ولم يكَبِّرَ.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أن حال القيام محل للتكبير عند أصحابنا.

وقال الحسن بن زياد: إذا أخذ في القراءة، فات التكبير.

لنا: أن محل التكبير حال القيام، [٨٩/ب] فما دام باقياً فالسنة لم تفت، فكان عليه أن يأتي بها كما لو لم يأخذ في القراءة؛ ولأن فعل القراءة في الركعة الثانية لا يُفَوِّتُ التكبير، كذلك في الأولى؛ ولأن كل واحدة منهما ركعة في صلاة العيد.

وجه قول أبي الحسن: أن التكبيرات موضوعة قبل القراءة، فإذا أخذ في القراءة، فقد فاتت السنة عن موضعها، فلا تقضى.

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (١٨٠٣).

قال الكاساني: كذا ورد النقل المستفيض عن النبي ﷺ بالجهر به، وبه جرى التوارث من الصدر الأول إلى يومنا هذا. «بدائع الصنائع» ١: ٢٧٧.

وأما إذا أدرك الإمام راعياً وقدر أن يكبر قبل أن يرفع الإمام رأسه ، فالواجب أن يكبر قائماً ؛ لأنه يجمع بين التكبير في محله الموضوع له وبين الركوع ، وإن خشي أن يرفع الإمام رأسه من الركوع ، كَبَّرَ وركع مع الإمام ؛ لأن الركوع فرض ، والتكبيرات سنة ، والتشاغل بالفرض أولى ، إلا أنه يكبر تكبيرة يدخل بها في الصلاة ؛ لأن المشاركة لا تكون إلا بها ، ثم يكبر أخرى يركع بها ؛ لأن الانتقال من ركن إلى ركن لا يجوز إلا بالتكبير ، ثم يكبر تكبير العيد وهو راع عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إذا ركع فقد فات التكبير .

وجه قولهما : أن تكبير العيد يفعل في حال القيام ، وفيما يجري مجرى القيام ، ألا ترى أن تكبيرة الركوع من تكبيرات العيد ، وهي مفعولة حال الانحطاط وحال الركوع ، أجريت مجرى القيام ؛ بدلالة أن [من] يدركها مدرك الركعة ، فلذلك يكبر فيها .

وجه قول أبي يوسف : أنه ذكّر موضوع في حال القيام ، فلا يفعل في حال الركوع كالقراءات والقنوت .

وأما إذا رفع رأسه من الركوع قبل أن يكبر المؤتم ، فعليه أن يتبع الإمام ويترك التكبير ؛ لأن متابعة الإمام واجبة ، فكانت أولى من التكبير المسنون ، ثم قد فات التكبير وسقط .

وقال ابن أبي ليلى : يكبر في السجود .

لنا : أن السجود لم يجر مجرى القيام ؛ [بدليل فوات الركعة مع إدراكه] ، فما وضع في حال القيام ، لا يفعل فيه كما لا يفعل في القعدة [بعد السجود] .

وجه قول ابن أبي ليلى : أن السجود محل لتعظيم الله تعالى ، فهو كالركوع ،

والتكبير تعظيم ، فإذا فعل في أحدهما فعل في الآخر .

٦٠٣ - فصل : [ركوع الإمام في الركعة الأولى قبل التكبير]

قال : وإن ركع الإمام بعد فراغه من القراءة في الركعة الأولى قبل أن يُكَبِّرَ ، فإنه يرفع رأسه ويعيد التكبير ، ولا يعتد بالركوع الأول ، ولا يعيد القراءة ؛ وذلك لأن التكبير سنة مفعولة في حال القيام ، فلم يفت محلها ، وكان عليه أن يعود ليأتي بها كما لو ترك قراءة فاتحة الكتاب ثم ركع .

٦٠٤ - فصل : [التكبيرات في حال إدراك الإمام في الركعة الثانية]

قال : وإذا أدرك الرجل مع الإمام الركعة الثانية من صلاة العيد ، اتبع الإمام في التكبير ، وقضى الأولى ، وفعل فيها كما وصفت لك أن يفعله في الثانية ، هكذا ذكر في الأصل والجامع : أنه يفعل فيما يقضي ما يفعله ابن مسعود في ثانيته .

وروى أبو سليمان في نوادره من الصلاة : أنه يبدأ في التي يقضي بالتكبير ، وهي رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة ، وكذلك حكى الطحاوي عن ابن أبي عمران ، عن هلال ، عن أبي يوسف ، ورواه الحسن عن أبي حنيفة .

وقال في السِّيَر الكبير : فإن كان يقضي الأولى ، فإنه يفعل كما يفعل ابن مسعود في ثانيته .

فمن أصحابنا من قال : ما في الأصل والجامع قول محمد ، وما في النوادر قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وهذا فرع على اختلافهم فيما يدركه من صلاة الإمام : فعندهما : أنه يفعل

مع الإمام آخر الصلاة، ويقضي أولها، فيقدم التكبير، وعند محمد: أنه يقضي آخرها، فيقدم القراءة.

ومن أصحابنا من قال: فيه روايتان: أما رواية النوادر: فمبنية على هذا الأصل، وأما رواية الأصل؛ فلأنه لو بدأ فيما يقضي | ١١/٩٠ | بالتكبير، لوالى بين التكبيرين، وذلك خلاف الإجماع.

٦٠٥. فُصِّل: [وَقُوعَ يَوْمِ عِيدِ يَوْمِ جُمُعَةٍ]

قال: وإذا كان يوم عيد يوم جمعة، لم يسقط أحدهما الآخر، وقال ابن الزبير: تسقط الجمعة (١).

لنا: ما روي أن يوم عيد وافق يوم الجمعة في عهد رسول الله ﷺ، فصلاهما (٢).

ولأن صلاة العيد إن كانت واجبة، لم تُسقط الجمعة كالفجر (٣)، وإن كانت مسنونة، فهي أولى [بأن لا تُسقط].

(١) رواه أبو داود (١٠٦٤)، والنسائي في «الصغرى» (١٥٩٢).

وقال ابن هبيرة: «إذا وافق يوم الجمعة يوم عيد؟ فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: لا تسقط الجمعة بحضور العيد، ولا العيد بحضور الجمعة، وقال أحمد: إذا جمع بينهما فهو الفضيلة، وإن حضر العيد سقطت عنه الجمعة». الإفصاح ١/١٦٥.

(٢) لم أجده، وروى أبو داود (١٠٦٦)، وابن ماجه (١٣١١)، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٤٦٥)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١١٥٥) عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اجتمع عيدان في يومكم هذا، فمن شاء أجزأه من الجمعة، وإنا مجمعون إن شاء الله».

(٣) «وأكثر الفقهاء على أنه لا ترخيص؛ لأن دليل وجوبها لم يفصل...» كما ذكر الشوكاني في نيل الأوطار ص ٦٤٣ (بيت الأفكار).

٦٠٦ - فَصْل: [التكبير في العيدين]

قال: ويكبر الذي يذهب إلى العيد في ذهابه في يوم الأضحى، ولا يكبر في يوم الفطر، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يكبر فيهما.

أما الأضحى؛ فلأن النبي ﷺ كان يكبر في الطريق^(١)؛ ولأنه يكبر في هذا اليوم عقب الصلوات، فجاز أن يكبر في غيرها.

وأما الفطر، فقد روى ابن عباس: (حمله قائده في يوم الفطر، فسمع الناس يكبرون، فقال له: أكبر الإمام؟ قال: لا، قال: أفجنّ الناس)^(٢)؛ ولأن هذا اليوم لا يكبر فيه عقب جميع الصلوات، ولا يكبر في غيرها كيوم الجمعة.

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وليس هاهنا تكبير بعد [كمال]^(٣) العدة إلا هذا التكبير.

٦٠٧ - فَصْل: [من فاته العيد مع الإمام، والتطوع قبله وبعده]

قال: فإن فاته العيد مع الإمام لم يقضه، فإن شاء أن يصلي العيد أربعاً جاز.

(١) روى الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» ١٤: ٣٨، والدارقطني في «سننه» (١٧١٢)، والبيهقي في «الكبرى» ٣: ٢٧٩، والحاكم (١١٠٦) عن ابن عمر موقوفاً: أنه كان يخرج للعيدين من المسجد فيكبر حتى يأتي المصلى ويكبر حتى يأتي الإمام.

قال البيهقي: الصحيح وقفه على ابن عمر، وقد روي مرفوعاً، وهو ضعيف، انظر: «نصب الراية» ٢: ٢٠٩.

(٢) أخرج نحوه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» ١٤: ٤٠؛ وابن أبي شيبه في «مصنفه» (٥٦٧٦).

(٣) في ب (فراغ)، والمثبت من أ.

وقال الشافعي: يصلي العيد وحده، ويكبر فيها تكبير العيد^(١).

لنا: أن هذه الصلاة لم ينقل فعلها في الشريعة إلا في جماعة كالجمعة، وإذا لم يقض، فمن شاء أن يتطوع: (وإن تطوع بركعتين أو بما زاد عليهما.
قال: ولا تطوع قبل العيد، كره ذلك أصحابنا، فإن شاء أن يتطوع) بعدها فعل.

أما قبلها، فروى سعيد بن جبير، عن ابن عباس: أن النبي ﷺ: «خرج يوم العيد، فلم يصل قبلها ولا بعدها»^(٢).

وروى جرير بن عبد الله قال: كنت آخر الناس إسلامًا، فحفظت من رسول الله ﷺ يقول: «لا صلاة في العيدين قبل الإمام»^(٣).

وروي أن عليًّا خرج إلى المصلى، فرأى أقوامًا يصلون، فقال: ما هذه الصلاة التي لم نكن نعرفها على عهد رسول الله ﷺ! فقيل له: أولا تنهاهم؟ فقال: إني أكره أن أكون الذي ينهى عبدًا إذا صَلَّى، ولكننا نخبرهم بما رأينا من رسول الله ﷺ، كان لا يصلي قبلها ولا بعدها^(٤).

ولأن صلاة العيد لم يجعل لها أذان ولا إقامة، فلو بدأ بالنافلة، جاز أن

(١) انظر: مختصر المزني ص ٣١؛ المهذب ٢/٣٩٥.

(٢) البخاري (٩٦٤)، ومسلم ٢: ٦٠٦ (١٣)، وأبو داود (١١٥٢)، والترمذي (٥٣٧)، والنسائي في «الصغرى» (١٥٨٧)، وابن ماجه (١٢٩١).

(٣) أخرج ابن بشران في «أماليه» ١: ١٢٠ (٢٥٣)، والديلمي في «الفردوس بمأثور الخطاب» (٧٩٣٦). انظر آثار الصحابة والتابعين في «المصنف» لابن أبي شيبة (٥٧٩٩ - ٥٨٠٩).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٥٦٠٥، ٥٦٢٦)، والبزار ٢ (٤٨٧)، وابن راهويه كما في «المطالب العالية» (٧٥١) بنحوه.

يدخل الإمام في العيد، فإما أن يقطع النافلة، أو يدرك بعض صلاة العيد، وهذا لا يجوز.

وأما قوله: وإن شاء أن يتطوع بعدها فعل، فمعناه: بعد الفراغ من الخطبة؛ لأن خطبة العيد لا يجوز أن يتشاغل عنها بالصلاة كخطبة الجمعة، فإذا فرغ من الخطبة، فهو وقت من أوقات النهار، لا يكره فيه الصلاة، فله أن يتنفل فيه، إلا أن هذه النافلة ليس لها تعلق بالعيد.

قال: وينبغي لمن حضر العيد أن يسمع الخطبة كما يسمع في خطبة الجمعة؛ لأن المقصود من الخطب تعليم الناس الأحكام، [وإذا لم يسمعوا لم يوجد المقصود] (١).

٦٠٨ - فصل: [التيّم لصلاة العيد إذا خاف الفوات]

وإذا خاف من - حضر المصلّي وهو محدث - أن تفوته الصلاة إن توضّأ، تيّم وصلّي؛ وذلك ما بيّنا من أصلنا: [أن هذه الصلاة] لا تقضى، فلو تشاغل بالوضوء، فاتته الصلاة، فلم يؤد بالوضوء الصلاة، ولا ما يقوم مقامها، فلا معنى للأمر بالوضوء، فإذا سقط عنه الوضوء وهو مخاطب بالصلاة، جاز له التيمم كالمريض. [٩٠/ب]

٦٠٩ - فصل: [التيّم فيما إذا أحدث المؤتم بعد الدخول مع الإمام]

وإن أحدث المؤتم بعد الدخول مع الإمام، فخاف إن اشتغل بالوضوء أن تفوته الصلاة مع الإمام، تيّم وبنى عند أبي حنيفة، وقالوا: يتوضأ ولا يتيّم.

(١) في أ (فيستمع) فقط.

وجه قول أبي حنيفة: أن هذه الصلاة يتيمم لها ابتداءً مع وجود الماء،
فكذلك يتيمم لها في حال البقاء كالمريض.

وجه قولهما: أن المبتدئ بالصلاة يخشى فواتها، فجاز له أن يتيمم، وهذا
المعنى لا يوجد في حال البقاء؛ لأنه يتوضأ ويبنى^(١).



(١) انظر: الأصل ٣١٨/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٤٩/٢ وما بعدها؛ القُدوري ص ١٠٣ وما بعدها.

١٠ | بَاب صلاة الخوف



قال أبو الحسن: وإذا حضر الإمام عدوًّا وكان موافقًا لهم، أو حيث يمكنه إصابة الغزو والإقدام عليهم، صَلَّى بهم الإمام صلاة الخوف.

والخوف لا يوجب نقصان عدد [الركعات من] الصلاة، مسافرين كان الخائفون، أو مقيمين، وإنما الرخصة في الأفعال التي يفعلها المصلي.

والكلام في صلاة الخوف يقع في مواضع: أولها: [أنها] جائزة بعد رسول الله ﷺ، وقال الحسن بن زياد: لا يجوز، وهو قول أبي يوسف الأول.

والأصل فيه: ما روي أن سعيد بن العاص أراد أن يصلي صلاة الخوف بطبرستان، فقال: من شهد منكم صلاة الخوف مع رسول الله ﷺ؟ فقام حذيفة فوصف له صلاة الخوف مع رسول الله ﷺ، فَصَلَّى بهم^(١)، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف^(٢).

وقد روى صلاة الخوف بعد رسول الله ﷺ جماعة من الصحابة؛ ولأنها صلاة جازت للنبي ﷺ لعذر، فجازت لغيره كصلاة المريض.

وجه قول الحسن: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾ [النساء: ١٠٢]، فشرط في صلاة الخوف كونه فيهم؛ ولأن صلاة الخوف جازت

(١) أخرجه أبو داود (١٢٤٠)؛ والنسائي في «الصغرى» (١٥٢٩)؛ وعبد الرزاق (٤٢٤٨)، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٣٤٣)، وصححه الحاكم في «المستدرک» (١٢٤٥).

(٢) في ب (نكير).

لاستدراك فضيلة الصلاة مع رسول الله ﷺ، وهذا المعنى لا يوجد في غيره، ويمكن أن تؤدَّى بإمامين من غير مشي ولا اختلاف.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لا يمنع أن يشترط في الصلاة كونه ﷺ فيهم، وإن قام الإمام مقامه، كقوله تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ [التوبة: ١٠٣].

وأما ما ذكره من الفضيلة فليس بصحيح؛ لأن استدراك الفضيلة معه ليس بواجب، وترك المشي واجب، فلا يجوز أن يستدرك الفضيلة بترك الواجب.

وقد قال أصحابنا وعامة الفقهاء: إن الخوف لا يؤثر في عدد الصلاة، فإن كانوا مسافرين، صلى الإمام بهم صلاة السفر، وإن كانوا مقيمين، صلى بهم صلاة الإقامة.

وحكي عن ابن عباس أنه قال: «يصلي الإمام بكل طائفة ركعة، فيكون للإمام ركعتين، وللمؤتمين ركعة»^(١)، وهذا ليس بصحيح؛ لأن صلاة الخوف رويت عن النبي ﷺ من طريق ابن مسعود^(٢)، وأبي عياش الزرقني^(٣)، وحذيفة بن اليمان، وصالح بن خوات^(٤)، واتفقوا على أنه صلى ركعتين، وصلت كل

(١) وروى مسلم ٤٧٩: ١ (٥، ٦)؛ وأبو داود (١٢٤١)، والنسائي في «الصغرى» (٤٥٦)، عن ابن عباس، قال: «فرض الله الصلاة على لسان نبيكم ﷺ في الحضر أربعا، وفي السفر ركعتين، وفي الخوف ركعة». واللفظ لمسلم.

انظر: «السنن الصغرى» للنسائي (١٥٣٣)، و«صحيح ابن حبان» (٢٨٧١)، و«شرح معاني الآثار» ٣٠٩: ١ فما بعدها.

(٢) أبو داود (١٢٣٧)، وابن أبي شيبة في «مسنده» (٣٤٦)، وأبو يعلى في «مسنده» (٥٣٥٣)، وأحمد في «مسنده» (٣٥٦١، ٣٨٨٢)، والدراقطني (١٧٨٤).

(٣) أبو داود (١٢٣٦)، والنسائي في «الصغرى» (١٥٤٩)، والطيالسي مسند (١٤٤٤)، وعبد الرزاق في «المصنف» (٤٢٣٧) وأحمد (١٦٥٨٠).

(٤) رواه البخاري (٤١٢٩)، ومسلم ٥٧٥: ١ (٣١٠) والنسائي في «الصغرى» (١٥٣٧) عن صالح =

طائفة ركعتين ؛ ولأنه عذر ، فلا يؤثر في الصلاة من وجهين كالمرض .

وأما ما روى ابن عباس : أن النبي ﷺ صَلَّى بطائفة ركعة ، وبطائفة ركعة ، فكانت له ركعتان ولكل طائفة ركعة ، فمعناه : لكل طائفة ركعة في جماعة ، وله ﷺ ركعتان ، بدلالة الأخبار كلها^(١) .

٦١٠ - فَضْل : [صفة صلاة الخوف]

[١/٩١] وأما صفة الصلاة : فقال أصحابنا : يجعل الإمام الناس طائفتين ، طائفة بإزاء العدو ، ويفتح بطائفة ، فيصلي بهم ركعة إن كانوا مسافرين ، أو ركعتين إن كانوا مقيمين ، وينصرفوا إلى وجه العدو ، ثم تأتي الطائفة الأخرى فيصلي بهم بقية الصلاة ، وينصرفون إلى وجه العدو ، وتعود الطائفة الأولى فتقضي بقية صلاتها بغير قراءة وتنصرف إلى وجه العدو ، ثم تأتي الطائفة الأخرى فتصلي بقية الصلاة بقراءة .

وقال ابن أبي ليلى : إذا كان العدو في جانب القبلة ، وقف الإمام وجعل الناس خلفه صفين ، فافتتح بهم الصلاة معاً ، وصَلَّى بهم ركعة ، فإذا سجد سجد معه الصف الأول ، ووقف الثاني يحرسهم ، فإذا رفعوا رؤوسهم من السجود ، سجد الصف الثاني ، وتأخر الصف الأول ، وتقدم الثاني ، وفعلوا في الركعة الثانية مثل ما فعلوا في الأولى ، وعن أبي يوسف مثل ذلك .

= بن خوات ، عن صلى مع رسول الله ﷺ .

ورواه البخاري (٤١٣١) ، ومسلم ١ : ٥٧٥ (٣٠٩) ، وأبو داود (١٢٣٠ ، ١٢٣٢) ، والترمذي

(٥٦٥ ، ٥٦٦) ، والنسائي في «الصغرى» (١٥٣٦) ، وابن ماجه (١٢٥٩) عن صالح بن خوات

الأنصاري ، أن سهل بن أبي حثمة الأنصاري .

(١) في أ (الأخبار التي مضت) .

وقال مالك: يجعل الإمام الناس طائفتين، فيصلي بطائفة ركعة وسجدتين، ثم ينتظر الإمام حتى يصلوا ركعة وسجدتين ويسلموا، وينصرفوا إلى وجه العدو، وتأتي الطائفة الأخرى فيصلي بهم ركعة وسجدتين ويسلم، ويقومون فيتمون صلاتهم.

وقال الشافعي: مثل ذلك، إلا أنه [قال]: لا يسلم الإمام، ولكن ينتظرهم حتى تقوم الطائفة الثانية، فتتم صلاتها، فيسلم بها^(١).

وقد روى أبو عياش الزرقبي: «أن النبي ﷺ صَلَّى صلاة الخوف»^(٢) كما قال ابن أبي ليلى.

وروى خوات: «أن النبي ﷺ صَلَّىهَا»^(٣) كما قال الشافعي.

وروى ابن مسعود مثل قولنا، فدل على جواز الجميع، وإنما الكلام في الأولى والأقرب من ظاهر القرآن.

فما قلناه أولى؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِّنْهُمْ مَعَكَ﴾ [النساء: ١٠٢]، وهذا خلاف قول ابن أبي ليلى: أنه يقف بالطائفتين، وقال: ﴿وَلَتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ﴾ [النساء: ١٠٢]، وهذا خلاف قوله؛ لأن الطائفة الثانية قد صَلَّتْ معه، قال: ﴿فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِن وَّرَائِكُمْ﴾ [النساء: ١٠٢]، والفاء للتعقيب، فهذا يدل على أن الطائفة الأولى تنصرف عقب السجود، وعنده: يصلي ركعة ثم ينصرف.

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٣٦٦؛ المدونة ١/١٦٢؛ المزني ص ٦٨.

(٢) تقدم تخريجه قريباً.

(٣) تقدم تخريجه قريباً.

ولأن ما يقوله الشافعي يؤدي إلى أن يسبق المؤتم الإمام بالفراغ من الصلاة، وإلى أن يقف الإمام ينتظر فراغ المؤتم من الصلاة، وهذا لا يجوز في غير حال الخوف، فكذاك فيها كسائر الأعمال.

وليس كذلك المشي؛ لأنه قد أبيع في غير حال الخوف لمن سبقه الحدث أو أصابته نجاسة، فكذاك أبيع في حال الخوف.

وإنما قلنا: إن الطائفة الأولى تقضي ركعة من الصلاة بغير قراءة؛ لأنها أدركت الصلاة أولاً، فهي في حكم من [يصلي] خلف الإمام، فأما الثانية فلم تدرك أول الصلاة، والمسبوق فيها يقضي بالمنفرد بصلاته.

وإنما قلنا: إن المقيم يصلي صلاة الإقامة؛ لما روي: «أن النبي ﷺ صَلَّى الظهر بطائفتين ركعتين ركعتين»^(١).

وأما قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ﴾ [النساء: ١٠١]، فالمراد به: القصر في الصفات دون الأعداد، بدلالة ما ذكرنا.

٦١١ - فَصْل: [صفة صلاة المغرب في الخوف]

وأما المغرب، فإن الإمام [٩١/ب] يصلي بالطائفة الأولى ركعتين، وبالثانية ركعة.

وقال الثوري: يصلي بالأولى ركعة، وبالثانية ركعتين^(٢).

(١) أخرجه أبو داود (١٢٤٢)، والنسائي (٨٣٦، ١٥٥١، ١٥٥٥) وأحمد (٢٠٤٠٨)، ابن خزيمة في «صحيحه» (١٣٦٨)، عن أبي بكره رضي الله عنه.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٣٦٨.

لنا: أن من حكم الإمام أن يسوي بين المأمومين ، فيجعل لكل طائفة نصف الصلاة ، فإذا استحقت الطائفة الأولى (نصف الركعة الثانية ، استحقت باقيةا)^(١) ؛ لأنها لا تتبععض .

وأما الثوري فيقول: إن القراءة واجبة في الركعتين الأوليين ، فإذا قسمها بينهما ، حصل للطائفة الثانية بقية الصلاة من طريق الحكم ، ولو لم يفعل ذلك ، لحصلت القراءة الواجبة للطائفة الأولى دون الثانية ، وهذا لا يجوز .

٦١٢ - فَضْلُ : [الصلاة أثناء القتال]

قال: وإذا كان القتال ، وتضارب الناس بالسلاح ، لم يصلوا على تلك الحالة ؛ لما روي: «أن النبي ﷺ أخر الصلاة يوم الخندق حتى صلاها بالليل»^(٢) ؛ وذلك لأجل القتال ، ولو جازت الصلاة مع القتال ، لم يجوز تأخير الصلاة عن وقتها ؛ ولأن القتال عمل كثير لا يجوز في الصلاة في غير حال الخوف ، فلا يجوز فيها^(٣) كسائر الأعمال .

٦١٣ - فَضْلُ : [عدم تأخير الصلاة عن وقتها]

قال: ومن أمكنه أن يصلي وهو غير مقاتل ركباً ولا يمكنه النزول ، صَلَّى ركباً ، يُومئ إيماءً حيث كان وجهه إذا لم يقدر على استقبال القبلة ، ولا يسعه أن

(١) في أ (نصف الصلاة كملت الركعة الثانية) .

(٢) الترمذي (١٧٩) ، والنسائي في «الصغرى» (٦٦٢) ، وأحمد (٤٠١٣) ، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤٨١٤ ، ٣٧٩٧٦) ، عن عبد الله بن مسعود قال: إن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات يوم الخندق ، حتى ذهب من الليل ما شاء الله ، فأمر بلالا فأذن ، ثم أقام فصلي الظهر ، ثم أقام فصلي العصر ، ثم أقام فصلي المغرب ، ثم أقام فصلي العشاء .

(٣) في أ (مع الخوف) .

يترك ذلك إلى خروج الوقت ؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِرْجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ [البقرة: ٢٣٩] ؛ ولأن الراكب تجوز له الصلاة في غير حال الخوف ، فجاز في حال الخوف كالصلاة على الأرض .

وأما شرطه في ترك القبلة: أن لا يقدر على الاستقبال ، فقد قالوا: في صلاة النافلة على الراحلة أنها تجوز مع ترك الاستقبال وإن قدر عليه ، فيجوز أن يفصل بين الفرض والنفل ، فقال: إن ترك الاستقبال لا يجوز في الفرض مع القدرة على التوجه ، كما أن الصلاة بالإيماء لا تجوز على الراحلة مع القدرة على النزول وإن جاز في النافلة مع القدرة .

وإنما لم يجز تأخير الصلاة إذا قدر أن يصلي ركباً ؛ لأن هذه الصلاة صحيحة مع [العذر]^(١) ، فلا يجوز أن ينخلي الوقت منها ، كما لا يجوز للمريض تأخير^(٢) الصلاة عن الوقت .

فأما إذا لم يمكنه أن يصلي ، فلا بأس بالتأخير ؛ لأن النبي ﷺ أخر الصلاة يوم الخندق لتشاغله بالقتال^(٣) .

٦١٤ - فَصْل: [إعادة الصلاة في الوقت بعد زوال الخوف]

قال: ومن صَلَّى قائماً ، ثم زال الخوف في الوقت أو بعد خروجه ، لم يكن

(١) في أ (كالمرضى والمتميم) .

(٢) في ب (مع القدرة) والمثبت من أ .

(٣) أخرج البخاري (٥٩٦) ؛ ومسلم ٤٣٨ : ١ (٢٠٩) : عن جابر بن عبد الله ، أن عمر بن الخطاب ، جاء يوم الخندق ، بعد ما غربت الشمس فجعل يسب كفار قريش ، قال: يا رسول الله ما كدت أصلي العصر ، حتى كادت الشمس تغرب ، قال النبي ﷺ: «والله ما صليتها» فقمنا إلى بطحان ، فتوضأ للصلاة وتوضأنا لها ، فصلى العصر بعد ما غربت الشمس ، ثم صلى بعدها المغرب .
وتقدم أنفا حديث ابن مسعود ﷺ .

عليه إعادة الصلاة ؛ وذلك لأن العذر زال بعد إسقاط الفرض ، فصار كوجود الماء بعد الفراغ من الصلاة .

قال: والراجل يُومئُ إيماءً إذا لم يقدر على الركوع والسجود ؛ لأن العذر إذا منع الأركان ، جاز الإيماء بها كالمريض .

قال: ولا يصلي وهو يمشي ، ولا يصلي السابح في البحر وهو يسبح ؛ لأنه يفعل بنفسه ما ينافي الصلاة ، فلم تجز صلاته [مع ذلك] ، كما لا تجوز الصلاة مع الأكل والشرب .

وأما الراكب إذا كان مطلوباً ، فلا بأس أن يصلي وهو سابح [سائر] ؛ لأنه لا ضرورة به [إلا] إلى السير ، ألا ترى [أنه لا يقدر أن يترك السير] ^(١) .

قال: والخوف من العدوِّ والسَّيِّعِ سواء ؛ لأن الصلاة إنما جازت عند خوف العدو لأجل الضرورة ، وهذا المَعْنَى موجود في خوف السَّيِّعِ .

٦١٥ - فَصْلُ : [الإعادة بعد الصلاة بغير عذر]

[١/٩٢] ولو رأوا سواداً ظنوه عَدُوًّا ، فصلوا صلاة الخوف ، ثم بان غير ذلك ، أعادوا الصلاة ؛ لأنهم صلوا صلاة ^(٢) العذر من غير عذر ، فصار كالمريض إذا ظنَّ أنه لا يقدر على القيام ، فصَلَّى قاعداً ، ثم عَلِمَ أنه كان يقدر على القيام ، [لم تجزه صلاته] ^(٣) .

(١) في ب (أنه يقدر على النزول من غير خوف) ، والمثبت من أ ، والله أعلم .

(٢) في أ (لأنهم صلوا صلاة الخوف للعذر ، والعذر معدوم ، فصاروا كالمريض) .

(٣) انظر: الأصل ٣٢٨/١ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ١٦٨/٢ وما بعدها ؛ القدوري ص ١٠٨ .

باب [١١] صلاة الكسوف والأفراع



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في صلاة الكسوف: ما روى أبو مسعود الأنصاري: أن النبي ﷺ قال: «إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد ولا حياة أحد من الناس، ولكنهما آيتان من آيات الله، فإذا رأيتهما فقوموا فصلوا»^(١).

وروى أبو موسى قال: «انكسفت الشمس في زمن رسول الله ﷺ، فقام فرعاً يخشى أن تكون الساعة، حتى أتى المسجد، فقام يصلي، فأطال القيام والركوع والسجود، وقال: «إن هذه الآيات ترسل لا لموت أحد ولا لحياته، ولكن الله تعالى مرسلها ليخوف بهما عباده، فإذا رأيتم شيئاً من هذه فافزعوا إلى ذكر الله واستغفروه»^(٢).

وروى ابن مسعود قال: انكسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ، فقال الناس: إنما انكسفت لموت إبراهيم، فقام ﷺ فخطب فقال: «إذا رأيتم ذلك، فاحمدوا الله، وكبروه، وسبحوه حتى تنجلي، ثم نزل فصلان ركعتين»^(٣).

فهذا يدل على أن من سنة الكسوف الصلاة.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١٠٤١)؛ ومسلم ٢: ٦٢٨ (٢٢).

(٢) أخرجه البخاري (١٠٥٩)، ومسلم ٢: ٦٢٨ (٢٤).

(٣) أخرج نحوه ابن خزيمة في «صحيحه» (١٣٧٢)، والبخاري في «مسنده» (١٥٩١)، وابن المنذر في «الأوسط» (٢٨٨٨).

وقد قال أصحابنا: إنهم يصلون جماعة وفرادى؛ لأن النبي ﷺ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَلَّى اللَّهُ فِيهَا فِي جَمَاعَةٍ^(١)؛ ولأنها نافلة، والأصل في النوافل الانفراد، فإذا فعلت في الجماعة، لم يمنع ذلك من جواز الانفراد.

قال: إلا أنهم إن صَلَّوْهَا جَمَاعَةً، لم يصلها إلا الإمام الذي يصلي الجمعة؛ لأنها صلاة تجمع لها الجماعات كالجمعة.

وأما صلاة الكسوف، فإنها كغيرها من الصلوات في كل ركعة بركوع واحد. وقال الشافعي: في كل ركعة ركوعان^(٢).

لنا: حديث النعمان بن بشير قال: «كان رسول الله ﷺ إذا انكسفت الشمس أو القمر، صَلَّى كصَلَاتِكُمْ هَذِهِ»^(٣).

وفي خبر سمرة، وعبد الله بن عمر: «أن النبي ﷺ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ»، وفسراها: «في كل ركعة ركوع واحد»^(٤).

(١) انظر: «صحيح البخاري» (١٠٤٠، ١٠٤٥، ١٠٥١)، «صحيح مسلم» ٢: ٦٢٣، ٦٢٦، ٦٢٧، (١٠، ١٧، ٢٠).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٣٨٠؛ المزني ص ٣٢.

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٨٣٨٤)، وأحمد (١٨٣٩٢)، بلفظ: «نحو من صلاتكم، يركع ويسجد»، وبنحوه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٤٢).

ورواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٤٠) بلفظ: «كما تصلون ركعة وسجدةتين».

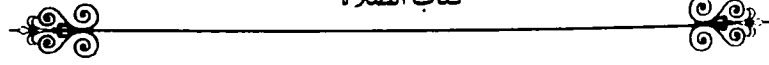
(٤) رواه مطولا أبو داود (١١٧٧)، والنسائي في «المجتبى» (١٤٨٤)، وأحمد (٢٠١٧٨)، وابن

خزيمة في «صحيحه» (١٣٩٧) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

وأخرجه مطولا أبو داود (١١٨٧)، والنسائي في «المجتبى» (١٤٨٢)، وابن خزيمة في

«صحيحه» (١٣٩٢)، وأحمد (٦٤٨٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٢٩)، وابن

حبان في «صحيحه» (٢٨٣٨) عن عبد الله بن عمر بن العاص.



وروي أنه قال: «صَلُّوا كَأَحَدٍ صَلَاةٍ صَلَّيْتُمُوهَا»^(١).

وروي أنه قال: «فَافْزِعُوا إِلَى الصَّلَاةِ»^(٢).

وهذا يقتضي الصلاة المعهودة؛ ولأن الركوع ركن، ولا يتغير عدده في الكسوف كالسجود.

وأما حديث عائشة وابن عباس: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ فِي أَرْبَعِ سَجَدَاتٍ»^(٣).

[فقد روى جابر: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى سِتَّ رَكَعَاتٍ فِي أَرْبَعِ سَجَدَاتٍ»^(٤).

وروى علي: «أَنَّهُ صَلَّى ثَمَانِي رَكَعَاتٍ فِي أَرْبَعِ سَجَدَاتٍ»^(٥).

(١) رواه النسائي في «المجتبى» (١٤٨٨)، والبزار «مسنده» (٣٢٩٤) عن النعمان بن بشير. وزاد النسائي في «المجتبى» (١٤٨٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٣: ٤٦٣، في روايتهما عنه: «من المكتوبة».

وأخرجه النسائي في «المجتبى» (١٤٨٦)، وأبو داود (١١٧٨)، وأحمد (٢٠٦٠٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٤٨): عن قبصة رضي الله عنه، بزيادة: المكتوبة.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١٠٤٦) عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) حديث عائشة أخرجه البخاري (١٠٤٦)، ومسلم ٢: ٦١٩ (٣).

وحديث ابن عباس: رواه مسلم ٢: ٦٢٠، والنسائي في «المجتبى» (١٤٦٩)، وأحمد (١٨٦٤) بهذا اللفظ.

وبمعناه أخرجه البخاري (١٠٥٢)، ومسلم ٢: ٦٢٦، ٦٢٧ (١٧، ١٩).

(٤) أخرجه مسلم في «صحيحه» ٢: ٦٢٣ (١٠)، وأبو داود (١١٧١) وأحمد (١٤٤١٧)، وابن خزيمة (١٣٨٦)، ومن طريقه ابن حبان (٢٨٤٤).

(٥) أخرجه مسلم في «صحيحه» ٢: ٦٢٧ (١٨)، عن ابن عباس، ثم قال: وعن علي مثل ذلك. ورواه عبد الرزاق (٤٩٣٦)، وأحمد (١٢١٦)، وابن خزيمة (١٣٨٨)، وابن المنذر في «الأوسط» (٢٩٠٥) عن علي رضي الله عنه.

فكل شيء يحمله المخالف على ما زاد على ركوعين ، فعليه يحمله الركوع الزائد .

وقال أبو حنيفة: لا يجهر بالقراءة فيها ، وهذه إحدى الروايتين عن محمد .
وقال أبو يوسف: يجهر ، وروي عن محمد مثله .

وجه قول أبي حنيفة: حديث سمرة بن جندب: «أن النبي ﷺ وقف في صلاة الكسوف لا يسمع له صوت»^(١) ، [٩٢/ب] .

وروى ابن عباس قال: «كنت إلى جنبه فلم أسمع منه حرفاً»^(٢) .

ولأنها صلاة نهار ، ليس من شرطها الجماعة ، فلم يسن فيها الجهر كالظهر .

وجه قول أبي يوسف: ما روي: «أن النبي ﷺ جهر بالقراءة فيها»^(٣) .

ولأنها صلاة تجمع لها الجماعات كالجمعة .

قال: ومن صَلَّى وحده أسمع نفسه ، وهذا على قول أبي يوسف ؛ ولأن الجهر في حق المنفرد لا يزيد على هذا .

قال: ثم يكون الدعاء بعد الصلاة ؛ لأن السنة في الدعاء أن يتأخر عن الصلاة .

(١) رواه أبو داود (١١٧٧) ، والترمذي (٥٦٢) ، والنسائي في «المجتبى» (١٤٨٤) ، وابن ماجه (١٢٦٤) ، قال الترمذي: حديث حسن صحيح .

(٢) ذكره الشافعي دون سند ، فقال: وروي عن ابن عباس . «الأم» ١ : ٢٧٨ ، وعنه البيهقي في «المعرفة» (٧١٤٥) .

ورواه أحمد (٢٦٧٤) ، وأبو يعلى ٥ (٢٧٤٥) ، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٧١٤٦) عن ابن عباس بلفظ: «صليت خلف النبي ﷺ صلاة الخسوف ، فلم أسمع منه فيها حرفاً واحداً» .

(٣) أخرجه البخاري (١٠٦٥) ، ومسلم ٢ : ٦٢٠ (٥) عن عائشة ؓ .

قال: وليس في ذلك خطبة، ولا صعود منبر، ولا خروج، وكان أبو حنيفة يرى الصلاة في المسجد.

والأصل فيه: أن النبي ﷺ لم يخطب؛ ولأن هذه الحالة يخشى فيها الضرر، فلا يشرع فيها الخطبة كالزلازل، والذي روي: «أن النبي ﷺ خطب»^(١)، فلم يفعل ذلك في الكسوف، (وإنما رد عليهم ما اعتقدوه [في أن الكسوف حدث للموت])^(٢)، وإذا لم يخطب، فلا معنى للمنبر.

قال: وأما خسوف القمر، فالصلاة فيه حسنة، غير أنهم لا يصلون جماعة.

أما الصلاة؛ فلأن النبي ﷺ قال في الكسوفين: «افزعوا إلى الصلاة»^(٣).

وإنما لا يفعل في جماعة؛ لأنها تتفق بالليل غالباً، فيتعذر اجتماع الناس كما يتعذر اجتماعهم عند الزلازل، وكذلك إن أحبوا أن يصلوا عند الأفراع والظلمة، صلوا وحداناً؛ لأن هذه الحالة يخشى فيها الضرر كحال الكسوف.

قال: وإذا انكسفت الشمس في الأوقات المنهي عنها عن الصلاة، لم يُصَلَّ؛ لأن النوافل لا تجوز عندنا في هذه الأوقات وإن كان لها أسباب، وهذه صلاة نافلة.

وقال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في كسوف الشمس: إنهم [إن شاءوا] صلوا ركعتين، وإن شاءوا صلوا أربعاً، وإن شاءوا أكثر من ذلك، وإن شاءوا

(١) البخاري (١٠٤٤)، ومسلم ٢: ٦١٨ (١) عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ، وكانت العبارة فيها (... في أن الموت حدث للكسوف) قلبت العبارة، ولذا جرى التصحيح في العبارة.

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١٠٤٦) عن عائشة رضي الله عنها.

سلموا في كل ركعة، وإن شأؤوا في كل أربع؛ لأنها صلاة نافلة، وعند أبي حنيفة: أن المتنفل بالنهار مخير بين الركعتين والأربع.

وأما قوله: وإن شأؤوا زادوا، فإنما يعني به: إذا كان ليلاً؛ لأن عند أبي حنيفة: يجوز أن يزداد النفل على أربع^(١) بالليل.

ويقرؤون ما شأؤوا؛ لأن القراءة لا تتغير عنده في الصلاة بصورة يختص بها.

قال: وإن شأؤوا خففوا؛ لما روي: «أن النبي ﷺ قام في الركعة الأولى بقدر البقرة، وفي الثانية بقدر آل عمران»^(٢).

ولأن المسنون أن يأتي بالصلاة والدعاء حتى تنجلي، فإن طَوَّل الصلاة قصر الدعاء، وإن قصر الصلاة طَوَّل الدعاء^(٣).



(١) وفي أ (يزاد في صلاة الليل إلى ثمان ركعات بتسليمة، يجلس في كل ركعتين).

(٢) أخرجه أبو داود (١١٨٠)، وصححه الحاكم في «المستدرک» (١٢٣٩)، عن عائشة ؓ.

ورواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٢٧) عن ابن عباس.

وهو عند البخاري (١٠٥٢)، ومسلم ٢: ٦٢٦ (١٧) عن ابن عباس، دون ذكر سورة آل عمران في الركعة الثانية.

(٣) انظر: الأصل ٣٦٢/١؛ شرح مختصر الطحاوي ١٧٨/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٠٦.

[١٢] بَابُ

الاستسقاء



الأصل في الاستسقاء قوله تعالى: ﴿اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا ﴿١٠٠﴾ يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا ﴿١٠١﴾﴾ [نوح: ١٠ - ١١]، فعلق نزول الغيث بالاستغفار.

وروي أن الوليد بن عقبة أرسل إلى ابن عباس يسأله عن صلاة رسول الله ﷺ في الاستسقاء، فقال ابن عباس: «خرج رسول الله ﷺ مبتدلاً متواضعاً متضرعاً، رقى المنبر، فلم يخطب خطبتكم هذه، ولم يزل في الدعاء والخضوع والتكبير، فصلَّى ركعتين كما يُصَلِّي العيد»^(١).

وروي أن رجلاً قام في يوم الجمعة ورسول الله ﷺ يخطب، فشكا الجذب، فاستسقى النبي ﷺ، فسقوا^(٢)، وهذا يدل [٩٣/ب] على أن السنة عند تأخر الغيث: الاستسقاء.

قال أبو الحسن: قال معلى: أخبرنا يعقوب عن أبي حنيفة قال: سألته عن الاستسقاء: هل فيه صلاة أو دعاء مؤقت أو خطبة؟ قال: أما صلاة جماعة فلا، ولكن الدعاء والاستغفار، وإن صلوا وحداناً فلا بأس.

وقال أبو يوسف: يصلي الإمام بجماعة الناس ركعتين، وليس في ذلك

(١) أخرجه أبو داود (١١٦٠)، والترمذي (٥٥٨)، والنسائي في «الصغرى» (١٥٠٨)، وابن ماجه (١٢٦٦)، وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) أخرجه البخاري (١٠١٤)، مسلم ٦١٢: ٢ (٨).

تكبير كتكبير العيد، ولا أذان، ولا إقامة، ويجهر بالقراءة، ثم تكون الخطبة بعد الصلاة كخطبة العيد.

قال أبو يوسف: وليس في خطبة الاستسقاء جلوس، وروي عنه أنه قال: إن خطب خطبتين فحسن.

أما الصلاة عند أبي حنيفة، فليست بمسنونة في جماعة، وقالوا: يصلي ركعتين في جماعة، وقد روي أن علياً استسقى فلم يُصَلِّ^(١).

وروى المغيرة عن إبراهيم قال: خرج عبد الله بن يزيد يستسقي، فذهب يصلي، فرجع إبراهيم^(٢).

والدليل عليه: أن الله تعالى عَلَّقَ نزول الغيث بالاستغفار، ولم يذكر الصلاة، واستسقى النبي ﷺ يوم الجمعة على المنبر، وصَلَّى صلاة الجمعة، ولو كانت صلاة الاستسقاء مسنونة، لم تنب الجمعة عنها.

وهما ذهبا إلى حديث ابن عباس: «أن النبي ﷺ صلى ركعتين»^(٣).

فالجواب: أنه لما فعلها مرة، وتركها مرة، دلّ على أنها ليست بسنة.

فأما التكبير، فالمشهور عنهما: أنه لا يكبر فيها تكبير العيد، وذكر ابن كاس عن محمد: أنه يكبر.

(١) روى عبد الرزاق في مصنفه (٤٩٠٤): عن علي، أنه قال في الاستسقاء: «إذا خرجتم فاحمدوا

الله وأثنوا عليه بما هو أهله، وصلوا على النبي ﷺ واستغفروا فإن الاستسقاء الاستغفار».

(٢) «مصنف ابن أبي شيبة» (٨٤٣٠، ٨٤٣١).

(٣) أخرجه أبو داود (١١٦٠)، والنسائي (١٥٠٦)، وابن ماجه (١٢٦٦)، والترمذي (٥٥٨)، وقال:

حديث حسن صحيح.

لنا: حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة: «أن النبي ﷺ استسقى، فصلَّى ركعتين، وسجد سَجْدَتَيْنِ قبل الخطبة، لم يكبر إلا تكبيرة افتتح بها الصلاة»^(١)؛ ولأنها صلاة مسنونة كسائر السنن؛ ولأنها صلاة تفعل عند خوف الضرر كصلاة الكسوف.

وأما محمد، فذهب إلى حديث ابن عباس: «أن النبي ﷺ صَلَّى ركعتين كصلاة العيد»^(٢).

وأما الأذان والإقامة، فإنها لا تفعل إلا للصلوات المفروضات؛ ولأن النبي ﷺ لم يؤذن للعيد^(٣)، وهي أكد.

وأما الجهر بالقراءة؛ فلأنها عندهما: تفعل في جماعة كصلاة العيد.

وأما الخطبة، فعند أبي حنيفة: لا يخطب؛ لأنه لا يرى الصلاة مسنونة، والخطبة من توابع الصلاة.

ولأن ابن عباس قال: «إن النبي ﷺ لم يخطب خطبتكم هذه، وإنه لم يزل في الدعاء والخضوع والتكبير»^(٤).

وجه قولهما: ما روى زيد بن أرقم: «أن النبي ﷺ صَلَّى ثم خطب»^(٥)؛

(١) أخرج بمعناه أبو عوانة في «المستخرج» (٢٤٩٢)، وابن المنذر في «الأوسط» (٢٢٢٠)، والطبراني في «الأوسط» (٩١٠٨)، والترمذي معلقاً (٥٥٩) عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (١١٦٠)، والنسائي (١٥٠٨)، وابن ماجه (١٢٦٦)، والترمذي (٥٥٨)، وقال: حديث حسن صحيح.

(٣) مسلم ٢: ٦٠٤ (٧)، وأبو داود (١١٤١)، والترمذي (٥٣٢) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٤) تقدم تخريجه آنفاً.

(٥) لم أجد من خرجه عن زيد بن أرقم رضي الله عنه بهذا اللفظ.

ولأن من أصلهما أن الصلاة مسنونة في جماعة ، فتعلق بها الخطبة كالعيدين .

وأما قولهما: إن الخطبة بعد الصلاة ، وعند أبي حنيفة: الدعاء بعد الصلاة ، وقال الزهري: الدعاء ثم الصلاة .

لنا: ما روى جابر بن عبد الله: «أن رسول الله ﷺ استسقى فصلّى قبل أن يستسقى»^(١).

وروى زيد بن أرقم: «أن النبي ﷺ صلّى ثم خطب»^(٢) ، وكذلك رواه أبو سعيد الخدري .

وروى أنس: «أن النبي ﷺ خطب ثم صلّى»^(٣) ، فهذا يحتمل أن يكون حين استسقى في خطبة الجمعة ؛ ولأن الخطبة لو تقدمت على الصلاة ، كانت واجبة كخطبة الجمعة .

وأما القعود في الخطبة ، فوجه قول أبي يوسف: أن المقصود من هذه الخطبة الدعاء ، وليس من سنة الدعاء الفصل^(٤) بالقعود .

(١) لم أجده عنه بهذا اللفظ .

(٢) لم أجده عنه ، وأخرجه أحمد (١٦٤٦٦) عن عبد الله بن زيد المازني ، وفيه: وبدأ بالصلاة قبل الخطبة . قال الحافظ: ولابن قتيبة في الغريب من حديث أنس نحوه . «التلخيص الحبير» ٢: ٢٠١ .

(٣) روى البخاري في «صحيحه» (١٠٢٢): خرج عبد الله بن يزيد الأنصاري وخرج معه البراء بن عازب ، وزيد بن أرقم ، فاستسقى ، فقام بهم على رجله على غير منبر ، فاستغفر ، ثم صلّى ركعتين يجهر بالقراءة .

ورواه أبو داود (١١٦٦) ، وقال: وهذا حديث غريب ، إسناده جيد ، وابن حبان (٩٩١) ، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٠٦) ، والحاكم في «المستدرک» (١٢٢٥) ، من حديث عائشة رضي الله عنها . وفيه ذكر الخطبة قبل الصلاة .

(٤) في أ (القصدي) .

والذي روي عنه: أنه إن خطب خطبتين ، فحسن ؛ لأن الاستسقاء قد يطول ، فلا يقدر الإمام على امتداد القيام [ب/٩٣] ، فيجوز أن يقعد في خلاله .
قال: وقالوا: يكون الاستسقاء بعد الخطبة ، يستقبل القبلة ، ويحوّل رداءه ، ثم يدعو بالتوبة والاستغفار .

أما الخطبة على قولهما: فيواجه بها الناس ؛ لأن المقصود بها خطابهم ، وأما الاستسقاء ، فيستقبل به [القبلة] ؛ لحديث عبد الله بن زيد قال: «خرج النبي ﷺ يستسقي ، فحوّل إلى الناس ظهره يدعو ويستقبل القبلة ، وحوّل رداءه» (١) .

ولأن النبي ﷺ قال: «خير المجالس ما استقبل به القبلة» (٢) .

وأما تحويل الرداء ، فقد قال أبو حنيفة: إنه ليس بمسنون ؛ لأن هذا دعاء ، فلا يسن فيه تغيير الثوب كسائر الأدعية .

وقالوا: هو سنة ؛ لما روي أن النبي ﷺ حوّل رداءه ، وصلى ركعتين (٣) ،

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (١٠٢٥) ، ومسلم ٢: ٦١١ (٤) .

(٢) رواه الطبراني في «الأوسط» (٨٣٦١) ، والخرائطي في «مكارم الأخلاق» (٧٤٩) عن ابن عمر ، بلفظ: «أكرم المجالس...» .

قال الهيثمي: فيه حمزة بن أبي حمزة ، وهو متروك . «مجمع الزوائد» (١٢٩١٦) .
ورواه عبد بن حميد كما في «المنتخب» (٦٧٥) ، والحاثر في «مسنده» ٢ (١٠٧٠) ، والطبراني في «المعجم الكبير» ١٠ (١٠٧٨١) عن ابن عباس ، بلفظ: «إن لكل شيء شرفاً ، وأشرف المجالس...» .

قال الهيثمي: فيه هشام بن زياد أبو المقدم ، وهو متروك . «مجمع الزوائد» (١٢٩١٧٦) .
الطبراني في «الأوسط» (٢٣٥٤) ، عن أبي هريرة مرفوعاً ، بلفظ: «إن لكل شيء سيّداً ، وإن سيد المجالس حيالة القبلة» .

قال الهيثمي والعجلوني: إسناده حسن . «مجمع الزوائد» (١٢٩١٥) ، «كشف الخفاء» ١: ١٩١ .
(٣) أخرجه البخاري (١٠٢٤) ، ومسلم ٢: ٦١١ (٤) ، من حديث عبد الله بن زيد ﷺ .

وهذا يحتمل أن يكون عرف من طريق الوحي ، أن الله تعالى يغير الحال عند تغيير ردائه ، وهذا المعنى لا يوجد في غيره ، [فلا يفعل] .

وأما كيفية [التحويل] : فإن كان مربعاً جعل أسفله أعلاه ، وإن كان مدوراً جعل الجانب الأيمن على الأيسر ، والأيسر على الأيمن ؛ لما روي : « أن النبي ﷺ استسقى وكانت عليه خميصة ، فأخذ بأسفلها ، فثقلت عليه ، فأدار الأيمن على الأيسر »^(١) .

قال : ولا تحول العامة أرديتهم ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وعروة ابن الزبير ، والثوري .

وقال مالك : يحول الناس أيضاً^(٢) .

والدليل عليه : أن هذا من هيئة الخطبة ، ومعلوم أن الناس لا يشاركون الإمام في الخطبة ، فكذلك في هيئتها .

والذي روى عبد الله بن زيد : « أن النبي ﷺ حَوَّلَ ، وَحَوَّلَ النَّاسَ أَيْضاً »^(٣) ، فيجوز أن يكون ذلك لما رأوه فعل ذلك اقتدوا به ، ولم ينقل [عنه] أنه عرف ذلك [منهم] ولم ينكره [عليهم] ؛ لأنه كان مستدبراً لهم .

= ورواه الحاكم في «المستدرک» (١٢١٦) ، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» ٣ : ٣٥١ ، عن جابر رضي الله عنه .

(١) أخرجه أبو داود (١١٦٤) ، وأحمد (١٦٤٦٢) عن عبد الله زيد .

قال في «الإمام» ١ : ١٩٠ : رجاله رجال الصحيح .

(٢) انظر : مختصر اختلاف العلماء ١/٣٨٣ ؛ المدونة ١/١٦٤ .

(٣) رواه أحمد في «مسنده» (١٦٤٦٥) عن عبد الله زيد .

قال: ولا يخرج في الاستسقاء منبر؛ لأن النبي ﷺ لم يخرج في العيدين، فالاستسقاء أولى، فإن توكأ على قوس أو عصاً فحسن؛ لأن النبي ﷺ كان يفعل ذلك في خطبته؛ ولأنه يعينه على طول القيام.

وقال أبو يوسف: فإن رفع يديه فحسن، وإن ترك ذلك وأشار بإصبعه فحسن؛ وذلك لأن من سنة الدعاء بسط اليدين.

وروي عن النبي ﷺ: «أنه كان بعرفات باسطاً يديه كالمستطعم المسكين»^(١).

وأما الإشارة بالأصبع، فقد روي [عنه]: أنه كان يشير بأصبعه في التشهد.

قال: وأما الناس قعود على مراتبهم مستقبلين القبلة، فيكون الدعاء وهم قعود؛ وذلك لأن الإمام يقوم لسمع الناس، فالمؤتم لا يوجد فيه هذا المعنى؛ ولأنهم لا يقومون في خطبة العيدين، وكذلك في الاستسقاء، وقد روى خارجة عن جده سعد: أن قوماً شكوا إلى رسول الله ﷺ فحط المطر، فأمرهم أن يجثوا على الركب ويدعوا قال: فسقوا حتى أحبوا أن يكشف عنهم^(٢).

قال: وبأي القرآن قرأ في الركعتين فحسن، وإن قرأ في الأولى مع فاتحة

(١) روى نحوه البيهقي في «السنن الكبرى» ٥: ١١٧، والبزار في «مسنده» ٦ (٢١٦١) عن ابن عباس. انظر: «نصب الراية» ٣: ٦٤.

(٢) أخرجه أبو عوانة في «مستخرجه» (٢٥٣٠)، والبزار في «مسنده» ٤ (١٢٣١)، والطبراني في «الأوسط» (٥٩٨١)، عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

وقال البزار: وهذا الحديث لا نعلمه يروى إلا عن سعد، ولا نعلم له عن سعد طريقاً إلا هذا الطريق، ولا أحسب عامر بن خارجة سمع من جده شيئاً.

الكتاب بـ: ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ ، وفي الثانية بالغاشية ، فحسن ؛ وذلك لأن القراءة لا تتعين في الصلاة ، وقد كان النبي ﷺ يقرأ بهاتين السورتين في العيد .
وقال محمد: وينصت القوم في خطبة الاستسقاء ؛ لأنها مخاطبة لهم ، فإذا لم ينصتوا لم يكن لمخاطبتهم معنى .

قال: ولا يصلي بالناس إلا الإمام ؛ لأن هذه [1/94] الصلاة تجمع الجماعات كالعيدين .

قال محمد: وأحبّ إلي أن يخرج الناس في الاستسقاء ثلاثة أيام متتابعة ؛ لأن المقصود الإجابة ، فيجب أن يكرر الدعاء ، وقدره بالثلاث ؛ لأنه أقصى ما يقدر به للخيار الموضوع للارتياح .

قال: فإن قال الإمام للناس: اخرجوا ولم يخرج ، خرجوا هم ؛ لما روي أن قوماً شكوا إلى النبي ﷺ القحط ، فأمرهم أن يجثوا على الركب ويدعوا^(١) ؛ ولأن هذا دعاء ، فلا يقف على حضور الإمام .

قال: وإن خرجوا بغير إذنه جاز ؛ لأن المقصود طلب المنفعة ؛ فلا يقف على إذن الإمام ، (إلا أنهم لا يصلون جماعة ؛ لأن الجماعة تجمع الجماعات ، فيقف ذلك على إذن الإمام)^(٢) .

قال أصحابنا: لا يخرج أهل الذمة في الاستسقاء ، وعن الزهري: لا أحب أن يخرج مع المسلمين أهل الذمة .

(١) سبق تخريجه آنفاً .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

وعن فضالة بن عبيد: أنه خرج يستسقي، وخرج أهل الذمة، وكانوا ناحية، فلم ينكر ذلك، وقال مالك: لا يمنعون.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَمَا دُعَاءُ الْكٰفِرِينَ اِلَّا فِي ضَلٰلٍ﴾ [الرعد: ١٤]؛ ولأن في ذلك تسوية بين دعائهم ودعاء المسلمين، [فلم يجز]؛ ولأن اجتماعهم مع الكفر يوجب نزول اللعنة عليهم، فلا يجوز إخراجهم عند طلب الرحمة.

وقد روي عن عمر: أنه نهى أن يحضر الكفار عند المسلمين^(١)؛ لأن السخط ينزل عليهم [والعذاب]^(٢).



(١) ذكره الإمام محمد في «الأصل» ١: ٣٦٧ بلاغا: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) انظر: الأصل ١/٣٦٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/١٨٣ وما بعدها؛ القدوري ص ١٠٧.

بَابُ الصَّلَاةِ بِمَكَّةَ



قال أبو الحسن: وإذا صَلَّى الرجل بمكة، صَلَّى إلى أي جهات الكعبة شاء، مستقبلاً لشيء منها، لا يجزئه إلا ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٤٤]؛ ولأنه قادر على التوجه بيقين، فلا يجوز تركه مع القدرة.

قال: وإن صَلَّى منحرفاً عنها غير مواجه لشيء منها، لم يجزه؛ لأنه ترك التوجه إلى الكعبة مع القدرة عليها، فمنع من جوازها.

قال: وإن صَلَّى الناس جماعة استداروا حول الكعبة؛ وذلك لأن الصلاة تفعل على هذه الصفة بمكة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، وهذا يدل على الجواز؛ ولأن كل واحد منهم مستقبل الكعبة غير تارك لمتابعة الإمام؛ لأن المستقبل لغيره ليس بمعرض عنه، فصاروا كما لو صلوا [جماعة] خلفه.

قال: ومن كان منهم أقرب إلى الكعبة من الإمام لم يضره إذا لم يكن مؤتماً بجهة الإمام؛ وذلك لأن من كان في غير جهة الإمام وهو إلى الكعبة أقرب، فهو مقابل للإمام، والمقابل لغيره في حكم المتابع [له]، وأما من كان في جهة الإمام إذا قرب من الكعبة صار مستدبراً للإمام متقدماً عليه، وذلك يخرج من حكم الائتمام.

قال: وإذا صلت امرأة إلى جنب الإمام مؤتممة بجهته، أفست صلاته وصلاة القوم؛ لأن قيام المرأة إلى جانب الرجل وهي مشاركة له في الصلاة، تبطل صلاته، وإذا بطلت صلاة الإمام بطلت صلاة المؤتممين.

والكلام في فساد صلاة الرجل بقيام المرأة يأتي بعد.

قال: ولا اعتبار بها إذا صلت إلى جهة غير جهة الإمام؛ لأنها ليست إلى جانبه، ولا بين يديه، فتفسد صلاة من جاورها خاصة.

قال: وسواء كان بناء الكعبة قائماً أو منهدمًا؛ لأن الاعتبار بالبقعة دون البناء؛ (وذلك لأن الكعبة انهدمت في زمن [ابن] الزبير، والناس يصلون في جميع الآفاق إليها، فلو اعتبر [ب/٩٤] البناء، لم تجز صلاتهم؛ ولأن الحكم^(١) للبقعة دون البناء، ألا ترى أن البناء لو نقل إلى غيرها لم تجز الصلاة إليه، وإذا تعلق^(٢) الحكم بالبقعة جازت الصلاة مع حكم فقد بنائها.

قال: وكذلك الصلاة في [جوف الكعبة] في الفرض والنفل (إلى أي جهاتها صلوا، جاز، فإن صلوا جماعة استداروا خلف الإمام.

وقال مالك: لا يجوز الفرض في الكعبة، ويجوز النفل^(٣).

والأصل في ذلك: ما روي في حديث ابن عمر: «أن النبي ﷺ صَلَّى فِي الْبَيْتِ بَيْنَ السَّارِيَتَيْنِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَائِطِ مَقْدَارُ ثَلَاثَةِ أَذْرَعٍ»^(٤)؛ ولأن كل بقعة جاز

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (نقل).

(٣) انظر: المدونة ٩١/١.

(٤) أخرجه البخاري (٣٩٧، ٥٠٦، ١٥٩٩)، وأحمد (٥٩٢٧)، وعبد الرزاق في «المصنف» =

أن يصلي فيها النافلة ، جاز أن يصلي الفرض فيها ، كخارج البيت ؛ ولأنه مستقبل جزءاً من الكعبة ، فصار كما لو استقبله في المسجد .

ولا [يجوز أن] يقال: إن الله تعالى أمر باستقبالها، ونهى عن استدبارها، والمصلي فيها مستدبر لجزء منها؛ لأن الله تعالى أمر باستقبال جزء منها، والأمر بالشيء نهي عن ضده، فاقضى ذلك النهي عن الاستدبار الذي يصاد الاستقبال، واستدبار جزء منها لا ينافي الاستقبال؛ فلذلك لم يمنع من الصلاة؛ ولأن هذا لو كان في حكم استدبار الكعبة، لمنع من صلاة النافلة؛ لأن ترك الاستقبال لا يجوز فيها على غير الراحلة، وفي غير حال الخوف.

قال: وينبغي لمن يواجه الإمام أن يجعل بينه وبين الإمام سترة؛ وذلك لما روي: (أن الكعبة لما انهدمت، أمر ابن عباس أن يُعلق عليها أنطاع حتى لا يستقبل الناس بعضهم بعضاً؛ لأن النبي ﷺ نهى أن يصلي إلى صورة)، وروي: (أن عمر بن الخطاب رأى رجلاً يصلي إلى وجه رجل، فضربه).

قال: وإن لم يستدبروا، وصلّى بعضهم وظهروه إلى ظهر الإمام، جاز؛ وذلك لأنه مستقبل لجزء من الكعبة غير متقدم على الإمام، فصار كما لو جعل وجهه إلى ظهره.

قال: ومن تقدم منهم بين يدي الإمام وهو مؤتم بجهته، لم يجزئه؛ وذلك لأنه تارك متابعة الإمام، ألا ترى أن الابن لما أمر بمتابعة أبيه منع من التقدم عليه، فإذا خرج عن متابعة الإمام بطلت صلاته، كما لو تقدم عليه تقدماً كثيراً.

= (٩٠٦٥) من حديث ابن عمر .

قال: والصلاة فوق الكعبة جائزة بمنزلة الصلاة في جوفها، وقال الشافعي:
إن كان بين يديه سترة جاز.

لنا: أن كل بقعة جازت الصلاة فيها، جازت الصلاة عليها^(١) وإن لم يكن
بين^(٢) يديه سترة كالمساجد؛ ولأن من صَلَّى على جبل أبي قبيس، جازت
صلاته، وليس بين يديه إلا هواء الكعبة، فدلّ على أن استقبال هوائها كاستقبال
بنائها؛ ولأن الطواف والصلاة كل واحد منهما يتعلق بالبيت، ثم لم يعتبر في
جواز الطواف البناء، فكذلك في جواز الصلاة^(٣).



(١) في أ (فوقها).

(٢) في أ (فوقه).

(٣) انظر: الأصل ٣٦٨/٢ وما بعدها؛ القُدوري ص ١١٤.

بَابُ صَلَاةِ الْمَرِيضِ

قال أبو الحسن: المريض والصحيح في فرض الصلاة سواء، إلا ما عجز عنه، أو خاف من فعله زيادة [مرض أو علة] ^(١)، فإن ذلك عنه ساقط؛ وذلك لأن المرض عذر من الأعذار، والأعذار لها تأثير في العبادات للضرر الذي يلحق الإنسان بفعلها، فما لا يعجز عنه المريض، ولا يستضر به، فهو فيه كالصحيح.

وإنما اعتبر [١/٩٥] العجز، أو الخوف من زيادة المرض؛ لأن ما يعجز عنه، لا يجوز أن يكلفه مع العجز، وما يقدر عليه ويستضر بفعله، ساقط عنه كما تسقط أفعال الصلاة مع الخوف.

قال: وإذا لم تمنعه ^(٢) العلة من فعل من أفعال الصلاة، صَلَّى قائماً يركع ويسجد؛ وذلك لأن المرض إذا لم يمنع من الأفعال لم يعتد به فيها، كما لا يعتد به في حق الصحيح.

قال: وإن عجز عن القيام، صَلَّى قاعداً يركع ويسجد، وإن عجز مع ذلك عن الركوع والسجود، صَلَّى قاعداً يومئ إيماءً.

والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَذْكُرُونَ اللَّهَ قِيَمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٩١]، فروي عن ابن مسعود، وابن عمر، وجابر: أنها في

(١) في ب (العلة)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (خوف العلة).

الصلاة^(١)؛ لقوله: «صلوا قياماً وقعوداً وعلى جنوبكم».

وعن عمران بن الحصين قال: كان بي الناسور، فسألت رسول الله ﷺ، فقال: «صَلِّ قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى جنبك»^(٢).

وأما قوله: أنه يجعل السجود أخفض من الركوع؛ فلما روى عليّ: أن النبي ﷺ قال في المريض: «فإن لم يستطع أن يسجد، فإنه يومئ إيماءً، ويجعل سجوده أخفض من ركوعه»^(٣).

ولأن فرض الركوع والسجود في الأصل مختلف الصفة، فكذلك الإيماء بها مختلف.

وأما كيفية صلاة المستلقي، قال أصحابنا: يصلي مستلقياً على قفاه ورجلاه إلى القبلة، وذكر ابن كاس عنهم: أنه يصلي على جنبه الأيمن ووجهه إلى القبلة، فإن عجز عن ذلك استلقى على قفاه.

وجه قوله المشهور: ما روى ابن عمر أنه قال: «يصلي المريض مستلقياً

(١) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٨٥٤٢)، وابن أبي حاتم، في «تفسيره» ٤: ١٠٥٦.

(٥٩٠٩)، والطبراني في «المعجم الكبير» ٩ (٩٠٣٤)، عن ابن مسعود.

قال الهيثمي: رواه الطبراني، وإسناده منقطع، وفيه جويبر، وهو متروك. «مجمع الزوائد» (١٠٩١٤).

ورواه ابن أبي حاتم في «تفسيره» ٤: ١٠٥٦ (٥٩١٠) عن ابن عباس.

(٢) أخرجه البخاري (١١١٧)، وأبو داود (٩٤٩)، والترمذي (٣٧٢)، وابن ماجه (١٢٢٣).

(٣) أخرجه الدارقطني في «سننه» (١٧٠٦)، والبيهقي تعليقا في «السنن الصغير» (٥٨٩).

والحديث معلول لأجل الحسن العرنى، كان من رؤساء الشيعة، روى أحاديث مناكير، ولا يشبه حديثه حديث الثقات. انظر: «نصب الراية» ٢: ١٧٦.

على قفاه ، تلي قدماء القبلة»^(١) .

ولأن من نام على جنبه فهو منحرف عن القبلة ، وأحوال الصلاة تجب فيها التوجه دون الانحراف ؛ ولأن المريض معرض للصحة والقدرة على القعود أو القيام ، فإذا كان على ظهره [فهو يقدر]^(٢) على القعود ، فيقعد وهو متوجه ، ويقوم وهو متوجه ، وإذا كان على جنبه انحرف عن القبلة في حال قيامه ، فكان ما لا يحتاج معه إلى الانحراف أولى .

وقد قالوا في توجيه الميت في قبره: إنه يضجع على شقه الأيمن ؛ لأن ذلك أجمع للكفن ، وقد قالوا: في توجيه المريض المحتضر أنه يوجه على شقه الأيمن ؛ لأن هذه الحالة تقرب من حال الموت ، فاعتبر بحال الموت .

وقالوا: في الذبيحة تضجع على جنبها ؛ لأن إلقاءها على ظهرها يشق عليها ، والمعتبر في الذبح الأسهل على الحيوان .

وأما قوله ﷺ: «فإن لم تستطع فعلى جنبك»^(٣) ، فإنه يقال للمستلقي على ظهره: إنه على جنبه .

وأما وجه رواية ابن كاس فيما روى في حديث علي: «أن النبي ﷺ قال في المريض: «فإن لم يستطع فعلى جنبه ، فإن لم يستطع فعلى ظهره»^(٤) .

(١) أخرجه عبد الرزاق (٤١٣٠) ، والدارقطني في «سننه» (١٧٠٧) ، والبيهقي في «الكبرى» ٢: ٣٠٨ وقال: إنه موقوف .

(٢) في ب (فصدر) والمثبت من أ .

(٣) سبق تخريجه عن عمراة بن حصين .

(٤) سبق تخريجه عن علي ﷺ .

قال: فإن عجز عن الركوع والسجود وقدر على القيام، صَلَّى قاعداً يُومئ إيماءً، فإن صَلَّى قائماً يُومئ أجزأه، ولا يستحب له ذلك.

وقال زفر: يصلي قائماً، وبه قال الشافعي^(١).

لنا: أن فرض الركوع والسجود إذا سقط عن الإنسان سقط عنه فرض القيام كالراكب؛ ولأن الغالب أن العاجز عن الركوع والسجود عاجز عن القيام؛ (لأن الانتقال من القعود إلى القيام أشق من الانتقال من القيام [إلى] الركوع)^(٢)، وإذا كان الغالب من الحال خوف المشقة [ولحوقها]، لم تعتبر بالنادر، وصار كأنه عجز عن الأمرين؛ وإنما أجزأه القيام؛ لأنه يكلف فعل ما لا يلزمه، فصار كما لو تكلف الركوع.

وجه قول زفر: أن العجز عن بعض الأركان لا يسقط المقدور عليه منها، كما لا يسقط القراءة بالعجز عن القيام.

قال: وإن عجز عن الإيماء، لم يُصَلِّ.

قال رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أن الإيماء عندنا يتعلق بوجهه [فقط]، فإن [٩٥/ب] عجز عن ذلك، لم يُصَلِّ.

وقال الشافعي: يُومئ بعينه وقلبه. وقال زفر: يُومئ بقلبه، وقال الحسن: يُومئ بحاجبيه وبقلبه، ويعيد [إن صحَّ]^(٣).

(١) نقل الشيرازي عن الأم: «فإن كان في ظهره علة لا تمنع القيام، وتمنعه من الركوع والسجود، لزمه القيام، ويركع ويسجد على قدر طاقته...». المهذب ٢/٣٣٢، ٣٣٣.

(٢) في أ (ولأن الانتقال من الركوع إلى القيام أسهل من الانتقال من القعود إلى القيام).

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٢٥٦؛ الأم ١/٨١، ٩٨؛ المهذب ٢/٣٣٣.

لنا: أن فرض السجود لم يتعلق في الأصل بالعين والقلب ، فلا ينتقل إليهما بالإيماء كاليد ؛ ولأن الإيماء بالقلب مجرد [نية واعتقاد] ^(١)، والصلاة من أفعال الجوارح الظاهرة ، فلا يقوم الاعتقاد عند العجز مقامها ، كما لا يقوم مقام الحج [والعمرة] ^(٢).

وجه قول زفر: قوله ﷺ: «فعلى جنبك تومئ إيماءً» ^(٣)؛ ولأن الصلاة متعلقة بجملة البدن ، فما دام يقدر على الإشارة بها ، لم يسقط فرضها .

وجه قول الحسن: أن فرض الصلاة لا يسقط بتعذر أركانها ، إلا أن الإيماء بالقلب أو الحاجب لم يتعلق به فرضها ، فيقوم مقامها في شغل الوقت ، ولا يسقط به الفرض .

قال: إلا أن يكون مغمى عليه ، أو زائل العقل من المرض ، وإن دام به ذلك أكثر من يوم وليلة ست صلوات لم يقض ، فإن كان أقل من ذلك قضى .

وقد كان القياس: أن لا يقضى المغمى عليه ؛ لأن كثير الإغماء لما أسقط القضاء أسقط قليله كالنفاس ^(٤)، وإنما تركوا القياس في اليوم واللييلة وما دونه لما روي عن عمار: «أنه أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن» ^(٥).

(١) في ب (الاعتقاد)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (والصوم)، والمثبت من أ.

(٣) سبق الحديث من رواية عمران بن حصين رضي الله عنه، وليس فيه ذكر الإيماء، وتقدم ذكر الإيماء من حديث علي رضي الله عنه.

(٤) في أ (كالجنون).

(٥) أخرجه مالك في «الموطأ» (رواية محمد بن الحسن) (٢٧٩)، وعبد الرزاق (٤١٥٦)، وابن

أبي شيبة (٦٦٤٦)، والدارقطني في «سننه» (١٨٥٩)، والبيهقي في «الكبرى» ١: ٣٨٨.

وقال الشافعي: حديث عمار ليس بثابت ؛ لأن رواية يزيد مولى عمار مجهول، والراوي عنه =

وعن عَلِيٍّ: «أنه قضى يوماً وليلة».

وعن ابن عمر: «أنه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة، فلم يقض»^(١).

ولأن الإغماء عارض ينفي التمييز، فلا ينافي القضاء كالنوم ولا يلزم الجنون؛ لأن عمرو بن أبي عمرو روى عن محمد: أن قليل الجنون كقليل الإغماء.

وإذا ثبت أن الإغماء الكثير ينافي القضاء؛ لحديث ابن عمر، والقليل لا ينافي؛ لحديث عمّار، جعلوا الحد الفاصل بينهما صلاة يوم وليلة؛ لأن هذا القدر لا يشق قضاؤه في الغالب، وما زاد عليه يلحقه فيه مشقة، وهذا المعنى له تأثير في القضاء؛ بدلالة أن الحائض تقضي الصوم؛ لأنه لا مشقة فيه، ولا تقضي الصلاة لزيادة المشقة فيها.

قال: ويفعل في أفعال صلاته ما يفعله الصحيح من القراءة، والتسبيح، والتكبير، والتشهد؛ لِمَا بينا أن المرض يؤثر فيما يشق فعله، فما لا يشق فعله، فالمريض والصحيح فيه سواء.

قال: فإن عجز عن ذلك، تركه ولا يضره؛ ولأن أركان الصلاة أقوى من أذكّارها، فإذا سقطت الأركان عنه، فسقوط الأذكّار أولى.

وإذا فات المريض صلوات في مرضه، قضاها كما يفعل في فرض الوقت

= إسماعيل بن عبد الرحمن السدي، كان يضعفه يحيى بن معين، ولم يحتج به البخاري. انظر:

«معرفة السنن» للبيهقي ٢: ٢٢١؛ و«نصب الراية» ٢: ١٧٧.

(١) أخرجه عبد الرزاق (٤١٥٣)، وابن أبي شيبة (٦٦٤٨، ٦٦٦٢)، والدارقطني في «سننه»

(١٨٦٢)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» ٢: ٢٢١، بألفاظ مختلفة. وانظر: نصب الراية

٢: ١٧٧.

الذي قدر على الفعل فيه، إن كان صحيحاً [صَلَّى صلاة] ^(١) صحيح، وإن كان مريضاً صَلَّى ما يمكنه، أما إذا فاتته في حال المرض، فقفى في حال الصحة، صَلَّى صلاة صحيح؛ لأن الأصل فرض الصحة، وإنما جاز ترك بعضه للعجز، فإذا زال العجز [عاد] ^(٢) إلى فرض الأصل.

وأما إذا فاتته وهو صحيح، فإنه يقضيه في حال المرض بالإيماء؛ لأن وقت قضاء الفائتة قد جعل كوقت وجوبها؛ بدلالة قوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها، لا وقت لها غيره» ^(٣)، فكأنها وجبت الآن، [وهو صحيح أو مريض].

قال: فإن رُفِع إلى وجه المريض وسادة، أو شيء فسجد عليه من غير أن يومي، لم يجزئه؛ لأن الفرض هو الإيماء، فإذا لم يومي فقد ترك الفرض مع القدرة [عليه، فلم يجزئه].

وقد روي عن ابن عمر أنه قال: «إذا لم يستطع المريض السجود، أو أماً إيماء، ولا يرفع إلى وجهه شيء، وكان ينهى المريض أن يسجد على عود أو

(١) في الأصل (فصلاته) والمثبت ما يقتضيه السياق. والله اعلم.

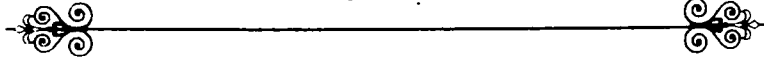
(٢) في ب (انتقل)، والمثبت من أ.

(٣) أخرجه البخاري (٥٩٧)، ومسلم ١: ٤٧٧ (٣١٥)، واللفظ له، من حديث أنس: بلفظ: «من نسي صلاة، أو نام عنها، فكفارتها أن يصلّيها إذا ذكرها».

ورواه مسلم ١: ٤٧١ (٣٠٩)، وأبو داود (٤٣٦)، والنسائي (٦١٩)، وابن ماجه (٦٩٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه، نحوه.

ورواه الطبراني في «الأوسط» (٨٨٤٠)، والدارقطني (١٥٦٥)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٤٠١٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه: بلفظ: «من نسي صلاة، فوقيتها إذا ذكرها».

قال ابن الملقن: إسناده ضعيف، ويغني عن هذه الرواية ما أسلفناه من لفظ الصحيح. «البدر المنير» ٢: ٦٥٩.



وسادة ، ولكن [1/٩٦] يومئ إيماءً^(١) .

وعن ابن مسعود: أنه دخل على مريض يعوده ، فرآه يسجد على عود ،
فانتزعه ورمى به ، وقال: «هذا مما عرض به لكم الشيطان»^(٢) .

ولأنه يكلف ما لا يحتاج إليه .

قال: وإن كان يومئ بالركوع ، ويسجد على شيء موضوع بين يديه ، أجزاء
ذلك ؛ لأن الفرض هو الإيماء ، وقد حصل .

٦١٦ - فصل: [بدأ الصلاة صحيحاً ثم عرض له مرض]

قال: وإن صَلَّى وهو صحيح [بعض]^(٣) صلاته ، ثم عرض له مرض ، بنى
على صلاته على حسب إمكانه . هذه رواية الأصول .

وروى بشر بن الوليد ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة: أنه [لا يبنى] ،
ويستقبل إذا صار إلى حال الإيماء .

وجه الرواية المشهورة: أنه إذا بنى ، كان بعض الصلاة كاملاً وبعضها ناقصاً ،
وإذا استقبل أداها كلها ناقصة ، فلأن يؤدي بعضها على الكمال أولى ؛ ولأنه بنى

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» ١: ١٦٨ (٧٤) ، وعبد الرزاق (٤١٣٧ - ٤١٤٣) وابن المنذر في
«الأوسط» (٢٣٠٩ ، ٢٣١١) ، والبيهقي في «المعرفة» (٤٣٥٢) موقوفاً .

ورواه الطبراني في «الأوسط» (٧٠٨٩) ، عن ابن عمر مرفوعاً: «من استطاع منكم أن يسجد
فليسجد ومن لم يستطع فلا يرفع إلى جبهته شيئاً يسجد عليه ولكن ركوعه وسجوده يومئ إيماء» .
قال الهيثمي: ورجاله موثقون ليس فيهم كلام يضر . «مجمع الزوائد» (٢٨٩٦) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٤١٤٤) ، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٨٤٦ ، ٢٨٤٨ ، ٢٨٥٢) ، وابن
المنذر في «الأوسط» (٢٣٠٧) ، والطبراني في «المعجم الكبير» ٩ (٩٣٩٣ ، ٩٣٩٤) .

(٣) في ب (يقضي) ، والمثبت من أ .



صلاته على تحريمه بركوع ، فصار كالمومئ إذا صَلَّى خلف الراكع والساجد .
وجه الرواية الأخرى: أنهما فرضان مختلفان ، فلا يجمعهما تحريمه واحدة ،
كالظهر والعصر .

٦١٧ - فَصْل : [بَدَأُ الصَّلَاةَ مَرِيضًا ثُمَّ صَحَّ]

وأما إذا ابتداء الصلاة وهو معذور ، فصَحَّ ، فإن كان [ابتدأها قاعداً] ^(١) يركع
ويسجد ، فقد ر على القيام ، بنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن من
أصلهما: أن القاعد يجوز أن يؤم القائم ، فكذلك يجوز أن يبني الإنسان في حق
نفسه القائم على تحريمه القاعد .

وأما قول محمد فقال: يستقبل ؛ لأن من أصله: أن القائم لا يصلي خلف
القاعد ، فكذلك لا يبني في حقه إحدى الصلاتين على الأخرى .

وأما إذا افتتح الصلاة بالإيماء ، ثم قدر على الركوع والسجود ، فإنه يستأنف
في قولهم إلا زفر ؛ لأن اقتداء الراكع والساجد بالمومئ لا يجوز عندنا ، فكذلك
لا يبني إحدى الصلاتين على الأخرى في حق نفسه .

[وأما زفر: فعنده يجوز اقتداء الراكع بالمومئ ، فكذلك يبني في حق نفسه] .

قال أبو الحسن: وفي مسائل الإيماء اختلاف رواية ، وإنما يعني بهذا رواية
بشر التي قدمناها .

٦١٨ - فَصْل : [كَيْفِيَّةُ الْقَعُودِ فِي صَلَاةِ الْمَرِيضِ]

وأما كيفية العقود في صلاة المريض ، فقد روى محمد عن أبي حنيفة: أنه

(١) في ب (ابتداءً) ، والمثبت من أ .

يجلس كيف شاء، وروى الحسن: أنه إذا افتتح الصلاة وهو متربع^(١)، وإذا أراد أن يركع ثنى رجله اليسرى فافترشها.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه^(٢) يجلس متربعا، وقال زفر: يفترش رجله اليسرى جميع صلاته.

وجه قول أبي حنيفة: أن المريض سقطت عنه الأركان للعدر، فلأن تسقط عنه الهيئات أولى؛ ولأننا جؤزنا له ترك القيام تخفيفاً عليه، ولو كلفناه القعود (على صفة بعد صفة، كان ذلك ترك التخفيف)^(٣).

وأما رواية الحسن: فقد أطلقها أبو الحسن، وهي عن أبي يوسف ووجهها: أن فرض القيام والركوع يختلف في الأصل، والقعود قد قام مقامها، فوجب أن تخالف هيئة القعود في حال القيام هيئته في حال الركوع.

وجه الرواية الأخرى: أن صفة القعود سقطت للتخفيف، فسقطت في جميع الأحوال.

وأما زفر فقال: إن الصلاة تشتمل على أفعال مختلفة، وفي جملتها قعود، والقعود منها هيئة مخصوصة، فإذا سقطت أركانها ولزمه القعود، صار كالقعود الموضوع في الصلاة^(٤).



(١) في أ (وهو يركع).

(٢) في أ (أنه يركع ويقعد متربعا).

(٣) في أ (على صفة كان فيه تغليظاً عليه).

(٤) انظر: الأصل ١٨٧/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٩١.

بَاب صلاة التطوع

—•••••—

قال أبو الحسن: التطوع ركعتان، لا يلزمه بالافتتاح أكثر من ركعتين وإن نوى أكثر من ذلك، هذا هو المشهور عنهم.

وروى بشر بن الوليد قال: كان قول أبي يوسف الأول: أنه إذا افتتح التطوع ينوي أربع ركعات، ثم أفسدها، قضى أربعاً، ثم رجع وقال: يقضي ركعتين [٩٦/ب]، وروى بشر بن أبي الأزهر النيسابوري قال: قلت لأبي يوسف: فيمن افتتح النافلة ينوي عدداً؟ قال: لزمه بالافتتاح ذلك العدد، وإن كان مئة ركعة، وروى هشام عنه أنه قال: إن نوى أربع ركعات لزمته، وإن نوى أكثر لم يلزمه.

وجه قولهم المشهور: أن الدخول إيجاب بالفعل، فلا يلزمه إلا أدنى ما يتقرب به من جنس تلك العبادة ولا تعتبر النية، كمن دخل في الصوم ينوي صوم أيام، ومن دخل في الحج ينوي^(١) حججاً، وأقل ما يتقرب به من الصلاة ركعتان، فلزمه ذلك، ويسقط ما زاد عليه وإن نواه.

وجه قول أبي يوسف: أنه يلزمه جميع ما نواه؛ لأن الدخول سبب الإيجاب كالنذر، فإذا وجب بالنذر العدد الذي ينويه، فكذلك بالدخول^(٢).

وجه الرواية الأخرى: أن النوافل فرع عن الفرائض، فكما يلزمه بتحريمه

(١) في أ (ينوي حجاً).

(٢) في أ (بالشروع).

الفرض أربع ركعات ، كذلك يجب أن يلزمه بتحريمه النفل ، (وما زاد على الأربع لا يلزمه بتحريمه الفرض ، فكذلك بتحريمه النفل .

قال: وإذا صَلَّى على صلواته، لزمته كل ركعتين بالقيام إليهما^(١)، ولا تلزمه قبل ذلك، وكل ركعتين فهما بناءً على ما قبلهما، وتفعل كلها بالافتتاح الأول؛ وذلك أن التحريم وإن أوجبت عندنا ركعتين، فإذا قام إلى الثالثة، صحَّ دخوله [في الشفع الثاني]^(٢) وإن لم يستأنف التحريمه، كمن قام إلى الخامسة في الفريضة، كان مصلياً^(٣) للنفل بناءً على تحريمه الفرض .

قال: ويلزم في كل ركعتين من القراءة والفعل ما يلزم في صلاة الفرض، وهذا صحيح؛ لأن التحريمه الأولى لم توجب إلا ركعتين، والقيام إلى الثالثة^(٤) كتحریمه أخرى، فتوجب القراءة كما أوجبتها التحريمه الأولى؛ ولهذا المعنى أوجب أصحابنا القراءة في جميع ركعات النفل، وخالفوا بينها وبين الفرض .

وقد قالوا: فيمن قام إلى ثلاثة النفل، استفتح كما يستفتح [بتحريمته الأولى]^(٥)، وكان القياس عندهم إذا ترك القعدة الأولى في النافلة أن تفسد؛ لأن التحريمه أوجبت ركعتين، فالقعدة واجبة كصلاة الفجر [والجمعة]، إلا أنهم استحسنا فقالوا: لما أدّى الركعات بتحريمه واحدة، لم يبطل ترك القعدة الأولى، كما لا يبطل الظهر .

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (فيها)، والمثبت من أ.

(٣) في أ (كان بانياً تحريمه النفل على).

(٤) في أ (الثانية).

(٥) في ب (لو افتتحها بتحريمه)، والمثبت من أ.

قال: وما كان مسنوناً في الفرض، فهو مسنون في النفل، إلا أن يصلي قاعداً وهو يقدر على القيام، أو يصلي التطوع في السفر على الراحلة، فإن ذلك يجزئه في النفل، ولا يجزئه في الفرض.

أما جواز النافلة قاعداً مع القدرة على القيام، فلما روت عائشة: «أن النبي ﷺ كان يصلي قاعداً، فإذا أراد أن يركع، قام فقرأ آيات ثم ركع وسجد، ثم عاد إلى القعود»^(١)، فدل على جواز النفل قاعداً مع القدرة على القيام؛ ولأن الإنسان يتنفل في غالب أحواله، فيشق عليه القيام، فيجوز تركه لئلا ينقطع عن النوافل.

وأما التنفل على الراحلة مع القدرة على النزول، فالأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ: «أنه كان يصلي على راحلته، فإذا بلغ إلى الوتر، نزل فأوتر على الأرض»^(٢)، وشرط أبو الحسن في ذلك السفر، وقد قدمناه، وبيّنا أن الصحيح أن يعتبر الخروج من المصر دون السفر.

قال: وإن أفسد شيئاً من ذلك قضاءه.

وقال [1/٩٧] الشافعي: فيمن دخل في النفل ثم أفسده، لم يقضه^(٣).

لنا: أن الدخول مقصود في حال القرب كالإيجاب، فإذا وجبت الصلاة بإحدى الأمرين، جاز أن تجب بالآخر.

(١) أخرجه البخاري (١١١٩)، ومسلم ١: ٥٠٥ (١١٢)، وأبو داود (٩٥١)، والنسائي (١٦٤٨)، والترمذي (٣٧٤)، وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٤٤٧٦)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢٤٩١)، والدارقطني في «سننه» (١٦٣٦)، عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً.

وقال الهيثمي: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح. «مجمع الزوائد» (٢٩٨٧).

(٣) انظر: المجموع ٤٤٦/٦.

قال: وكل ركعتين أفسدهما فعليه قضاؤهما دون ما قبلهما، كما لو صَلَّى أربعاً أو ستاً بتكبيرة، ثم تكلم في الثالثة أو الرابعة قضاهما، وصحت له الأوليان؛ لأن التحريمة الأولى لم توجب أكثر من ركعتين، والقيام إلى الثالثة كالدخول بتحريمة أخرى، فإفسادهما لا يوجب فساد الأوليين.

وليس كذلك الفريضة؛ لأن جميع الركعات أوجبها التحريمة، ففساد بعضها يوجب فساد الكل^(١)؛ لأن بعضها لا يجوز أن ينفرد عن بعض.

قال: وأفضل التطوع عندنا: طول القيام؛ لما روي: «أن النبي ﷺ سئل أي الصلاة أفضل؟ قال: «طول القنوت»^(٢)، يعني القيام؛ ولأن ذلك يشق، وما شق من أفعال القرب فهو أفضل ما لم يرد عنه نهي.

وقد قال أبو يوسف: إن المتنفل إذا كان له حزب من القرآن لا ينقص منه، فالأفضل إن يكثر عدد الركعات؛ لأن القيام لا يختلف، وضم إليه زيادة الركوع والسجود.

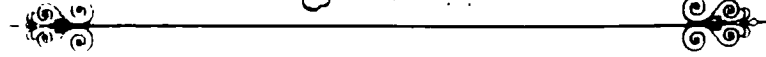
وأما إذا لم يكن له حزب، فتطويل القيام أفضل؛ لأنه يؤدي إلى كثرة القراءة والمشقة لطول القيام.

قال: ولا يصلي تطوع جماعة إلا قيام رمضان، والأصل في ذلك: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في المسجد إلا المكتوبة»^(٣).

(١) في أ (باقيها).

(٢) أخرجه مسلم ١: ٥٢٠ (١٦٥)، والترمذي (٣٨٧)، وابن ماجه (١٤٢١) عن جابر رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البخاري (٧٣١، ٦١١٣، ٧٢٩٠)، ومسلم ١: ٥٣٩ (٢١٣) عن زيد بن ثابت، نحوه.



ولو جاز فعل النافلة في جماعة ، لكان في المسجد أفضل .

وروي: «أن النبي ﷺ كان يصلي ركعتي الفجر في بيته ، ثم يخرج إلى المسجد»^(١) .

فأما قيام رمضان ، فقد صَلَّى ﷺ في المسجد ليلتين ، وصَلَّى الناس بصلاته ، واستشار عمر الصحابة أن يجمع الناس على قارئ واحد ، فلم يخالفوه ، فجمعهم على أبي بن كعب^(٢) .

فهذا يدل على جواز ذلك ، وما سواه على أصله .

ولم يبيِّن أبو الحسن صلاة الكسوف ؛ لأنها تطوع ، ويجوز فعلها في الجماعة ، وكذلك صلاة الاستسقاء في قول أبي يوسف ومحمد .

قال: ولا أذان ولا إقامة في التطوع ؛ لأن الأذان [والإقامة] وضعا للصلوات المفروضات دون غيرها ؛ ولذلك لم يُؤذَّن ﷺ في العيدين .

وذكر بعد هذا: الأوقات التي يجوز التنفل فيها ، والأوقات التي لا يجوز التنفل فيها^(٣) ، والفرض ، وقد بينا ذلك فيما تقدم .

قال بعد ذلك: ومن نذر أن يُصَلِّي في هذه الأوقات الخمسة ، لم يُصَلِّ فيها ، وقضى في غيرها ، وإن صَلَّى فيها أجزاءه ؛ وذلك أنه نذر القربة ، وأن يوقعها على

(١) أخرج البخاري (٦٢٦ ، ٦٣١٠) ، مسلم (١: ٥٠٨ ، ١٢٢) من حديث عائشة رضي الله عنها .
(٢) انظر: «صحيح البخاري» (٩٢٤ ، ٢٠١٠) ، و«صحيح مسلم» ١: ٥٢٤ (١٧٧) . انظر: نصب
الراية ٢: ١٥٢ .

(٣) في ب (لا يجوز الفرض فيها ولا النفل) .

وجه منهي عنه، فلزمه فعل القرية، وسقط عنه المنهي، كمن نذر أن يُصَلِّي ويلتفت في صلاته، فإن صَلَّى في هذه الأوقات جاز؛ لأنه أدى الصلاة على الوجه الذي أوجبها.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس بالصلاة في هذه الأوقات يوم الجمعة.

وقد روي عن النبي ﷺ النهي عن الصلاة في هذه الأوقات نهياً عاماً^(١).

ولأن كل عبادة منع منها في وقت في غير يوم الجمعة، منع منها في يوم الجمعة، كالصوم.

وذهب أبو يوسف إلى خبر روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن الصلاة في هذه الأوقات إلا يوم الجمعة»^(٢).

ولم يعمل على ذلك أبو حنيفة [٩٧/ب]، لاشتهار النهي المطلق، فلم ينصرف عنه بخبر شاذ، وظاهر ما ذكره أبو الحسن يقتضي أن تجوز الصلاة في الأوقات الثلاثة يوم الجمعة، والمحفوظ عن أبي يوسف: أن يجوزها^(٣) في وقت الزوال خاصة.



(١) تقدم أحاديث النهي عن الصلاة في الأوقات المكروهة.

(٢) سبق الحديث.

(٣) في أ (بؤخرها).

بَابُ التطوع قبل الفرض وبعده

قال أبو الحسن: التطوع قبل الفجر ركعتان؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال في ركعتي الفجر: «هما خير من الدنيا وما فيها»^(١).

وقال: «هما خير من حُمْر النَّعَم»^(٢).

وقال: «صلوهما ولو طرقتكم الخيل»^(٣).

وداوم ﷺ عليهما^(٤).

وفي حديث أم حبيبة: أن النبي ﷺ قال: «من صَلَّى اثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة، بُني له بيت في الجنة: ركعتين بعد طلوع الفجر، وأربعاً قبل الظهر،

(١) أخرجه مسلم ١: ٥٠١ (٩٦)، والنسائي في «الصغرى» (١٧٥٩)، والترمذي (٤١٦)، عن عائشة رضي الله عنها وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الصغير» (٧٥٣، ٧٥٤)، و«الكبرى» ٢: ٤٦٩.

(٣) أخرجه أبو داود (١٢٥٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «لا تدعوها وإن طردتكم الخيل»، وأحمد (٩٢٥٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٧٨٢)، وانظر: نصب الراية ٢: ١٦٠.

(٤) روى البخاري (١١٥٩)، عن عائشة رضي الله عنها، وفيه: «ولم يكن يدعهما أبداً».

وروى البخاري (١١٦٩)، ومسلم ١: ٥٠١ (٩٤)، وأبو داود (١٢٤٨)، والنسائي في «الكبرى» (٤٥٦) عنها: «أن النبي ﷺ لم يكن على شيء من النوافل أشد معاهدة منه على ركعتين قبل الصبح».

وروى البخاري (١١٨٢)، وأبو داود (١٢٤٧)، والنسائي في «الصغرى» (١٧٥٧، ١٧٥٨)، والدارمي (١٤٣٧) عنها: «أن النبي ﷺ كان لا يدع أربعاً قبل الظهر، وركعتين قبل الغداة».

وركعتين بعدها ، وركعتين بعد المغرب ، وركعتين بعد العشاء»^(١) .

وفي بعض الأخبار: «ركعتان قبل العصر» ، ولم يذكر العشاء^(٢) .

قال أبو الحسن: ويكره أن يتطوع في هذا الوقت بغيرهما ؛ وذلك لأنه لم ينقل أن النبي ﷺ تنفل قبل الفجر بأكثر من ركعتين ، مع حرصه على النوافل .

قال: وإن لم يُصلَّهما حتى صَلَّى الفجر ، لم يصلهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: أحب إلي أن يعيدهما إذا طلعت الشمس .

وجملة هذا: أن النوافل إذا فاتت عن أوقاتها ، لم تقض إلا ركعتي الفجر إذا فاتتا مع الفرض^(٣) استحساناً ، وإذا فاتتا وحدهما لم تقض ، خلاف محمد . وقال الشافعي: يقضي الجميع^(٤) .

لنا: ما روي: «أن النبي ﷺ دخل حجرة أم سلمة بعد العصر ، فصَلَّى ركعتين ، قالت: فقلت له: ما هاتان الركعتان اللتان لم تكن تصليهما من قبل؟ فقال: «ركعتان كنت أصليهما بعد الظهر ، فشغلني عنهما الوفد ، فكرهت أن

(١) رواه الترمذي (٤١٥) ، وابن راهويه (٢٠٤٢) ، والطبراني في «الكبير» ٢٣ (٤٣٥) وقال الترمذي: حسن صحيح .

ورواه مسلم مختصراً في «صحيحه» ١: ٥٠٢ (١٠١) .

ورواه النسائي في «الصغرى» (١٧٩٤ ، ١٧٩٥) ، والترمذي (٤١٤) ، وابن ماجه (١١٤٠) ، من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) رواه النسائي في «الصغرى» (١٨٠١ ، ١٨٠٢ ، ١٨٠٣) وابن راهويه (٢٠٧١) ، وابن خزيمة في «صحيحه» (١١٨٨) ، ومن طريقه ابن حبان (٢٤٥٢) ، عن أم حبيبة رضي الله عنها . انظر: «نصب الراية» ٢: ١٣٨ .

(٣) في أ (الفجر) .

(٤) انظر: تحفه الفقهاء ١/١٩٧ ؛ البدائع ١/٢٨٧ ؛ المنهاج ص ١١٦ .

أصليهما بحضرة الناس فيروني» ، فقلت: أفنقضيهما إذا فاتتا؟ ، قال: «لا»^(١) .

وهذا يدل على أن القضاء يختص به ﷺ .

ولأنها نافلة تابعة للفرض ، فإذا سقط الفرض لم تقض كالقعدة الأولى ، والأذان ، والإقامة ، وهذا هو القياس في ركعتي الفجر .

وإنما استحسنوا إذا فاتتا مع الفرض ؛ لما روي: «أن النبي ﷺ نام في الوادي ، ثم استيقظ بحرّ الشمس ، فارتحل منه ، ثم نزل فأمر بلالاً فأذن ثم ركع ركعتي الفجر ، ثم أمره فأقام ، فصلى الفجر»^(٢) .

وأما محمد فقال: إن هاتين الركعتين اختصتا من بين سائر السنن لجواز القضاء إذا فاتتا مع الفرض .

لنا: كذا هما على غيرهما ، وهذا المعنى موجود ، وإن فاتتا وحدهما .

قال: وأربع ركعات قبل الظهر ، لا يُسَلَّمُ إلا في آخرهنّ ؛ لما روي أن عليّاً كرم الله وجهه سُئل عن صلاة النبي ﷺ بالنهار ، قال: «أربعاً قبل الظهر ، وركعتان بعدها»^(٣) .

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «أربع ركعات بعد الزوال يعدلن صلاة

(١) أخرجه أحمد (٢٦٦٧٨) ، وأبو يعلى (٧٠٢٨) ، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٨٣٧) ، وابن حبان (٢٦٥٣) .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٤٥) ، وأحمد (٣٧١٠) ، والطبراني في «الكبير» (١٠٣٤٩) نحوه .

(٣) رواه النسائي في «الصغرى» (٨٧٤) ، والترمذي (٥٩٨) ، وابن ماجه (١١٦١) ، وأحمد (١٣٧٥) ، والبيزار في «مسنده» ٢ (٦٧٣) ، وأبو يعلى في «مسنده» (٦٢٢) .

السحر»^(١)، وحديث أم حبيبة، وقد قدمناه.

وحديث أبي أيوب قال: داوم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أربع ركعات بعد الزوال، فقلت: يا رسول الله ما هذه الصلاة التي لم تداوم عليها؟ قال: «يا أبا أيوب، إن الشمس إذا زالت فتحت أبواب السماء، فلم يرتج حتى يصلي الظهر، وأحببت أن يصعد لي فيها عمل صالح»، قلت: أفي كلهن قراءة؟ قال: «نعم»، قلت: بتسليمة واحدة أو بتسليمتين؟ قال: «بتسليمة واحدة»^(٢).

قال: وركعتان بعدها؛ لحديث علي، وحديث أم حبيبة، وقد قدمناهما.

قال: وأربع قبل العصر، وروى الحسن عن أبي حنيفة: ركعتين قبل العصر، وليست النافلة عندهم قبل العصر كالنافلة قبل الظهر في التأكيد؛ لأنه روي عن أم حبيبة: «ركعتان قبل العصر»^(٣)، ولم يرو في بعض الأخبار.

فوجه الرواية التي قدرها بأربع: حديث علي في وصف صلاة رسول الله ﷺ بالنهار؟ فقال: وأربعاً قبل العصر^(٤).

وعن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «من صَلَّى قبل العصر

(١) أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» (٢٨٠٨)، والبزار في «مسنده» ١ (١٧٩)، وأبو الشيخ في «العظمة» ٥: ١٧٤١، عن ابن عمر عن عمر مرفوعاً.

(٢) أخرجه أحمد (٢٣٥٣٢)، وعبد بن حميد كما في «المنتخب» (٢٢٦)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٩٦٧)، والطبراني في «الكبير» (٤٠٣٢).

ورواه أبو داود (١٢٦٤)، وابن ماجه (١١٥٧) مختصراً.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) رواه النسائي في «الصغرى» (٨٧٤)، والترمذي (٥٩٨)، وابن ماجه (١١٦١)، وأحمد (١٣٧٥)، والبزار في «مسنده» ٢ (٦٧٣)، وأبو يعلى في «مسنده» (٦٢٢).



أربعاً لم تمسه النار»^(١) .

ولأن العصر لما كانت أربعاً ، قدرت النافلة بمثلها كالظهر .

وأما الرواية الأخرى: فقد روي عن النخعي قال: كانوا يستحبون قبل العصر ركعتين ، ولم يكونوا يعدونها من السنة^(٢) .

وقد روي في حديث أم حبيبة: «ركعتان قبل العصر»^(٣) .

قال: وركعتان بعد المغرب ؛ لحديث أم حبيبة .

وقد روي عن ابن عباس: أن النبي ﷺ: «كان يصلي بعد المغرب ركعتين يطيل فيهما القراءة»^(٤) .

قال: ولا تطوع قبلها ؛ لأن النبي ﷺ لم يتنفل قبلها مع حرصه على النوافل ؛ ولأن تأخيرها مكروه ، والنفل قبلها يؤدي إلى تأخيرها .

قال: وأربع قبل العشاء الآخرة إن أحبَّ ذلك ، وأربع بعدها ، ولم يؤكد ذلك كتأكيد غيره ؛ لأنه لم يذكر في حديث أم حبيبة نافلة قبل العشاء ، إلا أنها لما تعذرت بأربع ركعات تقدمها مثلها كالظهر .

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٢٥٨٠) ، والعقيلي في «الضعفاء الكبير» ٤ : ٦٣ ، عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه . قال الهيثمي: وفيه حجاج بن نصر ، والأكثر على تضعيفه . «مجمع الزوائد» (٣٧) .

(٢) عبد الرزاق في «المصنف» (٤٨٣٠) ، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦٠٢٤) .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) أخرجه الطبراني في «الكبير» ١٢ (١٢٣٢٣) . وقال الهيثمي: «وفيه يحيى بن عبد الحميد وهو ضعيف» . «مجمع الزوائد» (٣٣٨١) .

وأما بعدها ، فقد روي في حديث أم حبيبة «ركعتين بعد العشاء»^(١) .
 وروي أن النبي ﷺ : «صَلَّى العشاء ودخل حجرته فَصَلَّى أربع ركعات»^(٢) .
 فلماذا قالوا: إن شاء صَلَّى بعدها ركعتين ، وإن شاء أربعاً .
 وروت عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ يصلي العشاء ، ثم يصلي بعدها
 أربعاً ، ثم يضطجع» .

وعن ابن مسعود وابن عمر: «من صَلَّى بعد العشاء الآخرة أربع ركعات ،
 كُنَّ كمثلهن من ليلة القدر»^(٣) ، ومقادير الثواب يعلم من طريق التوقيف .
 وإنما ضعف حكم النفل بعد العشاء ؛ لأن السنة التنفل بالليل ، فتؤخر
 النافلة بعد العشاء إلى آخر الليل .

قال: وأربع قبل الجمعة ، وأربع بعدها ، أما قبل الجمعة ؛ فلأن السنة أن
 يصلي بعد الزوال أربعاً ؛ لحديث أبي أيوب ، والمعنى الذي تضمنه موجود في
 سائر الأيام ، وأما بعدها ، فقد ذكر في كتاب الصلاة أربعاً ، وفي كتاب الصوم
 ستاً ، فمن أصحابنا من قال: إن ما ذكره في الصوم قول أبي يوسف ومحمد ،

(١) تقدم تخريجه .

(٢) رواه البخاري (١١٧ ، ٦٩٧) ، وأبو داود (١٣٥٢) من حديث ابن عباس ؓ .

(٣) المروزي عن عبد الله بن عمرو ، وعلقمة والأسود ومجاهد وعبد الرحمن ابن الأسود . انظر:

«مختصر قيام الليل وقيام رمضان وكتاب الوتر» ص ٩٢ .

والطبراني في «الأوسط» (٦٣٣٢) عن البراء بن عازب مرفوعاً .

وابن أبي شيبة (٧٣٥٢) من قول عائشة .

والدراقطني في «سننه» (١٨٧٨) من قول كعب .

وأورده العيني في «العمدة» ٧ : ٢٣٤ ، وقال: «وفي المبسوط . . لحديث ابن عمر مرفوعاً وموقوفاً» .

وروي أن ابن مسعود لما قدم الكوفة ، كان يصلي بعد الجمعة أربعاً ، ثم قدم عليّ ، فكان يصلي بعدها ستاً .

وجه قول أبي حنيفة: حديث أبي [ب/٩٨] هريرة^(١) أن النبي ﷺ قال: «من كان مصلياً بعد الجمعة ، فليصل بعدها أربعاً»^(٢).

ولأن النافلة التابعة للفرض لا تفعل بتسليمتين في محل واحدٍ كنوافل سائر الصلوات .

وجه قولهما: ما روي من فعل عليّ ، وقد قال أبو يوسف: إنه يصلي أربعاً ، ثم ركعتين حتى لا يكون قد تنفل بعد [صلاة فرض] بمثلها .

قال أبو الحسن: وكل أربع ذكرت لك ، فلا تسلّم إلا في آخرهن ، وذلك بتكبيرة واحدة ؛ لحديث أبي أيوب ؛ ولأن النفل التابع للفرض لا يؤدي^(٣) بتسليمتين .

قال: ويكره للإمام أن يتنفل في مكانه الذي صَلَّى فيه المكتوبة ، ولا يكره للمأموم ذلك ؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «أيعجز أحدكم إذا صَلَّى أن يتقدم أو يتأخر»^(٤).

ولأن الإمام إذا صَلَّى في مكانه ، ظنَّ الداخل أنه في صلاة الفرض ، فاقتدى

(١) أخرجه مسلم ٢: ٦٠٠ (٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩) ، وأبو داود (١١٢٤) ، والترمذي (٥٢٣) ، والنسائي

في «المجتبى» (١٤٢٦) ، وابن ماجه (١١٣٢) ، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح .

(٢) ونص أ: «من كان مصلياً الجمعة ، فليصل قبلها أربعاً وبعدها أربعاً» .

(٣) في أ (يتوالى) .

(٤) أبو داود (٩٩٨) ، وابن ماجه (١٤٢٧) ، وابن أبي شيبة (٦٠٦٥) ، وأحمد (٩٤٩٦) .

به ، فأما المأموم إذا تنحى الإمام عن مكانه ، لم يغترب به الداخل .

وقد قالوا في غير هذا الموضوع: إنه يستحب للمأموم أيضاً ذلك ، حتى تستوي الصفوف ، ولا تكون على ترتيبها كما يكون في الفريضة .

قال: ويكره التطوع في المسجد والناس في الصلاة؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أقيمت الصلاة، فلا صلاة إلا المكتوبة» (١).

ولأنه إذا انفرد بالصلاة عن الإمام، اتهم أنه لا يرى صلاة الجماعة، ولا ينبغي للإنسان أن يقف مواقف التهم .

قال: ومن جاء والإمام يصلي صلاة الفجر، صَلَّى ركعتي الفجر خارج المسجد، (وهذا مبني على أصول:

منها: ما قدمناه أنه يكره التنفل في المسجد والإمام في الصلاة .

ومنها: أنه لا يكره التنفل خارج المسجد) (٢)؛ لأن الإجماع حصل أن الإمام إذا كان يصلي الفريضة في المسجد لم يكره التنفل للناس في منازلهم؛ ولأن النهي عن الصلاة في المسجد حتى لا يلحق بنفسه تهمة ، وهذا المعنى لا يوجد إذا صلى في غير المسجد .

ومنها: أن ركعتي الفجر سنة مؤكدة ، وقدمنا ذلك .

ومنها: أن من أدرك ركعةً من الجماعة ، فقد أدرك فضيلتها؛ لما روي أن

(١) أخرجه مسلم ١: ٤٩٣ (٦٣، ٦٤)، وأبو داود (١٢٦٠)، والنسائي (٨٦٥)، والترمذي (٤٢١)،

وابن ماجه (١١٥١) عن أبي هريرة .

(٢) ساقطة من أ .

النبي ﷺ أنه قال: «من أدرك ركعةً من الصلاة مع الإمام، فقد أدركها»^(١)، بمعنى: أدرك فضيلتها.

ومنها: أن سنة الجماعة [أكد]^(٢) من ركعتي الفجر؛ لأن الجماعة وركعتي الفجر قد ندب^(٣) إليهما، وجاء وعيد في ترك الجماعة، وهو قوله ﷺ: «لقد هممت أن أستخلف رجلاً يصلي بالناس، ثم أنظر قوماً يتخلفون عن الجماعة، فأحرق بيوتهم ناراً»^(٤)، ولم يرد وعيد في ترك ركعتي الفجر.

وإذا ثبت هذا، قلنا: إذا أدرك الإمام في صلاة الفجر، فأمكنه أن يدرك منها ركعةً صَلَّى ركعتي الفجر خارج المسجد؛ لأنه يجمع بين الفضيلتين، فكان أولى من الاقتصار على أحدهما، وإن كان لا يدرك ركعة ترك ركعتي الفجر؛ لأن الجماعة أكد منها على ما بيّنا.

٦١٩ - فُصِّلَ: [إتمام التطوع بعد الإقامة]

فإن ابتداء صلاة التطوع، فدخل فيها، ثم أقيمت الصلاة، أتمّ الشفع الذي هو فيه، ثم سَلَّمَ ودخل مع الإمام؛ لأنه يقدر على إتمام النفل وإدراك الجماعة، فلم يجز قطع النفل، ولا يزيد على الشفع؛ لأن ذلك عندنا كابتداء صلاة أخرى، وقد بيّنا أن الابتداء بالتطوع بعد إقامة [١/٩٩] الصلاة في المسجد لا يجوز.

قال: فإن افتتح فريضةً، فإن كان صَلَّى أكثرها مضى عليها وسَلَّمَ.

(١) أخرجه البخاري (٥٨٠)، ومسلم ١: ٤٢٣ (١٦١)، وأبو داود (١١١٤)، والترمذي (٥٢٤)،

والنسائي (٥٥٣)، وابن ماجه (١١٢٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) في ب (أكبر)، والمثبت من أ.

(٣) في أ (إلى فعلهما).

(٤) أخرجه البخاري (٦٤٤)، ومسلم ١: ٤٥١ (٢٥١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، نحوه.

وجملة هذا مبني على أصول:

منها: أن الجماعة سنة مؤكدة، وقد قدمناه.

ومنها: أنها ليست بواجبة؛ لأنها لو وجبت في الأداء، لوجبت في القضاء كسائر شروط الصلاة.

ومنها: أن مَنْ صَلَّى الفرض ثم أعاد مع الإمام، كان الأول فرضاً، والثاني نفلاً؛ لِمَا روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يا أبا ذر، كيف بك إذا كان أمراء السوء يؤخرون الصلاة عن مواقيتها؟» فقال: الله ورسوله أعلم، قال: «صَلِّ في بيتك، ثم اجعل صلاتك معهم سُبْحَةً»^(١)، فدلَّ على أن الثانية نفل.

وروي أنه صَلَّى الفجر في مسجد الخيف، فرأى رجلين في ناحية المسجد لم يصليا، فقال: «عَلَيَّ بهما»، فجيء بهما وفرائضهما ترعد، فقال: «أمسلمان أنتما؟» قالا: نعم، قال: «ما منعكما أن تصليا معنا؟»، قالا: صَلَّينا في رِحَالنا، فقال: «إذا صليتما في رحالكما ثم أدركتما الإمام فصليا معه، فإنها لكما نافلة»^(٢).

ومنها: أن النفل بعد الفجر وبعد العصر لا يجوز وإن كان له سبب، وقد قدمنا ذلك.

ومنها: أن التنفل بالوتر لا يجوز؛ لما روي عن ابن مسعود أنه قال: «ما

(١) مسلم ١: ٣٧٨ (٢٦)، والنسائي (٧٧٩)، وأبو داود (٤٣٣)، وابن ماجه (١٢٥٥) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه نحوه.

(٢) أخرجه أبو داود (٥٧٦)، والترمذي (٢١٩)، والنسائي في «المجتبى» (٨٥٨)؛ وابن خزيمة في «صحيحه» (١٦٣٨) من حديث يزيد بن الأسود. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

أَجَزَّتْ رُكْعَةٌ قَطًّا^(١)؛ ولأنه قدر لا يجوز الاقتصار عليه في الفرائض، فلا يجوز في النوافل كما دون الركعة.

ومنها: أن من فعل أكثر صلاة^(٢) الفرض لا يجوز أن يقطعها؛ لأنه أدى أكثر فرضه، فصار كما لو قعد مقدار التشهد.

فإذا بيّنت هذه الأصول، قلنا: إذا افتتح الرجل الفجر في المسجد وحده، ثم أقيمت الصلاة، فإن كان صَلَّى ركعة فما دونها قطعها؛ لأنه لو ضمَّ إليها ثانية وقعت عن الفرض وفاتته الجماعة، فاستدراك الجماعة أولى.

قال: وإن كان سجد في الركعة الثانية، مضى عليها؛ لأنه أدى أكثر الفرض، فلا يجوز له إبطاله، ولا يدخل مع الإمام؛ لأنه لو دخل كان متنفلاً بعد الفجر، وقد دللنا على أن ذلك لا يجوز.

وأما إذا افتتح الظهر، ثم أقيمت الصلاة، فإن كان صَلَّى ركعةً، ضمَّ إليها أخرى، وإن كان صَلَّى ركعتين تشهد وسلم؛ لأنه قدر على أن يجعل صلاته نفلاً، ولا يبطلها، ويستدرك الجماعة، فكان ذلك أولى من إبطالها.

فإن كان سجد في الركعة الثالثة، مضى عليها؛ لأنه [يقدر على إتمامها إذ] أدى أكثر الصلاة، فلا يجوز له قطعها، ويدخل مع الإمام؛ لأن النفل بعد الظهر جائز، والتنفل بمثل عددها جائز.

فأما العصر، فإن كان صَلَّى ركعةً [ضمَّ] إليها أخرى، وإن كان صَلَّى

(١) أورده ابن عبد البر في «التمهيد» ١٣: ٢٥٣.

(٢) في أ (أفعال).

ركعتين سَلَّمَ، وإن كان سجد في الثالثة مضى عليها؛ لما قدمناه في الظهر، ولا يدخل مع الإمام؛ لأن التنفل بعد العصر لا يجوز.

والعشاء الآخرة مثل الظهر؛ لأن التنفل بعدها يجوز بمثلها.

وأما المغرب، فإن كان صلى ركعة قطعها؛ لأنه لو ضَمَّ إليها أخرى كان مؤدياً لأكثر الفرض، [فتوته] (١) الجماعة، فقطع النفل أولى، وإن سجد في الركعة الثانية مضى عليها؛ لأنه أدى أكثر فرضه، ولا يدخل مع الإمام؛ لأنه لا يخلو: [ب/٩٩] إما أن يصلي معه ركعتين ويسلّم، أو يصلي ثلاثاً، أو يضم إلى الثلاث رابعة، ولا يجوز أن يدخل فيصلي [معه] ركعتين؛ لأن هذا دخول في بعض صلاة الإمام دون بعض، وذلك لا يجوز، ولا يجوز أن يصلي ثلاثاً؛ لأنه يصير متنفلاً بوتر، ولا يجوز ذلك كالركعة الواحدة، ولا يجوز أن يضم إليها أخرى؛ لأنه يلزم القعود في ثلاثة النفل، وذلك مكروه، فلم يبق إلا أن لا يدخل مع الإمام.

٦٢٠ - فَصَّل:

قال: فإن جهل فدخل مع الإمام في المغرب، فإذا سَلَّمَ الإمام لم يسلم، وقام فشفع بركعة؛ وذلك لأنه يتنفل بالصلاة، وقد بينا أن التنفل لا يقع بالوتر (٢)، فإذا بدأ بالركعة الثالثة، كان ذلك إيجاباً للركعتين، [إذ الصلاة لا تكون أقل من ركعتين عندنا]، ومن وجب عليه أكثر من صلاة الإمام اتبع الإمام فيما يفعل، ثم كَمَّل فرضه كالمقيم خلف المسافر (٣).

(١) في ب (فقاتته)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (بوتر، لا يجوز).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٣٧/٢، ١٣٨؛ القدوري ص ٨٥.

[١٣] بَابُ صلاة الوتر

قال أبو الحسن: صلاة الوتر ثلاث ركعات ، لا يفصل بينهنّ بتسليمة . وعن الزهري: الوتر في شهر رمضان ثلاث ركعات ، وفي غيره ركعة . وقال الشافعي: هو مخير: إن شاء أوتر بركعة ، أو ثلاث ، أو خمس ، أو سبع ، أو تسع ، أو إحدى عشرة (١).

لنا: ما روي عن ابن مسعود: «أن النبي ﷺ أوتر بثلاث ركعات ، وقتت قبل الركوع قال: فلما كانت القابلة أنفذت أمي تراعي صلاته ، فأوتر كذلك» (٢). وفي حديث عائشة: «أن النبي ﷺ كان يصلي بالليل أربعاً ، ثم أربعاً ، ويوتر بثلاث» (٣).

وعن ابن مسعود: «أن النبي ﷺ قال: «وتر الليل ثلاث ركعات كوتر النهار المغرب» (٤).

- (١) انظر: مختصر المزني ص ٢١؛ المنهاج ص ١١٥ .
 (٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٦٩٨٤)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٥٠٠)، والدارقطني في «سننه» (١٦٦٢، ١٦٦٣).
 انظر: الأحاديث الواردة في الباب: «الدراية» ١: ١٩٣ وما بعدها .
 (٣) لم أجده بهذا اللفظ ، لكن روى الطحاوي في شرح معاني الآثار ١: ٢٨٥: أنه ﷺ كان يوتر بثلاث
 (٤) الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٧٤٤)، والطبراني في «الكبير» ٩: (٩٤٢٠، ٩٤١٩)، والبيهقي «الصغير» (٧٨٠)، وفي «الكبرى» ٣: ٣٠ .

[وعن ابن عباس]: «كان النبي ﷺ يصلي من الليل ثمانى ركعات، ويوتر بثلاث»^(١).

وقال الحسن: أجمع المسلمون أن الوتر ثلاث ركعات لا يسلم إلا في آخرهن، (وأوتر سعد بركعة، فأنكر عليه ابن مسعود، وقال: ما هذه البتيراء التي ما كنا نعرفها على عهد رسول الله ﷺ)^(٢).

ولأنها صلاة وتر، فلا يقتصر فيها على ركعة واحدة كالمغرب؛ ولأن الوتر إن كان واجباً لم يخير في أعدادها كسائر الواجبات، وإن كانت سنة فالسنن الراجعة لا يخير فيها.

وقوله ﷺ: «إذا خشيت الصبح فأوتر بركعة واحدة» معناه: متصلة بما قبلها، بدلالة قوله ﷺ: «يوتر لك ما تقدم»^(٣).

وما روي أنه قال: «من شاء أوتر بركعة، ومن شاء أوتر بثلاث أو بخمس»^(٤)، فيجوز أن يكون قبل استقرار الوتر بدلالة أن الصلوات المستقرة لا يخير في أعدادها.

قال: فإذا فرغ من القراءة في الثالثة كبر ورفع يديه حذاء أذنيه، ثم أرسلهما، ثم قنت.

= قال البيهقي: هذا صحيح عن عبد الله بن مسعود من قوله غير مرفوع إلى النبي ﷺ.

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٠١)، وأحمد في «المسند» (٢٧١٤)، والطبراني في «الأوسط» (٥٥٨٦).

(٢) أورده العيني في «عمدة القاري» ٧: ٤؛ انظر: الدراية ١: ١٩٢.

(٣) أخرجه البخاري (٤٧٢، ٤٧٣)، ومسلم ١: ٥١٦ (١٤٥) من حديث ابن عمر ﷺ.

(٤) أبو داود (١٤١٧)، والنسائي (١٧١١، ١٧١٢)، وابن ماجه (١١٩٠) من حديث أبي أيوب ﷺ.

والكلام في القنوت يقع في فصول:

أولها: أن القنوت في الوتر يقع في جميع السنّة. وقال: [١/١٠٠] الشافعي:
في النصف الآخر من شهر رمضان^(١).

لنا: أن عليّاً، وابن مسعود^(٢)، وابن عباس، روي عن كل واحد منهم أنه
راعى صلاة رسول الله ﷺ بالليل، فقنت قبل الركوع، ويستحيل أن يتفق لجماعة
مراعاته في وقت واحد من السنة.

ولأنه ذكر زائد متعلق ببعض الصلوات، فتعلق بها بكلّ حال كتكبير العيد؛
ولأن الأذكار المسنونة المتعلقة بالصلاة لا تختلف بشهر رمضان وغيره كسائر
الأذكار.

والذي روي أن عمّر جمع الناس على أبي بن كعب، وقتت في النصف
الأخير من رمضان، فمعناه أنه طول الصلاة وطول القيام، فسمي قنوتاً، يُبيّن
ذلك: أن هذا إجماع ظاهر بحضرة السلف، ولم يقل بهذا القول غير الشافعي
والليث، فكيف كان يخفى مثل هذا الإجماع على جميع الفقهاء.

٦٢١ - فَصْل: [محل القنوت في الوتر]

والكلام في محل القنوت، فعندنا قبل الركوع، وقال الشافعي: بعده^(٣).

لنا: ما روي في الأخبار المتقدمة؛ ولأنه ذكر زائد، فكان محله قبل الركوع

(١) انظر: المنهاج ١/١١٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٦٩٨٤، ٦٩٨٥)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٥٠٠)،
والدارقطني في «سننه» (١٦٦٢، ١٦٦٣).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢١؛ المهدب ٢/٢٧٩.

كتكبير العيد .

والذي روي أن النبي ﷺ رفع رأسه من الركوع ، وقال : « اللهم أنج الوليد بن الوليد ، وسلمة بن هشام ، والمستضعفين بمكة »^(١) ، فذلك في الفجر ، وقد نسخ القنوت فيها عندنا^(٢) ، وكلامنا في القنوت في الوتر .

٦٢٢ - فَصْل : [كيفية التكبير في القنوت]

وإنما قلنا : إنه إذا أراد القنوت ، كَبَّرَ ورفع يديه ؛ لما روي عن عَلِيِّ : « أنه كان إذا أراد القنوت ، كَبَّرَ وقت »^(٣) ؛ ولأن هذا انتقال من حال إلى حال يخالفها ، فالسنة فيها التكبير في سائر الأركان .

وإنما يرفع يديه ؛ لقوله ﷺ : « لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن »^(٤) ، وذكر القنوت .

وعن علي ، وابن مسعود ، وأبي هريرة « رفع اليد عند ابتداء القنوت » .

وأما قوله : أرسلهما ، فمعناه : أن لا يضع يمينه على شماله ، ولا ييسط

(١) أخرجه البخاري (١٠٠٦) ، ومسلم ١ : ٤٦٦ (٢٩٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) انظر : « صحيح البخاري » (١٠٠٢) ، و« صحيح مسلم » ١ : ٤٦٩ (٣٠١) من حديث أنس رضي الله عنه .

(٣) ابن أبي شيبة (٧٠٢١) عن عبد الله بن مسعود : كان إذا فرغ من القراءة : كبر ثم قنت ، فإذا فرغ من القنوت ، كبر ثم ركع .

وابن أبي شيبة (٧١٠٦) ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » (١٤٨٠ ، ١٤٨١ ، ١٤٨٢) عن عمر مثله .

وأورده الكاساني مرفوعاً عن علي رضي الله عنه ١ / ٢٧٣ ؛ والسمرقندي موقوفاً عليه في تحفة الفقهاء ١ / ٢٠٣ .

(٤) تقدم الحديث .

يديه في الدعاء .

وروى الحسن عن أبي حنيفة قال: إذا كَبَّرَ للقنوت أخذَ في الدعاء ، وأرسل يديه ، وأشر بأصبعه السَّبَّابة من يده اليمنى .

وروي عن أبي يوسف: أنه يبسط يديه بسطاً في حال القنوت .

وروى فرج مولى أبي يوسف: أنه كان يراه يشير بيديه في دعاء القنوت .

لنا: قوله ﷺ: «كفوا أيديكم في الصلاة»^(١) .

وعن أنس: «كان رسول الله ﷺ لا يرفع يديه في شيء من دعائه ، إلا في الاستسقاء ، فإنه كان يرفع يديه حتى يُرى بياض إبطيه»^(٢) .

وعن سليمان بن موسى قال: «لم يحفظ عن رسول الله ﷺ أنه رفع يديه إلا في ثلاثة مواطن: الاستسقاء ، والاستغفار ، وعشية عرفة»^(٣) .

ولأن الدعاء الموضوع في الصلاة لا يسن فيه بسط اليد كالشاهد .

وجه قول أبي يوسف: أن بسط اليد من سنة الدعاء ، بدلالة ما روى ابن عباس قال: «رأيت [١٠٠/ب] رسول الله ﷺ بعرفات باسطاً يديه كالمستطعم المسكين»^(٤) .

وأما رواية الحسن في الإشارة بالأصبع ، فقد ذكر الحسن في روايته: أنه

(١) تقدم الحديث .

(٢) البخاري (١٠٣١) ، ومسلم ٢ : ٦١٢ .

(٣) أبو داود في «المراسيل» ص ١٥٣ (١٤٨) . وفيه «الاستنصار» ، بدل: «الاستغفار» .

(٤) تقدم الحديث .

يُشير في حال التشهد أيضاً، وروى عن محمد ابن الحنفية: أن الإشارة في دعاء الرغبة: أن يجعل باطن راحتيه إلى السماء، والرغبة: أن يجعل ظهر كفيه إلى وجهه كالمستغيث، والمسألة أن يشير بسبّابته.

وتكلم أصحابنا المتأخرون في معنى قول محمد في الأصل: أنه يرفع يديه، ثم يرسلهما، فمنهم من قال: يرسلهما بمعنى: لا يضع يمينه على شماله في حال القنوت، والقيام الذي يفصل بين الركوع والسجود، وقيام الجنازة، ومنهم من قال: إنه يضع إحدى يديه على الأخرى في هذه الأحوال.

ومعنى قوله: ثم يرسلهما، أي: لا يبسطهما.

قال: ومقدار القيام في القنوت قدر سورة ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ﴾، أو ﴿وَالسَّمَاءُ ذَاتِ الْبُرُوجِ﴾، (وقد اختلفت عبارة محمد في الأصل: ففي بعض النسخ يقول: ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ﴾، أو ﴿وَالسَّمَاءُ ذَاتِ الْبُرُوجِ﴾^(١)، وفي بعضها يذكر الواو، والصحيح: «أو»؛ لأن القنوت مقدار سورة، والدعاء في القنوت لا يتجاوز إحدى السورتين، وقد روي: «أن النبي ﷺ كان لا يطول في دعاء القنوت»^(٢).

وقد قال أصحابنا: ليس في ذلك دعاء مؤقت، ويدعو فيه بما شاء، وروى عن محمد أنه قال: توقيت الدعاء يذهب برقة القلب، وقد روي عن الصحابة في حال القنوت أدعية مختلفة، فدلّ على أنه لا يتعين.

قال: فإذا فرغ من القنوت كبر ولم يرفع يديه وركع؛ لأن الانتقال من القيام

(١) ما بين القوسين ساقط من أ.

(٢) أورده الكاساني في البدائع ٢٧٣/١؛ وابن نجيم في البحر الرائق ٤٥/٢.

إلى الركوع يقع بالتكبير كسائر الصلوات .

قال: وهي عندنا في كل ليلة على الرجال والنساء والمقيمين والمسافرين والمرضى .

قال رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أن أبا حنيفة كان يقول: الوتر فريضة، ثم قال: سنة، ثم قال: واجب، وقال محمد وأبو يوسف: سنة مؤكدة .

وجه قول أبي حنيفة في وجوبها: قوله ﷺ: «إن الله تعالى زادكم صلاة إلى صلاتكم، ألا وهي الوتر، فصلُّوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر»^(١)، والزيادة إنما تكون على أمر مقدر، وقوله: «فصلُّوها»: أمر يفيد الوجوب، ثم خصَّها بوقت [له أول وآخر]، والصلوات المختصة بالأوقات واجبة؛ ولأنها وتر في الشريعة كالمغرب .

وجه قولهما: قوله ﷺ: «ثلاث كتبت عليّ ولم تكتب عليكم: الوتر، والضحي، وركعتا الفجر»^(٢) .

وإذا ثبت من أصل أبي حنيفة أنها واجبة، لم يختص ببعض الناس دون بعض، وإذا ثبت لهما أنها سنة، لم يختص [أيضاً] كسائر السنن .

قال: ويقرأ في كل ركعة منهن بالحمد وسورة، فإن ترك القراءة في ركعة

(١) أخرجه أحمد (٢٣٨٥١، ٢٧٢٢٩)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٤٩١)، والحاكم في «المستدرک» (٦٥١٤) عن أبي بصرة الغفاري رضي الله عنه .

قال الهيثمي «رواه أحمد والطبراني في «الكبير» (٢١٦٨) وله إسنادان عند أحمد أحدهما رجاله رجال الصحيح خلا علي بن إسحاق السلمي شيخ أحمد وهو ثقة». «مجمع الزوائد» (٣٤٣٥) .
(٢) الحديث ورد بألفاظ وصيغ مختلفة وطرق متعددة . انظر: «التلخيص الحبير» ٣: ٢٥٦، ٤: ٢٥١ .

واحدة ، فسدت الصلاة ، وعليه الإعادة ؛ وذلك لأن القراءة في الوتر تساوت في حال الركعات في الجهر وقراءة السورة مع الفاتحة [١/١٠١] ، فلما تساوت في القدر والصفة ، تساوت في الوجوب ، فإذا ترك القراءة الواجبة بطلت صلاته .

قال: وليس في الوتر قراءة سورة معلومة ؛ لما قدّمنا: (أن النبي ﷺ نهى عن تحزيب القرآن) ؛ ولأنه إذا عيّن سورة بعينها لم يؤمن أن يعتقد وجوبها .

وقد روي: «أن النبي ﷺ قرأ في الركعة الأولى ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى﴾ ، وفي الثانية ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ ، وفي الثالثة ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾»^(١) .

وعن عليّ وابن مسعود: أنهما كانا يوتران بثلاث ، يقرآن في كل ركعة سورة من المفصل .

وعن ابن عمر: أنه كان يوتر بالمعوذتين ، وهذا يدل على أن القراءة فيها لا تتعين .

قال: فإن نسي القنوت حتى ركع ثم تذكر ، مضى على ركوعه ، ولم يرفع رأسه للقنوت ؛ وذلك لأن هذه السُنَّة من حكمها أن تفعل حال القيام ، فإذا ركع فات موضعها ، والسُنن إذا فاتت من حكمها^(٢) لم تقض .

وليس هذا كتكبير العيد ؛ لأن من حكمه أن يفعل في حال القيام ، وفيما أجري مجرى القيام ؛ بدلالة أن التكبير التي يركع به ، يفعل في حال الانحطاط ،

(١) النسائي في «المجتبى» (١٧٣١) ، وأحمد (١٥٣٥٤) ، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٧٣٥) ، ومحمد في «كتاب الآثار» (١٢٢) من حديث عبد الرحمن بن أبزي رضي الله عنه .

(٢) في أ (فلا تقضى) موضعها .

وهي من تكبيرات العيد؛ فلذلك جاز أن يكبر في حال الركوع القائم مقام القيام. وليس هذا كمن ترك قراءة سورة، أو الفاتحة ثم ركع، أنه يعود إلى حال القيام، فيقرأ؛ لأن القراءة قد تقع مسنونة، وقد تقع واجبة؛ فلذلك لم تفت بفوات محلها.

قال: ولا يوتر على الراحلة عند أصحابنا جميعاً.

أما على أصل أبي حنيفة: فلأنها واجبة، فلا تفعل على الراحلة من غير عذر. وعلى أصلهما: أنها مسنونة، والمسنونات المؤكدات لا تفعل على الراحلة عند أصحابنا من غير عذر، وقد روي أن النبي ﷺ: «أنه كان يتنفل على راحلته، فإذا بلغ الوتر، أوتر على الأرض» (١).

قال: وأفضل أوقات الوتر، آخر الليل في آخر صلاته، فإن أوتر قبل ذلك، فحسن لا بأس به.

والأصل في هذا: ما روي أن عائشة سئلت عن وتر رسول الله ﷺ، فقالت: «كل ذلك قد فعل، أوتر في أول الليل ووسطه وآخره، (واستقر في آخره)» (٢) (٣)؛

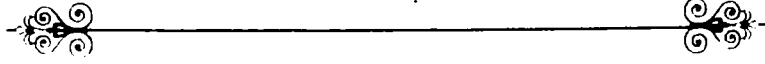
(١) رواه أحمد (٤٤٧٦)، وابن أبي شيبة (٦٩١٥) عن ابن عمر موقوفاً.

وابن خزيمة في «صحيحه» (١٢٦٣) عن جابر بن عبد الله ﷺ مرفوعاً.

وقد روي عن ابن عمر الوتر على الراحلة موقوفاً ومرفوعاً. انظر: «صحيح البخاري» (١٠٠٠)، (١٠٩٥)، و«صحيح مسلم» ١: ٤٨٧ (٣٦، ٣٨).

(٢) في ب (والأفضل آخره)، والمثبت من أ؛ لما ورد في نص أبي داود (ولكن انتهى وتره - حين مات - إلى السحر).

(٣) رواه البخاري (٩٩٦)، ومسلم ١: ٥١٢ (١٣٧)، وأبو داود (١٤٣٠)، والنسائي (١٦٨١)، والترمذي (٤٥٦)، وابن ماجه (١١٨٥)، عن عائشة ﷺ.



[ولأن الوتر] خاتمة صلاة الليل ، فوجب أن يتأخر عنها .

وقد قال أصحابنا: إن من كان يعتاد القيام لصلاة الليل ، فالأفضل أن يوتر في آخر الليل ، ومن كان يعلم أنه لا يقوم ، فالأفضل أن يوتر قبل أن ينام ؛ لأن الفائدة في تأخير الوتر ، فلا يعرضها للفتوات^(١) .



= ورواه أحمد (٦٥٣) ، وابن ماجه (١١٨٦) ، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٠٨٠) عن علي بن الحسين .
(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٦٦٩ ، القدوري ص ٧٥ وما بعدها .

[١٤] بَابُ

السهو



الأصل في ثبوت سجود السهو: ما روي: أن النبي ﷺ سها فسجد، وقال في حديث ثوبان: «لكل سهو سجدتان بعدما يسلم» (١).

وقد حكي عن أبي الحسن أنه قال: سجود السهو واجب، وليس بشرط في صحة الصلاة، وكان غيره من أصحابنا يقول: إنه سنة، وقد ذكر محمد في الأصل: إذا سها الإمام، وجب على المؤتم أن يسجد.

فوجه قول أبي الحسن: أنها سجدة تفعل لعارض في الصلاة، كسجدة [١٠١/ب] التلاوة؛ ولأن ما يفعل للبعض الداخل في العبادة، واجب كجبران الحج.

وجه قول الآخرين: أن سجود السهو لا يقوم مقام الواجب، وإنما يقوم مقام المسنونات، فإذا لم يجب أصله، فأولى أن لا يجب ما قام مقام الأصل.

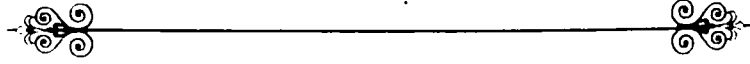
قال الشيخ أبو الحسن: حكم السهو في جميع الصلوات حكم واحد، فرضها ونقلها، ما وجب به السهو في بعضها، وجب به السهو في جميعها؛ لقوله ﷺ: «لكل سهو سجدتان» (٢).

ولأن النفل يجب عندنا بالدخول (٣)، فيصير كالواجب في الأصل.

(١) أخرجه أبو داود (١٠٣٠)، وابن ماجه (١٢١٩)، وأحمد في «مسنده» (٢٢٤١٧).

(٢) تقدم أنفاً.

(٣) في أ (بالشروع).



قال: ويكون السهو في ذلك لضربين: لترك فعل في موضعه مسنون فيه الذكر، أو لإدخال فعل في الصلاة ليس منها.

فإذا كان الفعل المتروك ليس بذكر، وجب عليه سجدة السهو، وإذا كان الفعل المتروك ذكراً، لم يجب عليه سجدة السهو، إلا في أربعة أشياء: في القراءة، والتشهد، والقنوت، وتكبيرات العيد.

قال رحمه الله تعالى: تحصيل هذا، أن من ترك من صلاته فعلاً مسنوناً وضع فيه ذكر مسنون، وجب عليه سجود السهو؛ لما روي عن النبي ﷺ: أنه قام إلى الثالثة وسَبَّحَ به، فلم يرجع، وسجد للسهو^(١).

وأما [الوضع]^(٢) الذي لم يوضع فيه كوضع اليمين على الشمال، وما جرى مجراه، فليس بمقصود في نفسه، فلا يجب به سهو، كالاتفات الذي يترك به التوجه.

وأما زيادة الفعل إذا كان من جنس أفعال الصلاة، فالأصل فيه: «أن النبي ﷺ قام إلى الخامسة، فسَبَّحَ به، فرجع وسجد للسهو»؛ لأنه زاد في صلاته القيام، «وَصَلَّى الظَّهْرَ خَمْسًا، وسجد»^(٣)؛ لأنه زاد في صلاته ركعة.

(١) رواه ابن خزيمة (١٠٣٠)، وابن حبان (٢٦٨٠)، والحاكم في «المستدرک» (١٢٠٤)، نحوه، عن عبد الله ابن بحينة رضي الله عنه.

ورواه البخاري (٨٢٩، ٨٣٠)، ومسلم ١: ٣٩٩ (٨٥) دون ذكر التسبيح.

ورواه أبو داود (١٠٢٩)، والترمذي (٣٦٤)، وابن ماجه (١٢٠٨)، وابن أبي شيبة (٤٤٩٢)، عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

(٢) في ب (الفعل)، والمثبت من أ.

(٣) روى البخاري (١٢٢٦)، ومسلم ١: ٤٠١ (٩١) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ =

فأما الأذكار، فمن ترك القراءة المسنونة، مثل [ترك] فاتحة الكتاب، أو ترك السورة، فوجب عليه السجود؛ لأن القراءة المسنونة هيئة لركن^(١)، فهي أكد من الفعل المسنون.

ولم يذكر أبو الحسن: الجهر والإخفاء في التسمية؛ لأنه اكتفى بذكر القراءة، وقد قالوا: إن الإمام إذا جهر فيما يخافت فيه، أو خافت فيما يجهر فيه، فعليه السجود؛ لأن الجهر مقصود في القراءة، فهو كالسورة المقصودة؛ ولأنها هيئة لركن، فإذا تركها لزمه الجبران كمن أفاض من عرفة قبل الإمام.

واختلفوا في مقدار ما يتعلق به السهو من الجهر والإخفاء، فذكر الحاكم عن محمد أنه كان يقول: إذا جهر بأكثر الفاتحة، سجد، ثم رجع فقال: إذا قرأ ما يجزئ به الصلاة، وهذه رواية ابن سماعة عنه.

وروى أبو سليمان عنه: إذا جهر بأكثر الفاتحة سجد، وإن جهر بغير الفاتحة بآية طويلة.

وروى معلى عن أبي يوسف: [قال: إن] جهر بحرف، فعليه السجود.

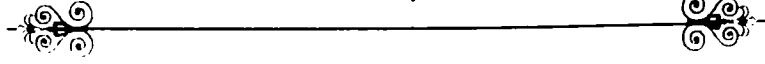
وجه قول محمد الأول: أن الجهر اليسير لا يحتز منه، وكذلك الإخفاء، فجعل الحد الفاصل أكثر الفاتحة؛ لأنه في حكم الكثير.

وقال بعد ذلك: ما تجزئ به الصلاة، لأن القراءة ركن^(٢)، فإذا ترك هيئته سجد.

= صلى الظهر خمسا، فقيل له: أزيد في الصلاة؟ فقال: «وما ذاك؟» قال: صليت خمسا، فسجد سجدين بعد ما سلم.

(١) في أ (لذكر).

(٢) في ب (وهو الركن) والمثبت من أ.



فالذي رواه [1/102] معلى بعيداً، ووجهه: أن ما وجب السهو في كثيره،
وجب في قليله كالأفعال.

وأما المنفرد إذا جهر في موضع الإخفاء، فلا سهو عليه؛ لأن الجهر
والإخفاء ليس من سنته، [إنما]^(١) زاد ما ليس عليه - وهو الجهر - فصار كالجهر
بالأذكار، فإن أخفى في صلاة الجهر، فلا سهو عليه؛ لأنه مخير: إن شاء جهر،
وإن شاء أخفى، فلم يدخل عليه بالإخفاء نقص [في صلاته].

فأما التشهد إذا تركه، ففيه سجود السهو؛ لأنه ذكر مسنون ممتد اختص به
ركن من أركان الصلاة كالقراءة.

وأما القنوت، ففيه سجود السهو بالإجماع؛ لأنه جعل علماً على مخصوصة،
فصار مقصوداً فيها لنفسه.

وأما تكبير العيد؛ فلأنه ذكر زائد كالقنوت.

وقد قالوا في تكبيرات الركوع والسجود: أنه لا سهو فيها.

وقال مالك: إن ترك ثلاث تكبيرات فصاعداً، سجد^(٢).

لنا: أنها ليست بمقصودة لنفسها، وإنما هي علامة لغيرها، كالتكبير
الواحدة منها.

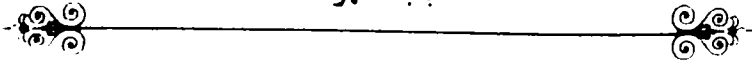
وقد قالوا^(٣): إن من ترك الاستفتاح ساهياً، لم يسجد؛ لأنه ليس بمقصود

(١) في ب (فكأنه)، والمثبت من أ.

(٢) قال ابن الجلاب: «... من سها عن تكبيرتين فصاعداً، سجد لسهوه قبل سلامه...». التفرع

٢٤٦/١

(٣) في أ (أصحابنا).



لنفسه ، وإنما هو افتتاح الصلاة ، فصار كالتعوذ المفتح به القراءة .

قال : ويقضي الفعل المتروك إذا لم يكن ذكراً ما لم يخرج من الصلاة ، فإن خرج منها فسدت [صلاته] ، إلا القعود في التشهد الأول ، فإنه لا يقضى ، ولا تفسد الصلاة بتركه كسجدة التلاوة ، فإنها تقضى^(١) ولا تفسد الصلاة بتركها .

وأما قوله : إن الأفعال تقضى ، فإنما يريد به : الأفعال الواجبة ، وهذا إنما يتصور في السجدة .

قال أصحابنا : إذا ترك سجدة من ركعة ، قضاها وأتمَّ صلاته .

وقال الشافعي : لا يعتد بالركعة ، وإنما تكمل [بسجدة من الركعة الثانية]^(٢) ، ويلغو ما بينهما^(٣) .

لنا : أن السجود فرض متكرر ، فلا يجب فيه الترتيب ، كقضاء رمضان ، [وأما الركوع] فلا يتصور فيه القضاء ؛ لأنه متى لم يركع ، لا يعتد [له بتلك الركعة]^(٤) ، فصار تاركاً لأكثر [أفعال] الركعة ، فتلغو ركعته ، ولا يتصور القضاء ، وكذلك [لو]^(٥) ترك السجدين ، لم تنعقد ركعته ؛ لأنه لم يأت بأكثر أفعالها ، والاعتداد يقع بأكثر أفعال الركعة .

وأما إذا خرج من الصلاة وعليه منها سجدة واجبة [صُليبة] ، أو فعل

(١) في أ (نقصان) .

(٢) في ب (بالسجدة الثانية) ، والمثبت من أ .

(٣) انظر : المنهاج ص ١١١ .

(٤) في ب (بسجوده) ، والمثبت من أ .

(٥) زيدت ما بين المعقوفتين لاقتضاء العبارة .

واجب، بطلت صلاته؛ لأنه يتعذر عليه بناء ما بقي بعد صحة الخروج، وإذا تعذر فعل الواجب، بطل ما مضى من الصلاة؛ لفقد بعض أركانها.

وإن كان الواجب المتروك ليس من موجب التحريم، لم يفسد بتركه، كسجدة التلاوة؛ لأنها وإن وجبت في الصلاة، فلم توجبها التحريم، فتركها لا يبطل الصلاة، كمن وجب عليه في صلاته [أن يخلص غريقاً في الماء، أو مَنْ يحترق] ^(١) فتركه.

وأما قوله: وسجدة التلاوة فتقضى، فمعناه: أن الواجب أن يسجد عقيب التلاوة، فإن أخرها [ب/١٠٢] عنها سجد ما دام في التحريم؛ لأنها معتبرة بسجدة الصلاة، فبقي حكم فعلها ^(٢) بقاء التحريم.

فأما بعد الصلاة، فلا تقضى؛ لأنها صارت من سنن الصلاة حين تليت فيها، وسنن الصلاة لا تفعل بعد الخروج ^(٣) منها.

فأما القعدة الأولى، فقد قالوا: إن من قام قبل أن يقعد، فتذكر القعدة وهو إلى حال القعود أقرب، عاد إلى القعود؛ لأن محل الفعل (المسنون لم يفت) ^(٤)، ألا ترى أن من كان إلى حال (القعود أقرب، فهو في حكم القاعد، وإن كان إلى حال) ^(٥) القيام أقرب لم يقعد ^(٦)؛ لأن النبي ﷺ لما قام إلى الثالثة سُبِّحَ به، فلم

(١) في ب (تخليص غريق)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (تعلقها).

(٣) في أ (بعد صلاة).

(٤) في أ (باقي).

(٥) ساقطة من أ.

(٦) في أ (لم يعد).

يرجع^(١)؛ ولأن السنة فات [محلها]^(٢).

قال: فأما الذكر، فلا يقضى إذا فات موضعه، إلا القراءة [خاصة]^(٣)؛ فإنها تقضى فيما بقي من قيام الصلاة.

ومعنى ذلك: أنه إذا ترك القراءة في الأوليين، أو في إحداهما، قرأ في الآخرين، وهذا عندنا ليس بقضاء؛ لأن القراءة تجب في ركعتين غير معينتين، ففي أي الركعات (عيّن، وقع عن الفرض)^(٤)، وكذلك إذا ترك الفاتحة في الأوليين، لم تقض؛ لأن مسنون الركعتين الآخرين أن يقرأ فيهما الفاتحة، فإذا قرأ فيهما، وقعت عن مستحقهما، ولم تقع موقع القضاء.

وإنما يتصور القضاء في فعل واحد: وهو أن يترك السورة في الأوليين، فيقرأ في الآخرين فاتحة الكتاب وسورة، وهذه السورة قضاء؛ لأن القراءة الواجبة قد وقعت موقعها في الأوليين، ومن سنتها ضم السورة إليها، ولم يفت محلها؛ لأن الآخرين تجوز قراءة السورة فيهما إذا ترك القراءة في الأوليين، والسنن تفعل ما دام محلها باقياً.

وقد قالوا: إنه يقرأ في الآخرين ويجهر، ذكر ذلك في الجامع الصغير^(٥)، ولم يقل: إنه يجهر بهما، أو بالسورة خاصة.

وروى ابن سماعه، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أنه يجهر بالسورة،

(١) في أ (لم يعد).

(٢) في ب (فعلها)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (الخاصة)، والمثبت من أ.

(٤) في أ (قرأ وقعت عن المستحق).

(٥) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ١٦٢.

ولا يجهر بفاتحة الكتاب .

وورئ ابن أبي مالك ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة: أنه لا يجهر بهما .
فأما الرواية التي قال: إنه يجهر بالسورة خاصة ؛ فلأن فاتحة الكتاب مفعولة
في محلها ، ومن سنتها الإخفاء ، والسورة قضاء ، ومن سنتها الجهر ، فتقضى كما
فاتت (١) .

وجه الرواية الأخرى: أن الجهر يقبح أن يكون في الركعة في بعض قراءتها
دون بعض ، (فلما سقط في الفاتحة ، سقط فيما بعدها) (٢) .
قال: وتكبيرات العيد تقضى في ركوع تلك الركعة التي هو فيها ، فإذا رفع
رأسه منه ، لم يقضه ، وقد بينا هذا في «باب صلاة العيد» .

٦٢٣ - فصل: [موقع سجود السهو]

قال: وسجود السهو كله بعد السلام ، كائناً ما كان في الزيادة والنقصان ،
يُكَبَّرُ بعد سلامه الأول ، ويخر ساجداً ، ويسبح في سجوده ، ثم يرفع رأسه ، ويكبر
ويسجد ويسبح ، ثم يرفع ، فيكبر ثم يتشهد ، ويدعو بما أحبّ بعد [١/١٠٣] التشهد
مما يشبه ما في القرآن (٣) ، ولا يدعو بما يشبه كلام الناس ، ولا يدعو في غير
تشهد السهو ، إذا كان عليه سهو آخر الدعاء إلى تشهده ، ثم يسلم عن يمينه وعن
شماله .

(١) في أ (فيقضي كل واحد كما فات) .

(٢) في أ (فلما سقط الجهر في الفاتحة ، سقط في السورة التي هي تبع) .

(٣) في أ (دعوات القرآن) .

أما الكلام في محل السجود، فعندنا بعد السلام، وقال مالك: إن كان من نقصان، فقبل السلام، وإن كان من زيادة، فبعد السلام، وقال الشافعي: قبل السلام فيهما (١).

لنا: قوله ﷺ: «لكل سهو سجدتان بعدما يسلم» (٢).

وفي حديث ابن مسعود: أن النبي ﷺ قال: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر أثلثاً صلى أم أربعاً، تحرى أقرب ذلك إلى الصواب، وسلم، وسجد سجدتي السهو، وتشهد وسلم» (٣).

وروى ابن مسعود (٤) وأبو هريرة (٥): أن النبي ﷺ سجد للسهو بعد السلام.

وروى المغيرة: أن النبي ﷺ قام إلى الثالثة، وسجد بعد السلام (٦).

(١) في أ (أبداً).

قال ابن هبيرة: «ثم اختلفوا في موضعه: فقال أبو حنيفة: بعد السلام على الإطلاق، وقال مالك: إن كان عن نقصان فقبل السلام، وإن كان عن زيادة فبعد السلام...، وقال الشافعي: كله قبل السلام في المشهور عنه، وقال أحمد في الرواية المشهورة عنه: كله قبل السلام إلا في موضعين...» ١/١٤٨.

(٢) تقدم الحديث.

(٣) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢٥١٨) مرفوعاً.

ومحمد في «كتاب الآثار» (١٤١)، وأبو يوسف في «الآثار» (١٨٠) موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه. وأصله في «صحيح البخاري» (٤٠١)؛ و«صحيح مسلم» ١: ٤٠٠ (٨٩)، انظر الروايات: نصب الراية ٢: ١٧٤.

(٤) البخاري (١٢٢٦)، ومسلم ١: ٤٠٢ (٩٥)، وأبو داود (١٠١١)، والنسائي (١٢٥٥)، والترمذي

(٣٩٢)، وابن ماجه (١٢١٨) عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٥) البخاري (٦٠٥١)، ومسلم ١: ٤٠٣ (٩٧).

انظر: «نصب الراية» ٢: ١٦٨.

(٦) أبو داود (١٠٢٩)، والترمذي (٣٦٤)، وابن أبي شيبة (٤٤٩٢)، وأحمد (١٨١٦٣).

ولأن هذه السجدة لا تفعل عقيب سببها، فلا تفعل في نفس التحريمة كالمنذورة، [وعكسه سجدة التلاوة].

والذي قاله مالك ليس بصحيح؛ لأن المغيرة روى: «أن النبي ﷺ قام إلى الثالثة ولم يقعد، وسجد بعد السلام»^(١).

ولأن الزيادة في الصلاة نقص في حكمها، فجرت الزيادة والنقصان مجرئ^(٢) واحداً.

وأما قوله: إنه يسجد للسهو بتكبيرة، ويرفع بتكبيرة، ويُسبِّح في السجود؛ فلأنها معتبرة بسجدة الصلاة، فيفعل فيها ما يفعل في سجدها.
وأما التشهد بعدها؛ فلحديث ابن مسعود^(٣).

وروى المغيرة: «أن النبي ﷺ تَشَهَّد بعد سجدتي السهو»^(٤).

ولأنه يعود بهما إلى حكم التحريمة، فيحتاج إلى الخروج، والسنة أن يتقدم على الخروج التشهد.

وأما السلام؛ فلأن النبي ﷺ ذكر في حديث ابن مسعود سلامين^(٥)؛ ولأنه

(١) تقدم أنفا.

(٢) في أ (فجرت مجرئ النقصان).

(٣) تقدم أنفا.

(٤) رواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٨١٢٤)، والبيهقي في «الكبرى» ٢: ٣٥٥، وقد تقدم تخريج الحديث دون ذكر التشهد.

وقد ورد ذكر التشهد في حديث عمران بن حصين كما في أبي داود (١٠٣١)، والترمذي (٣٩٥)، وابن خزيمة (١٠٦٢)، قال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٥) تقدم حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

عاد إلى حكم التحريمه ، فلا بد من التحلل منها .

فأما الدعاء ، فمن حكمه أن يتأخر عن الأفعال والأذكار الموضوعه في الصلاة ، بدلالة قوله ﷺ لابن مسعود: «إذا قلت هذا، أو فعلت هذا، فقد تمت صلاتك»^(١).

ثم قال: ثم اختر من أطيب الكلام ما شئت ، ومعلوم أن مَنْ عليه السهو قد بقي عليه بعد التشهد الأول أفعال ، فيجب أن يؤخر الدعاء عنها ، فصارت القعدة قبل السجدين في حقه كالقعدة الأولى في الصلاة ، والقعدة الموضوعه بعد السجدين كالقعدة الأخيرة ، فليدعو فيها بما شاء .

فأما قوله: إنه لا يدعو بما يشبه كلام الناس ، فلِمَا روي: «أن سعداً سمع ابنه يدعو في صلاته ، فقال: يا بُني ، إياك والاعتداء في الدعاء ، فإنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سيكون قوم من أمتي يعتدون في الدعاء» ، وتلا قوله: ﴿ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [الأعراف: ٥٥] ، ثم قال: «إنما يكفيك أن تقول: اللهم إني أسألك الجنة وما قرب إليها من قول وعمل ، وأعوذ بك من النار وما قرب إليها من قول وعمل»^(٢).

ولأن الدعاء مما يشبه كلام الناس بغير هيئة الصلاة ، كسائر أنواع الكلام .

قال: وإن سها في سجود السهو ، فلا سهو عليه ؛ وذلك لأنه لو سجد ،

= وورد ذكر السلامين في حديث عمران بن حصين رضي الله عنه ، عند مسلم ١: ٤٠٤ (١٠١) ، وأبي داود (١٠١٠) ، والنسائي في «المجتبى» (١٢٣٧) ، وابن ماجه (١٢١٥) .

(١) تقدم الحديث .

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٤٨٣ ، ١٥٨٤) ، والطيالسي في «مسنده» (١٩٧) ، وأبو يعلى في «مسنده» (٧١٥) ، والبيهقي في «الدعوات الكبير» (٣٢٨) .

١٠٣|ب| لتكرر سجود السهو في صلاة واحدة ؛ ولأنه لو سجد للسهو في السجدين ،
جاز أن يسجد في السجود الثاني ، فيؤدي إلى إثبات سجود لا نهاية له .

وقد قالوا في رواية الأصول: مَنْ سجد قبل السلام أجزاءه ؛ لأنه سجد بعد
الفراغ من صلاته ، فلو لم يعتد به ، لتكرر سجود السهو في صلاة واحدة .

وروي عنهم: أن ذلك لا يعتد به ؛ لأنه سجود في نفس التحريمة ، فهو
كسجود في وَسَط الصلاة .

قال: ومن أدرك سجود السهو مع الإمام ، فقد أدرك الصلاة ، ويفعل كما
يفعل إذا أدركه في سجود الصلاة ؛ لأن من أصل أبي حنيفة: أنه إذا سجد عاد
إلى التحريمة حكماً ، والمدرك لحكم التحريمة ، مدرك للصلاة .

ومن أصل أبي يوسف: أنه إذا سجد بَانَ أنه لم يخرج من الصلاة ، والمدرك
له ، مدرك لنفس الصلاة .

وعند محمد: أنه لا يخرج بالسلام ، فالمدرك ، مدرك للصلاة .

وإنما يظهر الخلاف إذا أدركه بعدما سَلَّمَ قبل أن يسجد ، فترك الإمام سجود
السهو ، قال أبو حنيفة: لا يصح دخوله ، وقال محمد: دخوله صحيح .

وجه قول أبي حنيفة: أنه سلام بعد الفراغ من موجب التحريمة ، فوقع به
الخروج ، كمن سَلَّمَ ولا سهو عليه ؛ ولأنه لو لم يخرج بالسلام ، لكان سجود
السهو مفعولاً في نفس^(١) الصلاة ، وكان لا يغني لتقديم السلام عليه .

وأما محمد فقال: لو صَحَّ خروجه ، لم يعد كمن سَلَّمَ في خلال صلاته

(١) في أ (في نفس التحريمة لتقديم).

عامداً، وإنما هذا السلام للفصل بين القعدتين، ولا يمتنع أن يكون السلام في الأصل موضوعاً للخروج، ثم يقع مثله للفصل كما أن التكبير موضوع للافتتاح، ثم يفعل في خلال الصلاة للفصل.

فأما أبو يوسف فقال: لو صح الخروج، لم يجز العود، فلما كان بالسجود في حكم التحريمة، تبين أنه لم يخرج بالتسليم، وإذا لم يسجد فقد سلم، ولم يبق عليه شيء من موجب التحريمة، ولا من موجب موجبها، فصح خروجه.

وإذا ثبت ما قال أبو حنيفة، فإن عاد الإمام إلى السجود، عاد إلى حكم التحريمة، فصَحَّ دخول الداخل معه، وإن لم يعد فقد دخل بعد خروجه من الصلاة، فلا يعتد بدخوله، وعلى قول محمد: هو داخل بكل حال؛ لأنه لم يخرج من صلاته، فأما أبو يوسف، فلا يتبين خلافه إلا في العبارة.

قال: ومن سها عن التشهد الأول حتى قام، لم يعد، فإن سها عن الثانية حتى قام، عاد وتشهد وسَلَّمَ وسجد للسهو فيهما؛ وذلك لما روي: «أن النبي ﷺ قام إلى الثالثة فسبح به، فلم يعد، وقام إلى الخامسة فسبح به فعاد»؛ ولأن القعدة الأولى مسنونة، فإذا قام، فالتشاغل بفروض الصلاة أولى من التشاغل بالسنن.

وأما القعدة الأخيرة فهي فريضة، فالعود إليها أولى من التشاغل بما ليس بفرض.

هذا الفرق إن كان أراد بقوله: القعدة الأولى [١/١٠٤] والأخيرة، وإن كان أراد بقوله: الأولى، (قعد ولم يتشهد)، فهو صحيح أيضاً.

والفرق بينهما: أنه إذا قام إلى الثالثة، فقد فات محل الذكر المسنون فسقط،

فإذا قام إلى الخامسة، وجب عليه العود للسلام، فإذا عاد، فمحل التشهد باقٍ، [فيجب أن يأتي] ^(١) به.

قال: ومن سها مراراً في صلاته، فإنما عليه سجدتان فحسب، كثر السهو أو قلَّ؛ وذلك لما روي: «أن النبي ﷺ قام إلى الثالثة فسبح به، فلم يرجع وسجد سجدتين» ^(٢)، ومعلوم أنه ترك القعدة، وترك قراءة التشهد، وكل واحد منهما لو انفرد [لوجب سجود] ^(٣) السهو، ولم يسجد إلا سجدتين؛ ولأن سجدة السهو أخرت عن سبب وجوبها؛ لجواز أن يسهو ثانياً، فلو لم يقع لكل سهو في الصلاة، لجعلت عقيب سببها.

قال: وإنما السهو على الإمام أو من يصلي وحده، ولا سهو على من يصلي خلف الإمام بحال إذا سها فيها أدرك فيه الإمام، وكذلك إن نام خلف الإمام ثم انتبه، وقد سبقه الإمام، فإنه يبتدئ بما نام عنه، فإن سها فيه، لم يكن عليه فيه سهو.

وكذلك إن أحدث، فذهب يتوضأ، ثم جاء وقد سبقه الإمام بشيء من الصلاة، فإنه يبدأ بما سبقه الإمام، ولا سهو ^(٤) عليه إن سها فيه، فإن سها فيما يقضي مما سبقه الإمام به سجد للسهو.

وإنما لم يجب بسهو المأموم مع الإمام سجود؛ لأنه إذا سجد وحده ترك

(١) في ب (فيأتي)، والمثبت من أ.

(٢) تقدم الحديث.

(٣) في ب (أوجب)، والمثبت من أ.

(٤) في أ (ولا شيء عليه).

متابعة الإمام وخالفه، وقد قال ﷺ: «لا تختلفوا عن أئمتكم»^(١)، وإن سجد الإمام معه، صار تبعاً له حين لزمه السجود بسهوه، وهذا لا يجوز.

وكذلك المدرك لأول الصلاة إذا نام أو أحدث فسبقه الإمام؛ لأنه فيما يقضي [ليس كالمفرد، بل هو] في حكم من خلف الإمام، فلا يسجد للسهو.

وأما من لم يدرك أول الصلاة إذا قام يقضي فسها، يسجد؛ لأنه في حكم المنفرد، بدلالة أنه يقرأ، ولا يوقع أفعاله على حسب فعل الإمام؛ فلذلك يسجد للسهو.

قال: وعلى المأموم اتباع الإمام في سجود السهو إن كان خلفه في حال سهوه أو دخل معه بعد ذلك؛ لقوله ﷺ: «إذا سجد فاسجدوا»^(٢)؛ ولأن السهو أوجب نقصاً في تحريمة الإمام، وصلاة المأموم مبنية عليها، فصار ذلك نقصاً في صلاته.

قال: فإن كان مسبقاً لم يُسَلِّم إذا سَلَّمَ الإمام، ولم يقم إلى قضاء ما عليه حتى يسلم الإمام، وينتظر حتى يسجد الإمام للسهو، فيسجد معه، فإذا سَلَّمَ الإمام من السهو، قام فقضى ما عليه، ولم يتابعه في السلام؛ لأن السلام للخروج من الصلاة، ولا يجوز [له] الخروج مع بقاء أركانها.

فأما المتابعة في سجود السهو؛ فلأن المؤتم لا يجوز له الاشتغال بالفئات

(١) روى البخاري (٧٢٢) عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه».

(٢) رواه البخاري (٣٧٨)، ومسلم ١: ٣٠٨ (٧٧)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

ورواه البخاري (٧٢٢)، ومسلم ١: ٣٠٩ (٨٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

حتى يفرغ الإمام من صلاته، فصار بقاء سجود [السهو عليه كبقاء سجدة صلبية]، فتابعه فيها.

ولا يقال: إنَّ هذا يؤدي إلى أن يحصل سجود السهو في وسط [صلاة المؤتم].

قلنا: لا يمنع أن يتغير ترتيب الأفعال [عليه] لأجل المتابعة، كما أن المدرك لآخر ركعة من المغرب يقعد مع الإمام ثم يقعد في [١٠٤/ب] الآخرين، فيصير في كل ركعة من صلاته قعدة لأجل متابعة الإمام.

قال: فإن لم يسجد مع الإمام حتى قام إلى قضاء ما عليه، سجد في آخر صلاته استحساناً.

وجه القياس: أن هذا السجود يفعل على طريق المتابعة، وقد فاتت المتابعة، فصار كالسجدين اللتين يدرك إمامه فيهما.

وأما الاستحسان: فلأن النقص في صلاة الإمام نقص في صلاة المأموم، فكأنه سها بنفسه [فيسجد].

قال: وإن ترك الإمام سجود السهو، فلا سجود على المأموم؛ لأنه يفعله على وجه المتابعة، فإذا لم يفعله الإمام سقط عنه؛ ولأن سهو الإمام أكثر أحواله أن يكون كسهو المؤتم، فإذا لم يلزمه أن يسجد لسهوه؛ لأنه يخرج به عن متابعة الإمام؛ فلأن لا يلزمه لسهو الإمام [إذا لم يفعله] أولى.

قال: وإذا سجد المسبوق مع الإمام متبعاً له، ثم سها فيما يقضي، فعليه سجود آخر؛ لأنه فيما يقضي [في] حكم المنفرد، فتعلق بسهو السجود، والسجود المتقدم لا ينوب عما بعده، فيلزمه سجود آخر.

ولا يقال: فكيف يجب في صلاة واحدة سجود [السهو] مرتين.
قلنا: هما في حكم صلاتين؛ بدلالة اختلاف شرائطهما.

قال: وإن دخل مع الإمام في سجود السهو، سجد معه، فإن كان دخل فأدرك سجدة واحدة مع الإمام، لم يقض سجدة السهو التي فاتته؛ وذلك لأنه لو دخل معه بعدهما لم يقضهما لفوات المتابعة فيهما، فكذلك إذا فاتت إحداهما.

قال: وإن سَلَّمَ المسبوق حين سلم الإمام ساهياً، فإنه يبني على صلاته، وعليه سجدتا السهو؛ وذلك لأن سلام الساهي لا يرفع التحريم؛ بدلالة أنه من أذكار الصلاة، فإذا لم يقصد به الخروج منها، لم ينافها كسائر أذكارها.

وإنما لزمه سجود السهو؛ لأنه لم يخرج بالسلام من الصلاة، فصار كالساهي بعد الإمام، فيلزمه سجود السهو.

قال: ومن سَلَّمَ عن يساره قبل أن يسلم عن يمينه [ساهياً، فلا سهو عليه]؛ لأنه سها بعد الخروج من الصلاة، فصار كالساهي في غير الصلاة.

قال: ومن سَلَّمَ وعليه سهو، ففعل ما يقطع الصلاة، لم يسجد للسهو، ومضت صلاته، وقد أساء؛ وذلك لأن سجود السهو مفعول على حكم التحريم، فلا يجوز أن يفعل بعد وجود ما ينافيها، وصلاته تامة؛ لأن سجود السهو ليس بواجب على ما قدمنا، فتركه لا يبطل الصلاة.

وعلى قول أبي الحسن: هو واجب، إلا أنه ليس من موجب التحريم فلا يفسدها تركه.

قال: وإذا طلعت الشمس بعد أن سَلَّمَ، أو احمرت بعد أن سلم من صلاة

العصر، وعليه سهو، لم يسجد؛ لأن سجود السهو معتبر بسجود الصلاة، فلا يفعل في وقت لا يجوز فعل الصلاة فيه.

قال: وإذا شك الرجل في صلاته، ثم استيقن، فإن كان طال فكره، فعليه سجود السهو [١/١٠٥]، وإن كان لم يطل، فلا سهو عليه؛ وذلك أنه إذا طال، فقد أحرر أركان الصلاة عن مكانها، وزاد فيها فعلاً ليس منها، وإذا لم يطل، فلم يأخر الأركان، وإنما عرض له فكر، وذلك لا يخلو منه المصلي.

قال: وإن شك فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً، فإن كان هذا أول ما أصابه استقبل الصلاة، وإن كان يلقي هذا كثيراً تحريراً أكبر رأيه، فيبني عليه ويسجد للسهو.

أما إذا كان أول ما عرض له؛ فلقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»^(١)؛ ولأنه يقدر على أداء فرضه بيقين، ولا يؤديه بالشك، كمن يقدر على التوجه إلى القبلة [بيقين]، لا يجوز له أن يجتهد.

وأما إذا يعرض له كثيراً، كان أبو الحسن يقول: معناه: أن الشك يعتاده حتى يصير غالب حاله، وكلما أعاد شك، فهذا لا يتوصل إلى أداء فرضه بيقين إلا بمشقة، فجاز له أن يرجع إلى الاجتهاد، وقد قال أصحابنا: إن الشك يتحرى، هذه رواية الأصول.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يبني على اليقين، وهو قول الشافعي^(٢).

(١) أخرجه الترمذي (٢٥١٨)، وقال: «حسن صحيح»، والنسائي في «المجتبى» (٥٧١١)، وأحمد في

«مسنده» (١٧٢٣)، وابن خزيمة في «صحيحه» (٢٣٤٨)، وابن حبان في «صحيحه» (٧٢٢).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١٧؛ المهذب ٢/٢٩٧.

وجه قولهم المشهور: حديث ابن مسعود: «أن النبي ﷺ قال: «من شكَّ في صلاته، فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً، فليتحرَّ أقرب ذلك إلى الصواب، وليبئن عليه، وليسجد سجدة السهو»^(١).

ولأنه يجوز الرجوع إلى الاجتهاد في جهة القبلة، وهو فرض يلزم من أول الصلاة إلى آخرها، فلأن يجوز الرجوع إلى الاجتهاد في ركن منها أولى.

وكان أبو بكر الرازي يقول: إن الشاكَّ في أركان الحج، إذا كان ممن يكثر له الشك، تحرى كالصلاة، وكان غيره من أصحابنا يقول: إنه يبني على اليقين ويفصل بينهما؛ لأن الزيادة في الصلاة تفسدها كما يفسدها النقصان؛ فلذلك يرجع إلى التحري، وفي أركان الحج إذا تكررت لا يفسده؛ فلذلك بني على اليقين.

والذي روي في حديث أبي سعيد الخدري: «أن النبي ﷺ قال: «من شكَّ في صلاته، فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً بنى على اليقين»^(٢)، فمحمول على من لا ظن له [ولا تحري]؛ لأن الشاكَّ من تساوت جهات الظن عنده، وقد روي عن أبي سعيد مثل قولنا؛ لأنه سئل عن الشاكَّ في الصلاة فقال: يتحرى، فقيل له: أعن نفسك أو عن رسول الله ﷺ؟ فقال: عن رسول الله ﷺ^(٣).

(١) تقدم الحديث.

(٢) مسلم ١: ٤٠٠ (٨٨)، وأبو داود (١٠١٦)، والنسائي في «المجتبى» (١٢٣٨)، وابن ماجه (١٢١٠)، وأحمد في «مسنده» (١١٧٨٢).

(٣) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢٥٢٣).

ونحوه ابن الجعد في «مسنده» (١٦١٦).

انظر: الأصل ١٩٣/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١١/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ٨٧ وما بعدها.

بَابُ الْحَدِثِ فِي الصَّلَاةِ

—•••••—

قال أبو الحسن: وإذا سبق الرجل الحدث في الصلاة، إماماً كان أو مأموماً، انصرف فتوضأ وبنى على صلاته إن أحب، ما لم يحدث شيئاً يفسد الصلاة [لو لم يكن أحدث]؛ إلا أن يكون معني لا بد له منه كالمشي إلى وضوئه، والاعتراف من الإناء، فإن استسقى ماءً لوضوئه، أو تكلم، أو طعم، أو شرب، أو فعل شيئاً من سائر الأفعال التي توجب فساد الصلاة غير ما استثني مما لا بد له منه، فصلاته فاسدة.

وقد كان [١٠٥/ب] القياس عندنا: ألا يجوز البناء؛ لأن الصلاة لا يجوز فعلها إلا بطهارة، والحدث أبطل الطهارة، فبطلت الصلاة ببطلانها؛ ولأنه يمشي في صلاته، ويستدبر القبلة من غير ضرورة، وهذا مما لا يجوز.

إلا أنهم استحسنا لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من قاء في صلاته، أو رعف، فليصرف وليتوضأ وليبين على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم» (١).

وروي البناء مع الحدث عن أبي بكر، وعمر، وعلي؛ ولأنه حدث موجب الوضوء طراً على صلاته، يعني: فعل الحدث، فلم ينف البناء، كدم المستحاضة.

وإنما شرط أن لا يفعل فعلاً ينافي الصلاة إلا ما لا بد [له] منه؛ لقوله ﷺ:

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٣٦١٨)، والدارقطني في «سننه» (٥٧٠، ٥٧٢)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١١٧٨).

«ما لم يتكلم»، فشرط في جواز البناء ترك الكلام؛ لأن له منه بدأ، وهذا المعنى موجود في كل فعل له منه بد.

فأما المشي والاعتراف من الإناء، فلا بد له منه، فسقط حكمه لأجل العذر. قال: وإن توضأ^(١)، واستقبل الصلاة، كان أفضل؛ وذلك لأنه يؤدي فرضه من غير مشي ولا اختلاف، فهو أولى من أدائه مع الاختلاف.

قال: وهذا في الأحداث الخارجة من بدنه إذا سبقته من غير تعمد منه لذلك؛ فإن تعمد ذلك استقبل؛ لأن القياس يقتضي الاستئناف في الجميع، وإنما ورد الخبر فيما كان بغير فعله، وما سواه [باق] على أصل القياس.

فإن أغمى عليه، أو جُنَّ استأنف؛ لأن الإغماء والجنون وإن حدث بغير فعله، إلا أنه يبقى بعدهما على حاله، فيصير كمن سبقه الحدث فبقي في مكانه ولم ينتقل، بطلت صلاته؛ لأنه أدى جزءاً منها مع الحدث.

قال: وإن قهقه استقبل؛ لأن التهققة حدث بغير فعله، إلا أنها في معنى الكلام، والكلام يبطل الصلاة بكل حال، فصار كمن [تكلم بعدما] سبقه الحدث.

قال: وكذلك إن نام في صلاته، فاحتلم اغتسل واستقبل، وكذلك إن نظر إلى امرأته فأنزل، وقد كان القياس [عندهم] أن يبني مع الاختلاف؛ لأنه حدث بغير فعله كالحدث الموجب للوضوء، وإنما استحسنا فقالوا: يستأنف، وهذا رجوع إلى قياس الأصل، سموه استحساناً، وكان القياس على الاستحسان خلافه.

(١) هنا في المخطوطة (وتكلم) ولعلها زيادة؛ إذ الكلام مفسد للصلاة، والحديث هنا في الأولى من البناء أو الاستقبال.

والوجه في ذلك: أن القياس يقتضي وجوب الاستئناف، وإنما تركوا القياس للأخبار، وقد وردت فيما يوجب الوضوء، وهو عمل يسير، والغسل عمل كثير، وما دل على العفو عن قليل الفعل لا يستدل به على كثيره؛ ولأن المغتسل لا يتمكن من الاغتسال إلا بكشف عورته؛ لأنه إما أن يخلع ثيابه أو يجافئها مجافاة يطلع على عورته، وكشف العورة يوجب فساد الصلاة، فصار كالمحدث إذا كشف عورته.

قال: وإن عمل المحدث شيئاً من الصلاة بعد الحدث الذي سبقه، فسدت صلاته؛ لأنه [١/١٠٦] أدى جزءاً منها مع الحدث، وذلك يفسد الصلاة.

قال: فإن كان الحدث في آخر الصلاة فعل ما وصفت لك من الوضوء والبناء؛ وذلك لأنه يحتاج إلى الخروج، وذلك لا يجوز من غير طهارة، فلا بد من الطهارة ليأتي بالسلام.

فإن فعل شيئاً مما يفسد صلاته، فسد ما بقي من صلاته، ولا إعادة عليه؛ وذلك لأنه لم يبق عليه فرض من فروض الصلاة، ففساد ما بقي لا يؤثر في فساد ما مضى.

قال: وإذا توضأ في ذلك [كله] عاد إلى مكانه، فتمم ما بقي عليه من صلاته، وإن بنى في منزله ولم يعد إلى مكانه أجزاءه؛ وذلك لأنه إن صَلَّى في منزله، أدى الصلاة في مكانين، إلا أن المشي فيها يقل، فإن عاد إلى المسجد أداها في مكان واحد وكثر العمل فيها، فصار في كل واحد من الأمرين كراهة من وجه، وفضيلة من وجه، فخير بينهما.

قال: إلا أن يكون المحدث مأموماً، فلا يجزئه أن يبني في منزله إلا أن

يكون إمامه قد فرغ من صلاته ؛ وذلك لأن المأموم قد أخذ عليه في متابعة الإمام ، فإذا تركها مع القدرة لم تصح صلاته ، فأما إذا فرغ الإمام فلم يبق عليه متابعة [الإمام] فصار كالمنفرد .

قال : ويقضي ما سبقه به الإمام بعد حدثه بغير قراءة ، ولا سهو عليه إذا سها فيه ، وكذلك من نام خلف الإمام فاستيقظ ؛ لأنه أدرك أول الصلاة ، فصار في حكم من [هو] خلف الإمام ، فلا يقرأ ولا يسجد للسهو ؛ ولأن ما يفعله يأتي به على طريق المتابعة [للإمام] ، فصار كالإمام إذا سبق المؤتم بركن ثم فعل المؤتم ذلك الركن ، فإنه يفعله كما يفعل في حال مشاركته .

وليس هذا كالمسبوق ؛ لأنه لم يدرك التحريمة ، فلم يبين على ترتيبها ، وإنما لزمه متابعة الإمام فيما [أدركه] ^(١) ، فأما بعد ذلك ، فقد سقطت المتابعة فيه ، وصار مؤدياً لفرض نفسه ؛ ولهذا يبتدىء المدرك بما فعله الإمام ، ويبتدىء المسبوق بما أدرك فيه الإمام .

فإن كان المصلي متيمماً ، أو ممن يلزمه الوضوء بخروج الوقت ، فوجد الماء في صلاته ، أو خرج الوقت وهو فيها ، أعاد الوضوء والصلاة ، ولم يجزئه البناء في أي حال كان ذلك من الصلاة ؛ لأن هذه المعاني توجب الوضوء بسبب سابق للتحريمة ، فيصير كالمؤدي لما مضى من صلاته مع الحدث بإجماع ، فلا يصح البناء عليها .

وإن حصل ذلك بعدما قعد قدر التشهد ، فهو كذلك عند أبي حنيفة ، وهذه من جملة المسائل المعدودة ، وقد تقدم الكلام فيها .

(١) في ب (يفعله) ، والمثبت من أ .



قال: وإن أصاب المصلي حدث بغير فعله، بأن رماه رجل بحجر فشجّه، فسال الدم على ثوبه، فإنه ينصرف ويتوضّأ ويغسل الدم عنه، ويستقبل [الصلاة] عند أبي حنيفة ومحمد، وبينى عند أبي يوسف.

وجه قولهما: أن هذا حدث حصل بفعل الغير، فصار كما لو حدث بفعل المصلي بنفسه، فصار كالحدث بفعل الله تعالى؛ [ولأن القياس يمنع البناء، وإنما تركوا القياس في الحدث بفعل الله تعالى؛ لقيام الدلالة عليه، وما سواه فهو على أصل القياس]^(١).

وإذا كانت النجاسة [١٠٦/ب] بحدث سبقه، توضّأ وغسلها وبني؛ لقوله ﷺ: «من قاء في صلاته، أو رعف في صلاته، فلينصرف وليتوضّأ»، والقيء لا يخلو من نجاسة يجب إزالتها؛ ولأن هذا في حكم التابع للوضوء فيبني معه كما يبني مع الوضوء.

وقد قال محمد فيمن سبقه الحدث: إذا احتاج إلى الاستنجاء، فإن استنجى من تحت ثيابه أجزاء البناء، وإن كشف ثيابه لم يصح البناء؛ لأن كشف العورة لا حاجة به إليه، فصار^(٢) كالكلام.



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ، وساقطة من ب.

(٢) في أ زيادة (كالا احتلام).

بَابُ الاستخلاف



قال أبو الحسن: كل حدث يصح معه البناء على الصلاة، فللإمام أن يستخلف فيه، والأصل في جواز الاستخلاف ما روى ابن عباس: «أن النبي ﷺ لما خرج وأبو بكر يصلي بالناس، افتتح القراءة من الموضع الذي انتهى إليه أبو بكر»^(١)، فانتقلت الإمامة إليه؛ لأن أبا بكر تعذر عليه المضي، وهو التقدم على رسول الله ﷺ، فكذلك المحدث قد تعذر عليه، فانتقلت الإمامة إلى غيره.

وقد روي: «أن عمر استخلف في صلاة الظهر رجلاً يليه»، و«عرف عليّ في الصلاة، فاستخلف»، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير؛ ولأن سبق الحدث لا يبطل الصلاة، فلا يخلو: إما أن يستخلف الإمام، أو يصلوا منفردين، أو ينتظروه حتى يعود، ولا يجوز أن يصلوا منفردين؛ لأن فرض الجماعة وفرض المنفرد مختلف، فإذا أوجبت التحريمة أحد الأمرين، لم يجوز أن يخرج [منه] إلى الآخر، ولا يجوز أن ينتظر الإمام؛ لأن هذا يؤدي إلى بقاء المؤتمر في المسجد بغير إمام، فلم يبق إلا الاستخلاف فيه.

قال: وما لا يصح معه البناء، فلا استخلاف فيه، وهذا كحدث العمدة؛ لأنه أفسد الصلاة، فلم يجوز البناء مع الفساد.

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١٧٨٥)، والبخاري في «مسنده» ٤ (١٣٠٠)، أبو يعلى في «مسنده» (٦٧٠٤)، الدارقطني في «سننه» (١٤٨٤).
انظر: «نصب الرأية» ٢: ٥٠.

قال: والإمام المحدث على إمامته ما لم يخرج من المسجد، أو يقوم المستخلف في مقام ينوي أن يؤم فيه الناس، أو يستخلف القوم فيه غيره، فإذا كان شيء من ذلك خرج الإمام من إمامته؛ لأنه إذا استخلف فتقدم الخليفة، وصار هو الإمام، خرج الأول من الإمامة؛ لأنه لا يجتمع في الصلاة إمامان.

وكذلك إذا استخلف القوم؛ لأن الإمام إذا لم يستخلف، فالقوم مأمورون بتصحيح صلاتهم، ولا يمكنهم تصحيحها إلا بالتقديم، فجاز لهم ذلك، وإذا صار الثاني إماماً، خرج الأول من الإمامة.

قال: وإن لم يستخلف الإمام ولا القوم حتى خرج الإمام المحدث من المسجد، فسدت صلاة القوم، ويتوضأ الإمام، ويبنى على صلاته، وهذه الرواية المشهورة؛ وذلك لأن الإمام إذا لم يستخلف في الحال، فالقياس أن تبطل الصلاة؛ لأنه خرج من الإمامة بالحدث، فبقي المؤتمون لا إمام لهم، [فبطلت صلاتهم].

وإنما استحسنوا ما دام في المسجد؛ [١/١٠٧] لأن بقاع المسجد كالبقعة الواحدة، بدلالة جواز الصلاة في آخر المسجد بصلاة الإمام؛ ولأن أبا بكره كبر عند باب المسجد ومشى إلى الصف، فلم يبطل ذلك صلاته، فما دام الإمام في المسجد، فكأنه في مكانه، فإذا خرج، فنخرج المسجد لم يجعل في حكم المسجد، ففسدت الصلاة على أصل القياس.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن الصفوف إذا كانت متصلة خارج المسجد، فخرج الإمام واستخلف رجلاً من الصفوف الخارجة، بطلت صلاة القوم، وقال محمد: لا تبطل.

وجه قولهما: أن خارج المسجد لم يجعل في حكم المسجد، بدلالة أن الإمام لو كَبَّر يوم الجمعة وحده في المسجد، وكَبَّر القوم بتكبيره [من] خارج المسجد، لم تنعقد الجمعة، وإذا لم يجر مجرى المسجد، صار كأنه خرج وليس هناك صفوف.

وجه قول محمد: أن الصفوف المتصلة بالمسجد تجعل الموضع كالمسجد؛ بدلالة أن من صَلَّى في صحراء، جاز استخلافه ما لم يتجاوز الصفوف، فصار الاستخلاف من الصفوف والمسجد سواء [فجاز].

وأما فساد صلاة الإمام إذا لم يستخلف، فقد اختلفت الرواية فيه: فذكر أبو عصمة: أن صلاة الإمام لا تفسد، وذكر الطحاوي: أنها تفسد.

وجه رواية أبي عصمة: أن الإمام غير مقيد بغيره، فإذا خرج [وليس] (١) له إمام لم تبطل صلاته كالمنفرد.

وجه ما ذكره الطحاوي: أن الإمام من جملة الجماعة، فإذا خرج أن يكون إماماً، صار في حكم المؤتمين، فتبطل صلاته لعدم (٢) الإمام.

قال: ولو قَدَّمَ الإمام رجلاً حين أحدث، والمُقَدَّمُ على غير وضوء، فلم يقم في مقام ينوي أن يؤم القوم حتَّى قدم غيره، صَحَّ الاستخلاف، وبنوا على صلاتهم؛ وذلك لأن المقدم من أهل الإمامة، وإنما لا يصحُّ تقدمه للأحدث، فإذا أمر غيره، فكأن الإمام هو الأمر، [فيجوز].

قال: وإذا أحدث الإمام وليس معه إلا رجل واحد، فهو إمام نفسه، قَدَّمه

(١) في ب (ولم يبق)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (كما لو تقدم).

المحدث أو لم يقدمه ؛ لأن الإمامة قد تعينت فيه ، ألا ترى أنه لا مستحق لها غيره ، فلم يحتج إلى التقديم .

قال : وإذا كان إمام جماعة ، فأحدث ، فدخل معه رجل في الصلاة قبل أن يخرج من المسجد ، صَحَّ دخوله ، وإن كان دخوله بعد انصرافه ما لم يخرج من المسجد ، روى هذا ابن سماعة عن أبي يوسف ، وقال بِشْرُ المَرِّيْسِي : لا يَصِحُّ دخوله .

وجه قولهم : أن الإمام لا يخرج من الإمامة ما دام في المسجد بدلالة أنه يصح أن يستخلف ، وأن صلاة القوم لم تبطل ، فَصَحَّ الدخول معه كما لو كان في مكانه .

وجه قول بِشْرُ : أن المحدث لا يجوز له أن يبقى على الصلاة ، وإذا لم يكن مصلياً لا يصح الاقتداء به في الصلاة .

قال : وإن قدم الإمام امرأة تصلي معهم ، فسدت صلاتهم جميعاً ، الرجال ، والنساء ، والإمام ، والمقدِّمة في قول أبي [١٠٧/ب] حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمد بن الحسن .

وقال زفر : صلاة المرأة والنساء جائزة .

وجه قولهم : أن الإمام إذا قدم المرأة ، صارت للقوم إمامة ، واقتداء الرجال بالنساء لا يَصِحُّ

وأما فساد صلاة النساء ؛ فلأنهن دخلن في تحريمه كاملة ، فإذا انتقلن إلى تحريمه ناقصة ، لم يجز ، فكأنهنَّ خرجنَّ من فرض إلى فرض آخر ؛ ولأن من لا

يَصِحُّ استخلافه في حق بعض المؤتمين ، لا يَصِحُّ استخلافه في حق أنفهم ، كالمحدث .

وجه قول زفر: أن المرأة يجوز أن تؤم النساء في الابتداء ، فكذلك تؤمهن في حال البقاء ، (ولا يجوز أن تؤم الرجال في الابتداء ، فلا يجوز أن تؤمهم في حال البقاء)^(١).

قال: وإذا صلوا في صحراء^(٢)، فأحدث الإمام، فمجاوزة الصفوف بمنزلة الخروج من المسجد، [وذلك لأنَّ مكان الصلاة قد صار كالمسجد بفعل الصلاة فيه، فمجاوزته بمنزلة الخروج من المسجد]^(٣)، فإذا مضى الإمام بين يديه وليس بين يديه بناءً ولا سُترة، لم تفسد صلاتهم حتى يتجاوز من بين يديه مقدار الصفوف إلى خلفه؛ لأن مشيه في مقدار الصفوف لا يخرج من حكم الإمامة إذا حصل ذلك في إحدى الجنبيين، فالأخرى مثلها.

فإن كان بين يديه حائط أو سُترة، فإذا تجاوزها فسدت^(٤) صلاته؛ لأن تلك السترة يجعل ما دونها في حكم المسجد، بدلالة أن المار لا يجوز له أن يمر بين يدي الإمام وبينها، فصار كالإمام إذا خرج من المسجد، وهذه الجملة ما روي عن أبي يوسف.

قال: وإذا ظن الإمام أنه قد أحدث، فانصرف، ثم علم أنه لم يحدث ولم يخرج من المسجد، رجع فبنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإحدى

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (غير مسجد)

(٣) العبارة في ب (وذلك أن كان الصفوف بمنزلة المسجد)، والمثبت من أ، وهو أولى وأوضح للمعنى.

(٤) في أ (بطلت).

الروایتین عن محمد .

[وروي عن محمد]: أن صلاته فاسدة في الوجهين [جميعاً] ، خرج أو لم يخرج ، وإن علم [بذلك] بعد الخروج [من المسجد] ، فسدت الصلاة في قولهم جميعاً .

أما إذا كان علم قبل الخروج ؛ فلأن بقاع المسجد كالبقعة الواحدة ، ولم يجعل انصرافه على طريق الرفض للصلاة ، فكأنه تذكر ذلك وهو [بعد] في مكانه .

وجه قول محمد: أنه انصرف من الصلاة من غير عذر ، فكأنه انصرف ولم يظن [أن] الحدث [معه] ، وأما إذا خرج من المسجد [ثم علم] ؛ فلأنه خارج المسجد لم يجعل في حكم المسجد ، وقد جعل المشي بغير عذر ، فتبطل صلاته .

قال: وإن ظنَّ الإمام أنه افتتح الصلاة على غير وضوء ، أو أن في ثوبه نجاسة ، فانفتل وتحول عن القبلة ، ثم علم أن ذلك لم يكن ، فصلاته فاسدة في قولهم ، وكذلك إن كان متيمماً ، فرأى سراباً فظنه ماءً فانصرف ؛ وذلك لأن الانصراف وقع على وجه الرفض للصلاة ، ولم يقع على طريق [الاستصلاح] والبناء ؛ لأن البناء في هذه المواضع لا يصحّ ، فإذا رفض الصلاة لم يجز [له] أن يبني عليها كما لو سلّم .

قال: فإن سلّم في ركعتين ساهياً ، وهو يظن أنه قد أتمّ الصلاة ثم ذكر ، رجع فبنى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وإحدى الروايتين عن محمد ، وهذا مثل أن يظن أنه قد أحدث [وقد مضى] ؛ وذلك [١/١٠٨] لأن انصرافه لم يقع على طريق الرفض ، فما دام في المسجد فكأنه في مكانه .

فهرس الموضوعات

٧	المقدّمة
١٤	منهجي في تحقيق الكتاب
٢٣	صور المخطوطات
٣٨	ترجمة الإمام القدوري
٣٨	اسمه ، ونسبه ، وكنيته ، ولقبه
٣٩	مولده
٣٩	نشأته وأسرته
٤٠	طلبه العلم ومشايخه
٤٠	ومن أهم مشايخه
٤١	تلاميذه
٤٢	مكانته العلمية بين الفقهاء الحنفية
٤٤	مؤلفاته
٤٤	ومن أهم مصنفاته
٤٥	وفاته
٤٦	ترجمة مختصرة لصاحب المتن الإمام الكرخي (٢٦٠ - ٣٤٠هـ)
٤٦	اسمه ونسبه ومولده ونشأته
٤٦	مولده ونسبته
٤٦	نشأته ومشايخه
٤٧	تلاميذه
٤٨	مؤلفاته
٤٨	صفاته
٤٩	وفاته

٦٥	١ - باب الطَّهَارَة
٦٨	١ - فصل: دخول المرفقين في غسل اليدين.....
٦٩	٢ - فصل: مقدار مسح الرأس.....
٧٠	٣ - فصل: وضع الإصبع من غير إمرار.....
٧١	٤ - فصل: المسح بإصبع واحدة.....
٧١	٥ - فصل: الواجب في الرّجلين.....
٧٤	٦ - فصل: غسل الكعبين.....
٧٥	٧ - فصل: الكعب من الرّجل.....
٧٦	٨ - فصل: النية في الطهارة.....
٧٧	٩ - فصل: الترتيب في الطهارة.....
٧٧	١٠ - فصل: الموالاة في الوضوء.....
٧٨	١١ - فصل: المضمضة والاستنشاق والغسل.....
٧٩	١٢ - فصل: ضربات التيمم.....
٨٠	١٣ - فصل: مسنونات الوضوء.....
٨١	١٤ - فصل: التسمية في الوضوء.....
٨٢	١٥ - فصل: غسل اليدين قبل الوضوء.....
٨٣	١٦ - فصل: المضمضة والاستنشاق في الوضوء.....
٨٤	١٧ - فصل: تكرار الغسل ثلاثاً.....
٨٤	١٨ - فصل: تكرار مسح الرأس.....
٨٥	١٩ - فصل: مسح الأذنين.....
٨٦	٢٠ - فصل.....
٨٧	٢١ - فصل: تخليل اللحية.....
٨٨	٢٢ - فصل: تخليل الأصابع.....
٨٨	٢٣ - فصل: إدخال الماء في العين.....
٨٨	٢٤ - فصل: الترتيب في الوضوء.....

٨٩.....	٢٥ - النية في الوضوء
٨٩.....	٢٦ - فصل: كيفية الغسل
٩٠.....	٢٧ - فرض الغسل وسننه
٩١.....	٢٨ - فصل: الوضوء في غسل الجنابة
٩١.....	٢٩ - فصل: تداخل الحدث
٩١.....	٣٠ - فصل: الوضوء بعد الغسل
٩٢.....	٣١ - فصل: ذلك البدن في الغسل
٩٢.....	٣٢ - فصل: تحريك الخاتم في الغسل
٩٢.....	٣٣ - فصل: أدنى ما يكفي في الغسل والوضوء
٩٤.....	باب ما يوجب الوضوء
٩٥.....	٣٤ - فصل: الوضوء من المذّي والوذّي
٩٥.....	٣٥ - فصل: الريح الخارجة من السبيلين
٩٦.....	٣٦ - فصل: الريح الخارجة من القبل
٩٧.....	٣٧ - فصل: دم الاستحاضة
٩٨.....	٣٨ - فصل: طهارة المستحاضة
٩٨.....	٣٩ - فصل: صلاة المستحاضة
٩٩.....	٤٠ - فصل: وضوء المستحاضة للصلاة
٩٩.....	٤١ - فصل: الوضوء من الخارج من البدن
١٠٠.....	٤٢ - فصل: الوضوء من القيء
١٠١.....	٤٣ - فصل: القيء بملء الفم
١٠٢.....	٤٤ - فصل: الوضوء من البلغم
١٠٢.....	٤٥ - فصل: نقض الوضوء بالقيء دمًا
١٠٣.....	٤٦ - فصل: الخارج من الرأس
١٠٤.....	٤٧ - فصل: خروج الدم من الفم
١٠٤.....	٤٨ - فصل: الوضوء من اللمس

- ٤٩ - فصل: الوضوء من مس الذكر ١٠٥
- ٥٠ - فصل: الوضوء بالمزال عن البدن ١٠٦
- ٥١ - فصل: مباشرة الرجل المرأة ١٠٧
- ٥٢ - فصل: وجود البلل في الفراش ١٠٨
- ٥٣ - فصل: وقوع فأرة في بئر ١٠٩
- ٥٤ - فصل: نقض الوضوء بالنوم ١١٠
- ٥٥ - فصل: الوضوء من النوم مضطجعاً ١١١
- ٥٦ - فصل: النوم قاعداً ١١١
- ٥٧ - فصل: النوم في أحوال الصلاة ١١٢
- ٥٨ - فصل: تعمد النوم في السجود ١١٣
- ٥٩ - فصل: النوم مستنداً ١١٣
- ٦٠ - فصل: النوم قاعداً ١١٤
- ٦١ - فصل: الوضوء من الإغماء والجنون ١١٤
- ٦٢ - فصل: الوضوء من القهقهة في الصلاة ١١٥
- ٦٣ - فصل: تأثير الكلام على الطهارة ١١٦
- ٦٤ - فصل: الوضوء مما مسته النار ١١٦
- ٦٥ - فصل: مَسَّ المصحف للمحدث ١١٨
- ٦٦ - فصل: مَسُّ المصحف بالغلاف ١١٨
- باب ما يوجب الغُسل ١١٩
- ٦٧ - موجبات الغُسل ١١٩
- ٦٨ - فصل: الغسل من الاحتلام ١٢٠
- ٦٩ - فصل: الغسل بالإيلاج ١٢٠
- ٧٠ - فصل: الغسل من الجماع ١٢٢
- ٧١ - فصل: الغسل من الحيض والنفاس ١٢٢
- ٧٢ - فصل: أقل وأكثر مدة النفاس ١٢٣

- ٧٣ - فصل: أقل الحيض وأكثره..... ١٢٥
- ٧٤ - فصل: زيادة الحيض عن العشرة..... ١٢٧
- ٧٥ - فصل: المستحاضة وعادتها..... ١٢٨
- ٧٦ - فصل: الاختلاف في عادة المستحاضة..... ١٢٩
- ٧٧ - فصل..... ١٢٩
- ٧٨ - فصل: في حيض الحامل..... ١٢٩
- ٧٩ - فصل: الحائض تصلي..... ١٣٠
- ٨٠ - فصل: قراءة الجنب والحائض القرآن..... ١٣١
- ٨١ - فصل: طواف الحائض..... ١٣٣
- ٨٢ - فصل: الغسل من الحيض..... ١٣٤
- ٨٣ - فصل: في نوم الجنب..... ١٣٤
- ٨٤ - فصل: الجنب إذا أراد الأكل..... ١٣٤
- باب الماء الذي لا يجوز الوضوء به..... ١٣٦
- ٨٥ - الماء المطلق..... ١٣٦
- ٨٦ - فصل: مخالطة النجاسة الماء..... ١٣٧
- ٨٧ - فصل: الاعتبار بغالب الظن..... ١٤٠
- ٨٨ - فصل: الاعتبار في التحرك..... ١٤٠
- ٨٩ - فصل: اختلاط الطاهر بالماء..... ١٤١
- ٩٠ - فصل: الوضوء بالماء المستعمل..... ١٤٢
- ٩١ - فصل: حكم الماء المستعمل..... ١٤٢
- ٩٢ - فصل: الماء المستعمل في الوضوء..... ١٤٤
- ٩٣ - فصل: صيرورة الماء مستعملاً..... ١٤٤
- ٩٤ - فصل: الوضوء في المسجد..... ١٤٦
- ٩٥ - فصل: التبرّد بالماء..... ١٤٦
- باب الأواني والآبار..... ١٤٧

- ٩٦ - تطهير الإناء ١٤٧
- ٩٧ - فصل: وقوع ما له دم سائل في الماء ١٤٨
- ٩٨ - فصل: طهارة ما يعيش في الماء ١٤٩
- ٩٩ - فصل: فيما لا يعيش في الماء ١٥٠
- ١٠٠ - فصل: تطهير الآبار من النجاسات ١٥٠
- ١٠١ - فصل: النجاسة تقع في البئر ١٥٢
- ١٠٢ - فصل: موت الحيوان في البئر ١٥٤
- ١٠٣ - فصل: نزح ماء البئر ١٥٦
- ١٠٤ - فصل: في صفة الدلو ١٥٧
- ١٠٥ - فصل: في جفاف البئر بعد وقوع الفأرة ١٥٨
- ١٠٦ - فصل: موت فأرة في جُبِّ فيه ماء ١٥٨
- ١٠٧ - فصل: صبَّ الماء المستعمل في البئر ١٥٩
- ١٠٨ - فصل: البعرة والبعرتان إذا وقعت في اللَّبَنِ ١٥٩
- ١٠٩ - فصل: الأصل في النزح من الآبار ١٦٠
- ١١٠ - فصل: حصول طهارة البئر بالنزح ١٦٠
- ١١١ - فصل: موت الفأرة في مائع ١٦١
- باب في المصانع والغُدُر والماء المستنقع ١٦٢
- باب الأسار ١٦٣
- ١١٢ - أنواع الأسار ١٦٣
- ١١٣ - فصل: سُور الحائض ١٦٤
- ١١٤ - فصل: سُور الجُنُب ١٦٥
- ١١٥ - فصل: سُور ما يؤكل لحمه ١٦٥
- ١١٦ - فصل: السُّور الطاهر المكروه ١٦٥
- ١١٧ - فصل: في سبب كراهة السُّور ١٦٧
- ١١٨ - فصل: في سُور السُّور حال أكلها فأرة ١٦٧

- ١١٩ - فصل: سؤر الدجاجة المُخَلَّاة ١٦٨
- ١٢٠ - فصل: سؤر سِبَاع الطير ١٦٨
- ١٢١ - فصل: سؤر ما يسكن البيوت من الحشرات ١٦٨
- ١٢٢ - فصل: سؤر الخنزير ١٦٩
- ١٢٣ - فصل: سؤر الكلب ١٦٩
- ١٢٤ - فصل: سؤر سِبَاع البهائم ١٧٠
- ١٢٥ - فصل: سؤر الحمار ١٧١
- ١٢٦ - فصل: سؤر الفرس ١٧٣
- ١٢٧ - فصل: سؤر الفيل ١٧٣
- ٢ - باب الأنجاس ١٧٤
- ١٢٨ - حكم ما يخرج من بدن الإنسان ١٧٤
- ١٢٩ - فصل: ما يخرج من بدن الحيوان ١٧٦
- ١٣٠ - فصل: في أرواث الحيوانات ١٧٦
- ١٣١ - فصل: في خُرء الدَّجَاة والبَطِّ ١٧٧
- ١٣٢ - فصل: في دَزَق ما يؤكل لحمه من الطير ١٧٧
- ١٣٣ - فصل: دَزَق سِبَاع الطَّير ١٧٨
- ١٣٤ - فصل: في بول الحيوانات ١٧٨
- ١٣٥ - فصل: بول الخفاش والفأرة ١٧٩
- ١٣٦ - فصل: دم ما ليس له دم سائل ١٧٩
- ١٣٧ - فصل: صوف الميتة وشعرها ١٨١
- ١٣٨ - فصل: طهارة القرن والحافر والعَصَب ١٨٢
- ١٣٩ - فصل: طهارة شعر الإنسان ١٨٢
- ١٤٠ - فصل: شَعْر الخنزير ١٨٣
- ١٤١ - فصل: عَرَقُ الجُنُب والحائض ١٨٣
- ١٤٢ - فصل: فيما بقي من فضل الوضوء والغُسل ١٨٤

- ١٨٥..... فصل: في عَرَق كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَ سُورِهِ..... ١٤٣ -
- ١٨٦..... باب المقدار الذي يمنع الصلاة من هذه النجاسات..... ١٤٤ -
- ١٨٦..... حكم إزالة النجاسة..... ١٤٤ -
- ١٨٧..... فصل: في قليل النجاسة..... ١٤٥ -
- ١٨٧..... فصل: في أنواع النجاسة..... ١٤٦ -
- ١٨٨..... فصل: في النجاسة المغلظة..... ١٤٧ -
- ١٨٨..... فصل: في النجاسة المخففة..... ١٤٨ -
- ١٨٩..... حَدِّ الكَثِيرِ الفَاحِشِ..... ١٤٩ -
- ١٩٠..... فصل: تطهير بدن المصلي وثوبه وموقع الصلاة..... ١٥٠ -
- ١٩١..... فصل: في نجاسة موضع قدم المصلي..... ١٥١ -
- ١٩٣..... باب تطهير هذه النجاسات..... ١٥٢ -
- ١٩٣..... تطهير الثوب من المنى..... ١٥٢ -
- ١٩٤..... فصل: في إزالة النجاسات بغير الماء..... ١٥٣ -
- ١٩٥..... فصل: في طهارة ما له عين مرئية..... ١٥٤ -
- ١٩٥..... فصل: في تطهير الإناء من ولوغ الكلب..... ١٥٥ -
- ١٩٦..... فصل: تطهير الأرض من النجاسة..... ١٥٦ -
- ١٩٧..... فصل: ورود الماء على النجاسة..... ١٥٧ -
- ١٩٧..... فصل: في تطهير بول الصبي والصبية..... ١٥٨ -
- ١٩٨..... فصل: طهارة الخف والنعل..... ١٥٩ -
- ١٩٩..... فصل: في طهارة الجسم الصقيل..... ١٦٠ -
- ٢٠٠..... فصل: في ذهاب أثر النجاسة من الأرض..... ١٦١ -
- ٢٠١..... فصل: إزالة النجاسة بالصَّبِّ والغَسْلِ..... ١٦٢ -
- ٢٠٢..... باب تطهير جلود الميتة..... ١٦٣ -
- ٢٠٣..... فصل: تطهير جلود السباع بالدباغ..... ١٦٣ -
- ٢٠٤..... فصل: تطهير جلد الكلب بالدباغ..... ١٦٤ -

- ٢٠٤ فصل : تطهير جلد الخنزير بالدباغ ١٦٥ -
- ٢٠٤ فصل : تأثير الدباغ في جلد الإنسان ١٦٦ -
- ٢٠٥ فصل : ما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة ١٦٧ -
- ٢٠٥ فصل : كون الدباغ مما يمنع من الفساد ١٦٨ -
- ٢٠٧ باب الاستجمار ١٦٩ -
- ٢٠٧ فصل : الاستجمار بالعين الطاهرة ١٦٩ -
- ٢٠٨ فصل : الاستجمار بالعظم والروث ١٧٠ -
- ٢٠٩ فصل : العدد المعتبر في الاستجمار ١٧١ -
- ٢٠٩ فصل : الاستنجاء بالماء ١٧٢ -
- ٢١٠ فصل : مجاوزة النجاسة المخرج ١٧٣ -
- ٢١٠ فصل ١٧٤ -
- ٢١٠ فصل : الاستجمار ١٧٥ -
- ٢١١ فصل : الماء المستعمل في الاستنجاء ١٧٦ -
- ٢١٢ ٣ - باب التيمم ١٧٧ -
- ٢١٢ سبب تشريع التيمم ١٧٧ -
- ٢١٢ فصل : التيمم لغة وشرعاً ١٧٨ -
- ٢١٣ فصل : صفة التيمم ١٧٩ -
- ٢١٤ فصل : استيعاب العضوين في التيمم ١٨٠ -
- ٢١٥ فصل : الاختلاف في مسح اليد ١٨١ -
- ٢١٥ فصل : نفض اليدين ١٨٢ -
- ٢١٦ فصل : النية في التيمم ١٨٣ -
- ٢١٦ فصل : كيفية النية ١٨٤ -
- ٢١٧ فصل : أداء النفل والفرض بالتيمم ١٨٥ -
- ٢١٧ تيمم الكافر ١٨٦ -
- ٢١٨ فصل : تيمم المرتد ١٨٧ -

- ٢١٩..... فصل : ما يجوز به التيمم ١٨٨ -
- ٢٢٠ التيمم بالحجر ونحوه ١٨٩ -
- ٢٢٠ فصل : التيمم بالمسح على صخرة ١٩٠ -
- ٢٢١..... فصل : التيمم بالغبار ١٩١ -
- ٢٢٢ فصل : التيمم بالطين الرطب ١٩٢ -
- ٢٢٢ فصل : التيمم بما ليس من الأرض ١٩٣ -
- ٢٢٢ فصل : التيمم من مكان نجس ١٩٤ -
- ٢٢٣ فصل : التراب المستعمل في التيمم ١٩٥ -
- ٢٢٣ فصل : ما يتيمم لأجله ١٩٦ -
- ٢٢٤ فصل : المسافر والتيمم ١٩٧ -
- ٢٢٥ فصل : المسافر إذا لم يجد الماء ١٩٨ -
- ٢٢٥ فصل : التيمم في المفازة ١٩٩ -
- ٢٢٦ فصل : التيمم للمريض ٢٠٠ -
- ٢٢٦ التيمم للمعدور ٢٠١ -
- ٢٢٧ فصل : التيمم للمجروح ٢٠٢ -
- ٢٢٧ فصل : تيمم المحبوس في المصر ٢٠٣ -
- ٢٢٨ فصل : المحبوس إذا لم يجد ماءً ولا تراباً ٢٠٤ -
- ٢٢٩ فصل : التيمم لصلاة الجنابة ٢٠٥ -
- ٢٣٠ فصل : التيمم لصلاة العيدين ٢٠٦ -
- ٢٣٠ فصل : التيمم للجمعة ٢٠٧ -
- ٢٣٠ فصل : التيمم لمن خشي الاغتسال ٢٠٨ -
- ٢٣٢ فصل : الحالة التي يجوز فيها التيمم للمسافر ٢٠٩ -
- ٢٣٣ فصل : التيمم قبل وقت الفرض ٢١٠ -
- ٢٣٣ فصل : طلب الماء للتيمم ٢١١ -
- ٢٣٤ فصل : التيمم إذا كان الماء بئس ٢١٢ -

- ٢١٣ - فصل: التيمم في حال وجود الماء مع الرفقاء ٢٣٥
- ٢١٤ - فصل: مبطلات التيمم ٢٣٦
- ٢١٥ - فصل: وجود الماء بعد الدخول في الصلاة ٢٣٧
- ٢١٦ - فصل: رؤية الماء بعد ما قعد قدر التشهد في آخر الصلاة ٢٣٧
- ٢١٧ - فصل: وجود الماء بعد الخروج من صلاته ٢٣٩
- ٢١٨ - فصل: رؤية المتيمم سور حمار أثناء الصلاة ٢٤٠
- ٢١٩ - فصل: رؤية ما لا يكفيه من الماء في الصلاة ٢٤٠
- ٢٢٠ - فصل: رؤية المتيمم ماءً يحول بينه وبينه مانع ٢٤١
- ٢٢١ - فصل: ما يصلي بالتيمم من الفرائض والنوافل ٢٤١
- ٢٢٢ - فصل: الرجل والمرأة في التيمم ٢٤١
- ٢٢٣ - فصل: إمامة المتيمم بالمتوضئين ٢٤١
- ٢٢٤ - فصل: رؤية الماء أثناء صلاة المتيمم بالمتوضئين ٢٤٢
- ٢٢٥ - فصل: المسافر لم يجد الماء ووجد النيذ ٢٤٣
- ٢٢٦ - فصل: الوضوء بنبيد الزبيب ٢٤٥
- ٢٢٧ - فصل: ما يجوز الوضوء به من النيذ ٢٤٥
- ٤ - باب المسح على الخفين ٢٤٧
- ٢٢٨ - فصل: في توقيت المسح ٢٥٠
- ٢٢٩ - فصل: أول مدة المسح ٢٥٢
- ٢٣٠ - فصل: من شروط المسح ٢٥٣
- ٢٣١ - فصل: في نية المسح ٢٥٤
- ٢٣٢ - فصل: المسح في الحدث الذي يوجب الوضوء ٢٥٤
- ٢٣٣ - فصل: مدة رخصة المستحاضة ٢٥٥
- ٢٣٤ - فصل: في صفة المسح ٢٥٥
- ٢٣٥ - فصل: في عدد مسح الخف ٢٥٦
- ٢٣٦ - فصل: في مسح باطن الخف ٢٥٦

- ٢٣٧ - فصل: المسح معكوساً ٢٥٧
- ٢٣٨ - فصل: في مقدار المسح ٢٥٧
- ٢٣٩ - فصل: في المسح بإصبع واحدة..... ٢٥٨
- ٢٤٠ - فصل: مسافر مسح ثم أقام أو العكس ٢٥٩
- ٢٤١ - فصل: ما يبطل رخصة المسح ٢٥٩
- ٢٤٢ - فصل: في نزع القدم من الخف ٢٦١
- ٢٤٣ - فصل: ما يفعل بخروج وقت المسح ٢٦١
- ٢٤٤ - فصل: المسح على الجرموقين ٢٦٣
- ٢٤٥ - فصل: المسح على الجرموقين إذا لبسهما بعد المسح على الخفين ٢٦٣
- ٢٤٦ - فصل: المسح على العمامة والخمار ٢٦٤
- ٢٤٧ - فصل: المسح على الجوربين ٢٦٥
- ٢٤٨ - فصل: في المسح على النعلين والقفازين ٢٦٦
- ٢٤٩ - فصل: الخرق في الخف..... ٢٦٦
- ٢٥٠ - فصل: صفة الخرق في الخف..... ٢٦٧
- ٢٥١ - فصل: المسح في حال إصابة الخفين الماء ٢٦٨
- باب المسح للعدر ٢٦٩
- ٥ - كتاب الصلاة ٢٧١
- ٦ - باب مواقيت الصلاة ٢٧٢
- ٢٥٢ - فصل: في أول وقت العصر..... ٢٧٧
- ٢٥٣ - فصل: في وقت المغرب..... ٢٧٨
- ٢٥٤ - فصل: في وقت العشاء..... ٢٧٩
- ٢٥٥ - فصل: في الشفق ٢٨٠
- ٢٥٦ - فصل: الأفضل في الأوقات ٢٨١
- ٢٥٧ - فصل: الأفضل في الظهر..... ٢٨٢
- ٢٥٨ - فصل: الأفضل في العصر ٢٨٤

- ٢٥٩ - فصل: كراهة تأخير المغرب ٢٨٥
- ٢٦٠ - فصل: الأفضل في العشاء ٢٨٦
- ٢٦١ - فصل: الصلاة في حال الغيم ٢٨٨
- ٢٦٢ - فصل: وقت صلاة الوتر ٢٨٨
- ٢٦٣ - فصل: وقت صلاة الجمعة ٢٩٠
- باب الأوقات التي تكره الصلاة فيها ٢٩٢
- ٢٦٤ - فصل: النهي عن الصلاة بعد طلوع الفجر وبعد صلاة العصر ٢٩٥
- ٢٦٥ - فصل: صلاة الفريضة في الأوقات الثلاثة ٢٩٩
- ٧ - باب الأذان ٣٠١
- ٢٦٦ - فصل: في حكم الأذان ٣٠٢
- ٢٦٧ - فصل: في صفة الأذان ٣٠٤
- ٢٦٨ - فصل: الشهادة في الأذان ٣٠٦
- ٢٦٩ - فصل: الحيلة في الأذان ٣٠٦
- ٢٧٠ - فصل: في عدد التكبيرات في آخر الأذان ٣٠٧
- ٢٧١ - فصل: في آخر الأذان ٣٠٧
- ٢٧٢ - فصل: في ألفاظ الإقامة ٣٠٨
- ٢٧٣ - فصل: في عدد الإقامة للصلاة ٣٠٨
- ٢٧٤ - فصل: في صفة الأذان ٣٠٩
- ٢٧٥ - فصل: وضع المؤذن في الأذان ٣١١
- ٢٧٦ - فصل: في الأذان بغير استقبال القبلة ٣١٢
- ٢٧٧ - فصل: في جعل المؤذن إصبعيه في أذنيه ٣١٢
- ٢٧٨ - فصل: الكلام في الأذان والإقامة ٣١٣
- ٢٧٩ - فصل: في الأذان على وضوء ٣١٤
- ٢٨٠ - فصل: في الأذان قاعداً ٣١٦
- ٢٨١ - فصل: في الأذان راكباً ٣١٦

- ٢٨٢ - فصل: في أذان العبد والأعرابي..... ٣١٧
- ٢٨٣ - فصل: في أذان الصبي..... ٣١٨
- ٢٨٤ - فصل: كراهة أذان المرأة..... ٣١٨
- ٢٨٥ - فصل: الأذان للنساء..... ٣١٩
- ٢٨٦ - فصل: أذان الأعمى..... ٣٢٠
- ٢٨٧ - فصل: الصَّلَاةُ التي يُؤذَّنُ لها..... ٣٢١
- ٢٨٨ - فصل: الأذان للصلاة قبل دخول الوقت..... ٣٢٢
- ٢٨٩ - فصل: الصلاة بغير أذان ولا إقامة..... ٣٢٣
- ٢٩٠ - فصل: هل يؤذن المسافر ويقيم؟..... ٣٢٤
- ٢٩١ - فصل: أذان واحد وإقامة آخر..... ٣٢٦
- ٢٩٢ - فصل: إعادة الجماعة في المساجد..... ٣٢٧
- ٢٩٣ - فصل: ال - فصل: بين الأذان والإقامة..... ٣٢٨
- ٢٩٤ - فصل: الأذان للفوائت..... ٣٣٠
- ٢٩٥ - فصل: التثويب في الفجر..... ٣٣٢
- ٢٩٦ - فصل: التثويب في العشاء..... ٣٣٥
- ٢٩٧ - فصل: في صفة التثويب..... ٣٣٥
- ٢٩٨ - فصل: في موضع التثويب..... ٣٣٧
- ٢٩٩ - فصل: صلاة من فاتته الجمعة..... ٣٣٩
- باب التحري في استقبال القبلة..... ٣٤٠
- ٣٠٠ - فصل: التحري في القبلة إذا اشتبهت الجهة..... ٣٤١
- ٣٠١ - فصل: الصلاة بالاجتهاد إلى غير القبلة..... ٣٤١
- ٣٠٢ - فصل: السؤال عن القبلة..... ٣٤٢
- ٣٠٣ - فصل: سقوط التوجه إلى القبلة..... ٣٤٣
- باب افتتاح الصلاة..... ٣٤٤
- ٣٠٤ - فصل: الدخول في الصلاة..... ٣٤٤

- ٣٤٤ فصل: هل التكبيرة من الصلاة؟
- ٣٤٥ فصل: الذُّكْر الذي يَدْخُلُ به في الصَّلَاة
- ٣٤٦ فصل: ذكر الأسماء فقط
- ٣٤٧ فصل: ما يقال في افتتاح الصلاة
- ٣٤٧ فصل: الدخول في الصلاة بلفظ غير العربية
- ٣٤٨ فصل: تكبير المؤتمّ مع تكبيرة الإمام الإحرام
- ٣٤٩ فصل: شرطية النية
- ٣٤٩ فصل: محل النية
- ٣٥٠ فصل: النية على ضربين
- ٣٥١ فصل: رفع اليدين في التكبير
- ٣٥٢ فصل: حكم رفع اليدين في الافتتاح
- ٣٥٢ فصل: صفة رفع اليدين
- ٣٥٣ فصل: حدّ الرفع في التكبير
- ٣٥٣ فصل: إتمام التكبير وحذفه
- ٣٥٤ فصل: في التكبير قائماً
- ٣٥٤ فصل: طهارة البدن
- ٣٥٥ فصل: افتتاح النفل قاعداً
- ٣٥٥ فصل: الاختلاف في نية الإمام والمأموم
- ٣٥٦ فصل: اختلاف النية في الصلاتين
- ٣٥٧ فصل: صلاة المفترض خلف المتنفل
- ٣٥٨ فصل: صلاة النذر خلف مصلي النذر
- ٣٥٩ فصل: صلاة البالغ خلف الصبي
- ٣٥٩ فصل: إدراك الإمام والدخول معه
- ٣٦١ باب ما يفعله المصلي في صلاته بعد الافتتاح
- ٣٦١ فصل: وضع الأيدي في الصلاة

- ٣٢٩ - فصل: صفة وضع الأيدي في الصلاة ٣٦٢
- ٣٣٠ - فصل: في دعاء الاستفتاح ٣٦٣
- ٣٣١ - فصل: التعوذ في الصلاة ٣٦٥
- ٣٣٢ - فصل: في صفة البسملة ٣٦٦
- ٣٣٣ - فصل: البسملة آية من الفاتحة ٣٦٦
- ٣٣٤ - فصل: البسملة - فصل بين السورتين ٣٦٨
- ٣٣٥ - فصل: الإخفاء في البسملة ٣٦٨
- ٣٣٦ - فصل: في تكرار البسملة ٣٧٠
- ٣٣٧ - فصل: القراءة في الركعتين الأوليين ٣٧١
- ٣٣٨ - فصل: قراءة الفاتحة في الصلاة ٣٧٢
- ٣٣٩ - فصل: مقدار الواجب من القراءة ٣٧٢
- ٣٤٠ - فصل: السُّنَّةُ في القِرَاءَةِ ٣٧٣
- ٣٤١ - فصل: محل وجوب القراءة ٣٧٣
- ٣٤٢ - فصل: القراءة في الركعتين ٣٧٥
- ٣٤٣ - فصل: القراءة في الآخرين ٣٧٥
- ٣٤٤ - فصل: التأمين في الصلاة ٣٧٦
- ٣٤٥ - فصل: الإخفاء في التأمين ٣٧٨
- ٣٤٦ - فصل: الجهر بالحمد والسورة ٣٧٩
- ٣٤٧ - فصل: قراءة المنفرد في الجهرية ٣٨٢
- ٣٤٨ - فصل: محل الجهر في الجهرية ٣٨٣
- ٣٤٩ - فصل: التكبير في الرفع والخفض ٣٨٤
- ٣٥٠ - فصل: رفع اليدين في التكبيرات ٣٨٥
- ٣٥١ - فصل: الركوع في الصلاة ٣٨٧
- ٣٥٢ - فصل: وضع اليدين في الركوع ٣٨٧
- ٣٥٣ - فصل: تفريق الأصابع في الركوع ٣٨٨

- ٣٨٩ فصل : الاعتدال في الركوع ٣٥٤ -
- ٣٩٠ فصل : تسبيحات الركوع ٣٥٥ -
- ٣٩٢ فصل : تقدير عدد التسبيحات في الركوع والسجود ٣٥٦ -
- ٣٩٣ فصل : الزيادة على الثلاثة ٣٥٧ -
- ٣٩٣ فصل : التخفيف في صلاة الجماعة ٣٥٨ -
- ٣٩٣ فصل : حكم ذكر هذه التسبيحات ٣٥٩ -
- ٣٩٤ فصل : الطمأنينة في الركوع ٣٦٠ -
- ٣٩٥ فصل : القيام من الرفع من الركوع ٣٦١ -
- ٣٩٦ فصل : ما يقول الإمام والمؤتم في حال الرفع من الركوع ٣٦٢ -
- ٣٩٨ فصل : التكبير إذا اطمأن قائماً ٣٦٣ -
- ٣٩٨ فصل : السجود على الأنف والجبهة ٣٦٤ -
- ٣٩٩ فصل : السجود على اليدين والركبتين ٣٦٥ -
- ٤٠٠ فصل : السجود على كور العمامة ٣٦٦ -
- ٤٠٠ فصل : وضع اليد في السجود ٣٦٧ -
- ٤٠١ فصل : توجيه الأصابع في السجود ٣٦٨ -
- ٤٠١ فصل : الاعتماد على الراحتين في السجود ٣٣٩ -
- ٤٠٢ فصل : مجافاة اليدين في السجود ٣٧٠ -
- ٤٠٢ فصل : الاعتدال في السجود ٣٧١ -
- ٤٠٣ فصل : المنع من افتراش الذراعين ٣٧٢ -
- ٤٠٣ فصل ٣٧٣ -
- ٤٠٣ فصل : الطمأنينة في الجلسة ٣٧٤ -
- ٤٠٤ فصل : أدنى ما يتناوله الرفع من السجود ٣٧٥ -
- ٤٠٤ فصل : القعدة بين السجدين ٣٧٦ -
- ٤٠٦ فصل : الاعتماد على الأرض ٣٧٧ -
- ٤٠٦ فصل : الجلوس للتشهد ٣٧٨ -

- ٤٠٦ فصل: حكم القعدة الأولى ٣٧٩ -
- ٤٠٧ فصل: صفة القعدة في التشهد ٣٨٠ -
- ٤٠٨ فصل: صفة قعود المرأة في الصلاة ٣٨١ -
- ٤٠٨ فصل: نظر المصلي في الصلاة ٣٨٢ -
- ٤٠٩ فصل: هيئة جلسة التشهد ٣٨٣ -
- ٤١٠ فصل: صفة التشهد ٣٨٤ -
- ٤١١ فصل: صيغة التشهد المختار ٣٨٥ -
- ٤١٣ فصل: الزيادة على التشهد في القعدة الأولى ٣٨٦ -
- ٤١٥ فصل: حكم التشهد ٣٨٧ -
- ٤١٥ فصل: الصلاة على النبي ﷺ في الصلاة ٣٨٨ -
- ٤١٦ فصل: حكم الصلاة على النبي ﷺ في الصلاة ٣٨٩ -
- ٤١٧ فصل ٣٩٠ -
- ٤١٧ فصل: صفة الدعاء ٣٩١ -
- ٤١٨ فصل: الزيادة في التشهد ٣٩٢ -
- ٤١٩ فصل: القعدة الأخيرة ٣٩٣ -
- ٤١٩ فصل: الواجب من القعدة ٣٩٤ -
- ٤٢٠ فصل: في كيفية السلام ٣٩٥ -
- ٤٢١ فصل: في عدد التسليمات ٣٩٦ -
- ٤٢٢ فصل: ألفاظ السلام ٣٩٧ -
- ٤٢٢ فصل: في حكم السلام ٣٩٨ -
- ٤٢٣ فصل: في التسليمة الثانية ٣٩٩ -
- ٤٢٤ فصل: في متابعة المأموم الإمام ٤٠٠ -
- ٤٢٤ فصل: في النية بالسلام ٤٠١ -
- ٤٢٥ فصل: في المسلم عليهم ٤٠٢ -
- ٤٢٥ فصل: في الرد بالسلام على الإمام ٤٠٣ -

- ٤٢٦ فصل: الستر في صلاة المرأة ٤٠٤ -
- ٤٢٧ باب ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته ٤٠٥ -
- ٤٣٢ فصل: عدّ الآي في الصلاة ٤٠٦ -
- ٤٣٣ فصل: في ارتفاع الإمام عن المأمومين ٤٠٧ -
- ٤٣٥ فصل: في دخول المأموم أثناء ركوع الإمام ٤٠٨ -
- ٤٣٧ فصل: في عدم إقامة الصلّب في الركوع والسجود ٤٠٩ -
- ٤٣٧ فصل: تغطية الفم في الصلاة ٤١٠ -
- ٤٣٩ فصل: الصلاة على الطنّافس والجلود ٤١١ -
- ٤٤٠ فصل: السجود على كور العمامة ٤١٢ -
- ٤٤١ فصل: في متابعة الإمام ٤١٣ -
- ٤٤٣ قال الشيخ رحمته الله: ومما يلحق بهذا الباب ٤١٤ -
- ٤٤٦ فصل: في مسح الجبهة من التراب في الصلاة ٤١٥ -
- ٤٤٧ فصل: كراهة النفخ في الصلاة ٤١٦ -
- ٤٤٨ فصل: وضع الركبتين واليدين في السجود ٤١٧ -
- ٤٥٠ باب قدر القراءة في صلاة الفرض ٤١٨ -
- ٤٥١ فصل: القراءة بغير العربية ٤١٩ -
- ٤٥٥ باب قدر القراءة في الصلاة ٤٢٠ -
- ٤٥٥ فصل: في قدر القراءة في الفجر ٤٢١ -
- ٤٥٧ فصل: قدر القراءة في الظهر ٤٢٢ -
- ٤٥٧ فصل: قدر القراءة في العصر ٤٢٣ -
- ٤٥٨ فصل: قدر القراءة في المغرب ٤٢٤ -
- ٤٥٩ فصل: قدر القراءة في العشاء ٤٢٥ -
- ٤٦٠ فصل: قدر القراءة في السفر ٤٢٦ -
- ٤٦١ فصل: قدر القراءة في الوتر ٤٢٧ -
- ٤٦٣ باب الصلاة في السفر ٤٢٨ -

- ٤٢٥ - فصل: مقدار السفر الذي تقصر فيه الصلاة ٤٦٥
- ٤٢٦ - فصل: اعتبار السير المعتاد في تقدير مسافة السفر ٤٦٩
- ٤٢٧ - فصل: مدة الإقامة التي تقطع حكم السفر..... ٤٦٩
- ٤٢٨ - فصل: الإقامة بموضع غير صالحة للإقامة..... ٤٧٠
- ٤٢٩ - فصل: الإقامة بدار الحرب..... ٤٧١
- ٤٣٠ - فصل: نية الإقامة بموضعين مدة القصر..... ٤٧٣
- ٤٣١ - فصل: نية الإقامة بموضع ليس فيه بيوت..... ٤٧٣
- ٤٣٢ - فصل: وقت ابتداء القصر في السفر..... ٤٧٣
- ٤٣٣ - فصل: وقت ابتداء الإتمام..... ٤٧٤
- ٤٣٤ - فصل: في القصر متعلق بآخر الوقت..... ٤٧٥
- ٤٣٥ - فصل: تذكر صلاة إقامة في السفر، وصلاة سفر في الإقامة..... ٤٧٦
- ٤٣٦ - فصل: الصلاة أثناء العود إلى الأهل بنية الرجوع..... ٤٧٦
- ٤٧٧ والكلام في هذا الموضع يقع في الأوطان المختلفة وأحكامها
- ٤٧٩ فروع هذه الأصول
- ٤٣٧ - فصل: الإتمام والقصر لمن تنقل بين المدن..... ٤٧٩
- ٤٣٨ - فصل: في بطلان وطن الإقامة..... ٤٨١
- ٤٣٩ - فصل: في دخول المسافر في صلاة المقيم..... ٤٨٢
- ٤٤٠ - فصل: المسافر يقتدي بمقيم في الظهر، ثم يفسد الإمام الصلاة..... ٤٨٣
- ٤٤١ - فصل: المسافر يدخل في صلاة المسافر..... ٤٨٣
- ٤٤٢ - فصل: مسافر صلى بمسافر ركعة، ثم نوى الإقامة..... ٤٨٤
- ٤٤٣ - فصل: فيمن خرج مسافراً ثم عاد إلى مكانه..... ٤٨٤
- ٤٤٤ - فصل: المرأة تتبع زوجها إقامةً وسفرًا..... ٤٨٤
- ٤٤٥ - فصل: المسافر يصلي أربعاً..... ٤٨٥
- ٤٤٦ - فصل: نية المسافر الإقامة في الصلاة..... ٤٨٥
- ٤٤٧ - فصل: سهو المسافر في الظهر، ثم ينوي الإقامة..... ٤٨٦

- ٤٤٨ - فصل: نية المسافر أثناء الصلاة الإقامة ٤٨٦
- ٤٤٩ - فصل: مسافر صلّى الظهر ركعتين وسلّم ونوى الإقامة ٤٨٧
- ٤٥٠ - فصل: مسافر صلّى بمسافرين ونوى الإقامة ٤٨٨
- ٤٥١ - فصل: المسافر العاصي في قصر الصلاة ٤٨٨
- ٤٥٢ - فصل: الصلوات التي تقصر فيها ٤٩٠
- باب الصلاة على الراحلة ٤٩١
- ٤٥٣ - فصل: استقبال القبلة في الصلاة على الراحلة ٤٩٢
- ٤٥٤ - فصل: الصلاة على الراحلة بالإيماء ٤٩٢
- ٤٥٥ - فصل: ما لا يصلّى على الراحلة من الصلوات ٤٩٣
- ٤٥٦ - فصل: صلاة النافلة على جميع الدواب ٤٩٤
- ٤٥٧ - فصل: الصلاة على الدواب مطلقاً ٤٩٤
- ٤٥٨ - فصل: التوجه في الصلاة للماشي ٤٩٥
- ٤٥٩ - فصل: أداء سجدة التلاوة على الدابة ٤٩٦
- ٤٦٠ - فصل: صلاة ركعة على الدابة وركعة على الأرض ٤٩٧
- ٤٦١ - فصل: الصلاة على الدابة في المصر ٤٩٨
- ٥٦٢ - فصل: الصلاة جماعة على الرواحل ٤٩٩
- باب الصلاة في السفينة ٥٠٠
- ٥٦٣ - فصل: الصلاة قعوداً في السفينة ٥٠١
- باب الصلاة في الماء والطين ٥٠٣
- ٨ - باب الجمعة ٥٠٥
- ٥٦٤ - فصل: وجوب الجمعة ٥٠٥
- ٥٦٥ - فصل: من تجب عليه الجمعة ٥٠٦
- ٥٦٦ - فصل: اشتراط الإقامة للجمعة ٥٠٨
- ٥٦٧ - فصل: الجمعة للنساء ٥٠٩
- ٥٦٨ - فصل: الجمعة على الأعمى ٥١٠

- ٥٦٩ - فصل: حضور المعذورين الجمعة ٥١٠
- ٥٧٠ - فصل: اشتراط المصر للجمعة..... ٥١١
- ٥٧١ - فصل: الجمعة على من كان خارج المصر ٥١٣
- ٥٧٢ - فصل: إقامة الجمعة بمنى..... ٥١٤
- ٥٧٣ - فصل: اشتراط الجماعة للجمعة ٥١٥
- ٥٧٤ - فصل: اشتراط السلطان للجمعة..... ٥١٥
- ٥٧٥ - فصل: اشتراط الخطبة للجمعة ٥١٦
- ٥٧٦ - فصل: اشتراط الوقت والجماعة للجمعة ٥١٦
- ٥٧٧ - فصل: اشتراط العدد لانعقاد الجمعة ٥١٧
- ٥٧٨ - فصل: انعقاد الجمعة بأربعين ٥١٧
- ٥٧٩ - فصل: إمامة المسافر في الجمعة ٥١٨
- ٥٨٠ - فصل: الاعتداد بالمعذورين في الجمعة ٥١٨
- ٥٨١ - فصل: إذن الإمام في إقامة الجمعة..... ٥١٩
- ٥٨٢ - فصل: الذكر في خطبة الجمعة ٥١٩
- ٥٨٣ - فصل: تخفيف خطبة الجمعة..... ٥٢١
- ٥٨٤ - فصل: القراءة والطهارة في الخطبة ٥٢١
- ٥٨٥ - فصل: الصلاة والكلام أثناء الخطبة..... ٥٢٣
- ٥٨٦ - فصل: ما يجتنب في الخطبة من الأعمال ٥٢٤
- ٥٨٧ - فصل: أداء صلاة الظهر جماعة يوم الجمعة ٥٢٦
- ٥٨٨ - فصل: تعدد الجمعة في المصر ٥٢٦
- ٥٨٩ - فصل: تعيين سورة في الجمعة ٥٢٧
- ٥٩٠ - فصل: إدراك صلاة الجمعة..... ٥٢٨
- ٥٩١ - فصل: الغسل والتطيب للجمعة ٥٣١
- ٥٩٢ - فصل: توجه المعذور إلى الجمعة بعد أداء الظهر ٥٣٣
- ٥٩٣ - فصل: شهود الجمعة بعد صلاة الظهر ٥٣٤

- ٥٣٤ فصل: توجه الرجل إلى الجمعة بعد صلاة الظهر
- ٥٣٥ فصل: استخلاف الإمام للصلاة بعد الخطبة
- ٩ - باب صلاة العيدين ٥٣٦
- ٥٣٧ فصل: وقت صلاة العيد
- ٥٣٧ فصل: فوات وقت العيد لعذر
- ٥٣٨ فصل: وجوب العيد على من تجب عليه الجمعة
- ٥٤٠ فصل: صفة التكبير في صلاة العيد
- ٦٠٠ - فصل: رفع الأيدي في التكبيرات الزوائد
- ٦٠١ - فصل: رفع الأيدي في التكبيرات التي من صلب الصلاة
- ٦٠٢ - فصل: التكبيرات في حال خوف فوت الركوع مع الإمام
- ٦٠٣ - فصل: ركوع الإمام في الركعة الأولى قبل التكبير
- ٦٠٤ - فصل: التكبيرات في حال إدراك الإمام في الركعة الثانية
- ٦٠٥ - فصل: وقوع يوم عيد يوم الجمعة
- ٦٠٦ - فصل: التكبير في العيدين
- ٦٠٧ - فصل: من فاته العيد مع الإمام، والتطوع قبله وبعده
- ٦٠٨ - فصل: التيمم لصلاة العيد إذا خاف الفوات
- ٦٠٩ - فصل: التيمم فيما إذا أحدث المؤتم بعد الدخول مع الإمام
- ١٠ - باب صلاة الخوف ٥٥٢
- ٦١٠ - فصل: صفة صلاة الخوف
- ٦١١ - فصل: صفة صلاة المغرب في الخوف
- ٦١٢ - فصل: الصلاة أثناء القتال
- ٦١٣ - فصل: عدم تأخير الصلاة عن وقتها
- ٦١٤ - فصل: إعادة الصلاة في الوقت بعد زوال الخوف
- ٦١٥ - فصل: الإعادة بعد الصلاة بغير عذر
- ١١ - باب صلاة الكسوف والأفراع ٥٦٠

٥٦٦	١٢ - باب الاستسقاء
٥٧٥	باب الصلاة بمكة
٥٧٩	باب صلاة المريض
٥٨٦	٦١٦ - فصل: بدأ الصلاة صحيحاً ثم عرض له مرض
٥٨٧	٦١٧ - فصل: بدأ الصلاة مريضاً ثم صحَّ
٥٨٧	٦١٨ - فصل: كيفية القعود في صلاة المريض
٥٨٩	باب صلاة التطوع
٥٩٥	باب التطوع قبل الفرض وبعده
٦٠٣	٦١٩ - فصل: إتمام التطوع بعد الإقامة
٦٠٦	٦٢٠ - فصل
٦٠٧	١٣ - باب صلاة الوتر
٦٠٩	٦٢١ - فصل: محل القنوت في الوتر
٦١٠	٦٢٢ - فصل: كيفية التكبير في القنوت
٦١٧	١٤ - باب السهو
٦٢٤	٦٢٣ - فصل: موقع سجود السهو
٦٣٦	باب الحدث في الصلاة
٦٤١	باب الاستخلاف
٦٤٧	فهرس الموضوعات



أسفار
لنشر تقييس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

✦ أهداف المشروع:

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي ، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق ، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد .

(٢) إيجاد الحلق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية ؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة ، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي ، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية .

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع ، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه ، ولو كان ناقصاً ؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها .

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية ، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية) ؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية . والثاني: مصادر مرجعية .

✦ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

✉ s.faar16@gmail.com

📧 @sfaar16

مكتبة
لنشر نفييس الكتب والرسانل العالمفة
دولة الكويت

مختصر الكرخي

تألف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادى الحنفى
(٥٤٢٨)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الثانى

شَيْخ

مختصر الكافي

حُقوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبْعَةُ الثَّانِيَّةُ

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

السَّفار

لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ

دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثني - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦

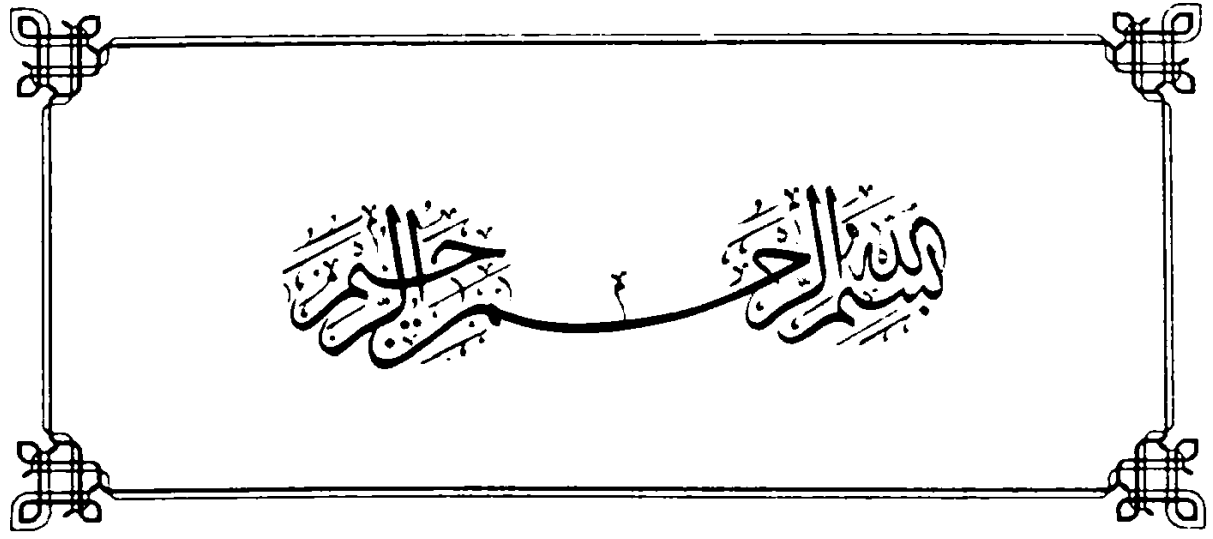
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول، تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦٥٥٧٧٦٥١٣٨

الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥٩٤٤٠٥٥٥٩

 z.zahby74@yahoo.com   [imamzahby](https://www.facebook.com/imamzahby)



بَابُ الْحَثِّ عَلَى الْجَمَاعَةِ



قال أبو الحسن: الجماعة عندنا سنة، ولا ينبغي تركها، ولا يرخص لأحد في التأخر عنها، ومن الناس من قال: إن الجماعة واجبة^(١).

والدليل على أنها سنة: أنها لو وجبت في الأداء، لوجبت في القضاء، كسائر شرائط الصلاة؛ ولأن النبي ﷺ قال: «صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة»^(٢)، فجعل الجماعة من صفة التفضيل، وهذا [المعنى] ينفي وجوبها.

وإنما قلنا: إنها سنة مؤكدة؛ لما قدّمنا من الخبر، وروى أن النبي ﷺ قال: «لقد هممت أن أمر رجلاً يصلي بالناس، ثمّ أنظر إلى قوم يتخلفون عن الصلاة، فأحرق عليهم بيوتهم»^(٣).

وأما إذا كان هناك عذر، فالأعذار تسقط الفروض، فأولى أن تسقط السنن.

قال: ولا تجب الجماعة على الأعمى عند أبي حنيفة وإن وجد قائداً، وقال

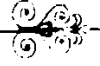
(١) قال العثماني: فنص الشافعي على أنها فرض على الكفاية وهو الأصح عند المحققين من أصحابه،

وقيل سنة وهو المشهور عنهم...، ومذهب مالك أنها سنة مؤكدة في الفرائض، وأوجبها الظاهرية...، وقال أحمد: هي واجبة على الأعيان، وليست شرطاً في صحة الصلاة... انظر:

رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١١٠؛ المجموع ٤/٨٦؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٨٣.

(٢) أخرجه البخاري (٦٤٥)، ومسلم ١: ٤٥٠ - ٤٥١ (٢٤٩، ٢٥٠)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) تقدم الحديث.



أبو يوسف ومحمد: تجب عليه إذا وجد قائداً.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لا يتمكن من مجيء الجماعة بنفسه، فصار كالزَّمن.

لهما: أنه يقدر على التوجه، وإنما لا يهتدي، فصار كالضال [للطريق].

وقال محمد: لا يجب [الجمعة] على المُقعد، ولا على المقطوع اليد والرجل [من خلاف]، (ولا على من حبسته الريح)، ولا على المفلوج الذي لا يستطيع المشي، وإن لم يكن بهم ألم [ووجع]، وكذلك المقطوع الرجل، والشيخ الكبير الذي لا يقدر على المشي، ليس على هؤلاء جمعة ولا جماعة؛ وذلك لأن هؤلاء لا يقدرون عليها إلا بمشقة زائدة على العادة، فصاروا كالمريض، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أربعة لا جمعة عليهم» وذكر المريض^(١).

قال: وإن زاد على واحد، فهي جماعة في غير جمعة، لما روي عن النبي ﷺ قال: «الاثنان فما فوقهما جماعة»^(٢).

(١) أخرجه محمد بن الحسن في «الآثار» (١٩٩) من حديث محمد بن كعب القرظي. وقد تقدم ما بمعناه في باب الجمعة.

(٢) رواه ابن ماجه (٩٧٢)، وعبد بن حميد (٥٦٧) وابن أبي شيبة في «المصنف» (٨٨١١)، وأبو يعلى في «مسنده» (٧٢٢٣)، من حديث أبي موسى، قال البوصيري: إسناده ضعيف. «مصباح الزجاجة» (٣٥٥).

ورواه الطبراني في «المعجم الأوسط» (٦٦٢٤) عن أبي أمامة، قال الهيثمي: وفيه مسلمة بن علي، وهو ضعيف. «مجمع الزوائد» (٢١٧٨).

والدارقطني في «سننه» (١٠٨٨) عن عبد الله بن عمرو.

واستدل لمعناه البخاري في «صحيحه» (٦٥٨)، بحديث مالك بن الحويرث، عن النبي ﷺ قال: «إذا حضرت الصلاة، فأذنا وأقيما، ثم ليؤمكما أكبركما».

قال: ولو صلى معه صبي يعقل الصلاة، كانت جماعة، لما رُوي عن أنس قال: «أقامني رسول الله ﷺ واليتيم وراءه»^(١)، فدل على أن الصَّبي في الجماعة كالرجل^(٢).

قال: وإن سها، أو نام، أو شغل أن يشهدا في جماعة، جمع بأهله في منزله، وإن صَلَّى وحده أجزاءه؛ وذلك لِمَا روي: «أن النبي ﷺ خرج ليصلح بين حيين من أحياء العرب، فجاء وقد قدّم الناس عبد الرحمن بن عوف، فمال إلى بيته، فجمع بأهله»^(٣).

وأما قوله: إن صَلَّى وحده أجزاءه؛ فَلِمَا ذكرنا أن الجماعة من صفات الفضيلة، فتركها [من عذر] لا يمنع الإجزاء^(٤).



(١) رواه البخاري (٣٨٠)، ومسلم ١: ٤٥٧ (٢٦٦).

(٢) في أ (كالبالغ).

(٣) أورده السرخسي في المبسوط ١/١٣٥؛ وابن عابدين في حاشيته ١/٥٥٣.

(٤) انظر: الأصل ١/١٤٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/٧٦ وما بعدها؛ القدوري ص ٨٢ وما بعدها.

بَابُ مَنْ أَحَقُّ بِالْإِمَامَةِ



قال أبو الحسن: أحق القوم بالإمامة أقرؤهم لكتاب الله تعالى، وأعلمهم بالسنة، فإن كان فيهم رجلان أو ثلاثة كذلك، فأكبرهم سنًا وأثبتهم صلاحًا.

والأصل في هذا: أن الواجب تقديم من يؤدي تقديمه إلى كثرة الجماعة؛ [١٠٨/ب] لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «صلاة الرجل مع الاثنين أفضل من صلاته مع الواحد، وصلاته مع الثلاثة أفضل من صلاته مع الاثنين، فكلما كثرت الجماعة، كان أفضل عند الله تعالى»^(١)، وتقديم الأفضل يؤدي إلى رغبة الناس في الائتمام به، وتقديم من دونه يؤدي إلى زهد الناس في الائتمام به.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يَوْمَ النَّاسِ أَقْرَأَهُمْ لِكِتَابِ اللَّهِ، فَإِنْ كَانُوا فِي الْقِرَاءَةِ سَوَاءً، فَأَعْلَمَهُمْ بِالسَّنَةِ، فَإِنْ كَانُوا فِي ذَلِكَ سَوَاءً، فَأَقْدَمَهُمْ هَجْرَةَ، فَإِنْ كَانُوا فِي ذَلِكَ سَوَاءً، فَأَكْبَرَهُمْ سِنًا»^(٢)، فاعتبر النبي ﷺ في التقديم الأفضل فالأفضل.

وقد قال أصحابنا: إن الأولى بالتقديم: الأعلم بالسنة إذا كان يحسن من

(١) أبو داود (٥٥٥)، والنسائي في «المجتبى» (٨٤٣)، أحمد (٢١٢٦٦)، وابن خزيمة (١٤٧٦) من حديث أبي بن كعب رضي الله عنه، نحوه.

(٢) أخرجه مسلم ١: ٤٦٥ (٢٩٠)، وأبو داود (٥٨٣)، والنسائي في «الصغرى» (٧٨٠)، والترمذي (٢٣٥)، وابن ماجه (٩٨٠) من حديث أبي مسعود الأنصاري.

القرآن ما يجزئ به الصلاة ، وذلك أن الصلاة تحتاج إلى السنن ما لا تحتاج إلى القراءة ؛ لأن القدر الذي يجزئ به الصلاة من القراءة يكفي في الإمامة ، والعالم بالسنة ينتفع به من أول الصلاة إلى آخرها ، فكان اعتبار العلم بالسنة أولى .

وإنما أمر رسول الله ﷺ بتقديم أكثرهم قرآناً ؛ لأن الناس في ذلك الزمان كانوا يتلقنون القرآن بأحكامه ، فكل من كثر قرآنه كثر علمه ؛ ولهذا حفظ عمر رضي الله عنه البقرة في اثنتي عشرة سنة (١) ، فأما الآن ، فإنهم يحفظون القرآن ولا يعلمون ما فيه ، فكان العالم بالسنة أولى .

فإذا تساوا في ذلك ، فأكثرهم قرآناً أولى للخبر ، فإذا تساوا في ذلك ، فأكثرهم سنناً في ذلك أولى ؛ لأن الناس يقدمون الأسن ، ويؤثرون الاقتداء به ما لا يؤثرون غيره ، فإذا تساوا في ذلك ، فأثبتهم صلاحاً وورعاً أولى .

وأما الهجرة ، فقد سقطت بعد الفتح ؛ فلذلك لم تعتبر في زماننا ، وأما في زمن النبي ﷺ ، فكان للمتقدم في الهجرة فضيلة ؛ فلذلك اعتبرها رسول الله ﷺ .

وقد قال أصحابنا: إن العالم بالسنة إذا كان غيره أروع منه ، فتقديم العالم أولى إذا كان ممن يجتنب الفواحش الظاهرة ؛ لأن الإمام مؤتمن في الصلاة ، والعالم بالسنة أقدر على حفظ الأمانة ، فكان أولى بمن زاد ورعه .

قال أبو يوسف: أكره أن يكون الإمام صاحب بدعة ، أو [صاحب] هوى ، وأكره للرجل أن يصلي خلفه ؛ وذلك لأن الناس يكرهون تقديم من كانت هذه صفته ، وقد بينا أن الأولى أن يقدموا من لا يكره الناس تقديمه ، فأما الفاسق ،

(١) أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» (١٨٠٥).



فتجوز الصلاة خلفه وتكره .

وقال مالك: لا تجوز^(١) .

لنا: ما روى مكحول: أن النبي ﷺ قال: « لا تُكفِّروا أهل ملتكم بالكبائر، الصلاة خلف كل إمام، والجهاد مع كل أمير، والصلاة على كل ميت»^(٢)؛ ولأن الفاسق محكوم بجواز صلاته، وكل من حكمنا بجواز صلاته في نفسه، حكمنا بجواز الاقتداء به، كالعدل .

وقال أبو يوسف: فإن كان أقرؤهم لكتاب الله تعالى يطعن عليه في دينه، لم يقدم؛ لأن تقديمه إنما هو لإتيان الناس الصلاة خلفه، فإذا طعنوا في دينه [١/١٠٩] زال هذا المعنى .

قال معلى عن أبي يوسف قال أبو حنيفة: لا بأس بأن يؤم الأعمى؛ وذلك لما روي: «أن النبي ﷺ استخلف ابن أم مكتوم على الصلاة»^(٣)، فدل على جواز إمامته، وقد قالوا: إن غيره أولى؛ لأن الأعمى لا يتجنب النجاسات في ثيابه، ولا يتوجه إلى القبلة بنفسه .

قال: ولا بأس أن يؤم ولد الزنا، وأكره إمامة العبيد، وكذلك قال أبو يوسف، وقال محمد: أحب إليّ أن يؤم غيرهم .

(١) على خلاف في المذهب . انظر: القوانين ص ٨٢ .

(٢) أخرجه بهذا اللفظ الدارقطني في «سننه» (١٧٦٦) عن مكحول، عن وائلة بن الأسقع مرفوعاً، وقال: أبو سعيد مجهول، ورواه ابن ماجه (١٥٢٥) مختصراً .

انظر: «نصب الراية» ٢: ٢٧ .

(٣) أبو داود (٥٩٥)، وأحمد في «مسنده» (١٣٠٠٠) من حديث أنس رضي الله عنه .

أما ولد الزنا؛ فلأنه عدل في نفسه، ولا ذنب له في معصية أبيه، فصار كغيره من الناس، والذي روي أن النبي ﷺ قال: «ولد الزنا شر الثلاثة»^(١)، فيحتمل شرهم نسباً، [إذ لا يثبت نسبه من أبيه]، وقد قيل: إنه في رجل بعينه، وقد أنكرت عائشة هذا الخبر على إطلاقه، وتلت قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(٢) [الأنعام: ١٦٤].

وإنما قال محمد: إن غيره أولى؛ لأنه يستخف به في العادة [ويعير]، ويكره الناس تقديمه، فيؤدي ذلك إلى تقليل الجماعة.

وأما العبد، فإن قدمه جاز؛ لما روي عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال: (أعرست، فاتخذت وليمة ودعوت جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ فيهم أبو ذر، فأجابوني، فلما حضرت الصلاة، تقدم أبو ذر، فقالوا له: أتؤمه في بيته، فقدموني، فصليت بهم)^(٣)، وإنما كره تقديمه؛ لأن الناس يكرهون الصلاة خلفه؛ لنقصان قدره ومنزلته في نفوسهم^(٤)، فيؤدي ذلك إلى تقليل الجماعة.

وأما الأعرابي، فقد ذكر في الآثار عن إبراهيم: أنه يجوز تقديمه إذا كان عالمًا بأمر الصلاة^(٥)؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٥٩)؛ والنسائي في «الكبرى» (٤٩٠٩)، وأحمد في «مسنده» (٨٠٩٨)، والحاكم في «المستدرک» (٢٨٥٣)، وقال: «صحيح على شرط مسلم»، ووافقه الذهبي.

(٢) الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٩١٠)، والحاكم في «المستدرک» (٢٨٥٥)، والبيهقي في «الكبرى» ١٠: ٨٥.

(٣) ابن أبي شيبة في «المصنف» (٦١٦٠)، وابن المنذر في «الأوسط» (٢٠٨٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٣: ٦٧.

(٤) في أ (عندهم).

(٥) رواه محمد في «الآثار» (٩٢)، وعبد الرزاق (٣٨٣٨)، وابن أبي شيبة (٦١٤٠) بمعناه.



الْآخِرِ ﴿التوبة: ٩٩﴾؛ ولأن الأعرابي قد يكون عالمًا بالسنة ، فيصير كغيره من الناس .
وإنما قالوا: إن غير الأعرابي أولى ؛ لأن الغالب في الأعراب الجهل
بالسنن ؛ لقوله تعالى: ﴿الْأَعْرَابُ أَشَدُّ كُفْرًا وَنِفَاقًا﴾ الآية [التوبة: ٩٧] .

وقال أبو حنيفة: لا يؤم الغلام حتى يبلغ أو يحتلم ، والبلوغ: ثماني عشرة
سنة ، وهو قول زفر ، وقال أبو يوسف: حتى يحتلم أو يبلغ خمس عشرة سنة ،
وإن أم قبل ذلك لم يجزئهم ، وهو قول محمد .

أما إمامة الصبي ، فلا يجوز عندنا ، وقال الشافعي: يجوز^(١) .

لنا: أن الصبي لا يجب عليه الصلاة ، فأكثر أحواله أن يكون متنفلًا بها ،
والمفترض لا يجوز أن يصلي خلف المتنفل عندنا ؛ ولأن صلاته أنقص من
النافلة ؛ بدلالة أنه لا يستحق الثواب بأفعاله ، فإذا لم يجز للمفترض أن يصلي
خلف المتنفل ؛ فلأن لا يجوز خلف الصبي أولى ؛ ولأنه لا يعتد به في عدد
المؤتمين في الجمعة ، فلا تجوز إمامته فيها كالمرأة .

فأما إذا احتلم ؛ فلأن العبادات تجب عليه بالاحتلام ؛ بدلالة قوله ﷺ:
«رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم»^(٢) ، وإذا وجبت عليه العبادات ،
صار كالرجل .

فأما إذا تأخر الاحتلام ، قال أبو حنيفة: حدّ البلوغ بالسنين ثماني عشرة
[١٠٩/ب] سنة في الغلام ، وسبع عشرة سنة في الجارية ، وقالوا: خمس عشرة فيهما .

(١) انظر المنتهاج: ص ١٢٠ .

(٢) تقدم الحديث .

وروي عن أبي حنيفة: في الغلام تسع عشرة سنة، ومعناه: أنه طعن فيها،
وروي عن محمد أنه قال بالرقّة: في الغلام خمس عشرة سنة، وفي الجارية تسع
عشرة سنة.

وجه قول أبي حنيفة: أن الأصل في البلوغ الاحتلام؛ بدلالة قوله تعالى:
﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: ٥٩]، فظاهر الآية يقتضي
تعلق الحكم بالاحتلام، إلا ما قام عليه الدليل، وكذلك قوله ﷺ: «رفع القلم
عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم»؛ ولأن العادة [جرت] بأن بلوغ الغلام
والجارية يختلف، [والعادة: أن يتقدم] بلوغ الجارية، والتسوية بينهما في زمان
البلوغ مخالف للعادة، والعادة أمر مقطوع به، فلا يترك بالظن؛ ولأن الخمس
عشرة ليست بسبب لتعلق الزكاة بماله، فلم تكن مدة البلوغ كالأربع عشرة.

وإنما قدر أبو حنيفة ذلك بثمانية عشرة؛ لما روي أن النبي عليه الصلاة
قال: «أبما صبي حجّ ولو عشر حجج ثم بلغ، فعليه حجّة الإسلام»^(١)، وأقل ما
يمكن الصّبي أن يحج فيه بنفسه إذا كان له سبع سنين أو ثمان، وقد أثبت له عشر
حجج، ثم البلوغ، فدل على أن البلوغ يكون في ثمانية عشرة.

وجه قولهما: ما روي في حديث ابن عمر قال: «عرضت على رسول الله
ﷺ في يوم أُحُدٍ وأنا ابن أربع عشرة سنة، فردّني ولم يرني بلغت، وعرضت
عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني»^(٢).

(١) رواه الحاكم في المستدرک (١٧٦٩)، وصححه على شرط الشيخين، والبيهقي في سننه ٤: ٣٢٥
وقال: تفرد برفعه محمد بن المنهال، ورواه غيره موقوفاً وهو الصواب.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٦١) وقال: حديث حسن صحيح؛ وابن ماجه (٢٥٤٣)؛ والشافعي في
السنن المأثورة ١/٤٣٩؛ والبيهقي في الكبرى ٨/٢٦٤؛ والدارقطني ٤/١١٥.



والجواب: أن هذا خبر مضطرب ، فروي عنه أنه قال: «عرضت يوم بدر وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فردني» ، وبين بَدْر والخندق أكثر من سنتين ، وقد قيل: بين أُحُدٍ والخندق أكثر من سنة ؛ ولأن الإجازة المذكورة إنما هي للقتال ، وذلك يتعلق بالجلادة والقوة لا بالبلوغ ؛ بدلالة أن الشيخ الهرم لا يجاز لعدم الجَلَد ، والغلام المراهق يجاز إذا كان مقاتلاً .

وقد روي: «أن سمرة ورافعاً عرضا على النبي ﷺ ، فأجاز سمرة وردّ رافعاً ، فقال زوج أمه: أجزت سمرة ورددت ابني ، ولو صارعه لصرعه ، فأمرهما أن يتصارعا ، فصرعه رافع ، فأجازه رسول الله ﷺ» ، فدَلَّ على أن الإجازة في القتال تقف على الجَلَد . وقول ابن عمر أنه: «ردني ولم يرني بلغت» ، يعني حد القتال ، وذلك لا تعلق له بالبلوغ .

وأما الذي روي عن محمد فهو غلط ؛ لأن بلوغ الجارية يتقدم في العادة ، فلا يجوز أن يقدر بأكثر من مدة بلوغ الغلام ، ويجوز أن يكون محمد ذكر بلوغ الغلام من مذهبه ، وبلوغ الجارية على مذهب أبي حنيفة ، فاشتبه على السامع [ذلك لنقله] .



بَابُ مَقَامِ الْإِمَامِ وَالْمَأْمُومِ وَكَيْفَ يَصِفُونَ

قال أبو الحسن: إذا كان مع الإمام رجل [أ/١١٠] واحدٌ، أو صَبِيٌّ يعقل الصلاة، قام عن يمينه؛ وذلك لما رَوَى ابن عباس قال: «بُتُّ عند خالتي ميمونة، فانتبه رسول الله ﷺ، في بعض الليل، فسمعتَه يقول: نامت العيون، وغارت النجوم، وبقي الحي القيوم، ثم نام وانتبه فقالها ثانياً، وقام إلى سِنَاقِ القربة، ففتحها وتوضَّأَ وقام يصلي، فقامت فوقفت على يساره، فأخذ بذواقتي وأدارني عن يمينه»^(١)، فدلَّ أن الواحد إذا كان مع الإمام يقف عن يمينه.

قال: وإن كان معه اثنان، قاما خلفه. وروي عن ابن مسعود: «أنه صلى بعلقمة ومسروق، فأقام أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره»^(٢).

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «الاثنان فما فوقهما جماعة»^(٣)، وروي في حديث أنس: «أقامني رسول الله ﷺ واليتيم وراءه، وأقام أم سليم خلفنا»^(٤).

قال: وكذلك إن كان أحدهما صبياً؛ لحديث أنس: «أن رسول الله ﷺ أقامه

(١) أخرجه البخاري (١٣٨) ومواضع أخرى؛ ومسلم (٧٦٣).

(٢) رواه محمد في كتاب الآثار لكن (بعلقمة والأسود) ص ١٨.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ٣٧١/٤؛ وابن ماجه (٩٧٢)؛ والبيهقي في الكبرى ٦٧/٣؛ والدارقطني ٢٨٠/١؛ «ورواه الطبراني في الأوسط وفيه مسلمة بن علي وهو ضعيف». مجمع الزوائد ٤٥/٢.

(٤) أخرجه البخاري (٣٧٣)؛ ومسلم (٦٥٨).



واليتيم ورائه، وأقام أم سليم خلفهما»، فدلَّ على أن للصبي مقامًا في الصف .
قال: وإن كان معه رجل وامرأة، أقام الرجل عن يمينه، والمرأة خلفه، وإن
كان رجلان وامرأة، أقام الرجلين خلفه، والمرأة وراءهما، ولا تصف النساء مع
الرجال .

وصفوف النساء خلف صفوف الرجال؛ لما روي في حديث أنس: «أن
النبي ﷺ أقامه واليتيم ورائه، وأقام أم سليم خلفهما»، وروي أنه قال في النساء:
«أخروهن من حيث أخرن الله»^(١)، وقال: «خير صفوف الرجال أولها، وشرها
آخرها، وخير صفوف النساء آخرها، وشرها أولها»^(٢).

قال: ومن صَلَّى من الرجال خلف صفوف النساء، فصلاته فاسدة، وكذلك
إن كانت صفوف الرجال خلف صفوف النساء، فسدت صلاة الرجال كلهم .

والأصل في فساد صلاة الرجال خلف صفوف النساء قوله ﷺ: «أخروهن
من حيث أخرن الله»، والأمر بتأخيرهن نهي عن الصلاة إلى جانبهن وخلفهن،
والنهي يقتضي فساد المنهي عنه؛ ولأنه قام منها مقام الائتتمام في صلاة ذات
أركان اشتركا فيها، فصار كما لو صليا خلف إمام، فأحدث، فقدمها واقتدى بها
المؤتم .

وإنما قلنا: إن الصف من النساء يقطع صلاة الصفوف التي خلفه؛ لما روي

(١) قال ابن حجر: «لم أجده مرفوعاً وهو عند عبد الرزاق والطبراني من حديث ابن مسعود موقوفاً»
الدراية ١٧١/١؛ «والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود» كما في الأسرار المرفوعة لملا علي
قاري ٨٧/١ .

(٢) أخرجه مسلم (٤٤٠) وغيره .

عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس مع الإمام من كان بينه وبين الإمام نهر، أو طريق، أو صف من نساء»^(١).

قالوا: وإن صلت امرأة في صف الرجال، أفسدت صلاة مَنْ عن يمينها وشمالها وخلفها بحيالها؛ وذلك لأن كل واحد منهم قام منها مقام الائتتمام، وأما مَنْ يلي مَنْ عن يمينها، فقد حال بينه وبينها غيره، فصار كما لو حال بينهما جدار فلا تفسد صلاته.

وقد قالوا: إن المرأة منهيّة عن التقدم على الرجال، [١١٠/ب]، والرجل منهي عن التأخر عنها، وإن تأخر فسدت صلاته، وإن تقدمت لم تفسد صلاتها؛ لأن النهي في حق الرجل مختص بصلاته، والنهي في حق المرأة مختص بها؛ بدلالة أن كل واحد منهما منهي، وقد خص النبي ﷺ الرجل بالخطاب، وقال: «أخروهنّ»، ولم يخاطبهن بالتأخير.

قال: وإذا جاء الرجل والإمام في الصلاة، فينبغي أن يقوم بحيث يكون أقرب إلى الإمام، فإن كان ذلك سواء، قام عن يمين الإمام، وكلما قرب إلى الإمام فهو أفضل؛ لقوله ﷺ: «خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها»^(٢)، وقال: «ليليني منكم أولوا الأحلام والنهي»^(٣)، وإذا تساوت المواضع فيمين الإمام أولى؛ لأن النبي ﷺ كان يستحب في الأمور التيامن.

(١) أورد نحوه ابن مفلح في النكت والفوائد السنية عن عمر موقوفاً ١٢٣/١.

(٢) أخرجه مسلم (٤٤٠) وغيره، من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٢٢٢/٤؛ المقدسي في المختارة ٢٩٠/٥؛ وأبو نعيم في المسند

المستخرج على صحيح مسلم ٥٦/٢؛ وأبو عوانة في مسنده ٣٨٢/١؛ وابن أبي شيبة في مصنفه



قال: وينبغي للقوم إذا قاموا في الصّف أن يتراصّوا، ويسدوا الخلل، ويسوّوا بين مناكبهم؛ لما روي: «أن النبي ﷺ قال: «تراصّوا، وألصقوا المناكب بالمناكب، والكعاب بالكعاب»»^(١).

قال: وينبغي لمن جاء إلى الصلاة أن يجيء وعليه السكينة والوقار؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «إذا أتيتم الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون، وأتوها وعليكم بالسكينة والوقار، فما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا»^(٢).

قال: فإن كان الإمام راعياً، فليصل ما أدرك وليقض ما فاته؛ لأن المدرك للركوع مدرك للركعة، فوجب أن يشارك الإمام فيها، ويقضي ما سبقه منه^(٣).



(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ١/٢٩٤؛ والدليمي في الفردوس ٢/٢٥٣.

(٢) أخرجه البخاري (٦٠٩)؛ ومسلم (٦٠٢) بلفظ (فأتموا)؛ وابن حبان ٥/٥١٧؛ وابن خزيمة في صحيحه ٣/١٣٦ بلفظ (فاقضوا).

(٣) انظر: الأصل ١/١٥٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١/٦٤٩ وما بعدها، ٢/٦٢ وما بعدها؛ القدوري ص ٧٧ وما بعدها.

بَابُ الذِّكْرِ فِي الصَّلَاةِ

—•••••—

قال أبو الحسن: ذُكِرَ اللهُ تعالى في الصلاة [كلها] في مواضع المسنون فيها حسن مرغّب فيه، وليس بفرض، وتعمد تركه مكروه، وتركه لا يفسد الصلاة عمداً كان أو سهواً؛ وذلك لأن الواجب في الصلاة من الأذكار: التحريمة، والقراءة، وما سواهما مسنون عندنا، وترك المسنونات مكروه، وهذه الأذكار إنما [يراد] بها الاستفتاح، وهو ذكر مسنون بلا خلاف، وتركه لا يفسد الصلاة.

وتكبيرات الركوع والسجود، (وهي غير مقصودة لأنفسها، وإنما تفعل علماً للانتقال، فتركها لا يفسد، وتسبيحات الركوع والسجود)^(١)، تركها لا يفسد [الصلاة].

ومن أصحاب الحديث من قال: إنها واجبة؛ والدليل على ذلك قوله ﷺ: «ثم اركع حتى تطمئن راکعاً، ثم ارفع حتى تطمئن قائماً، ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً»^(٢)، ولم يذكر التسبيح؛ ولأنه ذكر في الصلاة من غير القرآن [فهو] كما زاد على ثلاث تسبيحات.

وأما التشهد فهو مسنون عندنا، وقال الشافعي: التشهد الأخير واجب، وكذلك الخلاف في الصلاة على النبي ﷺ^(٣)، وقد قدمنا ذلك.

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) أخرجه البخاري (٧٢٤) ومواضع أخرى؛ ومسلم (٣٩٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) انظر: الأم ص ٩١؛ وقال النووي في المنهاج: «فالتشهد وعوده إن عقبهما سلام، فركنان» ص ١٠١.



قال: وإذا عرض له شيء في صلاته، فذكر الله تعالى لذلك: وإن كان أراد بذلك خطاب إنسان أو زجره عن فعل أو أمره به، فسدت صلاته، إلا [١/١١١] أن يكون ذلك عرض للإمام فيسبح به، أو يذكر الله تعالى، فهو إصلاح^(١) لصلاته وصلاة الإمام، فإن ذلك لا بأس به.

أما إذا سبَّح يريد [به] خطاب الغير، أفسد صلاته، إلا أن يكون تنبيهًا للإمام أو إعلامًا لمن يكلمه أنه في الصلاة، حتى لا يشغله عنها.

وقال أبو يوسف: التسبيح لا يفسد الصلاة على كل حال.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: ما روي: «أن رجلاً عطس في صلاته، فشتمته معاوية بن الحكم، فرمقه الناس بأبصارهم، فقال: وا ثكل أماء، فضربوا بأيديهم على أفخاذهم، قال: فلما صَلَّى ﷺ دعاني فما كهرني ولا جبهني، ولكن علمني، فقال لي: «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هي دعاء وتسبيح وقراءة القرآن»^(٢)، ومعلوم أن قوله: «يرحمك الله» ذكر الله تعالى، إلا أنه خاطب به آدميًا، فأخبر ﷺ أنه لا يصلح في الصلاة؛ ولأن الصلاة تشتمل على أفعال وأذكار، ثم كان في الأفعال الموضوعه فيها ما يفسدها إذا وقع على بعض الوجوه، فكذلك الأذكار الموضوعه فيها، يجوز أن يفسدها.

وجه قول أبي يوسف: أن النبي ﷺ لم يأمر معاوية بن الحكم بإعادة الصلاة.

وأما إذا سبَّح بالإمام عند سهوه، فهذا الذكر إنما يقصد به إصلاح صلاته،

(١) في أ (استصلاح).

(٢) أخرجه مسلم (٥٣٧) بلفظ: (ولا ضربني ولا شتمني...) من حديث معاوية ابن الحكم السلمي.

(فصار كالأذكار الموضوعة في الصلاة، فإنما يقصد بذلك إصلاحها)^(١)، فكأنه سَبَّحَ به في موضع التسبيح.

قال: ولا ينبغي أن يسبح بالإمام إذا قام في الاثنتين؛ لأنه إذا صار في ذلك إلى القيام أقرب، لم يجز له الرجوع، فلا فائدة في التسبيح.

قال: ولا بأس أن يفتح على الإمام؛ لما روي عنه عليه السلام: «أنه قرأ سورة فاشتبهت عليه، فلما صَلَّى قال: «أفيكم أُبَيٌّ؟» قيل: نعم، قال: «ما منعك أن ترد علي؟»، قال: ظننت أنها قد نسخت»^(٢)، وعن علي أنه قال: «إذا استطعمك الإمام فأطعمه»؛ ولأن هذا يؤدي إلى إصلاح الصلاة؛ لأن القراءة إذا اختلطت على الإمام تعذر عليه المضي.

فإن فتح على غير الإمام مِمَّنْ هو معه في الصلاة، أو خارج عنها، أفسد ذلك صلاته؛ لأنه ملقن غيره القرآن في صلاته، لا لإصلاحها، فصار كالمعلم إذا عَلَّمَ القرآن في صلاته.

قال: وإن أن في صلاته أو تأوّه، فإن كان ذلك لذكر الجنة أو النار، فصلاته تامة، وإن كان ذلك لوجع أو مصيبة، فسدت صلاته.

وقال أبو يوسف: لا يفسد ذلك صلاته ما لم يقل: «أوه»، ولو قال ذلك، فقد تكلم، من وجع كان ذلك أو من ذكر جنة أو نار.

وقال محمد في الأنين: إن لم يملك ذلك من وجع، فصلاته تامة، أما إذا

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) أورد نحوه الرازي في علل الحديث وقال مرسل ٧٧/١.



تأوه من ذكر الجنة أو النار ، فهذا ممدوح عليه ، وقد قال الله تعالى في إبراهيم: ﴿لَأَوَّاهٌ حَلِيمٌ﴾ [التوبة: ١١٤] ، قيل في التفسير: إنه التأوه في الصلاة ؛ ولأن التأوه لذكر الجنة كالتصريح بمسألتها، [١١١/ب] ، والتأوه من النار ذكر كالتصريح (بالاستعاذة منها ، وذلك لا يفسد الصلاة ، وأما إذا كان من وَجَعٍ أو مصيبة ، فالتأوه منها) كالتصريح بها ، ولو صرَّح بذكرها ، فسدت صلاته .

وأما أبو يوسف فقد قال: إذا لم يتبين الحروف ، فالتأوه كالتنحج والتنفس الذي لا يخلو الناس منه ، فلا يفسد صلاته ، فإذا بينت الحروف فهو كلام يحترز منه ، فيفسد الصلاة .

وأما محمد فقال في الأنين: إذا لم يقدر على دفعه من التوجع ، لم يفسد صلاته ؛ لأنه لا يمكن التحفظ منه ، فصار كالتنحج .

قال: وقالوا: كل دعاء في الصلاة لا ينافي القرآن وما أشبهه ، فإنه لا يفسد الصلاة ، [وما أشبه حديث الناس ، فإنه يفسدها] ، وقال الشافعي: كل دعاء مباح لا يفسد الصلاة ، [وقد بينا ذلك] ^(١) .

لنا: قوله ﷺ لابن مسعود: «ثم اختر من أطيب الكلام ما شئت» ^(٢) ، فدلّ على أن في الدعاء ما يستطاب وما لا يستطاب ، وروي: «أن سعداً سمع ابنه يدعو في صلاته ، فقال: إياك والاعتداء في الدعاء ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سيكون من أمتي قوم يعتدون في الدعاء» ، وتلا قوله: ﴿ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [الأعراف: ٥٥] ، ثم قال: «إنما يكفيك أن تقول: اللهم

(١) انظر: مختصر المزني ص ٥١، ١٦؛ المهذب ٢/٢٦٧ .

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٩/٢٣٠؛ عون المعبود ٨/٣٥٢ .

إني أسألك الجنة وما قرب إليها من قول وعمل ، وأعوذ بك من النار وما قرب إليها من قول وعمل» ؛ (ولأن الدعاء إذا أشبه كلام الناس أزال هيئة الصلاة ، فصار كأنواع الكلام) ^(١) .

قال: ولا ينبغي أن يسلم على المصلي وهو في الصلاة ، فيشغله عنها ، ولا ينبغي للمصلي أن يرد بإشارة ، ولا بغير ذلك .

أما السلام عليه ، فإن ذلك يشغل قلبه عن صلاته ، فلا ينبغي أن يتعرض لذلك ، وأما الرد ^(٢) ، فلا يجوز أن يرد بالقول ولا بالإشارة ؛ لما روي عن ابن مسعود أنه قال: «خرجنا إلى الحبشة ، وبعضنا يسلم على بعض في صلاته ، فلما قدمت ، رأيت النبي ﷺ في الصلاة ، فسلمت عليه ، فلم يرد علي ، فأخذني ما قدم وما حدث ، فلما سلم قال: «يا ابن أم عبد ، إن الله تعالى يحدث ما يشاء ، وإن مما أحدث أن لا يتكلم في الصلاة» ^(٣) ، وقوله: «لم يرد علي» ، دليل على أنه لم يرد [عليه] بالقول ولا بالإشارة ؛ ولأنه إن رد بالقول كان متكلماً ، وإن رد بالإشارة فقد قال ﷺ: «كفوا أيديكم في الصلاة» .

والذي روي: «أن رسول الله ﷺ خرج إلى قباء ، ووقف يصلي ، فجاءت الأنصار فجعلوا يسلمون عليه ، فقيل لبلال: هل كان يرد عليهم؟ قال: كان يشير بيده» ، فيحتمل أن يكون أشار يُعلمهم أنه في الصلاة ، ويكفهم عن السلام .

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في أ (رد السلام) .

(٣) أخرجه البيهقي في القراءة خلف الإمام ١١٨/١ ؛ وقال ابن مفلح: «أخرجه أحمد والنسائي وأبو داود والبيهقي» الآداب الشرعية ٣٥٤/١ .



قال: ولو مرَّ المصلي في قراءته بآية فيها ذكر الموت أو النار، فوقف عندها وتعوذ بالله من النار، أو استغفر الله، [جاز]، وذلك [١/١١٢] في التطوع، فهذا حسن؛ لما روي في حديث حذيفة: (أَنَّ صَلَّى بِصَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِاللَّيْلِ رَكَعَتَيْنِ، فَقَرَأَ فِي إِحْدَاهُمَا الْبَقْرَةَ، وَفِي الثَّانِيَةِ بِالنِّسَاءِ، فَمَا مَرَّ بِآيَةٍ فِيهَا ذِكْرُ الْجَنَّةِ إِلَّا وَقَفَ وَسَأَلَهَا، وَلَا ذِكْرَ النَّارِ إِلَّا اسْتَعَاذَ مِنْهَا)^(١).

وقد قالوا: إن الإمام في الفرائض لا يفعل ذلك؛ لأنه لا يخلو إما أن يستوفي القراءة المسنونة، فيقف عند ذكر الجنة والنار، فيطوّل القيام على المؤمنين، وقد قال ﷺ: «مَنْ صَلَّى بِقَوْمٍ، فَلْيَصِلْ بِهِمْ صَلَاةَ أَوْعَفِهِمْ»^(٢)، وإن قصر عن مسنون القراءة، فاستيفاء القراءة [المسنونة] أفضل من الدعاء.

قال: وينبغي للمأموم أن يستمع القراءة وينصت؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾ [الأعراف: ٢٠٤]، وقيل: إنها نزلت فيمن [كان] خلف الإمام^(٣).

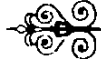


(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه مختصراً ٣٣٨/٦؛ قال عبد الهادي الحنبلي في تنقيح تحقيق

أحاديث التعليق: «رواه مسلم وأصحاب السنن الأربعة من حديث جماعة عن الأعمش» ٤٦١/١.

(٢) أخرجه الإسماعيلي في معجم شيوخ أبي بكر الإسماعيلي ٤٧٧/١.

(٣) انظر: الأصل ١٧٤/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥٧٤/١ وما بعدها؛ القدوري ٧٠.



بَابُ

ما يغير فرض المصلي في الصلاة



قال أبو الحسن: إذا افتتح الصلاة متيمم، فرأى الماء، استقبل الصلاة؛ لأن الوضوء يجب عليه بسبب سابق للتحريم، ألا ترى أنه لا يجوز تركه مع القدرة عليه، فإذا زال العذر في خلال الصلاة، استند ذلك إلى حال الابتداء، فصار مؤدياً لجزء من الصلاة مع الحدث، فتبطل صلاته.

وكذلك العريان إذا وجد ثوباً؛ لأن فرض الستر مقدم على التحريم، فإذا قدر عليه استند ذلك إلى الابتداء، فكأنه أدى الصلاة عارياً مع القدرة [على الستر].

وكذلك الماسح على الخفين إذا انقضى وقت مسحه؛ لأن غسل الرجلين يجب عليه بسبب متقدم [على] التحريم، وإنما كان رخص له في ترك ذلك للعذر، فإذا زال العذر بانقضاء الرخصة، وجب غسل الرجلين بسبب متقدم، فمنع من جواز ما مضى من الصلاة.

وكذلك الأُمِّيُّ إذا تعلم السورة؛ لأن فرض القراءة كان عليه قبل الدخول، ألا ترى أنه كان لا يجوز تركه لو قدر عليه، فإذا قدر في الثاني، استند ذلك إلى حال الابتداء، فكأنه صَلَّى بغير قراءة وهو قادر عليها.

وكذلك من تذكَّر أن عليه صلاة قبل التي دخل فيها؛ لأن فرض الترتيب واجب مع الذكر، ولو تذكر هذه الصلاة ابتداءً منع ذلك من الافتتاح، وإنما حكمنا



بجواز ذلك للنسيان ، فإذا تذكَّر قبل سقوط الفرض ، فكأنَّه تذكَّر في الابتداء .

وعلى هذا ، إذا افتتح يومئ لمرض ، ثم زال ذلك المرض ؛ لأن فرض الركوع والسجود كان سابقاً للتحريم ، فإذا وجب عليه استند الوجوب إلى ما تقدم ، فكأنَّه صَلَّى بالإيماء مع القدرة .

وكذلك [١١٢/ب] إذا خرج وقت الجمعة ، استأنف الظهر ؛ لما قدمنا: أن من شرط الجمعة بقاء الوقت .

فإذا حدثت هذه المعاني بعدما قعد قدر التشهد ، أو بعد ما سَلَّمَ وسجد للسهو ، استقبل عند أبي حنيفة ، ولم يستقبل عندهما ؛ وهذا قد قدمناه في باب التيمم ، وليس هذا عندهم كالأمة إذا أعتقت في خلال الصلاة ورأسها مكشوف ، أنها تأخذ القناع وتبني ؛ لأن هذا الفرض لزمها في الحال ، ولم يستند إلى معنى سابق ؛ بدلالة أنها كانت تفتتح الصلاة بغير قناع^(١) مع القدرة [في الابتداء] ، وإذا لزمها الفرض في الحال ، فقد فعلت ، فلم يجب عليها الاستقبال .

قال: وإذا صَلَّى على غير طهارة وهو لا يعلم ، أو تَوَضَّأ بماء نجس ، أو كانت عورته مكشوفة في الصلاة ، أو صَلَّى فريضة قبل وقتها وهو لا يعلم حتى خرج منها ، فعليه الإعادة ؛ لأنه انتقل من شكٍّ إلى يقين ، فكان عليه أن يأخذ باليقين ، كالحاكم إذا حكم بالاجتهاد ثم ظهر له نص ؛ ولأن الصلاة لا تجوز على هذا الوجه ، فحال^(٢) الجهل والنسيان لا يكون عذراً فيه^(٣) .

(١) في أ (مكشوفة رأسها) .

(٢) في أ (بحال النسيان والجهل) .

(٣) انظر: الأصل ١٠٦/١ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٣٠/١ وما بعدها ؛ القدوري ص ٥١ .

بَاب

لزوم الفرض بخروج الوقت



[قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى]: الأصل في هذا الباب: أن وجوب الصلاة يتعلق بآخر الوقت ، وأول الوقت سبب [في الأداء] ، هكذا كان يختار الشيخ أبو الحسن ، ويستدل عليه بمذاهبهم .

وكان ابن شجاع يقول: بأن الوجوب يتعلق بأول الوقت وجوباً موسعاً ، ويتضيق بآخر الوقت ، وعلى هذا ، كل عبادة مؤقتة يتسع وقتها لأداء مثلها .

وجه قول أبي الحسن: أن المكلف في أول الوقت مخير بين فعل الصلاة وتركها لا إلى بدل ، وهذا صفة النفل .

ولا يجوز أن يقال: إنه تركها إلى بدل: وهو العزم على فعلها في آخر الوقت ؛ لأن العزم لو قام مقام الفعل ، لساواه في جهة المصلحة ، ولو كان كذلك ، لسقط به الفرض ، وفي علمنا أن الفرض لا يسقط بالعزم ؛ دليل على أنه لا يقوم مقام الفرض .

ولا يجوز أن يقال: إن ما يفعل في آخر الوقت بدل عنها ؛ لأن هذا البديل متروك في أول الوقت ، فقد ترك في أول الوقت الفعل وبدله من غير عذر ، فدلّ على أنه لا يجب فيه ، وإن بدله بفعل في وقت ثانٍ يدل على الوجوب في الجملة ، والخلاف في الوجوب في وقت معيّن ؛ ولأن كل صلاة جاز تأخيرها عن الوقت من غير عذر ، فليست بواجبة فيه ، كصلاة العصر يوم عرفة في وقت الظهر .

وجه قول ابن شجاع رحمه الله تعالى: أن المؤدّي في أول الوقت يقع موقع الفرض، فلو لم يكن الوجوب قد حصل، لم يقع المفعول موقع الواجب، إلاّ أنّه خيّر بين الفعل في أول الوقت، وبين ما [1/113] بعده؛ فلذلك لم يأثم بتركه وتأخيره.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن وقوع الفعل موقع الإجزاء لوجود سببه لا يدل على الوجوب، كالزكاة قبل الحول، والتكفير قبل الحنث [حيث جاز].

وقد اختلفت الحكاية عن أبي الحسن فيما يفعل المصلي في أول الوقت، فحكي عنه: أنه يقع واجباً، فكأنّ الوجوب عنده يتعلق بحضور آخر الوقت، أو باختيار المكلف للفعل، وليس يمتنع أن لا يجب على الإنسان الفعل، ويتعين وجوبه بدخوله فيه، كما يتعين عليه وجوب النافلة بالدخول فيها.

وقد حكي عنه: أن المفعول في أول الوقت مراعى لا يقطع بأنه واجب، ولا نفل، فإن حضر آخر الوقت والمكلف من أهل الوجوب، حكمنا أن الفرض ما كان قد قدّمه وصار المفعول واجباً، فإن حضر آخر الوقت وليس هو من أهل الوجوب، حكمنا أن المقدم نافلة.

وحكي عنه: أن المفعول^(١) في أول الوقت نافلة، إلاّ أن الله تعالى يسقط بها الفرض في آخر الوقت، وهذا غير ممتنع، كمن تصدق بجميع ماله بعد وجوب الزكاة، لا ينوي بذلك الزكاة، سقط عنه الفرض بنية النفل، وهذا أضعف الأقوال عن أبي الحسن رحمه الله تعالى.

(١) في أ (المقدم).

٦٢٤ - فَصْل: [الوجوب متعلق بآخر جزء من الوقت]

ثم اختلف أصحابنا في حكم آخر الوقت، فقالوا: إن الوجوب متعلق بمقدار التحريم من آخر الوقت، وحكي عن زفر رضي الله عنه: أن الوجوب يتعين إذا بقي من الوقت مقدار ما يؤدّي فيه الصلاة.

والصحيح ما حكي عن زفر، ويجب أن يكون قولهم جميعاً؛ لأنه إذا بقي هذا القدر من الوقت، تعين عليه وجوب الفعل، ولحقه المأثم بالتأخير، فدل على أن الفرض قد وجب عليه، فكيف يقول إن الفرض لا يجب عليه حتى يبقى مقدار التحريم، وهو منهي عن تأخير الصلاة^(١) إلى ذلك الوقت، وكيف يوجب الله تعالى فعل أربع ركعات في مقدار التحريم، وذلك تكليف ما لا يطاق.

وإنما أراد أصحابنا بقولهم: أن الفرض يتعين في مقدار التحريم، أي: أنه إذا بقي مقدار هذا القدر من الوقت، يلزمه أن ينوي الأداء ولا ينوي القضاء، وتجب الصلاة على الحائض إذا [أدركت الوقت] طهرت، ويتغير فرض المسافر إذا [نوى الإقامة]^(٢) فيه.

فإذا ثبت هذا، قال أبو الحسن: الأصل في هذا: أن يعتبر آخر الوقت، قليل بقي منه أو كثير إذا كان مقدار ما يفتح فيه الصلاة، فإن كانت امرأة حائض طهرت في آخر وقت الظهر، أو مسافر قدم^(٣)، أو صبي بلغ، أو كافر أسلم، أو مجنون أفاق، أو مغمى عليه [أفاق]، فعليهم جميعاً صلاة الظهر، ويصلي المقيم أربعاً.

(١) في أ (تأخير العصر وغيرها).

(٢) في ب (إذا أفاق)، والمثبت من أ.

(٣) في أ (أقام).

وإن كانت طاهراً حاضت في آخر الوقت ، أو مقيماً سافر ، أو رجلاً ارتد في وقت الظهر ، فلا قضاء على الحائض ، ولا على المرتد لصلاة الظهر ، ويصلي المسافر ركعتين .

وكذلك إن جُنَّ في آخر الوقت ، [١١٣/ب] أو أغمي عليه ، فمضت عليه ست صلوات ، فلا قضاء على المجنون ، ولا المغمى عليه ؛ وذلك لأن من أدرك مقدار التحريم من الوقت ، فقد أدرك [التحريمه و] الوقت الذي ينوي فيه الأداء ، فهو كمن أدرك مقدار أربع ركعات ؛ ولأن هذا الإدراك يحتاج إليه للإيجاب ، والإيجاب يعتبر فيه قدر التحريمه ، وما بعد ذلك بناء عليه ، كالدخول في صلاة النافلة .

وأما إذا حاضت في آخر الوقت ، أو جُنَّ ، فقد سقط عنه الفرض ؛ لأننا إن قلنا: إن وقت الوجوب مقدار التحريمه ، فلم تحصل تكلفه في ذلك الوقت ، ولا يلزمها الصلاة ، وإن كان وقت الوجوب يتعين في مقدار أربع ركعات ، فقد زال التكليف في بعضها ، فلم يدرك بالتكليف وقت الوجوب ، فلا يصح أن يجب عليه بعض الصلاة دون بعض .



بَابُ قضاء الصلاة الفائتة



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا نسي الرجل صلاةً، أو نام عنها، فعليه قضاؤها، طال وقت تركها أو قصر، إذا ذكر ذلك في الأوقات التي بيّنتُ لك أن صلاة الفرض يجوز فيها؛ وذلك لقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها، لا وقت لها إلا ذلك»^(١).

قال: وإن كان في الوقت الذي لا يجوز، لم يصلّ حتى يخرج ذلك الوقت؛ لأن «النبي ﷺ نهى عن الصلاة في هذه الأوقات الثلاثة»، فيستعمل خبر القضاء في وجوب القضاء [في الجملة]، ويستعمل خبر الأوقات في تفصيل الأوقات التي يجوز فيها الصلاة حتى يؤدّي ذلك إلى استعمال الخبرين.

قال: ولا يصلي صلاة وهو ذاكر لما فاته إلا أن يخشى فوات التي هو فيها، فإن لم يخش فواتها، وصلّى الصلاة التي هو فيها، لم تُجزئه صلاته.

والأصل في هذا: أن الترتيب عندنا واجب في الفوائت ما لم تكثر، وقال الشافعي: الترتيب غير واجب^(٢).

لنا: ما روي في حديث أبي سعيد قال: «حُبَسْنَا يَوْمَ الْخَنْدَقِ حَتَّى فَاتَتْ

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ٧٠/١؛ والدارمي في سننه ٣٠٥/١؛ وأبو يعلى في مسنده ٤٠٩/٥، عن أنس رضي الله عنه.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢٨٥/٢؛ المزني ص ٢٠.

الظهر والعصر والمغرب ، ومضى هوي من الليل ، ثم كفانا الله سبحانه ، وتلا هذه الآية : ﴿ وَكَفَى اللَّهُ الْمُؤْمِنِينَ الْقِتَالَ ﴾ [الأحزاب: ٢٥] ، قال : ثم أمر النبي ﷺ بلائاً ، فأذن وأقام ، فصلى الظهر كأحسن ما يصلها في الحضر ، ثم أقام للعصر ، ثم أقام للمغرب ، ثم أقام للعشاء^(١) ، ففعله ﷺ في الفوائت ، كفعله الصلوات في أوقاتها .

وروى ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « من دخل مع الإمام في الصلاة ، فتذكر أن عليه صلاة قبلها ، مضى في هذه ، ثم صلى تلك ، ثم أعاد هذه »^(٢) ، وهذا الخبر روي مسنداً وموقوفاً ، فإن كان مسنداً فهو نص ، وإن كان موقوفاً ولم ينقل عن غير ابن عمر من الصحابة خلاف ذلك ، فهو حجة ؛ ولأن الترتيب مع بقاء الوقت واجب بالوقت والفعل ، ألا ترى أنه لا يصلي العصر [١/١١٤] قبل الظهر بالوقت ، ويسقط الوقت في يوم عرفة ، فلا يجوز تقديم العصر على الظهر ، فدل على أن الترتيب بالوقت والفعل ، وإذا فات الوقت سقط الترتيب من حيث الوقت ، وبقي الترتيب من حيث الفعل .

٦٢٥ - فَصْل : [الترتيب في قضاء الفوائت]

قال أصحابنا : إذا كثرت الفوائت ، سقط الترتيب فيها ، وقال زفر : لا يسقط أبداً .

لنا : أن الفرائض المكررة لا يجب فيها الترتيب ، كقضاء أيام من رمضان ،

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ١٤٧/٧ ؛ وابن خزيمة في صحيحه ٩٩/٢ ؛ والبيهقي في الكبرى ٤٠٢/١ ؛ وأحمد في المسند ٤٩/٣ ؛ وأبو يعلى في مسنده ٤٧١/٢ ؛ الدراية ٢٠٦/١ .

(٢) أورده الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء من قول الليث ٢٨٦/١ ؛ وابن المنذر عن النخعي والزهري وربيعه ويحيى بن سعيد والأوزاعي موقوفاً عليهم ٤١٦/٢ .



وقد ادعى أصحابنا على زفر الإجماع ، فقالوا: ما من مكلف إذا رجع إلى نفسه إلا تذكر أنه ترك في عمره صلاة متعمداً ، ولو وجب الترتيب عند كثرة الصلوات ، لم يصح لأحد صلاة أبداً ، وهذا لا يجوز .

وجه قول زفر: أن الترتيب شرط من شرائط الصلاة ، كالركوع والسجود ، فلا فرق بين تركه في كثير الصلوات وقليلها .

٦٢٦ - فَصْل : [تحديد القليل المؤدي إلى سقوط الترتيب]

وإذا ثبت وجوب الترتيب في قليل الصلوات ، وسقوطه في كثيرها ، احتجنا إلى بيان القدر الفاصل بين القليل والكثير .

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا كانت الفوائت ست صلوات ، ودخل وقت السابعة ، سقط [الترتيب] ، وقال محمد: إذا دخل وقت السادسة سقط .

وجه قولهما: أن الترتيب يسقط بدخول الفرائض في حيز التكرار ، والسادسة لا تجب أول الوقت ، وإنما تجب بآخره ، ففي أول الوقت ليس فيها فرض يتكرر ، فلا يسقط الترتيب ، فإذا خرج الوقت فقد وجبت السادسة ، وتكررت إحدى الصلوات ، فسقط الترتيب فيها .

وجه قول محمد: أن السادسة في أول الوقت (إذا فعلت ، وقعت واجبة ، فصار حالها في أول الوقت)^(١) كحالها في آخره .

٦٢٧ - فَصْل : [سقوط الترتيب بالنسيان]

قال أصحابنا: [يسقط الترتيب في قليل الصلوات ، وسقوطه في كثيرها

(١) ساقطة من أ .



احتجنا [فيه] إلى بيان القدر ، وقد بيناه .

وقالوا]: يسقط الترتيب بالنسيان ، وقال مالك: لا يسقط^(١) .

لنا: أن المنسية غير واجبة ؛ بدلالة أن الله تعالى لو اخترم الناسي لم يؤاخذ به ، والترتيب يجب بين صلاتين واجبتين ، فأما [بين] الواجب وغير الواجب ، فلا يجب^(٢) فيه الترتيب كالفرض والنفل .

٦٢٨ - فصل: [سقوط الترتيب بآخر الوقت]

قال أصحابنا: إذا حضر آخر الوقت ، سقط الترتيب ، ووجب عليه أن يقدم صلاة الوقت ، وقال مالك: لا يسقط الترتيب^(٣) .

لنا: أنه إذا صَلَّى صلاة الوقت [يكون] أدّى إحدى الصلاتين فائتة ، والأخرى في وقتها ، فإذا قَدَّمَ الفائتة أداها فائتتين ، فلأن يؤدّي إحداهما في وقتها أولى .

(١) في ترتيب الصلوات الفوائت لدى المالكية تفصيل :

أولاً: ترتيب الحاضرة بعضها مع بعض ، واجب إجماعاً على الإطلاق .

ثانياً: ترتيب الفوائت بعضها مع بعض ، واجب مع الذكر ، ساقط مع النسيان .

ثالثاً: الترتيب واجب مع الذكر في القليلة [خمس] على المشهور ، وإن كانت كثيرة [ست فما فوق] ، بدأ بالحاضرة ، ولم يقطعها إن كان شرع بها .

رابعاً: ترتيب الفوائت مع المفعولات ، مثل أن يصلي الظهر ، ثم يذكر فوائت ، فإن فرغ منها قبل خروج الوقت الضروي ، أعاد الظهر استحباً .

انظر: المدونة ١/١٢٣ ؛ التفريع ١/٢٥٣ ؛ قوانين الأحكام ص ٨٧ .

(٢) في أ (فأشبهه الفرض...).

(٣) انظر: المدونة ١/١٣٠ .

وقد قال أصحابنا: إن الواجب في أول الوقت أن يقدم الصلاة الفائتة ، فإن صَلَّى صلاة الوقت ، لم تجزئه ، والواجب في آخر الوقت أن يصلي صلاة الوقت ، فإن صَلَّى الفائتة أجزأت .

والفرق بينهما: أن النهي عن صلاة الوقت في أول الوقت لمعنى يختص بها ، ألا ترى أنه لو تنفل أو عمل عملاً من الأعمال لم ينع عنه ، وإنما هي عن صلاة الوقت خاصة ، والنهي إذا اختص بالمنهي اقتضى الفساد .

[١١٤/ب] وأما في آخر الوقت ، فالنهي عن الصلاة الفائتة لا يختص بها ، وإنما منع منها حتى لا يؤدي إلى تأخير صلاة الوقت عن الوقت ؛ بدلالة أنه لو تنفل أو اشتغل (بعمل من الأعمال)^(١) ، كان منهيًا عنه ، والنهي إذا لم يكن لمعنى في نفس المنهي عنه لم يوجب الفساد ، [كالبيع عند النداء في يوم الجمعة] .

٦٢٩ . فُصِّلَ : [تحديد الفائتة لإعادة الترتيب]

قال: وإن صَلَّى بعد ذكره للفائتة خمس صلوات ، أعادهنّ ، فإن صَلَّى ستاً لم يعد في قول أبي حنيفة ، وأعاد في قول أبي يوسف الخمس الأول [مع الفائتة] ، قال: وهذا قول محمد .

وجه قول أبي حنيفة: أنه إذا صَلَّى بعدها أكثر من يوم وليلة ، فقد تكررت [الصلوات] ، فلم يجز إيجاب الإعادة بترك الترتيب مع وجود ما ينافي الترتيب ؛ ولأنه إذا أعاد الصلاة بعد مُضي أكثر من يوم وليلة ، جاز له أن يعيدها غير مرتبة ، وقد أداها في أوقاتها مرتبة^(٢) ، فلا معنى لإعادتها .

(١) في أ (بشيء آخر) .

(٢) في أ (غير مرتبة) .

وجه قولهما: أن هذه الصلوات كانت إعادتها واجبة [مرتبة] ما لم تزد على الخمس ، فإذا زادت لم تسقط الإعادة عنه الترتيب^(١) ، كما لو صَلَّى بغير طهارة ؛ ولأن افتتاحها وقع فاسداً ، فإذا صار إلى حال يسقط فيه الترتيب ، لم يصح الفاسد ، كمن افتتح الصلاة في أول الوقت وهو يتذكر ما قبلها ، وطَوَّلها حتى انتهى إلى آخر الوقت ، لم يجزئه عن الواجب وإن صار إلى حال لو ابتدأها جاز .

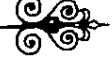
٦٣٠ - فَصَّلَ : [ما يوجب الإعادة للفائتة]

قال : فإن صَلَّى وهو ذاك للفائتة ، وهو يرى أنها تجزئه ، والفائتة واجب إعادتها بالإجماع ، أعاد التي صَلَّى ، وقال زفر : لا إعادة عليه ، وهذا كمن ترك صلاة الظهر ، ثم صَلَّى العصر ، أو صلى الظهر على غير وضوء وهو لا يعلم ، ثم تذكر وصلى العصر وهو ذاك .

وجه قولهم : أن الظهر تجب إعادتها بالإجماع ، والترتيب واجب بين الصلاتين ، فإذا ظنَّ أن الفائتة تجزئه ، فقد استند ظنه إلى غير أصل ، فلا يتعلق به حكم ، وهذا عندنا محمول على أن المصلي من غير أهل الاجتهاد ، فأمره محمول على مذهبنا ، فإن كان مجتهداً وصَلَّى وهو يرى سقوط الترتيب ، فصلاته ماضية .

وجه قول زفر : أن الترتيب مختلف في وجوبه ، فإذا صَلَّى وهو يظن أن ذلك يجزئه ، [فقد] استند ظنه إلى أصل صحيح ، فصار ذلك عذراً في سقوط الإعادة . فأما إذا صَلَّى صلاة وهو ذاك لصلاة قبلها ووجوب إعادتها مختلف فيه ،

(١) (عنه الترتيب) زيادة من أ .



وهو معتقد أن ذلك يجزئه ، لم يلزمه إعادة الثانية .

مثاله: إذا صَلَّى الظهر على غير وضوء ، ثم صلى العصر وهو ذاك للظهر ، ثم تَوَضَّأَ وأعاد الظهر ، ثم صلى المغرب وهو ذاك للعصر يعتقد أن ذلك يجزئه ، فعليه إعادة العصر ، وليس عليه إعادة المغرب ؛ لأن وجوب إعادة العصر مختلف فيه ، وظنه أن الترتيب لا يجب مستنداً إلى أصل ، فصار ذلك شبهة .

وهذا [كما قالوا: فيمن] ^(١) وطئ جارية ابنه وظن أنها تحلّ له ، أن الحدَّ يسقط [١/١١٥] عنه ، ولو وطئ جارية أجنبي وظن أنها تحل له: أن الحد لا يسقط عنه ، فدلّ ذلك على افتراق الظن إذا استند إلى أصل أو لم يستند ^(٢) .



(١) في ب (كمن) ، والمثبت من أ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٥٤٤ ، ٧٠٢ - ٢٠٩ ؛ القدوري ص ٨٣ .



بَاب

فساد صلاة المأموم بفساد صلاة الإمام



قال الشيخ رحمه الله تعالى: جملة هذا الباب مبني على أن صلاة المؤتم متعلقة بصلاة الإمام مرتبة عليها، والدليل على ذلك: أنه يؤدي أفعاله بمقتضى تحريمه الإمام، فكانت مبنية عليها كتحرمة نفسه إذا انفرد، ولما أدّى الأفعال بمقتضاها كانت مبنية عليها؛ ولأن سجود السهو يلزمه بسهو الإمام، فلو لم تكن صلاته مبنية على صلاته، لم يلزمه السجود لسهوه كالمنفردين؛ (ولأنه لو علم بتعذر طهارته بطلت صلاته، ولو لم تكن مبنية على صلاته، لم تبطل وإن علم، كالمنفردين)^(١).

قال أبو الحسن: وإذا فسدت صلاة الإمام بمعنى دخل عليه دون المأموم، فصلاة المأموم فاسدة، إلا أن يكون المأموم قد أكمل فرضه، وهذا مثل أن يحدث الإمام عامداً، أو يتكلم، أو يرى الماء وهو متيمم، أو ينقضي وقت مسحه وهو لابس الخف، فإن صلاته تبطل وصلاة المأموم؛ لما بيّننا أن صلاة المؤتم مبنية على تحريمه الإمام، فإذا بطلت تحريمه الإمام بطل ما بني عليها، كما تبطل صلاة الإنسان ببطلان تحريمته.

فأما إذا أكمل المأموم فرضه، فمثاله: أن يكون الإمام مسبقاً قد استخلف، فيقع مقدار التشهد في صلاة الإمام الأول، ثم يلحقه الفساد، أي فساد كان،

(١) ساقطة من أ.

فإن صلاة المأموم تامة إذا كان قد أدرك أول الصلاة ، وهذه رواية الأصول .

وقد قال أبو يوسف في الإملاء: صلاة المأموم أيضاً فاسدة .

وجه قولهم المشهور: أن الإمام إذا أحدث ، بطل الجزء الذي يصادفه الحدث من صلاته ، وتعذر بناء ما بعده من فروض الصلاة على ما قبلها ، والصلاة لا ينفرد بعضها من بعض ، فيبطل ما مضى لتعذر فعل ما بقي ، فأما المأموم ، فقد بطل من صلاته الجزء الذي يبطل من صلاة الإمام بالحدث ، [إلا أنه] لم يبق عليه فرضٌ يبنى على ما تقدم ، فقد تساويا في تأثير الفساد في صلاتهما ، فتفسد ما مضى من صلاة الإمام لمعنى لا يوجد في المؤتم ، ولا تبطل صلاته .

وجه الرواية الأخرى: أن صلاة الإمام بطلت في حال بناء المؤتم على صلاته ، فصار كما لو بطلت بالحدث في خلال الصلاة .

قال: وإذا كان الفساد لاحقاً لهما [جميعاً] ، مثل طلوع الشمس قبل السلام ، أو رؤية الماء إذا رأياه جميعاً معاً ، وما لم يكن من فعلهما ، فإن صلاتهما تفسد عند أبي حنيفة ، أكمل الفرض أو لم يكمل إذا كان قبل السلام ، وهي تامة عند أبي يوسف ومحمد ، وهذا قد ذكرناه .

وذكرنا: أن الفساد في المسائل المعدودة يستوي فيه عند أبي حنيفة [ب/١١٥] أول الصلاة وآخرها ، (فالمسبوق عنده والمدرك سواء في ذلك) (١) .

٦٣١ - فصل: [تأثير بطلان صلاة الإمام على صلاة المأموم]

قال: فإن كان الإمام أكمل فرضه ، والمأموم مسبوق ، فلحق الإمام فسادُ

(١) ساقطة من أ .

قبل السلام دخل عليه دون المأموم ، فصلاة الإمام تامة ، وصلاة المأموم [أيضاً] تامة ، إلا أن يكون الإمام أحدث متعمداً أو قهقهه ، فإن صلاة الإمام تصح وصلاة المأموم تفسد في قول أبي حنيفة ، ولا تفسد صلاة المأموم عند أبي يوسف ومحمد ؛ لِمَا دخل على الإمام إذا لم تفسد صلاة الإمام .

وجملة قول أبي حنيفة في ذلك : أن المعنى الطارئ إذا كان قطعاً للصلاة لم تبطل صلاة المؤتم ، كالكلام والمشى والعمل المنافي للصلاة ، وإن كان الخروج على وجه الإفساد أبطل صلاة المأموم كالقهقهة والحدث .

ويعرف الفرق بينهما : بأن كل موضع لم يجز للإمام أن يدخل في صلاة أخرى إلا بعد الطهارة ، فخروجه على وجه الإفساد ، وكل موضع جاز له أن يفتح صلاة أخرى بغير طهارة ، فخروجه [عنها] على وجه القطع .

وجه قول أبي حنيفة : أن الإمام إذا أحدث بطل الجزء الذي يصادفه الحدث من صلاته ، وبطل ما يقابله من صلاة المؤتم ، إلا أن الإمام لم يبق عليه فرض من فروض الصلاة ، فلم يفسد ما مضى من صلاته ، والمؤتم قد بقي عليه فروض لا يقدر أن يبينها على ما تقدم ، فتبطل صلاته .

وأما إذا تكلم ، فالكلام قطع للصلاة وليس بإفساد ، فهو كالسلام .

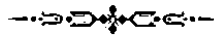
وجه قولهما : أن المعنى المفسد لم يوجد من جهة المأموم ، وإنما وجد من جهة الإمام ، فإذا لم تفسد صلاة من وجد منه فلا تفسد صلاة غيره أولى .





بَابُ

اختلاف فرض الإمام والمأموم ومن تصح معه صلاة المأموم أو لا تصح



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا يجوز أن يؤم العريان اللابسين ، وذلك أن الستر شرط من شرائط الصلاة ، فإذا عدم من الإمام وما يقوم مقامه ، لم يجوز لمن معه ذلك الشرط أن يقتدي به ، كمن صلى بلا طهارة ، فاقتدى به المتطهر .

قال: ولا المستحاضة ، و[لا] مَنْ به سلس البول ، أو استطلاق البطن ، أو رعاف لا ينقطع ، [لا يجوز] للأصحاء الذين ليس بهم ذلك ؛ وذلك لأن الإمام قد وجد منه الحدث ، فلم يجوز للمتطهر أن يقتدي به كغير حال^(١) العذر ؛ ولأن هذا الحدث لو وجد من المؤتم أبطل صلاته ، وإنما لا تبطل صلاة الإمام ؛ لأنه لا يقدر على الاحتراز منه ، فمن يقدر على الاحتراز منه [أولى أن] يؤثر في صلاته ؛ ولأن المؤتم يؤدي صلاته بطهارة نفسه وطهارة إمامه ؛ بدلالة أنه [١/١١٦] لو علم بحدث الإمام ، لم يجوز اقتداؤه به ، فإذا وجد الحدث عقيب طهارة الإمام ، فكأنه وجد من المؤتم ولا عذر به ، فلم تصح صلاته .

قال: ولا يؤم الأُمِّيُّ القارئُ ، ولا الأخرسُ المتكلمُ ؛ لقوله ﷺ: «يؤم القوم أقرأهم لكتاب الله» ، وهذا نهي عن تقديم من لا يحسن القرآن ، والنهي يفيد الفساد ؛ ولأن القراءة شرط من شرائط الصلاة ، فإذا عدم من جهة الإمام وما قام

(١) في أ (كمن ليس بمعدور).



مقامه ، فلا يجوز لمن يقدر على ذلك الشرط أن يقتدي به ، كمن صلى بلا طهارة ، فاقتدي به طاهر .

قال: ولا يؤم الأخرس الأُمِّيَّ؛ وذلك لأن الأخرس لا يأتي بالتحريمه ، وهي ذكر^(١) مشروط ، والأُمِّيُّ يأتي بها ، فصار كالأُمِّيِّ إذا أمَّ القارئ ، ولما عجز الإمام عن القراءة ، وهي شرط لم يجز للقادر عليها أن يقتدي به .

قال: ولا يؤم المومئ من يركع ويسجد ، وقال زفر: يجوز أن يؤم .

لنا: قوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به»^(٢) ، فلا تختلفوا على أئمتكم» ؛ ولأنه لم يشارك إمامه في الركوع ، ولا أتى بركوعه مرتباً على ركوع الإمام ، فكأنه شاركه بعد الركوع ، فلا يعتد له بالركعة .

وجه قول زفر: أن الإيماء قائم مقام الركوع ، فإذا وجد من الإمام ما يقوم مقام الشرط لأجل العجز ، جاز الاقتداء به ، كالمتيمم إذا صلى بالمتوضئين .

قال: ولا تؤم المرأة الرجل في جمعة ولا غيرها ؛ لقوله ﷺ: «أخروهن من حيث أخرن الله» ، فأمر بتأخير النساء ، وهذا نهى عن تقديمهن ، والنهي يفيد فساد المنهي عنه .

قال: فإن ائتم أحد هؤلاء ببعض من ذكرنا من الأئمة ، فسدت صلاتهم ، وصلاة الإمام جائزة ، إلا الأُمِّيُّ خاصة إذا أمَّ القارئ ، فإن صلاة الأُمِّيِّ [أيضاً]

(١) في أ (شرط وركن) .

(٢) أخرجه أبو داود (٦٠٣) الجزء الأول والثاني بتوضيح ذلك ، والطيالسي في مسنده ٢٨٠/١ ؛ والعراقي في «الأربعون العشارية» ٢١٤/١ .

فاسدة في قول أبي حنيفة ، وجائزة عند أبي يوسف ومحمد .

أما صلاة الراكع خلف المومئ ، وصلاة الطاهرات خلف المستحاضة ، والكاسي خلف العاري ؛ فلأن الإمام قد أدى فرض نفسه ، وإنما بطلت صلاة المؤتم ؛ لأنه بناها على تحريمة ناقصة ، فلا يؤثر ذلك في صلاة الإمام .

فأمّا الأُمِّي إذا أمَّ القارئ ، فصلاتهما فاسدة عند أبي حنيفة ؛ لأنه يقدر على أن يقتدي^(١) بالقارئ ، فيصير مؤدّيًا لصلاته بقراءة علي أصلنا ؛ لأن قراءة الإمام قراءة للمؤتم ، فإذا تقدمه ، فقد ترك القراءة (في صلته مع القدرة ، فبطلت صلته ، كما لو كان قارئًا فترك القراءة) ، وهذا محمول على أن الإمام علم أن خلفه قارئًا .

وكان أبو الحسن يقول: إن القارئ والأُمِّي يتساويان في فرض التحريمة ، ويختلفان في القراءة ، فإذا اقتدى القارئ به ، صحت تحريمته ، وقد التزم الإمام تصحيح صلته ، فصار ملتزمًا للقراءة التي تصح صلاة المؤتم بها ، وقد تركها فبطلت صلته .

ولا يقال: كيف يلزمه فرض القراءة وهو لا يقدر عليها ؛ لأن من ألزم نفسه ما لا يقدر [ب/١١٦] عليه ، لزمه وإن لم يلزمه الله ذلك ابتداءً ، وهذا كمن نذر ألف حجة ، لزمه بإلزامه وإن لم يلزمه من الله تعالى ذلك .

ولا يقال: لو صحّ دخول المؤتم للزوم القضاء إذا أفسدها ، فقد قالوا في القارئ: إذا دخل في صلاة الأُمِّي متطوعًا وأفسدها لم يلزمه القضاء ؛ وذلك لأنه

(١) في ب (أن يقدم القارئ) والمثبت من أ .



لما دخل فيها أو جبها بغير قراءة ، فكأنه نذر أن يصلي بغير قراءة ، فلا يلزمه القضاء عند زفر ، ولا رواية عن أبي حنيفة .

وجه قولهما: أن الأُمِّيَّ أدى فرض نفسه على ما يقدر عليه ، وقدرة غيره عليه لا تؤثر في صلاته ، كالمومئ والعاري إذا أمَّا غيرهما .

قال: وإن كان المأموم عرياناً ، أو أمياً ، أو به سلس البول ، والإمام صحيح لابس ، فصلاتهم جميعاً جائزة ؛ لأنهم بنو صلاة ناقصة على تحريمه كاملة ، فصار كالمتنفل خلف المفترض .

قال: ويؤم العُريَان العُراة ، وأن يصلوا وحداناً أحب^(١) إلينا ، وإذا أمَّ قام وَسَطَ الصف . وإنما جازت إمامته ؛ لأنه ساوى المأمومين في النقص ، فقد بنو صلاة على مثلها ، ويكره ذلك ؛ لأنه إن تقدمهم شاهدوا عورته ، وإن وقف في وَسَطِهِم ترك سنة مقام الإمام ، وإنما يقف في وسطهم ؛ لأن ذلك أستر له وأبعد من مشاهدتهم لعورته .

قال: ولا بأس أن يؤمَّ المومئ الذين يُؤمُّون ، وكذلك المستحاضة تؤم من في معناها مستحاضة كانت المؤتمة أو بها سلس البول ؛ لأنهما [تساويا]^(٢) في نقصان طهارتهما^(٣) ، والمتساويان في الفرض يجوز أن يقتدي أحدهما بالآخر .

قال: وَيُؤمُّ الماسحُ على خفيه الغاسلين ؛ لأنَّ المسح طهارة كاملة لا يقف

(١) في أ (أعجب) .

(٢) في ب (سواء) ، والمثبت من أ .

(٣) في ب (الصلاة) ، والمثبت من أ .

على الضرورة ، فهو كالغسل ؛ ولأنه مسح لا يقف على الضرورة كمسح الرأس^(١) .

٦٣٢ - مَسْأَلَةٌ: [إمامة المتيمم المتوضئين]

قال: ويؤم المتيمم المتوضئين عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا يؤمهم عند

محمد .

وجه قولهما: أن التيمم^(٢) ، مسح أقيم مقام غسل ، كمسح الخفين ، ولأنها طهارة لم يتعقبها حدث كالوضوء .

وجه قول محمد: أنها طهارة ضرورة كطهارة المستحاضة .

قال: ويؤم القاعد الذي يركع ويسجد من القيام (الذين يركعون ويسجدون)^(٣) ، وهو استحسان عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: لا يجوز .

وجه قولهما: ما روي: «أن النبي ﷺ أمر أبا بكر في مرضه أن يصلي بالناس ، ثم وجد خفة ، فخرج وجلس على يسار أبي بكر ، فافتتح القراءة من الموضع الذي انتهى إليه أبو بكر ، فكان أبو بكر يصلي بصلاته ، والناس يقتدون بأبي بكر»^(٤) .

ولا يقال: إنه [روي عنه ﷺ]: «لا يؤمن أحد بعدي جالساً [قوماً يصلون قياماً]» ؛ لأن هذا قاله حين سقط عن بغلته فهتمشت جبينه ، فصلى قاعداً ، فقعد

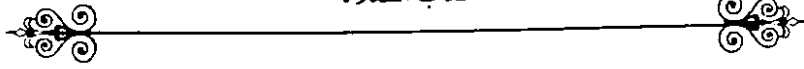
(١) انظر: الأصل ٢٣٩/١ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٧٧/٢ وما بعدها القدوري ص ٩٩ .

(٢) في ب (أنه) ، والمثبت من أ .

(٣) ساقطة من أ .

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٥٢/٢ ؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٤٣٠/٧ ؛ والزهرى في الطبقات

الكبرى ٢٢١/٢ .



الناس خلفه ، ثم قال : « لا يؤمن أحد بعدي جالساً »^(١) ، يعني : على تلك الصفة ، [وعندنا لا يجوز أن يصلي القادر خلفه قاعداً كما فعلوا] ؛ ولأن المشاركة عدمت بين الإمام والمؤتم في القيام ، وهذا لا يمنع من الاعتداد بها ، كما لو أدركه [١/١١٧] راکعاً .

وجه قول محمد : أنها صلاة لا تجوز في غير حال العذر كصلاة المومئ .

قال : ومن لم تجز إمامته في أول الصلاة ، واستخلف فيها بعد أن دخل فيها بإمامة غيره ، فسدت صلاته ، وصلاة الإمام الأول ، وصلاة القوم جميعاً .

أما فساد صلاة المستخلف ؛ فلأنه دخل في تحريمة كاملة ، وبني عليها صلاة ناقصة ، فلم يجز أن يبني أحد الفرضين على الآخر مع اختلافهما .

وأما المؤتمون ؛ فلأنه لا^(٢) يجوز أن يقتدوا بهذا الإمام في أول الصلاة ، فكذلك لا يجوز أن يقتدوا به في حال البقاء .

وأما الإمام الأول فلما خرج من الإمامة ، صار كأحد المؤتمين ، فبطلت صلاته كما تبطل صلاتهم .



(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٤٧٣/٥ ؛ والبيهقي في الكبرى وقال : « قال علي بن عمر لم يروه

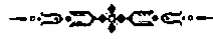
غير جابر الجعفي وهو متروك والحديث مرسل لا تقوم به حجة » ٨٠/٣ ؛ والدارقطني ٣٩٨/١ .

(٢) في أبالإثبات في الموضوعين .



بَابُ

الرجل يشك فيما فاته من الصلاة



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا شك الرجل في صلاتين تركهما من يومين، الظهر والعصر، لا يدري أيهما أولاً، فإن عليه أن يتحرى الصواب، فيقضي الأولى منهما في نفسه، ثم يقضي الأخرى، فإن أراد أن يأخذ بالثقة واليقين: صَلَّى الظهر، ثم العصر، ثم الظهر.

وقال أبو يوسف ومحمد: لسنا نأمره بذلك، وليس عليه أن يتحرى، وقال عمرو عن محمد: قال أبو يوسف: يتحرى، وأحب إلينا: أن يصلي الظهر، ثم العصر، ثم الظهر.

قال رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أنا قد بينا أن وجوب الترتيب في الفوائت، فإذا فاته الظهر من يوم، والعصر من يوم آخر، فالترتيب واجب فيهما؛ لأنه لم يحصل بين الصلاتين ست صلوات، وقد قال الطحاوي في مختصره: إذا كان بين الفائتين ست صلوات، سقط الترتيب، وفي مسألتنا بينهما خمس صلوات، والترتيب واجب^(١)، وشرائط الصلاة يعتبر فيها اليقين إذا قدر عليه، والاجتهاد إذا تعذر اليقين، فإذا لم يعلم المتقدم عن الفائت، اجتهد كما يجتهد في ركعات الصلاة إذا شك فيها، فإن لم يكن له رأي، أخذ باليقين.

كما قالوا: فيمن شك في ركعات من صلاته، ولا رأي له، إنه يبني على

(١) انظر: مختصر الطحاوي (مع شرح الرازي) ٧٠٢/١، ٧٠٣.

اليقين ، واليقين هاهنا أن يعيد إحدى الصلاتين^(١) مرتين ، فيتيقن الترتيب .

وجه قولهما: أن الشكَّ في شرائط الصلاة يعتبر فيها الاجتهاد ، ولا يجب الرجوع إلى اليقين ، كالشك في القبلة ، لا يصلي إلى كل الجهات .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن مَنْ صَلَّى إلى كُلِّ جهة ، كان فاعلاً لما لا يجوز ، وهي الصلاة إلى غير قبلة ، وفي مسألتنا يكون متنفلاً بإحدى الصلاتين ، وذلك ليس بمحذور .

ومن أصحابنا من قال: لا خلاف في هذه المسألة ؛ لأن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: أحب إليّ أن يأخذ بالاحتياط ، وقالوا: لا يجب ذلك ، فأجاب أبو حنيفة في الاستحباب ولم يجيبا فيه ، ونفيا الوجوب ، [١١٧/ب] وأبو حنيفة لا يوجب ذلك إذا كان له ظن .

ولم يذكر في الأصول إذا شكَّ في ثلاث صلوات ، واختلف أصحابنا المتأخرون في ذلك: فمنهم من قال: إذا ترك الظهر من يوم والعصر من يوم آخر ، والمغرب من يوم آخر ، لا يدري أيها أولاً ، فقد سقط الترتيب . ومنهم من قال: لا يسقط الترتيب .

فمن أسقط الترتيب قال: لأنَّ ما بين الفوائت إذا زاد على ست صلوات ، فلا يجب الترتيب مع وجود ما ينافيه ، ومن أوجب الترتيب اعتبر أن تكون الفوائت ست صلوات ، وإن كان بينهما ست وهي أقل من ست ، لم يسقط الترتيب ؛ لأن الفرض لم يدخل في حيز التكرار .

(١) في أ (الفائتين) .

فعلى طريقة هذا القائل: يجب أن يصلي الظهر، ثم العصر، ثم الظهر^(١)، ثم المغرب، ثم الظهر، ثم العصر، ثم الظهر، فيصلي سبع صلوات، حتى يؤدي الترتيب بيقين.

وأصل ذلك: أن نعين ما يلزمه في الفائتين إذا انفردتا بأمره به، ثم بالثالثة، ثم يفعل بعد الثالثة ما كان يلزمه أن يفعل في الصلاتين.

فإن ترك مع ذلك العشاء، فعليه أن يصلي سبع صلوات كما ذكرنا في المغرب، ثم يصلي العشاء، ثم يصلي بعدها سبع صلوات التي كانت تلزمه قبلها؛ لأنه لا يسقط فرضه بيقين إلا على هذا الوجه، وعلى هذا القياس بيني المسائل.

فإن قيل: إذا كان الاحتياط في إعادة إحدى الصلاتين مرتين، فلم قال أبو حنيفة: إنه يصلي الظهر مرتين، ولم يقل إنه يصلي العصر، ثم الظهر، ثم العصر.

فالجواب: أن الفرض يسقط بيقين في الوجهين جميعاً، وإنما ذكر بأحد الوجهين ليبينه به على الآخر.

ومن أصحابنا من قال: إنه خصَّ الظهر لمزية لها؛ [لأنها أول ما ذكر في الشرع]، وهو أن جبريل لما صَلَّى بالنبي ﷺ لبيان المواقيت، ابتداءً بالظهر.

٦٣٣ - فَضْلُ: [نسيان الصلاة من يوم لا يدري أي صلاة هي]

وإذا نسي الرجل صلاة من يوم لا يدري أي صلاة هي، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد قالوا: يعيد صلاة ذلك اليوم.

(١) في أ (ثم المغرب، ثم الظهر، ثم المغرب، ثم الظهر، ثم العصر، ثم الظهر).

وقال الثوري: يصلي [ذلك] المغرب والفجر، ويصلي أربع ركعات ينوي بها الظهر، أو العصر، أو العشاء.

وقال بشر المريسي: يصلي أربع ركعات، يقعد في الثانية والثالثة والرابعة، ينوي بها ما عليه.

وجه قولهم: أن تعيين^(١) النية مستحق في الفائتة، ألا ترى أن الظهر لا يجزئ بنية العصر، ولا يجزئ العصر بنية الظهر، فالواجب أن يسقط فرضه بيقين، وذلك لا يكون إلا بإعادة خمس صلوات.

وجه قول الثوري: أن الفجر والمغرب يختلف عددهما، ولا تقع إحداهما عن الأخرى، فلا بد من فعلهما، وأما الثلاث الصلوات، فعددها متفق، فإذا صلى أربع ركعات ينوي إحدى الثلاث الصلوات، فقد أسقط فرضه وهذا ليس بصحيح؛ لأن الواجب أن يعين النية للصلاة، فإذا نوى الظهر، أو العصر، لم يجزئه ذلك، ألا ترى أن من آخر الصلاة إلى آخر الوقت، ثم صَلَّى ينوي ما عليه، لم يجزئه حتى يعين الصلاة، وإن لم يكن عليه إلا صلاة الوقت. [١/١١٨]

وأما الذي قال بشر، فليس بصحيح؛ لأن الفائتة إن كانت أربع ركعات، فقد قعد في الثالثة، وهو منهي عنه، وإن كانت المغرب أو الفجر، فقد ضمَّ إلى الفرض غيره، وذلك مكروه.

قال عمرو: سألت محمداً عن رجل نسي سجدةً من صلب صلاة مفروضة، فلم يدر أي صلاة هي، قال: فإنه يعيد خمس صلوات، وهو قول أبي حنيفة؛

(١) في أ (أن اعتبار الترتيب والنية).

وذلك أنه إذا ترك سجدة من صلاته ، بطلت ، فصار ترك السجدة كترك جميع الصلاة .

قال: فقلت: في قول أبي حنيفة وقولكم ، رجل نسي خمس صلوات من خمسة أيام لا يعرف أيتها هي ، قال: يصلي صلاة خمسة أيام ، قلت: فإن نسي أكثر من خمسة أيام ، عشرة أيام أو أكثر ، قال: فكذاك .

وهذا الذي قاله يدل على أن المعنى ليس ما قاله الطحاوي أن يكون ما بين الفائتين ست صلوات ، وإنما المعتبر أن يكون الفوائت ست صلوات .

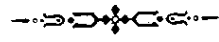
فأما قوله: إذا ترك عشر صلوات من عشرة أيام فكذاك ، وهذا لا يجوز على قول أبي حنيفة ؛ لأن من أصله أن الفائتة الواحدة إذا صُلي بعدها ست صلوات ، فما زاد سقط الترتيب فيها مع الذكر ، حتى لا يجب الترتيب مع وجود ما ينافيه ، فمع النسيان أولى ، وإنما هذا يصح على قولهما ؛ لأن [عندهما: يجب عليه] أن يعيد الفائتة وخمس صلوات بعدها . والله أعلم^(١) .



(١) انظر: الأصل ١/١٩٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/٢٤؛ القدوري ص ٩٠ .



باب ١٥ سجدة التلاوة



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: سجدة التلاوة عند أصحابنا جميعاً واجبة في أربعة عشر موضعاً من القرآن.

والأصل في سجدة التلاوة قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُؤْمِنُ بِآيَاتِنَا الَّذِينَ إِذَا ذُكِرُوا بِهَا حَرُّوا سُجَّدًا﴾ [السجدة: ١٥]، فجعل ذلك من صفة الإيمان.

وروى أبو صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قرأ ابن آدم السجدة فسجد، اعتزل الشيطان يبكي ويقول: يا ويلاه، أمر هذا مولاه بالسجود فسجد فله الجنة، وأمرت بالسجود فأبيت، فلي النار»^(١).

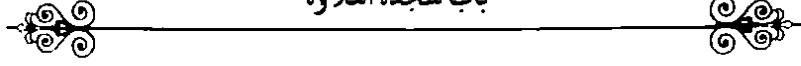
وأما وجوبها، فعندنا هي واجبة، وقال الشافعي: مسنونة^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿فَمَا لَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴿٢٠﴾ وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنُ لَا يَسْجُدُونَ﴾ [الانشقاق: ٢٠ - ٢١]، فذمهم على ترك السجود، والذم يستحق بترك الواجب، وقال تعالى: ﴿وَأَسْجُدْ وَاقْتَرِبْ﴾ [العلق: ١٩]، وهذا أمر، والأمر يقتضي الوجوب؛ لأنها سجدة تفعل في الصلاة بالشرع، كسجدة الصلاة.

وأما الكلام في المواضع المختلفة فيها من السجودات، فعندنا: في الحج

(١) أخرجه مسلم (٨١) وغيره.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٢٤٠؛ الأم ١: ١٣٦.



سجدة واحدة: وهي الأولى، وقال الشافعي: الأولى والثانية.

لنا: أن الثانية ذكر فيها ركوع وسجود، وذلك أمر بالصلاة دون السجدة؛ ولأن السورة الواحدة لا يجتمع فيها سجدتان كسائر السور.

[١١٨/ب] والفصل الثاني: سجدة ﴿ص﴾، عندنا سجدة تلاوة، وقال الشافعي: هي سجدة شكر^(١)، وقال محمد في الآثار: عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قال في سجدة ﴿ص﴾: «سجدها داود للتوبة، ونحن نسجدها شكراً»^(٢)، قال: وهو قول أبي حنيفة، وهذا معناه: أن سببها الشكر، وإن كانت سجدة تلاوة^(٣).

والخلاف يتعين فيها: أن التالي في الصلاة هل يسجدها أم لا؟ فعندنا: أنه يسجد، وعندهم: لا يسجد.

والدليل على قولنا: ما روي: أن عثمان تلا سجدة ﴿ص﴾ في صلاته فسجد؛ ولأنها سجدة تفعل في الخطبة، فتفعل في الصلوات كسائر السجدات.

واختلف السلف في موضع السجود من سورة ﴿حم﴾^(٤)، فقال مسروق: كان أصحاب عبد الله يسجدون في الأولى^(٥)، وقال ابن عباس وابن المسيب: موضع السجود: ﴿وَهُمْ لَا يَسْمُونَ﴾ [فصلت: ٣٨]، وهو قول أصحابنا.

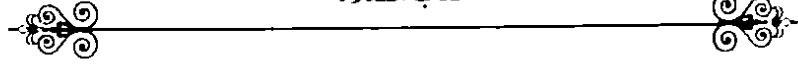
(١) إذا سجد المصلي عامداً عند تلاوة سورة ص، عالماً، بطلت صلاته على أصح الوجهين. انظر: المهذب ٢/٢٨٥، ٢٨٦؛ المجموع ٣/٥٥٩.

(٢) أخرجه محمد في كتاب الآثار ص ٤٣؛ والدارقطني في السنن ١/٤٠٧.

(٣) انظر: الحجة ١/١٠٩؛ المبسوط للسرخسي ٧/٢؛ البدائع ١/١٩٣.

(٤) المعروف بسورة فصلت.

(٥) عند قوله تعالى: ﴿إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾ [فصلت: ٣٧].



والدليل عليه: أن تمام الكلام يقع بذلك ، والسجود عند تمام الكلام أولى .
وأما سجود المفصل ، فعندنا: أنها ثلاث سجديات ، وهو قول ابن مسعود
وأبي هريرة .

وقال ابن عباس وزيد: لا سجود في المفصل^(١) ، وهو قول مالك^(٢) .

لنا: ما روى ابن مسعود: «أن النبي ﷺ تلا سورة النجم ، فسجد ، وسجد
المسلمون معه والمشركون»^(٣) ، وروى أبو هريرة: «أن النبي ﷺ سَجَدَ فِي ﴿ إِذَا
السَّمَاءُ انشَقَّت ﴾ ، و﴿ أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴾»^(٤) .

والذي روي عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ لم يسجد في المفصل بعد
الهِجْرَةَ»^(٥) ، فقد روي: أن أبا هريرة تلا في الصلاة: ﴿ إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّت ﴾
وسجد ، فقيل له: فعلت ما لم يفعله أصحابك ، فقال: «صليت مع رسول الله ﷺ
فسجد»^(٦) ، وأبو هريرة متأخر الإسلام .



(١) المفصل: من الحجرات ، وصححه النووي ، أو سورة ق ، أو الزخرف ، أو من الشورى ، أو
الجاثية ، أو النجم ، أقوال ، وسمي بذلك ؛ لكثرة فواصله ، وقيل: لأنه محكم كله . انظر: الإتيان
في علوم القرآن ١/١٨٠ .

(٢) أي: لا سجود في النجم ، ولا في سورة الانشقاق ، ولا في سورة ن والقلم . انظر: التفریع
١/٢٧٠ ؛ المعونة ١/٢٨٣ .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ (فسجد بها ، فما بقي أحد من القوم إلا سجد...) (١٠٢٠) .

(٤) أخرجه أبو داود (١٤٠٧) .

(٥) أورده النووي في شرح مسلم وقال: «ضعيف الإسناد لا يصح الاحتجاج به» . ٧٧/٥ .

(٦) أخرجه أبو داود بلفظ (سجدت بها خلف أبي القاسم ﷺ فلا أزال أسجد بها حتى ألقاه)
(١٤٠٨) .



٦٣٤ . فصل : | ممن تجب عليه سجدة التلاوة |

قال: وإذا تلا شيئاً من ذلك في صلاة فرض، أو تطوع، أو غير صلاة، والتالي [لها] طاهر، أو محدث، أو جنب، أو حائض، أو نفساء، أو كان التالي مشركاً، أو صبيّاً، أو مجنوناً، أو سكران، فذلك كله سواء.

أمّا التلاوة في الصلاة، فإنما يسجد لها؛ لأن «النبى ﷺ قرأ حمّ السجدة في صلاته فسجد»؛ ولأن السجدة من حكمها أن تفعل عقيب التلاوة.

وأما وجوب السجود مع اختلاف صفة التالي؛ فلأن السجود يجب لإظهار الخضوع عند التلاوة، وتعظيمها لها، وهذا المعنى موجود وإن كان التالي ليس من أهل الوجوب.

قال: ويلزم السجدة من تلا وسمع إذا كان ممن تلزمه الصلاة، أو قضاء الصلاة.

وإن كان ممن لا تجب عليه الصلاة، ولا قضاء الصلاة، مثل: النفساء، والحائض، والكافر، والصبي، والمجنون، فلا سجود عليهم؛ وذلك لأن سجود التلاوة يعتبر بسجدة الصلاة، فمن جاز أن تلزمه الصلاة، جاز أن تلزمه السجدة، ومن لم تلزمه الصلاة، لم تلزمه السجدة، والحائض لا يلزمها فرض [١/١١٩] الصلاة، فلا يلزمها فرض السجدة.

وليس كذلك الجنب؛ ولأن فرض الصلاة يلزمه، ويؤدّيها بعد الاغتسال، فكذلك فرض السجود.

قال: ولا يجوز سجودها إلا بما يجوز به سجود الصلاة: من طهارة



الأحداث ، واللباس ، والمكان الذي يسجد عليه ، أو قيامه ، أو قعوده ، روى ذلك معلّى ، و[عليّ] عن أبي يوسف ؛ وذلك لما بيّنا أنها معتبرة بسجدة الصلاة ، فالواجب أن يعتبر فيها شرائط الصلاة .

قال : ولا يتيمّم لها إلا أن لا يجد الماء ، أو يكون مريضاً ؛ لأنه لا يخشى فواتها ، فصارت كصلاة الفرض .

قال : ولا يسجد إلا إلى القبلة إذا تلاها على الأرض ، ولا يجزئه الإيماء بها ؛ لأنها معتبرة بسجدة الصلاة ، فاعتبر فيها التوجه إلى القبلة ، فلم يجزّ فيها الإيماء مع القدرة على السجود ، وإن اجتهد وأخطأ القبلة أجزاءه ؛ لأن هذا يجوز في صلاة الفرض ، فكذلك يجوز في السجدة .

قال : ويجزئه الإيماء إذا تلاها على الراحلة وهو مسافر ، أو كان مريضاً لا يستطيع السجود ، وقال بشر المريسي : لا تجزئه على الراحلة إذا قدر على السجود ، وهو القياس .

ووجهه : أنها واجبة عندنا ، فاعتبرت بسجدة صلاة الفرض ، فلم تجز على الراحلة مع القدرة على النزول ، وإنما استحسنوا ؛ لأن وجوبها يتعلق بفعله ، وهو التلاوة ، فصارت كصلاة النافلة التي يتعلق وجوبها^(١) بدخوله .

ولم يذكر في الأصل : إذا تلا على الراحلة ثم نزل ، ثم عاد فركب ، هل [تجزئه أن] يومئ بها أم لا ! ، وذكر ذلك في اختلاف أبي يوسف وزفر .

قال أبو يوسف : تجزئه ، وهي رواية ابن سماعة عن محمد ، وقال زفر : لا تجزئه .

(١) في أ (يتعلق بفعله) .

وجه قولهما: أنها وجبت بالإيماء، فإذا أداها على الوجه الذي وجبت عليه أجزأته، كما قالوا: فيمن دخل في صلاة عند طلوع الشمس وأفسدها، ثم قضاها عند غروب الشمس: جاز؛ لأنها لزمته على وجه ناقص، فأداها كما وجبت [جاز].

وجه قول زفر: أنه لما نزل، انتقل فرضها إلى ذمته، ووجبت عليه بغير إيماء، فصار كما لو تلاها على الأرض ثم ركب، [لا تجزئه على الدابة].

قال: وينبغي أن يكبر [إذا انحط] لسجودها، ويكبر إذا رفع رأسه من السجود، وعن أبي يوسف: لا يكبر إذا انحط، وروى الحسن عن أبي حنيفة مثله.

لنا: أنها معتبرة بسجدة الصلاة، فيكبر لها عند الانحطاط وعند الرفع.

وجه قول أبي يوسف: أن التكبير عند الانحطاط يفعل للانتقال، وفي سجدة التلاوة ليس بمنقول من ركن إلى ركن، فلم يلزمه تكبيرة للانحطاط^(١).

ويسبح فيها؛ لأنها معتبرة بسجدة الصلاة، ومن سنة السجود التسبيح، [كذا هذه].

قال: ولا يسلم؛ لأن سجدة الصلاة لا يعقبها التسليم، وسجدة التلاوة معتبرة بها؛ ولأن التسليم إنما يفعل للخروج من حكم [١١٩/ب] التحريم، وسجود التلاوة لا تحريم لها.

قال: فإن تكلم في السجدة أو قهقهه (متعمداً، أو أخطأ، فعليه إعادتها، ولا

(١) في أ (الانتقال).

وضوء عليه في القهقهة فيها^(١)؛ وذلك لما بيّنا: أنها معتبرة بالصلاة، وهذه المعاني تفسد الصلاة، فكذلك تفسد السجدة.

فأما إذا سبقه الحدث، فإن سجده لا تفسد، ولكن لو أحدث في سجدة الصلاة توضأ وأعادها^(٢)، فكذلك سجدة التلاوة.

قال: ولا وضوء عليه بالقهقهة فيها؛ لأن القياس ينفي وجوب الوضوء بالقهقهة، وإنما استحسنوا للأثر، وذلك ورد في الصلاة دون السجدة؛ ولأن سجدة التلاوة لم تكمل حرمتها [لاختلاف الناس فيها]، فهي كصلاة الجنابة [إذا قهقه فيها].

قالوا: وإن سجدت امرأة إلى جنبه، لم تفسد عليه وإن نوى أن يؤمها؛ لأن القياس يقتضي أن لا تفسد صلاة الرجل [بصلاة المرأة]^(٣)، وإنما تركوا ذلك في الصلاة الكاملة، فما سواها على أصل القياس [باقٍ]؛ ولأنها ذكر^(٤) مفرد كصلاة الجنابة.

قال: وإن رعف في سجدة التلاوة، أو أحدث، فعليه أن يتوضأ ويعيدها؛ لأنه لو رعف في سجدة الصلاة توضأ وأعادها، فكذلك سجدة التلاوة.

قال: وإذا تلا سجدة واحدة وأعادها مراراً في مجلس واحد، عليه سجدة واحدة، والقياس أن يجب عليه لكل تلاوة سجدة؛ لأن التلاوة سبب الوجوب

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (لكنه يتوضأ ويبنى؛ لأنه يفعل في سجدة العلانية).

(٣) في أ (بوقوفها إلى جنبه).

(٤) في ب (ركن)، والمثبت من أ.

كالنذر، وإنما استحسنوا؛ لأن جبريل كان يقرأ على النبي ﷺ، ويقرأ النبي ﷺ على أصحابه، ويسجد^(١) مرة واحدة، فدلّ على أن تكرار التلاوة في مجلس واحد لا يتعلق به إلا سجدة [واحدة]، وروي أن أبا موسى كان يلقي الناس القرآن في مسجد الكوفة، ويزحف إلى كل واحد منهم، ولا يسجد للتلاوة إذا كررها أكثر من سجدة، وكذلك روي عن أبي عبد الرحمن السلمي، وهو معلم الحسن والحسين، وقد أخذ التلاوة عن الصحابة، فالظاهر أنه أخذ حكمها عنهم؛ ولأن سببي الوجوب اجتماعاً في مجلس واحد، لسجدة واحدة، فاقصر على سجدة واحدة، كالتالي السامع.

وأما إذا تلاها في مجلسين، فيلزمه سجدتان على أصل القياس، وكذلك إن تلا في مجلس واحد آيتين مختلفتين؛ لأن القياس يقتضي تكرار السجود بتكرار التلاوة، وإنما تركوا القياس في الآية الواحدة؛ لما قدمناه، وما سواها على أصل القياس.

قال: ولو تلا آية السجدة، فسجد، ثم أعاد التلاوة في مجلسه، لم يسجد؛ لأن سببي الوجوب اجتماعاً في مجلس واحد، فصار كما لو تلاها مرتين ثم سجد.

قال: وإن تلاها في غير الصلاة، ثم قام إلى الصلاة في مكانه ذلك، فأعادها، أجزأته سجدة واحدة، وإن كانت سجدتين تلاهما ثم قام إلى الصلاة، فأعادهما [١/١٢٠] سجد أخرى.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أن كلّ سجدتين اجتماعاً في مجلس واحد، وإحداهما أفضل من الأخرى، فالأفضل تجزئ عن الأنقص،

(١) في أ (فلا يكرر السجود).

والناقصة لا تجزئ عن الفاضلة ، والسجدة المتلوة في الصلاة أفضل من المتلوة في غيرها ، فأجزأت عن نفسها وعمّا تليت في غير الصلاة ، وأما المفعولة في غير الصلاة ، فهي أنقص ، ولا تقوم مقام المتلوة في الصلاة ، فعليه أن يعيدها .

قال: وكل سجدة وجبت عليه بتلاوة في الصلاة ، فإن خرج من الصلاة قبل أن يسجدها ، سقطت عنه ؛ لأنها صارت من سنن الصلاة حين وجد سببها فيها ، وسنن الصلاة لا تفعل بعد الخروج منها .

قال: فإن تلا سجدة في الركعة الأولى ، فسجدها ، ثم أعادها في الركعة الثانية ، فلا سجود عليه عند أبي يوسف ، وقال محمد: يسجد بها استحساناً .

وجه قول أبي يوسف: أن التحريمة تجمع أفعال الصلاة ، فتصير كالمحل الواحد^(١) .

وجه قول محمد: أن السجود من موجب التلاوة ، وكل ركعة يتعلق بها تلاوة لا ينوب عنها تلاوة في غيرها ، فكذلك يتعلق بها سجود لا ينوب عنها سجود في غيرها .

٦٣٥ - فَصْل: [سماع المؤتم السجدة من إمامه أو غيره]

قال: وكل سجدة لزمتم في الصلاة بسماع من غيره ، فلا سجود عليه حتى يخرج من الصلاة ، إلا أن يكون سمعها من إمامه .

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن المؤتم إذا سمع السجدة من الإمام لزمته متابعة الإمام فيها ؛ لقوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا سجد

(١) في أ (كمجلس واحد) .



فاسجدوا»^(١) ، وإذا سمعها الإمام من المؤتم لم يسجد واحد منهما في الصلاة .
 أما المؤتم ، فلأنه يخرج بالسجود عن متابعة الإمام ، وأما الإمام فلو
 سجدها ، لصار تابعاً للمؤتم ، وهذا لا يجوز .
 وأما بعد الخروج من الصلاة ، فلا يسجدها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ،
 وقال محمد : أحب إلي أن يسجد .

وجه قولهما : أن هذه سجدة تلاها أحد المشتركين في الصلاة ، فكانت من
 سنتها كما لو تلاها الإمام ، وإذا كانت من سنن الصلاة ، لم تفعل بعد الخروج
 منها كسائر سننها .

وجه قول محمد : أن هذه السجدة لما تعذر فعلها في الصلاة ، كان مقتضاها
 أن تفعل بعدها ، كالمسموعة [في الصلاة] من الأجنبي .

٦٣٦ - فَصَّل : [سماع المصلي من الأجنبي آية سجدة]

وأما إذا سمع المصلي من الأجنبي آية سجدة ، فإنه يسجدها بعد الفراغ من
 صلاته في قولهم جميعاً ؛ لأن سببها لم يوجد في الصلاة ، فلزمه فعلها
 كالسجدة^(٢) المندورة ، فإذا تعذر فعلها في الصلاة ، وجب فعلها بعد الخروج
 منها ، فإن سجدها في الصلاة ، لم تجزئه ، ولم تفسد صلاته في رواية الأصول .

وروى ابن سماعه ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : أن صلاته تفسد ،
 وقال محمد : لا تفسد ، [١٢٠/ب] وإنما تجزئه ؛ لأنه منهي عن فعلها في الصلاة ،

(١) أخرجه البخاري (٣٧١) وموضع ؛ ومسلم (٤١١) .

(٢) في أ (فلم يجز فعلها فيها كالمندورة) .

فإذا فعلها وقعت ناقصة ، وقد وجبت عليه كاملة ، فلا تجزئه مع النقصان .

وإنما فسدت الصلاة في إحدى الروايتين ؛ لأن من مقتضاها أن تفعل بعدها ، فإذا اشتغل في صلاته بشيء من حكمه أن يفعل بعدها ، صار رافضاً لصلاته ، [فبطلت] ، كمن صلى النفل في خلال الفرض .

وجه الرواية الأخرى: أنها [من جنس ما يفعل في الصلاة ، وهي] ^(١) ما دون الركعة ، وذلك لا يفسد الصلاة .

قال: وإذا قرأ [الرجل] سجدة وهو راكب ، ثم أعادها بعدما صار على الأرض ، فإن كان يصلي ، فعليه سجدة واحدة ، وإن كان في غير صلاة ، فعليه سجدتان ؛ لأن الصلاة تجمع الأماكن ، فتجعلها كالمكان ^(٢) الواحد ؛ بدلالة جواز الصلاة ، والتمتو في المجلس الواحد تجزئ عنه [سجدة واحدة] ^(٣) وإن تكرر .

وأما إذا كان في غير الصلاة ، فليس هناك معنى تَجَمُّع الأماكن ، فصار كل سجدة متلوة في مكان آخر ، فيجب فيها ^(٤) [سجدة أخرى] .

قال: وإذا تلا الرجل سجدة بالفارسية ، فعليه أن يسجدها ، وعلى من سمعها في قياس ^(٥) قول أبي حنيفة ، فهمها الذي سمعها أو لم يفهمها ، [يعني]: إذا أخبر أنها سجدة ؛ لأن من أصله أن القرآن إذا نقل إلى الفارسية ، فهو قرآن ، فالتلاوة

(١) في ب (زيادة) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (في حكم مكان واحد) .

(٣) في الأصل (سجود واحد) والمثبت هو المناسب للسياق .

(٤) في ب (سجدتان) والمثبت من أ .

(٥) في أ (في قول أبي حنيفة) .

بالعربية والفارسية سواء .

وقال أبو يوسف: على من فهمها أن يسجد ، وليس على من لم يفهم ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه إن جعلها قرآناً وجبت على من لا يفهمها كالتلاوة بالعربية ، وإن لم يجعله قرآناً لم تجب على من فهمها .

وقد قالوا: في التلاوة بالعربية إذا سمعها العجمي وجبت عليه وإن لم يفهمها ؛ لأن السجدة وجبت لحرمة التلاوة ، والحرمة موجودة في حق العجمي ؛ ولأن سبب الوجوب يعتبر فيه العلم به ، ولا يعتبر فهمه كسائر أسباب الوجوب^(١) .

قال: وإذا تلا الإمام السجدة على المنبر يوم الجمعة ، فإنه يسجدها ويسجد من سمعها ، رواه محمد في كتاب الحجة عن أبي حنيفة ؛ لما روي: «أن النبي ﷺ تلا سجدة ﴿ص﴾ على المنبر ، فنزل وسجد ، وسجد الناس معه»^(٢) ؛ ولأنه لو تلاهما في الصلاة سجدها ، وأكثر أحوال الخطبة أن تكون كالصلاة .

قال: وإذا وجبت السجدة على الرجل في الأوقات التي تجوز فيها الصلاة ، فسجدها عند قيام الظهر ، أو عند طلوع الشمس ، أو عند غروبها ، لم تجزئه ؛ لأن السجود في هذه الأحوال ناقص ؛ للنهي عنه ، وقد وجب السجود عليه كاملاً ، فلا يجوز أن يأتي به ناقصاً .

قال: وإن تلاها عند قائم الظهر ، فسجد لها ، أجزاءه ؛ (وذلك لأنها وجبت عليه في هذه الحال ، فأدّاها على الوجه الذي وجبت به أجزاءه ، وإن تلاها في تلك

(١) في العبارة مختصرة جداً .

(٢) أخرجه أبو داود (١٤١٠) ؛ ومالك في الموطأ (٤٨٤) ؛ وابن حبان في صحيحه ٤٧٠/٦ ؛ والبيهقي في الكبرى ٥٠٥/١ .

الساعة وسجدها عند الغروب ، جاز) (١) ؛ لأنها وجبت عليه ناقصة ، فأداها كذلك ناقصة .

قال : فإذا قرأ سجدة في الصلاة : فإن شاء ركع ، وإن شاء سجد ، يعني إن شاء أقام ركوع الصلاة [١/١٢١] مقامها ، وإن شاء سجد لها ، ذكر هذا التفسير أبو يوسف في الإملاء عن أبي حنيفة .

والأصل في ذلك مروى عن ابن مسعود أنه قال في سجدة الأعراف : «إن شاء سجد لها ، وإن شاء ركع» ؛ ولأن المقصود إظهار الخضوع (٢) عقيب التلاوة ، وهذا المعنى موجود إذا ركع بعدها ؛ لأنه إذا نوى أن يقيم الركوع مقامها ، قامت الركعة بسجودها مقام سجدة التلاوة ، وسجدة التلاوة يصح فيها التداخل .

وقال الحسن عن أبي حنيفة : إذا كانت السجدة في آخر السورة ، أو قريباً من آخرها ، مثل : سورة الأعراف ، وبني إسرائيل ، والنجم ، ﴿ إِذَا السَّمَاءُ أَنْشَقَّتْ ﴾ ، [الانشقاق : ١] ، و ﴿ أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴾ [العلق : ١] ، فركع حين فرغ من السورة ، أجزأته سجدة الركعة عن سجود التلاوة .

وإن خرج إلى سورة أخرى لم تجزئه أن يركع بها ؛ لما روي عن ابن مسعود ، وروي عن ابن عمر أنه كان إذا تلا : ﴿ إِذَا السَّمَاءُ أَنْشَقَّتْ ﴾ في غير الصلاة ، سجد ، وإن تلاها في الصلاة ركع ولم يسجد .

وقول الحسن : أجزأته سجدة الركعة عن سجدة التلاوة ، يدل على أن

(١) ساقطة من أ .

(٢) في أ (الخضوع بها) .

الركوع وما بعده من السجود يقوم مقام سجود التلاوة، فيقع التداخل في ذلك .
 وأما إذا خرج إلى سورة أخرى، فقد تجاوز محل السجود، فتنقل السجدة إلى ذمته، ولا يجزئ الركوع عنها، وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قرأ بعد آية السجدة مقدار ما تجزئ به الصلاة ثلاث آيات فصاعداً، لم يجزئه الركوع بها؛ لأن هذا القدر يثبت حكمه بنفسه، فيقطع ما بين التلاوة والسجدة، فلم يجزئه الركوع بها.

وقد ذكر في الأصل: إذا تلا سجدة في الصلاة، فأراد أن يركع بدلاً من السجود، فالقياس أن يجوز، والاستحسان ألا يجوز، وبالقياس أخذوا.

والوجه في جواز الركوع قوله تعالى: ﴿وَحَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ﴾ [ص: ٢٤]، فعبر بالركوع عن السجود؛ ولأن المقصود إظهار الخضوع عقيب التلاوة، وهذا موجود في الركوع.

وجه الاستحسان: أن الركوع لا يقوم مقام السجود، كسجود الصلاة.

ومن أصحابنا من قال: إن هذا غلط من الكاتب، والصحيح [العكس] أن القياس يمنع ذلك، وإنما جاز بالاستحسان.

ومنهم من قال: إن الصحيح ما في الكتاب، والقياس يقتضي ذلك، ولو استحسن مستحسن خلاف ذلك، لجاز، والأولى عندهم ما اقتضاه القياس .

(١) انظر: الأصل ٢٧١/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٧٢٤/١ وما بعدها؛ القدوري ص ٩٥.

بَابُ تَكْبِيرِ التَّشْرِيقِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: تكبير التشريق سُنَّةٌ ماضية، نقلها أهل العلم، وأجمعوا على العمل بها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: ٢٠٣]، وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ما من أيام أحب إلى الله العمل فيها من هذه الأيام، فأكثروا فيها من التسبيح والتهليل»^(١)، ولا خلاف في ذلك.

وإنما الخلاف في وقت التكبير: وروي عن عمر، وعليّ، وابن مسعود، وابن عباس في رواية: «أنهم ابتدؤوا بالتكبير من صلاة [١٢١/ب] الفجر يوم عرفة»، وعند زيد بن ثابت: «أن الابتداء من صلاة الظهر يوم النحر».

[واختلفوا في القطع: فقال ابن مسعود: «إلى صلاة العصر من يوم النحر»]، وقال علي: «إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق»، وقال عمر: «إلى الظهر».

وعن مكحول قال: «يبتدئ في الظهر من يوم عرفة إلى الفجر من آخر أيام التشريق»، أما الابتداء: فمن صلاة الفجر يوم عرفة في المشهور من قول أصحابنا، وعن أبي يوسف: أنه يبتدئ عقيب الظهر من يوم النحر^(٢).

(١) أخرجه داود (٢٤٣٨) بزيادة؛ وابن ماجه (١٧٢٧)؛ وابن حبان في صحيحه ٣٠/٢؛ وابن خزيمة في صحيحه ٢٧٣/٤؛ والبيهقي في الكبرى ٢٨٤/٤.

(٢) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٣/٣١٣، ٣١٤؛ مصنف ابن أبي شيبة ٤٨٩/١؛ مجمع الزوائد للهيتمي ٢/٢٥٤.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأَذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: ٢٠٣]، قيل في التأويل: أيام العشر، فظاهرها يقتضي في التأويل أنه يكبر في جميعها إلا ما قام عليه الدليل؛ ولأنه يوم مختص بركن يقع في الحج، [فهو] كيوم النحر.

وجه قول أبي يوسف: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ ءَابَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا﴾ [البقرة: ٢٠٠] وقضاء المناسك يقع ضحى النهار من يوم النحر، وأول صلاة تلي ذلك صلاة الظهر.

وأما مكحول فقال: إن التكبير لما اختص بالإيام التي وضعت لأركان الحج، وجب أن يتدئ به في وقت الركن، وأول ذلك بعد الزوال من يوم عرفة. وأما القطع، فقال أبو حنيفة: يكبر عقب صلاة العصر يوم النحر ويقطع.

وقال أبو يوسف ومحمد: عقب صلاة العصر من آخر أيام التشريق^(١).

لأبي حنيفة: أن التكبير لا يجوز إثباته إلا بالتوقيف أو اتفاق، وقد أجمعوا على هذا المقدار، واختلفوا فيما بعده؛ ولأن ما بعد يوم النحر لا يختص بركن يقع في الحج، فصار كسائر الأيام.

وجه قولهما: ما روى محمد بن علي عن جابر: «أن رسول الله ﷺ كبر في الأضحى يوم عرفة، وقطع آخر أيام التشريق»؛ ولأن السلف اختلفوا فيه، فلأن يكبر فيما لا يجب عليه، أولى من أن يترك التكبير فيما يجب عليه.

وأما الكلام فيمن يجب عليه التكبير، فقال أبو حنيفة: لا يكبر إلا في أدبار الصلوات المكتوبات، وذلك على أهل المصر المقيمين، الأحرار، البالغين،

(١) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٨٠.



المكلفين ، الذكور ، إذا صَلَّوْا هذه الأيام في جماعة [مستحبة] .

وقال أبو يوسف ومحمد: كل من صَلَّى فريضة من صلوات هذه الأيام كَبَّرَ عقيبها .

والدليل على اختصاص التكبير بالمقيمين في الأمصار قوله ﷺ: «لا جمعة ، ولا تشريق ، ولا فطر ، ولا أضحي ، إلا في مصر جامع»^(١) ، فإذا اختص التكبير بالمصر ، اختص بالمقيمين الأحرار الرجال كالجمعة .

وإنما اعتبروا الصلوات المكتوبات خلاف ما قال مجاهد والشعبي: إنه يكبَّرَ عقيب النافلة ؛ لأنها ذكر زائد ، فلا يتعلق بالنافلة كالقنوت ؛ ولأن النفل لا يفعل في الجماعة ، والتكبير لا يثبت عند أبي حنيفة إلا في صلوات الجماعات .

وجه قولهما: أنه ذكر مسنون يتعلق بالصلاة كسائر الأذكار المسنونة .

قال: ولا يكبَّرُ في دبر صلاة العيد ، والتطوع ، والوتر ، في قولهم جميعاً .

أما النافلة ، فقد بَيَّنَّاها ، وأما العيد والوتر ؛ فلأنها ليست بمفروضة ، فصارت كالنافلة ، [١/١١٢] ؛ ولأن التكبير لو كان من سنة العيد ، وقد صَلَّى رسول الله ﷺ بحضرة الصحابة^(٢) ، فلو كثر لنقل ذلك نقل استفاضةٍ ، فلما لم ينقل دلَّ على أنه ليس بسنة .

قال: وَيُكَبَّرُ عقيب الجمعة في قولهم ؛ لأنها صلاة مفروضة من صلاة هذه

(١) أخرجه البيهقي وغيره عن علي بن أبي طالب موقوفاً في الكبرى ١٧٩/٢ ؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٣٩/١ ؛ وعبد الرزاق في مصنفه ١٦٧/٣ ؛ الدراية ٢١٥/٢ .

(٢) في ب (الجماعة) ، والمثبت من أ .



الأيام ؛ ولأنها قائمة مقام الظهر ، فصارت في حكمها .

قال: وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المسافر إذا أمَّ المسافرين في المصر ، فلا تكبير عليهم ؛ وذلك لأن الإقامة شرط في التكبير ، كما هي شرط في إتمام [الصلاة] ، والمسافر إذا صَلَّى بمسافرين في المصر ، لم يتم ، فكذلك لا يكبر .

وليس كذلك إذا صلى المسافر خلف المقيم ؛ لأنه يصير في حكم المقيمين في الإتمام ، فكذلك في التكبير .

قال: وينبغي أن يكبر عقيب السلام قبل الكلام ، وقبل استدبار القبلة ، وقبل أن يكون منه ما لو كان في الصلاة لقطعها ؛ لأن التكبير وإن لم يكن مبنياً على التحريم ، فمن حكمه أن يفعل مع بقاء حكمها ؛ بدلالة أن الأمة فعلته على هذا الوجه ، فإذا وجد ما يقطع حكم الصلاة ، منع من التكبير .

قال: والتكبير: أن يقول: [الله أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله] ، والله أكبر الله أكبر كبيراً ، الله أكبر الله أكبر كبيراً ، الله أكبر وأجل ، الله أكبر والله الحمد^(١) .

وعن ابن عمر: يكبر ثلاثاً ، لا إله إلا الله له الملك ، وله الحمد ، وهو على كل شيء قدير ، وما قلناه أولى ؛ لأنه فعل الأمة في سائر الأمصار ؛ ولأن التكبيرات المتوالية [لا] تفعل^(٢) ثلاثاً كتكبير الأركان .

قال: فإن نسي التكبير حتى قام ، فذكر قبل أن يخرج من المسجد ، فينبغي

(١) التكبير الصحيح والمشهور بين الفقهاء (الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله ، والله أكبر الله أكبر والله الحمد) . تحفه الفقهاء ص ٢٨٦/١ ؛ الحاوي القدسي ٢٤٦/١ .

(٢) في ب (تفعل) والمثبت من أ .



له أن يكَبِّرَ ؛ لأن حكم الصلاة باقي ما دام في المسجد ، ألا ترى أنه لو تذكَّر شيئاً من صلاته ، عاد فبنى .

قال : وإن نسي الإمام أن يكَبِّرَ ، كَبَّر القوم .

قال أبو يوسف : صليت بهم يوم عرفة ، فنسيت التكبير ، فكبر أبو حنيفة ؛ (وذلك لأن التكبير ليس يبنى على التحريمة ، ولا يقف على متابعة الإمام كالتلبية .

قال : والمحرم يكبر في دبر الصلاة ، ثم يُلَبِّي) ؛ لأن التكبير يختص بالصلاة من التلبية ، ألا ترى أنه لا يكبر إلا عقب الصلاة ، والتلبية لا تختص بالصلاة ، فتقديم ما اختص بالصلاة أولى .

قال : ومن نسي صلاة من أيام التشريق ، فذكرها في أيام التشريق من تلك السنة ، قضاها وكَبَّر ؛ لأن التكبير يختص بهذه الأيام كالرمي ، فكما أن حكم الرمي يبقى بقاء هذه الأيام ، كذلك التكبير ، فإن خرجت الأيام لم يكَبِّر ؛ لأن وقت التكبير قد فات ، فلا يفعل بعد وقته ، كما لا يفعل رمي الجمار بعد الأيام .

فإن تذكَّر في أيام التشريق صلاة من غيرها ، قضاها ولم يُكَبِّر ؛ لأن القضاء معتبر بالمقضي ، فإذا لم يكن في الأصل تكبير ، فكذلك في القضاء .

ومن ترك صلاة من هذه الأيام ، فتذكرها في أيام التشريق من القابل ، لم يكبر في المشهور من قولهم ، وعن أبي يوسف : أنه يكبر .

لنا : أن اختصاص التكبير بأيام التشريق كاختصاص الرمي ، ومن ترك رمياً من سنة لم يقضه في السنة الثانية في هذه الأيام ، فكذلك التكبير^(١) .

(١) انظر : الأصل ٣٢٤/١ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ١٦٢/٢ وما بعدها ؛ القلوري

١٦٦ | كتاب الجنائز

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا احتضر الإنسان ، وُجِّه كما يوجِّه في القبر على شِقِّه الأيمن ، ولقِّن الشهادتين ؛ وذلك لأن هذه [١٢٢/ب] الحالة تقرب من الموت ، فوجب أن يوجه كما يوجه في القبر .

وأما تلقين الشهادة ؛ فلقوله ﷺ: «لقنوا موتاكم: لا إله إلا الله»^(١)، فإذا قضى ، غمض وشدّ لحياه ؛ لأن النبي ﷺ دخل على أبي سلمة وقد شق بصره ، فأغمضه ؛ ولأنه إذا لم يغمض ويشدّ لحياه ، انفتحت عينه وفؤه ، وفي ذلك مُثَلَّةٌ .

قال: ويستحب أن يؤخذ في جهازه ولا يؤخر ؛ ذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: «عجلوا بموتاكم ، فإن يك خيراً قدمتموهم إليه ، وإن يك شراً ، فبُعْداً لأهل النار»^(٢) .

قال: ولا بأس بإعلام الناس بموته ؛ لأن النبي ﷺ قال في المسكينة التي كانت في ناحية المدينة: «إذا ماتت فأذنوني» ؛ ولأن الإعلام حثّ على طاعة الله تعالى ، فصار كالحث على سائر العبادات .

(١) أخرجه مسلم (٩١٦) وغيره .

(٢) هنا الجزء الأول من الحديث لعله مأخوذ من حديث الصحيحين (أسرعوا بالجنائز ، فإن تك سالحة . .) .

والجزء الثاني الذي ورد في جواب السؤال عن المشي بالجنائز من سؤال عبد الله ابن مسعود للنبي ﷺ . أخرجه أحمد في المسند ٢٩٤/١ ؛ وأبو داود (٣١٨٤) ؛ والبيهقي في الكبرى ٢٢/٤ ؛ وأبو يعلى في مسنده ٨٧/٩ .

بَابُ غَسْلِ الْمَيِّتِ

—•••••—

[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: الأصل في غسل الميت: أن الملائكة غسلوا [ابنًا لآدم]^(١)، وقالوا [لآدم]^(٢): هذه سنة موتاكم، وغسل رسول الله ﷺ المسلمين، وغُسل حين مات، وهو فعل المسلمين.

قال بشر، ومعلّى، وعليّ، وعن أبي يوسف، عن أبي حنيفة قال: يجرد الميت، ويوضع على تَحْتِ، وتوضع على عورته خرقة.

أما تجريد الميت؛ فلأن الغسل بعد الموت كالغسل في الحياة، فكما أن المغتسل الحي يتجرد، فكذلك الميت؛ ولأنه أمكن للنظافة، والغسل [ولإزالة النجاسة]، والذي روي: (أن رسول الله ﷺ غسل في قميصه)، فهو على وجه التعظيم له، اختص [بذلك]، فهذا بدلالة ما روي أنهم اختلفوا: هل ينزع عنه قميصه أم لا؟ فوَقَعَتْ عليهم سِنَةٌ فما منهم إلا من ضرب دقنه صدره، ثم سمعوا قائلاً يقول من ناحية البيت: اغسلوا رسول الله ﷺ في قميصه^(٣).

وإنما يوضع على تَحْتِ؛ لأنه فعل المسلمين؛ ولأن الماء ينزل عنه، فيكون أقرب إلى النظافة.

في ب (آدم)، والمثبت من أ.

في ب (لولده)، والمثبت من أ.

أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٤٠٠/٢٤؛ وأورده علي القاري في المرقاة ١١/١١٠٩٤.

وأما وضع الخِرقة على عورته ، فيجب أن يوضع من السُرَّة إلى الركبة ؛ لأن عورة الميت لا يجوز النظر إليها كعورة الحي ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي : « لا تنظر إلى فخذ حي ولا ميت »^(١) .

قال : ثم يُوضَّأ وضوءه للصلاة ، ولا يمضمض ، ولا يستنشق ، وإنما يبدأ بالوضوء ؛ لأن النبي ﷺ قال للنسوة اللاتي غسلن ابنته : « ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها »^(٢) ؛ ولأن المغتسل في حال الحياة يقدم عليه الوضوء ، فكذلك بعد الموت .

وقد قالوا : إن غسل الميت يفارق غسل الجنب من وجوه ، منها : أنه لا يُمضمض ، ولا [يستنشق] ؛ لأن المضمضة والاستنشاق لا يتأتیان فيه ؛ ولأن ذلك يؤدي إلى المُثَلَّة ؛ لأن الماء ربما يصل إلى جوفه^(٣) ، وربما يخرج من أنفه وفيه .

ولا يؤخر غسل رجليه ؛ لأن الجنب يؤخر غسل رجليه ؛ لأن الماء المستعمل يجتمع عندهما ، وهذا [١/٢٣] لا يوجد في الميت ؛ لأن الماء لا يجتمع عند رجليه .

قالوا : ولا يمسح رأسه ؛ لأن المقصود من غسله النظافة ، والمسح لا يوجد فيه [من الميت] هذا المعنى .

قال : ويبدأ بميامنه ؛ لأن النبي ﷺ قال في ابنته : « ابدأن بميامنها » ، وكان

(١) أخرجه أبو داود (٣١٤٠) ، وقال : « هذا الحديث فيه نكارة » ؛ أحمد في المسند ١/١٤٦ ؛ وابن

ماجه (١٤٦٠) ؛ والبيهقي في الكبرى ٢/٢٢٨ ؛ والدارقطني ١/٢٧٧ .

(٢) أخرجه البخاري (١٦٥) ؛ ومسلم (٩٣٩) .

(٣) في أ (لأن ما يصب في فمه ربما يصل إلى جوفه) .

يحب أن يبدأ في الأمور بالميامن .

قال: ثم يغسل رأسه ولحيته بالخطمي^(١) ؛ وذلك لأن المقصود [منه] النظافة وإزالة الدرن .

قال: ولا يسرح شعره ؛ لأن تسريح الشعر يفعل للزينة ، والميت لا يحتاج إلى الزينة ؛ ولأننا إذا سرحنا شعره انفصل منه شيء ، واحتجنا إلى دفنه معه ، فلا معنى لفصله عنه .

قال: ثم يضحج على شقه الأيسر ، يغسل بالماء القراح حتى ينقيه ، ويرى أن الماء قد خلص إلى ما يلي التخت منه ؛ لأن السنة أن يبدأ بغسل الجانب الأيمن ، فوجب أن يضحجه على شقه الأيسر ، ويغسل الأيمن ، وقد أمرت قبل ذلك بالماء ، فاغلي بسدر ، فإن لم يكن سدر فحرّض ، فإن لم يكن واحد منهما ، أجزأ الماء القراح ، ثم يضحجه على شقه الأيمن ، فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه .

وإنما اعتبر الماء الحار ؛ لأنه أبلغ في إزالة الدرن ، والسدر والحرّض يُرادان لذلك ، وقد قال أصحابنا: إنه يجوز السدر والخطمي ، ومن الناس من كره الخطمي ؛ إلا ألا يجد السدر ، والمقصود منهما جميعاً النظافة ، فأحدهما كالآخر^(٢) .

قال: ثم يقعده فيسنده إليه ويعصر بطنه ، فإن سال منه شيء مسحه ، [ثم يضحجه على شقه الأيسر ، فيغسله بالماء القراح ، حتى ينقيه ، ويرى أن الماء قد خلص إلى ما يلي التخت] ؛ وذلك لأنه لا يؤمن أن يكون في بطنه شيء ، فينفصل

(١) الخطمي: نبات من الفصيلة الخبازية ، كثير النفع ، يُدق ورقه يابساً ، ويُجعل غسلاً للرأس فينقيه .
المعجم الوسيط (خطم) .

(٢) فيمكن هنا استعمال أنواع الصوابين المنظفة للجسم للوصول إلى المقصود .

في الأكفان ، فوجب الاستظهار بمسح بطنه .

وقوله : فإن خرج منه شيء مسح ، ليس معناه : أن يقتصر على المسح في النجاسة ، وإنما يمسحها ثم يغسل الموضع حتى لا يتعدى بالغسل .

وقالوا : إنه لا يجب إعادة الغسل ولا الوضوء بخروج ما [يخرج منه] ، وقال الحسن بن صالح : يعاد الغسل مرتين ، حتى يصير خمسا . وقال ابن سيرين : يعاد إلى سبع .

وقال الشافعي : يعاد الوضوء ، وأما إعادة الغسل فلا تجب ؛ لأن الحدث في حال الحياة لا يوجب الغسل ، فبعد الموت مثله^(١) .

وأما الوضوء فلا تجب إعادته ؛ لأنه لا يرفع الحدث ؛ لأن موجب الحدث الموت ، وهو مقارن له^(٢) .

وإنما قدروا الغسل بثلاث مرات ؛ لأن النبي ﷺ قال : «أما أنا فأحشي على رأسي وسائر جسدي ثلاث حثيات من ماء ، فإذا فعلت ذلك فقد طهرت»^(٣) .

وقال للنسوة اللاتي غسلن ابنته : «اغسلنها ثلاثا ، أو خمسا ، أو سبعا ، على ما ترين» ، فدل على أن الغسل وتر .

قال : ثم ينشفه بثوب ؛ لأنه لو وضع في الأكفان قبل أن ينشف ، ابتلت

(١) قال الشافعي : فإن خرج منه شيء ، أنقاه بالخرقة كما وصفت ، وأعاد عليه غسله المزني ص ٣٦ ، وذكر الشيرازي ثلاثة أوجه : «أحدها : يكفيه غسل الموضع» ، وهذا الوجه الأصح ، كما ذكرها النووي في المجموع ١٣٥/٥ .

(٢) في أ (لأن الخارج لو كان حدثا لكان الموت حدثا ؛ لأنه يزيل التمييز) .

(٣) الحديث روي بألفاظ مختلفة وأخرجه مسلم (٢٤٢) وغيره .

أكفانه^(١)، وذلك مُثْلَةٌ.

قال: ولا يؤخذ من شعره ولا من ظفره؛ لأن ذلك يفعل للزينة، والميت لا يزين، وقد روي أن ذلك ذكر لعائشة فقالت: (أتنظفون موتاكم).

ولا يقال: إن في إزالة الشعر والظفر نظافة؛ لأن الحي يفعل ذلك حتى لا يجتمع فيه الوسخ بعد الغسل، [١٢٣/ب] وذلك لا يوجد في الميت.

قال: وهذا سبيل كل ميت مات بعد الولادة، إلا الشهيد، فإنه لا يغسل إذا لم يُرث، وإذا ولد ميتاً لم يُغسل. أما الشهيد، فالكلام فيه يأتي في بابه.

وأما المولود ميتاً؛ فلِمَا روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا استهل المولود غسل وصلي عليه وُورث وورث، وإن لم يستهل، لم يصل عليه ولم يورث»^(٢)، ولأن الغسل إنما يفعل للموت، فمن لا يعلم موته [بعد حياته]، لا يثبت الغسل في حقه، وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: إذا استهل المولود سُمِّي، وغُسل، ووُورث، [وورث] منه، وإذا لم يستهل، لم يسم، ولم يغسل، ولم يورث.

قال: ولو وجد الأكثر من الإنسان غسل، وإن وجد الأقل منه أو النصف سواء لم يغسل؛ لأن الأكثر من الإنسان يتعلق به ما يتعلق بالكامل؛ بدلالة من كان ناقص الأعضاء في الأصل، فأما الأقل فلا تثبت له حرمة الجملة؛ بدلالة أنه لا تثبت فيه القسامة؛ ولأن الغسل للصلاة، ومن أصلنا: أن ما نقص من الأكثر،

(١) في أ (يخاف ابتلال الثوب والكفن).

(٢) أخرجه أبو داود بلفظ (إذا استهل المولود ورث) فقط (٢٩٢٠)؛ وابن ماجه بلفظ (صلي عليه ورث) (٢٧٥٠)؛ والبيهقي في الكبرى ٨/٤؛ وبلغته أبو يوسف في الآثار ٨٠/١. انظر: نصب الراية ٢٧٧/٢.

لا يُصَلَّى عليه .

قال: ولا يغسل الرجالُ النساءَ، ولا النساءُ الرجالَ؛ لأن الناس في سائر الأعمار يغسل الرجلُ الرجلَ، والنساءُ النساءَ؛ ولأن الرجل لا يجوز له الاطلاع على بدن المرأة بعد الموت، كما لا يجوز له في حال الحياة، (والمرأة لا يجوز لها أن تمس بدن الرجل بعد الموت، كما لا يجوز لها في حال الحياة)^(١).

قال: إلا أن تكون المرأة معتدة من الميت عدة وجبت بالموت، ولم يحدث في عدتها منها ما يوجب وقوع الفرقة، وإلا حكمنا بها.

الأصل في ذلك: ما روي عن عائشة أنها قالت: «لو استقبلنا من أمرنا ما استدبرنا، ما غسل رسول الله ﷺ إلا أزواجه»^(٢)، وروي: «أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه، أوصى أن تغسله امرأته [أسماء]»^(٣)؛ (ولأن وجوب العدة التي يثبت بالموت كبقاء النكاح؛ لأنها من أحكامه.

فإن ارتدت بعد موته، أو قبّلت ابن زوجها، أو وطئت بشبهة، لم تغسله في رواية ابن زياد عن أبي يوسف؛ لأنها صارت إلى حال لو كان حيًّا لم تغسله [كانقضاء العدة].

وروى ابن أبي مالك عنه: أنها تغسله؛ لأن هذه المعاني تؤكد تحريم

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) «رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم وإسناده صحيح». كما في التلخيص لابن حجر ٢٣٦/٣؛ والبيهقي في معرفة السنن ١٣٠/٣.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤٥٥/٢؛ وأورده الحافظ في الإصابة ٤٩٠/٧؛ والمتقي الهندي في كنز العمال وعزاه لابن سعد والمروزي ٢٤١/٢.

الموت ، وذلك لا يمنع به الغسل .

وقالوا في أم الولد: لا تغسل مولاها ، وقال زفر: لها ذلك^(١) .

لنا: أن موته سبب لزوال ملكه عنها كعتقه .

ولزفر: أنها عدة من فراش صحيح كالزوجة .

قال: وإن كان الميت صبياً مثله لا يجامع ولا يشتهى ، فلا بأس أن تغسله النساء ، وكذلك الصبية التي لا تجامع ولا يُشْتَهَى مثلها ، فلا بأس أن يغسلها الرجال ؛ لأن ما لا يشتهى ليس بعورة ، فلا يمنع من غسله بعد الموت ، كما لا يمنع في حال الحياة .

قال: والمُحْرَم وغير المحرم في ذلك سواء ، يعني: أنه يُطَيَّب ، ويغسل ، وَيُعْطَى وجهه ورأسه ؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «خمروا وجوه موتاكم ، ولا تشبهوا باليهود»^(٢) ؛ ولأن الإحرام [١/١٢٤] عبادة يدخل فيها بفعله ، فتقطع بموته كالصلاة ، وإذا انقطعت صار كالحلال .

قال: والمجبوب والخصي مثل الفحل ؛ لأن الجب: قطع عضو ، فلا يحل له النظر كقطع سائر الأعضاء ؛ ولأن الشهوة قائمة وإن تعذر الفعل .

وإن ماتت امرأة في سفر ، ولم يكن هناك [غيرها إلا رجالاً]^(٣) ، يَمْمُوها ؛ لأن الغسل قد تعذر ؛ لأن النظر إليها لا يجوز ، ألا ترى أن الغسل يفعل لحق الله

(١) حصل تقديم وتأخير في أ .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٣/٣٩٤ ؛ والدارقطني ٢/٢٩٧ ؛ «رواه الطبراني في الكبير ورجاله ثقات» كما في مجمع الزوائد ٣/٢٥ .

(٣) في النسخ (غيرها إلا رجلاً) ، والمثبت بحسب ما يقتضيه السياق .

تعالى ، والنظر يجب تركه لحق الله تعالى ، وإذا اجتمع الأمر به لحق الله تعالى ، والمنهي عنه لحق الله تعالى ، كان المنهي عنه أولى ، وإذا سقط الأمر بالغسل ، صار كأنهم لم يجدوا الماء ، فانتقل الفرض إلى التيمم .

فإن كان في الرجال ذو رَجِمٍ مَحْرَمٍ يَمَّمُهَا بيده ؛ لأنه يجوز أن يمس بدنهما ووجهها في حال الحياة ، وإن كان أجنبيًّا لف على يده خرقة ويممها ؛ لأنه لا يجوز له مسها من غير حائل .

قال : وكذلك الرجل إذا مات مع النساء وليس فيهنّ رجل ، ولا فيهنّ له زوجة ، يممته على ما وصفت لك .

وإذا كان مع النساء رجل من أهل الذمة ، علمناه الغسل [فغسله] ، وإن كان مع الرجال امرأة ذمية فكذلك ؛ لأن الذمي يجوز له أن ينظر إلى بدن الرجل المسلم ، فيجوز أن يغسله كما يجوز في حال الحياة ؛ إلا أن الذمي لا يعرف سنة الغسل ، فوجب أن يُعَلِّمَ .

قال أبو حنيفة : يغسل الصبي والصبية كما يغسل الرجال ، إلا أنهما إذا كانا لا يعقلان [الصلاة] لا يوضآن عند غسلهما ؛ لأن الغسل إنما يفعل للصلاة على الميت ، والصبي يصلّى عليه .

فأما الوضوء ، فلا يثبت في حقه في حال الحياة إذا كان لا يفعل الصلاة ، فلا يثبت بعد موته .

قال : وإن كان جماعة موتى ، والأكثر مسلمون ، غُسلوا ، وكُفِنوا ، وصُلِّيَ عليهم ، وينوي بالدعاء المسلمين ، وإن كان الأكثر كفاراً ، لم يُصَلَّ عليهم ، ولم

يُغَسَّلُوا؛ لأن الغلبة إذا كانت للمسلمين، وجب آخرًا أحكام الإسلام عليهم، إلا أن يتعين لنا الكفار، كمن وجد ميتًا في دار الإسلام، (فإذا كان الأكثر كفارًا، أجري عليهم حكم الكفر، إلا أن يتيقن المسلم، أصله: دار الحرب) (١).

فإن قيل: المقصود بالصلاة الدعاء، ويمكن أن يختص المسلمون بالدعاء دون الكفار، وإن كانت الغلبة للكفار.

قلنا: إظهار الصلاة على الجماعة، موالة لهم، ولا يجوز [لنا أن نظهر] موالة من كان الغالب منهم الكفر، كما لا يجوز [أن نظهر] موالة أهل الحرب وإن كان فيهم مسلم.

قال: ولا بأس أن يغسل المسلم كل ذي رَحِمٍ منه من الكفار، ويكفنه ويدفنه ولا يصلي عليه؛ لما روي أن أبا طالب لما مات، جاء عليُّ إلى النبي ﷺ فقال: إن عمك الضال قد مات، فقال ﷺ: «أذهب فواره، ولا تحدثن شيئاً حتى تأتيني»، قال: فواريته ثم أتيته، فدعا لي بدعوات ما كنت أحب أن يكون لي بهن حمر النعم (٢).

وروي: أن الحارث بن أبي ربيعة [ب/١٢٤] ماتت أمه وكانت نصرانية، فتبع جنازتها ومعه جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ؛ ولأنه يجوز أن يغسله في حال حياته، فكذلك بعد موته، وكذلك يكسوه في حال حياته، وكذلك يكفنه في حال موته، وأما الصلاة فهي موالة واستغفار ودعاء، فلا يستحقه كافر في حال حياته، كذلك بعد موته.

(١) ساقطة من أ.

(٢) أخرجه المقدسي في المختارة ٢/٢٧٧؛ والنسائي في الكبرى (١٩٥)؛ وأحمد في المسند ٩٧/١؛ والبيهقي في الكبرى ٣/٣٩٨؛ والشافعي في مسنده ١/٣٨٥.

قال: وليس على من غسل ميتاً غسل ولا وضوء؛ وذلك (أن الميت إما أن يكون طاهراً، أو نجساً، ومس الأشياء النجسة لا يوجب الوضوء ولا الغسل، والذي روي أن النبي ﷺ قال: «من غسل ميتاً فليغتسل»^(١)، ومن حمل جنازة فليتوضأ»^(٢)، معناه: فليغسل عنه ما أصابه من ماء الغسل، «ومن حمل جنازة فليتوضأ»، يعني: ليصلي عليها.

قال: وإن غسل الميت غسلة واحدة، أو غمسه في ماء جار، جاز؛ لأن الغسل لا يجب فيه التكرار كغسل الجنابة.

قال: وإن كان غريقاً فأخرج، أو ميتاً جرى عليه واد، أو أصابه مطر حتى وصل إلى جميع بدنه، فإن أبا يوسف قال: لا يجزئ ذلك من الغسل؛ لأن الغسل عبادة علينا، فمتى لم يوجد فيها فعل الآدمي الذي يعبد بها، لم يسقط الفرض.

قال: ولو غسله أهله أو غيرهم، لا ينوون غسل الميت، أجزاءهم؛ لأن الغسل في حال الحياة لا يعتبر فيه البتة، فكذلك بعد الموت.

قال: فإن كان الغاسل جنباً أو حائضاً، أجزاء الغسل؛ لأنهم لو غسلوه في حال حياته [هكذا] جاز، [كذا بعد موته]؛ ولأن بدن الجنب والحائض طاهر، فصارا كغيرهما، وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: أكره [للحائض ذلك]؛ لأنها لو فعلت الغسل لنفسها، لم [يجزها]، وكذلك لغيرها^(٣).

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٤٣٦/٣؛ والترمذي (٩٩٣)؛ وابن ماجه (١٤٦٣).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٤٥٤/٢؛ والبيهقي في الكبرى ٣٠٠/١؛ ومعرفة السنن ٣٥٨/١؛ والطبراني في الأوسط ٢٩٦/١.

(٣) انظر: الأصل ٣٤٦/١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٨٧/٢ وما بعدها؛ القدوري ١٠٩.

بَابُ تَكْفِينِ الْمَيِّتِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: مَنْ وَجِبَ غَسْلُهُ ، وَجِبَ تَكْفِينُهُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ ، وَالْوَصَايَا ، وَالْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّ الْغَسْلَ وَالتَّكْفِينَ مِنْ أَحْكَامِ الْمَوْتِ ، وَلَيْسَ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوَالَاةٌ ، [وَلَيْسَ] أَحَدُهُمَا مَعْتَبَرٌ بِالْآخِرِ^(١) . وَإِنَّمَا وَجِبَ تَقْدِيمُ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ [بِمَنْفَعَتِهِ الَّتِي يَخْتَصُّ بِهَا]^(٢) ، كَمَا يَنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ .

قال: وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَكَفَنَهُ عَلَى مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، إِلَّا الْمَرْأَةَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ: فَإِنَّ كَفْنَهَا لَا يَجِبُ عَلَى زَوْجِهَا .

وإنما اعتبر الكفن بالنفقة؛ لأن من يلزمه نفقته في حال حياته، يلزمه كسوته، والكفن كسوة، فأما المرأة، فقد انقطع ما بين الزوج وبينها بالموت، فصار كالأجنبي.

قال: وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْ يَنْفِقُ عَلَيْهِ ، فَكَفَنَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَكَسَوْتَهُ تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ .

قال: وَأَكْثَرُ مَا يَكْفَنُ فِيهِ الرَّجُلُ عِنْدَنَا ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ: إِزَارٌ ، وَرِدَاءٌ ، وَقَمِيصٌ ، فَإِنْ أُدْرِجَ فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ ، فَحَسَنٌ ، وَأَكْثَرُ مَا يَكْفَنُ فِيهِ الْمَرْأَةُ خَمْسَةَ أَثْوَابٍ:

(١) في أ (وليس أحدهما في الاعتبار إلا كالآخر).

(٢) بي ب (لمنفعة يختص بها)، والمثبت من أ.

لفافة ، [١/١٢٥] وإزار ، وخمار ، ودرع ، وخرقة .

أما الرجل ؛ فلما روي: «أن النبي ﷺ كُفِّنَ في ثلاثة أثواب بيض سحولية^(١)»^(٢) ؛ ولأن غاية ما يتجمل به في حال حياته ثلاثة أثواب: إزار ، وقميص ، ورداء ، فكذلك بعد موته .

والدليل على أنه لا يكره القميص - خلاف ما قاله الشافعي - : ما روي عن ابن المغفل: «أن النبي ﷺ كُفِّنَ في قميص» ؛ ولأنه يستر [به] عورته حال حياته ، فكذلك بعد موته .

وأما المرأة ؛ فلِمَا روي في حديث أم عطية: «أن النبي ﷺ ناولهنّ في كفن ابنته ثوباً ثوباً ، حتى ناولهن خمسة أثواب ، آخرهن خرقة يربط بها الثديان»^(٣) .

قال: والغلام الذي راهق بمنزلة الرجل ، وكذلك الجارية إذا بلغت هذا الحد ؛ لأنها تشتهي كما تشتهي المرأة ، وكذلك الغلام يشتهي كما يشتهي الرجل ، فبدن كل واحد منهما عورة .

قال: وأدنى ما يكفن فيه الرجل: ثوبان ؛ لأنه أدنى ما يستر به في حياته: إزار ، ورداء ، فكذلك بعد الموت ، والمرأة في ثلاثة أثواب: ثوبان وخمار ؛ لأنه أدنى ما تستتر به في حياتها .

(١) «سَحُولِيَّة»: يروى بفتح السين وضمها: فالفتح منسوب إلى السحول: وهو القصّار ؛ لأنه يسحلها: أي يغسلها ، أو إلى سَحول: وهي قرية باليمن .

وأما الضم: فهو جمع سَحَل: وهو الثوب الأبيض النقي ، ولا يكون إلا من قطن . النهاية في غريب الحديث (سحل) .

(٢) أخرجه البخاري (١٢١٤) ومواضع ؛ ومسلم (٩٤١) .

(٣) ذكره العراقي في طرح التثريب ٢٥٣/٣ ؛ والكاساني في البدائع ٣٠٧/١ .



وقال معلى عن أبي يوسف: إن كفنت في ثوبين وترك الدرع والخمار أجزاء؛ لأن المقصود سترها، وهذا المعنى يقع بالثوبين.

وإن كان صبيًا لم يراهق، كفن في خرقتين: إزار ورداء، وإن كفن في ثوب واحد أجزاء؛ لأن بدنه ليس بعورة؛ بدلالة أنه لا يشتهي، فنقصت حرمة في التستر.

قال: وإن كان سقطاً لف في خرقه؛ لأنه لا حرمة له كاملة، فلم يكمل في باب التكفين.

قال: ويكفن المُحْرَم كما يكفن الحلال، يعني أنه يغطي رأسه ووجهه؛ لما بينا أن الإحرام قد انقطع [بموته] فصار كالحلال.

ولا يكفن الشهيد، ولا يغسل، وينزع عنه السلاح والفرو والجلد، فإن أحبوا في أن يزيدوا في ثيابه شيئاً فعلوا، وإنما يريد بقوله: إن الشهيد لا يكفن، بمعنى: أنه لا يُبتدأ بتكفينه في غير ثيابه، وإنما يلف فيها؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «زملوهم بثيابهم وكلوهم»^(١).

وأما الغسل، فالأصل فيه ما روي: «أن النبي ﷺ قال: «زملوهم بدمائهم وكلوهم»، وقال: «الشهيد يبعث يوم القيامة وجرحه يشخب دمًا، اللون لون الدم، والريح ريح المسك»^(٢).

قال: وينزع عنه السلاح، والفرو، والجلود؛ لأن هذه الأشياء لا يجوز أن

(١) أخرجه المقدسي في المختارة ١١٥/٩؛ والنسائي في الكبرى (٦٥٩٢)؛ وأحمد في المسند

٤٣١/٥؛ والبيهقي في الكبرى ٦٤٧/١؛ وأبو يعلى في مسنده ١٣/٤.

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٤٩) وغيره من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

يبتدأ بها التكفين ، فلا يجوز أن يترك عليه ، وإن أحبوا أن يزيدوا في ثيابه شيئاً يبلغ به سنة التكفين ، فعلوا ؛ لأن [ب/١٢٥] الشهيد قد يكون عليه من الثياب ما لا يبلغ من سنة التكفين ، فيجوز الزيادة حتى يبلغ السنّة .

وقد قالوا في الأصل : لا بأس أن ينقصوا ؛ لأن الشهيد قد يكون عليه من الثياب ما يضر تركه بالورثة لكثرتة ، فيجوز أن ينقص منه .

قال : ومن ولد ميتاً لم يكفن ، ولف في خرقة ؛ لأن حرمة لم تكمل ، فصار كالأعضاء .

قال : وإن نبش الميت وهو طريّ وقد أخذ كفنه ، كُفّن ثانية من جميع المال ؛ لأن الكفن الأول إنما قدم لحاجة الميت إليه ، فكذلك الثاني .

قال : إن كان قد قُسم الميراث ، فهو على الوارث ، دون الغرماء وأصحاب الوصايا ؛ لأن [كفنيه] ^(١) من جميع المال ؛ لأن التركة على حكم ملكه ^(٢) ، فإذا قسمت ، زال عنها ملكه ، وانتقلت إلى الغرماء وأصحاب الوصايا ، وهم أجنب ، فلا يلزمهم الكفن .

وأما الوارث ، فقد انتقلت التركة إليه ، وصارت مالاً له ، فكأن الميت لا مال له ، فتكفينه على وارثه .

قال : ومن لم يكن له مال ، ولا من يفرض عليه نفقته ، فكفنه في بيت المال ؛ لأنه لو كان حياً ، كانت نفقته في بيت المال ، كذلك مؤنته بعد موته .

(١) في الأصل (كفناه) .

(٢) في أ (حكم الميت) .

قال: وإن نبش وقد تفسخ، وقد أخذ كفته، كفاه ثوب واحد، يجعل ذلك في مال الميت؛ لأن الميت إذا تفسخ خرج عن حكم الأدميين؛ بدلالة أنه لا يُصَلَّى عليه، فتنقص حرمة؛ فلذلك ينقص كفته.

قال: وينبغي أن يقدم في إجمار الأكفان وترًا؛ لأن الكفن بعد الموت كالزينة في حال الحياة، فيجب أن يجمر الأكفان، وقد روي: أن النبي ﷺ قال: «إذا أجمرتم كفن الميت، فأجمروه وترًا»^(١).

قال: فإذا فرغ من غسله بسطت اللقافة - وهي الرداء - طويلاً، ثم يبسط الإزار فوقها - وهو المئزر -، فإن كان [له قميص] ألبسته إياه، وإن لم يكن لم يضره ذلك؛ لأن الرداء في حال الحياة يستعمله طويلاً، والإزار عرضاً، فكذلك بعد الموت.

قال: ثم يوضع الحنوط^(٢) في رأسه ولحيته وسائر جسده، ويوضع الكافور على مساجده؛ لأن الحنوط طيب للميت، والحي يستعمل الطيب في رأسه ولحيته، وأما المساجد، فهي: الجبهة، واليدان، والركبتان، فيوضع عليها الكافور لشرفها وفضيلتها.

قال: وإن لم يكن، لم يضره؛ لأن المغتسل في حال الحياة قد يتطيب، وقد لا يتطيب.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ (ثلاثاً) ٤٦٧/٢؛ «رواه أحمد والبخاري» (وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح) كما ذكر في الفيض القدير ٣٢٧/١.

(٢) الحنوط والحناط: كل ما يخلط من الطيب لأكفان الموتى وأجسامهم خاصة: من مسك، وذرة، وصندل، وعنبر، وكافور، وغير ذلك مما يُدَّر عليه تطيباً له وتجفيفاً لرطوبته، فهو حنوط. انظر: المصباح؛ المعجم الوسيط (حنط).

قال: ولا بأس بسائر الطيب في الحنوط غير الزعفران والورس، فإنه لا يقرب [من الرجل] [1/126]؛ وذلك لأن ما جاز أن يتطيب به في حياته، جاز أن يتطيب به بعد مماته.

(فأما الزعفران والورس، فيكرهان في حياته، كذلك بعد موته، وقد روي: «أن النبي ﷺ نهى الرجال عن التزعفر»⁽¹⁾⁽²⁾).

قال بشر: سألت أبا حنيفة: هل يحشى فم الميت، وسمعه، وأنفه، بالقطن، ويوضع على وجهه؟ قال: إن فعلت فحسن، وإن تركت فحسن.

وسأله: هل يحشى دبر الميت؟ قال: لا بأس، وذلك أن هذه المنافذ تحشى بالقطن حتى لا يخرج منها ما يلوث الأكفان، فإن كان الغالب خشية ذلك فعل، وإن لم يخش، جاز الترك.

قال: ثم يعطف الإزار عليه من شقه الأيسر على رأسه وسائر جسده، ثم يعطف من شقه الأيمن كذلك، ثم تعطف اللفاقة عليه - وهي الرداء -، وذلك لأن الأفضل أن يكون الظاهر من كفنه الجانب الأيمن، فيجب أن يتبدأ بعطف الأيسر حتى يقع الأيمن عليه؛ لأن في حال الحياة إذا بدأ الإنسان بالرداء، بدأ بالجانب الأيسر، فكذلك بعد الموت.

فإن خيف أن تنتشر عنه الأكفان، فليعقد عليه، فإن انتشار الكفن يؤدي إلى كشف العورة، فوجب أن يحترز من ذلك.

(1) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(2) أخرجه مسلم (2101) من حديث أنس رضي الله عنه.

وكذلك تبسط اللفافة أيضاً للمرأة، وكذلك الإزار، وتلبس الدرع والخمار فوق الدرع، وتكون اللفافة والإزار إذا لفا فوق الخمار؛ لأن الكفن بعد الموت يعتبر باللبس في [حال] الحياة، وتربط الخرقه فوق الأكفان عند الصدر فوق الثديين والبطن حتى لا ينتشر عنهما الكفن؛ لأن المقصود من الخرقه أن يربط بها الثديان حتى لا ينفرجا، فينتشر الكفن، فوجب أن يكون الرباط فوقهما.

وقوله: في فوق الكفن، يعني: به الأكفان التي تحت اللفافة.

قال أبو الحسن: وفي وضع الخرقه اختلاف عن أصحابنا، يعني: أنه قد روي أنها تربط تحت الثديين، وهذا لا معنى له، إلا أن يريد: [أنها] تربط تحت الثدي وفوقه.

قال: ويُسدل شعر المرأة من الجانبين جميعاً فوق الدرع وتحت الإزار واللفافة والخمار؛ لأنه إذا ألقى وراء ظهرها انتشر في الأكفان، فإذا كان على صدرها كان أجمع له؛ ولأن شعر المرأة ترسله على ظهرها [في حياتها] للزينة، وبعد الموت لا تقصد الزينة.

قال: ويوضع الحنوط والكافور من المرأة موضعه من الرجل؛ لأن النبي ﷺ قال لأم عطية: «اجعلوا الكافور في مساجدها»^(١).

قال: والكفن الخلق والجديد سواء؛ لما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: «كفنوني في ثوبي هذين، فإن الحَيَّ إلى الجديد أحوج»، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا ولي أحدكم أخاه، فليحسن كفنه»^(٢).

(١) أخرجه البخاري (١٢٠٠) بلفظ (واجعلن في الآخرة كافوراً). من حديث أم عطية رضي الله عنها.

(٢) أخرجه مسلم (٩٤٣) بلفظ (إذا كفن أحدكم...).

قال: والكتان، والبُرْد^(١)، والقصب في ذلك سواء؛ لأن ما جاز لبسه في حال الحياة، جاز أن يكفن الرجل به.

قال ابن رستم عن محمد: تكفن المرأة بالحرير، والأبريسم، والمعصفر، ويكره أن يكفن الرجل في ذلك؛ لأنه لا يلبس ذلك في حياته، فكذلك لا يكفن فيه، والمرأة يجوز أن تلبس ذلك في حياتها، فيجوز أن تكفن فيه.

قال: وأحب الأكفان إلينا: الثياب البيض؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «البسوا هذه الثياب البيض؛ فإنها خير ثيابكم، وكفنوا فيها موتاكم»، وروي عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى خلق الجنة بيضاء، وإن أحب الثياب إلى الله تعالى البياض، فليلبسها أحياءكم، وكفنوا فيها موتاكم»^{(٢)(٣)}.



(١) والبُرْد: معروف من برود العصب: نوع من برد اليمن والوشى. انظر: المغرب (برد).
 (٢) أخرجه المقدسي في المختارة ٢٠٠/١٠؛ وأبو داود (٣٨٧٨)؛ والترمذي (٩٩٤) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ والنسائي في (المجتبى) (٥٣٢٣)؛ وابن ماجه (٣٥٦٦).
 انظر: الأصل ٣٥٩/١؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/٢١٠ وما بعدها. القدوري ص ١١٠.

بَاب حَمَلِ الْجَنَائِزِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا حمل الميت أسرع به، وقد قيل: إنهم يمشون به دون الخَبَبِ^(١)؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «عَجَّلُوا موتاكم، فإن كان خيراً قدمتموه إليه، وإن كان شراً ألقيتموه عن ظهور رقابكم»^(٢)؛ ولأن المشي إذا كان الخبب أضرب بمن يتبع الجنازة، فإذا كان دون ذلك أسرعوا بالميت ولم يضر بمن [يتبع الجنازة، فيفعل]^(٣).

قال: ويمشي من يتبعه خلف جنازته، فإن مشى أمامها ناس كان واسعاً، ولا ينبغي أن يتقدم الناس كلهم أمام الجنازة، وإن كانوا جميعاً خلفها فلا بأس؛ وذلك لما روي أن علياً رضي الله عنه كان يمشي خلف الجنازة، فقيل له: إن أبا بكر وعمر يمشيان أمامها، فقال: إنهما سهلان يسهلان على الناس، وإنهما ليَعْلَمَان أن فضيلة المشي خلفها على فضيلة المشي أمامها كفضيلة الصلاة المكتوبة على النافلة^(٤).

وروي أن أبا سعيد الخدري سئل عن ذلك فقال: المشي خلفها أفضل، فقيل له: أتقول عن نفسك أو عن رسول الله ﷺ؟ فقال: عن رسول الله ﷺ،

(١) «الخَبَب: ضرب من العَدُوِّ دون العَنق؛ لأنه خَطُو فسيح». المغرب (خبب).

(٢) أخرج محمد في الحجّة عن ابن مسعود ٣٦٩/١.

(٣) في ب (معه)، والمثبت من أ.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٥/٤؛ والبزار في مسنده ١٣٧/٢.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: [١/١٢٧] «الجنائز متبوعة وليست بتابعة، ليس معها من تقدمها»^(١)؛ ولأنه إذا تأخر عن الميت شاهد الجنائز، فاعتبر بها وتذكر الموت، فكان ذلك أوعظ له.

قال: وتحمل الجنائز من جوانبها الأربعة، فيبدأ الذي يريد حملها بالمقدم الأيمن من الميت، فيجعله على عاتقه الأيمن، ثم المؤخر الأيمن على عاتقه [الأيمن]^(٢)، ثم بالمقدم الأيسر على عاتقه الأيسر، ثم المؤخر الأيسر على عاتقه الأيسر.

وقال الشافعي: يقوم من يحمل الجنائز بين العمودين.

وقد روي عن ابن مسعود في حمل الجنائز من جوانبها الأربعة، وهو فعل الناس في سائر الأعصار، والذي روي (أن النبي ﷺ حمل جنازة سعد بن معاذ، بين العمودين)^(٣)، فيحتمل أن يكون لضيق الطريق أو لغير ذلك من الأعذار.

وإنما بدأ بالجانب الأيمن؛ لأن المستحب أن يبتدئ باليمنى، وإنما بدأ بالمقدم الأيسر ليكون فراغه خلف الجنائز، ولو بدأ بمؤخر الأيسر، صار فراغه

(١) أخرجه الترمذي (١٠١١)؛ وابن ماجه (١٤٨٤)؛ وأحمد في المسند ٣٩٤/١؛ والبيهقي في الكبرى ٢٥/٤ وقال «أبو ماجد مجهول ويحيى الجابر ضعفه جماعة من أهل النقل».

(٢) في الأصل (الأيسر) والمثبت من كتاب الآثار لمحمد حيث قال: «ثم يضع يمين الميت المؤخر على يمينه» ص ٤٨: انظر الحاوي القدسي للغزنوي ٢٦٣/١.

(٣) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٤٨/٣؛ قال ابن الملقن: «رواه الشافعي والبيهقي عنه متصلاً، قال البيهقي: «وأشار الشافعي إلى عدم ثبوته... قلت: رواه الشافعي بسند صحيح من فعل سعد بن أبي وقاص، وبأسانيد ضعيفة من فعل عثمان وابن عمر...». خلاصة البدر المنير ٢٥٨/١.

أمام الجنازة ، والمشي خلف الجنازة أفضل .

قال: ويكره أن يتقدم الراكب أمام الجنازة ، ورُوي ذلك عن إبراهيم ؛ ولأنه إذا تقدم عليها تأذى به حاملوها ومن معها [بغبارها] ، فإذا تأخر عنهم ، لم يشق عليهم^(١) ، فكان أولى .

قال: وإذا وضعت الجنازة على الأرض ، فلا بأس أن يقعد من يتبعها ، ويكره أن يقعد قبل ذلك ؛ لأن الميت كالمتبوع ، والتابع لا يجوز أن يجلس قبل جلوس المتبوع .

قال: ويكره أن يقوم الإنسان بين عمودي السرير من مقدمه أو من مؤخره ؛ لما بيننا أن السنة في حمل الجنازة التربع .

قال: وكره أبو حنيفة أن يضع مقدم السرير ومؤخره على أصل العنق ؛ لأن حمل الميت يجب أن يخالف بين حمله وحمل غيره .

ولا بأس بالركوب في الجنازة ، والمشي أفضل ؛ لأنه يسير إلى الصلاة ، فيجوز راكبًا [وماشيًا] ، والمشي أفضل [كالجمعة] .

وقال أبو حنيفة: يكره النوح على الجنازة وفي منزل الميت ، ويكره الصياح ، وأما البكاء ، فلا بأس به في منزل الميت ؛ لما روي: «أن النبي ﷺ بكى على ابنه إبراهيم ، فقال: «العين تدمع ، والقلب يخشع ، ولا نقول ما يسخط الرب ، وإنا عليك يا إبراهيم لمحزونون»^(٢) . وروي: «أنه نهى عن الصوتين

(١) في أ (تأخر عنها لم يتأذى به أحد) .

(٢) أخرجه البخاري (١٢٤١) وغيره من حديث أنس رضي الله تعالى عنه .

الأحمقين الفاجرين: صوت النائحة والمغنية».

قال: وإن كان مع الجنازة صائحة^(١)، أو نائحة، فينبغي أن تزجر [١٢٧/ب] عن ذلك، وإن لم تنزجر فلا بأس أن تمشي معها؛ لأنها فاعلة للمعصية، فالواجب أن تزجر عنها، فإن لم تمتنع لم يترك اتباع الجنازة؛ لأن ذلك سنة لا يجوز تركها لفعل هو بدعة.

قال أبو حنيفة: لا ينبغي للنساء أن يخرجن مع الجنازة؛ لما روي: «أن النبي ﷺ لما رأى النساء في الجنازة قال لهن: «أتحملن فيمن يحمل، أتصلين فيمن يصلي، أتدلين فيمن يدلي؟» قلن: لا، قال: «فانصرفن مأزورات غير مأجورات»^(٢).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يقوم للجنازة من مرت به، إلا أن يريد أن يشهدها؛ لأن اجتياز الميت كاجتياز الحي، فكما لا يقوم للحي، لا يقوم للميت.

قال: ولا ينبغي أن يتبع الجنازة بنار؛ لما روي: «أن النبي ﷺ شهد جنازة، فرأى امرأة معها مَجْمَرَةٌ، فصاح بها حتى غابت في أطام المدينة»^(٣)، وعن إبراهيم قال: أكره أن يكون آخر زاده من الدنيا النار؛ ولأن هذا من فعل أهل الكتاب.

قال: ويكره أن يحمل الصبي على الدابة إذا مات؛ لأن الحمل على الدابة يشبه حمل الأمتعة، والواجب [إكرامه بحمله فوق أعناق الرجال، فوجب] أن

(١) في أ (مغنية) موضع (صائحة).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٥٧٨)؛ والبيهقي في الكبرى ٧٧/٤؛ وعبد الرزاق في المصنف ٤٥٦/٣؛

«ورواه أبو يعلى وفيه الحارث بن زياد، وقال الذهبي ضعيف». كما في مجمع الزوائد ٢٨/٣.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤٧٣/٢ بلفظ (آجام).

يفرق بين حمل الميت وحمل غيره .

وقال الحسن في المجرد عن أبي حنيفة: والصَّيْبُ الرَّضِيعُ ، والفَطِيمُ أو مَنْ فوق ذلك قليلاً ، فلا بأس أن يحملوه في طبق سفت يتداولونه ، ولا بأس أن يحمل مع إنسان راكب دابة أو حمار أو غيره ؛ لأن حمل الصبي لا يحتاج فيه إلى التربيع ، فيحمله الواحد .

فأما حملة على الدابة ، فإنما يريد به: الحامل له يكون راكباً ، والرواية الأخرى: محمولة على الوضع على الدابة كوضع المتاع .

قال: وينبغي لمن حضر جنازة أو اتبعها أن يطيل الصمت ، ويكره رفع الصوت بالذكر وغيره في الجنائز ، ومن أراد أن يذكر الله تعالى ، ذكره في نفسه ؛ لما روى الحسن عن قيس بن سعد بن عبادة قال: « كان أصحاب رسول الله ﷺ يكرهون رفع الصوت تشبهاً بأهل الكتاب » ، وقد قال ﷺ: « من تشبه بقوم ، فهو منهم »^{(١)(٢)} .



(١) أخرجه أبو داود (٤٠٣١) عن ابن عمر ؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٤٧١/٦ ؛ قال الهيثمي « رواه الطبراني في الأوسط [عن حذيفة بن اليمان] وفيه علي بن غراب وقد وثقه غير واحد وضعفه بعضهم وبقيه رجاله ثقات » . مجمع الزوائد ٢٧١/١٠ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٢١٠ ؛ القدوري ص ١١٢ .

بَابُ الصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَائِزِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الصلاة على الميت واجبة في الجملة ، لا يسع الإجماع على تركها ، ومتى فعلها قوم من الناس ، سقطت عن الباقيين .

والأصل في وجوب الصلاة على الميت: أن الملائكة صَلَّتْ على آدم [١/١٢٨] وقالت لولده: هذه سنة موتاكم ، وقال ﷺ: «صَلُّوا على كلِّ بَرٍّ وفاجر»^(١) .

وإنما كانت فرضاً على الكفاية ؛ لأنها من أحكام الموت ، فإذا قام بها طائفة سقط فرضها عن الباقيين ، كالتكفين [والدفن] .

قال: ويصلى على كل مسلم مات بعد ولادته صغيراً كان أو كبيراً ، ذكراً كان أو أنثى ، حرّاً كان أو عبداً ، إلا البُغَاة وقُطَاع الطريق ؛ وذلك لأن النبي ﷺ صَلَّى على الموتى مع اختلاف أحوالهم ، وقال: «صَلُّوا على كلِّ بَرٍّ وفاجر» ؛ ولأن الصَّلَاة من أحكام الموت ، وكل ميت مسلم يصلى عليه إلا ما خصه الدليل .
فأما البُغَاة فلا يُصَلَّى عليهم عندنا ، وقال الشافعي: يصلى عليهم^(٢) .

والدليل على ما قلنا: ما روي عن علي بن أبي طالب: «أنه لم يُصَلَّ على

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٩/٤ ؛ والدارقطني ٥٧/٢ وقال: «مكحول لم يسمع من أبي هريرة ومن دونه ثقات» . انظر: نصب الراية ٢٦/٢ .

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٩٩/١ ؛ الأم ٢٦٨/٢ .



قتلى أهل النهروان وغيرهم ممن خالفه» ، ولم ينكر ذلك عليه أحد من الصحابة ؛ ولأنهم باينوا الجماعة بالحرب والدار ، فصاروا [كأهل الحرب] ^(١) .

أما قطاع الطريق ، فقد باينوا جماعة المسلمين ، وخرجوا عن طاعة إمامهم وقطعوا أسبابهم ^(٢) وشملهم ، فصاروا في المبالغة في [العداوة] ^(٣) كالبغاة .

قال : وكذلك الذي يُقتل غيلة بالخنق ، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة .

قال أبو يوسف : وكذلك كل قاتل غيلة ، يقتل على متاع يأخذه ؛ وذلك أن هؤلاء يسعون في الأرض بالفساد ، فحكمهم حكم قطاع الطريق في أن قتلهم على وجه الحد ، فيجرون مجرى قطاع الطريق في منع الصلاة [عليهم] .

قال أبو يوسف : وكذا المكابرون في المصر بالسلاح ؛ لأن من أصله : أن حكم قطاع الطريق يجري عليهم ^(٤) .

قال : ولا يُصَلَّى [على] من يولد ميتاً ؛ لأن النبي ﷺ قال : «إذا استَهَلَّ المولود صُلِّي عليه ، وإن لم يستهل لم يُصَلَّ عليه» ؛ ولأن هذه الصلاة تتعلق بالموت ، ولا يعلم أن الحياة خلقت فيه ، فلم يعلم موته .

وقد قالوا : في المولود إذا مات في حال ولادته إن مات بعد خروج أكثره صُلِّي عليه ؛ لأن حكم الأكثر حكم الجميع ، فكأنه مات بعد الولادة ، وإن مات قبل خروج أكثره لم يُصَلَّ عليه ؛ فكأنه مات في البطن .

في ب (كالكفار) ، والمثبت من أ .

في أ (سبيلهم) .

في ب (المعصية) ، والمثبت من أ .

في أ (على من كابر في المصر) .

وقد قالوا: لا يُصَلَّى على بعض الإنسان إذا وُجِدَ، إلا أن يوجد الأكثر؛ وذلك لأن الصلاة على الميت لا تجوز [١٢٨/ب] أكثر من مرة، فلو صلينا على البعض، لصلينا على الباقي إذا وجد [ناه؛ إذ ليس أحد الأبعاض بالصلاة أولى، فيؤدي إلى تكرار الصلاة، وأما إذا وجد الأكثر، فإنه] (١) يصل على عليه، فلا يؤدي إلى تكرار الصلاة.

والذي روي أن يبدأ ألقاها طائر من وقعة يوم الجمل بمكة، فعرفت بالخاتم، فَصَلَّى عليها، فقد اختلفت الرواية في ذلك: فروي أنها ألقيت باليمامة، وروي بمكة، فإن كانت باليمامة، ففعلهم ليس بحجة؛ لأنهم بقية أهل الردة وأصحاب مسيلمة، أسلموا بعد قتله، فلا يعتد بفعلهم، وإن كانت بمكة، فلا يعلم من بقي بمكة بعد خروج الجيش فيعتد بفعلهم.

قال: ومن خرج ميتاً، لم يرث، ولم يورث، ولا يغسل، ولا يسمى، فإن خرج حياً ثم مات، فعل به ذلك كله، وكذلك إذا استهل، والاستهلال: أن يكون منه ما يدل على حياته من بكاء، أو تحريك يد أو رجل، أو يطرف بعينه.

أما من ولد ميتاً فإنه لا يعلم بحياته، فلا يثبت به حكم الغسل الذي يتعلق بالموت، وقد قال أبو حنيفة: إنه لا يُسَمَّى؛ لأن التسمية من علامات الأحياء، ولا يرث ولا يورث؛ لأننا إذا لم نعلم حياته، لم يصح انتقال الملك إليه.

وأما الغسل، فقد ذكر أبو الحسن: أنه لا يُغسل، وذكر الطحاوي: أن الجنين الميت يغسل، ولم يحك خلافاً، وقال محمد في السقط الذي استبان خَلْقَهُ: يغسل ويكفن ويحنط ولا يُصَلَّى عليه، وروى معلى عن يعقوب عن أبي حنيفة

(١) في ب (وجد لا يصل على، فلا يؤدي)، والمثبت من أ.

في المولود يولد ميتاً: أنه لا يغسل .

وجه الرواية التي أسقط فيها الغسل: هو أن الغسل يفعل للصلاة، فإذا سقطت الصلاة عنه، سقط غسله .

وأما الرواية الأخرى: فلأنه يثبت له حرمة الآدميين، ألا ترى أن الاستيلاد [به] يثبت [لأمه] وتنقضي بوضعه العدة، والغسل يفعل للآدمي، وإن لم يُصَلَّ عليه كالكافر؛ ولأن الأعضاء إذا وجدت غسلت، وإن لم يثبت لها حرمة النفس، فالسقط أولى .

فأما إذا انفصل حياً ثم مات، فالصلاة عليه واجبة؛ لقوله ﷺ: «إذا استهل المولود صلي عليه»^(١)، فإذا وجبت الصلاة فالغسل يحتاج لها .

وأما الاستهلال: فهو أن يظهر منه ما يدل على حياته من صوت أو حركة؛ لأنه إذا علم ذلك صار ميتاً؛ والصلاة تتعلق بالموت، والذي روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا استهل المولود صارخاً [ب/١٢٩] صلي عليه»؛ ولأن الغالب أن الاستهلال يقع بالصوت، فذكر ذلك؛ [لدلالته]^(٢) على الحياة، وهذا المعنى موجود في الاضطراب والحركة .

قال: ولا يصلي على الميت إلا مرة واحدة؛ لأنه لو جازت الصلاة على الميت بعد أداء الفرائض، لُصِّي على النبي ﷺ بعد دفنه، ولكرّر المسلمون الصلاة على أبي بكر وعمر (رضي الله عنهما)، فلما لم يفعلوا دلّ على أن الصلاة لا تفعل

(١) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً من قول الزهري (١٢٩٢)؛ ورفع ابن عدي عن عليّ رضي الله عنه «وفي إسناده عمرو بن خالد متروك». كما قال ابن حجر في الدراية ٢٣٥/١؛ نصب الراية ٢٧٨/٢ .

(٢) في ب (لأنه لا دلالة)، والمثبت من أ .

على الميت أكثر من مرة واحدة إذا سقط بها الفرض ؛ ولأن الصلاة الأولى تسقط الفرض ، فلو جَوَزْنَا الثانية ، كانت نافلة ، والتنفل بالصلاة على الميت لا يجوز .

ولا يلزم إذا سبق غير الولي فصلئى ، أن للولي أن يصلي ؛ لأن صلاة غير الولي لا يسقط بها الفرض ؛ لأنه لا يستحق التقدم ، فوقع ما فعله مراعى ، فجاز للولي أن يصلي الصلاة ؛ لأنه يسقط بها الفرض ؛ ولهذا صلى رسول الله ﷺ على قبر مسكينة^(١) ؛ لأنه كان وليّ المسلمين ، وأولى بهم من أنفسهم ، فلم يُعْتَدَّ بصلاة من صلى^(٢) عليها .

فإن قيل : لو اقتصر على الصلاة التي صَلَّىها غير الولي جاز ، فدل ذلك أن الفرض قد سقط بها .

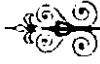
قلنا : ذلك المفعول مراعى ، فإن أعاد الولي سقط الأول وصار الفرض الثاني ، وإن ترك الولي [الصلاة] زالت المراعاة ، وسقط الفرض بالأول .

قال : ولا يصلي على صَبِيٍّ وهو على دابة ، ولا على أيدي الناس حتى يوضع ؛ لأن الميت إذا جعل كالإمام للقوم ، لم يجز إن كان محمولاً وهم على الأرض ، وإن كان كالمؤتم فكذلك .

قال : ولا ينبغي أن يرجع من تبع الجنائز حتى يصلي عليها ؛ وذلك أن اتباع الجنائز إنما يفعل للصلاة ، فلا يجوز الرجوع قبل ذلك ، وقد روى أبو هريرة : «أن النبي ﷺ قال : «من اتبع جنازة حتى يصلي عليها ، فله قيراط ، ومن مكث

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤٤٤/٣ ؛ وابن ماجه (٤٨٩) ؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤٩٤/١ .

(٢) في أ (غيره عليها) .



حتى يقضي قضاها فله قيرطان ، وكل قيراط مثل أحد»^(١) .

قال: ويصلي علي كل برّ وفاجر من أهل القبلة ، إلا من بينتُ لك من قطاع الطريق والبغاة ومن في معناهم ؛ وذلك لقوله ﷺ: «صلوا علي كل بر وفاجر» ؛ لأنه لم يبلغ بمعصيته إلى مباينة جميع المسلمين ، كالزاني والسارق ، وقد أمر رسول الله ﷺ بالصلاة علي ماعز ، وقال عليّ - لأهل شراحة الهمدانية حين رجمها - : «اصنعوا بها ما تصنعون بموتاكم»^(٢) .



(١) أخرجه البخاري (١٢٦١) ؛ ومسلم (٩٤٦) واللفظ له .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٥٩/٢ ؛ وعبد الرزاق ٥٣٧/٣ .



بَاب

التكبير على الجنازة وما يقال فيها



[١٢٩/ب] قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: والتكبير على الجنازة: أن يكبر الإمام أربع تكبيرات ، ويتبعه المأموم .

وقد اختلف في عدد التكبير: فروي عن ابن عباس ، وأنس ، وجابر ، وزيد: ثلاث تكبيرات .

وعن عمر بن الخطاب ، وزيد بن ثابت ، وابن أبي أوفى ، وابن عمر ، والحسن بن علي ، والبراء بن عازب ، وأبي هريرة ، وعقبة بن عامر ، وابن الحنفية: أربع تكبيرات .

وعن ابن مسعود ، وزيد بن أرقم: خمس .

وعن عليّ أنه صَلَّى على سهل بن حنيف ، فكَبَّرَ عليه ستًّا ، وكَبَّرَ على أبي قتادة سبْعًا .

والأصل في ذلك: قوله ﷺ في صلاة العيد: «أربع كأربع الجنائز لا سهواً»^(١) ، وروي عن النبي ﷺ: «أنه صَلَّى على النجاشي ، فكَبَّرَ أربعًا ، وهي آخر صلاة صلاها»^(٢) ، وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: (إنكم معاشر المسلمين أصحاب رسول الله ﷺ ، أئمة يقتدي بكم من بعدكم ، فإذا اختلفتم

(١) أخرجه الطحاوي بالمعنى كما ذكر الحسيني في البيان والتعريف ٨٦/١ .

(٢) أخرجه البخاري (١٣٣٣) ؛ ومسلم (٩٥١) .



في شيء كان من بعدكم أشد اختلافًا، فأجمعوا على شيء ترجعون إليه في صلاة الجنائز، فأجمعوا على الرجوع إلى آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ، فكانت أربع تكبيرات^(١)، وروى عن ابن مسعود أنه قال: «كل ذلك قد كان، ولكني رأيت الناس قد أجمعوا على أربع تكبيرات»؛ ولأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة، وأكثر أعداد الصلاة أربع ركعات.

قال: وَيُكَبَّرُ وَيَكْبَرُونَ الْأُولَى وَيُحْمَدُونَ اللَّهَ تَعَالَى بِمَا هُوَ أَهْلُهُ، وَقَدْ رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ أَنَّهُ قَالَ: يَكْبُرُ الْأُولَى وَيَقُولُ: سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ... إِلَى آخِرِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا مَوْضِعَ لاسْتِفْتَاكِ الصَّلَاةِ.

قال: ثم يكبرون الثانية ويصلون على النبي ﷺ؛ لأن ذكر الله تعالى يليه ذكر النبي ﷺ؛ بدلالة ما روي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ﴾ [الشرح: ٤]، قيل: لا أذكر إلا وتذكر معي.

قال: ثم يكبرون الثالثة، ويدعو للميت ولأموات المسلمين؛ لأن المقصود بالصلاة: الدعاء للميت والاستغفار له، وإنما يقدم ذكر الله تعالى وذكر نبيه أمام الدعاء، فإذا فرغ منها فعل المقصود.

قال: ثم يكبر الرابعة، ولا يدعو بعدها؛ لأن التكبيرة الرابعة لا ذكر بعدها، فصار ما بعدها كمن فرغ من التشهد، فلا معنى لتوقفه عن السلام.

قال: ثم يُسَلِّمُ بتسليمتين عن يمينه وشماله؛ لأن هذه الصلاة لما دخل فيها بالتحريم، خرج منها بالسلام، كصلاة الفرض؛ ولأن السلام تحية للحاضرين، فيجب أن يفعله عن يمينه ويساره.

(١) رواه محمد في كتاب الآثار عن إبراهيم ص ٤٩.

ولا يجهر بشيء مما يقوله في صلاته؛ لأن السنة في أدعية الصلاة أن يخفيها كالدعاء في سائر الصلوات، والذي روي: «أن النبي ﷺ جهر بالذكر فيها» فإنما فعل ذلك للتعليم.

قال: ويرفع يديه في أول تكبيرة: وهي الأولى، ولا يرفع فيما عداها: أما التكبيرة الأولى؛ فلحديث ابن عباس: «أن النبي ﷺ قال: «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن: عند افتتاح الصلاة، وفي العيدين...» [ولم يذكر الجنازة].

فأما بعد الأولى؛ فلأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة، والركعة الثانية لا ترفع اليد عندها.

قال: وليس فيما ذكرت لك من الثناء على الله تعالى، ولا الصلاة على نبيه ﷺ، ولا في الدعاء على الميت شيء مؤقت، ويقول من ذلك ما حضره وتيسر عليه؛ وذلك لما روي عن عائشة رضي الله عنها: «أنها سألت عما كان يقوله ﷺ في صلاة الجنازة، فقالت: كان يقول: «اللهم اغفر لحينا وميتنا، وشاهدنا وغائبنا، وصغيرنا وكبيرنا، وذكرنا وأنثانا، اللهم من أحييته منا فأحيه على الإسلام، ومن توفيته منا فتوفه على الإيمان»^(١)، وروي أنه كان يقول: «اللهم اغفر لأحيائنا وأمواتنا، وأصلح ذات بيننا، وألف بين قلوبنا، واجعل قلوبنا على قلوب خيارنا»^(٢).

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٠١)؛ والترمذي (١٠٢٤) وقال «حديث حسن صحيح»؛ والنسائي في (المجتبى) (١٩٨٦)؛ وابن ماجه (١٤٩٨) وغيرهم.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤٩٠/٢؛ وعبد الرزاق ٤٨٩/٣؛ «رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه ليث بن أبي سليم وهو ثقة ولكنه مدلس» كما في مجمع الزوائد ٣/٣٣٣.

وروي أنه وُجد في سيف عثمان بطاقه فيها الصلاة على الميت: «اللهم اغفر لأحيائنا وأمواتنا، وألف بين قلوبنا، واجعل قلوبنا على قلوب خيارنا، اللهم إن كان زاكياً فزكّه، وإن كان خاطئاً فاغفر له وارحمه، واجعله في خير مما كان فيه، واجعله خير يوم جاء عليه»، وروي عن أبي هريرة أنه قال: «اللهم هذا عبدك - أو أمتك -، كان لا يشرك بك شيئاً وأنت أعلم به، إن كان محسناً فزده إحساناً، وإن كان مسيئاً فتجاوز عنه، اللهم لا تحرمنا أجره، ولا تفتنا بعده»^(١).

وعن سعيد بن المسيب أنه قال: «اللهم عبدك وابن عبدك وابن أمتك، نزل بك، أفقر شيء هو إلى رحمتك، وأنت أغنى شيء عن عذابه، اللهم إنه كان يشهد أن لا إله إلا أنت، فاغفر له».

فلما اختلفت [الرواية في] المنقول عن النبي ﷺ وعن السلف، علمنا أنه ليس في ذلك ذكر معين.

وقد قال أبو حنيفة: إن دعوت ببعض ما جاءت به السنة والأخبار، فحسن، وإن دعوت بما يحضر، فحسن. قال: ولا قراءة في الصلاة على الميت بفاتحة الكتاب ولا غيرها.

وقد قال الشافعي: لا يجوز إلا بفاتحة الكتاب^(٢).

لنا: ما روي عن ابن مسعود أنه قال: «ما وقت لنا رسول الله ﷺ في صلاة

(١) أخرجه عبد الرزاق ٤٨٨/٣ (بلفظه)؛ ومالك في الموطأ (٥٣٥)؛ البيهقي في الكبرى ٤٠/٤ عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه. انظر في مجمع الزوائد ٣٣/٣، ٣٤.

(٢) قال الشافعي في الأم: «نقول يكبرُ أربعاً على الجنائز: يقرأ في الأولى بأمر القرآن، ثم يصلي على النبي ﷺ، ويدعو للميت» ص ٢٠٨ (الدولية).



الجنازة قولاً ولا قراءة، كبر ما كبر الإمام، واختر من أطيب الكلام ما شئت»^(١)؛
ولأن الفاتحة لو وجبت [هاهنا] لتكرر وجوبها كسائر الصلوات.

وقال أبو حنيفة: إذا صَلَّى على صبي قال [١٣٠/ب]: (اللهم اجعله فرطاً
لأبويه، واجعله أجراً وذخراً)؛ ولأن الصبي لا يحتاج إلى الدعاء والاستغفار،
وإنما يقع الدعاء لوالديه ولمن حضر.

قال عمرو: قلت لمحمد: يطيل التكبير الأولى على الثانية والثالثة
والرابعة؟ قال: ذلك سواء، ليس فيه شيء مؤقت؛ وذلك لأن التكبيرات يفصل
بينها بالذكر، فيأتي من القيام بمقدار ما يفرغ من الذكر، ولا يتقدر^(٢).



(١) أخرج نحوه محمد عن إبراهيم موقوفاً في كتاب الآثار ص ١٠٤٨؛ وذكره صاحب عون المعبود

عن العيني ولم يذكر من أخرجه ٣٥٢/٨.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٢١٣، ٢١٤.

بَاب أين يقوم الإمام من الميت، وكيف توضع الجنائز

—•••••—

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: يقوم الإمام إذا صَلَّى على ميت بحذاء الصدر من الرجل والمرأة، لا اختلاف بين أصحابنا في ذلك، إلا الحسن بن زياد، فإنه روى عن أبي حنيفة قال: يقوم بحذاء وَسَطِهِ، فإن كانت امرأة فبحذاء وَسَطِهَا، إلا أنه يكون إلى رأسها أقرب.

وقد ذكر في الأصل: أنه يقوم بحذاء الصدر، وفي المجرد ما حكاه عن الحسن وعن أبي يوسف قال: يقف من المرأة بحذاء وسطها، ومن الرجل مما يلي الرأس، قال الطحاوي: وهذا قوله الأخير^(١).

وأما الرواية التي اعتبرت الوسط، فقد روى سمرة بن جندب: «أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مات في نفاستها فقام وسطها»^(٢)، وإذا كان هذا سنة المقام في المرأة، فكذلك في الرجل؛ لأنهما لا يختلفان في أحكام الصلوات؛ ولأن النظر إلى عورة المرأة أشد، فإذا وقف منها هذا الموقف، فالرجل أولى؛ ولأن الميت كالإمام للقوم، فوجب أن يقف المصلي عليه متوسطاً.

وأما الرواية التي قال بحذاء الصدر؛ فلأن الصدر هو الوسط إذا أسقطت الأطراف ولم يعتد بها؛ ولأن الصدر موضع اعتقاد الإيمان، فهو أشرف من غيره،

(١) مختصر الطحاوي (مع شرح الرازي) ٢/٢١٢.

(٢) أخرجه البخاري (١٢٦٦)؛ ومسلم (٩٦٤).

فالوقوف حياله أولى .

وأما قول أبي يوسف ؛ فلَمَّا روى أنس بن مالك : أنه قدّم إليه جنازة امرأة ، فقام حذاء وسطها ، ثم لم يلبث أن جيء بجنازة رجل ، فوقف مما يلي الرأس ، فقيل يا أبا حمزة ، هكذا كان رسول الله ﷺ يصلي على الرجل والمرأة ؟ فقال : نعم .

قال : وإذا اجتمعت جناز رجال ونساء وصبيان ، جُعِلَ جناز الرجال مما يلي الإمام ، ثم الصبيان الذكور ، ثم النساء ، ثم الإناث من الصبيان على ما يصفون في الصلاة خلف الإمام^(١) .

والأصل في هذا : أن الجناز إذا اجتمعت فالإمام مخير : إن شاء صَلَّى عليها كلها دفعة واحدة ، وإن شاء صَلَّى على كل جنازة صلاة ؛ وذلك لما روي : « أن النبي ﷺ صَلَّى يوم أُحُدٍ على حمزة ، ثم حمل الشهداء تسعة تسعة فَصَلَّى عليهم... »^(٢) وروي (أن جنازة أم [١/١٣١] كلثوم بنت عليّ وابنها زيد وضعتا ، فصلي عليهما ، والإمام سعيد بن العاص^(٣) ، وفي الناس : ابن عباس ، وأبو هريرة ،

(١) انظر : كتاب الآثار لمحمد ص ٥٠ .

(٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن عن طريق أبي بكر بن عياش من حديث ابن عباس (... فيوضع تسعة وحمزة ... ويرفعون ويترك حمزة ثم يجاء بتسعة ...) ، وقال البيهقي : « وهذا يشبه أن يكون غلطاً من جهة أبي بكر بن عياش ... » ١٤٤/٣ ، وروي في الكبرى من حديث أبي مالك الغفاري أنه قال : « صَلَّى رسول الله ﷺ على قتلى أحد عشرة عشرة في كل عشرة منهم حمزة حتى صلي عليه سبعين صلاة » ، ثم قال البيهقي : « هذا أصح ما في الباب ، وهو مرسل أخرجه أبو داود في المراسيل بمعناه » ١٢/٤ .

(٣) روى الإمام محمد بسنده عن عامر الشعبي الأثر ، إلا أنه جعل الإمام ابن عمر حيث قال : (صلى ابن عمر ﷺ على أم كلثوم ...) ص ٥٠ .



وأبو سعيد، وأبو قتادة)، فدل على جواز الجمع في الصلاة [بين الجنائزين].

وإن أفرد كلاً بصلاة جاز؛ لأن كل ميت تجب عليه الصلاة على الانفراد، فإذا أدوها كما وجبت جاز.

وأما وضع الجنائز إذا جمعها، فإنه يجعل الرجال مما يلي الإمام، والصبيان بعدهم، والنساء مما يلي القبلة.

وقال الحسن، والقاسم، وسالم: يجعل النساء مما يلي الإمام، وقد روي أن ابن عمر صَلَّى على تسع جنائز رجال ونساء، فجعل الرجال مما يلي الإمام؛ ولأنهم يصفون بعد الموت كما يصفون في حال الحياة، ومعلوم أن الرجال في حال الحياة إلى الإمام أقرب.

وأما المخالف فقال: بأن الرجال يجب أن يصفوا إلى القبلة أقرب كما يصفون في حال الحياة.

قال: وإذا كان حر ومملوك، فكيف ما وضعت أجزاءك؛ لأنهما لا يختلفان في المقام في حال الحياة، فكذلك بعد الموت.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن يوضع أفضلهما مما يلي الإمام وأشبهه، وقال أبو يوسف: أحسن ذلك عندي أن يكون أهل الفضل مما يلي الإمام؛ لأن النبي ﷺ قال: «ليليني منكم أولو الأحلام والنهي»^(١)، فكذلك بعد الموت.

قال أبو يوسف: قال ابن أبي ليلى: إذا اجتمعت الجنائز وضع كل رجل

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤/١٢٢؛ وأبو عوانة في المسند ١/٣٨٢؛ وابن أبي شيبة في المسند

١/٢٥٣؛ والبزار في المسند ٩/٢٧٤.

خلف كل رجل ، رأس الأول أسفل من رأس الآخر ، يصفونها كذا درجاً .

قال أبو حنيفة: إن وضعوا هكذا فحسن ، وإن وضعوا رأس كل واحد بحذاء رأس صاحبه فحسن ، وإن جعلوها صفًا واحدًا فحسن ؛ وذلك لأنهم إذا وقفوا في حال الحياة جاز أن يكونوا صفًا واحدًا ، وأن يكونوا صفوفًا .

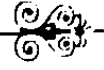
والذي قال ابن أبي ليلى ؛ لأن النبي ﷺ وصاحبه دفنوا على هذه الصفة ، فالوضع للصلاة كذلك .

قال: وإذا كبر الإمام على جنازة ، ثم جيء بأخرى مضى على صلاته على الأولى ، فإذا فرغ استأنف على الثانية ؛ لأن التحريمة وقعت للأولى ، فلا يجوز أن يصلي على الثانية من غير تحريمة ؛ ولأنه إن كبر بقية التكبيرات حصلت الصلاة على الثانية من غير تحريمة ثلاث تكبيرات ، وهذا لا يجوز ، وإن كبر عليها تكبيرة زائدة ، أدى بتحريمة صلاة الجنازة خمس تكبيرات ، وهذا لا يجوز .

قال: فإن كان لما وضعت كبر التكبيرة الثانية ينويهما ، فهي للأولى أيضاً ؛ ولا تكون للثانية ؛ وذلك لأنه لم ينو الخروج من الأولى ، فنيته للثانية لا تصح ، كمن صَلَّى الظهر ، ثم نوى في خلالها الظهر والعصر .

قال: [١٣١/ب]: وإن كبر التكبيرة الثانية ينوي الثانية وحدها فهي للثانية ، وقد خرج من الصلاة على الأولى ، فإذا فرغ أعاد الصلاة على الأولى ؛ لأنه لما كبر في خلالها ينوي صلاة أخرى ، وخرج منها كمن كبر في خلال الظهر ينوي العصر .

قال: وإذا جاء الرجال وقد كبر الإمام التكبيرة الأولى ولم يكن حاضراً مع



القوم ، فإنه ينتظر في قول أبي حنيفة ومحمد: حتى يكبر الثانية ، فيكبر معه ، فإذا فرغ الإمام من التكبير ، كبر التي فاتته قبل أن ترفع الجنازة ، وكذلك إذا جاء وقد كبر الإمام اثنتين أو ثلاثاً .

وقال أبو يوسف: يكبر حين يجيء ولا ينتظر الإمام ، فإن كان الإمام إنما كبر واحدة ، لم يقض الجائي شيئاً ، وإن كان كبر اثنتين ، قضى واحدة ، ولا يقضي تكبيرة الافتتاح ، ويقضي غير ذلك .

وجه قولهما: أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة ، والإمام إذا سبق المؤتمر بركعة ، لم يجز قضاؤها قبل الدخول مع الإمام ؛ ولأنه يقدر أن يدخل بتكبيرة الإمام ، فلم يجز أن يتقدم على تكبيرة ، أصله التكبيرة الأولى .

وجه قول أبي يوسف: أن المسبوق يأتي بتكبيرة يشارك بها الإمام ، ثم يتبع الإمام فيما يفعله ، أصله سائر الصلوات .

قال: فإن كان الرجل واقفاً مع القوم في الصف ، أو حيث يجزئه الدخول مع الإمام ، وكبر الأولى ولم يكبر معه ، [فإنه يكبر] ويدخل ما لم يكبر الإمام الثانية .

فإن كبر الإمام الثانية قبل أن يكبر هذا الواقف ، كبر معه في الثانية وقضى الأولى في قول أبي حنيفة ومحمد ؛ وذلك لأن الإمام إذا كبر وهو واقف ، فهو كالمدرِك للتكبيرة ؛ بدلالة أن تكبيرة الافتتاح في سائر الصلوات يفعلها المؤتمر بعد الإمام ، ويكون ذلك أداءً لا قضاءً ، فكذا تكبيرة الجنازة ، فإذا كبر الإمام الثانية ، فقد انقضى فعل الأولى فصارت فائتة ، فلا يجوز أن يقضيها .

وإنما شرط في القضاء ما لم ترفع الجنازة؛ لأن الصلاة [على الجنازة] لا تجوز بعد رفعها، كما لا يجوز أن يبتدئها على هذه الصفة^(١).

قال: وإن كبر الإمام أربعاً والرجل حاضر، فإنه يكبر ما لم يسلم الإمام، فيكبر الرابعة، ويقضي الثلاث قبل أن يسلم؛ [١/١٣٢] وذلك لأنه في حكم المدرك للتكبير، فكأنه كبر مع الإمام، وأما إذا سلم الإمام فلا يكبر؛ لأنه خرج من الصلاة، فلا يجوز الدخول في صلاته.

قال الحسن عن أبي حنيفة: إن جاء وقد كبر الإمام أربعاً ولم يسلم، فلا يدخل معه وقد فاته، وهذا صحيح على أصل أبي حنيفة ومحمد: أن المؤتم يدخل بتكبيره الإمام، فلا يأتي بتكبيره لم يدركها، فإذا فرغ الإمام من التكبيرات الأربع قبل حضور هذا الرجل، لم يجز له التكبير.

وقد روي عن أبي يوسف: أنه يكبر، وهذا صحيح على أصله: أن المسبوق يتقدم بتكبيره، فإذا كبر مع بقاء الإمام في الصلاة، شاركه فيها^(٢)، وقضى ما فاته.



(١) في أ (كما في الابتداء مع غيبتها).

(٢) انظر: الأصل ٣٤٤/١؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/٢١٠؛ القدوري ص ١١٢.

بَابُ ما يفسد الصلاة على الجنازة

—•••••—

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: كره أصحابنا جميعاً الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس وغروبها، وعند قيام الظهر؛ لِمَا روى عقبه بن عامر قال: «نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي في ثلاث ساعات، وأن نقبر فيهن موتانا»^(١)، ومعلوم أنه لم يرد الدفن، فلم يبق إلا أن يكون أراد الصلاة؛ ولأن هذه الأوقات لا يجوز فيها فرض ولا نفل، وصلاة الجنازة واجبة.

وقد قال أصحابنا: إذا صلوا في أحد هذه الأوقات، لم يعيدوا؛ لأن صلاة الجنازة تتعين على المصلي بالفعل؛ لأنها من فروض الكفاية، فصارت كالنافلة، ومن دخل في صلاة نفل في هذه الأوقات، لم يجب عليه قضاؤها، كذلك هذا. قالوا: ولا تكره الصلاة على الجنازة [في هذه الأوقات، يعني:] بعد صلاة الفجر، وبعد العصر؛ لأن الواجبات لا تكره في هذين الوقتين إذا لم يقف وجوبها على فعله، وصلاة الجنازة تجب بإيجاب الله تعالى [فلا تكره].

ومن صَلَّى على جنازة راكباً أو قاعداً من غير عذر، لم يجزئه؛ لأنها صلاة واجبة، فلا يجوز ترك القيام فيها من غير عذر كالفرائض، وقد كان القياس عندهم أن يجوز؛ لأنها ركن مفرد، فجازت على الراحلة كسجدة التلاوة، وإنما تركوا ذلك؛ لأن صلاة الجنازة ليست بأكثر من القيام، فإذا ترك القيام فيها، لم يجزئه.

(١) أخرجه مسلم (٨٣١) وغيره عن عقبه بن عامر الجهني. انظر: نصب الراية ٢٤٩/١.



قال: فإن كان ولي الميت مريضاً ، فصلّى قاعداً ، وصلّى الناس خلفه قياماً ، أجزاءهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: يجزئ الإمام ولا يجزئ المأموم ، وهذا فرع على اختلافهم في صلاة القائم خلف القاعد ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز ، وقال محمد: لا يجوز .

قال: فإن صلّى على [ميت] ^(١) وهو محمول على دابة ، لم يجز ؛ لأن الميت إما أن يجعل كالإمام أو كالمؤتم ، وأي ذلك كان لم يجزئه على هذه الصفة .

قال: فإن صلت امرأة على جنازة [فوقفت] إلى جانب رجل ، لم تفسد عليه [صلاته] ؛ وذلك لأنه لا مقام لها في صلاة الجنازة ، ألا ترى أن النبي ﷺ قال لهن: «انصرفن مأزورات غير مأجورات» ، وإذا لم يجعل لها مقام فيها ، صارت كالقائمة إلى جانبه في غير الصلاة .

قال: ومن قهقه في الصلاة على الجنازة ، أعاد الصلاة ، ولم يعد الوضوء ؛ لأن القياس ينفي وجوب الوضوء من القهقهة ، وإنما ورد الخبر في صلاة كاملة الأركان ، فما سوى ذلك على أصل القياس .

قال: وإن صلوا عليها إلى غير القبلة أجزاءهم في الخطأ ، ولم يجزئهم في العمد ، وإنما نعني: الخطأ مع الاجتهاد ؛ لأن صلاة الفرض تجوز على هذا الوجه ، فكذلك صلاة الجنازة .

وإن كان في ثوب المصلي أكثر من قدر الدرهم نجاسة ، لم تجزئه الصلاة ، وكذلك إن افتتح الصلاة على مكان نجس ؛ لأنها صلاة ، فكان من شرطها طهارة

(١) في أ (صبي) .

المكان والثوب ، كالفرض .

قال: وإذا ذكروا بعد الصلاة على الميت أنهم لم يغسلوه ، غسلوه ، وأعادوا الصلاة عليه ؛ لأن غسل الميت إنما يراد للصلاة ، فإذا عدم ، لم يعتد بالصلاة عليه ، كما لو عدت طهارة الإمام ، وإذا لم يعتد بالصلاة غُسل وصُلِّي عليه .

قال: فإن ذكروا ذلك بعد ما دفنوه ، لم ينبشوا عنه ، ولم يعيدوا الصلاة عليه ، قال ابن سماعة عن محمد: يخرجونه ما لم يهيلوا التراب عليه بعدما دفنوه ، فإذا أهالوا التراب لم يخرجوه ، وصلوا عليه في قبره ؛ وذلك لأن النيش مُثَلَّة ، والمُثَلَّة ممنوع منها لحق الله تعالى ، والغسل مأمور به لحق الله تعالى ، فإذا اجتمع المأمور به لحق الله تعالى ، والمنهي عنه لحقه ، كان اعتبار المنهي عنه أولى .

فأما إذا وضعوه في القبر ، ونصبوا اللَّبِن عليه أخرجوه ؛ لأن ذلك ليس بنبش ، فكأنه على أيديهم [بعد] .

والذي قاله: إنهم لا يعيدون الصلاة ؛ فلأنهم لو أعادوها لفقد الطهارة ، لصلّوها بلا طهارة ، فلا معنى للإعادة .

والذي حكى ابن سماعة عن محمد: أنهم يصلون على القبر ؛ فلأنهم صلوا على الميت بغير طهارة مع إمكان الطهارة ، فلا يعتد بتلك الصلاة ، والآن قد تعذرت الطهارة ، فجاز أن يصلّى عليه . [1/133]

قال: فإن دفنوه بعد الغسل ونسوا الصلاة عليه ، صلّوا على القبر ما لم يمض ثلاثة أيام ، وقال ابن رستم عن محمد: يصلّى عليه ما علم أنه لم يتمزق ، وإذا شكّ فيه لم يصلّ عليه ؛ وذلك لأن الميت في الغالب يتغير في ثلاثة أيام ، فيخرج

عن الصفة التي كان عليها ابتداءً، فلا يصلي عليه، كما لا يصلي بعد مضي السنين.

والذي ذكر محمد ليس بخلاف؛ لأننا نشك بعد الثلاث أنه على حاله أو قد تغير، والذي روي: «أن النبي ﷺ صَلَّى عَلَى قَتْلَى أُحُدٍ بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ»^(١)، فيجوز أن يكون دعاءً، ويجوز أن يكون علم أنهم لم يتغيروا.

وإنما جازت الصلاة على القبر؛ لأن النبي ﷺ صَلَّى عَلَى قَبْرِ الْمَسْكِينَةِ.

قال: وإذا صَلَّى الإمام على غير طهارة، أعادوا؛ والدليل على اعتبار الطهارة قوله ﷺ: «لا صلاة إلا بطهارة»^(٢)، وما روي أنه قال: «من حمل ميتاً فليتوضأ»^(٣) معناه: ليصلي عليه؛ ولأنها صلاة واجبة كسائر الصلوات، فإذا ثبت أنها شرط فيها، لم يعتد بها مع عدم طهارة الإمام.

قال: وإذا كان الإمام على طهارة، والقوم على غير طهارة، أجزأ الإمام، ولم يعيدوا^(٤) الصلاة؛ لأن عدم طهارة المؤتم لا تؤثر في صلاة الإمام، فإذا صحَّت صلاة الإمام، سقط الفرض بها، فلم تجز إعادته بعد ذلك.

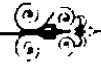
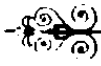
قال: ومن حضر الصلاة على الجنازة، فأحدث، أو كان محدثاً فخاف فوت

(١) في رواية البخاري (بعد ثماني سنين) (٣٨١٦).

(٢) أخرج الترمذي من حديث ابن عمر مرفوعاً: (لا تقبل صلاة بغير طهور) (١)، وقال: «هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن...».

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى موقوفاً عن أبي هريرة، وقال: وقد روي من وجه آخر عن أبي هريرة مرفوعاً ٣٠٢/١.

(٤) في أ (ولم يعد القوم).



الصلاة إن تَوْضُأً، أجزأه التيمم [عندنا]؛ وذلك لأن صلاة الجنائز إذا فاتت لم تقض عندنا، فلو أمرناه بالوضوء مع خوف الفوت، لأمرناه بذلك لا للصلاة، ولا ما يقوم مقامها، وذلك لا معنى له، وإذا سقط الأمر بالوضوء وهو مخاطب بالصلاة، جاز له التيمم كالمريض.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الولي إذا كان على غير طهارة، لم يجز أن يتيمم؛ لأنه لا يخشى فوات الصلاة.

قال: والميت إذا لم يجدوا له ماء يَمِّمُوه، وصلُّوا عليه؛ لأن غسل الميت كغسل الجنب، فإذا قام التيمم مقام أحدهما، قام مقام الآخر^(١).

قال: وإذا صَلَّى نساء وخدم على جنازة، قامت التي تؤم وسط الصف؛ وذلك لما روي: «أن عائشة كانت إذا صلت بالنساء، وقفت وسطهن»؛ ولأن بدن المرأة عورة، فإذا تقدمت لم يؤمن أن يطلع على عورتها.



(١) في أ (فيقوم التيمم مقام الماء فيه).



بَاب من أولى بالصلاة على الميت



[١٣٣/ب] قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: أئمة الحي الذين يصلون بالأحياء:

هم الذين يصلون على الموتى، وهو قول إبراهيم.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: يصلي الإمام إن حضر، أو القاضي، أو الوالي، فإن لم يحضر أحدهم، فينبغي أن يقدموا إمام الحي، فإن لم يكن إمام الحي، فأقرب الناس منه.

وقال محمد: ينبغي للولي أن يقدم إمام المسجد، ولا يجبر على ذلك، وهو قول أبي حنيفة.

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف: الصلاة على الناس إلى الأولياء دون إمام الحي.

وجملة هذا: أن السلطان أولى بالصلاة إذا حضر؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يؤم الرجلُ الرجلَ في سلطانه، ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه»^(١)، وروي أن الحسن لما مات، دفع الحسين في ظهر سعيد بن العاص، وقال: لولا أنها السنة لما قدمتك^(٢)، (وذكر أبو يوسف في الإملاء: أنه قدم مروان، وقال:

(١) أخرجه مسلم (٦٧٣) وغيره من حديث أبي مسعود رضي الله عنه.

(٢) ذكره ابن الأثير في أسد الغابة ٢/٢٢٠.

لولا أنها السنة لما قدمتك^(١).

وأما إمام الحي، فتقديمه على طريق الأفضل، وليس بواجب كتقديم السلطان، هكذا فسره ابن شجاع؛ لأنهم رضوا بتقديمه عليهم في حياتهم، فكذلك بعد موتهم، ولا يجب ذلك؛ لأن السلطان إنما قدم؛ لأن التقدم عليه فيه إفساد لأمر المسلمين، وهذا المعنى لا يوجد في إمام الحي.

قال: وأجمع أصحابنا بعد إمام الحي على أن الأقرب فالأقرب من ذوي الأنساب أحق؛ وذلك لأن الأقرب أولى به في حال حياته، فكذلك بعد الموت، فإن تساوا في القرابة، فأسنهم؛ لأن النبي ﷺ أمر بتقديم الأسن في الصلاة^(٢).

قال: وليس لأحدهما أن يقدم غير شريكه إلا بإذنه؛ لأن الولاية تثبت لهما، وإنما قدم الأسن للسنة، فإذا أراد أن يستخلف، فقد رضي بإسقاط حقه، فلم يجز إسقاط حق شريكه.

قال: فإن كان أحدهما أقرب من الآخر، فللأقرب أن يقدم من شاء؛ وذلك لأنه لا ولاية للبعيد مع القريب، فصار كالأجنبي.

وقالوا: في امرأة ماتت وتركت زوجها وابنها منه: أنه يكره للابن أن يتقدم أباه، أما الزوج فلا ولاية له [عليها]؛ لأن السبب الذي [كان] بينهما انقطع بالموت، فصار بعد الموت كالأجنبي، فبقيت ولاية الابن، وهو ممنوع من التقدم على أبيه؛ فلذلك أمر بتقديمه.

(١) ساقطة من أ.

(٢) في الحديث السابق (.. فليؤمهم أكبرهم سنًا..).

قال أبو يوسف: وللابن في حكم الولاية أن يقدم غير أبيه؛ لأنه هو الولي، وإنما منع من التقدم [1/134] حتى لا يستخف بأبيه، وذلك لا يسقط ولايته في التقديم^(١).

قال: وإن كان لها ابن من غير الزوج، فلا حق للزوج، ولا بأس أن يتقدم ابنها [عليه] من غيره؛ لأنه ليس في تقدمه تقدم على أبيه، وهو الولي، فجاز له التقدم.

قال: وسائر القربات أولى بالصلاة من الزوج، وكذلك مولى العتاقة وابن المولى؛ لأن الزوج ينقطع سببه بالموت، وسبب من سواه بحاله، [وهي القرابة، أو على ذلك، فكان أولى].

قال: فإن تركت أباً وزوجاً وابناً، والزوج أبو الابن، فليس للابن أن يقدم أباه إلا برضى الجد، وكذلك يستحب لابن الميت أن يقدم جدّه؛ لأنه بمنزلة الوالد؛ وذلك لأن ابن الميت إذا منع من التقدم على جده؛ فلأن يمنع من أن يقدم عليه غيره أولى.

قال: [ومولى العتاقة]، ومولى الموالاة إذا لم يكن قرابة أحق من الأجنبي؛ لأنه أولى بميراثه، فصار كالنسب.

قال أبو يوسف: إذا كان وليان، أحدهما أقرب إلى الميت، كابن، وأخ لأب وأم، والأقرب غائب بمكان تفوت الصلاة على الجنازة بحضوره، فالآخر أولى، وإن كتب الغائب أن يصلي عليه غيره، كان للأخ من الأب والأم أن يمنعه.

(١) في أ (وذلك لا يوجد في تقديم غيره، فجاز).

قال أبو يوسف: وليس [له] مع الغيبة التي وصفنا حق؛ وذلك لأن في انتظار الغائب إلحاق ضرر بالميت؛ لما في ذلك من تفويت الصلاة [على الميت]، والولاية تسقط مع ضرر المولى عليه، فإذا سقطت ولايته، انتقلت إلى من هو دونه.

قال: وإن كان مريضاً في المصر، فهو بمنزلة الصحيح، يقدم من شاء؛ لأن ولايته لم تسقط، ألا ترى أنه يقدر أن يصلي عليه مع المرض، فصار كالصحيح، فإذا قدم غيره لم يكن للولي البعيد الاعتراض عليه.

قال: وإن قدم الأخوان من الأب والأم كل واحد منهما رجلاً، فالذي قدمه الأكبر أولى؛ لأنهما رضيا بإسقاط حقهما وتساويا، فالأكبر أولى بالتقديم كما هو أولى بفعل الصلاة.

قال: ولا حق للنساء في ذلك، ولا للصغار من الذكور.

أما الصغار، فلا فرض عليهم، فلا معنى لتعلق الولاية بهم، وأما النساء، فَلَسْنَ من أهل هذه الصلاة، فلا يعتد بهن فيها^(١).



(١) انظر: الأصل ٣٤٩/١؛ شرح مختصر الطحاوي ٢١٠/١ وما بعدها. القدوري ص ١١١.

بَابُ الدَّفْنِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب الدفن: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ نَجَعِلِ الْأَرْضَ كِفَاتًا ﴿١٥﴾ أَحْيَاءَ وَأَمْوَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٥ - ٢٦] ، ودفنت الملائكة آدم وقالوا لولده: «هذه سنة موتاكم يا بني آدم»^(١) ، [١٣٤/ب] ، ودفن النبي ﷺ ، ودفن الناس ، فدل على أن هذا هو السنة .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا انتهى بالميت إلى القبر ، فلا يضر وترٌ دخل به القبر أو شفعٌ ؛ وذلك لأن نزول القبر إنما يحتاج إليه لأجل الميت ، فوجب أن يعتبر من يحتاج إليه في ذلك .

قال: فإذا وضع في القبر ، قال واضعه: بسم الله ، وعلى ملة رسول الله ، ويوضع على شقه الأيمن ، ويوجه إلى القبلة ، ويستقبل به القبلة عند إدخاله في القبر ؛ وذلك لما روى زيد بن علي ، عن أبيه ، عن جده ، عن علي عليه السلام قال: «مات رجل من بني عبد المطلب ، فشهد رسول الله ﷺ جنازته ، وقال: «يا علي ، استقبل به القبلة استقبالا ، وقولوا جميعا: بسم الله ، وعلى ملة رسول الله ﷺ»^(٢) ، وضعوه لجنبه ولا تكبوه لوجهه ، ولا تلقوه لظهره» .

(١) أورده السرخسي في المبسوط ٤٩/٢ ؛ والسمرقندي في تحفة الفقهاء ١/٢٤٠ .

(٢) إلى هنا أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه من حديث ابن عمر ١/٥٢٠ ؛ وابن حبان في صحيحه ٣٧٥/٧ ؛ وابن ماجه (١٥٥٠) ؛ وابن أبي شيبة من قول علي عليه السلام ١٠٧/٦ ؛ انظر: مجمع الزوائد ٤٤/٣ ؛ وذكره بكامله الكاساني في البدائع ١/٣١٩ .

قال: ويلحد ولا يشق؛ لقوله ﷺ: «اللحد^(١) لنا والشق لغيرنا»^(٢)؛ ولأن الشق فعل اليهود، فيجب أن يخالفوا.

قال: فإذا وضع في القبر، فإن كانت أكفانه عقدت، حلت؛ لأنها تعقد حتى لا ينتشر الكفن [عنه]، وهذا المعنى مأمون في القبر.

ويجعل على اللحد القضب واللبن، ويكره الآجر ورفوف الخشب؛ لما روي: «أن النبي ﷺ جعل على قبره اللبن»^(٣)؛ ولأنه أقرب إلى البلى؛ ولأن الآجر والخشب إنما يجعل للتبقية ولزينة الدنيا، والميت لا يحتاج إلى ذلك.

قال: ويسنم القبر، ولا يربّع، لما روي عن إبراهيم أنه قال: «أخبرني من شاهد قبر النبي ﷺ، وقبر أبي بكر، وعمر، وهي مسنمة، عليها فلُق من مَدَرٍ أبيض»^(٤)، وروي: «أنه ﷺ نهى عن تربيع القبور، وعن تجصيصها»^(٥)؛ ولأن التربيع أشبه ببناء الأحياء، والتسنيم خلاف ذلك، فهو أولى.

قال: ولا يجصص القبر ولا يطين، وكره أبو حنيفة البناء على القبر، وأن

(١) اللحد: الشق الذي يُعمل في جنب القبر لموضع الميت؛ لأنه قد أميل عن وسط القبر إلى جانبه.
«النهاية» في غريب الحديث (لحد).

والشق - بالفتح - واحد الشقوق: حفرة تحفر في وسط القبر طويلاً لا تتسع للميت، يوضع فيها حين الدفن. انظر: مختار الصحاح؛ معجم لغة الفقهاء (شق).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٣٦)؛ والترمذي (١٠٤٥) وقال «حديث حسن غريب»؛ والنسائي في المجتبى (٢٠٠٩)؛ وابن ماجه (١٥٥٤)؛ والبيهقي في الكبرى ١/٤٩٦.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه كما في نصب الراية ٢/٣٠٣.

(٤) أخرجه البخاري (١٣٢٥)؛ وابن أبي شيبة ٢٢/٣؛ الدراية ١/٢٤١، ٢٤٢.

(٥) رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار، وأبو حنيفة عن شيخ مرفوعاً، كما في الإيثار بمعرفة رواة

الآثار لابن حجر ١/٢٢١؛ وفي نصب الراية ٢/٣٠٤.

يعلم بعلامة .

وقال أبو يوسف: أكره أن يكتب عليه كتاب ، لحديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: « لا تجصصوا القبور ، ولا تبنوا عليها ، ولا تقعدوا عليها ، ولا تكتبوا عليها»^(١) ، وروى أحوص بن حكيم عن أبيه قال: « نهى رسول الله ﷺ أن يكتب على قبور المسلمين ، أو تطين ، أو تجصص»^(٢).

قال: ويكره [١/١٣٥] أن يزداد على تراب القبر الخارج منه ؛ لأن الزيادة تجري مجرى البناء ، فممنع منها .

قال: ولا بأس أن يرش الماء ؛ لأن ذلك يفعل لتسوية التراب .

وروى خلف بن أيوب عن أبي يوسف: أنه كره الرش ؛ لأنه يجري مجرى التطيين .

قال: ويُسَجَّى قبر المرأة ، ولا يسجى قبر الرجل .

أما قبر المرأة ؛ فلأن بدنها عورة ، فلا يؤمن أن ينكشف منها شيء حال نزولها في القبر ؛ ولأنها تغطى بالنعش لهذه العلة ، كذلك في القبر .

وأما قبر الرجل ، فلا يسجى ؛ لما روي: « أن علياً حضر جنازة يزيد بن المكفكف ، فسجى قبره بثوب ، فأخذه فألقاه ، وقال: إنه ليس بامرأة»^(٣).

وكما لا يغطى على سريرته ، فكذلك في قبره ، وقد اختلفت العبارة في هذا ،

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٤٣٥/٧ ؛ وأورده الكاساني في البدائع ١/٣٣٠ .

(٢) أورده ابن حزم في المحلى ٥/١٣٣ .

(٣) وروى البيهقي نحوه بإسناد صحيح كما في التلخيص الحبير ٢/١٢٩ .

فذكروا في بعض المواضع ما يدل على أنه يكره؛ لأن علياً أنكره، وفي بعض المواضع ما يدل على أنه ليس بسنة، وهذا يقتضي جوازه؛ لأنه يفعل لستر الميت، وذلك غير ممنوع منه.

قال: وإذا هالوا التراب على المرأة كشفوا الثوب؛ لأنه يراد للستر، والستر بالتراب أبلغ.

قال: وذوو الرّجِم المَحْرَم أولى بإدخال المرأة [القبر] من غيرهم؛ لأنه يجوز لهم مسّها في حال الحياة، فكذلك بعد الموت، ويكره للأجانب مسّها في حال الحياة، فكذلك بعد الموت.

قال: ولا ينبغي أن يدفن الرجلان في قبر واحد، وإن احتاجوا إلى ذلك، قدموا في اللحد أفضلهما، ويكون بين كل رجلين حاجز من تراب، فإن كان رجل وامرأة، جعل الرجل مما يلي القبلة، والمرأة وراءه، وجعل بينهما حاجز من تراب.

وأما عند عدم الحاجة، فيدفن كل [واحد]^(١) في قبر؛ لأن النبي ﷺ، المسلمین هكذا فعلوا [إلى يومنا] في غير حال الضرورة، وأما عند الحاجة، فيجوز؛ لما روي عن النبي ﷺ: «أنه أمر في قتلى أحد بأن يدفن في القبر الرجلان والثلاثة، وقال: «قدموا أكثرهم قرآناً»^(٢).

وإنما جعل بينهما حاجزاً من الصعيد؛ لأنه لما لم يمكن التفريق بينهما في قبرين، فرق بينهما بالصعيد.

(١) في ب (رجل)، والمثبت من أ.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٢١٤٢) عن هشام بن عامر؛ وأحمد في المسند ٤٣١/٥؛ وابن الأثير في أسد الغابة ٤١٩/٥.

قال: فإن وضعوه لغير القبلة، أو على يساره، ثم ذكروا، فإن أبا حنيفة قال: إن ذكروه وقد شَرَّجوا اللبن، أزالوا ذلك، وإن كانوا قد أهالوا التراب، لم ينبش؛ وذلك لأن السنة التوجيه إلى القبلة، فإذا أمكن ذلك من غير نبش، فعل، وأما إذا أهيل التراب [ب/١٣٥] فذلك لا يمكن إلا بالنبش، فلم يجز للمثلة.

قال: وكره أبو حنيفة أن يوطأ على القبر، أو يجلس عليه، أو يقضى عليه حاجة من غائط، أو بول، أو ينام عليه؛ لما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن الجلوس على القبور»^(١)، وعن ابن مسعود أنه قال: «لأن أظأ على جمرة أحب إلي من أن أظأ على قبر»^(٢)؛ ولأن الآدمي يجب تعظيمه حياً وميتاً لحرمة، وفي المشي على قبره، والجلوس عليه، ترك التعظيم.

قال: ويكره أن يصلي عنده؛ لما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن الصلاة إلى قبره»، وقال: «لا تتخذوا قبوري مسجداً، كما اتخذت بنو إسرائيل قبور أنبيائهم مساجد»^(٣).

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة قال: لا ينبغي أن تصلي على ميت بين القبور، فإن فعلت أجزأك، وكان علي وابن عباس يكرهان ذلك، وروى نافع: أنهم صلوا على عائشة وأم سلمة بين مقابر البقيع، والإمام أبو هريرة، وكان هناك ابن عمر^{(٤)(٥)}.

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٤٣٥/٧؛ والبيهقي في الكبرى ١/٤؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٥١٧/١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٦/٣؛ و«رواه الطبراني في الكبير، وفيه عطاء بن السائب وفيه كلام» كما في مجمع الزوائد ٦١/٣.

(٣) أخرجه البخاري (١٣٢٤) ومواضع؛ ومسلم (٥٢٩) عن عائشة رضي الله عنها.

(٤) أورده السمرقندي في تحفة الفقهاء ٣٥٧/١؛ والكاساني في البدائع ٣٢٠/١.

(٥) انظر: الأصل ٣٦١/١؛ القدوري ص ١٦٢.

بَابُ مَعْرِفَةِ الشَّهِيدِ الَّذِي لَا يُغْسَلُ

—•••••—

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قُتِلَ الرجل في المعركة، أو غيرها، وهو مقاتل لحق عدواً من الكفار، أو قُطِّعَ الطريق، أو بُغِيتَ، أو قُتِلَ مدافعاً عن ماله، ونفسه، أو أهله، أو عن رجل من المسلمين، أو رجل من أهل الذمة، فهو شهيد، لا يُغْسَلُ بأي شيء قتل، وعلى أي وجه من وجوه الموت قتل، بسلاح أو غيره.

والأصل في سقوط غسل الشهيد: ما روي: «أن النبي ﷺ لم يغسل قتلى أحد، وقال: «إنهم يبعثون يوم القيامة وجروحهم تشخب دمًا»، وقال: «الشهيد يبعث يوم القيامة وجرحه يشخب دمًا»^(١)، فجعل العلة التي أسقطت الغسل: الشهادة في شهداء أحد، وهي موجودة في كل شهيد.

ولا يجوز أن يقال: إنه لم يغسل لتعذر ذلك؛ لأنه لو تعذر الغسل مع وجوبه، لوجب التيمم.

وقد قال الحسن وابن المسيب: إن الشهداء يغسلون؛ لأن كل ميت يُمْنِي عند موته، وإنما ترك الغسل خاصاً لأهل أحد، وما ذكرناه دليل عليهما.

فأما من قتله المسلمون ظلماً فإنه لا يغسل؛ لما روي أن يزيد بن صوحان، أوصى أن لا يغسل، وكذلك حجر بن عدي، وعمار بن ياسر، ولم يغسل

(١) أورده الحافظ في فتح الباري ٥٤/٤؛ وابن عبد البر في التمهيد ١٤/١٩.

الصحابة عثمان بن عفان ، وقد قتل هؤلاء المسلمون ؛ ولأنه مقاتل [١/١٣٦] بحق ،
كمن قاتل المشركين .

وإنما استوى القتل بسائر الآلات ؛ لأنه لو قتل بأي آلة وقع ، لم يجب به
الدية ، فصار كقتل سائر الكفار .

قال: وَيُصَلَّى عَلَيْهِ ، وقال الشافعي: لا يصلّى عليه^(١) .

لنا: ما وري عن النبي ﷺ: «أنه صَلَّى عَلَى قَتْلَى أَحَدٍ»^(٢) ؛ ولأن الشهيد
إن اعتبر بمن عظمت منزلته ، وجب أن يصلّى عليه كالأنبياء ، وإن اعتبر بمن
نقصت منزلته ، لم يجز ، وهذا في أعلى المنازل [فيصلّى عليه] .

قال: ويصنع في كفه ما ذكرت لك قبل هذا الباب ، يعني من الزيادة والنقصان .

قال: وكذلك من قُتل مظلوماً قتلاً يجب به القصاص ، فإن وجب به مال ، غُسل .

وجملة هذا: أن كل مكلف مقتول ظلماً لم يجب بقتله^(٣) بدل هو مال ولم
يرث ، فإنه لا يجب غسله بموته ، وإنما لم يؤثر وجوب القصاص ؛ لأنه ليس
بمال ، والمنفعة إذا لم تكن مالاً لم تبطل معنى القربة ، كالولاء في العتق .

وأما من وجب بقتله الدية ، فإنه يغسل ؛ لأن المنفعة التي هي مال ، تسقط
معنى القربة ، بدلالة العتق على مال [لا يجزئ]^(٤) عن الكفارة .

(١) انظر: الأم ص ٢٠٥ .

(٢) أخرجه مسلم (٢٢٩٦) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه .

(٣) في أ (لم يتعين بقتله عوض) .

(٤) في ب (لا يجوز) ، والمثبت من أ .

قال: وهذا كله إذا مات الشهيد قبل أن يرث ، والارتثا عند أبي يوسف: أن يحمل على أيدي الرجال ، أو يأكل أو يشرب ، أو يوصي بدئنه بثلثه ، أو يُصَلِّي ، أو يبقى يوماً وليلة في المعركة حياً يعقل ، أو يمضي عليه وقت صلاة فيجب عليه قضاؤها ، فإن كان مغمى عليه في ذلك لا يعقل ، فليس بمرث .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: [أنه] إن بقي في المعركة أقل من يوم ، لم يكن مرثاً ، وقال محمد مثل قول أبي يوسف في جميع ذلك ، إلا أنه قال: إن عاش في مكانه يوماً كاملاً كان مرثاً ، وإن كان أقل لم يكن مرثاً ، ولم يجعل الوصية ارتثاً .

وقال في الزيادات: إن أوصى بمثل وصية سعد بن الربيع ثم مات ، لم يغسل ، وإن كثر ذلك في كلامه حتى طال ، غسل .

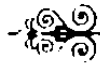
وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إن تكلم بكلمة أو شيء من نحو ذلك ، لم يغسل .

وجملة هذا: أن المجروح إذا خرج عن صفة [المقتول وصار]^(١) إلى حال الدنيا نقض^(٢) بذلك معنى الشهادة فيه ، ووجب غسله ؛ بدلالة: «أن النبي ﷺ غسل سعد بن معاذ»^(٣) ، وقد كان ارتث ، وإن مات قبل أن يصير إلى حال الدنيا ، فليس بمرث ؛ لأن المقتول قد يضطرب في مكانه ، وقد يتكلم في الغالب ، فلم يعتد بذلك .

(١) في ب (القتل) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (لم يوجد فيه) .

(٣) أورده ابن قدامة في المغني ٢/٢٠٦ .



أما إذا أكل ، أو شرب ، أو مرض ، فقد صار إلى حال الدنيا ، وكذلك إذا أوصى عند أبي يوسف ؛ لأن الوصية نظر في مصالحه .

وإذا صَلَّى فقد صَحَّحَتْ صَلَاتُهُ ، وهذا من أحكام الدنيا^(١) ، وكذلك إذا مضى وقت صلاة وجبت عليه ؛ لأن وجوب الصلاة من أحكام الحياة .

فأما [ب/١٣٦] إذا بقي في مكانه لا يعقل ، فلم يحصل له حكم من أحكام الأحياء ، وقال محمد: إن بقي يوماً فما زاد ، فهو مرتث ؛ لأنه خرج عن حكم الابتداء^(٢) ، ولم يعتبر قليل الإغماء ولا كثيره ، ولم يجعل محمد الوصية ارتثاءً ؛ لأنها من أمر الموت .

وقال في الزيادات: إن أوصى بمثل وصية سعد ، فليس بارتثاء ؛ لأنها كانت من أمور الآخرة ، فأما إذا أوصى بأمر من أمور الدنيا ، فهو مرتث .

قال: ومن وُجِدَ في المعركة لا أثر به ، غُسِّلَ ؛ لأنه لو كان قتيلاً ظهر به أثر [الضرب] ، فلما لم يظهر فيه ، فهو ميت ، فيغسل .

قال: وإن كان الدم خارجاً^(٣) من عينه أو أذنه ، لم يغسل ؛ لأن هذا في الظاهر لا يكون إلا من ضرب ، وإن كان من أنفه أو من ذكَّره أو من دُبُرِهِ ، غُسِّلَ ، وإن كان من جوفه وكان دمًا ، لم يغسل .

وإن كان دمًا يخرج من رأسه إلى فيه ، غُسِّلَ ؛ لأن خروج الدم من الأنف قد يكون للرعاف ، وخروجه من الذكر والدبر قد يكون لمرض ، فلا يدل

(١) في أ (ليس من أحكام الآخرة ، فيغسل) .

(٢) في أ (المقتول) .

(٣) في أ (جاريًا) .

ذلك على القتل .

قال: وإن كان الشهيد جُنُبًا غُسل عند أبي حنيفة ، ولم يغسل عند أبي يوسف
ومحمد .

وجه قول أبي حنيفة: أن النبي ﷺ بادر إلى غسل سعد بن معاذ، وقال:
«خشيت أن تسبقنا الملائكة إلى غسله كما سبقتنا إلى غسل حنظلة»^(١)، وقد كان
حنظلة قتل جنبا، فدلَّ على أن الملائكة لو لم تغسله غسله رسول الله ﷺ؛ ولأنه
غسل واجب، فلا يسقط بالموت كالنجاسة .

وجه قولهما: أن الشهادة أجريت مجرى الغسل، والغسل إذا وجد من طريق
المشاهدة، قام مقام ما وجب بالموت وما وجب بالجنابة، فكذلك الغسل من
طريق الحكم .

وأما الحائض إذا قتلت بعد انقطاع دمها، غسلت عند أبي حنيفة؛ لأن
الغسل وجب عليها قبل موتها، كالجنب سواء، وإن قتلت قبل انقطاع الدم،
[فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنها لا تغسل؛ [لأن الغسل لم يكن وجب في
حياتها قبل انقطاع الدم] فلا يجب بعد الموت .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنها لا تغسل؛ لأن الموت يقطع حكم
الحيض، فكأن الدم انقطع عنها قبل موتها^(٢) .

تم كتاب الصلاة، يتلوه كتاب الزكاة

والحمد لله رب العالمين

(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ١٠/٣٧٠ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/١٩٧؛ القدوري ص ١١٣ .

[١٧] كتاب الزكاة

قال الشيخ رحمه الله تعالى: [١/١٣٧] الزكاة في اللغة: النماء، يقولون: زكا الزرع إذا نما، وقد عبّر بها في الشريعة عن أخذ جزء من المال، وذلك ليس بزيادة، إلا أنه لما حصل به النماء بالثواب، سمي زكاة، فالاسم شرعي فيه معنى اللغة.

والزكاة في الشرع: كل حق يجب لأجل المال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب.

والأصل في وجوب الزكاة: قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة ٤٣]، وقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٣]، وقال ﷺ: «بُني الإسلام على خمس»^(١) وذكر إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة.

وقد قال أصحابنا: إن الزكاة تجب في عين المال، وقال الشافعي في أحد قوليهِ: تجب في الذمة، والعين مرتهنة بها^(٢).

لنا: قوله ﷺ: «في خمس ذودٍ شاة، وفي أربعين من الغنم شاة، وفي مائتي

(١) أخرجه مسلم (١٦).

(٢) ما ذكره المؤلف عن الشافعي، فهو قوله القديم، وقال في الجديد: «تجب في العين، وهو الصحيح»، هذا ويجوز إخراج الزكاة من غير عين المال باتفاق في المذهب، وأجاب الأصحاب عن القول الجديد الصحيح في هذه المسألة: بأن الزكاة مبنية على المسامحة والإرفاق، فيحتمل فيها ما لا يحتمل في غيرها. انظر: المجموع ٣٤٣/٥.

درهم خمسة دراهم»^(١) ، وهذا يقتضي تعلق الوجوب بالعين ، ولأنه حق ينصرف إلى الفقراء ، يعتبر فيه الحول شرعاً ، فلم يتعلق بالذمة ابتداءً كاللقطة .

٦٣٧ - فَصْل : [كيفية وجوب الزكاة]

واختلف أصحابنا في كيفية وجوب الزكاة ، فقال أبو الحسن : إنها تجب على الفور ، وعن أبي يوسف ما يدل عليه ، وهو قول الشافعي^(٢) .

وذكر الحاكم في المنتقى : إذا كان له مائتا درهم ، فحال عليها حولان ، فلم يزكها ، فقد أساء وأثم ، ولم يَحِلَّ له ما صنع ، وعليه زكاة حول واحد .
وقال محمد : من لم يؤد الزكاة ، لم تقبل شهادته ، وروي عنه : أن التأخير لا يجوز .

وكان أبو بكر الرازي يقول : إنها على التراخي ، ويستدل بما قالوا : أنه إذا أخرج الأداء حتى هلك المال ، لم يضمن ، وذكر ابن شجاع عن أصحابنا مثله .
وجه قول أبي الحسن : أن الأمر المطلق يقتضي الوجوب على الفور ، وقد أمر الله تعالى بالزكاة أمراً مطلقاً .

وجه قول أبي بكر : أنها عبادة شرعية ، لا تفوت بفوات وقتها ، فلم يكن أصل وجوبها على الفور ، كقضاء رمضان ؛ ولأنها عبادة يجوز أدائها قبل وقتها ،

(١) أخرجه أبو داود (١٥٦٧ ، ١٥٧٢) ؛ والنسائي في الكبرى (٢٢٢٧) ؛ وأحمد في المسند ١١/١ ؛
والمقدسي في المختارة ١٥٢/٢٥ ؛ وابن خزيمة في الصحيح ٣٤/٤ ؛ وابن حبان في الصحيح
٥٠٣/١٤ .

(٢) انظر : المنهاج ص ١٧٥ .



فجاز تأخيرها عن أول وقت وجوبها من غير عذر، كالكفارات .

٦٣٨ - فُصِّلَ : [الحول في الزكاة]

وقد قال أصحابنا: إن الزكاة تجب بالحول والنصاب .

وقال الشافعي في الأم والقديم: تجب بثلاث شرائط: الحول، والنصاب، وإمكان الأداء، وقال في الإملاء: الإمكان من شرائط الضمان^(١) .

لنا: قوله ﷺ: « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول »^(٢) ، وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها؛ ولأنها في حالة لو أُتْلِفَ فيها المال، ضمن، فكانت الزكاة واجبة، أصله: بعد الإمكان . والله أعلم^(٣) .



(١) وما ذكره في الإملاء (هو الصحيح)، فعلى هذا تجب الزكاة بشرطين: الحول، والنصاب، وإمكان الأداء شرط في الضمان، لا في الوجوب .

والمراد بإمكان الأداء: إمكان الإخراج بثلاثة شروط: أحدها: حضور المال عنده، والثاني: أن يجد المصروف إليه، والثالث: عدم الشغل الذي يهيم أمر دينه ودنياه، كصلاة، وأكل، ونحوهما .
انظر: المجموع ٣٠٣/٥ .

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٧٣)؛ والترمذي (٦٣١)؛ وابن ماجه (١٧٩٢)؛ والبيهقي في الكبرى ١٠٣/٤؛ والدارقطني ٩١/٢؛ والمقدسي في المختارة ١٥٤/٢ وقال «إسناده صحيح» .

• (٣) انظر: الأصل ٥٢/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٢٩/٢؛ القدوري ص ١١٥ .

١٨ | بَابُ زكاة الذهب والفضة

—•••••—

قال رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب الزكاة في الأثمان قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: ٣٤]، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «كل مال أدت زكاته فليس بكنز»^(١)، وقال: «في الرقة ربع العشر»^(٢).

قال أبو الحسن: الزكاة واجبة في الذهب والفضة، مضروبة كانت أو غير مضروبة، حلياً كانت أو غير حلي، يثراً كان ذلك أو غير تبر، نوى به التجارة والبيع والشراء، أو لم ينو، إذا بلغت الفضة مائتي درهماً وزناً.

والأصل في وجوب الزكاة في مضروب ذلك وغير مضروبه: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤]، والاسم يتناول الجميع.

وأما اعتبار النصاب؛ فلما روي في حديث عمرو بن حزم: «أن النبي ﷺ كتب له: «الرقة ليس فيها صدقة حتى تبلغ مائتين، فإذا بلغت مائتين ففيها خمسة دراهم»^(٣)، وقال لمعاذ حين وجهه إلى اليمن: «لا تأخذ من الكسور شيئاً، فإذا

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى مرفوعاً وموقوفاً عن عبد الله بن عمر وقال: «الصحيح موقوف» ٨٢/٤.

(٢) الحديث أخرجه البخاري عن أنس رضي الله عنه. كما في التلخيص الحبير ١٦١/٢؛ وخلاصة البدر المنير ٣١١/١.

(٣) أخرجه أبو داود (١٥٧٤)؛ والبيهقي في الكبرى ١٣٤/٤؛ والدارقطني ٩٢/٢؛ وأحمد في المسند ٩٢/١.

كانت الورق مائتي درهم، فخذ منها خمسة دراهم^(١)، والنُصَب لا تعلم إلا بالتوقيف.

وقد قال أصحابنا: إن النصاب إذا نقص نقصاناً يسيراً يدخل بين الموازين، لم تجب فيه الزكاة في حق صاحبه؛ لأنه ناقص في ملكه، فلا يعتبر كماله في حق غيره، وإنما اعتبروا الوزن دون العدد؛ لأن إطلاق الدراهم يقتضي الوزن، ألا ترى أنه عبارة عن [جملة موزونة، وعن] قدر من الوزن يشتمل على جملة موزونة من الدوانيق والحبات.

قال أبو الحسن: وزن سبعة: وهو أن يكون الدرهم وزنه أربعة عشر قيراطاً، ويكون العشرة وزن سبعة مثاقيل، والمائتان وزن مائة وأربعين مثقالاً؛ وذلك لأن هذا الوزن هو الذي تعلق به الحكم في الشرع باتفاق الفقهاء، وقد كانت الدراهم في الجاهلية ثقلاً مثاقيل، وخفافاً طرية، فلما قرنت الدراهم في الإسلام، جمعوا الدرهم الثقيل [المثقال]، والخفيف [الطري] فجعلوهما درهمين، فكانا درهمين بوزن سبعة، واتفقت الأمة على تعليق الأحكام بها.

فأما الذهب، فإذا بلغ عشرين مثقالاً ففيه نصف مثقال^(٢).

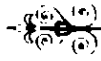
والأصل في ذلك: ما روي «أن النبي ﷺ قال في كتاب عمرو بن حزم:

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٤/١٣٥؛ «والدارقطني وإسناده ضعيف جداً» كما قال ابن حجر في الدراية ١/٢٥٧.

(٢) ونصاب الفضة بالغرام: درهم الفضة = ٢,٩٧٥ × ٢٠٠ = ٥٩٥ غراماً.

ونصاب الذهب بالغرام باعتبار أن المثقال = ٤,٢٥ × ٢٠ = ٨٥ غراماً.

انظر: الإيضاح والبيان مع تعليق المحقق ص ٤٩، ٦١.



«فإذا بلغ الذهب قيمة مائتي درهم، ففيه ربع عشره»^(١)، وكان الدينار مقدراً بعشرة دراهم، فقدر نصاب الذهب بعشرين مثقالاً، وأجمعت الأمة عليه.

٦٣٩ - قُصْل: [الزكاة فيما زاد على المائتين]

وقد قال أبو حنيفة: ليس فيما زاد على المائتين زكاة حتى يبلغ أربعين، فيكون فيها درهم، وعلى هذا أبداً: في كل أربعين درهمٍ درهم.

وليس فيما زاد على نصاب الذهب زكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل، فيكون [١/١٣٨] فيها قيراطان، وعلى هذا أبداً، يجب في كل أربعة [ذلك].

وقال أبو يوسف ومحمد: ما زاد على المائتين، وعلى العشرين مثقالاً، ففيه الزكاة بحسابه، وبه قال الشافعي^(٢).

وجه قوله: ما وري في كتاب عمرو بن حزم: «فإذا بلغت مائتي درهم، ففيها خمسة دراهم، وفي كل أربعين درهم، وليس فيما دون الأربعين صدقة»، وفي حديث عبادة بن نسي عن معاذ: «أن رسول الله ﷺ أمره حين وجهه إلى اليمن أن لا يأخذ من الكسور شيئاً، فإذا كانت الورق مائتي درهم، فخذ منها خمسة دراهم، ولا تأخذ مما زاد شيئاً حتى يبلغ أربعين درهماً، فخذ منها درهماً»^(٣)؛ ولأن كل مالٍ له نصاب، كان له عفو بعد النصاب لإيجاب الزكاة

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ١٣/٦، ٣٧.

(٢) وهذا على رواية البويطي، وأما الأصح عند الأصحاب فهو: أنه يتعلق الفرض بالنصب، وما بينهما من الأوقاص عفو. انظر: المهذب ٤٧٧/٢؛ المجموع ٣٥٤/٥، ٣٥٦؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٧٥.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن، وقال: «المنهال بن الجراح متروك الحديث، وعبادة بن نسي =

كالإبل ؛ ولأن كل حالة يعتبر فيها عفو السائمة ، يعتبر فيها عفو الأثمان كالأبتداء .
وجه قولهما: ما روي في حديث عَلِيٍّ: أن النبي ﷺ قال: «ما زاد على المائتين فبحسابه»^(١) ؛ ولأنها زيادة على نصاب من جنس الأثمان ، فصارت كالأربعين .

والجواب: أن الخبر هذا لم يروه أحد على القطع ، وإنما شك فيه الراوي: أن قوله: «وما زاد على المائتين» من كلام رسول الله ﷺ ، أو من غير كلامه ، فلا يعارض ذلك خبرنا [المجمع عليه من النقل] .

٦٤٠ - فَصْل: [تعلق التملك في زكاة الأثمان]

فأما قول أبي الحسن: نوى بذلك التجارة والشراء والبيع ، أو لم ينو ؛ فلأن وجوب الزكاة في الأثمان يتعلق بتملكها ، ولا تعتبر فيها صفة زائدة على الملك ؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾ ، والكنز: هو المال الذي لم يعدد للقلب ؛ ولأن الأموال إنما اعتبر فيها القصد إلى طلب النماء ؛ ولأن ذلك لا يمكن فيها إلا بمعنى ينضم إلى الملك: إما السوم أو التجارة ، والذهب والفضة معدان للنماء ، يمكن أن يصرفه فيما شاء ، ليحصل له الربح ، فصار كالمعدد بالنية .

٦٤١ - فَصْل: [زكاة الحلي]

وأما الحلي ، فقد قال أصحابنا: الزكاة فيه واجبة ، وقال الشافعي: كل حلي

= لم يسمع من معاذ ٩٣/٢ ؛ وقال الزيلعي: «هو حديث ضعيف» . نصب الراجحة ٣٦٧/٢ .
(١) أخرجه أبو داود كما قال ابن حجر في الدرية: «وعبد الرزاق وابن أبي شيبة بإسناد صحيح عن أبي عمر موقوفاً مثله» . ٢٥٧/١ .

معد للبس مباح ، أو لعارية طلب الثواب ، فلا زكاة فيه^(١) .

لنا: ما روي أن أم سلمة كانت تلبس أوضاحاً من ذهب ، فسألت نبي الله ﷺ: أكنز هو؟ قال: «إذا أديت زكاته فليس بكنز»^(٢) ، وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده: «أن امرأتين أتتا إلى النبي ﷺ وفي أيديهما سواران [ب/١٣٨] من ذهب ، فقال لهما: أتؤديان زكاته؟ فقالتا: لا ، فقال لهما: أتحبان أن يسوركما الله بسوارين من نار جهنم؟ ، قالتا: لا ، قال: فأديا زكاته»^(٣) .

ولأن كل عين لو لم تكن معدة للاستعمال ، وجبت^(٤) الزكاة فيها ، فإن الزكاة تجب فيها وإن كانت معدة للاستعمال كاللجام والأواني ، ولا يلزم العروض ؛ لأنها إذا لم تعد للاستعمال لا تجب الزكاة فيها حتى يبيعها بنية التجارة .

[ولأنها ملكت]^(٥) قدر النصاب من جنس الأثمان ، فوجبت فيه الزكاة كالآنية .



(١) وهو مذهب مالك وأحمد ، كما في رحمة الأمة ص ١٧٦ . انظر: مختصر المزني ص ٥٠ ؛ المهذب ٥٢١/٢ ؛ المجموع ٣٢/٦ .

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه ٥٤٧/١ ؛ والبيهقي في الكبرى ٨٣/٤ ؛ والدارقطني ١٠٥/٢ ؛ والطبراني في الكبير ٢٨١/٢٣ .

(٣) أخرجه الترمذي (٦٣٧) وقال «.. والمثنى بن الصباح وابن لهيعة يضعفان في الحديث» ؛ والدارقطني ١١٢/٢ ؛ وعبد الرزاق ٨٥/٤ ؛ والبيهقي في معرفة السنن ٢٩٦/٣ . انظر: التلخيص الحبير ١٧٥/٢ .

(٤) في أ (لا تجب) .

(٥) في ب (ولأنه هلك) ، والمثبت من أ .

٦٤٢ . فُصِّلَ : [تكملة النصاب بضم أحد الصنفين إلى الآخر]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: فإذا اجتمع الصنفان جميعاً، ضُمَّ بعضهما إلى بعض، وإنما يعني بذلك: إذا كان كل واحد منهما أقل من نصاب، كَمَلَّ نصاب أحدهما بالآخر.

وقال الشافعي: يعتبر لكل واحد منهما نصاب بانفراده.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾ ، ولم يفصل بين من ملك نصاباً أو نصابين؛ ولأن كل عينين إذا بيع إحداهما بالآخرى، يعتبر فيهما التقابض في المجلس، جاز أن يضم إحداهما إلى الأخرى في إيجاب الزكاة، كالسود والبيض؛ ولأن نصاب أحدهما يكمل بما يكمل به نصاب الآخر؛ بدلالة أن من ملك أقل من عشرين مثقالاً، وأقل من مائتي درهم، وعنده عَرَضَ اشتراه بعَرَضَ، ونقد البلد في الدنانير والدراهم سواء: فإن شاء كمل به نصاب الذهب، وإن شاء كمل به نصاب الفضة، وإذا كمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر، فصار كالنوعين من جنس واحد.

٦٤٣ . فُصِّلَ : [كيفية ضم بعض النصاب إلى البعض الآخر]

وأما كيفية الضمِّ، فقال أبو حنيفة: يُقَوِّمُ أحدهما ويضمه إلى الآخر، وقال محمد وأبو يوسف: لا تجب الزكاة في الأثمان بقيمة أبداً، وإنما يضم بالأجزاء، فإذا كان معه نصف أحد النصابين ونصف الآخر، وجبت الزكاة.

ويتعين الخلاف بينهم: فيمن له مائة درهم، وخمسة دنانير قيمتها مائة درهم، فقال أبو حنيفة: تجب فيها الزكاة، وقالوا: هذا معه نصف نصاب، وربع



نصاب ، فذلك ثلاثة أرباع نصاب ، فلا زكاة عليه .

وجه قوله: أن كل مائتين وجب ضمُّ أحدهما إلى الآخر في أداء الزكاة ، ضمَّ بالقيمة كالعروض .

وجه قولهما: أن الزكاة تتعلق بأعيان الأثمان دون قيمتها ؛ بدلالة أن من له إبريق وزنه مائة وخمسون درهماً ، وقيمته مائتان ، فلا زكاة [عليه فيه] مع كمال القيمة لنقصان الوزن .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأننا لا نعتبر القيمة للإيجاب ، وإنما نعتبرها للضمِّ ، فإذا انفرد أحد الجنسين فلا ضم ، فلا تعتبر القيمة [بخلاف الجنسين] .

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما ، وهو قوله الأول . والله أعلم^(١) .



(١) انظر: الأصل ١٤٤/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٠٥/٢ وما بعدها؛ القدوري

[١٩] بَابُ زكاة أموال التجارة

—•••••—

[قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى]: قال أصحابنا: عروض التجارة تجب فيها الزكاة، وقال مالك: إذا نضت^(١)، زكَّاهَا لحول واحد، وقال نفاة القياس: لا زكاة فيها^(٢).

لنا: ما روي في حديث جابر بن سمرة: «أن النبي ﷺ كان يأمرنا بإخراج الزكاة من [الرقيق]^(٣) الذي يعد للبيع»، وفي حديث أبي ذر: أن النبي ﷺ قال: «في البزِّ صدقة»^(٤)، قاله بالزاي، وفي الحديث المعروف: أن النبي ﷺ قال: «ألا لا ألفين أحدكم يوم القيامة يأتي وعلى عنقه نسع من آدم، فيقول: يا محمد، يا محمد، فأقول: لا أغني عنك من الله شيئاً، ألا قد بلغت»^(٥)، وهذا قاله في مانعي الزكاة، وروي في حديث عمر أنه قال لحماس: «أدُّ زكاة مالك، فقال: إن

(١) والناض: إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً. مختار الصحاح (نض).

ووضَّح ذلك ابن الجلاب بقوله: «والزكاة واجبة في عروض التجارة، مدارة كانت أو غير مدارة [والمدارة: هي العروض التي لا تستقر عند المدير، فيبيعها بما وجد من الربح]، فالمدارة تزكى كل عام، وغير المدارة تزكى بعد البيع لعام واحد». التفريع ٢٨٠/١.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ص ٥٩٥ (الأفكار الدولية).

(٣) في الأصل (الدقيق) والمثبت من نص الطبراني في المعجم الكبير ٢٥٣/٧ وقال الهيثمي «في إسناده ضعيف».

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه كما قال الزيلعي في نصب الراية، وفي السند من هو ضعيف. نصب الراية ٣٧٦/٢.

(٥) أصل الحديث أخرجه البخاري (٢٩٠٨)؛ ومسلم (١٨٣١).

مالي الجعاب والأدم، فقال: أدّ زكاتها»^(١)؛ ولأنه مال يطلب نماءه لا من بدل منافعه كالسوائم.

وعلى مالك: أن ما وجبت زكاته لحول واحد، وجبت زكاته لكل حول كالسوائم والدرهم^(٢).

٦٤٤ - فَصْل: [إخراج زكاة العروض]

وقد قال أصحابنا: إن زكاة العروض في عينها، وقال الشافعي: في قيمتها^(٣).

لنا: قوله ﷺ: «وفي البزّ صدقة»؛ ولأنها عين، فلا تجب الزكاة في قيمتها كسائر الأعيان، ولأنها نوع زكاة، فلا يتعين إخراجها من جنس النصاب، كخمس من الإبل.

٦٤٥ - فَصْل: [الزكاة فيما سوى الأثمان]

وقد قال أصحابنا: إن ما سوى الأثمان من الأموال لا تجب فيها الزكاة، حتى ينضم إلى الملك طلب النماء بالتجارة، أو السوم فيما يسام، ولا تعمل النية في ذلك، حتى ينضم إليها الفعل بالبيع والشراء فيما أريد به التجارة، أو السوم فيما يسام؛ وذلك لأن حقوق الله تعالى تتعلق بالمال النامي، وهذه الأموال قد

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٤٧/٤؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٤٠٦/٢؛ عبد الرزاق ٩٦/٤. وهو في قول مالك: قال ابن الجلاب موضحاً ذلك: «والزكاة في عروض التجارة مدارة كانت أو غير مدارة، فالمدارة تزكى كل عام، وغير المدارة تزكى بعد البيع لعام واحد» التفريع ٢٨٠/١.

(٢) انظر: فتح القدير ٢١٨/٢.

(٣) انظر: المنهاج ص ١٧٠.

[ترصد] ^(١) للنماء ولغيره، فما لم يقصد به النماء، لا تجب فيه الزكاة.

وإنما لم تكف النية؛ لأن التجارة والسوم عمل، والعمل لا يكون عملاً بمجرد النية، فما لم يوجد التصرف بالبيع، والشراء، والرعي، لم تجب الزكاة.

٦٤٦. فصل: [نصاب عروض التجارة]

قال أبو الحسن عليه السلام: وما كان من أموال التجارة كائناً ما كان: عقاراً أو عرضاً، أو شيئاً مما يكال أو يوزن، وسائر أصناف الأموال، ففيه الزكاة: ربع العشر، إذا بلغت قيمته مائتي درهم، أو عشرين مثقالاً من الذهب، وحال عليه الحول.

أما وجوب الزكاة في العروض، فقد قدمناه، واختلاف أنواعها واتفاقها سواء؛ لأن المعتبر [١٣٩/ب] فيها الغنى بقيمتها، وإنما جعل نصابها من قيمتها؛ لأنه لا نصاب لها في نفسها، والمقصود منها ليس هو أعيانها، وإنما هو التمول بمعانيها، فجعل نصابها من مقصودها، وهو القيمة.

وأما اعتبار حول الحول؛ فلقوله عليه السلام: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» ^(٢)، وأما ضمُّ بعضها إلى بعض؛ فلأن المعتبر القيمة، وهي متفقة.

وقد قال أصحابنا: وإنما يعتبر فيها كمال تمام النصاب في أول الحول وآخره، ولا يعتبر بنقصانه فيما بين ذلك، وقال الشافعي: يعتبر كمال قيمتها في آخر الحول دون أوله ^(٣).

(١) في ب (يقصد)، والمثبت من أ.

(٢) أخرجه أبو داود بلفظ: (وليس في مال زكاة...) (١٥٧٣) من حديث علي عليه السلام؛ وبلغه ابن ماجه (١٧٩٢) من حديث عائشة عليها السلام؛ والبيهقي في الكبرى ٩٥/٤؛ والدارقطني ٩٠/٢ وغيرهم.

(٣) انظر: المنهاج ص ١٧٠.

لنا: أن كل حالة اعتبر فيها كمال نصاب من السائمة ، اعتبر فيها كمال نصاب العروض كآخر الحول ؛ ولأنه حول ، فلا ينعقد على ما دون النصاب كالماشية .

٦٤٧ - فَصْل : [إخراج العين أو القيمة]

وأما قول أبي الحسن: إذا بلغت قيمته ما تبين ، أخرج ربع عشره ، فقد قال أصحابنا: إنه يخيّر في العروض: بين إخراج جزء منها ، وبين إخراج قيمة ربع عشرها ، وهذا فرع على جواز إخراج القيم في الزكاة [عندنا] ، وهذه المسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى ؛ ولأن كل عين وجبت الزكاة لأجلها ، جاز إخراج زكاتها منها كالسوائم .

٦٤٨ - فَصْل :

وقد قال أبو حنيفة: إن المالك يخيّر عند حلول الحول: بين إخراج ربع عشر العين ، وبين إخراج ربع عشر القيمة ، وقال أبو يوسف ومحمد: الواجب بالحول ربع عشر العين ، وإنما ينقل إلى القيمة عند الأداء .

ويتعين الخلاف بينهم: فيمن له مائتا قفيز حنطة^(١) ، تساوي مائتي درهم ، حال عليها الحول ، وهي كذلك ، فلم تؤدّ زكاتها حتى نقص السعر ، فصارت قيمتها مائة درهم .

وقال أبو حنيفة: إن أخرج من العين ، أخرج خمسة أقفزة ، وإن أخرج من

(١) القفيز كما ذكر ابن الأثير وابن منظور: يسع ثمانية مكايك ، والمكوك - مكيال يختلف مقداره باختلاف البلاد - وقدره الأزهرى بأنه: صاع ونصف ، وعليه فالمكوك (٢٠٤ × ١٠٥ = ٣٠٦) كيلو غرام ، فالقفيز يساوي (٣٠٦ × ٨ = ٢٤٤٨٠) كيلو غرام . انظر: النهية ؛ لسان العرب (كرر؛ ردب) .



القيمة ، أخرج خمسة دراهم ، وقالوا: إن أخرج من القيمة ، أخرج درهمين ونصف درهم .

وجه قوله: إن زكاة الأموال متعلقة بأعيانها ، وقد دلت الدلالة على جواز إخراج قيمتها ، فكأنه قيل له عند الحول: إما أن تخرج ربع عشر العين أو قيمتها ، فيجب عليه بالحول أحد الأمرين بغير عينه ، فإذا اختاره تعين عليه على الوجه الذي كان عند الحول ، ونقصان القيمة بعد ذلك لا يؤثر .

وجه قولهما: أن الزكاة تتعلق بالأعيان ، والقيمة بدل عنها ، تنتقل إليها باختيار المالك ، فوجب اعتباره عند الانتقال ، كسائر الأبدال .

٦٤٩ - فَصْل: [الزكاة في آلات الصُّنَاع ونحوها]

وإذا ثبت بما قدمناه من وجوب الزكاة في العروض: فقد قال أصحابنا: إن الأجراء الذين يعملون للناس بأعيان من عندهم ، كالصَّبَاغِين والقَصَّارِين إذا ابتاعوا تلك الأعيان [١/١٤٠] ليعملوا بها ، فحال عليها الحول عندهم ، فهي على وجهين: كل عين يبقى لها في المعمول أثر كالعصفر والزعفران ، والسَّمْن الذي يدبغ به الجلد والشحم ، فإن في ذلك الزكاة ؛ لأن ما يأخذونه من الأجر في حكم العوض عن هذه الأعيان ، ألا ترى أنهم يسلمونها إلى المستأجر ، فصارت كأموال التجارة .

وأما ما لا يبقى له أثر في المعمول فيه مثل الصابون والأشنان ، [والحطب للتنور والملح] ، فلا زكاة فيه ؛ لأن العين ت تلف ، فلا يكون العوض مأخوذاً عنها ، فلا تجب الزكاة فيها .

وأما آلات الصُّنَاع التي يعملون بها ظروف أمتعة التجار ، كبراني العطار



التي لا تباع مع المتاع ، فلا زكاة فيها ؛ لأنها لم تعد للتقلب والتصرف .

وقالوا: في نخاس الدواب إذا ابتاع المقاوود والجلال [فقد قال أصحابنا]:
فإن كان يبيعه مع الدواب ففيها الزكاة ؛ لأنها [ترصد] للنماء ، وإن كان لا يبيعه
وإنما يحفظ بها الدواب ، فلا زكاة فيها كآلة الصنّاع .

٦٥٠ . فَصْل : [منع الزكاة لسبب الدّين]

قال أبو الحسن: فإن كان عليه دّين عزل قدر الدّين ، وأدّى زكاة ما بقي ،
وهذا كما قلنا: أن الدين يمنع الزكاة عندنا بقدره ، وقال الشافعي: لا يمنع^(١) .

لنا: أن الزكاة حق لله تعالى لا يتعلق بمال المكاتبِ ، [فلا يتعلق بمال قنّ
عليه دّين مستغرق كالأضحية ؛ ولأن الصدقة تحل له مع ثبوت يده على ماله ، فلا
يجب عليه ، كالمكاتب] ؛ ولأن الدين يوجب نقصان الملك ؛ بدلالة أن الغريم له
أن يأخذ المال [منه] ، ويملكه من غير رضاً ولا قضاء ، وهذا يدل على عدم
الملك ، فأولى أن يدل على نقصانه ، ولا يلزم الأب [أن] يأخذ من مال ابنه
بنفقته ؛ لأنه لا يملكها .

ولا يلزم الواهب أن يرجع في الهبة ؛ لأنه لا يملكها إلا برضاً أو قضاء ،
ولا يلزم الحربي يغلب [على أمواله ، أو هو] على أموالنا ؛ لأن ذلك لا يجوز ،
ولا يلزم عليه أخذنا لأموال الحربي ؛ لأن جواز ذلك أوجب عندنا نقصان ملكه ،
ونقصان الملك يمنع وجوب الزكاة ، كمال المكاتب .



(١) انظر: المزني ص ٥٢ .

٦٥١ - فَصَّلَ: [الدَّيْنُ الَّذِي يَسْقُطُ الزَّكَاةُ]

قال أبو الحسن: وهذا إذا كان الدَّيْنُ مما يثبت للناس المطالبة به، وبه يأخذ الحكام والأئمة، وما كان غير ذلك من العبادات: مثل الكفارات، والندور، والحج، ونحو ذلك، فليس يسقط وجوب الزكاة، ولا يعزل من المال بقدره.

وهذا صحيح؛ لأن كَلَّ دَيْنٍ يثبت للآدمي المطالبة به، فإنه يمنع من وجوب الزكاة؛ لأنه يؤثر في نقصان الملك، وما كان من حقوق الله تعالى التي لا يطالب بها الآدمي، فإنها لا تمنع؛ لأنها عبادة لا يطالب بها الآدمي كالصلاة.

وقد قال أصحابنا: إن النفقة ما لم يقض بها، فإنها لا تمنع الزكاة؛ لأنها ليست في حكم الدين [١٤٠/ب]، فإذا قضى بها [القاضي] منعت [الزكاة].

وقالوا: فيمن ضمن دركاً في بيع، فاستحق المبيع بعد الحول: لم تسقط الزكاة؛ لأن الدَّيْنُ إنما وجب عليه عند الاستحقاق، ولم يجب بالضمان.

٦٥٢ - فَصَّلَ: [الزَّكَاةُ تَمْنَعُ الزَّكَاةُ]

فأما الزكاة، فإن وجوبها يمنع الزكاة عند أبي حنيفة ومحمد في الأموال الظاهرة والباطنة، سواء كانت الزكاة في العين أو في الذمة.

وقال زفر: الزكاة لا تمنع الزكاة، وقال أبو يوسف: إذا كانت الزكاة في العين، منعت [الزكاة] استحساناً، وإن كانت في الذمة مثل من وجبت الزكاة في ماله فاستهلكه، ثم ملك مالاً آخر، فإن وجوب الزكاة في ذمته لا يمنع وجوب الزكاة في هذا المال.

وقد روي أن أبا يوسف قيل له: ما حجتك على زفر؟ فقال: أي حجة لي على من قال: يجب في مائتي درهم أربعمائة درهم.

وهذا صحيح؛ لأن الزكاة إذا لم تمنع الزكاة، وجب في المال أكثر منه، وهذا قبيح.

أما الأموال الظاهرة، فلا شبهة فيها؛ لأن الإمام يطالب بزكاتها، والحقوق التي يطالب بها الأدمي تمنع الزكاة كالدين.

فأما الباطنة فحق الأئمة متعلق فيها، ألا ترى أن رسول الله ﷺ، وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما طالبوا بها، وطالب بها عثمان رضي الله عنه، ثم قال: «من كان عليه دين فليؤده، وليزك ما بقي له من ماله»^(١)، وهذا توكيل [منه] لأرباب الأموال، ألا ترى أن الإمام يملك أن يستنيب في حقوق المسلمين، ولا يملك إسقاطها.

ولا يجوز أن يقال: لو كان كذلك، لجاز لمن بعده المطالبة بها؛ لأن عثمان إنما وکل بالمطالبة لما كثرت الأموال، وعلم أن في تتبعها مشقة على أربابها، وهذا المعنى موجود بعده؛ فلذلك لم يجز فسخ توكيله.

وقد كان أصحابنا يقولون: إذا اطّلع الإمام على ترك أهل بلد لإخراج زكاتهم، جاز أن يطالبهم، فإذا ثبت أن عثمان رضي الله عنه وکل أرباب الأموال، والتوكيل لا يسقط الحق، فحق المطالبة قائم، فصارت كالأموال الظاهرة.

وجه قول زفر: أنها عبادة، فوجوبها لا يمنع الزكاة كالنذور، والكفارات، والحج.

(١) ذكره الكاساني في البدائع ٧/٢، والرحيبياني في مطالب أولي النهى ١٨/٢ عن عثمان رضي الله عنه.

وجه قول أبي يوسف: أن القياس ما قال زفر، إلا أن الزكاة إذا كانت في العين، فجزؤ منها مستحق بها، فكان النصاب ناقصاً، وهذا المعنى لا يوجد فيما في الذمة، فبقي على أصل القياس، [فلا يمنع وجوب الزكاة].

٦٥٣ - فَصَّل: [هلاك المال كله في الحول]

قال: فإن هلك المال كله في الحول، ثم كسب في ذلك الحول مالاً، استأنف حولاً له إذا كان ما أفاد قدر النصاب؛ وذلك لأن المال إذا هلك انقطع الحول؛ لأن [١/١٤١] الحول لا يكون حولاً لنفسه، وإنما هو حول لغيره، فإذا لم يبق ما يكون حولاً له سقط.

وليس كذلك إذا هلك بعض النصاب؛ لأنه بقي ما يتعلق الحول به، فجاز أن يبني عليه.

٦٥٤ - فَصَّل: [ضمّ النقدين إلى العروض]

قال: والذهب والفضة يضم كل واحد منهما إلى العروض؛ وذلك لأن نصاب العروض من قيمتها، والقيمة من جنس الدراهم والدنانير، فيضم بعضها إلى بعض.

إلا أنهم اختلفوا في الضم، فقال أبو حنيفة: يجوز تقويم العروض وضمها، ويجوز تقويم الدراهم وضمها.

وقالا: لا تضم الدراهم بالقيمة، ولكن تُقَوَّم العروض، فإذا بلغت جزءاً من النصاب ضم الدراهم إليها بالأجزاء، وقد بيّنا ذلك.

٦٥٥ - فَصْل: [انقلاب الأموال في الحول]

قال: وإذا انقلبت الأموال في الحول، فبيع بعضها ببعض، فانقلبت إلى جنسها وغير جنسها، فالحول معتبر فيها بأولها، فإذا تم وجبت الزكاة، وهذا لا خلاف فيه في العروض؛ وذلك لأن المقصود منها قيمتها دون أعيانها، فاختلاف العين لا يؤثر.

فأما الدراهم والدنانير إذا باعها بجنسها، أو بغير جنسها، لم ينقطع حولها عندنا.

وقال الشافعي: ينقطع، ولا يجب في مال الصيارفة زكاة^(١).

لنا: أن المقصود منها التمول بها دون أعيانها، وذلك موجود في أبدالها، بصارت كالعروض.

وأما السائمة إذا باعها بجنسها، انقطع حولها عندنا، وقال زفر: لا ينقطع حولها.

لنا: أن المقصود من الحيوان عينه لا قيمته، فصار اختلاف الأعيان كاختلاف الأجناس.

وجه قول زفر: أنه نقلها إلى جنسها، فصار كالدرهم إذا باعها بدرهم.

٦٥٦ - فَصْل: [أثر تَغْيِيرِ النية في العروض]

قال: وما كان في يده من عروض قد ورثها، أو وَهَبَتْ له، أو ملكها ببيع

(١) انظر: مختصر المزني ص ٩٩؛ المنهاج ص ١٧٠.

وهو لا يريد بها التجارة في حال ابتياعه لها، ثم نوى بها التجارة، فإنها لا تكون للتجارة حتى يبيعها، فيكون إبدالها للتجارة.

وهذا على ما قدمناه: أن الأموال التي ليست بأثمان، لا يجب فيها الزكاة بالملك حتى ينضم إليها طلب النماء، وبيننا أن نية التجارة لا يتعلق بها حكم حتى ينضم إليها البيع.

فأما إذا كان المال للتجارة، ونوى [١٤١/ب] أن يجعله للقنية، خرج من التجارة بنفس النية؛ لأن ذلك ترك للعمل، والإنسان يصير تاركاً للشيء بالنية. فأما السائمة إذا نوى أن يجعلها معلوفة، أو عاملة، فإن كان يرعاها لم يتعلق بنيتها حكم؛ لأنه ليس بتارك للسوم، وإن ترك رعيها، فقد أخرجها من السوم، فسقطت عنه زكاتها.

٦٥٧ - فصول: [تقويم العروض بحولان الحول]

قال: وإذا كان حال الحول، فأراد أن يُقَوِّم العروض، قَوِّمها عند أبي حنيفة بأوفر القيمتين، وما هو أحظى^(١) للمساكين من الدراهم والدنانير.

وروى محمد عن أبي يوسف: أنه يُقَوِّمها على الثمن الذي اشتراها به، فإن لم يكن اشتراها بثمن، قَوِّمها على الأغلب^(٢) من النقد في المِصر الذي هو فيه.

وحكى ابن سماعه عن محمد: أنه يُقَوِّمها بغالب نقد البلد في مصره، وهو ما يتعارفونه من نقدهم إذا لم يشترطوا نقداً بعينه.

(١) في ب (أحوط) والمثبت من أ.

(٢) في أ (قَوِّمها على أغلب نقود المِصر الذي...).

وجه قول أبي حنيفة: أن المالك قد ملك النصاب، وانتفع به في طول الحول، فوجب اعتبار منفعة المساكين، فما كان أوفر لحقهم، فهو أولى؛ ولأن القيمة إذا بلغت بأحد المالين النصاب، ولم تبلغ بالآخر، قوّم بما يبلغ النصاب؛ لِمَا في ذلك من منفعة المساكين، فكذلك هذا.

وجه قول أبي يوسف: أن حكم البديل حكم المبدل عنه في الزكاة، فكان الثمن الذي اشتراه به في يده، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لو كان كذلك، لوجب اعتبار قدر الثمن، فلما لم يعتبر قدره، فكذلك جنسه.

وجه قول محمد: أن كل مال احتجنا تقويمه، قوّم بغالب نقد البلد كالمستهلك^(١).



(١) انظر: الأصل ٨٩/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٣٦/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٢٤.



بَابُ تصرف الرجل في ماله بعد الحول



قال رحمه الله تعالى: هذا الباب مبني على أصلنا في جواز بيع ما وجبت الزكاة فيه ، وقال الشافعي: لا يجوز بيع مقدار الزكاة ، وبيع ما عداه فيه قولان^(١).

لنا: أنه حق لله تعالى ، يجب لأجل المال ، فجاز بيع المال الذي وجب لأجله مع بقاء وجوبه كصدقة الفطر [في عبده] ؛ لأن كل عين جاز بيعها بعد إخراج زكاتها ، جاز قبل إخراج زكاتها ، كما قبل إمكان الأداء .

٦٥٨ - فَصَّلْ : [إخراج المالك ملكه بعد تمام الحول]

قال أبو الحسن: إذا حال الحول على مال لرجلٍ ، فوجبت فيه الزكاة ، فإن أخرجه مالكة عن ملكه بغير عوض ، أو بعوض لا يجب فيه الزكاة ، فهو ضامن لما وجبت فيه من الزكاة ، سواء بقي العوض في يده أو هلك ؛ وذلك لأنه إذا تصرف في ماله ، فهو على وجهين:

كل تصرف قطع به الحول ، ضمن به الزكاة . [١/١٤٢]

ومثاله ما ذكره ، وكذلك إذا باع السائمة بغير جنسها ؛ لأن حول المال الثاني لا يبتنى على حول المال الأول ، فقد^(٢) قطع الحول ، فضمن ؛ ولأنه إنما يتصرف

(١) انظر: مختصر المزني ص ٥٣ .

(٢) في أ (بعد انقطاع الحول ، فيضمن) .

في حقهم من طريق الحكم ، فإذا أسقط حقهم بتصرفه ضمنه ، كالوَصِيِّ إذا تصرف على وجه غير مأذون فيه .

فأما إذا تصرف تصرفاً لا يقطع الحول ، مثل أن يبيع العروض بالعروض ، أو بدراهم ، أو بدنانير ، فإنه لا يضمن (إذا هلك في يده من غير تعدي) ^(١) ؛ لأن حق الفقراء لم ينقطع بهذا التصرف ، فكان مأذوناً فيه ، فلم يضمن كالوَصِيِّ إذا باع على الوجه المأذون فيه .

٦٥٩ - فَصْل :

قال: وإن كان العوض عن ذلك غير مال ، مثل: أن يتزوج عليه ، أو يستأجر به ، أو يصالح [به] عن دم عمد ، أو تخلع به ، فالزكاة في ذلك مضمونة ، وهذا على ما بينا: أنه تصرفٌ يقطع به حكم الحول .

٦٦٠ - فَصْل : [الإخراج بعوض مع المحاباة]

قال: فإن كان أخرجه في عوض وحابى فيه ، فإنه إن كانت المحاباة مما يتغابن فيه الناس ، لم يضمن ، وإن كان حابى بما لا يتغابن فيه ، ضمن زكاة مقدار ما نقص ، ولم يضمن زكاة ما بقي ؛ وذلك لأنه يتصرف في حق الفقراء من طريق الحكم ، ألا ترى أنهم لم يأذنوا له في التصرف ، فصار كالأب ، والوَصِيِّ ، والحاكم ، إذا حطوا ما يتغابن في مثله ، جاز ، وإن حطوا أكثر ^(٢) من ذلك لم يجز ، وما لا يجوز تصرف الوصي فيه ، يضمه رب المال .

(١) ساقطة من أ .

(٢) في أ (ما لا يتغابن) .

٦٦١ - فَصْل :

وقد قال أصحابنا في عبد التجارة: إذا قتله عبد خطأ، فدفع به: إن الثاني^(١) للتجارة؛ لأنه عوض عن الأول، فهو كالعوض بالبيع.

ولو قتله عمداً فصالح المولى عن الدم على عبده، أو غيره، فليس للتجارة؛ لأنه ليس بعوض عن المقتول، وإنما هو عوض عن القصاص، وذلك ليس بمال.

وقالوا: فيمن اشترى عصيراً للتجارة، فصار خمراً، ثم صار خلاً، فإنه للتجارة؛ لأنه لم يحدث [فيها] ما يخرجها عن حكم التجارة، وإنما تَعَدَّرَ بيعها، ثم زال التعذر، وكذلك قالوا في الشاة إذا ماتت فديغ جلودها: إن الجلد للتجارة لما ذكرنا.



(١) في أ (الباقى).

بَابُ زكاة الفائدة



قال أبو الحسن: وما استفاد الرجل من ماله وعنده نصاب في أول الحول، ضَمَّه إليه وزكاه إذا حال الحول منذ ملك النصاب الأول، وكذلك إذا هلك بعض النصاب وبقي بعضه [١٤٢/ب] قبل الحول، ثم استفاد تمام النصاب أو أكثر من ذلك، فإنه يزكِّي ما حال عليه الحول وهو في يده، وهذا في كل ما يحتاج إلى حول الحول، مثل أموال التجارة، وأولاد السائمة، وثمر نخل التجارة، ولا يحتاج في ذلك إلى أن يحول على النماء الحول.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أن كل زيادة لو كانت موجودة في أول الحول، لضمَّها إلى ماله، فإذا حدثت في أثناء الحول، جاز أن يضمها إليه. وقال الشافعي في أولاد السائمة: إنها تُضمُّ، وكذلك الربح قبل التمييز، وما سوى ذلك من الفوائد لا تضم^(١).

لنا: أن كل زيادة لو حدثت في ابتداء الحول ضَمَّها إليه، فإذا وجدت في أثناءه جاز أن يضمها إليه، ويزكِّيها [معه] كالسخال، ولا يلزم ثمن الإبل المزكِّي؛ فلأنه يجوز أن يضمه إذا أعلفها قبل بيعها؛ ولأنه حق لله تعالى لا يعتبر في وجوبه النصاب، فلا يعتبر [فيه] الحول [كالحمير]^(٢) والزكاة في السخال.

(١) انظر: المنهاج ص ١٦٣.

(٢) في ب (الخمس)، والمثبت من أ.

٦٦٢ - فَصْل: [البدل والمبدل في الزكاة]

وأما ثمن الإبل فقال أبو حنيفة: إذا كان للرجل خمس من الإبل سائمة، ومائتا درهم، فسبق حول السائمة، فزكاها ثم باعها بدراهم، استأنف لها حولاً ولم يضم ثمنها إلى الدراهم، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمها.

واتفقوا في عبد الخدمة إذا أدى [صدقة] فطرته ثم باعه، أنه يضم ثمنه. وكذلك إذا أخرجت أرضه طعاماً فأدى عشره ثم باعه، أنه يضم ثمنه.

وجه قول أبي حنيفة: أن حكم البدل والمبدل في الزكاة سواء؛ بدلالة اتفاق شرائطهما في وجوب الزكاة من الحول والنصاب، وتأثير الدين [فيها]، فلو ضم الثمن [في السوائم]، لزكى مالاً واحداً لحول واحد في حق مكلف واحد مرتين، وهذا لا يصح.

(وليس كذلك زكاة الفطر وعشر الطعام؛ لأنه لا توافق زكاة البدل المبدل في شرائطه)^(١)، فلم يكونا كالمال الواحد؛ فلذلك جاز الضم.

وجه قولهما: أنه مستفاد في الحول على نصاب من جنسه، كما لو وهب له أو ورثه، [وكالمسألين].

٦٦٣ - فَصْل: [نقصان النصاب أثناء الحول]

وأما قوله: إن بعض النصاب إذا هلك واستفاد تمام النصاب، أكمل به النصاب.

(١) في أ (وليس كذلك المسألان؛ لأن زكاتها).

فهذا على أصلنا: أن نقصان النصاب في خلال الحول لا يقطع حكم الحول، فصار المستفاد مع نقصان النصاب كالمستفاد مع كماله، والكلام في هذه المسألة يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقال زفر: نقصان النصاب يقطع حكم الحول، وبه قال الشافعي^(١).

لنا: [١/١٤٣] أنه مال من أموال الزكاة فنقصان نصابه في خلال الحول لا يقطع حكم الحول، أصله: العروض؛ ولأن كل حالة كان نقصان [قيمة] العروض عن النصاب^(٢) لا يقطع حكم الحول، فإن نقصان نصاب السائمة لا يقطع حكمه أيضاً كما بعد الحول.

وجه قول زفر: لو هلك المال كله، سقط حكم الحول، فإذا نقص عن النصاب في تلك الحال، سقط حكم الحول أيضاً، أصله: طرفا الحول.

٦٦٤ - فَصْل: [الزكاة في الحَمَل]

قال: وما كان من سائمة حال عليها الحول وهي حوامل، لم يعتد بحملها، ولم تجب الزكاة فيه؛ وذلك لأن الحمل يجوز أن يكون حياً، ويجوز أن يكون ميتاً؛ ولأنه قبل الانفصال صفة لأمه، فلا تجب فيه الزكاة كسائر صفاتها^(٣)^(٤).



(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤٢٩/١؛ المجموع ١٩/٦.

(٢) في أ (كل حالة كان نقصان قيمة العروض).

(٣) في أ (أعضائها).

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٠٩/٢؛ القدوري ص ١٢١.

٢٠١ | بَابُ زكاة السائمة من الإبل

—•••••—

[قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى]: الأصل في وجوب الزكاة في الإبل: قوله ﷺ: «لا ألفين أحدكم يوم القيامة يأتي وعلى عاتقه بعير له رغاء، فيقول: يا محمد، يا محمد، فأقول: لا أغني عنك من الله شيئاً، ألا قد بلغت»^(١).

فإذا ثبت وجوب الزكاة فيها، قال أصحابنا: ليس فيما دون الخمس من الإبل زكاة، فإذا كانت خمساً سائمة: ففيها شاة، وفي العشر: شاتان، وفي خمس عشرة: ثلاث شياه، وفي عشرين: أربع شياه، إلى أربع وعشرين.

فإذا بلغت خمساً وعشرين: ففيها بنت مخاض - وهي التي تمت لها سنة وطعنت في الثانية، وإنها سميت ابنة مخاض؛ لأن أمها حملت بعدها، فهي ماخض - إلى خمس وثلاثين.

فإذا كانت ستاً وثلاثين: ففيها بنت لبون - وهي التي تمت لها سنتان وطعنت في الثالثة، وإنما سميت ابنة لبون؛ لأن أمها حملت بعدها وولدت، فهي ذات لبن - إلى خمس وأربعين.

فإذا كانت ستاً وأربعين: ففيها حقة - وهي التي تمت لها ثلاث سنين

(١) أخرجه السدوسي في مسند عمر بن الخطاب (مطولاً) بلفظ (فلا أعرفن) ٨٥/١؛ «ورواه أبو يعلى في الكبير، والبزار،...، ورجال الجميع ثقات» كما في مجمع الزوائد ٨٥/٣؛ انظر: تخريج الأحاديث والآثار للزيلعي ٢٤١/١.

وطعنت في الرابعة، وإنما سميت حِقَّةً؛ لأنها استحقت الضراب، وقيل: استحقت أن يحمل عليها - إلى ستين .

فإذا كانت إحدى وستين: ففيها جَدَعَةٌ - وهي التي تمت لها أربع سنين وطعنت في الخامسة، ولا اشتقاق لاسمها، وهي أقصى سن تجب في الزكاة، وبعدها أسنان لم يذكرها الفقهاء؛ لأنه لا مدخل لها في الزكوات - إلى خمس وسبعين .

فإذا كانت ستًّا وسبعين: ففيها ابنتا لبون، إلى تسعين، فإذا بلغت إحدى وتسعين: ففيها حِقَّتَانِ، إلى مائة وعشرين .

والأصل في ذلك: ما روي في كتاب كتبه رسول الله ﷺ لأبي بكر رضي الله عنه، وكتبه أبو بكر لأنس، وفيه: «في أربع وعشرين وما دونها [من الإبل]: [١٤٣/ب] الغنم، في كل خمس ذود شاة، فإذا كانت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين: ففيها بنت مخاض، فإذا كانت ستًّا وثلاثين إلى خمس وأربعين: ففيها بنت لبون، فإذا كانت ستًّا وأربعين إلى ستين: ففيها حقة، فإذا كانت إحدى وستين إلى خمس وسبعين: ففيها جدعة، فإذا كانت ستًّا وسبعين إلى تسعين: ففيها بنتا لبون، فإذا كانت إحدى وتسعين إلى مائة وعشرين: ففيها حقتان، فإذا زادت على مائة وعشرين، ففي كل خمسين: حقة، وفي كل أربعين: بنت لبون»^(١).

وهذه الجملة لا خلاف فيها، إلا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «في كل خمس وعشرين: خمس شياه، وفي ست وعشرين: بنت مخاض»^(٢).

(١) أخرجه أبو داود (١٥٦٧)؛ والنسائي في الكبرى (٢٢٢٧)؛ والبيهقي في الكبرى ٤/٨٦؛ وأبو بكر في مسنده ١/١٣٥ .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٤/٩٣؛ والدارقطني ٢/١١٢؛ وابن أبي شيبة ٢/٣٥٩؛ وعبد الرزاق ٤/٥٠ .

والدليل على فساد ذلك: ما روي في حديث أبي بكر الذي قدمنا، وما روي في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لآل عمرو في كتاب عمرو بن حزم؛ ولأن ما قاله يخالف أصول الزكاة؛ ولأنه يؤدي إلى الانتقال من فرض إلى فرض من غير وقص، وقد حكى عن الثوري أنه قال: «عَلِيٌّ أَفْقَهُ مِنْ أَنْ يَقُولَ هَذَا، إِنَّمَا هُوَ غَلَطَ الرِّجَالُ»، يريد بذلك: أن الراوي يجوز أن يكون سمعه يقول: في ستة وعشرين: بنت مخاض، وفي خمس وعشرين: خمس من الغنم، قيمة ابنة مخاض، فجمع بينهما.

واختلفوا في الزيادة على مائة وعشرين، فقال أصحابنا: تستأنف الفريضة، فيكون في خمس: شاة، وفي عشر: شاتان، وفي خمس عشرة: ثلاث شياه، وفي عشرين: أربع شياه، فإذا بلغت مائة وخمس وأربعين: ففيها حقتان وبنت مخاض، إلى مائة وخمسين فيكون فيها: ثلاث حقاق.

ثم تستأنف الفريضة، هكذا في كل خمس: شاة، فإذا بلغت مائة وخمسة وسبعين: ففيها ثلاث حقاق وبنت مخاض، فإذا بلغت مائة وستة وثمانين: ففيها ثلاث حقاق وبنت لبون، إلى مائة وست^(١) وتسعين: فيجب فيها أربع حقاق، إلى مائتين.

ثم تستأنف الفريضة أبداً، في كل خمس مثل ما استأنف في مائة وخمسين إلى مائتين^(٢).

وقال مالك: إذا زادت الإبل على مائة وعشرين واحدة، فالمصدق بالخيار:

(١) في أ (إلى تسعين).

(٢) انظر: كتاب الآثار ص ٦٤.

إن شاء أخذ منها ثلاث بنات لبون، (وإن شاء تركها حتى يبلغ مائة وثلاثين،
ويأخذ منها بنتي لبون)^(١) وحققة .

وقال الشافعي: إذا زادت على مائة وعشرين واحدة: ففيها [١/١٤٤] ثلاث
بنات لبون^(٢) .

لنا: ما روي في حديث عمرو بن حزم: أن النبي ﷺ قال: «فما زاد على
المائة والعشرين، فإذا كان أكثر من ذلك، ففي كل خمس شاة»؛ ولأنه روي
استئناف الفريضة: عن عليّ، وابن مسعود، وذلك لا يعلم إلا بالتوقيف؛ ولأن
عليّاً رضي الله عنه قال: «ما عندنا شيء نقرأه إلا كتاب الله تعالى وهذه الصحيفة، فيها
أسنان الإبل، أخذتها من رسول الله ﷺ^(٣)، ولا يجوز أن نخالفها»، فدلّ على
أن مذهبه مأخوذ منها، وقد روي أنه أنفذ بها إلى عثمان، فقال له: «مر ساعاتك
فليعملوا بها»، فقال: «لا حاجة لنا فيها، معنا مثلها وما هو خير منها»، فدلّ على
أنه وافق عليها [عليّاً]؛ ولأن ما وجب في الخمسين الأولى، جاز أن يعود بعد
المائة والعشرين فرضاً بنفسه كبنات اللبون والحقاق، وهذه العلة تدلّ على جواز
عود الغنم وبنات المخاض^(٤) .



(١) ساقطة من أ.

(٢) انظر: انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤١٢/١؛ المدونة ٣٠٧/١؛ المزني ص ٤٠؛ رحمة الأمة
ص ١٦٥ .

(٣) أخرج البخاري الجزء الأول منه (١٧٧١) ومسلم نحو النص (١٣٧٠)؛ وأبو نعيم في المسند
المستخرج على صحيح مسلم (٣١٧٣) .

(٤) انظر: الأصل ٥٢/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٢٩/٢ وما بعدها القدوري ص ١١٦ .

[٢١] بَابُ صدقة البقر

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب صدقة البقر: ما روي أن النبي ﷺ قال في مانعي الزكاة: «لا ألفين أحكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه بقرة لها خوار، فيقول: يا محمد، يا محمد، فأقول: لا أغني عنك من الله شيئاً، ألا قد بلغت»^(١).

فإذا ثبت وجوب الزكاة فيها: فليس في أقل من ثلاثين منها صدقة، فإذا كانت ثلاثين سائمة: ففيها تبيع أو تبعة: وهو الحولي الذي تم له حول وطعن في الثاني، إلى تسع وثلاثين.

فإذا كانت أربعين: ففيها مُسِنَّة: وهي التي طعنت في السنة الثالثة.

والأصل في هذا: ما روي أن النبي ﷺ قال لمعاذ حين وجَّهه إلى اليمن: «خذ من كل ثلاثين من البقر تبيعاً أو تبعة، ومن كل أربعين مُسِنَّة»^(٢).

واختلفت الرواية فيما زاد على الأربعين، قال في الأصل عن أبي حنيفة: فيها بحساب ما مضى في الواحدة: رُبْعُ عَشْرَ مُسِنَّة، وفي الاثنين: نِصْفُ عَشْرَ

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ٢٧٨/١؛ والترمذي (٦٢٢)؛ والنسائي في الكبرى (٢٢٣٢)؛ وابن ماجه (١٨٠٤)؛ والبيهقي في الكبرى ١٩٤/٩؛ وأحمد في المسند ٢٣٠/٥؛ انظر: نصب الراية ٣٤٣/٢؛ الدراية ٢٥١/١.



مسنة ، وفي الثلاث: ثلاثة أرباع عشر مسنة ، وفي الأربع: عشر مسنة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين ، فيكون فيها مسنة ورُبُع .

وروى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة: أنه لا شيء في الزيادة حتى يبلغ [ستين]^(١) فيكون فيها تبيعان أو تبيعتان ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد^(٢) .

وجه رواية الأصل: [١٤٤/ب] أن الحيوان أحد نوعي المال ، فجاز أن يكون فيه ما تجب زكاته بالكسر ابتداءً كالأثمان ؛ ولأنه حيوان يجزئ في الهدايا عن سبعة ، فوجب أن يكون ما بين الأربعين والستين منه ما تجب به زيادة الزكاة كالإبل .

وجه رواية الحسن: أنه وقص مرتب على نصاب البقر ، فلا يزيد على تسعة ، أصله ما بعد الستين ؛ ولأنها زيادة لو استفادها في أثناء الحول ، وجبت فيها الزكاة ، فإذا ملكها في ابتداءه ، وجبت فيها الزكاة كالعشرين .

وجه رواية أسد: ما روي أن معاذاً سئل عما بين الأربعين والستين ، فقال: «تلك أوقاص لا شيء فيها»^(٣) ؛ ولأن الزكاة في الحيوان لا تجب ابتداءً بالكسر ، أصله بالكسر سائر الأنصبة .

وأما ما زاد على الستين فيتغير الفرض يعتبر فيه عشر أبداً بلا خلاف ، فيتغير

(١) في الأصل (سبعين) والمثبت من كتاب الآثار ص ٦٥ .

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤١٣/١ ؛ المزني ص ٤١ .

(٣) أورده السمرقندي في تحفة الفقهاء ٢٨٤/١ ؛ والحديث في مسند أحمد (لم يأمرني رسول الله ﷺ في أوقص البقر شيئاً) ، «ورجاله رجال الثقات» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٧٣/٣ .

من تبيع إلى مسنة ، ومن مسنة إلى تبيع ، فيكون في السبعين : مُسنة وتبيع ، وفي الثمانين : مُسْتَتان ، وفي التسعين : ثلاثة أتبعة ، وفي المائة : تبيعان ومسنة ، وفي مائة وعشر : مستتان ، وفي مائة وعشرين : ثلاث مسنات أو أربع أتبعة ، وعلى هذا أبداً .

٦٦٥ - فَصْل : [زكاة البقر العوامل]

وليس في البقر العوامل صدقة ، وهذا كما قال : لا تجب في المعلوفات من الحيوان ولا العوامل صدقة ، وقال مالك : تجب فيها الزكاة^(١) .

لنا : قوله ﷺ : « في أربعين شاة سائمة : شاة »^(٢) .

والأصل : أن لا وجوب ، فإذا أوجب ﷺ في السائمة ، بقي ما سواه على أصله ، وروى في حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « ليس في البقر العوامل صدقة »^(٣) .

وروي أن النبي ﷺ قال : « إن الله تجاوز لأمتي عن ثلاث : عن الجبَّهة ، والنُّخَّة ، والكُسْعَة »^(٤) ، قال عبد الوارث بن سعيد : الجبَّهة : وهي الخيل ، والنُّخَّة : الإبل العوامل ، وقال الكسائي : والنُّخَّة : البقر العوامل ، وقال ثعلب : أصل النُّخَّة :

(١) انظر : القوانين ص ١٢٥ .

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک ١/٥٥٣ ؛ وابن حبان في الصحيح ١٤/٥٠٣ ؛ والبيهقي في الكبرى ٤/٨٩ ؛ مجمع الزوائد ٣/٧١ .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ٤/١١٦ ؛ والدارقطني ٢/١٠٣ ؛ و«رواه الطبراني في الكبير وفيه ليث بن أبي سليم وهو ثقة ولكنه مدلس» مجمع الزوائد ٣/٧٥ ؛ التلخيص الحبير ٢/١٥٧ .

(٤) أخرجه أبو داود في المراسيل ، ونقل عن كثير . . . بأن الكسع : صغار الغنم ، وفي رواية قال : «النخة صغار الغنم ، والكسع الحمير» ١/١٣٣ .

من النَّخ ، وهو السَّوْق الشديد ، وهو إنما يكون في العوامل ؛ ولأن نماءها مطلوب من بدل منافعها ، كدور السكنى ؛ ولأن المعلوف تكثر مؤنته ، وكثرة المؤنة لها تأثير في إسقاط حقوق الله تعالى .

والدليل عليه [١/١٤٥] وجوب نصف العشر فيما سقي بغرب أو دالية ، فكل من جعل لكثرة المؤنة تأثيراً في إسقاط حقوق الله تعالى ، قال : فإن الزكاة لا تجب فيها هاهنا ، فثبت سقوط الزكاة بالإجماع .



[٢٢] بَابُ

صدقة الغنم



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب الزكاة في الغنم: قوله ﷺ: «لا ألفين أحدكم يأتي يوم القيامة وهو حامل شاة تئعر، فيقول: يا محمد، يا محمد، فأقول: لا أغني عنك من الله شيئاً، ألا قد بلغت»، وروي أنه قال: «ما من صاحب غنم لا يؤدي زكاتها إلا بطح لها يوم القيامة بقاع قرقر فتطؤه بأظلافها، وتنطحه بقرونها» (١).

وأما مقدار الموجب فيه: فإذا بلغت الغنم السائمة: أربعين: ففيها شاة إلى مائة وعشرين، فإذا زادت واحدة: ففيها شاتان إلى مائتين، فإذا زادت واحدة: ففيها ثلاث شياه إلى أربع مائة، فيكون فيها: أربع شياه، ثم في كل مائة شاة. وقال الحسن بن حي: علي: في ثلاثمائة وواحدة: أربع، وفي أربعمائة: خمس.

والأصل في ذلك: ما روي في حديث أنس: أن أبا بكر الصديق كتب له الكتاب الذي كتبه له رسول الله ﷺ في الصدقات، وقال فيه: «وليس في سائمة الغنم صدقة حتى تبلغ أربعين، فإذا كانت أربعين: ففيها شاة إلى مائة وعشرين، فإذا زادت واحدة: ففيها شاتان إلى مائتين، فإذا زادت واحدة: ففيها ثلاث شياه، إلى ثلاثمائة، فإذا زادت واحدة: فلا شيء حتى يبلغ أربعمائة، فيكون: أربع

(١) أخرجه البخاري (١٣٩١)؛ ومسلم بلفظه (مطولاً) (٩٨٧).



شياه، ثم في كل مائة شاة: شاة»^(١).

٦٦٦ - فَصْل: [صفة الشاة الواجبة]

وأما صفة الشاة الواجبة: فقال في الأصل عن أبي حنيفة: (لا يجوز إلا الثني فصاعداً).

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة^(٢): أنه يجوز الجذع من الضأن والثني من المعز، وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي^(٣).

وجه ما في الأصل: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لا يجوز في الزكاة إلا الثني فصاعداً»؛ لأن ما لا يجوز في الزكاة من المعز، لا يجوز من الضأن كما دون الجذع.

وجه رواية الحسن: قوله رضي الله عنه: «إنما حقنا في الجذع^(٤) والثنية»؛ ولأن ما جاز في الأضاحي، جاز في الزكاة كالثني؛ ولأن الأضاحي يعتبر فيها من الشروط ما لا يعتبر في الزكاة، فإذا جاز فيها الجذع من الضأن، فلا يجوز في الزكاة أولى.

وقد قال أصحابنا: يجوز في [ب/١٤٥] زكاتها الذكر والأنثى، وقال الشافعي: لا يؤخذ الذكر إلا إذا كانت ذكوراً^(٥).

(١) أخرجه أبو داود (مطولاً) (١٥٦٧)؛ والترمذي (٦٢١)؛ والحاكم في المستدرک ٥٥١/١؛

والبيهقي في الكبرى ٩٠/٤؛ والدارقطني في السنن ١١٦/٢؛ وابن حبان في صحيحه ٥٠٣/١٤.

(٢) ساقطة من أ.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٤٢.

(٤) أورده الزيلعي في تبیین الحقائق ٢٦٤/١.

(٥) انظر: المنهاج ص ١٦١.

لنا: قوله ﷺ: «في أربعين شاة: شاة»^(١)، وقال الشافعي: الشاة عبارة عن الذكر والأنثى.

وهذا صحيح في اللغة، وإنما حكينا قوله ليكون أحج عليه؛ ولأنه تجوز الأضحية به، فجاز أخذه عن نصاب الإناث بنفسه كالأنثى؛ ولأن كل نصاب جاز أخذ الذكر منه إذا كان كله ذكورا، جاز أخذ الذكر منه إذا كانت كلها إناثا كالبقرة.

٦٦٧ - فُصِّلَ: [زكاة السائمة إذا اشترت للتجارة]

وقد قال أصحابنا في السائمة إذا اشتراها للتجارة: أنه يزكّيها زكاة التجارة دون زكاة السّوم، وقال الشافعي: يزكّيها زكاة السّوم، إلا أن تكون ناقصة عن نصاب السوم، وتبلغ نصاب التجارة^(٢).

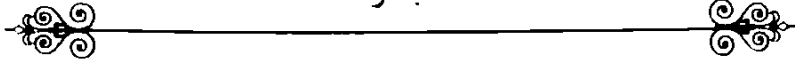
لنا: أن كل مال لو لم يكن سائما، وجبت فيه زكاة التجارة، فإذا كان سائما، وجبت فيه كالخيل؛ ولأن كل مال لو نقص عدده عن خمس، وجب [فيه زكاة التجارة]، فإذا بلغ خمسا وجبت فيه، أصله: إذا لم يكن سوائم.

٦٦٨ - فُصِّلَ: [الزكاة في جمع النوعين من النصاب]

قال أصحابنا: إذا جمع النصاب نوعين، كالضأن والمعز، والبقرة والجواميس، والعَرَابِ والبُخْتِ، أخذ المصدّق واحدةً وسَطًا، إما من أدون أرفعها، أو من أرفع أدونها. ذكر ذلك في المنتقى.

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٠٥)؛ والبيهقي في الكبرى ٨٨/٤؛ والدارمي ٤٦٤/١؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٣٦٦/٢؛ والطبراني في الأوسط ٧٣/٣.

(٢) انظر: المنهاج ص ١٧١.



وقال الشافعي في أحد قوليهِ: يؤخذ من الغالب، وفي الآخر: يجمع بين قيمة شاة من الضأن وشاة من المَعَز، وينظر نصف القيمتين، فتؤخذ شاة بقيمة ذلك من أي النوعين كانت^(١).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إياكم وحَزَرَات^(٢) أموال الناس، خذوا من أوسطها»^(٣)؛ ولأن كل ما وجب في النصاب من جنسه، لم تعتبر فيه الغلبة كالصغار والكبار.

وعلى القول الآخر: أنه نصاب وجبت فيه شاة، فلم تختلف صفتها باختلاف أنواع النصاب، كالشاة في خمس من الإبل، بُخْت وعِراب.

٦٦٩ - فَصْل: [الزكاة في الحادث بين النوعين]

قال أصحابنا: في الحادث من الغنم والظبي إذا كانت الأم من الغنم، وجبت فيه الزكاة، وكذلك الحادث من البقر الأهلي والوحشي، وقال الشافعي: لا زكاة فيه^(٤).

لنا: أنه انفصل من حيوان تؤخذ فيه الزكاة بنفسه، وهو حيوان، فجاز أن تجب فيه زكاة السوم كالحادث من البقر والجواميس^(٥).

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤٢٣/١؛ الأم ١٠/٢.

(٢) «الحَزَرَات: جمع حَزْرَة - سكون الزاي - وهي خيار مال الرجل، سميت حَزْرَة؛ لأن صاحبها لا يزال يحزرها في نفسه». النهاية في غريب الحديث (حزر).

(٣) أورده الكاساني في البدائع ٣٣/٢؛ وأصله في الصحيحين من حديث معاذ: (فإياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم... البخاري (٤٠٩٠)؛ ومسلم (١٩).

(٤) انظر: المجموع ٣٠٦/٥، ٣٠٧.

(٥) انظر: الأصل ٦٦/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٧/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١١٨.

بَابُ مَعْرِفَةِ السَّائِمَةِ



قال أبو الحسن: السائمة الراعية إذا كانت تكتفي بالرعي [ويجزئها] (١) ذلك، أو كان الأغلب من شأنها الرعي، فإن كان الرعي لا يجزيها، وهي ترعى حيناً وحيناً تُمان وتعلف، فإنه يعمل على الأغلب والأكثر؛ وذلك لأن السوم من شرائط [١/١٤٦] الزكاة، والمرجع فيه إلى اللغة، وأهل اللغة يسمون المواشي سائمة وإن أعلفها ربها ساعة واحدة من الحول؛ لوجود الأكثر من غير علف.

ولأن السوم إنما أوجب الزكاة؛ لأن النماء يحصل به والمؤنة تخف، وهذا المعنى موجود إذا كانت تسام في غالب حالها، فأما إذا علقت في غالب حولها، فالمؤنة تكثر، وكثرة المؤنة تؤثر في إسقاط الزكاة كالمعلوفة.



(١) في ب (ويمونها).

بَاب صدقة الفُضْلان والحُمْلان والعَجَاجيل



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: ليس في الفُضْلان، والحُمْلان، والعَجَاجيل صدقة في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: فيها ما في الكبار، وهو قول مالك، وقال أبو يوسف: فيها واحدة منها، وهو قول الشافعي^(١).

أما الكلام على زفر، فقوله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «إياكم وكرائم أموال الناس»^(٢)، وقال: «لا تأخذوا من حزرات الأموال، ولكن خذوا من حواشيها»، وأخذ الكبار^(٣) من الصغار أخذ كرائمها؛ ولأن الكبير قد يبلغ قيمته أكثر من نصاب الصغار فيؤدي إلى الإجحاف برب المال، والزكاة وجبت على وجه التخفيف.

وجه قول زفر: أنها لو اجتمعت مع غيرها، وجبت فيها كبيرة، فكذلك إذا انفردت كالمهازيل.

وأما الكلام على أبي يوسف: فلحديث أبيّ أنه قال: في عهدي أن لا آخذ من راضع لبنٍ شيئاً؛ ولأنَّ السِّنَّ أحد ما يتغير به الفرض، فكان لنقصانه تأثير في منع وجوب الزكاة كالعدد؛ ولأن ما اختص وجوبه بالحيوان، اختص بسنِّ دون سن كالأضحية.

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٦٥ (دار الكتب العلمية).

(٢) أورده السمرقندي في التحفة ٢٨٧/١؛ والسرخسي في المبسوط ١٧٣/٢؛ وأصله في الصحيحين من حديث معاذ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٣) في أ (وأخذ الصغار من الكرام).

وجه قول أبي يوسف: ما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: «لو منعوني عناقاً مما كانوا يؤدونها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه»^(١)؛ ولأن ما وجبت فيه الزكاة إذا انضم إلى غيره وجبت فيه بانفراده كالمهازيل.

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إن الحول لا ينعقد على الصغار، وقال الشافعي: ينعقد.

لنا: أنه حيوان لا تجوز الأضحية به مع سلامته من العيوب، فلم ينعقد الحول عليه حال انفراده كالسخال الحادثة^(٢).

٦٧٠ - فَصْلُ: [الاختلاف في زكاة الفضلان]

وقد اختلفت الرواية عن أبي يوسف في زكاة الفضلان، فروي عنه أنه قال: لا زكاة فيها حتى تبلغ عدداً لو كانت كباراً لوجب فيها واحدة منها، وهي خمس [١٤٦/ب] وعشرون، فيجب فيها فصيل، ثم لا يجب فيها شيء حتى تبلغ عدداً لو كانت كباراً لوجب فيها اثنتان، فيجب فصيلان وهي ستة وسبعون.

ثم لا يجب فيه شيء حتى تبلغ عدداً لو كانت كباراً لوجب فيها ثلاثة، وهي مائة وخمسة وأربعون.

وقد اعترض محمد على هذا القول، فقال: إنما أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة فيما بين الخمس والعشرين منه وست وسبعين ثلاث نصب، فما لا يجب فيه شيء بين الخمس والعشرين والست والسبعين، فلا زكاة فيه.

(١) أخرجه البخاري (١٣٣٥، ٦٥٢٦) وغيره.

(٢) في أ (المتولدة).

وجه هذه الرواية: أن الفرض يتغير في الإبل بالسَّنِّ والعَدَدِ، ولا سِنَّ في
الفصلان، فوجب اعتبار التغيير بالعدد.

وروي عنه أن قال: في خمس منها الأقل من واحدة منها ومن شاة، وفي
عشر الأقل من اثنتين منها ومن شاتين، وفي خمس عشرة الأقل من ثلاثة منها
ومن ثلاث شياه.

وجه ذلك: أن الكبار في خمس منها شاة واحدة منها، فكذلك الصغار،
تجزئ واحدة منها إلا أن تعطى شاة فتجزئ كما تجزئ في الكبار، وفي العشر
من الكبار يضعف ما في الخمس، فوجب أن يكون في الصغار الأقل من اثنتين
منها ومن شاتين.

وروى الحسن بن أبي مالك عنه: أن في عشر منها الأقل من واحدة منها ومن
شاتين، وهو الصحيح؛ لأن الكبار تجزئ في العشر واحدة منها، فالصغار أولى.

وروي أنه ذكر لابن أبي مالك رواية بكر القمي الذي قدمناها، فضحك،
وقال: كيف يقول أبو يوسف في عشرين: أربعة منها، وفي خمس وعشرين
واحدة؟، ف قيل له: كأنك تقول إن بكراً غلط في روايته، فقال: لا، ولكن هذا
كان قول أبي يوسف، ثم رجع عنه.

٦٧١ - فَصَّلْ: [اجتماع الصغار مع المسنات]

إذا اجتمعت الصغار مع المسنات عُدَّتْ بلا خلاف، وكان فيها ما في
المسنات؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «وتعد صغارها وكبارها»^(١)، وقال عمر

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤/٤؛ وقال ابن الملقن: «أورده الماوردي في حاويه مرفوعاً».

لساعيه: «عُد عليهم السخلة»^(١)، ولو راح بها الراعي على يده، وشكى إليه الناس، فقالوا: إن ساعاتك يعدون السخلة، ولا يأخذونها، فقال: ألسنا عفونا لكم عن الرُّبِّي، والماخض، والأكيلة، وفحل الغنم، وذلك عدل بين رذال المال وخياره^(٢).

والأصل الذي يعتبر في اجتماع الصغار والكبار: أنها تُعدّ ويجب فيها ما يجب في الكبار إذا كان العدد الواجب في الكبار موجوداً فيها في قولهم. مثاله: إذا كان له مستتان ومائة وتسعة عشر حملاً، فإن الزكاة تجب فيها؛ لأن العدد الواجب موجود [١/١٤٧] فيها، فإن لم تكن إلا مسنة واحدة، أخذت عند أبي حنيفة ومحمد دون غيرها، وقال أبو يوسف: تؤخذ المسنة، ويؤخذ منها حمل على أصله: أن الوجوب يتعلق بالصغار.

وكذلك ستون من البقر فيها تبيع واحد، فعند أبي حنيفة ومحمد: يؤخذ التبيع فحسب؛ لأنه ليس فيها ما تجزئ في الوجوب غيره، وقال أبو يوسف: يؤخذ التبيع ومعه عجل.

فكذلك ست وسبعون من الإبل فيها: ابنة لبون واحدة، وإنما تجب فيها بنت لبون عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: فيها بنت لبون وفصيل^(٣).

= البدر المنير ٤٧٤/٥.

(١) أوردته السرخسي في المبسوط ١٥٨/٢؛ والطحاوي في اختلاف العلماء ١١٦/١.

(٢) في كتاب الآثار (وتيس الغنم) قال محمد: .. والماخض: التي في بطنها ولدها، والرُّبِّي: التي تربى ولدها، والأكيلة: التي تسمن للأكل، وإنما ينبغي للمصدق أن يأخذ من أوسط الغنم، يدع المرتفع والرذال، ويأخذ من الأوساط البين فصاعداً» ص ٦٥؛ ومالك في الموطأ (٢٦).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٦٩/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١١٩.

بَابُ صَدَقَةِ الشَّرَكَاءِ

—•••••—

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في هذا الباب أن الشركة لا تؤثر في وجوب الزكاة، وإنما يعتبر في حال الشركة ما يعتبر في حال الانفراد في حق كل واحد من الشريكين، وقال الشافعي: إذا اشتركا في الكلب، والرعي، والدلو، والمراح، وكان حولهما واحداً، صار مالهما كالمال الواحد، فيجب عليهما الزكاة، فإن كان لكل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه، (كأربعين بين شريكين، فيسقط عنهما من الزكاة ما كان واجباً قبل الشركة)^(١)، [كثمانين شاة بين رجلين يجب على كل واحد منهما شاة لو انفرد، فإذا اجتمعا ففيها شاة]^(٢).

لنا: قوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ليس في سائمة المرء المسلم إذا كانت أقل من أربعين صدقة»^(٣)، وهذا المعنى موجود^(٤)، وإن شارك كل واحد منهما لم يملك نصاباً، فلم تلزمه الزكاة، أصله: المنفردان والمشتركان مع اختلاف حولهما من غير أن يستأنفاها؛ ولأن النصاب أحد سببي الزكاة، فلا يتغير بالشركة كالحول.

وأما قوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لا يجمع بين متفرق، ولا يُفترق بين مجتمع، خشية

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (كثمانين بين شريكين، يوجب فيها شاة، وكان الواجب فيها قبل الشركة شاتين)، والمثبت من أ، أوضح وأبسط.

انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤٣٦/١؛ الأم ١٤/٢.

(٣) أورده الكاساني في البدائع ٢٩/٢.

(٤) في أ (وهذا المعنى لا يزول بالشركة، فلا شيء عليه).

الصدقة»^(١)، «وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»^(٢)، فإنه دلالة لنا؛ لأن قوله ﷺ: «لا يجمع بين متفرق»، لا يخلو إما أن يكون المراد به المتفرق في المكان، أو المتفرق في الملك، أو هما جميعاً، ولا يجوز أن يراد به الأمران؛ لأنه يؤدي إلى التناقض في الخبر، ألا ترى أنه [إذا]^(٣) كان المراد [به]: لا يجمع بين [متفرق]^(٤) في الملك، اقتضى وجوب الزكاة في ذلك، ولا يجوز أن يوجب ﷺ بأحد اللفظين في مال الزكاة، وينفيها باللفظ الآخر، فلم يبق إلا أن يكون المراد [ب/١٤٧] به: لا تجمع بين متفرق في الملك.

وهذا ضد ما يقوله مخالفنا به: إذا جمع بين مال^(٥) الشريكين، وقوله: «لا يفرق بين مجتمع في الملك» يبقى أن يؤخذ من الثمانين لرجل واحد أكثر من شاة؛ لأنه لو جعلها نصابين، لفرق بين المجتمع في الملك.

وأما قوله ﷺ: «وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»، فذلك محمول عندنا على إحدى وستين من الإبل بين شريكين: لأحدهما ست وثلاثون، وللآخر خمس وعشرون، فإذا أخذ المصدق منها بنت لبون وبنت مخاض، رجع كل واحد منهما على صاحبه بحصته.

وهذا أولى مما يقولونه؛ لأننا ثبت التراجع من كل واحد منهما في حالة

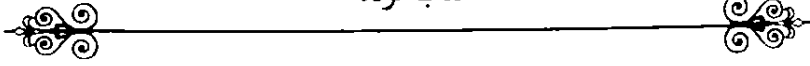
(١) أخرجه البخاري (٦٥٥٥).

(٢) أخرج الحديث كاملاً أبو داود (١٥٦٧)؛ والنسائي في المجتبى (٢٤٤٧)؛ وابن ماجه (١٨٠٧)؛ والحاكم في المستدرک ١/٥٤٨؛ وابن حبان ٨/٥٩؛ وابن خزيمة ١/٩٣.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت لاستقامة العبارة.

(٤) في ب (مجتمع)، والمثبت من أ.

(٥) في أ (ملك).



واحدة ، وهم يثبتون التراجع في حالتين مختلفتين ، وحقيقة التفاعل يقتضي وجود الفعل من الاثنين في حالة واحدة .

وقد قال بعض أصحابنا: إن الشركة تؤثر في جواز أخذ زكاة كل واحد منهما من مال الآخر [بغير رضاه] ؛ لأنهما لما اشتركا مع علمهما بوجوب الزكاة ، وأن المصدق لا يتميز له المال ، كان ذلك إذناً من كل واحد منهما في أخذ الزكاة من ماله ، وإنما احتاجوا إلى هذا ليتأولوا عليه الخبر ، فأثبتوا مذهباً لا يُعرف ، وقد تأولنا الخبر على ما يغني عن ذلك .

٦٧٢ - فُصِّلَ : [وجوب الزكاة لكمال الملك]

قال أبو يوسف: إذا كان بين رجل وبين آخر شاة مشتركة ، وبينه وبين آخر تمام ثمانين شاة ، فعليه الزكاة ، وقال زفر: لا زكاة عليه .

وجه قول أبي يوسف: أن الزكاة تجب لكمال الملك ، وفي ملكه نصاب كامل ، فوجبت عليه الزكاة ، كما لو شارك فيها واحداً .

وجه قول زفر: أنه لا يصيبه^(١) بالقسمة نصاب كامل ، فلم تجب عليه الزكاة ، كمن نقص ملكه عن النصاب .



(١) في أ (يخصه) .

[٢٣] بَابُ صدقة الخيل

—•••••—

[قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى]: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: في الخيل السائمة إذا كانت ذكوراً وإناثاً [ففيها] الزكاة، وإن كانت إناثاً ففيها روايتان ذكرهما الطحاوي، وإن كانت ذكوراً منفردة^(١)، ففيها روايتان أيضاً ذكرهما في الآثار، وقال أبو يوسف ومحمد: لا زكاة فيها، وبه قال الشافعي^(٢).

لأبي حنيفة: ما روى أبو الزبير عن جابر: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «في كل فرس سائمة دينار^(٣)، وليس في الرابطة [١/١٤٨] شيء^(٤)»، وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة في صدقة الخيل: «خير أربابها: فإن شأؤوا أدوا عن كل فرس ديناراً، وإلا فقومها وخذ من كل ما بين خمس دراهم»، وروي عن السائب: «أن عمر لما بعث العلاء بن الحضرمي إلى البحرين، أمره أن يأخذ من كل فرس شاتين، أو عشرة دراهم»؛ ولأن السوم سبب لإيجاب الزكاة، فجاز أن يكون له تأثير في إيجاب الزكاة في الخيل، أصله التجارة.

وجه قولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق^(٥)»، إلا أن

(١) قال الرازي في شرح مختصر الطحاوي: «مذهب أبي حنيفة... إن كانت ذكوراً وحدها، فلا صدقة فيها» ٢/٢٨٠.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٤٢١؛ المزني ٤٥.

(٣) «رواه الدارقطني والبيهقي من حديث جابر.. وقال الدارقطني تفرد به غورك وهو ضعيف». الدراية ١/٢٥٥.

(٤) الجزء الثاني أورده السمرقندي في التحفة ١/٢٩١.

(٥) أخرجه الترمذي (٦٢٠) بزيادة (فها تواتر صدقة الرقة في كل أربعين درهما درهم...); ونحوها =

يكون في الرقيق صدقة الفطر» ، وقال: «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة»^(١) ؛ ولأنه ليس لها نصاب مقدر ، فلا تجب فيها زكاة السوم كالحمير .

فأما الإناث المفردة ، فقال في إحدى الروايتين: لا زكاة فيها ؛ لأن النماء لا يوجد فيها بالتوالد ، وقال في الرواية الأخرى: إن طرقتها فحل من غيرها ، فيوجد فيها النماء .

وأما الذكور المفردة ، فقال في الرواية المشهورة: لا زكاة فيها ؛ لأنه لا يحصل منها النماء بالدر والنسل ، ولحمها غير مقصود بالأكل ؛ لأنه مكروه ، وعدم النماء يمنع وجوب الزكاة .

وليس كذلك الإبل والبقر إذا كانت ذكورا ؛ لأن النماء يحصل بزيادة لحمها ، وهو معنى مقصود منها .

وجه الرواية الأخرى: أن زكاة السوم لا تختلف بالإناث والذكور ، كالإبل والبقر .

٦٧٣ - فَصْل: [الخيار في قدر إخراج زكاة الخيل]

وإذا ثبت وجوب الزكاة فيها ، خَيْرٌ أربابها: فإن شأؤوا أعطوا من كل فرس ديناراً ، وإن شأؤوا أعطوا رُبْعَ عشر قيمتها ؛ لِمَا روي أن عمر كتب إلى أبي عبيدة بذلك ، ولم يخالفه أحد من الصحابة^(٢) .

= ابن ماجه (١٧٩٠)؛ وابن أبي شيبة ٣٨١/٢؛ وأحمد في المسند ١٢١/١ انظر: مجمع الزوائد ٦٩/٣ .

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨١٢)؛ والبيهقي في الكبرى ٣٢٧/٦ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٨٠/٢؛ القدوري ص ١١٩ .

بَابُ من يوضع الصدقة فيه



[قال الشيخ رحمه الله تعالى]: قال الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾ [التوبة: ٦٠] ، واختلف أهل الناس في معنى [الفقير والمسكين] ، فقال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: الفقير: الذي لا يسأل ، والمسكين: الذي يسأل ، وهذا يدل على أن المسكين أفقر ، واختلف أهل اللغة في ذلك .

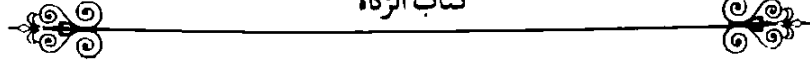
والذي يدل على أن المسكين أفقر قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنْتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ ﴾ [فاطر: ١٥] ، فسمّاهم فقراء وإن كان لهم ملك ، وأنشد أبو زيد في ذلك: [١٤٨/ب]

أما الفقير الذي كانت حلوبته ﴿ وفق العيال فلم يترك له سبد ﴾^(١) فسماه فقيراً وله حلوبة ؛ ولأن الفقير من افتقر إلى غيره ، (والمسكين من سكنت نفسه الفقر ، وهذا معنى زائد)^(٢) .

واحتج من قال: إن الفقير أفقر ، بقوله تعالى: ﴿ أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ ﴾ [الكهف: ٧٩] . وهذا لا دلالة فيه ؛ لأنه قيل إنهم كانوا أجراء فيها .

(١) نسبه ابن منظور في اللسان إلى الراعي (عبيد الله بن حصين) لسان العرب (فقر) .

(٢) ساقطة من أ .



وقالوا: لما بدأ الله تعالى بالفقر، دلّ على أنه أهمّ [وأحوج].

قلنا: إنما بدأ به؛ لأنه لا يسأل، فالاهتمام به [أوجب تقديمه] ^(١) على من يسأل؛ ولأن الواو لا توجب التقديم عندنا.

قالوا: أفقر مشتق من كسر فقار الظهر من الجوع.

قلنا: قد قيل في الافتقار إلى الفقير، وقد قلنا: إن المسكين مأخوذ من السكون إلى الغير، قال الله تعالى: ﴿أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ﴾ [البلد: ١٦]، قيل في التفسير: قد ألصق بطنه في التراب من الجوع.

قالوا: روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اللهم أحيني مسكيناً، وأمتني مسكيناً، واحشرنني في زمرة المساكين» ^(٢)، فاستعاذ من الفقر، فدل على أنه أشد.

قلنا: إنما استعاذ من الفقر؛ لأنه الافتقار إلى الغير، ولا تعلق لذلك لشدة الحاجة، وهذا الخلاف لا يتبين له معنى عندنا إلا في الوصايا، فأما في الزكاة، فالمطلوب الفقر، ويجوز أن يفتقر على نوع واحد، فلا يتبين معنى الخلاف ^(٣).

(١) في ب (يقدم)، والمثبت من أ.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٣٥٢) عن أنس وقال: «حديث غريب»؛ وابن ماجه (٤١٢٦) عن أبي سعيد؛ والحاكم في المستدرک وصححه ٣٥٨/٤؛ والمقدسي في المختارة وقال: «في إسناده من لم أجده» ٢٧٠/٨؛ والبيهقي في الكبرى عنه ١٢/٧؛ «رواه الطبراني وفيه بقية بن الوليد، وقد وثق على ضعفه، وشيخ الطبراني، وعبيد الله ابن زياد الأوزاعي لم أعرفهما، وبقية رجاله ثقات» مجمع الزوائد ٢٦١/١٠.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٣٧٠/٢ - ٣٧٣.



٦٧٤ - فَصْل: [العاملون في الزكاة]

فأما العاملون: فهم العُمَّال الذين ينصبهم الإمام لجباية الأموال، أموال الصدقات، فيعطيتهم أجر عملهم منها، وقال الشافعي: يعطيهم ثمنها^(١).

وهذا ليس بصحيح؛ لأن العامل مستحق بعمله؛ بدلالة أن من حمل زكاته إلى الإمام لم يستحق العامل منها شيئاً، ومن استحق بعمله، دفع إليه على قدر العمل، كسائر عُمَّال^(٢) المسلمين.

وقد قال أصحابنا: إن حَقَّ العامل فيما في يده من المال، فإن جَبِيَ الزكاة فهلكت في يده، سقط حقه، وأجزأت؛ وذلك لأن قبض العامل مأذون فيه، فهو كقبض الإمام، أو قبض الفقير، وإنما سقط حق العامل؛ لأنه يستحقه في مقابلة عمله، لا على وجه البذل، ألا ترى أنه لا يقدر له مدة معلومة، فصار كالمضارب الذي يسقط حقه بهلاك المال، ولما قدمنا، جاز للعامل أخذ العوض مع الغنى، ولو كان ما يستحقه صدقة، لم يجز أخذها مع غناه.

٦٧٥ - فَصْل: [زكاة المؤلفات قلوبهم]

فأما المؤلفات قلوبهم: فهم قوم من المشركين من وجوه القبائل، مثل عيينة بن حصن، وصفوان بن أمية، كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطيهم جزءاً من الصدقات يتألفهم على الإسلام، ويكف ضررهم عن المسلمين، وهذا سهمٌ قد سقط؛ لأن الله تعالى أعز الإسلام، وأغنى أهله عن تأليف المشركين.

فإن قيل: كيف يجوز أن يعطى الكافر من الزكاة؟

(١) انظر: المهذب ١/٥٥٦.

(٢) في أ (كسائر الأعمال).

قلنا: الزكاة حق للفقراء، والجهاد فرض عليهم، فإذا دفع عنهم القتال بما يُعطى المشركون، كان في ذلك منفعة لهم، فكأنه صرفه إليهم.

٦٧٦ - فَصْل: [الرقاب في الزكاة]

وأما قوله: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠]، فمعناه عندنا: إعانة المكاتبين بالصدقة، وقال مالك: يشتري بالزكاة مملوك فيعتق^(١).

وهذا فاسد؛ لأنه لا يخلو إما أن تكون الزكاة منصرفة إلى المولى أو إلى العبد، ولا يجوز أن تكون للمولى؛ لأنه يأخذها عوضاً عن ملكه، ولا يجوز أن يكون للعبد؛ لأن العبد لا يملك رق نفسه، وإنما تتلف على [ملك المولى]^(٢)، والزكاة يعتبر فيها التملك، وقد روي أن رجلاً قال للنبي ﷺ: علمني عملاً يدخلني الجنة، فقال: «لئن [كنت] قصرت الخطبة لقد أعرضت المسألة: فك الرقبة، وأعتق النسمة»، فقال الرجل: أو ليستا سواء؟ قال: «لا، فك الرقبة: أن تعين في عتقها، وعتقها: أن تنفرد بعتقها»^(٣)، فلما قال الله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾، دلّ على أن المراد: المعونة في العتق.

٦٧٧ - فَصْل:

وأما قوله: ﴿وَالْغَرَمِينَ﴾ [التوبة: ٦٠]: فهم الذين لزمتهم الديون، يجوز أن

(١) «هو أن يشتري الإمام رقاباً من أموال الصدقات، فيعتقهم عن المسلمين، ويكون الولاء للمسلمين». انظر: المدونة ١/١٥٧؛ المعونة ١/٤٤٢؛ التفريع ١/٢٩٨.

(٢) في ب (المولى الملك)، والمثبت من أ.

(٣) أخرجه أحمد في المسند في حديث طويل ٤/٢٩٩ من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه؛ «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عبد الملك بن موسى، قال الأزدي: منكر الحديث» كما في مجمع الزوائد ٤/٢٤٠.

تدفع إليهم الزكاة وإن كان في أيديهم مال ؛ لأن ذلك المال مستحق بالدين .

٦٧٨ . فُصِّلَ : [المراد في سبيل الله]

وأما قوله : ﴿ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ [التوبة : ٦٠] ، قال أبو يوسف : المراد به : فقراء الغزاة ، وقال محمد : الحاج المنقطع ، وقال الشافعي : تدفع الزكاة إلى الغازي الغني ^(١) .

وجه قول أبي يوسف : أن سبيل الله تعالى عبارة عن جميع القُرب ، إلا أن الإطلاق يقتضي الجهاد ، فوجب حمله على إطلاقه .

وجه قول محمد : ما روي أن رجلاً جعل بعيراً له في سبيل الله ، فقال النبي ﷺ : « الحج من سبيل الله » ^(٢) .

وأما الذي قاله الشافعي ، ففاسد ؛ لقوله ﷺ : « أمرت أن آخذ الصدقات من أغنيائكم ، وأردّها على فقرائكم » ^(٣) ، فدل على أنها لا تستحق مع الغني ، وأما قوله ﷺ : « لا تحل الصدقة لغني إلا لثلاث » ^(٤) وذكر الغازي ، فمحمول على الغني الذي يكتسب ، لا يحل له طلب الصدقة إلا أن يكون غازياً ؛ لأنه يشتغل بالجهاد عن العمل .

(١) هم الغزاة الذين نشطوا غزواً ، خلاف المنتظمين في ديوان السلطان ، فإنهم يأخذون من الفيء ، ويعطى الغازي مع الفقر والغني . انظر : المهذب ١/٥٧١ .

(٢) أخرجه ابن خزيمة ٤/٧٢ ؛ والبيهقي في الكبرى ٦/٢٧٤ ؛ والطبراني في الكبير ٢٥/١٥٤ .

(٣) أصل الحديث في الصحيحين من حديث معاذ (تؤخذ من أغنيائهم...) البخاري (١٣٣١) ؛ ومسلم (١٩) .

(٤) أخرجه أحمد في المسند من حديث أبي سعيد ٣/٩٧ ، وفي رواية عنه (لخمسة) ٣/٥٦ ؛ نصب الراية ٤/٣٧٨ .

٦٧٩ - فُصِّلَ : [ابن السبيل في دفع الزكاة]

[١٤٩/ب] وأما ابن السبيل: فهو المنقطع عن ماله، يجوز دفع الصدقة إليه وإن كان له مال كثير إذا كان غائباً عنه لا يتوصل إلى الانتفاع به، فهو كالفقير الذي لا مال له.

وإنما يسمى ابن السبيل؛ لأن السبيل: الطريق، فمن لازم السفر نسب إليه أنه ابنه، كما يقال: فلان ابن الغنى، وابن الفقر، ولم يشترط سبحانه في ابن السبيل الفقر؛ لأن ذلك معلوم، ولم يشترط في اليتامى في آية الخمس الفقر؛ لأن ذلك معلوم.

وقد قال أصحابنا: إن الله تعالى ذكر هذه الأصناف بياناً لجهة الاستحقاق، وأنه لا يخرج عنها، وإنما المقصود: الفقر، فإن دفع إلى صنف واحد جاز، وقال الشافعي: لا بد [من] أن يقسم كل رجل صدقته على ثلاثة من كل صنف (١).

والدليل على أن الفقر هو المعبر: ما روي أن النبي ﷺ قال: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم، وأرُدّها في فقرائكم»، وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «إن أجابوك، فأعلمهم أن الله تعالى فرض عليهم حقاً في أموالهم، يؤخذ من أغنيائهم، ويردّ في فقرائهم» (٢)، وهذا خبر يجري مجرى الاستفاضة؛ لأن الأمة تلقتة بالقبول، فدلّ على أن الصدقة حق الفقراء، وأن المعبر الفقر.

ولأن الإمام يجوز له أن يدفع صدقة الواجب إلى الواحد، وهو قائم مقام صاحب المال في الدفع، فإذا جاز له ذلك، جاز للمالك أيضاً؛ ولأن الدفع

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤٨٢/١؛ الأم ٨٣/٢، ٨٧.

(٢) أخرجه البخاري (١٣٣١)؛ ومسلم (١٩).



صادف الفقر ، فأشبهه إذا دفع إلى الأصناف الثمانية^(١) .

٦٨٠ - فَصْل : [دفع الزكاة إلى الوالد والولد]

قال : ولا يجوز أن يعطي صدقته والداً ، وإن علا ، ولا ولداً وإن سفل .

قال رحمه الله تعالى : وجملة هذا : أن كل من ينسب إليه الدافع بولاد ، أو ينسب إلى الدافع أو بولاد ، لا يجوز دفع الصدقة إليه ؛ وذلك لأن ملك هؤلاء قد أجري مجرى ملكه ، بدلالة أن ما يحصله لهم بشهادته قد أجري مجرى ما يحصله بشهادة لنفسه ، فكما لا يجوز وضع صدقته في نفسه ، فكذلك في هؤلاء .

٦٨١ - فَصْل : [دفع الزوجين الزكاة للآخر]

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : ولا يجوز لكل واحدٍ من الزوجين دفع زكاته إلى الآخر ، وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز للمرأة أن تعطي زوجها استحساناً ، ولا يجوز له أن يدفع إليها .

وجه قوله : أن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب ، كالولادة ؛ ولأن كل شخصين بينهما سبب يمنع من دفع زكاة أحدهما إلى الآخر مع الفقر ، فإنه يمنع من دفع زكاة الآخر إليه كالوالد والولد .

وجه قولهما : ما روي أن زينب سألت رسول الله ﷺ عن الصدقة على زوجها ابن مسعود [أ/١٥٠] فقال : «لكِ أجران : أجر الصدقة ، وأجر القرابة»^(٢) .

(١) انظر : شرح مختصر الطحاوي ٢/٣٧٠ - ٣٨٤ ؛ القدوري ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٨٣٤) ؛ والبيهقي في الكبرى ٧/٢٨ ؛ وبلفظ (وأجر الصلة) أخرجه الشيخان كما في البيهقي ٧/٢٨ ؛ والدراية ١/٢٦٨ .

٦٨٢ - فَصْل : [دفع الزكاة لعبيده]

قال: ولا يجوز أن يدفع إلى عبده، و[لا] مدبّره، ولا أم ولده؛ لأن هؤلاء لا يملكون ذلك بالدفع، فما يدفعه إليهم باقٍ على ملكه، فكأنه لم يخرج [عن ملكه]، ولا يدفع إلى مكاتبه؛ لأن المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه، فلم يخرج إخراجاً [تاماً] صحيحاً، فلم يجز.

٦٨٣ - فَصْل : [الزكاة في وجوه البر مما لا يقبض]

ولا يجوز في شيء من وجوه البرِّ مما لا يقبض، فلا يملك^(١) بالقبض من نفقة في بناء مسجدٍ، ولا سقاية، ولا قنطرة، ولا كفن ميت، ولا في قضاء دين ميّت؛ وذلك لأن الزكاة قد استحق فيها التملك، ألا ترى أن الله تعالى سمّاها صدقة؛ وذلك عبارة عن التملك، وبناء المساجد والقنطرة والسقاية ليس فيها تملك لأحد.

وكذلك كفن الميت لا يملكه الميت؛ لأن الموت ينافي التملك، وأما إذا قضى دين الميت، فالميت لا يملك، والمدفوع إليه لا يقبض صدقة، وإنما يأخذ بدلاً عن دينه، فلم يوجد تملك الصدقة، فلم يجز.

قال: ولا أن يعتق بها عبداً لما بينا أن بائع العبد يأخذ الثمن عوضاً عن ملكه، [وكذا عبد نفسه؛ لأن التملك لم يوجد، إذ] العبد لا يملك رقه، وإنما يتلف على ملك معتقه، ولهذا يستحق الولاء، وإذا لم يوجد التملك، لم تجز الصدقة.

(١) في الأصل (يملك). انظر: رحمة الأمة ص ٧٤.

٦٨٤ - فَصْل: [القبض في الزكاة]

قال: ولا تجوز الزكاة إِلَّا أن يُقْبَضَها فقيراً، أو يقبضها له من يجوز له [قبضه] بولاية أو وكالة منه؛ وذلك لأن الصدقة تملك للفقراء، فإذا قبضوها ملكوها بالقبض، فأجزأت، فأما إذا قبضت لهم فإن كان القابض الإمام أو العامل جاز؛ لأن لهم ولاية على الفقراء، وقبض الولي كقبض المولى عليه.

وكذلك من تصدق على صبي فقير أو مجنون، فقبض له أبوه، أو جده، أو وصيهما، جاز؛ لأنهم يلون عليه فصار كقبضه قبضهم.

وكذلك إن قبض له بعض ذوي أرحامه، وليس هناك أقرب منه وهو في عياله، أو قبض له أجنبي يعوله، أو الملتقط إذا قبض للقيط؛ لأنهم قالوا في قبض هؤلاء للهبة إنه قبض جائز، فكذلك قبضهم للصدقة.

فأما الفقير البالغ العاقل إذا قبض له قابض، فلا يجوز إلا بتوكيل منه؛ لأنه لا يولى عليه، فاعتبر أمره بالقبض كما يعتبر أمره في قبض [الصدقة]، والهبة [من المتبرع].

٦٨٥ - فَصْل: [دفع الزكاة لغني]

قال: ولا يُعْطَى منها غني ولا ولد غني.

أما الغني، فلا يجوز؛ [لقوله]: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم»؛ ولقوله [ابتداءً]: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة: ٦٠]، وقال ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني إلا لثلاث»^{(١)(٢)}.

(١) في أ (لغني ولا لذي مرة سوي).

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٣٥) بلفظ (إلا لخمسة...)؛ ونحوه البيهقي في الكبرى ٢٢/٧؛ والنسائي =

وأما [قوله] ولد غني، [١٥٠/ب] فإذا كان صغيراً، لم يجوز دفع الصدقة إليه؛ لأنه غني بغناء أبيه، وأما إذا كان كبيراً فقيراً، جاز دفع الصدقة إليه؛ لأنه ليس بغني بغناء أبيه، فصار كالأجنبي.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يجوز أن تعطى المرأة الفقيرة إذا كان زوجها غنياً، وكذلك البنت الكبيرة إذا كان أبوها غنياً؛ وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وروي عنه: أنها لا تعطى إذا قضى لها بالنفقة.

وجه قولهما: أن الزوجة لا تصير غنية بغناء زوجها، ألا ترى أنه يلزمه لها مقدار مقدّر من النفقة، لا تصير به غنية، فصارت كمن لا زوج لها.

وجه قول أبي يوسف: أن الزوجة يجب نفقتها على الزوج، فصارت بغناه غنية كالولد الصغير، وشرط في ذلك أن يقضى لها بالنفقة؛ لأنه ما لم يقض لها بالنفقة لا يصير ديناً، فلا يعتد بها.

فأما عبد الغني، ومدبره، وأم ولده، فلا يجوز له الدفع إليهم؛ لأن المولى يملك المدفوع، وهو غني، ويجوز الدفع إلى مكاتب الغني؛ لأن المولى لا يملك ما يدفع إلى مكاتبه بالدفع، وإنما يملكه بالعجز؛ وذلك سبب حادث بعد جوازه عن الصدقة، فلا يمنع جواز [الدفع عن الصدقة].

وقال أبو يوسف: إنما لا تحل الصدقة لغني إذا كانت صدقة مفروضة، فأما صدقة النفل، فتجوز عليه، ويحل له أخذها؛ لأنها تجري مجرى الهبة.

= في الكبرى بلفظ (لغني ولا لذي مرة سوي) (٢٣٧٨)؛ ونحوه الترمذي (٦٥٢)؛ وابن ماجه (١٨٣٩)، وغيرهم.

٦٨٦ - فَصْل: [دفع الزكاة للكفار]

قال: ولا يعطي كافرًا من زكاة ماله؛ وذلك لقوله ﷺ: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم»، فدلّ على أنها لفقراء من تؤخذ من أغنيائهم؛ ولأن الإمام هو الذي يتولى أخذها، وهو قائم مقام المسلمين، فدلّ على أنها حق لهم.

٦٨٧ - فَصْل: [دفع الزكاة باجتهاد لفقير ثم بان أنه غني]

[قال]: فإن دفع الزكاة إلى فقير باجتهاد، ثم بان له أنه غني، جاز ذلك عند أبي حنيفة ومحمد، لا اختلاف عنهما فيه، وقال أبو يوسف: لا يجوز.

وجه قولهما: أنه أمضى الدفع بالاجتهاد، فإذا ظهر له اجتهاد آخر، لم يفسخ الأول كالحاكم، والدليل على أن الغنى والفقير يعلم من طريق الاجتهاد: أن من في يده مال، يجوز أن يكون مغصوبًا أو مستحقًا بالدين، فلا يعلم أنه غني به إلا بالظاهر.

وجه قول أبي يوسف: أنه لا يجوز له الدفع إليه مع العلم، فلا يجوز مع الاجتهاد، كعبده ومكاتبه.

وأما [١/١٥١] إذا دفع الصدقة إلى أبيه أو ابنه، وهؤلاء يعرفه، ثم ظهر له، فذكر في الأصل: أنه يجوز له عند أبي حنيفة ومحمد.

وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة: في الوالدين والولد والزوجة، رواية أخرى: أنه لا يجوز، وهو قول أبي يوسف.

وجه ما ذكره في الأصل: ما روي أن يزيد بن معن دفع صدقته إلى رجل

وأمر أن يأتي المسجد ليلاً فيتصدق بها، فدفعها إلى ابنه معن، فلما أصبح رآها في يده، فقال له: يا بُني لم أردك بها، واختصما إلى رسول الله ﷺ فقال: «لك يا معن ما أخذت، ولك يا يزيد ما نويت»^(١).

ولأن النسب يعلم باجتهاد، فلا يتوصل إلى حقيقته، فقد انتقل من اجتهاد إلى اجتهاد، فلا يفسخ الاجتهاد الأول.

وجه رواية ابن شجاع: أن النسب وإن كان مجتهداً فيه، فقد صار في الشرع كالمقطوع به؛ بدلالة أن من نفى نسب رجل عن أبيه، حُدَّ، فقد انتقل من اجتهاد إلى يقين، فيفسخ الأول.

وجه قول أبي يوسف: أنه لا يجوز له الدفع مع العلم، فلا يجوز مع الاجتهاد، كعبده ومكاتبه.

فأما إذا دفع إلى هاشمي، وهو لا يعلم، ثم علم، جاز عند أبي حنيفة ومحمد علي رواية الأصل.

وذكر أبو يوسف في جامع البرامكة عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وهو قوله. وجه رواية الأصل: أن النسب يعلم من طريق الاجتهاد.

وجه الرواية الأخرى: أنه كالمقطوع به؛ بدلالة أن من قال لهاشمي: لست بهاشمي حُدَّ.

(١) ونص الحديث كما في البخاري: (... أن معن بن يزيد قال: بايعت رسول الله ﷺ أنا وأبي وجدي.. وكان أبي يزيد أخرج دنانير يتصدق بها، فوضعها عند رجل في المسجد، فجئت فأخذتها فأتيتها بها، فقال: والله ما إياك أردت، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ فقال: «لك ما نويت يا يزيد، ولك ما أخذت يا معن» (١٤٢٢).

وجه قول أبي يوسف: أنه لا يجوز الدفع إليه مع العلم، فلا يجوز مع الاجتهاد.

وأما إذا دفع إلى ذمّي، فيجوز على رواية الأصل عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الكفر والإسلام يعلم من طريق الاجتهاد.

وذكر أبو يوسف في الإملاء عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز؛ لأن الكفر مما يحكم به، وما كان محكوماً به، فهو كالمقطوع به.

فأما إذا دفع إلى حربي جاز على رواية الأصل؛ لأن المانع هو الكفر، وذلك يعلم بالاجتهاد، وذكر أبو يوسف في جامع البرامكة عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز؛ لأن الصدقة لا تكون قربة في حقه بحال، ألا ترى أنه لا يجوز أن يتطوع بالصدقة عليه.

وليس كذلك الذمي؛ لأن الصدقة يثبت لها حكم في حقه، ألا ترى أنه يتطوع عليه، كذلك الذمّي]، وأبو يوسف مضى على [١٥١/ب] أصله.

فأما إذا دفع إلى عبده ومكاتبه وهو لا يعلم ثم علم، لم يجز في قولهم؛ لأنه لم يخرج ما دفع إليهم من ملكه إخراجاً صحيحاً؛ فكأنه أبقاه في يده^(١).

٦٨٨ - فَصْل: [إعطاء الزكاة لفقراء بني هاشم]

ولا يجوز أن يعطي الزكاة لفقراء بني هاشم، ولا مواليتهم؛ وذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: «إن الصدقة محرمة على بني هاشم»^(٢)، وروي أنه رأى في

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٧٧/٢ وما بعدها.

(٢) أخرجه مسلم (١٠٦٩) بلفظ: «وأنا لا تحل لنا الصدقة»؛ وفي مسلم أيضاً (... إنها لا تحل =

الطريق تمر، فقال: «لولا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»^(١)، وقال: «إن الله حرم عليكم يا بني هاشم غسلة أيدي الناس»^(٢).

وأما مواليهم؛ فلما روى مقسم عن ابن عباس قال: استعمل أرقم بن أبي أرقم الزهري على الصدقات، فاستتبع أبا رافع، فأتى النبي ﷺ فسأله، فقال: «يا أبا رافع، إن الصدقة محرمة على محمدٍ وعلى آل محمد، وإن موالي القوم من أنفسهم»^(٣).

وبنو هاشم الذي تحرم عليهم الصدقة: آل العباس، وآل عليّ، وآل جعفر، وآل عقيل، وآل الحارث بن عبد المطلب؛ وذلك لأن الله تعالى حرم الصدقة على فقرائهم، وعوضهم [عنها] الخمس، والخمس: هو سهم ذوي القربى يختص بهؤلاء، وكذلك تحريم الصدقة يختص بهم، ومن سواهم من القرابة لا حق [لهم] في الخمس، فهم كالأجانب، فتحل لهم الصدقة.

وقال هشام: وسألت محمداً عن الصدقة التي لا تحل لغني، فقال: هي الصدقة التي افترضها الله تعالى: الزكاة وعشور الأرضين، فأما الصدقة التي على وجه الصلة^(٤)، فلا بأس بها، وإنما يعني بهذا التطوع، وقد قدمناه.

= لمحمد ولا لآل محمد... (١٠٧٢).

(١) أخرجه البخاري (٢٢٩٩)؛ ومسلم (١٠٧١).

(٢) قال ابن حجر: «لم أجده هكذا...»، وإنما أخرجه الطبراني بلفظ: (إن الله ﷻ أبى ذلك لكم ورسوله أن يجعل لكم أوساخ أيدي الناس، أو قال: غسلة أيدي الناس...). المعجم الكبير ٢٠/٢٨٧.

(٣) أخرجه الترمذي (٦٥٧) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن خزيمة في صحيحه ٥٧/٤؛ وقال

الشوكاني: «... رواه الخمسة إلا ابن ماجه، وصححه الترمذي...». نيل الأوطار ٤/٢٤٣.

(٤) في أ (الصدقة).

قال بشر بن الوليد: لا تحل الصدقة لغني ولا لفقير من بني هاشم، وهذا عندنا: على زكاة الأموال والمواشي والأرضين، وعلى الصدقات في الكفارات في الأيمان، والظهار، وجزاء الصيد، والقتل، وكل صدقة من كفارة أو نذر؛ وهذا لأن هذه صدقات واجبة، فلا تجوز عليهم.

وأما قوله: أو قتل، فإن كفارة القتل لا صدقة فيها، وإنما يريد من مات وعليه كفارة قتل، فأوصى أن يطعم عنه.

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: لا يجوز أن يُعطوا من صدقة الأوقاف، وهذا إنما يريد به إذا سمي في الوقف الأغنياء وبنو هاشم.

فأما إذا أطلق شرط الصدقة، فهي صدقة واجبة، فلا يجوز دفعها إليهم، ويجوز مع الشرط؛ لأن ذلك في حكم صدقة التطوع؛ [١/١٥٢] ولأن الوقف يجوز أن يشترط انتفاعه للأغنياء، وكذلك لبني هاشم.

٦٨٩ - فُصِّلَ: [إخراج القيمة في الزكاة]

قال: ويجوز أن يُعطى في الصدقة المفروضة في الزكاة وغيرها ما شاء من العروض والطعام وغيرهما، مما لو تصدق به تطوعاً كان قرية، يعطى من ذلك بقدر قيمة ما وجب عليه.

قال: وتحصيل هذا: أن كل مالٍ صحت الصدقة به، جاز أدائه في الزكاة، سواء كان من الجنس الذي وجبت فيه الزكاة، أو من غيره، وقال الشافعي: لا يجوز إخراج القيمة في الزكاة^(١).

(١) انظر: المجموع ٤٠١/٥.

وقد ذكر أبو الحسن عن طاووس: أن معاذًا كان يأخذ من أهل اليمن العروض في الزكاة^(١)، ويجعلها في صنف واحد، وعن عطاء: أن عمر كان يأخذ العروض في الصدقة من الثياب وغيرها^(٢).

والدليل عليه: ما روي: «أن النبي ﷺ رأى في إبل الصدقة ناقة كوماء، فقال: «إياكم وحزرات أموال الناس»، فقال المصدق له: أخذتها ببعيرين»^(٣)، وهذا يدل على جواز أخذ القيمة؛ ولأن ما يتعلق الزكاة بجنسه، جاز أن يؤخذ في زكاة السوائم ابتداءً كالحيوان، وهذا تعليل في الدراهم، وتعليل للثياب، فنقول: فجاز إخراجه في الزكاة كالدراهم؛ ولأن ما جاز إخراجه بين الفريضتين، جاز إخراجه عن نصاب من السوائم كالشاة^(٤).

٦٩٠ - [فصل: إخراج زكاة المكيل والموزون]

وإذا كان مال الرجل شيئًا لا يجوز بيعه بجنسه إلا مثلاً بمثل، فأعطى أقل من الكيل الواجب عليه من ذلك الجنس، لم يجزِ عنه إلا بقدر كيله، وكذلك الموزون عن الموزون، إذا كان من جنسه؛ لأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا، فلا قيمة لها، ألا ترى أن الشرع منع تقويمها، فصار كأنه أعطى من الصفة التي وجبت عليه أقل مما رجب.

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٣٢٨؛ المجموع ٥/٤٠١.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤/١٠٥؛ وأورده العيني في عمدة القاري ٩/٨.

(٣) روى نحوه أحمد في مسنده ٤/٣٤٩ (١٩٠٨٩)؛ والبيهقي في السنن الكبرى ٤/١١٣؛ وقال الهيثمي: «وفيه محمد بن يزيد الرهاوي، وهو ضعيف».

(٤) انظر: الأصل ٢/١٣٩ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/٣٧٠ وما بعدها؛ القدوري ص

فأما ما لا ربا فيه ، فقد ذكر في «الجامع الكبير»: إذا أعطى شاة سمينية ، بقيمة شاتين وَسَطَ جاز ؛ لأن الشريعة لم تمنع من تقويم الجودة في الغنم^(١) ، فجاز اعتبارها .

٦٩١ - فَصْلُ : [دفع قدر الكيل والوزن من الجنس الرديء]

فإذا أعطى قدر الكيل أو الوزن من الجنس الرديء ، أجزأ عنه عند أبي حنيفة ، وقال محمد: يؤدي الفضل ، وقال أبو يوسف: إن كانت فضة عن فضة ، وكان المدفوع كله فضة ، مثل أن يعطي غَلَّةَ جِيادًا عن مضروبة ، أو تَبْرًا جِيادًا ، فذلك جائز ، وإذا كان وزن الفضة فيما دفع أقل ، لم يجز حتى يعطي قدر النقصان ، مثل [١٥٢/ب] أن يؤدي نهرجة عن جِياد ، قال أبو الحسن: وقد روى محمد عن أبي يوسف غير هذا ، يعني: أنه يجوز مطلقًا ، وهذا التفصيل إنما رواه ابن سماعه عن أبي يوسف .

وجه قول أبي حنيفة: أن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لا [تتقوم]^(٢) ، وكأنه أخرج الجيد عن الجيد ، وهذا صحيح على أصله فيمن له على رجل دراهم جِياد ، فأعطاه رديئةً ، فأخذها وهو لا يعلم فأنفقها ، فإنه لا يرجع عليه بشيء [للجودة] .

فأما أبو يوسف فمن أصله في الدين: أنه يرجع مثل الرديئة ، ويأخذ [منه] الجِياد ، وقال في رواية محمد: في الزكاة يجوز عن الجِياد .

والفرق بين الدين والزكاة: أنه لو أثبت للفقير حق [القبض] والرد ، لم

(١) في أ (الحيوان) .

(٢) في ب (لا قيمة لها) ، والمثبت من أ .



يتعلق به فائدة، ألا ترى أن صاحب المال يأخذ منه الرديئة، ولا يعطيه شيئاً [ويعطيه إلى فقير آخر]، فإذا لم يكن في الفسخ فائدة لم يثبت الفسخ.

وأما رواية ابن سماعة، فإنه قال: إذا كان المدفوع فضة، فالجودة لا قيمة لها، وإذا كانت نهرجة، فقد دفع من الفضة أقل من الوزن المستحق عليه، فلا يجزئه.

وأما محمد، فقد قال في مسألة الدين: يرد مثل المقبوض ويرجع بحقه، وقال: هاهنا يتصدق بالفضل.

والفرق بينهما: أنه لو أخذ الفضل في الدين لأدّى إلى الربا، وإذا أخرج الفضل في الزكاة لم يؤدّ إلى الربا؛ لأن الربا [اسم للزيادة]^(١) المستحقة بعقد البيع، ولم يذكر أبو الحسن إخراج الجياد عن الرديئة.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الزكاة تجب في الدراهم النهرجة والزيوف والمكحلة والمزيفة، إذا كانت مائتين؛ وذلك لأن الغالب عليها الفضة، فاسم الدراهم يتناولها، والنبي ﷺ، أوجب في مائتين [خمسة] دراهم، ولم يفصل.

قال: فإن كانت ستوقه فلا زكاة فيها، إلا أن تكون كثيرة يبلغ ما فيها من الفضة مائتين؛ لأن الغالب على الستوق الغش، فاسم الدراهم لا يتناولها، فاعتبر ما فيها من الفضة، فإذا بلغت نصاباً وجبت فيه [الزكاة].

وهذا الذي رواه يجب أن يكون في الستوق الذي ليس للتجارة، فأما إذا

(١) في ب (الزيادة) والمثبت من أ.

كان للتجارة ، فيعتبر أن يبلغ قيمتها مائتين [كسائر] العروض .

[فأما إذا كان للتجارة ، فتبين] ذلك ما قال في روايته: وإن كان عنده فلوس أو دراهم رصاص أو نحاس أو نحوه ، فلا يتخلص الفضة منها وكانت كثيرة ، فإن كانت لغير التجارة ، فلا زكاة فيها ، وإن كانت للتجارة وثمانها يبلغ مائتين ففيها الزكاة .

وهذا صحيح ؛ [1/153] لأن الصُّفر لا تجب فيها الزكاة إلا بنية التجارة ، والفضة لا تعتبر فيها نية التجارة ، فمتى كان الستوق لغير التجارة ، اعتبر ما فيها من الفضة ، وإذا كانت للتجارة اعتبر قيمتها .

قال: فإن أدنى عن مائتي النبهرجة أربعة جياداً ، يكون قيمتها خمس نبهرجة ، لم تجز فيها إلا عن أربعة في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وقال زفر والحسن: يجزئه .

وأما أبو حنيفة ، فمضى على أصله في أن الجودة إذا لاقت جنسها ، لا قيمة لها ، وأما أبو يوسف ومحمد ، فحملا على ذلك الدين .

ومن كان له على رجل دراهم نبهرجة ، فأعطاه جياداً أقل من وزنها ، لم يجز إلا عن وزنها ، فكذلك هذا .

أما زفر فقال: المعتبر القيمة ، والربا لا يقع في الزكاة ، وإنما يقع في البياعات ، فكذلك جاز .

٦٩٢ - فَصْل: [زكاة الآنية المختلفة بين الوزن والقيمة]

قال عمرو: وسألت محمداً عن الآنية من الذهب والفضة كيف يزكي إذا

كان إناء وزنه مائتان ، وقيمته ثلاثمائة ، قال: إن شاء دفع رُبْع عشر إلى فقير ، فشاركه فيه ، وإلا دفع عشر قيمته من الذهب ؛ وذلك أنه إذا شاركه بربع عشره ، فقد أخرج الوزن والجودة ، وأدى من غيره ، فلم يجوز على أصل محمد ؛ لأن الجودة عنده معتبرة ، فلا بد من العدول إلى الذهب .

فأما على قول أبي حنيفة: فإن أخرج خمسة دراهم من غير الإناء ، جاز على أصله في جواز الرديئة عن الجياد .

فإن أعطى من الذهب قيمة خمسة دراهم من غير الإناء ، لم يجوز في قولهم جميعاً ، حتى يؤدي تمام القيمة ؛ لأن أبا حنيفة يسقط الواجب بالخمسة الرديئة .



بَابُ زَكَاةِ الدِّينِ



[٦١/ب] قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: هذا الباب يشتمل على فصول:

أولها: ما ملكه الإنسان ديناً بغير فعله ، وليس ببدلٍ عن شيءٍ كالميراث^(١) ، فلا زكاة فيه حتى يقبضه ويحول عليه الحول عند أبي حنيفة .

وكذلك ما ملكه بفعله وهو دينٌ ، إلا أنه ليس ببدلٍ عن شيءٍ ، مثل أن يُوصى له به^(٢) ، وما ملكه بدلاً عما ليس بمالٍ وهو دينٌ ، فلا زكاة فيه حتى يقبضه ويحول عليه [الحول] ، كالدية على العاقلة ، والبدل في الخلع والمهر ، ومال الكتابة ، والصلح عن دمٍ عمدٍ .

وما ملكه بدلاً عن مالٍ لو بقي في يده لم تجب فيه الزكاة ، مثل عبد الخدمة ، وثياب البدن إذا باعها ، ففيه روايتان:

قال في الأصل: إذا قبض مائتين زكّى لما مضى ، وروى ابن سَماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا زكاة فيه حتى يقبضه ويحول عليه الحول ، وهو الصحيح .

وما كان بدلاً عن مالٍ لو بقي في يده وجبت فيه الزكاة ، مثل عروض التجارة

(١) في ب (مثل الميراث) .

(٢) في ب (مثل الوصية) .

إذا باعها، فإنه إذا قبضها وقد حال [عليها] الحول، لم يزكه حتى يقبض أربعين فصاعداً.

وقال أبو يوسف ومحمد: كل دين صحيح إذا قبضه زكاه؛ لما مضى، فكذاك إن قبض بعضه.

وما لم يكن ديناً صحيحاً، لم يزكه، والديون كلها صحيحة إلا الدية على العاقلة، ومال الكتابة.

أما الميراث [و] الوصية^(١)؛ فلائنه لم [يملكهما إلا وهما]^(٢) دين، فصارا كالدية على العاقلة؛ ولأن النصاب المتفق عليه: ما اجتمع فيه اليد والملك، وقد وجد [فيه] الملك دون اليد، فلا يثبت نصاباً من غير اتفاق.

وأما الدية على العاقلة ومال الكتابة، فليس بدين صحيح؛ بدلالة أن من مات من العاقلة سقط ما عليه، والمولى لا يثبت له على [عبده] دين صحيح، والملك الناقص لا زكاة فيه.

وأما المهر إذا كان ديناً، فلا زكاة فيه؛ لأنه بدل عما ليس بمال كالدية على العاقلة.

وعلى الشافعي^(٣): أنه دينٌ وجب صداقاً، فلم تجب فيه الزكاة، كما لو تزوّجها على مالٍ لم ينوبه التجارة^(٤).

(١) في أ (من الوصية) والمثبت من ب.

(٢) في أ (لم يملكها إلا وهو) والمثبت من ب.

(٣) وذهب الشافعي إلى الوجوب، سواء قبض أو لم يقبض. انظر: الوجيز ١/٨٦؛ المجموع مع المهدب ٦/٢٢.

(٤) في ب (لم ينوبه للتجارة).

وأما البدل في الصلح والخلع ؛ فلأنه بدلٌ عما ليس بمالٍ ، كالدية .

وأما بدل [عبد] الخدمة ، فالصحيح : أنه لا تجب فيه الزكاة حتى يقبض مقدار النصاب ، ويحول عليه الحول ؛ لأنه لم يملكه وهو على صفة تجب فيه الزكاة إلا وهو دينٌ في الذمة ، فصار كالميراث .

وجه رواية الأصل : أنه أخذ شبهاً من أصليين : من ثمن متاع التجارة ؛ لأنه بدلٌ عن مالٍ كانت يده ثابتةً عليه ، ومن المهر والميراث ؛ لأنه لم يملكه وهو على صفةٍ يتعلّق به الزكاة إلا وهو دينٌ ، فأعطي حكم الشبه من الأصليين ، فقلنا : يُعتبر قبض مائتين ليلحق بالميراث ، فيزكيها لما مضى ليلحق بثمن عبد التجارة .

وأما ثمن عروض التجارة ، فوجه قول أبي حنيفة : أن الوجوب قد حصل بحول الحول ، وإنما يحتاج إلى الأداء ، ونصاب الأداء بعد الوجوب يتقدّر عنده بأربعين ، كالزيادة^(١) على المائتين .

وجه قولهما : أن كلّ دينٍ صحيحٍ فإن الزكاة تجب فيه كثمن العروض ، وما لم يكن ديناً صحيحاً لم تجب فيه الزكاة ؛ لنقصان الملك فيه ، وقليل المقبوض عندهما وكثيره سواءً ؛ لأن الوجوب إذا حصل لم يتقدّر عندهما نصابٌ للأداء ، كما في الزيادة^(٢) على المائتين .

٦٩٣ - [فصل : زكاة المال المستفاد في الحول]

قال أبو الحسن : وهذا إذا لم يكن لصاحب المال مالٌ [آخر] غير الدين ،

(١) في ب (كما زاد) .

(٢) في ب (كما زاد) .

فإن كان له مالٌ، فما قبض من ذلك فهو بمنزلة الفائدة يضمه إلى المال؛ لأنه مستفادٌ في الحول، فلا يعتبر فيه نقصانه قبل القبض، كما لو ورثه.

و[قد] قال أبو حنيفة: إذا [تزوجت] ^(١) على إبلٍ بعينها ولم تقبضها حتى حال عليها [١/٦٢] الحول، فلا زكاة [فيها] ^(٢)، وقال أبو يوسف ومحمد: فيها الزكاة.

وجه قول أبي حنيفة: أنه بدلٌ عما لا يجب فيه الزكاة، فلا يجب فيه الزكاة قبل القبض كالدية على العاقلة.

وجه قولهما: أنها قد ملكت المهر، وتمّ ملكها فيه، بدليل جواز تصرفها كالمقبوض.

فأما المبيع قبل القبض، فقد روي عن أبي يوسف: أنه لا زكاة فيه على المشتري؛ لأن ملكه لم يتم [فيه]، ألا ترى أنه لا يجوز تصرفه فيه (قبل القبض) ^(٣). [والله أعلم].



(١) في أ (تزوج) والمثبت من ب.

(٢) في أ (عليها) والمثبت من ب.

(٣) سقطت من ب.

بَابُ

المال يتوى ثم يقدر عليه، هل فيه الزكاة أم لا؟



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الأصل الذي تقدّم في هذا الباب: أنّ الديون الصحيحة تجب فيها الزكاة؛ وذلك لأنّه حصلها في ذمّة غيره بفعله، فهو كما لو حصلها في يده، ولا يلزمه إخراج زكاتها حتى يقبضها، خلاف ما قاله الشافعي^(١)؛ [لأنّه دينٌ]^(٢) في الذمّة، فلا يجب إخراج الزكاة عنه قبل قبضه، أصله إذا كان الذي عليه الدين معترفاً [به] في الباطن دون الظاهر.

ولأنّه إن أخرج عنه ديناً لم يجز؛ (لأنّ ما في الذمّة حقٌّ)^(٣)، والحقوق لا تجزئ في الزكاة كالمنافع، ولا يجوز أن يلزمه إخراج العين؛ لأنها أكمل من ملكه في الدين^(٤)، ولا يلزمه^(٥) إخراج الكامل عن ناقصٍ.

قال أبو الحسن: وإذا كان للرجل مالٌ على مؤسّرٍ أو معسرٍ، وهو جاحدٌ له، حتى مضى حولٌ له أو أحوالٌ^(٦)، ثم أقرّ به، فأخذه صاحبه، فلا زكاة عليه فيما مضى، وكذلك المال المغصوب.

(١) والصحيح من قوليّه: وجوب الزكاة، ولكن لا يجب الإخراج قبل الحصول على الدين بلا خلاف، فإن حصل في يده أخرجه عن المدة الماضية. انظر: مختصر المزني ص ٥٢؛ المجموع ٢٠/٦.

(٢) في أ (أنه لا دين)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) في ب (لأنّ الدين حقٌّ).

(٤) (في الدين) سقطت من ب.

(٥) في ب (ولا يجب).

(٦) في ب (حتى مضى عليه أحوال).

وقال زفر: يجب فيه الزكاة، وبه قال الشافعي^(١).

لنا: أنه خارجٌ عن يده، وهو^(٢) ممنوعٌ من الانتفاع به، فلا تجب فيه الزكاة^(٣) لما مضى، كمال الكتابة إذا عاد إليه بالعجز؛ ولأنَّ السائمة المغصوبة قد عدم فيها النماء، وعدم النماء^(٤) فيما لا تجب^(٥) فيه الزكاة - إلا بطلب النماء - يسقط الزكاة، كما لو جعلها عوامل^(٦).

وجه قول زفر: أن الملك له، وإنما عُدِمَت اليد، وعدم اليد لا يمنع وجوب الزكاة فيه، كالوديعة^(٧).

٦٩٤ - [فصل: زكاة الدين المجحود]

وأما الدين المجحود، إذا كان لصاحبه بيّنةً، فلم يقمها حتى مضى حولٌ، فقد روى هشام عن محمدٍ: أنه لا زكاة عليه؛ لأنَّ الحاكم كان يجوز أن يقبل البيّنة، ويجوز أن لا يقبلها^(٨)، فلم يمنع ذلك من تواء المال، فلم تجب زكاته.

وأما إذا كان القاضي يعلم الدين عليه^(٩)، فعليه الزكاة؛ لأنه بحالٍ لو رفعه إلى القاضي لقضى عليه، فقد ترك أخذه بفعله، فلا يسقط زكاته.

(١) انظر: المهذب ١/٥٢٠؛ المجموع ٦/٥١؛ رحمة الأمة ص ٦١.

(٢) وهو) سقطت من ب.

(٣) في ب (فلا تجب عليه زكاته).

(٤) في ب هنا (إذا رجع إلى المولى بعد العجز).

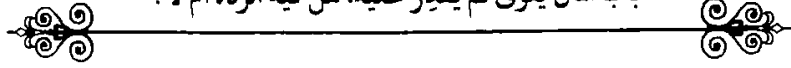
(٥) في أ (فيما) والمثبت من ب.

(٦) في ب (أصله إذا جعلها عوامل).

(٧) في ب (كالمال المودع).

(٨) في ب (أن يقبلها أو لا).

(٩) في ب (بالدين فعليه).



وقد روى معلى عن أبي يوسف: أن الغريم إذا كان يقدر في السر ويجحد في العلانية، فلا زكاة في الدين؛ لأن صاحبه لا يقدر على الانتفاع به، فهو كالمال المجحود في الحالين.

٦٩٥ - [فصل: في الدين على معسرٍ مقرّ به]

قال أبو الحسن: وإن كان الدين على معسرٍ مقرّ به، فمضى عليه حول ثم قبضه، زكاه في قولهم جميعاً^(١)، وقال الحسن بن زياد: لا زكاة فيه. وجه قولهم: أن إيسار الغريم لا يمنع من صحّة الدين؛ لأن الذمّة صحيحة، والدين الصحيح تجب فيه الزكاة.

وجه قول الحسن: أن الدين على المعسر لا يمكن الانتفاع به، فهو^(٢) كالتاوي.

[قال]: ومن كان في يده مال، فسقط منه أو غصبه غاصب، أو أخذه العدو، أو كانوا عبيداً فأبقتوا، (فلا زكاة عليه إذا قدر عليه بعد الحول)^(٣)؛ وذلك لأنّ المال خارج عن يده وتصرفه، وأمّا إذا غلب عليه العدو، (فقد ملكوه عندنا، فزال ملكه)^(٤)، وزوال الملك يمنع وجوب الزكاة.

٦٩٦ - [فصل: زكاة المال المدفون المنسي]

[قال]: وكذلك إن دفن مالاً في غير حرزٍ ونسيه، ثم ذكره بعد حولٍ، فلا زكاة عليه، وإن دفنه في حرزٍ ثم نسيه، فعليه الزكاة؛ وذلك لأنّه إذا كان في غير

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (فصار).

(٣) في ب (ثم قدر على ذلك بعد حولٍ فلا زكاة عليه).

(٤) في ب (فقد زال ملكه عندنا).

حرزٍ، فهو خارجٌ عن يده، فقد تعذّر عليه الانتفاع به، وإذا كان في حرزٍ، فيده ثابتةٌ عليه، فلا يعتبر الانتفاع به مع ثبوت اليد [عليه]، كما في صندوقه.

[وقد] روى ابن رستم عن محمد: فيمن أودع رجلاً لا يعرفه مالاً، ثم أصابه بعد سنين، قال: لا زكاة عليه، وهذا بمنزلة من دفن مالاً في مفازة.

قال: وإن كان أودع رجلاً يعرفه فنتسيه سنين ثم ذكره، فإنه يزكّيه، وهذا صحيحٌ؛ لأنه إذا لم يعرفه، فما في يده تاورٍ، ومن يعرفه فيده قائمةٌ مقام يده، وإنما فرط في النسيان، فلا تسقط الزكاة.

٦٩٧ - [فصل: الدين على معسر مفلس]

[قال]: وإذا كان الدين على معسرٍ [قد] فلسه القاضي^(١)، ففيه الزكاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ [لما مضى]، وقال محمد: لا زكاة فيه.

أما أبو حنيفة فمن أصله: أن الحكم بالتفليس لا ينفذ، وذمة المفلس كذمة غيره صحيحة^(٢)، فهو بعد التفليس كما^(٣) قبله.

وأما أبو يوسف: فإنه وإن كان يرى الحكم بالتفليس، فإنه يقول: أكثر ما فيه تأخير المطالبة إلى وقت اليسار، فصار كالتأجيل.

وأما محمد فقال: إن التفليس يوجبُ عيباً في الذمة^(٤)، فيصير الدين ناقصاً لنقصان محله، والدين الناقص لا زكاة فيه كمال الكتابة^(٥).

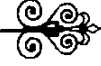
(١) في ب (الحاكم).

(٢) سقطت من ب.

(٣) في ب (كهو).

(٤) في ب (عيب الذمة).

(٥) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٢٤٩، ٣٤١ وما بعدها.



بَابُ

هلاك مال الزكاة بعد وجوبها، أو هلاك بعضه



(قال الشيخ رحمه الله تعالى) ^(١): قال أصحابنا جميعاً: إذا هلك المال بعد الحول بغير تعدد من صاحبه ^(٢) ومالكة، سقطت الزكاة، وقال الشافعي: إذا هلك بعد إمكان أدائه، ضمن [الزكاة] ^(٣).

لنا: أنه ما هلك بغير فعله، فلم يلزمه الزكاة عنه بغير مطالبة آدمي.

أصله: إذا هلك قبل إمكان الأداء؛ ولأن ما لا يكون مضموناً قبل إمكان الأداء، لا يُضمن ^(٤) بالتأخير عن وقت الإمكان كالوديعة والتصدق باللقطة؛ ولأنه حق لم يتعين من يجب دفعه إليه، فلا يضمن بالتأخير ^(٥)، أصله لو قال لصاحبه المودع ^(٦): سلم الوديعة إلى أي غلmani شئت.

٦٩٨ - [فصل: امتناع دفع الزكاة للساعي حتى هلك]

وكان أبو الحسن يقول: إن الساعي إذا طالب بالزكاة، فلم يدفع إليه حتى

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤٢١/١؛ الأم ١٢/٢.

(٤) في ب (لا يكون مضموناً).

(٥) في ب (بتأخير الدفع إليه).

(٦) في ب (لو قال صاحب الوديعة).

هلك المال، ضمنَ؛ لأنها أمانةٌ، وقد طالبه بها من يملك المطالبة، فصار كالمودع إذا طلب الوديعة [فلم يدفعها] مع الإمكان حتى هلكت، ضمن^(١).

وكان أبو سهل الزجاجي يقول: لا يضمن وإن طلب المصدق؛ لأن المالك مخيرٌ: إن شاء أعطى العين، وإن شاء أعطاه غيرها من القيمة، أو غير ذلك^(٢)، فله أن يؤخر الدفع ليحصل العوض عنها.

٦٩٩ - [فصل: الوجوب في حال اجتماع النصاب والعفو]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا اجتمع في المال نصابٌ وعفوٌ، فالوجوب يتعلق بالنصاب دون العفو، فإذا هلك قدر^(٣) العفو، لم يسقط شيءٌ من الزكاة. وقال محمد وزفر: الوجوب يتعلق بهما، فالهالك منهما^(٤).

وقال الشافعي في الإملاء: الشاة وجبت في التسع^(٥).

لنا: حديث عمرو بن حزم: أن النبي ﷺ قال: «في خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض، وليس في الزيادة شيءٌ إلى خمسٍ وثلاثين»^(٦)، ذكره

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (وإن شاء أعطاه من غيرها، أو دفع قيمتها).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (فما هلك هلك منهما).

(٥) هو ما كان بين الفريضتين، وهو ما زاد على الخمس إلى التسع، فجعل الفرض في النصاب وما زاد؛ لأنه زيادة على نصاب، فلم يكن عفواً.

انظر: مختصر المزني ص ٤٢؛ المهذب ٦/٤٧٧.

(٦) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٦٢/٢): «غريبٌ بهذا اللفظ، قال ابن الجوزي في التحقيق: وروى القاضي أبو يعلى وأبو إسحاق الشيرازي في كتابيهما: أن النبي ﷺ قال: في خمسٍ من=

إسماعيل بن إسحاق .

ولأنها زيادة لا يزيد بها الوجوب ، فلا ينتقل إليها الوجوب ، أو لا يتعلق بها الوجوب ، كالزيادة المستفادة ، والزيادة من غير جنس المال ، والزيادة إذا بلغت نصاباً .

وجه قول محمد وزفر: أن ما يتعلق به الوجوب غير متعين لها^(١) ، [فصار] كأن النصاب اختلط بمالٍ آخر ، فيكون الهالك منهما .

٧٠٠ . [فصل: الزكاة في هالك من المال بعد حَوْلان الحول]

وذكر محمد في (الأصل من)^(٢) الجامع الكبير: فيمن له أربعون [ب/٦٢] من الإبل [حال عليها الحول] ، فهلك منها عشرون^(٣) ، ففي الباقي أربع شياه عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف: عشرون جزءاً من ست وثلاثين جزءاً من بنت لبون .

وقال محمد: نصف بنت لبون .

أما أبو حنيفة فقال: الهالك بمنزلة ما لم يكن ؛ بدليل أنه لا يضمن زكاته ، فيصير كأن الحول حال على عشرين .

وأما أبو يوسف فقد قال: في الأربعين^(٤) أربعة عفو، فالهالك أولاً منهما ،

= الإبل شاة، ولا شيء من الزيادة حتى تبلغ عشراً .

(١) سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) الجامع الكبير ، ص ١٨ .

(٤) في ب (في الهالك) .



وبقي بنت لبون في ست وثلاثين ، فما هلك من المال سقط منها بقدره .

وأما محمد فمن أصله: أن بنت لبون واجبة في الأربعين ، فإذا هلك نصفها ، سقط نصف الوجوب .

٧٠١ - [فصل: ترتب النصاب على النصاب من غير عفو]

وأما إذا ترتب النصاب على النصاب من غير عفو ، مثل مائة وإحدى وعشرين من الغنم ، هلك منها إحدى وثمانون ، فقد قال في الجامع الكبير: في الباقي شاة في قياس قول أبي حنيفة^(١) .

وقال أبو يوسف ومحمد: فيه أربعون جزءاً من مائة وإحدى وعشرين جزءاً من شاتين ، وروى [أبو يوسف] في الإملاء عن أبي حنيفة مثله .

قال أبو الحسن: وهو الصحيح ؛ لأن هشاماً روى عن محمد أنه قال: لا أحفظ في ذلك مذهب أبي حنيفة .

أما وجه قوله على ما قاله في الجامع الكبير ؛ فلأن النصاب الثاني يترتب على الأول ، كترتب العفو على النصاب ، فالهالك منه ، وصار^(٢) كأن لم يكن إلا الباقي .

وجه قولهما: أن الوجوب متعلق بالجميع ؛ لأنه لا عفو فيه ، فالهالك يهلك من النصابين ، والباقي يبقى منهما .



(١) الجامع الكبير ، ص ١٧ (دار الكتب العلمية) .

(٢) سقطت من ب .

٧٠٢ - [فصل: الهلاك من المالين المختلطين]

وإذا كانت الإبل خمساً وعشرين فهلك منها عشرة، فقياسه ما روى محمد عن أبي حنيفة: أن في الباقي ثلاث شياه؛ لأنه يجعل الهالك كأن لم يكن. وفي قول^(١) أبي يوسف ومحمد وزفر: فيه ثلاثة أخماس بنت مخاض.

وأما إذا انضم إلى مال الزكاة الذي يجب فيه ربع العشر مال آخر بعد الحول واختلط به، ثم هلك بعضه، فالهالك من الجملة، وقد سقط من الزكاة بحسابه، مثاله: إذا كان له مائتا درهم، فحال عليها الحول، ثم ورث مائتين، فخلطها بها، ثم هلك نصفها، كان الهالك من المالين، وسقط نصف الزكاة؛ لأن أحد المالين ليس بتابع للآخر، ولا مترتب^(٢) عليه، فهو كالمال المشترك.

ولو ربح في المائتين بعد الحول مائتين، ثم هلك من الجملة، لم يسقط شيء من الزكاة؛ لأن الربح تبع للمال، فالهالك منه كالعفو.

٧٠٣ - [فصل]:

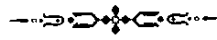
قال أبو الحسن: والعفو عند أبي حنيفة في سائر الأموال، فأما علي قولهما: فلا يتصور العفو إلا في السوائم؛ لأن عندهما ما زاد على المائتين لا عفو فيه.



(١) في ب (وقال).

(٢) في ب (فلا يترتب).

بَاب المال يكون للصبي والمجنون



(قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى) (١): قال أصحابنا: لا زكاة في مال الصبيّ والمجنون، وقال الشافعي: فيه الزكاة (٢).

لنا: أنها أحد الأركان الشرعية، فلا يثبت وجوبها في حقّ [الصبيّ و] المجنون، كالصوم والصلاة؛ ولأنّه مالٌ (٣) لغير مكلفٍ، [فلا تجب فيه الزكاة]، كالحليّ، والحَيْلِ [المتوالد من] (٤) الظباء والغنم.

و[أما] إذا أفاق المجنون في بعض الحول، فقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنّه إذا أفاق من جنونه استأنف حولاً من حين أفاق، ولا يجب لما مضى من الأحوال شيء.

وهذا قد حكاه أبو الحسن، وإنّما رواه الحسن في المجنون الأصلي إذا بلغ مجنوناً؛ لأنّه قال في روايته: إذا دخل الحول وهو صحيحٌ ثم جُنَّ بعد ذلك، فمكث حولاً، إنّهُ يبطل حكم ما صحّ في الأول، وإن لم يتمّ به الجنون حولاً

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (في مالهما الزكاة).

«وتجب الزكاة في مال الصبي والمجنون عند مالك والشافعي وأحمد ويخرجها الولي من مالهما».
رحمة الأمة ص ٦١.

(٣) في ب (ملك).

(٤) في أ (المتولدة بين).



أوجبت عليه الزكاة من الوقت الأول.

وقال في نواذر الزكاة: إنه متى أفاق [المجنون] في شيء من السنة، قلَّ أو كثر، فعليه الزكاة لتلك السنة.

وقال هشام عن أبي يوسف: إنه اعتبر الإفاقة أكثر السنة، خلاف رواية ابن سماعة عنه؛ لأنه روي عنه: أنه إذا أفاق ساعة من الحول في أوله أو أوسطه أو آخره، وجبت [عليه] الزكاة، وهو قول محمد.

أما الجنون الأصلي، فإنما اعتبر أبو حنيفة ابتداء الحول من حين الإفاقة؛ لأن التكليف لم يسبق هذه الحالة، فصارت الإفاقة كبلوغ الصبي.

وأما إذا طرأ الجنون، فإن استمر [به] سنة، [فقد] أسقط التكليف، ألا ترى أنه يسقط الصلاة والصوم والحج، فصار في حكم الجنون^(١) الأصلي.

وأما إذا جُنَّ أقل من سنة، فلم يسقط عنه جميع العبادات (من حج وغيره)^(٢)، فصار كجنونه ساعة؛ ولأن المعتبر بابتداء الحول؛ لأنه وقت الانعقاد، وبآخره؛ لأنه وقت الوجوب، وقد حصل التكليف فيهما، وزوال التكليف ما بين ذلك لا يؤثر في الوجوب.

وجه قولهما: أن الحول مدَّة للعبادة، فالإفاقة في جزء منها^(٣) يتعلَّق به الوجوب، كإفاقته في رمضان.

(١) سقطت من ب (الجنون).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٣) في ب (من وقتها).

وجه رواية هشام عن أبي يوسف: أن الأكثر يقوم مقام الجميع ، فإذا جُنَّ أكثر الحول ، صار كأنه جُنَّ في جميعه ، وإذا جُنَّ في أقله ، فقد غلبت الصحة ، فصار كجنون ساعة .

٧٠٤ - [فصل: الجنون والإغماء المؤثر في العبادات]

والذي يجنّ ويفيق بمنزلة الصحيح ؛ لأن هذا الجنون لا يستحقّ به الحجر ، فهو كالنوم .

وأما المغمى عليه ، فهو كالصحيح ؛ لأن الإغماء لا يؤثر في العبادات التي ليس من شرطها الطهارة ؛ بدلالة الصوم والحج^(١) .

٧٠٥ - [فصل: زكاة المرتد]

وإذا ارتدّ الرجل عن الإسلام - وقد وجبت عليه الزكاة - بطلت عنه الزكاة ، وكذلك ما مرّ عليه من الأحوال ، وهو فيها مرتدّ ، فلا زكاة [فيه] عليه ، وقال الشافعي: الردّة لا تسقط الزكاة^(٢) .

لنا قوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله»^(٣) ؛ ولأنّ من يخاطب بالإيمان لا يلزمه الزكاة كالحربي^(٤) .



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٢٦١ وما بعدها .

(٢) انظر: رحمة الأمة ص ٦١ .

(٣) أخرجه مسلم (١٢١) من حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه .

(٤) في ب (كالكافر الأصلي) .

٧٠٦ - [فصل: سقوط الزكاة بالموت]

وقد قال أصحابنا: إنَّ الزكاة تسقط بالموت ، وقال الشافعي: لا تسقط^(١) .

لنا: أنَّ كلَّ عبادةٍ وجبت عليه في حياته ، [لا يجب]^(٢) أدائها بعد موته ، أصله: الصلاة^(٣) ؛ ولأنَّه أدَّى الزكاة عنه بغير نيَّته ، فصار كحال حياته .

وقالوا من مات في خلال الحول: انقطع حوله ، وقال الشافعي: يبني الوارث عليه .

لنا: أنَّ ملكه زال عن النصاب ، [فانقطع حوله] ، فصار^(٤) كما لو باع ذلك .



(١) «من وجبت عليه الزكاة ، وتمكن من أدائها ، فلم يفعل حتى مات ، وجب قضاء ذلك من تركته ؛ لأنه حق مال لزمه في حال الحياة ، ومن تأخر عن الأداء حتى مات ، كان عاصياً» . انظر: المجموع

٢٥١/٦ .

(٢) في أ (لا يجوز) ، والمثبت من ب .

(٣) في ب (كالصلاة) .

(٤) سقطت من ب .

بَاب تعجيل الزكاة

—•••••—

قال الشيخ رحمه الله تعالى: قال أصحابنا: تعجيل الزكاة في جميع الأموال إذا ملك نصاباً يجوز، وقال مالك: لا يجوز^(١).

لنا: ما وري أن النبي ﷺ استسلف من العباس زكاة عامين^(٢)؛ ولأنه حق مؤجل، فإذا عجله فقد أحسن، كالدين المؤجل.

وأما إذا لم يكن عنده^(٣) نصاب، فلا يجوز التعجيل؛ لأنه لم يجب الحق، ولا وجد سبب الوجوب، وأداء العبادات قبل وجوبها وقبل وجود^(٤) سبب وجوبها لا يجوز.

٧٠٧. [فصل: تعجيل زكاة سنتين أو أكثر]

قال أصحابنا: إذا ملك نصاباً، فعجل لنصابين أو أكثر، جاز، وقال زفر:

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٦٢.

(٢) رواه الطبراني في الكبير (٩٩٨٥)، من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير: «في إسناده محمد بن ذكوان وهو ضعيف، ورواه البزار وابن عدي والدارقطني من حديث الحسن بن عمارة عن الحكم عن موسى بن طلحة عن أبيه نحوه، والحسن متروك...، ورواه الدارقطني أيضاً من حديث العزمي ومنديل بن علي عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس، وهما ضعيفان أيضاً، والصواب عن الحكم عن الحسن بن مسلم بن يناق مرسلًا» ١٦٣/٢.

(٣) في ب (معه).

(٤) في ب (أو وجود).

لا يجوز أن يعجل زكاة ما ليس في ملكه .

لنا: أن وجود النصاب في ملكه^(١) سببٌ لوجوب الزكاة فيما [يستقبل]^(٢)،
بدلالة أنه يضمّه إلى المال ويزكيه بحوله، فقد عجل عند وجود سبب
الوجوب^(٣)، فجاز التعجيل . [١/٦٣]

وجه قول زفر: أنه عجل زكاة ما ليس في ملكه، فلا يجوز، كالنصاب الأول .

٧٠٨ - [فصل: شرط أجزاء تعجيل الزكاة]

قال أبو الحسن: إنما يجزئ التعجيل إذا كان مالكا للنصاب في أول الحول
وآخره، ومعه في وسط الحول نصاباً أو بعضه؛ وذلك لأنّ المُعجَّل إنّما يقع عمّا
يجبُ عليه بحول الحول، ولا يجب عليه إلا أن يكون النصاب كاملاً في طرفي
الحول، وقد وُجد في أثناءه جزء منه .

فأمّا إذا عجل زكاة المائتين، ثم هلكت كلها^(٤) واستفاد مائتين، لم يجز ما
عجل عنها؛ لأنّه عجل [عن مال]^(٥) تبيننا أنه لا زكاة فيه، (وما استفاد لا زكاة
عليه)^(٦)، فلم يجز المعجل .



(١) (في ملكه) سقطت من ب .

(٢) في أ (يستفيد) والمثبت من ب .

(٣) في ب (عند وجود السبب) .

(٤) سقت هذه الكلمة من ب .

(٥) في أ (عن غير مال وقد تبيننا) .

(٦) في ب (فأما الذي استفاده، فلم يعجل زكاته) .

٧٠٩ - [فصل: اعتبار المعجل في تمام النصاب]

قال أبو الحسن: وإن حال الحول وليس عنده نصابٌ، وهو إذا ضمَّ إليه ما عجل تمَّ النصابُ، فلا زكاة عليه ولا يعتبر المعجل في تمام النصاب، مثاله: مَنْ عَجَّل شاةً عن أربعين [من الغنم]، فحال الحول وعنده تسعة وثلاثون، فإن الزكاة لا تجبُ عليه.

قال في الزيادات: إن كان دفع الواحدة إلى الفقراء وقعت نفلاً، وإن كانت قائمةً بعينها في يد الإمام أو الساعي أخذها، فإن باعها الإمام لنفسه ضمنها، والثلث له، وإن باعها فلم يتصدق بثمنها ردَّ عليه الثلث، وقال الشافعي: يُكْمَل النصاب بما عجل^(١)، فيقع عن الوجوب^(٢).

لنا: أنه مالٌ أخرج به بنية الزكاة، فلا يكمل به نصابه، أصله: إذا تلف في يد الإمام.

٧١٠ - [فصل: الضمان فيما إذا استسلف الإمام وهلكت]

قال أصحابنا: إذا استسلف الإمام الزكاة، فتلفت^(٣) في يده، لم يضمن، وقال الشافعي: إذا استسلف بغير مسألة ربِّ المال، ولا أهل السهمان^(٤)، ضمن^(٥).

(١) في ب (يكمل النصاب بها).

(٢) فإذا عجل الزكاة عن نصاب، ثم هلكت شاة، فثبت له الرجوع (على الأصح من الوجهين)؛ لزوال شرط الوجوب قبل الحول. انظر: المهذب ٥٤٩/١؛ المجموع ١٤٧/٦.

(٣) في ب (فهلكت).

(٤) في ب (السهم).

(٥) انظر: المجموع ١٤٧/٦.

لنا: أنه مأذونٌ [له] في الأخذ، فإذا لم يضمن به، لم يضمن بالهلاك، كالأب يستقرض للصغير؛ ولأنَّ له ولايةً في استيفاء هذا الحقِّ للفقراء، فإذا استوفاه وتلف في يده لم يضمنه من غير تفريطٍ، أصله: إذا أخذها بعد الحول.

٧١١- [فَصْل: تأثير إيسار الفقير قبل تمام الحول]

قال أصحابنا: إذا دفعها الإمام إلى فقيرٍ، فأيسر الفقير^(١) قبل تمام الحول، أو مات، أو ارتدَّ، جاز عن الزكاة.

وقال الشافعي: يستردُّ الإمام إلا أن يكون اليسار من المال.

لنا: أنَّ الدفع صادق فقرًا، فما يحدث بعده من الغنى لا يؤثر فيه، أصله: إذا أخرجها بعد الحول.

٧١٢- [فَصْل: الرجوع إلى الزكاة المعجلة إذا هلك المال]

قال أصحابنا: إذا عجل زكاة ماله، فهلك المال، لم يرجع على الفقير. وقال الشافعي: إذا قال له: إنها معجلةٌ، رجع عليه^(٢).

لنا: أنه ماٌ وصل إلى المسكين بنية الزكاة، فلم يجز الرجوع فيه، كما لو أطلق الدفع^(٣).

وقالوا^(٤): إذا كان دراهم ودنانير وعروضٌ، فعجل زكاة جنسٍ منها فهلك

(١) سقطت من ب.

(٢) انظر: رحمة الأمة ص ٦٢.

(٣) في ب (كمن أطلق الدفع).

(٤) في ب زيادة (فيما).

جَازَ المعجَّلَ عن الباقي ؛ لأنَّ الجميعَ في حكم المال الواحد ، ألا ترى أن نصاب بعضه بينى على نصاب^(١) البعض ، فصار كمن له ألف درهمٍ فعجل زكاة المائتين ، ثم هلك بعض المال .

وقالوا في السوائم المختلفة: إذا عَجَّلَ شاةً عن خمسٍ من الإبل ، فهلكت ، وعنده أربعون من الغنم ، لم يجز عن زكاتها ؛ لأنهما نصابان مختلفان ، فالتعجيل من أحدهما لا يقع عن الآخر .

٧١٣ - [فَصْلٌ : تعجيل العشر في الأراضي الزراعية]

قال أبو يوسف: إذا زرع أرضه جاز تعجيل العشر ، وإن لم ينبت البذر ، وقال محمد: لا يجوز حتى ينبت ، ولا يختلفون أنه إذا عجل قبل البذر ، لم يجز^(٢) .

لأبي يوسف: أنه إذا طرح البذر ، فلم يبق إلى وقت الوجوب إلا مضيُّ الزمان ، فصار ذلك كوجود النصاب ، وليس كذلك قبل البذر ؛ لأنَّ الوجوب موقوفٌ على فعلٍ حادثٍ .

وجه قول محمد: أن البذر يتلف ، وإنما يتولد^(٣) الحبُّ من النبات ، فما لم يوجد ، فقد عجل الزكاة قبل وجود سبب الوجوب ، فلم يجز^(٤) .

٧١٤ - [فَصْلٌ : تعجيل عشر ثمر النخل قبل أن يطلع]

قال أبو يوسف: إذا عَجَّلَ عشر ثمرة النخل قبل أن يَطْلُعَ ، جَازَ ، وقال

-
- (١) سقطت من ب .
 (٢) في ب (أنه لا يجوز) .
 (٣) في ب (يحدث) .
 (٤) في ب (فقد عجل قبل السبب فلا يجوز) .

محمد: لا يجوز حتى يطلع .

وجه قول أبي يوسف: أنه لم يبق إلى وقت الوجوب إلا مضيّ الزمان ،
فصار كوجود النصاب .

وجه قول محمد: أن النخل يبقى في ملكه ، ويتوالى الخارج منه ، فلم يكن
سبباً للوجوب^(١) كالأرض . [والله أعلم]^(٢) .



(١) سقطت من ب .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٢٦٦ وما بعدها .

بَاب مَا يُمَرُّ بِهِ عَلَى الْعَاشِرِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: ما مرّ به المسلم على العاشر مما تجب فيه الزكاة، وقد حال عليه الحول، أخذ منه ربع العشر، وهذا هو الزكاة الواجبة عليه بعينها، تجب على شروط الزكاة، وتسقط بما تسقط به الزكاة.

والأصل في ذلك: ما روي أن عمر رضي الله عنه نَصَبَ الْعُشْرَ، وقال لهم: (خذوا من المسلم رُبْعَ الْعُشْرِ، ومن الذمي نِصْفَ الْعُشْرِ، ومن الحربي العِشْرَ)^(١)، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير^(٢).

[وروي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله بذلك، وقال: «أخبرني من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم»]^(٣).

ولأنّ الزكاة في المال النّاض^(٤) يتعلّق بها حقّ الإمام، كالمال الظاهر، وإنما رأى عثمان أنّ الأموال كثرت، وأنّ تتبعهم بها يشقّ عليهم^(٥)، ففوّض ذلك إلى

(١) عبد الرزاق في المصنف (٩٥/٦)؛ وابن أبي شيبة في المصنف (٤١٧/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٠/٩)

(٢) في ب (خلاف).

(٣) عبد الرزاق (٩٦/٦)، وليس فيه: «أخبرني من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم».

(٤) في ب (الباطن). «وأهل الحجاز يسمّون الدنانير والدراهم: النضّ والنّاض» كما في الصحاح (نض).

(٥) في ب (وأنّ تتبعها يشق).

أربابها، فإذا اجتازوا بها على المُصدق، فقد ظهرت، فصارت كالسائمة.

وإذا ثبت أن المأخوذ زكاةً، اعتبر فيها شرائط الزكاة، وقد قالوا: إن من شرط الأخذ اجتماع الملك والمالك؛ لأن المالك إذا حضر وماله لم يظهر، فلا يطالب بزكاته، وإذا حضر ماله والمالك لم يحضر، لا تؤخذ الزكاة.

وقال محمد في الجامع الصغير: إذا مرّ المضارب والعبد المأذون [له بالتجارة] بمالٍ أخذ منه العاشر الزكاة في قول أبي حنيفة الأول.

قال أبو يوسف: ثم رجع في المضارب وقال: لا يؤخذ منه^(١)، و[قال]: لا أعلمه في العبد رجع.

وجه قوله الأول: أن المضارب مالك التصرف في المال على العموم، فهو كربّ المال.

والصحيح: أن رجوعه في أحدهما، رجوع في الآخر؛ لأن الملك حضر دون المالك، ومن شرط الأخذ اجتماع الأمرين.

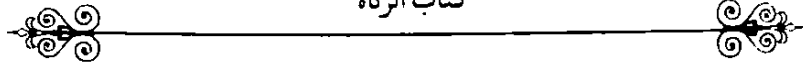
ومن أصحابنا من تكلف الفرق فقال: يد المأذون [له يدٌ] لنفسه؛ بدلالة أنه لا يرجع بالديون على مولاه، فصار كالمالك، فيؤخذ منه^(٢).

وأما المضارب، فیده كربّ^(٣) المال؛ بدليل أنه يرجع بالديون عليه، (ولم

(١) «لأنه في حق أداء الزكاة غير مالك» كما قال الصدر الشهيد في تعليل قول أبي حنيفة. شرح الجامع الصغير (للصدر الشهيد) ص ٢١٥.

(٢) (فيؤخذ منه) سقطت من ب.

(٣) في ب (يد لرب المال).



يحضر ربّ المال ولا رضي به ، فلا يؤخذ منه الزكاة^(١) .

وعلى هذا قالوا: إذا مرّ على العاشر بشقص^(٢) نصابٍ ، وأخبره أنّه مالكٌ لتمام النصاب ، لم يأخذ منه شيئاً ؛ لأنّ ما لم يحضره ليس بظاهرٍ ، والأخذ يتعلق بالمال الظاهر .

٧١٥ - [فصل: أخذ العشر من المسلم والذمي والحربي]

قال: ولا يأخذ من المسلم إذا مرّ عليه في الحول أكثر من مرّةٍ واحدةٍ ؛ لأنّ المأخوذ زكاةٌ ، [والزكاة] لا يتكرر وجوبها في الحول ، وكذلك الذميّ لأنه من أهل دار الإسلام كالمسلم ، فأما الحربي فكلّما عاد إلى دار الحرب ثم خرج منه ، [أخذ منه]^(٣) العشر ؛ [لأنّ الحق يجب عليه] ، لأنّ ماله صار محظوراً في دار الإسلام ، (وهو يحتاج كل مرّةٍ إلى تجديد الأمان ، فإذا)^(٤) عاد تجدد الحظر ، فوجب عليه العشر^(٥) .

قال: وإذا مرّ الذميّ بخمرٍ للتجارة ، أخذ عشر ثمنها ، ولا تُعشّر الخنازير ؛ لما روي عن عمر أنّه قال: (وَلَوْ هُمْ بَيْعُهَا وَخَذُوا الْعَشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا)^(٦) ، وروي عن مسروق: (أَنَّ الْخَمْرَ تُعْشَّرُ) ؛ ولأنّها كانت مالاً للمسلمين ، وتعود^(٧) مالاً إذا

(١) ما بين القوسين في ب (فإذا لم يحضر رب المال ، لم يؤخذ منه شيء) .

(٢) في ب (بعض) .

(٣) في أ (فعله) ، والمثبت من ب .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٥) انظر: الأصل ١٠٠/٢ .

(٦) عبد الرزاق في المصنف (٢٣/٦) .

(٧) في ب (وتصير) .

تخللت ، وهي فيما بين ذلك مال أهل الذمة ، فغلب معنى المال فيها ، فوجب العشر .
وأما الخنازير ، فلم تكن مالاً للمسلمين ، ولا تعود مالاً لهم ، فلم يغلب
معنى المالية فيها ، فلا تعشّر .

٧١٦ - [فصل : ادعاء المسلم أو الذمي دفع العشر]

[قال] : وإذا قال المسلم أو الذمي للعاشر : أدّيتها إلى عاشر غيرك ، أو
دفعتها إلى المساكين ، فإن القول قوله مع يمينه ، فإن جاء ببراءة فاتهمه فيها ،
استحلفه .

أمّا إذا ادّعى دفعها إلى عاشر آخر ، [٦٣/ب] وقد كان في تلك السنة (١) عاشر
[آخر] ، فالقول قوله ؛ لأنّ الأمر يجوز أن يكون كما قال ، (وهو أمين
فيصدق) (٢) .

وقد قالوا في إحدى الروايتين : إنّ قوله لا يُقبل إلا أن يحضر براءة عاشر ؛
لأنّ العاشر إذا أخذ يكتب البراءة ، فإذا لم يحضر البراءة ، فقد أكذبه الظاهر .

وقالوا في الرواية الأخرى : يُصدق (٣) من غير براءة ؛ لأنّه أمينٌ ، فيقبل قوله
من غير حجةٍ ، كالمودع .

وأما إذا قال : أدّيت زكاتها إلى المساكين ، فالقول قوله ؛ لأنّه يملك الأداء
إليهم ، ويُستحلف على ذلك عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن من جعل القول قوله

(١) في ب (الساعة) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (يقبل قوله) .

فيما يلزمه فيه الخصومة ، والشيء مما يصح بذله ، فالقول قوله فيه مع يمينه ،
كالمدعى عليه الدين .

وروى ابن سماعة (عن أبي يوسف)^(١) : أنه لا يستحلف ؛ لأنها عبادة ،
فالقول فيها قوله أنه أداها بغير يمين ، كالصلاة والصيام^(٢) .

وعلى هذا ، إذا قال للعاشر : عليّ دينٌ ، أو لم يحل عليّ الحول ؛ لأن الزكاة
تتعلق بشرائط لا تُعلم إلا من جهته ، فالقول قوله فيها ، وكذلك الذمّي ؛ لأنه من
أهل دار الإسلام كالمسلم .

(فأما المسلم ، فقد بيناه)^(٣) ، وأما الحربي ، إذا قال عليّ دينٌ ، أو لم يحل
عليّ الحول ، أخذ منه ؛ لأن [في الأصل] الدين يؤثر في نقصان الملك ، والحربي
ناقص الملك في الأصل ، والعشر واجب عليه ، وكذلك الحول لا يعتبر في حقه .

فإن كان معه ممالكٌ ، فقال : هم أولادي ، أو أمهات أولادي ، فالقول قوله ؛
[لأن النسب يثبت في دار الحرب كما يثبت في دار الإسلام]^(٤) ، فيرجع إلى
قوله فيه .

فإن قال : هم مُدبِّرون ، لم يُلتفت إلى قوله ؛ لأن التدبير لا يصح في دار
الحرب^(٥) .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) في أ (لأن النسب في دار الإسلام يثبت كما في دار الحرب سواء) ، والمثبت من ب .

(٥) انظر : الأصل ١٠٣/٢ وما بعدها .

٧١٧ - [فصل: معاملة أهل الحرب بالمثل في التعشير]

قال: ويأخذ من أهل الحرب مثل ما يأخذون من المسلمين، فإن كانوا لا يعشرون المسلمين لم يُعشروا.

فإن لم يعلم هل يعشرون المسلمين أم لا يعشرون، أو لم يعلم قدر ما يأخذون، أخذ منهم العشر؛ لما روي أن عمر قال: خذوا منهم ما يأخذون من تجارنا، فقليل له: فإن [لم] نعلم ما يأخذون؟ فقال: خذوا العشر^(١)، وهذا ليس على طريق المقابلة لفعالهم؛ لأن ما يأخذونه من المسلمين ظلم، وما نأخذه منهم حق، وإنما يفعل ذلك؛ لأنه ادعى إلى تثبيت الأمان، وأقرب إلى اتصال التجارات.

ويؤخذ من بني تغلب نصف العشر؛ وذلك لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف ما يؤخذ من المسلمين^(٢).

٧١٨ - [فصل: العشر في الفواكه والخضراوات]

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا مرّ على العاشر بما لا يبقى حولاً، مثل الفاكهة ونحوها، فلا شيء فيه.

وقال أبو يوسف ومحمد: فيه العشر^(٣).

وجه قول [أبي حنيفة]: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «ليس في الخضروات صدقة»^(٤)؛

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤١٧/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (١٣٦/٩)

(٢) عبد الرزاق (٣٦٧/١٠)؛ وابن أبي شيبة (٤١٦/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٦/٩).

(٣) في ب (يؤخذ منه العشر).

(٤) أخرجه الترمذي (٦٣٨)، من طريق الحسن بن عمارة عن محمد بن عبد الرحمن بن عبيد =



ولأنها لا تبقى حولاً ، فإذا مرّ بها [في الحول] ، فمعنى الحول فيها ناقصٌ ، فكأنه لم يحل عليها الحول .

وجه قولهما: أنّ المعتمر في أموال التجارة معانيها دون أعيانها ، وقيمة الفواكه كاملةٌ ، فيجبُ فيها الزكاة .

وإذا مرّ الحربيّ على العاشر ، فلم يعلم به حتى عاد إلى دار الحرب ، ثم خرج ثانياً فعلم به ، لم يأخذه بما مضى ؛ لأنّ عوده إلى دار الحرب يسقط الحقوق عنه ؛ لامتناع بقاء الحقوق عليه وهو حربيٌّ ؛ ولأنّا كنّا نأخذ العشر منه لحظر ماله ، فلما عاد زال الحظر ، فسقط ما وجب لأجله .

ولو اجتاز المسلم والذميّ ، ولم يعلم بهما العاشرُ ، ثم علم بهما في الحول الثاني ، أخذ الحقّ^(١) منهما ؛ لأنّ الوجوب قد حصل ، ولم يوجد معنى يسقطه ، فصحت به المطالبة .



= عن عيسى بن طلحة عن معاذ عن النبي ﷺ ، قال الترمذي: «إسناد هذا الحديث ليس بصحيح ، وليس يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيءٌ وإنما يروى هذا عن موسى بن طلحة عن النبي ﷺ مرسلًا... والحسن بن عماره ضعيف عند أهل الحديث ، ضعفه شعبة وغيره ، وتركه ابن المبارك» .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

بَابُ

العشر



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب العشر في الزروع والثمار قول الله تعالى: ﴿وَعَاثُوا حَقَّهُ، يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١]، وقوله تعالى: ﴿وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، وقول النبي ﷺ: «فيما سقت السماء العُشر»^(١)، ولا خلاف في ذلك.

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: في قليل ما أخرجت الأرض وكثيره العشر. وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء^(٢) في أقل من خمسة أوسق، والوسق: ستون صاعاً بصاع رسول الله ﷺ^(٣).

وجه قول [أبي حنيفة]: قوله ﷺ: «فيما سقت السماء العُشر»؛ ولأنه حبٌ أخرجته الأرض العشرية، [فوجب فيه العشر] كخمس أوسق؛ ولأنه حقٌ [في] مالٍ ليس له عفوٌ بعد النصاب، فلا يكون له نصابٌ ابتداءً، كخمس الغنيمة.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»^(٤).

(١) البخاري (١٤١٢)

(٢) في ب (لا يجب).

(٣) مقدار الوسق عند الحنفية: $٦٠ \times ٣,٢٥ = ١٩٥$ كيلو غرام.

وعند الجمهور: $٦٠ \times ٢,٠٤ = ١٢٢,٤$ كيلو غرام.

(٤) البخاري (١٣٧٨)؛ ومسلم (٩٧٩)

٧١٩ - [فصل: العشر فيما يُبتغى بزراعته النماء]

قال أبو حنيفة: فيما أخرجت الأرض العُشر إذا كان مما يُبتغى بزراعته النماء.
وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجب العشر إلا في الحبوب والثمار الباقية.
وجه قوله: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال^(١): «فيما سقت السماء العشر»؛
ولأنه زرعٌ يدخل في البيع بالشرط، فوجب فيه العُشر كالحنطة والشعير^(٢)،
وعكسه الحشيش؛ ولأنه نوع نبتٍ لا يوجد مباحًا تافهًا كالحنطة، وهذه العلة هي
التي تعلق الزكاة بها، ألا ترى أن الله تعالى أوجبها في الأموال التي لا توجد
مباحةً ليشارك الفقراء الأغنياء في الانتفاع بها؛ ولهذا [المعنى] لم تجب الزكاة
في الصيود، ولا في الحشيش والحطب؛ لأن الفقير يتوصل إليه، فيشارك الغني
في الانتفاع به.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «ليس في الخضروات صدقة»؛ ولأنه لا يبقى في
أيدي الناس غالبًا، كالحشيش.

٧٢٠ - [فصل: العشر فيما لا يقصد بالزراعة]

وليس في الحطب، ولا في القصب، ولا في الحشيش عشرٌ؛ لأن ذلك لا
يقصد بالزراعة، ولا يطلب به نماء الأرض، وإنما يغلب على الأرض فيفسدها؛
ولأنه يوجد مباحًا تافهًا، فلم تتعلق به الزكاة، كالوحش.

قال: وليس في التبن، ولا في السَّعفِ عشرٌ؛ لأنَّ السَّعف جزءٌ من النخلة،

(١) في ب (وجه قوله: قوله ﷺ).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

والعشر إنما يجب في الثمرة، وأمّا التبّن: فهو الساق الذي يتولد منه الحب^(١)، فوزانه وزان أصل الشجرة.

٧٢١. [فصل: زكاة الخُضْر]

قال محمد: ليس في الخُضْرِ شيءٌ، والخُضْرُ: ما ليس له ثمرةٌ باقيةٌ، كالبقول، والرطاب، والخيار، والقثاء، والبصل، والثوم، وأشباهه، وقد روي عنه أن في البصل العشر؛ لأنّه يبقى في أيدي الناس، ويدخل تحت الكيل^(٢).

قال: والرياحين كلّها: الآس^(٣)، [والورد]، والحناء، والوسمة^(٤)، روى^(٥) ذلك داود بن رشيد عنه.

وقال أبو يوسف: في الحناء والزعفران العشر، ولا أرى في الوسمة والأشنان والخطمي عشرًا.

أمّا الآس، فلا عشر فيه في قولهما، وقد روي [عنهم]: أنّه لا عشر في حبه؛ لأنّه لا يعلم الانتفاع به، وأمّا الوسمة، فلا ينتفع بها انتفاعًا عامًّا.

وأمّا الحنّاء، فقال أبو يوسف: فيه العشر؛ لأنّه يدخل تحت الكيل، وينتفع به منفعةً عامّةً.

وقال محمد: لا عشر فيه؛ لأنّه من نوع الرياحان كالآس.

(١) «التّبّن: ساق الزرع بعد دياسه» كما في المصباح (تبّن).

(٢) انظر: الأصل ١٣١/٢، ١٣٢.

(٣) قال في المصباح المنير: «الآس: شجر عطر الرائحة، الواحدة آسة» (آس).

(٤) قال في المصباح المنير: «الوسمة: نبتٌ يُختضب بِوَرَقِهِ، ويقال: هو العِظْلَم» (وسم).

(٥) في ب (قال).

وقالا جميعاً: ليس في بذر البطيخ والقثاء والخيار والرطوبة، وكلّ بذرٍ لا يصلح إلا للزراعة عشر؛ لأنّ ذلك لا يقصد بالحرث، وإنما المقصود ما هو [١/٦٤] فيه، وذلك مما لا عشر فيه.

وروى داود بن رشيد عن محمد: أنه لا عشر في التين، والنبق^(١)، والإجاص، والكمثري، والتفاح، والمشمش، والتوت، والخوخ، والخرنوب، والموز.

وروي عنه: أن في التين والفسق العشر.

قال أبو الحسن: وهذا هو الصحيح عنه؛ لأنّ التين والفسق تبقى ثمرتهما في أيدي الناس، ينتفع بها منفعة عامة.

وقال أبو يوسف: يجب العشر في اللوز، والجوز، والفسق، والإجاص، والتين؛ لأنّ هذا مما يجفف وينتفع به كالزبيب.

قال محمد: الخوخ والكمثري، إن شقق وجفف، فلا شيء عليه^(٢)؛ لأنّ ذلك لا يعم^(٣) الانتفاع به، ولا يقصد.

وذكر في الأصل: أن في قصب الذريرة^(٤) العشر بغير خلاف، وروى ابن

(١) «النبق: حمل الصدر، كالتبق بالكسر وككتف، واحدته بهاء، ودقيق يخرج من لب جذع النخلة حلواً يقوى بالدبس ثم يجعل نبيذاً». القاموس المحيط (نبق).

(٢) في ب (فيه).

(٣) في ب (لأنه لا يعلم).

(٤) «هي فتات قصب الطيب، وهو قصب يؤتى به من الهند كقصب الشباب، وأنبوه محشو من شيء أبيض مثل نسج العنكبوت، ومسحوقه عطر إلى الصفرة والبياض». انظر: المصباح المنير (قصب).

سماعة ، عن محمد ، عن أبي حنيفة: أنه لا عشر فيه .

وجه رواية الأصل: أنه يزرع للنماء كقصب السكر ، وجه رواية ابن سماعة: أنه نوع من أنواع القصب ، كسائر أنواعه .

وأما العصفر ، والكتان ، فإذا بلغ القرطم والحبّ خمسة أوسق ، وجب فيه ، وفي الكتان والعصفر العشر عندهما ؛ لأن المقصود بزراعتها الحبّ ، وهو مما يوسق ، فاعتبر فيه الأوسق ، فإذا بلغ النصاب وجب العشر في العصفر والكتان على طريق التبع .

وقالوا في القنب إذا بلغ حبه الأوسق ، ففيه العشر ، ولا شيء في القنب ؛ لأنه لحاء الخشب ، و [ذلك] لا شيء فيه^(١) .

وقالوا: في حبّ الصنوبر إذا بلغ الأوسق ، ففيه العشر ؛ لأنه ينتفع به ، ويُدخر ، ولا شيء في خشبه كخشب الأشجار .

وأما قصب السكر ، إن كان مما يتخذ منه السكر ، فإذا بلغ ما يخرج منه خمسة أفراق^(٢) ، وجب فيه العشر عند محمد ؛ لأن ذلك مما يبقى وينتفع به منفعة عامة .

وقال: لا شيء في البلوط ؛ لأنه لا يعلم المنفعة به .

وفي الكراويا^(٣) ، والكمون ، والكزبرة ، والخردل العشر ؛ لأنه مما يدخل

(١) «نبات يؤخذ لحاؤه ثم يفتل حباً ، وله حب يسمى الشهدانج» المصباح المنير (قنب) .

(٢) «الفرق - بفتحيتين - إناء يأخذ ستة عشر رطلاً وذلك ثلاثة أصوع على قول أبي يوسف» كما ذكر المطرزي في المغرب والجوهرى والصحاح والفيومي في المصباح (فرق) .

(٣) في المعجم الوسيط: «هو عشب ثنائي الحول من الفصيلة الخيمية ، له جذر وتديّ وساق قائمة =

تحت الكيل ، ويعم به الانتفاع .

قالوا: ولا شيء في السَّعتر، والنانخاه^(١)، والشونيز، والحلبة؛ لأنها من جملة الأدوية^(٢).

٧٢٢ - [فصل: العُشر فيما سقت السماء]

قال أصحابنا: يؤخذ العشر من كل أرض عشر، ولا ينظر إلى مالها [إن]^(٣) كان مسلماً، الصغير والكبير والعاقل والمجنون في ذلك سواءً.

والأصل في وجوب العشر في أرض الصبيّ والمجنون: قوله ﷺ «فيما سقت السماء العشر»؛ ولأنه من حقوق الأرض، كالخراج.

وفي أرض المكاتب العشر. وقال الشافعي: لا عشر في أرضه.

لنا: أنه حقٌّ يجوز أن يجب لأجل أرض الصبيّ، فجاز أن يجب لأجل^(٤) أرض المكاتب، كالخراج.

فأمّا الذميّ إذا اشترى أرض عشرٍ، جاز الشراء، وعليه الخراج عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: عليه عُشْران، وقال محمد: عليه عشرٌ واحدٌ، وقال مالك: لا يجوز البيع، وهو اختيار أبي حازم.

= متفرعة، ورقته كثيرة التفصص، وثمرته من الأفويه، تعرف ببزر الكرويا، يتخذ منه شرابٌ منبّهٌ (كرويا).

(١) في لسان العرب (بسس): «البساس من النبات الطيب الريح، وزعم بعض الرواة أنه النانخاه».

(٢) انظر: الأصل ١٣٣/٢، ١٣٤.

(٣) في الأصل (من)، والمثبت يقتضيه السياق.

(٤) في ب (في).

أما جواز الشراء؛ فلأنَّ كلَّ ما جاز للمسلم شراؤه، جاز للذميِّ شراؤه، كأرض الخراج؛ ولأنَّ العُشر حقٌّ لله تعالى يتعلّق بالمال، فلا يمنع ذلك من تملك الكفار كزكاة السَّوم.

وأما سقوط العشر؛ فوجه قول أبي حنيفة: أنَّ العشر طريقه طريق الطُّهرة، فلا تثبت في حقِّ الذميِّ كالزكاة؛ ولأنَّه حقٌّ [لله]، فلا يبتدئ به إلا المسلم كالزكاة، وإذا سقط العشر بقيت أرض الذميِّ ينتفع بها في دار الإسلام، (فلا يجوز إخلاؤها من حقِّ يجب فيها، فيوضع عليه الخراج)^(١)، كما لو جعل داره بستاناً.

وجه قول أبي يوسف: أنَّ هذا الحقَّ [يختلف]^(٢) باختلاف المالك، فوجب على الذميِّ ضعف ما يجب على المسلم، كالمال الذي يُمرّ به على العاشر. وجه قول محمد: أنَّ العشر^(٣) حقٌّ ابتدأت به للأرض، فلا يتغير بعد^(٤) وجوبه كالخراج.

واختلفت الرواية عنه^(٥) في موضع هذا العشر: فقال في السَّير الصغير: إنَّه يوضع موضع الصدقة، ورواه قريش^(٦) بن إسماعيل عنه؛ وذلك لأنَّ [هذا] قدر الواجب لما لم يتغير لم يتغير صفته، ألا ترى أنَّ المسلم إذا اشترى أرض خراج،

(١) ما بين القوسين في ب (فلا بدّ من حقِّ يجب فيها، وهو الخراج).

(٢) في أ (يجب)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) سقطت من ب.

(٥) سقطت من ب.

(٦) في ب (يونس)، والصواب ما في أ، وانظر تبين الحقائق (٢٩٤/١)



وضع خراجها موضع الفيء ؛ لأنَّ القدر لَمَّا لم يتغير ، لم تتغير الصفة .

وروى ابن سماعه عنه : أنه يوضع موضع الخراج ؛ لأنَّ الصدقة طريقها طريق الطهرة ، فلا تثبت في مال الكافر .

٧٢٣ - [فَصْل : ما يُؤخذ من التغلبي في أرض العشر]

وإذا اشترى التغلبي أرض عشر ، فعليه عُشْران عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : عليه^(١) عشرٌ واحدٌ ، وذكر الحاكم في رواية أبي سليمان قال : عليه عشرٌ واحدٌ في قول أبي يوسف ومحمد .

أما أبو حنيفة فقال : إنَّ عُمَرَ صَالِحَ بني تغلب على أن يأخذ منهم ضعف ما يأخذ من المسلمين .

وأبو يوسف يقول : إنَّ الحقَّ يختلف باختلاف المأخوذ منه ، فيجب على الذميَّ ضعف ما يجب على المسلم .

وأما محمد فقال : إنَّ العشر حقٌّ ابتدأت به الأرض فلا يتغير .

وما ذكره الحاكم عن أبي يوسف خلاف أصله .

٧٢٤ - [فَصْل : تعلق الخراج بالأرض]

فإنَّ أسلم التغلبي ، أو باعها من مسلم ، لم يتغير [العشْران]^(٢) [عند] أبي حنيفة ؛ لأنها صارت خراجيةً ، والخراج إذا تعلق بالأرض ، لم يتغير .

(١) سقطت من ب .

(٢) في أ (العشر) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب لما ورد عن أبي حنيفة ومحمد قبل .

وقال أبو يوسف: عشرٌ واحدٌ؛ لأن من أصله: أن هذا الحق يختلف باختلاف المالك، فصار كالسائمة إذا ملكها مسلم.

وحكى أبو الحسن عن محمد: أنه يجب عشرٌ واحدٌ، وذكر الطحاوي: في التغلبيّ يشتري أرض عشرٍ ثم يُسلم، أنه يؤخذ منه عشرين في قولهم، والصحيح: ما قدمناه من أصل محمد.

٧٢٥ - [فصل: العشر في أرض التغلبي]

فإن اشترى التغلبي أرض عشر فباعها من ذمي، فعليه عشرين؛ لأنهما وجبا [عليه] على طريق الخراج، فلا يتغيران.

وروى ابن زياد عن أبي حنيفة: أن عليه الخراج؛ لأن العشرين وجبا بالصلح، وذلك لا يوجد في حق غير التغالبة.

٧٢٦ - [فصل: بيع المسلم من ذمي أرضاً عشرية]

وإذا باع المسلم من ذمي أرضاً عشرية، فأخذها مسلم بالشفعة ففيها العشر؛ لأن الشفعة تجب عندنا بخروج الشيء عن ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري، فكأنها انتقلت من مسلم إلى مسلم.

٧٢٧ - [فصل: اعتبار القيمة فيما لا يدخل في الكيل]

وما لا يدخل في الكيل، قال أبو يوسف: يعتبر أن يخرج منه ما يكون قيمته خمسة أوسق في أدنى ما يدخل تحت الوسق.

وقال محمد: يعتبر خمسة أمثال على ما يُقدّر ذلك الشيء به.

[فيعتبر^(١)]: في القطن خمسة أحمال^(٢)، وفي العسل خمسة أفراف، والفرق: ستة وثلاثون رطلاً، وفي الزعفران خمسة أمناء^(٣).

وجه قول أبي يوسف: أن النصاب لما كان من الأوسق، [وأجمعنا]^(٤) على وجوب العشر فيما لا يوسق، وجب أن يرد إلى الموسق بالقيمة، كعروض التجارة التي ترد إلى نصاب الدراهم بالقيمة.

وجه قول محمد: أن المقصود من هذه الأموال أعيانها، فنصابها منها كالسوائم؛ ولأن النبي ﷺ اعتبر خمسة أوسق، والوسق في زمانه على ما يقدر به المكيلات، فوجب أن يعتبر على ما يقدر به كل نوع في خمسة أمثاله.

٧٢٨ - [فصل: اختلاف القدر باختلاف السقي]

قال: وما سُقي من ذلك سيحاً، أو سقته السماء، ففيه العشر، وما سُقي بَعْرَبٍ^(٥) أو دالية، أو سانية، ففيه نصف العشر؛ وذلك لما روى قتادة عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «فيما سقت السماء [أو العين] أو كان بعلاً العشر، وما سُقي بالرشاء ففيه نصف العشر»^(٦).

(١) في أ (فتقول).

(٢) أحمال: مفردة حِمْل «والحِمْل - بالكسر - ما يحل على ظهر أو على رأس والجمع أحمال، وعن الكرخي: هو ثلاثمائة بالعراقي». كما في المغرب (حمل).

(٣) «والمنا: الذي يكال به السَّمْنُ وغيره، وقيل: الذي يوزن رطلان، والثنية منوان، والجمع أمناء». المصباح (منى).

(٤) في أ (واجتمعا) والمثبت من ب.

(٥) العَرَب: الدلو العظيمة. انظر مختار الصحاح (غرب).

(٦) أخرجه ابن حبان (٦٥٥٩)، من كتاب عمرو بن حزم، وفي تحفة المحتاج: «قال يعقوب بن سفيان الحافظ: لا أعلم في جميع الكتب المنقولة أصح من كتاب عمرو بن حزم هذا» (٤٥٢/٢).

وروى أبو الزبير عن جابر ، وسالم عن أبيه ، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، [٦٤/ب] وفي حديث عمرو بن حزم نحو ذلك .

و[قد] قال بعض الناس: إنَّ الحقَّ إنّما اختلف بقلّة المؤنة وكثرتها .

ومنع أصحابنا من ذلك ، وقالوا: إنّما اختلف بحسب ما علم الله سبحانه من المصلحة ؛ بدلالة أنّ الغنيمة يلحق في تحصيلها المشقة أعظم من مشقة الزرع ، والواجب فيها أكثر من الواجب في الزرع .

٧٢٩ - [فصل: المعتبر الأغلب في الاشتراك للسقي]

وإذا سقي الزرع في بعض السنة سيحاً ، وفي بعضها بالدلاء^(١) ، فالمعتبر الأغلب من ذلك ، كما قالوا في السّوم .

٧٣٠ - [فصل: العشر في أرض الخراج]

وقد قال أصحابنا: إنّ أرض الخراج لا عشر فيها^(٢) وفيما يخرج منها ، وقال الشافعي: في الخارج من السواد: العشر^(٣) .

لنا: ما روى ابن مسعود: أنّ النبي ﷺ قال: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»^(٤) ؛ ولأنّ أئمة العدل وولاة الجور لم يأخذوا من أرض السواد

(١) في ب (بالّة) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) انظر: رحمة الأمة ص ٦٦ .

(٤) أخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (٢٥٤/٧) من طريق يحيى ابن عنبسة عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله عن النبي ﷺ . . . ، قال ابن عدي: وهذا الحديث لا يرويه غير يحيى بن عنبسة بهذا الإسناد عن أبي حنيفة ، وإنما يروى هذا من قول =

عشرًا، فصار سقوط العشر فيها إجماعًا؛ ولأنّ كلّ أرضٍ لا يجب العشر في الخضروات الخارجة منها، لا يجب في الحبّ الخارج منها، كأرض المكاتب.

٧٣١ - [فصل: اجتماع حقين في مال واحد]

و[قد] قال أصحابنا: فيمن اشترى أرض عشرٍ أو خراجٍ للتجارة، ففيها العشر أو الخراج، ولا تجب فيها^(١) زكاة التجارة مع أحدهما.

وروي عن محمد: أنّه [قال]: يجبُ العشر والزكاة.

وجه قولهم^(٢) المشهور: أنّ العشر حقٌّ لله تعالى، يجب لأجل الأرض، ألا ترى أنها توصف به، فيقال: [له] أرضٌ عُشريّة، كما يقال: خراجيّة، والحقوق التي لله تعالى تتعلق بالأموال الثابتة لا يجب فيها حقّان لأجل مالٍ^(٣) واحد، كزكاة السوم والتجارة؛ وكذلك الخراج حقٌّ لله تعالى، يجب لأجل الأرض، فلا يجتمع^(٤) مع الزكاة.

وإذا ثبت أنهما لا يجتمعان، كان إيجاب العشر أو الخراج أولى؛ لتأكّد وجوبها، ألا ترى أنهما يجبان في أرض المكاتب والصبيّ والمجنون.

وجه قول محمد: أنّ زكاة التجارة تجب في الأرض، والعشر يجب^(٥) في

= إبراهيم ويحكيه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم في قوله، وجاء يحيى بن عنبسة فرواه عن أبي حنيفة فأوصله إلى النبي ﷺ، وأبطل فيه.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (قولهما).

(٣) في ب (ملك).

(٤) في ب (يجب).

(٥) سقطت من ب.

الزرع، وهما مالان مختلفان، (فلم يكن في جمعهما اجتماع حَقَّين في مالٍ واحدٍ)^(١).

وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّ العشر يجب عن الأرض، وإن كان محل وجوبه غيرها، كما يجب في خمسٍ من الإبل شاة.

٧٣٢ - [فَصْل: العشر في الأرض المؤجرة]

قال أبو حنيفة: إذا استأجر أرضاً فالعشر على المؤاجر، وقال^(٢): على المستأجر.

له^(٣): أنَّ منفعة الأرض بالزراعة حصلت^(٤) للمؤاجر حيث سلم له بدلها، فصار كأنه زرعها بنفسه.

وجه قولهما: أنَّ العشر يجب في الزرع والحب^(٥)، وهو ملك المستأجر، فكان على مالكة (كما لو أعار الأرض)^(٦).

٧٣٣ - [فَصْل: العشر في الأرض المعارة]

وأما المستعير إذا زرع فعليه العشر؛ لأنَّ ربَّ الأرض لم يسلم له بدل^(٧)

(١) ما بين القوسين في ب (فلا يجتمع حقان عن مالٍ واحدٍ).

(٢) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).

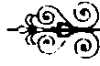
(٣) في ب (لأبي حنيفة).

(٤) في ب (سلمت).

(٥) سقطت من ب.

(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٧) سقطت من ب.



منفعة أرضه ، فلم يلزمه العشر ، كما لو عطلها .

و[قد] روى ابن المبارك عن أبي حنيفة: أن العشر على المعير؛ لأنه أسقط
حق نفسه بالعارية، فإذا حصلت المنفعة، لزمه العشر؛ (ولا يسقط حق
الفقراء)^(١)، كما لو وهب الزرع .

٧٣٤ - [فصل: العشر في الأرض المغصوبة]

وأما الغاصب إذا زرع، فإن نقصت الأرض بزراعته، غرم النقصان، ولزم
رب الأرض العشر؛ لأنه سلم له عوض عن المنفعة، وإن لم ينقص، فلا عشر
على رب الأرض؛ لأنه لم يسلم له بدل عن^(٢) المنفعة .



(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) (بدل عن) سقطت من ب .



بَابُ

ما يُضَمُّ بعضه إلى بعض في إيجاب العشر



(قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى) ^(١): روى محمد عن أبي يوسف - وهي رواية ابن سماعه والفضل بن غانم عنه -: أن الأرض إذا أخرجت أجناساً، كالحنطة والشعير والعدس، وكل صنف منها لا تبلغ خمسة أوسق، أنه لا يُضَمُّ بعضها إلى بعض، وتعتبر الأوسق في كل نوع.

وروى الحسن بن زياد، وابن أبي مالك عنه: أن كل نوعين لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، يضمُّ أحدهما إلى الآخر في الأوسق، وما يجوز فيه التفاضل لم يضم، وهو قول محمد، رواه ابن رستم عنه.

وروى ابن سماعه عن أبي يوسف رواية أخرى، قال: في الحبوب ما أدرك [منها] في وقت واحد يضم بعضه إلى بعض، وإن اختلفت أجناسه، فإن لم يُدرك في إبان ^(٢) واحد، وإنما أدرك شيء بعد شيء، لم يضم.

وجه الرواية التي اعتبر فيها تحريم التفاضل، وهو قول محمد: أن ما لا يجوز التفاضل فيه، فهو كنجس واحد، فيضمُّ بعضه إلى بعض، كالسود والبيض في الدراهم ^(٣)، وما يجوز التفاضل فيه، فهما جنسان مختلفان، فلم يجزياً مجزئاً جنس واحد في الأحكام، فصار كالإبل والبقر.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (أوان).

(٣) (في الدراهم) سقطت من ب.

وجه الرواية التي اعتبر فيها الإدراك: أن الحق يجب في المنفعة ، فما أدرك في إِبَّانٍ^(١) واحدٍ فمُنْفَعْتُهُ واحدةٌ ، فلا عبرة باختلافه كالعروض ، وما أدرك في أوقاتٍ مختلفةٍ فقد اختلفت منفعته ، فصار كالأجناس المُختلفة .

وأما رواية محمد عنه: فيجوز أن تكون محمولةً على رواية الحسن ؛ لأنه لم يذكر فيها [إلا]^(٢) الأجناس المختلفة .

٧٣٥ - [فصل: ضم الخارج في الأراضي المختلفة]

قال أبو يوسف: وإذا كان لرجلٍ أرضٍ مختلفةٌ في رساتيقٍ مختلفةٍ ، والعامل واحدٌ ، ضمَّ الخارج من بعضها إلى بعضٍ ، وكَمَّلَ الأوسق به ، وإن اختلف العامل لم يكن لأحد العاملين مطالبةٌ حتى يبلغ ما يخرج من الأرض التي في عمله خمسة أوسق .

وقال محمد: إذا اتفق المالك ، ضمَّ الخارج بعضه إلى بعض وإن اختلفت الأراضي^(٣) والعمال .

وهذا الخلاف لا يعود إلى معنى ، وإنما قال أبو يوسف: إن أحد العاملين لا يأخذ ؛ لأنَّ ما في عمله ليس بنصابٍ ، وما ليس في عمله لا ولاية له عليه .

فأمَّا المالك ففيما بينه وبين الله تعالى فهو مخاطبٌ بالأداء ؛ لاجتماع النصاب في ملكه ، وإن سقطت المطالبة [عنه] .

(١) في ب (أوانٍ) .

(٢) الزيادة من ب .

(٣) في ب (الأرضون) .

وأجاب محمدٌ في وجوب الحقِّ، ولم يتعرَّض لطلب العامل^(١)، فلا يتحصل فيه خلاف.

ويجوز أن يقول محمد: إن العامل يأخذ زكاة ما في عمله؛ لأنَّ المالك [قد] ملك النصاب، وإن لم يجز للعامل أن يستوفي ما يجب في نصاب، كمن بلغ زرعه الأوسق، ثم هلك بعضه.

٧٣٦ - [فَصْل: العشر في الأرض المشتركة]

وروى الحسن عن أبي يوسف في الأرض المشتركة تخرج خمسة أوسق، قال: فيها العشر، وروى ابن أبي مالك عنه: أنه لا يجب العشر حتى تكون حصة كل واحدٍ منها خمسة أوسق، وهو قول محمد، والصحيح من أصلهما؛ لأنَّ الخارج عندهما يعتبر فيه النصاب، فاعتبر كماله في حقِّ كلِّ واحدٍ من الشريكين، كنصاب السائمة.

وجه رواية الحسن: هو^(٢) أنَّ المالك في العشر غير معتبرٍ، بدليل وجوبه في الأرض الوقف وأرض المكاتب، وإنما اعتبر^(٣) كمال النصاب، وقد وُجد ذلك، فوجب فيه الحقُّ.

قال: وفصول هذا الباب لا تجيء على أصل^(٤) [١/٦٥] أبي حنيفة؛ لأنَّه لا يعتبر النصاب في الخارج من الأرض.

(١) في ب (بمطالبة العامل).

(٢) سقطت من ب.

(٣) في ب (والمعتبر).

(٤) في ب (مذهب).



بَاب

ما يُحتسب لصاحب الأرض وما لا يُحتسب



قال الشيخ أبو الحسن رحمته الله: قال أصحابنا: يؤخذ مما أخرجت الأرض العشر، ولا يحتسب لصاحب الأرض بما أنفق على الغلة من سقي، ولا عمارة، ولا أجرة حافظ؛ وذلك لقوله رحمته الله: «فيما سقت السماء العشر»؛ ولأنها صدقة، فلا يُحطّ لمالكها مؤنة ماله كالزكاة.

٧٣٧ - [فصل: العشر فيما تلف من الغلة]

وما تلف، أو سُرق، أو ذهبَ بغير فعل صاحب الأرض، فلا عشر عليه في الذهاب، ويُحتسب عليه في تمام الأوسق، غير أن محمداً قال: إذا كان الثمر قد حصل في الحظيرة، وذُرِّي البُرِّ، فكان خمسة أوسق، ثم ذهب بعضه، كان [في] الذي بقي منه العشر، روى هذا عنه ابن سماعة.

قال رحمه الله تعالى: الأصل في ذلك: أن كل ما هلك من المال بعد وجوب الحق بغير فعل المالك، سقطت عنه زكاته، واعتدَّ به في النصاب عليه، كما لو هلك بعضُ المال بعدَ الحول.

واختلفوا في وقت الوجوب، فعند أبي حنيفة: أن الوجوب يكون عند ظهور الثمرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكَ مِنَ الْأَرْضِ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، وعند أبي يوسف: أن الوجوب يكون عند الإدراك؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَاتُوا حَقَّهُ يَوْمَ

حَصَادِهِ ﴿ [الأنعام: ١٤١] .

وما ذكره محمد يدلّ على أنّ الوجوب يكون عند استحكامه وتصفيته ؛ لأنّه اعتبر حصوله في الحظائر ، وذلك الحال^(١) حالّ يتناهى استحكامه فيها .

وإذا ثبت وقتُ الوجوب ، فما هلك قبله سقطت زكاته ، ولم يُعتد به في الأوسق ، كما لو هلك من النصاب بعد الحول ، [وما هلك بعد الوجوب سقطت زكاته واعتدّ به في كمال النصاب ، كما لو هلك بعد الحول] .

٧٣٨ - [فَصِّلْ : عشر المأكول والمطعم من الثمار]

قال أبو حنيفة: إذا أكل الرجل من الثمرة أو أطمع ، ضمن عُشْرَهُ .

وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف: أنّ ما أكل أو أطمع بالمعروف ، اعتدّ به في تمام الأوسق ، ولم يلزمه عُشْرَهُ .

وجه قول أبي حنيفة: أنّ الوجوب [قد] حصل بالظهور ، فما أتلفه بفعله ، مُعتدّ به عليه ، كما لو أتلف من مال التجارة بعد الحول ؛ ولأنّ العشر متعلّق بالخارج ، فصار كالمال المشترك .

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: «خففوا في الخرص ، فإن في المال العربيّة والمنحة»^(٢) ، ولو اعتدّ عليه بذلك ، لم يكن للتخفيف معنى ؛ ولأنّ العُشْرُ يجبُ

(١) في ب (لأنّ تلك الحال) .

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل حديث (١١٨) من مرسل مكحول الدمشقي ، وقال ابن عبد البر في التمهيد: «وروى ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: خففوا في الخرص فإن في المال العربيّة والواطية والأكلة والوصية والعامل والنائب» (٤٧٢/٦) .

على طريق التخفيف ؛ لأنه طهرةٌ كالزكاة ، فلو منعناه من الأكل كان ذلك تغليظاً عليه .

ويجوز أن يكون هذا الخلاف مبنياً على الأصل الذي قدمناه: أن عند أبي حنيفة: الوجوب يتعلّق بالظهور ، فما أكل بعد الوجوب محتسبٌ عليه ، وعلى قول أبي يوسف: الوجوب يتعلّق بالبلوغ^(١) ، وهو الاستحكام ، فما أكل قبل ذلك لا يعتدُّ به في الضمان ، ويعتدُّ به في الأوسق ؛ لأننا لا نلزمه ضمانه تخفيفاً عنه ، ولو لم يعتدُّ به في الأوسق لأضررنا بحق المساكين [من وجهين] ، فلا يجوز^(٢).



(١) في ب (بالبلوغ).

(٢) في ب (وهذا لا يصح).

بَابُ مَعْرِفَةِ أَرْضِ الْعَشْرِ

—•••••—

قال (الشيخ أبو الحسن)^(١) رحمه الله تعالى: الحقوق المتعلقة بالأراضي مختلفة: تارة تكون عشراً، وتارة تكون خراجاً، فلا بد من بيان كل واحدٍ منهما.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: أرض العرب كلها أرض عشرٍ: وهي أرض الحجاز، وتهامة، واليمن، ومكة، والطائف، والبرية.

وقال محمد: أرض [العرب]^(٢) من العذيب^(٣) إلى مكة، وعدن أبين^(٤)، إلى أقصى حجر باليمن بمهرة.

قال: والأصل في ذلك: أن رسول الله ﷺ، والخلفاء الراشدين من بعده، لم يأخذوا من أرض العرب خراجاً، فدل على أنها عشريّة.

وكان القياس يقتضي أن تكون مكة خراجية؛ لأنها افتتحت عنوةً ولم تقسم، ولكن لما لم يضع رسول الله ﷺ عليها الخراج، ترك القياس؛ ولأن الخراج طريقه طريق الفيء، فلم يثبت في أرض العرب، كما لم يثبت في رقابهم.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (العراق)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) «العذيب: ماء بين القادسية والمغيثة، بينه وبين القادسية أربعة أميال، وإلى المغيثة اثنان وثلاثون

ميلاً، وقيل: هو واد لبني تميم وهو من منازل حاج الكوفة». معجم البلدان (٩٢/٤)

(٤) عدن أبين - بوزن أحمر - قرية على جانب البحر ناحية اليمن، وقيل: هو اسم مدينة عدن كما

في النهاية (أبين).

وأرض السواد كلها خراج، والسواد: من العذيب إلى عقبة حلوان^(١)، و[من العَلث^(٢)] إلى عبّادان^(٣)؛ لأن عُمر [بن الخطاب] فتح هذه البلاد وأنفذ إليها حذيفة بن اليمان، وعثمان بن حنيف، فمسحها، ووضعها عليها الخراج بحضرة الصحابة من غير نكير^{(٤)(٥)}.

وما سوى أرض العرب وأرض السواد، فكل أرضٍ فتحت عنوةً، وقسمت بين المسلمين^(٦)، فهي أرض عشرٍ؛ لأن الحق المتعلق بها ابتدئ به المسلم، والمسلم لا يبتدئ بالخراج؛ لأنه فيء، وإنما يبتدئ بالطهرة.

وكذلك كل أرض أسلم عليها أهلها؛ للعلّة التي ذكرناها.

وكل أرض افتتحها الإمام، فأقر أهلها عليها، أو صالح أهل بلدٍ على بلدهم، فهي أرض خراج؛ لأنه حقٌ يُبتدأ به الكافر، كالفيء^(٧).

٧٣٩ - [فصل: ما أحياء المسلمون من الأراضي]

وأما ما أحياء المسلمون من الأراضي، فقال أبو يوسف: إن كانت من حيّز أرض العشر، فهي عُشريّة، وإن كانت من حيّز أرض الخراج، فهي خراجيّة.

(١) «حلوان العراق في آخر حدود السواد مما يلي الجبال في بغداد». معجم البلدان (٢/٢٩٠)

(٢) هي قرية على دجلة بين عكبرا وسامراء، في أول العراق في شرقي دجلة. انظر: معجم البلدان (١٤٥/٤)

(٣) عبّادان: تحت البصرة قرب البحر الملح في جزيرة بين فرقتي دجلة. انظر: معجم البلدان (٤/٧٤).

(٤) عبد الرزاق في المصنف (٦/١٠٠)؛ والبيهقي في الكبرى (٦/٣٥٤)

(٥) في ب (خلاف).

(٦) في ب (الغانمين).

(٧) في ب (والكافر يبتدأ بالفيء).

وقال محمد: إن أحيائها بماء السماء، أو بيئر استنبطها، أو بماء الأنهار العظام التي لا تملك مثل دجلة والفرات، فهي أرض عُشْرِيَّة، وإن فلق لها نهراً من أنهار الأعاجم، مثل نهر الملك، ونهر^(١) يَزْدَجِرْد، فهي أرض خراج.

وجه قول أبي يوسف: هو أن حيز الأرض في حكمها، ولهذا لا يكون^(٢) إحياء ما في حيز القرية (بغير أهل القرية)^(٣)، ويجوز لصاحب الدار الانتفاع بحريم الدار، فكان حكم الأرض المُستخرجة حكم حريمها.

وقد كان القياس عند أبي يوسف: أن تكون البصرة خراجية؛ لأنها من حيز أرض الخراج وإن أحيائها المسلمون، إلا أن الصحابة لمَّا وضعوا عليها العشر، تركنا القياس لذلك، ولإجماعهم^(٤).

وجه قول محمد: أن الخراج فيءٌ، والمُسلم لا يُبتدأ بالخراج^(٥)، إلا أن يلتزمه، فإذا استنبط عيناً، أو حفر بئراً، أو أحيائها بماء الأنهار العظام، فلم يلتزم الخراج، فلا يُوضع عليه، وأما إذا أحيائها بماء الأنهار المملوكة، فقد التزم الخراج؛ لأن حكم الفيء متعلقٌ بهذه الأنهار، فكأنه ابتاع أرضاً خراجية^(٦).



(١) (ونهر) سقطت من ب.

(٢) في ب (يجوز).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في ب (ترك القياس لإجماعهم).

(٥) في ب (به).

(٦) انظر: الأصل ١٢٩/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٨٧/٢ وما بعدها.

[٢٤] بَابُ

زَكَاةِ الْعَسَلِ



قال (الشيخ أبو الحسن)^(١) رحمه الله تعالى: قال عليّ بن الجعد عن أبي يوسف: العشر في العسل مجمعٌ عليه، ليس فيه اختلاف عن رسول الله ﷺ، وعن عمر، وابن عباس.

وقال الشافعي: ما روي في وجوب العشر في العسل لم يثبت، وما روى الأعمش فيه لم يثبت^(٢).

والوجه في ذلك: ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه عبد الله بن عمرو: (أن بني [شبابة] بطنٍ من فهُم كانوا يؤدّون إلى رسول الله ﷺ من نحل لهم العُشر، من كل عشرٍ قربٍ قربةً، وكان يحمي لهم واديين، فلما كان عمر، استعمل [علي] ما هنالك سفيان ابن عبد الله الثقفي، [٦٥/ب] فأبوا أن يؤدّوا إليه شيئاً، وقالوا: إنّما كان ذلك شيئاً نوذّيه إلى رسول الله ﷺ، فكتب سفيانُ بذلك إلى عمر رضي الله عنه، فكتب عمر: إنما النحل ذباب غيثٍ^(٣)، يسوقه الله تعالى رزقاً إلى من شاء، فإن أدّوا إليك ما كانوا يؤدّونه إلى رسول الله، فاحم لهم واديينهم، وإلا فخل بين الناس وبينهما، فأدّوا إليه...^(٤).

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤٥٦/١؛ الأم ٣٩/٢.

(٣) سقطت من ب.

(٤) أبو داود (١٦٠، ١٦٠٠، ١٦٠١)؛ والنسائي (٢٤٩٩)؛ قال ابن حجر في التلخيص الحبير: =



وعن أبي سيارة (أن رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ من العسل العشر) (١).

وروى الزهري، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة: (أن النبي ﷺ كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من العسل العشر) (٢).

٧٤٠ - [فصل: العسل ضربان]

العسل على ضربين: ما كان منه في أرض عشرٍ ففيه العشر؛ لأنه يتولد (٣) من أنوار الشجر (٤)، فهو كالثمار، وما كان منه في أرض الخراج، فلا عشر فيه؛ لأنه لا شيء في ثمار أرض الخراج، (كذا المتولد منه) (٥).

٧٤١ - [فصل: نصاب زكاة العسل]

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: في قليل العسل وكثيره العشر؛ لأنه يجري

= «قال الدارقطني: يروى عن عبد الرحمن بن الحارث وابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مسنداً، ورواه يحيى بن سعيد الأنصاري عن عمرو بن شعيب عن عمر مرسلاً، قلت: فهذه علته، وعبد الرحمن وابن لهيعة ليسا من أهل الإتيقان، لكن تابعهما عمرو بن الحارث أحد الثقات، وتابعهما أسامة بن زيد عن عمرو بن شعيب عند ابن ماجه وغيره» (١٦٨/٢).

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٢٣)، من طريق سليمان بن موسى عن أبي سيارة، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة (٩١/٢): «هذا إسنادٌ ضعيفٌ... قال ابن أبي حاتم عن أبيه: لم يلق سليمان بن موسى أبا سيارة والحديث مرسل...».

(٢) رواه عبد الرزاق (٦٣/٤)؛ والبيهقي في الكبرى (١٢٦/٤) من حديث أبي هريرة (رضي الله عنه)، وفي إسناده عبد الله بن مُحَرَّر، قال البخاري في تاريخه: متروك. انظر فتح الباري (٣٤٨/٣).

(٣) في ب (يحدث).

(٤) أنوار الشجر أزهاره. انظر: القاموس المحيط (نور).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

مجرى الثمار، ومن أصله: أن العشر يتعلق بقليل الثمرة وكثيرها، (كذا في هذا)^(١).

وقال أبو يوسف: إذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق، ففيه العشر، على أصله: أن ما لا يدخل تحت الكيل، فإنه يُقدَّر بقيمة الأوسق، والذي قال: فيه^(٢) خمسة أوسق، إنما أراد قيمة خمسة أوسق؛ لأن العسل لا يُكال، وقد روي عنه: أنه قدَّر ذلك بعشرة أرطال، ليكون الواجب منه عددًا صحيحًا.

[وروي عنه: أنه اعتبر عشر قَرَبٍ على ما روي في الخبر].

وروي عن محمد أنه قال^(٣): إذا بلغ خمسة أفران، ففيه العشر، على أصله في اعتبار خمسة أمثال [على] ما يُقدَّر به [نوع] كل شيء.

٧٤٢ - [فصل: العشر في العسل الذي يوجد في الجبال]

وأما ما وُجد في الجبال والبرية من العسل والفاكهة، فإن أصحاب الإماء رَووا عن أبي يوسف: أنه لا شيء فيه، ولم يحك عن أبي حنيفة خلافًا؛ لأن هذه باقية على أصل الإباحة، كالحطب والحشيش.

وروى محمد عن أبي حنيفة: [أن] فيه العشر.

ووجهه: أنه مالٌ مقصودٌ يتعلَّق الحقُّ به، فلا فرق بين ما كان في أرضه أو في غير ملكه، كالكنوز.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (يعتبر).

(٣) في ب (وقال محمد).

[٢٥] بَابُ المعدن والركاز



قال الشيخ أبو الحسن^(١) رحمه الله تعالى: الخارج من الأرض على ثلاثة أضرب: منها ما ينطبع: كالذهب، والفضة، والحديد، والصفّر، والرصاص، ففي جميعه الخمس.

وقال الشافعي: في معادن الذهب والفضة رُبع العُشر، (وليس في غيرها شيء)^(٢).

والدليل على ما قلنا: إنّ المعدن يسمّى ركازاً؛ بدلالة ما روي عن رسول الله ﷺ: أنه سُئل عما وُجد في الأرض الميتاء والخرب العادي، فقال: «فيه وفي الركاز الخمس»^(٣)، فعطف الركاز على المدفون، وقال: «الركاز: الذهب والفضة اللذان خلقهما الله في الأرض يوم خلقت الأرض»^(٤).

وحكى محمدٌ عن العرب: أنهم يقولون: أركز المعدن: إذا كثر ما فيه، فإذا ثبت أنه ركاز.

(١) (أبو الحسن) ليست في ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

انظر: رحمة الأمة ص ٦٩.

(٣) البخاري (١٤٢٨)؛ ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) في ب (يوم خلقها)، والحديث رواه البيهقي في الكبرى (٤/١٥٢)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ وقال المُنَاوي في فيض القدير: «إسناده ضعيف» (٤/٥٨)، وقال ابن حجر في التلخيص: «أصله في الصحيح» (٢/١٨٢).



وروى^(١) أبو سلمة، عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «وفي الركاز الخمس»، وكذا رواه عليّ، وجابر، وأبو ثعلبة، وابن عمر، وأنس؛ ولأنّه مالٌ وصل إلينا بزوال يد أهل الشرك عنه، كالمدفون.

وقد قال أصحابنا: إنّهُ لا يُعتبر فيه النصاب. وقال الشافعي: لا شيء فيما دون مائتين^(٢).

لنا: قوله ﷺ: «وفي الركاز الخمس»؛ ولأنّه مالٌ مستخرجٌ من الأرض، فلا يُعتبر فيه النصاب كالكنز^(٣).

ومن أصحاب الشافعي من اعتبر الحول فيه^(٤)، وهذا خطأ؛ لأنّ ما وصل إلينا بزوال يد أهل الشرك [عنه]، لا يعتبر فيه الحول كالغنائم.

٧٤٣ - [فصل: الخمس من غير الذهب والفضة]

وأما ما ينطبع من غير الذهب والفضة، ففيه الخمس عندنا، وقال الشافعي: لا خمس فيه^(٥).

لنا: أنّه خارجٌ من الأرض^(٦) ينطبع كالذهب والفضة؛ ولأنّه وصل إلينا بزوال يد أهل الشرك عنه، فلا يختصّ الواجب فيه بالأثمان كالغنيمة والمدفون.

(١) في ب (وإذا ثبت أنه ركاز فقد روى).

(٢) انظر: المنهاج ص ١٦٩.

(٣) في ب (كالمدفون).

(٤) في ب (من قال: إن الحول يعتبر فيه).

(٥) انظر: رحمة الأمة ص ٦٩.

(٦) (من الأرض) سقطت من ب.

٧٤٤ - [فصل: خراج النفط والقار]

والنوع الثاني من الخارج: ما كان مائعاً، كالنفط والقار، فلا شيء فيه؛ لأنه مائعٌ خارجٌ من الأرض كالماء.

وكان أبو بكر الرازي رحمته الله يقول - في عين القار والنفط - : إذا كانا في أرض خراج يمسح ما حواليتها مما يحتاج إليه لحريمها، فوجب خراجه، ولا خراج على نفس القير^(١)؛ لأنه^(٢) لا يمكن زراعته.

وما لا تتأتى فيه الزراعة من أرض الخراج، لا خراج فيه كالسبخ، وما لا يبلغه الماء، وما حواليتها الذي هو مُلقى ما يخرج منها، ويجعل طريقاً إليها، فزراعته ممكنةٌ، وقد عطّله^(٣) مع القدرة، فلا يسقط خراجه.

٧٤٥ - [فصل: الزكاة في الأحجار الكريمة ونحوها]

والنوع الثالث: الخارج من الأرض الذي ليس بمائعٍ، ولا ينطبع: كالجص، والنورة، والكحل، والزرنيخ، فلا شيء فيه، قياساً على التراب.

وعلى هذا قالوا: لا شيء^(٤) في الياقوت، والفيروزج^(٥)، والعقيق المستخرج

(١) في ب (العين).

«والقير: الزيت، وقيرت السفينة بالقار، طليتها به». انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (قير).

(٢) في ب (لأن نفس العين).

(٣) في ب (عطّله).

(٤) في ب (لا خمس).

(٥) في المعجم الوسيط: «الفيروزج: حجرٌ كريمٌ غير شفافٍ معروفٌ بلونه الأزرق كلون السماء أو أميل إلى الخضرة يُتحلّى به» (٧٠٨/٢).



من المعادن ؛ لأنه غير منطبع ؛ ولأن النبي ﷺ قال : « لا زكاة في حجر »^(١) ،
ومعلوم أنه لم يرد به زكاة التجارة ، فدل أنه أراد به زكاة المعدن .

٧٤٦ - [فصل : الخمس في الزئبق]

وأما الزئبق^(٢) ، فقد قال أبو يوسف : قال أبو حنيفة : لا خمس فيه ، فلم أزل
به حتى قال : فيه الخمس ، ثم رأيت بعد ذلك أن لا خمس فيه ؛ لأنني سألت عنه ،
فوجدته يخالف الرصاص .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد : أن الزئبق ينطبع مع غيره ، وإن لم ينطبع
بنفسه ، صار كالفضة التي^(٣) لا تنطبع إلا بشيء يخالطها (من أنك^(٤) أو غيره)^(٥) .

وجه قول أبي يوسف : أنه معين^(٦) من الأرض لا ينطبع بنفسه كالماء .

قال أبو الحسن : وما ذكره أبو يوسف يقتضي أن لا يجب فيه شيء عند أبي
حنيفة ؛ لأنه إنما أوجب فيه الحق بقول أبي يوسف أولاً : أنه كالرصاص^(٧) .

٧٤٧ - [فصل : ما يعتبر لقطعة من المدفون]

وأما المدفون ، ففيه الخمس ؛ لما روي أن النبي ﷺ قال : « وما وُجد في

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤/١٤٦) ؛ وابن عدي في الكامل (٥/٢٢) ، كلاهما من طريق عمرو
بن شعيب عن أبيه عن جده ، وقال البيهقي : «رواة هذا الحديث عن عمرو كلهم ضعيف» .

(٢) «الزئبق : عنصر فلزي سائل في درجة الحرارة العادية» . المعجم الوجيز (زأبق) .

(٣) في ب (لأنها) .

(٤) «الآنك : وزان أفلس : هو الرصاص الخالص ويقال : الرصاص الأسود» . المصباح (أنك) .

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٦) في ب (عين) .

(٧) في ب (أوجب فيه لما قال له أبو يوسف : أنه كالرصاص) .

الأرض الميتاء عُرِّفَ حولاً، وما وُجد في الخرب العادي، «ففيها وفي الركاز الخمس»^(١)؛ ولأنّه وصل إلينا بزوال يد أهل الشرك عنه كالغنيمة.

وأما المدفون إذا كان من ضرب المسلمين، فهو لقطَةٌ تُعرَّف كما تعرَّف سائر اللُّقطة؛ لأنّ مال المسلمين لا يُغنم.

٧٤٨ - [فصل: المسلم والذمي إذا وجدا من المعدن]

قال: والمسلم والذميّ فيما يجده من المعدن والركاز سواءً؛ لأنّ الذميّ من أهل دار الإسلام كالمسلم.

ولا يقال: إنّ هذه غنيمةٌ، والذميّ لا يساوي المسلم في الغنائم؛ لأنّ الذميّ يُرضخ له من الغنائم، فدلّ على أنّ حقه تعلقّ بها، إلا أنّ المسلم يُفضل عليه، وقد تعلقّ حقه بما وجده، وليس هناك مشاركٌ له يُفضل عليه، فكان له.

وكذلك الصبيّ؛ وذلك لأنّ المعدن^(٢) على أصل الإباحة كالحطب، فإذا أخذه الصبي^(٣) ملكه، وكذلك العبد والمكاتب؛ لما ذكرنا؛ ولأنّهم ممّن يتعلّق حقهم بالغنيمة وإن لم [يقدر]^(٤) لهم [حقهم] سهم.

والذي روي: أنّ عبداً وجد [جرّة]^(٥) ذهب، فأعتقه عمر من ثمنها، [١/٦٦] ورضخ له، وجعل الباقي في بيت المال^(٦)، يجوز أن يكون وجدها في موضعٍ

(١) أخرجه أبو داود (١٧١٠)؛ وصححه ابن خزيمة (٢٣٢٧)

(٢) في ب (وذلك لأنه).

(٣) سقطت من ب.

(٤) في أ (يتقدر) والمثبت من ب.

(٥) في أ (خرزة)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٦) رواه عبد الرزاق في المصنف (٢٢٦/٥).

مملوكٍ لا وارث لصاحبه ، ومن أصل أبي حنيفة: أن الكنز يكون لصاحب الأرض ، فلما لم يكن له وارثٌ كان لبيت المال ، فرأى عمر أن يصرف بعضها إلى العبد .

فإن كان الواجد حربياً لم [يأذن له] ^(١) الإمام في العمل في المعدن ، لم يكن له فيما وجد شيءٌ ؛ لأن المعدن والركاز في حكم الغنيمة ، ولا حقٌ للحربي في الغنائم ؛ ولأن هذا مما يثبت فيه تصرف الإمام ، فكان ^(٢) لبيت المال .

فإن كان عمل بأمره ^(٣) ، أخذ منه الخمس والباقي له ؛ لأن الإمام لما أذن له فقد رأى من المصلحة أن يستعمله للمسلمين ^(٤) ، فجاز كما لو رأى من المصلحة أن يدفع إليه شيئاً من بيت المال .

وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمانٍ ، فوجد كنزاً في دُورهم: ردّه عليهم ؛ [لأن يد صاحب الدار ثابتةٌ عليه] ^(٥) ، فكان صاحب اليد أولى به إذا وجده ، والأمان يمنع من إزالة أيديهم عما فيها ، وإن وجد ذلك في صحراء ، فهو له ؛ لأنه لا يد لأحدٍ عليه [والأمان لا يمنعه من أخذه ، كما لا يمنعه من الحطب و] الحشيش .

ولا خمس فيه ؛ لأن الخمس يجب في الكنوز لثبوت يد الغانمين عليها ، ولم يثبت لهم يدٌ [على] ^(٦) دار الحرب .

(١) في أ (يعلمه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٢) في ب (كمال بيت المال) .

(٣) في ب (بإذنه) .

(٤) في ب (أن يستعمله في المعدن) .

(٥) في أ (لأن يد صاحب الدار غير ثابتة عليه) والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٦) في أ (مما في) ، والمثبت من ب .

٧٤٩ - [فصل: الخمس فيما يستخرج من البحر]

قال أبو حنيفة ومحمد: لا شيء فيما يستخرج من البحر من العنبر، واللؤلؤ، والمرجان، وقال أبو يوسف: فيه الخمس.

وجه قولهما: أن البحر ليس بمقدور^(١) عليه؛ لأنه (لا يدخل تحت قهر أحد)^(٢)، واليد لا تثبت عليه، فالمستخرج منه كالمأخوذ من دار الحرب.

وقد التزم أصحابنا على هذه الطريقة، فقالوا: إن استخرج من البحر ذهباً أو فضةً، قال: لا شيء فيه؛ ولأن اللؤلؤ يتولد^(٣) من حيوان البحر، كالمسك^(٤).

وأما العنبر^(٥)، فقيل: إنه مائع ينبع [فهو] كالقير، وقيل: إنه روث دابة، والأرواث لا شيء فيها.

وجه قول أبي يوسف: ما روي أن يعلى بن أمية كتب إلى عمر بن الخطاب في عنبرة وجدت في ساحل البحر، فكتب إليه: (ذاك سيب من سيب الله يؤتية من يشاء، [فيها] وفيما دسره البحر الخمس^(٦))؛ ولأنه مال له ثمن كالذهب والفضة.



(١) في ب (بمغلوب).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب، والعبارة فيها (لأن اليد...).

(٣) في ب (حادث).

(٤) في ب (كالمسك).

«المسك: ضرب من الطيب يتخذ من ضرب من الغزلان». المعجم الوجيز (مسك).

(٥) «العنبر: مادة صلبة لا طعم لها ولا ريح إلا إذا سحقت أو أحرقت». المعجم الوجيز (عنبر).

(٦) رواه أبو يوسف في الخراج رقم (١٥٧)، المطبعة السلفية.

٧٥٠. [فَصْلُ: الخُمسُ في الرِكَازِ بالدَّارِ]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وجد رِكَازاً^(١) في دارٍ، فهو لصاحبِ الخِطَّةِ، وفيه الخُمسُ.

وقال أبو يوسف: هو لمن وجده، وفيه الخُمسُ^(٢).

وجه قولهما: ما روي أن رجلاً وجد في خربةٍ خمسة آلاف درهم، فأتى بها علياً عليه السلام، فقال: سأقضي فيها قضاءً بيناً: إن كانت هذه الخربة لقوم يؤدُّون خراجها، فالمال لهم، وإن لم يؤدُّوا خراجها، فخمُّسها لنا، والباقي لك^(٣).

فجعل الكنز لمالك الأرض؛ لأنَّ الخراج لا يلزم إلا المالك، وهذا معنى قول محمدٍ في المسألة: إنَّا تركنا القياس للأثر المرويَّ عن عليٍّ؛ ولأنَّ الأراضي على أصل الإباحة، فلما ملكه الإمام ما كان مباحاً، ملك ما في باطنه، كمن صاد سمكةً فوجد فيها^(٤) لؤلؤةً.

وجه قول أبي يوسف: أن الواجد أظهر للمسلمين الخمس، فكان الباقي له، كما لو وجد في الصحراء، وهذا لا^(٥) يُبطلُ بمن وجد رِكَازاً فكتمه، فشهد به عليه شاهدان، فقد أظهر للمسلمين الخمس^(٦) ولا شيء لهما.

(١) «الرِّكَاز: المال المدفون في الجاهلية» كما في المصباح، وفي المعجم الوجيز: «الرِكَاز: ما في الأرض من المعادن في حالتها الطبيعية والكنز». (ركز).

(٢) شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد ص (٢٢٤).

(٣) أخرجه الشافعي في المسند ص (٩٧)؛ والبيهقي في الكبرى (١٥٦/٤)

(٤) في ب (في جوفها).

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.

٧٥١ - [فصل: وجود المعدن في الدار]

ومن وجد في داره معدناً ، فهو له ولا خمس فيه عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد: هو لصاحب الملك ، وفيه الخمس .

وجه قول أبي حنيفة: أن المعدن من تراب البقعة ، وقد ملكه الإمام البقعة بترابها ، وقطع حق المسلمين عنها ؛ لأنه لم يتعلق به عشر أو خراج ، فصار كأنه أقطعه المعدن بخمسه .

وجه قولهما: أن الخمس حق يتعلق بالمُستخرج من الأرض ، كخمس المدفون .

[ولهذا فرّق أبو يوسف بين المعدن والركاز] ، [فقال]^(١): إن المعدن لصاحب الملك ؛ لأنه من عروق التراب ، كالزرنِخ^(٢) والمغرة .

وأما إذا وجد المعدن في أرضه ، فقال في الأصل: لا خمس فيه ؛ لأنه من تربة الأرض ، وقد ملكه الإمام ذلك ، فهو كما لو وجده في داره ، وقال في الصرف والجامع الصغير: فيه الخمس ؛ لأن الإمام لم يقطع حق المسلمين عن الأرض ؛ لأنه تعلق بها إما عشر أو خراج ، فلم يسقط^(٣) الخمس عما فيها^(٤) .



(١) في أ (وإنما قال أبو يوسف) ، والمثبت من ب .

(٢) «الزرنِخ: عنصر شبيه بالفلزات ، له بريق الصُّلب ولونه ، ومركباته سامة ، يستخدم في الطب وفي قتل الحشرات» . المعجم الوجيز (الزرنِخ) .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣١٩/٢ وما بعدها .

(٤) انظر: الأصل (١١٥/٢) ؛ شرح الجامع الصغير ص (٢٢٣ - ٢٢٥) .

باب | ٢٦ | صدقة الفطر



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب صدقة الفطر^(١): ما روى نافع، عن ابن عمر قال: (فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر على الذكر والأنثى، والحر والعبد، صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير)^(٢).

وروى ثعلبة بن صعير العُدري قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «أدوا عن كل حُرٍّ وعبدٍ، صغيرٍ أو كبيرٍ، نصف صاع من برٍّ، أو صاعاً من تمرٍ، أو صاعاً من شعيرٍ»^(٣).

وروى الحسن قال: (خطبنا ابن عباس في البصرة يوم الفطر، فقال: أدوا زكاة فطركم، فجعل الناس ينظر بعضهم إلى بعضٍ، فقال: فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعاً من تمرٍ، أو شعيرٍ، أو نصف صاع من برٍّ، مَنْ هاهنا من أهل المدينة، [قوموا]^(٤) رحمكم الله، إلى إخوانكم، فعلموهم)^(٥).

(١) الفِطْر، والفِطْرَة: اسم المصدر بمعنى الخلق، وشرعاً: «اسم لما يعطى من المال بطريق الصلة والعبادة تحرمًا مقدراً»، طهرة للصائم. انظر: المصباح (فطر)؛ البناءة ٣/٢٣٠.

(٢) أخرجه البخاري (١٤٣٢)؛ ومسلم (٩٨٤).

(٣) أبو داود (١٦١٩)؛ والدراقطني في السنن (١٤٧/٢)؛ والحاكم في المستدرک (٣١٤/٣)؛ وفي سننه ومثله اختلاف بسطه الزيلعي في نصب الراية (٤٠٦/٢).

(٤) في أ (فقالوا)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٥) أخرجه أبو داود (١٦٢٢)؛ والنسائي (١٥٧٩)؛ قال الزيلعي في نصب الراية: «قال صاحب تنقيح التحقيق: الحديث رواه ثقات مشهورون لكن فيه إرسالاً؛ فإن الحسن لم يسمع من ابن عباس على ما قيل، وقد جاء في مسند أبي يعلي الموصلي في حديث عن الحسن قال: أخبرني =

٧٥٢ - [فصل: اعتبار الإسلام والحرية في الفطر]

قال أبو الحسن: لا تجب صدقة الفطر إلا على مسلم حرٍّ غنيٍّ.

أما اعتبار الإسلام؛ فلأن رسول الله ﷺ فرض صدقة الفطر على المسلمين، صاعاً من تمر، أو [صاعاً من] شعير، وروي أنه قال [في صدقة الفطر]: «طُهْرَةٌ لِلصَّائِمِ مِنَ الرَّفَثِ»^(١)، وهذا يختص بالمسلم؛ ولأنها زكاة في الشريعة كزكاة المال.

فأمَّا الحرِّيَّة؛ فلأن العبد لا مال له، فهو أدون من الفقير، وحُكي عن الشافعي: أن الفطرة تجب على العبد، ويتحمَّلها المولى عنه^(٢).

وهذا غلط؛ لأن العبد لا يخاطب بأدائها بحال، فلا تجب عليه، وليس كذلك الصغير؛ لأنه يخاطب بأدائها، ألا ترى أن الصبي [الغني] ^(٣) إذا لم يُخرج وليه عنه، لزمه الأداء بعد البلوغ.

٧٥٣ - [فصل: اعتبار الغنى في صدقة الفطر]

وأمَّا اعتبار الغنى، فقال أصحابنا: لا تجب صدقة الفطر على الفقير، وإنما تجب على الغني، وقال الشافعي: تجب على الفقير إذا كان له زيادةٌ على قوت يومه^(٤).

= ابن عباس، وهذا إن ثبت دلّ على سماعه منه» (٢/٤١٩).

(١) أخرجه أبو داود (١٦٠٩)؛ وابن ماجه (١٨٢٧)؛ والدارقطني في السنن (١٣٨/٢)؛ وقال عن رواته: «ليس فيهم مجروح».

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٥٤؛ المذهب ١/٥٣٩.

(٣) في أ (الصغير)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٤) انظر: مختصر المزني ص ٥٤؛ المذهب ١/٥٤٠؛ المجموع ٦/١٠٩.

لنا: قوله ﷺ: « [إنما] الصدقة ما كان عن ظهر غني »^(١)؛ ولأن كل من جاز دفع الصدقة إليه مع الإقامة^(٢)، لم تجب عليه الفطرة، كمن لا يملك قوت يومه. وأما الغني الذي تلزمه الفطرة، فهو الذي يملك نصاباً، أو ما قيمته قيمة نصاب، فاضلاً عن مسكنه، وثياب بدنه، وأثاثه، وفرسه، وسلاحه؛ وذلك لأنها زكاة في الشريعة، فجاز أن يعتبر فيها النصاب، كزكاة المال.

٧٥٤. [فصل: فطرة الصغير والمجنون]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: تجبُ الفطرة على الصغير والمجنون إذا كان لهما مالٌ، ويخرجها الولي من مالهما.

وقال محمد وزفر: لا فطرة عليهما، فإن كان لهما والدٌ غنيٌّ، لزمه أن يخرج من ماله.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الفطرة [ب/٦٦] تجري مجرى المؤنة؛ بدلالة أن الأب يتحملها عن ابنه الفقير إذا كان الأب غنياً، (فكانت في مال الصغير عند غناه كنفقته)^(٣)؛ ولأنها طهرةٌ تلزم الأب عنه إذا كان فقيراً، فوجبت في ماله إذا كان غنياً، كنفقة الختان.

وجه قولهما: أنها زكاةٌ في الشريعة كزكاة المال؛ ولأنها قرينةٌ من شرطها النية، فلا تجب على الصغير كسائر العبادات.

وإذا ثبت أنه لا يجوز إخراجها من مالهما، صاراً كالفقيرين، فيخرج الأب

(١) أخرجه البخاري (٥٠٤١).

(٢) ما بين القوسين في ب (دفع الفطرة إليه).

(٣) ما بين القوسين في ب (فإذا كان غنياً كانت في ماله كنفقته).

عنهما من ماله .

وقد روي عن محمد في الكبير: المجنون إذا كان (١) بلغ مجنوناً ، ففطرته على أبيه ، وإن كان (٢) بلغ مُفِيَقاً ثم جُنَّ ، فلا فطرة على أبيه ولا عليه ؛ لأنه إذا بلغ مجنوناً ، فقد استمرت الولاية عليه ، فبقيت الفطرة بحالها على الولي (٣) ، وإذا أفاق ، انتقلت إليه الفطرة ، فلم تعد إلى أبيه بعد ذلك .

٧٥٥ - [فصل: صدقة فطر العبيد وأمّهات الأولاد]

[قال]: وإذا كان الرجل الذي [تجب] عليه الصدقة على الصفة التي ذكرنا ، أخرج عن رقيقه ، ومُدَبَّرِيه ، وأمّهات أولاده ، وعن نفسه - وإن كان هؤلاء كفاراً - وعن أولاده .

أما [ما أخرج] عن نفسه ؛ فلأن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر من رمضان طهرةً للصائم من الرث .

وأما عن عبيده ؛ فلقوله ﷺ: «أدوا عن كلّ حرٍّ وعبيدٍ» ، وأما المدبَّرون ؛ فلأنهم باقون على حكم الرقِّ ، ويده ثابتةٌ عليهم ، ألا ترى أنّه يستخدمهم بحقِّ الملك ، ويطأ المدبَّرة بحكم (٤) الملك ، وإنما تعلق عتقهم بشرطٍ ، فصاروا كالعبيد .

وأما أمّ الولد ؛ فلأنها باقيةٌ على حكمها ، أن يطأها (٥) المولى ويستخدمها

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) (على الولي) سقطت من ب .

(٤) في ب (بحق) .

(٥) في ب (على حكم الرق يطؤها) .

بحكم الملك ، فصارت كالأمة القنّ .

٧٥٦ - [فصل : أداء الفطرة عن المماليك الكفار]

قال أصحابنا: يجب على المسلم أن يؤدي الفطرة عن مماليكه الكفار والمسلمين ، وقال الشافعي: لا يؤدي إلا عن مسلم^(١) .

لنا: ما روى نافع عن ابن عمر ، ومقسم عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «أدّوا صدقة الفطر عن كلّ حرّ وعبدٍ، صغيرٍ وكبيرٍ، يهوديٍّ أو نصرانيٍّ أو مجوسيٍّ، نصف صاع من برّ، أو صاعاً من شعيرٍ أو تمرٍ»^(٢)؛ ولأنّ المولى يلي عليهم بالملك كالمسلمين؛ ولأنّ كلّ عبدٍ لو كان للتجارة وجب بسببه الزكاة، فإذا كان للقنية وجب عنه الفطرة كالمسلم.

٧٥٧ - [فصل : أداء صدقة الفطر عن الأولاد]

وأما الأولاد، فإن كانوا صغاراً، فعلى الأب أن يخرج فطرتهم من ماله إن

(١) انظر: المهذب ١/٥٣٧ .

(٢) حديث ابن عمر رواه من فعل ابن عمر موقوفاً عليه بلفظٍ قريبٍ من هذا: الدارقطني في السنن (١٥٩/٢)، من طريق عثمان بن عبد الرحمن عن نافع عن ابن عمر، وقال الدارقطني: «عثمان هو الواقصي متروك» .

وأما حديث ابن عباس فرواه الدارقطني في السنن (١٥٠/٢)؛ وقال الزيلعي في نصب الراية: «أخرجه الدارقطني في سننه وليس فيه ذكر المجوسي، عن سالم الطويل عن زيد العمي عن عكرمة عن ابن عباس، ولم يسنده غير سلام الطويل وهو متروك، ومن طريق الدارقطني رواه ابن الجوزي في الموضوعات، وقال: زيادة اليهودي والنصراني فيه موضوعةٌ انفرد بها سالم الطويل وكأنه تعمدها، وأغلظ فيه القول عن النسائي وابن معين وابن حبان، وقال في التحقيق: قال ابن معين: لا يكتب حديثه، وضعفه ابن المديني جداً، وقال النسائي: متروك الحديث، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات كأنه كان المتعمد بها» (٤١٢/٢) .

كانوا فقراء؛ لقوله ﷺ: «أدوا عن كل (حرٍّ وعبدٍ)»^(١)، صغيرٍ أو كبيرٍ؛ ولأنَّ ولايته عليهم كاملةٌ كالعبد.

وأما العقلاء الكبار، فلا فطرة عليهم ولا عليه وإن كانوا في عياله، وكذلك لا يلزمه الفطرة عن أبويه وإن كانا في عياله، وقال الشافعي: إذا كان الكبير زمنًا فقيرًا، فعلى أبيه صدقة الفطرة، وإن كان صحيحًا معسرًا، فقد اختلف أصحابه فيه، وكذلك في الأبوين^(٢).

لنا: أنه حرٌّ مكلفٌ، (فلا يجب على غيره فطرته)^(٣)، أصله إذا كان أبوه معسرًا، وأما قوله ﷺ: «أدوا عن كلِّ حرٍّ وعبدٍ، صغيرٍ وكبيرٍ ممن تمونون»^(٤)، فمحمولٌ عندنا على جواز الأداء عمَّن في عياله.

[قد] روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا أخرج الرجل الفطرة عن زوجته، وأولاده الكبار، والذين في عياله أجزاءهم ذلك وإن لم يأمره؛ لأنه كالمأذون فيه بالعادة.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١/٤٧٤؛ المزني ص ٥٤.

(٣) ما بين القوسين في ب (فلا يُلزم غيره عنه الفطرة).

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (١/١٤١)؛ والبيهقي في الكبرى (٤/١٦١) من حديث ابن عمر، وقال الدارقطني: «إسناده غير قوي»، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: «ورواه الدارقطني من حديث علي، وفي إسناده ضعف وإرسال، ورواه الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلًا، قال البيهقي: ورواه حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي، وفيه انقطاع، وروى الثوري في جامعه عن عبد الأعلى عن أبي عبد الرحمن السلمي عن علي قال: من جرت عليه نفقتك نصف صاع برٍّ أو صاعاً من تمرٍ، وهذا موقوف، وعبد الأعلى ضعيفٌ» (٢/١٨٤).



وإذا ثبت بهذا^(١) صفة من يُخْرَج عنه الفطرة؛ فالأصل الذي يشتمل [على] ذلك: أن كلَّ سببٍ يثبت به ولايةٌ كاملةٌ، يتعلق به تحمل الفطرة، وكلَّ سببٍ لا يثبت به ولايةٌ كاملةٌ، لا يتعلق به التحمُّل.

٧٥٨. [فصل: صدقة فطر المكاتب]

ولا يُخْرَج عن مكاتبه، ولا عن رقيق مكاتبه، ولا يخرج المكاتب أيضاً؛ وذلك لأنَّ المكاتب خارجٌ عن يد المولى وعن تصرفه، فصار كما لو باعه^(٢).

وأما عبيد مكاتبه، فلا ولاية للمولى عليهم، وقد بيَّنا: أن السبب الذي لا يتعلق به الولاية الكاملة لا يتعلق به تحمل الفطرة.

و[قد] حكى عن عطاء: أن المولى يؤدي عن مكاتبه، وروى عن ابن عمر: أنه كان يخرج الفطرة عن عبيده إلا مكاتبين [كانا له]^(٣).

وأما المُكاتب، فلا يلزمه أن يؤدي عن نفسه، ولا عن رقيقه، وقال مالكٌ: يلزمه.

لنا: أن المكاتب فقيرٌ، فصار كالحرِّ الفقير؛ ولأنَّه يجوز دفع الفطرة إليه (مع التمكن من ماله)^(٤)، فلا يلزمه فطرته كالحرِّ^(٥).

٧٥٩. [فصل: صدقة فطر المعتق بعضه]

وأما العبد المعتق بعضه، فهو عند أبي حنيفة مكاتبٌ، [فلا تلزمه الفطرة،

(١) في ب (بما قدمنا).

(٢) في ب (فصار كالعبد الذي باعه).

(٣) البيهقي في الكبرى (٤/١٦١)

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في ب (فلا تجب عليه كالحر الفقير).



ولا مولاه] ^(١)، وعندهما: هو حرٌّ عليه دينٌ ^(٢)، فإن كان غنياً فعليه فطرته، وإن كان فقيراً، فهو كسائر الفقراء.

وقال الشافعي: يؤدي [عن] الذي لم يعتق حصة نصيبه، وهذا غلطٌ؛ لأنه لا يلزمه عنه فطرةٌ كاملةٌ، فلم يلزمه شيءٌ كمكاتبه.

وقال الشافعي: إن المعتق بعضه يؤدي الفطرة بقدر ما عتق منه، وهذا غلطٌ؛ لأن من لم يلزمه عن نفسه فطرةٌ كاملةٌ، لم يلزمه بعضها، كالكافر والمكاتب ^(٣).

٧٦٠ - [فصل: القدر الواجب في زكاة الفطر]

وإذا ثبت وجوبُ الفطرة ومن تجب عليه [وعنه] ^(٤)، فالكلام بعد ذلك في قدرها.

قال أصحابنا: نصف صاعٍ من بُرٍّ، أو صاعٌ من تمرٍ أو [صاعٌ من] شعيرٍ.

واختلفت الرواية في الزبيب، فقال في الجامع الصغير: نصف صاع زبيب، وروى الحسن [وأسد بن عمرو] ^(٥) عن أبي حنيفة: صاعاً من زبيب، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وقال الشافعي: صاعٌ من بُرٍّ ^(٦).

لنا: ما روي في حديث ثعلبة بن صعير: أن النبي ﷺ قال: «عن كلِّ اثنين

(١) في أ (فلا يلزمه عن فطرته) والمثبت من ب.

(٢) (عليه دين) سقطت من ب.

(٣) انظر: المهذب ٥٣٩/١؛ رحمة الأمة ص ٧٠.

(٤) في أ (ومنه)، والمثبت من ب، والعبارة تقتضيه.

(٥) في أ (عن الحسن بن عمرو)، والمثبت من ب، وانظر بدائع الصنائع (٧٢/٢)

(٦) انظر: مختصر المزني ص ٥٥؛ المهذب ٥٤٤/١؛ المجموع ١١٩/٦.

صاعٍ من قمحٍ»، وروي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وجابر، وابن عباس، وابن مسعود، وأبي هريرة، وابن الزبير، وأسماء، وعائشة، وسمرة، رضي الله عنهم.

قال أبو الحسن: ولم ينقل من الصحابة عن أحدٍ أن نصف صاعٍ لا يجزئ؛ ولأنَّ ما لا يتقدَّر به طعام مسكينٍ في كفارة الأذى^(١)، لا يتقدَّر به الفطرة، أصله: ثمانية أرطال، (وقياساً على سائر الكفارات)^(٢).

٧٦١ - [فصل: إخراج الفطر من التمر والشعير والزيب]

وأما التمر والشعير؛ فلقوله ﷺ: «أو صاعاً من تمرٍ، أو صاعاً من شعير».

وأما رواية الجامع الصغير في الزيبي، فوجهها: أن قيمة الزيبي تزيد على قيمة البُرِّ غالباً، فإذا أجزأ في البُرِّ نصف صاعٍ، فمن الزيبي أولى.

وجه الرواية الأخرى: حديث أبي سعيد الخدري قال: (كنا نُخرج زكاة الفطر على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من طعام، أو صاعاً من زيبي، وكان طعامنا الشعير)^(٣).

٧٦٢ - [فصل: إخراج الأحظ للفقير]

وقد قال أصحابنا: إنَّ دقيق الحنطة وسويقها كهي، ودقيق الشعير وسويقه كهو. وقال الشافعي: لا يجزئ^(٤).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) أخرجه البخاري (١٤٣٩)؛ ومسلم (٩٨٥).

(٤) انظر: رحمة الأمة ص ٧١.

لنا: حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «أدوا قبل الخروج زكاة الفطر، فإنّ على كلّ مسلمٍ مُدَّينٍ من قمحٍ أو دقيقٍ»^(١)؛ ولأنّ ما لا يجوز بيعه بالحنطة متفاضلاً، وهو مما يجوز بيعه، فإنّه يجرى في الفطرة، كالحنطة؛ ولأنّه إذا أخرج [الدقيق]^(٢) فقد زاد في منفعة الفقير؛ لأنّه أسقط عنه المؤنة، وعجل له المنفعة، وحصل له المقصود^(٣)، فجاز^(٤).

وقد روي عن أبي يوسف أنّه قال: الدقيق أحبّ إليّ من الحنطة، والدرهم أحبّ إليّ من الدقيق، وإنّما كانوا يخرجون الفطرة على عهد رسول الله ﷺ من الأنواع المنصوص عليها؛ لأنهم كانوا يتبايعون بها كلّ شيءٍ، فأخرج ما تعجلت منفعته أولى.

وأما الأقط، فقال أصحابنا: لا يجرى إلا بالقيمة. وقال مالك: يجوز صاع من أقط. وقال الشافعي: لا أحبُّ أن يُخرج الأقط، فإن أخرج صاعاً من أقطٍ لم بين لي أنّ عليه الإعادة^(٥).

وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ الفطرة ذكرها رسول الله ﷺ من أنواعٍ نصّ عليها، وكانت غالب أقواتهم، والأقط لم ينقل من جهة التواتر، فصار كسائر الأعيان التي لم ينصّ عليها.

(١) ابن عساكر في تاريخ مدينة دمشق (٣٠٤/١٢)

(٢) في أ (الحنطة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) في ب (وهذا هو المقصود).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) انظر: القوانين ص ١٢٩؛ رحمة الأمة ص ٧١.

٧٦٣ - [فصل: إخراج القيمة في زكاة الفطر]

[قال]: ويجوز أن يعطي عن جميع ذلك القيمة: دراهم، أو دنانير، أو فلوساً، أو عروضاً، أو ما شاء. وقال الشافعي: لا يجوز إخراج القيمة^(١).

لنا: قوله ﷺ: «أغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم»^(٢)، وهذا يقتضي جواز ما يقع به الغنى.

قال: فأما ما سُمِّي في الخبر، فلا يجوز بعضه عن بعضٍ بالقيمة، وإنما يجزئ عن نفسه؛ وذلك لأنه منصوصٌ عليه لمعنى واحدٍ، فصار كالشيء الواحد، فكما لا يجوز الحنطة عن الحنطة بالقيمة، فكذلك لا يجوز التمر عنها بالقيمة.

٧٦٤ - [فصل: دفع ما يجب على جماعة لواحد وبالعكس]

ويجوز أن يعطي ما يجب في صدقة الفطر عن إنسانٍ واحدٍ جماعة مساكين، ويعطي ما يجب عن جماعة مسكيناً واحداً؛ وذلك لأنها زكاةٌ، فجاز جمعها وتفريقها في الدفع، كزكاة المال.

٧٦٥ - [فصل: تقدير الصاع الشرعي]

والصَّاع: ثمانية أرطالٍ بالعراقي عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: خمسة أرطالٍ وثلاثٌ بالعراقي، وهو قول الشافعي^(٣) الثاني^(٤).

(١) انظر: الإفصاح ٢١١/١؛ البناية ٧٢/٣؛ المجموع ٤٠٢/٥.

(٢) الدارقطني في السنن (١٥٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (١٧٥/٤)، كلاهما من رواية ابن عمر، وفي إسناده أبو معشر المدني وهو ضعيف، قال البيهقي: غيره أوثق منه. انظر خلاصة البدر المنير لابن الملقن (٣١٣/١).

(٣) سقطت من ب.

(٤) الصاع الذي عليه اعتماد الفقهاء في الأوزان الشرعية: هو الصاع المدني، فعلى قول أبي حنيفة =

وجه قولهما: ما روي في حديث أنس، قال: «كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد» - والمد: رطلان - «ويغتسل بالصاع» - والصاع: ثمانية أرطال - ذكره الدارقطني [في الطهارة من السنن] (١)؛ ولأن ما لا يتقدر به إطعام مسكين في كفارة، لا يتقدر به الصاع، كخمسة أرطال.

وجه قول أبي يوسف: أن صاع أهل المدينة خمسة أرطالٍ وثلاث، وقد نقلوا ذلك عن رسول الله ﷺ خلفاً عن سلف.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن مالكا [فقيههم] قال: إن صاع المدينة تحري عبد الملك بن مروان على صاع رسول الله ﷺ، فبطل الاحتجاج بالنقل، وثبت أن صاع عمر ثمانية أرطال، فالرجوع إليه أولى من الرجوع إلى صاع عبد الملك.

٧٦٦ - [فصل: تقدير الصاع بالكيل والوزن]

[قد] روى معلى وبشر بن الوليد، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أن الصاع: ثمانية أرطال وزناً، وقال ابن رستم عن محمد: كيلاً.

قال: قلت له: لو أن رجلاً وزن أربعة أرطال بر، فأعطاه مسكيناً، قال: لا يجوز؛ لأن البر يكون خفيفاً وثقيلاً.

وقال الطحاوي: والصاع ثمانية أرطال مما يستوي كيله ووزنه.

أما اعتبار الوزن؛ فلأن المختلفين في الصاع قدروه، فدل على أن المعتبر الوزن.

= ومن وافقه: فالصاع = ٣,٢٩٦,٨ غراماً = ٤,١٢٧,٣٠ ليطراً، وعلى قول الباقي من الفقهاء: الصاع = ٢,١٧٥ غراماً = ٢,٧٥ ليطراً.

انظر: الإيضاح والبيان لابن الرفعة (مع تعليقات المحقق) ص ٥٧.

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٩٤/١)؛ ورواه البخاري (١٩٨)؛ ومسلم (٣٢٥).

وأما محمد فقال: إن الخبر^(١) ورد بالصاع، وهو مكيال يختلف بوزن ما [يكال]^(٢) فيه، فكان المعتبر بالكيل المنصوص عليه.

وأما الذي ذكره الطحاوي من اتفاق الكيل والوزن، فمعناه: أن العدس والماش والزبيب، يستوي كيله ووزنه، (حتى لو وزن ثمانية أرطال، ووضع في الصاع، لا يزيد ولا ينقص)^(٣)، وما سواها تارة يكون الوزن أكثر من الكيل كالشعير، وتارة يكون الكيل أكثر من الوزن كالمح، (فتقدير المكيال بما لا يختلف كيله ووزنه أولى)^(٤).

وإذا كان المكيال يسع ثمانية أرطال من العدس والماش، فهو الصاع الذي يكال به الشعير والتمر.

٧٦٧ - [فصل: فطرة العبد بين شريكين]

وإذا كان العبد بين شريكين، فلا فطرة على واحدٍ منهما. وقال الشافعي: عليهما الفطرة^(٥).

لنا: أنه ليس لأحدهما عليه ولايةٌ كاملةٌ؛ بدليل أنه لا يملك تزويجه، فصار كالمكاتب.

وأما إذا كان بين الشريكين رقيقٌ ذوي عددٍ، فلا فطرة عليهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: على كل واحدٍ منهما فطرةٌ بالحصة^(٦)،

(١) في ب (النص).

(٢) في أ (يدخل)، والمثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين في ب (فتقدير المكيال يكون بما لا يختلف كيله ووزنه).

(٥) انظر: المهذب ١/٥٣٩.

(٦) في ب (مما يخصه).



بالقسمة من العدد لو قسموا.

أما أبو حنيفة: فمن أصله: أن الرقيق لا يقسم، فكل واحدٍ منهما لم يملك عبداً كاملاً، فلا يلزمه الفطرة.

وأما أبو يوسف: [وإن] ^(١) كان يرى قسمة الرقيق، فيقول: إن الفطرة تتعلق بالولاية، ولا ولاية لواحدٍ منهما كاملة، فلا يلزمه الفطرة.

وأما محمد: فإنه يرى قسمة الرقيق، فكل واحدٍ منهما يملك في المعنى عبداً تاماً، فكأنه انفرد به في الزكاة، كالسوائم المشتركة.

٧٦٨ - [فصل: وقت وجوب الفطرة]

وأما وقت وجوب الفطرة، فقد قال أصحابنا: تجب بطلوع الفجر الثاني من يوم الفطر، فمن مات قبل ذلك، سقطت فطرته، ومن ولد وأسلم قبل الطلوع، وجبت فطرته.

وقال الشافعي: تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان ^(٢).

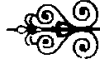
والكلام في هذه المسألة [يكون] في فصلين:

أحدهما: أن الفطر من رمضان يكون عندنا ^(٣) يوم الفطر؛ لأنّ (النبي ﷺ) نهى عن صيام يومين: اليوم الذي تفطرون فيه من صومكم، واليوم الذي تأكلون فيه لحم

(١) في أ (فإنه)، والمثبت من ب.

(٢) وهذا هو الأصح باتفاق الأصحاب، كما ذكره النووي من المجموع ١١٧/٦. انظر: رحمة الأمة ص ٧؛ الهداية ١١٧/١؛ المنهاج ص ١٧٢.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



نسككم^(١)؛ ولأنّ هذا اليوم يضاف إلى معيّن^(٢)، فكان واقعاً فيه، كيوم الجمعة. وإذا ثبت هذا، فقد روى ابن عمر: (أنّ النبي ﷺ فرض صدقة الفطر من رمضان)^(٣).

وأما الفصل الثاني في نفس المسألة: فقد روى ابن عمر: (أنّ النبي ﷺ كان يأمرنا أن نخرج صدقة الفطر قبل أن يخرج إلى المصلّى)^(٤)، والنبي ﷺ لا يأمر بتأخير الواجب عن وقت الوجوب؛ ولأنّ [وقت]^(٥) الأضحية لم يدخل، فلم يجب فيه الفطرة، كما قبل غروب الشمس)^(٦).

٧٦٩ - [فصل: دفع زكاة الفطر لفقراء أهل الذمة]

قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز أن يُعطي الفطرة فقراء أهل الذمة، وفقراء المسلمين أفضل.

وقال أبو يوسف في إحدى الروايتين: لا يجوز.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «تصدقوا على أهل الأديان»^(٧)؛ ولأنها صدقةٌ ليس للإمام حقٌّ في أخذها كالنافلة.

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥١)؛ ومسلم (١١٣٧).

(٢) في ب (معنى).

(٣) مسلم (٩٨٤).

(٤) أخرجه البخاري (١٤٣٨)؛ ومسلم (٩٨٦).

(٥) في أ (وجوب)، والمثبت من ب.

(٦) ما بين القوسين في ب (فتجب الفطرة فيه كالفجر الأول).

(٧) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤١٠/٢)، من مرسل سعيد بن جبيرة ومن مرسل محمد بن

الحنفية؛ قال ابن حجر في الدراية: «وهذه مراسيل يشد بعضها بعضاً» (٢٦٦/١).

وأما أبو يوسف: فروي عنه أن كل صدقةٍ مذكورة في القرآن ، لا يجوز دفعها إلى أهل الذمة ، كالزكاة ، وما لم ينص عليه في القرآن ، يجوز دفعها إليهم كالنفل ، فعلى هذه الرواية يجوز دفع الفطرة إليهم .

وقد روي عنه أنه قال: كل ما وجب بإيجاب الله تعالى ، لا يجوز دفعه إليهم ، كالزكاة ، فعلى هذا لا يجوز دفع الفطرة إليهم ، ويجوز دفع النذور .

وروي عنه أنه قال: كل صدقةٌ واجبةٌ لا يجوز دفعها إليهم ، فعلى هذا لا يجوز النذور^(١) .

وأما الحربيّ المستأمن ، فلا يجوز الدفع إليه في قولهم ؛ لقوله ﷺ: ﴿ إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ [المتحنة: ٩] ؛ ولأن دفع الصدقة إليه ، تقوية أهل الحرب ، وذلك لا يجوز .

٧٧٠ - [فصل: دفع زكاة الفطر قبل الصلاة]

قال: ويجوز دفع^(٢) صدقة الفطر قبل الصلاة ، وذلك أفضل ، وقال أبو يوسف: إن الإنسان يستحب له يوم الفطر أن يستاك ، ويغتسل ، ويطعم شيئاً ، ويلبس أحسن ثيابه ، ويمس طيباً ، ويخرج صدقة الفطر قبل أن يخرج [إلى المصلى] ؛ وذلك لأن النبي ﷺ كان يخرج الفطرة قبل أن يخرج إلى المصلى ؛ ولأنه إنما أمر بها حتى يتشاغل الفقراء بالصلاة فيه عن المسألة ، وهذا لا يكون إلا بتقديم الدفع .

٧٧١ - [فصل: لزوم صدقة الزوجة على الزوج]

[قال]: وإذا كان المسلم حراً بالغاً ، لم يجب عنه الصدقة على غيره ، وهذا

(١) قال الدمشقي: «واتفقوا على أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى كافر» ص ٧٣ .

(٢) في ب (أن يعطي) .

على ما قدمنا؛ لأنه لا يولى عليه، والفطرة تتعلق بثبوت الولاية.

ولهذا قال أصحابنا: إن الزوج لا يلزمه الصدقة^(١) عن زوجته . [٦٧/ب] وقال الشافعي: يلزمه^(٢).

لنا: أن كل شخصٍ لزمه إخراج الزكاة عن ماله، لم يلزم غيره [إخراج] الفطرة عنه، [كالمبتوتة، ولأنها تلزمها فطرة غيرها، لا يلزم غيرها عنها الفطرة] كامرأة المكاتب.

٧٧٢ - [فصل: إخراج الجد فطرة ابن ابنه]

و[قد] روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الجدّ (يلزمه إخراج صدقة الفطر)^(٣) عن ابن ابنه؛ لأن ولايته عليه تامة، كالابن؛ ولأنه يلي بالولاد كالأب.

وقال محمد في الأصل: لا يُخرج الجد عن ابن ابنه؛ لأنه لا يلي عليه بنفسه، وإنما يلي بغيره، كالوصي^(٤).

٧٧٣ - [فصل: إخراج الفطر عن العبيد]

ولا تخرج الفطرة^(٥) عن الحمل؛ لأن الصدقة يتعلق أداؤها بكمال الولاية^(٦)، والحمل ليس يولى عليه؛ ولأننا لا نعلم حياته، (فلا شيء فيه)^(٧).

(١) في ب (الفطرة).

(٢) انظر: المنهاج ص ١٧٣.

(٣) ما بين القوسين في ب (يلزمه الفطرة).

(٤) في ب (وإنما ولايته متنقلة كالأب).

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٦) في ب (لأن الأداء يتعلق بكمال الولاية).

(٧) ما بين القوسين سقطت من ب.

ويخرج عن عبده المؤاجر؛ لأن ولايته عليه كاملة، وهو الموجب [ليد المستأجر]^(١).

فأما عبد الرهن، فإن كان للراهن مال^(٢) أخرج عنه؛ لأن ولايته عليه كاملة، ولو لم يكن له مال، فهو فقير، فلا فطرة عليه^(٣).

ويخرج عن العبد الوديعة؛ لأن يد المودع يد للمودع.

ولا يخرج عن الآبق، [ولا المغصوب ولا المجحود]^(٤)؛ لأنه خارج عن يده وتصرفه كالمكاتب.

ويخرج عن عبده [المديون]^(٥)، وإن كان الدين مستغرقاً؛ لأن ولاية المولى لا تتغير بدين عليه^(٦)؛ ولأن الدين ليس بثابت في ذمة المولى.

فأما عبيد المأذون^(٧)، فإن كان على العبد دين، فالمولى لا يملكهم، فلا يلزمه فطرتهم، وإن لم يكن عليه دين، فهم عبيد تجارة، فلا يلزم عنهم الصدقة عندنا، وإنما تجب في عبيد القنينة. وقال الشافعي: تجب عن عبيد التجارة.

لنا: أنها زكاة تختص بجنس من الحيوان^(٨)، فلا تجتمع مع زكاة التجارة،

(١) في أ (يداً لغيره). انظر: الأصل (١٧٧/٢).

(٢) في ب (وفاء).

(٣) في ب (فلا تلزمه الفطرة).

(٤) في ب (ولا عن المغصوب بجحود).

(٥) في أ (المأذون).

(٦) في ب (بدين العبد).

(٧) في ب (فأما عبيد العبد).

(٨) في ب (تختص بالحيوان).

كزكاة السوم.

ويُخْرِجُ عن العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر صاحبُ الرقبة؛ وذلك لأنَّه مالكٌ للرقبة، وحقُّ الآخر متعلق بالمنافع، كالمستأجر والمستعير.

٧٧٤ - [فَصْلُ: سقوط الفطرة بالتأخير]

ولا تسقط صدقة الفطر بتأخير أدائها، وهي دينٌ عليه حتى يؤديها^(١).

وقال الحسن بن زياد: إذا لم يؤديها حتى مضى يوم العيد^(٢)، سقطت عنه، رواه عنه هشام.

لنا: أنَّها صدقةٌ، فلا تسقط بالتأخير، كالزكاة.

وجه قول الحسن: أنَّه حقٌّ يتعلق بيوم عيدٍ، فيسقط بالتأخير كالأضحية.

٧٧٥ - [فَصْلُ: تعلق صدقة الفطر بالذمة]

وإن افتقر بعد يوم الفطر، لم تسقط عنه؛ لأنَّ وجوبها لا يتعلَّق بالمال، إنما يتعلَّق بالذمة، والمال شرطٌ في الوجوب، فهلاكه بعد الفرض لا يُسقط الوجوب^(٣)، كالحج.

٧٧٦ - [فَصْلُ: الفطرة على كافر من ولده ورقيقه]

ولا فطرة على كافرٍ في ولده، ولا في رقيقه وإن كانوا مسلمين؛ لأنها زكاةٌ في الشريعة، كزكاة المال.

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٧٠.

(٢) في ب (قبل صلاة العيد).

(٣) في ب (الفرض).

٧٧٧ - [فَصْل: قصر صدقة الفطر بالآدمي]

وليس في شيء من الحيوان صدقة [الفطر]، إلا في الرقيق؛ لأن رسول الله ﷺ فرض الفطرة طُهرةً للصائم، وما سوى الآدمي ليس من أهل الصوم.

٧٧٨ - [فَصْل: بعث الساعي على صدقة الفطر]

ولا يبعث على صدقة الفطر ساعياً؛ لأن النبي ﷺ، لم يبعث عليها ساعياً؛ ولأنها طُهرةٌ لا تجب في المال، كالكفارات.

٧٧٩ - [فَصْل: تلازم الفطرة بصوم رمضان]

ومن سقط عنه صوم الشهر لكِبَرٍ أو مرضٍ أو سفرٍ، فصدقة الفطر له لازمةٌ، لا يسقط ذلك عنه لعذرٍ في فطر الشهر؛ وذلك لأنها تجب على الصغار مع عدم الصوم منهم، فعدم الصوم من البالغ لا يُسقطها.

٧٨٠ - [فَصْل: تعجيل صدقة الفطر قبل يوم العيد]

ويجوز تعجيل صدقة الفطر (قبل يوم الفطر)^(١) بيوم أو يومين.

وروى الحسن [بن أبي مالك] عن أبي حنيفة: بسنةٍ أو سنتين، وقال خلف بن أيوب: يجوز تعجيلها إذا دخل شهر رمضان، وقال الحسن بن زياد: لا يجوز تعجيلها^(٢).

لنا: أنها زكاةٌ في الشريعة، فحلّ تعجيلها كزكاة المال؛ ولأن العبد هو

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٤٧٦/١.

الموجب عنه ، فإذا ملك ، جاز التعجيل ، كمالك النصاب .

وإذا ثبت جواز التعجيل ، لم يختص بوقت كالزكاة .

وما ذكر في الأصل : في اليوم واليومين فليس على طريق الشرط وإن جعلناه شرطاً ؛ فلأن المقصود بالفطرة الغنى في يوم الفطر ، [فوجب أن يختص إخراجها بالزمان الذي يبقى فيه إلى يوم الفطر] عن سؤال الناس .

والذي ذكره خَلَف ، فكأنه جعل الشهر سبب الوجوب ؛ لأنها فطرةٌ عن الصوم ، فلا يجوز تقديمها عليه .

وجه قول الحسن : هو أنه حَقُّ يتعلق بيوم العيد ، فلا يجوز تقديمه كالأضحية .

٧٨١ - [فصل : وجوب الفطر على المالك المعين]

قال أبو يوسف : وليس في رقيق الأحماس ورقيق القوَّام الذين يقومون على مرافق العوام^(١) ، مثل زمزم ، وما أشبهها ، ورقيق الفيء صدقةً فطرٍ ؛ لأن هؤلاء ليس لهم مالكٌ معيّنٌ ، والصدقة لا تجب إلا على [مالكٍ] معيّنٍ كالزكاة^(٢) .

وكذلك السباء ورقيق الغنيمة والأسرى قبل القسمة ؛ لأن المالك فيهم لم يتعيّن .

٧٨٢ - [فصل : فطرة واحدة عن الشخص الواحد]

وإذا كانت جاريةً بين رجلين ، فجاءت بولدٍ ، فادعياه ، فلا فطرة على واحد منهما في الأم ، وقال أبو يوسف : يخرج كل واحدٍ منهما صدقة [الفطر] تامةً عن

(١) في ب (القوم) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .



الابن^(١)، وقال محمد: عليهما صدقةٌ واحدةٌ.

أما الأم؛ (فلأن الأمة المشتركة، لا فطرة فيها في قولهم جميعاً)^(٢).

وأما الولد، (فقول أبي يوسف)^(٣): أنه ولدٌ تامٌّ في حق كل واحدٍ^(٤) منهما؛
بدليل أنه يرث منهما ميراث ابنٍ كاملاً، فصار كأنه انفرد به.

وجه قول محمد: أن الشخص الواحد لا تجب [عنه]^(٥) أكثر من فطرةٍ
واحدةٍ كسائر الأشخاص.

٧٨٣ - [فصل: مكان إخراج الفطرة]

وأما الكلام في الموضع الذي يستحب فيه إخراج الفطرة، فقال في الأصل:
في الخراساني يكون بالكوفة، فيبعث بصدقته إلى خراسان، أجزأ عنه وقد
أساء^(٦)، فاعتبر مكان الوجوب (وإن كان الموجب عنه بخراسان)^(٧).

وروي عن محمدٍ قال: يؤدي زكاة المال حيث المال، وصدقة الفطر عن
نفسه أو عبده حيث هو.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف قال: يؤدي عن نفسه حيث هو، وعن

(١) (عن الابن) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين في ب (فلأن المشترك لا يجب فيه الفطرة على أحد الشريكين في قولهم).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) سقطت من ب.

(٥) في أ (عليه) والمثبت من ب.

(٦) انظر: الأصل (١٧٧/٢).

(٧) في ب (ولم يبين أن الموجب عنه للفطرة بالكوفة أو بخراسان).

عبيده حيث هم .

قال الحاكم رحمته الله: كان قول أبي يوسف مثل قول محمد ، ثم رجع ، وروى رجوعه ابن سماعه .

وجه قول أبي يوسف: أنها زكاة في الشريعة ، كزكاة المال ، ومعلوم أن زكاة المال تؤدى حيث الموجب عنه ، فكذلك الفطرة .

وجه قول محمد: أن الفطرة تتعلق بذمة المولى^(١) والمؤدى ، [فوجب اعتبار مكان المؤدى الذي يتعلق الوجوب به]^(٢) ، وليس كذلك الزكاة ؛ لأنها تتعلق بالمال ، فيعتبر مكان المال .

و[قد] روى الفضل بن غانم عن أبي يوسف قال: يؤدى عن العبد الحيّ حيث هو ، وعن الميت حيث المولى ؛ لأنّ [العبد الحيّ الوجوب عنه] حيث هو ، فاعتبر موضعه ، فأما [الميت] فالوجوب يختص بالمولى ، فاعتبر مكانه [٣] (٤) .

تمّ كتاب الزكاة بحمد الله ومنه وعونه وحسن توفيقه

إنّه سميع الدعاء فعّال لما يشاء

(١) سقطت من ب .

(٢) في أ (فلا يعتبر الذي يتعلق الوجوب به) والمثبت من ب .

(٣) في أ (في ذمة المولى فيعتبر ذمته) ، والمثبت من ب .

(٤) انظر: الأصل ١٧٣/٢ - ١٨٢ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٤٥/٢ وما بعدها .



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[٢٧] كِتَابُ الصِّيَامِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الصوم في اللغة: الإمساك.

[قال الشاعر:

والبَكَرَاتُ شهرهنَّ الصائِمةُ ❀ (١)، أراد الواقفة] (٢)

[وقال آخر] (٣):

خيلٌ صيامٌ، وخيلٌ غير صائِمةٍ ❀ [تحت العَجَاجِ وأخرى تعلق اللُّجْمَا] (٤)

يعني: واقفة.

وقد صار في الشريعة: عبارةً عن الإمساك عن الأكل والشرب والجماع في

زمانٍ مخصوصٍ: وهو النهار، من شخصٍ مخصوصٍ - وهو الطاهر من الحيض والنفاس -، (مع اتباع النية) (٥).

وهذه المعاني لا يعرفها أهل اللغة، فالاسم شرعيٌّ فيه معنى اللغة.

(١) أنشده ابن سيده في المحكم والمحيط الأعظم (٦/٦٤)، والشرط الأول منه: شرُّ الدلاء الوَلُغَة المُلَازمة.....

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ب، وساقطة من أ.

(٣) في أ (وأنشد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٤) للناطقة الذبياني، انظر خزانة الأدب لابن حجة الحموي (٢/٤٢)، مكتبة الهلال.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

والصوم على ضربين:

أحدهما: [ما] أوجبه الله تعالى ابتداءً من غير سببٍ مِنَّا ، مثل صيام رمضان .
والضرب الثاني: ما أوجبه بوجود^(١) سببٍ من جهته ، وهو ينقسم: فتارةً
يجب عند سببٍ هو معصيةٌ ، وتارةً يجبُ عند سببٍ لا يوصف بمعصيةٍ ، وهذا
كالفطر في رمضان عامداً من غير عذرٍ ، والفطر بالمرض والسفر ، وكفارة الظهار
[للعمد ، ومن يسبق الظهار على لسانه] ، وكفارة القتلِ [١/٦٨] لقاتل شبه العمد ،
والقتل خطأً ، وكفارة اليمين .

والأصل في وجوب صيام رمضان: قوله ﷺ: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ
الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] ، وقوله ﷺ: «بني الإسلام على خمس» وذكر
«صوم رمضان»^(٢) ، واجتمعت الأمة عليه .



(١) في ب (عند) .

(٢) أخرجه البخاري (٨) ؛ ومسلم (١٦) ، من حديث ابن عمر ؓ .

بَاب وقت الصيام



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وقت الصيام من حين يطلع الفجر الثاني - وهو المعترض في الأفق - إلى غروب الشمس .

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ﴾ [البقرة: ١٨٧] ، قال أبو عبيدة: الخيط [الأبيض]: الصبح الصادق ، والخيط: هو اللون .

وروى عدي بن حاتم: أن النبي ﷺ قال: «الخيط الأبيض والأسود، سواد الليل وبياض النهار»^(١).

وعن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان: أنه بلغه أن النبي ﷺ قال: «هما فجران، فأما الذي كأنه ذنب السرحان، فإنه لا يحل شيئاً ولا يحرمه، وأما المستطيل الذي يعارض الأفق، ففيه تحل الصلاة ويحرم الطعام»^(٢).

وفي حديث ابن مسعود: أن النبي ﷺ قال: «إن بلاً يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى تسمعوا أذان ابن أم مكتوم، ولا يغرنكم هذا الفجر المستطيل،

(١) أخرجه البخاري (٤٢٤٠)؛ ومسلم (١٠٩٠).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (١٦٥/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٥/٤) مرسلًا من حديث محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان؛ ورواه ابن أبي شيبة موصولاً في المصنف (٢٨٨/٢)، وقال المناوي في فيض القدير: «قال العراقي: إسناده حسن» (٣٥٩/٥).

ولكن الفجر المستطير»^(١).

وفي خبر طلق بن عليّ: أن النبي ﷺ قال: «كلوا واشربوا، ولا يغرّنكم الساطع حتى يعترض لكم الأحمر»^(٢).

وعن الشعبيّ وعطاء: أن الفجر المعترض الذي إلى جنبه الحمرة^(٣).

وأما خروج الصوم، فبغروب الشمس؛ [لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ آتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، ولقوله ﷺ: «إذا أقبل الليل من هاهنا، وأدبر النهار من هاهنا، فقد أفطر الصائم»^(٤).

قال أبو الحسن: فمن كان صحيحاً، عاقلاً، بالغاً، مسلماً، مقيماً، لزمه فرض صوم رمضان إذا كان بهذه الصفة قبل طلوع الفجر الثاني، وتكون المرأة مع هذا طاهراً من الحيض والنفاس.

أما البلوغ والعقل؛ فلقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ، وَالنَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»^(٥).

وأما الصّحة [والإفاقة]؛ فلقوله ﷺ: «فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ» [البقرة: ١٨٤]، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى

(١) أخرجه البخاري (٥٩٢)؛ ومسلم (١٠٩٢)

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٤٨)؛ والترمذي (٧٠٥)، وقال الترمذي: «حسنٌ غريبٌ».

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٨٩/٢).

(٤) أخرجه البخاري (١٨٥٣)؛ ومسلم (١١٠٠)

(٥) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان (١٤٢).

أسقط عن المسافر شرط الصلاة، والصوم، وعن المريض والحامل والمرضع»^(١).

وأما الإسلام؛ فلأن الصوم عبادة من شرطها النيّة، فلا تصح من كافر.

وأما الطهارة عن الحيض والنفاس؛ فلما (روي أن عائشة سئلت فقيل: لم تقضي الحائض الصوم ولا تقضي الصلاة؟ فقالت للسائلة: أحرورية أنت؟! هكذا كنّ النساء يفعلن على عهد رسول الله ﷺ)^(٢)، ولا يجوز أن يُجمع الناس على فعل شرعي في زمانه ولا يؤخذ عنه.

والسحور مندوبٌ إليه للصائم؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «تسحروا، فإن في السحور بركة»^(٣): وفي حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «استعينوا بقائلة النهار على قيام الليل، وبأكل السحور على صيام النهار»^(٤). وعن عمرو بن العاص: أن النبي ﷺ قال: «إن فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب، أكلة السحر»^(٥).

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة [أنه] قال: إذا شك في الفجر، فأحبُّ إليّ أن يدع الأكل، وإن أكل فصومه تمامٌ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لكل ملكٍ حمى، وإن حمى الله محارمه، فمن رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه»^(٦).

(١) أخرجه أبو داود (٢٤٠٨)؛ والترمذي (٧١٥)؛ والنسائي (٢٢٦٧)؛ وابن ماجه (١٦٦٧)؛ وقال: «حديثٌ حسنٌ».

(٢) أخرجه البخاري (٣١٥)؛ ومسلم (٣٣٥).

(٣) أخرجه البخاري (١٨٢٣)؛ ومسلم (١٠٩٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه (١٦٩٣)؛ وصححه ابن خزيمة (١٩٣٩).

(٥) أخرجه مسلم (١٠٩٦).

(٦) أخرجه البخاري (٥٢)؛ ومسلم (١٥٩٩).

وإنما تمّ صومه ؛ لأنّ الأصل بقاء الليل ، فلا ينتقل عنه إلا بيقين .

وقال الحسن عن أبي حنيفة: إذا كان في موضعٍ يستبين له الفجر ، ويرى مَطْلعه من حيث يطلع ، وليس هناك علةٌ ، فليأكل ما لم يستبين له الفجر ، وإن كان في موضعٍ لا يستبين له الفجر ، أو كانت السماء مَتَغَيِّمَةً^(١) ، فشكَّ ، فلا يأكل ، وإن أكل فيه^(٢) فقد أساء .

[وإن كان أكثر رأيه أنه أكل والفجر طالعٌ ، قضى ، وكذلك إذا كان في موضعٍ يستبين له غروب الشمس ، فإذا غربت أفطر ، وإن كان لا يستبين له غروبها ، لم يفطر حتى يستيقن] .

وإن كان أكبر رأيه أنه أكل قبل غروب الشمس ، قضى ؛ وذلك لأنّه إذا كان يرى الغروب والطلوع ولا علةٌ هناك ، فهو على يقينٍ من الليل ، فكان له الأكل حتى يرى الفجر ، وأما إذا كان لا يستبين ، لم يجز الأكل ؛ لأنّه يعرّض نفسه [للفطر]^(٣) .

وأما الذي قال في وجوب القضاء بغالب الظنّ ، فهو خلاف رواية أبي يوسف ، والصحيح: أن لا قضاء عليه ؛ لأنّ الأصل الليل ، فلا ينتقل عنه إلا بيقين .



(١) في ب (أو كانت مقمرة) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في أ (للأكل) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

بَاب

الدخول في الصوم



قال الشيخ أبو الحسن^(١) رحمه الله تعالى: قال أصحابنا: لا يصح الصوم إلا بنيةً، وقال زفر: إن كان مقيماً صحيحاً ممسكاً، فهو صائمٌ وإن لم ينو الصوم، وذكر أبو الحسن: أن مذهب زفر: أن صوم الشهر يصح بنيةً واحدةً.

والدليل على وجوب النية: قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»^(٢)؛ ولأنها عبادةٌ مقصودةٌ لنفسها كالصلاة.

وجه قول زفر: أن الصوم في [شهر] رمضان مستحق العين، فلا يفتقر إلى نيةٍ، كردّ الودائع.

٧٨٤ - [فصل: صيام رمضان بنية واحدة]

قال أصحابنا: يجب عليه النية لكل يومٍ. وقال مالك: يصح صوم جميع الشهر بنيةً واحدةً^(٣).

لنا: أن كل يوم عبادةٌ منفردةٌ، بدلالة أن ما يفسد أحد اليومين، لا يفسد الآخر، وفي كل يومين زمانٌ ليس بزمان لهما، فصار كالعبادات المختلفة والصلوات.

(١) (أبو الحسن) سقطت من ب.

(٢) أخرجه البخاري (١)؛ ومسلم (١٩٠٧)

(٣) انظر: الهداية ١٨١/١؛ وعقد الجواهر ٣٥٦/١.

وأما مالك فيقول: إنه عبادةٌ واحدةٌ؛ [بدلالة أنه يخرج منه بمعنىً واحدٍ، وهو الفطر من رمضان]، فصار كالحجّ والصلاة.

٧٨٥- [فصل: محل النية في صوم رمضان]

وأما محل النية في صوم رمضان، فقد قال أصحابنا: إن نوى بالليل، جاز، وإن نوى بالنهار قبل زوال الشمس جاز. وقال الشافعي: لا يصحّ إلا بنيةً في الليل^(١).

لنا: ما روي أنّ الهلال غمّ على عهد رسول الله ﷺ، فلما أصبحوا جاء أعرابيٌّ فشهد برؤية الهلال، فأمر النبي ﷺ منادياً، فنادى: من لم يأكل فليصم، ومن أكل فليمسك بقية يومه^(٢).

لأنّه صومٌ لا يثبت أدائه في الذمّة، فهو^(٣) كالطوع؛ ولأنّ النهار محلٌّ للنية في صوم النفل، فكان محلاً للنية في صوم رمضان كالليل.

٧٨٦- [فصل: كيفية النية]

وأما كيفية النية، فقال أبو الحسن: الصوم ضربان: صوم يومٍ بعينه، ويومٍ بغير عينه، فما كان معيّناً، فإنه يصح الصوم فيه إذا نوى الصوم، وما كان في ذمّته

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٩/٢؛ المنهاج ص ١٧٩.

(٢) قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: «لم أجده، وقصة شهادة الأعرابي دون ما بعدها عند الأربعة عن ابن عباس قال: جاء أعرابي فقال: إني رأيت الهلال، فقال: أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله؟ قال: نعم، قال: يا بلال أذن في الناس فليصوموا، وصححه ابن حبان» (٢٧٥/١).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

وليس في يومٍ بعينه ، فلا يصح الدخول فيه إلا بنيتين ، نيّة الصوم ونية القضاء .

فخرج من هذا: أنّ صوم رمضان ، والنذر المعلق بزمانٍ بعينه ، والنفل يجوز بنيةٍ مطلقةٍ . وقال الشافعي: لا يصحُّ الصوم الواجب إلا بنيةٍ معيّنة^(١) .

لنا: قوله ﷺ: « لا صيام لمن لم يبيّت الصيام من الليل »^(٢) ، ولم يفصل ؛ ولأنّه زمانٌ لا يصح فيه إلا نوعٌ واحدٌ من الصوم ، فلا يفتقر إلى تعيين النية ، كالיום الذي أصبح فيه من غير رمضان ؛ ولأنّ هذا الزمان متعيّنٌ لهذا الصوم ، إذ^(٣) لا يصح فيه غيره ، وتعيين النية إنما يحتاج إليه لتعيين الزمان .

فلهذا قلنا: إنّ الصوم الذي لا يتعلّق بالعين لَمَّا وقع في زمان يصح فيه غيره لم يكن بدُّ من تعيين النية لتخصيص الزمان به .

٧٨٧ - [فصل: صوم رمضان في السفر إذا نوى فيه واجباً آخر]

وأما صوم رمضان في السفر ، إذا نوى فيه واجباً آخر ، وقع عما نوى عند أبي حنيفة ، وقالوا: يقع عن رمضان .

له: أنّ الصوم في السفر غير مستحقّ ، بدلالة جواز تأخيره ، فصار كالصوم

(١) انظر: الإفصاح ٢٣٣/١ ؛ المزني ص ٥٤ .

(٢) أبو داود (٢٤٥٤) ؛ والترمذي (٧٣٠) ؛ والنسائي (٢٣٣١) ؛ من طريق ابن عمر عن حفصة رضي الله عنها ؛ وقال ابن حجر في فتح الباري: «واختلف في رفعه ووقفه ، ورجح الترمذي والنسائي الموقوف بعد أن أطب النسائي في تخريج طرقة ، وحكى الترمذي في العلل عن البخاري ترجيح وقفه ، وعمل بظاهر الإسناد جماعةً من الأئمة فصححوا الحديث المذكور ، منهم ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وابن حزم ، وروى له الدارقطني طريقاً آخر وقال: رجالها ثقات» (٤/١٤٢) .

(٣) سقطت من ب .

في غير رمضان .

وجه قولهما: أن الصوم مستحقٌ، وإنما رخص له في الترك للعدر، فإذا صام ولم يترخص، وقع عن المستحق .

٧٨٨ - [فصل: نية المسافر التطوع في رمضان]

وأما إذا نوى السفر التطوع، فروى ابن سماعة، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أنه يقع^(١) عن التطوع؛ وذلك لأن الصوم غير مستحق، فصار كغير [٦٨/ب] رمضان .

وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، والحسن عن أبي حنيفة: أنه يقع عن رمضان؛ لأن التطوع لا يفتقر إلى تعيين النية^(٢)، فصار كأنه [صام] في رمضان ينوي الصوم مطلقاً^(٣)، فيقع عن الفرض، والرواية الأولى أصح .

وأما المريض إذا نوى التطوع، فكان أصحابنا يفصلون بينه وبين المسافر، فيقولون: يقع عن الفرض؛ لأن الصوم مستحق عليه، وإنما رخص له لأجل العذر، فإذا لم يترخص وقع عن الفرض، وليس كذلك المسافر؛ لأن الصوم غير مستحق عليه؛ بدليل أنه يجوز له أن يفطر من غير مشقة .

وقد جمع أبو الحسن رحمه الله تعالى بين المريض والمسافر، وهذا يقتضي

أن يتساويا .

(١) سقطت من ب .

(٢) في ب (نية التطوع) .

(٣) سقطت من ب .

وروى ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: في مريض رخص له في الفطر، أو مسافر، إذا صاماً عن التطوع، وقع تطوعاً.

ووجه ذلك: أن المريض لا يلزمه فرض الصوم كالمسافر.

٧٨٩. [فصل: وقت نية المسافر للفرض]

قال أصحابنا: إذا صام المسافر بنية قبل الزوال، جاز، وقال زفر: لا يجوز.

لنا: أن هذا الصوم لما صح بنية من الزوال^(١)، استوى فيه المسافر والمقيم،

كالنفل^(٢).

وجه قول زفر: أن الصوم غير مستحق عليه، فلا يجوز فرضه إلا بنية

متقدمة، كقضاء رمضان.

٧٩٠. [فصل: وقت النية في صيام التطوع]

وأما التطوع، فيجوز بنية قبل الزوال، وقال مالك: لا يجوز^(٣).

لنا: حديث ابن عباس قال: (كان رسول الله ﷺ يُصبح لا ينوي الصوم،

ثم يبدو له، فيصوم)^(٤)، وروى عن عائشة: (أن النبي ﷺ كان يدخل على أهله،

فيقول: «هل عندكم من غداء»، فإذا قالوا: لا، قال: «فإني صائم»^(٥).

(١) في ب (النهار).

(٢) في ب (كصوم النفل).

(٣) «ولا يصح الصوم كله، فرضه ونقله، إلا بنية من الليل قبل طلوع الفجر». التفرع ٣٠٣/١.

(٤) أورده الجصاص في أحكام القرآن (٢٤٧/١)؛ وضعفه ابن حزم في المحلى (١٧٣/٦).

(٥) أخرجه مسلم (١١٥٤)

ورؤي عن [ابن] عمر: أن الرجل بالخيار ما لم يطعم إلى نصف النهار^(١).
وروي صوم التطوع بنية من النهار عن علي^(٢)، وابن مسعود^(٣)، وأبي طلحة^(٤)،
وابن عباس^(٥).

٧٩١ - [فصل: وقوع نية التطوع بعد الزوال]

وأما^(٦) إذا صام التطوع بنية بعد الزوال، لم يجز عندنا، وقال الشافعي:
يجوز في أحد قوليه^(٧).

لنا: أنه محل لا يجوز فيه الفرض بالنية، فلا يجوز فيه النفل، كحال غروب
الشمس.

٧٩٢ - [فصل: الاشتراك بنية التطوع والقضاء معاً]

وروي ابن سماعة عن أبي يوسف: فيما أوجبه على نفسه [في زمان بعينه من
الصوم]^(٨)، فصام تطوعاً، وقع عن الواجب؛ وذلك لأن التطوع ليس بواجب^(٩)،
ولا يفتقر إلى تعيين نية التطوع، فسقط التعيين، فكأنه صام بنية الصوم.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٠/٢)

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٧٤/٤)

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٢٧٥/٤)

(٤) عبد الرزاق (٢٧٣/٤)

(٥) عبد الرزاق (٢٧٣/٤)

(٦) سقطت من ب.

(٧) ولكن الأصح من القولين: بعدم الجواز؛ لأن النية لم تصحب معظم العبادة، فأشبهه إذا نوى مع
غروب الشمس، وهو نصّه في معظم كتبه الجديدة وفي القديم. انظر: المجموع ٣٢٥/٦.

(٨) في أ (من صوم في رمضان لعينه)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٩) (ليس بواجب) سقطت من ب.

قال: وإن نوى واجباً غير الذي أوجبه، كان عمّا نواه؛ لأنّ هذا اليوم لم يتعيّن بتعيين الله تعالى، وإنما تعيّن بتعيين المُكَلَّف، فجاز إن أسقط بتعيين آخر من جهته.

٧٩٣ - [فصل: تداخل النية بين القضاء والتطوع]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: ومن نوى بصومه قضاء رمضان والتطوع معاً، كان عن القضاء؛ لأنّ التطوع لا يفتقر إلى تعيين النية، فلغا تعيينه، فكأنه نوى قضاء رمضان [فحسب] (١).

وقال محمد: يكون عن التطوع؛ لأنّ كلّ واحدٍ من التعيينين ينافي الآخر، فسقطا، فبقي الصوم بنية الصوم.

وقال أبو يوسف: وإن نوى قضاء رمضان وكفارة الظهر، كان عن القضاء استحساناً.

وجه القياس: أنّ كلّ واحدٍ من التعيينين يحتاج إليه، وهما يتنافيان فسقطا، فصار الصوم تطوعاً.

وجه الاستحسان: أنّ القضاء وجب بإيجاب الله تعالى ابتداءً، فكان أكد، فوقع الصوم عنه، وقال محمد: يكون تطوعاً، ووجه ما ذكرنا من القياس.

وروى ابن سماعة عن محمد: فيمن نذر صوم يوم بعينه، فصامه ينوي النذر وكفارة يمين، فهو عن النذر؛ لأنّ [التعيينين تنافيا] (٢)، فبقي الصوم بنية الصوم

(١) في أ (والصوم)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (التعيينين ينافي كلّ واحدٍ) والمثبت من ب.

مطلقاً، فيقع عن النذر المعين .

٧٩٤ - [فصل: ما لا يصح صومه إلا بنية من الليل]

فأما الصوم الثابت في الذمّة، فلا يجوز إلا بنية من الليل؛ لقوله ﷺ: «لا صيام لمن لم يُبَيِّت صيامه من الليل»^(١)؛ ولأنّ الصوم يقع في زمانٍ يصلح له ولغيره، فلا بد من تقدم النية حتى يتعين الزمان به .

وقد قال أبو الحسن: إنّه لا يصح إلا بنية قبل طلوع الفجر، وهذا إنما ذكره؛ لأنّه يتعدّر النية مع الفجر، فإن اتفق ذلك نوى مع الطلوع؛ لأنّ تقدم النية على الدخول في العبادة لا يجب كسائر العبادات .

٧٩٥ - [فصل: نية الصائم الفطر فقط]

قال أبو الحسن ﷺ: إذا نوى الصائم الفطر ولم يحدث شيئاً غير النية فصومه تام^(٢) . وقال الشافعي: يبطل صومه^(٣) .

لنا: أنّ هذه عبادةٌ يجبُ بإفسادها^(٤) الكفارة، فلم يخرج منها بنية الإفساد كالحج .

قال: ومن أمسك في يومٍ عن جميع ما يمسك عنه الصائم، ولم يكن له نية في الصوم، فإنّه لا يكون صائماً، وهذا على الأصل الذي بيننا: أنّ الصوم لا يصح

(١) سبق تخريجه .

(٢) في ب (فهو على صومه) .

(٣) «والأصح عند الشافعية: لا يبطل صومه» . رحمة الأمة ص ٧٧ .

(٤) في ب (يبطلها) .

إلا بنيّة، فرضاً كان أو نفلاً.

٧٩٦. [فصل: الصوم بنية رمضان ظناً أنه ليس فيه]

قال: وإن نوى صوم رمضان، وهو يرى أنه [ليس] فيه، ثم بان أنه فيه، أجزأه، وإن بان أنه لم يأت بعد لم يجزئه.

وهذه مسألة الأسير إذا اشتبه عليه الصوم قبل رمضان، لم يجزئه؛ لأنها عبادة مؤقتة، فإذا أداها قبل وقتها [بالتحري]، لم يجزئه كالصلاة.

وأما إن وافق صومه رمضان، جاز؛ لأنه نوى الفرض الذي عليه من فرض رمضان، (فصحّت نيّته على أي وجهٍ وقعت)^(١)، وإن صام بعده أجزأه؛ (لأنّه فعل العبادة بعد وجوبها، [وفرضه القضاء]، فكأنّه نوى ذلك)^(٢).

ولا يقال: إن من شرط القضاء عندكم تعيين النيّة، وهذا صام وهو لا يعلم أنه يقضي؟ وذلك لأنه عيّن الفرض عليه من الشهر^(٣)، وليس عليه إلا القضاء، فتعيّن ذلك.

و[قد] قالوا: إن كان القضاء وافق شوال، قضى يوم الفطر؛ لأن قضاء رمضان لا يجوز فيه، وإن وافق ذا الحجة، قضى أربعة أيام: يوم النحر وأيام التشريق؛ لأنّ صوم هذه الأيام لا يجزئ عن القضاء^(٤).

(١) ما بين القوسين في ب (يصح بنيّة على أي وجهٍ وقعت).

(٢) ما بين القوسين في ب (لأنّه نوى ما عليه من فرض رمضان، وفرضه القضاء، فكأنّه نوى ذلك).

(٣) في ب (الشهور).

(٤) انظر: القدوري ص ١٣١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٩/٢ وما بعدها.

بَابُ ما يفسد الصوم



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: ما فعله الصائم ممَّا حَظَرَهُ اللهُ تعالى في الصوم وهو ناسٍ لصومه ، فلا قضاء عليه ، وهو على صيامه .

وقال مالك: إن كان في صوم رمضان قضى ، وإن كان في صوم تطوعٍ لم يقض^(١) .

و[قد] رُوي مثل قولنا عن عليٍّ ، وابن عمر ، وأبي هريرة ، وزيد ، وعطاء ، وطاووس ، وعلقمة ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، وجابر بن زيد ، وسعيد بن جبيرة ، والنخعي .

وقال ربيعة: يقضي بكلِّ حالٍ .

لنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من نسي وهو صائم ، فأكل أو شرب ، فليتمَّ صومه ، فإن الله تعالى أطعمه وسقاه»^(٢) ، وروى أبو سلمة عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «من أفطر في شهر رمضان ناسياً ، فلا قضاء عليه ولا كفارة»^(٣) ؛ ولأن ما لا يوجب القضاء عليه في غير رمضان ، لا يوجب القضاء فيه كسائر المعاني .

(١) انظر: القوانين ص ١٤٢ .

(٢) أخرجه البخاري (١٨٣١) ؛ ومسلم (١١٥٥) .

(٣) أخرجه الدارقطني (١٧٦/٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (٢٢٩/٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ؛ وصححه ابن حبان (٣٥٢١) .

وقد قال أبو حنيفة: لا قضاء على الناسي للأثر الذي روي^(١) عن النبي ﷺ ، والقياس: أن يقضي ، ولكن اتباع الأثر أولى إذا كان صحيحاً .

قال أبو يوسف: وليس هو بحديث شاذ^(٢) يُجتري على تركه .

وأما إذا وطئ ناسياً ، لم يفطر ، و[روي] عن عطاء والثوري: الفرق بين الوطء والأكل^(٣) .

لنا: أن تأثير الوطء في الصوم كتأثير الأكل ، فإذا بين ﷻ حكم الناسي في أحدهما ، كان الآخر مثله .

٧٩٧ - [فصل: ما يفطر الصائم]

قال أبو الحسن: وإنما يفطر من وجوه أربعة: ما وصل إلى الجوف ، وما خرج منه من^(٤) الفم إذا ملاءه ، وما وصل [١/٦٩] إلى الرأس دون ما خرج منه ، وما أوجب الغسل ، إلا أن يكون عن فكرٍ أو نظرٍ .

أما ما وصل إلى الجوف ، فإنه يفطر عند أبي حنيفة بكلِّ حالٍ ؛ لأنه ينافي الإمساك ، والصوم هو الإمساك ، ولا فرق بين أن يصل إلى الجوف من الفم ، أو من غيره من المخارج المعتادة مثل الحقنة ؛ لأنها تصل إلى الجوف (لا من الفم)^(٥) .

ولا يقال: إن الواصل [إلى الجوف] بالحقنة لا يتعلّق به الرضاع ، فكذلك

(١) في ب (للأثر المروي) .

(٢) في ب (وليس هو خيراً شاذاً) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٧٤/٤)

(٤) في ب (إلى) .

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب .

التحريم؛ لأنَّ معنى الرضاع ما يحصل للصبيّ [به] من التغذي، وذلك لا يكون من المِعَاء^(١) السفلي، ومعنى الفطر: زوال الإمساك، وهذا المعنى موجودٌ.

٧٩٨ - [فَصْل: ما يصل إلى الجوف من جراح]

وأما ما وصل إلى الجوف أو إلى الدماغ من غير المخارق المعتادة، مثل أن يصل من جراح، فإنه يفطر عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يُفطر.

له: أن الفطر يتعلّق بالواصل والمسلك، فإذا استوى في الواصل المعتاد وغير المعتاد، فكذلك في المسلك.

وجه قولهما: أن الصوم هو الإمساك، وذلك يقع في المخارق المعتادة التي خلقها الله تعالى في البدن، فأما الجراحة فغير معتادة^(٢)، فلا يتعلّق بها فطرٌ.

٧٩٩ - [فَصْل: تأخير الخارج من الجوف إلى الفم]

وأما الخارج من الجوف إلى الفم، فإن لم يملأه لم يفطر، روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة نصًّا؛ [لأنَّ ذلك في حكم الريق، ألا ترى أنه لا ينقض الطهارة؛ ولأنَّه في حكم ما يخرج مع الجُشَاء، وذلك لا ينقض الصوم].

وقد ذكر في الأصل: أن القيء يُفطر، ولم يفصّل^(٣).

(١) المِعَاء: المِعَى: «وهو المَصِير، واحد المَصْران» المعجم الوسيط (المِعَى).

(٢) في ب (فليست منفذاً معتاداً).

(٣) والذي في الأصل: «أرأيت رجلاً ذرعه القيء وهو صائم؟ قال: لا يضره ذلك شيئاً، قلت: فإن

يكن هو الذي استقاء عمدًا؟ قال: فعليه قضاء ذلك اليوم ولا كفارة عليه، قلت: لِمَ وقد تقياً عمدًا؟

قال: إنما الكفارة في الأكل والشرب والجماع». (١٤٦/٢).

والصحيح: أنه على تفصيل الحسن، وإن جعلناه روايةً أخرى؛ فلأن ما ينقض الصوم لا فرق بين قليله وكثيره؛ (لأن ذلك في حكم الجشاء والريق، ألا ترى أنه لا ينقض الطهارة)^(١).

وأما إذا ملأ الفم، فهو على وجهين: إن كان بفعله أفطر، وإن غلبه لم يفطر؛ وذلك لحديث ابن سيرين عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «إذا ذرعه القيء فليس عليه القضاء، وإن تقيأ فعليه القضاء»^(٢)، وعن أبي الدرداء: (أن النبي ﷺ قاء فأفطر)^(٣)؛ ولأن القياس ينفي تعلق الفطر به؛ لأنه خارجٌ يؤثر في الوضوء، وإنما تركنا القياس إذا استدعاه للخبر، فما سواه فهو على أصله.

وإن قاء بلغمًا فملأ فمه، لم يفطر عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يفطر، وهذا فرعٌ على اختلافهم في نقض الطهارة، فمن لم ينقض به الطهارة، جعله كالريق، [ومن نقض به الطهارة، جعله كأنواع القيء]، ولا كفارة في القيء؛ لأن قوله ﷺ: «عليه القضاء» بيانٌ لجميع الحكم؛ ولأن مآثمه أقل من مآثم المجامع.

٨٠٠ - [فصل: إذا عاد القيء في الصوم]

وأما إذا عاد القيء فروى الحسن عن أبي حنيفة قال: إذا خرج القيء إلى

(١) ما بين القوسين في ب (وجه رواية الحسن: أن اليسير في حكم الريق، بدلالة أنه لا ينقض الطهارة، ولأنه في حكم ما يخرج مع الجشاء، وذلك لا ينقض).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٨٠)؛ والترمذي (٧٢٠) وقال: «حسنٌ غريبٌ»؛ وابن ماجه (١٦٧٦) من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٣٨١)؛ والترمذي (١٤٤)؛ وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: «قال ابن منده: إسناده صحيح متصل، وتركه الشيخان لاختلاف في إسناده» (١٩٠/٢).

حلقة فردّه وهو يقدر على أن يرمي به ، وهو ذاكرٌ لصومه ، فعليه القضاء .

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا ذرعه القيء فخرج ملء فيه أو أكثر ، ثم رجع إلى حلقة وهو ذاكرٌ لصومه ، فقد أفطر ، تعمّد ذلك أو غلبه ، فإن كان أقلّ من ملء فيه ، لم يفطره ما ارتجع .

وذكر الحاكم في رواية ابن أبي مالك ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة: أنه إذا قاء أقلّ من ملء فيه ، ورَدّه وهو يقدر أن يرميه ، فطره .

وذكر عنه رواية أخرى من طريق ابن أبي مالك ، عن أبي يوسف: إذا ذرعه القيء ملء الفم ، ثم رجع إلى حلقة متعمداً ، أو غلبه^(١) فرجع منه^(٢) ، مثل الحمصة ، وهو القدر الذي يفطره في الأكل ، فطره ، وإن كان خرج أقلّ من ملء الفم ، لم يفطره ما ارتجع ، قال: وهذا قول أبي يوسف .

وقال ابن أبي مالك: سمعت أبا يوسف يقول غير هذا: إذا كان أقلّ من ملء فيه فارتجعه متعمداً ، فطره ، وإن غلبه لم يفطره .

وروى ابن سماعة عن محمد: فيمن ذرعه القيء ملء فيه أو أقلّ ، ثم رجع بعضه ، فإن كان القلس^(٣) ملء الفم ، فإنه يفطره ، [بإرادة كان أو بغير إرادة] ، إذا كان ذاكرًا لصومه ، فإن كان [القلس] أقلّ من ملء فيه ، فإن عاد بفعله وهو يقدر

(١) في ب (بتعمد منه ، أو بغلبة) .

(٢) في ب (من ذلك) .

(٣) «القلس: ما خرج من الحلق ملء الفم أو دونه ، وليس بقيء ، فإن عاد فهو قيء» . القاموس المحيط (قلس) .

على طرحه^(١)، فعليه القضاء وإن رجع بغير فعله، [فإن]^(٢) كان لا يقدر على طرحه، فلا قضاء عليه.

وروى ابن سماعة [ومعلى] عن أبي يوسف: من قاء ملء فمه أو أقل، ثم عاد، فإن غلبه [فلا قضاء عليه]^(٣) إذا كانت الغلبة في الخروج والرجوع جميعاً، فإن غلبه في الخروج وأعاد بغير غلبة، فعليه القضاء، قليلاً كان أو كثيراً، إلا أن يكون مثل حب السويق.

[وروى عنه بشر وعلي بن الجعد: أنه إذا أعاده من غير غلبة، وهو أقل من ملء فيه، لم يفطره، وقال: إذا قلّس ملء فيه، ثم رجع بإرادة أو غير إرادة، وهو ذاكراً لصومه، فعليه القضاء، وإن قلّس أقل من ملء فيه، فأعاده، فعليه القضاء، وإن غلبه فلا قضاء عليه]، وهذا كله إذا لم يخرج من فمه، فإن خرج منه ثم أعاده [مرة]، فطره.

قال أبو الحسن رحمته الله: وإن تعمّد القيء، فقاء أقل من ملء فيه، لم يفطره، وهذه الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، والحسن بن زياد، وقال زفر: إذا قاء أقل من ملء فيه أفطر إذا كان متعمداً.

وجه رواية الحسن في القيء القليل إذا رده: أن القيء إذا كان ملء الفم، فرده أفطر، وكذا القليل، ألا ترى أن الريق لمّا لم يفطر برده، استوى فيه الأمران.

وجه رواية ابن أبي مالك: أن ما دون ملء فمه كالريق؛ بدلالة أنه [لا يفطره،

(١) في ب (تركه).

(٢) في ب (أو)، والمثبت من أ.

(٣) في أ (فعليه القضاء) والمثبت من ب.

و [لا يبطل الوضوء ، فلا يفطر برده .

وجه رواية ابن سماعه: في الفرق بين القليل والكثير ، وبين أن يرجع بفعله أو غلبة^(١) بغير فعله ؛ فلأن الفطر لم يقع [ابتداءً به]^(٢) حال خروجه ، فإن عاد على وجه لا يمكن الاحتراز منه ، صار بمنزلة الريق ، وإن ابتداءً إيصاله ، فقد أمكنه الاحتراز منه ، فصار كما لو ابتداءً أكله .

يُبيّن ذلك [كله]: أن الذباب إذا وصل إلى جوفه لم يفطره ، ولو تناوله باختياره فطره ، وإن لم يكن من جنس المأكول .

والذي قال أبو يوسف: إذا أعاده [بغير غلبة] ، فهو مثل رواية الحسن ، وقوله: إلا أن يكون مثل حبّ السويق ؛ فلأنّ هذا القدر في حكم ما يبقى^(٣) بين الأسنان .

[وأما وجه رواية بشر عن أبي يوسف: إذا كان أقلّ من ملء الفم ، فأعاده من غير غلبة ، لم يفطره ، وقال: إن كان ملء فيه ، فعليه القضاء إذا كان ذاكراً لصومه ، سواءً رجع بإرادته أو بغير إرادته ؛ لأنّ ملء الفم ، مما يمكن الاحتراز منه ، فيصير في حكم الماء يدخله فاه فيسبق إلى حلقه ، وإن كان أقلّ ، فهو بمنزلة الريق ، بعلّة تعذر الاحتراز منه ، فإن رده ، فقد زال العذر ، وإن لم يعده ، فالعذر قائم] .

فخرج من هذه الجملة: أن قول أبي يوسف: فيمن ذرعه القيء ملء فيه ، ثم عاد بغير فعله ، لم ينتقض صومه ، وقال محمد: يبطل .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في أ (فيه) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

لأبي يوسف: أنَّ تعذّر الاحتراز في عوده، كتعذّره في خروجه، فإذا اختلف في الخروج ما كان من قصده أو غير قصده، اختلف أيضاً في العود؛ ولأن ما دون ملء الفم إذا عاد بغير فعله، لم يبطل صومه، وما يُبطل الصوم فلا فرق بين قليله وكثيره.

وجه قول محمدٍ: أن ما حصل في فيه، وهو ملء الفم، فالاحتراز ممكن من عوده، فصار كمن تمضمض فسبق الماء إلى جوفه وهو ذاكر.

وقال أبو يوسف: فيما دون ملء الفم إذا ارتجعه لا ينقض صومه؛ لأنّه [لا] يمكن الاحتراز عن مثله في الجشاء، فصار كالريق.

وليس كذلك الكثير؛ لأنّه يحترز من عوده، ألا ترى أن الإنسان لا يضبط نفسه في إمساكه.

وقال محمد: يبطل صومه؛ لأن ما يفسد الصوم لا يختلف [الحكم بـ] قليله وكثيره، وهذا كله في السابق.

فأمّا إذا استقاء عمداً لم ينقض صومه عند أبي يوسف إذا كان أقلّ من ملء الفم، وقال محمد: ينقض^(١) صومه؛ لأن ما يفسد الصوم لا يختلف حكم قليله وكثيره^(٢).

وأما إذا ردّه، فعند أبي يوسف في إحدى الروايتين: لا ينقض صومه، وفي الأخرى: ينقض.

(١) في ب (يبطل).

(٢) في ب (لا يختلف بالقلة والكثرة).

٨٠١ - [فَصَّل: ما يصل إلى الجوف ما ليس بمقصود بالأكل ولا يمكن الاحتراز منه]

وقد قالوا فيما يصل إلى الجوف مما ليس بمقصودٍ بالأكل إذا وصل على وجهٍ لا يمكن الاحتراز عنه، لم يفطره، مثل الذباب.

وقال أبو يوسف: القياس فيه: أن يفطره؛ لأنَّ الفطر لا يختلف بالمأكل وغير المأكل، كما لو أكله بنفسه^(١)، ولكنَّا استحسنا؛ لأنَّه جنسٌ غير مقصودٍ لا يمكن الاحتراز عنه كالغبار^(٢).

قال أبو يوسف: وقد دخل في هذا الاستحسان بعض القياس، ألا ترى أنه لو وصل إلى جوفه ثم عاد فخرج، لم يفطره، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّه لما لم يفطره باستقراره في جوفه، لم يفطره بالبقاء بعد ذلك.

ولا يلزم على هذا: إذا طعن برمحٍ فبقي النصل أنه لا يفطر بوصوله؛ بدليل أنه لو نزع^(٣) لم يفطره، ويفطر ببقائه؛ لأنَّ الرمح^(٤) لم يستقر ما دام في يد الآدمي، ألا ترى أنه يصرفه باختياره، فأما الذباب، فقد استقر [ولا يد عليه، ومع ذلك لم يفطر به] . [٦٩/ب]

وأما الغبار والدخان وطعم الأدوية [إذا وجده] في حلقه، فإنه لا يفطره؛ لأنَّ هذا لا يخلو الصائم منه، ولا يمكنه^(٥) الاحتراز منه.

(١) في ب (بدلالة ما أكله بنفسه).

(٢) في ب (لأنه ليس بمقصودٍ، وصل بغير اختياره، فصار كالغبار).

(٣) في ب (لأنه لو نزع).

(٤) في ب (لأن ذلك).

(٥) في ب (ولا يمكن تكليف).

ومن هذا النوع ، إذا ابتلع ما بين أسنانه ، روى هشام عن محمد: في سمسمة بين أسنانه ابتلعها ، لم يفسد صومه ، وإن ابتدأ إدخالها في فمه ، فسد صومه .
وفي الجامع الصغير: في الصائم بين أسنانه شيءٌ ، فأدخله حلقة متعمداً ، قال: لا يفسد صومه^(١).

وعن أبي يوسف: في الصائم يكون بين أسنانه لحمٌ ، فابتلعه متعمداً ، فعليه القضاء دون الكفارة .

قال ابن أبي مالك: وهذا إذا كان مثل الحمصة أو أكبر ، وقال زفر: فيه القضاء والكفارة .

والذي ذكره في الجامع الصغير ، محمولٌ على تفصيل ابن أبي مالك ، والوجه في ذلك: أن السير الذي^(٢) يبقى بين الأسنان ، ليس بمقصودٍ في نفسه ، ولا يمكنه الاحتراز منه ، كالريق ؛ ولأنه من بقايا ما كان مباحاً ، والاحتراز منه غير ممكن ، فهو كالقليل الذي يبقى في فمه من الأكل والمضمضة ، [وليس كذلك إذا كان أكبر من الحمصة ؛ لأن هذا ليس بمعتادٍ ، ولأنه يمكنه الاحتراز منه ، فصار كبعض ماء المضمضة إذا بقي ، ولا كفارة فيه ؛ لأنه غير مقصودٍ بالأكل كالطين] .

وجه قول زفر: أنه [جزءٌ] من جنس ما يتعلق الكفارة به ، إلا أنه متغيرٌ ، فصار كلحم مُنتنٍ .

وعلى هذا إذا جمع ريقه في فمه ثم ابتلعه ، لم يفطر ؛ لأن ذلك مما لا يمكن

(١) في الجامع الصغير: «وإن كان لحمًا بين أسنانه متعمداً ، فكذلك لا شيء عليه» مع شرح الصدر الشهيد ص (٢٣٤) .

(٢) سقطت من ب .

الاحتراز منه ، وليس بمقصودٍ في نفسه .

٨٠٢ - [فصل: تأثير ما يصل إلى الدماغ في الصوم]

وأما ما وصل إلى الدماغ بالسعوط ، أو الإقطار في الأذن ، فإنه يفطر ؛ لما روي في حديث لقيط بن صبرة قال: كنت وافد بني المنتفق^(١) على عهد^(٢) رسول الله ﷺ ، فقال لي: «اسبغ الوضوء ، واخلل الأصابع ، وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً»^(٣) ، ولولا أن ما يصل [إلى دماغه] بالمبالغة يفطر ، وإلا لم يكن للاحتراز منه معنى ؛ ولأن الرأس متصلٌ بالجوف ، فصار كجوانب جوفه .

وأما ما خرج من الرأس مما وصل إليه ، فإنه لا يفطر ، كمن استعط بالليل فخرج نهاراً ؛ وذلك لأن الخارج الطاهر من الدماغ ، لا يؤثر في الطهارة و[لا] في الصلاة ، وهي أضعف ؛ فلأن لا يبطل الصوم أولى .

وأما ما يوجب الغسل كالحيض والنفاس ، فإنه يبطل الصوم ؛ وذلك لما قدمنا من حديث عائشة: (أن النساء على عهد رسول الله ﷺ كنَّ يقضين الصوم ، ولا يقضين الصلاة) ، فدلّ على أن الحيض ينافي الصوم .

وكذلك الإنزال إذا كان بمباشرة ؛ لأن النبي ﷺ أوجب على الواطئ في رمضان الكفارة^(٤) ، ولو لم يبطل صومه بالوطء لم يوجب عليه الكفارة .

(١) في ب (المصطلق) ، والصواب في الرواية ما في أ .

(٢) سقطت من ب .

(٣) أخرجه أبو داود (١٤٢) ؛ والترمذي (٧٨٨) وقال: «حسنٌ صحيحٌ» ؛ والنسائي (٨٧) ؛ وابن ماجه (٤٠٧) .

(٤) رواه من حديث أبي هريرة: البخاري (٥٠٥٣) ؛ ومسلم (١١١١) .

وكذلك إذا التقى الختانان ولم ينزل؛ لأنّ هذا في حكم الإنزال (في جميع الأحكام، من وجوب الغسل، وتحليل الزوج، والمهر، وغير ذلك) (١).

فأمّا إذا أنزل عن فكرٍ، أو نظيرٍ، لم يبطل صومه؛ لأنّه أنزل من غير مباشرة، (كما لو احتلم) (٢) [وقد روي أنّ النبي ﷺ قال: «ثلاثٌ لا يفطرن الصائم: القيء، والحجامة، والاحتلام»] (٣).

وقد قال مالك: من تابع النظر فأنزل، فعليه القضاء (٤).

وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ القضاء لمّا لم يجب بقليل النظر [لم يجب] بكثيره (٥).

وإذا اكتحل الصائم لم يفطر، وإن وجد طعم الكحل في حلقه، روي ذلك عن [ابن] عمر، وقال ابن أبي ليلى: يفطر (٦).

لنا: ما روي في حديث [أبي] رافع (أنّ رسول الله ﷺ دعا في رمضان بكحلٍ إثمدي، فاكتحل به) (٧). وقال ابن مسعود: (خرج رسول الله ﷺ في رمضان

(١) ما بين القوسين في ب (بدلالة وجوب الغسل به).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) أخرجه الترمذي (٧١٩)، من حديث أبي سعيد، وقال: «حديث أبي سعيد حديثٌ غير محفوظ... وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم يضعف في الحديث».

(٤) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف لعبد الوهاب البغدادي ٤٣٦/١.

(٥) في أ (كذا).

(٦) ذكره السرخسي في المبسوط (٦٧/٣)؛ والكاساني في البدائع (٩٣/٢).

(٧) أخرجه ابن حبان في المجروحين (٢٥٠/٢)؛ وابن عدي في الكامل (٤٢٨/٢)، كلاهما من طريق محمد بن عبد الله بن أبي رافع عن أبيه عن جده، ومحمد هذا منكر الحديث جداً، يروي

وعيناه مملوءتان من كحل ، كحلتها أم سلمة^(١) .

ولأن العين لا منفذ منها إلى جوفه ، وما يصل إليه^(٢) من الطعام ، يصل من المسام ، وذلك لا يعتدُّ به .

٨٠٣ - [فصل: عدم التعرض للإفطار]

[قال]: ويكره أن يتعرَّض لإدخال شيء في فمه ، أو أن يمصّه ، ولا يفطره ذلك إلا أن يصل إلى جوفه ؛ وذلك لأنه لا يأمن أن يصل إلى جوفه من الذوق شيء^(٣) ، فيعرِّض نفسه للإفطار ، و[قد] قال ﷺ: «إن لكل ملك حمى ، وإن حمى الله محارمه ، فمن رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه»^(٤) ، وإنما لم يفطره ؛ لأنَّ الفم في حكم ظاهر البدن ، [فما يصادفه]^(٥) لا يفطره .

٨٠٤ - [فصل: صوم من وقع في حلقه قطرات ماء]

قال: وإن ثاءب فرفع رأسه ، فوقع في حلقه من قطرات مطرٍ ، أو ماءٍ صبَّ في ميزابٍ ، فسد صومه ، وكذلك إن أوجر^(٦) مُكْرَهًا ، وقال الشافعي [في

عن أبيه ما ليس يشبه حديث أبيه كما ذكر ابن حبان .

(١) بل من حديث نافع عن ابن عمر ، «ذكره ابن طاهر في تذاكرته ، وأعله بسعيد بن زيد ، وقال: هو أخو حماد بن زيد ، وذكره النووي في شرح المذهب ، ولم يعزه لأحد ، ثم قال: في إسناده من اختلف في توثيقه» . البدر المنير لابن الملقن (٥/٦٦٩) .

(٢) سقطت من ب .

(٣) سقطت من ب .

(٤) أخرجه البخاري (٥٢) ؛ ومسلم (١٥٩٩) .

(٥) في أ (فما يصل إليه) والمثبت من ب .

(٦) «أوجر العليل: صبَّ الوجور في حلقه» المعجم الوجيز (أوجر) .



المُكْرَهَ]: إذا أكله بنفسه أفطر، وإلا لم يفطر^(١).

لنا: أنه وصل إلى جوفه ما هو من جنس المطعوم والمشروب غالباً^(٢)، مع ذكره للصوم، فصار كما لو وصل بفعله؛ ولأن العذر مع الذكر لا ينافي الفطر كالمرضى.

وعلى هذا، قال أصحابنا: إذا صُبَّ في حلقه وهو نائم، [أو أوجر]^(٣) أفطر، وقال زفر: لا يفطر.

لنا: أن هذا عذرٌ من جهة الآدمي، فلا يمنع فساد العبادة، كما لو أكره حتى جامع أو^(٤) صلى قاعداً.

وجه قول زفر: أنه أعذر من الناسي، فإذا لم يفطر الناسي، فهذا أولى^(٥).



(١) في المنهاج: «فإن أكره حتى أكل .. الأظهر لا يفطر» ص ١٨١.

(٢) سقطت من ب.

(٣) في أ (أو جن)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٤) (حتى جامع أو) سقطت من ب.

(٥) انظر: الأصل ١٤٥/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤١١/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٣٣

وما بعدها.

بَابُ العذر الذي يجوز معه الفطر



قال الشيخ [أبو الحسن] رحمه الله تعالى: أسقط الله تعالى الصوم عن المسافر والمريض [في رمضان]، وأوجب عليهما عدّة من أيام آخر؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، والسفر والمريض لا يوجبان القضاء، وإنما المراد به: فأفطر فعدة من أيام آخر؛ ولأن الصوم عبادة من العبادات، فلا (١) يسقط بالأعدار.

٨٠٥ - [فصل: الصوم في السفر]

قال أصحابنا: الصوم في السفر جائز، وهو قول عليّ، وعائشة، وعثمان بن أبي العاص، وابن عباس، وروى أن علياً أهلّ بهلال رمضان وهو يسير إلى النهروان (٢)، فأصبح صائماً (٣).

وقال عمر، وابن عمر، وأبو هريرة: لا يجوز صومه (٤).

لنا: ما روى عاصم عن أنس: أن النبي ﷺ قال في المسافر: «إن أفطر فرخصة، وإن صام فهو أفضل» (٥). وعن عائشة قالت: جاء رجل من أسلم إلى

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) «النهروان - وزان زعفران - بلدة بقرب بغداد نحو أربعة فراسخ». المصباح (نهر).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٥٧٠/٢) بنحو هذا.

(٤) في ب (لا يجزئ الصوم).

(٥) أخرجه المقدسي في الأحاديث المختارة وقال: «وروي عن موسى بن أعين عن معمر عن عاصم =



رسول الله ﷺ يقال له حمزة بن عمرو [الأسلمي] ، فقال: يا رسول الله ، إني رجلٌ أسافر ، أفأصوم في السفر؟ قال: «صُم إن شئت»^(١).

وعن ابن عباسٍ قال: (خرج رسول الله ﷺ من المدينة عام الفتح في شهر^(٢) رمضان ، فصام حتى بلغ الكُدَيْدَ ثم أفطر وأفطر الناس)^(٣) ، وفي حديث أنس قال: (سافرنا مع رسول الله ﷺ [في رمضان] ، فلم يَعبِ المفطر على الصائم ، ولا الصائم على المفطر)^(٤).

٨٠٦ - [فَصَلِّ: الأفضل في السفر]

قال أصحابنا: والصوم أفضل إذا لم يلحقه مشقةٌ ، وهو قول حذيفة ، وعائشة ، وعروة بن الزبير ، وقال ابن عباس: الفطر أفضل^(٥).

والأصل فيه حديث أنس الذي قدمناه: قوله ﷺ: «من كان له حمولة ويأوي إلى شبع ، فليصم رمضان حيث أدركه»^(٦) ؛ ولأنه يؤدي العبادة في وقتها من غير مشقةٍ ، فهو أفضل من تأخيرها بنفسه ، كالصلاة ، ولا يلزم صلاة العصر بعرفة ؛ لأن فعلها بنفسه أفضل ، وإنما [يعجلها]^(٧) لأجل الإمام ، ولا يلزم صلاة المغرب

= عن أنس موقوفاً (٢٩١/٦).

(١) أخرجه البخاري (١٨٤٠) ؛ ومسلم (١١٢١).

(٢) سقطت من ب .

(٣) أخرجه البخاري (١٨٤٢) ؛ ومسلم (١١١٣).

(٤) أخرجه البخاري (١٨٤٥) ؛ ومسلم (١١١٨).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٩/٢).

(٦) أخرجه أحمد (١٥٩٥٣) ؛ وأبو داود (٢٤١٠) ؛ والعقيلي في الضعفاء وأعله بعبد الصمد بن

حبيب الأزدي ، قال: «ولا يتابع عليه ولا يعرف إلا به» (٨٣/٣).

(٧) في أ (يؤخرها) ، والمثبت من ب ، لأنّ العصر تعجل في عرفة ولا تؤخر.

بمزدلفة؛ لأن من أصحابنا من قال: إنها متعلقةً بالمكان، فلا يدخل وقتها قبل بلوغه إليه^(١).

٨٠٧. [فصل: السفر بعد دخول رمضان]

قال أصحابنا: من سافر بعد دخول رمضان، جاز له أن يفطر.

وقال علي^(٢) وابن عباس^(٣): إنما يجوز الفطر لمن كان مسافرًا قبل استهلال الشهر، فإذا أهل في الحضر، ثم سافر، لم يفطر.

لنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، ولم يفصل^(٤)؛ ولأن الفطر إنما يجوز للمشقة، وهذا موجود فيمن سافر في خلال الشهر؛ ولأن صوم كل يوم منه عبادة متفرقة^(٥)، فصار كالיום الأول.

ولا يقال: إن الفرض تعين عليه بالإقامة، فلا يسقط عن نفسه بالسفر، كالיום الذي سافر فيه؛ [١/٧٠] لأنه لا يتعين عليه إلا صوم اليوم الذي هو فيه، فأما ما بعده، فهي عبادات منفردة، فلا تجب إلا بدخول وقتها، كالصلوات^(٦)^(٧).



(١) في ب (ولا يدخل وقتها قبله).

(٢) رواه وكيع وعبد بن حميد وابن جرير وابن أبي حاتم، كما في الدر المنثور للسيوطي (٤٥٨/١)

(٣) رواه عبد بن حميد وابن جرير كما في الدر المنثور الموضع السابق.

(٤) (ولم يفصل) سقطت من ب.

(٥) في ب (منفردة).

(٦) في ب (فلا تجب بوجوب اليوم الأول).

(٧) انظر: الأصل ١٤٩/٢؛ القدوري ص ١٣٥.

٨٠٨ - [فَصَّلْ : القضاء على الفور أم على التراخي؟]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وكلّ مفطرٍ لعُدْرِ يقدر على القضاء، أو يُرجى له في باقي عُمره، فالقضاء [له] لازمٌ، ولا يجزئه الإطعام في ذلك، كالمريض، والمسافر، والحبلى والمرضع إذا خافتا على الولد.

والأصل في وجوب القضاء قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، وقد اختلف أصحابنا في القضاء، فمنهم من قال: هو على الفور، ومنهم من قال: [إنه] على التراخي.

وكان أبو الحسن يقول: إنه مؤقَّتٌ بما بين رمضانين.

والصحيح: أنه على التراخي؛ لقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾، [ولم يفصل]، وروى أن رجلاً سأل النبي ﷺ، فقال: عليّ قضاء أيام من رمضان، أفأقضيه متتابعاً أو متفرقاً؟ فقال ﷺ: «أرأيت لو كان عليك دين، فقضيته متفرقاً، أكان يجزئ عنك؟» قال: نعم، قال: «فالله أحق بالتجاوز»^(١)، ولو كان على الفور لوجب المتابعة.

وعلى هذا قال أصحابنا: لا يكره لمن عليه قضاء رمضان أن يتطوع بالصوم؛ لأنّ الوجوب ليس على الفور، ومَن قال بالفور: لزمه أن يكره التطوع له قبل القضاء.

٨٠٩ - [فَصَّلْ : تأخير قضاء رمضان إلى رمضان آخر]

قال أصحابنا: إذا أخر قضاء رمضان حتى دخل^(٢) رمضان آخر، فلا فدية

(١) ذكره الجصاص في أحكام القرآن من حديث أبي هريرة (٢٦١/١).

(٢) في ب (حتى إذا دخل) بزيادة (إذا)، والسياق لا يقتضيها.

عليه . وقال الشافعي : عليه فدية^(١) .

والكلام في هذا الفصل يقع في أن القضاء لا يتوقّت ؛ بدلالة أنه عبادةٌ مؤقّته ، فلا يتوقّت قضاؤها بدخول [مثلها]^(٢) ، كالصلاة .

والدليل على أنه لا فدية عليه : أنه أفطر بعذرٍ ، ويرجى له القضاء ، فلا يلزمه الفدية مع الصوم ، (كما لو صام في أول رمضان ، ولم يؤخره من السنة الأولى)^(٣) .

٨١٠ - [فَصْلُ : قِضَاءُ الْحَامِلِ وَالْمَرْضِعِ لِلصِّيَامِ]

وأما الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أو ولدهما ، جاز لهما الفطر ؛ لقوله ﷺ : «إن الله أسقط عن المسافر شطر الصلاة والصوم ، وعن المرضع^(٤) والحامل وعن المريض»^(٥) ؛ ولأنّه يلحقهم ضررٌ بالصوم ، كالمندف^(٦) .

٨١١ - [فَصْلُ : الْفِدْيَةُ عَلَى الْحَامِلِ وَالْمَرْضِعِ]

وعليهما القضاء ، ولا فدية عليهما ، وقال الشافعي : [عليهما] القضاء والفدية لكلّ يومٍ مدّ^(٧) .

(١) انظر : المنهاج ص ١٨٤ .

(٢) في أ (أول وقتها) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٣) ما بين القوسين في ب (كما لو صام السنة الأولى) .

(٤) سقطت من ب .

(٥) أخرجه أبو داود (٢٤٠٨) ؛ والترمذي (٧١٥) وقال : «حديثٌ حسنٌ» ؛ والنسائي (٢٢٧٤) ؛ وابن

ماجه (١٦٦٧) من حديث أنس بن مالك القشيري .

(٦) في ب (كالمريض) ، والمندف : من أثقله المرض . انظر القاموس المحيط (دنف) .

(٧) في المنهاج : «وأما الحامل والمرضع فإن أفطرتا خوفاً على نفسيهما وجب القضاء وبلا فدية ، أو

على الولد لزمهما القضاء وكذا الفدية في الأظهر» . ص ١٨٤ .

لنا: أنه مفطرٌ معذورٌ يرجى له القضاء، فلا يلزمه الفدية، كالمريض والمسافر؛ ولأنَّ الفدية لو لزمتهما لم يلزمهما القضاء، كالشيخ الهَمِّ^(١) الفاني.

٨١٢- [فَصَّل: الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصوم]

وأما الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصوم، فيجوز له أن يفطر؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٤]، وروي عن جماعة من الصحابة أنهم قالوا: معنى الآية: أنهم يُطَوَّقُونَهُ فلا يطيقونه [فديةٌ طعام مسكين]؛ ولأنَّه يلحقه ضررٌ بالصوم، فهو كالمريض والمسافر^(٢).

وعلى الشيخ الفدية. وقال مالك: لا فدية عليه^(٣).

لنا: اتفاق السلف على أن المراد بالآية الشيخ الكبير، وقد أوجب الله تعالى عليه^(٤) الفدية؛ ولأنَّه عاجزٌ عن الصوم، ولا يرجى له القضاء بحالٍ، فانتقل فرضه إلى الإطعام، كالميت.

ولا يقال: إنَّ الشيخ لا يلزمه الصوم، فكيف يلزمه بدله^(٥)؛ لأنَّه عندنا مخاطبٌ بالصوم، ولو تكلف المشقة صحَّ صومه^(٦)، ويقع عن فرضه، فجاز أن يخاطب بالبدل^(٧).

(١) «الهَمُّ - بالكسر - : الشيخ الفاني، والمرأة هَمَّةٌ» الصحاح (هم).

(٢) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص (١٦٣، ١٦٤).

(٣) انظر: جامع الأمهات ص ١٧٧.

(٤) في ب (فيها).

(٥) في ب (فلا يلزمه فدية).

(٦) (صح صومه) سقطت من ب.

(٧) في ب (فجاز أن يخاطب بما يقوم مقامه).

٨١٣ - [فصل: الفدية عن صيام رمضان]

والفدية فيه عندنا: أن يطعم عن كل يوم مسكيناً، بقدر ما يطعم في صدقة الفطر؛ لأنها صدقةٌ مقدرةٌ [للمسكين] ككفارة الأذى.

قال أبو الحسن: والسفر الذي يبيح الفطر، هو الذي يبيح القصر، والإقامة التي تلزم المسافر [الصوم]، هي [الإقامة] التي يلزمه بها الإتمام؛ وذلك لأن السفر الصحيح الذي يتعلق به الأحكام، هو سفر ثلاثة أيام فصاعداً، والإقامة الصحيحة التي تتعلق بالأحكام بها، هي إقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً، أو دخول الوطن، والكلام فيه مضى في كتاب الصلاة.

٨١٤ - [فصل: المرض الذي يبيح الفطر]

قال (١): والمرض الذي يبيح الفطر: هو ما يخاف منه الموت أو زيادة العلة، كائناً ما كانت العلة؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا﴾ [البقرة: ١٨٤]، وهو عامٌّ؛ ولأن العبادات تسقط بالمشقة كالصلاة قائماً (٢).

ومن أفطر بشيءٍ مما ذكرنا في رمضان، ثم زال العذر، فعليه [من] القضاء بعدد الأيام التي يزول عنه العذر فيها، وليس عليه قضاء الأيام (٣) التي لم يزل عنه فيها العذر.

والأصل في هذا: أن المسافر إذا لم يزل (عنه العذر فيها، وبقي) (٤) مسافراً

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (بإيماء).

(٣) سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

حتى مات ، والمريض بقي مريضاً حتى مات^(١) ، فلا قضاء عليهما^(٢) ؛ لأن الله تعالى أوجب القضاء بشرط إدراك العدة ، ولم يُدركاها ؛ [ولأن الله تعالى أسقط عنهما صوم رمضان للعذر]^(٣) ، والعذر قائمٌ ، فلا يجب صوم أحدٍ معه .

وأما إذا أدركا العدة ، فصَحَّ المريض وأقام المسافر بعدد الأيام التي أفطرا فيها ، [فقد] لزمهما القضاء ؛ لأن الشرط قد وُجد ، وهو إدراك العدة .

فإن مات ولم يصم ، فعليه أن يوصي بأن يطعم عنه لكل يوم مسكيناً ؛ وذلك لأن الفرض وجب عليه ، وقد عجز بعد وجوبه ، فانتقل إلى ما يقوم مقامه .

وقد روى عبد الرحمن بن عثمان ، أن أبا مالك الأشعري^(٤) حدّثه ، أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن رجلٍ أدرك رمضان وهو شديد المرض ، لا يطيق الصوم ، فمات ، هل يُقضى عنه ؟ فقال النبي ﷺ : «إن كان مات قبل أن يطيق الصيام ، فلا يقضى عنه ، وإن مات وهو مريضٌ وقد أطاق الصيام في مرضه ذلك ، فليقض عنه»^(٥) ، والمراد بالقضاء: الإطعام ؛ بدليل ما روي عنه ﷺ أنه قال : «من مات وعليه قضاء أيام من رمضان صام عنه وليه»^(٦) ، ويروى : «أطعم عنه وليه»^(٧) . وروي عن ابن عمر قال : «لا يصومنَّ أحدٌ عن أحدٍ ، [ولا يصلينَّ أحدٌ عن

(١) في ب (والمريض إذا لم يزل مريضاً حتى مات) .

(٢) في أ (فلا قضاء عليهما حتى ماتا) ، بزيادة (حتى ماتا) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٣) في أ (ولأنه فعلٌ أسقط عنهما صوماً للعذر) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

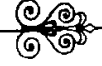
(٤) في ب (الأشجعي) .

(٥) لم أجده ، وذكره الكاساني في البدائع (١٠٣/٢) .

(٦) أخرجه البخاري (١٨٥١) ؛ ومسلم (١١٤٧) من حديث عائشة ؓ .

(٧) أخرجه الترمذي (٧١٨) وقال : «لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه ، والصحيح عن ابن عمر

موقوف قوله» ؛ وابن ماجه (١٧٥٧) من حديث ابن عمر .



أحدٍ]»^(١)؛ ولأنّ الصوم لا يصح بالنيابة فيه في حال الحياة، فلا يصح بعد الوفاة كالصلاة.

وقد قال أصحابنا: إنّه [إذا مات] إن أوصى بذلك لزم الورثة من الثلث، وإن لم يوص وتبرعوا، جاز، وإن لم يتبرعوا لم يلزمهم.

وقال الشافعي: يلزمهم ذلك من غير وصيّة من جميع المال^(٢).

لنا: أنّ العبادات لا يجوز أداؤها عن الإنسان إلا بأمره، كسائر العبادات، وكحالة^(٣) الحياة.

٨١٥ - [فصل: تقدير إطعام المسكين]

قال: ويطعم لكلّ يوم مسكيناً، نصف صاعٍ من برٍّ، أو صاعاً من شعيرٍ أو تمرٍ. وقال الشافعي: لكلّ يوم مدٌّ، وهذا مبنيٌّ على تقدير الطعام في الكفارة^(٤)، وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى^(٥).

٨١٦ - [فصل: القضاء فيما إذا صحّ المريض أياماً ثم مات]

[قال]: فإن صحّ المريض أياماً ثم مات، لزمه القضاء بعدد ما صحّ في قول أصحابنا جميعاً.

وذكر الطحاوي هذه المسألة على الخلاف، فقال: عند أبي حنيفة وأبي يوسف:

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦١/٩).

(٢) انظر: المنهاج ص ١٨٤.

(٣) في ب (أو كحال).

(٤) انظر: المنهاج ص ١٨٤.

(٥) انظر: الأصل ١٥٦/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٣٧/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٣٥.

يلزمه الجميع إذا صحَّ يوماً واحداً ، وقال محمد: يلزمه بقدر ذلك مما أدرك^(١) .

[وهذا غلط ، والوجه فيما قلنا]^(٢): أن الله تعالى [أوجب القضاء]^(٣) بشرط إدراك العدة ، فوجب أن يلزمه منها بقدر ما أدرك ، وما لم يدرك لم يوجد فيه شرط الوجوب ، فلا يلزمه .

وإنما الخلاف الذي ذكره الطحاوي ، (خطأ ؛ لأنه)^(٤) نقله من مسألة النذر ، وهو أن المريض إذا قال: لله عليّ أن أصوم شهراً ، فإن مات قبل أن يصحَّ ، لم يلزمه شيء^(٥) ، فإن صحَّ يوماً واحداً أو أكثر ، لزمه أن يوصي بإطعام لجميع الشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: لا يلزمه إلا مقدار ما صحَّ فيه .

وجه قولهما: أن ذمّة المريض لا تحتمل إيجاب الصوم بالنذر^(٦) ؛ لأنه لا يقدر على فعله ، فصار نذره معلقاً بوجود الصحة ، فإذا صحّت ذمّته واحتملت الإيجاب ، لزمه ، وصار بعد الصحة كأنه قال: لله عليّ صوم شهر ، لا يقف وجوبه على إدراك العدة .

وجه قول محمد: أن الوجوب بالنذر لما حصل في حال المرض وقف على إدراك ما [٧٠/ب] أوجبه من الأيام^(٧) ، كإيجاب الله تعالى سواء^(٨) .

(١) في ب (يلزمه بقدر ما أدرك) .

(٢) في أ (لهما) والمثبت من ب .

(٣) في أ (علق الوجوب) والمثبت من ب .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) سقطت من ب .

(٦) سقطت من ب .

(٧) في ب (على إدراك العدة) .

(٨) في ب (كما أوجبه الله تعالى من القضاء) .

(فثبت أن المسألة الأولى لا خلاف فيها)^(١).

[قال: ومن أغمي عليه شهر رمضان، أو بعضه، فعليه قضاء ما أغمي عليه، وقال الحسن البصري: لا يلزمه القضاء]^(٢).

لنا: أن الإغماء مرضٌ لا يستحقُّ به الولاية، فصار كسائر الأمراض، ولأنه عارضٌ يؤثر في التمييز، ولا يدوم في العادة كالبرسام^(٣).

٨١٧ - [فصل: القضاء لمن جُنَّ رمضان كله]

ومن جُنَّ في رمضان كله، فلم يفق في ليله ونهاره، فليس عليه القضاء. وقال مالك: يقضي^(٤).

لنا: أن الجنون استغرق وقت العبادة، فصار كمن جُنَّ في جميع وقت الصلاة؛ ولأنه معنى يؤثر في التكليف، فأثر في القضاء، كالصَّغَرِ.

٨١٨ - [فصل: إفاقة المجنون في بعض الشهر]

وإذا أفاق المجنون في بعض الشهر، لزمه قضاء ما مضى منه.

وقال الشافعي: لا يلزمه قضاء أيام الجنون^(٥).

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٧١/٢)

(٣) «البرسام - بالكسر - علةٌ يهذي بها». القاموس المحيط/ برسم/.

(٤) «وقال عبد الملك فيما أظنه: إن بلغ مجنوناً فلا قضاء عليه، وإن بلغ صحيحاً ثم جُنَّ، فأتى عليه الشهر في جنونه ثم أفاق، فعليه القضاء» التفرع ٣٠٩/١. انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٤٤٠/١.

(٥) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٦/٢؛ المجموع ٣٨٥/٦.



لنا: أنه معنى لا ينافي حكم الحول [في الزكاة] ، فلا يمنع وجوب قضاء الصوم ، كالحيض والإغماء .

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون^(١) في هذه المسألة ، فمنهم من قال: الجنون الطارئ والأصلي سواءً ، ومنهم من قال: إن المجنون الأصلي إذا أفاق في بعض الشهر ، لم يلزمه قضاء [ما مضى]^(٢) ، [وأما العاقل إذا طرأ عليه الجنون ، فإن أفاق في بعض الشهر لزمه القضاء] .

و[قد] روى هشام عن أبي يوسف: في صبي له عشر سنين ، جُنَّ فلم يزل مجنوناً حتى أتت عليه ثلاثون سنة أو أكثر ، ثم صحَّ في آخر يوم من شهر رمضان ، فالقياس: أن لا يلزمه^(٣) قضاء ما مضى من [هذا] الشهر ، ولكنني أستحسن أن يقضي ما مضى من هذا الشهر ، ولا أحفظ فيه شيئاً عن أبي حنيفة .

وجه القياس: أن التكليف حصل بالإفاقة ابتداءً ، كالبلوغ .

وجه الاستحسان: أن الجنون نوع مرضٍ ، وقد أوجب الله تعالى القضاء على المريض ، وهو يؤثر في التكليف كالصغر ، وذلك يسقط القضاء ، فألحقناه بالصغر من وجه ، وبالمرض من وجهٍ ، (فقلنا: إذا انقضى جميع الشهر مجنوناً ، لا يقضي شيئاً ، وإن أفاق في شيءٍ منه ، قضى الجميع الماضي)^(٤) .

وقد روي عن محمد في المجنون الأصلي: أنه لا يقضي ما مضى من

(١) في أ (وقد اختلفوا - أعني: أصحابنا المتأخرين -).

(٢) في أ (الكل).

(٣) في ب (أن لا يجب عليه).

(٤) ما بين القوسين في ب (فقلنا: يقضي الشهر الذي أفاق فيه ، ولا يقضي ما تقدم من الشهور).



الشهر؛ لأنَّ ابتداء التكليف حصل بالإفاقة، وليس كذلك الجنون الطارئ؛ لأنَّ التكليف بالإفاقة في وقت العبادة [يستند إلى ما تقدم من التكليف، فكأنَّه] كان مكلفاً في جميع الشهر.

٨١٩ - [فصل: بلوغ الصبي وإسلام الكافر في بعض الشهر]

وإذا بلغ الصبي وأسلم الكافر في بعض الشهر، صام ما بقي، ولا قضاء عليهما فيما مضى، ولا في اليوم الذي أسلم فيه الكافر، أو بلغ فيه الصبي إذا كان ذلك بعد طلوع الفجر.

و[قد] روي عن عطاء فيمن أسلم في رمضان: لزمه قضاء ما مضى^(١)؛ والدليل على قولنا قوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله»^(٢)، وروى سفيان بن طلحة بن ربيعة الثقفي قال: قدم وفد من ثقيف على النبي ﷺ، فضرب لهم الخيمة في المسجد، فأسلموا [في النصف من رمضان، فأمرهم رسول الله ﷺ بصوم ما استقبلوا]، ولم يأمرهم بقضاء ما فات^(٣).

وأما اليوم الذي أسلم فيه، فلا يلزمه قضاؤه، وقال مالك: يقضي^(٤).

لنا: أن الكفر ينافي الخطاب [بالصوم] كالصغر.



- (١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٧١/٤).
- (٢) أخرجه مسلم (١٢١) من حديث عمرو بن العاص ﷺ.
- (٣) أخرجه الطبراني في الكبير (٦٤٠١)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٦٩/٤)؛ قال الهيثمي في المجمع: «فيه ابن إسحاق وهو ثقة لكنه مدلس» (١٤٩/٣).
- (٤) «وإن أسلم في بعض يوم، كفَّ عن الفطر في بقيته، واستحب له القضاء». التفرع ٣٠٩/١.

٨٢٠ - [فصل: بلوغ الصبي قبل الزوال]

وأما الصبي إذا بلغ؛ فلقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم»^(١)، وهذا يمنع توجه الخطاب عليه قبل بلوغه^(٢).

و[قد] روى ابن سماعة عن أبي يوسف: في الصبي يبلغ قبل الزوال، أو أسلم الكافر، أن عليهما القضاء، وإن كان بعده فلا قضاء.

قال: [وإن أسلم قبل الزوال، فصام، أجزاءه، وكذلك الصبي إذا بلغ قبل الزوال، فصام، أجزاءه]^(٣)؛ وذلك لأنهما أدركا وقت النية، فكأنهما أدركا الليل، وهذا [خلاف المشهور]^(٤) عن أصحابنا؛ لأن عدم التكليف إذا حصل في أول النهار، أسقط فرض جميعه؛ لأنه لا يتبعض.

٨٢١ - [فصل: حصول الإغماء في ليلة رمضان ثم الإفاقة قبل الزوال]

[قال]: ومن أغمي عليه في ليلة من رمضان، أو في يوم فأفاق قبل الزوال، أو جنّ، فنوى بذلك اليوم، فإنه يُجزئه، وما كان بعد ذلك؛ فإنه لا يجزئه إلا ما أفاق فيه قبل الزوال، فنوى.

وقال الشافعي في أحد أقواله: إذ أغمي عليه في جميع اليوم، بطل صومه^(٥).

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان (١٤٢).

(٢) في ب (وهذا يمنع الخطاب قبل البلوغ).

(٣) في أ (وإن أسلم قبل الزوال، فصام أجزاءهم)، والمثبت من ب، وهو المناسب؛ لأن الكلام عن إسلام الكافر وبلوغ الصبي، فلا يصح التعبير بـ«أسلما».

(٤) في أ (الخلاف مشهور) والمثبت من ب.

(٥) في المنهاج: «ويجب قضاء ما فات بالإغماء». ص ١٨٣.

لنا: أن الإغماء مرضٌ، فلا يمنع صحّة الصوم، كسائر الأمراض، ولأنّه لا يؤثّر في التمييز، كالنوم.

فأما اليوم الثاني والثالث، فالمانع [من صومهما] أنّه لم ينو الصوم، والصوم لا يصح إلا بالنيّة. [والله أعلم] (١).



(١) انظر: الأصل ١٥٤/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤٦/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٣٦.

بَابُ

الصيام المتتابع وغير المتتابع



قال (الشيخ أبو الحسن)^(١) رحمه الله تعالى: جُملة هذا الباب: أن كل صوم فرضه الله متتابعاً، فهو متتابع، وإن أفطر فيه من غير عذرٍ، وجب عليه الاستقبال .
والصوم الذي فرضه الله تعالى [متتابعاً]: صوم الظهر، والقتل، وكفارة رمضان؛ وذلك لأنه [تعالى] فرضه بصفةٍ، فإذا أدّاه على غير تلك الصفة، لم يجزئه .
وكذلك ما أوجبه المكلف على نفسه متتابعاً؛ لأن ما أوجبه الإنسان معتبرٌ بما أوجبه الله تعالى [عليه] .

وكلّ صوم لم يوجبه الله تعالى متتابعاً، فإن شاء فرّق، وإن شاء تابع، مثل قضاء رمضان^(٢)، وقد دلّ عليه قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ ولم يفصل، وقد روي عن علي^(٣)، ومعاذ^(٤)، وابن عباس^(٥)، وأبي هريرة^(٦): إن شاء تابع، وإن شاء فرّق، وقالت عائشة: يلزمه متتابعاً^(٧) .

(١) سقطت من ب .

(٢) انظر: مختصر القدوري، ص (٣٥)

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٥٩/٤)

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (١٩٣/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٥٨/٤) .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن (١٩٣/٢)؛ وعبد الرزاق (٢٤٣/٤)؛ وابن أبي شيبة (٢٩٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٥٨/٤) .

(٦) أخرجه الدارقطني في السنن (١٩٣/٢)؛ وعبد الرزاق (٢٤٣/٤)؛ وابن أبي شيبة (٢٩٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٥٨/٤) .

(٧) رواه عنها ابن المنذر كما في فتح الباري (١٨٩/٤)

و[قد] روي عن محمد بن المنكدر قال: بلغنا أن النبي ﷺ سئل عن تقطيع قضاء رمضان، فقال: «ذلك إليك، أرأيت لو كان على أحدكم دين فقضاه الدرهم والدرهمين، ألم يكن قضاءً؟»، [قال: بلى، قال]: «فالله أحق أن يعفو»^(١).

وروى ابن عمر، عن النبي ﷺ في قضاء رمضان: «إن شاء فرَّق، وإن شاء تابع»^(٢).

٨٢٢ - [فصل: التتابع في صيام كفارة اليمين]

وأما كفارة اليمين، فالصوم فيها عندنا^(٣) متتابع؛ لأن في قراءة ابن مسعود: ﴿صيام ثلاثة أيام متتابعات﴾، وهذه القراءة نقلت من طريق الاستفاضة إلى عهد أبي حنيفة، (يُتلى بها في المحاريب)^(٤)، ثم انقطع نقلها.

وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: كان أبو عبد الرحمن السلمي يقوم في رمضان ليلة بقراءة عليّ، وليلة بقراءة عبد الله بن مسعود؛ ولأنه صومٌ في كفارة على طريق البدل، كصوم كفارة الظهر^(٥).

وأما صوم المتعة: فإن شاء تابع، وإن شاء فرَّق؛ لأن الله تعالى أطلق ذكره.

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (١٩٤/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٩٥/٤)، وقال الدارقطني: «إسناد حسن إلا أنه مرسل.. ولا يثبت متصلاً».

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (١٩٣/٢)، وقال: «لم يسنده غير سفيان بن بشر»، وقال ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف: «ما عرفنا أحداً طعن فيه، والزيادة من الثقة مقبولة» (٩٩/٢).

(٣) سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) «قال الأعمش: كان أصحاب ابن مسعود يقرؤونها كذلك». تفسير ابن كثير (٨٥/٢) (ط دار الكتب العلمية).

ولا يقال: ففي قراءة أبي: ﴿فصيام ثلاثة أيام متتابعات في الحج﴾^(١)؛ لأن هذا لم يُنقل نقل استفاضة، فلا يجوز الزيادة في القرآن بخبر الواحد.

٨٢٣ - [فصل: التجاور في قضاء رمضان وصوم النذر]

وأما الصوم في [رمضان، وفي] زمانٍ بعينه، فليس بمتتابع، وإنما هو متجاورٌ، فإذا قال: لله عليّ صوم رجب، فأفطر يوماً منه، قضاة خاصة، ألا ترى أنّ صوم رمضان لما كان متجاوراً، لم يلزمه بالفطر فيه إلا قضاء ما أفطره؛ ولأنه إذا أوجب شهراً بعينه، فأفطر في خلاله، [لو] لزمه [القضاء] لصام في غير المدة التي أوجب، وصوم ما أوجب أولى، وليس كذلك إذا أوجب صوماً متتابعاً في زمانٍ بغير عينه؛ لأنه إذا أفطر فيه، لم يأت به على الصفة التي أوجب، فإذا أمرناه بالقضاء، كان فاعلاً ما أوجب.

٨٢٤ - [فصل: الإفطار لعذر في الصيام المتتابع]

قال: ومن أوجب شهراً متتابعاً أو لزمه شهران متتابعان، فأفطر فيهما لمرض أو عذر، استقبل؛ لأنه يقدر على صوم شهرين [متتابعين] [لا فرض بينهما]^(٢)، فلزمه الإتيان بالعبادة على ما أوجب.

وأما إذا حاضت المرأة في [صوم] الشهرين، لم يقطع ذلك التتابع؛ لأنها لا تقدر على صوم شهرين لا حيض فيهما، فصار الحيض^(٣) كزمان الليل.

(١) تفسير ابن كثير (٩٥/٢).

(٢) في أ (يرتب بينهما).

(٣) في ب (فصار ذلك).



وعلى هذا قالوا فيمن أوجب على نفسه صوم سنة متتابعاً^(١)، فأفطر يوم الفطر، ويوم النحر، وأيام التشريق، لم يبطل ذلك التابع؛ لأنه لا يقدر على سنة تخلو عن هذه الأيام.

وقال: وتصل الحائض قضاء أيام الحيض بصومها؛ لأن [هذا] التابع تقدر عليه، فلا يجوز لها تركه.

وإن حاضت في صوم كفارة اليمين، استقبلت؛ لأنها تقدر على صوم ثلاثة أيام لا حيض فيها.

وروى ابن رستم عن محمد: فيمن صامت شهراً، ثم حاضت، ثم أيست بعد ذلك من الحيض، استقبلت [الصوم]؛ لأنها تقدر على صوم شهرين [متتابعين] لا حيض فيهما بعد الإياس^(٢)، فصار حيضها كالمرض.

وقال أبو يوسف: إذا صامت شهراً، ثم حاضت خمسة أيام، ثم حبلت في الشهر الثاني^(٣)، بنت على صومها؛ لأن الحبل لا يخرجها من أن تكون من ذوات الحيض، فهي وإن كانت [١/٧١] ممن يتأخر حيضها، يجوز أن يتعجل بوضع الحمل، فصارت كغير الحامل [فدلل] على أن حيضها لا يؤثر في صومها، وإن جاز أن يتأخر في بعض الأوقات^(٤).



(١) سقطت من ب.

(٢) (بعد الإياس) سقطت من ب.

(٣) (في الشهر الثاني) سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل ١٥٢/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤١/٢.

بَابُ مَا يُكْرَهُ لِلصَّائِمِ أَنْ يَفْعَلَهُ وَمَا لَا يُكْرَهُ

—•••••—

(قال الشيخ رحمه الله تعالى) (١): قال ابن سمانة، وبشر، ومعلّى، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: [أن] لا بأس أن يكتحل الصائم بالإثمد وغيره، ويَدْرَهُ في عينه (٢) ويكتحل بالصَّبِيرِ (٣)، وإن وجد طعم ذلك في حلقه، أو بزاقه، فليس يضره، ولا يُفطره.

وقد قدمنا هذه المسألة، وبيّنا: أنّ العين لا منفذ منها إلى الجوف، وما يصل إليها فإنه يصل [من] (٤) المسام، كما يصل الدخان إليه [والأدهان].

٨٢٥ - [فصل: تعرض الصائم للمفطرات]

قال: وكره أبو حنيفة أن يمضغ الصائم العلك، والمرأة الطعام لصبيها؛ وذلك لأنه لا يُؤْمَنُ أن ينفصل من ذلك إلى جوفه ما يفطره، فيكره له التعرض للفطر، وإنّما لم يفطره ذلك؛ لأنّ مضغ العلك لا يصل به منه شيء إلى جوفه غير الطعام، والطعم لا يفطره (٥).

وقد قال أصحابنا: إن المسألة موضوعة على مضغ علك معجون، فأما إذا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (ويداوي عينه).

(٣) «الصَّبِيرُ - بكسر الباء - الدواء المرّ، ولا يُسْكَنُ إلا في ضرورة الشعر». مختار الصحاح (صبر).

(٤) في أ (إلى)، والمثبت من ب.

(٥) في ب (وذلك لا يفطره).

مضغ علكاً لم يلتئم، أظفر؛ لأنه لا يلتئم في فمه إلا بانفصال أجزاء تنقطع منه؛ وذلك يوجب بطلان الصوم.

وقال في الأصل: في المرأة تمضغ لصببها طعاماً، إن كان لا بد لها منه^(١)، لم يكره؛ لأنه موضع حاجة.

قال: ويكره أن يذوق الصائم العسل، أو السمن، أو الزيت، وما أشبهه بلسانه ليعرف أجيداً هو أم رديءٌ، ولو لم يدخل حلقه؛ وذلك لأنه لا يأمن أن يدخل حلقه فيفطره.

[قال]: ولا بأس للصائم أن يستاك بالسواك الرطب واليابس عند كل صلاة، وأن يغمره في الماء، وهو قول يعقوب، وقال الشافعي: يكره السواك في آخر النهار.

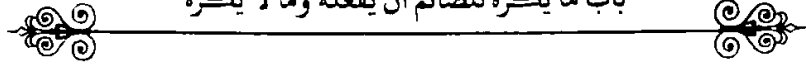
لنا: أن ما لا يكره للصائم قبل الزوال، لا يكره بعده كالمضمضة؛ ولأنه تطهيرٌ للفم لا يكره في أول النهار، فلا يكره في آخره كالمضمضة.

وأما قوله: السواك الرطب، فإن كان يعني المبلول بالماء، فلا يكره، وعن أبي يوسف: أنه يكره.

لنا: حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستاك بالسواك الرطب وهو صائم^(٢))؛ ولأن بلّ السواك يُقصد به تطهير الفم، [فصار ذلك كإدخال ماء في الفم]، فهو كبلل المضمضة.

(١) في ب (من ذلك).

(٢) لم أجده، وذكره السرخسي في المبسوط (٢٤٤/٢)، وبوّب البخاري في صحيحه (باب السواك الرطب واليابس للصائم) (٧) بعد رقم (١٨٣١).



وجه قول أبي يوسف: (أن السواك لا يُفتقر إلى بلّ) (١)، فصار ذلك إدخال الماء في فيه من غير حاجة.

وإن كان يعني بالرُّطْبِ، الرُّطْبُ، فهو الأخضر (٢)، وقد روي عن ابن عباسٍ أنه قال: (لا بأس للصائم أن يستاك (٣) بالسواك الأخضر) (٤).

وقال النبي ﷺ: «خير خصال الصائم السواك» (٥)، ولم يفصل (٦).

٨٢٦ - [فَصْل: الفطر لمن سافر بعد الإمساك]

قال أبو حنيفة: إذا سافر الرجل نهاراً، لم ينبغ له أن يفطر؛ وذلك لأن الصوم تعيّن عليه بالإقامة في ابتداء النهار، فاجتمع في العبادة حكم السفر والإقامة، فـ[كان] الحكم للإقامة.

٨٢٧ - [فَصْل: دخول مصر ينوي فيه الإقامة]

وإذا أراد دخول مصرٍ ينوي فيه الإقامة، فإن كان (٧) مصره، كره له أن يفطر في ذلك اليوم، وإن كان مسافراً في أوله؛ لأنه يصير مقيماً في آخره، فيجتمع فيه حكم السفر والإقامة، وإن كان يرى أن دخول ذلك المصر لا يتفق له حتى تغيب

(١) في ب (أن الإنسان لا يفتقر إلى بلّ السواك).

(٢) في ب (وإن كان يعني بالرطب الأخضر).

(٣) (أن يستاك) سقطت من ب.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٠٣/٤).

(٥) أخرجه ابن ماجه (١٦٧٧)، وقال البوصيري في المصباح: «هذا إسناد ضعيفٌ لضعف مجالد...»

وله شاهد من حديث عامر بن ربيعة، رواه البخاري وغيره (٦٦/٢).

(٦) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٥٨/٢.

(٧) في ب (أو كان).

الشمس ، فلا بأس أن يُفطر ذلك اليوم في السفر ؛ لأنه مسافر فيه ، فلا يجتمع له حكم الإقامة مع السفر .

[قال أبو الحسن: وقد روينا ذلك عن ابن عمر^(١)].

٨٢٨ - [فصل: قبلة الصائم أو مباشرته]

قال: ولا بأس أن يُقبَّل الصائم ويباشر، إذا أمن على نفسه ما سوى ذلك .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس بالقبلة للصائم، وأنه كره المعانقة والمباشرة [والمضاجعة]^(٢)، وإن فعل ذلك لم يفسد صومه .

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في جواز القبلة للصائم^(٣) إذا أمن على نفسه: حديث عمر، قال: هَشِشْتُ إِلَى أَهْلِي، فَقَبَّلْتُ، ثُمَّ أَتَيْتَ رَسُولَ اللَّهِ، فَقُلْتُ: إِنِّي عَمِلْتُ الْيَوْمَ عَمَلًا عَظِيمًا، إِنِّي قَبَلْتُ وَأَنَا صَائِمٌ، فَقَالَ: «أَرَأَيْتَ لَوْ تَمَضَّمْتَ بَمَاءٍ، أَوْ كَانَ يَضْرُكُ»، فَقُلْتُ: لَا، فَقَالَ: «فَفِيمَ إِذَنْ»^(٤).

وروى الأسود عن عائشة قالت: (كان رسول الله ﷺ يُقبَّل وهو صائم)^(٥)، وعن أنس: أن رسول الله ﷺ سئل عن القبلة للصائم، فقال: «كريحانة تشمُّها»^(٦).

(١) أخرجه عبد الرزاق (٥٦٥/٢).

(٢) في أ (والمصافحة).

(٣) سقطت من ب .

(٤) أخرجه أبو داود (٢٣٨٥)؛ وصححه ابن خزيمة (١٩٩٩).

(٥) أخرجه مسلم (١١٠٦).

(٦) في ب (كريحانة أحدكم يشمها)، والحديث رواه الدارقطني في الأفراد من حديث أنس كما =

وأما إذا لم يأمن على نفسه ، كره له ؛ لما روى أبو مسلم مولى أم سلمة : (أنّ شاباً وشيخاً سألا النبي ﷺ عن القبلة للصائم ، فرخص للشيخ ، ونهى الشاب)^(١) ، وروى عبد الله بن عمرو : (أنّ شاباً سأل رسول الله ﷺ عن القبلة ، فنهاه رسول الله ﷺ ، وسأله شيخ ، فرخص له ، فنظر بعضنا إلى بعض ، فقال ﷺ : «قد علمت لم نظر بعضكم إلى بعض ، إن الشيخ يملك نفسه»^(٢) .

وأما المباشرة ، فلا تكره في إحدى الروايتين إذا أمن على نفسه ؛ لما روى الأسود عن عائشة : (أنّ النبي ﷺ ، كان يباشر وهو صائم ، وكان أملككم لإربه)^(٣) ، وعن عائشة : (أنّ النبي ﷺ قال : «كلّ شيء من امرأتك لك حلالٌ إذا كنت صائماً ، إلا ما بين الرجلين»^(٤) .

وأما رواية الحسن ؛ فلأنّ الغالب أنّ المباشرة لا يؤمن عندها ما يفطره ، فيكره .

= في كنز العمال (٢٣١/٨) ؛ وقال ابن أبي حاتم في علل الحديث : «سألت أبي عن حديث رواه المسيب بن واضح عن معتمر بن سليمان عن حميد عن أنس قال : سئل رسول الله ﷺ عن القبلة للصائم ؟ قال : لا بأس بذلك ، ريحانة تشمها . . . ؟ قال أبي : هذا حديثٌ باطلٌ ، وليس هو من حديث حميد ، إنما هو من حديث أبان» (٢٤٦/١) .

(١) لم أجده من حديث أبي مسلم ، ورواه البيهقي في الكبرى (٢٣٢/٤) ، من حديث عائشة رضي الله عنها ، وقال في تحفة المحتاج : «إسناده ثقات» (٨٥/٢) .

(٢) أخرجه أحمد (٦٧٣٩) ؛ وقال الهيثمي في المجمع : «فيه ابن لهيعة ، وحديثه حسن ، وفيه كلام» (١٦٦/٣) .

(٣) أخرجه مسلم (١١٠٦) .

(٤) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في كنز العمال (٢٢٩/٨) ؛ وقال المناوي في فيض القدير : «فيه إسماعيل بن عياش ، ومعاوية بن طويع الزيني ، وأورده الذهبي في الذيل ، وقال : مجهول» (٢٤/٥) .

٨٢٩ - [فصل: الاغتسال وصب الماء على رأس الصائم]

قال أبو يوسف في الجوامع: يكره للصائم أن يتمضمض لغير وضوء، ولا بأس أن [يستنقع]^(١)، ويغتسل، ويصب [الماء] على رأسه، ويبل الثوب فيتلفف به.

أما المضمضة، فإن كان لتطهير الفم، لم يكره؛ وذلك لأنها تفعل لغرض صحيح، فلا يعتبر ما يجوز أن يحصل من الإفطار، وأما إذا كانت لغير طهارة، فإنه يكره؛ لأنه لا يأمن أن يصل إلى الجوف، فلا ينبغي له التعرض^(٢) للإفطار من غير غرض.

وأما [الاستنقاء]^(٣)، والاضطراب، وصب الماء على رأسه، والتلفف بثوب، فقد قال أبو حنيفة: إنه يكره؛ لأنه إظهار ضجر لعبادة^(٤)، وامتناع من تحمّل مشقتها.

وقال أبو يوسف: لا يكره.

وروي عن الشعبي: أنه يكره صب الماء على الرأس من الحرّ، وقال الحسن: لا يكره، وروى أبو بكر بن الحارث: (أن النبي ﷺ صب على رأسه ماء من شدة الحرّ وهو صائم)^(٥).

(١) في أ (يستنشق)، والمثبت من ب، وانظر: المحيط البرهاني (٢/٦٥٠).

(٢) في ب (أن يعرض نفسه).

(٣) في أ (الاستنشاق)، والمثبت من ب.

(٤) في ب (إظهار عجز عن العبادة).

(٥) أخرجه أبو داود (٢٣٦٥)، وقال ابن حجر في تغليق التعليق: إسناده صحيح (٣/١٥٣).

وعن ابن عمر: (أنه كان يبيل الثوب ويلفه عليه وهو صائم)^(١)؛ ولأنه دفع لمشقة الصوم، فجاز^(٢) كالاستظلال.

٨٣٠. [فصل: أثر الحجامة في الصيام]

ولا تكره الحجامة للصائم، و[قد] قال أصحاب الحديث: [الحجامة] تفطر^(٣).

لنا: ما وروى أنس، قال: مرّ بنا أبو طيبة في رمضان، فقلنا من أين جئت؟ فقال: (حجمت رسول الله ﷺ وهو صائم)^(٤). وروى عن ابن عباس: (أن النبي ﷺ احتجم وهو صائم^(٥)). وروى أنس: (أن النبي ﷺ احتجم وهو صائم محرّم)^(٦). وروى أبو سعيد: (أن النبي ﷺ قال: «لا يفطر الصائم الحجامة، والقيء والاحتلام»)^(٧).

ولأنه دم عرق كالفصد؛ ولأنه لو شق قرحة في موضع الحجامة، لم يفطره، وخروج الدم بأحد الأمرين كالآخر، والذي روي في قوله حين مرّ^(٨) بمعقل بن

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٩٩/٢)

(٢) سقطت من ب.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٣٥٠/٤.

(٤) رواه أبو يعلى في المسند (٤٢٢٥)؛ والطبراني في الكبير (٩٥٤)؛ وقال الهيثمي في المجمع: «فيه ليث بن أبي سليم، وهو ثقة لكنه مدلس» (١٧٠/٣).

(٥) أخرجه البخاري (١٨٣٦)

(٦) لم أجده من حديث أنس ﷺ، ورواه من حديث ابن عباس ﷺ البخاري (١٨٣٦)

(٧) أخرجه الترمذي (٧١٩)، وقال: «حديث أبي سعيد حديث غير محفوظ... وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم يضعف في الحديث».

(٨) في ب (والذي روي أن النبي ﷺ مرّ).

يسار وهو يحتجم في رمضان: «أفطر الحاجم والمحجوم»^(١)، فقد روي عنه عليه السلام أنه رخص بعد ذلك في الحجامة^(٢).

ويجوز أن يكون رأهما على سببٍ يوجب الإفطار، فذكر^(٣) الإفطار لذلك السبب، وعرفها بالحجامة، كما روى ابن عباس: (أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مرَّ برجل يحتجم، وهما يغتابان الناس^(٤))، فقال: «أفطر الحاجم والمحجوم»^(٥).

يبين [ذلك]: أن الحجامة عمل باليد، والعمل باليد لا يفطر الصائم.

٨٣١ - [فصل: صيام يوم ظناً أنه عليه ثم علم أنه ليس عليه]

قال: من صام يوماً ظناً أنه عليه، ثم علم أنه ليس عليه^(٦)، فأحبب إلينا أن يمضي فيه، وإن أفطر فلا قضاء عليه، وقال زفر: إن أفطره، فعليه القضاء^(٧)، وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة: فيمن دخل في صلاةٍ يظن أنها عليه، لزمته^(٨)،

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٣١٦٦)؛ والطبراني في الكبير (٥٤٧)؛ وفيه عطاء بن السائب، وقد اختلط. وانظر مجمع الزوائد (١٦٩/٣)، وللحديث طرق كثيرة من غير حديث معقل بن يسار، وانظر التلخيص الحبير (١٩٣/٢) وما بعدها.

(٢) النسائي في الكبرى (٣٢٣٧)، من حديث أبي سعيد رضي الله عنه، وأشار إلى الاختلاف في وقفه ورفعها، ورجح الترمذي في علله أنه موقوف. وانظر نصب الراية (٤٨١/٢).

(٣) في ب (فأوجب).

(٤) سقطت من ب.

(٥) أخرجه البيهقي في الشعب (٦٧٤٣)، وفيه غياث بن كلوب الكوفي، قال البيهقي: «غياث هذا مجهول».

(٦) في ب (من صام يوماً تبين أنه ليس بواجبٍ عليه).

(٧) في ب (وجب عليه القضاء).

(٨) سقطت من ب.

مثل قول زفر .

لنا: أنه لم يوجب على نفسه الصوم بالدخول ، وإنما دخل ليقيمه مقام ما في [ب/٧١] الذمّة ، فإذا تبين أن لا شيء عليه ، لم يلزمه بالدخول شيء ، كمن قضى ديناً ظنّ أنه عليه .

وجه قول زفر: أنه صحّ دخوله في القربة ، فإذا أفسدها وجب عليه القضاء ، كالمبتدئ بالصوم^(١) .

وإنما استحبوا^(٢) له الماضي ؛ لأن القربة صحّت من جهته ، فلا يبطلها^(٣) .

٨٣٢ - [فصل: قضاء رمضان في العشر]

قال: لا يكره قضاء رمضان في العشر عند أصحابنا ، وهو قول عمر^(٤) ، وروي^(٥) عن علي كراهته^(٦) .

لنا: (قوله ﷺ: «ما من أيام العمل الصالح فيها أحبُّ إلى الله من أيام العشر»)^(٧) ، وعموم قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ ؛ ولأن هذه الأيام

(١) سقطت من ب .

(٢) في ب (استحسنوا) .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٥٨/٢ وما بعدها .

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٢٥٦/٤) ؛ وابن أبي شيبة (٣٢٤/٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (٢٨٥/٤) ؛ وإسناده صحيح كما في فتح الباري (١٨٩/٤) .

(٥) سقطت من ب .

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٢٥٦/٤) ؛ وابن أبي شيبة (٣٢٤/٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (٢٨٥/٤) .

(٧) ما بين القوسين سقطت من ب ، والحديث رواه أبو داود (٢٤٣٨) ؛ والترمذي (٧٥٧) وقال: «حسن صحيح غريب» ؛ وابن ماجه (١٧٢٧) .

يستحب فيها الصوم ، ففعل القضاء فيها أولى من فعله في غيرها .

والذي روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن قضاء رمضان في العشر^(١) ، محمولٌ على من كان اعتاد التطوع لصومها ، والقضاء في غيرها ، حتى يجمع بين الفضيلتين ، فيكون أولى^(٢)(٣) .

٨٣٣ . [فصل : تعجيل الفطر بعد غروب الشمس]

قال أبو حنيفة : تعجيل الفطر إذا غربت الشمس أحبُّ إلينا ؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تزال أمّتي بخيرٍ ما لم ينتظروا بالإفطار طلوع النجوم »^(٤) ، وقوله ﷺ : « ثلاث من أخلاق المرسلين : تأخير السحور ، وتعجيل الإفطار ، ووضع اليمين على الشمال في الصلاة »^(٥) .



(١) لم أجده مرفوعاً ، وذكره السرخسي في المبسوط (٩٢/٣) ؛ والكاساني في البدائع (١٠٨/٢) .

(٢) (فيكون أولى) سقطت من ب .

(٣) انظر : الأصل ١٦٧/٢ .

(٤) من حديث أبي الدرداء : الطبراني في الكبير كما في كنز العمال (٢٣٥/٨) ، وقال المناوي في فيض القدير : « قال الهيثمي : فيه الواقدي وهو ضعيف ، فرمز المصنف لحسنه لعله لا اعتضاده » (٣٠١/٥) .

(٥) من حديث أبي الدرداء : الطبراني في الكبير كما في كنز العمال (٣٤٣/١٥) ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠٥/٢) : « رواه الطبراني في الكبير مرفوعاً وموقوفاً على أبي الدرداء ، والموقوف صحيحٌ ، والمرفوع في رجاله من لم أجد من ترجمه » .



بَاب

من يؤمر بالإمساك في رمضان وهو مفطر



[قال رحمه الله تعالى]: قال الشيخ أبو الحسن رحمته الله: كل من سقط عنه فرض الصوم في رمضان، في أول النهار بعذر، ثم زال العذر بعد طلوع الفجر، فإن كان بحالٍ لو كان بها قبل طلوع الفجر لزمه الصوم، فإنه يؤمر بالإمساك عما يمسك عنه الصائم، وذلك مثل الحائض تطهر في بعض النهار، أو يُسلم الكافر، أو يبلغ الصبي، أو يفيق المجنون، أو يقدم المسافر مصره، فإنهم يؤمرون بالإمساك عن كل ما يمسك عنه الصائم.

فإن صار إلى حال لو كان عليها قبل طلوع [الفجر]، لم يلزمه الصوم، فإنه لا يجب عليه الإمساك [عن كل ما يمسك عنه الصائم]، مثل الطاهر إذا حاضت.

وقال الشافعي: الحائض إذا طهرت لا يلزمها ^(١) الإمساك ^(٢).

لنا: قوله رحمته الله في يوم عاشوراء: «من لم يأكل منكم فليصم، ومن أكل فليمسك بقية يومه» ^(٣)؛ ولأن كل من كان في بعض نهار الصوم المستحق على صفة لو كان عليها في أوله لزمه الصوم، فإذا طرأت بعد الفطر لزمه الإمساك،

(١) في ب (لا يجب عليها).

(٢) والأصح من مذهب الشافعي أنه يستحب الإمساك، كما في رحمة الأمة ص ٧٥. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/٢٤؛ المنهاج ص ١٨٣.

(٣) أخرجه من حديث الربيع بنت معوذ: البخاري (١٨٥٩)؛ ومسلم (١١٣٦).



كالشهود إذا شهدوا برؤية الهلال ؛ ولأنّ المعنى الموجب للصوم موجودٌ، وقد ارتفع [المعنى] المانع من الوجوب ، فإذا أكلتْ ، فقد عرّضت نفسها للتهمة^(١) ، فلم يجز [ذلك] .

وليس كذلك الطاهر إذا حاضت ؛ لأنّ المعنى المانع من الصوم موجودٌ ، فلا يلحقها تهمةٌ [في الفطر . والله أعلم] .



(١) في ب (فإذا أكل فقد عرض نفسه للتهمة) .

بَابُ

الأوقات التي يكره فيها الصوم



[قال رحمه الله تعالى]: قال الشيخ أبو الحسن عليه السلام: أجمع أصحابنا ولم يختلف عنهم رواية في كراهية الصوم في ستة أيام: [العيدين] ^(١)، وأيام التشريق، واليوم الذي يشك فيه من رمضان تحريماً من رمضان ^(٢).

أمّا الكلام في يوم الفطر والأضحى وأيام التشريق، فقد قال أصحابنا: لا يجوز أن يصام فيها نذرٌ ولا قضاءً ولا تطوعٌ، وروي عن عائشة وابن عباس: أنهما كانا يصومان أيام التشريق ^(٣).

والأصل في ذلك: ما روى سعد بن أبي وقاص، قال: (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أنادي أيام منى: ألا إنها أيام أكلٍ وشربٍ، فلا تصوموا) ^(٤)، وروى عقبة بن عامر: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام ستة أيام: يوم الفطر ^(٥)، ويوم التروية، ويوم عرفة، ويوم النحر، وأيام التشريق) ^(٦)، وهذا محمولٌ على الحاج إذا كان يضعف بصوم يوم عرفة عن الوقوف.

(١) في أ (العيد)، والمثبت من ب، لأن الستة منها العידان وليس عيد واحد.

(٢) في ب (أن يصام تجوزاً من رمضان).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٣٥/٣)

(٤) لم أجده من حديث سعد، وإنما رواه مسلم (١١٤١)، من حديث نبیة الهذلي.

(٥) (يوم الفطر) سقطت من ب.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٤١٩)؛ والترمذي (٧٧٣) وقال الترمذي: «حسنٌ صحيحٌ»؛ والنسائي (٣٠٠٤).

وقد قال أصحابنا: إذا صام في هذه الأيام كان صائماً ، ويكره له ذلك . وقال الشافعي: لا ينعقد فيها صوم^(١).

لنا: أنه نهى عن صيامها ، والنهي لا يمنع وقوع المنهية [عنه] ، إنما يمنع جوازه [عن] القرب ؛ ولأنه يومٌ نهى عن الصوم فيه ، فوجب أن يصح فيه نوع من الصيام ، كيوم الشك .

٨٣٤ - [فصل: نذر صوم الأيام التي يكره فيها الصوم]

وأما إذا نذر صوم هذه الأيام ، صحَّ نذره في رواية محمد عن أبي حنيفة ، وكذلك رواه بشرٌ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، ويقال له: صُم غيرها ، وهو قول أبي يوسف ومحمد .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يلزم بالنذر شيء ، وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة ، وهو قول زفر .

وجه الرواية الأولى: أنه يومٌ يلي رمضان ، فصَحَّ نذر صومه ابتداءً ، كيوم الشك ؛ ولأنه يوم عيدٍ في الشريعة ، فإذا نذر صومه ابتداءً ، صحَّ كيوم الجمعة .

ولا يمكن للشافعي أن يقول بموجبه على أحد قوليه ، فيمن قال: لله عليّ أن أصوم كل خميس ، فوافق ذلك هذه الأيام ؛ لأنه ليس بابتداء نذر^(٢) ، وإلا صلح أن يتكلم مع الشافعي في نذر صوم أيام التشريق ، فنقول: إنه وقتٌ مختلفٌ في جوازه عن فرضه ، فصَحَّ إضافة النذر إليه ، كيوم الشك .

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/٤٠ ؛ المزني ص ٥٩ .

(٢) قال النووي: «لا ينعقد نذره ، ولا يلزمه بهذا النذر شيء ، وبه قال مالك وأحمد وجماهير العلماء» .

انظر: المجموع ٨/٣٧٤ .

وإنما قلنا: إنّه يصوم غيرها؛ لأنّه نذر الصوم، وإيقاعه على وجه منهيّ [عنه]، فيؤمّر بفعله لا على وجه منهيّ [عنه]، كمن قال: لله عليّ أن أحجّ وأجمع.

وإنما قلنا: إنّه إن صام في هذه الأيام، سقط نذره؛ لأنّه لم يوجب على نفسه غيرها، فإذا فعلها كما نذر^(١)، لم يلزمه شيء آخر^(٢)؛ ولأنّ القائل أحد قائلين: إمّا من قال: لا يجب بنذره شيء، أو من قال: يصحّ نذره ويسقط موجب بصوم هذه الأيام، فثبت هذا بالإجماع.

وأما وجه رواية ابن سماعة، وهو قول زفر؛ فلأنّ صوم هذه الأيام ليس بقربة، ونذره ما ليس بقربة لا يتعلّق به وجوب، كنذر صوم اليوم الذي أكل فيه، ويوم الحيض.

٨٣٥ - [فصل: القضاء فيما إذا دخل في صوم الأيام المنهي عنها وأفسده]

وأما إذا دخل في صوم هذه الأيام ثم أفسده، لم يلزمه القضاء [عند أبي حنيفة]، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه القضاء.

لنا: أنّ الوجوب يقع بالدخول، وهو منهيّ عنه، وما بعده مداومة عليه، فلا يجب المضيّ على ما هو^(٣) منهيّ عنه، وإذا لم يجب المضيّ لم يلزمه القضاء.

وكذلك قال: فيمن دخل في الصلاة عند الزوال ثم أفسدها، إنّه لا قضاء عليه في إحدى الروايتين؛ لأنّه ممنوع من الدخول فيها^(٤)، وما بعده بناء عليه.

(١) في ب (أوجب).

(٢) في ب (نذر آخر).

(٣) في ب (على أمر).

(٤) سقطت من ب.

وقال في الرواية الأخرى: يلزمه القضاء؛ وذلك لأنّ الوجوب يتعلّق بالتحريمه، (وهي ليست عندنا من الصلاة)^(١)، وإنّما نهى في هذا الوقت عن الصلاة، فإذا وقعت التحريمه غير منهيّ عنها، والوجوب يتعلّق بها؛ لزمه القضاء، والدخول في مسألتنا يكون [بأول]^(٢) جزء من الصوم، وهو صومٌ منهيٌّ عنه في هذا الزمان.

وجه قولهما: أنّ الدخول سبب للإيجاب كالنذر.

٨٣٦ - [فَصْل: صوم المتعة في أيام التشريق]

وقد قال أصحابنا: إنّ صوم المتعة لا يصحّ في أيام التشريق، وقال الشافعي: يصحّ^(٣).

لنا: أنّه زمانٌ لا يجوز^(٤) فيه قضاء رمضان، فلا يجوز فيه صوم المتعة كيوم النحر.

٨٣٧ - [فَصْل: صوم يوم الشكّ بنية رمضان]

وأما يوم الشكّ فيكره أن يصومه، بنية رمضان، [أو تحرّزاً من رمضان]، (ويجوز عن غير رمضان)^(٥).

(١) في ب (وليست من الصلاة عندنا).

(٢) في أ (بآخر)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) انظر: رحمة الأمة ص ٨٤.

(٤) في ب (لا يصح).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

وروي كراهة صومه عن ابن عمر^(١) ، وحذيفة^(٢) ، وأنس^(٣) .

وقال ابن مسعود: لأن أفطر يوماً من رمضان ، ثم أقضيه أحب إليّ من أن أزيد فيه ما ليس منهُ^(٤) .

وقال الشعبي: [١/٧٢] كان علي ، وعمر ، وعثمان يnehون عن صوم اليوم الذي يُشك فيه من رمضان^(٥) .

وكانت عائشة تصومه ، وقالت: لأن أصوم [يوماً] من شعبان ، أحبُّ إليّ من أن أفطر من رمضان^(٦) ، ومثله عن أسماء^(٧) وأبي هريرة^(٨) .

والأصل في ذلك: ما روي عن النبي ﷺ: أنه نهى عن صوم يوم الشك من رمضان ، وقال: «من صام يوم الشك ، فقد عصى أبا القاسم^(٩) ؛ ولأنه يومٌ من شعبان ، بدليل قوله ﷺ: «فإن غمَّ عليكم ، فعدُّوا شعبان ثلاثين^(١٠) ، وإذا كان

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٠٩/٤)

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٠٩/٢)

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٥٩/٤)

(٤) الطبراني في الكبير (٩٥٦٤)؛ وابن أبي شيبة (٣٢٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٠٩/٤)، وفي إسناده من لا يعرف. انظر مجمع الزوائد (١٤٩/٣)

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٠٩/٤)

(٦) أحمد (٢٤٩٨٩)؛ وقال في مجمع الزوائد: «رجاله رجال الصحيح» (٤٤/٨)

(٧) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١١/٤)

(٨) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١١/٤)، وقال البيهقي: «كذا روي عن أبي هريرة بهذا الإسناد، ورواية أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في النهي عن التقدم إلا أن يوافق صوماً كان يصومه أصح من ذلك»

(٩) أخرجه أبو داود (٢٣٣٤)؛ والترمذي (٦٨٦) وقال: «حسنٌ صحيحٌ»؛ والنسائي (٢١٨٨)؛ وابن ماجه (١٦٤٥) من حديث عمار بن ياسر

(١٠) أخرجه البخاري (١٨٠١)؛ ومسلم (١٠٨٠)، من حديث ابن عمر

من شعبان ، فصامه بنية الفرض ، لم يجز .

وأما إذا صامه بنية التطوع ، لم يكره عندنا . وقال الشافعي : يكره^(١) .

لنا: ما روي عن عليٍّ وعائشة رضي الله عنهما أنهما قالا: نصوم يوماً من شعبان ، أحبُّ إلينا من أن نفطر يوماً من رمضان ، ولم يُنقل من أحد عن الصحابة كراهيته إلا بنية الفرض ، أو بنية مُتردِّدة ؛ ولأنه يومٌ من شعبان كسائر أيامه .

٨٣٨ - [فصل: صوم الوصال والصمت]

ولا بأس بالصوم قبل رمضان بيوم ، أو يومين ، أو ثلاثة [أيام] ، وكان ابن عباس يفصل بين الفرض والنفل بفطر^(٢) ، وكان عليٌّ يخطبُ ويقول: لا تقدّموا الشهر^(٣) .

وفي الناس من يمنع الصوم إذا انتصف شعبان .

لنا: ما روي (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصل شعبان برمضان)^(٤) ؛ ولأنه يومٌ من شعبان ، كالنصف الأول .

والذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا تقدّموا الشهر بيوم ولا يومين ، إلا أن يوافق ذلك صوماً كان يصومه أحدكم»^(٥) ، فهذا محمولٌ على النهي عن

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٩/٢؛ المزني ص ٥٦ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٥٨/٤) .

(٣) البيهقي في الكبرى (٢٠٩/٤) .

(٤) أخرجه أبو داود (٢٣٣٦)؛ والترمذي (٧٣٦) وقال: «حديث حسن»؛ والنسائي (٢١٧٥)؛ وابن ماجه (١٦٤٨) من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

(٥) أخرجه البخاري (١٨١٥)؛ ومسلم (١٠٨٢) ، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

استقبال الشهر مخافة أن يلحق بالفرض .

والذي روي: أن النبي ﷺ قال: «إذا انتصف شعبان ، فلا يصومنَّ أحدٌ»^(١) ،
فمحمولٌ على من يضعف بذلك عن صوم رمضان .

وقال أبو يوسف: كانوا يكرهون أن يتبعوا رمضان صيامًا [آخر] خوفًا أن
يلحق ذلك بالفريضة ، وهذا صحيحٌ .

وروي عن مالكٍ أنه قال: أكره أن أتبع رمضان بست من شوال^(٢) ، قال: وما
رأيت أحدًا من أهل الفقه والعلم يصومها ، ولم يبلغنا عن أحدٍ من السلف^(٣) ،
وأن أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته ، وأن يلحق أهل الجفاء برمضان ما
ليس منه إذا رأوا في ذلك رخصةً عند أهل العلم ، ورأوهم يفعلون ذلك ، حكى
محمد هذا عن مالك [بن أنس] ، ولم يذكر خلافه .

قال أبو يوسف: وبلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن صوم الوصال ،
ومعنى ذلك: أن يصوم أيامًا لا يُفطر بينها ، وروي أنه ﷺ كان يواصل وينهى عن
الواصل ، ويقول: «لست كأحدكم ، إنني أظلُّ عند ربي يُطعمني ويسقيني»^(٤) .

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٣٧) ؛ والترمذي (٧٣٨) ؛ وابن ماجه (١٦٥١) ؛ وصححه ابن حبان
(٣٥٨٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) كره الإمام مالك ذلك: اتقاء أن يلحق الجاهل بالفرائض ما ليس منها ، على أصله في كراهية
التحديد ، واستحب صيامها في غير ذلك الوقت ؛ لحصول المقصود به من تضاعف أيامها وأيام
رمضان حتى تبلغ عدة العام . انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس
٣٦٩/١ (دار الغرب الإسلامي) .

(٣) في ب (أهل السلف) بزيادة (أهل) ، والسياق لا يقتضيها .

(٤) أخرجه الترمذي (٧٧٨) بدون (أظل) وقال: «حسن صحيح» ، وقال الشوكاني: «والراجح من
الروايات بلفظ (أبيت) دون (أظل)» . نيل الأوطار ص ٨١٣ ؛ كما في رواية البخاري (١٩٦٣) .

قال: ونهى عن صوم الصمت^(١): وهو أن يصوم الإنسان ولا يتكلم؛ لأن ذلك من فعل المجوس، وقد قال ﷺ: «من تشبه بقوم فهو منهم»^(٢).

٨٣٩ - [فصل: صوم يوم الجمعة والدهر]

[قال]: ولا بأس بصوم يوم الجمعة في قول أبي حنيفة ومحمد، قال محمد: وإن تحرّاه [أي: قصده]؛ وذلك لأنه أفضل من غيره من الأيام، والصوم في الزمان الفاضل لا يُمنع منه، إلا أن يرد فيه نهي.

[قال]: ويكره صوم يوم النيروز والمهرجان^(٣) إن تعمد ذلك، فإن وافق ذلك^(٤) [صومه] فلا بأس؛ وذلك لأن أفراد هذه الأيام بالصوم تعظيم لها، وقد نُهي عن تعظيم هذه الأيام.

وقال في نهيهِ ﷺ عن صيام السبت إلا فيما افترض علينا^(٥): إن ذلك عندنا [على أن] يتخذ ذلك عيداً، فإن وافق يوم السبت صوماً كان يصومه^(٦)، فلا بأس؛ وذلك لأن أفرادها بالصوم تعظيم له، وذلك تشبّه باليهود.

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣) من حديث عليّ رضي الله عنه، وقال المنذري: في إسناده يحيى بن محمد المدني الجاري، قال البخاري: يتكلمون فيه، وقال ابن حبان: يجب التنكب عمّا انفرد به من الروايات، وذكر العقيلي هذا الحديث، وذكر أن هذا الحديث لا يتابع عليه يحيى. انظر عون المعبود (٥٤/٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٠٣١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وقال العراقي في تخريج أحاديث الإحياء: إسناده صحيح (٢١٧/١).

(٣) «النيروز: أكبر الأعياد القومية للفرس». المعجم الوجيز (نوروز).

«والمهْرَجَان: الاحتفال يقام ابتهاجاً بحادث سعيد كمهرجان الأزهار» (مهر).

(٤) سقطت من ب.

(٥) أخرجه أبو داود (٢٤٢١)؛ والترمذي (٧٤٤) وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (١٧٢١).

(٦) في ب (صوماً يصومه الرجل).

وفي جامع أبي يوسف قال: كانوا يستحبون صيام الأيام البيض، وليس بواجب [عليه]، وكان بعضهم يصوم يوم الاثنين والخميس، وبعضهم يكره توقيت الصوم في يوم، فمن فعل ذلك فحسن، ومن ترك ذلك، فلا شيء عليه. ومن صام يوماً وأفطر يوماً فحسن، و[قد] قيل: إن ذلك صوم داود النبي ﷺ. ومن صام شعبان، فوصله برمضان، فحسن.

وكانوا يستحبون أن يصوموا قبل عاشوراء [يوماً]، وبعده يوماً، خلافاً لأهل الكتاب.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: لا بأس بصوم يوم عرفة، وصومه أفضل لمن يقوى عليه في السفر والحضر، وبعرفة [وغيرها]؛ وذلك لأنه إذا صام في هذا اليوم فقد جمع بين قُربتين، وهذا إذا لم يُضعفه عن الوقوف والدعاء، فإن أضعفه كره؛ لأن الدعاء لا يُستدرك في غير هذا اليوم، والصوم يُستدرك.

قال أبو يوسف: وقد جاء حديثٌ في كراهة صيام يوم الجمعة؛ إلا أن يصوم قبله يوماً وبعده يوماً^(١).

وكره صوم الدهر، فمن صام الدهر، وأفطر يوم الفطر ويوم الأضحى وأيام التشريق، فقد قال بعض الفقهاء: إنه لم يصم الدهر، ولم يدخل هذا فيما نهي عنه.

قال أبو يوسف: وليس هذا عندي كما قال، والله أعلم هذا قد صام الدهر، وهذا صحيح؛ لأن النهي عن صيام الدهر لو كان لأجل هذه الأيام لخصها بالنهي، وإنما نهي عن ذلك؛ لأنه يضعف عن العبادات، ويؤدي إلى التبتل الممنوع منه. [والله أعلم].

(١) أخرجه البخاري (١٨٨٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

بَابُ وجوب الكفارة في إفساد الصوم



قال الشيخ^(١) أبو الحسن رحمه الله تعالى: الكفارة في قول أصحابنا لا تجب إلا في إفساد الصوم في عين^(٢) شهر رمضان خاصة، ولا تجب الكفارة فيما سوى ذلك؛ وذلك لأن الكفارة تجب لحرمة الزمان، ولا تجب لحرمة الصوم، وحرمة الزمان لا توجد في غيره.

وليس كذلك كفارة الحج؛ لأنها تجب لحرمة العبادة، فاستوى فيها الفرض وغير الفرض.

[قال]: والكفارة تجب في ذلك لثلاثة معانٍ: الجماع، والأكل، والشرب على صفةٍ في ذلك نذكرها.

فأما الجماع، إذا حصل في الفرج والتقى الختانان، وجبت الكفارة، أنزل أو لم ينزل، وهو قول عطاء^(٣).

وقال سعيد بن جبيرة: لا كفارة [عليه]^(٤).

لنا: ما روى حميد عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ أمر الذي غشي امرأته في

(١) سقطت من ب.

(٢) سقطت من ب.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٤/١٩٧).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٤/١٩٨).

رمضان بمثل كفارة الظهر^(١). وروت عائشة: أن النبي ﷺ أمر الواطئ [في شهر رمضان] بإطعام ستين مسكيناً^(٢). وعن سعد بن أبي وقاص: أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال: إني أفطرت يوماً من رمضان، فقال: «اعتق رقبة، أو صم شهرين متتابعين، أو أطعم ستين مسكيناً»^(٣)، والكفارات لا تُعلم إلا من جهة^(٤) التوقيف.

ولأنها عبادةٌ على البدن، لا تُفعل في السنة إلا مرةً [واحدة]، فجاز أن يجب بإفسادها الكفارة، كالحج.

٨٤٠. [فصل: الكفارة على الترتيب أم على التخيير]

قال أصحابنا: الكفارة على الترتيب، وقال مالك: على التخيير^(٥).

لنا: حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ أوجب على المجامع مثل كفارة الظهر، وروي أنه قال [له]: «أعتق رقبة»، فقال: لا أجد، فقال: «صم شهرين متتابعين»؛ ولأنها كفارةٌ فيها صوم شهرين متتابعين، فكانت على الترتيب، ككفارة الظهر والقتل.

والذي روي في حديث سعدٍ، فقد قصد به بيان ما يقع به التكفير في الجملة.

(١) أخرجه البخاري (٥٠٥٣)؛ ومسلم (١١١١).

(٢) أخرجه البخاري (١٨٣٣)؛ ومسلم (١١١٢).

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٠٨/٢)

(٤) في ب (طريق).

(٥) وقال ابن الجلاب: «وهي على التخيير وليست على الترتيب». التفرع ١/٣٠٧. انظر: المدونة

١/١٩٢؛ الرسالة ص ١٦١؛ المعونة ١/٤٧٨.

٨٤١ - [فصل: الكفارة بطريق التوقيف]

وقد حُكي عن الحسن أنه قال: في كفارة المجامع بدنة إذا لم يجد الرقبة^(١)، وهذا لا يصح؛ لأن الكفارة إنما تؤخذ من طريق التوقيف، وقد بيناه^(٢)؛ ولأن البدنة لا تجتمع مع صوم شهرين، ككفارة الظهار والقتل.

٨٤٢ - [فصل: عدد أيام الصيام في الكفارة]

قال أصحابنا: والصوم ستون يوماً، وعن الحسن: أربعون يوماً، وما قدمناه من الأخبار [ب/٧٢] دلالة عليه.

والذي روي في حديث أنس: أن النبي ﷺ قال: «من أفطر في رمضان فعليه صوم شهر»^(٣)، يحتمل أن يكون في المفطر الإثم الذي لا يلزمه الكفارة، فاستحب له أن يصوم شهراً لاستدراك فضيلة الصوم.

وقد تكلم السلف في هذا، فقال ربيعة: يصوم مكان اليوم اثني عشر يوماً^(٤)؛ لأن الله تعالى رضي من عبادة شهر من جملة اثني عشر شهراً.

وحكي عن النخعي أنه قال: يصوم ألف يوم^(٥)؛ لأن الله تعالى جعل في شهر رمضان ليلة، فضّلها على ألف شهر.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٣٩/٣)

(٢) في ب (بيننا ذلك).

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٢١١/٠٢)، وقال: «هذا إسناد غير ثابت، مندل ضعيف، ومن دون أنس ضعيف أيضاً».

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٩٨/٤)

(٥) أخرجه عبد الرزاق في الموضوع السابق، ولكن بلفظ: «أن رجلاً أفطر يوماً من رمضان، فصام ثلاثة آلاف يوم».

٨٤٣ - [فصل: القضاء والكفارة بالوقاع]

قال أصحابنا: يجب على المجامع القضاء والكفارة، وقال الأوزاعي: إن كَفَّرَ بالصوم، فلا قضاء عليه، وقد روى أبو هريرة: أن النبي ﷺ أمر الذي واقع امرأته أن يصوم ستين^(١) يوماً؛ ولأنَّ صوم الشهرين تكفيرٌ، فلا يسقط به القضاء، [كالتكفير بالعتق]^(٢).

٨٤٤ - [فصل: الكفارة في الجماع بالموضع المكروه]

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة فيمن جامع في الموضع المكروه، فروى الحسن بن زياد عنه: أن لا كفارة، وروى بشر بن الوليد في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: فيمن وطئ في الدبر، أو في الفرج، إذا توارت الحشفة، وجب الغسل، أنزل أو لم ينزل، وعليه القضاء والكفارة.

وروى بشر وعلي بن الجعد في كتاب الحدود عن أبي يوسف: أن قياس قول أبي حنيفة: أن يكون عليه [القضاء و] الكفارة، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

(وجه رواية أبي يوسف: أن قياس قول أبي حنيفة: أن يكون عليه الكفارة)^(٣)؛ لأنه وطئ مقصودٌ، فيتعلق به الكفارة، كالوطء في الفرج.

فأمَّا على أصلهما: فهذا الوطء يتعلّق به الحدّ، فيتعلق به الكفارة كالوطء

في الفرج.

(١) سقطت من ب.

(٢) في أ (كالعتق).

(٣) ما بين القوسين في ب (وجه الرواية الأخرى) فقط.

وجه رواية الحسن: أنه وطءٌ لا يتعلّق به الحدّ عنده، كوطء الميتة.

٨٤٥ - [فصل: الكفارة بوطء البهيمة]

وإذا وطئ بهيمة، فلا كفارة عليه عند أصحابنا؛ لأنه وطءٌ غير مقصودٍ كوطء الميتة.

فإن وطئ بهيمةً فأنزل، فعليه القضاء؛ لأنّ الإنزال إذا حصل بفعله^(١)، وجب عليه القضاء، كما لو جامع فيما دون الفرج.

٨٤٦ - [فصل: الكفارة في الأكل والشرب]

قال أصحابنا: إذا أكل أو شرب ما يصلح به البدن: إمّا على وجه التغذي، أو على وجه التداوي، فعليه القضاء والكفارة. وقال الشافعي: لا كفارة عليه^(٢).

لنا: أنه أحد الإمساكين، فكان فيه ما يتعلّق به الكفارة العظمى، كالإمساك الآخر، أو [تقول]: إمساك عن أحد اللذتين؛ ولأنّ الشرب معنى يتعلّق [بجنسه]^(٣) الحدّ، فجاز أن يتعلّق به كفارة العتق، كالوطء.

٨٤٧ - [فصل: الكفارة بأكل ما لا يتغذى به ولا يتداوى]

فإن أكل ما لا يتغذى به، ولا يتداوى [به] فعليه القضاء، ولا كفارة عليه،

(١) في ب (بفعلٍ منه).

(٢) حيث ذهب الشافعي إلى عدم وجوب الكفارة بتعمد الأكل والشرب في أرجح قوليه، وهو قول أحمد أيضاً. ومذهب مالك كمذهب أبي حنيفة في وجوب القضاء والكفارة. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٩٩.

(٣) في أ (به) والمثبت من ب.

وهذا مثل الحصى والتراب .

وقد حُكيَ عن لا يعتدّ [بخلافه] ^(١): أنه لا يفطر . وهذا غلطٌ ؛ لأنّ الصوم : هو الإمساك ، وأكل هذه الأشياء ينافي الإمساك .

فأمّا الكفارة ، فلا تجب ، وقال مالك : تجب ^(٢) .

لنا : أنّ مآثم الفاعل لهذا الفعل ^(٣) دون مآثم المجامع ، فصار كمن استقاء عمداً ؛ ولأنّ الكفارة تجب على وجه العقوبة ، وتسقطها الشبهة ، فلا تجب إلا بمآثمٍ مخصوصٍ ، كالحدود .

وأما مالك فقال : إنه أفطر لغير عذر ، كالجماع .

و[قد] قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة : فيمن بلع نواةً يابسةً ، أو قشرة جوزة [أو جوزة] صحيحةً يابسةً ، أو لوزةً يابسةً ، فعليه القضاء ولا كفارة عليه ؛ (لأنّ هذا لا يعتاد أكله هكذا بقشره ، فهو كابتلاع الحصى) ^(٤) .

[قال] : وإن أكل عجينا ، فعليه القضاء ، ولا كفارة عليه ، وكذلك رواه ابن رستم عن محمد ؛ لأنّ أكل العجين لا يقصد به التغذية ، ولا التداوي ، قال ابن رستم : وكذلك إن ابتلع دقيقاً ؛ لأنّه يصير عجينا قبل أن يصل إلى الجوف .

قال الحسن عن أبي حنيفة : وإن قضم حنطةً ، فعليه القضاء والكفارة ؛ لأنّ هذا يقصده الناس بالأكل .

(١) في أ (به) .

(٢) انظر : المدونة ١/١٧٥ ؛ التفريع ١/٣٠٧ ؛ المعونة ١/٤٧٦ .

(٣) سقطت من ب .

(٤) ما بين القوسين في ب (لأنّ هذا لا يعتاد أكله على هذا الوجه ، فهو كالحصى) .

وروى ابن رستم عن محمد: فيمن ابتلع إهليلجاً: أنّ عليه القضاء ولا كفارة؛ لأنه لا يُتداوى بها على هذه الصفة، وروى هشام عنه: أنّ عليه الكفارة. قال أبو الحسن: وهو أقيس عندي؛ لأنّ هذا يتداوى به هكذا^(١) على هذه الصفة، وهكذا رواه ابن رستم عن محمد.

[قال ابن رستم]: وإن أكل طيناً أرمنيّاً فعليه الكفارة؛ لأنّه بمنزلة الغاريقون^(٢)، يعني: أنه يتداوى به البطن^(٣).

قال ابن رستم: فقلت له: هذا الطين الذي [بُلِي] بأكله^(٤) الناس؟ قال: لا أدري ما هذا، فكأنّه لم يعلم أنه ممّا يُتداوى به أم لا.

وقال هشام عن محمد: في الطين الأرمني، إن كان [الذي] يشرب للدواء، ففيه الكفارة، وإلا فلا.

قال هشام: قلت لمحمد: إذا ابتلع لوزة رطبة، أو بطيخة صغيرة؟ قال: عليه القضاء والكفارة؛ ولأنّ هذا ممّا يؤكل على حياله ويلتذّ به.

قال: والجوزة الرطبة يبتلعها؟ قال: لا كفارة عليه؛ لأنّ الجوز لا يؤكل هكذا.

وقال هشام عن محمد: إن أكل مسكاً، أو غالية، أو زعفراناً، فعليه الكفارة؛

(١) سقطت من ب.

(٢) «وهي رطوبات تتعفن في باطن ما تأكل من الأشجار، يُعزى استخراجها إلى أفلاطون». تاج العروس (غرقن).

(٣) سقطت من ب.

(٤) في أ (بلي) وفي ب (يقلى ويأكله).

لأن هذا يُتداوى به .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا مضغ الجوزة أو اللوزة اليابسة حتى وصل المضغ إلى الجوف منهما، ثم ابتلعهما، فعليه الكفارة؛ لأنه آكلٌ للُبِّها وإن انضمَّ إليه ما لا يُقصد بالأكل .

٨٤٨ - [فصل: صوم من أصبح جنباً]

[قال]: وإذا أصبح جنباً في رمضان، فصومه تامٌّ، وهو قول عليٍّ (١)، وابن مسعودٍ (٢)، وزيد بن ثابتٍ (٣)، وأبي الدرداء (٤)، وأبي ذرٍّ (٥)، وابن عباسٍ (٦)، وابن عمر (٧)، ومعاذ (٨) .

وعن أبي هريرة: أنه لا صوم له (٩) .

والأصل في ذلك: قوله تعالى: ﴿فَالَّذِينَ بَشِرُوهُمْ وَأَبْتَعُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فأباح الله تعالى الجماع إلى حين الطلوع، وحكم بتمام الصوم بقوله:

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٩/٢) في مصنفه؛ وعبد الرزاق في مصنفه (١٨١/٤) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٩/٢) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٩/٢) .

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٨١/٤) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٩/٢) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٩/٢) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٠/٢)؛ وعبد الرزاق (١٨٢/٤) .

(٨) لم أجده عن معاذ، وذكره الكاساني في البدائع (٩٢/٢) .

(٩) أخرجه البخاري (١٨٢٥)؛ ومسلم (١١٠٩) .

﴿ ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ [البقرة: ١٨٧] ، ومعلومٌ أنَّ من بقي على الجماع إلى الفجر ، أصبح جنباً ، وجوّز صيامه^(١) .

وروت عائشة: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إني أصبحت جنباً ، وأريد أن أصوم ، فقال ﷺ: «وأنا أصبح جنباً وأريد أن أصوم» ، فقال: إنك لست كأحدنا ، فغضب رسول الله ﷺ ، وقال: «أرجوا أن أكون أعلمكم بما أنقي»^(٢) .

وروى أبو بكر بن عبد الرحمن: أن أبا هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من طلع له الفجر وهو جنبٌ ، فلا صوم له» ؛ فذكرت ذلك [لمروان]^(٣) ، فأنكره ، وقال: ائت عائشة فسألها ، فسألت عائشة وأم سلمة ، فقالتا: كان رسول الله ﷺ يصبح جنباً من غير احتلام ، ثم يتم صومه ، وذلك من رمضان ، فأتيت مروان فأخبرته ، فقال لي: اذهب إلى أبي هريرة فردّ عليه ، فذكرت ذلك له ، فقال: أنت سمعتها؟ فقلت: نعم ، فقال: حدثني به الفضل بن عباس^(٤) .

٨٤٩ - [فصل: تأثير وقوع الوطء مع طلوع الفجر]

قال أصحابنا: إذا طلع الفجر والرجل واقعٌ [ونزع مع الطلوع]^(٥) ، أو كان يشرب ماءً فقطعه ، أو كان يأكل فألقى اللقمة ولم يزد ردها ، فصومه تامٌ ، وقال زفر: يفطر في الجماع ، ولا يفطر في الأكل [والشرب] .

(١) (وجوز صيامه) سقطت من ب .

(٢) أخرجه مسلم (١١١٠)

(٣) في أ (عبد الرحمن) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح في الرواية .

(٤) أخرجه البخاري (١٨٢٥) ؛ ومسلم (١١٠٩)

(٥) في أ (وفرغ مع الطلوع ونزع) .

لنا: أنه اشتغل مع الطلوع بالمفارقة والنزع^(١)، فقد فعل ما هو شرط في صحّة الصوم من ترك الجماع، ومن فعل ما هو شرط في صحّة العبادة، لم يمنع انعقادها، كترك الأكل عنده.

وجه [١/٧٣] قول زفر: أنه حصل بعد الطلوع جزء من [المخالطة]^(٢) لو انفرد ذلك لمنع الصوم، فكذلك حال البقاء، وليس كذلك الأكل؛ لأنه إذا ألقى اللقمة مع الطلوع، فلم يوجد بعد الفجر جزء من الأكل، فانعقد صومه.

٨٥٠ - [فصل: طلوع الفجر وهو مخالط]

وعلى هذا الخلاف: إذا وطئ نهاراً ناسياً، ثم تذكر ونزع مع الذكر.

وأما إذا طلع الفجر وهو مخالط فبقي عليه^(٣)، فعليه القضاء، ولا كفارة عليه، وكذلك إذا جامع في خلال النهار ناسياً فذكر وبقي عليه.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا بقي عليه بعد الطلوع^(٤)، فعليه الكفارة، وإذا بقي عليه بعد^(٥) الذكر، فلا كفارة عليه.

وقال الشافعي: عليه القضاء والكفارة^(٦).

والكلام يقع في موضعين: أحدهما: أن صومه لم ينعقد؛ لأنها عبادة يخرج

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في أ (المخاطب)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٣) سقطت من ب، وكذا في الموضع الثاني.

(٤) في ب (إذا بقي بعد الفجر وهو مخالط).

(٥) سقطت من ب.

(٦) انظر: رحمة الأمة ص ٧٨.

منها بالوطف، فيمنع الوطف [صحة] انعقادها، كالصلاة والاعتكاف، وإذا لم ينعقد، (لم تجب الكفارة؛ لأن الكفارة تجب بإفساد الصوم) ^(١)؛ ولأنه وطف لا يتعلق بابتدائه كفارة، فلم يتعلق بالبقاء عليه [كفارة] ^(٢)، أصله: وطف الناسي.

وأما أبو يوسف فقال: إذا بقي بعد الطلوع، فابتداء الوطف كان عمداً، ووظء العمد يوجب الكفارة ^(٣)، وأما الناسي، فابتداء وطفه كان ناسياً، ووظء الناسي لا يتعلق به كفارة.

٨٥١ - [فصل: العذر والشبهة المؤثران في الصوم]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وهذا كله إذا كان الفعل متعرياً عن شبهة أو عذر، فإن كان هناك شبهة أو عذر، سقطت الكفارة.

والعذر والشبهة: أن يأكل أو يجامع وهو يرى أن عليه ليلاً، وقد طلع الفجر (وهو لا يعلم) ^(٤)، أو يرى أن الشمس غابت، ثم يتبين له أنها لم تغب، وهذا صحيح.

[أمّا] إذا تسخّر وهو لا يعلم بطلوع الفجر، ثم علم، فقد أفطر.

وقال مالك: يُفطر في صوم الفرض دون صوم النافلة ^(٥).

(١) ما بين القوسين في ب (وإذا لم تنعقد فالكفارة تجب بإفساد الصوم).

(٢) في أ (كفارة العتق) بزيادة (العتق)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) في ب (يؤثر في الكفارة).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) انظر: الإشراف ١: ٤٣٠.

لنا: أن أكله صادف النهار مع ذكره للصوم، فصار^(١) كما لو أكل مع العلم بالطلوع؛ ولأن ما يُفسد الصوم، لا فرق فيه بين الفرض و[بين] النفل، كالجماع. ويُمسك بقية يومه؛ لأن علمه بالطلوع لو تقدّم الأكل لوجب الصوم، فإذا تأخر عنه وجب الإمساك على ما قدّمنا (في خبر العوالي)^(٢)، وعليه القضاء؛ لقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، [تقديره: فأفطر فعليه عدة من أيامٍ آخر]، ولا كفارة عليه؛ لأنه معذورٌ في الأكل، وكفارة رمضان تجب على وجه العقوبة، وتسقط بالعدر والشبهة كالحَدِّ.

وقد ذكر^(٣) على هذه الأصول: إذا أكل ثم بان له الشمس.

وقد روي أن عمر أفطر، فلما صعد المؤذن المئذنة قال: هذه الشمس، فقال عمر: إنما بعثناك داعياً، ولم نبعثك راعياً، ما تجانفنا لإثم، وقضاء يوم يسير^(٤).

٨٥٢ - [فصل: صوم المسافر ثم فطره متعمداً]

[قال]: وكذا إذا صام في سفره فأفطر متعمداً في سفره أو بعدما قدم مصره، فلا كفارة عليه؛ لأن هذا اليوم غير مستحق العين، ألا ترى أنه كان في أول النهار مخيراً بين الصوم والفطر^(٥).

(١) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) (قد ذكر) سقطت من ب.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٣٠٣/١)؛ وابن أبي شيبة (٢٨٧/٢)؛ وعبد الرزاق (١٨٧/٤)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٧/٤).

(٥) في ب (بين الأكل والصوم).

٨٥٣ - [فصل: ظنّ الصائم أنّ فعله مُفطر ثم تعمد الإفطار]

وكذلك إذا أكل أو شرب أو جامع^(١) ناسياً، أو ذرعه القيء، فظنّ أن ذلك يفطره، فأكل بعد ذلك متعمداً، فعليه القضاء، ولا كفارة عليه.

قال محمد: إلا أن يكون بلغه الخبر، يعني: أن أكل الناسي لا يفطر، وأن من ذرعه القيء لا يفطر.

والأصل في هذا، ما بيّنا: أن الكفارة تؤثر فيها الشبهة، والشبهة إذا استندت إلى أصل تعلق بها الحكم، وإلا لم يتعلّق بها، وأكل الناسي والقيء ينافي الإمساك في الظاهر، فإذا ظنّ أنّه قد أفطر، فالشبهة مستندة [إلى أصل]؛ فلا يجب عليه الكفارة.

قال: فإن احتجم، أو فعل نحو ذلك ممّا اختلف الناس في عمدته: هل يفطر أم لا؟، فإن ذلك لا يكون عذراً ولا شبهةً، إذا تعمد بعده الأكل وقد ظنّ أنّ الحجامة تفرّطه، إلا أن يكون أفتي بأنّه قد أفطر، أو يكون ممن سمع الحديث أنّ الحجامة تفرّطه، فتسقط عنه الكفارة؛ وذلك لأنّ الحجامة لا تنافي الإمساك في الظاهر، فإذا ظنّ أنّها تفرّطه، فشبهةٌ لم تستند إلى سبب^(٢)، فلا تسقط عنه الكفارة.

فأمّا إذا استفتى فقيهاً فهو معذورٌ؛ لأنّ العامي يلزمه الرجوع إلى [فتوى] الفقيه^(٣)، وقد أفتاه بما اختلف فيه الفقهاء، فصار ذلك عذراً.

(١) (أو جامع) سقطت من ب.

(٢) في ب (إلى أصل).

(٣) في أ (قول) والمثبت من ب.

فأما إذا كان بلغه الحديث ، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا كفارة عليه ؛ لأنّ الإنسان يجب عليه الأخذ بحديث رسول الله ﷺ ، فإذا سمعه وعمل به ، استندت شبهته إلى أصله .

وروى ابن سماعة وبشر ، عن أبي يوسف: في المحتجم إذا أفطر بحديث: « [أفطر] الحاجم والمحجوم » ، فعليه القضاء والكفارة من قبل أن جماعة الفقهاء [أجمعوا] على أن الحجامة لا تفتّره .

ووجه ذلك: أنّ العامي إذا سمع خبراً ، لا يجوز له العمل به ؛ لأنّه لا يأمن أن يكون مصروفاً عن ظاهره ، أو منسوخاً ، فمتى رجع إلى ما لا يجوز له الرجوع إليه ، لم يعذر .

قال أبو الحسن: وإن لمس امرأة ، أو قبّلها ، أو ضاجعها ولم يُنزل ، وظنّ أن ذلك يفتّره ، فأكل بعد ذلك ، أو جامع^(١) ، كان عليه القضاء والكفارة ؛ لأنّ القبلة واللمس^(٢) لا تنافي الإمساك في الظاهر .

قال: إلا أن يكون تأوّل حديثاً ، واستفتى فقيهاً ، فأفطر على ذلك التأويل ، فلا كفارة عليه ، وإن أخطأ ذلك الفقيه أو كان الحديث خطأ .

وإن دهنَ شاربه ، فظنّ أن ذلك يفتّره ، أو استفتى ، أو تأوّل حديثاً أنّه يفتّره ، ثم أكل أو شرب ، فإن عليه القضاء والكفارة ، وهذا مما لا يجوز أن يتأوّل فيه .

وكذلك قالوا: فيمن اغتاب ، فظنّ أن الغيبة تفتّره ، أو استفتى فقيهاً ، أو

(١) (أو جامع) سقطت من ب .

(٢) سقطت من ب .

تأول حديثاً ، فإن الكفارة تجب ، ولا يُعتدّ بالتأويل .

٨٥٤ - [فصل : الكفارة فيمن أصبح لم ينو الصوم فأكل]

[قال] : ومن أصبح في رمضان لا ينوي الصوم ، فأكل أو شرب ، فلا كفارة عليه ، وقال زفر : عليه الكفارة ، وقال أبو يوسف : إن أكل قبل الزوال فعليه الكفارة ، وإن أكل بعد الزوال ، فلا كفارة عليه .

أما أبو حنيفة ، فمن أصله : أن الصوم لا يصحّ إلا بنيةً ، فما لم ينو فليس بصائمٍ ، [فقطره] ^(١) لا يوجب كفارة .

وأما زفر ، فـ [لأنّ] من أصله : أن صوم رمضان لا يقف على النية ، فجماعه قبل النية وبعدها سواء .

وأما أبو يوسف فقال : حكم الصوم مُراعىً قبل الزوال ، لجواز أن ينوي فيصح منه ^(٢) ، فإذا جامع ، فقد أسقط المراجعة ، فكأنه أفسد الصوم ، وإذا جامع بعد الزوال ، فقد زالت المراجعة قبل جماعه ، فلا يجب عليه كفارة .

[قد] روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة : فيمن أصبح لا ينوي الصوم ، ثم نوى قبل الزوال ، ثم جامع في بقية يومه ، فلا كفارة عليه ، لأنه كان في أول النهار على صفة [من] لا يلزمه بالوطء كفارةً ، فصار ذلك شبهةً في آخره .

٨٥٥ - [فصل : كفارة الموطوءة مكرهة]

قال أصحابنا في المجامع في رمضان : [إنّ] الكفارة تجب على الرجل

(١) في أ (فوطؤه) والمثبت من ب .

(٢) (فيصح منه) سقطت من ب .

والمرأة إذا طاوعته ، [وإن كانت مكرهةً أفطرت ، ولا كفارة عليها] .

وقال الشافعي في أحد قوليهِ: لا كفارة عليها ، و[قال] في القول الآخر: تجب عليها ، ويتحمّلها الزوج^(١) .

أما وجوب الكفارة عليها ؛ فلأنه وطءٌ يتعلّق به الحدّ ، فجاز أن تتعلّق الكفارة ؛ ولأنّ كلّ من لزمه الحدّ بالزنا ، جاز أن يلزمه الكفارة^(٢) [بالجماع] ، كالرجل ، [ولأنّه شخصٌ هتك حرمة الشهر بما يفطر به غالباً ، فجاز أن تلزمها الكفارة كالرجل] .

وإذا [ثبت] أنها يلزمها^(٣) ، فكلّ من لزمته الكفارة ، لم يتحمّلها عنه غيره ، كزوج المكرهة ، والعاقلة تدعو إلى نفسها مجنوناً^(٤) .

٨٥٦ - [فصل: تداخل الكفارات]

قال: ومن جامع في يومٍ من رمضان متعمّداً ذاكراً لصومه ، أو أكل أو شرب ، ثم فعل ذلك في يومٍ ثانٍ وثالثٍ ، فعليه لجميع ذلك كفارةً واحدةً ما لم يكفّر ، فإن كفّر عما تقدّم ، أجزأت الكفارة عمّا قبلها ، ولا تجزئ عمّا بعدها^(٥) .

وروى زفر عن أبي حنيفة: أنّ عليه كفارةً واحدةً وإن كفّر .

وأما إذا أفطر في رمضانين ، فالمشهور: أنّ عليه لكلّ وطءٍ كفارةً ، وإن لم

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٧٨ .

(٢) في ب (كفارة العتق) .

(٣) في ب (تجب عليها الكفارة) .

(٤) في ب [والعاقلة إذا ادعت مجنوناً إلى نفسها] .

(٥) في ب (أجزأت عما تقدم ، ولا تجزئ عما تأخر) .

يكفّر ، وقد ذكر محمد في الكيسانيات: أن عليه (١) كفارةً واحدةً .

وقال الشافعي: عليه لكل يوم كفارة (٢) .

لنا: أنه معني يجب بالوطفء ، فجاز أن يتكرّر الموجب له ويقتصر على واحدٍ ، كالحّد [ب/٧٣] والاغتسال (٣) ؛ ولأنّ الشهر له حرمة واحدة ؛ بدلالة أنه أحد الأركان الخمسة ، فكان له حرمةً واحدةً ، كالصلاة والحجّ ؛ ولأنّ التحلّل عن جميعه يقع بفعلٍ واحدٍ ، فكان له حرمةً واحدةً كالحجّ .

وإذا ثبت أنّ له حرمةً واحدةً ، فقد هتكها بالجماع الأول ، فالجماع الثاني (صادف حرمةً مهتوكةً ، لا حرمة لها في حقّه ، فلا يلزمه الكفارة) (٤) .

وليس كذلك إذا كفر في إحدى الروايتين ؛ لأنّ الحرمة (٥) بالتكفير انجبرت ، [فعادت الحرمة بحالها] ، فتعلّق بالوطفء الثاني الكفارة .

٨٥٧ . [فصل: أجزاء الكفارة السابقة عما بعدها]

قال: ولو أفطر في ثلاثة أيام من رمضان [فطراً تجب به الكفارة] (٦) ، وأفطر في اليوم الأول فأعتق ، ثم أفطر في الثاني فأعتق ، ثم في الثالث وأعتق ، فاستحقت الرقبة الثالثة ، فعليه الكفارة لليوم الثالث .

(١) في ب (أنّه تلزمه) .

(٢) انظر: رحمة الأمة ص ٧٨ .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في ب (فصادف زماناً لا حرمة له في حقّه ، فلا تجب له الكفارة) .

(٥) سقطت من ب .

(٦) في أ (فظنّ أنّه يوجب الكفارة) .



وهذا صحيحٌ على رواية الأصل ؛ لأن ما تقدّم من الكفارة لا يجزئ عمّا بعده ، فإن استحقت الثانية أيضاً ، فعليه كفارةٌ واحدةٌ لليوم الثالث والثاني ، وإن استحقت الأولى مع ذلك ، فعليه كفارةٌ واحدةٌ ؛ لأنه بمنزلة من لم يكفر .

فإن كانت استحقت الأولى خاصةً ، أو استحقت [الثانية معها] ، فلا شيء^(١) عليه ؛ لأن الثالثة تجزئ عمّا قبلها .

٨٥٨ . [فصل : الكفارة فيما إذا جامع في رمضانين]

وأما إذا جامع في رمضانين ، فوجه الرواية المشهورة : أن لكل واحدٍ منهما حرمةٌ على حالها ، فما يتعلّق بهتك إحدى الحرمتين ، لا يؤثر في الأخرى ، وعلى الرواية الأخرى : اعتبر الفعل ، ولم يعتبر الشهر ، وجعل الجماع في الشهرين كوطءٍ كان بامرأتين ، فلا يتعلّق به إلا حدٌّ واحدٌ^(٢) .



(١) في ب (فلا كفارة) .

(٢) انظر : الأصل ١٦٥/٢ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٦٣/٢ وما بعدها ؛ القدوري ص ١٣٣ .



بَاب

الشهادة على رؤية الهلال



قال الشيخ [أبو الحسن] رحمه الله تعالى: إذا غُمَّ على الناس الهلال في شهر رمضان، فعليهم أن يكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً، ثم يصوموا؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن غُمَّ عليكم، فعدوا ثلاثين من شعبان»^(١)، وكذلك إن غُمَّ عليهم هلال شوال، أكملوا عدة رمضان ثلاثين يوماً، للخبر [السابق]؛ ولأن الأصل بقاء الشهر، فلا ينتقل عنه إلا بيقين.

وقد حُكي عن بعض الناس: أنه يرجع إلى قول المنجمين، وهذا قول مخالف للشرع؛ لأن النبي ﷺ منع من الرجوع إلى الكهنة والمنجمين وقال: «من أتى كاهناً أو منجماً فصدقه بما قال: فهو كافر بما أنزل على محمد»^(٢).

والذي روي أنه ﷺ قال: «فإن غم عليكم، فاقدروا له»^(٣)، فمعناه: التقدير بكمال العدد؛ بدلالة الخبر المبين.

(١) أخرجه البخاري (١٨٠١)؛ ومسلم (١٠٨٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٠٤)؛ والترمذي (١٣٥)؛ وابن ماجه (٦٣٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال الترمذي: «وضعف محمد - أي البخاري - هذا الحديث من قبل إسناده»، لكن قال ابن حجر في الفتح «وله شاهد من حديث جابر وعمران بن حصين أخرجهما البزار بسندين جيدين،... وأخرجه مسلم من حديث امرأة من أزواج النبي ﷺ، ومن الرواة من سماها حفصة، وأخرجه أبو يعلى من حديث ابن مسعود بسند جيد، لكن لم يصرح برفعه، ومثله لا يقال بالرأي» (٢١٧/١٠).

(٣) هو رواية لحديث ابن عمر السابق في البخاري (١٨٠١)؛ ومسلم (١٠٨٠).

٨٥٩ - فصل: [الصوم بشهادة الواحد العدل]

فإن شهد شاهدٌ واحدٌ عدلٌ مسلمٌ، على رؤية هلال رمضان، وفي السماء علةً، فالشهادة جائزة، رجلاً كان أو امرأةً، عبداً كان أو أمةً، [أو] محدوداً في قذفٍ تائباً عدلاً، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، وزفر، لا اختلاف عنهم في ذلك، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يُقبل إلا شهادة رجلين^(١).

والأصل في ذلك: ما روى عكرمة عن ابن عباس قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: «أبصرت الهلال»، فقال: «أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله؟»، فقال: نعم، فقال: «قم يا بلال فأذن في الناس فليصوموا غداً»^(٢)، وقبل قول ابن عمر في الهلال، وأمر الناس بالصيام^(٣).

وعن طاووس قال: شهدت ابن عمر وابن عباس بالمدينة، فجاء رجل إلى واليها، فشهد عنده على رؤية هلال رمضان، فسأل ابن عمر وابن عباس عن شهادته، فأمره أن يجيزها، وقالوا: إن رسول الله ﷺ أجاز شهادة رجلٍ واحدٍ على رؤية هلال رمضان، وقالوا: وكان رسول الله لا يجيز في شهادة الإفطار إلا بشهادة رجلين^(٥)؛

- (١) والأصح باتفاق الأصحاب: أ، هـ يثبت بعدل واحد، كما قال النووي. انظر: مختصر المزني ص ٥٦؛ المهذب ٥٩٣/٢، ٥٩٥؛ المجموع ٣٠٥/٦.
- (٢) أخرجه أبو داود (٢٣٠)؛ والترمذي (٦٩١)؛ والنسائي (٢١١٣)؛ وابن ماجه (١٦٥٢)؛ وصححه ابن حبان في صحيحه (٣٤٤٦).
- (٣) أبو داود (٢٣٤٢)؛ وصححه ابن حبان في صحيحه (٣٤٤٧).
- (٤) سقطت من ب.
- (٥) أخرجه الدارقطني في السنن (١٥٦/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٢/٤)، وقال الدارقطني: «تفرد به حفص بن عمر الأبلي أبو إسماعيل، وهو ضعيف الحديث».

ولأنَّ مَنْ [قُبِلَ] (١) قوله في الخبر (٢) جاز أن يُقبل [قوله] في الهلال ، كالاثنين .

وأما اعتبار العدالة ؛ فلأنَّه من أخبار الدين ، فلا يقبل إلا من عدلٍ .

قالوا: وتقبل شهادة واحدٍ على واحدٍ في هلال رمضان ، كما يُقبل الخبر .

والذي قاله الطحاوي في مختصره: إنَّه يقبل قول الواحد عدلاً كان أو غير

عدلٍ ، فليس بصحيحٍ ، ويجوز أن يكون أراد عدلاً في [الظاهر] (٣) غير معروف

العدالة في الباطن ؛ لأنَّ الأخبار يقتصر فيها على عدالة الظاهر .

فأمَّا المحدود في القذف ، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنَّ شهادته

مقبولةٌ في هلال رمضان ؛ لأنَّ خبره مقبولٌ ، وقد قَبِل أصحاب رسول الله ﷺ

أخبار أبي بكر .

وروى ابن أبي مالك عن أبي حنيفة: أنه لا تُقبل شهادته ؛ لأنه مَّمن لا تُقبل

شهادته كالفاسق (٤) .

و[أمَّا] إذا لم تكن بالسما علةً ، لم تُقبل في الهلال إلا شهادة من يقع العلم

بشهادته ، وقد روي عنهم: أنه تُقبل شهادة أهل محلَّة ، وقال الشافعي في أحد

قوله: يُقبل قول الواحد (٥) ، وفي قوله الآخر: يُقبل قول الاثنين (٦) .

(١) الزيادة من ب .

(٢) في ب (في الحديث) .

(٣) في أ (الباطن) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٤) في ب (لأنَّ شهادته ردَّت لمعصية كالفاسق) .

(٥) في ب (شهادة الواحد) .

(٦) انظر: المهذب ٥٩٦/٢ .

لنا^(١): أن ما شرط في شهادة رؤية هلال ذي الحجة، جاز أن يشترط في الشهادة لهلال رمضان؛ أصله العدالة^(٢)؛ ولأن العدد الذي يقع العلم بخبرهم، معنى معتبر في الأخبار بحال، فجاز أن يعتبر في الشهادة برؤية الهلال، كالعدالة؛ ولأن من لا يقع العلم بخبره، لا تقبل شهادته برؤية الهلال حال الصحو، كالواحد. وأما إذا ورد الواحد من خارج المصر، فشهد برؤية الهلال، ولا علة بالسماء، فقد ذكر الطحاوي: أن شهادته مقبولة، وظاهر الرواية يقتضي ألا يقبل خبره؛ لأن الموانع إذا زالت، لم يجز أن ينفرد بالرؤية^(٣) واحد في المصر ولا في غيره. وجه رواية الطحاوي: أنه إذا شهد خارج المصر، فالمطالع هناك أظهر، (والموانع عن الرؤية أقل)^(٤)، فيجوز أن يراه دون أهل المصر.

٨٦٠ - فصل: [ثبوت هلال شوال]

وأما هلال شوال، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، كما في شهادة الحقوق والأموال^(٥)، وهذا إذا كان بالسماء علة؛ لما روي أن الحارث بن حاطب أخا محمد بن حاطب خطب بمكة، ثم قال: عهد إلينا رسول الله ﷺ أن نمسك لرؤية الهلال، فإن لم نره وشهد شاهدا عدل، أمسكنا بشهادتهما، وقد شهد لي من رسول الله هذا بهذا، وأشار إلى عبد الله بن عمر، فقال عبد الله بن

(١) في ب (والدليل على أن شهادة الواحد لا تقبل).

(٢) في ب (كالعدالة).

(٣) في ب (لم ينفرد بالرؤية).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في ب (كما تقبل في الشهادة في الحقوق والأموال).

عمر: وبهذا أمرنا رسول الله ﷺ^(١) ، ولأنّ هذه شهادة فيها منفعةٌ لآدميٍّ ، [وهو الفطر] ، فصارت كالشهادة بحقوق الآدميين .

وأما إذا كانت السماء مصحّيةً ، لم يُقبل فيه إلا قول الجماعة كما بيّنا في هلال رمضان .

قال ابن سماعه: قلت لمحمدٍ: إذ قبلت شهادة الرجل [الواحد على الصوم ، أليس] تفرط على شهادته ، وقد غمّ على الناس^(٢) رؤية الهلال - يعني: هلال شوال - ، فأفطرت يوماً لا تدري لعله من رمضان؟ قال: لا أتهم المسلم أن يتعجل يوماً مكان يومٍ ، وإن اتهمته أن ينقص يوماً .

وهذا إلزامٌ ظاهر؛ لأنّه إذا قبل شهادة الواحد في أول الشهر ، ثم أفطر بكمال العدة ، فقد أفطر بقول الواحد؛ وذلك لا يجوز ، وأجاب محمد بما ذكره من نفي التهمة .

ويجوز أن يجاب عنه: بأنّ شهادة الواحد إنّما قبلت في إيجاب الصوم ، ثم ثبت جواز الفطر بمقتضاها ، ويجوز أن يثبت بمقتضى الشهادة ما لا يثبت بها ، كما يثبت الميراث بحكم النسب الذي يثبت بشهادة القابلة بالولادة ، وإن كان الميراث لا يثبت بشهادتها .

وقد حكى عن محمد: أنّه فصلّ في ذلك بين شهادة الصوم وشهادة الفطر ، وقال: إنّما قبلت شهادة الواحد على هلال رمضان؛ لأنّه دخولٌ في العبادة ، ولم أقبله في الفطر إلا بشهادة اثنين؛ لأنها خروجٌ من عبادة ، [١/٧٤] ألا ترى أنّ رجلاً

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٣٨)؛ والدارقطني (١٦/٢) ، وقال: «إسناده متصلٌ صحيحٌ» .

(٢) في ب (إذا غمّ عليهم) .



لو شهد بإسلام رجلٍ ، صلّيت عليه ، ولو شهد أنّه ارتدَّ ، لم أقبل شهادته .

وقال الحسن عن أبي حنيفة: إذا أخبر رجلٌ من المؤمنين^(١) ، أو امرأةً ، أو عبدٌ ثقةً أنّه رأى الهلال^(٢) ، فينبغي أن يصوموا ولا يفطروا إلا مع الإمام وجماعة المسلمين ، وهذا خلاف قول محمد ؛ لأنّه أوجب الصوم بالاحتياط ، ولم يخرج منه بالشكّ .

قالوا^(٣) : ولو صاموا بشهادة شاهدين ، أفطروا بتمام العدد ؛ لأنّ قولهما يقبل في الفطر .

فأمّا هلال ذي الحجة ، فقد ذكر أبو الحسن: أنّه كهلال شوال ؛ لأنّه يتعلّق به منفعةٌ لآدميٍّ ، وهو جواز الأضحية .

وقد روي عنهم: أنّه تقبل [فيه] شهادة الواحد إذا كانت بالسماء علّةً ؛ لأنّه أمرٌ من أمور الدين ، فصار كهلال رمضان .

٨٦١ - فصل: [الاعتبار في رؤية الهلال]

قال أبو الحسن: لا يعتبر في رؤية الهلال رؤيته قبل الزوال ، ولا بعد الزوال^(٤) ، وإنّما العمل على رؤيته قبل الغروب من الشمس ، وهذا صحيحٌ إذا رأى الهلال آخر يوم من رمضان قبل الزوال ، أو بعده ، فهو لليلة المستقبلية ، وقال أبو يوسف: إذا كان قبل الزوال ، فهو لليلة الماضية .

(١) في ب (من المسلمين) .

(٢) في ب (هلال رمضان) .

(٣) في ب (قال) .

(٤) في ب (ولا بعده) .

وقد روي عن عمر^(١)، وابن مسعود^(٢)، وابن عمر^(٣)، وأنس^(٤) مثل قولنا، وروي عن عمر رواية أخرى: أنه لليلة الماضية^(٥)، وهو قول علي^(٦) وعائشة^(٧).

وجه قولهما: قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»، والمراد بالرؤية الماضية؛ ولأنّ الهلال أقرب إلى الليلة المُستقبلة منه إلى الليلة^(٨) الماضية، فكونه لها أولى.

وجه قول أبي يوسف: أنه لا يُرى قبل الزوال، إلا أن يكون لليلتين، فوجب أن يحكم بوجوب الفطر.

٨٦٢ - فَصْل: [القضاء بعدد أيام الفطر]

قال أبو يوسف: إذا صام أهل مصرٍ تسعة وعشرين [يوماً]، وأفطروا للرؤية،

(١) في ب (ابن عمر)، والصواب المثبت، والحديث عن عمر رواه الدارقطني في السنن (١٦٩/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٢/٤).

(٢) البيهقي في الكبرى (٢١٣/٤).

(٣) (وابن عمر) سقطت من ب، والحديث عنه رواه عبد الرزاق (١٦٦/٤)، وابن أبي شيبة (٣١٩/٢)، والبيهقي في الكبرى (٢١٣/٤).

(٤) ابن أبي شيبة (٣١٨/٢).

(٥) في ب (ابن عمر)، وروى البيهقي في الكبرى، من طريق إبراهيم النخعي قال: كتب عمر إلى عتبة بن فرقد: «إذا رأيتم الهلال نهاراً قبل أن تزول الشمس لتمام ثلاثين فأفطروا، وإذا رأيتموه بعدما تزول الشمس فلا تفطروا حتى تصوموا». قال البيهقي: هكذا رواه إبراهيم النخعي منقطعاً، وحديث أبي وائل أصح من ذلك (٢١٣/٤).

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٦٣/٤)؛ وابن أبي شيبة (٣١٩/٢)، وقال ابن عبد البر في التمهيد: «لا يصح من جهة الإسناد في هذه المسألة شيء عن علي» (٤٤/٢).

(٧) لم أجده عن عائشة، وذكره الكاساني في البدائع (٨٢/٢)

(٨) سقطت هذه الكلمة من ب.

وفيهم مريضٌ لم يصم ، فعليه قضاء تسعة وعشرين يوماً إذا علم ما صام أهل مصره ؛ لأنّ القضاء يجب بعدد أيام الفطر ، فإذا أفطر تسعة وعشرين ، قضى مثلها .
وقد قالوا: فيمن أفطر شهراً لعذرٍ ثلاثين يوماً ، ثم قضى شهراً ، فكان تسعة وعشرين يوماً^(١) ، أنّ عليه قضاء يومٍ آخر ؛ لأنّ المعتبر العدد الذي أفطر فيه دون الهلال .

قال أبو الحسن^(٢) رحمه الله تعالى: فإن لم يعلم هذا الرجل ما صنع أهل مصره ، صام ثلاثين ؛ لأنّ الأصل أنّ الشهر ثلاثون يوماً ، وإنما ينقص فرضه بنقصان العدد ، فإذا لم يعلم ذلك ، فهو على أصل التمام^(٣) .

قال: وإن صام أهل بلدٍ ثلاثين يوماً للرؤية ، وصام أهل بلدٍ [آخر] تسعةً وعشرين يوماً للرؤية ، فعلم ذلك من صام تسعة وعشرين [يوماً] ، فعليهم قضاء يومٍ ؛ وذلك لأنّ الذين صاموا ثلاثين يوماً ، قد رأوا الهلال قبل هؤلاء بليلةٍ ، والعمل على قول من رأى ، دون من نفى الرؤية ، وهذا إذا كان بين البلدين تقاربٌ لا تختلف فيه مطالع الهلال .

فأما إذا بُعد أحد البلدين من الآخر بُعداً كثيراً ، لم يلزم أهل أحد البلدين حكم الآخر ؛ لأنّ مطالع البلاد تختلف .

وقد حُكي عن ابن عبد الله بن أبي موسى الضرير ، أنه استفتي في أهل الإسكندرية أن الشمس تغيب فيها ومن على مناراتها ترى الشمس بعد ذلك بزمانٍ

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (قال أبو يوسف) .

(٣) في ب (فهو على الأصل) .

كثير، فقال: يحلّ لأهل البلد الفطر، ولا يحل لمن على رأس المنارة الفطر إذا كان يرى غروب الشمس؛ لأنّ مغرب الشمس يختلف، فيعتدّ كلّ واحدٍ [منهم] بالغروب عنده.

٨٦٣ - فصل: [عدم قبول شهادة رؤية هلال رمضان]

قال أصحابنا: إذا رأى الرجل هلال رمضان، فلم يقبل الإمام شهادته، فعليه أن يصوم؛ لقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»؛ ولأنّه متعبّد بما [علمه] (١)، وإن لم يثبت ذلك في حقّ غيره.

وإن أفطر في هذا اليوم فلا كفارة عليه عندنا، وقال الشافعي: عليه الكفارة (٢).

لنا: أنّه يومٌ مختلفٌ في وجوب صومه؛ لأنّ الحسن البصري يقول: لا يصوم إلا مع الإمام (٣)، فصار كيوم الشكّ.

فإذا أكمل هذا الرجل ثلاثين يوماً، لم يفطر إلا مع الإمام؛ لأنّه يلحق بنفسه تهمةً؛ ولأنّه يجوز أن يكون اشتبه عليه، فرأى ما ليس بهلالٍ، فلا يفطر بالشبهة، وإن صام بالاحتياط، (فهو أولى) (٤) (٥).



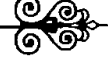
(١) في أ (يعلمه) والمثبت من ب.

(٢) انظر: رحمة الأمة ص ٧١؛ الإشراف ١/٤٢٨.

(٣) لم أجده عن الحسن، وذكره ابن نجيم في البحر الرائق (٢/٢٨٦).

(٤) سقطت من ب.

(٥) انظر: الأصل ٢/١٤٥، ١٦٥، ١٦٦؛ متن القدوري ص ١٣٢.



بَابُ ما يوجبه الرجل على نفسه



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: ومن صامَ تطوعاً ، فقد أوجبه ، فإن أفسد الصوم بعد دخوله فيه ، أو فسد عليه بوجهٍ من الوجوه ، فعليه القضاء ، معذوراً كان أو غير معذورٍ .

أمّا وجوب القضاء عليه بالإفساد ؛ فلما روى الزهري عن عروة عن عائشة قالت: أصبحتُ وحفصة صائمتين متطوعتين^(١) ، فأهدي لنا حَيْسٌ^(٢) فأكلنا منه ، فسألت حفصة رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال: «اقضيا يوماً مكانه»^(٣) .

و[قد] روي أن عمر استشار الصحابة وقال: إني أتيت [أمراً] عظيماً ، كنت صائماً متطوعاً ، ف وقعت على جاريتي ، فقالوا: لقد أتيت أمراً عظيماً ، فقال علي: أتيت حلالاً ، و عليك يومٌ مكان يومٍ ، فقال عمر: أنت أعجبهم فتوى إليّ^(٤) .

وعن أنس بن سيرين: أنه صام يوم عرفة ، فعطش عطشاً شديداً ، فسأل بضعة عشر نفساً من أصحاب رسول الله ، فقالوا: أفطر واقض يوماً مكانه^(٥) .

(١) سقطت من ب .

(٢) «الحَيْسُ: الخلط ، ومنه سمي الحيس: وهو تمر يُخلط بسمن وأقِطٍ» . مختار الصحاح (حيس) .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٤٥٧) ؛ والترمذي (٧٣٥) ورجح الترمذي انقطاعه ؛ وصححه ابن حبان في صحيحه (٣٥١٧) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (١٨١/٢) .

(٥) ابن أبي شيبة (٢٩٠/٢) ؛ وعبد الرزاق (٢٧٢/٤) .

[ولأنّها عبادةٌ صحّ الدخول فيها بنية النفل، فإذا أفسدها لزمه قضاؤها كالحجّ]، ولأنّها عبادةٌ يجب بإفسادها الكفارة، [فإفساد نفلها]^(١) المبتدأ يوجب القضاء، كالحجّ.

٨٦٤ - فصل: [وجوب النفل بالدخول]

وقد قال أصحابنا: إنّ النفل يجب بالدخول، ويكره الخروج منه إلا بعذرٍ، وروي عن محمدٍ أنّه قال في المتطوع بالصوم إذا دخل على أخٍ له، فدعاه إلى طعامه: أفطر وقضى، فجعل هذا القدر عُذراً.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة: أنّه لا يفطر إلا من عذرٍ، وذكر في موضع آخر: أنّه يُفطر ويقضي، وهو محمولٌ على العذر.

والدليل على أنّه يجب بالدخول: أنّها عبادةٌ تجب بالنذر، فجاز أن تجب بالدخول، كالحجّ.

و[قد] روي كراهة الإفطار عن ابن عمر^(٢) ومكحول^(٣) والنخعي^(٤)، وذكر محمد في بعض نسخ الأصل: أكره له ذلك.

وقول أبي الحسن: فقد أوجبه، يقتضي المنع من الخروج^(٥).



(١) في أ (فإفسادها)، والمثبت من ب.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٠/٢).

(٣) ابن أبي شيبة (٢٩٠/٢).

(٤) عبد الرزاق (٢٧٦/٤)، وابن أبي شيبة (٢٩١/٢).

(٥) انظر: الأصل ١٦٣/٢.

٨٦٥ . فِصْلُ : [عدد الأيام في صيام النذر]

وإذا قال: لله عليّ أن أصوم يوماً، أو كذا وكذا يوماً، أو شهراً، فعليه صيامه، والوفاء بنذره، ويلزمه من ذلك عدد الأيام متى شاء إذا لم يعيّن الوقت، [وهو بالخيار]: إن شاء تابع، وإن شاء فرّق؛ لأنّ ما أوجبه على نفسه فرعٌ لما أوجبه الله تعالى عليه، فيجب عليه بقدر ما أوجب.

فأما جواز التفريق؛ فلأنّه أوجب الصوم مطلقاً، فهو كقضاء رمضان الذي أوجبه الله مطلقاً؛ ولأنّ نذره قد اقتضى التفريق، ألا ترى أنّ الصوم يصح بالنهار دون الليل، فلم يلزمه التتابع إلا بشرط.

وليس كذلك إذا نذر اعتكاف أيام؛ لأنّ الاعتكاف يصحّ في جميع المدّة، فصار كترك الكلام إذا حلف عليه.

قال: فإن عيّن وقتاً، وجب أن يصومه، فإن أفطر فيه يوماً، قضاه [خاصةً]، وصام ما بقي من الوقت، وهذا على ما قدمنا: أنّ الصوم المتعلّق بزمانٍ بعينه متجاوزٌ وليس بمتتابع، فإذا أفطر يوماً منه قضاه خاصةً، [كيوم من شهر رمضان] (١).

قال: وإن لم يصمه، قضاه، وعليه [كفارة] يمين إذا أفطره أو أفطر فيه يوماً إذا كان أراد يميناً، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنّ من أصلهما: أنّ اللفظ الواحد يجوز أن يحمل على النذر واليمين.

وقال أبو يوسف (في قوله الآخر) (٢): لا يحمل اللفظ عليهما، فإن أراد

(١) في أ (كصوم رمضان) والمثبت من ب.

(٢) سقطت من ب.

الإيجاب ، كان إيجاباً ، وإن أراد اليمين ، كان يميناً ، وإن أرادهما ، كان إيجاباً .

وجه قولهما: أن اللفظ يصلح لكل واحدٍ منهما؛ بدلالة أنه إذا نواه حمل [عليه] ، وإذا صلح لهما ولا تنافي بينهما ، جاز أن يحمل عليهما ، كلفظ العموم ، وليس هذا عند أبي حنيفة كالحقيقة والمجاز ؛ لأن أحدهما مستعملٌ في موضعه ، والآخر معدولٌ به عن موضعه ، وذلك مستحيلٌ في الشيء الواحد .

وجه قول أبي يوسف: [٧٤/ب] أن الإيجاب يقتضي وجوب القضاء بترك الفعل ، واليمين لا يقتضي القضاء ، وإنما يوجب الكفارة ، فاختلف حكمهما ، فلم يجز أن يُرادا بلفظٍ واحدٍ ، وليس كذلك الحقيقة والمجاز ؛ لأن معنهما غير مختلف .

فإذا ثبت هذا ، قال أبو يوسف: إن أراد اليمين كان يميناً ؛ لأن النذر يمينٌ ؛ لقوله ﷺ: «النذر يمين ، وكفارته كفارة يمين»^(١) ، وإن أراد الإيجاب ، فهو ظاهر لفظه ، وإن أرادهما ، حُمِلَ على الإيجاب ؛ لأنه يقتضي وجوب القضاء ، فكان أولى ممّا لا يُوجب القضاء .

٨٦٦ - فصل: [إيجاب ما له أصل في الواجبات]

والأصل في وجوب المنذور بالنذر ، قوله تعالى: ﴿ وَمِنْهُمْ مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَيْنَا مِنْ فَضْلِهِ ﴾ [التوبة: ٧٥] ، إلى قوله: ﴿ فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا ﴾ [التوبة: ٧٧] ، فالله تعالى ذمهم في قوله بترك النذر^(٢) ، والذم لا يكون^(٣) إلا بترك واجب .

(١) أخرجه أحمد (١٧٣٧٨) ؛ والطبراني في الكبير (٨٦٦) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه ، وإسناده حسنٌ كما في فيض القدير للمناوي (٢٩٨/٦) .

(٢) في ب (فدمهم ترك الوفاء بالنذر) .

(٣) في ب (لا يستحق إلا في ترك الواجب) .

وقد قال أصحابنا: إن ما أوجبه بالنذر ممّا له أصلٌ في الواجبات ، وجب عليه ، وما أوجبه ممّا لا أصل له ، لم يجب في الرواية المشهورة ، كعبادة المريض ؛ لأنّ ما يوجبه فرعٌ على ما أوجبه الله تعالى ، فوجب أن [يوجب] (١) جنس ما أوجبه عليه دون غيره .

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: فيمن نذر أن يعود مريضاً لزمه ، وهو قول أبي يوسف ، فاعتبر في هذه الرواية إيجاب ما هو قرينةٌ ، ولم يعتبر ما له أصلٌ في الواجبات .

٨٦٧ - فَصْلُ : [قضاء صوم النذر]

وإذا قال: لله عليّ صوم رجب ، فجاء الوقت وهو مريض مرضاً لا يستطيع معه الصوم ، أو يستطيعه مع ضررٍ يلحقه ، أفطر وقضى ؛ وذلك لأنّ نذره صادف ذمّةً صحيحةً ، فلزم ، فإذا أفطر [بالمرض] ، قضى كصوم [شهر] رمضان .

[قال]: وكذلك إن كان الموجب امرأةً ، فولدت قبل دخول رجب ، ولم تنزل نفسها حتى خرج رجب ، فعليها القضاء ؛ لأنّ ما أوجبه معتبرٌ بما أوجبه الله تعالى ، ومعلومٌ أنها لو نفست في [شهر] رمضان ، قضت ، فكذلك في صوم النذر .

قال: فإن مات الموجبٌ لصوم رجب قبل دخول رجب ، أو كان لم يزل مريضاً حتى مضى [رجب] ، فليس عليه القضاء إذا مات قبله ، وعليه القضاء إذا مضى رجب وهو مريضٌ ؛ [وذلك] لأنّ الوجوب تعلق بزمانٍ بعينه ، فإذا مات قبله ، لم يلزمه كصوم [شهر] رمضان ، وأما إذا أدرك الزمان ، فإن نذره يثبت في الذمّة ، وصح الوجوب ، فلزمه القضاء .

(١) في أ (يحمل) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

٨٦٨ - فَصْلُ : [عدم وقوع الإيجاب صحيحاً]

فإن لم يكن الإيجاب صحيحاً لم يلزمه شيء ، مثل أن تقول المرأة : لله عليّ أن أصوم أيام حيضي ، أو قال الرجل : لله عليّ صوم يومٍ آكل فيه^(١) ؛ وذلك لأن الصوم لا يصحّ مع الحيض والأكل ، فإذا ذكر ذلك في نذره ، فإنه لم يقصد الإيجاب ، فلم يتعلّق بالنذر حكماً .

فإن قال : لله عليّ أن أصوم يوماً يقدم فيه فلان ، أو يوماً يشفي الله فيه^(٢) مريض ، فكان ذلك في يومٍ [قد] أكل فيه ، أو كان بعد الزوال ، أو بالليل ، فلا شيء عليه عند محمد ، فأما إذا قدم فلان ليلاً ، فلا شيء عليه ؛ لأن شرط النذر لم يوجد ، وهو قدومه في يومٍ ، ألا ترى أن اليوم عبارة عن بياض النهار ، وإن جاز أن يحمل على الوقت المبهم بدليل ، فلما أضاف الصوم إليه ، وهو لا يصح إلا بالنهار ، علمنا أنه أراد [به] بياض النهار دون الوقت المبهم .

وليس هذا كمن قال لعبده : يوم تدخل الدار فأنت حرٌّ ، فدخل ليلاً (حيناً ، يعتق)^(٣) ؛ لأنّ الدخول يصح ليلاً ونهاراً ، فحمل اليوم عليه^(٤) ، كقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يُؤَلِّهْمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ ﴾ [الأنفال : ١٦] .

وأما إذا قدم فلان في يومٍ قد أكل فيه ، أو حاضت المرأة ، فعليهما القضاء عند أبي يوسف ، وقال محمدٌ : لا شيء عليهما .

(١) في ب (يوم أكل) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) سقطت من ب .

(٤) في ب (على الوقت المبهم) .

وجه قول أبي يوسف: أن الوجوب قد صحَّ بالنذر، والوقت شرطٌ، فإذا حصل، استند الوجوب إلى حال النذر، فكأنها قالت: لله عليّ أن أصوم غدًا، فحاضت فيه، أو أكلت.

وجه قول محمدٍ: أن النذر المعلق بالشرط، كالمعقود عقيب الشرط، فكأنها قالت بعد الحيض والأكل: لله عليّ أن أصوم، (فلا يلزمها شيء) (١).

وأما إذا قدم بعد الزوال، فقد قال محمدٌ: لا شيء عليها؛ لأنه بعد الزوال لا يصح [منها] الصوم، فكأنها ابتدأت النذر.

ولم يذكر عن أبي يوسف خلافه، فيجوز أن يفرّق بينهما (٢)؛ لأنّ زمان الحيض يصحّ الصوم فيه من امرأة (٣) غيرها، وأما بعد الزوال فلا يصحّ ابتداء الصوم فيه بحالٍ، [فهو] كزمان الليل (٤).

٨٦٩- فصل: [أثر إذن الزوج في صوم الزوجة تطوعاً]

[قال]: وليس للمرأة التي لها زوجٌ أن تصوم تطوعاً بغير إذنه (٥)؛ لقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تصوم صوم تطوع إلا بإذن زوجها» (٦)؛ ولأنّ له حقاً في استباحتها، فلم يكن لها منعه من حقّه.

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (بينه وبين الحيض).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) انظر: الأصل ١٦٩/٢ وما بعدها.

(٥) في ب (إذن زوجها).

(٦) أخرجه البخاري (٤٨٩٩)؛ ومسلم (١٠٢٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وإن كان صيامها لا يضره، فليس له أن يمنعها، ولها أن تصوم وإن نهاها؛ لأنه بمنعها لا يستوفي^(١) حقه من وطئها إذا كان صائماً، أو مريضاً، فلا معنى لمنعه^(٢).

٨٧٠ - فصل: [صيام العبد بغير إذن المولى]

[قال]: ولا لعبد، ولا أمة، ولا مدبر، ولا مدبرة، ولا أم ولد، أن يصوموا بغير إذن المولى؛ لأن المولى أملك لمنفعتهم من منفعة زوجته^(٣)، (فإذا لم يكن للزوجة أن تصوم بغير إذنه وإن لم يضر بالزوج، فالمولى أولى بمنعهم؛ لأن منافعهم مملوكة له)^(٤)، وليس لهم أن يصوموا بغير إذنه وإن لم يضر بالمولى؛ لأن المنفعة له مملوكة، فلا يجوز صرفها إلى غير جهته^(٥).

٨٧١ - فصل: [في الذي يجوز له الصوم والذي لا يجوز له بغير إذن]

فأما الأجير الذي يستأجره [الرجل] ليعلمه في السفر، فلا يصوم تطوعاً إلا بإذنه؛ لأن الصوم يضر به في الخدمة، فإن كان ذلك لا يضر بالمستأجر، فله الصوم بغير إذنه؛ لأن حقه في المنفعة، فإذا لم يضره^(٦)، لم يكن له المنع كالزوجة. وأما ابنة الرجل، وأمه، وأخته، فيتطوعن بغير إذنه؛ لأنه لا حق له في منافعهن.

(١) في ب (يمنعها ليسو في).

(٢) في أ (لمنعه عنه) بزيادة (عنه)، والسياق لا يقتضيها.

(٣) في ب (لأن المولى لمنافع مملوكه أملك منه لمنفعة زوجته).

(٤) ما بين القوسين في ب (فإذا لم يكن للزوجة أن تتطوع إلا بإذنه، فالمملوك أولى).

(٥) في ب (فلم يكن لهم صرفها إلى التطوع بغير رضاه).

(٦) في ب (لم ينتقص).



قال: وإن صاموا بغير إذنه، فللزوجة أن يفطر المرأة ويمنعها من ذلك، وكذلك المولى، وتقضي المرأة إذا أذن لها الزوج أو مات، ويقضي العبد إذا أذن له المولى أو أعتق؛ وذلك لأن الصوم إذا وقف على إذنه لتعلق حقه بالمنفعة، جاز له أن يبطل الصوم ليستوفي حقه.

فأما الإيجاب فلا يسقط؛ لأنه صادف ذمة صحيحة، والقضاء موقوف على الإمكان بسقوط حق الزوج والمولى، إما بالإذن أو بزوال الملك، (وليس لهم أن يصوموا بغير إذنه، وإن لم يضر بالمولى؛ لأن منافعهم ملكه، فلم يكن لهم صرفها إلى التطوع بغير رضاه، وإن لم يستضر^(١)).



(١) ما بين القوسين تقدم في (ب) قبل.

باب | ٢٨ | الاعتكاف



قال الشيخ أبو الحسن^(١) رحمه الله تعالى: الاعتكاف^(٢) سنة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَشِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فأضافه إلى المساجد المختصة بالقرب، ومنع الأزواج من الوطاء المباح لأجله، وقال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا﴾ [البقرة: ١٨٧].

وروت عائشة^(٣) وأبو هريرة^(٤): أن النبي ﷺ كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان، حتى توفاه الله تعالى.

وقال الزهري: عجباً للناس، تركوا الاعتكاف، وقد كان رسول الله ﷺ يفعل الشيء ويتركه، ولم يترك الاعتكاف منذ دخل المدينة إلى أن مات^(٥).

وقد قال عطاء الخرساني: مثل المعتكف مثل عبد ألقى نفسه بين يدي الله، يقول: لا أبرح حتى تغفر لي^{(٦)(٧)}.

(١) (الشيخ أبو الحسن) سقطت من ب.

(٢) الاعتكاف لغة: «مشتق من العكوف: وهو الملازمة والحبس والمنع».

وفي الشرع: «هو اللبث والقرار في المسجد مع نية الاعتكاف». الجوهرة ص ٨٧.

(٣) أخرجه البخاري (١٩٢٢)؛ ومسلم (١١٧٢).

(٤) البخاري (١٩٣٩).

(٥) ذكره ابن نجيم في البحر الرائق (٣٢٢/٢).

(٦) في ب (يغفر لي ربي).

(٧) ابن عدي في الكامل (٣٥٩/٥).

ومن شرط الاعتكاف: الصوم، وهو قول عائشة^(١)، وابن عباس^(٢)، وإحدى الروایتين عن علي^(٣)، وقال [١/٧٥] ابن مسعود: ليس من شرطه الصوم^(٤)، وهو قول الشافعي^(٥).

لنا: ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا اعتكاف إلا بصوم»^(٦)؛ ولأن ترك الأكل أحد إمساكي الصوم، فجاز أن يجب لأجل الاعتكاف المطلق بالندر، كالإمساك عن الجماع؛ ولأنها عبادة مقصودة يخرج منها بالوطء، فجاز أن يخرج منها بالأكل، كالصوم.

٨٧٢ - فصل: [الاعتكاف في جميع المساجد]

قال: ولا يصح الاعتكاف إلا في مساجد الجماعات.

وقال الطحاوي: يصح في كل مسجد جماعة.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: لا يصح إلا في مسجد يُصلّى فيه الصلوات كلها.

وقال سعيد بن المسيب: لا يصح إلا في مسجد نبي^(٧).

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧]،

(١) عبد الرزاق (٣٥٤/٤)؛ وابن أبي شيبة (٣٣٤/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٣١٧/٤).

(٢) عبد الرزاق (٣٥٣/٤)؛ وابن أبي شيبة (٣٣٤/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٣١٧/٤).

(٣) ابن أبي شيبة (٣٣٣/٢).

(٤) ابن أبي شيبة (٣٣٣/٢).

(٥) انظر: المزني ٦٠؛ المهذب ٦٣٨/٢؛ رحمة الأمة ص ٨٠.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٤٧٣) وفي الحديث كلام طويل ينظر في نصب الراية (٤٨٦/٢).

(٧) عبد الرزاق (٣٤٦/٤)؛ وابن أبي شيبة (٣٣٧/٢).

وهذا عامٌّ؛ ولأنَّ كلَّ حكمٍ يتعلّق بالمسجد إذا لم يختصّ بالمسجد الحرام، تعلق بجميع المساجد، كسنة الصلوات.

وقد اختلفت الرواية عن ابن مسعود وحذيفة، فروي أن حذيفة قال لابن مسعود: إنَّ قومًا قد اعتكفوا بين داركم ودار أبي موسى، أفلا تمنعهم، فقال: لعلهم ذكروا ونسيت، وأصابوا وأخطأت^(١). وهذا يدلُّ من مذهب ابن مسعود على جواز الاعتكاف في كل مسجد.

وروي أنَّ ابن مسعود مرَّ بقوم قد اعتكفوا، فقال: هل يكون الاعتكاف في غير المسجد الحرام والمساجد الثلاثة! فقال حذيفة: سمعت النبي ﷺ يقول: «الاعتكاف في كل مسجد له إمامٌ ومؤذنٌ»^(٢)، ويحتمل أن يكون ابن مسعود إنما أراد المجاورة دون الاعتكاف.

١٧٣. فصل: [الاعتكاف ضربان]

قال أبو الحسن: الاعتكاف ضربان: واجبٌ، وتطوعٌ.

فالواجب أن يقول: لله عليّ أن أعتكف يومًا، أو شهرًا، أو يعلّقه بشرطٍ فيقول: إن شفى [الله] مريضى.

والتطوع: أن يدخل [فيه] من غير أن يوجبه بلسانه، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ

(١) عبد الرزاق (٣٤٧/٤)؛ وابن أبي شيبة (٣٣٧/٢)؛ والطبراني في الكبير (٩٥٠٩)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: «رجاله رجال الصحيح» (١٧٣/٣).

(٢) الدارقطني في السنن (٢٠٠/٢)؛ وابن عدي في الكامل (٢٩٤/٣) وقال ابن عدي: «ليس بمحفوظ»؛ وقال المناوي في فيض القدير: «قال الذهبي: هذا الحديث في نهاية الضعف، وذلك لأن فيه سليمان بن بشار متهمٌ بوضع الحديث...» (٣٠/٥).

الاعتكاف ليس بواجب بأصل الشرع ، فإمّا أن يوجبهُ بنذرهِ ، أو بدخوله فيه ^(١) .

٨٧٤ - فُصِّلَ : [اعتكاف المرأة في مسجد بيتها]

ولا تعتكف المرأة إلا في مسجد بيتها ، ولا ينبغي أن تخرج من المنزل في الاعتكاف ، و[قد] روى الحسن عن أبي حنيفة: أن للمرأة أن تعتكف في مسجد الجماعة ، وإن شاءت اعتكفت في مسجد بيتها ، [ومسجد بيتها] أفضل ^(٢) لها من مسجد حيّها ، ومسجد حيّها أفضل لها من المسجد الأعظم .

وليس هذا بخلاف رواية؛ لأنّ على رواية محمد ذكر الأفضل لها ولم يتعرض للجواز ، وعلى الروایتين جميعاً يجوز اعتكافها في المسجد . وقال الشافعي: لا يجوز اعتكافها في مسجد بيتها ^(٣) .

لنا: أن البيت محلّ ^(٤) لمسنون صلاة شخص ، فكان محلاً لمسنون اعتكافها كالرجل ؛ ولأنّ كلّ عبادة كان محلّ مسنونها في حقّ الرجل المسجد ، كان محلّ مسنونها في حقّ المرأة البيت ، كالصلاة .

٨٧٥ - فُصِّلَ : [خروج المعتكف من معتكفه]

ولا يخرج المعتكف من معتكفه ليلاً ولا نهاراً إلا لما لا بُدّ له منه ، من غائطٍ أو بولٍ وحضور الجمعة .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في أ (وهو أفضل) والمثبت من ب .

(٣) «وهذا على الجديد الأصح من قولي الشافعي» رحمة الأمة ص ٨٠ . انظر: المزني ص ٦١ .

(٤) في ب (موضع) ، كذا في الموضع اللاحق (فكان موضعاً) .

والأصل في ذلك: حديث عائشة: (أن النبي ﷺ كان لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة إنسان)؛ وذلك لأنه لا يمكن فعله في المسجد، فلا بدّ من خروجه. فأما الأكل والشرب، فهو في المسجد؛ لأنه يمكن فعلهما فيه، فلا حاجة به إلى الخروج عنه.

[وقد] قال أصحابنا: لا يخرج لعيادة مريض، ولا لصلاة جنازة؛ لأن ذلك ليس بواجبٍ [عليه]، ولا تدعو الحاجة إليه، وقد روت عائشة: (أن النبي ﷺ كان يمرّ بالمريض وهو معتكفٌ، فيسأل عنه ولا يعرج عليه)^(١).

والذي [روي] عن النبي ﷺ من الرخصة في عيادة المريض وصلاة الجنازة، قال أبو يوسف: ذلك محمولٌ عندنا على الاعتكاف الذي يتطوّع به من غير إيجابٍ، فله أن يخرج متى شاء.

فأمّا الجمعة فالخروج إليها لا يُفسد اعتكافه.

وقال الشافعي: إن أوجب اعتكافاً متتابعاً في غير الجامع، [فخرج إلى الجمعة بطل اعتكافه، واستأنف الاعتكاف في الجامع]^(٢).

لنا: أنه خرج من معتكفه للجمعة، فلا يفسد اعتكافه.

أصله: إذا كان الاعتكاف تطوعاً، فدخل في أول النهار، ثم خرج إلى الجمعة ورجع؛ لأنّ الجمعة لا بدّ منها، ولا يمكن فعلها في المسجد (الذي هو

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٤٢)، وقال العظيم آبادي في عون المعبود: «قال المنذري: في إسناده ليث بن أبي سليم، وفيه مقال» (١٠٣/٧).

(٢) انظر: المهذب ٢/٦٤٦؛ رحمة الأمة ص ٨١.

فيه^(١)، فالخروج إليها لا يُبطل اعتكافه، كحاجة الإنسان.

قال أبو الحسن: وينبغي أن يخرج إلى الجمعة عند الأذان، فيكون في المسجد مقدار ما يصلي فيه أربعاً، أو ستاً قبل الجمعة.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: مقدار ما يصلي قبلها أربعاً وبعدها أربعاً.

وقال محمد: إذا كان منزله بعيداً، خرج حين يرى أنه يبلغ المسجد عند النداء، وهذا صحيح؛ لأنَّ الفرض إدراك الجمعة، فيجب أن يقدر الوقت الذي يأتي فيه الجمعة، ونوافلها تبع لها، فصارت كأذكارها المسنونة، وذلك يختلف ببعده المنزل وقربه، فيقدر بذلك، فأما اعتبار أربع ركعات قبلها؛ فلأنها من سنة الجمعة، وأما اعتبار الست؛ فلأنه يضم إليها تحية المسجد.

٨٧٦. فَصَل: [بقاء المعتكف في مسجد الجامع غير مسجد اعتكافه]

[قال]: فإن أقام في المسجد حين خرج إلى الجمعة يوماً وليلاً، لم ينتقض اعتكافه، ولا أحب له أن يفعل ذلك، وإنما لم ينتقض؛ لأنَّ الجامع يصلح ابتداء الاعتكاف فيه، فصلح البقاء، ويكره؛ لأنه يفرق اعتكافه في أماكن^(٢).

٨٧٧. فَصَل: [انهدام مسجد الاعتكاف]

[قال]: فإن انهدم المسجد الذي هو فيه، أو أخرجه سلطانٌ أو غير سلطانٍ، فدخل مسجداً غير ذلك من ساعته، صح اعتكافه استحساناً.

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (ويكره لأنه يلزمه فعل الاعتكاف في الموضع الذي ابتدأه فيه مع الإمكان).

والقياس: أن يفسد؛ لأنه ترك اللبث المستحقّ عليه^(١)، فصار كما لو تركه باختياره.

ويجب أن يكون القياس والاستحسان في الإكراه؛ لأنه عذرٌ من جهة آدميٍّ، واستحسنوا؛ لأنّ هذا القدر اليسير مغفوّ عنه؛ بدلالة أنه يحصل في خروجه إلى الحاجة إذا تلبّث في طريقه^(٢) في المشي.

فأمّا إذا انهدم المسجد، فالعذر من جهة الله تعالى، فلا تبطل العبادة؛ ولأنّه لا يمكنه الاعتكاف فيه مع الانهدام، فصار الخروج ممّا لا بدّ [له] منه، كالخروج لقضاء الحاجة.

٨٧٨ - فَصْل: [خروج المعتكف لغير حاجة]

قال: وإن خرج لغير ما ذكرناه ساعةً، فسد اعتكافه عند أبي حنيفة، ولم يفسد في قول أبي يوسف ومحمد حتى يخرج أكثر من نصف يوم.

قال محمد: قول أبي حنيفة أقيس، وقول أبي يوسف أوسع.

وجه قوله: أن الاعتكاف لبثٌ، فما يُفسده لا يتقدّر بالأوقات، كالوقوف بعرفة؛ [ولأنّ ترك اللبث يفسد الاعتكاف كترك الإمساك، فإذا استوى في أحدهما القليل والكثير، كذلك الآخر]^(٣)، وهو ترك اللبث^(٤).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) (في طريقه) سقطت من ب.

(٣) في أ (ولأن ترك الاعتكاف وترك الإمساك، فإذا استوى في قليل أحدهما، وهو الإمساك، كذا

الآخر)، والمثبت من ب.

(٤) (ما بين القوسين) سقطت من ب.

وجه قولهما: أن الخروج اليسير معفو عنه وإن كان لغير حاجة؛ بدلالة من خرج لحاجة الإنسان فتأنى في مشيه، لم يبطل اعتكافه وإن كان تاركاً للبت في زمان لا يحتاج إليه؛ لأنه في حكم اليسير.

٨٧٩ - فصل: [التوسع في اعتكاف التطوع]

[قال]: وإذا كان الاعتكاف تطوعاً، فلا بأس أن يعود المعتكف المريض، ويشهد الجنائز، وهذا على الرواية التي لا يقدر الاعتكاف فيها بيوم، ويصح منه ما يوجد، فمتى خرج لم يبطل اعتكافه.

فأمّا على الرواية التي توجب عليه اليوم بالدخول في جزء منه، فإذا خرج لعيادة المريض، فسد.

٨٨٠ - فصل: [ما يُحرّم الاعتكاف على المعتكف]

قال: ولا يحرم الاعتكاف على المعتكف شيئاً كان له حلالاً قبل ذلك، إلا ما حرّمه الصوم، إلا الجماع بالليل والمباشرة.

والأصل في تحريم الجماع على المعتكف ليلاً أو نهاراً، قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَشِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧]؛ ولأنه لبث في مكانٍ مخصوص، فأفسده الوطء، كالوقوف [بعرفة].

وأما إذا جامع فيما دون الفرج، فإن أنزل بطل اعتكافه، [لأنه أنزل عن مباشرة كالوطء في الفرج، وإن لم ينزل لم يبطل اعتكافه] وقد أتى محرماً، وكذلك إذا قبل أو لمس؛ لقوله تعالى: [٧٥/ب] ﴿وَلَا تُبَشِّرُوهُنَّ﴾، وهذا عام؛

ولأنه لبث في مكانٍ يحرم الاستمتاع ، كالوقوف بعرفة .

٨٨١ - فَصْل : [الذاكر والناسي في الخروج من المعتكف]

والناسي في ذلك كالذاكر .

قال [الشيخ] رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أن ما اختص تحريمه بالصوم ، اختلف فيه الذاكر والناسي كالأكل ، وما حُرِّم لأجل [الاعتكاف]^(١) ، استوى فيه النسيان والذكر كالخروج من المسجد .

ويعرف الفرق بينهما: أن ما حرم بالليل والنهار ، فالنهي عنه لأجل الاعتكاف ، وما حرم بالنهار دون الليل فالنهي عنه لأجل الصوم .

[قال]: فإن نظر فأنزل لم يفسد اعتكافه ؛ لأنه أنزل من غير مباشرة كالاحتلام .

وإن انتقل المعتكف من مسجدٍ إلى مسجدٍ من غير عذرٍ ، انتقض اعتكافه في قول أبي حنيفة ، ولا ينتقض في قول أبي يوسف [ومحمد] ، وهذا على ما قدّمنا: أن الخروج اليسير لغير عذرٍ يُبطل الاعتكاف عند أبي حنيفة^(٢) ، وعندهما لا يُبطله .

٨٨٢ - فَصْل : [في إثبات الزوجة المُعتكفة]

قال الحسن عن أبي حنيفة: وليس للمرأة أن تعتكف في بيتها في غير مسجدها^(٣) ، وإنما يراد بمسجد البيت: الموضع المعد للصلاة ، فهو في حقها

(١) في أ (الانتفاع) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (على أصل أبي حنيفة) .

(٣) في ب (في غير مسجد) .

كالمسجد ، فلا تعتكف في غيره ، ولا تخرج منه إذا اعتكفت إلا لحاجة .

قال : وليس لزوجها أن يأتيها إذا كان قد أذن لها ؛ وذلك لأنه لا يجوز له الرجوع بعد الإذن ، ألا ترى أنه لما أذن لها فقد ملكها منافعها ، وهي ممن تملك بالتمليك ، فلم يجز [له] الوطاء ، كما لا يجوز [له] النهي .

فأمّا الأمة إذا أذن لها ، فقد قالوا : إنه يكره له الرجوع ؛ لأنه يُخلف وعده ، فإن رجع ، جاز ؛ لأنها لا تملك منافعها بالتمليك ، فعلى هذا لا يجب عليه ترك وطئها وإن استحب له .

٨٨٣ - فَصْل : [الاعتكاف في ليل أو نهار]

قال : ولا يكون الاعتكاف عند أصحابنا جميعاً^(١) في ليلٍ لا نهار معه ؛ وذلك لأنّ الاعتكاف تبعٌ للصوم عندنا ، والليل لا يصح الصوم فيه ، فلم يجز إفراده بالاعتكاف .

وليس كذلك إذا اعتكف ليلاً ونهاراً ؛ لأنّ الاعتكاف يصحّ فيه تبعاً للنهار ، وقد يصحّ الشيء على جهة التبع دون الانفراد^(٢) ، كبيع الشرب ، والطريق ، والأطراف^(٣) .



(١) سقطت من ب .

(٢) في ب (وقد يصح على وجه التبع ما لا يصح على وجه الانفراد) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

بَابُ ما يوجبه الرجل على نفسه من الاعتكاف



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: من أوجب [على نفسه] اعتكافاً بالدخول فيه بغير كلامٍ، فعل منه ما شاء من وقتٍ قليلاً أو كثيراً.
عند محمدٍ: يجوز أن يعتكف ساعةً من نهارٍ ويخرج منه، أو نصف يومٍ، أو ما شاء.

قال [الحسن]^(١) عن أبي حنيفة: لا يعتكف أقل من يومٍ.

وجه ما حكاه [أبو الحسن] عن محمد - وهو رواية الأصل - أنه لبث في مكانٍ، فلا يتقدّر بوقتٍ، كالوقوف بعرفة.

وجه رواية الحسن: أن الاعتكاف فرعٌ للصوم، والصوم مقدرٌ بيومٍ، فوجب أن يتقدّر الاعتكاف بذلك.

٨٨٤ - فصل: [إيجاب الاعتكاف بلسانه]

[قال]: وإن أوجب اعتكافاً بلسانه، فقال: لله عليّ أن أعتكف يوماً أو يومين، لزمه في قوله يوماً يوماً واحداً^(٢)، [وأن] يدخل المسجد قبل طلوع الفجر، ويخرج منه بعد غروب الشمس؛ وذلك لأنّ اليوم عبارةٌ عن بياض النهار، فيجب

(١) في أ (أبو الحسن) بزيادة (أبو)، وسقطت من ب، وهو الصواب.

(٢) سقطت من ب.

أن يدخل المسجد قبل طلوع الفجر [ويخرج منه بعد غروب الشمس] ؛ ليستوفي زمان اليوم بالاعتكاف .

قال: وإن قال: لله [عليّ] اعتكاف ليلة، لم يلزمه شيء، وروي عن أبي يوسف: أنه إن نوى ليلةً بيومها، لزمه ذلك، ولم يفصل محمد في الأصل، فيجوز أن يجعل اختلاف رواية^(١).

فوجه رواية الأصل: أنّ الليل عبارة عن سواد الليل، فإذا نوى دخول اليوم معها، فقد نوى ما لا يعبر عنه باللفظ، فلا يلزمه [شيء]، ولا يلزمه الليلة بانفرادها؛ لأنّ الاعتكاف لا يصحّ فيها.

وجه قول أبي يوسف: أنه لو قال: عليّ اعتكاف ليالي^(٢)، دخلت الأيام فيها، فإذا نذر ليلةً ونوى [دخول] اليوم فيها، فقد نوى ما يكون تبعاً لليل عند الاجتماع، فيجوز أن يكون تبعاً بالنيّة عند الانفراد.

ويجوز أن يقال: إنّ الذي ذكره في الأصل: إذا أطلق النيّة، وما ذكره أبو يوسف: إذا نوى ليلةً بيومها، قولهم جميعاً^(٣).

٨٨٥ - فُصِّلَ: [الليل والنهار مترادفان في العدد]

وإن قال: يومين، أو ليلتين، أو أكثر من ذلك العدد [بلفظ الليل، أو] بلفظ النهار، لزمه من الأيام [بقدر ما ذكره من الليالي، ومن الليل بعدد ما ذكره من

(١) انظر الأصل ١٨٧/٢ .

(٢) في ب (أنه لو نذر اعتكاف ليال).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

[الأيام] ؛ وذلك لأن ذكر أحد العددين على طريق الجمع ، يقتضي دخول ما يوزانه من العدد الآخر ؛ بدليل قوله تعالى: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾ [آل عمران: ٤١] ، وقال: ﴿ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم: ١٠] ، والقصة واحدة ، عبّر عنها تارة بالأيام ، وتارة بالليالي ، ثم قال تعالى في موضع آخر: ﴿سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَنِيَةَ أَيَّامٍ﴾ [الحاقة: ٧] ، فلمّا أن أراد أن يفصل بين الأمرين ، أفرد كلّ واحدٍ منهما بالذكر .

وقد روي عن أبي يوسف أنّه قال فيمن نذر اعتكاف يومين : أنّه يلزمه اعتكاف ليلةٍ واحدةٍ بينهما . وما ذكرناه دلالةً عليه .

[وجه قوله: أنّ الليالي تدخل في النذور وإن لم يسمّها للتتابع ، والعدد الذي يُحتاج إليه في التتابع ما بين اليومين ، ليلةً واحدةً ، فلا يلزمه أكثر من ذلك] .

٨٨٦ - فصل : [وقت الدخول في الاعتكاف]

وأما إذا أوجب اعتكاف عشر ليالٍ ، أو عشرين ليلةً ، دخل فيها مثلها^(١) من الأيام في قولهم .

واختلفت الرواية عن أبي يوسف ، فقال: يدخل قبل غروب الشمس ، وروي عنه: أنّه يدخل قبل طلوع الفجر ، وحصل ابن سماعه ذلك ، فروي عنه: أنّ المستحبّ أن يدخل قبل غروب الشمس ، فإذا دخل قبل طلوع الفجر ، جاز ، فبيّن أنّ الذي ذكره في الدخول قبل غروب الشمس استحبابٌ ، ووجهه: أنّه سمّي ثلاثين ليلةً^(٢) ، فكان الأولى: أن يتدبّر بالليل ليستكمل عدد الليالي التي سماها .

(١) في ب (مثل عددها) .

(٢) في ب (أنه سمى الليالي) .

ووجه الجواز: أنّ ذكر الليالي كذكر الأيام في العدد، والأيام هي المقصودة، والليل تبع، فكأنه أوجب ثلاثين يوماً، فيجب أن يدخل فيها قبل طلوع الفجر.

٨٨٧ - فصل: [التتابع في الاعتكاف]

ويلزمه ذلك متتابعاً عندنا، وقال زفر: إن شاء تابع، وإن شاء فرق.
لنا: أنه حكمٌ يتعلق بمدّةٍ يصحّ في جميعها، فكان متتابعاً كترك الكلام [باليمين].

وجه قول زفر: أنه أطلق الإيجاب، فلم يلزمه التتابع إلا بالشرط، كما لو نذر الصوم.

[قال]: فإن أوجب الاعتكاف في وقتٍ بعينه، فقال: لله عليّ أن أعتكف شهر كذا، فترك الاعتكاف يوماً منه، قضاه دون غيره، وهذا على ما قدمنا: أنّ الزمان المعين ليس بمتتابعٍ، وإنما هو متجاوزٌ.

٨٨٨ - فصل: [نية النهار دون الليل في الاعتكاف]

وإذا قال: لله عليّ أن أعتكف ثلاثين يوماً، وقال: نويت النهار دون الليل، فهو كما نوى^(١)؛ لأنّ حقيقة اليوم: بياض النهار، وإنما يحمل على الوقت المبهم بدليل، فإذا نوى حقيقة كلامه، صدّق.

[قال]: وله أن يفرقه؛ لأنّ القرية لما تعلقت بالنهار دون الليل، لم يلزمه

(١) في ب (كما قال).

التتابع إلا بشرطٍ كالصوم .

٨٨٩ - فصل : [المعتكف إذا قال : شهراً ، إلا أنه نوى الليل فقط]

[قال] : فإن قال : أردت الليل دون النهار ، لم يعمل بنيته ، ولزمه الليل والنهار معاً ؛ وذلك لأنه صرّح بإيجاب الأيام ، فإذا قال : نويت بها الليالي دون الأيام ، فقد نوى ما لا يحتمله اللفظ ، فلا يقبل قوله .

وإن قال : ثلاثين ليلةً ، وقال : نويت الليل ، لم يلزمه شيء^(١) ؛ لأنه نوى حقيقة لفظه ، والاعتكاف لا يصح بالليالي المفردة .

وإن قال : شهراً ، ونوى النهار دون الليل ، أو الليل دون النهار ، لم يُدَيّن ، ولزمه الشهر كله ليله ونهاره ؛ وذلك لأنّ الشهر عبارةٌ عن قطعةٍ من الزمان يدخل فيه الليل والنهار من طريق المعنى .

فأما [١/٧٦] اللفظ ، فلم يوضع له ، فإذا نوى تخصيص ما ليس في لفظه ، لم يُقبل وإن كان في معناه ، كمن حلف لا يأكل ، ثم قال : أردت مأكولاً دون مأكول ، لا يجوز^(٢) .

وفرق أصحابنا بين الاستثناء والتخصيص ، فجوّزوا الاستثناء فيما هو في معنى الكلام ، ولم يجوّزوا التخصيص إلا فيما تضمنه لفظه .

وليس كذلك إذا قال : لله عليّ اعتكاف شهرٍ ، النهار دون الليل ؛ لأنه وصل بكلامه التخصيص ، فيقبل وإن لم يعد إلى اللفظ ، كمن قال : لا أكل لحماً ، لأنّ

(١) سقطت من ب .

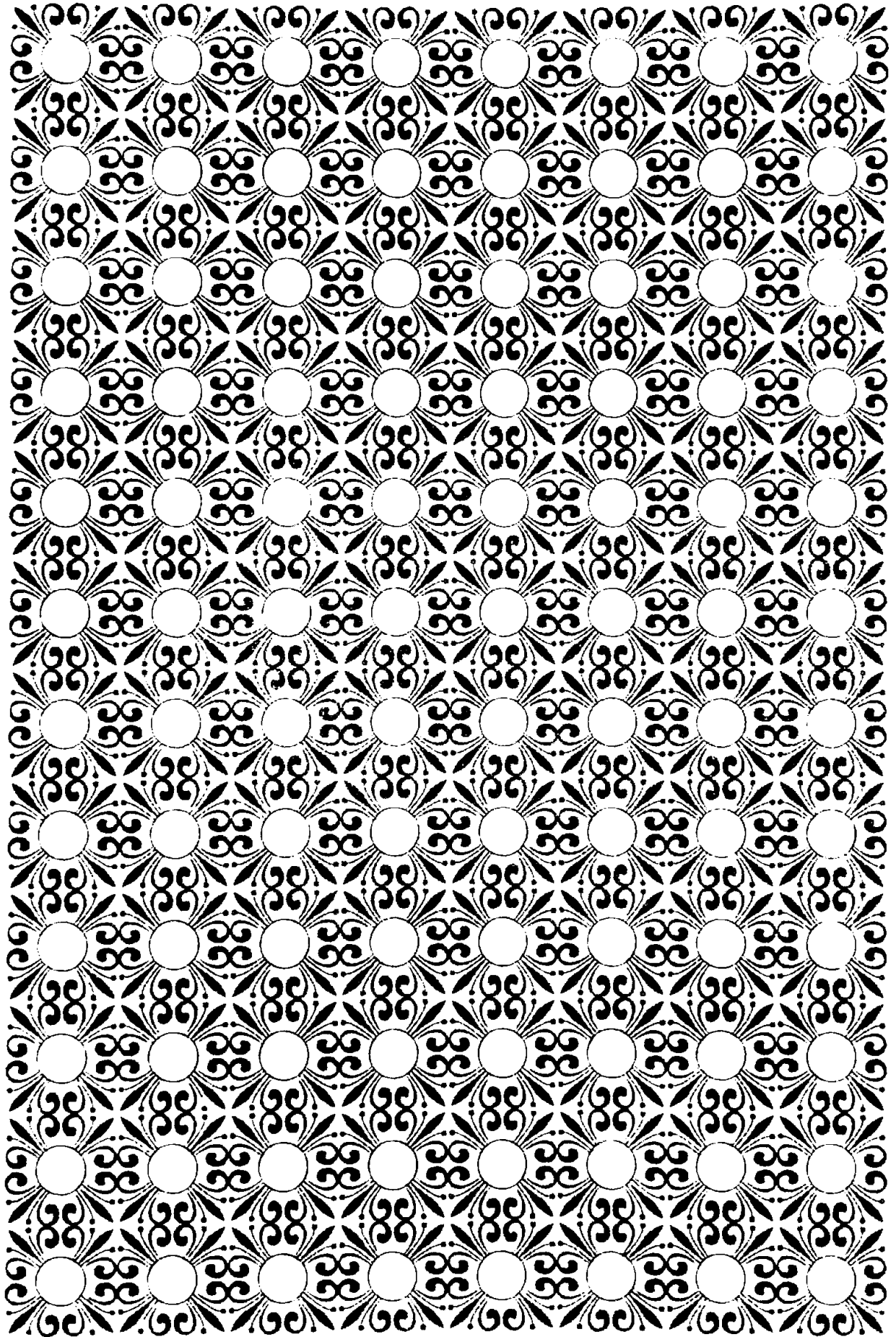
(٢) (لا يجوز) سقطت من ب .

التخصيص يؤثر لاتصاله بلفظه^(١). والله أعلم بالصواب^(٢).



-
- (١) انظر: الأصل، ١٨٢/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٣٧ وما بعدها.
(٢) في ب هنا: (تمّ كتاب الصوم بحمد الله ومنه وتوفيقه، والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، واتفق الفراغ وتحريره يوم السبت وقت صلاة الضحى يوم الرابع والعشرين من شهر القعدة الحرام، أحد شهور سنة ٩٣٧ هجرية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام، ورضي الله عن أصحابه أجمعين، وعن التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، أمين أمين أمين).

كتبت وقد أيقنت يوم كتبته بأن يدي تفنى ويبقى كتابها
وأعلم أنّ الله سائلها غداً فيا ليت شعري ما يكون جوابها
وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً طيباً مباركاً فيه كما يحبّ ربنا
ويرضى).



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[٢٩] كِتَابُ الْمَنَاسِكِ

بَابُ

فِي فِرَاضِ الْحَجِّ (١)



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الحج في اللغة: عبارة عن القصد،
[قال الشاعر:

وأشهد من عوفٍ حوِّلاً كثيرةً ❖ يحجّون سبَّ الزبرقان المزعفرا] (٢)

وقد صار في الشرع [عبارة عن] قصد البيت على صفةٍ مخصوصةٍ، فإن
كان أهل اللغة يعرفون ذلك، فالاسم لغويٌّ وإن غيّرت الشريعة أحكامه، وإن
كانوا لا يعرفونه، فالاسم شرعيٌّ فيه معنى اللغة.

والمناسك: جمع منسك، والنسك: ما يتقرب به الإنسان إلى الله تعالى،
إلا أنه في العرف قد اختصّ بأفعال الحج والعمرة.

والأصل في وجوب الحج: قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ
إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، وقوله ﷺ: «بني الإسلام على خمس» وذكر منها:
«حج البيت» (٣)، وقوله ﷺ: «من مات ولم يحج، فلا عليه أن يموت يهودياً أو

(١) سقطت من ب.

(٢) البيت للمخجل السعدي، كما في تهذيب اللغة للأزهري (٢١٩/١٢)، دار إحياء التراث العربي،
بيروت، ط١، ٢٠٠١م.

(٣) أخرجه البخاري (١٩)؛ ومسلم (١٦) من حديث ابن عمر ﷺ.

نصرانياً»^(١)، وأجمعت الأمة على وجوبه .

٨٩٠ - فصل: [فرضية الحج في العمر]

ولا يجب في العمر إلا مرةً واحدةً^(٢)؛ لما روي أن الأقرع بن حابس سأل النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، الحج في كل سنة أم مرةً واحدةً، فقال: «بل هو مرةً واحدةً، فمن زاد فتطوع»^(٣).

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ خطب فقال: «إن الله تعالى فرض عليكم الحج»، فقال رجل: أفي كل عام يا رسول الله؟، فقال: «لو قلت نعم لوجبت، ولما استطعتم»، ثم قال: «ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فانتهوا، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»^(٤).

٨٩١ - فصل: [فضل الحج والعمرة]

وذكر أبو الحسن في فضل الحج: حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من حج هذا البيت، فلم يرفث، ولم يفسق، رجع كيوم ولدته أمه من الذنوب»^(٥)، ويروى [أنه قال]: «دخل الجنة»، وروي أنه ﷺ قال: «العمرة إلى

(١) أخرجه الترمذي (٨١٢) من حديث علي، وقال: «هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه وفي إسناده مقال».

(٢) في ب (إلا حجة واحدة).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٨٨٦)؛ وصححه الحاكم في المستدرک (٣١٥٥) وقال: «صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي.

(٤) أخرجه البخاري (٦٨٥٨)؛ ومسلم (١٣٣٧).

(٥) أخرجه البخاري (١٤٤٩)؛ ومسلم (١٣٥٠).

العمرة كَفَّارَةٌ لما بينهما ، والحج المَبْرُور ليس له جزاءٌ إِلَّا الْجَنَّةَ» (١) ، وعن عمر
 أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «تَابَعُوا بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعَمْرَةِ ، فَإِنْ مَتَابَعَةُ مَا بَيْنَهُمَا تَنْفِي الْفَقْرَ
 وَالذَّنُوبَ كَمَا يَنْفِي الْكَبِيرُ خَبْثَ الْحَدِيدِ» (٢) ، وعن مجاهد قال: قال رسول الله
 ﷺ: «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِلْحَاجِّ ، وَلِمَنْ اسْتَغْفَرَ لَهُ الْحَاجُّ» (٣) .



-
- (١) أخرجه البخاري (١٦٨٣) ؛ ومسلم (١٣٤٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .
 (٢) أخرجه الترمذي (٨١٠) وقال: «حسنٌ صحيحٌ غريبٌ» ؛ والنسائي (٢٦٣١) ؛ وابن ماجه
 (٢٨٨٧) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه .
 (٣) رواه هكذا مرسلًا ابن أبي شيبة (١٢٢/٣) ؛ ورواه الحاكم في المستدرک (١٦١٢) ؛ وابن خزيمة
 (٢٥١٦) موصولاً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

بَاب من يلزمه فرض الحج

—•••••—

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «السبيل: هو الزاد والراحلة»^(١).

وقد بينا الكلام في وجوب الحجّ، [والكلام بعد ذلك] في شرائط الوجوب، فلا يجب الحجّ عندنا إلا على بالغ؛ لقوله ﷺ: «أيما صبيّ حجّ عشر حجج ثم بلغ، فعليه حجة الإسلام»^(٢)، وقال: «رفع القلم [عن الصبيّ حتى يحتلم]...»^(٣) الخبر.

ولا يجب إلا على حرّ؛ لقوله ﷺ: «أيما عبد حجّ ولو عشر حجج ثم أعتق، فعليه حجة الإسلام»^(٤).

و[يعتبر] العقل؛ لقوله ﷺ: «[رفع القلم عن ثلاثة]... وعن المجنون حتى يفيق».

و[يعتبر] صحيح الجوارح، واختلف أصحابنا في الأعمى، فقال في الأصل

(١) أخرجه الترمذي (٨١٣) وقال: «حسن»؛ وابن ماجه (٢٨٩٦)، من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٢٧٣١)؛ والمقدسي في المختارة (٥٣٧) من حديث ابن عباس؛ وقال الهيثمي في المجمع: «رجاله رجال الصحيح» (٢٠٦/٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان (١٤٢).

(٤) هو جزء من حديث ابن عمر السابق.

عن أبي حنيفة: لا حجّ عليه، وروى الحسن عن أبي حنيفة: في الأعمى، والمُقْعَد، والزَّيْن، أنّ عليهم الحج، وقال أبو يوسف ومحمد: الحجّ لازمٌ للأعمى إذا وجد زاداً، وراحلةً، ومن يكفيه مؤنة سفره في خدمته.

قال محمد: المُقْعَدُ، والمَقْطُوعُ اليَدِ أو الرَّجْلِ، إذا لم يقدر أن يمشي فالحجّ عنه ساقطٌ.

وجه قول أبي حنيفة: أنها عبادةٌ لا تجب على المعضوب^(١) بنفسه، فلا تجب على الأعمى بنفسه كالجهاد، وعكسه الصلاة والصوم؛ ولأنه لا يتمكن من الركوب والنزول إلا بغيره، فلا يلزمه فرض الحج بنفسه كالمعضوب.

وجه قولهما: أنه يقدر على المشي بنفسه، إلا أنه لا يهتدي فهو كالضال.

وأما المُقْعَدُ والزَّيْنُ، فوجه رواية الحسن: أنه مستطيعٌ بغيره، وذلك لا يمنع وجوب الحج، كمن لا يستطيع [الحج] إلا بالراحلة، [وكالأعمى الذي لا يستطيع إلا بقائده]

وجه قول محمد: أن المقعد والزمن لا يقدران على فعل العبادة بنفسيهما، فلا يلزمهما حكمها، وليس كذلك الأعمى؛ لأنه يقدر على الأداء بنفسه.

٨٩٢ - فَصْلُ: [شُرَائطُ وَجُوبِ الْحَجِّ]

قال أصحابنا: لا يجب الحج إلا بوجود الزاد والراحلة، وقال الحسن عن أبي حنيفة: إذا كان عنده فضلٌ عن المسكن، والخادم، وما يكتري به شقّ مَحْمَلٍ، أو يركب زاملة، أو على رَحْلٍ، وَيَفْضُلُ له من الكراء النفقة ذاهباً وجائياً، فعليه

(١) رجل معضوب: «زَمِنَ لا حَرَكَ به كأنَّ الزمانَةَ عَضَبَتْهُ ومنعته الحركة» المصباح (غضب).

الحج ، وإن لم يكفه ذلك إلا أن يمشي ، أو يكتري عُقبة ، فليس عليه الحج ماشياً ولا راكباً عُقبةً^(١) .

وقال مالك: الإنسان إذا كان صحيح البدن يقدر على المشي ، وجب عليه الحج وإن لم يجد راحلةً .

لنا^(٢) : ما روي أنّ النبي ﷺ سئل عن السبيل إليه ، فقال: «الزاد والراحلة»^(٣) ، وذلك بيانٌ للمراد بالآية ، فوقف الوجوب عليه ؛ ولأنه يلحقه لفقد الراحلة مشقةٌ زائدةٌ على العادة ، فهو كفقد الزاد .

وإنما شرط أصحابنا: الراحلة في وجوب الحج على من بُعد من مكة^(٤) ، فأما أهل مكة ومن حولهم ، فالحجّ يجب على القوي منهم بغير راحلةٍ ؛ لأنه لا يلحقه مشقةٌ في الأداء ، كما لا يلحقه [مشقةٌ] في أداء الجمعة .

١٨٩٣ - فُصِّلَ : [وجود الراحلة والزاد فاضلاً عن حاجياته]

وقد اعتبر أصحابنا أن يجد الزاد والراحلة فاضلاً عن مسكنه ، وخادمه ، وثيابه ، وأثاثه ، وفرشه ، وسلاحه ، وطعامه ، وطعام عياله سنةً ، هكذا قال أبو يوسف في رواية ابن سماعه ، وبشر ، وعليّ [بن الجعد] ، وقال بشر في حكايته: أو شهراً ، وقال معلى عن محمد: وما يكفي لأولاده الصغار وزوجته .

وهذا صحيحٌ ؛ لأنّ المنزل والخادم ممنوعٌ من بيعهما ، وكذلك الثياب

(١) والعُقبة: النوبة ، يقال «وتعاقبوا على الرّاحلة: ركب كل واحد عُقبة» . المصباح (عقب) .

(٢) في ب (دليلنا) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في ب (على من كان نائياً عن مكة) .

والأثاث ، فاعتبر الفاضل عنهما ، وأما نفقة الأهل ، فهي واجبةٌ لحق آدميٍّ ، وحقّ
الآدميِّ مقدّمٌ على حقّ الله تعالى في أحكام الدنيا .

وإنما ذكر مرّةً سنةً ، ومرّةً شهراً ، بحسب اختلاف مسافة الحاج ؛ لأنه يحتاج
إلى نفقة أهله إلى حين عودته ، ومن الناس من يحجّ ويعود في سنة ، ومنهم من
يعود قبل ذلك ، أو بعده ، فاعتبر قدر المسافة^(١) .

وقد ذكر ابن شجاع ، فقال : إذا كان له دارٌ لا يسكنها ، وإنما يؤجرها ، أو
لا يؤجرها ، أو متاع لا يمتنه ، أو عبدٌ لا يستخدمه ، وجب عليه أن يبيع ذلك
ويحجّ به ، وحرمت عليه الزكاة [ب/٧٦] إذا كان مقدار مائتين .

وهذا صحيحٌ ؛ لأن ما لا يسكنه من الدور ، ولا يمتنه من الثياب ، ولا
يستخدمه من العبيد ، لا تدعو إليه الحاجة ، فصار كسائر الأموال .

قال : فإن أمكنه بيع منزله ، وأن يبتاع [به] منزلاً دونه ، ويحجّ بما بينهما ،
فهو أفضل ، ولا يجب عليه ؛ لأنه محتاجٌ إلى سكناه ، فلا يعتبر في الحاجة قدر^(٢)
ما لا بدّ [له] منه ، كما لا يجب بيع المنزل والاقتصار على السكنى .

٨٩٤ - فُصِّلَ : [شرط أمن الطريق في الحج]

[قال] : ولم يتعرّض أبو الحسن لأمن الطريق ، وهو من شرائط الحجّ ، ومن
أصحابنا من يجعله من شرائط الوجوب ، كالزاد والراحلة ، ومنهم من يجعله من
[شرائط] الأداء .

(١) في ب (فاعتبر مقدار ذلك) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

قال ابن شجاع: من كان له زادٌ وراحلةٌ، وهو يخاف من سلطانٍ، فإن المنع بالخوف كالمنع بعدم [الزاد و] الراحلة، قال: وهذا قول أبي حنيفة [أنه] ^(١) من شرائط الوجوب؛ وذلك لأنه لا يتوصل إلى الحج مع الخوف إلا بضررٍ، فلا يلزمه فرضه، كعدم الزاد والراحلة.

ومن قال: إنه من شرائط الأداء؛ فلأن رسول الله ﷺ بين السبيل بالزاد والراحلة، ولم يذكر أمن الطريق، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، فدل أنه ليس من شرائط الوجوب.

٨٩٥ - فصل: [كيفية وجوب الحج]

وإذا ثبت وجوب الحج، وبيّنا شرائط وجوبه؛ فقد اختلف أصحابنا في كيفية الوجوب، فكان أبو الحسن [الكرخي] يقول: هو على الفور.

وذكر [أبو سهل] الزُّجَاجِي المسألة على الخلاف، فقال: عند أبي يوسف: أنه على الفور، وعند محمد: على التراخي، و[قد] ذكر ابن شجاع قال: كان أبو حنيفة يقول: من كان عنده ما يحج به، وكان يريد التزويج، فإنه يبدأ بالحج؛ لأن الحج فريضةٌ أوجبها الله، وهذا يدل على أنه على الفور، وروي عن أبي يوسف أنه قال: فيمن معه ألف درهم يمكنه أن يحج بها، وهو يخاف العزوبة، قال: يحج بها ولا يتزوج.

والدليل على أنه على الفور: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من ملك زاداً وراحلةً يبلغانه إلى بيت الله، فلم يحج، فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً» ^(٢)،

(١) في أ (فرواه) والمثبت من ب.

(٢) أخرجه الترمذي (٨١٢) من حديث علي بن أبي طالب، وقال: «هذا حديثٌ غريبٌ لا نعرفه إلا من هذا»

فظاهره يقتضي أنّ مَنْ في غلبة^(١) ظنّه: أنه لا يعجز عن الحجّ، فمات، استحقّ الوعيد، وهذا خلاف قول مخالفتنا؛ ولأنها عبادةٌ يتعلّق بإفسادها الكفّارة، فوجب أن يكون وجوبها بابتداء الشرع على الفور، كصوم رمضان؛ ولأنه فرضٌ لا يُفعل في العمر إلا مرّةً، فلم يجز تأخيره عن وقت وجوبه، كالإيمان، وعكسه الزكاة.

وجه قول محمد: أنّ الله تعالى فرض الحج في سنة ستّ، وحجّ رسول الله ﷺ سنة عشرٍ، ولو كان وجوبه على الفور لم يؤخّره.

٨٩٦- فصل: [مالك لدراهم تبلغه الحج فقط]

قال أبو الحسن: قال أبو يوسف: إذا لم يكن له من ذلك شيءٌ، لم يكن له مسكنٌ ولا خادمٌ ولا قوت عياله، وعنده دراهم تبلغه الحج، فلا ينبغي أن يجعل ذلك في غير الحج، فإن فعل أثم، والحج له لازمٌ؛ لأنّه إذا كان له هذه الأشياء، فهو يستضّرّ ببيعها، وإذا لم يكن له، فهو لا يستضّرّ بـ[ترك] ابتياعها، فلزمه الحج، ولم يعذر في تركه.

فأمّا قوت العيال الذي ذكره، فمعناه: ما يزيد مقدار الذهب والرجوع، [فأما ما يحتاج إليه إلى حين الرجوع]، فقد بيّنا أنه مقدّم على فعل الحج.

قال: فإن كان ملك ذلك في أول السنة قبل أشهر الحج، وقبل أن يخرج أهل بلده، فهو في سعةٍ من بيع وصرّف [ذلك] إلى أيّ الأصناف التي سمّيناها، فإذا جاء وقت الحج وهي دراهم، فعليه الحجّ، وليس له أن يصرف ذلك إلى غير

= الوجه وفي إسناده مقالٌ.

(١) في ب (مَنْ غلب على ظنه).

الأصناف التي سمّيناها^(١)؛ وذلك لأنّه في أول السنة لم يلزمه التأهّب للحجّ، فمن لا فرض عليه، يجوز له أن يتصرّف في ماله كيف شاء، فإذا جاء وقت خروج أهل بلده فالحجّ، وإن لم [يجب]^(٢) فقد لزمه التأهّب لذلك، فصار كالمسافر إذا كان معه ماءٌ للطهارة وقد قرب الوقت، لا يجوز له أن يستهلكه في غير الطهارة، كذا هذا^(٣).

٨٩٧ - فَصْلٌ: [حَجُّ مَنْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ]

قال أبو الحسن: ومن سقط عنه فرض الحجّ ممّن ذكرنا، فحجّ على تلك الحال، أجزاءه إذا كان حرّاً، بالغاً، صحيح العقل: وهذا كالفقير إذا حجّ؛ لأنّه من أهل الفرض، وإنّما لم يلزمه لفقد شرطه الذي يتوصّل به إلى مكة، فإذا حصل بها، صار كأهلها، فيلزمه الفرض.

وكذلك الأعمى، والزّمن، (والمسافر والعبد في الجمعة)^(٤)؛ لأنهم من أهل الفرض، وإنّما سقط عنهما للمشقة، فإذا تحملاها وقع ما يفعلان من فرضهما.

وليس كذلك العبد؛ لأنّه ليس من أهل الفرض، فما يفعله من الحجّ^(٥) لا يقع من الفرض.

(١) في ب (وليس له أن يصرف ذلك إلى غيره).

(٢) في أ (يجد) والمثبت من ب.

(٣) (كذا هذا) سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) (من الحجّ) سقطت من ب.

٨٩٨ - فَصْل : [وجود المَحْرَم للمرأة]

قال [أبو الحسن]: ولا تكون المرأة ممن تجد السبيل إلى الحج إلا بهذه الشروط مع وجود المَحْرَم، شابةً كانت أو عجوزاً، وقد اختلف أصحابنا في المَحْرَم، كما اختلفوا في أمن الطريق، وظاهر ما ذكره أبو الحسن: أنه من شرائط الوجوب.

وقال الشافعي: يجوز لها الحج بغير مَحْرَم ولا زوج إذا خرجت مع رِفْقَةٍ ومعها نساءٌ ثقاتٌ^(١).

لنا^(٢): ما روي في حديث ابن عباسٍ قال: «لا يخلون رجل بامرأة، ولا تسافر امرأة سفر ثلاثة أيام إلا مع مَحْرَمٍ أو زوج»، فقام رجل وقال: إني اكتتبت في غزاة كذا، وإن امرأتي تريد الحج، أفأحج معها؟ قال: «حج معها»^(٣)، وهذا يدل على [أن الرجل فهم من العموم سفر الحج وغيره]^(٤)؛ إذ لو لم يكن [مراداً]^(٥)؛ لأنكر عليه خروجه معها، و[لو لم يكن شرطاً]، لم يجوز له ترك الجهاد لأجله.

وذكر الدارقطني حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «لا تحجن امرأة إلا ومعها مَحْرَمٌ»^(٦)؛ ولأن كل منع يلحق المرأة إذا كانت وحدها، لا يرتفع بممنوعةٍ

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٧٥/٢؛ الأم ١١٧/٢.

(٢) في ب (دليلنا).

(٣) أخرجه البخاري (٢٨٤٤)؛ ومسلم (١٣٤١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٤) في أ (أن الرجل شرط في سفر الحج)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٥) في أ (كذئ) والمثبت من ب. وبعدها في ب (ولأن خروجه معها لو لم..).

(٦) الدارقطني في السنن (٢٢٢/٢)، قال ابن حجر في الدراية: «إسناده صحيح» (٤/٢).



مثلها ، أصله الخلوة بالأجنبيّ ؛ ولأنّ عدم المحرم يمنع عن السفر المباح ، فيمنع سفر الفرض ، كالعدة .

و[قد] قال أصحابنا: إنّها تخرج بحجّة الفريضة إذا كان معها محرّم، وإن لم يأذن لها زوجها ، وقال الشافعي: لا تخرج بغير إذن زوجها .

لنا: أنّها عبادةٌ وجبت عليها ابتداءً ، [فلا تفتقر إلى إذن الزوج فيها] كالصلاة ؛ ولأنّ حقّه لو منع الأداء ، لمنع الوجوب كحقّ المولى في الجمعة .

٨٩٩ - فَصْلُ : [مَنْعُ الزَّوْجَةِ مِنَ الْحِجَّةِ النَّافِلَةِ]

وأما غير حجّة الإسلام ، فلزوجها أن يمنعها ؛ لأنّ حقّه متعلّق بمنافعها ، فله أن يمنعها من التنفل بالحجّ ، كما يمنعها من التنفل بالصوم .

وأما قوله: شابةً كانت أو عجوزاً . فصحيحٌ ؛ لأنّ الخبر عامٌّ ، ولأنّ المرأة لا يؤمن أن يطّلع عليها الرجال في حالة ركوبها^(١) ونزولها ، والمحرم يصونها من ذلك ، وهذا المعنى موجودٌ في العجوزِ أيضاً .

٩٠٠ - فَصْلُ : [صِفَةُ الْمَحْرَمِ]

وأما صفة المحرم: فكلّ من لا يجوز له مناكحتها على التأييد ، إمّا برّحمٍ ، أو رضاعٍ ، أو بالصّهر ؛ لأنّ التحريم المؤبّد يزيل التهمة في الخلوة بها .

ولهذا قالوا: إنّ المحرم إذا لم يكن مأموناً ، لم يجز أن تسافر معه ؛ لأنّ الغرض لا يوجد [معه] ، ولا فرق بين العبد والحرّ ؛ لأنّ التحريم موجودٌ فيهما ،

(١) في ب (طلوعها) .

وكذلك المسلم والذميّ؛ لأنّ الذميّ يحفظ محارمه وإن كنّ مسلماتٍ.

قالوا: إلا أن يكون مجوسياً يعتقد إباحتها مناكحتها، فلا تسافر معه؛ لأنه لا يؤمن عليها [منه]، كـ [ما لا يؤمن] الأجنبيّ.

وقالوا في الصبي الذي لم يحتلم، والمجنون الذي لا يفيق: أنهما ليسا بمحرّم في السفر؛ لأنه لا يتأتى منهما حفظها.

وقالوا في الصبيّة التي لا تُشتهى، [إنه] يُسافرُ بها من^(١) غير محرّم؛ [١/٧٧] لأنها في حكم الرجل، فإذا بلغت حدّ الشهوة، لم يُسافر بها إلا بمحرّم؛ لأنه لا يؤمن عليها.

وقد قالوا: في المرأة إذا وجب عليها الحجّ، إنه يلزمها أن تُنفق على محرّمها ليحجّ بها؛ لأنه لا يلزمه إنفاق مال نفسه، وهي لا تتوصّل إلى الحجّ إلا به، فيلزمها [الإنفاق عليه] كما يلزمها شراء الراحلة التي لا تتوصّل إلا بها.

وقالوا في امرأة لا محرّم لها، ولا زوج: إنه لا يجب عليها أن تتزوج بمن يحجّ بها؛ لأنّ الشرط غير موجودٍ، فلا يلزمها تحصيله، كما لا يلزمها اكتساب الراحلة.

والمحرّم معتبرٌ إذا كان بين المرأة وبين مكة ثلاثة أيامٍ فصاعداً، فإن كان أقلّ من ذلك، حجّت بغير محرّم؛ لأنّ ذلك ليس بسفرٍ، فصار كخروجها من محلّة إلى محلّة.



(١) في ب (بغير).

٩٠١ - فُصِّلَ: [المعذور عن أداء الحج]

[قال]: ومن كان في عذرٍ من ترك الحجِّ، فعليه أن يُحجَّ عن نفسه رجلاً، وهذا كالزَّمن والأعمى في قول أبي حنيفة، والمريض والمحبوس.

والأصل في ذلك: أن هذه العبادة تارةً تتعلَّق بالبدن، وتارةً تتعلَّق^(١) بالمال، وحكمها في إحدى الحالتين مخالفٌ لحكمها في الأخرى، ألا ترى أنها إذا وجبت على البدن، كان المال غير مقصودٍ فيها؛ بدلالة أنه لو حجَّ بغير مالٍ، لجاز، وإذا وجبت في المال، فهي عبادةٌ ماليَّةٌ، إلا أن تعلُّقها بالمال موقوفٌ على عدم تعلُّقها بالبدن.

والأصل في جواز النيابة عمَّن يعجزُ عن الحج: حديث الخثعمية أنها قالت للنبي ﷺ: إن فريضة الله في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً، أفأحج عنه؟ فقال لها: «حجني عن أبيك»^(٢).

قال: فإن دام العذر الذي أسقط فرض الحجِّ إلى أن يموت، أجزأ ذلك الحجَّ عنه، وإن صحَّ لم يجزئه؛ وذلك لأنَّ العجز إذا دام [فالفرض]^(٣) لم يتعلَّق بالبدن، وما تعلَّق بالمال فقد أدَّاه، وإذا صحَّ، فقد تعلَّق الفرض ببدنه، وما أدَّاه عبادةٌ ماليَّةٌ، فلا يقوم مقام ما يجب على البدن.

٩٠٢ - فُصِّلَ: [فقير حُجَّ عنه فدام به الفقر إلى الموت]

قال: فأما الفقير إذا حُجَّ عنه، فدام الفقر به إلى أن يموت، لم يجزئه الحجَّ،

(١) سقطت من ب.

(٢) أخرجه البخاري (١٤٤٢)؛ ومسلم (١٣٣٤).

(٣) في أ (فالفرض) والمثبت من ب.

وإنما يجزئ الحجّ ، أن يُحجّ عنه من ماله ، والفقير لا مال له ، وهذا صحيحٌ ؛ لأنّ العبادة إمّا أن تكون ماليةً أو بدنيةً ، فالبدنية لا تجب على الفقير ، ولا مال له حتى تلزمه العبادة المالية ، فإذا حج عنه غيره ، لم يقع موقع الفرض ، وهذا يدلّ على أن المعضوب إذا بذل له الطاعة ، لم يلزمه فرض الحجّ ؛ لأنه لا يملك بالبذل المال .

وقال الشافعي: إن بذل له ابنه الطاعة ، وجب عليه [فرض] الحجّ ، (وإن بذل له المال ، فلا يصير مُستطيعاً ، ولا يلزمه قبوله ، فإن قبله ، لزمه الحجّ) ^(١).

لنا ^(٢): أنه بذل له الطاعة ، فلا يصير [بها] مستطيعاً [للحجّ] ، كما لو بذل له الصيرورة ^(٣) ؛ ولأنّه معنى لا يملك به الزاد والراحلة ، فلا يصير [به] مستطيعاً للحجّ ، كبذل المال قبل القبول .

٩٠٣ - فَصْل: [النيابة في حج النفل]

وقد قال أصحابنا: إنّ النيابة تجوز في نفل الحجّ عن الصحيح والزّمن ، وقال الشافعي: لا تجوز ^(٤).

لنا ^(٥): أنّه عبادةٌ تصحّ النيابة في فرضها ، فصحّ في نفلها كالصدقة ، وعكسه الصلاة .

(١) في ب (وإن بذل له غيره لم يلزمه قبوله ، فإن قبله وجب عليه الحجّ) .
قال النووي: «ولو بذل الولد أو غيره المال ، لم يلزمه قبوله على الأصح» . انظر: الإيضاح للنووي (مع حاشية الهيتمي) ص ١٢٣ .

(٢) في ب (دليلنا) .

(٣) في ب (الضرورة) .

(٤) انظر: رحمة الأمة ص ٨٣ .

(٥) في ب (دليلنا) .

٩٠٤ . فُصِّلَ : [حج المرأة المعتدة]

قال: ولا يلزم المرأة الحج^(١) مع وجود المَحْرَم إذا كانت معتدة في بلدها من طلاقٍ أو موتٍ ؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرَجْنَ﴾ [الطلاق: ١] ، وروى أن عمر^(٢) ردَّ المعتدات من ذي الحليفة^(٣) ، وردَّهن ابن مسعود من النَّجَف^(٤) ؛ ولأنها تستدرك الحج في وقتٍ آخر ، ولا تستدرك العدة ، فكان الجمع بين الأمرين أولى .

[قال]: فإن لزمها العدة وهي مسافرة ، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام ، فهذا والأول سواء ؛ لأنها لا تحتاج في العود إلى إنشاء سفر ، فصار كما لو كانت في المصر ، وإن كان بينها وبين منزلها ثلاثة أيام فصاعداً ، مضت على سفرها ، فإن صارت إلى أقرب المواضع منها التي تأمن فيه على نفسها ، أقامت ، ولم [يجز لها أن] تخرج عند أبي حنيفة ، وتخرج عند أبي يوسف ومحمد إن كان لها مَحْرَمٌ ، وقد بيَّنا هذه المسألة في العِدَّة^(٥) .



(١) في ب (ولا يلزمها الحج) .

(٢) في ب (ابن عمر) والصواب في الرواية ما أثبت .

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٣٣/٧) ؛ وابن أبي شيبة (١٥٤/٤) .

(٤) ابن أبي شيبة (١٥٤/٤) .

(٥) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٢٣٩ ؛ شرح مختصر الطحاوي للرازي

٤٧٩/٢ وما بعدها ؛ القدوري ص ١٣٩ .

بَابُ [وقت] الحج والعمرة



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال الله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] ، وهذا يدل على توقيت هذه العبادة ، والعبادات المؤقتة لا بد لتوقيتها من فائدة .

[وفائدة] التوقيت عندنا بالأشهر ؛ لأن الأفعال لا يجوز أن تتقدم عليها وإن تقدم الإحرام ، ويجوز أن يفعل فيها .

وفائدة أخرى: وهو أنه يُكره الإحرام قبل أشهر الحج^(١) ، ولا يُكره فيها ، ومن أصحابنا من قال: إنما يُكره تقديم الإحرام ، ليس لمعنى يعود إلى الوقت ؛ وإنما هو لأنه لا يأمن [على نفسه من] مواقعة المحذور ، فإن أمن [ذلك] ، لم يُكره .

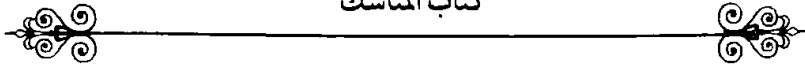
وقد روى ابن سماعه عن محمد أنه قال: أكره الإحرام قبل الأشهر ، ويجوز ما فعله كما يجوز إحرامه وهو لابسٌ أو جالسٌ في خلوقٍ ، وهذا يدل على أن الكراهة لمعنى يعود إلى الوقت .

وقد قال أصحابنا: إن أشهر الحج: شوال ، وذو القعدة ، وعشرٌ من ذي الحجة ، وقال مالكٌ: إلى آخر ذي الحجة^(٢) ، وقد روي عن ابن مسعود^(٣) ،

(١) في ب (قبل الأشهر) .

(٢) قال ابن جزى: «فالزمانى: شوال وذو القعدة ، والعشر الأول من ذي الحجة» . قوانين الأحكام الشرعية ص ١٤٩ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٢/٣) ؛ والبيهقي في الكبرى (٣٤٢/٤) .



وابن عمر^(١) ، وابن الزبير^(٢) ، والشعبي^(٣) ، وإبراهيم^(٤) ، والضحاك^(٥) مثل قولنا ، وعن ابن عمر^(٦) [رواية أخرى] مثل قول مالك .

والدليل على ما قلنا: أن ما بعد يوم النحر ليس بوقتٍ موضوعٍ لأركان هذه العبادة ، ووقت العبادة ما وضع لأركانها ؛ ولأنَّ عند مالك: أنَّ الإحرام بالحجِّ فيها لا يجوز ، ويستحيل أن تكون وقتاً للعبادة ولا يجوز أن يُحرم بها فيه .

فأمَّا يوم النحر ، فقد ذكر الشيخ أبو بكر في أحكام القرآن ما يدلُّ على أنه من الأشهر ، وكذا كان يقول شيخنا أبو عبد الله [الجزباني] رحمه الله تعالى .

وذكر الطحاوي في مختصره ، قال: والعشر الأول من ذي الحجة^(٧) ، وذكر أبو يوسف في الجوامع: عشر ليالٍ وتسعة أيامٍ ، وذكر أبو بكر الرازي في الأحكام عن ابن أبي مالك [عن أبي يوسف]: شهران وعشر ليالٍ .

وذكر ابن شجاع في احتجاجه على مالكٍ: فإن قيل^(٨): إنَّ يوم النحر من الأشهر بإجماعنا ، فهذا يدلُّ أنه عنده من الأشهر ، فإن قلنا: إنه من الأشهر ؛ فلأنَّ الصحابة قالوا في الأشهر: شوال ، وذو القعدة ، وعشرٌ من ذي الحجة ، وذكر أحد

(١) البخاري معلقاً (٥٦٥/٢) ؛ والحاكم موصولاً في المستدرک (٣٠٣/٢) .

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٢٦/٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (٣٤٢/٤) .

(٣) ذكره عنه الكاساني في بدائع الصنائع (٢١١/٢) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٢/٣) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٢/٣) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٢/٣) .

(٧) قال الطحاوي: «وأشهر الحج شوال وذو القعدة ، والعشر الأول من ذي الحجة» مختصر الطحاوي (مع شرح الجصاص) الرازي ٥٠٦/٢ .

(٨) (فإن قيل) سقطت من ب .

العدددين على طريق الجمع ، يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر ؛ ولأن الله تعالى قال : ﴿ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ ﴾ [التوبة: ٣] ، وقيل في التأويل : يوم عرفة ، وقيل : يوم النحر ، ويستحيل أن يُسمى يوم الحج [الأكبر] وليس من الأشهر ؛ ولأنه أول وقتٍ لركنٍ من أركان الحج ، وركن العبادة لا يكون موضوعاً في غير الوقت ؛ ولأن كل ليلة كانت من الأشهر ، فيومها من الأشهر ، كما قيل : ليلة النحر .

وإن قلنا : إنه ليس من الأشهر ؛ فلأن الحج يفوت بطلوع الفجر من يوم النحر ، والعبادة لا تكون فائتة مع بقاء وقتها .

٩٠٥ - فصل : [تقديم الإحرام بالحج على الأشهر]

قال^(١) : و [قد] قال أصحابنا فيمن قدّم الإحرام بالحج على الأشهر : إنه ينعقد [إحرامه حجة] ، وقال الشافعي : عمرة^(٢) .

لنا : أنه أحد نسكي القران ، فصَحَّ قبل أشهر الحج كالعمرة ؛ ولأن يوم النحر وقتٌ لركنٍ من أركان الحج ، فكان وقتاً لإحرامه كيوم عرفة ؛ ولأنه إحرامٌ انعقد بنية الحج ، فلم يكن عمرةً ، كما لو كان في أشهر الحج .

فأما قول الله تعالى : ﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ﴾ [البقرة: ١٩٧] ، ودعوى مخالفينا : أن المراد به وقت الحج [أشهرٌ معلوماتٌ] ، فقد قال بعضهم^(٣) : الحج حجٌّ أشهرٍ [معلومات] ، وهذا يقتضي أن يكون أفضل الحج ما وقع في الأشهر .

(١) سقطت من ب .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ٦٣ ؛ رحمة الأمة ص ٨٥ .

(٣) في ب (وقد قال أبو علي الفارسي) .

قال: ويحتمل أن يكون أفضل^(١) الحج ما وقع في الأشهر، بمعنى: أن ما سوى ذلك لا يجري مجراه، كما يقال: بالفقه أبو حنيفة، (والجود لحاتم)^(٢)، وإذا كان احتجاجهم [بالآية] لا يصح [إلا] بترك الظاهر، لم يكن ما يدعيه في احتمال اللفظ أولى مما يدعونه.

فأما قوله تعالى: ﴿فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ﴾ [البقرة: ١٩٧]، فقد روي عن [٧٧/ب] جماعة من السلف أنهم قالوا: الفرض: التلبية، وقوله: ﴿فَلَا رَفَثَ﴾، المراد به: الجماع، قال الله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧]، وقيل المراد به: رفث الكلام، والفسوق: هي المعاصي، وذلك منهى عنه قبل الإحرام وبعده؛ إلا أن [رفثه في] مصادفته للعبادة^(٣) أغلظ في باب التحريم.

فأما الجدل في الحج، ففيه تأويلان: أحدهما: أن يُجادل رفيقه، والثاني: الجدل في أشهر الحج الذي كانت الجاهلية تفعله؛ لأنهم كانوا ينسئون في الشهور، فيقدمون الأشهر الحرم تارة، ويؤخرونها أخرى.

٩٠٦ - فُضِّلَ: [التلبية قبل أشهر الحج]

[قال]: ولا ينبغي لأحد أن يُلبِّي قبل أشهر الحج، فإن فعل لزمه، وقد أساء، وقد بيَّنا: أن من أصحابنا من قال: إن الكراهة ليست لأجل الوقت^(٤)؛

(١) سقطت من ب.

(٢) سقطت من ب.

(٣) في ب (مصادفة للعبادة).

(٤) في ب (ليست لمعنى يعود إلى الوقت).

ولكن لأنه لا يأمن مواقعة المحذور، ومنهم من جعل ذلك لمعنى يعود إلى الوقت.

قال: ولا ينبغي أن يعمل بهذا الإحرام شيئاً مما يوجبه الإحرام قبل أشهر الحج، من طوافٍ أو سعيٍ أو غير ذلك؛ [وذلك] لأنّ أفعال العبادة لا يجوز تقديمها على وقتها، كأفعال الصلاة.

وليس كذلك الإحرام؛ لأنه أُجري مجرى أسباب الصلاة التي هي الطهارة والستر، بدلالة أنه يجوز في أول الشهر بالاتفاق، وإن لم تعقبه الأفعال؛ فلذلك جاز تقديمه على الوقت.

٩٠٧. فَصْل: [وقت أداء العمرة]

[قال]: ووقت العمرة: السَّنةُ كُلُّهَا، ويكره ذلك يوم عرفة [ويوم النحر] وأيام التشريق، وقد اختلف السلف في العمرة في أشهر الحج، فكان عمرُ رضي الله عنه ينهى عنها، ويقول: (حُجُّوا في الأشهر واعتمروا في غيرها فإنه أكمل لحجكم وعمرتكم^(١)).

والدليل على جوازها: ما روى عمران بن الحصين: أن النبي صلى الله عليه وسلم أَمَرَ طائفةً من أهله في عشر ذي الحجة، قال عمران: ولم يُنه، ولم ينزل نسخه، قال في ذلك قائلٌ ما شاء^(٢).

وعن عائشة قالت: ما اعتمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرةً إلا شهدتها، وما اعتمر

(١) أخرجه مسلم (١٢١٧).

(٢) أخرجه مسلم (١٢٢٦).

إلا في ذي القعدة^(١).

وأما عُمر، فإنه أمر بذلك لمنفعة أهل الحرم؛ حتى لا يكون الموسم في وقتٍ واحدٍ من السنة، وهذا لا تعلق له بالوقت.

فأما الأيام الخمسة، فيكره فيها الإحرام بالعمرة [عندنا]، وروي عن أبي يوسف: أنه لا يكره الإحرام يوم عرفة قبل الزوال.

وقال الشافعي: لا يكره في هذه الأيام^(٢).

لنا: ما روي عن عائشة أنها قالت: (تمت العمرة في السنة كلها إلا يوم عرفة، ويوم النحر، وأيام التشريق)^(٣)؛ ولأنها عبادة لها تحليلٌ وتحريمٌ، فوجب أن يكون لها وقتٌ يكره فعلها فيه [في حق] العامة كالحج؛ ولأنه أحد نسكي (الإحرام من)^(٤) القرآن، فوجب أن يكون له وقتٌ يمنع فيه العامة من الإحرام [به] كالحج.

ولا يمكن القول بموجب هذه العلة في المحرم بالحج؛ لأن غيره يجوز له أن يحرم بها عندهم في ذلك الوقت، وتعليلنا لعامة الناس [وكافتهم].

٩٠٨ - فَصَّل: [حكم العمرة]

والعمرة عندنا سنةٌ، وقال الشافعي: واجبة^(٥).

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٩٩٧)؛ وصَحَّحَ ابن حجر إسناده في فتح الباري (٦٠٠/٣).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٠٠/٢؛ المزني ص ٦٣.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٤٦/٤).

(٤) سقطت من ب.

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ٥٩؛ المزني ص ٦٣.

لنا: قوله ﷺ: «الحج جهادٌ، والعمرة تطوعٌ»^(١)، وقال لسائل عن العمرة: أواجبة هي؟ قال: «لا، وأن تعتمر خير لك»^(٢)؛ ولأنّها عبادةٌ على البدن غير مؤقتةٍ تؤدي بإحرام غيرها، فلا تكون واجبةً في أصل الشرع كالتطوع؛ ولأنّها تتقدّم على الفرض المؤقت من جنسها في وقته، كالنوافل من الصلاة^(٣).



(١) أخرجه ابن ماجه (٢٩٨٩) من حديث طلحة بن عبيد الله، وضعّف البوصيري إسناده في مصباح الزجاجة (١٩٩/٣).

(٢) أخرجه الترمذي (٩٣١) وقال: «حسنٌ صحيحٌ».

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٠٦/٢.

٣٠ | بَاب

المواقيت



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: صحَّ عن رسول الله ﷺ: أنه وقت لأهل المدينة: ذا الحليفة^(١)، ولأهل الشام الجُحفة^(٢)، ولأهل نجد: قرناً^(٣)، ولأهل اليمن: يَلْمَلَمَ^(٤)، وقال: «هُنَّ لِأَهْلَهِنَّ وَلَمَنْ مَرَّ بِهِنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِنَّ مِمَّنْ

(١) ذو الحليفة: - بضم الحاء وفتح اللام - وتسمى الآن (آبار علي)، وتبلغ المسافة من ضفة وادي الحليفة إلى المسجد النبوي الشريف: ثلاثة عشر كيلو متراً.

(٢) الجحفة: - بضم الجيم - قرية بينها وبين البحر الأحمر عشرة كيلو متراً، وهي الآن خراب، ويحرم الناس من رابع - مدينة كبيرة - وتبعد عن مكة المكرمة عن طريق وادي الجموم - مئة وستة وثمانين كيلو متراً، ويحرم من رابع: من لم يمر بالمدينة المنورة من أهل مصر، وسوريا، وبلاد المغرب، وبلدان إفريقيا.

(٣) قرن: القرن هو الجبل الصغير، وهذا الميقات اشتهر اسمه الآن: بالسييل الكبير، ومسافته - من بطن الوادي إلى مكة المكرمة - ثمانية وسبعون كيلو متراً، والسييل الكبير الآن هو قرية كبيرة. وادي محرم: هذا هو أعلى قرن المنازل، وهو قرية في طريق الطائف - مكة - المار بالهدا، وفيها مسجد كبير. فليس هذا ميقاتاً مستقلاً، وإنما اسم قرن شامل للوادي كله (سواء من طريق ما يسمى السيل الكبير، أو طريق الهدا).

(٤) أخرجه البخاري (١٤٥٢)؛ ومسلم (١١٨١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

يلملم: - بفتح المثناة التحتية، فلام، فميم، فلام أخرى، بعدها ميم أخرى - وهو واد ينزل من جبال السراة حتى مصبه في البحر الأحمر، وقد كان الطريق يمر بالسعدية وهي قرية فيها بئر السعدية، وهي تبعد عن مكة المكرمة اثنين وتسعين كيلو متراً، وأما الطريق التي شقته حكومة المملكة جزاها الله خيراً، فهو يقع عن السعدية غرباً بنحو عشرين كيلو متراً، ويمر على وادي يلملم، وعند مره إلى يلملم يكون بعد الوادي عن مكة ١٢٠ كيلو متراً. انظر بالتفصيل نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب للشيخ عبد الله بن عبد الرحمن آل بسام ٣٧٦/٢ وما بعدها حيث تتبع المؤلف بنفسه هذه المواقيت، ووقف عليها.

أراد الحج والعمرة^(١) ، وهذا صحيح .

وروى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ وَتَّ لأهل المدينة: ذا الحليفة ،
ولأهل الشام: الجُحفة ، ولأهل نجد: قرناً ، [ولأهل اليمن يللمم]^(٢) .

وروى ابن عباس قال: وَتَّ رسول الله ﷺ لأهل المدينة: ذا الحليفة ،
ولأهل الشام: الجحفة ، ولأهل اليمن: يللمم ، ولأهل نجد: قرناً ، وقال: «هنّ
لهم ، ولمن أتى عليهنّ من غير أهلهنّ ممن كان يريد الحج والعمرة ، ومن كان
دون ذلك ، فمن أهله» .

وروى القاسم عن عائشة قالت: (وَتَّ رسول الله ﷺ لأهل المدينة: ذا
الحلِيفة ، ولأهل الشام ومصر: الجُحفة ، ولأهل اليمن: يَلْمَم ، ولأهل العراق:
ذات عِرْق)^(٣) .

وروى عطاء عن جابر: أن النبي ﷺ وَتَّ لأهل العراق: ذات عِرْق^(٤) .

(١) أخرجه البخاري (١٤٥٢) ؛ ومسلم (١١٨١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (١٤٥٣) ؛ ومسلم (١١٨٢) .

(٣) أخرجه أبو داود (١٧٣٩) ؛ والنسائي (٢٦٥٣) ؛ وقال ابن حجر في الدراية: «في إسناده من لا يُعرف حاله» (٦/٢) .

وذات عرق: بكسر العين وسكون الراء بعد قاف ، وسمي بذلك لأن فيه عرقاً ، وهو الجبل الصغير ،
ويسمى الآن: الضريبة ، واد حجازي . والمسافة من ميقات ذات عرق حتى مكة: مئة كيلو متر ،
«وهذا الميقات مهجور الآن ، فلا يحرم منه أحد ؛ لأن الطرق المزفتة من نجد وفي الشرق لا تمر
عليه ، وإنما تمر على الطائف والسييل الكبير» كما قاله الشيخ عبد الله بسام .

(٤) أخرجه أحمد (٦٦٩٧) ؛ والدارقطني في السنن (٢٣٥/٢) وفي إسناده حجاج بن أرطاة ، قال
ابن حجر في الدراية: «وحجاج هو ابن أرطاة لا يحتج به وقد اضطرب فيه» (٥/٢) .



وتخصيص العبادات بالأماكن إنما يُعلم^(١) من طريق التوقيف، وهذه المواقيت هي آخر وقتٍ يجوز الإحرام منه، وما قبلها كله وقتٌ، وكلما قدّم الإحرام عليها فهو أفضل.

وقال بشر عن أبي يوسف: وكلما تقدّم الإحرام قبل بلوغه الميقات فهو أفضل، وروى الحسن^(٢) ومحمد عن أبي حنيفة قال: ذلك أفضل^(٣) إذا كان يملك نفسه أن يمنعها مما يمنع عند الإحرام.

وقال الشافعي: الإحرام من الوقت أفضل.

لنا: حديث أمّ سلمة أنّ النبي ﷺ قال: «من أحرم من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام بحجٍّ أو عمرة، غفر الله له ما تقدّم من ذنبه وما تأخر، ووجبت له الجنة»^(٤).

٩٠٩ - فَصْلٌ: [مِيقَاتُ مَنْ حَجَّ فِي الْبَحْرِ]

وأما من حجّ في البحر، فقد روى ابن شجاع عن عبد الله بن مسلم قال: سألت أبا يوسف عن الرجل يركب البحر من مصر ونحوها وهو يريد مكة للإحرام، من أين يُهَلُّ؟ فقال: إذا حاذى الوقت، فصار في موضعٍ لو كان مكان البحر برّاً، لم يكن له أن يتجاوزه إلا بإحرامٍ، فإنه يُحرم منه، وهذا صحيحٌ في البحر والبرّ إذا قصد مكة من طريقٍ غير مسلوكةٍ، أحرم إذا حاذى ميقاتاً من هذه

(١) في ب (لا يعلم إلا من طريق).

(٢) في ب (وروى ابن زياد ومحمد).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٦١؛ المزني ص ٦٥.

(٤) أخرجه أبو داود (١٧٤١) من حديث أمّ سلمة رضي الله عنها؛ وصححه ابن حبان (٣٧٠١).

المواقيت ؛ لأنه في حكم ما يحاذيه في القرب إلى مكة .

٩١٠ - فَصَّلَ : [عدم مجاوزة الميقات إلا محرماً]

ولا يجاوز المواقيت إلا مُحْرِمًا ؛ وذلك لأنَّ التوقيت لا بدَّ له من فائدةٍ: إمَّا المنع عن التقديم عليه ، أو التأخر عنه ، فإذا جاز التقدم عليه لما قدّمنا ، لم يجز التأخر عنه ، إلا أن يتجاوزَه إلى وقتٍ آخر ؛ لأنَّ النبي ﷺ جعل هذه المواقيت لأهلها ولغير أهلها .

وقد قال أبو حنيفة: في غير أهل المدينة ، إذا مرُّوا على المدينة فجاوزوها إلى الجُحْفَةِ ، فلا بأس بذلك ، وأحبُّ إليَّ أن يُحرَموا من ذي الحُلَيْفَةِ ؛ وذلك لأنهم إذا حصلوا في الميقات ، ثبت حرمة في حقهم ، فيكره لهم تركها .

٩١١ - فَصَّلَ : [ميقات أهل الميقات ومن دونها]

فأمَّا أهل المواقيت ومن دونها إلى مكة ، فميقاتهم في الحج والعمرة: الحلّ الذي بين المواقيت والحرم ؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَأَتَمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة: ١٩٦] ، قيل في التفسير: أن تحرم بهما من دويرة أهلك ؛ ولأنَّ أهل المواقيت كمن دونها في جواز دخول مكة بغير إحرام ، فكذلك في باب الإحرام من الحلّ .

وإذا ثبت أن من كان دون المواقيت يحرم من أهله بظاهر الآية ، فكذلك في جميع الحلّ ، ألا ترى أن من قبل المواقيت لمَّا جاز له الإحرام من دويرة أهله ، جاز له من أي موضعٍ شاء ما بينه وبين الميقات .



٩١٢ . فصل : [مِيقَاتُ أَهْلِ مَكَّةَ فِي الْحَجِّ]

ومِيقَاتُ أَهْلِ مَكَّةَ فِي الْحَجِّ: الْحَرَمُ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رُوِيَ فِي تَأْوِيلِ الْآيَةِ ؛ وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَمَرَ أَصْحَابَهُ بِفَسْخِ الْحَجِّ بِعَمَلِ عَمْرَةَ ، أَمَرَهُمْ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ أَنْ يَحْرَمُوا بِالْحَجِّ مِنَ الْمَسْجِدِ^(١) ، فَدَلَّ عَلَيَّ أَنَّ مِنْ أَنْشَأِ إِحْرَامِ الْحَجِّ مِنْ مَكَّةَ ، فَوْقَهُ الْحَرَمُ .

قال : وَوَقَّتَهُمْ فِي الْعُمْرَةِ : الْحَلُّ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَرَادَ الْإِفَاضَةَ [١/٧٨] مِنْ مَكَّةَ ، دَخَلَ عَلَيَّ عَائِشَةُ وَهِيَ تَبْكِي ، فَقَالَتْ : « أَكَلَّ نِسَائِكَ يَرْجِعُنَ بِنَسَكِيْنَ ، وَأَنَا أَرْجِعُ بِنَسَكِيٍّ وَاحِدٍ ، فَأَمْرُ أَخَاهَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ فَاعْتَمَرَ بِهَا مِنْ التَّنْعِيمِ »^(٢) ؛ وَلِأَنَّ الْإِحْرَامَ مِنْ حَكْمِهِ : أَنْ يَجْتَمِعَ فِي أَعْمَالِهِ الْحَلُّ وَالْحَرَمُ ؛ [فَإِذَا أَحْرَمَ الْمَكِّيَّ بِالْعُمْرَةِ مِنْ مَكَّةَ ، وَأَعْمَالُهَا بِمَكَّةَ ، لَمْ يَجْتَمِعْ فِي أَعْمَالِهِ الْحَلُّ وَالْحَرَامَ] ؛ فَلِذَلِكَ أَمْرٌ بِالْإِحْرَامِ مِنَ الْحَلِّ^(٣) .



(١) رواه مسلم من حديث جابر المشهور في الحج (١٢١٨) .

(٢) البخاري (١٦٧٣) ؛ ومسلم (١٢١١) .

(٣) انظر : الحجة على أهل المدينة ٢/٤٢٤ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢/٥١٣ .

بَابُ التَّلبِيَةِ

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا أراد الحاجُّ الإحرام بالحجِّ أو العمرة، أو بهما: اغتسل، أو توضأ، والغسل أفضل؛ وذلك لما روي (أنَّ النبي ﷺ اغتسل لإحرامه^(١)، واغتسل للوقوف)^(٢)، وهذا الغسل عندنا ليس بواجب؛ بدلالة ما روي^(٣) أنَّ النبي ﷺ لَمَّا نزل بالشجرة، جاءه أبو بكر فقال له: إن أسماء نfst، فقال له: «مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج»^(٤)، والغسل الواجب لا يجوز مع النفاس، فعلم أنَّ المقصود منه النظافة، فكلُّ غُسلٍ يُفعل لهذا المعنى فالوضوء يقوم مقامه، كغسل الجمعة والعيدين، والغسل أفضل؛ لأنه يأتي على الوضوء [وأبلغ في باب النظافة].

قال: ويلبس ثوبين جديدين، أو غسيلين: إزار ورداء؛ وذلك لأنَّ المُحرم ممنوعٌ من لبس المخيط، ولا بدُّ من ستر العورة، وما يتقي به الحرُّ والبرد، فجعل ذلك بالإزار والرداء.

وإن كان المقصود ما ذكرنا، فالجديد والغسيل في ذلك سواءً، إلا أن

(١) أخرجه البخاري (١٤٩٨)؛ ومسلم (١٢٥٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) لم أجده مرفوعاً، وروى مالك في الموطأ عن نافع: «أنَّ عبد الله بن عمر كان يغتسل لإحرامه قبل أن يحرم، ولدخوله مكة، ولوقوفه عشية عرفة» ومشهور تأسي ابن عمر رضي الله عنهما (٣٢٢/١).

(٣) (ما روي) سقطت من ب.

(٤) مسلم (١٢١٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.

الجديد أفضل ؛ لأنه أقرب إلى [النظافة و] الطهارة .

٩١٣ - فَضْلُ : [التطيب والادّهان للإحرام]

[قال]: وتطيب ، وادّهن بما شاء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول محمد في الأصول .

وروى المعلى عنه أنه قال: كنت لا أرى به بأساً حتى رأيت قوماً أحضروا طيباً كثيراً ، ورأيت أمراً شنيعاً فكرهته ، وهو قول مالك .

وجه قولهما: ما روت عائشة قالت: (طيبت رسول الله ﷺ لإحرامه حين أحرم ، وإحلاله حين أحلّ قبل أن يطوف بالبيت ، ولقد رأيت وبيص^(١) الطيب في مفارق رسول الله ﷺ بعد الثالثة)^(٢) .

وروي أنها قالت: (كنا نُحرمُ مع رسول الله ﷺ ، فنضمخ جباهنا بالمسك عند الإحرام ، ثم نخرج فنعرق ، فيسيل على وجوهنا ، ورسول الله ﷺ يراه ولا يُنكره)^(٣) .

ولأنّ ابتداء الطيب حصل على وجهٍ مباحٍ ، والباقي عليه ليس كالمبتدئ^(٤) ، فلم يُكره له البقاء عليه كالحلق .

وجه قول محمد: ما روي أنّ النبي ﷺ قال للأعرابي: (اغسل عنك هذا

(١) وبيص من وبيص الشيء ، تبيص وبيصاً: وهو البريق . انظر: النهاية في غريب الحديث (وبص) .

(٢) أخرجه البخاري (١٤٦٥) ؛ ومسلم (١١٨٩) .

(٣) أخرجه أبو داود (١٨٣٠) ؛ وحسنه النووي إسناده في المجموع (١٩٧/٧) .

(٤) في ب (والبقاء عليه ليس كالمبتدئ) .

الْخَلُوقِ^(١)؛ وروى عن عمر^(٢) وعثمان^(٣) كراهة ذلك؛ ولأنه إذا بقي على الطيب، انتقل من مكانٍ إلى مكانٍ، فصار كالمبتدئ بتطيب ذلك المكان الثاني. والجواب: أمّا خبر الأعرابي، فإنّما نهاه عن الخلق؛ لأنّ الرجل ممنوعٌ من التزعفر.

وأما حديث عمر وعثمان، فقد عارضه ما روي عن عائشة وابن عمر بخلافه. وأمّا اعتبار انتقال الطيب [من مكانٍ إلى مكانٍ، فلو صحّ ما قاله، لوجب الجزاء إذا انتقل]^(٤)، وقد أجمعوا أنه لا جزاء عليه.

وقد تكلم أصحابنا فيمن ابتداء الطيب بعد الإحرام وكفّر، ثمّ بقي عليه، فمنهم من قال: لا كفارة عليه للبقاء؛ لأنّ التكفير أسقط حكم الابتداء، والبقاء على الطيب لا يتعلّق به كفارةٌ.

ومنهم من قال: إنّ ابتداء الاستعمال كان محظوراً، [فكذلك حال البقاء، فتعلّق به الجزاء]^(٥).

وفي مسألة الخلاف: كان الابتداء مباحاً، فلم يتعلّق بالبقاء كفارةٌ.

٩١٤ - فصل: [تقديم ركعتين على الإهلال]

قال: ثم يصلي ركعتين؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أتاني آتٍ من

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٣)؛ ومسلم (١١٨٠) من حديث يعلى بن أمية رضي الله عنه.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٨/٣)

(٣) ذكره السرخي في المبسوط (٣/٤)

(٤) في أ (فلو انتقل لوجب به الجزاء)، والمثبت من ب.

(٥) في أ (فلذلك تعلق به كفارة الجزاء)، والمثبت من ب.



ربي وأنا بالعقيق ، فقال لي : صَلِّ في هذا الوادي المبارك ركعتين ، وقل : لبيك بعمره في حجة^(١) ؛ ولأن رسول الله ﷺ قدَّم الصلاة على الإهلال ، فدلَّ على أنها سنة .

٩١٥ - فَصْل : [التلبية دُبْر الصلاة]

[قال] : ثم يلبي في دُبْر صلاته تلك ، أو بعدما تستوي به راحلته ، والأفضل عندنا : أن يلبي عقيب الصلاة ، وهو قول ابن عباس^(٢) .

وروى ابن عمر : (أن النبي ﷺ صَلَّى ركعتين ثم استوى على راحلته ، فلما قامت أهلاً)^(٣) .

وروى جابر : أن النبي ﷺ أَهَلَ حين استوى على البيداء^(٤) .

وروي عن [ابن] عمر أنه قال : ما هذه البيداء التي يكذبون فيها على رسول الله ﷺ ، إنما أهَلَ حين استوى على راحلته^(٥) .

والدليل على ما قلناه : ما روي أن النبي ﷺ قال : «أتاني آت من ربي ، [وأنا بالعقيق] ، فقال لي : صَلِّ في هذا الوادي المبارك ركعتين . . . » الخبر ، فدلَّ على أن التلبية متعلقة بالصلاة .

وروي عن سعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس : كيف اختلف أصحاب

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٠) من حديث عمر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه الدارمي (١٨٠٦) ؛ وابن أبي شيبة (١٣١/٣) .

(٣) أخرجه البخاري (١٤٤٣) ؛ ومسلم (١١٨٤) .

(٤) أخرجه مسلم (١٢١٨) .

(٥) أخرجه البخاري (١٤٦٧) ؛ ومسلم (١١٨٦) .

رسول الله ﷺ في إهلاله؟ فقال: أنا أعلم بذلك، صَلَّى رسول الله ركعتين وأهَلَّ بالحجِّ، فرآه قومٌ، فقالوا: أهَلَّ عقيب الصلاة، ثم استوى على راحلته فأهَلَّ، فكان الناس يأتونه أرسالاً، فأدركه قومٌ فقالوا: أهَلَّ عقيب ما استوى على راحلته، ثم ارتفع على البداء، فأهَلَّ، فأدركه قومٌ فقالوا: إنّما أهَلَّ حين ارتفع على البداء، وإيم الله، لقد أوجبه في مصلاه^(١).

ولأنه ذكر أمر بتقديم الصلاة عليه، فكان [فعله]^(٢) عقيب الصلاة أفضل كتكبير التشريق.

٩١٦ - فَصْلٌ: [صِفَةُ التَّلْبِيَّةِ وَأَحْكَامُهَا]

قال: والتلبية أن يقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إنّ الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك.

والأصل في ذلك: ما روى ابن عمر^(٣) وابن مسعود^(٤) في تلبية رسول الله ﷺ هذه الألفاظ، ولم يختلف عنه فيها.

والكلام في التلبية يقع في مواضع:

منها^(٥): أن الدخول في الإحرام عندنا لا يقع بمجرد النية حتى يضم إليها التلبية، أو سوق الهدى. وقال الشافعي: يصير محرماً [بمجرد النية]^(٦).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨٧٦١)؛ وصححه الحاكم على شرط مسلم (١٦٥٧).

(٢) في أ (بعده)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٣) أخرجه البخاري (٥٥٧١)؛ ومسلم (١١٨٤).

(٤) أخرجه النسائي (٢٧٥١).

(٥) في ب (أحدها).

(٦) في أ (بالنية) والمثبت من ب.

[ومنها: أن التلبية واجبةٌ عندنا ، أو ما يقوم مقامها من السَّوق ، وعنده ليس بواجبٍ].

لنا^(١) في وجوب التلبية: قوله ﷺ: «أتاني آتٍ من ربي وأنا بالعقيق ، فقال لي صلّ في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل: لبيك بعمرّةٍ في حجةٍ» ، والأمر [يدل] على الوجوب ؛ ولأنّ هذه عبادةٌ لها تحليلٌ وتحريمٌ ، فوجب الذكر في ابتدائها كالصلاة .

٩١٧ - فَصْلٌ : [ما يقع به الدخول في الإحرام]

وقد قال أصحابنا: إنّ الدخول في الإحرام يقع بذكرٍ يقصد به التعظيم ، وسواءً كان بالفارسية أو بالعربية ، وهذا هو المشهور عن أبي يوسف ، رواه ابن أبي مالك ، وبِشْر ، ومُعَلَّى .

وروى الحسن بن زياد عنه: أنّه لا يكون مُحْرِمًا إلا بالتلبية .

فأمّا أبو حنيفة فمضى على أصله: أنّ الذكر الموضوع في ابتداء العبادة ، لا يختصّ عنده بعبارةٍ بعينها ، ولا بلغةٍ بعينها ، كالتكبير للصلاة .

وأما أبو يوسف ومحمد في المشهور من قولهما: [الفرق بين الإحرام والصلاة]^(٢) .

قال أبو يوسف: تختصّ التحريم^(٣) بالتكبير ، ويجوز الإهلال بكلّ ذكرٍ ،

= انظر: القدوري ص ١٤٢ ؛ رحمة الأمة ص ٨٥ .

(١) في ب (ودليلنا) .

(٢) في أ (في الإحرام بالصلاة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٣) في ب (الصلاة تختص بالتكبير) .

وقال محمد: لا تجزئه التحريمه مع القدرة [على العربية] إلا بالعربية ، ويجوز الإهلال مع القدرة بغيرها .

والفرق بينهما: أن أفعال الصلاة لا يقوم غيرها مقامها ، وأفعال النسك يقوم غيرها مقامها ، فكانت أوسع ؛ فلذلك جاز فيها ما لا يجوز في الصلاة .

وأما رواية الحسن^(١) فقال: إنه ذكّر يقع به الدخول في العبادة ، فيختصّ بما رود به الشرع كالتكبير .

واتفقوا جميعاً: أن الذكر على الذبيحة لا يختصّ بعبارة بعينها ، ولا بلغة بعينها ؛ لأن المقصود منها مخالفة المشركين .

٩١٨ - فَصْلُ : [الزيادة على التلبية المأثورة]

قال أصحابنا: السنة أن يأتي بتلبية رسول الله ﷺ ، ولا ينقص منها شيئاً^(٢) ، فإن زاد عليها ، فهو مستحبٌ ، وحصل أصحاب الشافعي [من] مذهبه: أنه مباحٌ^(٣) .

وقد روي عن ابن عمر أنه كان يزيد في التلبية: لبيك وسعديك ، والخير في يديك ، والرغباء إليك والعمل [لديك] ، لبيك لبيك^(٤) .

وعن عمر أنه زاد فيها: لبيك مرغوباً ومرهوباً إليك ، لبيك والنعماء والفضل الحسن لديك^(٥) .

(١) في ب (وجه رواية الحسن) .

(٢) سقطت من ب .

(٣) انظر: الأم للشافعي ص ٣٤٩ (الدولية) .

(٤) أخرجه مسلم (١١٨٤) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٤/٣) .

وقال أبو هريرة: كان في تلبية رسول الله ﷺ: [٧٨/ب] «لبيك إله الحق»^(١)؛ ولأنه ذكر يقصد به [تعظيم]^(٢) الله والثناء عليه، فجاز أن يتعلّق بالزيادة عليه بعد استيفائه فضيلة كالتشهد.

٩١٩ - فَصْل:

وقد روي عن محمد: أن الأفضل في التلبية أن يقول: لبيك... إن الحمد - بالكسر؛ وذلك لأنه إذا كسر، صار ما بعده ثناء، وإذا فتح، كان صفةً؛ ولأن يأتي بزيادة^(٣) الثناء أولى.

٩٢٠ - فَصْل: [تعيين النية بالتلبية]

قال: وإذا لبّي يريد حجاً، أو عمرةً، أو هما جميعاً، كان كما نوى وإن لم يتكلم بهما في إحرامه؛ لأن التلبية يقع بها الدخول، فلا يحتاج إلى تسمية ما يدخل فيه كالصلاة، وإن سمّي جاز؛ لأن النبي ﷺ قال: «أتاني آتٍ [من ربي، فقال: قل: لبيك بعمرة في حجة]...» الخبر.

[قال]: والأحسن أن يقول إذا أراد أن يبتدئ إحرام الحج: اللهم إني أريد الإحرام بالحجّ، فيسّره لي وتقبله مني، وكذلك إن أراد العمرة ذكرها، وإن أراد الجمع بينهما قال ذلك، ويبدأ بذكر العمرة قبل الحج في التلبية [فيقول]: لبيك بعمرة وحجّة^(٤)؛ وذلك لأن الحج ممّا يمتدّ فيقع فيه الموانع والعوارض،

(١) أخرجه النسائي (٢٧٥٢)؛ وابن ماجه (٢٩٢٠)؛ وصححه ابن حبان (٣٨٠٠).

(٢) في أ (تحميد) والمثبت من ب.

(٣) سقطت من ب.

(٤) في ب (في حجة).

فالأولى أن يقدم عليه الدعاء لله تعالى^(١) بتسهيله .

وإنما قدم العمرة على الحجّة في الذكر؛ لأنّ أفعالها تُقدّم، كذا الإهلال بها يُقدّم .

٩٢١ - فَصْلٌ : [الخيار لمن لم يعين النية]

[قال]: ومن [نوى]^(٢) الإحرام، وليس له نية في حج ولا عمرة، مضى في أيهما شاء ما لم يطف بالبيت، فإن طاف بالبيت شوطاً واحداً، كان إحرامه عمرة .

والأصل في انعقاد الإحرام بالمجهول: ما روي أنّ علياً قدم من اليمن مع أبي موسى في حجة الوداع، فقال لهما رسول الله ﷺ: «بماذا أهللتما؟»، فقالا: بإهلال كإهلال رسول الله ﷺ^(٣)، وإذا انعقد الإحرام جاز أن يؤدّي به حجة أو عمرة، وهو بالخيار في صرفه إلى أيهما شاء .

فإذا ابتدأ في الطواف، فقد أخذ في عمل العمرة قبل التعيين، فتعيّنت بفعله، كما تتعيّن بقصده، وكذلك لو لم يطف حتى جامع أو أحصر كانت عمرة؛ لأنّ القضاء قد لزمه، فأوجبوا عليه المتيقّن .

٩٢٢ - فَصْلٌ : [النية المطلقة ممن عليه الفريضة]

[قال]: ومن كان عليه حجّة الإسلام، فأحرم لا ينوي فريضةً ولا تطوعاً، فهي حجّة الإسلام، و[قد] كان القياس: أن لا يقع عن حجّة الإسلام إلا بتعيين

(١) (الله تعالى) ليست في ب .

(٢) في الأصل (لم ينو)، والمثبت هو الذي يدل عليه السياق .

(٣) حديث إحرام أبي موسى عند البخاري (٤١٣٦)، وحديث إحرام علي عند مسلم (١٢١٨)

النِّيَّة ؛ لأنَّ الوقت يصلح للفرض والنفل ، فلا يتعيَّن للفرض إلا بنية كوقت الصلاة .
وإنما استحسنوا [وقوعه] ؛ لأنَّ أمر المسلم محمولٌ على الصحة ، وأنه لا يتكلَّف المشقَّة [والغرم] ويريد به النفل^(١) ، ويبقى الفرض في ذمته ، وإنما يقدم الفرض ، فوقع ذلك على الفرض لحسن الظنِّ به^(٢) .

٩٢٣ - فَصْل : [سَوْقُ الْهَدْيِ وَتَقْلِيدُهُ لِمُرِيدِي الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ]

[قال] : ومن ساق هدياً وقلده ، وهو يريد الإحرام بالحجِّ ، أو بالعمرة ، أو بهما معاً : فهو محرَّمٌ إذا قلَّد هديه وتوجَّه معه بما قصد له من ذلك وإن لم يلبَّ بلسانه .

والأصل في وقوع الإحرام بالتقليد مع السوق قوله تعالى : ﴿ وَلَا الْهَدَى وَلَا الْقَلْبِدَ وَلَا أَمْيِنَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ ﴾ ، ثم قال : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [المائدة: ٢] ، ولم يجز^(٣) للإحرام ذكرٌ ، فدلَّ على أنه يقع بالسوق مع التقليد ؛ ولأنَّها قُرْبَةٌ تختصُّ بابتداء الإحرام كالتلبية ؛ ولأنَّ القائل أحد قائلين : إمَّا من قال : إنَّ الإحرام يقع بمجرد النية ، وإمَّا من قال : يقف على معنى ينضم إلى النية ، وذلك المعنى إمَّا التلبية أو السوق ، وقد دللنا على أنَّ الإحرام لا يقع بالتلبية^(٤) ، فوقع بالسوق للإجماع .

و[قد] روى طاووس عن ابن عباسٍ أنه قال : (إذا قلَّد الرجل الهدي ، أو

(١) في ب (ليؤدي به النفل) .

(٢) في ب (حسن ظنِّ) .

(٣) في ب (ولم يكن) .

(٤) في ب (بالنية) .

جَلَّه ، وهو يريد الإحرام ، وجب عليه الإحرام^(١) ، وعن قيس بن سعد ابن عبادة أنه كان بالشجرة يغسل أحد شقي رأسه ، فالتفت فإذا هديه قد قُلِّدت ، فقام ولم يغسل شقَّه الآخر^(٢) .

فأما إذا قُلِّد ولم يسق ، لم يكن مُحْرِمًا ؛ وذلك لأنَّ النبي ﷺ (قُلِّد هديه ثم أحرم بالتلبية)^(٣) ، فلو كان الإحرام وقع بالتقليد لم يكن للتلبية معنى ؛ ولهذا قال أصحابنا: إنَّ الأولى أن يقدم التلبية ، ثم يقلِّد الهدى ؛ لأنَّه إذا قُلِّدها ربَّما سارت فاتبعها مع النية ، فيصير محرماً بغير تلبية ، والإحرام بالتلبية أفضل .

٩٢٤ - فَصَّلْ : [الإحرام بالتجليل والإشعار]

[قال]: ولا يكون محرماً بالتجليل^(٤) ، ولا بالإشعار ؛ وذلك لأنَّ التجليل ليس بقربة ، وإنما يُفعل ليقى الحيوان من حرٍّ وبرِّدٍ ، والدخول في الحجَّ يختصُّ بفعلٍ هو قربةٌ .

فأما الإشعار ؛ فهو عند أبي حنيفة مكروهٌ ، فلا يقع به الدخول ، [وعلى قولهما: هو مباحٌ وليس بقربةٌ ، فلا يقع به الدخول] .

٩٢٥ - فَصَّلْ : [تقليد الهدى وبعثه ثم إقامة المقلد في أهله]

فإن قُلِّد هديه وبعثه ، وأقام في أهله ، ولم يتوجه معه ، فإن خرج بعد ذلك

(١) ابن أبي شيبة (١٢٧/٣) .

(٢) ابن أبي شيبة (١٢٧/٣) ولكن عن سعيد بن قيس .

(٣) أخرجه البخاري (١٤٧٠) من حديث ابن عباس ؓ .

(٤) جَلَّ الدابة كثوب الإنسان يقيه البرد ، والجمع: جِلال وأجلال ، وجَلَّل الدابة: ألبسها الجُلَّ . انظر: القاموس ؛ المصباح (جل) .

يريد العمرة، أو الحجّ، أو هما، لم يكن محرماً حتى يلحق هديه ويتوجّه معه، إلا هدي المتّعة [والقران]، فإنه إن خرج كان محرماً حين خرج قبل أن يلحق هديه.

والأصل في أنّه لا يصير محرماً بتوجيه الهدى: ما روت عائشة: (أنّ النبي ﷺ كان يبعث بالهدايا وهو مقيم بالمدينة، لا يتجنّب ما يتجنّب المحرم)^(١)؛ ولأنه إذا سار مع الهدى فقد وُجد منه فعلٌ هو قربةٌ، فجاز أن يصير به محرماً، وإذا وجهه فقد^(٢) وُجد منه الأمر بالفعل، فلم يصر بالأمر محرماً، كما لو أمر غيره بالتلبية.

فإذا لحق الهدى وسار به، فقد وُجد ابتداء السوق، فصار به مُحْرِمًا، ولا يعتدّ بما قبله.

وأما إذا بعث بهدي المتّعة والقران، وقد^(٣) خرج خلفه، فالقياس: أن لا يكون مُحْرِمًا [حين سار]؛ لما قدّمنا.

والاستحسان: أن يكون مُحْرِمًا حين سار، و[إن] لم يلحق [الهدى]؛ لأنّ هدي المتّعة [والقران] له من التأثير في البقاء على الإحرام ما ليس لغيره، ألا ترى أنّه يمنع من التحلّل، فجاز أن يكون له تأثيرٌ في الابتداء.

وقد قالوا: إنه يصير مُحْرِمًا بالتوجه في إثر هدي المتّعة إذا كان في أشهر الحجّ، فإن كان قبلها، لم يصر محرماً حتى يلحق بالهدى؛ لأنّ أحكام التمتع لا يثبت لها حكمٌ قبل الأشهر، فلا يصير هذا الهدى للتمتع قبلها، فيصير كهدي التطوع.

(١) أخرجه البخاري (١٦١١)؛ ومسلم (١٣٢١).

(٢) في ب (فإنما).

(٣) في ب (ثم).

٩٢٦ - فَضْلٌ : [الأمر المنهية للمحرم]

قال: وينبغي إذا أحرم أن يتقي ما نهى الله تعالى [عنه] من الرفث والفسوق والجدال، ولا يشير إلى صيد ولا يدل عليه، ولا يُغطي وجهه ولا رأسه، ولا يلبس قميصاً ولا قباءاً^(١)، ولا سراويل، ولا ثوباً مسّه ورسّ، ولا زعفران، إلا أن يكون قد غسل فلا يَنْفُضُ^(٢).

أما الرفث والفسوق والجدال؛ فلقوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ﴾ [البقرة: ١٩٧]، وقد قدّمنا معنى ذلك.

وأما قتل الصيد والاصطياد، فمحرمٌ؛ لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾ [المائدة: ٩٦].

وأما الإشارة والدلالة؛ فلأن النبي ﷺ قال لأصحاب أبي قتادة: «هل أشرتم، هل دللتم، هل أعنتم؟»، فقالوا: لا^(٣)، وهذا يدل على تحريم ذلك.

وأما لبس القميص والقباء والسراويل؛ فلحديث ابن عمر: أن النبي ﷺ قال: «لا يلبس المحرم قميصاً، ولا قباءً، ولا عمامةً، ولا قلنسوةً، ولا سراويل»^(٤).

(١) «القباء: ثوب يُلبس فوق الثياب، أو القميص ويتمنطق عليه». المعجم الوجيز (قباء).

(٢) قال في بدائع الصنائع: «لا يَنْفُضُ: له تفسيران منقولان عن محمد؛ روي عنه: لا يتناثر صبغه، وروي: لا يفوح ريحه، والتعويل على زوال الرائحة» (١٨٥/٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٣١)؛ ومسلم (١١٩٦).

(٤) أخرجه البخاري (١٣٤)؛ ومسلم (١١٧٧).

وأما ما مسّه الوَرْس والزعفران ؛ فلقوله ﷺ: «ولا ثوباً مسّه وَرْسٌ أو زعفران ، إلا أن يكون غسِيلاً»^(١)، وإنما اعتبروا في الغسل ألا يَنْفُض ؛ لأنّ المنع ليس لبقاء اللون^(٢)، وإنما هو للرائحة ، فإذا زالت ، زال المنع .

وأما تغطية الوجه والرأس ، فعندنا لا يجوز للمُحْرِم . وقال الشافعي : يجوز أن يغطي وجهه^(٣).

لنا : ما وري أنه ﷺ رخص لعثمان في أن يغطي وجهه حين اشتكت عينه ، وأن يعصبها^(٤)^(٥)، فلو كان [تغطية الوجه] مباحاً لم يكن للرخصة معنى ؛ ولأنّ حكم الإحرام في الرجل أكد منه في المرأة ، فإذا لم يجز لها تغطية وجهها ، فلاّن لا يجوز للرجل أولى .

وأما تغطية الرأس ؛ فلنهيهِ ﷺ عن العمامة والقلنسوة .

٩٢٧ - فَصْل : [أماكن تكثير التلبية]

وليكثُرُ [١/٧٩] من التلبية ما استطاع في أدبار الصلوات ، وكلما علا شَرَفًا ، أو هبط وادياً ، وبالأسحار .

والأصل في ذلك : ما روى الأعمش ، عن خيثمة قال : كانوا يستحبون

(١) أخرجه البخاري (١٣٤) من حديث ابن عمر ، بغير زيادة «إلا أن يكون غسِيلاً» ؛ ورواه أحمد (٥٠٠٣) بهذه الزيادة ؛ وأشار ابن حجر في الفتح (٤٠٤/٣) إلى ضعفها .

(٢) في ب (ليس للعين) .

(٣) انظر : مختصر المزني ص ٦٦ ؛ رحمة الأمة ص ٨٦ .

(٤) في ب (رخص لعثمان بن حنيف حين اشتكت عينه أن يغطيها) ، والرواية عند مسلم عن عثمان بن عفان ، وفيه تضميدها بالصَّير .

(٥) مسلم (١٢٠٤)

التلبية عند [سنة مواضع]: دبر الصلوات، وإذا استقلت بالرجل راحلته، وإذا صعد شرفاً، وإذا هبط وادياً، وإذا لقي بعضهم بعضاً، [وبالأسحار] (١).

وروي (أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يلبون كلما علوا شرفاً، أو هبطوا وادياً، أو لقوا (٢) راكباً، وبالأسحار) (٣)؛ ولأن هذا الذكر يفعل [في ابتداء] (٤) العبادة، ويتكرر في أثنائها، فكانت السنة أن يفعل عند اختلاف أحوالها، كالتكبير.

٩٢٨ - فَصْل: [رفع الصوت بالتلبية]

قال: ويرفع صوته بالتلبية، والأصل في ذلك: ما روى خلاد بن السائب الأنصاري، روى عن أبيه (٥): أن النبي ﷺ قال: «إن جبريل أتاني فأمرني أن أمر أصحابي ومن معي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية، فإنهما من شعار الحج» (٦).

وروي أنه قال: «أفضل الحجّ، العجّ والشجّ» (٧) والعج: العجيج بالتلبية، والشج: ثج الدماء بالذبح.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٣١/٣)

(٢) في ب (أو لقي بعضهم بعضاً).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٣١/٣) عن ابن سابط قال: «كان السلف يستحبون...»، وابن سابط من التابعين فمراده بالسلف الصحابة رضي الله عنهم. وانظر: الدراية لابن حجر (١٢/٢).

(٤) في أ (في الابتداء من) والمثبت من ب.

(٥) في ب (عن أبيه عن جده)، وإثبات جده خطأ.

(٦) أخرجه أبو داود (١٨١٤)؛ والترمذي (٨٢٩) وقال «حسن صحيح»؛ والنسائي (٢٧٥٣)؛ وابن ماجه (٢٩٢٢).

(٧) أخرجه الترمذي (٨٢٧) وقال «حديث غريب»؛ وابن ماجه (٢٩٢٤) من حديث أبي بكر رضي الله عنه.



وقد قال أصحابنا: إن الأذكار والأدعية يستحب فيها الإخفاء إلا ما يتعلق بالغير: كالأذان الذي يقصد به الإعلام، والخطبة التي [يقصد بها وعظ الناس وتعليمهم، والتكبيرات] جعلت علامةً للدخول والانتقال [في الصلاة]، والقراءة التي أمر المؤتمم باستماعها.

فأمَّا التلبية، فإنها من علامة العبادة؛ ولأن إبراهيم عليه السلام صعد على أبي قبيس، فأذن في الناس بالحج، فالتلبية إجابة لتأذينه، فهو في حكم ما تعلق بالغير، فالسنة الجهر به.

٩٢٩ - فُصِّلَ: [ما ينهى عنه المحرم في اللباس]

قال: ولا يلبس خُفَّين ولا عِمَامَةً، ولا يأخذ من شعره ولا ظفره شيئاً.

أمَّا اللبس، فلحديث ابن عمر: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المحرم: «ولا يلبس عِمَامَةً ولا قَلَنْسُوءَةً ولا خُفَّين، إلا ألا يجد النَّعْلَيْنِ، فيقطعهما أسفل الكعبين»^(١).

وأمَّا أخذ الشعر والظفر؛ فلقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩]، فرتب ذلك على الذبح، [قيل هو: قص الشعر، وحلق الرأس، وتقليم الأظافر، ونتف الإبط، وحلق العانة]، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «المُحْرَمُ الْأَشْعَثُ الْأَغْبَرُ»^(٢)، وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَخْلُقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]. وباللغة التوفيق^(٣).



(١) أخرجه البخاري (١٣٤)، ومسلم (١١٧٧)

(٢) الترمذي (٢٩٨٨) وقال: «غريب»؛ وابن ماجه (٢٨٩٦) من حديث ابن عمر.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥١٩/٢؛ القدوري ص ١٤١.

بَاب

ما يفعل المحرم بعد إحرامه



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا دخل المُحْرِمُ مكة، فلا يضره ليلاً دخلها أو نهاراً؛ وذلك لما روي أن النبي ﷺ صَلَّى الْعِشَاءَ بذي طَوًى^(١)، ثم هجع هجعةً، ثم دخل فطاف^(٢).

وروى ابن عمر: (أن النبي ﷺ كان يبيت بذي طوى ويدخل مكة نهاراً^(٣))، وروي عن عائشة أنها دخلت مكة ليلاً^(٤)، ودخل الحسن والحسين ليلاً فطافا^(٥)، وروي عن عمر أنه دخل في رمضان بعمرة والناس يصلون التراويح، فصلى معهم^(٦).

والذي روي عن عمر من النهي عن دخولها ليلاً^(٧)، فقد قيل: إن ذلك مخافة السَّرَقِ، وليرى الإنسان أين ينزل؛ ولأنه دخول [بلد]^(٨)، فيستوي فيه

(١) ذي طَوًى - مثلثة الطاء - : المعروف اليوم: (بئر طوى)، بجرول بين القبة وريع أبي لهب، وبه بئر مطوية عليها بناء. انظر: معالم مكة التاريخية لعاتق البلادي ص ١٦٨.

(٢) أخرجه البخاري (١٦٧٩).

(٣) أخرجه البخاري (١٤٩٩)؛ ومسلم (١٢٥٩).

(٤) لم أجده، وذكره السرخسي في المبسوط (٩/٤).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٢٢/٣).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٢١/٣).

(٧) ذكره السرخسي في المبسوط (٩/٤).

(٨) في أ (مكة)، والمثبت من ب.

الليل والنهار كسائر [البلدان] (١).

٩٣٠ - فصل : كيفية ابتداء الطواف

[قال]: ويدخل المسجد (٢) ويبتدئ بالحجر، فإذا استقبله كبر ورفع يديه كما يرفع في الصلاة، ثم يرسلهما، ثم يستلمه إن أمكنه من غير أن يؤذي أحداً، فإن لم يقدر استقبله وكبر وهلل، وحمد الله وصلّى على النبي ﷺ.

والأصل في ذلك: ما روي أن النبي ﷺ لما دخل مكة بدأ بالمسجد (٣)، و[قد] روي عن مكحول أن النبي ﷺ كان إذا نظر إلى البيت قال: «اللهم زد بيتك هذا تشريقاً وتكريماً [وتعظيماً وبراً] ومهابةً، وزد من شرفه وكرمه ممن حجه واعتمره [تشريقاً وتكريماً وتعظيماً وبراً ومهابةً]» (٤)، وروي أن النبي ﷺ لما دخل المسجد، ابتداءً بالحجر فاستلمه - ويروى (٥): فاستقبله - وكبر وهلل (٦).

ولم يذكر أصحابنا دعاء بعينه؛ لأن الأدعية لا تنحصر، وروي عن ابن عمر أنه قال: بسم الله والله أكبر (٧).

(١) في أ (الدخلات)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (وإذا دخل المسجد).

(٣) أخرجه البخاري (٤٠٣٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) البيهقي في السنن الكبرى، من طريق أبي سعيد الشامي عن مكحول (٧٣/٥)؛ قال ابن حجر في التلخيص الحبير: «وأبو سعيد هو محمد بن سعيد المصلوب كذاب»، ورواه البيهقي في الكبرى في الموضع السابق من حديث ابن جريج عن النبي ﷺ، وهو معضل فيما بين ابن جريج والنبي ﷺ: كما في التلخيص الحبير (٢٤٢/٢).

(٥) (فاستلمه ويروى) سقطت من ب.

(٦) الابتداء بالحجر في حديث جابر المشهور عند مسلم (١٢١٨).

(٧) أخرجه أحمد (٤٦٨٢)؛ وسنده صحيح كما في التلخيص الحبير (٢٤٧/٢).

وعن مجاهد قال: إذا أتيت الركن فقل: اللهم إجابة دعوتك، وابتغاء رضوانك، وعلى سنة نبيك (١).

وقال عطاء: كان النبي ﷺ إذا مرَّ بالحجر قال: «أعوذُ بربِّ هذا الحجر من الدَّين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر» (٢).

فأمَّا رفع اليدين؛ فلمَّا روى مقسم عن ابن عباس، ونافع عن ابن عمر: أن النبي ﷺ قال: «لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن»، وذكر: «عند استلام الحجر» (٣).

و[قد] قال أصحابنا: إن استقبال الحجر عند افتتاح الطواف سنة وليس بواجب؛ لأنَّه لو وجب الاستقبال في ابتداء هذه العبادة، لوجب في أثنائها كالصلاة.

وقالوا (٤): إنَّ الأفضل أن يقبَّل الحجر إذا أمكنه ذلك؛ لِمَا روي أن عمر قبَّله [واستقبله] والتزمه وقال: رأيت رسول الله ﷺ بك حفيًّا، وروي أنه قال: «أما إنك حجرٌ، وإني لأعلم أنك لا تضرُّ ولا تنفع، ولكني رأيت رسول الله ﷺ يقبُّلك، فأنا أقبُّلك» (٥).

وعن ابن عمر قال: استقبل رسول الله ﷺ الحجر، فاستلمه ثم وضع شفتيه

(١) الفاكهي في أخبار مكة (١/١٠٢).

(٢) لم أجده، وذكره الكاساني في البدائع (٢/١٤٦).

(٣) أخرجه ابن خزيمة (٢٧٠٣) وأشار إلى الاختلاف في إسناده؛ ورواه الشافعي في المسند (ص ١٢٥)؛ والطبراني في الكبير (١٢٠٧٢) من طريق مقسم عن ابن عباس، وقال الهيثمي في المجمع: «فيه ابن أبي ليلى وهو سيء الحفظ» (٢/١٠٣).

(٤) في ب (وقد قال أصحابنا).

(٥) أخرجه البخاري (١٥٢٠)؛ ومسلم (١٢٧٠).



عليه يبكي طويلاً، ثم التفت، فإذا هو بعمر، فقال: «يا عمر، ها هنا تسكب العبرات»^(١).

وأما الاستلام؛ فلما روي عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لِيبَعَثَنَّ الحِجْرَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ لَهُ عَيْنَانِ يَبْصُرُ بِهِمَا، وَلِسَانٌ يَنْطِقُ بِهِ، يَشْهَدُ عَلَيَّ مِنْ اسْتَلَمَهُ بِحَقِّ»^(٢)، وعن عطاء قال: رأيت أبا هريرة وأبا سعيد الخدري وغيرهما من أصحاب النبي ﷺ يستلمون الحجر، ثم يقبلون أيديهم^(٣).

وأما قوله: من غير أن يؤذي أحداً؛ فلما روي أن النبي ﷺ قال لعمر: «إنك رجلٌ أَيْدٍ، وإنك لتؤذي الضعيف، فإذا وجدت مسلماً فاستلم، وإلا فدع وكبر وهلل»^(٤).

٩٣١ - فَصْلٌ: [في هيئة الطواف]

[قال]: ثم يأخذ عن يمينه فيطوف بالبيت سبعة أشواط، يرمل في الثلاثة الأولى [منها]، ويمشي في الأربعة.

والأصل في ذلك: ما روي (أن النبي ﷺ استلم الحجر، ثم أخذ عن يمينه

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٩٥)؛ وقال المناوي في فيض القدير: «فيه محمد بن عون الخراساني، قال في الميزان عن النسائي: متروك، وعن البخاري: منكر الحديث، وعن ابن معين: ليس بشيء» (٣٥٢/٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٩٦١) وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (٢٩٤٤).

(٣) أخرجه الشافعي في المسند (ص ١٢٦)؛ والدارقطني في السنن (٢/٢٠٩)؛ والبيهقي في الكبرى (٧٥/٥).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (١٩٠)؛ والبيهقي في الكبرى (٨٠/٥)؛ قال الهيثمي في المجمع: «فيه راو لم يسم» (٢٤١/٣).

مما يلي باب البيت ، فطاف سبعة أشواط^(١) ، ومقادير العبادات إنما تؤخذ من جهة التوقيف .

فأما الرمل فكلّ طوافٍ [بالبیت] بعده سعيٌّ ، فمن سنَّته الاضطباع والرَّمَل في الثلاثة الأشواط الأوّل منه ، وكلّ طواف ليس بعده سعيٌّ ، فلا رمل فيه .

وقد روي عن ابن عباس (أنّ الرمل ليس بسنةٍ ، وإنما فعله النبي ﷺ ليُظهر الجَلْد للمشركين)^(٢) .

والدليل على أنه سنةٌ: ما روى ابن عمر قال: (كان النبي ﷺ إذا طاف بالبيت الطواف الأوّل خبّ ثلاثاً ومشى أربعاً)^(٣) .

وعن ابن عباس: (وأنّ النبي ﷺ وأصحابه اعتمروا من الجِعْرانة^(٤) ، فرملوا بالبيت ثلاثاً ، ومشوا أربعاً ، واضطبعوا)^(٥) .

وروى عطاء ، عن ابن عباسٍ قال: (رَمَل رسول الله ﷺ في حجّته وعمرته ، وأبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، والخلفاء من بعده)^(٦) .

وروى جعفر بن محمد ، عن أبيه: أنه سمع جابراً يحدث عن حجّة النبي

(١) رواه مسلم في حديث جابر في الحج (١٢١٨) .

(٢) أخرجه مسلم (١٢٦٤) .

(٣) أخرجه البخاري (١٥٦٢) ؛ ومسلم (١٢٦١) .

(٤) الجِعْرانة - بكسر أوله ، وسكون ثانيه ، وتخفيف الراء - قرية صغيرة في صدر وادي سرف ، فيها مسجد يعتمر منه أهل مكة المكرمة ، وتقع شمال شرقي مكة المكرمة على قرابة (٢٤) كيلاً . انظر: معالم مكة التاريخية لعاتق البلادي ص ٦٤ .

(٥) أخرجه أبو داود (١٨٨٤) ؛ قال في نصب الراية: «قال المنذري: حديث حسن» (٤٣/٣) .

(٦) أخرجه أحمد (١٩٧٢) ؛ وأبو يعلى في المسند (٢٤٩٢) .

ﷺ ، قال: (حتى إذا أتى البيت ، استلم الركن وطاف بالبيت سبعة أشواط ، رمل من ذلك ثلاثاً)^(١) .

وأما ابن عباس ، فذهب إلى أن النبي ﷺ اضطبع ورمل لمعنى ، وذلك أن المشركين أخلوا له مكة في عمرة القضاء ، وصعدوا إلى الجبال ، وقالوا: (إن حمى يثرب قد أوهنتهم ، واضطبع رسول الله ﷺ ورمل) ، وقال: «رحم الله امرأً أبدى من نفسه الجلد»^(٢) ، قال ابن عباس: وهذا المعنى قد زال .

وهذا ليس بصحيح ؛ لما بينا أنه ﷺ رمل في حجته ، وهي بعد الفتح ؛ ولأن الصحابة رملوا بعده ، وروي عن عمر أنه قال: (ما لي أهزُّ كتفي وليس عندي من أرائيه ، ولكني أفعل كما فعل رسول الله ﷺ)^(٣) .

وليس يمتنع أن يكون أصل الرمل فعل لسبب ، ثم يفعل بعد زواله ، كما أن رمي الجمار أصلها أن إبراهيم ﷺ رمى الشيطان ، ثم صارت سنة .

وقد قال أصحابنا: إنه يرمل من الحَجَر إلى الحَجَر .

وقال سعيد بن جبیر ، وطاووس ، وعطاء ، ومجاهد: [ب/٧٩] لا يرمل ما بين الركن اليماني والحَجَر ، وإنما يرمل من الجانب الآخر^(٤) .

قالوا: لأنَّ المشركين كانوا يطلعون على المسلمين من ذلك الجانب ، فإذا صاروا إلى الركن اليماني حال [البيت بينهم]^(٥) .

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨) .

(٢) أخرجه مسلم (١٢٦٤) .

(٣) أخرجه أبو داود (١٨٨٧) ؛ وابن ماجه (٢٩٥٢) ؛ وصححه ابن خزيمة (٢٧٠٨) .

(٤) ابن أبي شيبة (٣٥٧/٣) .

(٥) في أ (البيت بينه وبينهم) ، والمثبت من ب .

وهذا ليس بصحيح؛ لِمَا روي عن أبي الطفيل: (أن رسول الله ﷺ رمل ثلاثاً من الحَجَرِ إلى الحجر)^(١).

وأما الاضطباع: فهو أن يتشح بثوبه ويخرجه من تحت إبطه، ويُلقيه على عاتقه الأيسر.

٩٣٢ - فَصْل: [الطواف من وراء الحطيم]

وقد قال أصحابنا: إذا طاف جعل طوافه من وراء الحطيم؛ لأن رسول الله ﷺ هكذا طاف؛ ولأن بعض الحطيم من البيت؛ بدليل ما روي عن عائشة أن النبي صلى الله عليه قال لها: «إن قومك قصّروا عن النفقة، فقصّروا عن قواعد إبراهيم، ولولا حدثان عهدهم بالجاهلية، لرددته إلى قواعد إبراهيم، ولجعلت له بابين»^(٢). وروي أن رجلاً نذر أن يصلي في البيت ركعتين، فأمره رسول الله ﷺ أن يصلي في الحطيم^(٣).

وإذا كان بعض الحطيم من البيت، وجب أن يطوف من ورائه ليستغرق البيت.

ولا يقال: لو كان بعضه من البيت؛ لجازت الصلاة إليه؛ وذلك لأن الصلاة ثبت فرضها بيقين، وحكم الحطيم ثبت بخبر الواحد، فلا يسقط به ما يثبت بالاستفاضة، وإذا طاف عليه، [لم يسقط فرضه بيقين، وما يؤدّي إلى إسقاط فرض الطواف بيقين أولى]^(٤).

(١) أخرجه مسلم (١٢٦٢) ولكن من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البخاري (١٥٠٧)؛ ومسلم (١٣٣٣).

(٣) ذكره الكاساني في البدائع (١٣١/٢).

(٤) في أ (لم يسقط فرضه بغير يقين، وإنما يؤدّي إلى إسقاط فرض الطواف بيقين)، والمثبت من ب.

قال: فإن زوحم في الرَّمْل ، قام ، فإذا وجد فُرْجَةً رمل ؛ لأنه ممنوعٌ من فعله على [غير] سنته ، فوجب أن يتوقف حتى يتمكن من إتيانه^(١) بسنته .

[قال]: ويستلم الحَجْر في كلِّ شوطٍ إن استطاع ، فإن لم يستطع استقبله وكبّر ؛ وذلك لأنه في كلِّ شوطٍ مفتتحٌ للطواف ، فصار كالشوط الأول .

قال: ويستلم الركن اليماني ، قال محمد في الأصل: فإن تركه لم يضره في قول أبي حنيفة ، وقال محمد: يستلمه ولا يتركه . وقال الشافعي: يستلمه ويقبّل يده ، ولا يقبله^(٢) .

فإن نصّرنا رواية [محمد في] الأصل: في أنه مستحبٌ وليس بمسنونٍ ؛ فلأنه ليس من السنّة تقبيله ، فكذلك استلامه كالركن الشامي ، وقد روى جابر: (أن النبي ﷺ ، استلم [الركن] اليماني ولم يقبله)^(٣) .

وإن قلنا: إنه سنّةٌ على ظاهر ما قاله أبو الحسن ؛ فلما روى ابن عمر قال: (رأيت رسول الله ﷺ يستلم هذين الركنين ، ولا يستلم غيرهما)^(٤) .

وعن ابن عباس قال: (كان رسول الله ﷺ يستلم الركن اليماني ، ويضع خدّه عليه)^(٥) .

ولا يستلم الركنين الآخرين عندنا .

(١) في ب (الإتيان) .

(٢) انظر: رحمة الأمة ص ٨٩ .

(٣) أخرجه مسلم (١٢١٨) .

(٤) أخرجه البخاري (١٥٢٩) ؛ ومسلم (١٢٦٨) .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن (٢/٢٩٠) ؛ وصححه ابن خزيمة (٢٧٢٧) .

وعن معاوية ، وسويد بن غفلة: أنهما استلما جميع الأركان ، فقال ابن عباس لمعاوية: أنما يُستلم هذان الركنان؟ فقال: ليس شيء منه مهجور^(١).

وإنما لم يستلم الركنين ؛ لأنّ القياس ينفي الاستلام ، ألا ترى أنّ شرف البقعة لا يقتضي استلامها كسائر البقاع ، وإنّما تركوا القياس في الركنين ؛ لأنّ النبي ﷺ استلمهما ؛ ولأنّ الركنين الآخرين ليسا بركني البيت ؛ لأنّ الجاهلية قصّرت في البيت ، فلذلك لم يستلمهما ﷺ ؛ إذ الاستلام إنما هو في الأركان الموضوعة [في الأصل] .

٩٣٣ - فَصْل : [صلاة ركعتي الطواف]

[قال]: ثم يصلي ركعتين عند المقام ، أو حيث تيسّر عليه من المسجد وهي عندنا واجبة . وقال الشافعي: سنة^(٢).

لنا: ما روي أنّ النبي ﷺ لما فرغ من الطواف ، أتى المقام ، فصلّى عنده ركعتين ، وتلا قوله تعالى: ﴿وَاتَّخِذُوا مِنْ مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلِّينَ﴾ [البقرة: ١٢٥]^(٣) ؛ ولأنّه^(٤) ركنٌ في الحج ، فـ[كان] من توابعه ما هو واجبٌ كالوقوف ؛ ولأنّها قرينة لا يجوز تقديمها على فعل الطواف كالسعي .

وأما قوله: حيث تيسّر من المسجد ؛ فلأنّ الصلاة لا تختصّ بمكانٍ دون

(١) رواه أحمد في المسند (٢٢١٠)؛ وقال الهيثمي في المجمع: «رجاله رجال الصحيح» (٢٤٠/٣).

(٢) انظر: المبسوط ١٢/٤؛ المجموع ٦٧/٨.

(٣) أخرجه مسلم في حديث جابر (الطويل) في الحج (١٢١٨).

(٤) في ب (ولأن الطواف).

مكانٍ ، وقد روي عن عمر أنه نسي ركعتي الطواف ، فقضاهاما بذى طوى^(١).

٩٣٤ - فَصْل : [استلام الحجر في الطواف]

[قال]: ثم يعود إلى الحجر ويستلمه ، وهذا على وجهين: كل طوافٍ بعده سعيٍّ ، فإنه يعود بعد الصلاة إلى الحَجَرِ ، وما ليس بعده سعيٍّ لا يعود ، وقد روى جابر: (أنَّ النبي ﷺ صلى ركعتين وعاد إلى الحَجَرِ)^(٢)؛ ولأنَّ الطواف إذا رُتِّبَ عليه السعي ، صار متصلًا بأشواطه ، والسُّنَّةُ أن يستلم بين كل شوطين ، فكذلك يستلم بين الطواف والسعي .

وإذا لم يكن بعد الطواف سعيٍّ ، لم يستلم ؛ لأنَّ انتهت الأشواط وخرج من العبادة^(٣).

٩٣٥ - فَصْل : [حكم السعي بين الصفا والمروة]

قال: ثم يخرج إلى الصفا والمروة ، ولم يتعرض أبو الحسن^(٤) من أي بابٍ يخرج ، وقد روى عطاء: (أنَّ النبي ﷺ خرج من باب بني مخزوم)^(٥). وليس ذلك سُنَّةً عندنا ، فمن أي الأبواب خرج جاز ، وإنما خرج من هذا الباب لقُربه من الصفا .

والكلام في السعي من الصفا والمروة يقع في أنه واجبٌ عندنا ، وليس

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤٦٣/٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٢١/٢ وما بعدها.

(٤) (أبو الحسن) سقطت من ب .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩١/٣)، وقال البيهقي في الكبرى: «وهذا مرسلٌ جيدٌ» (٧٢/٥).

بركن، وقال الشافعي: هو ركن^(١).

لنا^(٢): قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾ [البقرة: ١٥٨]، وهذا اللفظ لا يُستعمل في الواجبات؛ ولأنه نسكٌ ذو عددٍ لا يختص بالمسجد، فلم يكن ركنًا كالرمي، أو: فجاز أن يقوم [الدم]^(٣) مقامه كالرمي؛ ولأنه نسكٌ لا يتكرر [في الإحرام]، فلم يكن ركنًا فيه كالحلق، وإنما قلنا: إنه واجبٌ؛ لأن النبي ﷺ سعى، وفعله إذا ورد مورد البيان، أفاد الوجوب.

ولأن القائل أحد قائلين: إما من قال: هذا ركنٌ، أو قال: هذا واجبٌ، فإذا دللنا أنه ليس بركنٍ، ثبت أنه واجبٌ بالإجماع.

فأما الكلام في صفة السعي، فيبتدئ بالصفاء؛ لأنه ﷻ ابتداءً به وقال: «نبدأ بما بدأ الله به»^(٤).

فيأتي الصفا، فيصعد عليه حتى يشاهد الكعبة؛ [وذلك لما روي عن جابر، قال: (ثم وقف النبي ﷺ على الصفا بحيث يرى الكعبة)^(٥)]، وعن ابن عمر (أنه كان إذا صعد الصفا: استقبل البيت، ثم كبر ثلاثاً، ثم قال: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، يرفع بها صوته، ويدعو، ثم يقول ذلك على المروة)^(٦).

(١) انظر: الهداية ١/١٤٢؛ المهذب ١/٢٢٩.

(٢) في ب (دليلنا).

(٣) في أ (غيره)، والمثبت من ب.

(٤) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر (الطويل) ﷺ.

(٥) أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٨٢/٦).

وعن جابرٍ: أن النبي ﷺ بدأ بالصفاء، فرقي عليه، فوحد الله وكبر وقال: «لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قديرٌ، لا إله إلا الله [وحده]، أنجز وعده، ونصر عبده، وحزم الأحزاب وحده»، ثم دعا بقدر خمس وعشرين آيةً من [سورة] البقرة، ثم نزل إلى المروة حتى إذا انصبت قدماه في بطن الوادي، سعى، حتى إذا صعد، مشى مشياً، حتى إذا أتى المروة فعل على المروة مثل ما فعل على الصفا، وقال في سعيه: «رب اغفر وارحم [وتجاوز عما تعلم]، إنك أنت الأعز الأكرم»^(١).

وكان ([ابن] عمر إذا نزل من الصفا قال: اللهم استعملني على سنة نبيك، وتوفني على ملته، وأعدني من مضلات الفتن [وعذاب القبر])^(٢).

٩٣٦ - فصل: [البداية والنهاية في السعي]

قال: ويفعل ذلك سبعة أشواط: يبدأ في أولها بالصفاء، ويختم آخرها بالمروة، ويسعى في بطن الوادي في كل شوط.

وقال الطحاوي: يبدأ في كل شوط بالصفاء، ويختم بالصفاء.

وهذا ليس بصحيح؛ لما روي أن النبي ﷺ طاف بينهما سبعة أشواط، فلو كان على ما قال الطحاوي، لكان أربعة عشر شوطاً؛ ولأن محمداً قال في الكتاب: يُبتدأ بالصفاء، ويُختَم بالمروة، وعلى قول الطحاوي: يُبتدأ بالصفاء ويُختَم بالصفاء^(٣).

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩٥/٥).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٢٧/٢.

٩٣٧ - فَصْلُ: [التَّحَلُّلُ مِنَ الْعُمْرَةِ]

قال: فإن كان مُحْرَمًا بعمره لم يسق الهدى، أحلّ بالحلق أو التقصير، والحلق أفضل؛ وذلك لأنّ العمرة هي الطواف والسعي، وقد فعلهما، فلم يبق عليه شيءٌ من أفعالها، فجاز له التحلل.

وقد [١/٨٠] قال أصحابنا: إنّ التحلل بالحلق أو التقصير واجبٌ. وقال الشافعي: يقع التحلل من الحجّ بالرمي، ومن العمرة بالسَّعي^(١).

لنا: أنّ الله تعالى عبّر عن الإحرام بالحلق، فقال: ﴿لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ءَامِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ﴾ [الفتح: ٢٧]، وما عبّر به عن العبادة فهو مقصودٌ فيها؛ ولأنّها عبادةٌ تشتمل على أفعالٍ مختلفةٍ، فكان الخروج منها [يقع] بما يُنافيها في موضوع الشرع كالصلاة.

والحلق أفضل من التقصير؛ لأنّه ﷺ دعا للمحلّقين ثلاثاً، وللمقصرين مرّةً^(٢)؛ ولأنّ الحلق يأتي على التقصير، والتقصير لا يأتي على الحلق.

قال: وإن كان مُحْرَمًا وقد ساق الهدى، أقام حراماً، ولم يقصر، ولم يحلق للعمرة، لِمَا روي عن أنسٍ (أنّ النبي ﷺ لما قدم مكة، أمرهم أن يحلقوا إلا من كان معه الهدى)^(٣)، وفي حديث أسماء: أنّ النبي ﷺ قال: «من كان معه هدي، فليقم على إحرامه، ومن لم يكن معه هدي، فليحلق»^(٤)، ورُوي أنه قال:

(١) انظر: الإشراف ٤٧٩/١؛ القدوري ص ١٧٤؛ المنهاج ص ٢٠٢.

(٢) أخرجه البخاري (١٧٢٧)؛ ومسلم (١٣٠١).

(٣) أخرجه البخاري (٤٠٩٦)؛ ومسلم (١٢٥٠).

(٤) أخرجه مسلم (١٢٣٦).

«لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لما سُقْتُ [الهدى] ، ولجعلتها عمرة ، ولحللت كما حللوا»^(١) . فأخبر أن المانع من إحلاله سوقه الهدى .

٩٣٨ . فِضْلُ : [ما يفعل المَحْرَمُ مُفْرِدًا]

وإن كان مُحْرِمًا بحجٍّ مفردٍ ، فعل مثل ذلك في استقبال البيت والطواف والسعي ، وأقام على إحرامه ؛ وذلك لأنَّ واجبات الحج باقيةً ، فلا يجوز له التحلل إلى يوم النحر .

[قال] : إن كان جمع بينهما ، فإنه يبدأ بالطواف والسعي للعمرة ، ثم يطوف ويسعى للحج كما وصفت لك .

وهذا صحيحٌ ؛ لأن القارن يجب عليه عندنا طوافان وسعيان ، لا ينوب أحدهما عن الآخر . وقال الشافعي : يطوف طوافاً واحداً ، ويسعى سعيًا واحدًا^(٢) .

لنا : ما روي في حديث عليٍّ^(٣) ، وابن مسعود^(٤) ، وعمران بن الحصين^(٥) :
أن النبي ﷺ قرن بين الحج والعمرة ، وطاف لهما طوافين ، وسعى سعيين .

وهذا يدلُّ على تعلُّق الطوافين بالسَّبَبِ الذي هو القران ؛ ولأنَّه محرَّمٌ بالحجِّ والعمرة ، فوجب أن يلزمه لكلِّ واحدٍ منهما طوافٌ وسعيٌّ مفردٌ كالمتعمِّع الذي

(١) أخرجه البخاري (١٥٦٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) انظر : المنهاج ص ٢٠٤ ؛ القدوري ص ١٥٠ .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن وفي إسناده الحسين بن عمارة ، قال الدارقطني : «متروك الحديث» (٢٦٣/٢) .

(٤) أخرجه الدارقطني وضعف إسناده (٢٦٤/٢) .

(٥) رواه الدارقطني في السنن (٢٦٤/٢) وأشار إلى الوهم في ذكر الطوافين والسعيين .

ساق الهدى ؛ ولأنَّ كلَّ ما أسقط فرض الحج والعمرة ، كان الركن فيه طوافين ، أصله الإفراد .

٩٣٩ . فَصَّلْ : [صفة المُفْرَدِ بعد الطَّوَّافِ والسَّعْيِ]

[قال] : ويقيم حراماً لا يحلق ولا يقصر ؛ وذلك لأنه مُحْرَمٌ بالحجِّ ، فلا يجوز له التَّحَلُّلُ قبل الفراغ من أفعاله .

[قال] : فإذا كان يوم التروية خرج الحاج والقارن إلى منى بعد الزوال ، فصلَّى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ؛ لما روي عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : «جاء جبريل إلى إبراهيم يوم التروية ، فخرج به إلى منى ، فصلَّى به الظهر والعصر والمغرب والعشاء [الآخرة] والفجر ، ثم عدل به إلى عرفات»^(١) .

وعن جابرٍ (أنَّ النبي ﷺ لما كان يوم التروية توجَّه إلى منى ، فصلَّى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح ، ثم مكث قليلاً حتى طلعت الشمس ، ثم سار إلى عرفة)^(٢) .

٩٤٠ . فَصَّلْ : [إحرام المتمع]

وإن كان محرماً بعمرة ساق الهدى أو لم يسق ، فأحرم بحجَّةٍ وهو متوجَّهٌ إلى منى ، فإن شاء أحرم قبل ذلك ، لما روي (أنَّ النبي ﷺ أمر أصحابه بفسخ

(١) رواه ابن جرير كما في كنز العمال (٥/٨١) ؛ ورواه أبو الحسن الطوسي في الأربعين حديث

(٣٣) وفي إسناده ابن أبي ليلى سيء الحفظ . انظر الأربعين لأبي محمد الطوسي ، ت : مشعل

المطيري ، (دار ابن حزم) .

(٢) أخرجه مسلم (١٢١٨) .

الحج ، وأمرهم يوم التروية فأهلوا بالحج^(١) .

و[قد] قال أصحابنا: إن المتمتع كلما قدّم إحرام الحج فهو أفضل . وقال الشافعي: الأفضل أن يحرم يوم التروية^(٢) .

لنا قوله ﷺ: «من أراد الحج ، فليتعجل»^(٣) ؛ ولأنه يصير كائناً في العبادة من غير نهي ، فهو أفضل ؛ ولأنه أشقّ ، [فكان التلبّس به أولى] .

والذي روي عن النبي ﷺ (من التأخير ، فقد اختلفوا في ذلك)^(٤) ؛ ولأنه اختار لهم في ذلك العام الأيسر ، ولم يختار الأفضل ، ولهذا أمرهم بفسخ الحج .

٩٤١ - فَصَّلْ : [تقديم سعي الحج على وقته]

قال: ولا يطوف بالبيت ، وهذا قول أبي حنيفة ، وهو قول محمد أنه يؤخر طواف الحجّ والسعي إلى يوم النحر .

قال ابن شجاع: أخبرني أصحابنا عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه كان يقول: إذا أحرم من مكة أحر الطواف إلى يوم النحر .

قال هشام عن محمد: فإن طاف الآن وسعى فلا بأس .

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا: أن من دخل مكة مُحرماً بالحج ،

(١) هو من حديث جابر عند مسلم (١٢١٨) .

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٦٤ .

(٣) أخرجه أبو داود (١٧٣٢) ؛ وابن ماجه (٢٨٨٣) ، وقال العظيم آبادي في عون المعبود: «قال المنذري: فيه مهران أبو صفوان ، قال أبو زرعة الرازي: لا أعرفه إلا في هذا الحديث» (١٠٨/٥) ؛ وأشار البوصيري في المصباح إلى قوته بطرقه وشواهد (١٧٩/٣) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

طاف طواف القدوم، وجاز له أن يسعى بعده، وهذا السعي هو الواجب في الحج، وموضوعه عقيب طواف الزيارة؛ لأنه هو الركن، فيتبعه السعي الواجب.

فأما طواف القدوم، فهو سُنَّةٌ، والسنن لا يتبعها ما هو واجبٌ، إلا أنه رُخص له في تقديم السعي على وقته، وفعله عقيب طواف القدوم تخفيفاً عنه، ألا ترى أنه في يوم النحر قد أفاض من مزدلفة وتشاغل بالرمي والذبح والحلق، ثم يأتي مكة للطواف، ويعود إلى منى لبيت بها، فيكثر عليه العمل في هذا اليوم، فجاز تقديم السعي ليخفف عليه بعض عمل يوم النحر.

فإذا كان متمتعاً، فليس عليه طواف القدوم، فلم يجز له أن يسعى، وكان عليه فعل السعي [في] مكانه.

وجه رواية هشام: أنه رُخص له في السعي عقيب طواف القدوم، وهو طواف مسنونٌ، فإن طاف طواف نافلةٍ وقدم السعي عقيبه جاز، وإن أخره [حتى] ^(١) يأتي به في وقته [فهو] أولى.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وقد روى الحسن بن زياد غير هذا، وهو أحب إليّ.

وهذه الرواية إنما عنى بها ما روى ابن شجاع عن الحسن: أنه إذا أحرم يوم التروية طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى، إلا أن يكون أهلاً بعد الزوال يوم التروية.

وقال الحسن في سياق روايته عن أبي حنيفة في كتاب المناسك: وإن شئت

(١) في أ (فلأن).

أن تحرم بالحجّ يوم التروية أو قبل يوم التروية ، ثم تطوف للحجّ وتسعى قبل أن تأتي منى ، فعلت ، وهو عندنا أفضل .

والوجه في ذلك : أنه إنّما جُوز له تقديم السعي للتخفيف في يوم النحر ، وذلك يستوي فيه المتمتع والمفرد ؛ لأنه يأتي بطوافٍ ليس بواجبٍ ، ويرتّب عليه السعي الواجب في الوجهين .

والذي فرّق الحسن بين ما قبل الزوال وبعده ؛ فلأنه بعد الزوال يستحقّ عليه الرواح إلى منى ، فلا يتشاغل عنه بفعل ما ليس بموضوعٍ في ذلك الوقت ، وما قبل الزوال لا يلزمه الخروج ، فهو كما قبله من الأيام .

٩٤٢ - فصل : [عمل العمرة بمكة]

قال : وليس للعمرة عملٌ بمنى ، ولا بمزدلفة ، ولا بعرفة ، وإنما عملها الطواف والسعي خاصّةً ، وذلك إنما يكون بمكة ، فلا يبقى عليه بعدها عملٌ ، وإنما يبقى إحرامها إذا ساق الهدى خاصّةً ؛ لأنه لا يقدر أن يتحلّل لأجل إحرام الحجّ .

٩٤٣ - فصل : [ما تختلف فيه المرأة عن الرجل في الحج]

قال : والرجل والمرأة في ذلك سواءً ، إلا في أربعة أشياء : ليس على النساء رملاً ، ولا سعيً في بطن الوادي ، ولا حلقً ، ويقصرن من أطراف شعورهنّ ، ويغطين رؤوسهن ، وإنما إحرامهن في وجوههن دون سائر أبدانهن ، ويلبسن ما شئن [من الثياب] ، إلا ثوباً مطيباً .

وذلك لأنّ حكم الرجل والمرأة في الشرع سواءً ، إلا ما خصّه الدليل ، ألا

ترى أنّ أمّ سلمة لما سألت النبي ﷺ عن غسل الجنابة ، بيّن لها حكم نفسه ، فقال : «أما أنا...»^(١) فدلّ على تساويهما .

فأمّا الرمل والسعي ؛ فلأنه وضع لإظهار الجلد ، والمرأة ليست من أهل القتال ، فلم يوضع في حقها ؛ ولأنها إذا هرولت لم يؤمن أن ينكشف شيء من بدنها ، وهي مأمورة بفعل العبادات على أستر ما يكون لها .

فأما الحلق ؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «ليس على النساء حلق»^(٢) ، ولأنّ الحلق فيهنّ مثله ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن المثلة^(٣) ، وأمّا التقصير ، فقد ساوين الرجال [فيه] ، فثبت في حقهنّ .

وأمّا تغطية رؤوسهنّ ؛ فلأنه عورة ، والإحرام لا يُبيح كشف العورة [ب/٨٠] ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : «إحرام المرأة في وجهها»^(٤) ، وروي عن عائشة أنها قالت : (كنا إذا أحرمنا مع رسول الله ﷺ كشفنا وجوهنا ، فإذا استقبلنا ركبا ، أسدلنا خمرنا وجافيناها عن وجوهنا)^(٥) .

(١) (فقال أما أنا) سقطت من ب ، والحديث لم أجده من حديث أم سلمة ؓ ، ورواه البخاري (٢٥١) ؛ ومسلم (٣٢٧) من حديث جبير بن مطعم ؓ .

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٨٤) من حديث ابن عباس ، وقال ابن حجر في التلخيص : «إسناده حسن» (٢٦١/٢) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٤٢) من حديث عبد الله بن يزيد ؓ .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٩٤/٢) ؛ والطبراني في الكبير (١٣٣٧٥) من حديث ابن عمر ؓ ، قال في مجمع الزوائد : «فيه أيوب ابن محمد اليمامي ، وهو ضعيف» (٢١٩/٣) ، وقال البيهقي في الكبرى : «والمحفوظ موقوف» (٤٧/٥) .

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٩٣٥) ؛ قال ابن حجر في الفتح : «في إسناده ضعف» (٤٠٦/٣) .

وأما لبس المخيط ؛ فلأنّ بدنّها عورةٌ ، والستر بما ليس بمخيطٍ لا يؤمن مع الكشف .

و[قد] قال أصحابنا: إنّها لا تستلم الحجر إذا كان عنده جمعٌ ؛ لأنها ممنوعةٌ من مماسّة الرجال^(١) .

٩٤٤ - فَصْلٌ : [الدَّفْعُ مِنْ مَنَى إِلَى عَرَفَاتٍ]

قال: وإذا صَلَّى الفجر يوم عرفة ، خرج إلى عرفات بعد طلوع الشمس ، فإن دفع قبل ذلك بعد الصلاة ، جاز ، والاختيار الأول ؛ وذلك لما بيّننا أنّ النبي ﷺ خرج إليها بعد طلوع الشمس ، فإن خرج قبل الطلوع ، فلم يبق عليه شيءٌ يفعلهُ [بمنى] ، فيجوز ذلك .

قال: فيأتي عرفة ، فيقيم بها ، فإذا زالت الشمس ، اغتسل إن أحبّ ، وهو أفضل ، وليس بواجبٍ ، ويصلي مع الإمام الظهر والعصر في وقت الظهر ، ويخطب الإمام قبل الصلاتين بعد الزوال خطبتين ، قائماً يجلس بينهما جلسةً خفيفةً ؛ لما روي عن النبي ﷺ (أنّه خرج إلى عرفات ، فخطب بها ، وصلى الظهر والعصر في وقت الظهر ، وراح إلى الموقف)^(٢) .

وروي أنّ عبد الملك بن مروان كتب إلى الحجاج: لا تخالف عبد الله بن عمر في شيءٍ من أفعال الحج ، فلما زالت الشمس ، جاء ابن عمر إلى سرادقه ، فقال: أين هذا؟ فخرج إليه الحجاج ، فقال: (إن أردت السنّة فالساعة ، فقال الحجاج: انتظرنى أغتسل ، فانتظره ، فخرج معه إلى الموقف)^(٣) .

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٣٢/٢ وما بعدها .

(٢) أخرجه مسلم من حديث جابر (١٢١٨) .

(٣) أخرجه مالك (٨٩٦) ؛ والنسائي (٣٠٠٥) .

وإنما قدّم الخطبة على الصلاة؛ لأنّ النبي ﷺ قدّمها؛ ولأنهم بعد الصلاة يتشاغلون بالرواح، فلا يستمعون الخطبة، والمقصود من هذه الخطبة تعليم المناسك، فوجب أن يقدّمها؛ ولأنه يُبيّن لهم فيها كيفية الجمع بين الصلاتين، فلا بدّ من تقديمها على الصلاة.

ويخطب قائماً؛ لأنّ المقصود تبليغ الناس، ويجلس بين الخطبتين؛ لأنّ ذلك هو السنّة في الخطبة التي تتعلّق بالصلاة.

ويؤذّن المؤذّنون إذا صعد الإمام المنبر قبل أن يخطب.

وقال أبو يوسف: يؤذّنون بعد الزوال قبل خروج الإمام، وهذا قوله الأول.

وجه قولهما: أنّ هذه الخطبة لما تقدّمت على الصلاة، كان الأذان إذا صعد

الإمام المنبر كخطبة الجمعة.

وجه قول أبي يوسف: أنّ المفعول الظهر والعصر، فيؤذّن قبل خروج الإمام

كسائر الصلوات.

وإنما جمع بين الصلاتين؛ لأنّ النبي ﷺ جمع بينهما، ولم يتنفل بينهما^(١)

ولا بعدهما؛ ولأنه يتشاغل بالوقوف، فقدّمت الصلاة لأجل الوقوف، كما تقدم

الفجر يوم [النحر]^(٢) لأجل الوقوف بمزدلفة.

ويجمع بينهما بأذان وإقامتين، يؤذّن ويقيم للظهر، ثمّ يقيم للعصر؛ وذلك

لما روى جابر (أنّ النبي ﷺ جمع بينهما بإقامتين)^(٣)؛ ولأنّ العصر مقدّمة على

(١) في ب (ولم يتنفل في خلال ذلك).

(٢) في أ (التروية)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) أخرجه مسلم (١٢١٨).

وقتها ، فلا بدّ من إعادة الإقامة ليكون إماراً لتقديمها .

٩٤٥ - فَصْلُ : [الْجَمْعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ فِي عَرَفَةَ]

قال أبو حنيفة: لا يجوز الجمع بين الصلاتين إلا بإمامٍ ، فإن صلى الرجل وحده ، صَلَّى كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا^(١) في وقتها ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقف الجمع على الإمام .

وجه قوله: أن الجمع يسقط به فرض وقت العصر ، وإسقاط فروض الصلاة يقف على الإمام ، كصلاة الجمعة ؛ ولأنّ الجمع بينهما لا يجوز أن يكون للسفر ؛ لأنّ أهل مكة يجمعون ، ولا يجوز أن يكون للإحرام ؛ لأنّه لا يبيح ما كان مُحَرَّمًا ، وإنما يحرم ما كان مباحًا ، ولا يجوز أن يكون لاتصال الوقوف ؛ لأنّ فعل الصلاة لا يقطع الوقوف ، فلم يبق إلا أن يكون للإمام .

وجه قولهما: أنّ المفعول ظهرٌ وعصرٌ ، وذلك لا يقف على الإمام كسائر الأيام .

٩٤٦ - فَصْلُ : [الْجَمْعُ لِمَنْ أَحْرَمَ بَعْدَ الزَّوَالِ]

وإذا ثبت من أصل أبي حنيفة: أنّ الجمع لا يجوز إلا مع الإمام ومع الإحرام ، فقد روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنّ من أحرم بعد الزوال ، لم يجز له الجمع ، وروي عنه: أنّه إذا كان مُحَرَّمًا قبل العصر أجزأه ، وهو قول أبي يوسف ومحمد .

وجه الرواية الأولى: أنّ سبب الجمع زوال الشمس ، ألا ترى [أنّ الجمع]

(١) في ب (كل صلاة منهما) .

إنما يجوز بعده، فإذا حصل وليس بمحرم، فلا يثبت له حكم الجمع، فلم يجز له وإن أحرم.

وجه الرواية الأخرى: أن الظهر لا يقف فعلها في وقتها على شرط الإحرام، وإنما يحتاج إلى ذلك لتقديم العصر، فإذا أحرم قبل العصر جاز.

وقد روي عن محمد بن أبي حنيفة: أنه إن كان حين صلى الظهر مع الإمام مُخْرِمًا بعمرة، ثم أحرم بالحج قبل العصر، لم يجزئه إلا أن يصلي الصلاتين جميعاً وهو مُهْلٌ بالحج، وهذا صحيح على الرواية الأولى؛ لأن إحرام العمرة لا تأثير له في جواز الجمع، فوجوده وعدمه سواء.

٩٤٧ - فَصْل: [الجمع إذا صَلَّى الحاج وحده]

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا صَلَّى الظهر وحده، لم يجز أن يصلي العصر مع الإمام، وقال زفر: يجوز.

وجه قول أبي حنيفة: أن الجَمْع لم يُنْقَل في الشرع إلا مع الإمام، فلا يجوز فعله على وجه لم يثبت في الشرع؛ ولأن العصر إنما يجوز تَبَعًا للظهر، فما شُرْط في العصر وهو التَّبَع، فلأن يُشْرَط في متبوعها أولى.

وجه قول زفر: أن الإمام إنما يُحْتَاج إليه لإسقاط الفرض، والظهر مفعولة في وقتها، وإنما يحتاج إلى الإمام في إسقاط فرض [وقت] العصر، فإذا فعلها معه، جاز.

٩٤٨ - فَصْل: [التطوع بين الصلاتين]

قال: ولا يتطوع أحدٌ بينهما إمامٌ ولا مأمومٌ، وإن تطوع الإمام فقد فعل



مكروهاً ، ويعيد الأذان للعصر ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال ابن سماعه عن محمد: لا يُعيد الأذان ، وتجزئه الإقامة .

وكذلك إذا قطع بين الصلاتين لعلّةٍ أو حاجةٍ ؛ وذلك لأنّ النبي ﷺ صلاهما ولم يتنقل ؛ ولأنّ فرض وقت العصر يسقط ليُستدرك فضيلة الوقوف التي لا تُدرك إلا في هذا اليوم ، فلأن يسقط النفل أولى ، فإذا تنقل فقد قطع الصلاة الثانية عن الإعلام الأول ، فاحتاجت إلى إعادة الإعلام .

فأمّا محمدٌ فعنده: أنّ كلّ صلاتين جمعهما وقتٌ واحدٌ ، اقتُصر لهما على أذانٍ واحدٍ كالفوائت وإن تنقل بينهما ؛ [فلذلك] ^(١) [قال] : لا يعيد الأذان .

٩٤٩ - فَصْلُ : [صِفَةُ الْخُطْبَةِ]

وقال في صفة الخُطبة: إنّ الإمام يحمد الله تعالى ويُثني عليه ، ويهّل ويكبّر ، ويعظ الناس ، ويأمرهم بما يحقّ عليهم ^(٢) ، وينهاهم عمّا نهاهم الله عنه ، ويخبر الناس بمعالم حجّهم ومناسكهم ، ثم يدعو الله بحاجته ، ثم ينزل ؛ وذلك لأنّ الخطبة موضوعةٌ لتعظيم الله وذكّره ، وللوعظ والتعليم ، وهذه الخطبة يحتاج إليها إلى تعليم الوقوف والإفاضة من عرفة ، والوقوف بمزدلفة ، فوجب أن يستوفي ذلك .

٩٥٠ - فَصْلُ : [الْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ]

[قال] : وإذا فرغ الإمام من الصلاة راح إلى الموقف ، وراح الناس معه في

(١) في أ (فكذلك) والمثبت من ب .

(٢) في ب (بما يجب عليهم) .

عقب انصرفهم من الصلاة؛ وذلك لأن النبي ﷺ راح إليها عقيب الصلاة؛ ولأنه قدّم العصر ليستوفي الوقوف، فلا معنى للتأخير بعد الصلاة.

[قال]: وإذا وقف بها، فأفضل ذلك [١/٨١] أن يقف بها راكباً، ويدعو الناس بما أحبوا، وتُرفع الأيدي بسطاً يستقبل الداعي بيده ووجهه القبلة^(١).

وإنما كان الأفضل للإمام أن يقف راكباً؛ (لأن النبي ﷺ وقف [راكباً] على ناقته)^(٢)؛ ولأن الإمام يدعو ويدعو الناس بدعائه، فإذا كان على ناقته، فهو أبلغ في مشاهدتهم له.

وقد روى عكرمة عن ابن عباس قال: (رأيت رسول الله ﷺ يدعو بعرفات، وقد جعل يديه في نحره، كاستطعام المسكين)^(٣).

وروى عليٌّ: أن النبي ﷺ قال: «إن أكثر دعائي ودعاء الأنبياء قبلي عشية عرفة: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، يحيي ويميت، وهو على كل شيء قدير، اللهم اجعل لي في قلبي نوراً، وفي سمعي نوراً، وفي بصري نوراً، اللهم اشرح لي صدري، ويسّر لي أمري، وأعوذ بك من وساوس الصدر، وشتات الأمر، وفتنة القبر، اللهم إني أعوذ بك من شرّ ما يلج في الليل، [وشر ما يلج في النهار]، وشر ما تهبُّ به الريح»^(٤).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (٢٨٩٢)؛ والبيهقي في الكبرى (١١٧/٥)؛ وقال الهيثمي في المجمع: «فيه الحسين بن عبد الله بن عبيد الله وهو ضعيف» (١٦٨/١٠).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٨٢/٣)؛ والبيهقي في الكبرى (١١٧/٥)، وإسناده ضعيف، كما في المغني عن حمل الأسفار للعراقي (٢٠٥/١).



وإنما لم يوقت أصحابنا الدعاء [في ذلك] ؛ لأنَّ الإنسان يدعو بما شاء .

٩٥١ - فصل : [التَّلبِيَّةُ في المَوْقِفِ]

قال : ويُلَبِّي في موقفه ذلك ساعةً بعد ساعةٍ ، لا خلاف بين أصحابنا في ذلك ، ولا ينبغي أن يقطع التلبية حتى يرمي جمرة العقبة .

وهذا صحيحٌ ، لا يقطع عندنا الحاجُّ والقارن التلبية حتى يرمي جمرة العقبة . وقال مالك : إذا وقف بعرفة ، قطع [التلبية] ^(١) .

والدليل عليه ما روي عن الحسين : أنه حجَّ فلبَّى حتى رمى جمرة العقبة ، فقال : حججتُ مع أبي فلبَّى حتى رمى جمرة العقبة ، وأخبرني : (أنه حجَّ مع رسول الله ﷺ فلبَّى حتى رمى جمرة العقبة) ^(٢) .

وعن ابن مسعود : (أنه لبَّى عشية عرفة ، فقليل له : ليس هذا موضع التلبية ، فقال : أَجْهَلَ النَّاسُ ، أم نَسُوا؟ فو الذي بعث محمداً بالحق ، لقد خرجتُ ^(٣) مع رسول الله ﷺ ، فما ترك التلبية حتى رمى جمرة العقبة ، إلا أن يخلطها بتكبيرٍ وتهليلٍ) ^(٤) .

ولأنَّ هذا الذكر يفعل في افتتاح [العبادة] ^(٥) ، ويتكرر في أثنائها ، فكان القياس أن يفعل في آخرها كالتكبير في الصلاة .

(١) وفي الإشراف «يقطع التلبية إذا زالت الشمس يوم عرفة» ٤٧٩/١ .

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/٢٢٤) .

(٣) في ب (حججت) .

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٦١) ؛ وصححه ابن خزيمة (٢٨٠٦) .

(٥) في أ (الصلاة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

وإنما تركوا القياس فيما بعد الرمي بالإجماع ، فما سواه على أصله ، وقد قال أبو الحسن: إنه يقطع التلبية مع أول حصاة في الحجّ الفاسد؛ لأنّ أعماله أعمال الصحيح ، فتساويا .

قال محمدٌ في إملاء الكيساني^(١): والقارن مثله ؛ لأنّه مُحرّمٌ بالحجّ فهو كالمفرد ، فأما المحرم بالعمرة المفردة ، فيقطع التلبية إذا استلم الحجر حين يأخذ في طواف العمرة . وقال مالك: إذا رأى البيت [قطع تلبيته] .

لنا: أنّ قطع التلبية يتعلّق بفعلٍ [هو] نسكٌ كالحجّ ، واستلام الحجر نسكٌ ، ورؤية البيت ليس بنسكٍ ، ولأنّ الطواف ركنٌ للعمرة ، فهو كطواف الزيارة ، فيقطع التلبية قبله .

قال محمد: والذي يفوته الحجّ ، يتحلّل بعمل عمرةٍ ، ويقطع التلبية حين يأخذ في الطواف الذي يتحلّل به ؛ لأنّ أفعال الحجّ لما سقطت عنه بقيت أفعال العمرة ، كان عليه أن يفعل ما يفعله المعتمر .

قال: والقارن إذا فاته الحجّ ، قطع التلبية في الطواف الثاني [الذي] يتحلّل به من حجّته ؛ لأنّ العمرة لم تفت ، فيفعلها ، كمن لم يفته الحجّ ، فإذا فرغ منها فهو في الحجّ كالمعتمر ، فيقطع التلبية [إذا أخذ في طوافه الثاني] .

قال: ويقطع المُحصّر التلبية إذا ذبح هديه ؛ لأنّه قد أُبيح له التحلل ، فيقطع التلبية [كما بعد الرمي] .

فإن حلق الحاجّ قبل أن يرمي جمرة العقبة ، قطع التلبية ؛ لأنّه [قد حلّ]^(٢)

(١) في ب (في إملائه في الكيسانيات) .

(٢) في أ (يتحلل) والثبت من ب .

من الإحرام ، والتلبية لا تثبت بعد التحلل ، فإن زار البيت قبل أن يرمي [جمرة العقبة] ، أو حلق أو ذبح ، قطع التلبية في قول أبي حنيفة ومحمد ، رواه هشام .
وروى محمد عن أبي يوسف [أنه] قال : يُلبى ما لم يحلق أو تزول الشمس من يوم النحر .

وجه قولهما : أنه إذا طاف قبل الرمي والذبح ، فقد تحلل ، بدلالة أنه لو جامع لم يلزمه [بدنة] ، فصار التحلل بالطواف كالتحلل بالحلق .

وجه قول أبي يوسف : أن إحرامه بحاله ، بدليل أنه لا يجوز له الطيب واللبس ، فصار كمن لم يطف^(١) ، وليس كذلك إذا حلق ؛ لأنه تحلل من الإحرام ، بدلالة إباحة الطيب واللبس .

فأما إذا زالت الشمس ؛ فلأن من أصل أبي يوسف ، أن وقت الرمي للجمرة - جمرة العقبة - [يفوت]^(٢) بالزوال ، ويفعل بعده قضاءً ، فصار فواتها كفعالها .

و[قد] روى ابن سماعة عن محمد : أن من لم يرم قطع التلبية إذا غربت الشمس من يوم النحر ، [وروى هشام عنه : أنه يقطع التلبية إذا مضت أيام الرمي] ، وقال أبو يوسف : حتى تزول الشمس ، وذكر الحسن في أثر روايته عن أبي حنيفة : أنه يلبى حتى يرمي جمرة العقبة ، إلا أن تغيب الشمس قبل أن يأتي منى ، أو قبل أن يرمي ، فإنه يقطع التلبية إذا كان كذلك .

وهذا فرع على أصل أبي حنيفة : أن [رمي] جمرة العقبة لا يفوت وقته إلا

(١) في ب (فصار بمنزلة من لم يطف) .

(٢) في أ (يفعل) ، والمثبت من ب .

بغروب الشمس ، فإذا فات وقتها ، فكأنها سقطت بالفعل .

وأما أبو يوسف فقال: إنه يفوت [وقتها] بزوال الشمس^(١) ، وأما محمدٌ: فلم يعتبر في إحدى الروايتين فوات الوقت ، وإنما اعتبر فوات القضاء ، وفعل الرمي لا يسقط ما بقيت أيام الرمي ، وإن كان يأتي به قضاء ، فبقي حكم التلبية حتى يسقط وقت الفعل .

فأما إذا ذبح قبل أن يرمي ، فقد ذكر أبو الحسن أن هشاماً روى عن أبي حنيفة ومحمدٍ: أنه يقطع التلبية ؛ لأنه تحلل بالذبح ، فهو كما لو تحلل بالحلق .

وروى ابن سماعة عن محمدٍ: أنه لا يقطع التلبية وإن ذبح ما لم يرم أو يحلق ؛ لأنه لا يخرج من الإحرام بالذبح .

قال الحسن عن أبي حنيفة: إنما يقطع التلبية بالذبح القارن والمتمتع ، فأما إذا ضحى المفرد ، لم يقطع التلبية ، وهذا صحيح ؛ لأن القارن والمتمتع ذبحهما يقع به التحلل ، فهو كالحلق .

فأما المفرد ، فتحلله لا يقف على ذبحه ، فلا يقطع عنده التلبية .

٩٥٢ . فَصْلُ : [هَيْئَةُ الْوُقُوفِ بِعَرَفَاتِ]

قال: واستقبال القبلة في الموقف أفضل ، وإن انحرف قليلاً لم يضره ، ويقف متوضئاً ، فإن وقف [على غير وضوء ، لم يضره ، والغسل أفضل ، فإن وقف جنباً ، أو وقف] وقد نسي الظهر والعصر ، لم يضره .

(١) في ب (إنها يفوت وقتها) .

والأصل في استقبال القبلة (قوله تعالى: ﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ﴾ [البقرة: ١٤٤])^(١)،
وقوله ﷺ: «خير المجالس، ما استقبل به القبلة»^(٢)،

[وروى جابرٌ قال: (ركب رسول الله ﷺ حتى أتى الموقف، فجعل بطن ناقتة إلى الصخرات، وجعل حبل المشاة بين يديه، واستقبل القبلة]، فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس) ^(٣).

فأما الغسل؛ فلأن النبي ﷺ اغتسل يوم عرفة^(٤)؛ ولأن هذا يوم اجتماع الناس، فالأفضل فيه الغسل كالعيدين والجمعة.

وإن اقتصر على الوضوء جاز؛ لأن الغسل إذا لم يفعل للحدث، قام الوضوء مقامه كغسل الجمعة.

وأما قوله: وإن كان جنباً لم يضره، يعني في الاعتداد بالوقوف؛ لأنه عبادة لا تتعلق بالبيت، فلا يشترط فيها الطهارة، كرمي الجمار.

وأما نسيان الظهر والعصر؛ فلأن الوقوف عبادة لا تعلق لها بالصلاة، ولا يترتب عليها، فلا يمنع نسيان الصلاة من صحتها.



(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٨٣٦١)؛ وقال الهيثمي في المجمع: «فيه حمزة بن أبي حمزة وهو متروك» (٥٩/٨).

(٣) أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٤) روى مالك في الموطأ عن نافع: «أن عبد الله بن عمر كان يغتسل لإحرامه قبل أن يحرم، ولدخوله مكة، ولوقوفه عشية عرفة» ومشهور تأسي ابن عمر رضي الله عنه (٣٢٢/١).


٩٥٣ - فَصْل :

وكلّما قرب من إمامه في وقوفه ، فهو أفضل ؛ وذلك لأنّ الإمام يعلم الناس بعرفات المناسك ، ويدعو ، وكلما قرب منه كان أمكن من السماع .

٩٥٤ - فَصْل : [عرفة كلها موقف]

قال : وعرفة كلها موقفٌ إلا بطن عُرنة^(١) ؛ لما روى عطاء عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : «عرفة كلّها موقفٌ ، وفجاج مكة كلها طريق ومنحر»^(٢) ، وروى هشام بن عروة ، عن أبيه : أن النبي ﷺ قال : «عرفة كلها موقف إلا بطن عُرنة»^(٣) ، وتخصيص العبادات بالأماكن إنما يعلم من طريق النصّ^(٤) والتوقيف .

وقد روى ابن عمر وابن عباس : (أنّ النبي ﷺ لما أتى عرفة ضربت له قبة بوادي نمرة ، فوقف فيها)^(٥) .

ولم يخصّ أصحابنا الوقوف بهذا الموضع ؛ لأنه يحتمل أن يكون  إنما نزل به كما اتفق ذلك له .

(١) عُرنة : ويعرف بواد عُرنة : من كبار أودية مكة ، ويمر بطرف عرفة من الغرب ، حيث يكون مسجد نَمرة بعضه في عُرنة ، وهذا الوادي فاصل بين الحرم وبين عرفات ، فليس واحداً منهما . انظر : معالم مكة التاريخية ص ١٨٤ .

(٢) أخرجه مسلم (١٢١٨) .

(٣) رواه من هذا الطريق مالك في الموطأ (٨٧٠) ، ولكنه موقفٌ على الزبير .

(٤) سقطت من ب .

(٥) أخرجه أبو داود (١٩١٣) عن ابن عمر ، ولم أجده عن ابن عباس .

٩٥٥ - فَضْلُ: [وقت الدفع من عرفة]

قال: فإذا غربت الشمس ، دفع الإمام والناس معه ، ولا يدفع أحدٌ قبل أن تغرب الشمس ، إمامٌ ولا مأمومٌ^(١) ؛ لِمَا روي أنه ﷺ [٨١/ب] خطب عشية عرفة فقال: «أما بعد ، فإن هذا يوم الحج الأكبر ، وإن أهل الشرك والأوثان كانوا يدفعون في هذا اليوم قبل غروب الشمس حتى تَعْتَمَ بها رؤوس الجبال ، كأنها عمائم الرجال في وجوههم ، وإنا ندفع فلا تعجلوا» فدفع بعد غروب الشمس ، وروي أنه قال: «هدينا غير هديهم» ، [دفع بعد غروب الشمس]^(٢) .

فإن خاف بعض القوم الزحام ، أو كانت به عِلَّةٌ ، فتقدّم قبل الإمام قليلاً ما بينه وبين [بطن] عُرنة ، (ولم يجاوز حدّ عرفة)^(٣) ، فلا بأس ، [وإن ثبت مكانه يدعو حتى يدفع الإمام ، فهو أفضل] ؛ لأنه إذا تقدّم ولم يتجاوز موضع الوقوف ، دفع عن نفسه ضرر الزحمة ، وكان في حكم الواقف ، وإن تأخر مكانه فهو أفضل ؛ لأنه لا يكون أخذاً في الإفاضة قبل وقتها .

و[قد] روي عن عائشة: أنها أقامت مكانها حتى أفاض الناس وابتيض ما بينها وبين الإمام ، ودعت بشراب ، فأفطرت ثم أفاضت^(٤) .



(١) في ب (ولا غيره) .

(٢) رواه الشافعي في المسند (٣٦٩) ؛ والطبراني في الكبير (٢٨) ؛ قال في المجمع: «رجاله رجال الصحيح» (٢٥٥/٣) .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٦/٣) ؛ وقال ابن حجر في الدراية: «إسناده صحيح» (٢٢/٢) .

بَابُ

الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وقت الوقوف من حين تزول الشمس من يوم عرفة إلى طلوع الفجر من يوم النحر، فمن وقف بعرفة في شيء من هذا الوقت، فقد أدركه (١)، وصحَّ حجُّه، ولا يلحق حجُّه بعد هذا فساد بوجه من الوجوه.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: [والأصل في هذا] أن رسول الله ﷺ وقف [بعرفة] بعد الزوال، وهذا بيان لأوّل الوقت، وقال: «من أدرك عرفة بليلاً، فقد أدرك الحجّ، ومن فاته عرفة بليلاً فقد فاته الحجّ» (٢)، فدلّ على أن الوقت يبقى ببقاء الليل، فإن أدرك شيئاً من الوقت، فقد صحَّ الوقوف، فلا يلحقه [فساد بعد ذلك، كما لا يلحقه] فوات.

قال: وكذلك إذا حصل [كائناً] بعرفة في هذا الوقت كان عارفاً بها أو جاهلاً، فقد تمَّ حجُّه، وجهالته بالموضع ومعرفته سواءً، وكذلك إن نوى الوقوف أو لم ينو؛ وذلك لما روي في حديث عروة بن مضرّس الطائي أنه قال للنبي ﷺ: إني أكلت راحلتي وأجهدت نفسي، وما تركت جبلاً من جبال طيِّء إلا وقفت

(١) في ب (فقد أدرك عرفة).

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٤٩)؛ والترمذي (٨٨٩)؛ والنسائي (٣٠١٦)؛ وابن ماجه (٣٠١٥) من

حديث عبد الرحمن بن يعمر، وصححه ابن حبان حديث (٣٨٩٢).



عليه ، فهل لي من حجٍّ ، فقال ﷺ : « من صلى معنا هذه الصلاة ، ووقف معنا هذا الموقف ، وقد كان قبل ذلك أتى عرفة ساعةً من ليلٍ أو نهارٍ ، فقد تمَّ حجُّه وقضى تفثه »^(١) ، فدلَّ على أن الوقوف يصحَّ في الموضع ، علم أو لم يعلم .

قال : فإن وقف بعرفة في غير هذا الوقت ، فوقوفه وغير وقوفه سواءً ؛ لأنها عبادةٌ مؤقتةٌ ، فإذا فعلها في غير وقتها لم يقع موقع المأمور به كسائر العبادات .

٩٥٦ - فصل : [الوقوف في حال الاشتباه]

[قال] : إلا أن يلتبس على الناس هلال ذي الحجة ، فيقفوا بعد أن أكملوا عدةً ذي القعدة ثلاثين ، ثم يتبين أن ذلك اليوم كان يوم النحر ، فوقوفهم صحيحٌ ، وحجُّهم تامٌ ، وهذا استحسانٌ .

والقياس : أن لا يصحَّ ؛ [لأن تأخير الوقوف عن وقته كتقديمه] ، وكما لو اشتبه عليهم ، فوقفوا يوم التروية ، لم يجزهم ، كذلك هذا في يوم النحر .

وإنما استحسنوا ؛ لقوله ﷺ : « حجَّكم يوم تحجَّون »^(٢) ، فجعل يوم^(٣) الحجِّ الوقت الذي تفعل الجماعة فيه الحجَّ .

وأما إذا وقفوا يوم التروية لم يجزهم ؛ لأنهم أدَّوا العبادة قبل وجوبها ووجود سبب وجوبها ، لم يجزئ كمن صلى قبل الوقت باشتباهٍ .

(١) أخرجه أبو داود (١٩٥٠) ؛ والترمذي (٨٩١) وقال «حسنٌ صحيحٌ» ؛ والنسائي (٣٠٣٩) ؛ وابن ماجه (٣٠١٦) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٢٤) ؛ والترمذي (٦٩٧) وقال «حسنٌ غريبٌ» ؛ وابن ماجه (١٦٦٠) ؛ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) في ب (فجعل وقت) .

وقد قال محمد: إنه إذا شهد عند الإمام شاهدان في عشية عرفة برؤية الهلال، فإن كان لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع عامة الناس، لم يعمل على الشهادة، ووقف من الغد بعد الزوال؛ وذلك لأنهم إذا شهدوا وقد تعذر الوقوف على الجماعة، صار كأنهم شهدوا بعد الوقت^(١).

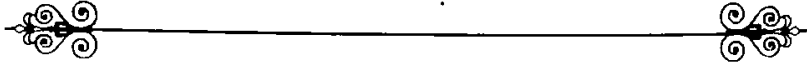
[قال]: وإن كان الإمام يلحق الوقوف قبل الفجر مع عامة الناس؛ إلا أنه لا يدرك ذلك ضعفُ الناس، فإن وقفَ جاز، وإن لم يقف [لم يجز]، وقد فاته الحج؛ لأنه ترك الوقوف في وقته مع العلم والقدرة، والمعتبر قدرة الأكثر، وليس المعتبر بالأقل.

قال محمد: وإن اشتبه على الناس، فوقف الإمام والناس يوم النحر، وقد كان وقف يوم عرفة من رأى الهلال، لم يجزه وقوفه، وكان عليه أن يُعيد الوقوف مع الإمام؛ لأن يوم النحر صار يوم الحج في حق الجماعة، ووقت الوقوف لا يجوز أن يختلف، فلا يعتد بما فعله الواحد.

[قال]: وكذلك إذا أحرَّ الإمام الوقوف لمعنى يسوغ فيه الاجتهاد، لم يجز لمن وقف قبله، وهذا كالإمام يشهد عنده شاهدان بهلال ذي الحجة، فردَّ شهادتهما؛ لأنه لا علةً بالسماء، [فوقف بشهادتهما قومٌ قبل الإمام لم يجزهم]؛ لأن الإمام أحرَّ [الوقوف] لسببٍ يجوز له العمل عليه في الشرع، فصار كالمؤخر بالاشتباه.



(١) في ب (الوقوف).



٩٥٧ - فصل: [الخروج من عرفة قبل الغروب]

وقد قال مالك: إن من وقف بعرفة نهاراً ولم يقف جزءاً من الليل، لم يجز حجه^(١).

وهذا خطأ؛ لقوله ﷺ: «من وقف معنا هذا الموقف، وقد كان وقف قبل ذلك بعرفة ساعة من ليلٍ أو نهار، فقد تم حجه، وقضى تفته»؛ ولأنه نسكٌ، فلا يختص بالليل كسائر المناسك. والله أعلم^(٢).



(١) «يستحب أن يجمع في الوقوف بعرفة بين الليل والنهار عند الثلاثة». كما في رحمة الأمة ص ٩٠؛ وقال ابن جزي: «فإن دفع قبل الغروب، فعليه العود ليلاً، وإلا بطل حجه». قوانين الأحكام الشرعية ص ١٥٢. انظر: التفریع ٣٤١/١؛ الإشراف ٤٨٢/١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٣٣/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٤٥.

بَابُ الدَّفْعِ مِنْ عَرَفَةَ

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا غابت الشمس من يوم عرفة ،
دفع الإمام والناس معه ، وقد بيّنا هذا .

قال: وينبغي للناس أن يدفعوا وعليهم السكينة [والوقار] حتى يأتوا
المزدلفة ؛ وذلك لما (روي أنّ النبي ﷺ لما أفاض من عرفة ، أفاض وعليه
السكينة والوقار ، وأوضع في وادي مُحَسَّرٍ) (١).

وروي أنّه قال: «أيها الناس ، ليس البرُّ في إيجافِ الخيل ، ولا في إيضاع
الإبل ، على هينتكم» (٢) ؛ ولأنّه توجّه إلى الصلاة ، ألا ترى أنّهم [يسرون] (٣)
إلى مزدلفة ليصلّوا [بها] المغرب [والعشاء] ، وقد قال ﷺ: «إذا أتيتم الصلاة ،
فلا تأتوها وأنتم تسعون ، وأتتوها وعليكم السكينة والوقار» (٤).

٩٥٨ - فَصْلُ: [الدفع من عرفة بعد الغروب]

[قال]: وإن أبطأ الإمام بالدفع ، وتبيّن للناس الليل ، دفعوا قبل الإمام ؛
[وذلك] لأنّ وقت الدفع قد حصل ، فإذا تأخر الإمام ، فقد ترك السنّة ، فلا

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (١٥٨٧) ؛ ومسلم (١٢٨٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) في أ (يصيرون) والمثبت من ب .

(٤) أخرجه البخاري (٨٦٦) ؛ ومسلم (٦٠٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

يجوز للناس تركها.

٩٥٩ - فَصْل: [الدفع من عرفة قبل غروب الشمس]

قال: فإن دفع أحدٌ قبل الإمام وقبل غروب الشمس، فمضى حتى جاء مزدلفة قبل أن يدفع الإمام، فعليه دمٌ. وقال الشافعي: لا شيء عليه^(١).

لنا^(٢): أن الوقوف في جزءٍ من الليل واجبٌ؛ بدلالة أن رسول الله ﷺ وقف حتى دخل الليل، وفعله بيانٌ؛ ولأنه قال: «من أدرك عرفة بليلٍ فقد أدرك الحجَّ»^(٣)، وإذا كان الوقوف بالليل واجباً، فإذا تركه فعليه دمٌ كسائر الواجبات.

فإن عاد إلى عرفة قبل أن يدفع الإمام، فقد استدرك المتروك من جنسه، فيسقط عنه الدم، وإن عاد بعد ما خرج الإمام من عرفة، فقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة: أن الدم يسقط عنه أيضاً، وهو الصحيح؛ لأنه استدرك المتروك.

[وعلى رواية الأصل: لا يسقط؛ لأن المتروك سببه الدفع مع الإمام، ولم يستدرك ذلك].

٩٦٠ - فَصْل: [النزول بمزدلفة]

[قال]: وإذا جاء الإمام المزدلفة، وهي المشعر الحرام، وهي التي إذا

(١) وقال النووي: «ولو وقف نهراً ثم فارق عرفة قبل الغروب ولم يعد، أراق دمًا استحباباً، وفي قول يجب». المنهاج ص ٢٠١.

(٢) في ب (دليلنا).

(٣) أخرجه أبو داود (١٩٤٩)؛ والترمذي (٨٨٩)؛ والنسائي (٣٠١٦)؛ وابن ماجه (٣٠١٥)؛ وصححه ابن حبان من حديث عبد الرحمن بن يعمر (٣٨٩٢).

أفضت من مأزمي^(١) عرفة إلى بطن مُحَسَّرٍ ، فانزل حيث شئت عن يمين الطريق ويساره ، ولا تنزل على جادة الطريق فتؤذي الناس ؛ وذلك لقوله ﷺ : «مزدلفة كلها موقفٌ ، وارتفعوا عن مُحَسَّرٍ»^(٢) .

فأما النزول على الطريق ، فهو ممنوعٌ منه بالمزدلفة وغيرها ؛ لأنه يقطع الناس عن الاجتياز .

قال : ثم يؤذن المؤذن ويقيم ، فيصلي الإمام المغرب بجماعة الناس ، ثم يتبعها العشاء بأذانٍ واحدٍ وإقامةٍ واحدةٍ ، وقال الشافعي : [1/٨٢] بإقامةٍ إقامةٍ ، وقال زفر : بأذان وإقامتين .

لنا : ما روى عمر وخزيمة بن ثابت : (أن النبي ﷺ صلاهما بأذانٍ وإقامةٍ)^(٣) ، ولأنهما صلاتان جمعهما وقتٌ واحدٌ ، والثانية مفعولةٌ في وقتها كالعشاء والوتر .

وجه قول زفر : ما روي (أن النبي ﷺ صلاهما بإقامتين)^(٤) ، وهذا يحتمل أن يكون بأذانٍ وإقامةٍ ، فسُمِّي الأذان إقامةً ، كما سُمِّي النبي ﷺ الإقامة أذاناً بقوله : «بين كلِّ أذنين صلاة»^(٥) .

(١) المأزمان مثنى مأزم : وهو الطريق الضيق بين الجبلين ونحوه ، وهو طريق يأتي المزدلفة من جهة عرفة ، لا يدفع الناس ليلة المزدلفة إلا معه ، فإذا أفضوا منه ، كانوا في المزدلفة . معالم مكة التاريخية للبلاوي ص ٢٤١ .

(٢) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٣) حديث ابن عمر عند مسلم (١٢٨٨) ، وحديث خزيمة رواه الطبري في تهذيب الآثار كما في التلخيص الحبير (١٩٣/١) .

(٤) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٥) أخرجه البخاري (٥٩٨) ؛ ومسلم (٨٣٨) من حديث عبد الله بن مغفل رضي الله عنه .

[قال]: ولا يتطوع بينهما؛ [وذلك] لأن النبي ﷺ لم يتطوع [بينهما]؛ ولأن التشاغل بالفرض أولى من التشاغل بالتطوع.

فإن تطوع بينهما، أو تشاغل بشيء، أعاد الإقامة؛ لأن الصلاة الثانية انقطعت عن الإعلام الأول، فوجب أن يعيد الإعلام.

[قال]: ومن صلى المغرب والعشاء وحده أجزاءه، والسنة أن يصلي مع الإمام؛ وذلك لأنه لا يُسقط بالصلاة مع الإمام فرضاً من فروضها، فإذا صلاهما وحده جاز كسائر الصلوات، والأفضل أن يصليهما مع الإمام؛ لأن الجماعة أولى من الفرادى.

٩٦١ - فصل: [الوقوف بمزدلفة]

[قال]: فإذا أصبح، صَلَّى الإمام الفجر من يوم النحر بَغْلَسٍ، ووقف الناس، ودفَعوا ورائه ومعه، وإن استطاعوا أن يكون موقفهم على الجبل الذي عليه الميقدَّة، وهو الجبل الذي يقال له: قُرْح، فليفعلوا، ويدعو الله، ويرفع يديه، ويستقبل بهما وجهه بسطاً.

وإنما قَدَّمَ الإمام الفجرَ في أول وقتها بَغْلَسٍ^(١)؛ لحديث ابن مسعود قال: (ما صَلَّى رسول الله ﷺ صلاةً لغير ميقاتها إلا صلاة [العصر] بعرفة، وصلاة [المغرب]^(٢) بجمع، وصلاة الفجر يومئذٍ، فإنه صلاها قبل ميقاتها بَغْلَسٍ)^(٣).

ولأنه إذا قَدَّمَ الصلاة، استدرك فضيلة الوقوف، وذلك لا يُستدرك في غير

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (الجمع)، والمثبت من ب.

(٣) أخرجه البخاري (١٥٩٨)؛ ومسلم (١٢٨٩).

هذا اليوم ، فكان أفضل من فضيلة الإسفار التي تُستدرك في كلِّ يومٍ .

فأمَّا الوقوف بعد الصلاة ، فهو واجبٌ عندنا ، وليس بركنٍ ، وقال الليث^(١) :
هو ركنٌ .

والدليل على وجوبه ؛ قوله ﷺ : «من وقف معنا هذا الموقف ، وصلّى معنا هذه الصلاة ، وقد كان وقف قبل ذلك بعرفة ، فقد تم حجُّه»^(٢) ، فعَلَّق تمام الحج بالوقوف بالمزدلفة ؛ ولأنه وَقَفَ ، وفعله بيانٌ .

فأما الدليل على أنه ليس بركنٍ ؛ فقوله ﷺ : «الحج عرفة ، فمن أدرك عرفة ، فقد أدرك الحج»^(٣) ، ولأنه ﷺ قَدَّمَ ضعفة أهله^(٤) ، ولو كان ركنًا لم يجز تركه للعدر ؛ ولأنه نسكٌ متكرِّرٌ ، فلا يكون جميعه ركنًا كالطواف .

٩٦٢ - فَصَّلْ : [وقت الدفع إلى منى]

ثم يَدْفَعُ الإمام قبل أن تطلع الشمس ؛ وذلك لأنَّ النبي ﷺ قال : (إنَّ الجاهلية كانت تنفر من هذا المقام والشمس على رؤوس الجبال ، فخالقوهم ، فأفاض قبل طلوع الشمس)^(٥) ، وكانت الجاهلية تقول بالمزدلفة : أشرق ثبير كيما نُغِير ، فخالقهم رسول الله ﷺ .

قال : ومن لم يحصل له كونٌ بعد طلوع الفجر ، قبل أن تطلع الشمس

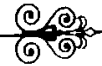
(١) في ب (وقال الشافعي) .

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٥٠) ، والترمذي (٨٩١) وقال «حسنٌ صحيحٌ» ؛ والنسائي (٣٠٣٩) ؛ وابن ماجه (٣٠١٦) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه البخاري (١٥٩٢) ؛ ومسلم (١٢٩٥) من حديث ابن عمر ؓ .

(٥) سبق تخريجه .



بالمزدلفة ممّن لا عذر له ، فعليه دمٌّ ؛ وذلك لما بيّنا أنه واجبٌ ، وترك الواجب بغير عذرٍ يوجب الكفّارة .

[قال] : وإن كانت به علةٌ أو عُذرٌ من ضعفٍ ، فخاف معه الزحام ، فلا بأس أن يتعجّل بليلٍ ، ولا شيء عليه ؛ وذلك لأنّ النبي ﷺ قدّم ضعفَةَ أهله ، ولم يأمرهم بكفّارة ، وكلّ نسكٍ أبيح تركه لعذرٍ ، لم يجب بتركه شيءٌ ، كطواف الصدر للحَيْض .

قال : ومن حصل له كونٌ [بالمزدلفة] بعد طلوع الفجر وقبل طلوع الشمس ، ولم يكن بها في شيءٍ من الليل ، فلا دم عليه ؛ وذلك لأنّ البيتوتة إنّما يُحتاج إليها للوقوف^(١) ، فإذا أدرك الوقوف ، لم يلزمه شيءٌ .

قال : وعلى أي وجهٍ حصل الحاجّ بالمزدلفة ، أجزاءه ؛ وذلك لأنه وقوفٌ واجبٌ ، فلا يقف على العِلْم ، كالوقوف بعرفة .

٩٦٣ . فَصْل : [صلاة المغرب قبل مزدلفة]

[قال] : ومن صَلَّى المغرب قبل أن يأتي جمعاً ، [وهو] ممن يمكنه أن يأتي جمعاً قبل طلوع الفجر ، لم تجزه صلاته في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن ، وقال أبو يوسف : يجزئه وقد أساء .

وجه قولهم : ما روي أنّ النبي ﷺ نزل في الطريق ، فقضى حاجته ، فقال له أسامة : الصلاة يا رسول الله ، فقال : «الصلاة أمامك»^(٢) ، وروي : «المصلّي

(١) في ب (لأجل الوقوف) .

(٢) أخرجه البخاري (١٣٩) ؛ ومسلم (١٢٨٠) .

أمامك»، وهذا يدلّ على أنه لا يجوز فعلها في الطريق؛ ولأنّها قربةٌ اختصّت بمكانٍ لأجل النسك، فكان فعلها فيه واجباً كالرمي والطواف؛ ولأنّها يجوز تأخيرها عن وقتها، وهو أفضل عندهم، فلا يخلو [إمّا] أن يكون التأخير لأنه لا يجوز تقديمها، أو لاتصال السير، واتصال السير ليس بفرضٍ ولا سنة، فلا يُترك له الفرض، فلم يبق إلا ما قلنا.

وجه قول أبي يوسف: أنه أدّى الصلاة في وقتها، فجاز كغير ليلة المزدلفة؛ ولأنه رخص له في التأخر ليتصل السير، فإذا لم يترخص، جاز.

٩٦٤ - فَصَّلَ: [خوف فَوَاتِ الْفَجْرِ فِي مُزْدَلِفَةَ]

فأمّا إذا كان يخشى أن يطلع الفجر قبل أن يسير إلى المزدلفة، صلى المغرب؛ لأنه إذا طلع الفجر فات وقت الجَمْع، فكان عليه أن يقدم الصلاة قبل الفوات.

فإن كان لا يخشى الفوات لأجل ضيق الوقت، ولكنه ضلّ عن الطريق، فخاف أن يطلع الفجر قبل أن يُصلي، لم يصلّ حتى يخاف طلوع الفجر؛ لأنّ الوقت باقٍ، ويجوز أن يصلّ، فكان عليه تأخير الصلاة.

[قال]: وكذلك إن صَلَّى العشاء الآخرة في الطريق بعد دخول وقتها، لم يُجزه، إلا على الشرط الذي ذكرنا في المغرب؛ وذلك لأنها مُرتبةٌ على المغرب، فإذا لم يجز المغرب، فما رُتب عليها أولى^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٣٥٣، ٥٣٦؛ القدوري ص ١٤٦.

بَابُ الدَّفْعِ مِنَ مُزْدَلِفَةَ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: ويفيض الإمام من المزدلفة^(١) قبل طلوع الشمس، فيأتي منى، فيرمي جمرة العقبة بسبع حصياتٍ، ويقطع التلبية عند أول حصاةٍ؛ وذلك لما روي (أنَّ النبي ﷺ [لَمَّا] أتى منى، لم يعرج على شيءٍ حتى رمى جمرة العقبة)^(٢)، فأما قطع التلبية عندها، فقد بيَّناه^(٣).

وقد روي عن عبد الله بن مسعود أنه رمى جمرة العقبة بسبع حصياتٍ من بطن الوادي، يكبر مع كلِّ حصاةٍ، فقليل له: إنَّ أناساً يرمونها من فوقها، فقال عبد الله: هذا والذي لا إله غيره مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة^(٤).

وكان ابن عمر يرمي الجمرة بسبع حصياتٍ، يتبع كلَّ حصاة بتكبيرةٍ،

(١) يناسب هنا ذكر المسافة بين مكة المكرمة والمشاعر المقدسة كما ذكر الكردي:

١ - المسافة بين المسجد الحرام إلى مسجد الخيف ٩ كيلو مترات.

٢ - المسافة من مسجد الخيف إلى مسجد مزدلفة ٥ كيلو مترات.

٣ - المسافة من مسجد مزدلفة إلى مسجد نمرة بعرفات ٧ كيلو مترات.

٤ - المسافة من مسجد نمرة إلى مسجد الصخرات عند جبل الرحمة بعرفات ٣ كيلو مترات.

التاريخ القويم ٢٨٨/٥.

(٢) قال ابن حجر في الدراية: «هو مستفاد من الأحاديث المتقدم ذكرها، منها حديث جابر الطويل،

ولم أره هكذا صريحاً» (٢٤/٢)، وحديث جابر عند مسلم (١٢١٨).

(٣) في ب (فقد قدمناه).

(٤) أخرجه البخاري (١٦٦٠)؛ ومسلم (١٢٩٦).

ويخبرهم أن النبي ﷺ كان يفعل ذلك^(١)، وعن سالم بن عبد الله: (أنه استبطن الوادي، ثم رمى الجمرة بسبع حصيات، يكبر مع كل حصاة: الله أكبر، الله أكبر، اللهم اجعله حجاً مبروراً، وذنباً مغفوراً، وعملاً مشكوراً، وقال: حدثني أبي: أن النبي ﷺ كان يرمي جمرة العقبة من هذا المكان، ويقول كلما رمى بحصاة مثل ما قلت^(٢)).

وقد قالوا: إنه يرمي بمثل حصى الخذف، لا يزيد على ذلك؛ لما روي أن النبي ﷺ جعل طرف إحدى سبأتيه على طرفه الآخر، وهو يقول: «مثل حصى الخذف»^(٣).

وقال لابن عباس: (ائتني بسبع حصيات مثل حصى الخذف، فأناه بهنّ، فجعل يقلبهنّ بيده ويقول: بمثلهنّ، لا تغلو، فإنما هلك من كان قبلكم بالغلو في الدين)^(٤)؛ ولأنه إذا رمى بأكبر من ذلك لا يأمن أن يصيب [٨٢/ب] غيره فيؤذيه.

وقالوا: إنه إذا وقف للرمي، جعل منى عن يمينه، والكعبة عن يساره، ويقوم منها حيث يرى موقع حصاه^(٥).

(١) أخرجه البخاري (١٦٦٤).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٨٣/٦)؛ والبيهقي في الكبرى (١٢٩/٥) وأشار إلى ضعفه.

(٣) أخرجه أحمد (١٩٠٣٨)؛ والطبراني (٣٤٧٣) من حديث حرملة بن عمرو رضي الله عنه، وقال الهيثمي في المجمع: «رجالها ثقات» (٢٥٨/٣).

(٤) أخرجه النسائي (٣٠٥٧)؛ وابن ماجه (٣٠٢٩) من حديث ابن عباس؛ وصححه ابن حبان (٣٨٧١).

(٥) في ب (موضع حصاه).

قال: وبأي شيء رمى من الأرض أجزأه: حجراً كان أو طيناً، وقال الشافعي: لا يجزئه إلا الحجر.

لنا: حديث عائشة: أن النبي ﷺ قال: «إنَّ أوَّلَ نَسكنا في يومنا هذا الرمي، ثمَّ الذبيح، ثمَّ الحلق^(١)»، وقال: «ومن رمى وذبح وحلق، فقد حلَّ له كل شيء إلا النساء»^(٢)، ولم يفصل؛ ولأنَّ كلَّ حكمٍ يتعلَّق بالحجر، يتعلَّق بغيرها كالاستنجاء.

قال: ولا يقف عندها، والأصل في ذلك: أن كلَّ رميٍ بعده رميٌّ فإنَّه يقف عنده، وكلَّ رميٍ ليس بعده رميٌّ، لا يقف عنده؛ لأنَّ النبي ﷺ لم يقف عند جمرة العقبة، ووقف عند الجمرتين؛ ولأنَّ الرمي إذا ترتب على الرمي، فما بينهما هو في خلال العبادة، فيأتي بالدعاء، وإذا لم يبق رميٌّ، فقد خرج من العبادة.

وقد روي عن إبراهيم بن الجراح أنه قال: دخلت على أبي يوسف في مرضه الذي مات [منه وهو وجود بنفسه]، فقال لي: أيهما أفضل أن ترمي الجمار ماشياً أو راكباً؟، فقلت: ماشياً، فقال: أخطأت، فقلت: راكباً، فقال: أخطأت، كلَّ رميٍ

(١) قال ابن حجر عن الحديث: «لم أجده، لكن أخرجه الخمسة عن أنس: أن النبي ﷺ أتى منى، فأتى الجمرة فرماها، ثم أتى منزله بمنى فنحر، ثم قال للحلاق: خذ، وأشار إلى جانب الأيمن ثم الأيسر». الدراية ٢/٢٦٠.

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٧٨) من طريق حجاج بن أرطاة عن الزهري عن عمرة عن عائشة، وقال أبو داود: «هذا حديث ضعيف، الحجاج بن أرطاة لم ير الزهري، ولم يسمع منه شيئاً»، وأشار الزيلعي في نصب الراية إلى تقويته بما رواه ابن أبي شيبه من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة (٨٠/٣).

بعده رميً ، فالأفضل أن ترميه ماشياً ، وكل رمي ليس بعده رميً ، فالأفضل أن ترميه راكباً ، [قال إبراهيم]: فخرجت من عنده ، فسمعت الناعي قبل أن أبلغ الباب^(١) .

وهذا صحيحٌ ؛ لأن الرمي إذا كان بعده رميً من سنته أن يقف عنده للدعاء ، [والماشي أمكن في الوقوف من الراكب]^(٢) ، والرمي الذي ليس بعده رميً من سنته أن ينصرف ولا يقف [عنده] ، والراكب أقرب إلى الانصراف .

والذي روى جابر: أن النبي ﷺ رمى الجمار راكباً ، فقد روي أنه قال: «خذوا عني مناسككم ، فلا أدري لعلي لا أحج بعد عامي هذا»^(٣) ، فإنما قصد أن يشاهده الناس ، ويقتدوا به .

قال: ولا يرمي يومئذ غيرها ؛ لأن النبي ﷺ لم يرم يوم النحر إلا جمرة العقبة ، ويحلق إن كان مفرداً ، وإن كان قارناً أو مُتَمَتِّعاً ذبح ثم حلق أو قصر .

أما المفرد فلا ذبح عليه ، فصار كالقارن إذا ذبح ، وأما القارن والمتمتع ، فيقدم الذبح على الحلق ؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا ﴾ [الحج: ٣٦] إلى قوله: ﴿ ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ ﴾ [الحج: ٢٩] ، فرتب قضاء التفث على الذبح ، وروي (أن النبي ﷺ رمى ثم ذبح ثم دعا بالحلاق ، فأشار إلى شقه الأيمن ، فحلقه وفرق شعره بين الناس ، ثم أشار إلى الأيسر ، فحلقه وأعطاه أم سليم ، ثم ذبح)^(٤) .

(١) الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (١٥٩/٢) (دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ٢ ، ١٤١٧هـ).

(٢) في أ (والماشي أمكن من الواقف) ، والمثبت من ب .

(٣) أخرجه مسلم (١٢٩٧) ونص مسلم (لتأخذوا مناسككم) .

(٤) أخرجه البخاري (١٦٩) ؛ ومسلم (١٣٠٥) من حديث أنس رضي الله عنه .

وروي أنه قال: «[إن] أوّل نسكنا في يومنا هذا الرمي، ثم الذبح، ثم الحلق»^(١).

وأما قوله: إن شاء قصر والحلق أفضل، فقد تكلمنا على ذلك.

[قال]: فأما إذا كان^(٢) من الغد: وهو اليوم الأول من أيام التشريق، رمى الجمار الثلاث جميعاً بعد الزوال، يبدأ بالتي [تلي] المسجد^(٣)، ثم التي تليها، ثم بجمرة العقبة، ويقف عند الجمرتين الأوليين، ولا يقف عند جمرة العقبة، ويرفع يديه عند الدعاء عندهما بسطاً؛ وذلك لما روي (أن النبي ﷺ في أيام التشريق رمى الجمار الثلاث، فابتدأ بالتي تلي المسجد، ووقف عند الجمرتين)^(٤).

وأما رفع اليدين؛ فلقوله ﷺ: «لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن»، وذكر منها: «عند الجمرتين»^(٥).

قال: وكذلك يفعل في اليوم الثاني، فإذا رمى في اليوم الثاني، فله أن ينفر من منى إن أحب؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْرَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْرَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣]، فإذا أقام ولم ينفر، رمى في اليوم الثالث.

(١) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده، لكن أخرجه الخمسة عن أنس أن النبي ﷺ أتى منى، فأتى الجمرة فرماها، ثم أتى منزله بمنى، فنحر، ثم قال للحلاق: خذ، وأشار إلى جانب الأيمن ثم الأيسر» (٢٦/٢).

(٢) في ب (إذا كان).

(٣) في أ (عند) والمثبت من ب.

(٤) أخرجه البخاري (١٦٦٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٥) أخرجه ابن خزيمة (٢٧٠٣) وأشار إلى الاختلاف في إسناده؛ ورواه الشافعي في المسند (ص ١٢٥)؛ والطبراني في الكبير (١٢٠٧٢) من طريق مقسم عن ابن عباس، وقال الهيثمي في المجمع: «فيه ابن أبي ليلى وهو سيء الحفظ» (١٠٣/٢).

[فقد] قال أصحابنا: له أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع ، فإذا طلع الفجر من اليوم الرابع ، لم يجز له النفر حتى يرمي .

وقال الشافعي: إذا غربت الشمس لم يجز له النفر^(١) .

لنا^(٢): أنه وقتٌ لا يجوز فيه الرمي عند اليوم الرابع ، فجاز فيه النفر لمن استوفى رمي الأيام ، كما قبل غروب الشمس .

٩٦٥ - فَصَّلْ: [وقت رمي جمرة العقبة]

فأما الكلام في وقت الرمي ، فإنَّ يوم النحر يدخل وقت الرمي حين يطلع الفجر .

وقال الشافعي: يدخل وقت الجواز بنصف الليل ، ويجب الرمي إذا طلعت الشمس .

وقال الثوري: لا يجوز الرمي ما لم تطلع الشمس .

أمَّا على الشافعي ؛ فلأنَّ النبي ﷺ قدَّم ضعفَه أهله وقال: «لا ترموا جمرة العقبة حتى تطلع الشمس» ، وروي عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قدَّم أغيلمة بني عبد المطلب على حُمُرٍ لهم ، وجعل يلطخ أفخادهم بيده وقال: «أُبَيِّنِي لا ترموا جمرة العقبة حتى تطلع الشمس»^(٣) ؛ ولأنه وقتٌ للوقوف بعرفة ، فلا يجوز فيه الرمي كالنصف الأول من الليل .

(١) انظر: المنهاج ص ٢٠٣ .

(٢) في ب (دليلنا) .

(٣) أخرجه أبو داود (١٩٤٠) ؛ والترمذي (٨٩٣) وقال «حسنٌ صحيحٌ» ؛ والنسائي (٣٠٦٤) ؛ وابن

ماجه (٣٠٢٥) . من حديث ابن عباس رضي الله عنه .



وأما على الثوري؛ فلما روي أنه رضي الله عنه قال لضعفة أهله: «لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين»^(١)؛ ولأنه خرج وقت الوقوف، فجاز له الرمي، كما بعد طلوع الشمس.

وقد قال أبو حنيفة: إن وقت الرمي يوم النحر يمتدُّ إلى غروب الشمس، روى ذلك الحسن [عنه]، وقال أبو يوسف: إلى وقت الزوال، وما بعده قضاء. وجه قول أبي حنيفة: أنه يومٌ من أيام الرمي، فامتد وقته إلى غروب الشمس كسائر الأيام.

وجه قول أبي يوسف: أن الرمي في هذا اليوم لما جاز في النصف الأول من النهار، لم يكن [النصف] الثاني وقتاً [له]؛ ألا ترى أن سائر الأيام لما كان النصف الثاني وقته، لم يجز في النصف الأول.

وقد قال أصحابنا: إذا أحر الرمي إلى الليل، رماه ولا شيء عليه، وإن أحره إلى الغد، رماه وعليه الدم.

وقال الشافعي في أحد قوليه: إذا غربت الشمس فات، ووجبت عليه الفدية، وفي القول الآخر: لا يفوت إلا من آخر أيام التشريق.

لنا: أنه يومٌ يجب فيه الرمي، فإذا أحره إلى غدٍ، وجب عليه الدم كالיום الرابع.

فأما على القول الآخر؛ فلأنه نسكٌ مؤقتٌ بيومٍ، فإذا فعله في الليلة التي تليه، لم يجب عليه الدم كالوقوف.

(١) رواه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣٥٠٣)؛ والبيهقي في الكبرى (١٣٢/٥) من حديث ابن

٩٦٦ - فَصْلٌ : [دخول وقت الرمي في أيام التشريق]

وأما اليوم الأول والثاني من أيام التشريق ، فلا يدخل وقت الرمي في الرواية المشهورة إلا بزوال الشمس .

وذكر [١/٨٣] الحاكم في المنتقى فقال: كان أبو حنيفة يقول: الأفضل أن يرمي في اليوم الثاني والثالث بعد الزوال ، فإن رمى قبله ، جاز .

وجه الرواية المشهورة: ما روي في حديث جابر: (أن النبي ﷺ رمى الجمرة يوم النحر ضحى ، ورمى في بقية الأيام بعد الزوال)^(١) .

وجه الرواية الأخرى: أنه يومٌ من أيام الرمي كيوم النحر .

٩٦٧ - فَصْلٌ : [وقت الرمي في اليوم الرابع]

وأما اليوم الرابع ، فقال أبو حنيفة: يجوز قبل الزوال ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز .

وجه قوله: ما روي عن ابن عباس أنه قال: (إذا انتفج النهار من آخر أيام التشريق ، جاز الرمي)^(٢) ؛ ولأن وقت الرمي يزيد على نصف يوم كسائر الأيام ؛ ولأنه وقت لا يحل له النفر فيه ، فكان وقتاً للرمي كما بعد الزوال .

وجه قولهما: حديث جابر ؛ ولأنه رمي قبله رمي ، فصار كالיום الثاني والثالث .

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨) .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٥٢/٥) وضعفه . انظر: الدراية ٢٨/٢ .

٩٦٨ - فَصْل: [مَوْعُ التَّقَاطِ حَصَى الْجِمَارِ]

وقد قال أصحابنا: إنه يأخذ حصى الجمار من أي موضع شاء، إلا من عند الجمرة، فإن أخذ من المزدلفة، أخذ ليوم النحر خاصة؛ وذلك لأن النبي ﷺ قال لابن عباس: «اثنني بسبع حصيات»^(١)، ولم يبيّن له موضعاً دون موضع، وإنما يُكره أن يؤخذ من عند الجمرة لما روي: أن ما قُبِلَ من الحصى رُفِعَ، وما لم يُقْبَل بقي^(٢)، فيكره أن يرمي بما لم يُقْبَل.

فإن رمى بحجرٍ من الجمرة، جاز. وقال مالكٌ: لا يجوز.

لنا: أن الرمي لا يغيّر صفة الحجر، فجاز به الرمي كالابتداء، والعجب من مالك حيث جوّز الوضوء بالماء المستعمل، [وإن كان الاستعمال] يغيّر اسم الماء، ومنع الرمي بالحجر، وإن كان الرمي لا يغيّر صفته.

٩٦٩ - فَصْل: [عمل يوم العاشر]

قال: وإذا رمى جمرة العقبة، حلق إن كان مفرداً، وإن كان قارناً أو متمتعاً، ذبح ثم حلق، وقد حلّ له كلّ شيءٍ حرم عليه إلا إتيان النساء. وقال مالك: إلا النساء والطيب. وقال الليث: إلا النساء والطيب والصيد.

[قال الشيخ أيده الله]: وجملة هذا: أن الحج له إحلالان: الإحلال الأول

(١) أخرجه النسائي (٣٠٥٧)؛ وابن ماجه (٣٠٢٩) من حديث ابن عباس، وصححه ابن حبان (٣٨٧١).

(٢) رواه موقوفاً على أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: الأزرقى في أخبار مكة (١٧٧/٢)، دار الأندلس للنشر، بيروت، ١٤١٦هـ.

بالحلق، يحلّ به من كلّ شيءٍ إلا [من] النساء، والأصل في ذلك ما روي في حديث عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيمن رمى ثم ذبح ثم حلق: «فقد حلّ له كل شيء إلا النساء»^(١)؛ ولأن الطيب والصيد لا يفسد الإحرام، ولا هو من توابع ما يفسد الإحرام، فحلّ بالإحلال الأول كاللبس.

وقد قال الشافعي: إنه يحلّ له بالحلق الوطء فيما دون الفرج والمباشرة^(٢).

وهذا خطأ؛ والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم^(٣): «إلا النساء»، وهذا عامٌّ؛ ولأن كلّ معنى حرم معه الوطء في الفرج [وليس بأذى]، حرم معه الوطء فيما دون الفرج، كالظهار.

وأما الإحلال الثاني - فيقع بطواف الزيارة - من النساء؛ وذلك لأنه لم يبق ركنٌ من أركان العبادة، فزال ما حُظر فيها^(٤).



(١) سبق تخريجه.

(٢) قال النووي في الإيضاح: «ويحلّ بالتحلل الأول جميع المحرمات بالإحرام إلا الاستمتاع بالنساء، فإنه يستمر تحريم الجماع حتى يتحلل التحليلين، وكذا يستمر تحريم المباشرة بغير الجماع على الأصح» ص ١٧٨، ١٧٩ (مع حاشية الهيتمي) دار الفكر.

(٣) في ب (لقوله صلى الله عليه وسلم).

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٣٦/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٤٧.

بَابُ طَوَافِ الزِّيَارَةِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا حلق يوم النحر بعد الرمي، طاف طواف الزيارة في يومه [ذلك]، أو [من] الغد، أو [من] بعد الغد.

والأصل في هذا: ما روى عطاء: (أن النبي ﷺ أفاض فطاف، ثم عاد إلى منى، وصلى الظهر)^(١). وروى طاووس: (أن النبي ﷺ أفاض ليلاً)^(٢).

ولا تنافي بين الخبرين؛ لأنه روي أن النبي ﷺ كان يأتي مكة في ليالي منى مُستترًا، فيطوف بالبيت، فيجوز أن يكون من روى أنه أفاض بالليل نقل ما عرفه، ولم يعرف أنه أفاض نهارًا.

قال الشيخ [أيده الله]: وجملة هذا: أن أول وقت طواف الزيارة: طلوع الفجر من يوم النحر. وقال الشافعي: إذا انتصف الليل من ليلة النحر.

لنا: أنه وقتٌ للوقوف بعرفة^(٣)، فلا يكون وقتًا للطواف كالنصف الأول؛ ولأنه وقتٌ لركنٍ في الحج، فلا يكون وقتًا لركنٍ آخر غير تابع له كيوم النحر. وأما آخر وقت الطواف: فأخر أيام التشريق^(٤)، فإن أخره عنها فعليه دمٌ عند

(١) أخرجه مسلم (١٣٠٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) ذكره السرخسي في المبسوط (٢٢/٤).

(٣) في ب (أنه وقت لركن وهو الوقوف بعرفة).

(٤) في ب (أيام النحر).

أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه ، وبه قال الشافعي (١) .

له (٢): أنه نسكٌ يجب فعله في إحرام الحج ، فوجب أن يكون مؤقتاً كالرمي ؛ ولأنه ركنٌ في الحج ، فوجب أن يتوقّت آخر فعله كالوقوف ؛ ولأنه نسكٌ ذو عددٍ غير تابعٍ لغيره ، فإذا أخره عن أيام التشريق ، جاز أن يلزمه دمٌ كرمي الجمار .

وجه قولهما: ما روي أن النبي ﷺ ما سئل عن شيءٍ أخر أو قدّم إلا قال: «افعل ولا حرج» (٣) ؛ ولأنه لو توقّت لسقط بمضي الوقت ، كالوقوف .

قال: وأفضل هذه الأيام: أولها ؛ لأن النبي ﷺ طاف في اليوم الأول ؛ ولأنه يتعجّل التحلل فيسقط عن نفسه وجوب الكفارة بالوطء ، فكان أولى .

قال: فإن أخر ذلك ، فعليه دمٌ لتأخير الطواف ، ودمٌ لتأخير الحلق ، فإن أخر أحدهما ، فعليه دمٌ .

أمّا تأخير الطواف ؛ فلأننا قد بيّنا أنه مؤقتٌ بهذه الأيام ، فإذا أخره عنها دخله نقصٌ ، فيجبر بالكفارة ، وكلّ من أوجب فيه الجبران ، قدره بالدم .

وعلى قولهما: لا يتوقّت بهذه الأيام ، ففي أي وقتٍ فعله لم يلزمه شيءٌ .

وأما الحلق ، فقال أبو حنيفة: يختصّ بزمانٍ وهو أيام النحر ، وبمكانٍ: وهو الحرم ، فإن أخره عن هذه الأيام ، أو فعله في الحلّ ، فعليه دمٌ ، وقال أبو يوسف:

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٤٧/٢؛ المجموع ١٩٦/٨ .

(٢) في ب (لنا) .

(٣) أخرجه البخاري (٨٣)؛ ومسلم (١٣٠٦) من حديث ابن عمرو رضي الله عنه .



[لا] ^(١) يختص بزمان، ولا يختص ^(٢) بمكان، وقال محمد: يختص بمكان ولا يختص بزمان، وقال زفر: يختص بزمان ولا يختص بمكان.

وجه قول أبي حنيفة: أنه نسك في حال الإحرام غير تابع لغيره، فاختص بمكان وزمان، كالرمي والوقوف والطواف.

وجه قول أبي يوسف: أن النبي ﷺ ما سئل عن شيء آخر أو قدم إلا قال: «افعل ولا حرج»، وأما المكان؛ فلأنه لو اختص بمكان، لم يقع موقع التحلل إذا فعله في غيره، كسائر المناسك.

وأما محمد فقال: إنه يختص بمكان؛ لأن المناسك المفعولة في حال الإحرام، تختص جميعها بمكان، فكذاك هذا النسك، ولا يختص بزمان؛ لأنه أحد ما يقع به التحلل كالطواف، على أصله.

وأما زفر فقال: إن كان الحلق للخروج من العبادة، فهو كالإحرام الموضوع للدخول فيها، [ب/٨٣] ومعلوم أن الإحرام مؤقت في الشرع بزمان، وليس بمختص بالحرم، فكذاك الحلق الذي يقع به الخروج.

٩٧٠ - فصل: [الرَّمْلُ فِي كُلِّ طَوَافٍ بَعْدَهُ سَعْيٌ]

قال: فإن كان سعي حين قدم مكة، لم يُعد السعي في طواف الزيارة، ولم يرمل؛ لأن السعي لا يتكرر فعله في الإحرام، فإذا فعله وقع موقعه.

وأما الرمل؛ فقد بينا: أنه يُفعل في كل طوافٍ بعده سعي، فإذا قدم السعي،

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ب، ووجه قوله يدل عليها.

(٢) سقطت من ب.

لم يرْمُل في طواف الزيارة، وإن لم يقدِّم السعي، رمل في طواف الزيارة، وسعى؛ لأنَّ هذا الوقت وقتٌ للسعي، وإنما رخص [له] في تقديمه، فإذا لم يترخص، فعله في موضعه.

٩٧١ - فَصْل: [الرجوع إلى منى بعد طواف الزيارة]

قال: وإذا طاف طواف الزيارة، رجع إلى منى، ولم يقيم بمكة، ولم يبيت بها، فإن ذلك يكره؛ لأنَّ (النبي ﷺ) أفاض، فطاف، وعاد إلى منى، فبات بها (١).
وروي أنَّ العباس سأل رسول الله ﷺ أن يرخص له (٢) في البيتوتة بمكة ليالي منى لأجل السقاية، فرخص له في ذلك (٣).

وقد قال أصحابنا: [إنه] إذا بات بمكة، فقد أساء ولا شيء عليه.

وقال الشافعي: إن بات ليلةً فعلية مدًّا، وإن بات ليلتين فعلية مدَّان، وإن بات ثلاثة، فعلية دم (٤).

لنا (٥): أن البيتوتة ليست بمقصودةٍ لنفسها، وإنما تُفعل لما يقع في الغد من النسك، فإذا تركها لم يلزمه كفارةٌ، كالبيتوتة بمنى ليلة عرفة.

٩٧٢ - فَصْل: [تقديم الثقل قبل النفر الأول]

قال: وإذا نفر في النفر الأول، أو الثاني، كره [له] أن يقدِّم ثقله قبل أن

(١) أخرجه مسلم (١٣٠٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في ب (أن العباس سأله أن يرخص له).

(٣) أخرجه البخاري (١٥٥٣)؛ ومسلم (١٣١٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) انظر: الإيضاح (مع حاشية الهيتمي) ص ١٨٠.

(٥) في ب (دليلنا).



ينفر؛ [وذلك] لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من قدّم ثقله قبل النفر^(١)، فلا حج له^(٢)؛ ولأنه إذا قدّم [ثقله] اشتغل قلبه به، فلم يتلبث^(٣) في الرمي والدعاء.

قال: وإذا نفر إلى مكة، ولم يذكر أين ينزل بها، و[قد] قال أصحابنا: إن الأفضل أن ينزل إذا أفاض بالمُحَصَّب^(٤)، وعن ابن عباس أنه قال: إنما هو منزل^(٥)، يعني: أن نزوله ليس بِنَسْكِ.

والدليل على أنه نسكٌ: قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنا نازلون غدًا بالخيف، خيف بني كناية، حيث تقاسم فيه المشركون على شركهم»^(٦)، والخيف: هو المحصَّب، وهو الأبطح، وقد كانت قريشُ اجتمعت فيه وتحالفوا على بني هاشم وعلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأخبر [النبي صلى الله عليه وسلم] أنه ينزل لمخالفتهم، وما فُعل على وجه المخالفة في المناسك، فهو نسكٌ، كالنفر من عرفة بعد غروب الشمس.

٩٧٣ - فَصْلٌ: [صِفَةُ طَوَافِ الصَّدْرِ]

قال: وإذا أراد أن يخرج طاف طواف الصدر، لا يرمل فيه ولا يسعى؛

(١) (قبل النفر) سقطت من ب.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٠٥/٣).

(٣) في ب (يتثبت).

(٤) «المُحَصَّبُ»: اختلف المتقدمون في تحديده، فقال بعضهم: من شعب عمرو إلى شعب بني كنانة (الملاوي) قرب البياضية، وقال آخرون: هو خيف بني كنانة - وحده من الحجون إلى منى -، وقال غيرهم: موضع الجمار، وبعضهم: هو المكان الذي تنتظم فيه الجمرات الثلاث، وذلك يشمل منى. انظر: معالم مكة التاريخية ص ٢٥٢.

(٥) أخرجه البخاري (١٦٧٧)؛ ومسلم (١٣١٢).

(٦) أخرجه البخاري (١٥١٢)؛ ومسلم (١٣١٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وذلك لقوله ﷺ: «من حجَّ هذا البيت ، فليكن آخر عهده به الطواف»^(١) ، ورخص للنساء الحيض [في تركه] ؛ ولأنَّ هذا الطواف جعل توديعاً للبيت ، كما جعل طواف القدوم تحيةً للبيت .

ولا يرمل فيه ؛ لأنه لا سعي بعده ، ولا يسعى بعده ؛ لأنَّ السعي لا يتكرر .

٩٧٤ - فَصْل : [طواف الزيارة مُخَدِّثًا أَوْ جُنْبًا]

[قال] : وإن طاف من طواف الزيارة أربعة أشواطٍ ، أو طافه كله جُنْبًا ، أو على غير وضوءٍ ، ثم جامع ، [وذلك] بعد أن حلق أو قصَّ ، فلا شيء عليه للجماع ، وإن كان قبل الحلق ، فعليه دمٌ .

قال الشيخ [أيده الله] : وجملة هذا : أن الطائف بالبيت يجب أن يكون ساترًا لعورته ، طاهرًا من الحدث والنجس ؛ وذلك لقوله ﷺ : «الطواف بالبيت صلاةٌ ، فأقلوا فيه من الكلام»^(٢) ؛ ولأنها عبادةٌ تتعلَّق بالبيت ، فكانت الطهارة معتبرةً فيها كالصلاة ، فإن ترك الطهارة^(٣) ، جاز طوافه عندنا ، وقد أساء ، وقال الشافعي : لا يُعتدُّ بطوافه .

وتكلم أصحابنا المتأخرون في أن الطهارة [هل هي] واجبةٌ أم سنَّةٌ ؟

فقال ابن شجاع : إنها سنَّةٌ ، وكان أبو بكر الرازي يقول : إنها واجبةٌ .

فالدليل على أن الطهارة ليست بشرطٍ : أنه ركنٌ من أركان الحج ، فلم تكن

(١) أخرجه مسلم (١٣٢٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (١٠٩٧٦) من حديث ابن عباس ؛ وحسن المناوي إسناده في التيسير

بشرح الجامع الصغير (١٢٣/٢) .

(٣) في ب (فإن أخل بالطهارة) .

الطهارة من شرطه كالوقوف ؛ ولأنها عبادةٌ لا يبطلها الحدث العمد ، فلا تكون الطهارة من شرطها ، كالاغتكاف .

وإذا ثبت أنّ الطهارة ليست من شرطها^(١) ، وجب بتركها الكفارة ؛ لأنّ القائل في المسألة قائلان^(٢) : إمّا من قال : لا يعتدّ بالطواف ، أو من قال : إنه يُجبر بالكفارة ؛ ولأنّه منهيٌّ عن ترك الطهارة ، فإذا تركها أدخل نقصاً [في الطواف] ، فيجبر بالكفارة .

وأما صفة الكفارة ، فإن طاف جميع الطواف أو أكثره مُحدّثاً ، فعليه شاةٌ ؛ لأنّ الحدث نقصٌ يسيرٌ ، فهو كترك شوطٍ منه ، وإن طاف جميعه أو أكثره جنباً ، فعليه بدنةٌ ؛ لما روي عن ابن عباس أنه قال : لا تجب البدنة في الحجّ إلا في موضعين : من طاف طواف الزيارة جنباً ، ومن وطئ^(٣) بعد الوقوف بعرفة^(٤) ؛ ولأنّ النقص بالجنابة نقصٌ كثيرٌ ؛ لأنه ممنوعٌ من الطواف لأجل الحدث ، وممنوعٌ من الكون في المسجد مع الجنابة ، فزاد النقص على نقص الحدث ، فاحتاج إلى زيادة جبران ، وكلٌّ من أوجب الزيادة ، قال : فيه بدنةٌ .

وأما ما ذكره أبو بكر الرازي [أن الطهارة واجبة] ، فقد استدل عليه بإيجاب الكفارة ، وقال : لو لم تكن الطهارة واجبةً ، لم يجب بتركها كفارةٌ .

(١) في ب (أن الطهارة غير شرط) .

(٢) في ب (لأن القائل أحد قائلين) .

(٣) في ب (ومن جامع) .

(٤) قول ابن عباس في البدنة بالوطء رواه مالك في الموطأ (٣٨٤/١) ، وأما قوله في البدنة على من طاف جنباً ، فقال ابن حجر في الدراية (٤١/٢) : «لم أجده» ، وقال الزيلعي في نصب الراية (١٢٨/٣) : «غريب» .

وأما من قال: إنها مسنونةٌ، فنقول: لا يمتنع أن تكون سنة ويجب بتركها دمٌ، كما قال محمد فيمن أفاض من عرفة قبل الإمام: إنه قد ترك سنة الدفع، فأوجب عليه الدم^(١).

فإذا ثبت أن الطهارة ليست بشرطٍ، فوقع الطواف موقع المستحق، فوقع [به] التحلل من النساء، فلم يلزمه بالوطء شيءٌ.

[قال]: وأما إذا طاف ولم يحلق حتى جامع، فعليه دمٌ؛ لأن الإحرام باقٍ، والوطء إذا صادف الإحرام أوجب الكفارة.

٩٧٥ - [فَصْلٌ: فِي الْوَطْءِ بَعْدَ ارْتِفَاعِ الْحِظْرِ]

وإنما لم يلزمه البدنة؛ لأنه وطئ بعد ارتفاع حظر الوطء، فلم يُصادف وطؤه إحراماً متأكداً، فلزمه شاةٌ كالوطء قبل الوقوف.

٩٧٦ - [فَصْلٌ: [التَّحَلُّلُ بِالطَّوَّافِ]

وأما إذا طاف أربعة أشواطٍ، فقد تحلل؛ لأن الركن عندنا أكثر الطواف، فإذا طاف ثلاثة أشواطٍ وأكثر الشوط الرابع، فقد تحلل، وقال الشافعي: لا يتحلل إلا بتمام الأشواط^(٢).

لنا: أن ما يقع به التحلل، يقوم أكثره مقام جميعه، كالذبح إذا لم يستوف قطع العروق الأربعة؛ ولأنه أحد الركنين، فجاز أن يقوم الدم مقام جزء منه، كالوقوف.

(١) انظر: القدوري ص ١٥٥.

(٢) انظر: المنهاج ص ٢٠٢.



أو نقول: إنَّ البناء عليه ليس بركنٍ كالوقوف .

وإذا ثبت أن الركن أكثر الطواف ، فإذا أتى به ، وقع [موقع] التحلل ، فلا يلزمه بالوطء كفارةً ، وعليه لبقية الأشواط شاةٌ ؛ لأنها واجبةٌ وليست بركنٍ كرمي الجمار [١/٨٤] ^(١) .

٩٧٧ - فَصْل : [الْوَقَاعُ بَعْدَ الْوُقُوفِ قَبْلَ الطَّوَّافِ]

فإن جامع بعد الوقوف قبل أن يطوف ، فعليه بدنةٌ ، [وحجّه تامٌ] .

وقال الشافعي : يفسد حجّه ^(٢) .

لنا: أن وطأه صادف إحراماً متأكداً ، فصار كالوطء ^(٣) بعد الرمي ؛ ولأنه ممنوعٌ من الوطء لأجل الطواف ، ألا ترى أنه إذا طاف حلّ له النساء ، فلا يخلو: إما أن يفسد حجّه لأجل الطواف ، أو لأجل الرمي ، ولا يجوز أن يكون ^(٤) لأجل الطواف ؛ لأنه لو جامع بعد الرمي لم يفسد حجّه ، وإن كان الوطء محرماً لأجل الطواف ، ولا يجوز أن يكون ^(٥) لأجل الرمي ؛ لأنّ ترك الرمي لا يمنع من جواز الحجّ ، فإفساده بالوطء أولى .

وبعكس ذلك الوطء قبل الوقوف ^(٦) ؛ لأنه لم يصادف إحراماً متأكداً ، ألا

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٥٣٨ ؛ القدوري ص ١٤٧ .

(٢) انظر: المزني ص ٩٦ ؛ رحمة الأمة ص ٨٨ .

(٣) في ب (كما لو وطئ) .

(٤) في ب (أن يفسد) .

(٥) في ب (أن يفسد) .

(٦) في ب (لو جامع قبل الوقوف) .

ترى أنّ عندهم يجوز أن يتغيّر عمّا وقع عليه إذا بلغ الصبي أو أعتق العبد ، وعندنا يجوز أن يتحلل منه بعمل عمرة إذا فاته ؛ فلذلك لم تلزمه الكفارة المتأكدة ؛ ولأنه بوطئه يفسد الوقوف ، فصار كترك الوقوف ، وذلك يمنع من جواز الحج .

وإذا ثبت أنّ وطأه لا يفسد الحج ، فعليه بدنة ؛ لأنّ القائل أحد قائلين : إمّا [من أفسد] ^(١) الحج ، أو من جوّزه وأوجب البدنة ؛ ولحديث ابن عباس الذي قدمناه .

٩٧٨ - فَصْلٌ : [تَكَرَّرُ الْوِقَاعِ بَعْدَ الْوُقُوفِ]

قال : فإن جامع جماعاً آخر ، فعليه شاة مع البدنة ؛ [وذلك] لأنّ الجماع الثاني صادف حرمة قد ضعفت بالجماع الأول ، والحرمة [إذا ضعفت] ^(٢) ، لم تتأكد الكفارة .

قال : فإن [كان] جامع [الجماع] الثاني على وجه الرفض ؛ فلا دم عليه للثاني ^(٣) ؛ لأنّ الوطأين وقعا على جهة واحدة ، فصار كالوطأين في مجلس واحد .

٩٧٩ - فَصْلٌ : [الرُّجُوعُ إِلَى الْأَهْلِ قَبْلَ طَوَافِ الزِّيَارَةِ]

قال : فإن لم يطف طواف الزيارة حتى رجع إلى أهله ، فعليه أن يعود [إلى مكة] بإحرامه ، وهو محرم من النساء أبداً حتى يعود ويطوف ، ولا يجزئه في ذلك نحر بدنة ؛ [وذلك] لأنّ الطواف ركن ، وأركان الحج لا يقوم غيرها مقامها ، كالوقوف بعرفة .

(١) في أ (أن يفسد) ، والمثبت من ب .

(٢) في أ (إذا لم تتأكد) ، والمثبت من ب .

(٣) في ب (للوطء الثاني) .

وإذا بقي وجوب الطواف ، فبقاؤه يمنع من التحلل ، وكذلك إن طاف ثلاثة أشواط ؛ لأن الأقل من الأشواط لا يقوم مقام الجميع بالإجماع ، فكأنه لم يطف .

٩٨٠ - فَصْل : [عَوْدُ الطَّائِفِ جُنْبًا أَوْ مُحَدِّثًا]

فإن كان طاف جنبًا ، أو على غير وضوء ، أو كان طاف أربعة أشواط ثم رجع ، أمر أن يعود إذا طاف جنبًا بإحرامٍ مستقبل حتى يُعيد الطواف ؛ وذلك لأنَّ الجنابة نقصٌ كثيرٌ في الطواف ، فأمر بالعود كترك أكثر الأشواط .

وإنما عاد بإحرامٍ ؛ لأنَّ التحلل عندنا وقع بالطواف مع الجنابة ، والحلال لا يجوز له دخول مكة إلا بإحرامٍ .

فإن لم يعد ، وبعث بدنةً ، جاز ؛ لما قَدَّمْنَا أَنَّهُ يقوم مقام النقص بالجنابة ، إلا أن الأفضل العود ؛ لأنه نقصٌ كثيرٌ .

وأما إذا طاف محدِّثًا ، أو طاف أربعة أشواطٍ ، فإن عاد فطاف ، جاز ؛ لأنه يجبر النقص بجنسه ، وإن بعث شاةً ، جاز ؛ لأنه نقصٌ يسيرٌ ، والأفضل إذا عاد إلى أهله أن يبعث بالشاة ؛ لأنه نقصٌ يسيرٌ ، فهو يجبر [ذلك] النقص وينفع الفقراء ، ويسقط عن نفسه كلفة الرجوع .

وإن كان بمكة ، فالأفضل الإعادة ؛ لأنَّ جبر^(١) الشيء بجنسه أولى من جبره بغير جنسه^(٢) .



(١) في ب (جبران) .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٤٩/٢ ؛ القدوري ص ١٥٥ .

بَابُ طَوَافِ الصَّدْرِ

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وعلى من قدم مكة حاجًّا، ثم أراد الخروج عنها بعد قضاء حجِّه، أن يطوف طواف الصدر؛ وذلك لقوله ﷺ: «من حج هذا البيت، فليكن آخر عهده به الطواف»^(١).

٩٨١ - فَضْلٌ: [طَوَافُ الْوَدَاعِ لِلْمُعْتَمِرِ]

وليس على المعتمر طواف الصدر، وقال الحسن [بن زياد]: يلزمه ذلك.
لنا^(٢): أن العمرة ركنها الطواف، فلو أوجبنا فيها طواف الصدر، لصار تبعاً لنسكٍ مثله، وهذا لا يجوز^(٣)؛ ولأنه ليس فيها طواف القدوم، فلا يجب طواف الصدر؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما طواف يثبت في الحج وليس بركنٍ.
وجه قول الحسن: أنه لتوديع البيت، والتوديع موجودٌ في المعتمر.

٩٨٢ - فَضْلٌ: [طَوَافُ الْوَدَاعِ عَلَى أَهْلِ مَكَّةَ وَحَوَالِيهَا]

قال: وليس على أهل مكة، ولا مَنْ أهلُه بالمواقيت أو دونها إلى مكة طواف الصدر إذا حجَّوا؛ لأنه يجب لمفارقة البيت وتوديعه، والمكِّي غير مفارقٍ للبيت،

(١) أخرجه مسلم (١٣٢٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) في ب (دليلنا).

(٣) في ب (وهذا لا يصح).

وأهل المواقيت في حكم أهل مكة في باب الإحرام^(١).

قال أبو يوسف: وأحبُّ إليَّ أن يطوف المكي؛ وذلك لأنه تاركٌ لأفعال النسك، وهذا الطواف موضوعٌ لخاتمة المناسك.

٩٨٣ - فَصْل: [طواف الوداع على الحائض والنفساء]

قال: وليس على الحائض ولا النفساء طواف الصدر، ولا شيء عليهما بتركه؛ لما روي أن النبي ﷺ رخص للنساء الحائض في ذلك^(٢)، ولم يأمرهن بإقامة شيء مقام ذلك^(٣).

وهذا عندنا أصلٌ في كل نسكٍ جاز تركه للعُذر، أنه لا تجب به الكفارة.

٩٨٤ - فَصْل: [طواف الصَّدرِ لِمَنْ نَوَى الإِقَامَةَ بِمَكَّةَ أَبَدًا]

قال: ومن قدم مكة حاجًّا ثم نوى الإقامة بمكة أبدًا، [سقط عنه طواف الصدر] إذا نوى ذلك قبل أن يحلَّ له النفر الأول، فإذا حلَّ له النفر الأول ثم نوى الإقامة، لم يسقط عنه في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يسقط إذا نوى الإقامة، إلا أن يكون قد ابتدأ به.

وجه قول أبي حنيفة: أنه إذا حلَّ له النفر، فقد دخل وقت الطواف، فنيةُ الإقامة بعد ذهاب وقته، لا تؤثر في حكمه، كنيةُ الإقامة بعد خروج وقت الصلاة.

(١) في ب (في باب دخولهم مكة بغير إحرام).

(٢) في ب (في تركه).

(٣) أخرجه مسلم (١٣٢٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وجه قول أبي يوسف: أن الطواف لا يتوقت، فإذا نوى الإقامة مع بقاء وقته، أثر فيه، كمن نوى الإقامة في وقت الصلاة، وأما إذا افتتح الطواف، فقد وجب عليه بالدخول، فلا يجوز له تركه.

٩٨٥ - فَصْل: [مَا يَعْمَلُهُ الْحَاجُّ بَعْدَ النَّفْرِ]

قال أبو الحسن عن أبي حنيفة: ينبغي للإنسان إذا نفر^(١) أن يطوف طواف الصدر حين يريد أن ينفر، فيأتي البيت: فيستلم الحجر ويطوف به سبعا، ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين، ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها، ويصب على رأسه ووجهه، ثم يأتي الملتزم - وهو بين الحَجَرِ الأسود والباب - فيضع صدره ووجهه عليه، ويتشبث بالأستار ساعة يدعو^(٢)، ثم يخرج فيمضي إلى أهله، وقد بينا حكم طواف الصدر.

وأما الشرب من ماء^(٣) زمزم، فقد روى عطاء: أن النبي ﷺ لما أفاض، نزع هو بنفسه دلوًا ولم ينزعه معه أحدٌ، فشرب، ثم أفرغ باقي الدلو في البئر^(٤)، وقد كان النبي ﷺ يلصق خده^(٥) بالملتزم، ويتعلق بالأستار^(٦).

وإذا أراد التوديع فعل ذلك.

(١) في ب (إذا أراد النفر).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت من ب.

(٤) رواه ابن سعد في الطبقات مرسلاً (١٨٣/٢).

(٥) في ب (صدره).

(٦) أخرجه أبو يعلى في المسند (٢٦٠٥)؛ والدارقطني في السنن (٢٩٠/٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنه؛ وصححه ابن خزيمة (٢٧٢٧) وليس في الحديث التعلق بالأستار.

[قال]: وليس في الدعاء دعاءً مؤقتاً^(١)؛ لأنَّ الأدعية يأتي الإنسان فيها بما أحبّ، وقد روي أن النبي ﷺ لما خرج من مكة قال: «لا إله إلا الله وحده [٨٤/ب] لا شريك له، له الملك، وله الحمد، يحيي ويميت، وهو حيٌّ لا يموت، [بيده الخير] وهو على كل شيء قدير، آيئون، تائبون، عابدون، حامدون، ساجدون، لربنا حامدون، صدق الله وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده»^(٢).

قال: ومن نفر ولم يطف، فإنه يرجع ما لم يجاوز المواقيت، وإذا ذكّر بعد أن جاز^(٣)، لم يرجع، وإنْ رجع بعمرة، وإنما رجع قبل المجاوزة؛ لأنه ترك طوافاً واجباً، فكان عليه أن يأتي به.

وأما إذا جاوز؛ فلأنه لا يقدر على العود إلا بتجديد عمرة، وإقامة الدم مقام الطواف من غير التزام الإحرام أولى.

فإن عاد بعمرة ابتداءً بطوافها؛ وذلك لأنه يتعيّن عليه بالإحرام، فكان الابتداء به أولى، فإذا فرغ من عمرته، طاف طواف الصدر^(٤)؛ لأنه مستحقٌّ عليه. وأما على قول الحسن، فالعمرة توجب طواف الصدر، فإن عاد بعمرة، وقع طواف الصدر للعمرة، وسقط ما كان للحج، لزمه دمٌ لتركه.

فإن لم يطف للصدر بعدما رجع، فعليه دمان على أصله؛ لأنه ترك الطواف للإحرامين.

(١) في ب (شيء مؤقت).

(٢) أخرجه البخاري (١٧٠٣)؛ ومسلم (١٣٤٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) في ب (جاوز المواقيت).

(٤) في ب (طاف للصدر).

٩٨٦ - فَصْلٌ : [الْإِنْشِغَالُ بِمَكَّةَ بَعْدَ طَوَافِ الصَّدْرِ]

وقد قالوا: فيمن طاف للصدر وتشاغل بمكة بعده، فليس عليه طوافٌ، قال أبو يوسف: وقال أهل مكة: يُعيد طوافاً آخر، وأحب إليّ أن [يكون] آخر عهده بالبيت^(١).

فأما تأويل أهل مكة للخبر فليس بصحيح؛ لأن قوله ﷺ: «فليكن آخر عهده به الطواف» محمولٌ على أنه آخر مناسكته بالبيت، وليس على آخر مقامه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة قال: إذا طاف للصدر، ثم أقام إلى العشيِّ، فأحب إليّ أن يطوف طوافاً آخر؛ ليكون قد ودّع البيت من غير فاصل^(٢).



(١) في ب (أن يكون آخر عهده بالبيت الطواف).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٤١/٢ وما بعدها؛ القُدوري ص ١٤٩.



بَاب

الطواف يقدم بعضه على بعض



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: الطواف الذي يفعل للإحرام أربعة أطواف: طواف القدوم: وهو سنّةٌ وليس بواجبٍ، وطواف الزيارة: وهو فرضٌ، وطواف الصدر: وهو واجبٌ وليس بمنزلة طواف الزيارة، والرابع: طواف العمرة.

فأمّا طواف القدوم، فهو سنّةٌ، وقال مالكٌ: واجبٌ^(١).

لنا^(٢): أنّه مفعولٌ في الإحرام، فلو كان واجباً لكان من موجب الإحرام، وموجب الإحرام لا يختلف فيه أهل مكة وغيرهم، فلما لم يجب على أهل مكة، دلّ على أنه لا يجب على غيرهم.

وليس كذلك طواف الصدر؛ لأنّه يُفعل بعد الخروج من الإحرام، فلا يكون من موجهه؛ فلذلك جاز أن يختلف فيه أهل مكة وغيرهم.

وأما طواف الزيارة، فهو ركنٌ لا يتم الحج إلا به؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩]، وقد أجمعوا على أن المراد به: طواف الزيارة.

وأما طواف الصدر، فهو واجب عندنا، وقال الشافعي: سنّةٌ^(٣).

(١) وهو واجب في المذهب، يجبر بدم، وهناك قول بركنيته. انظر: التفريع ٣٣٩/١؛ إرشاد السالك

المحتاج إلى بيان أفعال المعتمر والحاج، ليحيى الخطاب ص ٢٢٣، ٢٢٤.

(٢) في ب (دلينا)، وكذا في أكثر المواضع اللاحقة.

(٣) قال النووي: «طاف للوداع.. وهو واجب يجبر تركه بدم، وفي قول سنة لا يجبر». المنهاج ص ٢٠٤.

لنا: أنه طوافٌ يُفعل بعد الوقوف بحكم الشرع ، كطواف الزيارة .

وأما طواف العمرة ، فهو ركنٌ فيها ؛ لأنها أحد الإحرامين ، فكان فيه طوافٌ هو ركنٌ كالحج .

٩٨٧ . فَصْل : [النِّيَّةُ فِي طَوَافِ النُّسْكِ]

قال : وإذا كان على الحاج أو المعتمر شيءٌ من هذه الأطواف - أيها كان - فكلّ طوافٍ يقع في وقتٍ منها ، فإنما يقع للذي [ثبت] عليه في الإحرام دون غيره ، نوى ذلك أو لم ينوّه ، ويكون الأول عن الأول وإن نوى الثاني ، ولا تعمل النية في تقديم ذلك ولا تأخيره .

مثاله : المحرم بالعمرة أو بالحجّ إذا قدم مكة فطاف لا ينوي شيئاً ، أو [طاف] فنوى التطوع ، فإنّ ذلك إن كان محرماً بعمرةٍ يقع للعمرة ، وإن كان [محرماً] بحجةٍ يقع لطواف القدوم^(١) .

وكذلك القارن إذا طاف ، فطوافه للعمرة أولاً ثم للحجّ ، وإن طاف لا ينوي شيئاً ، أو طاف ينوي تطوعاً ، فهو للعمرة ، وإن طاف طوافاً آخر قبل أن يسعى لا ينوي شيئاً ، أو نوى تطوعاً ، كان ذلك للحجّ .

وكذلك طواف الصدر وطواف الزيارة ، إذا نفر في النفر الأول ، فطاف طوافاً لا ينوي شيئاً ، أو نوى تطوعاً ، فهو للزيارة ، وإن طاف بعد ذلك تطوعاً أو لا ينوي شيئاً ، فهو طواف الصدر .

وذلك لأنّ الطواف مستحقٌّ في وقته ، ومن شرطه النية دون التعيين ، فأبى

(١) في ب (فهو طواف القدوم) .

طوافٍ أتى به ، وقع عن مستحقه ولم يقع عن غيره ، كمن صام في رمضان بنية النفل ، وكمن ردّ الوديعة وهو يقصد الهبة .

وليس كذلك إذا طاف لا ينوي الطواف ، [بأن يكون] هارباً من سَبْعٍ ، أو طالباً لغريمٍ ؛ لأنه لم يقصد القربة بطوافه ، فلا يقع موقع القربة .

وقد فرّقوا بين الطواف والوقوف ، فقالوا: لا يصح الطواف إلا بنية الطواف وإن لم يفتقر إلى التعيين ، ويعتدّ بالوقوف من غير نيةٍ .

والفرق بينهما: أنّ الوقوف ركنٌ يقع في نفس الإحرام ، فنية الحجّ تشتمل عليه ، فلا يفتقر إلى تجديد نيةٍ ، كركوع الصلاة ، وأما الطواف فيقع خارج العبادة ، فلا يشتمل عليه نية الإحرام ؛ فلذلك افتقر إلى النية .

٩٨٨ - فَصْلُ : [الجمع بين الطوافين]

قال أبو حنيفة ومحمد: لا ينبغي أن يجمع بين الأسبوعين ، ولا يصلي بينهما^(١) ، فإن فعل صحّ ويكره . وقال أبو يوسف: لا يكره الجمع إذا انصرف عن وترٍ .

وجه قولهما: أن الركعتين مرتبتان على الطواف ، فيكره أن يفصل بينهما بنسكٍ آخر ، كما يكره أن يفصل بين الطواف والسعي ؛ ولأنها مرتبة على الطواف ، فصارت كبعض أشواطه ؛ ولأنه لو جاز الجمع ، استوى أن ينصرف عن شفيع أو وترٍ ؛ لأنه مؤخّر للصلاة في الحالين .

وجه قول أبي يوسف: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تجمع

(١) أي: من غير أن يصلي بينهما .

الأطواف^(١)؛ ولأنه إذا انصرف عن وترٍ، وقعت الصلاة في موضعها؛ لأنها في الأصل تُفَعَّلُ عقيب أشواطٍ وترٍ، فإذا انصرف عن شفيعٍ، فإنه يفعلها في غير موضعها، فيكره.

وإنما قلنا: إنه إذا فعل ذلك صحَّ الطواف؛ لأنَّ الفصل بين الطواف والصلاة بطوافٍ آخر، كالفصل بينهما بحديثٍ أو صلاةٍ، فإذا لم يمنع ذلك صحَّةَ الطواف، فكذلك هذا^(٢).



(١) ذكره الكاساني في البدائع (١٥١/٢).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٤١/٢ - ٥٤٥.

بَابُ الرجل يطوف جُنُبًا أو على غَيْرِ وُضُوءٍ



[١/٨٥] قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا طاف الرجل جُنُبًا، أو على غير وُضُوءٍ أحد الأَطْوَاف التي ذكرناها، أمر بالإعادة، فإن أعاد فلا شيء عليه، إلا أن يُعيد طواف الزيارة في غير وقته، وقد كان طاف جُنُبًا، فعليه دم لتأخيره^(١)؛ وذلك في قول أبي حنيفة، ولا شيء عليه للتأخير عند أبي يوسف ومحمد.

وهذا على ما بينا: أن الطهارة ليست بشرطٍ في صحة الطواف، فعدمها لا يمنع وقوعه مع النقص على اختلاف أصحابنا أنها واجبة، أم سنة.

ويؤمر بالإعادة؛ لأنه يُجبر الشيء بجنسه، فهو أولى من جبرانه بغير جنسه.

فإذا طاف جُنُبًا ثم أعاد، فقد حكى أبو عبد الله البصري عن أبي الحسن [الكرخي]: أن الطواف الثاني جُبرانٌ للأول، وقال أبو بكر الرازي: انفسخ الأول وصار الثاني هو الطواف.

واحتج أبو بكر [الرازي] من المذهب بما قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إنه إذا طاف بعد أيام التشريق، وجب عليه دمٌ، ولو كان الطواف هو الأول، وقد انجبر بالثاني، لم يجب عليه دمٌ، كما لو جبره بالبدنة، فلما أوجب الدم، دلَّ على أنه فسخ للطواف الأول، فكأنه لم يطف إلا بعد مضي الأيام.

(١) في ب (فيكون عليه دم لتأخيره).

قال: وإنما كان كذلك؛ لأنَّ الطواف مع النقص الكثير يقع مراعى؛ لجواز أن يعيده على الوجه المأمور به، فإذا أعاده، انفسخ المفعول مع النقص، وإن كان لو اعتدَّ به جاز، كمن كَبَّر وقام ولم يقرأ حتى ركع، أنَّ القيام معتدُّ به؛ بدلالة أنه لو مضى على هذه الركعة، وقرأ في بقية الصلاة في الركعتين، اعتدَّ بها، ولو عاد إلى القيام فقرأ وركع، انفسخ القيام الأول والركوع، وصار الثاني هو المعتدُّ به؛ بدلالة أنَّ المُدْرِك له فيه، يعتدُّ بالركعة، فكذلك في مسألتنا.

واحتج أبو عبد الله من المذهب بما قالوا: فيمن دخل مكة بعمره قبل أشهر الحج، فطاف لها جُنُباً، ثم أعادها في الأشهر، ثم حجَّ من عامه، لم يكن متمتعاً، ولو كان الطواف الأول انفسخ، [لصار بطوافه الثاني متمتعاً]^(١)؛ لأنه جامع بين الحج و[أفعال] العمرة في أشهر الحج من غير إمامٍ [بأهله].

وهذا لا دلالة فيه؛ لأنهم لم يصحَّحوا المتعة، لا لما قاله^(٢)، ولكن لما فرغ من الطواف قبل [أشهر الحج]^(٣) على وجه لو اعتدَّ به جاز أن يتعلق بسفره بطلان التمتع، فلا يصير متمتعاً عند أبي حنيفة إلا بالعود إلى أهله، وعندهما لا يصير متمتعاً إلا بالخروج إلى الميقات، ولم يوجد واحدٌ منهما.

واحتج أبو عبد الله أيضاً: بأنَّ الطواف مع الجنابة وقع موقع الجواز، ووقع به التحلل؛ بدلالة أنه لو لم يعده واقتصر على البدنة، جاز، فكيف ينفسخ بعد وقوعه موقع الجواز، وهذا كمن طاف محدثاً ثم أعاد الطواف، أنَّ الطواف الثاني جبرانٌ وليس بفسخٍ.

(١) في أ (وصار طوافه الثاني، صار متمتعاً)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) في ب (لأنهم لم يمنعوا من صحة التمتع لما قاله).

(٣) في أ (الأشهر) والمثبت من ب.

والجواب: أنه لما فعل الطواف مع النقص الكثير، اعتدَّ به مع المراعاة، فلو لم يعده جاز، فإذا أعاده انفسخ كالقيام بغير قراءة.

وأما إذا طاف محدثًا، فالجواز قد حصل من غير مراعاة؛ لأنَّ النقص نقصٌ يسير، فصار كمن قرأ الفاتحة ولم يضمَّ إليها سورةً حتى ركع، ثم قام وأعاد القيام والقراءة، لم ينفسخ الأول؛ بدلالة أنَّ المدرك للثاني لا يعتدُّ بالركعة.

وأما وجوب الدم على قول أبي حنيفة، فعلى الأصل الذي بيَّنَّا^(١): أن من أَّخر الطواف عن الأيام، لزمه دمٌ، وتأخير الجبران عنده كتأخير نفس الطواف.

٩٨٩ - فَصْلُ: [جَزَاءُ مَنْ طَافَ جُنْبًا أَوْ مُحَدِّثًا]

قال: فإن لم يُعد، فعليه لطواف الزيارة بدنةً إذا طاف جنبًا، وإن كان على غير وضوءٍ فعليه شاةٌ، وقد قدَّمنا ذلك.

وأما طواف العمرة، إذا كان محدثًا فعليه شاةٌ؛ لأنه نقصٌ يسيرٌ، كترك شوطٍ منه؛ ولأنه طوافٌ هو ركنٌ كطواف الزيارة، وإن طاف جنبًا، فالقياس: أن يلزمه أكثر من شاةٍ؛ لأنه نقصٌ كثيرٌ، كترك أكثر الأشواط، فلا تجزئ فيه الشاة.

وإنما استحسنوا: لأنَّ العمرة طوافٌ وسعيٌّ، وقد جاز أن تقوم الشاة مقام الطواف والسعي [في الشرع ألا ترى أن المحصر يتحلل بشاةٍ، وهي قائمة مقام الطواف والسعي] الذي يتحلل بهما فائت الحج، فإذا قامت الشاة مقام عمل العمرة؛ فلأنَّ تقوم مقام بعضها أولى.

وأما طواف الصدر إذا طاف جنبًا؛ فعليه شاةٌ؛ لأنه نقصٌ كثيرٌ كترك أكثر

(١) في ب (قدمنا).

الأشواط ، وإن كان محدثاً ، فعليه في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة : صدقة ، وهو الصحيح ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ؛ لأنه نقصٌ يسيرٌ ، كترك شوط أو شوطين .
وقال في الرواية الأخرى : عليه شاةٌ ؛ لأنه طوافٌ واجبٌ كطواف الزيارة .

٩٩٠ - فَصْل : [وَجُودُ النَّجَاسَةِ وَكَشْفُ الْعَوْرَةِ فِي الطَّوَافِ]

قال : وإن طاف وفي ثوبه نجاسةٌ أكبر من قدر الدرهم ، كره له ذلك ، ولا شيء عليه ، وإن طاف وقد انكشف من عورته قدرٌ لا تجوز معه الصلاة ، أجزاءه الطواف ، وعليه دمٌ .

والفرق بينهما : أن النجاسة لم يمنع منها لمعنى يختص بالطواف ، وإنما منع منها ؛ لأنه لم يؤمن تلويث المسجد ، وليس كذلك الكشف ؛ لأنه ممنوعٌ منه لمعنى يختص بالطواف ؛ بدلالة قوله ﷺ : «ألا لا يطوفنَّ بالبيت مشركٌ ولا عريان»^(١) ، فإذا اختصَّ النهي بالطواف أوجب نقصاً فيه ، فكان عليه جبرانه . وأجروه مجرى الحدث ، ولم يُجروه مجرى الجنابة ؛ لأنَّ النقص فيه من وجهٍ واحدٍ كالحدث ، والجنابة النقص فيها من وجهين على ما قدّمناه .

٩٩١ - فَصْل : [وَجُودُ النَّجَاسَةِ وَالْحَدَثِ فِي طَوَافِ التَّطَوُّعِ]

قال محمد : ومن طاف تطوعاً على شيءٍ من هذه الوجوه ، فأحبُّ إلي إن كان بمكة أن يعيد ، وإن كان قد رجع إلى أهله ، فعليه صدقةٌ ؛ لأنه قد أخلَّ في طوافٍ قد أوجبه على نفسه ، إلا الذي طاف وعليه ثوبٌ قدرٌ ، فلا شيء عليه .

والأصل في ذلك : أن ما يبتدئه من النوافل يصير واجباً بابتدائه به ، فحلَّ

(١) أخرجه البخاري (٣٦٢) ؛ ومسلم (١٣٤٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .



محلّ الطواف الواجب ، فكان عليه إعادته ، فإن لم يُعد ، فعليه صدقةٌ ، كما لو ترك شوطاً منه^(١) .

وإذا لم يُعد في الجنابة ، فكذلك في النجاسة^(٢) ؛ لأنه أنقص من الطواف الذي وجب بإيجاب الله تعالى ، فلا يسوّى بينهما في الجبران .

٩٩٢ - فَصْل : [الطواف بالبيت منكوساً]

ولم يتعرّض أبو الحسن لترك صفة الطواف ، وقد قال أصحابنا: إن من طاف منكوساً: و[هو] أن يستقبل الحجر ، ويأخذ عن يساره ، أجزاء الطواف ، ويكره [له ذلك ، وعليه دمٌ إن لم يعد] ، وقال الشافعي: لا يعتدّ به .

لنا: أنها عبادةٌ لا يبطلها الكلام ، فلم يبطلها ترك الترتيب [٨٥/ب] كغسل اليدين ؛ ولأنه لو [أتى]^(٣) بالأصل وترك صفته^(٤) ، فصار كما لو طاف راكباً .

٩٩٣ - فَصْل : [الطواف راكباً بغير عذر]

وأما إذا طاف راكباً من غير عذرٍ ، فعليه دمٌ ، وقال الشافعي: لا شيء عليه^(٥) .

لنا: أنها عبادةٌ مفروضةٌ علّق صحتها بالبيت ، فلا يجوز أداؤها راكباً من غير عذرٍ كالصلاة ، والذي روي: أنه ﷺ طاف راكباً [في حجّته]^(٦) ، فقد روى أبو

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) (في النجاسة) سقطت من ب .

(٣) في أ (نسي) والمثبت من ب .

(٤) في ب (وأخلّ بصفته) .

(٥) انظر: الإيضاح (مع حاشية الهيتمي) ص ١٢٢ .

(٦) أخرجه البخاري (١٥٥١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه .

الطفيل: أنه طاف راكباً لوجع أصابه^(١)، وروى أبو الزبير عن جابر: أن النبي ﷺ طاف في حجته على راحلته بالبيت والصفاء والمروة ليراه الناس، وليُشرف فيسألوه^(٢)، وعن عطاء: أن ذلك بعد ما أسنَّ وبدن^(٣).

وقد قال أصحابنا: إن من طاف داخل الحجر، أن عليه أن يعيد الطواف، وإن لم يفعل وأعاد على الحجر جاز، وقال الشافعي: لا يعتد به.

لنا: أنه ركنٌ يختص بمكانٍ، فلا يكون من شرطه الكون في جميع محله، كالوقوف؛ ولأنه محلٌّ لا يُقطع على أنه من البيت، فلا يكون الطواف عليه شرطاً كسائر بقاع المسجد، إلا أنه يؤمر بالإعادة؛ ليأتي بالطواف على ترتيبه، فإن لم يفعل وأعاد على الحجر، جاز؛ لأنه استوفى الطواف مع ترك الترتيب، ومن أصلنا: أن الترتيب في العبادات المتعلقة بالأماكن لا يجب.

وعلى هذا، قالوا فيمن رمى الجمار إذا ترك ترتيبها: إن السنة أن يعيدها مرتبةً، وإن لم يفعل أجزاءه.

فإن قيل: ما تقولون فيمن افتتح الطواف من غير الركن؟

فالجواب [عنه]: أن شيوخنا كانوا يقولون: الافتتاح من الركن سنة، وإن

(١) أخرجه أبو داود (١٨٨١) لكن من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ولفظه: «أن رسول الله ﷺ قدم مكة وهو يشتكي، فطاف على راحلته»؛ وضعف البيهقي في الكبرى (٩٩/٥) زيادة «وهو يشتكي»، وقواه الزيلعي في نصب الراية (٤١/٣) بما له من شواهد.

(٢) في ب (وليعاينوه)، والحديث عند مسلم (١٢٧٣).

(٣) أخرجه ابن جرير في تهذيب الآثار (٦٨/١).

بدن: أي أسنَّ وضعف. القاموس (بدن).

افتتح من غيره جاز مع الكراهة .

وذكر محمد في الرقيات: أنه إذا افتتح الطواف من غير الحَجَر لم يعتد له بذلك القدر إلى أن يصير إلى الحجر، فعلى هذه الرواية: لم يلزمه الترتيب، ولكن^(١) افتتح من غير موضع الافتتاح، فلم يُعتدّ بافتتاحه .

والدليل على أن الافتتاح من الركن: ما روي أن إبراهيم عليه السلام لما انتهى في البناء إلى موضع الحَجَر، قال لإسماعيل عليه السلام: «أئتني بحجرٍ أجعله علامة لابتداء الطواف»، فخرج فجاءه بحجرٍ، فقال: «أئتني بغيره»، فأتاه بآخر، فقال: «أئتني بغيره» فخرج فأتاه بثالث، فألقاه وقال له: «قد جاءني بحجرٍ من قد أغناني عن حركك»^(٢)، فرأى الحجر في موضعه؛ فدل على أنه موضعٌ للافتتاح، فإن ألزم على ما ذكرناه من افتتح السعي من المروة، لم يلزم [ذلك]؛ لأن ذلك يعتد به في إحدى الروايتين، وهي جاريةٌ على الأصل الذي قرّرناه^(٣).

وأما على الرواية المشهورة، فلا يعتد به، ليس لأجل الترتيب، ولكنه افتتح السعي من غير مكان الافتتاح؛ أو لأن المستحق أن يصعد الطائف على الصفا أربع مرات، وعلى المروة مثله^(٤)، فإذا ابتدأ بالمروة، فقد ترك الصعود على الصفا مرةً واحدةً، فكان عليه أن يأتي به، ولا يمكن إفراد الصعود عن السعي، فلذلك لزمه إعادة شوط في هذه الرواية .

(١) في ب (وإنما).

(٢) انظر: أخبار مكة للأزرقي ٦٤/١؛ البحر العميق في مناسك المعتمر والحاج إلى البيت العتيق لابن الضياء ٥/٢٤٢٣ .

(٣) في ب (قدمناه).

(٤) في ب (ثلاث مرات).

بَابُ فَوَاتِ الْحَجِّ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا يفوت الحجُّ إلا بفوات الوقوف بعرفة في الوقت الذي حُدِّدَ لذلك، ولا يفوت بشيءٍ غير ذلك.

وذلك لقوله ﷺ: «الحج عرفة، فمن أدرك عرفة بليلاً [أو نهاريًا]، فقد أدرك الحج، ومن فاته عرفة بليلاً، فقد فاته الحج»^(١)، فإذا علق النبي ﷺ الإدراك بالوقوف في وقته، فمن فاته ذلك، فقد فاته الحج، ومن أدرك ذلك، فقد أدرك الحج.

٩٩٤. فَصَّلْ: [عمل من فاته الحج]

قال: ومن فاته الحج: تَحَلَّلَ من إحرامه بعمل العمرة، يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة، ثم يحلق أو يقصر إن كان مُفْرِدًا، ولا دم على فائت الحج عندنا. وقال الحسن بن زياد: عليه دُمٌّ مع الطواف، وهو قول الشافعي^(٢).

لنا: ما روى [ابن] عمر وابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «ومن فاته عرفة بليلاً، فقد فاته الحج، فليُحَلِّ بعمرة، وعليه الحج من قابل»، ذكره الدارقطني^(٣)،

(١) أخرجه أبو داود (١٩٤٩)؛ والترمذي (٨٨٩)؛ والنسائي (٣٠١٦)؛ وابن ماجه (٣٠١٥)؛ وصححه ابن حبان (٣٨٩٢) من حديث عبد الرحمن بن يعمر.

(٢) انظر: المهذب ٢/٨١٠، ٨١١؛ المنهاج ص ٢٠٩.

(٣) أخرجه في السنن (٢٤١/٢)، وفي إسنادهما جميعاً ابن أبي ليلى، وهو سيء الحفظ. وانظر: التلخيص الحبير (٢٩١/٢)

وهذا بيانٌ لجميع الحكم؛ ولأنه مُفْرَدٌ لم يتعجّل الإحلال قبل وقته، ولا ارتكب شيئاً من محظورات الإحرام، فلا يلزمه الدم، كالمدرِك؛ ولأنه تحلّل من الإحرام بأحد موجبيه، فلا يلزمه الدم، كمن^(١) تحلّل بعمل الحج.

بيّن ذلك: أن من أحرم بشيءٍ مبهم، جاز له أن يخرج من موجب إحرامه إمّا بالحج أو بالعمرة، فالفائت قد تحلّل بأحد موجبي الإحرام، ولا يلزم القارن؛ لأنّه تحلّل بموجبيه.

٩٩٥ - فَصْلُ: [القارن يفوته الحج]

قال: وإذا كان قارناً، ففاته الحج: طاف للعمرة وسعى، ثم طاف طوافاً آخر لفوات الحج، ويسعى ويحلق أو يقصر، ويبطل عنه دم القران؛ وذلك لأنّ الفوات حصل في الحج، والعمرة لا تفوت، فيأتي بها كما يأتي بها المُدرِك، ثم يفعل في الحج ما يفعله المفرد مع الفوات، وإنما بطل عنه دم القران؛ لأنه ليس بجامع بين الحج والعمرة.

قال: ويقطع التلبية إذا أخذ في الطواف الذي يتحلّل به، وقد قدّمنا ذلك.

٩٩٦ - فَصْلُ: [الطواف الذي يقع به التحلّل]

واختلف أصحابنا في الطواف الذي يقع به التحلّل، قال أبو حنيفة ومحمد: هو عمل عمرة مؤدّاة بإحرام الحج، وقال أبو يوسف: انقلب إحرامه عمرةً.

وجه قولهما: أن المكيّ إذا فاته الحجّ، تحلّل بالطواف، ولم يلزمه الخروج

(١) في ب (كما لو).

إلى الحلّ ، ولو صار معتمراً للزمه الخروج إلى ميقات العمرة ؛ ولأنّه لو انقلب إحرامه عمرةً لانفسخ الإحرام ، وذلك لا يجوز ؛ ولأنّ الحجّ تضمّن أفعالاً تفوت ، وأفعالاً لا تفوت ، فإذا فاته الحجّ ، سقط ما يلحقه الفوات ، وبقي ما لا يفوت ، وهذا معنى قولنا: إنّها أفعال عمرة مؤدّاة بإحرام حجة .

وجه قول أبي يوسف: أنّ النسك إمّا أن يكون حجةً أو عمرةً ، وقد بطل أن يكون حجةً في مسألتنا ، فلم يبق إلا أن يكون عمرةً .

٩٩٧ - فَصْلٌ : [سَوْقُ الْمُتَمَتِّعِ الَّذِي بَطَلَ تَمَتُّعُهُ الْهَدْيِ]

قال: وإذا كان المتمتع ساق الهدى ، فقد بطل تمتعه: يصنع بهديه ما يشاء^(١) ، ويصنع ما يصنع القارن ؛ وذلك لما بيننا: أنّ الدم يجب للجمع بين الإحرامين ، فإذا فات الحجّ ، فليس بجامع .

[قال]: وليس على فائت الحجّ طواف الصدر ؛ وذلك لأنّ إحرامه انتقل إلى حكم العمرة ، وليس على المعتمر طواف الصدر ؛ ولأنّ هذا الإحرام لم يؤدّ به إلا الطواف والسعي ، فصار كالمحرم بالعمرة .

وقد ذكر أبو الحسن ، عن إبراهيم ، عن الأسود قال: سألت عمر رضي الله عنه ، عن رجل فاته الحجّ ، قال: يتحلل بعمل العمرة من غير هدي ، [١/٨٦] وعليه الحجّ من قابل ، ثم لقيت زيد بن ثابت بعد ثلاثين سنة ، فقال مثل قول عمر^(٢) .

قال: وقد روي ذلك عن ابن عباس^(٣) والحرث بن أبي ربيعة^(٤)(٥) .

(١) في ب (وإن كان متمتعاً ساق الهدى) .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٥/٥) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤/٣) ، والبيهقي في الكبرى (١٧١/٥) .

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧١/٥) .

(٥) انظر: القدوري ص ١٦١ .

[٣١] بَاب

التمتع



قال الشيخ أبو الحسن رحمته: الذي تقدّم في هذا الباب: بيان فضيلة الإحرام، فالمشهور عن أصحابنا: أن القرآن أفضل ما يُحرم به، ثم التمتع، ثم الأفراد^(١). وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة: أن الأفراد بعد القرآن، أفضل من التمتع. وروي عن محمد أنه قال: حجة كوفية، وعمرة كوفية أفضل من القرآن. وقال مالك: التمتع أفضل، وقال الشافعي: الأفراد أفضل^(٢).

لنا: ما روي في حديث أم سلمة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أهلوا يا آل محمد بعمرة في حجة»^(٣)؛ ولأن القرآن يسقط به [موجب الإحرامين]^(٤) بدلالة أن من نذر حجة وعمرة، يسقط موجبهما بالقران، ولو نذر القران، لم يسقط موجبهُ بالأفراد، فدلّ على أن القرآن أفضل؛ ولأن من جاز له القرآن، فالقران أفضل له من الأفراد، أصله: من أحرم بشيء فنسيه.

والتمتع بعد القرآن أفضل؛ لأنه يتعجّل فعل الحج، فإذا أتى [بحجة كوفية]^(٥) أخره. وتقديم الإحرام أفضل؛ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «تابعوا بين الحج

(١) انظر: القدوري ص ١٥٠، ١٥١.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٦٣؛ رحمة الأمة ص ٨٤.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢٦٥٩٠)، ورجاله ثقات كما قال الهيثمي. انظر: مجمع الزوائد ٣/٢٣٥.

(٤) في أ (موجبات الأفراد) والمثبت من ب.

(٥) في أ (بحجه لوقته)، والمثبت من ب.

والعمرة ، فإن متابعة ما بينهما يزيد في العمر وينفي الفقر^(١) .

وجه رواية ابن شجاع: أنه إذا أتى بالحج من مكة ، فهي حجة مكيّة ، هكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة ، والحجّة الكوفية أفضل من المكيّة .

[وقد] قال أبو يوسف: إن حجة المتمتع كوفية كحجة القران ، وأبو حنيفة جعلها مكيّة ؛ لأن إنشاءها من مكة ، وأبو يوسف جعلها كوفية ؛ لأن السفر وقع لها وللعمرة ، وإن تحلل بينهما ، فهو كسفر [القران]^(٢) .

وأما الذي قاله محمد ، فهو مذهبه ، ووجهه: أنه إذا أتى بسفرين فهو أشق ، وما كان أشق من القرب فهو أفضل ، ما لم يرد عليه النهي^(٣) [كعتق من الرهائن] .

وإذا ثبت هذا ، فحقيقة القران: الجمع بين إحرام العمرة وإحرام الحج ، وهو مأخوذ من اقتران الشيء بالشيء ، وكذلك إذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط ، فهو قارن ؛ لأن العمرة لم تصح حتى انضم إليها إحرام الحج ، فهو كما لو انضم إليها [الحج] ابتداءً .

وحقيقة المتمتع: هو أن يجمع بين أكثر [أفعال] العمرة وإحرام الحج في أشهر الحج من غير إمام بأهله .

وقال مالك: إذا أتى بالأفعال قبل الأشهر ، وبقي إحرام العمرة حتى دخلت [أشهر الحج]^(٤) ، ثم أحرم بالحج ، فهو متمتع .

(١) أخرجه أحمد في المسند (١٥٧٣٥) ، وفيه عاصم بن عبيد الله وهو ضعيف . انظر مجمع الزوائد (٢٧٧/٣) ، وله شواهد .

(٢) في أ (القران) ، والمثبت من ب .

(٣) في ب (ما لم يرد فيه نهى) .

(٤) في أ (الأشهر الحرم) ، والمثبت من ب .

وقال الشافعي: المتمتع من أحرم بالعمرة في الأشهر، وإن قدّم الإحرام وأتى بالأفعال في الأشهر، فليس بمتمتع.

أمّا [الكلام] على مالك؛ فلأنّ العمرة قد صحّت قبل أشهر الحج، [ألا ترى أنّه لو جامع قبل الأشهر، لم يبطل، فلم يكن بها متمتّعاً، كما لو تحلّل قبل الأشهر].

وأمّا [الكلام] على الشافعي؛ فلأنّ العمرة صحّت في أشهر الحج، ألا ترى أنّه لو جامع قبل الأشهر بطلت، فصار كما لو أتى بإحرامها في الأشهر.

وقد قال أصحابنا: إنّ من أحرم بعمرة في رمضان، ولم يطف لها إلا في شوال من قابل، كان متمتّعاً.

وهذا صحيحٌ على ما قدّمنا: أنّ العمرة صحّت في أشهر الحج، وهذا الحدّ الذي ذكرناه إنما يكون فيمن دخل مكة قبل الأشهر مُحْرِمًا بعمرة، فبقي على إحرامها.

فأمّا إذا دخل بعمرة، ففرضاها وتحلل وأقام بمكة حتى دخلت عليه الأشهر، فأحرم بعمرة أخرى، لم يكن متمتّعاً بها في قولهم؛ لأنه صار في حكم أهل مكة؛ بدلالة أنّ ميقاته ميقاتهم، فلا يصح له التمتع عند أبي حنيفة، إلا أن يخرج إلى أهله ثم يرجع مُحْرِمًا بالعمرة، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا خرج إلى موضع لأهله التمتع والقران، صار متمتّعاً.

[وجه قول أبي حنيفة: أنّ هذا السفر قد تعلق به بطلان التمتع، ألا ترى أنّ وقت التمتع دخل وليس هو من أهله، فلا يتغيّر حكمه إلا بالعود إلى أهله، كالسفر

الذي تعلق به صحة التمتع ، لا يبطل حكمه إلا بالإمام].

وجه قولهما: أنه عاد إلى موضع لأهله التمتع والقران ، فصار كما لو عاد إلى أهله .

وعلى هذا الخلاف ، إذا دخل بعمرة في أشهر الحج ، فأفسدها .

فأما إذا خرج قبل الأشهر إلى موضع لأهله التمتع والقران ، فأحرم بالعمرة ، كان متمتعاً في قولهم جميعاً ؛ وذلك لأنه لم يتعلق بسفره بطلان التمتع ، ألا ترى أن وقت التمتع لم يدخل عليه^(١) ، فصار كالمبتدئ للإحرام من الميقات قبل دخول مكة .

٩٩٨ - فصل : [الإمام الذي يبطل التمتع]

وأما الإمام الصحيح إذا حصل بين الحج والعمرة ، أبطل التمتع ، وقال الشافعي : لا أعرف الإمام^(٢) .

وقد روي عن عمر ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاووس وسعيد بن جبير ، وإبراهيم^(٣) ، رضي الله عنهم : أن المتمتع إذا أقام بمكة ، صحَّ تمتعه ، وإن عاد إلى أهله بطل تمتعه ؛ ولأن التمتع إنما جعل لأهل الآفاق ؛ ليرفها من أحد السفريين ، فإذا عاد إلى وطنه ، فقد زال معنى الترفه ، وقد ثبت من أصلنا : أن تمتع المكي لا يصح ؛ لما يحصل له من الإمام [بأهله] .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في حاشية الهيثمي : «أن المتمتع لو سافر بعد عمرته سفر قصر ، ثم حج من سنته أي : بأن أحرم من تلك المسافة فلا دم عليه» ص ٨٢ .

(٣) ابن أبي شيبة في المصنف ٣/١٥٦ ؛ والبيهقي في الكبرى ٤/٣٥٦ .

٩٩٩ - فَضْلُ: [الإمام الفاسد]

وأما الإمام الفاسد الذي لا يمنع صحة التمتع: فهو أن يسوق الهدي، فإذا فرغ من العمرة عاد إلى وطنه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يبطل تمتعه، وقال محمد: يبطل [تمتعه].

لهما: أن العود مستحق ما دام على نية التمتع، فيمنع ذلك من صحة الإمام، كالقارن إذا عاد إلى أهله.

وجه قول محمد: أن العود غير مستحق، بدلالة أنه لو بدا له من التمتع، جاز له ذبح الهدي هاهنا، فإذا لم يستحق العود عليه صار كمن لم يسق الهدي.

١٠٠٠ - فَضْلُ: [ضمّ الحج إلى العمرة بعد أن طاف أكثر الأشواط]

وإذا ضمّ المعتمر إلى عمرته حجّة بعدما طاف لها أربعة أشواط، فهو متمتع؛ لأنه أحرم بالحج بعد صحة العمرة، فهو كمن أحرم بعد الفراغ منها.

١٠٠١ - فَضْلُ: [صحة التمتع والقران من أهل مكة ومن حولها]

وليس لأهل مكة، ولا لأهل المواقيت، ومن بينها وبين مكة تمتع ولا قران، وقال الشافعي: يصح تمتعهم وقرانهم^(١).

لنا: ما روي عن ابن عمر أنه قال: (ليس لأهل مكة تمتع ولا قران)^(٢)، وتخصيص العبادات بالأماكن لا يُعلم إلا من طريق التوقيف؛ ولأنه لا يصحّ منهم

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٨٤.

(٢) ابن أبي حاتم في التفسير (٣٤٤/١).

موجب التمتع من الهدى^(١)، فلا يصح منهم التمتع كالصبي والمجنون؛ ولأن التمتع والقران جعل لأهل الآفاق ليرفّفها بإسقاط أحد السفرين^(٢)، وهذا المعنى لا يوجد في أهل مكة.

١٠٠٢ - فُضِّلَ: [حالة صحة قران المكي]

وقد قال أصحابنا: في المكي إذا خرج إلى الكوفة فقرن، صحّ قرانه؛ لأنّ القرآن يحصل بنفس الإحرام، [٨٦/ب] والإمام لا يؤثر فيه، فصار دخوله مكة كالكوفي إذا قرن ثم عاد إلى الكوفة.

قالوا: ولو أحرم المكي بعدما خرج إلى الكوفة بعمرة، ودخل مكة بحجّ، لم يكن متمتّعاً؛ لأنّ الإمام حصل له بين الحج والعمرة، فصار كالكوفي إذا رجع إلى أهله.

وقد قالوا في المكي إذا أحرم بالعمرة بعدما خرج إلى الكوفة وساق الهدى: لم يكن متمتّعاً.

وصحّوا إمامه مع سوق الهدى، بخلاف الكوفي؛ لأنّ الكوفي إنّما يمنع السوق من صحة إمامه؛ لأنّ العود يستحقّ عليه، والمكي لا يستحقّ عليه عوداً، فصحّ إمامه مع السوق، كما يصح مع فقده؛ فلذلك بطل تمتعه.

قال ابن سماعة عن محمد: إنّما يصح قران المكي إذا خرج إلى الكوفة متى كان خروجه من مكة قبل أشهر الحج، فإذا دخلت عليه الأشهر وهو بمكة، ثم

(١) في ب (وهو الهدى).

(٢) في ب (ليترفّفها من أحد السفرين).



خرج إلى الكوفة، فقرن، لم يصحّ قرانه؛ لأنّ الأشهر لما دخلت عليه وهو في أهله، فقد صار على صفةٍ لا يصحّ له التمتع ولا القرآن في هذه السنة، فلم يتغيّر ذلك بالخروج.

١٠٠٣. فَصْل: [حاضرُوا المسجد الحرام]

قال أصحابنا: حاضرُوا المسجد الحرام الذين لا يجوز لهم التمتع والقران: من كان في المواقيت وما بعدها إلى مكة^(١)، وقال مالك: أهل مكة، وقال الشافعي: من كان بينه وبين مكة مسافةً لا يقصر فيها الصلاة^(٢).

لنا: أنّ أهل المواقيت ومن بعدهم في حكم أهل مكة، بدلالة أنّهم يدخلون مكة^(٣) لحوائجهم بغير إحرام، فصاروا في باب التمتع والقران كأهل مكة.

١٠٠٤. فَصْل: [صورة الكوفي يكون متمتعاً]

قال: وإذا ألمّ الكوفيّ بأهله ثم عاد إلى مكة بعمرةٍ أخرى وحجّ، كان متمتعاً؛ لأنّ حكم العمرة الأولى سقط بإمامه، فتعلّق الحكم بالعمرة الثانية، وقد جمع بينها وبين الحج في الأشهر من غير إمام.

قال^(٤): ولو ألمّ بأهله في المسألة الأولى بعد أن طاف للعمرة قبل أن يحلق أو يقصر، ثمّ حجّ من عامه ذلك قبل أن يحلّ من العمرة في أهله، فهو متمتعٌ في قول أبي يوسف، رواه عنه أبو سليمان؛ وذلك لأنّ العود مستحقٌّ لأجل الحلق،

(١) في ب (فما دونها إلى مكة).

(٢) انظر: رحمة الأمة ص ٨٤.

(٣) هذه الكلمة ليست في ب.

(٤) في ب (قالوا).

ألا ترى أن من جعل الحرم شرطاً ، فلا بد له من العود ، ومن لم يجعله شرطاً قال : إنه مستحبٌ .

١٠٠٥ - فَصْلُ : [خروج المعتمر إلى موضع لأهله المتمتع]

ذكر الطحاوي : في الكوفي إذا فرغ من عمرته ، ثم خرج إلى موضع لأهله المتمتع والقران : أن تمتعه لا يبطل عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يبطل ، وكان أبو بكر الرازي يُنكر هذا الخلاف ويقول : إنه نقله من مسألة إلى مسألة أخرى^(١) : وهو أن من دخل مكة بعمره فأفسدها ، ثم رجع إلى موضع لأهله المتمتع والقران ، قال أبو حنيفة ومحمد : لا يكون متمتعاً حتى يرجع إلى أهله ، وقال أبو يوسف : يكون متمتعاً^(٢) .

فإن صح ما ذكره الطحاوي ، فوجه قولهما : أنه لم يحصل له الإلمام بأهله ، فصار كبقائه بمكة .

وجه قول أبي يوسف : أنه لما رجع إلى موضع لأهله المتمتع والقران ، صار كما لو رجع إلى أهله .

١٠٠٦ - فَصْلُ : [مُعْتَمِرٌ أَحْرَمَ بِحَجَّةٍ قَبْلَ طَوَافِ الْعُمْرَةِ]

قال : وإذا أحرم من لا تمتع له [ولا قران] ممن ذكرنا بعمره ، ثم أحرم بحجّة قبل أن يطوف للعمرة : فإنه يؤمر برفض العمرة ، والمضي في الحج ، وعليه عمرة مكان عمرته ودمٌ .

(١) في ب (إنه نقله من مسألة أخرى) .

(٢) في مختصر الطحاوي : ورد ذكر محمد مع أبي يوسف في الصحة .

انظر المسألة : شرح مختصر الطحاوي ٢/٥٠٥ ، ٥٠٦ .

وهذه المسألة على فصول: أولها: أن المكيّ إذا جمع بين الإحرامين ، ولم يعمل لأحدهما عملاً ، رفض العمرة في قولهم ؛ لأنها أقلّ عملاً ، والحجّ أكثر عملاً ، فكان رفض الأيسر أولى ، وإنما وجب الرفض ؛ لأنه ممنوعٌ من المضي في الإحرامين ، فصار كمن جمع بين حجّتين .

وأما إذا طاف لعمرته أربعة أشواط فصاعداً ، ثمّ أحرم بحجّةٍ ، مضى عليها في قولهم^(١) ؛ لأنّ العمرة صحّت ، فلا يجوز رفضها بعد صحّتها .

[وأما إذا]^(٢) طاف لعمرته شوطاً أو شوطين ، ثمّ أحرم بحجّةٍ ، رفض الحجة عند أبي حنيفة ، وقالوا : يرفض العمرة .

وجه قوله : أن الرفض في الأصول يقع بعملٍ ، وقد عمل لإحرام العمرة ولم يعمل لإحرام الحج ، فوجب رفض ما لم يقع له العمل .

وجه قولهما : أن العمرة لم تصحّ ، وهي الأيسر ، فكان رفضها أولى ، كما لو لم يطف .

وكل من ألزمناه برفض العمرة في هذه الفصول ، فعليه لرفضها دمٌ ؛ لأنّه تحلّل قبل الفراغ من موجب الإحرام ، فهو كالمحصّر ، وعليه عمرةٌ مكانها ؛ لأنها وجبت عليه بالدخول .

وكلّ من ألزمناه رفض الحجّة ، فعليه دمٌ لرفضها ؛ لأنّه تحلّل منها بغير طوافٍ ، وعليه حجةٌ وعمرةٌ ، أما الحجّة ؛ فلأنّها وجبت [عليه] بالدخول ، وأما

(١) (في قولهم) سقطت من ب .

(٢) في أ (وإن) والمثبت من ب .

العمرة؛ فلأنه لم يأت بأفعال الحجّة في السنّة التي أحرم فيها، فإن أحرم بها من سنته، فلا عمرة عليه.

وأما التي جوّزنا له المضي فيها، فعليه دمٌ؛ لأنه جمع بين الإحرامين على وجهٍ منهياً [عنه]، فأدخل النقص في أحدهما، وهذا دم جبران وليس بدم تمتع، فلا يقوم الصوم مقامه، ولا يجوز الأكل منه^(١).

١٠٠٧ - فَصَّل: ومن أخوات هذه المسألة^(٢)

ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف: فيمن أحرم بحجّتين معاً، أو بعمرتين [معاً] لزمته جميعاً، وقال محمدٌ: يلزمه أحدهما، وبه قال الشافعي.

وجه قولهما: أنّهما عقدان متفقان في الحكم والصفة، فلو لم يصحّ الجمع بينهما لبطلاً جميعاً ككناح الأختين، فلما صحّ أحدهما، صحّ جميعاً ككناح الأجنبيّتين.

وجه قول محمد: أنّه لا يصحّ المضي فيهما، فلا يصحّ الجمع بينهما كالصلاتين.

ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف [متى يصير رافضاً]؟، فقال أبو حنيفة في الرواية المشهورة: لا يصير رافضاً لأحدهما حتى يسير^(٣) قاصداً إلى مكة، وروي عنه: أنّه لا يصير رافضاً حتى يبتدئ بالطواف.

وقال أبو يوسف: يصير رافضاً عقيب الإحرام.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٥٠٣ - ٥١١، ٥٩٠ وما بعدها؛ القدوري ص ١٥٢.

(٢) في ب (هذه المسائل).

(٣) في ب (يصير).

وجه قول أبي حنيفة: أن الرفض يقع بعملٍ، فما لم يفعل فعلاً لإحدى الحجّتين، لم يصير رافضاً للأخرى^(١)، [وقال في الرواية المشهورة: إذا سار قاصداً للحج، فقد أخذ في عمل أحدهما، فصار رافضاً للأخرى]، وقال في الرواية الأخرى: إن السير^(٢) ليس من العمل المختصّ بالحج، فلا يصير رافضاً إلا بعملٍ هو نسكٌ، وأول ذلك الطواف.

وجه قول أبي يوسف: أن المعنى الموجب للرفض تعذرّ بالمضي في الإحرامين، وهذا المعنى موجودٌ عقيب إحرامه.

١٠٠٨. فَصْل: [التوجه إلى عرفة قبل طوافٍ للعمرة]

وقد قال أبو حنيفة في القارن إذا توجّه إلى عرفات قبل الطواف للعمرة، صار رافضاً للعمرة في إحدى [١/٨٧] الروايتين.

وروي عنه أنه قال: لا يصيرُ رافضاً حتى يقف، وهو قولهما.

وإنما وجب الرفض؛ لأن العمرة لا تبقى أفعالها مع الوقوف؛ بدلالة أن عائشة رضي الله عنها لما حاضت، أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم برفض العمرة، ولو جاز أن تبقى أفعالها مع الوقوف، لم يكن للرفض معنى.

وإذا وجب الرفض قال في إحدى الروايتين: إن التوجه إلى عرفة سببٌ مقصودٌ، فصار كالتوجه إلى الجمعة بعد صلاة الظهر، أنه يرفض الظهر في قوله.

وقال في الرواية الأخرى: التوجه ليس هو المقصود، وإنما الوقوف هو

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (السفر).

المقصود، فوق الرض به .

وفرق بين الظهر والعمرة: بأن الإحرام أقوى من الصلاة، ألا ترى أنه لا يُفسده ما يُفسد الصلاة، فلذلك بطل الظهر بالسعي، ولم تبطل العمرة بالسعي .

١٠٠٩ - فَضْلُ: [دَمُ التَّمَتُّعِ]

قال: وعلى المتمتع دمٌ إذا وجد ذلك، وإن كان لا يجد، فصيام ثلاثة أيام [في الحج] وسبعة إذا رجع .

والأصل في وجوب الدم على المتمتع قوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، قال علي^(١)، وابن مسعود^(٢) رضي الله عنه: شاةٌ، وقال ابن عمر^(٣)، وعائشة^(٤) رضي الله عنها: بدنةٌ أو بقرةٌ .

والدليل على أن الشاة تجزئ: ما روى جابرٌ قال: (تمتّعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحجّ، فكنا نذبح البقرة عن سبعةٍ نشترك فيها)^(٥)، وقد روي أنّ النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الهدى، فقال: «أدناه شاةٌ»^(٦) .

و[قد] قال أصحابنا: إنّ هذا الدم نسكٌ يجوز الأكل منه، وقال الشافعي: هو دم جُبران .

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٣٨٥/١)؛ وابن أبي شيبة (١٣٥/٠١)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٤/٥) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٣٤/٣) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٣٨٦/١)؛ وابن أبي شيبة (١٣٤/١)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٤/٥) .

(٤) ابن أبي شيبة (١٣٤/١) .

(٥) مسلم (١٣١٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٦) قال الزيلعي في نصب الراية (١٦٠/٣): «غريبٌ، ولم أجده إلا من قول عطاء» .

لنا: أنه وجب لا لارتكاب محظورٍ كالأضحية المنذورة؛ ولأنه موقتٌ؛ بدلالة أنه لا يجوز تقديمه على الأشهر، ودم الجبران لا يتوقت؛ ولأن سببه أباح من غير عذرٍ، ودم الجبران لا يُباح سببه إلا من عذرٍ.

وأما الصوم؛ فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦].

[وقد] قال أصحابنا: إذا أحرم بالعمرة في أشهر الحج، جاز له الصوم، وقال الشافعي: لا يجوز حتى يحرم بالحج^(١).

لنا: قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾، والحج لا يكون ظرفاً للصوم، فبقي أن يكون المراد به: في وقت الحج؛ ولأنه أحد إحرامي المتمتع، فجاز إذن الصوم عقيب^(٢)، كإحرام الحج.

١٠١٠. فَصْلُ: [صِيَامُ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ فِي الْحَجِّ]

وقد قال أصحابنا: إن الأفضل أن يصوم قبل التروية بيوم، ويوم التروية، ويوم عرفة؛ وذلك لأنّ البدل الأفضل أن يأتي به في آخر الأوقات التي يتعذر فيها المُبدل، وهذه الأيام آخر وقت للصوم عندنا، فإن مضت ولم يصم، سقط الصوم وعاد إلى الهدى، فإن لم يقدر عليه، تحلل وكان عليه دمان، دمٌ للتمتع، ودمٌ للتحلل قبل الهدى.

وقال الشافعي: لا يفوت الصوم، وجوّز على أحد القولين صوم الثلاث في أيام التشريق، وعلى القول الآخر: بعدها^(٣).

(١) انظر: المهذب ٢/٦٨٥؛ رحمة الأمة ص ٨٤.

(٢) في ب (فجاز أن يصوم الثلاثة عقيب).

(٣) انظر: المهذب ٢/٦٨٦؛ رحمة الأمة ص ٨٤.

لنا: ما روى عكرمة عن ابن عباس [أنه] قال في المتمتع: (إنما الصوم قبل يوم النحر)^(١)، وعن عمر (أن رجلاً أتاه يوم النحر وهو متمتع لم يصم، قال عمر: اذبح شاة، فقال: ما أجدها، فقال: اسأل قومك، قال: ليس منهم أحدٌ هاهنا، قال: [يا معقيب] ^(٢) أعطه ثمن شاة^(٣)، وعن ابن عمر مثل ذلك^(٤)، وهذا لا يقال إلا من طريق التوقيف.

ولأنه وقتٌ يصح فيه هدي التمتع، فلا يجوز صوم الثلاثة فيه، أصله: يوم النحر.

١٠١١ - فَضْل: [صوم السبعة الأيام]

وأما صوم السبعة [الأيام]، فيجوز إذا فرغ من أفعال الحج، وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن ينوي الإقامة بمكة^(٥).

لنا: أن كلَّ صومٍ جاز أدائه بمكة إذا نوى الإقامة بها، جاز وإن لم ينو قبل الرجوع، كصوم رمضان.

١٠١٢ - فَضْل: [وجود الهدي في خلال صوم الثلاثة]

قال أصحابنا: إذا وجد الهدي في خلال صوم الثلاثة، أو بعدها قبل يوم

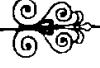
(١) تفسير ابن جرير (٢/٢٤٢).

(٢) في ب (يامغير)، وفي أ (يامغيث)، وهكذا في الدراية ٣٦/٢، ونصب الراية، ١١٢/٣، والمثبت ورد في ابن أبي شيبة ٣/١٥٤؛ ومعاني آثار للطحاوي ٢/٢٤٨؛ والحجة لمحمد ١/٣٩١؛ واللباب للمنجمي ١/٤٤٥، وغيرها. كما ورد ذكره (معقيب) في قصة لعمر رضي الله عنه في بعض المصادر الأخرى.

(٣) ابن أبي شيبة (٣/١٥٤).

(٤) البخاري (١٨٩٥).

(٥) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/١٦٩؛ المجموع ٧/١٨٧.



النحر، لزمه الهدي، وسقط حكم [بقية] الصوم، وقال الشافعي: لا يلزمه^(١).

لنا: أن ما شرط في صحة اليوم الأول، كان شرطاً في بقية الأيام كالنية والإمساك؛ ولأنه قدر على المُبدل قبل الفراغ من البدل، فصار كالمتيمم إذا وجد الماء في خلال الصلاة عندنا^(٢)، (أو خلال التيمم بالإجماع)^(٣).

١٠١٣ - فَصْلٌ: [الْأَكْلُ مِنْ دَمِ التَّمَتُّعِ]

قال: ولا بأس بالأكل من دم التمتع، ويطعم من شاء غنياً كان المُطعم أو فقيراً، واستحب له أن يتصدق بالثلث، ولا ينقص من ذلك.

والأصل في جواز الأكل منه: أنه قد ثبت من أصلنا (أن رسول الله ﷺ كان قارناً [ونحر]^(٤) البدن، وأمر علياً رضي الله عنه فأخذ من كل بدنة بُضعةً وطبخها، فأكل رسول الله ﷺ من لحمها، وحسا من مرقها)^(٥)؛ ولأننا دللنا على أنه دم نسك، فيجوز الأكل منه، فإذا جاز الأكل للمتمتع [وهو غني] جاز لغيره من الأغنياء.

وإنما استحب التصدق بالثلث، حملاً على الأضحية؛ لأن النبي ﷺ قال فيها: «كلوا وادخروا ما بدا لكم^(٦)»^(٧)، وقال الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا أَلْبَاسَ الْفَقِيرِ﴾ [الحج: ٢٨]، فحصل للأكل سهم، وللادخار سهم،

(١) انظر: المجموع ١٩١/٧.

(٢) في ب (فصار كالمتيمم إذا قدر على الماء قبل الفراغ من الصلاة).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في أ (وذبح) والمثبت من ب.

(٥) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٦) (ما بدا لكم) ليست في ب.

(٧) أخرجه مسلم (١٩٧١) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وللفقير سهماً.

١٠١٤ - فَصْل: [وَجُودُ الْهَدْيِ بَعْدَ التَّحَلُّلِ]

قال: وإن حلَّ^(١) ثم وجد الهدى قبل أن يصوم في أيام الذبح أو بعدها^(٢)، فقد قضى صومه، ولا هدي عليه؛ لأن المقصود بالبدل قد حصل، وهو التحلل، فوجود المُبدل بعد ذلك لا يتعلّق به حكمٌ، كوجود الماء بعد الصلاة.

وقد قال شيخنا أبو عبد الله: إنَّ صوم المتمتع^(٣) ليس ببدلٍ عن الهدى؛ بدلالة أنه يجوز مع وجود المُبدل، وذكر الشيخ أبو بكر في أحكام القرآن: أنه بدلٌ؛ لأنه يجبُ بالعجز عن الأصل، وليس يمتنع أن يكون بدلاً وإن جاز فعله مع القدرة على المبدل، [كالمسح على الخفين].

١٠١٥ - فَصْل: [وَجُودُ الْهَدْيِ بَعْدَ مُضِيِّ أَيَّامِ النَّحْرِ]

فإن لم يحلَّ حتى [مضت أيام النحر]^(٤)، ثم وجد الهدى، فصومه تامٌّ، ولا شيء عليه، رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة؛ وذلك لأنّ الذبح عندنا موقّتٌ بأيام النحر، فإذا مضت، فقد حصل المقصود بالبدل، وهو إباحة التحلل، فكأنّه تحلّل ثم وجد الهدى^(٥).



(١) في ب (وإن حلق).

(٢) في ب (قبل أن يصوم السبعة الأيام أو بعدها).

(٣) في ب (إن صوم السبعة الأيام).

(٤) في أ (حتى مضى يوم النحر)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٥) انظر؛ القدوري ص ١٥٣ وما بعدها.

باب | ٣٢ | المُحْصِر



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا أهلَّ الرجل بحجَّةٍ أو عمرة، [أو بهما] ، ثم منعه عن الوصول إلى البيت مَرَضٌ، أو عدوٌّ، أو غير ذلك ، فعليه أن يبعث بهدي: شاةً، أو بقرةً، أو بدنةً، أو [يُشْرِكُ في دم البدنة أو البقرة] ^(١) ، ودم البدنة والبقرة أفضل.

والأصل في ثبوت حكم الإحصار قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] ، تقديره: وإن أحصرتم عن إتمامها، وروى ابن عمر: (أنَّ النبي ﷺ خرج مُعْتَمِرًا، فحال كفار قريش بينه وبين البيت، فنحر هديه، وحلق رأسه بالحديبية، وصالحهم على أن يعتمر العام المقبل [٨٧/ب] ، ولا يحمل سلاحًا عليهم، ولا سيوفًا، ولا يقيم بها إلا ما أحبوا، فاعتمر من العام المقبل، ودخل كما كان صالحهم ^(٢) ، فلما أقام بها ثلاثًا، أمروه أن يخرج، فخرج) ^(٣) .

وقد قال أصحابنا: إنَّ العدوَّ الكافر والمسلم سواءً؛ لأنَّ قوله: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ﴾ عامٌّ؛ ولأنَّ المعنى المبيح للتحلل: ما يلحقه من الضرر بالبقاء على

(١) في أ (شرك) والمثبت من ب .

(٢) في ب (على ما صالحهم) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٥٤) .

الإحرام ، وهذا المعنى موجودٌ في العدو المسلم .

١٠١٦ - فَصْل : [الإحصار بالمرض]

فأمَّا المرض ، فهو إحصارٌ يتحلل منه ، وقال الشافعي : ليس بإحصارٍ^(١) .

لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ ﴾ ، قال أهل اللغة : أحصره المرض ، وحصره العدو ، وقال الفراء : يقال : أحصر في المرض والعدو جميعاً ، فعلى القولين جميعاً^(٢) اقتضت الآية التحلل بالمرض .

وروى عكرمة عن الحجاج بن عمرو الأنصاري قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من كسر أو عرج ، [فقد] حل ، وعليه الحج من قابل » فذكرت ذلك لأبي هريرة وابن عباس ، فقالا : صدق^(٣) ؛ ولأنها عبادةٌ يحل الخروج منها بسبب العدو ، فجاز أن يخرج منها بسبب المرض قبل إتمامها بغير شرط كالصلاة .

وإنما قلنا : إن المحصر يتحلل بشاة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾ ، وقد بينا أن الهدي اسمٌ للشاة وما فوقها ؛ ولحديث جابر : (أنهم اشتركوا في عام الحديبية ، فذبحوا بقرةً عن سبعة)^(٤) .

وأما قولنا^(٥) : إن البقرة والبدنة أفضل ؛ فلأنهما أعلى الهدي .

(١) انظر : القدوري ص ١٦٠ ؛ مختصر المزني ص ٧٣ ؛ المنهاج ص ٢٠٩ .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) أخرجه أبو داود (١٨٦٢) ؛ والترمذي (٩٤٠) وقال « حديث حسن » ؛ والنسائي (٢٨٦١) ؛ وابن

ماجه (٣٠٧٧) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) في ب (قوله) .

١٠١٧ - فَصْل: [موضع ذبح الهدى في الإحصار]

قال أصحابنا: ذبح الهدى [في الإحصار] لا يجوز إلا في الحرم، وقال الشافعي: يذبح في الموضع الذي يتحلل فيه إذا ذبح^(١).

لنا: أنه دمٌ يختصّ بالإحرام، فاختصّ بالحرم، كدم المتعة والقران؛ ولأنه موضعٌ لا يجوز فيه ذبح هدي المتعة، فلا يجوز فيه ذبح هدي الإحصار، كالحلّ لمن أحصر في الحرم.

فإذا ثبت أن الذبح يختصّ بالحرم، وجب أن يواعدهم بوقتٍ حتى يتحلل بعده.

قال: فإن كان قارناً فعليه دمان؛ لأنه جامعٌ بين الحج والعمرة، ولو أفرد كلّ واحدٍ منهما لزمه دمٌ، فإذا جمعتهما لزمه دمان.

قال: وما أصاب [المحصّر] ممّا يحرم على المحرم قبل أن يذبح الهدى، فعليه فيه ما يجب على المحرم لو لم يكن محصراً؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ، فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ، فَفِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٦]، [تقديره: فحلق، ففدية]، فدلّ على أن المحصّر ما لم يذبح، تلزمه الكفارة بالفعل المحظور.

قال: فإذا ذبح^(٢)، حلّ له كلّ شيء؛ لأنّ الذبح سببٌ للتحلّل كالحلق.

(١) ساقطة من ب.

راجع المرجعين السابقين.

(٢) في ب (نحر هدية).

١٠١٨ - فَصْل: [حلق المحصر للتحلل]

وليس على المحصر حلقٌ في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: عليه أن يقصر، ولا شيء عليه إن لم يقصر. وقال الشافعي: إن قلت: إن الحلق نسك، فعلى المحصر حلقٌ، [وإن قلت: إنه ليس بنسك، فلا حلق عليه] (١).

وجه قولهما: أن الحلق من توابع الإحرام، فلا يؤمر به المحصر كالرمي.

وجه قول أبي يوسف (٢): أن النبي ﷺ حلق في عام الحديبية، وأمر أصحابه بالحلق (٣).

وكان أبو بكر الرازي يقول: إنما لا يجب الحلق عندهما على المحصر في الحل؛ لأن الحلق يختص بالحرم، فأما إذا أحصر في الحرم، فعليه الحلق (٤). فعلى هذا، لا حجة لأبي يوسف؛ لأن الحديبية بعضها من الحرم، فإنما حلق في الحرم.

١٠١٩ - فَصْل: [أحوال قضاء المحصر للحج والعمرة]

فإن كان محرماً بعمرة، فعليه القضاء، وإن كان محرماً بحجة، فعليه حجة وعمرة، وإن كان قارناً، فعليه حجة وعمرتان.

أما وجوب القضاء على [المحصر] المُحْرَمِ المتنفل، خلاف ما قاله الشافعي:

(١) انظر: المنهاج ص ٢٠٩.

(٢) انظر: القدوري ص ١٦١.

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٥٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي للرازي ٥٧٧، ٥٧٥/٢.

وهو أنّ الإحصار سببٌ للتحلل قبل استيفاء موجبات الإحرام، فأوجب قضاء حجة النفل كالفوات.

وأما وجوب العمرة على المحصر بالحجة، فلمّا روي عن ابن مسعود وابن عمر أنهما قالوا: (في المحصر بحجة، يلزمه حجة وعمرة^(١))؛ ولأنه تحلل من إحرامه قبل الوقوف، فلزمه طواف وسعي عند القضاء، كالفات، وهذا على وجهين: إن كان المحصر بالحج قضى حجته في عامه، فلا عمرة عليه؛ لأنّه لم يؤخر أفعال الحجّ عن السنة التي أحرم فيها.

وإن كان آخر الحج إلى سنةٍ أخرى، فعليه حجة وعمرة، ذكر [ذلك] محمد في الأصل، ورواه ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنّ عليه حجة وعمرة في الوجهين جميعاً^(٢)، فكأنه أوجب الطواف والسعي للتحلل قبل الوقوف.

وأما القارن، فعليه عمرة مكان العمرة، وحجة مكان الحجة، وعليه عمرة للتحلل قبل استيفاء موجب الإحرام^(٣).

١٠٢٠. فصل: [وقت ذبح هدي الإحصار]

قال أبو حنيفة: يجوز ذبح هدي الإحصار قبل يوم النحر، وقالوا: في

(١) قال ابن حجر في الدراية (٤٦/٢): «لم أجده، نعم ذكره أبو بكر الرازي عن ابن عباس وابن مسعود بغير إسناد».

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٧٧/٢ وما بعدها.

المُحَصِّر بالحج لا يذبح إلا يوم النحر، والمُحَصِّر بالعمرة يذبح أي وقت شاء .

له: قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَخْلُقُوا زُرُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ ﴾ ، فخصّه بمكانٍ ، ولم يخصّه بزمانٍ ؛ ولأنه سببٌ للتحلل قبل استيفاء موجب الإحرام ، فإذا وجد سببه ، لم يختص بالوقت ، كالطواف الذي يتحلل به فائت الحج .

وجه قولهما: أنه سببٌ للتحلل من الحج ، فلا يكون^(١) قبل يوم النحر كالحلق .

فأما العمرة ، فلا يختص التحلل منها بيوم النحر ، فلا يختص هدي الإحصار فيها بيوم النحر .

١٠٢١ - فَصْل: [وقوع التحلل قبل الذبح أو عدم العلم بالذبح]

قال: فإن ذبح عنه في غير الحرم ، أو لم يُذبح عنه في اليوم الذي واعدتهم فيه ، فحل وهو لا يعلم ، فعليه دمٌ لإحلاله ، وهو على إحرامه كما كان حتى يُذبح [عنه] الهدى ؛ وذلك لأن التحلل موقوفٌ على شرطٍ: وهو ذبح الهدى في مكانٍ مخصوصٍ ، فإذا تحلل قبل وجود سبب التحلل ، لم يتعلّق بتحلله حكمٌ ، فصار ذلك جنائياً ، فيلزمه الكفارة .

١٠٢٢ - فَصْل: [المحصر إن لم يجد هدياً]

قال: وإن لم يجد المُحَصِّر هدياً ، أقام حراماً حتى يذبح الهدى ، أو يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ، ويحلق أو يقصر ، كما يفعل إذا فاته الحج ، وهذا على قول أبي حنيفة ومحمد ، والمشهور من قول أبي يوسف .

(١) في ب (فلا يجوز) .

وروى ابن سماعه عن أبي يوسف: أن عطاء قال في المحصر لا يجد الهدي: قوم الهدي طعاماً فتصدق به على المساكين، وإن لم يكن عنده طعام، صام لكل نصف صاع يوماً^(١)، وقال أبو يوسف: كان قول عطاء أعجب إليّ.

وقال الشافعي: لهدي الإحصار بدلاً على أحد القولين، واختلف قوله في البديل ما هو؟، فقال في أحد قوليه: مثل صوم التمتع، وفي القول الآخر: ينتقل إلى الإطعام، وهل يقوم الصوم مقامه؟ فيه قولان^(٢).

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [١/٨٨]، فعلق التحلل بغاية، فما لم توجد لا يجوز؛ ولأنه دمٌ لم يجب للجمع بين الإحرامين، فلا يكون له بدلٌ: هو صومٌ أو طعامٌ كالأضحية المنذورة؛ ولأنه نسكٌ يتحلل به قبل استيفاء موجبات الإحرام، فلا تقوم الصدقة مقامه^(٣)، أصله: الطواف الذي يتحلل به فائت الحج.

وجه قول أبي يوسف: أنه دمٌ يقع به التحلل، فجاز أن يثبت له بدلٌ كدم المتعة.

١٠٢٣ - فَصْلُ: [الإحصار بعد الوقوف بعرفة]

قال: ولا يكون الحاج محصرًا بعد الوقوف بعرفة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتَهُ﴾، معناه: عن إتمامها، وقال رسول الله ﷺ: «ومن وقف بعرفة، فقد تم

(١) ذكره الكاساني في البدائع (١٨٠/٢)

(٢) وفي المنهاج: «فإن فقد الدم.. فالأظهر: أن له بدلاً، وأنه صام بقيمة الشاة، فإن عجز صام عن كل مدي يوماً، وله التحلل في الحال في الأظهر». ص ٢٠٩.

(٣) في ب (فلا يقوم الصوم مقامه).

حَجَّه»^(١)؛ ولأنه لا يلحقه الفساد، فلا يلحقه الإحصار، كمن رمى قبل الذبح.

١٠٢٤. فَضْل: [الإحصار بعد دخول الحرم]

قال: ولا يكون محصرًا في الحرم إذا أمكنه الطواف، وإذا كان قبل الوقوف بعرفة، فهو محصرًا إذا لم يقدر على الطواف.

وكان أبو بكر الرازي يقول: في المحصر بمكة، إن قدر على الطواف أو الوقوف أو هما، فليس بمحصر، وإن لم يقدر على واحد منهما، فهو محصر^(٢).

قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال: لا يكون الرجل محصرًا إذا دخل الحرم، إلا أن يكون بمكة عدوًّا غالبًا يحول بينه وبين الدخول إلى مكة، كما حال المشركون بين النبي ﷺ وبين دخول مكة، فإن كان كذلك فهو محصرًا.

قال علي بن الجعد: أخبرنا أبو يوسف قال: سألت أبا حنيفة: هل على أهل مكة إحصار؟ قال: لا، قلت: فإن رسول الله ﷺ أحصر بالحديبية، قال: كانت مكة إذ ذاك [دار حرب]^(٣)، وهي اليوم في حكم الإسلام، فليس فيها إحصارًا.

والصحيح: ما فصله أبو بكر؛ لأنه إذا قدر على الوقوف، فالحج يتم به، والإحصار لا [يثبت]^(٤) مع تمام الحج، وإذا قدر على الطواف، فهو يقدر على أن يتحلل به عند الفوات.

(١) أخرجه أبو داود (١٩٥٠)؛ والترمذي (٨٩١) وقال «حسنٌ صحيحٌ»؛ والنسائي (٣٠٣٩)؛ وابن ماجه (٣٠١٦).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي للرازي ٥٧٦/٢.

(٣) في أ (حرباً) والمثبت من ب.

(٤) في أ (يتم)، والمثبت من ب.

وإنما قام الدم في المحصر مقام الطواف في الفوات ، فإذا قدر على الأصل ، لم يثبت البدل ، فأما إذا [منع]^(١) منهما جميعاً ، فهو في حكم المحصر في الحل ، فيجوز له أن يتحلل .

وقد قالوا: فيمن أُحصِر بعد الوقوف حتى مضت أيام التشريق ، فعليه لترك الوقوف بالمزدلفة دمٌ ، ولترك الرمي دمٌ ، وعليه أن يطوف طواف الزيارة ، وعليه لتأخيره دمٌ ، ولتأخير الحلق دمٌ في قول أبي حنيفة ، وهذه فصولٌ قد بيّناها .

١٠٢٥ - فَصْل : [خيار المحصر بعد بعث الهدى]

قال : فإذا بعث المحصر بالهدى : فإن شاء أقام في موضعه ، وإن شاء رجع إلى أهله ؛ لأن الإقامة يحتاج إليها للتوجه ، وهو غير متوجهٍ .

قال : فإن قدر المحصر على الحج ، وزال المنع قبل أن ينحر الهدى ، فهذا على ثلاثة أوجه :

إن أمكنه أن يدرك الهدى والحج ، وجب عليه المضي ، ولم يجز له التحلل ؛ لأن العذر زال ، وإنما أُبيح له التحلل لأجل العذر ، فلم يجز مع زواله .

وإن كان يدرك الهدى ولا يدرك الحج ، لم يلزمه المضي ؛ لأنه لا فائدة في إدراك الهدى ، ألا ترى أنه كان في يده وحكم الإحصار ثابتاً^(٢) .

وإن كان يدرك الحج ولا يدرك الهدى ، فالقياس : أن لا يجوز له التحلل ؛ لأنه غير معذورٍ مع تمكنه من أداء الحج^(٣) .

(١) في أ (امتنع) والمثبت من ب .

(٢) في ب (أنه لو كان في يده ، فحكم الإحصار ثابتاً) .

(٣) انظر : القدوري ص ١٦١ .

والاستحسان: أن يجوز له التحلل؛ لأنَّ الهدى قد تعلق به حكمٌ لا ينفسخ،
ألا ترى أنَّ رسوله إذا ذبحه لم يضمن، فصار كأنه ذبح.

وقد قالوا: إنَّ الأفضل في هذا الفصل أن يتوجَّه؛ لأنه متمكنٌ من أداء الحج
بتمامه^(١) فكان أولى من فسخه.

وقد ذكر أبو الحسن: أنَّ هذا التقسيم إنَّما يجيء على قول أبي حنيفة رحمه
الله تعالى؛ لأنَّ من أصله: أنَّ هدي الإحصار يُذبح قبل يوم النحر، فيتصوَّر أن
يُدرَك الحج ولا يدركه، وأما على قولهما فلا يتصوَّر؛ لأنَّ الذبح عندهما: لا
يجوز قبل يوم النحر، فلا يتصوَّر إدراك الحج دونه؛ إلا أنَّ التقسيم [صحيحٌ]
على قولهما في المحصَّر بالعمرة؛ لأنَّ ذبح الهدى فيها لا يتوقَّت عندهما^(٢).

١٠٢٦ - فَصَّل: [المريض يبعث بهدي ثم يصح]

ونظير هذه المسألة: ما ذكره أبو الحسن في كتاب المناسك، في المريض
يبعث بهدي ويواعدهم أن يذبحوا أوَّل يومٍ من ذي القعدة، ثم صَحَّ، فإنَّ أبا
يوسف روى عن أبي حنيفة: أنَّه إذا صَحَّ في وقتٍ يدرَك الحج [ولا يدرَك
الهدى]^(٣)، فقد تمَّ الإحلال وعليه قضاء حجةٍ وعمرةٍ؛ لأنَّه إذا أردك الحجَّ ولم
يدرَك الهدى، فقد تعلق بالهدى حكمٌ لا يلحقه الفسخ.

وروى زفر عن أبي حنيفة أنه قال: إنَّ تمَّ مرضه ذلك إلى يوم النحر، تمَّ له^(٤)

(١) في ب (لأنَّه متمكن من إتمام الحج).

(٢) في ب (على قولهما).

(٣) في أ (أو لا يدرَك)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٤) في ب (فله).

الإحلال ، وإن صحَّ في مقدار ما يدرك الحج ، لم يحلَّ بذلك الهدي ، وعليه أن يمضي في حجّه ذلك على حاله ، فإن لم يمض ، كان بمنزلة من فاته الحج ؛ وذلك لأنَّ التحلل يثبت حكمه في يوم النحر ، فإذا صحَّ قبل ذلك ، وتمكّن من إدراك الحج ، زال العذر ، فوجب عليه المضي كالابتداء .

١٠٢٧ - فَصْلُ : [القارن يبعث بهدي واحدٍ للتحلل من الحج]

[قال]: وإذا حُصِرَ القارن ، فبعث بهدي واحدٍ ليتحلَّل [به] من الحج ، ويبقى على إحرام العمرة ، لم يتحلَّل [به] من واحدٍ منهما ؛ لأنَّ إحلال القارن من أحد الإحرامين متعلِّقٌ بإحلاله من الآخر ، فلا يجوز أن يتقدّم الإحلال في أحدهما ، كما لا يجوز في المدرك .

١٠٢٨ - فَصْلُ : [الإحصار بسرقة النفقة]

وقال ابن سماعة عن محمد فيمن سُرقت نفقته: إنّه لا يكون محصراً إن قدر على المشي ، وإن لم يقدر فهو محصراً ؛ وذلك لأنّه إذا قدر على المشي ، فهو متمكّنٌ من أداء الحج ، فلا يجوز [له] التحلُّل مع القدرة ، وليس يمتنع أن لا يجب على الإنسان المشي إلى الحج ابتداءً ، ويجب عليه بعدما تعيّن بالدخول ، كما لا يجب على الفقير مع عدم المال ، ويجب [عليه] بالدخول .

وأما إذا عجز عن المشي ، فقد تعذّر عليه المضي ، فجاز له التحلُّل ، كما لو تعذّر بالمرض .

قال أبو يوسف: فإن قدر على المشي في الحال ، ويخاف أن يعجز ، جاز له التحلُّل ؛ لأنَّ المشي إذا لم يوصله إلى المناسك فلا فائدة فيه .

١٠٢٩ - فَصْل: [منع الزوجة إذا أحرمت بحجة التطوع]

وإذا أحرمت المرأة بحجة التطوع، فمنعها زوجها، فهي بمنزلة المحصر؛ وذلك لأنها ممنوعةٌ من التطوع إلا بإذنه، فيثبت له حق المنع، وقد جاز التحلل إذا كان المنع بغير حق، فإذا كان بحق أولى.

إلا أنها تفارق المحصر من وجه؛ لأن المحصر لا يتحلل إلا بالهدي، وهي يحللها الزوج، ثم تذبح بعد ذلك؛ لأن التحلل هاهنا مستحق، فيقع بأدنى ما يحظره الإحرام، كما روي أن النبي ﷺ قال لعائشة: «امتشطي وارفضي [عنك] العمرة»^(١)، فأما المحصر فالتحلل ليس بمستحق، وإنما هو جائز، فوقف على الهدي.

ولأن الزوج إنما جاز له أن يحللها ليستوفي حقه، فلو وقف التحلل على الذبح، لسقط حقه، وهذا لا يصح، والتحليل: أن يصنع بها بعض ما يحظره الإحرام، فأما إن قال: [قد] أحللتك، لم تتحلل؛ لأنه يجوز أن يأذن لها بعد ذلك. وأما وجوب الدم عليها؛ فلأنها تحللت دون^(٢) طواف.

١٠٣٠ - فَصْل: [المرأة إذا أحرمت بحجة الإسلام ولا محرّم لها]

[قال]: وإن أحرمت بحجة الإسلام، ولا محرّم لها، فهي بمنزلة المحصر؛ لأنها ممنوعةٌ من المضي لحق الله تعالى، فصارت كالممنوعة [بفعل]^(٣)

(١) أخرجه البخاري (١٤٨١)؛ ومسلم (١٢١١).

(٢) في أ (من) والمثبت من ب.

(٣) في ب (بغير).

الآدمي، ولا تتحلل إلا بهدي؛ [٨٨/ب] لأن التحلل هاهنا جائز، وليس بمستحق،
ألا ترى أنها تبقى على إحرامها، [إلى أن تجد محرماً أو زوجاً] (١).

١٠٣١ - فصل: [العبد إذا أحرم بغير إذن مولاه]

وكذلك العبد إذا أحرم بغير إذن مولاه أو الأمة، فللمولى أن يحللها بغير
هدي؛ لأن منافعهما [مستحقة] للمولى، فلم يجز لهما منعه منها، وقدمنا أن
الإحلال إذا استحق وقع ببعض محظورات الإحرام.

قال: وعلى العبد إذا أعتق أن يقضي ما أحرم به؛ لأنه وجب عليه بالدخول،
وتعذر المضي لحق المولى، وقد زال ذلك.

وأما إذا أذن المولى لعبده في الحج، فأحرم، كره له أن يحلله؛ لأنه رجوع
عما وعد [به]، وليس عليه هدي؛ لأن المولى لا يثبت عليه حق لعبده.

وقد قالوا: فيمن حج عن غيره، فأحصر، لزم المحجوج عنه أن يبعث
بهدي؛ لأنه للتخلص من مشقة السفر، فيلزم المحجوج عنه كنفقة الرجوع.

[قد] قالوا: في المولى إذا أمر عبده أن يحج عنه، فأحصر، لم يلزم المولى
إنفاذ هدي؛ لأنه لو لزمه للزمه لحق العبد، والعبد لا يثبت له حق على مولاه.
فإن أعتقه وجب عليه أن يبعث بهدي؛ لأنه صار ممن يثبت له حق عليه، فهو
كالحر إذا حج عن غيره (٢).

وقد روى ابن سماعه عن أبي يوسف: أن المولى إذا أذن لعبده في الحج،

(١) في أ (إلا أن لا تجد محرماً أو زوجاً)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (أحرم عن غيره).

فليس له أن يحلّه ؛ لأنه أسقط حقّ نفسه بالإذن ، فصار العبد كالحرّ ، فلا يتحلّل إلا بدم^(١) الإحصار .

وقال أبو يوسف: فإن باعه ، فللمشتري أن يحلّه ؛ لأنّ الإحرام لم يقع بإذنه ، فهو كما لو أحرم ابتداءً في ملكه .

وقال زفر: ليس للمشتري التحليل ؛ لأنه انتقل إليه ما كان للبائع ، ولم يكن للبائع أن يحلّل ، فكذلك المشتري .

وقال محمد: إذا أذن الرجل لعبده في الحجّ ، ثم باعه ، لم أكره للمشتري أن يحلّه ؛ لأنّ الكراهة في حقّ البائع لما فيها من إخلاف الوعد ، وهذا لا يوجد في حقّ المشتري .

و[قد] روى ابن سماعه عن محمد: في أمةٍ لها زوجٌ ، أذن لها مولاها في الحجّ ، فليس لزوجها أن يحلّلها ؛ وذلك لأنّ التحليل ثبت للزوج لمنعها من السفر ليستوفي حقّه في الوطاء ، ومنع الأمة من السفر إلى مولاها دون زوجها ، ألا ترى أنّ المولى لو سافر بها ، لم يكن للزوج منعها ، فكذلك إذا أذن لها في السفر^(٢) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٧٤/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٦٠ وما بعدها .

بَاب دخول مكة بغير إحرام



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: مَنْ كانت المواقيت بينه وبين مكة لم يجز له أن يدخل مكة بغير إحرام.

قال [الشيخ] رحمته الله: وجملة هذا: أن مجاوزة الميقات لمن أراد دخول مكة وهو قبل الميقات، لا يجوز إلا بإحرام، أراد النسك أو أراد غيره.

وقال الشافعي: من دخل مكة للقتال، جاز له دخولٌ بغير إحرام قولاً واحداً، وإن دخل للنسك، وجب عليه الإحرام قولاً واحداً، وإن دخلها لحاجة، ففيه قولان^(١).

أمّا من دخلها مقاتلاً، فعليه الإحرام؛ لما روى أبو شريح الكعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن مكة حرامٌ، حرّمها الله تعالى، لم تحلّ لأحدٍ قبلي، ولا تحلّ لأحدٍ بعدي، وإنما حلّت لي ساعةً من نهارٍ، [لا يُختلى خلاها، ولا يُعضد شجرها، ولا يُنفر صيدها]»^(٢)، فمن ترخّص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها، فإنما أُحلت له ساعةً من نهارٍ، (فأخبر أنها لم تحلّ إلا له)^(٣)، ولو جاز ذلك لكلّ مقاتلٍ، لم

(١) ذكر النووي أن في المسألة ثلاثة أقوال: أصحها: أنه مستحب. انظر: الإيضاح (مع حاشية الهيتمي) ص ٢٣٦.

(٢) أخرجه البخاري (٣٠١٧)؛ ومسلم (١٣٥٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) ساقطة من ب.

يكن لتخصيصه معنى؛ ولأنه مكلفٌ مريدٌ لدخول مكة، فلا يجوز له مجاوزة الميقات إلا محرماً، كمن أراد الحج.

وأما من دخلها بغير قتالٍ، فقد روى سعيد بن جبير، عن ابن عباس: أن رجلاً سأله فقال: إني أحرمت بعد الميقات، فقال ارجع إلى الميقات، ولبّ وإلا فلا حجّ لك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يجاوز أحد الميقات إلا مُحْرَمًا»^(١)؛ ولأنه معنى يوجب الإحرام على من هو مريدٌ للنسك، فيوجهه على من لا يريد النسك، كوجود الزاد والراحلة.

١٠٣٢ - فصل: [الإحرام لمن كان أهله في الميقات وما بعده]

وأما مَنْ كان أهله في الميقات وما بعده، فيجوز لهم دخول مكة بغير إحرام، وقال الشافعي: لا يجوز في أحد قوليهِ، وقال في قولٍ ثانٍ^(٢): إذا تكرر دخولهم، وجب عليهم الإحرام في كلِّ سنةٍ مرةً.

لنا: ما روي في حديث ابن عباس [أنه] قال: (لا يجوز دخول مكة إلا بإحرام، ورخص للحطّابين)، والرخصة إنما تكون من صاحب الشريعة، والعادة للحطّابين أنهم لا يجاوزون المواقيت.

وروي عن ابن عمر (أنه خرج [من مكة] إلى قُديد، فبلغه عن فتنةٍ بالمدينة، فرجع ودخل مكة بغير إحرام)، وعن جعفر بن محمد قال: (رجع ابن عمر

(١) قال ابن حجر في الدراية (٦/٢): «أخرجه ابن أبي شيبة والطبراني من حديث ابن عباس مرفوعاً، وفيه خصيب، وأخرجه الشافعي عن ابن عباس بإسنادٍ صحيح».

(٢) في ب (في قوله الآخر).

وابن دينار إلى أرضهما خارجاً من الحرم ، ثم دخلا مكة بغير إحرام^(١) ؛ ولأن من قرب من مكة ، يتعلق مصالحتهم بها ، ويتعلق مصالح أهل مكة بهم ، فلو منعوا من الدخول إلا بإحرام ، لشق ذلك عليهم .

١٠٣٣ - فَصْل : [دخول مكة بغير إحرام]

قال : فإن دخل مكة بغير إحرام من هذه صفته ، فعليه حجة أو عمرة لدخول مكة بغير إحرام ؛ وذلك لأن حرمة الميقات لما أوجبت الإحرام ، صار كمن قال : لله علي أن أحرم ، فإن شاء أسقط ذلك بحجة ، وإن شاء أسقط بعمرة .

١٠٣٤ - فَصْل : [الإحرام بعد الميقات]

قال : فإن أحرم بالحج أو العمرة ، مضى لما وجب عليه من ذلك لمروره على الميقات ، فعليه دمٌ لترك الوقت فيما وجب عليه ؛ وذلك لأنه لزمه الإحرام من الميقات ، فإذا ترك الوقت وأحرم من غيره ، فقد أدخل في إحرامه نقصاً ، فيجبر بالكفارة .

١٠٣٥ - فَصْل : [قضاء ما وجب عليه لدخول مكة بغير إحرام]

قال : فإن أقام بمكة حتى تحولت السنة ، ثم أحرم ، قضى ما وجب عليه لدخول مكة بغير إحرام ، أجزاء في ذلك ، وميقاته ميقات أهل مكة^(٢) : في الحج الحرم ، وفي العمرة الحل ؛ وذلك لأنه لما أقام بمكة صار في حكم أهلها ، فيجزئه إحرامه من ميقاتهم ؛ ولأنه إذا أحرم في سنته [بحجة] ، فالإحرام لم يتعلق بدمته ،

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣/٢١٠) .

(٢) في ب (أجزأه في ذلك ميقات أهل مكة) .

لبقاء وقته ، فإذا أحرم به مع ترك الوقت ، صار كالمبتدئ للإحرام من غير الوقت ، فإذا تحولت السنة ، انتقل الإحرام^(١) إلى ذمته ، وصار المفعول قضاء^(٢) ، ومن وجب عليه إحرام من الميقات فقضاه من غيره ، جاز .

١٠٣٦ - فَصْل : [سقوط ما وجب عليه بدخول مكة بغير إحرام]

قال : فإن كان حين دخل مكة ، عاد من تلك السنة إلى الميقات ، فأحرم بحجّةٍ عليه نذرٍ ، أو حجة الإسلام ، أو عمرة نذرٍ ، أو غير ذلك ، سقط ما وجب عليه بدخول مكة بغير إحرام ، وهذا استحسانٌ ، والقياس : أن لا يجزئه ، وبه قال زفر .

وجه القياس : أن مجاوزة الميقات سببٌ لوجوب الإحرام ، فلا تجزئ عنه حجة الإسلام ، كمن قال^(٣) : لله علي حجّةٌ ، وأراد أن يقيم حجة الإسلام مقامها .
[١/٨٩]

وجه الاستحسان : أنه لو أحرام ابتداءً من الميقات بحجة الإسلام ، أجزاءً عن حجة الإسلام وعن حرمة الميقات ، فإذا عاد من سنته فأحرم ، فقد أتى بحجة الإسلام ابتداءً ، فهو كما لو أحرم بها أولاً^(٤) ، يبين ذلك أن الميقات أوجب إحراماً تؤدّي أفعاله في هذه السنة ، فإذا أحرم بحجة الإسلام ، فقد فعل ما أوجبه الإحرام .

وليس كذلك إذا دارت السنة ثم أحرم بحجة الإسلام ، لم يجزئه عمّا لزمه

(١) في ب (إحرامه) .

(٢) في ب (ضمناً) .

(٣) في ب (كما لو قال) .

(٤) في ب (فإذا عاد من سنته وأحرم بحجة الإسلام ابتداءً ، فهو كما لو أحرم بها أولاً) .

من ذلك لحرمة الوقت؛ لأنه لم يفعل الإحرام على الوجه الذي لزمه، ألا ترى أن الميقات لم يوجب إحراماً تؤدَّى أفعاله في سنة ثانية؛ ولأنَّ الوقت لما تحوّل، تعلّق الإحرام بالذمّة، فلم يجز حجة الإسلام عنه ما لم تنتقل السنة، فالإحرام متعلّق بالوقت كتعلقه ابتداءً.

فإن قيل: أليس لو أحرم بعمره مندورة في السنة الثانية، لم يجزئه، وإن كان لو أحرم ابتداءً من الميقات بعمره، جاز أن يؤخر أفعالها إلى هذه السنة الثانية؟

قيل له: إنَّ العمرة يكره تأخير فعلها إلى يوم النحر وأيام التشريق، فإذا صار إلى وقت يكره تأخير العمرة إليه، فهو كمن صار إلى وقت يفوت الحج فيه.

ونظير هذه المسألة: ما قال أصحابنا: فيمن نذر اعتكاف شهر رمضان، فلم يصم لعذر، فإن اعتكف في القضاء، جاز، وإن اعتكف في رمضان الثاني، لم يجز؛ لأنّه أوجب الاعتكاف في رمضان، فإذا أداه في القضاء [بنية ذلك الفرض]^(١)، فقد فعل ما اقتضاه، وإذا أخره إلى رمضان آخر، فقد فعله في وقت لم يتضمّن نذره، فلا بدّ له من صوم يختصّ وجوبه بالاعتكاف.

١٠٣٧ - فصل: [تكرار الدخول بغير إحرام]

قال: فإن دخل مكة بغير إحرام، ثم خرج فعاد إلى أهله، ثم عاد إلى مكة فدخلها بغير إحرام، وجب عليه لكل واحد من الدخولين إحرام.

فإن أحرم بحجة الإسلام عن الدخول الثاني، جاز إذا كان في سنته، وإن

(١) في ب (هو ذلك الفرض)، والمثبت من ب.

أحرم بحجة الإسلام عن الدخول الأول، لم يجز؛ لأنه لما لم يفعل الإحرام حتى عاد إلى أهله، ثم عاد إلى الميقات، زال عنه حكم الابتداء في الإحرام الأول، فلم يبق حجة الإسلام مقامه، كما لو دارت السنة وبقي [في] الدخول الثاني على حكم الابتداء، فأجزأت عنه حجة الإسلام.

١٠٣٨ - فصل: [مجاورة الميقات لمن لا يريد مكة ثم يدخلها]

قال: ومن جاوز الميقات لا يريد مكة، وإنما يريد بستان بني عامرٍ أو غيره لحاجة، فلا شيء عليه، وإن بدا له أن يدخل مكة لحاجةٍ بغير إحرام، فله ذلك؛ وذلك لأن حرمة الميقات إنما تثبت في حق من أراد دخول مكة، فإذا قصد غيرها، لم تثبت حرمة الإحرام في حقه، فلم يلزمه شيء، فإذا بدا له دخول مكة، جاز له دخولها بغير إحرام، كما يجوز لأهل الموضع الذي هو فيه.

وقال أبو يوسف: إن دخل بستان بني عامرٍ، فنوى أن يقيم فيه خمسة عشر يوماً، جاز له أن يدخل مكة بغير إحرام؛ لأنه صار وطنًا له، فهو كأهله، وإن لم ينو الإقامة [فيه]، لم يجز له دخولها بغير إحرام؛ لأنه ليس من أهلها، فلا يعتبر حاله بهم^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥١٣/٢ وما بعدها.

بَاب

مجاوزة الوقت بغير إحرام



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: ينبغي لمن مرَّ بالوقت وهو يريد الحجَّ أو العمرة، أن لا يجاوز الوقت إلا مُحْرِمًا، فإن أحرم من وراء الميقات بحجةٍ أو عمرةٍ، ثم لم يعد، فعليه دمٌ لترك الوقت؛ وذلك لأنَّ الوقت آخر جزءٍ^(١) أمر بالإحرام منه، فإذا أحرم بعده فقد ترك جزءاً من الإحرام بين الوقت والموضع الذي أحرم منه، فأوجب نقصاً في إحرامه، فلزمه الدم.

وإنما ذكر أبو الحسن من أراد الحج والعمرة؛ لأنَّ الإنسان قد يتجاوز الوقت، ولا يريد دخول مكة ثم ينشئ الإحرام، فلا يلزمه شيءٌ لحرمة الوقت.

١٠٣٩ - فَصَّل: [العود إلى الميقات للإحرام]

قال: فإن عاد إلى الوقت فأحرم ولبى سقط عنه الدم.

قال [الشيخ] رحمته الله: وجملة هذا أنه إذا جاوز الميقات فلم يحرم حتى عاد إليه، فأحرم، فلا دم عليه في قولهم؛ [وذلك] لأنَّه أنشأ الإحرام من الوقت [فصار]^(٢) كالمبتدئ.

وإن جاوز الميقات وأحرم وعمل عملاً بعد الإحرام مثل: أن يطوف شوطاً

(١) في ب (آخر حد).

(٢) في أ (فعاد) والمثبت من ب.

أو يتدئ بالشوط ، فيستلم الحجر ، أو يقف بعرفة ، ثم عاد إلى الميقات فلَبَّى ، لم يسقط عنه الدم [في قولهم جميعاً] ؛ لأنه لم يعد على حكم الابتداء ، ألا ترى أنه فعل فعلاً معتدّاً به من الإحرام ، فلم يستدرك المتروك ، فبقي عليه الدم بحاله .

وأما إذا عاد قبل أن يعمل عملاً فلَبَّى من الوقت ، سقط عنه الدم عند أبي حنيفة ، وإن لم يلبّ لم يسقط عنه .

وقال أبو يوسف [ومحمد] : يسقط عنه لَبَّى أو لم يلبّ .

وقال أبو زفر : لا يسقط في الوجهين .

أما الكلام عليهما ؛ فلحديث ابن عباس أنه قال للرجل [الذي] أحرم بعد الميقات : (ارجع إلى الميقات فلبّ ، وإلا فلا حج لك) ^(١) ، فاعتبر التلبية في الوقت ؛ ولأن المتروك في الوقت هو المعنى الذي يدخل [به] في الإحرام ، وذلك هو التلبية ، أو السوق ، فإذا لَبَّى على حكم الابتداء ، فقد استدرك المتروك ، وإذا لم يُلبّ لم يستدركه .

وجه قولهما : أن المستحقّ كونه في الميقات مُحَرَّمًا على وجه الابتداء ، وليس المستحقّ التلبية ؛ بدلالة أنه لو أحرم قبل الوقت ، ثم اجتاز به فلم يُلبّ فيه ، جاز لكونه محرماً .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه إذا أحرم قبله فوقته الموضع الذي أحرم منه ، وقد لَبَّى فيه ، فلا يعتبر تلبّيته فيما بعده ، وإذا لم يحرم قبله ، فوقته آخر المواقيت ، فوجب التلبية منه .

(١) سبق تخريجه .

أمَّا الكلام على زفر؛ فلأنه يُستدرك المتروك بجنسه، وهو التلبية في الميقات على طريق الابتداء، فسقط الجبران عنه، كمن طاف جنباً ثم أعاد الطواف.
ولا يجوز أن يقال: إنَّ المستحقَّ من الميقات تلبيةً واجبةً، فإذا عاد إليه لبي تلبيةً مسنونةً، فلم يستدرك المتروك.

[وهذا لا يصحَّ]؛ وذلك لأنَّ من طاف محدثاً، ثم طاف طاهراً، استدرك المتروك، وإن كان المستحقُّ أن يأتي بالطواف الواجب على الطهارة، والطواف الثاني ليس بواجبٍ، وقد سقط به الجبران عنه، فكذلك في مسألتنا.

وجه قول زفر: أنَّ المستحقَّ [عليه] إنشاء الإحرام من الميقات، فإذا عاد إليه بعدما أحرم، فلم يُنشئ الإحرام منه، فلم يسقط ما وجب عليه.

١٠٤٠. فصل: [قدومه مكة وقد فاته الحج]

وإن قدم وقد فاته الحج، يقطع التلبية إذا استلم الحجر، ولا يرجع إلى الوقت، ويسقط عنه الدم؛ وذلك لأنَّ من وجب عليه الدم لترك الوقت، ثم لزمه قضاء الإحرام للفوات أو الفساد، سقط عنه الدم؛ وذلك لما بيَّنا أنَّ الدم وجب عليه لترك الإحرام من الوقت إلى الموضع الذي إحرامه^(١) فيه، فإذا وجب عليه [ب/٨٩] قضاء الإحرام، فهو يستدرك ذلك الجزء بالقضاء، فلا معنى لجبرانه بالدم.

وليس كذلك إذا لزمه دمٌ بالطيب أو اللبس أو المباشرة، ثمَّ وجب عليه القضاء بالفوات أو الفساد، لم يسقط عنه الدم؛ لأنَّه لم يجب بترك جزءٍ من

(١) في ب (أحرم منه).



الإحرام، وإنما وجب للنقص الذي حصل بالاستمتاع، وذلك لا يُستدرك بالقضاء.

١٠٤١ - فصل: [الإحرام بالنسكين بعد المجاوزة]

وإن جاوز الميقات وأحرم بهما جميعاً، فعليه دمٌ واحدٌ لترك الوقت؛ وذلك لأنَّ المستحقَّ عليه لحرمة الوقت إحرامٌ واحدٌ، فإذا جاوزه وأحرم بعمرةٍ وحجَّةٍ، فإنَّما أدخل النقص على أحد الإحرامين، وهو الذي كان يلزمه لحرمة الوقت.

فأمَّا الإحرام الآخر، فلم يكن عليه أن يأتي من الوقت^(١)، ألا ترى أنه لو أحرم من الوقت بعمرةٍ، ثم جاوزه فضم إليها حجَّةً، لم يلزمه للحجَّة شيءٌ، فإذا كان النقص في أحد الإحرامين، وجب عليه دمٌ واحدٌ.

وليس في الأصول معنى يجب به على المفرد وعلى القارن دمٌ واحدٌ إلا هذه المسألة^(٢).



(١) في ب (فليس عليه أن يأتي به من الوقت).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥١٤/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٤٠ وما بعدها.

بَابُ الْجَمَاعِ فِي الْحَجِّ

—•••••—

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى^(١): الحج لا يفسد إلا بفوات عرفة أو الجماع في الفرج قبل الوقوف بها، وقد ذكرنا حكم الفوات.

فأما إذا جامع قبل الوقوف بعرفة في الفرج: فقد فسد حجه، ويمضي في حجه على الفساد، فيعمل جميع ما يفعله في الحج الصحيح، ويتجنب جميع ما يتجنبه في الحج الصحيح، ويكون عليه قضاء حجة ودم لجماعه: تجزئه شاة، أو شرك في بقرة أو جزور.

والأصل في فساد الحج بالجماع: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ﴾ [البقرة: ١٩٧]، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

وروي عن جماعة من الصحابة أنهم قالوا: فيمن جامع امرأته وهما محرمان، مضيا في إحرامهما، وعليهما هدي، ويقضيان الحج من قابل ويفترقان، ولا خلاف في ذلك.

فأما الهدي، فيجزئ فيه شاة، وقال الشافعي: بدنة^(٢).

لنا: أنه سبب لوجوب القضاء، فلا يجب به بدنة، كالفوات؛ ولأن الوطاء

(١) في ب (قال الشيخ أيده الله: قال أبو الحسن).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٦٩؛ رحمة الأمة ص ٨٨.

صادف إحراماً لم يتأكد ؛ بدلالة أنّ الفوات يلحقه ويتغير حكمه عند مخالفتنا: إذا بلغ الصبي أو أعتق العبد ، فلا تتأكد الكفارة الواجبة به .

وأما المضي في الإحرام ؛ فلاجماع الصحابة ؛ ولأنّ الإحرام لا يجوز التحلل منه إلا بأداء الأفعال أو الإحصار ، ولم يوجد واحدٌ منهما .

وأما القضاء ؛ فلأنّ المفعول مع النهي لا يقع موقع الواجب ، فبقي الواجب بحاله .

وأما الافتراق ، [فقال أصحابنا]: لا يلزمهما ذلك في القضاء عند أصحابنا ، فإذا خافا معاودة ، استحَبَّ لهما .

وقال زفر: يفترقان عند الإحرام ، وقال مالك: إذا خرجا من بلدهما^(١) ، وقال الشافعي: إذا بلغا إلى الموضع الذي جامعها فيه افترقا^(٢) .

لنا: أنّ الافتراق ليس بنسكٍ في الابتداء ، فلا يكون نسكاً في القضاء كالصوم ، وأما زفر فسلم القياس ؛ لما رُوِيَ عن الصحابة ، وجعل الافتراق نسكاً في القضاء ، فأوجبه عند الإحرام ، كما تجب المناسك .

فأما الذي قاله مالكٌ ، فلا مدخل له في الفقه ؛ لأنه أوجب الافتراق في حالةٍ يجوز له الوطء [فيها] ، ولا معنى للتفريق بينه وبينها لخشية أمرٍ مباحٍ .

وأما الذي قاله الشافعي فليس بصحيحٍ ؛ لأنه لو كان نسكاً لوجب عند الإحرام ؛ ولأنّه يفارقها لئلا يطأها ، وهذا المعنى يخاف قبل الموضع الذي وطئها

(١) ذكر ابن الجلاب أنه «يستحب لمن أفسد حجه أن يفارق في حجة القضاء أهله من حين يحرم حتى يحل منها» . التفريع ٣٥٠/١ (دار الغرب الإسلامي) .

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٦٩ .

فيه ، كما يخاف فيه .

وأما قوله: إنه يتذكر الوطء إذا بلغ ذلك الموضع ، فليس بصحيح ؛ لأنه يتذكر معه ما أصابه من المشقة في وجوب الكفارة والقضاء^(١).

١٠٤٢ - فَصْل: [حصول الجماع مرتين قبل الوقوف]

فإن جامع جماعاً آخر قبل الوقوف بعرفة ، فعليه شاةٌ ؛ وذلك لأننا دللنا على أنّ الجماع الأول يوجب شاةً ، وقد صادف إحراماً صحيحاً ، فالوطء الثاني يصادف إحراماً فاسداً ، فالأولى أن لا يجب فيه أكثر من شاةٍ .

وإنما وجبت الكفارة بالوطء الثاني عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأنّ كفارات الإحرام لا تسقط بالشبهة ، وأكثر أحوال الاجتماع^(٢) أن يكون شبهةً .
وقال محمد: لا كفارة عليه ، إلا أن يكون كفر عن الوطء الأول ؛ لأنها كفارةٌ تجب لحرمة عبادةٍ ككفارة الصوم .

١٠٤٣ - فَصْل: [إرادة الرفض بالوطء الثاني]

وإن جامع جماعاً بعد جماعٍ يريد به رفض الإحرام ، فعليه كفارةٌ واحدةٌ في قولهم ؛ لأنّهما وقعا على وجهٍ واحدٍ ، فصار كالوطء في المجلس الواحد .

١٠٤٤ - فَصْل: [حصول الوطء مرتين في المجلس الواحد]

وأما إذا وطئ في المجلس الواحد مرتين ، فالقياس: أن يجب بكلّ وطاء

(١) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٢٣ .

(٢) في ب (وأكثر أحوال الجماع الأول).

منهما كفارة^(١)؛ لأنّ الاجتماع^(٢) ليس بعذرٍ في كفارات الإحرام، واستحسنوا فقالوا: تجزئ كفارةً واحدةً؛ لأنّ أسباب الكفارات اجتمعت في مجلسٍ واحدٍ من جنسٍ واحدٍ، فصار كالجماع الواحد الموجب للكفارة، وإن كان كلّ إيلاجٍ منه لو انفرد أوجبها.

١٠٤٥ - فَصْلٌ: [حصول الجماع بعد الوقوف بعرفة]

وإن جامعها بعد الوقوف بعرفة، لم يفسد حجه عندنا، وقال الشافعي: يفسد ما لم يرم^(٣)، وقد بيّنا هذا، وعليه بدنةٌ؛ لِمَا روي عن ابن عباس؛ ولأنّ الوطء صادف إحراماً متأكّداً.

فإن وطئ بعد ذلك وطءاً آخر فعليه شاةٌ؛ لأنّ الوطء صادف إحراماً ناقصاً بالجماع، فلم تكمل فيه الكفارة؛ ولأنه معنى يوجب القضاء، فإذا وجد بعد الجماع، لم يوجب البدنة كالفوات.

١٠٤٦ - فَصْلٌ: [وقوع الجماع في العمرة قبل الطواف]

ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط، فسدت؛ لأنّ جماعه حصل قبل [أداء ركنها]^(٤)، فصار كمن جامع قبل الوقوف [بعرفة]، ويمضي فيها، ويلزمه القضاء؛ كما بيّنا في الحج، وعليه شاةٌ، وقال الشافعي: بدنةٌ^(٥).

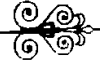
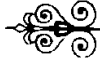
(١) في ب (بكل واحد منهما كفارة).

(٢) في ب (لأنّ الجماع).

(٣) ما يعرف بالتحلل الأول. انظر: مختصر المزني ص ٦٩؛ الإيضاح للنووي (مع حاشية الهيتمي) ص ٢١٤.

(٤) في أ (إدراكها) والمثبت من ب.

(٥) انظر: المنهاج ص ٢٠٦.



لنا: أنها عبادةٌ لا تتضمن الوقوف ، فلا يجب بإفسادها بدنّةٌ ، كما لو قرنها بحجةٍ فأفسدهما بالوطء .

وأما إذا وطئ بعدما طاف أكثر الأشواط ، لا يفسد ؛ لأنه أتى بركنها عندنا ، والجماع بعد الركن لا يفسد الإحرام ، كالجماع بعد الوقوف ، وعليه شاةٌ ؛ لأنّ العمرة طوافٌ وسعيٌّ ، وقد قام الدم مقامهما في المحصر ، فلأن يقوم مقام بعضها أولى .

١٠٤٧ - فصل : [النسيان بالوطء في الحج]

وقد قال أصحابنا: إن الواطئ الناسي في الحج كالعمد ، وقال الشافعي: لا يفسد الحج^(١) .

لنا: أنه وطئٌ قبل الوقوف ، فيفسد الحج كالعمد ؛ ولأنه معنى يوجب القضاء ، فاستوى فيه النسيان والعمد كالفوات .

وليس كذلك الجماع في الصوم ؛ لأنّ الصوم ليس له أمارَةٌ ظاهرةٌ يتذكّر بها الصائم ، فصار [١/٩٠] النسيان عذراً ، والحج له أمارَةٌ ظاهرةٌ: وهو نزع المخيط^(٢) ، وتوفير الشعر ، والشعث ، فلم يُعذر بالنسيان ؛ ولهذا قلنا: إن ما يفسد الصلاة يستوي فيه النسيان والعمد ؛ لأنّ للمصلي أمارَةٌ ظاهرةٌ يستدلّ بها على الصلاة: وهو الركوع والسجود والقيام ؛ ولهذا استوى في الاعتكاف ووطء الناسي والعمد ؛ لأنّ المعتكف عليه أمارَةٌ ظاهرةٌ: وهو الكون في المسجد .

(١) قال النووي: «فإن كان ناسياً أو جاهلاً بالتحريم ، أو جمعت المرأة مكرهةً ، لم يفسد الحج على

الأصحّ ، ولا فدية أيضاً على الأصحّ» . الإيضاح للنووي ص ٢١٨ ، ٢١٩ .

(٢) في ب (ترك لبس المخيط) .

١٠٤٨ - فَصْلٌ : [الوطء في الموضع المكروه بالحج]

فَأَمَّا الْوِطْءُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا يَحِلُّ^(١) ، فَلَا يَفْسُدُ الْحَجَّ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي مَوْضِعٍ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ وَجُوبُ الْمَهْرِ بِحَالٍ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فِسَادُ الْحَجِّ ، كَالْوِطْءِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ .

وَيَفْسُدُهُ فِي الرَّوَايَةِ الْآخَرَى ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يُوجِبُ الْاِغْتِسَالَ عَنْهُ^(٢) مِنْ غَيْرِ إِنْزَالٍ .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَفْسُدُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُدُّ عِنْدَهُمَا .

[فَأَمَّا] إِذَا وَطِئَ بِهَيْمَةً ، فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِاسْتِمْتَاعٍ مَقْصُودٍ ، وَكَفَّارَةُ الْإِحْرَامِ تَجِبُ بِالِاسْتِمْتَاعِ [الْمَقْصُودِ] ، فَإِنْ أَنْزَلَ فَعَلَيْهِ شَاةٌ ؛ لِأَنَّهُ أَنْزَلَ عَنْ مَبَاشَرَةٍ ، كَالْوِطْءِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، وَلَا يَفْسُدُ حُجَّهُ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ غَيْرٌ مَقْصُودٌ كَالْوِطْءِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، رَوَى جَمِيعٌ ذَلِكَ هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ .

١٠٤٩ - فَصْلٌ : [وَقَاعِ الْمُعْتَمِرِ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ فِي مَجْلِسَيْنِ]

فَأَمَّا إِذَا جَامَعَ الْمُعْتَمِرُ جَمَاعًا بَعْدَ جَمَاعٍ فِي مَجْلِسَيْنِ ، فَعَلَيْهِ لِلْجَمَاعِ الثَّانِي شَاةٌ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ صَادَفَ الْإِحْرَامَ كَالْأَوَّلِ .

وَكَذَلِكَ لَوْ جَامَعَ بَعْدَمَا فَرَّغَ مِنَ السَّعْيِ ؛ لِأَنَّ الْإِحْرَامَ بَاقٍ مَا لَمْ يَتَحَلَّلْ مِنْهُ

بِالْحَلْقِ .



(١) فِي ب (فِي الْمَوْضِعِ الْمَكْرُوهِ) .

(٢) سَقَطَتْ هَذِهِ الْكَلِمَةُ مِنْ ب .

١٠٥٠. فُصِّل: [وقاع القارن قبل الوقوف والطواف]

وأما القارن إذا جامع قبل الوقوف وقبل الطواف للعمرة، فسدت عمرته وحجته؛ وذلك لأن الوطء صادف الإحرامين قبل تمامهما، ففسدا كحال الانفراد، وعليه لكل واحدٍ منهما شاةٌ؛ لأنه أدخل بالوطء نقصاً في عبادتين، كل واحدةٍ منهما لو انفردت تعلق بها [وجوب] الكفارة، فصار كالمجامع المعتمر في رمضان.

فأما إذا جامع بعدما طاف لعمرته أربعة أشواطٍ فصاعداً، ولم يقف، فسد حجه، ولم تفسد عمرته؛ لأنه وطئ فيها بعد الفراغ من ركنها، ووطئ في الحج قبل الفراغ من ركنه، فصار حكمهما حال الاجتماع، كحكمهما حال الانفراد.

وإن جامع بعد الوقوف بعرفة قبل الحلق لم يفسد واحدٌ من الإحرامين؛ لأنه فرغ من ركنهما، وعليه للحج بدنةٌ، وللعمرة شاةٌ، كما يلزمه حال الانفراد^(١).

وكل موضع فسد [فيه] حجه أو عمرته أو هما، بطل عنه دم القران؛ لأنه لم يجمع بين الإحرامين على وجه القربة.

١٠٥١. فُصِّل: [مُحْرَمٌ جامع دون الفرج]

قال^(٢): فإن جامع حاجٌ أو معتمرٌ فيما دون الفرج فأنزل أو لم ينزل، أو قبل أو لمس لشهوةٍ لم يفسد ذلك عليه إحرامه، وعليه شاةٌ؛ وذلك لأن الفساد حكمٌ يتعلق بالوطء على طريق التغليظ، فيختلف فيه الوطء في الفرج وما دونه، كالحدِّ

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٦٧.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

وكفارة [الصوم] .

وأما الشاة ؛ فلأنه استمتع استمتاعاً مقصوداً .

١٠٥٢ - فَصَّلَ : [الرجل والمرأة في أحكام النسك سواء]

قال : والرجل والمرأة في ذلك سواء ؛ لأن الاستمتاع يحصل لها كما يحصل له^(١) ، فإذا اشتركا في الاستمتاع ، اشتركا في حكمه .

١٠٥٣ - فَصَّلَ : [العمد والخطأ والإكراه والطوع سواء في حكم الجماع]

قال : والجماع في ذلك على الخطأ والعمد سواء ، وقد بينا ذلك .

قال : وكذلك إن جومت المرأة نائمة أو مكرهة ، أو كان المجامع لها صبياً لم يبلغ ، أو مجنوناً ، فذلك سواء في فساد الحج ووجوب الدم ؛ وذلك لأن النسيان والعمد لما استويا في حكم الوطء ، فكذلك الإكراه والطوع ، واليقظة والنوم ؛ لعدم القصد في الجميع ؛ ولأن أكثر ما في الباب أن تكون معذورة ، [والعذر]^(٢) لا ينافي الكفارة في الإحرام .

١٠٥٤ - فَصَّلَ : [حصول الوقاع ممن فاته الحج]

وروى ابن سماعة عن محمد : فيمن فاته الحج ، فجامع ، أنه يبقى على إحرامه ، وعليه دمٌ للجماع والقضاء للفوات ، وليس التحلل من الحج بمنزلة العمرة المستقبلة .

(١) في ب (يحصل للمرأة كما يحصل للرجل) .

(٢) في أ (والعلة) والمثبت من ب .

(٢) في أ (والعلة) والمثبت من ب .

أمّا وجوب الدم؛ فلأن الوطء صادف الإحرام، ومعنى قوله: وليس التحلل [من الحج] كالعمرة؛ إنما هو لأنّ الوطء لا يوجب قضاءها، ألا ترى أنها بقيّة أفعال الإحرام، قد وجب قضاؤه، فلا يلزم قضاؤه بسبب آخر كالمجامع قبل الوقوف إذا جامع.

١٠٥٥ - فصل: [فيمن طاف للزيارة جنباً ثم جامع]

وروى ابن سماعة عن محمد في الرقيات: فيمن طاف للزيارة جنباً، أو على غير وضوء، أو طاف أربعة أشواطٍ طاهراً ثم جامع النساء قبل أن يعيد، قال محمد: أما في القياس، فلا شيء عليه، ولكن أبا حنيفة استحسّن إذا طاف جنباً ثم جامع ثم أعاد طاهراً أن يجب عليه دمٌ، وذلك قول أبي يوسف وقولنا.

وفرق بين هذا وبين الذي يطوف على غير وضوء، والذي يطوف أربعة أشواط وهو طاهرٌ، فقال: إذا جامع الذي طاف على غير وضوء، ثم أعاد، لم يكن عليه شيءٌ.

وجه القياس: أنّ الطهارة ليست من شرط صحة الطواف، وقد وقع التحلل بطوافه، فالوطء بعد التحلل لا يوجب كفارةً.

فأمّا الاستحسان في الجنب: فهو ظاهرٌ على طريقة أبي بكر: أنّ الجنب إذا أعاد، انفسخ طوافه [الأول]، وصار طوافه الثاني، فكأنّ الجماع حصل قبل الطواف، فيوجب الكفارة.

وليس كذلك إذا طاف على غير وضوء؛ لأنّ النقض فيه يسيرٌ، فإذا أعاده لم ينفسخ الأول، فبقي وطؤه بعد التحلل، فلا يوجب كفارة.

١٠٥٦ - فَصْل: [حصول الوقاع قبل أكثر الطواف]

و[قد] قال ابن سماعة عن محمد في الرقيات: فيمن طاف أربعة أشواطٍ من طواف الزيارة يحترف الحجر في طوافه، أو فعل ذلك في طواف العمرة، ثم جامع: إنّه يفسد العمرة، وعليه [عمرة] مكانها [و] دمّ، وعليه في الحج بدنة؛ وذلك لأنّ الركن من الطواف أكثر الأشواط، فإذا احترف الحجر في أربعة أشواطٍ، فلم يأت بأكثر الأشواط السبعة، فصار كمن جامع قبل أن يطوف^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٤٩/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٥٥.



بَابُ مَا يَتَّقِي الْمَحْرَمَ مِنَ اللَّبَاسِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا يلبس^(١) الْمُحْرَمِ الْقَبَاءَ، وَلَا الْقَمِيصَ، وَلَا السَّرَاوِيلَ، وَلَا الْعِمَامَةَ، وَلَا الْخُفَيْنِ، إِلَّا [أَنْ]^(٢) لَا يَجِدُ النَّعْلَيْنِ فَيَقْطَعُهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى نَافِعٌ عَنِ ابْنِ عَمْرٍو: أَنَّ رَجُلًا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا يَلْبَسُ الْمُحْرَمُ؟ قَالَ: «لَا يَلْبَسُ الْمَحْرَمَ الْقَمِيصَ، وَلَا السَّرَاوِيلَ، وَلَا الْعِمَامَةَ، وَلَا الْخِفَافَ، وَلَا الْبِرَانِسَ»^(٣)، وَكَأَنَّ الْمَعْنَى فِيهِ^(٤): أَنْ [لَا] يَسْتُرُ بَدَنَهُ بِالْمَخِيطِ، فَكُلُّ مَخِيطٍ يَسْتُرُ بِهِ بَدَنَهُ فَهُوَ فِي حَكْمِ ذَلِكَ.

وَإِنَّمَا يَحْرَمُ عَلَى الْمَحْرَمِ لِبَسَ الْمَخِيطِ إِذَا لَبَسَهُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَعْتَادَ، فَأَمَّا إِذَا أَتَزَّرَ بِالسَّرَاوِيلِ، وَأَتَشَّحَ بِالْقَمِيصِ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَنَعٌ مِنَ اللَّبَسِ الْمَعْتَادِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّرَفِّهِ بِاللَّبَسِ، وَ[أَمَّا] إِذَا لَبَسَهُ عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الْمَعْتَادِ لَمْ يَتَرَفَّهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَلَّفُ مِنْ حَفْظِهِ مَا يَتَكَلَّفُهُ مِنْ حَفْظِ الْإِزَارِ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ.

وَأَمَّا الْخُفُّ، فَقَدْ رَوَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ: «إِلَّا أَنْ لَا يَجِدُ النَّعْلَيْنِ فَيَقْطَعُهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ»^(٥).

(١) فِي ب (لَا يَتَنَاوَلُ).

(٢) فِي أ (مَنْ) وَالْمَثْبُوتُ مِنْ ب. وَالْبِرْنَسُ: جَمْعُ بُرْنَسٍ: قَلَنْسُوَةٌ طَوِيلَةٌ. الْمَصْبَاحُ (بِرْنَس).

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (١٣٤)؛ وَمُسْلِمٌ (١١٧٧).

(٤) فِي ب (وَكَأَنَّ الْمَعْنَى فِي ذَلِكَ).

(٥) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (١٣٤)؛ وَمُسْلِمٌ (١١٧٧) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍو رضي الله عنه.

وقد قال محمد: إنه يقطع الخف دون الكعب الذي هو معقد الشراك^(١) عند زمام النعل.

وقد قال أصحابنا المتأخرون على هذا القياس: إن المحرم إذا لبس الجمشك^(٢) جاز؛ لأنه في حكم [ب/٩٠] الخف المقطوع^(٣).

وزعم أصحاب الشافعي: أن ذلك لا يجوز، وهذا غلط؛ لأن ما جاز لبسه عند عدم غيره من غير كفارة، جاز لبسه مع وجود غيره من غير كفارة، كالأزار. فأما العمام والبرانس؛ فلأن المحرم ممنوع من تغطية رأسه؛ لقوله ﷺ: «إحرام الرجل في رأسه»^(٤)، وقال في المحرم الذي وقصت^(٥) به ناقتة فمات: «لا تغطوا رأسه، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً»^(٦).

١٠٥٧ - فَصَّلْ: [لبس المحرم ثوباً مسّه الطيب]

[قال]: ولا يلبس ثوباً صبغ بوزس، ولا زعفران، [ولا عُصْفُرُ]، ولا طيب، إلا أن يكون قد غسل ذلك حتى لا ينفض؛ لما روي في حديث ابن عمر: أن النبي ﷺ قال: «ولا ثوباً مسّه وزس ولا زعفران»^(٧)؛ ولأنه ممنوع من الطيب،

- (١) الشراك: «شراك النعل: سيرها الذي على ظهر القدم» المصباح (شرك).
- (٢) في ب (الكمشك)، وفي المبسوط (١٢٧/٤) (المشك)
- (٣) يريد المؤلف (المداس الذي لا يبلغ الكعبين) مثل المكعب السرموزة ونحوها مما لا يستر الكعبين، ويقوم مقام الخف المقطوع. الهيثمي ص ١٩٧.
- (٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٩٤/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (٤٧/٥)، والحديث عندهما موقوف على ابن عمر ﷺ.
- (٥) «وقصت الناقة براكبها وقصاً: رمت به فدفقت عنقه، فالعنق موقوفة» المصباح (وقصت).
- (٦) أخرجه البخاري (١٢٠٦)؛ ومسلم (١٢٠٦) من حديث ابن عباس ﷺ.
- (٧) أخرجه البخاري (١٣٤) من حديث ابن عمر ﷺ.

وإذا لبس المصبوغ بالطيب ، فقد استعمل الطيب في بدنه .

فأما المصبوغ بالعصفر ، فلا يجوز عندنا ، وقال الشافعي : يجوز^(١) ، و [قد] روي عن عائشة رضي الله عنها : أنها كرهت المَعَصْفِر^(٢) ، وروي : أن عمر رضي الله عنه أنكر على طلحة لبس المعصفر في الإحرام ، فقال : إنما هو ممشَّق بمغرة ، فقال [عمر] : إنكم [أئمة] يقتدئ بكم^(٣) ، يعني أن الممشَّق [بالمغرة]^(٤) وإن لم يمنع منه ، اعتقد من يشاهده أنه يجوز وإن صبغ بغير المغرة .

ولأنَّ العصفر له رائحةٌ مستلذَّةٌ يصبغ به الثوب كالزعفران ، والذي روي : أن عثمان أنكر على عبد الله بن جعفر لبس المعصفر في الإحرام ، فقال علي رضي الله عنه : (ما أرى [أن] أحداً يعلمنا السُّنَّة)^(٥) ، فيجوز أن يكون مصبوغاً بالمدر ، وذلك غير ممنوعٍ منه ؛ لأنه لا رائحة له .

وأما قوله : إلا أن يكون غسِيلاً لا يَنْفُض ، [فمعناه : لا ينفِض] على بدنه ، ولا يوجد ريحه .

وقد روى ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا بأس أن يحرم الرجل في ثوب مصبوغٍ بوزسٍ أو زعفرانٍ قد غُسل ، وليس له نفضٌ ولا رَدْعٌ^(٦) »^(٧) ؛ ولأنَّ المنع

(١) انظر : رحمة الأمة ص ٨٦ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٤٢/٣) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٧١٠) ، عن نافع عن ابن عمر .

(٤) «المشَّق بالكسر : المغرَّة ، وثوب مُمَشَّق : مصبوغ به . النهاية في غريب الحديث (مشق) .

(٥) أخرجه الشافعي في المسند ص (١١٨) ؛ ومن طريقه البيهقي في الكبرى (٥٩/٥) ، ولكن عن عمر وليس عن عثمان رضي الله عنه .

(٦) الردع : النفض ، أي : لا ينفِض الصبغ عليه ، ويقال : «ثوب رديع : مصبوغ بالزعفران» . النهاية في غريب الحديث (ردع) .

(٧) أخرجه أبو يعلى (٢٦٩٢) من حديث ابن عباس ، وفي إسناده حسين ابن عبد الله بن عبيد الله ، =

للرائحة دون اللون ، فإذا زال ، زال المنع .

قال أبو يوسف: ولا بأس أن يلبس ثوباً قد صبغ لون الهروي ؛ لأنّ [ذلك] فيه أدنى صفرة ، وذلك لا يوجد منه رائحةٌ .

١٠٥٨ - فصل : [استعمال الزر في الإحرام]

قال: ولا يَزَرُّ عليه الطيلسان^(١) ، وهو قول ابن عمر ، وقال ابن عباس: لا بأس به^(٢) .

والوجه في ذلك: أنّ الزرّ مخيطةٌ ، فإذا زرّه اشتمل المخيط عليه ، فمنع منه ؛ ولأنّه إذا زرّه لم يتكلف حفظه كما يتكلف حفظ الإزار .

وقد قال أصحابنا: [إنّه] إذا خلل عليه الإزار بالخلال كره له ذلك ؛ لأنّه يشبه المخيط في عدم التكلف ، إلا أنّه ليس عليه شيء^(٣) ؛ لأنّه ليس بمخيطةٍ .

وقالوا: يكره أن يعقد الإزار ؛ لأنّه يشبه المخيط ، وقد روي عن صالح [ابن أبي حسان]^(٤): أن رسول الله ﷺ رأى مُحْرِمًا قد عقد ثوبه بحبلٍ أبرق ، فقال: «انزع الحبل ، ويلك انزع الحبل ، ويلك»^(٥) ، وعن ابن عمر أنه كره أن يعقد

= وهو ضعيف . انظر مجمع الزوائد (٢١٩/٣) .

(١) «الطَيْلَسَان: تعريب تالشان ، وجمعه طيلاسة ، وهو من لباس العجم مدور أسود» كما في المغرب

(طلس) وفي المعجم الوجيز: «هو ما يعرف في العامية المصرية بالشال» (طلس) .

(٢) ذكره السرخسي في المبسوط (١٢٩/٤) ؛ والكاساني في البدائع (١٨٥/٢) .

(٣) في ب (إلا أنّه لا شيء فيه) .

(٤) في أ (صالح عن حسان) ، والمثبت من ب .

(٥) أخرجه الشافعي في المسند ص (١١٩) ؛ ومن طريقه البيهقي في الكبرى (٥١/٥) ، ولكن من

مرسل ابن جريج عن النبي ﷺ .

المُحْرَمِ الثَّوْبِ عَلَيْهِ (١).

١٠٥٩ - فَصْلٌ : [ما جاز للمحرم لبسه]

قال أصحابنا: إذا أدخل منكبيه في القباء، ولم يدخل يديه في كُمِّيه، جاز، وقال زفر: لا يجوز.

لنا: أنه يتكَلَّفُ حفظه كما يتكَلَّفُ حفظ الإزار والقميص إذا اتَّشَحَّ به، فلم يمنع منه.

وليس كذلك إذا أدخل يديه في كُمِّيه؛ لأنه لا يتكَلَّفُ حفظه، فصار كلبس القميص.

وجه قول زفر: أن المخيط اشتمل على منكبيه، ومن غَطَّى بالمخيط عضواً كاملاً فعليه كفارة.

قال: ولا يلبس جوربين؛ [وذلك] لأن ستر الرجل بهما كسترها بالخف، فإذا منع من أحدهما، منع من الآخر.

وقد قال أصحابنا: لا بأس بأن يستظلَّ المحرم بالفسطاط (٢)، وقال مالك: يكره (٣).

والدليل على ما قلنا: ما روي (أن عمر رضي الله عنه كان يلقي على شجرة ثوباً أو نطعاً يستظل به) (٤)، (وَضُرِبَ لِعَثْمَانَ رضي الله عنه فسطاطٌ بمنى) (٥)، وروي عن ابن

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٠٩/٣)

(٢) «الفُسطاطُ - بضم الفاء وكسرهما -: بيع من الشَّعْر، والجمع فساطيط». المصباح (فسط).

(٣) وفي القوانين: «ويجوز له أن يستظل بالبناء والخباء إذا نزل» ص ١٥٥.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٥/٣)؛ والبيهقي في الكبرى (٧٠/٥).

(٥) ابن أبي شيبة (٢٩٩/٣).

عمر كراهية ذلك^(١)؛ ولأن الاستظلال بما لا يُماسّه، كالأستظلال بالسقف، وذلك غير ممنوع منه بالاتفاق.

١٠٦٠ - فَصْل: [وجوب الدم باللبس]

قال: وإن لبس ثوباً [مخيطاً] إلى الليل، فعليه دمٌ، وإن كان أقلّ من ذلك، فعليه صدقةٌ، وكان أبو حنيفة يقول: إن فعل ذلك أكثر اليوم، فعليه دمٌ، ثم رجع فقال: لا يلزمه الدم حتى يكون يوماً كاملاً.

وروى ابن زياد عن أبي يوسف: أنه إذا لبس أكثر من نصف اليوم، فعليه دمٌ، وليس بمشهورٍ.

وقال الشافعي: إذا لبس قليلاً أو كثيراً فعليه دمٌ^(٢).

لنا: أنه استمتع ناقصٌ، ألا ترى أن الغرض في الاستمتاع بالثياب أن يلبسها يوماً أو ليلة^(٣)، والاستمتع الناقص لا يتعلّق به كفارةٌ كاملةٌ، كقصّ ظفرٍ واحدٍ؛ ولأن كلّ لبسٍ لو فعله ناسياً، لم يتعلّق به دمٌ، فإذا فعله ذاكراً لم يتعلّق به دمٌ، كلبس السراويل عند فقد الإزار.

وجه قول أبي يوسف: أن الاستمتع إذا حصل بأكثر اليوم، فهو كالأستمتع بجميعة، بدلالة أن الإنسان قد يلبس أكثر اليوم ثم يعود قبل الليل إلى منزله، ويكون ذلك استمتعاً كاملاً.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٥/٣)؛ والبيهقي في الكبرى (٧٠/٥) وإسناده صحيحٌ. انظر: شرح النووي على مسلم (٤٦/٩).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٦٦؛ رحمة الأمة ص ٨٦؛ المنهاج ص ٢٠٨.

(٣) في ب (أن يلبسها إما يوماً وإما ليلةً).



١٠٦١ - فَصْل: [صدقة غير مقدرة في الإحرام]

وأما إذا لبس أقل من يومٍ أو ليلةٍ، فعليه صدقةٌ.

قال ابن سماعه عن أبي يوسف: يطعم مسكيناً نصف صاعٍ من بُرٍّ، وكل صدقةٍ في الإحرام غير مقدرةٍ: فهي نصف صاعٍ، إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة؛ وذلك لأن الصدقة المقدرة للمسكين لا تنقص من نصف صاع كالكفارة.

فأما الجرادة والقملة، فذلك على طريق العوض، ولا يتقدّر.

١٠٦٢ - فَصْل: [تغطية رأس المحرم]

[قال]: وكذلك إن غطى ربع رأسه فصاعداً يوماً، فعليه دمٌ، وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقةٌ، هذه رواية الأصل.

وقال محمد في نوادر ابن سماعه: لا يكون عليه [دمٌ حتى] يغطي الأكثر من رأسه، ولا أقول حتى يغطي رأسه كله.

وينبغي في قول أبي حنيفة: إن غطى ثلثاً، أو ربعاً، أن يكون عليه دمٌ.

والأصل في ذلك: أن تغطية الرأس ممنوعٌ منها؛ لما قدّمنا، فإن غطى، فالتقدير فيه من وجهين: تقديرٌ بالعضو، وتقديرٌ بالزمان.

فإذا غطى ربع رأسه يوماً، فعليه دمٌ؛ لأن تغطية ما دون الربع ليس باستمتاعٍ مقصودٍ، وتغطية الجميع مقصود، فجعلوا الحدّ الفاصل بينهما الربع، كالفصل في الحلق، وقدّر ذلك محمدٌ بالأكثر؛ لأن الاستمتاع في التغطية لا يكون بالأقل.

وإنما اعتبروا ذلك يوماً؛ لأن الإنسان إذا غطى رأسه ساعةً واحدة لم

يستمتع الاستمتاع المقصود.

١٠٦٣ - فَصْل: [تغطيه وجه المحرم]

وقد قال أصحابنا: إنَّ المحرم ممنوع من تغطية وجهه، وقال الشافعي: لا يمنع^(١).

لنا: حديث ابن عمر: أن النبي ﷺ قال [في] المحرم: «لا يغطي اللحية، فإنها من الوجه»^(٢)؛ ولأنه ممنوعٌ من الطيب لأجل الإحرام، فيمنع من تغطية الوجه كالمرأة.

ولهذا قال أصحابنا: إذا عصب عصابةً على وجهه [١/٩١] أو رأسه فعليه صدقةٌ؛ لأنه ممنوعٌ من التغطية، ولو عصب عصابةً على بدنه، كره له ذلك، ولا يلزمه شيءٌ؛ لأنه غير^(٣) ممنوعٍ من تغطية بدنه، وإنما مُنِع من الشدِّ للتشبه بالمخيطة.

وروى ابن سماعة عن محمد: فيمن لبس [ثوباً مطيباً] يوماً إلا ساعةً، فعليه من الدم بمقدار ما لبسه، وكذلك روي عنه في الحلق؛ لأنه لما وجب في الجميع دمٌ، كان في البعض^(٤) بحصته من الدم.

١٠٦٤ - فَصْل: [جمع المحرم اللباس كله]

قال: وإن جمع المحرم اللباس كله والخفين والعمائم، فعليه دمٌ واحدٌ؛

(١) انظر: الإيضاح (مع حاشية الهيتمي) ص ٨٨.

(٢) أخرجه مالك (٧١٠)، ولكن موقوفاً على ابن عمر ولفظه: «ما فوق الذقن من الرأس، فلا يخمره المحرم».

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (كان في بعض ذلك).

وذلك لأنه لبسٌ واحدٌ وقع على جهةٍ واحدةٍ، فصار كالجماع الواحد.

قال: وسواءً فعل اللبس ذاكراً أو ناسياً، فعله هو أو فعله به غيره وهو لا يعلم، وقال الشافعي: لا يجب بلبس الناسي شيء^(١).

لنا: أن كلَّ معنى أوجب الكفارة إذا فعله ذاكراً عالماً بتحريمه، أوجب الدم إذا فعله ناسياً أو جاهلاً، كما لو جاوز الميقات غير محرمٍ ثم أحرم ولم يعد.

١٠٦٥ - فُضِّلَ: [ما يجوز للمحرم فعله]

قال: ولا بأس أن يلبس الطيلسان، ولا يُزرّه أو يتوشَّح بإزاره، ويكره له أن يخلله أو يعقده، وإذا فعل ذلك فلا شيء عليه، وقد بيّنا ذلك.

قال: ولا بأس بالهميان^(٢) والمنطقة^(٣) للمحرم، وقال مالك: إن كان فيه نفقته فلا بأس، وإن كان فيه نفقة غيره، فيكره.

وعن أبي يوسف: أنه كره المنطقة إذا كانت بإبريسم، وقد روي أن عائشة رضي الله عنها سألت عن الهميان، فقالت: أوثق عليك نفقتك^(٤)، وعن ابن عباس أنه قال: (رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للمحرم في الهميان يشده في حقوه إذا كان فيه نفقته)^(٥)، وعن سعيد بن المسيب: لا بأس بالهميان^(٦)، وهو قول سعيد بن

(١) انظر الإيضاح ص ٩٠.

(٢) «الهميان: الذي يجعل فيه الدراهم، ويشد على الحقو». الفائق في غريب الحديث (٣٨٤/١)

(٣) «والمِنْطَقُ - بكسر - ما شددت به وسَطُك». المصباح (نطق).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦٩/٥).

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير (١٠٨٠٧)؛ قال في مجمع الزوائد: «فيه يوسف بن خالد السمطي وهو

ضعيف» (٢٣٢/٣)؛ لكن رواه البيهقي في الكبرى من طريق آخر (٦٩/٥).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٤١١/٣).

جبير^(١)، وطاووس^(٢)، وعطاء^(٣).

ولأنَّ اشماله عليه كاشتمال الإزار؛ ولأنه لو مُنِع منه، استوى فيه ما فيه نفقته أو نفقة غيره.

وجه قول أبي يوسف: أنَّ الإبريسم مخيطةٌ، فيكره له ذلك، كما يكره تزوير الإزار.

١٠٦٦ - فَصْلٌ: [تغطية المُحْرَمَة سائر جسدها]

ولا بأس بأن تغطي المرأة سائر جسدها وهي مُحْرَمَةٌ بما شاءت من الثياب المخيطة وغيرها، وأن تلبس خفين، غير أنها لا تغطي وجهها؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: (إحرام المرأة في وجهها)^(٤)؛ ولأنَّ بدنها عورةٌ، وستر البدن بما ليس بمخيطةٍ يتعذر، فلذلك جَوِّز لها لبس المخيطة.

فأما كشف وجهها، فلِمَا روى مجاهد عن عائشة قالت: (كان الركبان يمرون بنا ونحن مُحْرَمَات مع رسول الله ﷺ، فإذا حاذونا، أسدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها، فإذا جاوزونا رفعنا)^(٥)، وهذا يدلُّ على أنه ليس [لهنَّ] تغطية الوجه.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤١٠/٣).

(٢) ذكره الكاساني في البدائع (١٨٦/٢).

(٣) أخرجه البخاري معلقاً (٥٥٨/٢)؛ وابن أبي شيبة (٤١٠/٣)؛ والبيهقي في الكبرى (٦٩/٥).

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٩٤/٢)؛ والطبراني في الكبير (١٣٣٧٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما؛ قال في مجمع الزوائد: «فيه أيوب بن محمد اليمامي، وهو ضعيف» (٢١٩/٣)؛ وقال البيهقي في الكبرى: «والمحفوظ موقوف» (٤٧/٥).

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٩٣٥) بلفظ (لقينا)؛ قال ابن حجر في الفتح: «في إسناده ضعف» (٤٠٦/٣).

فأمّا القفازان ، فلا يكره عندنا ، وهو قول علي^(١) وعائشة^(٢) ، وروي أن سعد بن أبي وقاص كان يلبس بناته وهنّ محرّمات القفازين^(٣) ، وقال الشافعي : لا يجوز^(٤) .

لنا: قوله ﷺ: «إحرام المرأة في وجهها» ؛ ولأنه يجوز تغطية بدنّها بقميصها ، وما جاز تغطيته بمخيطٍ جاز بغيره ، [كالرجلين]^(٥) .

قال: ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ؛ وذلك لأنّها مساويةٌ للرجل في الطيب ، والمعنى المانع من الصبغ: ما فيه من معنى الطيب .

قال: وإن أسدلت^(٦) على وجهها شيئاً وجافته عنه ، فلا بأس ؛ لحديث عائشة ؛ ولأنّها إذا جافته عن وجهها ، فهي كما لو جلست في قبّة ، أو استترت بفُسطاطٍ .

١٠٦٧ - فصل : [إباحة الحُلِيِّ للمُحْرَمَةِ]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا بأس أن يلبس المحرم الخزّ والقصب ، وأن تلبس المرأة الحرير وكلّ ما شاءت ، وقد روي أن ابن عمر كان يلبس نساء الذهب والحرير في الإحرام^(٧) ، وعن أبي إسحاق الشيباني قال: رأيت محمد بن

(١) ذكره في البدائع (١٨٦/٢) .

(٢) رواه الحارث في المسند كما في المطالب العالية (١١٩٥) .

(٣) أخرجه البيهقي في المعرفة (٢٨١٨) .

(٤) انظر: مختصر المزني ص ٦٥ ؛ المنهاج ص ٢٠٦ .

(٥) في أ (كالرجل) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة ، إذ التشبيه بلبس النعلين في الرجلين .

(٦) في ب (أرسلت) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة (١٤٣/٣) .

الحنفية رضي الله عنه واقفاً بعرفة وعليه مطرفٌ خزٌّ^(١).

وقد روي عن عطاء كراهة الحلّي^(٢)، وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ المُحْرَمَ غير ممنوعٍ من الزينة، وليس في الحلّيِّ وأنواع الثياب إلا الزينة.

قال أبو يوسف في الإملاء: لا ينبغي للمحرم أن يتوسّد ثوباً مصبوغاً بالزعفران، ولا بالوزّس، ولا ينام عليه؛ وذلك لأنه مستعملٌ للطيب، فهو كما لو لبس.

قال: ولا بأس أن يشتمل محرّمٌ بعمامة^(٣)، ولا يعقدها، فإن عقدها كرهتُ له ذلك؛ لأن اشتمال العمامة عليه كاشتمال غير المخيط، فأما إذا عقدها، أشبهت المخيط، فيكره له ذلك.

قال: وعلى القارن في جميع ذلك مثلاً ما على [المُحْرَمِ] المُفْرَدِ في الدّم والصدّقة؛ وذلك لأنه أدخل النقص في كلّ واحدٍ من الإحرامين، فصار كما لو أفرد.

١٠٦٨ - فَصْلُ: [لبس الخفين والسراويل للمحرم]

قال هشام عن محمد: فيمن لم يجد نعلين، قال: يقطع الخفين أسفل الكعبين.

قال محمد: والكعبان هاهنا، ووضع يديه على الموضع الذي يقع عليه عقد

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٥٠/٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٢/٣).

(٣) في ب (ولا بأس أن يحتزم بعمامة).

الشراك^(١) زمام النعل ، وقد بيّنا ذلك .

قال محمد: وأما السراويل ، فيفتق [ما] حوله ما خلا التكة .

قال هشام: ووصف محمد نحو الرماق^(٢) التي تلبسها نساء المجوس عندنا بالزبي .

وقد قال أصحابنا: إنّ المحرم إذا لم يجد الإزار وأمكنه فتق السراويل ، والستر به ، لزمه^(٣) فتقه ، فإن لبسه ولم يفتقه فعليه دمٌ ، وقال الشافعي: يلبسه ولا شيء عليه^(٤) .

والدليل على أنه يجب فتقه: أنه عادمٌ لما يجوز لبسه ، فإذا وصل إليه بالفتق ، لزمه كالحفّ ، ومن خاط إزاره سراويل كما هو ، فتقه^(٥) .

والدليل على أنه لا يجوز لبسه قبل الفتق: أن كلّ حالةٍ لا يجوز فيها لبس الخفين ، لم يجز له لبس السراويل إذا وجد منه بُدًّا ، أصله: حال وجود الإزار .

والدليل على وجوب الكفارة إذا لم يمكن فتقه: أن كلّ لبسٍ يتعلّق به الفدية مع القدرة على غيره ، تعلّق به ، وإن لم يجد غيره ، كالحفّ إذا لبس مع عدم النعلين .

١٠٦٩ - فصل: [محرم يحمل على رأسه]

قال ابن سماعة عن محمد: في محرم حمل على رأسه شيئاً ، قال: إن كان

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (الأميق) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) انظر: الإيضاح ص ٩١ .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .

من لباس الناس ، فهو بمنزلة المحرم يُغطي رأسه ، وإن كان مما لا يلبس الناس^(١) ، نحو أجانة أو عدل بزّ وضعه [على رأسه] ، فلا شيء عليه ، (ولا بأس به)^(٢) ؛ لأنه إذا حمل الثياب ، فقد غطى رأسه بما يُقصد به التغطية ، فصار كاللبس ، وإذا حمل غير ذلك ، فلم يحصل الاستمتاع بالتغطية ، فلم يلزمه جزاء .

١٠٧٠ - فصل : [من اضطر إلى قميص فلبس قميصين ونحوها]

قال محمد في الرقيّات : في محرم اضطر إلى لبس قميص ، فلبس قميصين ، وقد كان يجزئه قميصاً ، أو اضطر إلى لبس قلنسوة ، فلبسها ولبس قميصاً ، قال محمد : هذا يختلف^(٣) : إذا لبس على موضع الضرورة ما يحتاج إليه وما لا يحتاج إليه ، فهو لبسٌ واحدٌ ، وهو للضرورة ، وليس على اللباس أن يزن هذا وزناً ، وكذلك إذا لبس قلنسوة وعمامةً .

وإن كان لا يحتاج إلى العمامة ، وكان به ضرورةٌ في رأسه فلبس قميصاً ، فعليه كفارةٌ غير كفارة الضرورة ؛ وذلك لأنّ الضرورة إذا كانت في لبس القميص ، فلبس قميصين ، فلبسهما على طريقٍ واحدٍ ، ولمعنى واحدٍ ، فصار كمن اضطر إلى قميص ، فلبس جبّةً .

وأما إذا اضطر إلى تغطية [٩١/ب] رأسه ، فلبس عمامةً وقميصاً ، فالقميص لا يحتاج إليه لتغطية الرأس ، فلم تؤثر [فيه] الضرورة ، فصار في حكم لبسٍ آخر ، وهذا مبنيٌّ على أصلٍ : وهو أنّ ما يحظره الإحرام إذا فعله لعُذرٍ ، فعليه أيّ

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (لا يختلف) بزيادة (لا) ، والسياق لا يقتضيها .

الكفارات شاء ؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفَدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦] ، وقال النبي ﷺ لكعب بن عُجرة: «أيؤذيك هوام رأسك؟» قال: نعم ، قال: «احلق واذبح شاة ، أو صم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين كل مسكين نصف صاع من برٍّ»^(١).

وأما ما حظره الإحرام إذا فعله من غير ضرورة ، تعين فيه الدم ، وقال الشافعي: هو بالخيار .

لنا: أنها كفارةٌ وجبت عليه بجناية في الإحرام لا على طريق العوض ، فوجب أن لا يخير فيها بين الدم والصوم [والإطعام] ، أصله: الكفارة التي تجب بالوطء .

وإذا ثبت اختلاف صفة التكفير ، وجب على المضطر إلى التغطية بتغطية رأسه أحد الأمور الثلاثة ، فوجب عليه بلبس القميص الدم ، ولا يخير فيه ، فلذلك اختلف حكم اللبس .

قال: قلت: رأيت إن لبس قميصاً للضرورة ، فلما كان في بعض اليوم لبس قميصاً آخر وقلنسوة^(٢) لغير ضرورة ، حتى مضى اليوم ، ثم خلع ؟

قال: محمد: هو على ما وصفت لك ، ولا يدخل واحدٌ منهما في صاحبه إذا كانا في موضعين متفرقين .

وهذا صحيحٌ ؛ لأنه إذا لبس قميصاً بعد قميص ، والحاجة لا تدعو إليه ،

(١) أخرجه البخاري (٣٩٥٤) ؛ ومسلم (١٢٠١) .

(٢) في ب (وقلنسوة أخرى) بزيادة (أخرى) ، والسياق لا يقتضيها .

صار كأنه لبسهما معاً وهو محتاجٌ إلى أحدهما ، وإذا لبس القلنسوة من غير حاجةٍ ، لزمته كفارةٌ أخرى ، كما لو لبسها ابتداءً مع القميص .

قلت: رأيت إن لبس قميصاً^(١) بعض يومه للضرورة ، فذهبت الضرورة ، ثم ترك ذلك يوماً أو يومين ، أو لبس نصف يومٍ للضرورة ، ثم ذهبت ، فتركه باقي يومه ؟

قال محمد: مادام في شكٍّ من الضرورة فذلك ضرورةٌ ، فإذا جاء اليقين أنَّ الضرورة قد زالت ، فلبس بعد ذلك ، فعليه كفارتان: كفارةٌ للضرورة وكفارةٌ أخرى ؛ [وذلك] لأنَّ الضرورة مادامت موجودةً ، فاللبس الثاني وقع على الوجه الذي وقع عليه الأول ، فلا يتعلّق به إلا كفارةٌ واحدةٌ ، وإذا زالت الضرورة ، فاللبس الثاني وقع على غير الوجه الأول ، فتعلّق به كفارةٌ أخرى .

وهذا كما قالوا: فيمن به قرحةٌ اضطر إلى دوائها بالطيب ، فما دامت باقيةً وهو يكرر الدواء ، فعليه كفارةٌ واحدةٌ ؛ لأنَّ الجميع وقع على وجهٍ واحدٍ ، فإن برأت القرحة ، وحدثت أخرى فداواها ، فعليه كفارةٌ أخرى (من غير ضرورة القرحة ، ولو خرجت أخرى فداواها ، فعليه كفارةٌ أخرى)^(٢) ؛ لأنَّ الضرورة [الأولى] قد زالت .

قال ابن سماعة: قلت: لو لبس من غير ضرورةٍ بعض يوم قميصاً ، ثم لبس [من] يومه ذلك سراويل ، ثم لبس خفين أو قلنسوةً ، وذلك [كله] في يومٍ واحدٍ ، ثم ترك ذلك كله حتى مضت أيام التشريق ، [قال]: رأيت لو مضى يوماً ، ثم لبس

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

بعدهما غابت الشمس يوماً آخر، فهو في مقامه [ذلك] الذي غابت له الشمس فيه، أو في غيره، أو نزع بعض ما عليه ثم أعاده، وترك [ذلك] عليه يوماً آخر أو ليلةً أخرى، أما ترى عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف دم آخر، لبس ذلك في مقامه الذي غابت له الشمس، أو [في] غيره، ولا ينظر في هذا إلى المقام والمقامين؟

وقال محمد: يجعلان اللباس شيئاً واحداً ما لم يتركه ويعزم على ذلك، فإذا تركه وعزم على تركه، ثم لبسه بعد ذلك جعلاً ذلك كالمقامين، وما لم يعزم، جعلاً ذلك كالمقام الواحد؛ وذلك لأنه ما لم يعزم على الترك، فقد وقع جميعه على جهةٍ واحدةٍ، فكأنه وقع في مجلسٍ واحدٍ، وإذا عزم على الترك، فقد اختلفت جهة اللبس، فتعلق بكل واحدٍ من اللبسين كفارةً.

قلت: رأيت رجلاً يلبس قميصه وجبته بالنهار، وينزع ذلك بالليل للنوم، ويلبس من الغد، وهو لم يعزم على ترك اللبس، إنما ينزعه للنوم، أوجب عليه لكل يومٍ دمٌ؟

قال محمد: لا يُعتبر به^(١)، وهو يلزمهم، وهو حجّتنا عليهم، يعني: أنهما أوجبا فيه كفارةً واحدةً مع التكرار.

وهذا لا حجة فيه؛ لأنّ اللبس وقع على جهةٍ واحدةٍ، ومن أصلهما: أنّ اللبس إذا تكرر على جهةٍ واحدةٍ، فهو كلبسٍ واحدٍ؛ بدلالة اللبس على وجه الرفض.

قلت: رأيت رجلاً به مرضٌ، وهو يحتاج إلى اللباس بالليل للبرد،

(١) في ب (لا نقيسه على المسألة الأولى).

ويستغني عنه بالنهار، غير أن المرض ثابتٌ عليه، فجعل يلبس الثياب من القميص والقلائس والخفاف وما أشبه ذلك بالليل، وينزعها بالنهار؟

قال [محمدٌ: عليه] لهذا كله كفارةٌ واحدةٌ في قولنا [وقولهما] ^(١)، وهذا على ما بيّنا: أن اللبس وقع على جهةٍ واحدةٍ.

قال محمد: رأيت [رجلاً] إذ لو كان ^(٢) قعد في الشمس دفئاً، وإذا تنحّى عادت الضرورة، أينبغي أن يؤمر هذا فينزعه حتى يدفأ، ويلبس في غير ذلك؟ [قال]: هذا ليس بشيءٍ.

وإنما يعني بهذا: أنه إذا لبس للبرد فقد لبس للضرورة، وإذا قعد في الشمس فقد زالت، فلا تتغير الكفارة؛ لأن سبب الحاجة لم يزل.

قلت: رأيت إن كان به حمى يوماً ويوماً لا، قد عُرف ذلك منه، وكان يحتاج في يوم الحمى إلى اللباس، فإذا استغنى عنه نزعه، يجعل هذا بمنزلة جرحٍ برأ، ثم أصابه جرحٌ آخر، فلا بدّ لكل واحد [من] كفارة؟

قال محمد: لا يشبه هذا الجرحين المفترقين، هذا فيه كفارةٌ واحدةٌ ما لم يبرأ من تلك الحمى وتأتيه حمى أخرى، وإنما يشبه الجرحان المفترقان الحميين اللتين يبرأ من واحدةٍ، ثم تصيبه أخرى.

وهذا صحيحٌ؛ لأن الحمى الغيب ^(٣) ما دامت باقيةً، فالعذر عذرٌ واحدٌ، فلا يتعلّق باللبس له إلا كفارةٌ واحدةٌ.

(١) في أ (وهو قولهم) والمثبت من ب.

(٢) في ب (رأيت رجلاً لو كان).

(٣) «الحمى الغيب: ما تأخذ يوماً وتدع يوماً». القاموس المحيط (غيب).

قال: وكذلك لو حصره عدوٌّ، فاحتاج إلى لبس [السَّلاح] ^(١)، ثم ذهب فنزع ^(٢)، ثم عاد فعاود، وكأنَّ العدوَّ لم يبرح، فكان يقاتل بالنهار ويلبس السلاح، وينزعه بالليل.

قال محمد: عليه في هذا [كله] كفارةٌ واحدةٌ، ما لم يذهب هذا العدو ويجيء عدوٌّ آخر في قياس قولهما، وهذا على ما بيننا: أنَّ العدو الواحد لا يتعلَّق باللبس له إلا كفارةٌ واحدةٌ ^(٣).

قال: ولو لبس قميصاً يوماً أو أكثر من غير ضرورةٍ، فأهراق دمًا، ثم تركه بعد ذلك أياماً كثيرة، [ثم لبسه]، قال محمد: قولنا في هذا واحدٌ، وعليه كفارةٌ أخرى.

وذلك لأن من أصل محمد: إذا كفر ثم لبس، تعلَّق بكلِّ واحدٍ من اللبسين كفارةٌ، كالوطأين في رمضان إذا تخلَّلهما التكفير.

[قال محمد]: ولو لبسه وهو حلالٌ، ثم أحرم فتركه [عليه] يوماً أو يومين، فعليه كفارةٌ واحدةٌ؛ لأنَّ البقاء على اللبس كالابتداء له، فإذا حصل [ذلك] مع الإحرام تعلَّقت به كفارةٌ ^(٤) [١/٩٢].



(١) في أ (الثياب)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) في ب (ثم زال العدو فنزع).

(٣) في ب (أكثر من كفارة واحدة).

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٥٦/٢، ٥٥٧؛ القدوري ص ١٥٤.

بَابُ الطَّيْبِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا بأس بأن يتطيَّب المحرمُ عند إحرامه بأيِّ طيبٍ شاء قبل أن يحرم، وقد بيَّنا الخلاف في هذه المسألة.

قال: وإذا أحرَم لم يقرب طيباً؛ لِمَا روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المحرم الأشعث الأغر»^(١)، والطيب ينافي الشعث، [قال]: فإن طيَّب عضواً كاملاً، فعليه دمٌ.

وقد روى هشام عن محمد: أنَّ العضو الكامل: الساق، أو الفخذ، أو الرأس، وذكر الحاكم في المنتقى قال: [إذا طيَّب مثل الشارب]^(٢)، أو بقدره من اللحية، فعليه صدقةٌ. وفي موضع آخر من المنتقى: إذا طيَّب مقدار ربع الرأس، فعليه دمٌ.

وقال محمد: إن كان الطيب في جسده [في غير عضوٍ]، فحتى يكون كثيراً؛ وذلك لأنَّ هذا استمتاعٌ مقصودٌ، ألا ترى أن استعمال الطيب هو أن يستعمله في وجهه أو بدنه^(٣)، والاستمتاع الكامل يتعلَّق به كفارةٌ كاملةٌ، وأمَّا إذا طيَّب من

(١) أخرجه الترمذي (٢٩٨٨) وقال «غريب»؛ وابن ماجه (٢٨٩٦) من حديث ابن عمر.

(٢) في أ (إذا طيب مثل بعض الشارب)، بزيادة (بعض)، والمثبت من ب، والسياق لا يقتضي زيادتها، وانظر البدائع (١٨٩/٢)

(٣) في ب (ألا ترى أن الإنسان إذا استعمل الطيب، استعمله في وجهه أو يده).



بدنه^(١) أقل من عضو، فعليه صدقة.

قال محمد: يُنظر كم قدره من قدر ما يوجب الدم، فيكون عليه بحساب ذلك، وقال الشافعي: في يسير الطيب وفي كثيره: دم^(٢).

لنا: أن ما يتعلّق به الفدية من محظورات الإحرام، فإن [في] كفارته الأعلى والأدنى: كالحلق، والجماع، وقص الأظافر، وعكسه: مجاوزة الوقت.

وجه قول محمد: أن الدم لما تعلّق بمقدار، تعلق فيما دونه بقدره.

١٠٧١. فُصِّلَ: [تَطْيِبُ الْمَحْرَمِ بِزَيْتٍ]

قال: فإن تطيب بزيت^(٣)، أو بخلّ، فعليه دمّ في قول أبي حنيفة، وصدقة في قول أبي يوسف ومحمد، وقال الشافعي: إن استعمله في شعره، فعليه دمّ، وإن استعمله في بدنه، فلا شيء عليه^(٤).

لنا: ما روي أن علياً أدهن عند الإحرام من دبة الزيت^(٥)، فدلّ على أنه جعله طيباً؛ ولأنّ الزيت أصل الطيب، وإنما يكتسب روائحه، والحكم يتعلّق بالعين دون الرائحة؛ ولأنّ كلّ دهن لو استعمله في شعره، وجبت به الفدية، فإذا

(١) (من بدنه) سقطت من ب.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٦٦؛ الإيضاح ص ٩٢.

(٣) في ب (وإن أدهن بزيت).

(٤) انظر: مختصر المزني ص ٦٦؛ الإيضاح ص ٩٢.

(٥) في ب (من دهن الزيت)، والحديث رواه ابن أبي شيبة (٣/٣٤٩)، ولفظه: «كان يدهن عند

الإحرام من الدبة، يعني بالزيت»، لكن من طريق الحارث الأعور عن علي، وحال الحارث

مشهور.

استعمله في بدنه ، وجبت [عليه] ، كالأدهان المطيِّبة .

وجه قولهما: أن الزيت مأكولٌ ، فإذا ادهن به لم يجب الدم ، كالسمن ، وإنما أوجبنا الصدقة لأنه يقتل الدواب .

١٠٧٢ - فَصْل : [تداوي المحرم بزيت]

وقد قال أصحابنا: في الزيت إذا داوى به جرحه أو شقوق رجله ، فلا كفارة عليه ؛ لأنه ليس بطيبٍ في نفسه ، وإنما هو في حكم الطيب ، فإذا لم يستعمله على وجه التطيب ، لم تجب به كفارةٌ ؛ [لأنه ليس بطيبٍ في نفسه] .

وليس كذلك إذا داوى بالطيب ؛ لأنه طيبٌ في نفسه ، فإذا استعمله للتطيب أو لغيره ، لزمته الكفارة .

وقالوا: فيمن أدهن بشحمٍ أو بسمنٍ فلا شيء عليه ؛ لأنه ليس بطيبٍ في نفسه ، ولا هو أصل الطيب ، فصار كسائر المأكولات .

فأمَّا الدهن المطيبُّ ، كالبان والبنفسج ، ففيه الكفارة ؛ لأنه طيبٌ في نفسه ، ويُستعمل فيما يستعمل فيه الطيب .

١٠٧٣ - فَصْل : [أكلُ المُحرَّمِ طعاماً طُبِّخَ بطيب]

قال: وإذا كان الطيب في طعامٍ قد طُبِّخ وتغيَّر ، فلا شيء على المحرم في أكله ؛ [وذلك] لأنه استحال بالطبخ عن معنى الطيب ، وإن كان لم يطبخ ، كره [له ذلك] ، ولا شيء عليه ؛ لأنَّ الطعام غالبٌ عليه ، فصار مستهلكاً فيه ، وإنما يكره إذا كان ريحه موجوداً .



وقد قالوا: في الملح يجعل فيه الزعفران ، إذا كان الزعفران فيه غالباً ، ففيه الكفارة ؛ لأنّ الملح تَبَعٌ ، فلا يخرجُه عن حكم الطيب ، وإن كان الملح غالباً ، فلا كفارة عليه ؛ لأنه ليس في معنى الطيب .

وقد روي عن ابن عمر: (أنه كان يأكل الخشكناج^(١) الأصفر وهو محرم)^(٢) .

وقال: لا بأس بالخبيص^(٣) الأصفر للمحرم .

١٠٧٤ - فَصْل: [تداوي المُحْرِمِ بطيب لا يؤكل]

قال: وإن تداوى المحرم بما لا يؤكل من الطيب لمرضٍ أو عِلَّةٍ ، أو اكتحل بطيبٍ لعِلَّةٍ ، فعليه أيّ الكفارات شاء ، وهذا على ما بيّنا: أن محظورات الإحرام إذا أبيحت لعذر ، خُيِّر في الكفارة .

قال بشر بن الوليد عن أبي يوسف: إن ما غيّرته النار ، فلا بأس ، وإن كان ريح الطيب يوجد منه ، وما لم تغيّره النار ، فإني أكره أكله إذا وجد منه ريح الطيب ، فإن أكل ، فلا شيء عليه ، وقد بيّنا هذا^(٤) .

١٠٧٥ - فَصْل: [شم الطيب والريحان ونحوها]

قال: ويكره للمُحْرِم أن يشمّ الطيب والريحان ، فإن فعل فلا شيء عليه ،

(١) هو السكري ، كما في المغرب / باب الخاء مع الشين / وهو كما في المعجم الوسيط: «خبزة تصنع من خالص دقيق الحنطة ، وتملأ بالسكر واللوز أو الفستق ، وتقلّى» .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٧/٣) .

(٣) «الخبيصُ: الحَلْوَاءُ المخبوصة من التمر والسَّمْن ، وجمعه: أخبصة» . المعجم الوجيز (خبص) .

(٤) في ب (وهذا على ما بيناه) .

وقد روي عن ابن عمر أنه كره شم الرياحان للمحرم^(١)، وهذا قول جابر^(٢).

وعن ابن عباس: أنه لا بأس به^(٣)، وقال الشافعي: الرياحان طيبٌ، وفيه الفدية^(٤).

لنا: أنه شمٌ للرائحة المجردة من غير أن يلصق^(٥) بثيابه أو يده^(٦) شيء من الطيب، فلم يلزمه الفدية، كما لو قعد عند العطار فشمَّ الرائحة، وإنما كره ذلك لما فيه من الاستمتاع.

وقال أبو يوسف: ولا يشمُّ نبات الأرض ما له ريحٌ طيبةٌ، ولا الثمار الطيبة؛ وذلك لأنه استمتع بالرائحة كالطيب.

قال: وإن شمَّ المحرم ريح طيبٍ تطيب به قبل الإحرام، فلا بأس؛ وذلك لأنه غير ممنوعٍ من [مباشرته]^(٧)، فلا يمنع من رائحته، كما لو اجتاز في العطارين.

وقد روى ابن سماعة عن محمد: أن رجلاً لو دخل بيتاً قد أجمر، فطال مكثه في البيت، فعلق بثوبه، فلا شيء عليه؛ لأنَّ الرائحة هاهنا ليست متعلقةً بعينٍ، ومجرد الريح لا يمنع منها.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥٧/٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢/٣)؛ والبيهقي في الكبرى (٥٧/٥).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥٧/٥).

(٤) انظر: الإيضاح ص ٩٢.

(٥) في ب (أن يعلق).

(٦) في ب (أو بدنه).

(٧) في أ (شمه) والمثبت من ب.

قال: وإن استجمر بطيب، فعلق بثوبه شيء [كثيراً]، فعليه دم، وإن كان يسيراً فعليه إطعام؛ لأن الرائحة هاهنا متعلقة بعين وقد استعملها في بدنه، فهو كما لو تطيب بها.

وذكر ابن رستم عن محمد: فيمن اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين، فعليه صدقة، وإن كان كثيراً فعليه دم؛ لأن الكحل إذا كان الغالب عليه الطيب، فلا فرق بين استعماله على طريق التداوي أو التطيب.

قال: وإن مسّ طيباً فلزق بيده، فهو بمنزلة التطيب؛ وذلك لأنه طيب به يده، وإن لم يتعمد التطيب، ووجوب الكفارة لا يقف على القصد.

وقالوا: فيمن [استلم] ^(١) الحجر، فأصاب يده من طيبه: إن عليه الكفارة؛ لأنه مستعمل للطيب وإن لم يقصد التطيب.

قال: وإذا داوى جرحاً أو تطيب لعله، ثم حدث له جرح آخر قبل أن يبرأ الأول، فعليه كفارة واحدة؛ وذلك لأن العذر الأول باقٍ، فما يستعمله فجهته جهة واحدة.

١٠٧٦ - فصل: [تداوي المحرم]

قال: ولا بأس بأن يفتصد المحرم أو يحتجم، ويجبر كسراً إذا كان به؛ [وذلك] لما روي (أن النبي ﷺ احتجم وهو صائم محرّم بالقاحه) ^(٢)؛ ولأن هذا تداوي، فالمحرم لا يمنع من التداوي.

(١) في أ (مسّ الحجر)، والمثبت من ب.

(٢) أخرجه البخاري (١٨٣٦)؛ ومسلم (١٢٠٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

١٠٧٧ - فَصْلٌ : [ما على القارن من الدماء]

وعلى القارن فيما يوجب الدماء أو الكفارة مثلاً ما [يجب] على المفرد؛ لأنه أدخل نقصاً في كل واحدٍ من الإحرامين ، فصار كما لو أفردهما .

قال: ولا يحل للقارن والمفرد الطيب حتى يحلقا أو يقصرا؛ وذلك لأن الإحرام قبل الحلق باقٍ، وحرمة الإحرام تمنع من الطيب .

قال: وإن كان قد رمى الجمرة ، فإذا حلق أو قصر حل له الطيب ، وقد قدمنا هذا .

قال: وكذلك المعتمر لا يحل له التطيب حتى يحلق أو يقصر؛ لأن إحرامه باقٍ قبل الحلق ، فممنوع من الاستمتاع .

قال: والرجل والمرأة في ذلك سواء؛ لأنهما يتساويان في أحكام العبادات ، إلا ما خصه الدليل .

قال: و[دهن] الخيري والبنفسج طيبٌ ، وحكي عن الشافعي: أن البنفسج ليس بطيبٍ ، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه دهنٌ مطيبٌ كالبان .

قال: [ب/٩٢] والوسمة^(١) ليست بطيبٍ ، فإن خاف أن تقتل الدواب ، تصدق بشيءٍ؛ وذلك لأن الوسمة ليست لها رائحةٌ مستلذةٌ ، وإنما تغير الشعر ، وذلك ليس باستمتاع ، وإنما هو زينةٌ ، فإذا خاف أن تقتل الدواب ، فعليه صدقةٌ؛ لأنه يزيل الشعث .

(١) «الوسمة: نبت يختضب بورقه ، ويقال: هو العظلم» . المصباح (وسم) .

وقد روي عن أبي يوسف: فيمن خضب رأسه بالوَسِمَةِ ، أن عليه الدم ،
ليس لأجل الخضاب ، ولكن غطى بها رأسه .

١٠٧٨ - فَصْل : [استعمال الطيب في الغسل]

[قال]: فَإِنْ غَسَلَ [المُحْرِم] رَأْسَهُ بِالْخِطْمِيِّ^(١) ، فَعَلَيْهِ دَمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَصَدَقَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ .

وجه قول أبي حنيفة: أن الخطمي له رائحةٌ مستلذَّةٌ ، فهو كالحناء ؛ ولأنه
يزيل الشعث ، ويقتل الدوابَّ ، كالحلق .

وجه قولهما: أن الخطمي يزيل الوسخ كالأشنان ، وإنما وجبت الصدقة ؛
لأنه يقتل الدوابَّ .

وقد روي عن أبي يوسف أنه [قال]: لا شيء فيه ، فقال: إنما قال أبو يوسف
ذلك فيمن أبيح له الحلق ، فغسل رأسه بالخطمي ، لم يلزمه شيء ؛ لأن إزالة
الشعث قد أبيحت ، وهذا جزء منها .

فأما أن يقول: إن غسل الرأس به في خلال الإحرام لا يوجب [شيئاً] ، فبعيدٌ .

قال أبو يوسف: والقُسْطُ^(٢) طيب ؛ لأنه يتبخر به ، ويستلذ به^(٣) .

قال: والطيب في المجلس والمجالس كما وصفت لك في الجماع ، يعني:

(١) «الخطمي»: نبات من الفصيلة الخبازية كثير النفع ، يدق ورقه يابساً ويجعل غسلًا للرأس فينتقيه .
المعجم الوسيط (خطمي) .

(٢) «القسط»: عودٌ يجاء به من الهند ، يجعل في البخور والدواء . المعجم الوسيط (قسط) .

(٣) في ب (ويستلذ برائحته) .

إذا كرر الطيب في مجلسٍ واحدٍ، ففيه كفارةٌ واحدةٌ، وإن كان في مجالسٍ، فعليه لكل طيبٍ كفارةٌ، إلا أن يقصد الرفض.

وقال محمد: كفارةٌ واحدةٌ ما لم يكفر الأول، وقد بينا هذا.

وقال أبو يوسف: إن شرب دواءٍ فيه طيبٌ، فهو بمنزلة أكله، يعني: إن كان يتغير بالنار، فلا شيء [عليه] فيه، وإن كان لم يتغير وهو مغلوبٌ توجد رائحته، كره له ذلك، ولا كفارة عليه.

١٠٧٩. فَصْل: [المُحْرَم يَخْتَضِبُ بِالْحِنَاءِ]

وقد قالوا: في المُحْرَم يَخْتَضِبُ بِالْحِنَاءِ، إنَّ عليه الكفارة؛ لِمَا روي أَنَّ النبي ﷺ: نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال: «الحناء طيب»^(١)، وإذا كان في حكم الطيب في العدة، فكذلك في الإحرام، [كسائر أنواع الطيب]^(٢).



(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٥)؛ والنسائي (٣٥٣٩) من حديث أم سلمة، ولفظه: «ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب».

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢/٥٥٥، ٥٥٨؛ القدوري ص ١٥٤.

بَابُ قَصِّ الْأَظْفَارِ



قال أصحابنا: لا يجوز للمحرم قصّ أظفاره، وقال عطاء: يجوز.

لنا: قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩]، فرتّب قضاء التّفث على الذبح، وقد روي عن ابن عباس أنه قال: (في قص الأظفار الفدية)^(١)؛ ولأنّ الظفر في حكم الشعر؛ بدلالة أنّ كلّ واحدٍ منهما لا حياة فيه، فجزيا مجزئاً واحداً.

فأمّا مقدار الكفارة، فإنّ قصّ يديه ورجليه في حالةٍ واحدةٍ، أو يديه أو إحدى رجليه، أو إحدى يديه، فعليه دمٌّ؛ [وذلك] لأنه حصل له استمتاعٌ كاملٌ، فتكمل به الكفارة.

فإنّ قصّ أقلّ من يدٍ، فعليه صدقةٌ، لكلّ ظفرٍ نصف صاعٍ؛ وذلك لأنه لم يحصل له الاستمتاع الكامل، فلم تكمل الكفارة.

وقال محمد: يجب بحساب ذلك من الدم، وقال زفر: إنّ قصّ الأكثر من إحدى اليدين، فعليه دمٌّ وهذا فاسدٌ؛ لأنّ ما يتعلّق به الدم وله نظيرٌ في البدن^(٢)، لا يقوم أكثره مقام جميعه، كربع الرأس.

وأما إذا قصّ خمسة أظافر من يديه أو رجليه، فعليه صدقةٌ، وقال محمد:

(١) لم أجده عن ابن عباس، ورواه ابن أبي شيبة (١٣٢/٣) عن الحسن وعطاء.

(٢) في ب (في اليدين).

عليه الدم .

وجه قولهما: أنه لم يحصل به استمتاع ولا زينة، ألا ترى أن الإنسان لا يتجمل بأن يكون بعض أصابعه مقصوفة وبعضها بحالها، وإذا لم يكمل الاستمتاع، لم تكمل الكفارة .

وجه قول محمد: أن الدم لما تعلق بعددٍ من الأصابع، استوى أن يكون من يدٍ أو يدين، كوجوب الدية بقطع خمسة أصابع .

وجه قول زفر: أن الدم لما تعلق بإحدى اليدين، قام أكثرها مقام جميعها، كما يقوم أكثر الرأس مقامه .

١٠٨٠ - فَصَّلَ: [قَصَّ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ]

قال: وإن قصَّ يديه ورجليه في مجلسٍ واحدٍ، فعليه دمٌ واحدٌ؛ وذلك لأن أسباب الكفارة من جنسٍ واحدٍ، اجتمعت في مجلسٍ واحدٍ، فكان عليه دمٌ واحدٌ^(١)، كالجماع الواحد .

١٠٨١ - فَصَّلَ: [أَخَذُ الظُّفْرَ الْمَكْسُورَ]

قال: فإن انكسر ظفر المحرم، فتعلق بجلده، فأخذه، فلا شيء عليه إذا كان مما لا ينبت؛ وذلك لأنه خرج من حدِّ النماء، فصار كالشعر المقطوع^(٢)، فإذا أزاله لم يجب به شيءٌ .

وكذلك قالوا: في أغصان شجر الحرم إذا يبس، قال: وإذا قصَّ الأظافر

(١) في ب (فاكتفي فيها بكفارة واحدة) .

(٢) في ب (المحلق) .



للأذى ، فعليه أي الكفارات شاء ؛ وذلك لأنه معذورٌ فيه^(١) ، ومحظورات الإحرام إذا أُبيحت لعذرٍ ، خَيْرٌ في الكفارة .

١٠٨٢ . فَصْل : [مُحْرَمٌ قَلَّمَ أَظْفِرَ حَلَالٍ]

وقال محمد عن عطاء: في محرم قَلَّمَ أَظْفِرَ حَلَالٍ ، أنه لا شيء عليه ، وإن أخذ شعر حلالٍ ، فعليه صدقةٌ ، قال أبو حنيفة: فيهما صدقةٌ .

قال [الشيخ] رحمته الله : الكلام في هذه المسألة يقع في فصلين : أحدهما : الْمُحْرَمُ إذا أخذ شَعْرَ المحرم ، أو ظَفْرَهُ فعليه صدقةٌ ، وقال الشافعي : لا شيء عليه .

لنا : أنه أزال شعراً تعلق به حرمةُ الإحرام ، كشعر نفسه ، أو أزال شعراً منع الإحرام من إزالته ، كشعر الصيد .

فأما إذا حلق المحرم رأس حلالٍ ، فعليه صدقةٌ ؛ لأنه استمتعَ حظره الإحرام من جميع الوجوه ، فإذا فعله المحرم بالحلال ، لزمته الكفارة كالوطء ؛ ولأنه حلق رأس آدميٍّ ، فلزمته الكفارة ، كما لو حلق رأس محرمٍ مُكْرَهًا .

وأما الحلال إذا حلق رأس محرمٍ ، فعلى المحرم الكفارة ، وقال الشافعي : إن كان بغير أمره فأكرهه ، فلا كفارة عليه ، وإن لم يكرهه ، فسكت المحرم ، ففيه وجهان .

لنا : أن الاستمتاع بالحلق حصل للمحرم ، [فصار] كما لو حلق بأمره .

[وقد] قال أصحابنا : لا يرجع المحرم على الحلال^(٢) بشيءٍ ، وكان

(١) في ب (لأنه معذور في الجنابة) .

(٢) في ب (على الحائق) .



أبو حازم يقول: يرجع عليه بالكفارة^(١).

لنا: أن الاستمتاع بالحلق حصل للمحرم، فلو رجع بالكفارة، سلم له^(٢) العوض والمعوض، وهذا لا يجوز، ولهذا قال أصحابنا: إن المغرور^(٣) لا يرجع بالعقر^(٤) على الغار؛ لأن منفعة الوطاء سلمت له، فلا يرجع ببدلها على غيره.

وجه قول أبي حازم: أن المكروه هو الذي ألجأه إلى التكفير، فكأنه أخذ ذلك القدر من ماله [فأتلفه]^(٥).

فأما فرق عطاء بين الأظافر والشعر، فعلى أصله: أن قص الأظافر لا يتعلق به جزاء إتلاف الشعر^{(٦)(٧)}.



(١) قال النووي: «ويجوز للمحرم حلق شعر الحلال، ويحرم على الحلال حلق شعر المحرم، فإن حلق حلال أو مُحْرَمٍ شعر مُحْرَمٍ آخر أثم، فإن كان حلق بإذنه فالفدية على المحلوق، وإن حلق بغير إذنه... فالأصح أن الفدية على الحالق...» الإيضاح (مع حاشية الهيتمي) ص ٩٦ - ٩٧. انظر: رحمة الأمة ص ٨٧.

(٢) في ب (حصل له).

(٣) «المغرور: من غَرَّه يَغُرُّهُ بالضم، غُرُورًا: خَدَعَهُ». مختار الصحاح (غرر).

(٤) «العقر: صدأق المرأة إذا أتيت بشبهة». المغرب (عقر).

(٥) في الأصل (فأتلف).

(٦) (إتلاف الشعر) سقطت من ب.

(٧) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٦١/٢ - ٢٦٤؛ القدوري ص ١٥٤.

بَابُ المحرم يقتل صيدًا

—•••••—

قال الشيخ رحمته الله: الصيد [هو] الحيوان الممتنع المتوحش في أصل خلقته، وهو على ضربين: برّيٌّ، وبحريٌّ.

فما كان من صيد البحر، فهو حلالٌ للحلال والمحرم، قال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]، فأطلق إباحة صيد البحر، وخصّ صيد البر بحال [الإحلال] ^(١)، فصيد البر كله حرامٌ على المُحرم، إلا ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم، وهو الذي يتدئ بالأذى غالبًا، مثل الكلب العقور، والذئب، والحدأة، والغراب، والحيّة، والعقرب، وما سوى ذلك مُحَرَّمٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾، ولقوله تعالى: ﴿لَيَبْلُوَنَّكُمْ اللهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]، ولقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥].

قال أبو الحسن: وصيد البرّ: ما كان توالده فيه ومأواه فيه، وصيد البحر: ما كان توالده فيه ومأواه فيه؛ [وذلك] لأنّ ما يأوي في البحر ^(٢) ويتوالد في البر من صيد البر، وما يتوالد في البحر ويكون في البر مثل الضفدع من

(١) في أ (الإحرام)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) في ب (ما يكون في البحر).

صيد [البحر] (١).

قال: ومملوك ذلك ومباحه سواء؛ لأنَّ اسم الصيد عامٌ فيها؛ ولأنَّ الملك لا يخرج الشيء من حكم جنسه.

قال أبو يوسف: والغرابُ المستثنى ما أكل الجيف، أو خلط مع الجيف؛ وذلك لأنه هو الذي يبتدئ بالأذى.

قال أبو يوسف: فإن قتل المحرم عَقَعًا (٢)، فعليه الكفارة؛ لأنه لا يبتدئ بالأذى؛ ولأنه لا يسمى غرابًا.

وأما ما لا يتوحَّش (٣): وهو الدجاج الأهلي، والبط الكسكري: وهو البط الكبير الذي يكون في المنازل [فلا بأس بذبحها]؛ وذلك لأنَّ هذه الأجناس غير متوحشة، فأما البط الذي يطير، فليس من جنسها، إنما هو من جنسٍ آخر.

وقد قال أصحابنا في الحَمَامِ المسرول: إنَّ فيه الجزاء، وقال مالك: لا جزاء فيه.

والوجه فيه (٤): أنَّ الحمام كَلَّه ممتنعٌ متوحشٌ، وإن استأنس بالتوالد والتأنيس، فصار كالظبية المستأنسة، والنعامة المستأنسة، وأما البط فليس من

(١) في أ (البر)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق؛ «كما أن العبرة بالتوالد» كما قال الكاساني في البدائع ١٢٥٤/٣.

(٢) العَقَعُ: «طائر من الفصيلة الغرابية، وهو صَخَاب، له ذنب طويل ومنقار طويل» المعجم الوجيز (عقعو).

(٣) في ب (يستوحش).

(٤) في ب (والوجه في ذلك).



جنس المتوحش ، وإنما هو من نوع آخر .

يبين ذلك: أن الحيوان المباح للمحرم، مثل: الإبل، قد يتوحش، ولا يحرم ذلك ذبحها؛ لأنّ المعبر فيها بالجنس لا بالفعل، فكذاك الوحشي إذا تأنس .

١٠٨٣ - فَضْلُ: [قَتْلُ الْمُحْرِمِ السَّبْعِ]

والسباع كلّها [صيدٌ]، إلا ما استثني من الكلب والذئب .

وقال الشافعي: لا يحرم على المحرم قتل السَّبْعِ^(١) .

لنا قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، والاسم عام في كلّ ممتنع متوحش؛ ولأنّ العرب لا تعتقد تحريم السباع، وقد كانوا يأكلون جميع الحيوان إلا أم حُبِين^(٢)، ولو كان الاسم موضوعاً للمباح، تناول الجميع؛ لا اعتقادهم إباحته؛ ولأنه صيدٌ لا يتدّى بالأذى غالباً [كالضبع]^(٣) .

قال: فإن ابتداء السبع المُحْرِمِ فقتله، فلا شيء عليه؛ وذلك لأنّ النبي ﷺ أسقط الجزاء فيما يتدّى بالأذى غالباً، ووجود الأذى أكثر من العادة في الابتداء به؛ ولأنّ التحريم لحقّ الله تعالى، وقد أذن في الإتلاف، فلم يجر أن يكون مضموناً لحقه .



(١) انظر: القدوري ص ١٥٨؛ القوانين ص ١٥٦ .

(٢) من حشرات الأرض، تشبه الضبّ . انظر: المصباح (حين) .

(٣) في أ (كالسبع)، والمثبت من ب .

١٠٨٤ - فَصْل: [قَتْلُ هَوَامِّ الْأَرْضِ]

قال: وليس على المُحْرَمِ في قتل هوام الأرض شيءٌ، مثل القنافظ، والخنافيس، والجُعْلان، وابن عرس، وقال أبو يوسف: ابن عرس هو من سباع الهوام.

وكذلك الحية، والعقرب؛ وذلك لأن الهوام ليست بصيدٍ؛ ولأنها لا تتوحش من الآدمي، فأما الحية والعقرب؛ فلأنهما تبتدئان بالأذى غالبًا.

وقال: في الضبِّ واليربوع الجزاء؛ وذلك لأنه من جنس الممتنع المتوحش، ولا يبتدئ بالأذى غالبًا.

قال أبو يوهف: والقرد والفيل إذا ابتدأ بالأذى، فلا شيء فيهما، فإن ابتدأهما المُحْرَمُ، فعليه الجزاء؛ وذلك لأنهما من جنس الصيد الممتنع المتوحش، فإن ابتدأ بالأذى، سقط ضمانه، وإن ابتدأه المحرم، فلم يباح له إتلافه، فعليه الجزاء.

قال أبو يوسف: وفي السمور^(١) والدلق^(٢)، الجزاء؛ لأنهما من جنس الممتنع المتوحش [الذي] لا يبتدئ بالأذى.

قال أبو يوسف: وفي القنْفُذِ الجزاء؛ لأنه من جنس الممتنع المتوحش، لا يبتدئ بالأذى غالبًا.

(١) «حيوانٌ ثدييٌّ ليليٌّ من الفصيصة السمورية من أكلات اللحوم، يُتخذ من جلده فروٌ ثمينٌ». المعجم الوسيط (سمر).

(٢) «دويبة نحو الهرة طويلة الظهر يعمل منها الفرو». المعجم الوسيط (دلق).

١٠٨٥ . فِصْلُ : [الجزاء في القرد والخنزير]

قال أبو يوسف: وفي القرد والخنزير الجزاء، وقال زفر: لا جزاء فيهما .
لأبي يوسف: أنهما من جنس الصيد الذي لا يبتدئ بالأذى، كالثعلب
والضَّبُع .

وجه قول زفر: أن الخنزير مندوبٌ إلى قتله، قال النبي ﷺ: «بعثت بكسر
المعازف وقتل الخنازير»^(١)، وإذا كان مندوباً إلى قتله، لم يجب عليه الجزاء .

قال الحسن بن زياد: الكلب ليس بصيدٍ، وكذلك السنور الأهلي وقال
هشام: في البرية الجزاء، وروى الحسن عن أبي حنيفة: لا شيء في السنور
الأهلي والوحشي، والفأرة الأهلية والوحشية .

أما الكلب؛ فلأنه مستثنى بجواز القتل، والمتوحش منه والأهلي سواءً .

وأما السنور^(٢) الأهلي فليس بمتوحشٍ، فلا يجب به جزاءً، وأما الوحشي
فقال أبو حنيفة: هو من جنس الأهلية، فإذا لم يجب الجزاء في أحدهما، فكذلك
الآخر .

وجه رواية هشام: أنها صيدٌ لا يبتدئ بالأذى غالباً .

وأما الفأرة، فهي مما استثني في الخبر .

(١) رواه أبو بكر الشافعي في الغيلانيات كما في كنز العمال (٩٩/١٥)، لكن ليس في الحديث «وقتل
الخنزير» .

(٢) «السنور»: حيوان أليف من الفصيلة السنورية ورتبة اللواحم، من خير مأكله الفأر، وفيه أهلي
وبري «المعجم الوجيز (سنور)» .

قال: ولا شيء على المحرم في قتل البرغوث، والبعوض، والحلّم^(١)، والقُرَادِ^(٢)، و[قد] روي عن ابن عمر: (أنه كان يقرّدُ بعيه وهو محرم)^(٣)، وسئل ابن عباس عن قتل القراد، فقال: (انحر بعيك وانظر كم كان فيه من قراد)^(٤)؛ ولأنّ هذه الأشياء غير متوحشة، ألا ترى أنها تطلب الآدمي مع امتناعه منها.

فأمّا القمل ففيه صدقة، ليس لأنه صيدٌ، ولكن هو متولدٌ^(٥) من البدن، كالشعر، ففي إزالته إزالة التفث، فيتصدق بكفٍّ من طعامٍ، [قال]: وكذلك إن قتل جرادةً.

وقد روي عن عمر [أنه قال]: تمرّةٌ خيرٌ من جرادةٍ^(٦)؛ ولأنّ الجراد من صيد البر، ألا ترى أنه يعيش فيه ويموت إذا وقع في الماء، فهو كسائر صيد البر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: الكلب العقور وغير العقور، إذا أراد المحرم بأذى أو لم يردّه^(٧)، فلا بأس بقتله؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «خمس فواسق يقتلهنّ المحرم في الحلّ والحرم: الحية، والعقرب،

(١) وفي المعجم الوسيط «الحلّم: القُرَاد الضخم أو الصغير» (حلم).

(٢) «القُرَاد: دُويبة متطفلة ذات أرجل كثيرة، تعيش على الدواب والطيور، ومنها أجناس، الواحدة قُرَادة» المعجم الوجيز (قرد).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٧٩٣)؛ والشافعي في المسند ص (٣٦٥)؛ وعبد الرزاق (٤/٤٤٩)؛ وابن أبي شيبة (٣/٣٩٥).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤/٤٤٨)؛ والبيهقي في الكبرى (٥/٢١٢).

(٥) في ب (حادث).

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (٩٣٦)؛ وعبد الرزاق (٤/٤١٠) في المصنف؛ وابن أبي شيبة (٣/٤٢٥).

(٧) في ب (إذا أذى أو لم يؤذ).

والفأرة، والكلب العقور، والغراب»^(١). وروي: «والجدأة»، وما استثني بإباحة القتل، فلا كفارة فيه.

قال: ولا بأس للمحرم أن يقتل الزنبور؛ لأنه من جنس الحشرات، وكذلك صيَّاح الليل والبعوض والذباب؛ لما بيَّنا أنها غير متوحشةٍ من الآدميِّ، فلا تكون صيداً. [والله أعلم].



(١) أخرجه البخاري (٣١٣٦)؛ ومسلم (١١٩٨) من حديث عائشة رضي الله عنها.

بَابُ مَعْرِفَةِ الْجَزَاءِ

—•••••—

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قتل المُحْرِمِ صَيْدًا، فعليه الجزاء، والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف: أن يقوّم الصيد في الموضع الذي أصابه، إن كان ممّا يباع فيه الصيود، وإن لم يكن يباع فيه^(١)، ففي أقرب المواضع إليه، ثم القاتل بالخيار: إن شاء صرف القيمة إلى الهدى إن بلغت ذلك، وإن شاء إلى الإطعام، وإن شاء إلى الصيام.

وذكر أبو الحسن عن محمد: أن القاتل إذا اختار الهدى، أخرج نظير المقتول في الخِلقَة إن كان له نظيرٌ.

وذكر الطحاوي عن محمد: أن الخيار إلى الحَكَمين، فإذا حكما بالهدى، لم يعدل عنه، وقال الشافعي: الواجب: النظير [إن كان له النظير] من طريق الخِلقَة.

لنا: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، وهذا عامٌ فيما له مثل وفيما لا مثل له، ثم قال: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ﴾، والمثل: الذي يعمّ ما له نظيرٌ، وما لا نظير له: هو القيمة؛ ولأنه قال: ﴿أَوْ كَفَّرَةٌ طَعَامٌ مَسَاكِينَ﴾، معناه: أو مثل ما هو كفارة [طعام مساكين]^(٢)، وقد أجمعوا على أن المماثلة في الطعام تكون بالقيمة، فكانت

(١) (يباع فيه) سقطت من ب.

(٢) في أ (أو طعام) بزيادة (أو)، والمثبت من ب، والسياق لا يقتضي الزيادة.

هي المراد بالمثل المذكور في الهدى ؛ ولأنه قال: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ، ولو كان الواجب النظر في الخلقه ، لم يحتج فيه إلى عدلين ؛ لأن ذلك معلومٌ من طريق المشاهدة ، وإنما يُحتاج إليها في القيمة التي تختلف باختلاف الأزمان .

وأما قوله: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [ب/٩٣] ، فلا يجوز أن يكون النعم من الجزاء ، وإنما هو من المقتول ؛ بدلالة أن قوله: ﴿فَجَزَاءٌ﴾ : مصدرٌ ، وقوله: ﴿مِثْلُ﴾ : صفةٌ ، والمصادر إذا وُصفت لم تتعدَّ بـ«مِن» ، فعلم أن المراد: فجزاء المقتول الذي هو من النعم .

وقد قال أبو عبيد: إن النعم اسمٌ للوحشي والأهلي ، وقد قيل: إن في الآية تقديمًا وتأخيرًا ، فكأنه قال: فجزاء مثل ما قتل يحكم به ذوا عدل منكم من النعم هديًا بالغ الكعبة .

ولأن ما لا يجب في إتلافه مثله من جنسه ، يجب مثله من قيمته إذا كان مضمونًا ، كالمتلف على الأدمي .

وأما [قول] محمد ، فعلى رواية [أبي] الحسن قال: إذا اختار الهدى ، أخرج النظر ؛ لأن الصحابة حكموا في اليربوع بجفرة^(١) ، وفي الأرنب بعناق^(٢) ، وفي الضبُع بشاة ، وفي النعام ببذنة^(٣) .

(١) «هو من ولد الغنم ما مضى له أربعة أشهر واشتد وأخذ في الرعي ، والذكر جفر ، وقيل: الجفر الجذع من ولد الضان» . مشارق الأنوار (جفر) .

(٢) «العناق: الأنثى من أولاد المعز» . المغرب (عناق) .

(٣) أخرجه أبو يعلى (٢٠٣) ، والدارقطني (٢٤٦/٢) ، وفيه الأجلح الكندي ، وفيه كلامٌ ، وقد وثق . انظر مجمع الزوائد (٢٣١/٣) .

وعلى رواية الطحاوي قال: إن الله تعالى سمى الموجب حكماً، والحكم هو الذي يُلزم.

١٠٨٦ - فَصْل: [الكفارة على التخيير أو الترتيب]

وقد قال أصحابنا: إن الكفارة على التخيير، وقال زفر: على الترتيب.

لنا: أن الله تعالى أوجبها بلفظ التخيير، فهي ككفارة اليمين.

وقال زفر: لما حكمت الصحابة في الضبع بشاة، ولم يذكروا غيرها، دل على اعتبار الترتيب.

١٠٨٧ - فَصْل: [الإطعام بدل]

وقد قال أصحابنا: إن الإطعام بدل عن الصيد، وقال الشافعي: بدل عن النظر.

لنا: أنه إطعامٌ يُخرج في الجزاء، فكان بقيمة المقتول، أصله: ما لا نظير له.

١٠٨٨ - فَصْل: [صغار الغنم في الجزاء]

و[قد] قال أبو حنيفة: لا يجوز صغار الغنم في الجزاء، إلا على وجه الإطعام، وقال محمد: يجوز، وبه قال الشافعي^(١).

لنا: أنه حيوانٌ لا يجوز في دم المتعة، فلا يجوز في جزاء الصيد، كالمتولد من الظباء.

وجه قول محمد: [ما روي] أن الصحابة حكموا في الأرنب بعنق، وفي

(١) انظر: مختصر المزني ص ٧١.

اليربوع ، بجفرة .

١٠٨٩ - فَصْلُ : [الجزاء على العامد والمخطئ]

قال أصحابنا: العامد في قتل الصيد والمخطئ سواءً في وجوب الجزاء ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعبد الرحمن بن عوف^(١) ، وأنس ، وسعد بن أبي وقاص^(٢) ، والحسن البصري^(٣) رضي الله عنه ، وقال ابن عباس : (لا جزاء إلا على العامد)^(٤) .

لنا: أنه ضمانٌ يجب بالإتلاف ، فاستوى فيه الخطأ والعمد ، كالصيد المملوك ، [ولأنه حيوانٌ يجب بإتلافه الكفارة كالآدمي] ، وأما قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ ﴾ [المائدة: ٩٥] ، إنما خصّ المتعمد ؛ لأنه ذكر الوعيد بقوله : ﴿ لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ﴾ [المائدة: ٩٥] ، والمخطئ لا يستحق الوعيد .

١٠٩٠ - فَصْلُ : [العائد والمبتدئ في الجزاء]

قال أصحابنا: العائد في قتل الصيد كالمبتدئ في وجوب الجزاء ، وهو قول عمر^(٥) ، وقال ابن عباس : لا ضمان على العائد^(٦) .

لنا: أنه ضمان يجب بالإتلاف ، فاستوى فيه المبتدئ والعائد ، كالصيد

(١) أخرجه مالك (٩٣٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (١٨٠/٥) .

(٢) ذكره القاري في شرح الوقاية (١٤٩/٣) .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٨٠/٥) .

(٤) في ب (على المخطئ) ، والحديث عند الطبري في التفسير (٤٢/٧) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق (٣٩٤/٤) .

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٣٩٣/٤) ؛ وابن أبي شيبة (٤٣٨/٣) .

المملوك؛ ولأنه حيوان يجب بإتلافه كفارة كالآدمي.

وأما قوله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٩٥]، فإنه ذكر الانتقام وسكت عن الجزاء؛ لأنه مستفادٌ بأول الآية، ولأن المراد بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ﴾، يعني: ومن عاد للفعل بعد علمه بالنهاي، كما قال الله تعالى في آية الربا: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، معناه: من عاد إلى الفعل بعد النهي.

١٠٩١ - فَضْلٌ: [فيما فَضْلٌ من قيمة الهدى]

وإذا اختار القاتل إخراج الهدى، صرف القيمة إليه، فإن فَضْلٌ منها ما لا يبلغ هدياً، كان مخيراً فيه: إن شاء صرفه إلى الإطعام، أو الصوم؛ لأنه لا يبلغ إلى الهدى، فصار كالصيد الصغير الذي لا يبلغ قيمته هدياً.

فإن اختار إخراج الإطعام، قوّم المقتول، فأخرج بقيمته طعاماً لكل مسكين نصف صاع من برٍّ، أو صاعاً من تمرٍ أو شعيرٍ، على أصلنا في تقدير الكفارات بذلك.

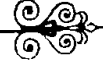
فإن اختار الصوم، قوّم المقتول طعاماً، وصام عن كل نصف صاع يوماً، وقال الشافعي: عن كل مُدٍّ يوماً^(١).

لنا: أنه مكفّرٌ خَيْرٌ بين الصوم والإطعام، فلا يجب عليه عن كل مُدٍّ صوم يوم، كفدية الأذى.

وقد روي عن ابن عباس أنه قال: (يصوم عن كل نصف صاع برٍّ يوماً)^(٢)،

(١) انظر: مختصر المزني ص ٧١؛ رحمة الأمة ص ٨٧.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٣٩٧/٤).



فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع، كان مخيراً: إن شاء صام عنه يوماً، وإن شاء أخرجه طعاماً؛ لأنه لا يمكن أن يصوم أقل من يومٍ.

١٠٩٢ - فَصْل: [تقويم الجزاء على المحرم]

قال [أبو الحسن]: ولا يقوّم في الجزاء على المُحْرَم إلا قيمته لحمًا، لا يضمّ إلى ذلك شيءٌ آخر، مثل أن يكون بازيًا صيودًا، أو حمامًا يجيء من المواضع؛ وذلك لأنّ الضمان متعلّق بكونه صيدًا، والصناعة لا تعود إلى الخِلقة، فلا يعتبر بها.

وقد قالوا في الحمامة المصوّتة: إنه يضمّنها مصوّتةً في إحدى الروايتين؛ لأنه خلقةٌ فيها ككونها مُطوّقة، وقال في الرواية الأخرى: لا يعتبر ذلك؛ لأنه لا يعود إلى جهة الصيد.

١٠٩٣ - فَصْل: [جزاء ما لا يؤكل لحمه]

وما لا يؤكل لحمه ففيه الجزاء، لا يجاوز به دمًا وينقص من ذلك، مثل: الضّباع، والسّباع، والثّعالب، وسبّاع الطير، وحكى أصحابنا عن زفر: أن فيه القيمة بالغة ما بلغت، وذكر ابن شجاع في اختلاف زفر وأبي يوسف عن زفر: ما يؤكل لحمه لا يجاوز به شاةً.

لنا: أن الضمان يجب بجهة كونه صيدًا، والسبع إذا قوّم لحمه، فلهم الشاة خيرٌ منه، وإنما تزيد قيمته لتفاخر الملوك به، وذلك لا تعلق له بجهة الصيد، فلا يضمّن.

وجه قول زفر: أن ما وجب ضمانه بالقيمة، اعتبرت قيمته^(١) بكلّ الحال، كالسبع المملوك.

١٠٩٤ - فَصْل: [جزاء القارن في الصيد]

قال: وعلى القارن في جميع ذلك مثلاً ما على المفرد، وقال الشافعي: جزاءً واحدًا^(٢).

لنا: أنه أدخل نقصاً على الحج والعمرة، بقتل ما يسمّى صيداً، فصار كالتمتع إذا قتل صيداً في عمرته، وصيداً في حجته، ولا يلزم المعتمر إذا جرح صيداً ثم تحلّل فأحرم بالحجة وجرحه فمات الصيد من الجراحتين؛ لأنّ عليه قيمتين، ذكره محمد في الجامع الكبير.

ولأنّ العمرة نسكٌ، يجب بقتل الصيد فيه الجزاء حالة الانفراد، فوجب الجزاء الكامل لأجله في [حقّ] القارن، أصله: إحرام الحج.

قال: والمعتمر في ذلك مثل المحرم بحجّة؛ وذلك لأن الله تعالى أوجب الجزاء على القاتل المحرم، والمفرد بالعمرة محرّم، كالمفرد بالحجة.

١٠٩٥ - فَصْل: [إحلال الصيد للمحرم]

قال: ولا يحل الصيد لمحرّم حتى يحلق رأسه يوم النحر؛ وذلك لأنّ الحظر لحرمة الإحرام، فما لم يتحلّل منها، لا يحل له.

(١) في ب (وجبت قيمته).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٧٢.

١٠٩٦ - فصل: [الجزاء على الدال]

قال: وإذا دلّ محرم محرماً أو حلالاً على الصيد، فصاده المدلول، فعلى الدال الجزاء، وقال الشافعي: لا جزاء عليه^(١).

لنا: ما روي أنّ رجلاً سأل عمر رضي الله عنه، فقال: إني أشرت إلى ظبية فقتلتها أخي، فقال عمر لعبد الرحمن: ما ترى؟ فقال: عليه شاة، فقال عمر: (وأنا أرى مثل ذلك)^(٢).

وروي أنّ عليّاً وابن عباس رضي الله عنهما (حكما على رجل أشار إلى بيضة نعامة فكسرها صاحبه، بالقيمة)^(٣)، وقال عطاء: (أجمع الناس على أنّ على الدالّ الجزاء)^(٤)؛ ولأنه فعلٌ حظره الإحرام، بمنع أكل الصيد، فجاز أن يجب به الجزاء كالقتل.

(١) في ب (لا شيء عليه).

وقال المزني: «ولو دلّ على صيدٍ كان مسيئاً، ولا جزاء عليه»، مختصر المزني ص ٧١. انظر: رحمة الأمة ص ٨٧؛ الإيضاح (مع الحاشية) ص ١٠٤.

(٢) رواه الطبراني في الكبير (٢٥٨)؛ وعبد الرزاق في المصنف (٤٠٦/٤)؛ والبيهقي في الكبرى (١٨١/٥)؛ ورجاله ثقات. انظر: مجمع الزوائد (٢٣٢/٣).

(٣) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده عن علي... وقول ابن عباس أخرجه عبد الرزاق من طريق صحيح عنه قال في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه» (٤٣/٢)؛ وهو عند عبد الرزاق في المصنف (٤٢١/٤).

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية: «وقال عطاء: أجمع الناس على أنّ على الدالّ الجزاء، قلت: غريبٌ، وعطاء هذا ابن أبي رباح، صرح به في المبسوط وغيره، وذكره ابن قدامة في المغني عن علي وابن عباس، وقال الطحاوي: هو مروى عن عدّة من الصحابة رضي الله عنهم، ولم يرو عنهم خلافه فكان إجماعاً» (١٣٢/٣).

فأمّا الدال على الصيد في الحرم، فقد رُوي عن أبي يوسف وزفر: أن عليه الجزاء^(١).

وقد قالوا في المُحْرَم إذا دلّ على صيدٍ، فكذبه المدلول، ثم دله آخر فصّدقه، فقتله، فالجزاء على الثاني؛ لأنّ القاتل لم يستدلّ بالدلالة الأولى.

قالوا: ولو أمر محرّم [أ/٩٤] رجلاً بقتل صيدٍ، فأمر المأمور آخر، فالضمان على الأمر الثاني إذا كان محرماً؛ لأنّ المأمور الأوّل لم يفعل ما أمره به المحرم، ألا ترى أنّه أمره بقتل الصيد، ولم يأمره بالدلالة، والمأمور الثاني فعل ما أمره [به] الأمر الثاني؛ فلذلك لزمه الضمان.

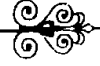
وقالوا: في المحرم يدلّ على صيدٍ ويتحلّل، فيأخذه المدلول، فلا جزاء على الدالّ، وهو آثمٌ؛ وذلك لأنّ قتل المدلول حصل بعد تحلّل الدالّ، فصار كقتل الدالّ، فلا يجب به الجزاء.

١٠٩٧ - فُصِّلَ: [القيمةُ في البيض]

ومن شَوَى بيض صيدٍ، أو كسره، فعليه قيمته يتصدّق به؛ وذلك لأنّ الصحابة حكموا في بيض النعامة بقيمته؛ ولأنه يُتولّد منه حيوانٌ ممتنعٌ كالفرخ.

قال: وإن كان في البيضة فرخٌ ميت، فعليه الجزاء كأنه قتله حياً، يُؤخذ له في ذلك بالثقة؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون مات بكسره، ويحتمل أن يكون مات قبل ذلك، وضمان الصيد يُعتبر فيه الاحتياط.

(١) في ب (فيه الجزاء).



١٠٩٨ - فَصْل: [الضمان في القتل بالسبب]

وما قتله بسببٍ ، فإن كان متعدّيًا فيه ، أو مُريدًا للصيد ، ضمن ، وإن لم يكن أراد الصيد ، فلا شيء عليه .

والأول: مثل من نصب شبكة للصيد ، أو حفر له بئرًا .

والثاني: كمن حفر [تنورًا]^(١) ليخبز فيه ، أو ضرب فُسْطاطًا لنفسه ، فتعقل الصيد به ؛ وذلك لأن التلف بالسبب يختلف بالتعدّي وغير التعدّي ، بدلالة من حفر بئرًا في الطريق ، فوقع فيها آدميٌّ ، ضمن ديته ، ولو حفر بئرًا في داره ، لم يضمن .

١٠٩٩ - فَصْل: [مُحْرَمٌ فِي مَلِكِهِ صَيْدٌ]

قال: وإذا أحرم فـ[ليس] عليه أن يخرج من الصيد الذي في ملكه شيئًا ؛ إلا ما كان ممسكًا له بيده ، والكلام في هذه المسألة يقع في أن من أحرم وفي ملكه صيدٌ ، لم يزل ملكه عنه ، وقال الشافعي: يزول ملكه عنه .

لنا: أنّها حرمةٌ تمنع قتل الصيد ، ولا تنافي بقاء ملكه ، كدخول الحرم .

وإذا ثبت أنه على ملكه ، قلنا: ما كان في يده فعليه إرساله ؛ لأنّه مُوقَعٌ للفعل فيه ، والإحرام يمنع من إيقاع الفعل في الصيد ، وأمّا ما كان في بيته ، فلا يلزمه إرساله ، وقال الشافعي: إن لم يرسله فمات ، ضمن الجزاء^(٢) .

لنا: أنّ ما ملكه قبل الإحرام ، لا يلزمه إزالة اليد الحُكْمِيَّة عنه ، كما لا يؤكل

من الصيد .

(١) في أ (بئرًا) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (فعليه الجزاء) .

قال: فإن أحرم وهو مُمسكُ الصيد، فلم يُرسله حتى هلك الصيد في يده، وهو محرّمٌ أو حلالٌ، فعليه الجزاء؛ وذلك لأنه وجب إرساله، فإذا تلف قبل الإرسال، ضمن قيمته، كما لو اصطاد في حال الإحرام.

١١٠٠ - فَصْل: [ضمانُ مُرْسِلِ الصَّيْدِ]

قال: فإن أرسله مُرْسِلٌ من يده، ضمن عند أبي حنيفة قيمته، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن.

وجه قوله: أنه صيدٌ مملوكٌ، فإذا أتلّفه على مالكه، ضمن الجزاء^(١)، كما قبل الإحرام.

وجه قولهما: أن الإرسال [قد] وجب [عليه] لحقّ الله تعالى وتعيّن، فمن فعله لم يضمن، كمن ذبح أضحية غيره.

١١٠١ - فَصْل: [الضمان في مرسل الصيد لمحرّم صاده]

وإذا اصطاد المحرم صيداً، فأرسله محرّمٌ من يده، فلا شيء على المُرْسِلِ؛ [وذلك] لأنّ المحرم لم يملك الصيد بالاصطياد؛ لأنه منهيٌّ عن جهة التملك، فلم يملك بها، كالبيع الفاسد، فإذا أرسله مُرْسِلٌ من يده، فلم يُتلف عليه ملكاً له، فلا يضمن.

فأما إذا قتله في يده، فعلى المحرم الجزاء، ويرجع [بذلك] على القاتل، وقال زفر: لا يرجع.

(١) في ب (لزمه الجزاء).

لنا: أنه قرّر عليه ضماناً كان يقدر أن يتخلص منه بالإرسال ، فصار كمن أتلف العين المغصوبة في يد الغاصب .

لزفر^(١): أن المحرم لا يملك الصيد بالضمان ، فلا يرجع بما غرم على غيره .

١١٠٢ - فَصْلُ : [الضمان في حلب الصيد]

وإذا حلب المحرم صيداً ، فعليه ما نقص الحلب الصيد ؛ وذلك لأنه لو أتلفه ضمن ، فإذا أدخل فيه نقصاً ضمن ، كالصيد المملوك .

١١٠٣ - فَصْلُ : [الجزاء في جرح الصيد]

ولو جرحه جرحاً يخرج من [حكم] الصيد ، ويكون غير ممتنع ، مثل قطع رجل الطيبي ، وجناح الطير ، فعليه [جميع] الجزاء ؛ لأنه أخرجه من حيز الامتناع ، فصار متلفاً له ، فضمن ؛ ولأنه أبطل [جميع] منفعة جنسه ، فلزمته قيمته ، كمن قطع قوائم فرس [الغير]^(٢) .

١١٠٤ - فَصْلُ : [الضمان بعد زوال النقص الحاصل بالصيد]

وإن نتف ريش طير^(٣) صيداً ، أو قلع سنّ طيبي ، فخرج ، فعاد إلى ما كان ، أو ضرب عين طيبي فابيضت ، ثم ارتفع البياض ، قال أبو حنيفة: في سنّ الطيبي ليس فيه شيء إذا نبت ، ولم يحك عنه في عينه شيء ، وقال أبو يوسف: عليه صدقة .

لأبي حنيفة: أن الضمان وجب بالنقص ، وقد زال النقص ، فزال ما تعلق به

(١) في ب (وجه قول زفر) .

(٢) في أ (العربي) ، والمثبت من ب .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

من الضمان ، كمن قلع سنّ ظبي لم يثغر ، فنبت .

وجه قول أبي يوسف: أنه أدخل عليه ألماً بالجناية ، فيلزمه ضمان الألم .

١١٠٥ . فَصْلُ : [الاحتياط في ضمان الصيد]

فإن ضرب^(١) المحرم بطن ظبية ، فألقت جنيناً ميتاً ، ثم ماتت ، فعليه قيمتهما جميعاً ، يؤخذ له في ذلك بالثقة ؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون تلف بفعله ، ويحتمل أن يكون تلف بنفسه ، وضمان الصيد إذا تردّد ، اعتُبر فيه الاحتياط .

قال محمد: وإن قتل ظبيةً حاملاً ، فعليه قيمتها حاملاً ؛ لأنّ الحمل صفةٌ فيها ، فهو كحُسْنِهَا وَسِمْنِهَا .

١١٠٦ . فَصْلُ : [التداخل في الجزاء]

ولو أصاب المحرم صيداً كثيراً على وجه الإحلال والرفض ، فعليه جزاءٌ واحدٌ ؛ لأنه وقع على جهةٍ واحدةٍ ، فصار كالوطء الواحد .

١١٠٧ . فَصْلُ : [اشتراك المُخْرَمَيْنِ فِي صَيْدٍ]

وإذا قتل المُخْرَمَانِ صَيْدًا ، فعلى كلّ واحدٍ منهما جزاءٌ كاملٌ ، وقال الشافعي: [عليهما] جزاءٌ واحدٌ .

لنا: أنها كفارةٌ تجب بالقتل ، فوجب على كلّ واحدٍ من المشتركين بكمالها ، ككفارة الأدمي .

(١) في ب (صرف) .

١١٠٨. فَصْل: [أَكْلُ ذَبْحِ الْمُحْرَمِ مِنَ الصَّيْدِ]

ولا يؤكل ما ذبح المُحْرَمِ من الصيد، وهو بمنزلة الميتة، وكذلك ما ذبحه الحلال في الحرم، وقال الشافعي: يحلّ ما ذبحه المحرم لغيره.

لنا: أنه ليس للذابح أكله بحالٍ من غير ضرورة، فلا يجوز لغيره. أصله: ذبيحة المجوسي؛ ولأنّ الإباحة أحد موجبي الرمي إلى الصيد، فلا تثبت برمي المحرم^(١)، كالملك.

١١٠٩. فَصْل: [أَكْلُ الصَّائِدِ مِنَ الصَّيْدِ الْمَقْتُولِ بَعْدَ أَدَاءِ الْجِزَاءِ]

قال أبو حنيفة: إذا أدّى المُحْرَمِ الجِزَاءَ، ثم أكل من الصيد المقتول، وجب عليه إخراج قيمة ما أكل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه، وبه قال الشافعي^(٢).

وجه قول أبي حنيفة: أن تناوله محرّمٌ لحرمة الإحرام؛ بدلالة أنه لو ذبحه قبل الإحرام، حلّ [له]، وما مُنِعَ من أكله لحرمة الإحرام، تعلق به الجِزَاءُ كالطعام إذا غلب عليه الطيب؛ ولأنّه استعجل ما أخره الله تعالى عنه بفعلٍ محظورٍ، فكان المقتول كالميت من وجهٍ، وكالحيّ من وجهٍ، ألا ترى أنّ من قتل أباه لم يرثه، وحلّت ديونته عليه، ومن قتلت مولاها ولها منه ولدٌ، عتقت [عليه]؛ فدلّ على أنّ المقتول [في حكم] الحيّ من وجهٍ، و[في حكم] الميت من وجهٍ، وما تردد من السقوط والوجوب في حقّ المحرم، غلب الوجوب، كما لو ضرب بطن ظبية فألقت جنيناً ميتاً، أو كسر بيضةً، فوجد فيها فرخاً ميتاً.

(١) في ب (فلا تثبت في حق المحرم).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢٠٧/٢؛ المزني ص ٧١.

وعلى الشافعي: أن كل ما لو انفصل من الصيد حال حياته بفعله، ضمن بالجزاء، فإذا انفصل بعد الذبح [بفعله]، جاز أن يضمن بالجزاء، كالجنين إذا انفصل حيًّا بعد الذبح.

وجه قولهما: أن ذبيحة المحرم ميتة، وأكل الميتة لا يتعلّق به الجزاء؛ ولأنّه لو أحرقه، أو أطعمه كلابه، لم يضمن، فكذلك إذا أكله كغير الصيد. فأما إذا أكل من المذبوح قبل أداء الجزاء، فلا رواية في هذه المسألة، ويجوز أن يقال: يجب^(١) فيه الجزاء، مضافاً إلى جزاء القتل، ويجوز أن يقال: إنهما يتداخلان.

١١١٠. فَصْل: [أَكْلُ الْمُحْرَمِ لَحْمِ الصَّيْدِ]

وقد قال أصحابنا: إن المحرم يجوز له أكل لحم الصيد إذا لم يكن له فيه صنع؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا بأس بأكل المحرم لحم الصيد، ما لم يَصِدْه، أو يُصَدِّ له»^(٢).

وروي أنّه لما انتهى إلى الرّوحاء، رأى حمار وحشٍ عقير^(٣)، فبادر إليه أصحابه، فقال: «دعوه حتى يجيء صاحبه»، فجاء رجل من بهز، فقال: هذه رميتي، وهي لك يا رسول الله، فأمر أبا بكر رضي الله عنه، فقسمها بين الناس^(٤).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) أخرجه أبو داود (١٨٥١)؛ والترمذي (٨٤٦)؛ والنسائي (٢٨٢٧)؛ وصححه ابن خزيمة من حديث جابر رضي الله عنه (٢٦٤١).

(٣) عقير: من عقر: ما ضرب قوائمها، ووحش عقير: «أي أصابه عقر ولم يمت بعد». النهاية في غريب الحديث (عقر).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٧٨١)؛ وأحمد في المسند (١٥٤٨٨)؛ والنسائي (٢٨١٨)؛ وصححه ابن حبان (٥١١١).



والذي رُوي أن رجلاً أهدى إلى النبي ﷺ [رَجُل] حمار وحش وهو محرّم، فردّها وقال: «ما بنا ردُّ عليك، ولكننا حُرّم»^(١)، فقد قيل: أنه أهدى إليه [رَجُل] حمار وحش، وإنما صحّف الراوي.

١١١١ - فُصِّل: [الحلال اصطاد للمحرّم ولم يأمره]

وقد قال أصحابنا في الحلال إذا اصطاد صيداً للمحرّم، لم يأمره: حلّ للمحرّم أكله، وقال الشافعي: لا يحلّ^(٢).

لنا: أنه صيدٌ مذكّي لم يوجد من المُحرّم فيه ولا في سببه صنّع، فيحلّ له أكله، كما لو صاده الحلال لنفسه.

فأمّا قوله ﷺ: «لا بأس بلحم الصيد ما لم تصيدوا أو يُصد لكم»^(٣)، فاللام للتمليك، ولا يكون الصيد لغير الصائد إلّا إذا أمر الحلال^(٤) بالاصطياد، وعندنا: المحرّم إذا أمر الحلال بالاصطياد، لم يحلّ [له].



(١) أخرجه البخاري (٢٤٥٦)؛ ومسلم (١١٩٣) من حديث الصعب بن جثامة رضي الله عنه.

(٢) قال ابن جماعة: «وقال غير الحنفية: إنه يحرم على المحرّم أكل ما صاده له حلال، بأمره أو بغير أمره». هداية السالك إلى المذاهب الأربعة في المناسك، ٦٠٧/٢ (دار البشائر).

(٣) الحديث أورده أبو زرعة في تحفة التحصيل في ذكر رواة المراسيل بلفظ (صيد البر حلال ما لم تصيدوا...)، ثم نقل عن الترمذي «المطلب لا يعرف له سماع من جابر، وقال أبو زرعة: أرجو أن يكون سمع من عائشة. وقال أبو حاتم: لم يدرك عائشة، ويشبه أن يكون جابراً» ٣٠٧/١.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

بَاب قتل الصيد في الحرم



قال أصحابنا: لا يحل قتل صيود الحرم، إلا ما استثناه رسول الله ﷺ .

والأصل في ذلك: قوله ﷺ: «إن مكة حرام، حرّمها الله تعالى، لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما حلت لي ساعة من نهار، لا يختلي خلاؤها، ولا يُعضد شوكها»^(١)، ولا يُنفر صيدها»^(٢).

وقالوا: في الحلال إذا قتل صيد الحرم، وجب عليه الجزاء، وقال نفاة القياس: لا شيء عليه.

لنا: أنه صيدٌ مُنَع من إتلافه لحقّ الله تعالى، فوجب بقتله الجزاء كحال الإحرام؛ ولأنّ الله تعالى قال: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، يقال: أحرم الرجل إذا دخل الحرم، كما يقال: أنجد الرجل إذا دخل النجد، وهذه المسألة باتفاق السلف ومن بعدهم من الفقهاء، فلا يعتدّ بخلاف من خالف فيها.

١١١٢ - فَصْل: [كيفية الجزاء في صيد الحرم]

وأما كيفية الجزاء، فإن الإطعام يجزئ في صيد الحرم، ولا يجزئ الصوم،

(١) في ب (شجرها).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٠٢)، ومسلم (١٣٥٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .



وفي الهدى روايتان ، وقال زفر: يجرى فيه الصوم ، وبه قال الشافعي^(١).

لنا: أنه ضمانٌ وجب لمعنى في غير القاتل ، فلا يجرى فيه الصوم ، أصله: إذا قتل صيد الآدمي ؛ ولأنه نوع ضمان يتبع ، فلا يجرى فيه الصوم ، كإتلاف مال الآدمي .

وجه قول زفر: أن ضمان الصيد لحق الله تعالى ، كحال الإحرام .

فأمّا الهدى ، فقال في إحدى الروايتين: لا يجوز ؛ لأنّ هذا الضمان أجري مجرى ضمان الأموال ، فلا [يجزى]^(٢) فيه الهدى ؛ إلا أن تكون قيمته مذبوحةً مثل قيمة الصيد ، فيجرى عن الإطعام .

وقال في الرواية الأخرى: يجوز ؛ لأنه أخذ شبهةً من أصلين: من ضمان الأموال ؛ [لما بينا] ، ومن ضمان الإحرام ؛ لأنه يجب لحق الله تعالى ، فألحقناه بالأصلين ، فلم يجرى الصوم اعتباراً بالأموال ، فجوّزنا الهدى اعتباراً بحال الإحرام .

١١١٣ - فصل: [الجزاء في قتل المحرم صيد الحرم]

وإذا قتل المحرم صيداً في الحرم ، فعليه ما على المحرم ، وليس عليه للحرم^(٣) شيءٌ ، وهذا استحسانٌ .

والقياس: أن يلزمه كفارتان ؛ لأنّ كلّ واحدةٍ من الحرمتين لو انفردت ، أوجبت الكفارة ، فصار كالقارن .

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧١ ؛ المزني ص ٧٢ .

(٢) في أ (يجوز) والمثبت من ب .

(٣) في ب (لأجل الحرم) .

وجه الاستحسان: أنّ حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم، ألا ترى أن جميع البقاع في حقّ المُحرّم كالحرم؛ ولأنّ الإحرام يحرمّ الصيد وغيره، والحرم لا يحرم إلا الصيد، وما يمنع [منه] لأجله^(١) وهو الحشيش الذي يرعاه، (والشجر الذي ينبت بنفسه، لينتفع بورقه)^(٢)؛ ولأنّ حرمة الإحرام تستدعي حرمة الحرم؛ لأنّ المحرم لا بدّ له من دخوله، وحرمة الحرم لا تستدعي الإحرام، وإذا كانت حرمة الإحرام أقوى [من حرمة الحرم]، تبعثها حرمة الحرم.

وليس كذلك القرآن؛ لأنّ الحج والعمرة كلّ واحدٍ منهما يحرم ما يحرمه الآخر، فلم يتبعه؛ ولأنّ ضمان القتل يتعلّق بحرمة البقعة إذا لم يتعلّق بالقاتل، ألا ترى أنّ من قُتل في المِصر، فعُرف قاتله، لم يلزم أهل المحلّة شيءٌ، ولو لم يُعرف ضمنوا، فكذلك في مسألتنا: المُحرّم ممّن تعلّق [به] الضمان بفعله لمعنى فيه، فسقطت حرمة البقعة في حقّه، والحلال لا يتعلّق به حكم الضمان، فجاز أن يتعلّق به حرمة البقعة.

١١١٤ - فِصْلُ: [الاشتراك في قتل صَيْدِ الْحَرَمِ]

وإذا اشترك حلالان في قتل صيدٍ في الحرم، فعلى كلّ واحدٍ منهما نصف قيمته، وإن كانوا أكثر من ذلك، فالضمان^(٣) على عددهم؛ لما بيّنا: أنّ ضمان الصيد لحرمة الحرم، أُجري مجرى ضمان الأموال، وذلك يتبعُ.

فإن اشترك محرّمٌ وحلالٌ، فعلى المحرم جميعُ القيمة، وعلى الحلال

(١) في ب (إنما يحرم الصيد).

(٢) ما بين القوسين في ب (والشجر الذي يحتاجه).

(٣) في ب (قسم الضمان).



النصف؛ لأن المحرم لا يتبعض ضمانه، والحلال يتبعض، فصار المحرم [كالمحرم يشاركه المحرم، وصار الحلال] كالحلال يشاركه الحلال.

وكذلك المحرم إذا شارك عدداً [آخر] من المُحَلِّين، فاقسم الضمان على عددهم لو لم يكن فيهم مُحَرِّمٌ، وأسقط حصة المُحَرِّمِ، وأوجب عليهم ما بقي، واجعل على المُحَرِّمِ ضماناً كاملاً.

وكذلك إن كان القاتل مع الحلال من لا يجب عليه الجزاء: من كافرٍ، أو صبيٍّ، أوجبت على الحلال بقدر ما [يخصه]^(١) من القيمة إذا قُسمت على العدد؛ لأن الكافر والصبي لا يلزمهما حقوق الله تعالى، والضمان يتبعض، فصار في حق المسلم البالغ كمشاركة من يلزمه الضمان.

١١١٥ - فُصِّل: [صاد حلال في الحرم فقتله في يده حلالٌ آخر]

فإن صاد حلالٌ في الحرم صيداً، فقتله في [يده]^(٢) حلالٌ آخر، فعلى الذي كان في يده جزاءً كاملاً، وعلى القاتل جزاءً كاملاً، ويرجع الذي كان في يده على الذي قتله بما غرمه.

أمَّا القاتل؛ فلأنه أتلف صيداً في الحرم، وأمَّا الصائد؛ فلأن الضمان وجب عليه بصيده، وإنما يسقط عنه بالإرسال، وقد تعذر الإرسال، فصار كما لو^(٣) مات في يده.

وليس كذلك المغضوب إذا أتلفه متلفٌ في يد الغاصب؛ لأن المالك لا

(١) في أ (بحصته) والمثبت من ب.

(٢) في أ (بلده)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (كأنه).

يستحقّ عوضاً عن ملكه أكثر من بدلٍ واحدٍ، فكان له أن يطالب به أيهما شاء، وأمّا العوض في حقّ الله تعالى، فهو عبادةٌ، فيجوز أن يجب على كلّ واحدٍ من المكلفين. وأمّا الرجوع على القاتل، فهو ظاهرٌ على أصل أبي حنيفة؛ لأنه قرر عليه ضماناً كان يقدر على أن يتخلّص منه بالإرسال.

فأمّا على قولهما؛ فلأنّ صيد الحرم أُجري مجرى ضمان الأموال، فإذا ضمنه الصائد، رجع به على القاتل، كالغاصب.

وليس كذلك الضمان [في حقّ المحرم] لحرمة الإحرام؛ لأنّ المحرم لا يتملّك الصيد بالضمان، فلا يرجع بما غرم.

١١١٦ - فَصْل: [دِلَالَةُ الْحَلَالِ عَلَى صَيْدٍ فِي الْحَرَمِ]

وإذا دلّ حلالٌ حلالاً على صيدٍ في الحرم، أو دلّ محرماً، فلا شيء على الدال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف (١)، وقد أساء وأثم، وقال زفر: على الدالّ الجزاء، وكذلك على المُشير والامر، وقد روي عن أبي يوسف مثل قول زفر.

وجه قولهما: أنّ ضمان الصيد لحرمة الحرم أُجري مجرى [ضمان] الأموال؛ بدلالة أنه ممنوعٌ منه لمعنى في غير القاتل، والأموال لا تُضمن بالدلالة.

وجه قول زفر: أنه سببٌ لتحريم الاصطياد [١/٩٥] فيتعلّق بالدلالة الضمان، كالإحرام.

فأمّا الإساءة والإثم؛ فلأنّها دلالةٌ على مُحَرَّم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا

(١) في زيادة (ومحمد) وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴿ [المائدة: ٢] .

١١١٧ - فَضْلُ: [قَطْعُ شَجَرِ الْحَرَمِ مِمَّا لَا يَنْبَتُهُ النَّاسُ]

ومن قطع شجرةً من شجر الحرم ممّا لا ينبتة الناس ، أو احتشّ حشيشًا ، فعليه قيمة ذلك ، يتصدّق به إذا كان نباته بنفسه ، إلا الإذخر^(١) .

والأصل في تحريم شجر الحرم ونباته: قوله ﷺ: « لا يُخْتَلَى خِلاهَا ، وَلَا يُعْضَدُ شَوْكُهَا » ، والدليل على وجوب الجزاء فيها: أنه مُنْع من إتلافه لحرمة الحرم ، كالصيد ؛ ولأنّ عمر رضي الله عنه قطع شجرة في المسجد كانت تؤذي الطائف ، وافتدى ، وهذا بحضرة الصحابة^(٢) .

فأمّا الممنوع من إتلافه: فالنبات على وجهين: ما كان [ممّا] ينبتة الناس ، فلا ضمان في قطعه ؛ لأنّ الناس يزرعون في الحرم ويحصدون من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير .

وأما ما لا ينبتة الناس ، فهو على وجهين: إن أنبتة منبتًا ، فلا ضمان في قطعه لحرمة الحرم ؛ لأنّه ملكه بالإنبات ، فصار كما ينبتة الناس .

وما كان ممّا لا ينبتة الناس إذا نبت بنفسه ، فهو المحظور وفيه الجزاء .

وقد قالوا: فيمن نبت في أرضه أم غيلان^(٣) ، فقطعها قاطع: ضمن قيمتها

(١) الإذخر: «نبات كهيئة الكولان، دَفِر الرائحة» كما ذكر المطرزي في المغرب، وفي المصباح:

«والإذخر - بكسر الهمزة والخاء - نبات معروف ذكي الرّيح ، وإذا جف ابيضّ» (ذخر) .

(٢) ذكره ابن مازه في المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١١٩/١٠)

(٣) أم غَيْلان: شجر السَّمُر ، ويسمى أيضًا: الطَّلْح . انظر معجم الوسيط (غيل) .

لحرمة الحرم، وقيمة أخرى لصاحب الأرض؛ لأنها مما لا ينبتة الناس، وقد نبتت بنفسها، فوجب جزاؤها، وهي ملك لصاحب الأرض فوجب قيمتها.

وأما الإذخر، فقد استثناه رسول الله ﷺ لما قال: «لا يُختلى خلالها، ولا يُعصد شوكتها»، قال العباس رضي الله عنه: «إلا الإذخر، يا رسول الله! فإنه متاع أهل مكة لحيهم وميتهم [وقينهم]»^(١)، فقال ﷺ: «إلا الإذخر»^(٢).

وقد قيل في ذلك تأويلان: أحدهما: يجوز أن يكون النبي ﷺ أراد أن يستثني الإذخر لو لم يقل ذلك العباس، وإنما سبق العباس بالكلام، فتم رسول الله ﷺ كلامه.

وقيل: لا يمتنع أن يكون الله تعالى أمره أن يحرم حشيش الحرم؛ إلا أن يستثني العباس شيئاً، فيستثنيه.

١١١٨ - فَضْلٌ: [أَخْذُ كَمَاءِ الْحَرَمِ]

قال: ولا بأس بأخذ كمأة^(٣) الحرم، وما يجف من شجره^(٤).

أما الكمأة، فليست بنبات، وإنما هي مودعة في الأرض، وأما ما جف من الشجر؛ فلأنه خرج من حيز النماء، فلا يمنع منه.

(١) «وفي حديث العباس: (إلا الإذخر، فإنه لقيوننا).

«القيون: جمع قين، وهو الحداد والصائغ». النهاية في غريب الحديث (قين).

(٢) أخرجه البخاري (١١٢)؛ ومسلم (١٣٥٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) «الكمء: فطر من الفصيلة الكمئية، وهي أرضية تنتفخ حاملات أبواغها، فتجنى وتؤكل مطبوخة، ويختلف حجمها بحسب الأنواع» المعجم الوسيط (كم).

(٤) في ب (وما يموت من شجره).

١١١٩ - فصل: [أصل الشجرة في الحرّم وفروعها في الحلّ]

قال: وإذا كان أصل الشجرة في الحرّم، وفروعها في الحلّ، أو كان بعض أصلها في الحلّ، وبعضه في الحرّم، فهي من شجر الحرّم؛ وذلك لأنّ المعتبر بأصل الشجرة، وفروعها تابعة لها، فإن كان الأصل في الحلّ، فهي من شجر الحلّ وإن عرّشت في الحرّم، وإن كان أصلها في الحرّم، فهي من شجر الحرّم وإن عرّشت في الحلّ، وإن كان بعض أصلها في الحلّ، (وبعضها في الحرّم) ^(١)، فقد اجتمع فيها حكم الحظر والإباحة، فالحكم للحظر.

وقد قالوا في الشجرة التي أصلها في الحلّ، وفروعها في الحرّم: إن قطع أغصانها لم يضمن؛ لِمَا قَدَّمْنَا أَنَّهَا من شجر الحلّ، فإن رمى طائراً على أغصانها، ضمن؛ لأنّ المعتبر بمكان الصيد، لا بأصل الشجرة، والصيد في الحرّم.

ونظير هذا ما قالوا في الصيد إذا كانت قوائمه أو بعضها في الحرّم، ورأسه في الحلّ: فهو [من] صيد الحرّم؛ لأنه مستقرٌّ فيه، وإن كانت قوائمه في الحلّ ورأسه في الحرّم يرعى ^(٢)، فهو من صيد الحلّ؛ لأنه مستقرٌّ فيه، وهذا إذا كان قائماً.

فأمّا إذا نام، فجعل قوائمه في الحلّ، ورأسه في الحرّم، فهو من صيد الحرّم؛ لأنّه ليس بمستقرٌّ على قوائمه، فيعتبر موضعها، وإنّما هو بمنزلة شيء ملقى اجتمع فيه الحلّ والحرّم.



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

١١٢٠ - فَصْل: [رَعِي حَشِيشِ الْحَرَمِ]

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يُحْتَشَّ حَشِيشِ الْحَرَمِ، ولا يُرَعَى، وقال أبو يوسف: لا بأس بأن يُرَعَى.

لهما^(١): أن ما مُنِعَ من إتلافه، منع من إرسال البهيمة عليه، كالصيد.

لأبي يوسف^(٢): أن الهدايا تحمل إلى الحرم في سائر الأعصار، ومعلوم أنها لا تحفظ من الرعي [منه].

قال هشام: قلت لمحمد: «لا يُخْتَلَى خِلاَهَا» ما معناه^(٣)؟ قال: كل شيء يقتلعه^(٤)، ليس على ساقٍ، وهذا صحيحٌ، والمرجع في ذلك إلى [أهل] اللغة.

١١٢١ - فَصْل: [مَا يَجِبُ بِإِدْخَالِ صَيْدٍ مِنَ الْحِلِّ إِلَى الْحَرَمِ]

قال أصحابنا: إذا أدخل صيداً من الحِلِّ إلى الحرم، وجب إرساله، ولم يجز بيعه، فإن ذبحه فعليه الجزاء، وقال الشافعي: يجوز بيعه^(٥).

لنا: أن ما منع من ابتداء الاصطياد، منع من قتل الصيد بكل وجه، كالإحرام.

١١٢٢ - فَصْل: [إرسال كلبٍ من الحِلِّ على صيدٍ في الحِلِّ فيأخذه في الحرم]

وقد قالوا: إن من أرسل كلباً في الحِلِّ على صيدٍ في الحِلِّ، فاتّبعه الكلب،

(١) في ب (دليلنا).

(٢) في ب (وجه قول أبي يوسف).

(٣) ما معناه سقطت من ب.

(٤) في ب (كل شيء ينبت).

(٥) انظر: المجموع ٧/٤٤٣، ٤٤٤.



فأخذه في الحرم ، لم يكن على المُرسِل شيءٌ ، ولا يؤكل^(١) .

قال [الشيخ] رحمته الله : وجملة هذا: أن حرمة الحرم إذا لم تثبت للمرسل ، ولا للصيد ، ولا للرامي^(٢) ، ولا للصائد^(٣) ، فلا جزاء ؛ وذلك لأن الحرمة لم تتعلق بواحدٍ منهم ، وهذا المعنى موجودٌ في مسألتنا ، وإنما حرّموا الأكل ؛ لأنّ فعل الكلب [ذكاةً] ، وقد حصلت في الحرم ، ولو حصل ذلك بفعل آدميٍّ لم يجز الأكل ، ففعل الكلب [لا يكون أكثر من ذلك .

ولو رمى رجلٌ في الحل صيداً في الحلّ ، فنفر الصيد ، فوقع [به] السهم في الحرم ، كان عليه الجزاء ، قال : وهو قول أبي حنيفة فيما أعلم ، قال الحسن : ولا يؤكل .

وهذه المسألة مستثناةٌ من أصل أبي حنيفة ؛ لأنّ المعتبر عنده في الرمي بحال الرمي ، دون حال الإصابة في جميع المسائل ، إلا في هذه المسألة احتياطاً للصيد ؛ لأنّ ضمانه إذا اجتمع فيه الموجب والمسقط ، كان الحكم للموجب .

وقالوا: فيمن أرسل على ذئبٍ في الحرم ، أو نصب له شركاً ، فوقع فيه صيدٌ ، لم يكن عليه كفارةٌ ؛ لأنه غير متعدٍّ في السبب .

وقالوا: فيمن أخرج ظبياً من الحرم وغرم جزاءها ، ثم ولدت وماتت ومات أولادها ، لم يضمن ؛ لأنها ممّا تملك بالضمان في الحلّ ، فصار كالمضمون بحقّ الأدمي .

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٢/٢١٧ .

(٢) في ب (لرامي الصيد) .

(٣) (ولا للصائد) سقطت من ب .

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجلٍ أخرج صيداً من الحرم إلى الحلّ، فذبحه قبل أن يجزيه، أو بعد ذلك، فإنّي أكره هذا الصنع، وليس بحرامٍ [عليه]، وأحبُّ إليّ أن يتنزّه عن أكله، وإن باعه واستعان بثمنه في جزائه، كان ذلك له.

وكذلك أكره أن يتعمّد قطع شجر الحرم، فينتفع به، ولو قطعه غيره واشتراه من القاطع^(١)، لم أكره الانتفاع به؛ وذلك لأنّ إباحة هذا الفعل يؤدّي إلى استئصال [شجر الحرم]^(٢) وصيده، وذلك لا يجوز، فأما غير الآخذ، فلا يكره له؛ لأنه تناوله بعد انقطاع النماء عنه.

وقد قال أبو حنيفة: لا بأس بإخراج حجارة الحرم وترايه إلى الحلّ، وقد روي عن ابن عباس وابن عمر كراهة ذلك^(٣)، وإنما لم يمنع منه؛ لأن ما جاز إتلافه في الحرم، لم يمنع من إخراجه منه، كغير الحجارة، وما منع من [إتلافه منع من إخراجه]^(٤) كالصيد، ولم يجعل ما رويَ عنهما إجماعاً؛ لأنّ الناس يخرجون القدور من مكّة من لدن رسول الله ﷺ، ولم ينكر [ذلك أحد من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين]^{(٥)(٦)}.



(١) في ب (ولو انتفع به غيره، أو اشتراه من القاطع).

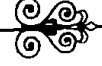
(٢) في أ (أصل الشجرة)، والمثبت من ب.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩٤/٣)، والبيهقي في الكبرى (٢٠١/٥).

(٤) في أ (من إخراجه يمنع من إتلافه) والمثبت من ب.

(٥) في أ (الصحابة ذلك) والمثبت من ب.

(٦) انظر: شرح مُختصر الطحاوي ٥٦٥/٢ وما بعدها؛ القدوري ص ١٥٧ وما بعدها.



بَابُ الرجل يحج عن غيره



قال [الشيخ] رحمته الله: العبادات على ضربين: مالية، وبدنية.

فالمالية: يجوز النيابة فيها، كأداء الصدقات؛ لأنَّ العبادة فيها إخراج المال، وذلك يستوي فيه المتصدّق وغيره.

وأما البدنية: فهي على وجهين: منها ما لا تعلق له بالمال، كالصلاة والصوم [والجهاد]، ولا يجوز النيابة فيه؛ لأنَّ العبادة تختصّ بالبدن، وذلك [ب/٩٥] لا يوجد في فعل غير المتعبّد.

فأمّا عبادات الأبدان التي لها تعلق بالمال كالحجّ، فلا يجوز النيابة فيها مع القدرة على فعلها ووجوبها؛ لأنَّ الفرض يتعلّق بالبدن، والمال شرطٌ [فيه]، فاعتبر حكم الفرض دون الشرط.

وأما العاجز عن الحج بنفسه، فيجوز أن يستنيب فيه؛ لأنَّ الفرض سقط عن بدنه وتعلّق بماله، فصار كالزكاة.

وأما الجهاد، فلا يجوز النيابة فيه بحال؛ لأنَّ كلّ مسلمٍ حضر الواقعة وجب عليه فرض الجهاد، فما يفعله يقع عن فرضه، ولا يقع عن غيره.

والأصل في جواز الحج عن الغير: ما روي في حديث الخثعمية أنها قالت للنبي صلّى الله عليه وآله: إن فريضة الله تعالى في الحج أدركت أبي وهو شيخٌ كبير لا يستطيع

الثبوت على راحلته ، أفأحج عنه ؟ قال : «حجى عن أبيك واعتمري»^(١) ، وظاهر رواية الأصل يقتضي أنّ النيابة في الحج جائزة .

وروي عن محمد أنّ [ه قال] : الحج يقع عن الحاج ، والمحجوج عنه يلحقه أجر النفقة .

وجه الرواية المشهورة : قوله ﷺ : «حجى عن أبيك» ؛ ولأنّ الحاج لا بدّ أن ينوي الحجّ^(٢) عن المحجوج عنه ، ولو كان الحج لا يقع عنه ، لم يحتج إلى [نيّته]^(٣) .

وجه قول محمد : أنّ الحاج يلزمه كفارة الإحرام دون المحجوج عنه ، فدلّ على أنّ الإحرام وقع عنه ؛ ولأنّه إذا فسد الحجّ ، وجب عليه القضاء ، ولو لم يكن محرماً عن نفسه لم يلزمه القضاء ؛ ولأنّها عبادةٌ بدنيّةٌ ، فلا تصحّ النيابة فيها ، كالجهاد والصوم .

١١٢٣ - فُصِّلَ : [الحالات التي تجوز فيها النيابة]

قال أبو الحسن : ومن قدّر على الحجّ ببدنه دون ماله ، أو بهما جميعاً ، لم يجز أن يحج عنه غيره .

أما القادر ببدنه : فهو الفقيرُ ، والحجّ عنه إنما يكون بالمال ، ولا مال له يتعلّق الفرض به .

(١) أخرجه البخاري (١٤٤٢) ؛ ومسلم (١٣٣٤) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في أ (نية) والمثبت من ب .

وأما الصحيح الواجد للمال ، فالفرض متعلقٌ ببدنه ، فلا يجوز أن ينوب عنه غيره فيه .

فأما العاجز عن الحج ببدنه ، فيجوز أن يحجَّ عنه غيره ؛ لحديث الخثعمية ، وهو على وجهين : إن كان العجز عن الحج عجزاً [مستمراً] لا يزول ، مثل الزمانة والعمى على قول أبي حنيفة ، فقد وقع الحج عنه غير مراعى ؛ لأنَّ المعنى المجوّز للنيابة لا يزول .

وأما إذا كان [المانع] ^(١) ممّا يُرجأ زواله ، كالمرض والحبس ، فالحجَّ مراعىً : إن دام العجز إلى الموت ، حكمنّا بوقوعه موقع الفرض ؛ لأنّه لم يقدر على غيره ، وإن زال العجز ، وجب عليه الحجُّ ؛ لأنَّ الفرض تعلق ببدنه ، والمفعول كان فرضاً في ماله ، فلا ينوب مناب عبادة البدن .

قال : فإنَّ أحجَّ الصحيح رجلاً عن نفسه ، ثم عجز ، لم يجزئه الحج ؛ لأنّه أداء لم يتعلّق به الجواز ^(٢) في حال الأداء ، فصار كمن تيمّم مع [وجود] الماء ، ثم عدم الماء .

١١٢٤ - فَصْلُ : [الْوَصِيَّةُ بِالْحَجِّ]

قال : ومن مات وعليه فرض الحج ، فأوصى أن يُحجَّ عنه ، حُجَّ عنه من بلده بقدر حجةٍ مثله ، وهو وصيةٌ من الثلث ، وإذا لم يوصِ لم يلزم الوارث أن يحجَّ عنه ، وهذا على أصلنا : أنَّ الحجَّ وسائر العبادات تسقط بالموت ، وقال

(١) في أ (المنع) والمثبت من ب .

(٢) في ب (لأنّه أدّى مالم يتعلّق به الجواز) .

الشافعي: لا تسقط (١).

لنا: أنّها عبادةٌ وجبت عليه في حال حياته ، فسقطت عنه بموته كالصلاة ؛
ولأنّ أداء العبادة عن الإنسان لا يجوز إلا بأمره كحال الحياة .

وإنّما قلنا: إنّهُ يجب عليه الوصية بها ؛ لأنّ الفرض عند العجز يتعلّق
بالمال ، فكان عليه أن يوصي به .

وإنّما كان من الثلث ؛ لأنّ ما وجب عليه إخراجه بالوصية ، كان من الثلث
كالصدقات .

وإنّما وجب عليه (٢) أن يحجّ عنه من بلده ؛ لأنّ الوصية تنصرف إلى ما
افترضه الله تعالى عليه ، وأصل الفرض كان [عليه] من بلده .

قال: فإن أحبّ الوارث أن يحجّ عنه [بنفسه] حجّ ، وأرجو أن يجزئه ذلك
إن شاء الله ﷻ ؛ وذلك لما روي: أن سعداً قال للنبي ﷺ: أمّي ماتت (٣) ، وإنها
كانت تحب الصدقة ، أفأتصدق عنها؟ فقال: «تصدق» (٤) ، فدلّ على أن فعل
الوارث في القرب يقوم مقام فعل المورث .

وروي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن أمي ماتت ولم تحج ، أفأحج
عنها؟ قال: «نعم» (٥) .

(١) انظر: مختصر المزني ص ٧١ ؛ رحمة الأمة ص ٨٢ .

(٢) في ب (وجب الحج من بلده) .

(٣) في ب (افتلتت) .

(٤) أخرجه النسائي (٣٦٥٠) ؛ وصححه ابن خزيمة (٢٥٠٠) ؛ وابن حبان (٣٣٥٤) .

(٥) أخرجه الترمذي (٩٢٩) من حديث بريدة السلمي رضي الله عنه ، وقال: «حديث صحيح» ، ولكن بلفظ:

«جاءت امرأة . . .» .

فأما قول أبي حنيفة: يجرئه عنه إن شاء الله وَعَلَيْكُمْ ، فيحتمل أنما قال ذلك ؛ لأن هذا الخبر من أخبار الآحاد ^(١) ، فلم يقطع حتى يعلم أن الفرض سقط ؛ فلذلك علّق الإجزاء بالمشيئة .

ولا يجوز أن يقال: فسائر الأحكام الثابتة بخبر الواحد ، لا يُستثنى فيها .
قلنا: إن الواجب علينا العمل ، وذلك لازمٌ بطريقٍ معلومٍ عند وجود الخبر ، فأما سقوط الفرض عن الميت ، فليس طريقه العمل ، وإنما طريقه العلم ، فلا يثبت بخبر الواحد .

١١٢٥ - فَصْلُ: [الحج عن الميت من بلده]

قال: ويحج عن الميت إذا أوصى بحجّةٍ من بلده الذي يسكنه ، وكذلك إن كان مقيماً في بلدٍ آخر ^(٢) أقرب إلى مكة أو أبعد ، فقد بيّنا: أن الوصية تنصرف إلى فرض الله تعالى ، وهو الحج من بلده .

وأما إذا خرج من بلده إلى بلدٍ أقرب إلى مكة ، فإن كان خرج لغير الحج ، حج من بلده في قولهم جميعاً ؛ لأن ذلك السفر لم يكن للقربة ، فلا يعتد به .

وأما إذا خرج للحج ، فمات في بعض الطريق ، وأوصى أن يحج عنه ، قال أبو حنيفة: يحج عنه من بلده ، وقالوا: من حيث بلغ .

لأبي حنيفة ^(٣): أن ذلك السفر لمّا لم يتصل بأداء الحج ، خرج من أن يكون

(١) في ب (فيحتمل أن يكون هذا الخبر من الأخبار الآحاد) .

(٢) في ب (وكذلك إن كان مسافراً إلى بلدٍ آخر) .

(٣) في ب (وجه قول أبي حنيفة) .

فرضاً ، فصار كسفر التجارة ؛ ولأن الوصية تنصرف إلى فرض الحج في الأصل ،
أصله : إذا مات في بلده .

لهما^(١) : أن ذلك السفر تعلق به حكم القرية ، فسقط فرضه ، ولم يبق إلا ما
بقي إلى مكة .

وقد [قالا]^(٢) : فيمن خرج إلى الحج ، فمات في سنته ، يُحج عنه من حيث
بلغ ؛ لأن ذلك السفر وقع للحج الذي قصده ، فإن أقام في بعض البلاد حتى
دارت السنة ، ثم مات وقد أوصى ، حُج عنه من بلده ؛ لأن ذلك السفر لم يصل
به إلى الحج الذي سافر لها ، فلم يعتدّ به .

١١٢٦ - فَصْل : [إِنْفَاذِ الْوَصِيَّةِ]

قال : فإن أوصى أن يُحج عنه من غير بلده ، حُج عنه كما أوصى ، قَرَّبَ من
مكة ، أو بَعُدَ ؛ لأنه إذا لم يوص بشيء ، لم يجب عليهم ، فإذا أوصى ، وجب
مقدار ما أوصى به .

١١٢٧ - فَصْل : [الْوَصِيَّةُ بِالْحَجِّ عَنْهُ بِمَبْلَغٍ مُسَمًّى]

وإذا أوصى أن يُحج عنه بمالٍ سَمَّى مَبْلَغَهُ [فمات] ، فإن كان ذلك يبلغ أن
يُحج [به] عنه من بلده ، حُج عنه من بلده ، وإلا حُج [عنه] من حيث يبلغ ؛
[وذلك لما بيّنّا أنّ الوصية تنصرف إلى الفرض في الأصل إذا أمكن [ذلك] ،

(١) في ب (وجه قولهما) .

(٢) في أ (قالوا) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب ، إذ مر عن قريب أن هذا ما ذهب إليه أبو يوسف

فإذا لم تبلغ [النفقة فالقياس: أن تبطل الوصية ؛ لأنه لا يمكن تنفيذها على ما قصده الموصي .

فاستحسنوا: أن يُحجَّ (١) من حيث يبلغ ؛ لأن الوصية بالحج لا يمكن أن تستغرق المقدار المسمى ، ألا ترى أنه لا بد أن يفضل مع الحاج ما يردّه ، (قليل أو كثير) (٢) ، وإذا لم يختص بالمبلغ المسمى ، جاز تنفيذها على كل وجه أمكن ، فكان أولى من إبطالها .

وليس كذلك إذا أوصى بعق نسمة ، فلم يبلغ الثلث ؛ وذلك لأن الوصية إذا تعلقت في [العق] (٣) بمبلغ أمكن أن يستغرق ، لم يجز تنفيذ الوصية بغير ما سمي .

١١٢٨ - فَصْل : [الوَصِيَّةُ بِالْحَجِّ بثلث ماله]

وإن قال: حجوا عني بثلث مالي ، وثلث ماله بلغ حججاً ، حج عنه حجج: إن شاء الوصي أحج عنه في سنة واحدة الحجج كلها ، وإن شاء في كل عام واحدة ، وتعجيل ذلك في سنة [واحدة] أفضل ؛ لأنه لما قال: حجوا [عني] بثلث مالي ، وهو يبلغ حججاً ، فكأنه قال: اصرفوا ثلث مالي في هذا النوع من القرية ، فيفعل ما قال . [١/٩٦]

والأفضل أن يفعل في سنة واحدة ؛ لأن تعجيل تنفيذ الوصية أولى من تأخيرها .

(١) في ب (واستحسنوا فقالوا: يحج...).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (العين) والمثبت من ب .

١١٢٩ - فَصْلُ: [لِلْمُوصِي بِالْحَجِّ وَطَنَانَ]

[قال]: وإذا كان للموصي وطنان ، فأوصى أن يُحجَّ عنه ، حُجَّ عنه من أقرب الوطنين إلى مكة ؛ لأننا تيقننا دخول الأقرب في الوصية ، ولم نتيقن دخول الأبعد ، فوجب تنفيذ ما تيقنناه .

وقال هشام عن أبي يوسف: في مكِّيِّ قدم الرِّيِّ^(١) ، فحضره الموت ، فأوصى بحجَّة^(٢) ، قال: يُحجَّ عنه من مكة ؛ وذلك لأن الوصية تنصرف إلى ما فرض الله تعالى [عليه] ، والفرض وجب عليه من وطنه .

قال: فإن أوصى أن يُقرن عنه ، قُرِنَ من حيث مات^(٣) ؛ لأن القرآن لا يصحَّ من مكة ، فوجب حمل الوصية على ما يصحَّ ، وهو القرآن من حيث مات .

وقال ابن رستم عن محمد: في خراسانيِّ مات بمكة ، فأوصى أن يُحجَّ عنه ، حُجَّ عنه من خراسان ؛ لما بيَّنا: أن وصيَّته تنصرف إلى ما فرض الله تعالى عليه في الأصل .

١١٣٠ - فَصْلُ: [الْوَصِيُّ أَحَجَّ عَنِ الْمُوصِيِّ مِنْ غَيْرِ بَلَدِهِ]

قال: فإذا وجب عليه أن يحجَّ عنه في المسائل التي قدَّمتنا ، فأحجَّ عنه الوصي من غير بلده ، فإن كان ذلك المكان على مقدارٍ من المصر يبلغ إليه ويرجع

(١) الرِّيِّ: هي مدينة مشهورة من أمهات البلاد ، قريبة من خراسان دنبا وند وطبرستان وقومس وجزجان ، أضحت اليوم جزءاً من الجنوب الشرقي لمدينة طهران في إيران ، فتحت الري في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، بقيادة نعيم بن مقرن . انظر: الروض المعطار ص ٢٧٨ .

(٢) في ب (فأوصى أن يحج عنه) .

(٣) في ب (من الري) .



إلى المصر قبل الليل حتى يأويه الليل في منزله ، جاز ذلك ، وشبهوه بصَرَصْر^(١) من بغداد ؛ وذلك لأن المسافة بين المصر وسواده ، لا يعتدّ بها ، فصار كمن مات في محلّةٍ ، فأحجّوا عنه من محلّةٍ أخرى .

١١٣١ - فَصْل : [ما فضل من المال بعد الحج]

وما فضل في يد الحاج عن الميت بعد النفقة في ذهابه ورجوعه ، فإنه يرده على الورثة ، ولا يسيغه أن يأخذ ما فضل من ذلك في يده ؛ [وذلك] لأن الاستئجار على الحجّ عندنا لا يجوز ، وإنما ينفق الحاجّ على حكم ملك الميت فيما يحتاج إليه للحجّ والرجوع ، فما بقي بعد ذلك فهو على حكم ملك الميت ، لم يؤذن [له] في إنفاقه ، فيرجع إلى الورثة .

والدليل على أن الاستئجار على الحجّ لا يجوز - خلاف ما قاله الشافعي - : أن الحج من شرطه أن يكون قربةً لفاعله ، فلا يجوز الإجارة عليه ، كالصوم والصلاة .

١١٣٢ - فَصْل : [حجّ من لم يحج عن نفسه عن الميت]

قال : وإن حجّ عن ميتٍ من لم يحجّ ، أجزأه ، ومن قد حجّ أفضل ، وقال الشافعي : لا يجوز للضرورة^(٢) أن يحجّ عن غيره .

(١) «صَرَصْر: قريتان من سواد بغداد، صرصر العليا، وصرصر السفلى، وهما على ضفة نهر عيسى، وربما قيل: نهر صرصر، فنسب النهر إليهما، وبين السفلى وبغداد نحو فرسخين». معجم البلدان (٤٠١/٣)

(٢) الصّرورة - بفتح فضم - : من صرّ، «هو الذي لم يحج، وكذا الذي ترك النكاح تبتلاً، وسمي الأول بذلك؛ لصرّه على نفقه؛ لأنه لم يخرجها في الحج». انظر: المغرب؛ المصباح (صرّ).

لنا: قوله ﷺ للخثعمية: «حجّي عن أبيك»، ولم يسألها عن الحج عن نفسها؛ ولأنّه ممّن يصحّ أن يحجّ عن نفسه، فجاز أن يحجّ عن غيره، كمن قد حجّ؛ ولأنّ كلّ عبادةٍ جاز للحرّ النيابة فيها، جاز للعبد النيابة، كأداء الزكاة^(١).

وإنّما قلنا: إنّ الأفضل أن يُحجّوا من قد حجّ؛ لأنّ الإنسان إذا حصل بمكة، أمر بأن يؤدي فرائض نفسه، وكُره أن يقدم على ذلك غيره، فإذا حجّ حجاً مكروهاً، كان^(٢) غيره أفضل^(٣).

وقد قال أصحابنا: [إنّ] مَنْ لم يحجّ حجة الإسلام، فحجّ نافلاً جاز، وقال الشافعي: يقع عن الفريضة^(٤).

لنا: أنّ الحج عبادةٌ يجوز تأخير فعلها عن أول وقتها، فجاز [نفلها] قبل فرضها، كالصلاة.

قال: وإن أحجّوا امرأة عن رجل، جاز، وقد أسأوا.

أمّا الجواز؛ فلقوله ﷺ للخثعمية: «حجّي عن أبيك»؛ ولأنّ ما جاز للرجال النيابة فيه، جاز للمرأة، وأمّا الكراهة؛ فلأنّ حجّها أنقص، ألا ترى أنّها لا ترمل في الطواف، ولا تسعى في بطن الوادي، ولا تحلق.

(١) هكذا العبارة في أ و ب، وكان فيها سقطاً، أو اختصاراً يوضحه ما في بدائع الصنائع (٢/٢١٣): «وسواء كان حراً أو عبداً بإذن المولى، لكنه يكره حجاج العبد، أما الجواز: فلأنه يعمل بالنيابة، وما تجوز فيه النيابة يستوي فيه الحر والعبد كالزكاة ونحوها».

(٢) في ب (غيره أفضل).

(٣) انظر: المهذب ٢/٦٧٢؛ رحمة الأمة ص ٨٣.

(٤) انظر: المهذب ٢/٦٧٧؛ رحمة الأمة ص ٨٣.

قال: وإن أحجّوا [عنه] عبداً أو أمةً بإذن المولى، جاز وقد أسأؤوا، وقد دللنا على جوازها، وأمّا الإساءة؛ فلأنّ العبد لا يصحّ أن يؤدي الفرض عن نفسه، فيكره له أن يؤديه عن غيره.

١١٣٣ - فَصْل: [الْوَصِيَّةُ بِالْحَجِّ عَنْهُ وَهِيَ مَالٌ]

[قال]: وإذا أوصى رجلٌ أن يُحجَّ عنه، وله مالٌ، فتطوّع رجلٌ بحجِّ عنه، لم يجزِ عنه حتى يحجَّ بماله، وكذلك لو تطوّع بالحج عنه وارثٌ، وكذلك الذي لا يقدر على الحجِّ لكِبَرٍ إذا حجَّ عنه [غيره] بغير أمره؛ وذلك لأنّ الفرض تعلق بماله، فإذا تطوّع بالحج عنه، فلم يؤد فرضه^(١)؛ ولأنّ على أصل محمد: أنّ الذي يلحق المحجوج عنه ثوابُ النفقة، فإذا لم ينفق ماله، لم يحصل المقصود بالوصية.

١١٣٤ - فَصْل: [عدم البلوغ بوصية الحج بالمال المسمى]

قال هشام عن محمد: في رجلٍ أوصى أن يُحجَّ عنه بمالٍ مُسمّى، فلم يبلغ ما أوصى به أن يُحجَّ به عنه إلا ماشياً، فقال رجل: إني أحجّ [عنه] من بلده ماشياً، قال محمد: لا يجزئه، ولكنه يُحجَّ عنه من حيث يبلغ ركباً، وقال الحسن على أثر حكاية أبي حنيفة: إن أحجّوا عنه من بلده ماشياً، جاز، وإن أحجّوا من حيث يبلغ ركباً جاز.

والكلام في هذه المسألة يقع في أنّ الموصي بالحج إذا اتسعت نفقته للراكب، فأحجوا عنه ماشياً، لم يجز؛ لأنّ الوصية تنصرف إلى [ما] فرض الله

(١) في ب (فلم يسقط فرضه).

تعالى عليه ، والفرض إنما وجب بوجود الزاد^(١) والراحلة ، فكأنه سمى ذلك ، وقال: أحجوا عني راكبًا ، فلا يجوز ماشيًا .

فإذا ثبت هذا قلنا: إذا أمكن الحج عنه راكبًا من بعض الطريق ، لم يحجوا عنه ماشيًا ؛ لأن الوصية لم تتعلق بذلك .

وجه رواية الحسن: أن الفرض متعلقٌ بحجِّ الراكب ، وبالحجِّ من بلده ، ولا يمكن تحصيل الأمرين ، وفي كل واحد منهما نقصٌ من وجهٍ ، وكمالٌ من وجهٍ ، فإن أحجوا [عنه] من بلده ، استوفوا المسافة ، وقصروا في الصفة ، وإن أحجوا من حيث يبلغ راكبًا^(٢) ، تركوا المسافة ، واستوفوا الصفة ، فكانوا بالخيار في ذلك .

١١٣٥ - فُصِّلَ: [الدماء المتعلقة بالإحرام عن الغير]

وإذا حجَّ الرجل عن غيره ، فما أصاب في إحرامه ممَّا يوجب الدم أو غير ذلك ، فهو على الحاجِّ ، ودم القران عليه إذا قرن عن الميت بأمره^(٣) .

وقد قالوا: إن جميع الدماء المتعلقة بالإحرام في مال الحاج ، إلا دم الإحصار خاصَّةً ، فإنه في مال المحجوج عنه .

أمَّا ما وجب بالجنايات ؛ فلأنه تعلق بفعله ، وما تعلق بجناية الإنسان فهو في ماله ؛ ولأنه أذن له في الحج ، ولم يأذن [له] في أسباب الكفارة ، فلم تلزمه .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) نقل هذه المسألة الكاساني في البدائع عن هذا الكتاب ، وقال: «كذا ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي دم الإحصار ، ولم يذكر الاختلاف» ١٢٩٦/٣ .

وأما دم القران ؛ فلائته وجب للجمع بين الإحرامين ، والجمع حصل بفعل الحاج ، فصار كدم الجناية الواجب بفعله .

وأما دم الإحصار ؛ فلائته يجب بالتخلص من مشقة السفر ، فهو كنفقة الرجوع .

١١٣٦ - فصل : [حصول الجماع من الحاج عن الغير]

فإن جامع الحاج عن غيره قبل الوقوف بعرفة ، فسد حجّه ، ويمضي فيه ، والنفقة في ماله ، ويضمن ما أنفق من مال المحجوج عنه قبل ذلك ، ويقضي الحاج من مال نفسه حجةً وعمرةً ؛ وذلك لأنه أمره بحج صحيح ، فإذا أفسده فقد خالف الأمر ، فصار متصرفاً لنفسه ، والحاج عن نفسه يضمن ما أنفقه من مال غيره ، ويجب عليه القضاء على ما بيّنا .

قال : فإن فاته الحج ، صنع كما يصنع الذي يفوته الحج ، ولا يضمن النفقة ؛ لأنه لم يوجد منه المخالفة ، والفوات بغير فعله ، فلا يلزمه الضمان . وعليه في نفسه الحج (١) من قابل ؛ لأنّ الحجة لزمته بالدخول ، فلما فاتت لزمه القضاء ، وهذا ظاهرٌ على قول محمد : أنّ الحجة تقع عن الحاج .

وقد قالوا : فيمن حج عن غيره ، فمرض في الطريق ، لم يجز أن يدفع النفقة إلى من يحج عن الميت ، إلا أن يكون أذن له في ذلك ؛ لأنهم أمروه بالحج ، ولم يأمره بالأمر ، فلم يجز تصرفه في غير ما أذن له فيه .

وقد قالوا : في الميت إذا لم تبلغ وصيته للحج من بلده ، حج عنه من حيث تبلغ ، فالحي إذا أمر أن يحج عنه بمبلغ ، ولم تبلغ النفقة من بلده ، لم يحج عنه

(١) في ب (القضاء) .

من حيث تبلغ؛ لأن الميت لا يمكن الرجوع إلى إذنه، فوجب تنفيذ وصيته على أي وجه أمكن، والحيّ يمكن الرجوع إلى أمره، ليستدرك حق نفسه، فلم يجز أن يُفعل عنه ما لم يأمر به. [ب/٩٦]

١١٣٧ - فصل: [الحاجّ عن الميت يقيم بمكة بعد الأداء]

وقالوا: إذا أحجّوا عن الميت رجلاً يؤدّي الحجّ ويقيم بمكة، جاز؛ لأنّ الفرض أداء المناسك، وقد حصل ذلك.

وقالوا: وإن أحجّوا من يحجّ من بلد الميت ويرجع إليه أفضل^(١)؛ لأنّ الميت إنما يحصل له ثواب النفقة، فإذا حصل في الذهاب والرجوع، فهو أولى^(٢).



(١) في ب (ويرجع كان أفضل).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٩٣/٢ وما بعدها.

بَاب

ما يكون به الحاج عن غيره مخالفاً وما لا يكون



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا أمر الرجل بأن يحج عن ميت، فقرن عنه، أو [أمر] أن يعتمر عنه عمرة مفردة، فقرن المأمور عن الميت، فهو ضامنٌ للمال الذي أخذ في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يجزئ ذلك عن الميت، نستحسن وندع القياس فيه، ولا يضمن، ودم القرآن على المُحْرِم.

وجه قول أبي حنيفة: أنه أمر بسفر يؤدي به الحج، فإذا أدى [به] حجةً وعمرةً، فقد جعل بعض السفر للحج [وبعضه للعمرة]، وهذا مخالفٌ للمأمور به، فضمن؛ ولأن ما لم يُؤمر به من أداء^(١) النسك، إذا فعله لم يجز أن يقع عن الميت بغير أمره، ولا أمر من له ولايةٌ عليه، فصار حاجاً عن الميت ومعتماً عن نفسه، ولو فعل ذلك، ضمن في الرواية المشهورة عنهم، وإن كان أبو يوسف يخالف في ذلك.

وجه قولهما: أنه فعل المأمور به وزاده خيراً، فصار كمن قال: اشتر لي هذا العبد بألف، فاشتراه بأقل، أو أمره أن يبيعه بألف، فباعه بأكثر.

وإنما كان الدم على الحاج؛ لأنه وجب بفعله، وهو الجمع بين الإحرامين.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

١١٣٨ - فَصْلُ: [المأمور بالحج عنه اعتمر ثم حج من مكة]

قال: ولو أمر أن يُحجَّ عنه، فاعتمر، ثم حج من مكة، ضمن النفقة في قولهم؛ لأنه أدَّى بالسفر غير المأمور به، وفعل الحج من غير سفر، فضمن النفقة.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا دفع إليه مالاً ليحج به عن ميت، فحج عنه، وأحرم عن نفسه بعمرة جمع بينهما، قال: فذلك جائز، واقسم النفقة على الحج والعمرة، فاطرح عن الحج ما أصاب العمرة، ويجوز ما أصاب الحج.

وهذا الذي قاله أبو يوسف خلاف المشهور من قولهم؛ لأنه إذا أدَّى بالسفر حجاً عن الميت، وعمرة عن نفسه، فلم يصرف السفر إلى الحج، فصار مخالفاً.

ولا يمكن أبا يوسف أن يقول: إنه فعل المأمور وزاده خيراً؛ لأن العمرة ليست عن الميت، إلا أنه يقول: حصل له الحج، وأسقط عنه بعض النفقة، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الغرض من الحج عن الغير ما يحصل من ثواب النفقة، فإذا أسقط عنه بعض النفقة، لم يحصل له الغرض من ثوابها.

قال: ولو أمره أن يعتمر، فاعتمر، ثم حج عن نفسه، لم يكن مخالفاً؛ لأنه أدَّى بالسفر العمرة على ما أمره، وإنما فعل بعد ذلك الحج، فالتشاغل به كالتشاغل بالتجارة، إلا أن النفقة في مقدار مقامه للحج في ماله؛ لأنه أقام لمنفعة نفسه.

١١٣٩ - فَصْلُ: [أداء الحج عن الميت ثم أضاف عمرة لنفسه]

قال ابن سماعة في الرقيات عن محمد: إذا حج عن الميت، وطاف لحجته

وسعى، ثم أضاف إليها عمرةً عن نفسه، لم يكن مخالفاً؛ [وذلك] لأنّ هذه العمرة يجب رفضها، فصار وجودها وعدمها سواءً.

قال: ولو كان جمع بينهما، ثم لم يطف حتى وقف بعرفة، فرفض العمرة، لم ينفعه ذلك بشيءٍ، وهو مع ذلك مخالفٌ؛ وذلك لأنّه لما أحرم بهما معاً، صار مخالفاً على المشهور من الرواية، فوَقعت الحجّة عن نفسه، فلا يتغيّر بعد ذلك وإن رفض [العمرة].

١١٤٠ - فَصْل: [المأمور حجّ لأميرين معاً]

قال: وإن أمره رجلٌ أن يحجّ عنه حجّةً، وأمره آخر أن يحجّ عنه حجّةً، فحجّ عنهما جميعاً^(١)، فإنّه مخالفٌ، ويضمن الدراهم كلّها^(٢)؛ [وذلك] لأنّ الحجّة الواحدة لا يجوز أن تقع عن الأمرين، وليس أحدهما أن يقع عنه بأولى من الآخر، فلم يقع عن واحدٍ منهما، فكانت عن الحاجّ.

١١٤١ - فَصْل: [المأمور حج لأحدهما واعتمر لآخر بالجمع]

قال: ولو أمره أحدهما بحجّةٍ، وأمره الآخر بعمرةٍ، ولم يأمره بالجمع، فجمع، جاز، وكان هدي المتعة على الحاجّ في ماله، وهذا الذي قاله لا يجوز على قول أبي حنيفة، إلا أن يأمره بالجمع؛ لأنّ الأمر وقع بسفرٍ ينصرفُ جميعه إلى الحجّ، فإذا أدّى به حجّةً وعمرةً، لم يصح^(٣).

(١) في ب (فأحرم بحجة عنهما جميعاً).

(٢) في ب (ويضمن لهما جميعاً).

(٣) في ب (لم يجزئه).

وإنما يصح هذا على ما روي عن أبي يوسف: أن من حج عن الميت، واعتمر عن نفسه، جاز؛ لأنه حصل له المقصود وأسقط عنه بعض النفقة.

١١٤٢ - فَصْل: [المأمور أحرم بحجة لأحدهما لا بعينه]

قال: ولو أمره كل واحدٍ منهما بحجّةٍ، فأحرم بحجّةٍ عن أحدهما، لا ينوي بعينه، فله أن يعيّنه^(١) عن أيهما شاء في قول أبي حنيفة ومحمد استحساناً، وقال أبو يوسف: يقع ذلك عن نفسه، ويضمن النفقة.

وجه قولهما: أنه يملك في الابتداء^(٢) الإحرام عن أحدهما، فإذا أحرم عن أحدهما بغير عينه، ثم عيّنه، جاز، كما لو أحرم عن أحد أبويه، ثم عيّنه، يبيّن ذلك: أنه لما ملك أن يُحرم عن نفسه بحجّةٍ معيّنةٍ أو عمرّةٍ [معيّنةٍ] ابتداءً، فإذا أحرم بشيءٍ غير معيّن جاز أن يعيّن في الثاني ما كان يملك أن يُعيّنه ابتداءً، فكذا هذا.

وليس كذلك إذا أحرم بحجّةٍ عنهما؛ لأنّ الحجّة لو صحّت عنهما، صار لكل واحدٍ منهما بعضها، فلا يجوز أن يحجّ عن غيره بعض حجّةٍ، فلم يقع الفعل [موقع الأمر]، فوقع عن نفسه.

وجه قول أبي يوسف: أنه أمر بإحرامٍ معيّنٍ، فإذا أحرم بغير معيّنٍ لم يصحّ عن الأمر، كما لو أحرم عنهما، وليس هذا كإحرامه عن أحد أبويه؛ لأنّ هناك لو أحرم عنهما جاز، فكذا عن أحدهما.

(١) في ب (أن يجعلها).

(٢) في (يملك الابتداء بالإحرام).



والذي قاله أبو يوسف: يبطل بمن أمر بالحجّ، فأحرم بشيء غير معيّن، ثم جعله حجاً.

١١٤٣. فُصِّل: [المأمور لم يعين عن أحدهما حتى طاف]

قال محمد: فإن لم يجعله عن أحدهما حتى طاف شوطاً، ثم أراد أن يجعل الحجّ عن أحدهما، لم يجز عن واحدٍ منهما؛ لأنّ الإحرام يجوز أن ينعقد بمجهولٍ ثم يتعيّن قبل الفعل، فكذلك ينعقد عن مجهولٍ ثم يتعيّن، فأما أن تبقى الجهالة حتى يؤدي بها الأفعال، فلا، ألا ترى أنّ من أحرم بشيء غير معيّن، ثم طاف قبل التعيين يعيّن بالفعل عمرةً، فلما لم يتعيّن في مسألتنا حتى طاف، وجب أن يتعيّن المجهول بطوافه، ولا يمكن أن يتعيّن عن أحدهما لتساويهما، فتعيّن عنه.

١١٤٤. فُصِّل: [الإهلال بالحجة عن أبويه]

قال: وإذا أهلّ بحجّةٍ عن أبويه، فله أن يجعلها عن أيهما شاء؛ وذلك لأنّ المقصود بالحج عن الأبوين الله تعالى والثواب، وهو ﷺ معلومٌ، فلم تؤثر الجهالة. وليس كذلك الحجّ عن الأمّرين؛ لأنّ المقصود الآدميّ، والجهالة يجوز أن تؤثر في حقّه.

١١٤٥. فُصِّل: [المأمور حجّ ماشياً مع دفعه له مالا للحج]

قال ابن رستم عن محمد: في رجلٍ دفع إلى رجلٍ دراهم ليحجّ بها عن ميت، فحجّ بها ماشياً، قال: يضمن، ويحجّ عن الميت راكباً؛ وهذا لما قدّمنا:

أن الذي يحصل للميت ثواب النفقة ، وذلك يوجد في الركوب ، فأما الماشي فلا تكمل نفقته ، فلا يحصل للميت المقصود ؛ لأن الله تعالى أوجب الحج راكباً ، ولم يُوجبه ماشياً ، والأداء يقع بحسب الإيجاب .

وقد روي عن محمد: أنه قال فيمن حجّ على حمارٍ عن الميت: كرهت [له] ذلك ، والجمل أفضل ؛ لأن النفقة [1/97] في ركوب الجمل أكثر منها في ركوب الحمار ، والمقصود ما يتحصّل من ثواب النفقة ، فما كان أوفر ، كان أولى^(١) .

[قال]: وإذا حجّ عن ميتٍ ، ففضّل حجّه ، ثم نوى المقام بمكة خمسة عشر يوماً ، أنفق من مال نفسه في مقامه [هذا] ، فإذا رجع بعد ذلك ، أنفق من مال الميت .

قال ابن رستم عن محمد: وكذلك إذا نوى أن يقيم سنةً ، أو سنتين .

والأصل في هذا: أن الإقامة بعد الحجّ إذا كانت إقامةً معتادةً ، فالنفقة في مال الميت ، وإن زادت على العادة ، فهي إقامةٌ لا غرض فيها للميت ، فلا يلزمه النفقة فيها ، كمقامه للتجارة .

وقد قالوا: إنه يُنفق من مال الميت إذا أقام بعد الحجّ ثلاثة أيامٍ ؛ وذلك لأنّ في زمانهم كان الخروج مُتيسّراً من مكة في أيّ حالٍ شاء ، فجوّزوا له أن يقيم قدر ما أذن النبي ﷺ للمهاجرين فيه أن يُقيموا بمكة .

فأما الآن ، فلا يمكن الحاجّ عن غيره أن يخرج من مكة إلا مع جملة الناس ، فإذا أقام منتظراً لخروجهم ، كانت النفقة في مال الميت وإن طال ذلك ، ألا ترى

(١) في ب (كان أفضل) .

أنهم قالوا في الخراساني إذا حجّ عن غيره، فدخل بغداد، فأقام بها مقدار ما يقيم الناس: فالنفقة من مال الميت، وإن أقام أكثر من ذلك، فالنفقة في ماله^(١)، ومعلوم أن من أقام الآن أكثر من المعتاد انتظاراً لخروج الناس، فالنفقة في مال الميت؛ لأنه لا يقدر أن يسبقهم بالخروج.

وإنما قالوا إذا عاد إلى عزم الخروج^(٢)، عادت النفقة في مال الميت؛ لأن الرجوع ترك لما كان اشتغل به مما يختصّ بنفقته^(٣)، فصار كالرجوع ابتداءً.

وهذا إذا لم يكن اتخذ مكة داراً، فأما إذا اتخذها داراً، ثم عاد، لم تعد النفقة إلى مال الميت؛ لأن ذلك السفر انقطع حين جعل مكة وطناً [له]، وما لم يتخذها وطناً فلم ينقطع حكم سفره.

١١٤٦ - فصل: [النفقة في إتيان المأمور بمكة قبل الحج بمدة]

[قال]: وإذا تعجّل الإحرام عن غيره، فدخل محرماً في شهر رمضان، أو في ذي القعدة، قال هشام عن محمد: ينفق من مال نفسه إلى عشر الأضحى، ولا يكون مخالفاً، وقال ابن رستم عنه: ينفق من ماله إلى ما قبل الحج بعشرة أيام [أو بثلاثة أيام]، أو قبل ذلك بيوم أو يومين^(٤) على قدر ما يدخل الناس؛ وذلك لأنّ المقام بمكة قبل [الوقت]^(٥) الذي يدخل فيه الناس، لا يحتاج إليه لأداء النسك

(١) في ب (فهو في ماله).

(٢) في ب (إذا عزم على الرجوع).

(٣) في ب (يختص بنفسه).

(٤) في ب (إلى ما قبل الحج بثلاثة أيام، أو قبل ذلك بيومين). وأضيف ما بين المعقوفين من ب بحسب ما تقتضيه العبارة الآتية بعد أربعة أسطر.

(٥) في أ (الوقوف) والمثبت من ب.

في الغالب ، فلم يكن مأذوناً فيه ، كالإقامة بعد الفراغ من الحجّة أكثر من المعتاد .
وإنما قال محمد: عشرة أيام ، وقال: ثلاثة أيام ، على حسب اختلاف العادة
في دخول الناس مكة ؛ لأنّ الأمر ينصرف إلى الدخول المعتاد ، وإنما لم يكن
مخالفاً بتقديم الإحرام ؛ لأنّه أمره بالحجّ ، ولم يعيّن له وقتاً ، فكلّ وقت جاز
الإحرام فيه ، فقد دخل تحت الأمر .

١١٤٧ . فُصِّلَ : [المأمور أنفق من ماله ومال الميت في الحج]

قال : وإذا دفع إليه مالاً ليحجّ [به] عن ميتٍ ، فلم يبلغ مال الميت النفقة ،
فأنفق المدفوع إليه من ماله ومال الميت ، فإن كان مال الميت يبلغ الكراء وعمامة
النفقة ، فهو جائز ، وإلّا فهو ضامنٌ ، ويردّ المال ، ويحجّ عن الميت من حيث
يبلغ ؛ وذلك لأنّ مال الميت إذا كان الأكثر ، فالأقلّ تبعٌ لا يعتدّ به ، ألا ترى أنّ
الحاج عن غيره [قد] يشرب الماء في الطريق من مال نفسه ، وقد يتزوّد بعض
زاده من منزله ، وقد يستصحب بعض ثيابه ، ولا يعتدّ بذلك ، ولو منع هذا الحجّ
عن الغير ، لم يصحّ حجٌّ عن ميتٍ أبداً .

أمّا إذا كان مال الميت الأقل ، فالحكم يتعلّق بالأكثر ، والأقلّ تبعٌ ، فلم
يصر مؤدّياً للحجّ بمال الميت ، فلم يجز [عنه . والله أعلم] .



[٣٣] بَابُ

الْهَدْيِ



قال الشيخ [أبو الحسن] رحمه الله تعالى: كل ما ذكرنا في هذا الكتاب أن عليه فيه دمًا: فهو شاةٌ، أو شِرْكٌ في بقرةٍ أو بَدَنَةٍ، يكون فيها سبع سبعة؛ [وذلك] لأنَّ الدماء: عبارةٌ عن الغنم، والإبل، والبقرة، والتميتن منها الأقل؛ ولأنَّ النبي ﷺ قال في الهدي^(١): «أدناه شاةٌ»^(٢)، فأما سبع البدنة، فهو كالشاة؛ (لأنَّ النبي ﷺ اشترك بين الصحابة في البدن عام الحديبية، فذبحوا البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة)^(٣).

قال: ولا تجوز الشركة في الدم حتى يكون كلهم يريدون القربة في الذبح، وإن اختلفت وجوه القرب في ذلك، وقال زفر: لا تصح الشركة حتى تتفق وجوه القرب.

لنا^(٤): أن المقصود [بالذبح]^(٥) الله تعالى، وهو معلومٌ، ف[صار] اختلاف الجهة واتفاقها سواءً.

(١) الهَدْي: «ما يتقرب به الأدنى إلى الأعلى، وهو اسم ما يتخذ فداءً من الأنعام بتقديمه إلى الله تعالى، وتوجيهه إلى البيت العتيق». التوقيف (هدي).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية: «غريبٌ، ولم أجده إلا من قول عطاء» (٣/١٦٠).

(٣) أخرجه مسلم (١٣١٨) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٤) في ب (وجه قولهم).

(٥) في أ (بالجمع)، والمثبت من ب.

لزفر^(١): أن خروج الروح لا يتبعّض ، فإذا اختلفت الجهات ، صار كلّ واحدٍ [منهم] كأنه ذبح ينوي الجهة الأخرى ، فلا يجزئهم .

أمّا إذا كان أحدهم يريد اللحم ، لم يجزئهم عندنا ، وقال الشافعي : يجوز^(٢) .

لنا : أن خروج الروح لا يتبعّض ، فإذا خرج بعض البدنة^(٣) [من] أن يكون قربةً ، بطلت القربة في باقيها ، ألا ترى أن وقوع الذبح عن اللحم لا قربة فيه ؛ ولهذا قال ﷺ لأبي بردة لما لم يجز ذبحه عن الأضحية : «تلك شاة لحم»^(٤) ؛ ولأن خروج الروح إذا اجتمع فيه الأعلى والأدنى في حقّ آدميين ، بطل الأعلى ، كالمسلم والمجوسيّ إذا اشتركا في الذبح .

١١٤٨ - فَصْل : [الهدى في الإبل والبقر والغنم]

قال : والهدى من الإبل والبقر والغنم ؛ لما روي أنه ﷺ سُئِلَ عن الهدى ، فقال : «أدناه شاة» ، وقال في المبكر إلى الجمعة : «كالمهدي بدنة» ، ثم : «كالمهدي بقرة» ، ثم : «كالمهدي شاة»^(٥) ، فدلّ على أن الهدى اسمٌ للجميع .

فأمّا البُدْنُ ، فمن الإبل والبقر خاصّة ؛ لأنّ البدن مشتقةٌ من البدانة ، وهي العِظْمُ ، ولا يكون ذلك في الغنم ، والاسم في الحقيقة يختصّ بالإبل ، وإنما

(١) في ب (وجه قول زفر) .

(٢) انظر : الإيضاح (مع الحاشية) ص ١٦٨ .

(٣) في ب (بعض الروح) .

(٤) أخرجه البخاري (٩١٢) ؛ ومسلم (١٩٦١) .

(٥) أخرجه البخاري (٨٤١) ؛ ومسلم (٠٨٥٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

أجري البقر مجراها؛ لأن النبي ﷺ سوى بينهما في الحكم، وجوز كل واحد منهما عن سبعة.

١١٤٩ - فَصْل: [حالة وجوب البدنة في الحج]

قال: ولا يجب في الحج بدنة إلا على من جامع بعد الوقوف بعرفة قبل طواف الزيارة، أو من طاف طواف الزيارة جنباً، ثم رجع إلى أهله ولم يعد. وقد روي ذلك عن ابن عباس^(١)، وبيننا حكمه فيما مضى.

وإنما لم يدخلوا في هذا وجوب البدنة في قاتل النعامة؛ لأن الواجب عندنا القيمة، فلم تتعين البدنة بالوجوب.

١١٥٠ - فَصْل: [سنّ الهدي]

قال: ولا يجوز في جميع ذلك إلا الثني^(٢) فصاعداً من الإبل والبقر والغنم، إلا أن يكون جذعاً^(٣) من الضأن عظيمًا؛ لحديث جابر: أن النبي ﷺ قال: «ضحوا بالثنايا، إلا أن يعسر عليكم، فاذبحوا الجذع من الضأن»^(٤)، وروي في حديث

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٨٥٨)؛ وابن أبي شيبة في المصنف (١٦٤/٣)؛ والبيهقي في الكبرى (١٦٨/٥).

(٢) «الثني من الإبل: الذي أثنى عليه، أي: ألقى ثنيته: وهو ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السنة السادسة، ومن الظلف: ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة، ومن الحافر: ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة، وهو كلها بعد الجذع وقبل الرباعي، والجمع: ثنيان وثناء». المغرب (ثني).

(٣) والجذع: من البقر والشاة في السنة الثانية، ومن المعز لسنة، ومن الضأن لثمانية أشهر، ومن الضأن إذا كان ابن شابين أجذع لسنة أشهر إلى سبعة، وإذا كان ابن هرمين أجذع لثمانية إلى عشرة، ومن الإبل في السنة الخامسة، والجمع: جذعان، وجذاع. انظر: المغرب (جذع).

(٤) أخرجه أحمد (٢٧١١٧)؛ والطبراني في الكبير (٣٩٧) ورجاله ثقات. انظر مجمع الزوائد (١٩/٤).

أبي بردة: أنه ذبح قبل الصلاة، فقال له ﷺ: «أعد أضحيتك»، فقال: عندي جذع من معزٍ خيرٌ من شاتي لحم، فقال: «يجزئ عنك، ولا يجزئ عن أحدٍ بعدك»^(١).

١١٥١. فَصْل: [شروط صحة الهدى]

قال: ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد في قتل الصيد العناق والجدى، وقد بيّنا [ذلك].

قال: ولا يجوز في الهدى إلا ما جاز في الأضاحي مما يكون سليماً من العيوب التي تمنع جواز الأضحية من العور والعرج، مما يشترط في الأضحية من السلامة؛ وذلك لأنه ذبح واجب، كالأضحية، وقال ﷺ في الأضحية: «استشرفوا العين والأذن»^(٢)، ونهى أن يضحوا بالعوراء البيّن عورها، والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك، والعجفاء^(٣) التي لا تُنقي^(٤).

١١٥٢. فَصْل: [موضع ذبح الهدى]

قال: ولا يجوز ذبح شيءٍ من ذلك إلا في الحرم؛ لأن الهدى عبارة عمّا يُهدى إلى مكانٍ، ومكان الهدايا الحرم، دلّ عليه قوله تعالى: ﴿تُرْمَىٰ مِثْلَهَا إِلَىٰ الْبَيْتِ

(١) البخاري (٥٢٣٦)؛ ومسلم (١٩٦١).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٠٤)؛ والترمذي (١٤٩٨) وقال «حسنٌ صحيحٌ»؛ والنسائي (٤٣٧٢)؛ وابن ماجه (٣١٤٣)، من حديث عليّ رضي الله عنه.

(٣) العجفاء: هي المهزولة من الغنم وغيرها. النهاية في غريب الحديث (عجف).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي (١٤٩٧)، والنسائي (٤٣٦٩)، وابن ماجه (٣١٤٤)، من حديث البراء رضي الله عنه، وقال الترمذي: «حسنٌ صحيحٌ».

أَلْعَتِيقُ ﴿ [الحج: ٣٣] ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مِنَى كُلُّهَا مَنْحَرٌ ، وَفِجَاجُ مَكَّةَ كُلُّهَا مَنْحَرٌ» (١)(٢) .

تم كتاب المناسك والله الحمد على كل حال

والصلاة على محمد وآله خير آل (٣)

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٢) انظر شرح مختصر الطحاوي ٥٨١/٢ - ٥٨٤ ؛ القدوري ص ١٦٢ وما بعدها .

(٣) في ب (تم كتاب الحج بعون الله تعالى ، وحسبنا الله ونعم الوكيل) .

فهرس الموضوعات

- ٥..... باب الحث على الجماعة
- ٨..... باب مَنْ أَحَقُّ بالإمامة
- باب مقام الإمام والمأموم وكيف يصفون
- ٩..... باب الذكر في الصلاة
- ١٥..... باب ما يغير فرض المصلي في الصلاة
- ١٧..... باب لزوم الفرض بخروج الوقت
- ٢٩..... ٦٢٤ - فصل: الوجوب متعلق بآخر جزء من الوقت
- ٣١..... باب قضاء الصلاة الفائتة
- ٣٢..... ٦٢٥ - فصل: الترتيب في قضاء الفوائت
- ٣٣..... ٦٢٦ - فصل: تحديد القليل المؤدي إلى سقوط الترتيب
- ٣٣..... ٦٢٧ - فصل: سقوط الترتيب بالنسيان
- ٣٤..... ٦٢٨ - فصل: سقوط الترتيب بآخر الوقت
- ٣٥..... ٦٢٩ - فصل: تحديد الفائتة لإعادة الترتيب
- ٣٦..... ٦٣٠ - فصل: ما يوجب إعادة الفائتة
- ٣٨..... باب فساد صلاة المأموم بفساد صلاة الإمام
- ٣٩..... ٦٣١ - فصل: تأثير بطلان صلاة الإمام على صلاة المأموم
- ٤١..... باب اختلاف فرض الإمام والمأموم ومن تصح معه صلاة المأموم أو لا تصح
- ٤٥..... ٦٣٢ - مسألة: إمامة المقيم المتوضئين
- ٤٧..... باب الرجل يشك فيما فاته من الصلاة
- ٤٩..... ٦٣٣ - فصل: نسيان الصلاة من يوم لا يدري أي صلاة هي
- ٥٢..... ١٥ - باب سجدة التلاوة
- ٥٤..... ٦٣٤ - فصل: ممن تجب عليه سجدة التلاوة
- ٦٠..... ٦٣٥ - فصل: سماع المؤتم السجدة من إمامه أو غيره
- ٦١..... ٦٣٦ - فصل: سماع المصلي من الأجنبي آية سجدة



- باب تكبير التشريق ٦٦
- ١٦ - كتاب الجنائز ٧١
- باب غسل الميت ٧٢
- باب تكفين الميت ٨٢
- باب حمل الجنائز ٩٠
- باب الصلاة على الجنائز ٩٥
- باب التكبير على الجنائز وما يقال فيها ١٠١
- باب أين يقوم الإمام من الميت ، وكيف توضع الجنائز ١٠٦
- باب ما يفسد الصلاة على الجنائز ١١٢
- باب من أولى بالصلاة على الميت ١١٧
- باب الدفن ١٢١
- باب معرفة الشهيد الذي لا يغسل ١٢٦
- ١٧ - كتاب الزكاة ١٣١
- ٦٣٧ - فصل: كيفية وجوب الزكاة ١٣٢
- ٦٣٨ - فصل: الحول في الزكاة ١٣٣
- ١٨ - باب زكاة الذهب والفضة ١٣٤
- ٦٣٩ - فصل: الزكاة فيما زاد على المائتين ١٣٦
- ٦٤٠ - فصل: تعلق التملك في زكاة الأثمان ١٣٧
- ٦٤١ - فصل: زكاة الحُلِيِّ ١٣٧
- ٦٤٢ - فصل: تكملة النصاب بضم أحد الصنفين إلى الآخر ١٣٩
- ٦٤٣ - فصل: كيفية ضم بعض النصاب إلى البعض الآخر ١٣٩
- ١٩ - باب زكاة أموال التجارة ١٤١
- ٦٤٤ - فصل: إخراج زكاة العروض ١٤٢
- ٦٤٥ - فصل: الزكاة فيما سوى الأثمان ١٤٢
- ٦٤٦ - فصل: نصاب عروض التجارة ١٤٣
- ٦٤٧ - فصل: إخراج العين أو القيمة ١٤٤

- ١٤٤ فصل - ٦٤٨
- ١٤٥ فصل: الزكاة في آلات الصناعات ونحوها ٦٤٩
- ١٤٦ فصل: منع الزكاة لسبب الدين ٦٥٠
- ١٤٧ فصل: الدين الذي يسقط الزكاة ٦٥١
- ١٤٧ فصل: الزكاة تمنع الزكاة ٦٥٢
- ١٤٩ فصل: هلاك المال كله في الحول ٦٥٣
- ١٤٩ فصل: ضمّ النقدين إلى العروض ٦٥٤
- ١٥٠ فصل: انقلاب الأموال في الحول ٦٥٥
- ١٥٠ فصل: أثر تغيير النية في العروض ٦٥٦
- ١٥١ فصل: تقويم العروض بحولان الحول ٦٥٧
- ١٥٣ باب تصرف الرجل في ماله بعد الحول ٦٥٨
- ١٥٣ فصل: إخراج المالك ملكه بعد تمام الحول ٦٥٩
- ١٥٤ فصل ٦٦٠
- ١٥٤ فصل: الإخراج بعوض مع المحاباة ٦٦٠
- ١٥٥ فصل ٦٦١
- ١٥٦ باب زكاة الفائدة ٦٦٢
- ١٥٧ فصل: البديل والمبديل في الزكاة ٦٦٣
- ١٥٧ فصل: نقصان النصاب أثناء الحول ٦٦٤
- ١٥٨ فصل: الزكاة في الحمل ٦٦٤
- ١٥٩ ٢٠ - باب زكاة السائمة من الإبل ٦٦٥
- ١٦٣ ٢١ - باب صدقة البقر ٦٦٥
- ١٦٥ فصل: زكاة البقر العوامل ٦٦٥
- ١٦٧ ٢٢ - باب صدقة الغنم ٦٦٦
- ١٦٨ فصل: صفة الشاة الواجبة ٦٦٦
- ١٦٩ فصل: زكاة السائمة إذا اشترت للتجارة ٦٦٧
- ١٦٩ فصل: الزكاة في جمع النوعين من النصاب ٦٦٨

- ١٧٠ فصل: الزكاة في الحادث بين النوعين
- ١٧١ باب معرفة السائمة
- ١٧٢ باب صدقة الفصلان والحملان والعجاجيل
- ١٧٣ ٦٧٠ - فصل: الاختلاف في زكاة الفصلان
- ١٧٤ ٦٧١ - فصل: اجتماع الصغار مع المسنات
- ١٧٦ باب صدقة الشركاء
- ١٧٨ ٦٧٢ - فصل: وجوب الزكاة لكمال الملك
- ١٧٩ ٢٣ - باب صدقة الخيل
- ١٨٠ ٦٧٣ - فصل: الخيار في قدر إخراج زكاة الخيل
- ١٨١ باب من يوضع الصدقة فيه
- ١٨٣ ٦٧٤ - فصل: العاملون في الزكاة
- ١٨٣ ٦٧٥ - فصل: زكاة المؤلفة قلوبهم
- ١٨٤ ٦٧٦ - فصل: الرقاب في الزكاة
- ١٨٤ ٦٧٧ - فصل
- ١٨٥ ٦٧٨ - فصل: المراد في سبيل الله
- ١٨٦ ٦٧٩ - فصل: ابن السبيل في دفع الزكاة
- ١٨٧ ٦٨٠ - فصل: دفع الزكاة إلى الوالد والولد
- ١٨٧ ٦٨١ - فصل: دفع الزوجين الزكاة للآخر
- ١٨٨ ٦٨٢ - فصل: دفع الزكاة لعبيده
- ١٨٨ ٦٨٣ - فصل: الزكاة في وجوه البر مما لا يقبض
- ١٨٩ ٦٨٤ - فصل: القبض في الزكاة
- ١٨٩ ٦٨٥ - فصل: دفع الزكاة لغني
- ١٩١ ٦٨٦ - فصل: دفع الزكاة للكفار
- ١٩١ ٦٨٧ - فصل: دفع الزكاة باجتهاد لفقير ثم بان أنه غني
- ١٩٣ ٦٨٨ - فصل: إعطاء الزكاة لفقراء بني هاشم
- ١٩٥ ٦٨٩ - فصل: إخراج القيمة في الزكاة

- ٦٩٠ - فصل: إخراج زكاة المكيل والموزون ١٩٦
- ٦٩١ - فصل: دفع قدر الكيل والوزن من الجنس الرديء ١٩٧
- ٦٩٢ - فصل: زكاة الآنية المختلفة بين الوزن والقيمة ١٩٩
- باب زكاة الدين ٢٠١
- ٦٩٣ - فصل: زكاة المال المستفاد في الحول ٢٠٣
- باب المال يتوى ثم يقدر عليه ، هل فيه الزكاة أم لا ؟ ٢٠٥
- ٦٩٤ - فصل: زكاة الدين المجحود ٢٠٦
- ٦٩٥ - فصل: في الدين على معسرٍ مقرَّب به ٢٠٧
- ٦٩٦ - فصل: زكاة المال المدفون المنسي ٢٠٧
- ٦٩٧ - فصل: الدين على معسر مفلس ٢٠٨
- باب هلاك مال الزكاة بعد وجوبها ، أو هلاك بعضه ٢٠٩
- ٦٩٨ - فصل: امتناع دفع الزكاة للساعي حتى هلك ٢٠٩
- ٦٩٩ - فصل: الوجوب في حال اجتماع النصاب والعتو ٢١٠
- ٧٠٠ - فصل: الزكاة في هالك من المال بعد حَوْلان الحول ٢١١
- ٧٠١ - فصل: ترتب النصاب على النصاب من غير عفو ٢١٢
- ٧٠٢ - فصل: الهلاك من المالين المختلطين ٢١٣
- ٧٠٣ - فصل ٢١٣
- باب المال يكون للصبى والمجنون ٢١٤
- ٧٠٤ - فصل: الجنون والإغماء المؤثر في العبادات ٢١٦
- ٧٠٥ - فصل: زكاة المرتد ٢١٦
- ٧٠٦ - فصل: سقوط الزكاة بالموت ٢١٧
- باب تعجيل الزكاة ٢١٨
- ٧٠٧ - فصل: تعجيل زكاة سنتين أو أكثر ٢١٨
- ٧٠٨ - فصل: شرط أجزاء تعجيل الزكاة ٢١٩
- ٧٠٩ - فصل: اعتبار المعجل في تمام النصاب ٢٢٠
- ٧١٠ - فصل: الضمان فيما إذا استسلف الإمام وهلك ٢٢٠



- ٧١١ - فصل: تأثير إيسار الفقير قبل تمام الحول ٢٢١
- ٧١٢ - فصل: الرجوع إلى الزكاة المعجلة إذا هلك المال ٢٢١
- ٧١٣ - فصل: تعجيل العشر في الأراضي الزراعية ٢٢٢
- ٧١٤ - فصل: تعجيل عشر ثمر النخل قبل أن يطلع ٢٢٢
- باب ما يُمرّ به على العاشر ٢٢٤
- ٧١٥ - فصل: أخذ العشر من المسلم والذمي والحربي ٢٢٦
- ٧١٦ - فصل: ادعاء المسلم أو الذمي دفع العشر ٢٢٧
- ٧١٧ - فصل: معاملة أهل الحرب بالمثل في التعشير ٢٢٩
- ٧١٨ - فصل: العشر في الفواكه والخضراوات ٢٢٩
- باب العشر ٢٣١
- ٧١٩ - فصل: العشر فيما يُتغى بزراعته النماء ٢٣٢
- ٧٢٠ - فصل: العشر فيما لا يقصد بالزراعة ٢٣٢
- ٧٢١ - فصل: زكاة الخُضَر ٢٣٣
- ٧٢٢ - فصل: العُشر فيما سقت السماء ٢٣٦
- ٧٢٣ - فصل: ما يؤخذ من التغلبي في أرض العشر ٢٣٨
- ٧٢٤ - فصل: تعلق الخراج بالأرض ٢٣٨
- ٧٢٥ - فصل: العشر في أرض التغلبي ٢٣٩
- ٧٢٦ - فصل: بيع المسلم من ذمي أرضاً عشرية ٢٣٩
- ٧٢٧ - فصل: اعتبار القيمة فيما لا يدخل في الكيل ٢٣٩
- ٧٢٨ - فصل: اختلاف القدر باختلاف السقي ٢٤٠
- ٧٢٩ - فصل: المعتبر الأغلب في الاشتراك للسقي ٢٤١
- ٧٣٠ - فصل: العشر في أرض الخراج ٢٤١
- ٧٣١ - فصل: اجتماع حقين في مال واحد ٢٤٢
- ٧٣٢ - فصل: العشر في الأرض المؤجرة ٢٤٣
- ٧٣٣ - فصل: العشر في الأرض المعارة ٢٤٣
- ٧٣٤ - فصل: العشر في الأرض المغصوبة ٢٤٤

- ٢٤٥ باب ما يُضَمُّ بعضه إلى بعض في إيجاب العشر
- ٢٤٦ ٧٣٥ - فصل: ضم الخارج في الأراضي المختلفة
- ٢٤٧ ٧٣٦ - فصل: العشر في الأرض المشتركة
- ٢٤٨ باب ما يُحتسب لصاحب الأرض وما لا يُحتسب
- ٢٤٨ ٧٣٧ - فصل: العشر فيما تلف من الغلّة
- ٢٤٩ ٧٣٨ - فصل: عشر المأكول والمطعم من الثمار
- ٢٥١ باب معرفة أرض العشر
- ٢٥٢ ٧٣٩ - فصل: ما أحياه المسلمون من الأراضي
- ٢٥٤ ٢٤ - باب زكاة العسل
- ٢٥٥ ٧٤٠ - فصل: العسل ضربان
- ٢٥٥ ٧٤١ - فصل: نصاب زكاة العسل
- ٢٥٦ ٧٤٢ - فصل: العشر في العسل الذي يوجد في الجبال
- ٢٥٧ ٢٥ - باب المعدن والركاز
- ٢٥٨ ٧٤٣ - فصل: الخمس من غير الذهب والفضة
- ٢٥٩ ٧٤٤ - فصل: خراج النفط والقار
- ٢٥٩ ٧٤٥ - فصل: الزكاة في الأحجار الكريمة ونحوها
- ٢٦٠ ٧٤٦ - فصل: الخمس في الزئبق
- ٢٦٠ ٧٤٧ - فصل: ما يعتبر لقطه من المدفون
- ٢٦١ ٧٤٨ - فصل: المسلم والذمي إذا وجدا من المعدن
- ٢٦٣ ٧٤٩ - فصل: الخمس فيما يستخرج من البحر
- ٢٦٤ ٧٥٠ - فصل: الخمس في الركاز بالدار
- ٢٦٥ ٧٥١ - فصل: وجود المعدن في الدار
- ٢٦٦ ٢٦ - باب صدقة الفطر
- ٢٦٧ ٧٥٢ - فصل: اعتبار الإسلام والحرية في الفطر
- ٢٦٧ ٧٥٣ - فصل: اعتبار الغنى في صدقة الفطر
- ٢٦٨ ٧٥٤ - فصل: فطرة الصغير والمجنون

- ٢٦٩ ٧٥٥ - فصل: صدقة فطر العبيد وأمهات الأولاد
- ٢٧٠ ٧٥٦ - فصل: أداء الفطرة عن المماليك الكفار
- ٢٧٠ ٧٥٧ - فصل: أداء صدقة الفطر عن الأولاد
- ٢٧٢ ٧٥٨ - فصل: صدقة فطر المكاتب
- ٢٧٢ ٧٥٩ - فصل: صدقة فطر المعتق بعضه
- ٢٧٣ ٧٦٠ - فصل: القدر الواجب في زكاة الفطر
- ٢٧٤ ٧٦١ - فصل: إخراج الفطر من التمر والشعير والزبيب
- ٢٧٤ ٧٦٢ - فصل: إخراج الأخط للفقير
- ٢٧٦ ٧٦٣ - فصل: إخراج القيمة في زكاة الفطر
- ٢٧٦ ٧٦٤ - فصل: دفع ما يجب على جماعة لواحد وبالعكس
- ٢٧٦ ٧٦٥ - فصل: تقدير الصاع الشرعي
- ٢٧٧ ٧٦٦ - فصل: تقدير الصاع بالكيل والوزن
- ٢٧٨ ٧٦٧ - فصل: فطرة العبد بين شريكين
- ٢٧٩ ٧٦٨ - فصل: وقت وجوب الفطرة
- ٢٨٠ ٧٦٩ - فصل: دفع زكاة الفطر لفقراء أهل الذمة
- ٢٨١ ٧٧٠ - فصل: دفع زكاة الفطر قبل الصلاة
- ٢٨١ ٧٧١ - فصل: لزوم صدقة الزوجة على الزوج
- ٢٨٢ ٧٧٢ - فصل: إخراج الجد فطرة ابن ابنه
- ٢٨٢ ٧٧٣ - فصل: إخراج الفطر عن العبيد
- ٢٨٤ ٧٧٤ - فصل: سقوط الفطرة بالتأخير
- ٢٨٤ ٧٧٥ - فصل: تعلق صدقة الفطر بالذمة
- ٢٨٤ ٧٧٦ - فصل: الفطرة على كافر من ولده ورقيقه
- ٢٨٥ ٧٧٧ - فصل: قصر صدقة الفطر بالآدمي
- ٢٨٥ ٧٧٨ - فصل: بعث الساعي على صدقة الفطر
- ٢٨٥ ٧٧٩ - فصل: تلازم الفطرة بصوم رمضان
- ٢٨٥ ٧٨٠ - فصل: تعجيل صدقة الفطر قبل يوم العيد

- ٧٨١ - فصل: وجوب الفطر على المالك المعين ٢٨٦
- ٧٨٢ - فصل: فطرة واحدة عن الشخص الواحد ٢٨٦
- ٧٨٣ - فصل: مكان إخراج الفطرة ٢٨٧
- ٢٧ - كِتَابُ الصِّيَامِ ٢٨٩
- باب وقت الصِّيَامِ ٢٩١
- باب الدخول في الصوم ٢٩٥
- ٧٨٤ - فصل: صيام رمضان بنية واحدة ٢٩٥
- ٧٨٥ - فصل: محل النية في صوم رمضان ٢٩٦
- ٧٨٦ - فصل: كيفية النية ٢٩٦
- ٧٨٧ - فصل: صوم رمضان في السفر إذا نوى فيه واجباً آخر ٢٩٧
- ٧٨٨ - فصل: نية المسافر التطوع في رمضان ٢٩٨
- ٧٨٩ - فصل: وقت نية المسافر للفرض ٢٩٩
- ٧٩٠ - فصل: وقت النية في صيام التطوع ٢٩٩
- ٧٩١ - فصل: وقوع نية التطوع بعد الزوال ٣٠٠
- ٧٩٢ - فصل: الاشتراك بنية التطوع والقضاء معاً ٣٠٠
- ٧٩٣ - فصل: تداخل النية بين القضاء والتطوع ٣٠١
- ٧٩٤ - فصل: ما لا يصح صومه إلا بنية من الليل ٣٠٢
- ٧٩٥ - فصل: نية الصائم الفطر فقط ٣٠٢
- ٧٩٦ - فصل: الصوم بنية رمضان ظناً أنه ليس فيه ٣٠٣
- باب ما يفسد الصوم ٣٠٤
- ٧٩٧ - فصل: ما يفطر الصائم ٣٠٥
- ٧٩٨ - فصل: ما يصل إلى الجوف من جراح ٣٠٦
- ٧٩٩ - فصل: تأخير الخارج من الجوف إلى الفم ٣٠٦
- ٨٠٠ - فصل: إذا عاد القيء في الصوم ٣٠٧
- ٨٠١ - فصل: ما يصل إلى الجوف ما ليس بمقصود بالأكل ولا يمكن الاحتراز منه ٣١٢
- ٨٠٢ - فصل: تأثير ما يصل إلى الدماغ في الصوم ٣١٤

- ٣١٦ فصل : عدم التعرض للإفطار ٨٠٣
- ٣١٦ فصل : صوم من وقع في حلقه قطرات ماء ٨٠٤
- ٣١٨ باب العذر الذي يجوز معه الفطر ٨٠٥
- ٣١٨ فصل : الصوم في السفر ٨٠٥
- ٣١٩ فصل : الأفضل في السفر ٨٠٦
- ٣٢٠ فصل : السفر بعد دخول رمضان ٨٠٧
- ٣٢١ فصل : القضاء على الفور أم على التراخي ؟ ٨٠٨
- ٣٢١ فصل : تأخير قضاء رمضان إلى رمضان آخر ٨٠٩
- ٣٢٢ فصل : قضاء الحامل والمرضع للصيام ٨١٠
- ٣٢٢ فصل : الفدية على الحامل والمرضع ٨١١
- ٣٢٣ فصل : الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصوم ٨١٢
- ٣٢٤ فصل : الفدية عن صيام رمضان ٨١٣
- ٣٢٤ فصل : المرض الذي يبيح الفطر ٨١٤
- ٣٢٦ فصل : تقدير إطعام المسكين ٨١٥
- ٣٢٦ فصل : القضاء فيما إذا صحَّ المريض أياماً ثم مات ٨١٦
- ٣٢٨ فصل : القضاء لمن جُنَّ رمضان كله ٨١٧
- ٣٢٨ فصل : إفاقة المجنون في بعض الشهر ٨١٨
- ٣٣٠ فصل : بلوغ الصبي وإسلام الكافر في بعض الشهر ٨١٩
- ٣٣١ فصل : بلوغ الصبي قبل الزوال ٨٢٠
- ٣٣١ فصل : حصول الإغماء في ليلة رمضان ثم الإفاقة قبل الزوال ٨٢١
- ٣٣٣ باب الصيام المتتابع وغير المتتابع ٨٢٢
- ٣٣٤ فصل : التتابع في صيام كفارة اليمين ٨٢٢
- ٣٣٥ فصل : التجاور في قضاء رمضان وصوم النذر ٨٢٣
- ٣٣٥ فصل : الإفطار لعذر في الصيام المتتابع ٨٢٤
- ٣٣٧ باب ما يُكره للصائم أن يفعله وما لا يُكره ٨٢٥
- ٣٣٧ فصل : تعرض الصائم للمفطرات ٨٢٥

- ٣٣٩ ٨٢٦ - فصل: الفطر لمن سافر بعد الإمساك
- ٣٣٩ ٨٢٧ - فصل: دخول مصر ينوي فيه الإقامة
- ٣٤٠ ٨٢٨ - فصل: قُبلة الصائم أو مباشرته
- ٣٤٢ ٨٢٩ - فصل: الاغتسال وصبّ الماء على رأس الصائم
- ٣٤٣ ٨٣٠ - فصل: أثر الحجامة في الصيام
- ٣٤٤ ٨٣١ - فصل: صيام يوم ظناً أنه عليه ثم علم أنه ليس عليه
- ٣٤٥ ٨٣٢ - فصل: قضاء رمضان في العشر
- ٣٤٦ ٨٣٣ - فصل: تعجيل الفطر بعد غروب الشمس
- ٣٤٧ باب من يؤمر بالإمساك في رمضان وهو مفطر
- ٣٤٩ باب الأوقات التي يكره فيها الصوم
- ٣٥٠ ٨٣٤ - فصل: نذر صوم الأيام التي يكره فيها الصوم
- ٣٥١ ٨٣٥ - فصل: القضاء فيما إذا دخل في صوم الأيام المنهي عنها وأفسده
- ٣٥٢ ٨٣٦ - فصل: صوم المتعة في أيام التشريق
- ٣٥٢ ٨٣٧ - فصل: صوم يوم الشكّ بنية رمضان
- ٣٥٤ ٨٣٨ - فصل: صوم الوصال والصمت
- ٣٥٦ ٨٣٩ - فصل: صوم يوم الجمعة والدهر
- ٣٥٨ باب وجوب الكفارة في إفساد الصوم
- ٣٥٩ ٨٤٠ - فصل: الكفارة على الترتيب أم على التخخير
- ٣٦٠ ٨٤١ - فصل: الكفارة بطريق التوقيف
- ٣٦٠ ٨٤٢ - فصل: عدد أيام الصيام في الكفارة
- ٣٦١ ٨٤٣ - فصل: القضاء والكفارة بالوقاع
- ٣٦١ ٨٤٤ - فصل: الكفارة في الجماع بالموضع المكروه
- ٣٦٢ ٨٤٥ - فصل: الكفارة بوطء البهيمة
- ٣٦٢ ٨٤٦ - فصل: الكفارة في الأكل والشرب
- ٣٦٢ ٨٤٧ - فصل: الكفارة بأكل ما لا يُتغذى به ولا يُتداوى
- ٣٦٥ ٨٤٨ - فصل: صوم من أصبح جنباً

- ٣٦٦ ٨٤٩ - فصل: تأثير وقوع الوطء مع طلوع الفجر
- ٣٦٧ ٨٥٠ - فصل: طلوع الفجر وهو مخالط
- ٣٦٨ ٨٥١ - فصل: العذر والشبهة المؤثران في الصوم
- ٣٦٩ ٨٥٢ - فصل: صوم المسافر ثم فطره متعمداً
- ٣٧٠ ٨٥٣ - فصل: ظنُّ الصائم أن فعله مُفطر ثم تعمد الإفطار
- ٣٧٢ ٨٥٤ - فصل: الكفارة فيمن أصبح لم ينو الصوم فأكل
- ٣٧٢ ٨٥٥ - فصل: كفارة الموطوءة مكرهة
- ٣٧٣ ٨٥٦ - فصل: تداخل الكفارات
- ٣٧٤ ٨٥٧ - فصل: أجزاء الكفارة السابقة عما بعدها
- ٣٧٥ ٨٥٨ - فصل: الكفارة فيما إذا جامع في رمضانين
- ٣٧٦ باب الشهادة على رؤية الهلال
- ٣٧٧ ٨٥٩ - فصل: الصوم بشهادة الواحد العدل
- ٣٧٩ ٨٦٠ - فصل: ثبوت هلال شوال
- ٣٨١ ٨٦١ - فصل: الاعتبار في رؤية الهلال
- ٣٨٢ ٨٦٢ - فصل: القضاء بعدد أيام الفطر
- ٣٨٤ ٨٦٣ - فصل: عدم قبول شهادة رؤية هلال رمضان
- ٣٨٥ باب ما يوجب الرجل على نفسه
- ٣٨٦ ٨٦٤ - فصل: وجوب النفل بالدخول
- ٣٨٧ ٨٦٥ - فصل: عدد الأيام في صيام النذر
- ٣٨٨ ٨٦٦ - فصل: إيجاب ما له أصل في الواجبات
- ٣٨٩ ٨٦٧ - فصل: قضاء صوم النذر
- ٣٩٠ ٨٦٨ - فصل: عدم وقوع الإيجاب صحيحاً
- ٣٩١ ٨٦٩ - فصل: أثر إذن الزوج في صوم الزوجة تطوعاً
- ٣٩٢ ٨٧٠ - فصل: صيام العبد بغير إذن المولى
- ٣٩٢ ٨٧١ - فصل: في الذي يجوز له الصوم والذي لا يجوز له بغير إذن
- ٣٩٤ ٢٨ - باب الاعتكاف

- ٣٩٥ ٨٧٢ - فصل: الاعتكاف في جميع المساجد
- ٣٩٦ ٨٧٣ - فصل: الاعتكاف ضربان
- ٣٩٧ ٨٧٤ - فصل: اعتكاف المرأة في مسجد بيتها
- ٣٩٧ ٨٧٥ - فصل: خروج المعتكف من معتكفه
- ٣٩٩ ٨٧٦ - فصل: بقاء المعتكف في مسجد الجامع غير مسجد اعتكافه
- ٣٩٩ ٨٧٧ - فصل: انهدام مسجد الاعتكاف
- ٤٠٠ ٨٧٨ - فصل: خروج المعتكف لغير حاجة
- ٤٠١ ٨٧٩ - فصل: التوسع في اعتكاف التطوع
- ٤٠١ ٨٨٠ - فصل: ما يُحرّم الاعتكاف على المعتكف
- ٤٠٢ ٨٨١ - فصل: الذاكر والناسي في الخروج من المعتكف
- ٤٠٢ ٨٨٢ - فصل: في إثبات الزوجة المُعتكفة
- ٤٠٣ ٨٨٣ - فصل: الاعتكاف في ليل أو نهار
- ٤٠٤ باب ما يوجب الرجل على نفسه من الاعتكاف
- ٤٠٤ ٨٨٤ - فصل: إيجاب الاعتكاف بلسانه
- ٤٠٥ ٨٨٥ - فصل: الليل والنهار مترادفان في العدد
- ٤٠٦ ٨٨٦ - فصل: وقت الدخول في الاعتكاف
- ٤٠٧ ٨٨٧ - فصل: التتابع في الاعتكاف
- ٤٠٧ ٨٨٨ - فصل: نية النهار دون الليل في الاعتكاف
- ٤٠٨ ٨٨٩ - فصل: المعتكف إذا قال: شهراً، إلا أنه نوى الليل فقط
- ٤١١ ٢٩ - كِتَابُ الْمَنَاسِكِ
- ٤١١ باب في فرض الحج
- ٤١٢ ٨٩٠ - فصل: فرضية الحج في العمر
- ٤١٢ ٨٩١ - فصل: فضل الحج والعمرة
- ٤١٤ باب من يلزمه فرض الحج
- ٤١٥ ٨٩٢ - فصل: شرائط وجوب الحج
- ٤١٦ ٨٩٣ - فصل: وجود الراحلة والزاد فاضلاً عن حاجياته

- ٤١٧ ٨٩٤ - فصل: شرط أمن الطريق في الحج
- ٤١٨ ٨٩٥ - فصل: كيفية وجوب الحج
- ٤١٩ ٨٩٦ - فصل: مالك لدرهم تبلغه الحج فقط
- ٤٢٠ ٨٩٧ - فصل: حَجٌّ من لم يجب عليه
- ٤٢١ ٨٩٨ - فصل: وجود المَحْرَم للمرأة
- ٤٢٢ ٨٩٩ - فصل: مَنْعُ الزوجة من الحِجَّة النافلة
- ٤٢٢ ٩٠٠ - فصل: صفة المَحْرَم
- ٤٢٤ ٩٠١ - فصل: المعذور عن أداء الحج
- ٤٢٤ ٩٠٢ - فصل: فقير حُجَّ عنه فدام به الفقر إلى الموت
- ٤٢٥ ٩٠٣ - فصل: النيابة في حج النفل
- ٤٢٦ ٩٠٤ - فصل: حج المرأة المعتدة
- ٤٢٧ باب وقت الحج والعمرة
- ٤٢٩ ٩٠٥ - فصل: تقديم الإحرام بالحج على الأشهر
- ٤٣٠ ٩٠٦ - فصل: التلبية قبل أشهر الحج
- ٤٣١ ٩٠٧ - فصل: وقت أداء العمرة
- ٤٣٢ ٩٠٨ - فصل: حكم العمرة
- ٤٣٤ ٣٠ - باب المواقيت
- ٤٣٦ ٩٠٩ - فصل: ميقاتُ مَنْ حَجَّ في البحر
- ٤٣٧ ٩١٠ - فصل: عدم مجاوزة الميقات إلا محرماً
- ٤٣٧ ٩١١ - فصل: ميقات أهل الميقات وَمَنْ دونها
- ٤٣٨ ٩١٢ - فصل: ميقاتُ أهل مكة في الحج
- ٤٣٩ باب التَّلْبِيَةِ
- ٤٤٠ ٩١٣ - فصل: التطيب والادّهان للإحرام
- ٤٤١ ٩١٤ - فصل: تقديم ركعتين على الإهلال
- ٤٤٢ ٩١٥ - فصل: التلبية دُبْر الصلاة
- ٤٤٣ ٩١٦ - فصل: صفة التلبية وأحكامها

- ٤٤٤ فصل: ما يقع به الدخول في الإحرام ٩١٧
- ٤٤٥ فصل: الزيادة على التلبية المأثورة ٩١٨
- ٤٤٦ فصل ٩١٩
- ٤٤٦ فصل: تعيين النية بالتلبية ٩٢٠
- ٤٤٧ فصل: الخيار لمن لم يعين النية ٩٢١
- ٤٤٧ فصل: النية المطلقة ممن عليه الفريضة ٩٢٢
- ٤٤٨ فصل: سَوْقُ الْهَدْيِ وتقليده لمُرِيدِي الإحرام بالحج ٩٢٣
- ٤٤٩ فصل: الإحرام بالتجليل والإشعار ٩٢٤
- ٤٤٩ فصل: تقليد الهدى وبعثه ثم إقامة المقلد في أهله ٩٢٥
- ٤٥١ فصل: الأمور المنهية للمحرم ٩٢٦
- ٤٥٢ فصل: أماكن تكثير التلبية ٩٢٧
- ٤٥٣ فصل: رفع الصوت بالتلبية ٩٢٨
- ٤٥٤ فصل: ما ينهى عنه المحرم في اللباس ٩٢٩
- ٤٥٥ باب ما يفعل المحرم بعد إحرامه ٩٣٠
- ٤٥٦ فصل: كيفية ابتداء الطواف ٩٣١
- ٤٥٨ فصل: في هيئة الطواف ٩٣١
- ٤٦١ فصل: الطواف من وراء الحطيم ٩٣٢
- ٤٦٣ فصل: صلاة ركعتي الطواف ٩٣٣
- ٤٦٤ فصل: استلام الحجر في الطواف ٩٣٤
- ٤٦٤ فصل: حكم السعي بين الصفا والمروة ٩٣٥
- ٤٦٦ فصل: البداية والنهاية في السعي ٩٣٦
- ٤٦٧ فصل: التَّحَلُّلُ مِنَ الْعُمْرَةِ ٩٣٧
- ٤٦٨ فصل: ما يفعل المُحْرِمُ مُفْرَدًا ٩٣٨
- ٤٦٩ فصل: صفة المُفْرَدِ بَعْدَ الطَّوْفِ وَالسَّعْيِ ٩٣٩
- ٤٦٩ فصل: إحرام المتمتع ٩٤٠
- ٤٧٠ فصل: تقديم سعي الحج على وقته ٩٤١

- ٤٧٢ ٩٤٢ - فصل: عمل العمرة بمكة.....
- ٤٧٢ ٩٤٣ - فصل: ما تختلف فيه المرأة عن الرجل في الحج
- ٤٧٤ ٩٤٤ - فصل: الدَّفْعُ من مَنى إلى عَرَقات
- ٤٧٦ ٩٤٥ - فصل: الجَمْعُ بين الظُّهْرِ والعَصْرِ في عَرَقة
- ٤٧٦ ٩٤٦ - فصل: الجمع لمن أحرم بعد الزوال.....
- ٤٧٧ ٩٤٧ - فصل: الجمع إذا صَلَّى الحاج وحده
- ٤٧٧ ٩٤٨ - فصل: التَّطَوُّعُ بين الصَّلَاتَيْنِ
- ٤٧٨ ٩٤٩ - فصل: صِفَةُ الخُطْبَةِ.....
- ٤٧٨ ٩٥٠ - فصل: الوُقُوفُ بِعَرَقة.....
- ٤٨٠ ٩٥١ - فصل: التَّلْبِيَةُ في المَوْقِفِ
- ٤٨٣ ٩٥٢ - فصل: هَيْئَةُ الوُقُوفِ بِعَرَقات
- ٤٨٥ ٩٥٣ - فصل
- ٤٨٥ ٩٥٤ - فصل: عرفة كلها موقف
- ٤٨٦ ٩٥٥ - فصل: وقت الدفع من عرفة.....
- ٤٨٧ باب الوُقُوفِ بِعَرَقة
- ٤٨٨ ٩٥٦ - فصل: الوقوف في حال الاشتباه
- ٤٩٠ ٩٥٧ - فصل: الخروج من عرفة قبل الغروب
- ٤٩١ باب الدَّفْعِ مِنْ عَرَقة.....
- ٤٩١ ٩٥٨ - فصل: الدفع من عرفة بعد الغروب
- ٤٩٢ ٩٥٩ - فصل: الدفع من عرفة قبل غروب الشمس
- ٤٩٢ ٩٦٠ - فصل: النزول بمزدلفة.....
- ٤٩٤ ٩٦١ - فصل: الوقوف بمزدلفة
- ٤٩٥ ٩٦٢ - فصل: وقت الدفع إلى منى
- ٤٩٦ ٩٦٣ - فصل: صلاة المغرب قبل مزدلفة.....
- ٤٩٧ ٩٦٤ - فصل: خوف قَوَاتِ الفَجْرِ في مُزْدَلِفة
- ٤٩٨ باب الدَّفْعِ مِنْ مُزْدَلِفة.....

- ٩٦٥ - فصل: وقت رمي جمرة العقبة ٥٠٣
- ٩٦٦ - فصل: دخول وقت الرمي في أيام التشريق ٥٠٥
- ٩٦٧ - فصل: وقت الرمي في اليوم الرابع ٥٠٥
- ٩٦٨ - فصل: موقع التقاط حصي الجمار ٥٠٦
- ٩٦٩ - فصل: عمل يوم العاشر ٥٠٦
- باب طواف الزيارة ٥٠٨
- ٩٧٠ - فصل: الرمل في كل طواف بعده سعي ٥١٠
- ٩٧١ - فصل: الرجوع إلى منى بعد طواف الزيارة ٥١١
- ٩٧٢ - فصل: تقديم الثقل قبل النفر الأول ٥١١
- ٩٧٣ - فصل: صفة طواف الصدر ٥١٢
- ٩٧٤ - فصل: طواف الزيارة مُحدثاً أو جُنُباً ٥١٣
- ٩٧٥ - فصل: في الوطاء بعد ارتفاع الحظر ٥١٥
- ٩٧٦ - فصل: التحلل بالطواف ٥١٥
- ٩٧٧ - فصل: الوقاع بعد الوقوف قبل الطواف ٥١٦
- ٩٧٨ - فصل: تكرار الوقاع بعد الوقوف ٥١٧
- ٩٧٩ - فصل: الرجوع إلى الأهل قبل طواف الزيارة ٥١٧
- ٩٨٠ - فصل: عود الطائف جُنُباً أو مُحدثاً ٥١٨
- باب طواف الصدر ٥١٩
- ٩٨١ - فصل: طواف الوداع للمُعتمر ٥١٩
- ٩٨٢ - فصل: طواف الوداع على أهل مكة وحواليها ٥١٩
- ٩٨٣ - فصل: طواف الوداع على الحائض والنفساء ٥٢٠
- ٩٨٤ - فصل: طواف الصدر لمن نوى الإقامة بمكة أبداً ٥٢٠
- ٩٨٥ - فصل: ما يعملُه الحاجُّ بعد التفرغ ٥٢١
- ٩٨٦ - فصل: الإنشغال بمكة بعد طواف الصدر ٥٢٣
- باب الطواف يقدم بعضه على بعض ٥٢٤
- ٩٨٧ - فصل: النية في طواف النُسك ٥٢٥

- ٥٢٦ ٩٨٨ - فصل: الجمع بين الطوافين
- ٥٢٨ باب الرجل يطوف جنباً أو على غير وضوء
- ٥٣٠ ٩٨٩ - فصل: جزاء من طاف جنباً أو محدثاً
- ٥٣١ ٩٩٠ - فصل: وجود النجاسة وكشف العورة في الطواف
- ٥٣١ ٩٩١ - فصل: وجود النجاسة والحدث في طواف التطوع
- ٥٣٢ ٩٩٢ - فصل: الطواف بالبيت منكوساً
- ٥٣٢ ٩٩٣ - فصل: الطواف راكباً بغير عذر
- ٥٣٥ باب قَوَاتِ الْحَجِّ
- ٥٣٥ ٩٩٤ - فصل: عمل من فاته الحج
- ٥٣٦ ٩٩٥ - فصل: القارن يفوته الحج
- ٥٣٦ ٩٩٦ - فصل: الطواف الذي يقع به التحلل
- ٥٣٧ ٩٩٧ - فصل: سوق الممتع الذي بطل تمتعه الهدى
- ٥٣٨ ٣١ - باب المتمتع
- ٥٤١ ٩٩٨ - فصل: الإمام الذي يبطل المتمتع
- ٥٤٢ ٩٩٩ - فصل: الإمام الفاسد
- ٥٤٢ ١٠٠٠ - فصل: ضم الحج إلى العمرة بعد أن طاف أكثر الأشواط
- ٥٤٢ ١٠٠١ - فصل: صحة المتمتع والقِران من أهل مكة ومن حولها
- ٥٤٣ ١٠٠٢ - فصل: حالة صحة قران المكي
- ٥٤٤ ١٠٠٣ - فصل: حاضروا المسجد الحرام
- ٥٤٤ ١٠٠٤ - فصل: صورة الكوفي يكون متمتعاً
- ٥٤٥ ١٠٠٥ - فصل: خروج المعتمر إلى موضع لأهله المتمتع
- ٥٤٥ ١٠٠٦ - فصل: مُعْتَمِرٌ أَحْرَمَ بِحِجَّةٍ قَبْلَ طَوَافِ الْعُمْرَةِ
- ٥٤٧ ١٠٠٧ - فصل: ومن أخوات هذه المسألة
- ٥٤٨ ١٠٠٨ - فصل: التوجه إلى عرفة قبل طواف للعمرة
- ٥٤٩ ١٠٠٩ - فصل: دَمُ التَّمَتُّعِ
- ٥٥٠ ١٠١٠ - فصل: صيام الأيام الثلاثة في الحج

- ١٠١١ - فصل: صوم السبعة الأيام ٥٥١
- ١٠١٢ - فصل: وجود الهدي في خلال صوم الثلاثة ٥٥١
- ١٠١٣ - فصل: الأكل من دم التمتع ٥٥٢
- ١٠١٤ - فصل: وجود الهدي بعد التحلل ٥٥٣
- ١٠١٥ - فصل: وجود الهدي بعد مضي أيام النحر ٥٥٣
- ٣٢ - باب المُحصِر ٥٥٤
- ١٠١٦ - فصل: الإحصار بالمرض ٥٥٥
- ١٠١٧ - فصل: موضع ذبح الهدي في الإحصار ٥٥٦
- ١٠١٨ - فصل: حلق المحصر للتحلل ٥٥٧
- ١٠١٩ - فصل: أحوال قضاء المحصر للحج والعمرة ٥٥٧
- ١٠٢٠ - فصل: وقت ذبح هدي الإحصار ٥٥٨
- ١٠٢١ - فصل: وقوع التحلل قبل الذبح أو عدم العلم بالذبح ٥٥٩
- ١٠٢٢ - فصل: المحصر إن لم يجد هدياً ٥٥٩
- ١٠٢٣ - فصل: الإحصار بعد الوقوف بعرفة ٥٦٠
- ١٠٢٤ - فصل: الإحصار بعد دخول الحرم ٥٦١
- ١٠٢٥ - فصل: خيار المحصر بعد بعث الهدي ٥٦٢
- ١٠٢٦ - فصل: المريض يبعث بهدي ثم يصح ٥٦٣
- ١٠٢٧ - فصل: القارن يبعث بهدي واحد للتحلل من الحج ٥٦٤
- ١٠٢٨ - فصل: الإحصار بسرقة النفقة ٥٦٤
- ١٠٢٩ - فصل: منع الزوجة إذا أحرمت بحجة التطوع ٥٦٥
- ١٠٣٠ - فصل: المرأة إذا أحرمت بحجة الإسلام ولا محرّم لها ٥٦٥
- ١٠٣١ - فصل: العبد إذا أحرم بغير إذن مولاه ٥٦٦
- باب دخول مكة بغير إحرام ٥٦٨
- ١٠٣٢ - فصل: الإحرام لمن كان أهله في الميقات وما بعده ٥٦٩
- ١٠٣٣ - فصل: دخول مكة بغير إحرام ٥٧٠
- ١٠٣٤ - فصل: الإحرام بعد الميقات ٥٧٠

- ١٠٣٥ - فصل: قضاء ما وجب عليه لدخول مكة بغير إحرام ٥٧٠
- ١٠٣٦ - فصل: سقوط ما وجب عليه بدخول مكة بغير إحرام ٥٧١
- ١٠٣٧ - فصل: تكرار الدخول بغير إحرام ٥٧٢
- ١٠٣٨ - فصل: مجاوزة الميقات لمن لا يريد مكة ثم يدخلها ٥٧٣
- باب مجاوزة الوقت بغير إحرام ٥٧٤
- ١٠٣٩ - فصل: العود إلى الميقات للإحرام ٥٧٤
- ١٠٤٠ - فصل: قدومه مكة وقد فاتته الحج ٥٧٦
- ١٠٤١ - فصل: الإحرام بالنسكين بعد المجاوزة ٥٧٧
- باب الجِماعِ في الحَجِّ ٥٧٨
- ١٠٤٢ - فصل: حصول الجماع مرتين قبل الوقوف ٥٨٠
- ١٠٤٣ - فصل: إرادة الرفض بالوطء الثاني ٥٨٠
- ١٠٤٤ - فصل: حصول الوطء مرتين في المجلس الواحد ٥٨٠
- ١٠٤٥ - فصل: حصول الجماع بعد الوقوف بعرفة ٥٨١
- ١٠٤٦ - فصل: وقوع الجماع في العمرة قبل الطواف ٥٨١
- ١٠٤٧ - فصل: النسيان بالوطء في الحج ٥٨٢
- ١٠٤٨ - فصل: الوطء في الموضع المكروه بالحج ٥٨٣
- ١٠٤٩ - فصل: وقاع المعتمر مرة بعد مرة في مجلسين ٥٨٣
- ١٠٥٠ - فصل: وقاع القارن قبل الوقوف والطواف ٥٨٤
- ١٠٥١ - فصل: مُخْرِمٌ جامع دون الفرج ٥٨٤
- ١٠٥٢ - فصل: الرجل والمرأة في أحكام النسك سواء ٥٨٥
- ١٠٥٣ - فصل: العمد والخطأ والإكراه والطوع سواء في حكم الجماع ٥٨٥
- ١٠٥٤ - فصل: حصول الوقاع ممن فاتته الحج ٥٨٥
- ١٠٥٥ - فصل: فيمن طاف للزيارة جنباً ثم جامع ٥٨٦
- ١٠٥٦ - فصل: حصول الوقاع قبل أكثر الطواف ٥٨٧
- باب ما يتقي المحرم من اللباس ٥٨٨
- ١٠٥٧ - فصل: لبس المحرم ثوباً مسّه الطيب ٥٨٩

- ١٠٥٨ - فصل: استعمال الزر في الإحرام ٥٩١
- ١٠٥٩ - فصل: ما جاز للمحرم لبسه ٥٩٢
- ١٠٦٠ - فصل: وجوب الدم باللبس ٥٩٣
- ١٠٦١ - فصل: صدقة غير مقدرة في الإحرام ٥٩٤
- ١٠٦٢ - فصل: تغطية رأس المحرم ٥٩٤
- ١٠٦٣ - فصل: تغطية وجه المحرم ٥٩٥
- ١٠٦٤ - فصل: جمع المحرم اللباس كله ٥٩٥
- ١٠٦٥ - فصل: ما يجوز للمحرم فعله ٥٩٦
- ١٠٦٦ - فصل: تغطية المُحْرَمَة سائر جسدها ٥٩٧
- ١٠٦٧ - فصل: إباحة الحُلِيِّ للمُحْرَمَة ٥٩٨
- ١٠٦٨ - فصل: لبس الخفين والسراويل للمحرم ٥٩٩
- ١٠٦٩ - فصل: محرم يحمل على رأسه ٦٠٠
- ١٠٧٠ - فصل: من اضطر إلى قميص فلبس قميصين ونحوها ٦٠١
- باب الطيب ٦٠٧
- ١٠٧١ - فصل: تطيُّبُ المحرم بزيت ٦٠٨
- ١٠٧٢ - فصل: تداوي المحرم بزيت ٦٠٩
- ١٠٧٣ - فصل: أكلُ المُحْرَمِ طعاماً طُبِّحَ بطيب ٦٠٩
- ١٠٧٤ - فصل: تداوي المُحْرَمِ بطيب لا يؤكل ٦١٠
- ١٠٧٥ - فصل: شم الطيب والريحان ونحوها ٦١٠
- ١٠٧٦ - فصل: تداوي المحرم ٦١٢
- ١٠٧٧ - فصل: ما على القارن من الدماء ٦١٣
- ١٠٧٨ - فصل: استعمال الطيب في الغسل ٦١٤
- ١٠٧٩ - فصل: المُحْرَمِ يختضب بالحناء ٦١٥
- باب قَصِّ الأظافر ٦١٦
- ١٠٨٠ - فصل: قَصُّ اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ في مجلسٍ واحدٍ ٦١٧
- ١٠٨١ - فصل: أخذُ الظفر المكسور ٦١٧

- ٦١٨ فصل: مُحْرَمٌ قَلَمٌ أَظْفِرَ حَلَالٌ ١٠٨٢
- ٦٢٠ باب المحرم يقتل صيدا..... ١٠٨٣
- ٦٢٢ فصل: قَتْلُ الْمُحْرَمِ السَّبْعِ ١٠٨٣
- ٦٢٣ فصل: قَتْلُ هَوَامِّ الْأَرْضِ ١٠٨٤
- ٦٢٤ فصل: الجزاء في القرد والخنزير ١٠٨٥
- ٦٢٧ باب معرفة الجزاء..... ١٠٨٦
- ٦٢٩ فصل: الكفارة على التخيير أو الترتيب ١٠٨٦
- ٦٢٩ فصل: الإطعام بدل..... ١٠٨٧
- ٦٢٩ فصل: صغار الغنم في الجزاء ١٠٨٨
- ٦٣٠ فصل: الجزاء على العايد والمُخْطِئِ ١٠٨٩
- ٦٣٠ فصل: العائد والمبتدئ في الجزاء ١٠٩٠
- ٦٣١ فصل: فيما فَضَّلَ من قيمة الهدى ١٠٩١
- ٦٣٢ فصل: تقويم الجزاء على المحرم ١٠٩٢
- ٦٣٢ فصل: جزاء ما لا يؤكل لحمه ١٠٩٣
- ٦٣٣ فصل: جزاء القارن في الصيد ١٠٩٤
- ٦٣٣ فصل: إحلال الصيد للمحرم ١٠٩٥
- ٦٣٤ فصل: الجزاء على الدالِّ ١٠٩٦
- ٦٣٥ فصل: القيمة في البيض ١٠٩٧
- ٦٣٦ فصل: الضمان في القتل بالسبب ١٠٩٨
- ٦٣٦ فصل: مُحْرَمٌ فِي مِلْكِهِ صَيْدٌ ١٠٩٩
- ٦٣٧ فصل: ضمان مُرْسِلِ الصَيْدِ ١١٠٠
- ٦٣٧ فصل: الضمان في مرسل الصيد لمحرم صاده ١١٠١
- ٦٣٨ فصل: الضمان في حلب الصيد ١١٠٢
- ٦٣٨ فصل: الجزاء في جرح الصيد ١١٠٣
- ٦٣٨ فصل: الضمان بعد زوال النقص الحاصل بالصيد ١١٠٤
- ٦٣٩ فصل: الاحتياط في ضمان الصيد ١١٠٥

- ٦٣٩ ١١٠٦ - فصل: التداخل في الجزاء
- ٦٣٩ ١١٠٧ - فصل: اشتراك المُحْرَمِينَ في صيد
- ٦٤٠ ١١٠٨ - فصل: أَكُلُ ذَبْحِ الْمُحْرَمِ مِنَ الصَّيْدِ
- ٦٤٠ ١١٠٩ - فصل: أَكُلُ الصَّائِدِ مِنَ الصَّيْدِ الْمَقْتُولِ بَعْدَ أَدَاءِ الْجِزَاءِ
- ٦٤١ ١١١٠ - فصل: أَكُلُ الْمُحْرَمِ لِحَمِّ الصَّيْدِ
- ٦٤٢ ١١١١ - فصل: الحلال اصطاد للمحرم ولم يأمره
- ٦٤٣ باب قتل الصيد في الحرم
- ٦٤٣ ١١١٢ - فصل: كيفية الجزاء في صيد الحرم
- ٦٤٤ ١١١٣ - فصل: الجزاء في قتل المحرم صيد الحرم
- ٦٤٥ ١١١٤ - فصل: الاشتراك في قتل صَيْدِ الْحَرَمِ
- ٦٤٦ ١١١٥ - فصل: صاد حلال في الحرم فقتله في يده حلالٌ آخر
- ٦٤٧ ١١١٦ - فصل: دِلَالَةُ الْحَلَالِ عَلَى صَيْدِ الْحَرَمِ
- ٦٤٨ ١١١٧ - فصل: قَطْعُ شَجَرِ الْحَرَمِ مِمَّا لَا يَنْبُتُهُ النَّاسُ
- ٦٤٩ ١١١٨ - فصل: أَخْذُ كَمَاةِ الْحَرَمِ
- ٦٥٠ ١١١٩ - فصل: أَصْلُ الشَّجَرَةِ فِي الْحَرَمِ وَفُرُوعُهَا فِي الْحِلِّ
- ٦٥١ ١١٢٠ - فصل: رَعْيُ حَشِيشِ الْحَرَمِ
- ٦٥١ ١١٢١ - فصل: مَا يَجِبُ بِإِدْخَالِ صَيْدٍ مِنَ الْحِلِّ إِلَى الْحَرَمِ
- ٦٥١ ١١٢٢ - فصل: إِرسَالُ كَلْبٍ مِنَ الْحِلِّ عَلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ فَيَأْخُذُهُ فِي الْحَرَمِ
- ٦٥٤ باب الرجل يحج عن غيره
- ٦٥٥ ١١٢٣ - فصل: الحالات التي تجوز فيها النيابة
- ٦٥٦ ١١٢٤ - فصل: الوَصِيَّةُ بِالْحَجِّ
- ٦٥٨ ١١٢٥ - فصل: الحج عن الميت من بلده
- ٦٥٩ ١١٢٦ - فصل: إنفاذ الوصية
- ٦٥٩ ١١٢٧ - فصل: الوصية بالحج عنه بمبلغ مُسَمَّى
- ٦٦٠ ١١٢٨ - فصل: الوصية بالحج بثُلْثِ مَالِهِ
- ٦٦١ ١١٢٩ - فصل: للمُوصِي بِالْحَجِّ وَطَنَانٌ

- ١١٣٠ - فصل: الوَصِيُّ أَحَجَّ عن المُوَصِيٍّ من غير بَلَدِه ٦٦١
- ١١٣١ - فصل: ما فضل من المال بعد الحج ٦٦٢
- ١١٣٢ - فصل: حجّ من لم يحجّ عن نفسه عن الميت ٦٦٢
- ١١٣٣ - فصل: الوَصِيَّةُ بالحجّ عنه وله مَالٌ ٦٦٤
- ١١٣٤ - فصل: عدم البلوغ بوصية الحج بالمال المسمى ٦٦٤
- ١١٣٥ - فصل: الدماء المتعلقة بالإحرام عن الغير ٦٦٥
- ١١٣٦ - فصل: حصول الجماع من الحاج عن الغير ٦٦٦
- ١١٣٧ - فصل: الحاجّ عن الميت يقيم بمكة بعد الأداء ٦٦٧
- باب ما يكون به الحاج عن غيره مخالفاً وما لا يكون ٦٦٨
- ١١٣٨ - فصل: المأمور بالحج عنه اعتمر ثم حجّ من مكة ٦٦٩
- ١١٣٩ - فصل: أداء الحج عن الميت ثم أضاف عمرة لنفسه ٦٦٩
- ١١٤٠ - فصل: المأمور حجّ لآمرين معاً ٦٧٠
- ١١٤١ - فصل: المأمور حجّ لأحدهما واعتمر لآخر بالجمع ٦٧٠
- ١١٤٢ - فصل: المأمور أحرم بحجة لأحدهما لا بعينه ٦٧١
- ١١٤٣ - فصل: المأمور لم يعين عن أحدهما حتى طاف ٦٧٢
- ١١٤٤ - فصل: الإهلال بالحجة عن أبيه ٦٧٢
- ١١٤٥ - فصل: المأمور حجّ ماشياً مع دفعه له مالاً للحج ٦٧٢
- ١١٤٦ - فصل: النفقة في إتيان المأمور بمكة قبل الحج بمدة ٦٧٤
- ١١٤٧ - فصل: المأمور أنفق من ماله ومال الميت في الحج ٦٧٥
- ٣٣ - باب الهدى ٦٧٦
- ١١٤٨ - فصل: الهدى في الإبل والبقر والغنم ٦٧٧
- ١١٤٩ - فصل: حالة وجوب البدنة في الحج ٦٧٨
- ١١٥٠ - فصل: سنّ الهدى ٦٧٨
- ١١٥١ - فصل: شروط صحة الهدى ٦٧٩
- ١١٥٢ - فصل: موضع ذبح الهدى ٦٧٩
- فهرس الموضوعات ٦٨١

أَبْنُفَيْسُ
لِنَشْرِيفَيْسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

مَجْتَمِعُ الْكُتُبِ

تَأَلِيفُ
أَبِي الْحُسَيْنِ الْقُدُورِيِّ
أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ الْبَغْدَادِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
(٥٤٢٨ هـ)

تَحْقِيقُ
د. عَبْدِ اللَّهِ نَذِيرٍ أَحْمَدَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ
عَضُوهُيَّةَ التَّدْرِيسِ بِجَامِعَةِ الْمَلِكِ عَبْدِ الْعَزِيزِ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مختصر الكافي

حُقوقُ الطَّبَعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبَعَةُ الثَّانِيَّةُ

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

السَّفار

لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَلَمِيَّةِ

دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيْعِ

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثني - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦

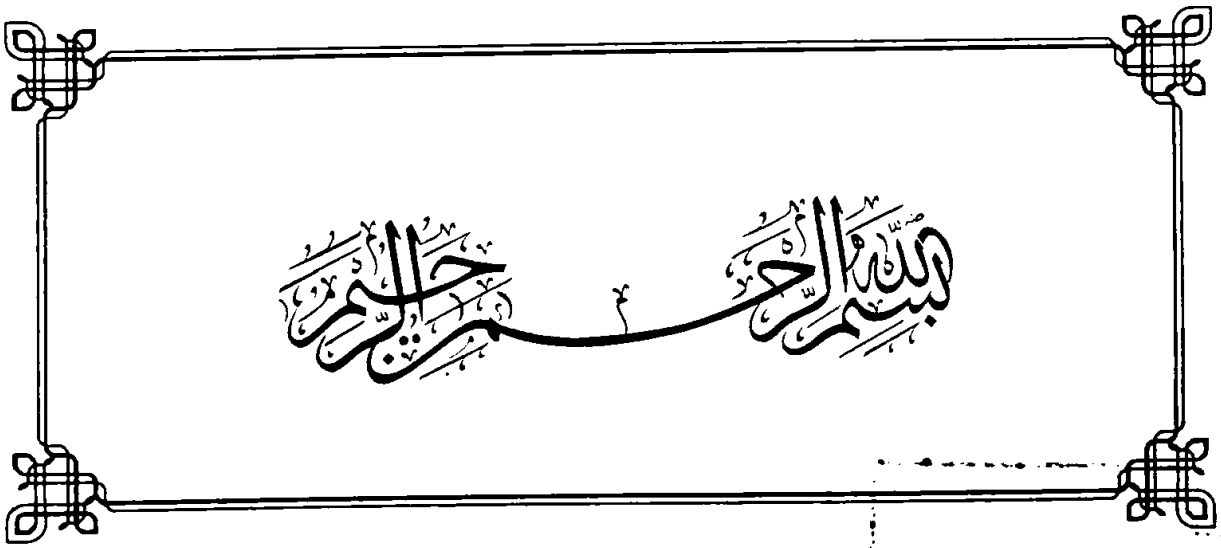
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول، تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

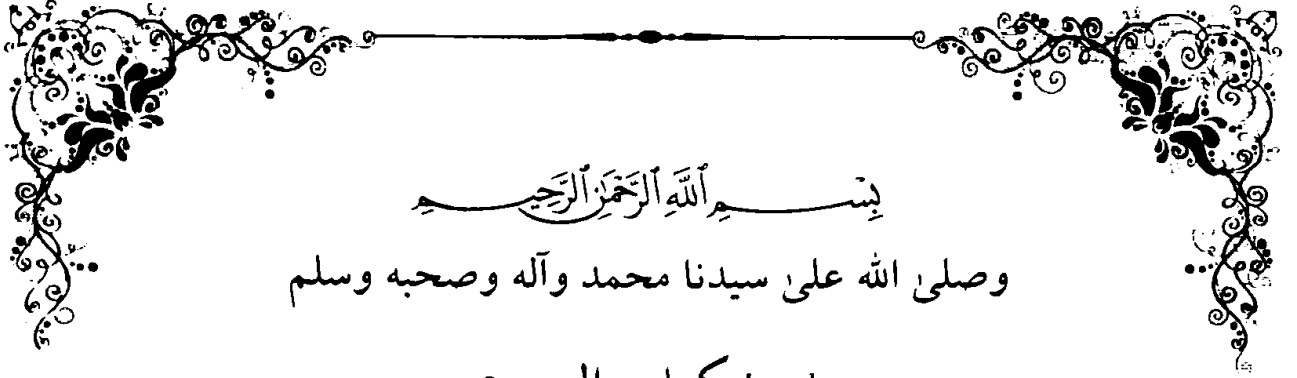
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٥٥٧٧٦٥١٣٨ ٠٠٩٦٦

الخط الساخن: جوال ٩٤٤٠٥٥٥٩ ٠٠٩٦٥

 z.zahby74@yahoo.com    [Imamzahby](https://www.instagram.com/Imamzahby)





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

٣٤ | كتاب البيوع

قال: البيع^(١): إيجابٌ وقبولٌ في مالين ليس فيه معنى التبرّع^(٢).

الدليل^(٣) على ذلك أن ما وُجد بهذه الصفة كان بيعاً، وما كان بخلافها لم يكن بيعاً؛ لأنّ العقد إذا وَقَعَ على مال [بمنفعة]^(٤) كان إجارةً ونكاحاً، وإذا وقع

(١) «البيع في اللغة: عبارة عن تملك مال بمال آخر، وكذا في الشرع، ولكن زيد فيه قيد: التراضي».

«ويقال: هو في الشرع: عبارة عن إيجاب وقبول في مالين، ليس فيهما معنى التبرّع».

«الإيجاب: هو ما يذكر أولاً من كلام أحد العاقدين».

«والقبول: وهو ما يذكر ثانياً». اللباب ٢٣٧ (مع الجوهرة).

والبيوع على أربعة أوجه: بيع جائز، بيع فاسد، بيع باطل، بيع موقوف على الإجازة.

فالجائز: يوقع الملك بمجرد العقد إذا كان خالياً عن شرط الخيار.

والفاسد: لا يوقع الملك بمجرد العقد ما لم يتصل به القبض بإذن البائع.

والباطل: لا يوقعه وإن قبض بالإذن.

والموقوف: لا يوقعه وإن قبض، إلا بإجازة مالكة». الجوهرة ص ٢٥٨.

وأما من حيث الانعقاد: وهو تعليق كلام أحد العاقدين بكلام الآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره

في المحل، أي: على وجه يثبت أثره الشرعي».

«فالعقد: إما منعقد أو غير منعقد، أي: باطل، والمنعقد: إما صحيح أو غير صحيح، أي: فاسد،

والصحيح: إما نافذ أو غير نافذ، أي موقوف، والنافذ: إما لازم أو غير لازم، واللازم: إما تام أو

غير تام، ولكل مرتبة من هذه المراتب شروط».

انظر بالتفصيل: أحكام المعاملات المالية، للدكتور محمد عبد البر.

(٢) هنا كانت العبارة (كان هبة) في ج، وساقطة من أ، ولعلها زيادة من العبارة الآتية.

(٣) هنا زيادة في ب (والأصل فيه)، ولا داعي لها.

(٤) في ج (منفعة)، والمثبت من أ.

على مالين على وجه التبرع كان هبةً .

والأصل في جواز البيع قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾

[البقرة: ٢٧٥] .

وقال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] .

وقال عليه السلام: «كل متبايعين فلا بيع بينهما حتى يفترقا»^(١)، وبُعث النبي صلى الله عليه وسلم

والناس يتبايعون، فأقرهم على ذلك ولم يُنكر، فأقراره دلالة على جوازه، [وابتداء شرع من جهته]، ولا خلاف في ذلك بين المسلمين .



(١) ورد الحديث بلفظ (كل بيعين...) . أخرجه النسائي في الكبرى (٦٠٦٨)؛ وفي المجتبى (٤٤٧٦)؛ وأبو عوانة في المسند ٢٦٨/٣؛ وأحمد في المسند ٥١/٢؛ وابن أبي شيبة ٥٠٧/٤؛ وعبد الرزاق ٥١/٨ وغيرهم .

بَابُ

اللفظ الذي يقع به البيع

—•••••—

قال أبو الحسن^(١): إذا قال الرجل لآخر: بعتك عبدي هَذَا بألف درهم، فقال المشتري: قد قبلت؛ فقد وقع العقدُ وصَحَّ.

والأصل في هذا: أن البيع لا ينعقدُ عندنا إلا بلفظين يُعَبَّرُ بكل واحدٍ منهما عن الماضي، فأما إذا ذكر لفظين فعَبَّرَ بهما عن المُستقبل، أو بأحدهما عن الماضي، لم ينعقد العقدُ.

فالأوَّل: أن يقول البائع: بعتك، ويقول المشتري: ابتعت أو اشتريت، وكذلك كلُّ لفظ يقوم مقام هذا، مثل: أخذت وقَبِلْتُ.

والثاني: إذا قال: أبيعك، أو قال المُشتري: بعني، وقد عبَّرَ عنه أبو الحسن في الجامع فقال: إذا أخرج اللفظ مخرَجَ الأمر لم ينعقد به البيع، وإن أخرج مخرَجَ الخبر عن الماضي انعقد، وهذا هو القياس عندهم في النكاح.

وإنما استحسنوا فقالوا: ينعقد النكاحُ بلفظين يُعَبَّرُ بأحدهما عن المُستقبل، مثل أن يقول: زوّجني! فيقول الولي: زوّجتك. وقال الشافعي: ينعقد البيع أيضاً بمثل ذلك، إذا قال المشتري: بعني، فقال البائع: بعتك.

والدليل على ما قلناه: أن البيع يحضره المساومة والإيجابُ، وألفاظ

(١) هذا الباب كان في نسخة الأصل بعد (باب الربا)، وتقدم عليه (باب الربا)، ويبدو أنه من تصرف الناسخ، حيث جاءت الأبواب على الترتيب المثبت بين يديك في باقي النسخ، فقدم لأجل ذلك (باب اللفظ...)، وأخر (باب الربا).

المُستقبل عِدات ، فالظاهر أنَّها [سوم] ^(١) وعدة ، وألفاظ الماضي إيجاب وقطع ؛
فلذلك انعقد بها البيع .

وعلى الشافعي : أنَّه ذكر لفظين لا يصلح كل واحد منهما لأحد شطري
العقد ، فصار كما لو قال البائع : اشترِ مِنِّي ، فقال المشتري : اشتريت .

وأما الفرقُ بين البيع والنكاح : فيما بيَّنا أنَّ البيع يحضره المساومة ، فلم
ينعقد باللفظ الذي يصلح للسوم ، والنكاح لا يحضره المساومة ، فالظاهرُ من قوله
زَوْجني ، أنَّه قبولٌ وليس بمساومة ؛ ولأنَّ البيع لا ينعقد بفعل واحد ، فإذا قال
المُشتري : بعني ، فقد وكله أن يبيعَ منه ، فإذا قال البائع : بعْتُك ، لم يجر أن ينعقد
البيع بقوله ، والنكاح ينعقدُ بفعل الوكيل ، فإذا قال : زَوْجني ، فقد أمره بالتزويج ،
فإذا قال : زَوْجتك ، [فقد] انعقد العقدُ بهذا القول .

وحكيَ عن أبي الحسن فرق آخر : وهو أن في النكاح [يلحق الأولياء] ^(٢)
الشين إذا خطب إليهم ، فأوجبوا ، فلم يقبل الزوج ، فإذا قال الزوج زَوْجني ، فقال
الولي : زَوْجتك ، لو لم يتم العقد بهذا كان للزوج أن يرجع فيلحق بالولي شيئاً ،
وهذا لا يجوز ، وليس على البائع في ردِّ بيعه بعد السوم شين ؛ فلذلك إذا قال :
بعني ! فقال : بعْتُك ، لم يتم العقد به حتى ينضم إليه القبول .

وإنما قلنا : إن البيع ينعقد بلفظ البيع وبما قام مقامَ هذا اللفظ من قوله خذ
وأعطيتك ^(٣) ورضيت ؛ لأنَّ المعبرَ معاني العقد ^(٤) دون ألفاظِهِ ، وهذه الألفاظ

(١) في ج (تكون) والمثبت من أ .

(٢) في ج (تعلق للأولياء) والمثبت من أ .

(٣) في أ (وأعطيت) .

(٤) في أ (بمعاني العقود دون ألفاظهما) والعبرة .

تُعطي معاني البيع ، فانعقد بها ، وهذا أصل اعتبره أصحابنا في جميع العقود ، والذي قالوا فيما روى الحسنُ ، عن أبي حنيفة: أن [المفاوضة] لا تنعقد إلا بلفظ [المفاوضة] ^(١) ؛ إنما [قال] ذلك ؛ لأنَّ الناس لا يعرفون شروطها ، فلا يستوفون معناها ، فلم يكن بدُّ من اللفظ ، فإن عقدها من يعرف معانيها استوفى المعنى ، فانعقد العقد بغير لفظ المفاوضة ، وهذا الذي ذكرناه هو القياس في سائر البياعات ، وإنما استحسّن أصحابنا في الأشياء المستحقة أن يتم العقد فيها بغير لفظ ، مثل من يدفع قطعة إلى البقلي ، فأعطاه البقل ، ومثل من دفع درهماً إلى الخباز فأعطاه الخبز ، ولم يقل بعت ولا اشتريت ؛ لأنَّ الأمة استجازوا ذلك في سائر الأعصار ، وهذا كما تقولون في قطعة الشارب: إنَّها لا تفتقر إلى (تسمية موضع القطع وشرب الماء من السقاء ، فإنه لا يفتقر إلى بيان) ^(٢) قدر الماء الذي يشربه ، ودخول الحمام لا يفتقر إلى شرط أجره معلومة ، وبيان مقدار ما يمكث فيه ، وما يستعمل من الماء ؛ لأنَّ الأمة أطبقت على خلاف ذلك ^(٣) .

١١٥٣ - مسألة: [فسخ البيع من المتعاقدين أو من أحدهما]

قال أبو الحسن: وليس لواحد منهما فسخ ذلك في مجلسهما ، ولا بعد قيامهما ، إلا أن يكونا شرطاً الخياراً .

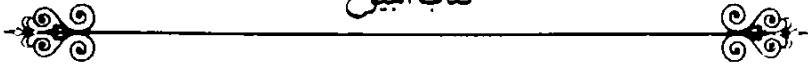
قال الشيخ رحمته : وجملةُ هذا: أن البيع إذا انعقد بالإيجاب والقبول ولم يشترط الخيار ، فقد لزم العقد ، ولا خيار لواحدٍ منهما .

وقال الشافعي: لكل واحدٍ منهما الخيار في مجلسهما: إن شاء أمضى البيع ،

(١) في ج (المفاوضة) في الموضعين والمثبت من أ .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) انظر: التجريد ، ٥/٢٢٨٢ .



وإن شاء فسخه ، حتّى يتفرقا بأبدانهما ، فإذا افترقا سقط الخيار^(١) .

والدليل على ما قلناه: «نهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض»^(٢) ، وقال ﷺ: «إذا ابتعت فلا تبع حتى تقبض» ، وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، فظاهره أنه إذا قبض في المجلس جاز بيعه ؛ ولأنه نوع خيار لا يثبت بعد الافتراق عن المجلس ، فلا يثبت في المجلس بعد الإيجاب والقبول كخيار المعاينة ، [فيما يتباعه في]^(٣) المصر ، فأما قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٤) ، [وقوله ﷺ: «البيعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا»] ، فهذا محمول على خيار القبول ، وهو أن يقول المشتري: بعني ، فيقول البائع بعْتُك ، فهما متبايعان في اللغة ، وكل واحد منهما بالخيار إن شاء البائع [مضى]^(٥) على الإيجاب ، وإن شاء رجع ، وإن شاء المشتري: قبل ، وإن شاء لم يقبل ، فإذا افترقا لم يكن للمشتري القبول .

روى هذا التأويل هشام وبشر عن أبي يوسف ، وابن رستم عن محمد ، وقد استدلل أبو الحسن في الكتاب بما روي «أن رسول الله ﷺ كان إذا ابتاع شيئاً خيّر البائع» ، وإنما فعل ذلك للفضل والتكرم ، ولو كان للبائع خيارُ الشرط لم يحتج إلى تخييره ، وذكر أبو يوسف التأويل الذي قالاه عن إبراهيم^(٦) .

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧٤؛ المزني ص ٧٥ .

(٢) «الحديث أخرجه النسائي وابن حبان وأحمد والطبراني والدارقطني من حديث حكيم بن حزام» ،

كما قال ابن حجر في الدراية ١٥٥/٢ .

(٣) في ج (فيما بينا من) والمثبت من أ .

(٤) أخرجه البخاري (١٩٧٣) ؛ ومسلم (١٥٣٢) .

(٥) في ج (بقي) والمثبت من أ .

(٦) انظر: التجريد ، ٢٢٧٤/٥ .

بَابُ قبول أحد المتبايعين بعض المبيع

—•••••—

قال أبو الحسن: إذا أوجبَ البائعُ البيعَ على شيءٍ فقبلَ المُشتري في بعضه دون بعض، أو أوجبَ المُشتري في شيءٍ فقبلَ البائع في بعضه، فإن ذلك لا يجوز على الذي أوجبَ في الكلِّ، إلا أن يرضى الموجب، وله الخيارُ في ذلك ما داما في المجلس، فإن قاما أو أحدهما بطل الخيار.

وقال الشيخ رحمته الله: وجُملةُ هذا أن كل واحد من المتبايعين لا يملك تفريق الصفقة على الآخر في الإتمام؛ لأنَّ في التفريق ^(١) ضرراً، ألا ترى أن الإنسان يبيع الشيئين رغبةً في بيع أحدهما، ويشتري المُشتري [الشيئين] رغبةً في أحدهما.

قال: فإذا قال بعتك هذين العبدین، فقبل المُشتري في أحدهما فقد [فوّت] ^(٢) غرض البائع، فلا يجوز، كما لو قال البائع: بعتك بألفٍ، وقال المُشتري: قبلت بخمسائة، ولا شبهة أنَّه إذا قال بعتك هذا العبد، فقال: قبلت في نصفه، أنَّه لا يجوز؛ لأنَّ الشركة فيها ضررٌ وعيبٌ في الملك؛ فكذلك القبول في أحد العبدین لما دَخَلَ في كل واحدٍ منهما من تفريق الصفقة في الإتمام.

فأما قوله: إلا أن يرضى الآخر في المجلس؛ فلأن البائع إذا قال: بعتك هذين العبدین ^(٣) بعشرة، فقال المُشتري قبلت في أحدهما، فهذا ليس بقبول

(١) في أ (في تفريق الصفقة).

(٢) في ج (ففرق) والمثبت من أ.

(٣) في أ (القفيزين).

[للبيع] ، ولكنه استثناف إيجاب من المُشترى ، فكأنه ابتداءً ، فقال هذا فالبايع بالخيار ما دام في المجلس ، وهذا إنما يصحُّ إذا كان للبعض الذي قبله المُشترى حصّة معلومة مثل الطعام ، والذي ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، فأما إذا [قال] : بعث هذين العبدین بألف ، فقال المُشترى : قبلت في أحدهما لم يصحّ ، وإن رضي [به] البائع ؛ لأن حصّة العبد من الثمن مجهولة ، إلاّ إن بيّن الثمن فيرضى البائع به .

وأما قوله إذا قاما من المجلس بطل ؛ فلأن الإيجاب موقوف على القبول ، والقيام إعراض عنه فيبطله ، وكذلك لو لم يَقم من المجلس ، ولكنه تشاغل في المجلس بفعل غير البيع ، كان ذلك إبطالاً للإيجاب وَرَدًّا له ؛ لأنه أَعرض عنه ، فصار كالقيام الذي أَعرضَ به عن الإيجاب .

١١٥٤ . فُصِّل : [وراثه خيار المجلس]

قال أبو الحسن : ولا يُورث هذا الخيار ، وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ القبول لا يُورث بالإجماع وهو أصلنا في خيار الشرط ، وإنما قال بعض متأخري أصحاب الشافعي : إن الوارث إذا كان مع المُشترى في المجلس فلم يقبل المُشترى حتّى مات ، فقبل وارثه جاز ، وخالف الإجماع بهذا القول ، وقد دلَّ عليه أن هذا الخيار ليس بحق مستقر ، فلا يورث كالوكالة والمضاربة .

١١٥٥ . فُصِّل : [خيار القبول على المجلس أو الفور]

وقد قال أصحابنا : إن خيار القبول على المجلس ، وقال الشافعي : على الفور والدليل على ما قلناه : قوله ﷺ : «البيعان كل واحد منهما على صاحبه

بالخيار ما لم يفترقا»^(١) ولأنَّ المُشْتَرِي يحتاج إلى الارتياح والتفكير، هل يصلح له المبيع أو لا يصلح، وهذا لا يمكن على الفور.

١١٥٦ - فَصَّل: [تفريق البائع في الإيجاب]

وما ذكره أبو الحسن في امتناع قبول المشتري بعض ما أوجب له إنما ذلك إذا كان الإيجاب بلفظ واحد، فأما إذا فرَّق الإيجاب، فقال بعثك هذين العبدین، بعثك هذا بمئة وهذا بمائتين، فللمشتري أن يقبل في أيَّهما شاء؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما أفرد بإيجاب، فلم يبيِّن^(٢) في القبول تفريق الصفقة على البائع.

١١٥٧ - فَصَّل: [قبول المشتري من البائعين]

قال أبو الحسن: وكذلك إن خاطبَ المشتري رجلين، فقال اشتريت عبدكما هذا بألف، فأجاب أحدهما؛ لم يلزم المشتري.

وكذلك إن قال البائع لرجلين: بعثكما هذين العبدین، فقبل أحدهما دون الآخر، لم يجز؛ لما بينا أن الإيجاب إذا كان صفقة واحدة لم يملك الآخر تفريقها في الإتمام؛ لما فيه من إيجاب الضرر بصاحبه. والله أعلم.



(١) أخرج البخاري نحوه من حديث ابن عمر (٢٠٠٥)؛ ومسلم (١٥٣١).

(٢) في أ (يكن).

بَابُ مَعْرِفَةِ الْمَبِيعِ مِنَ الثَّمَنِ



قال أبو الحسن: [ما يتعين]^(١) بالعقد فهو مبيعٌ، وما لم يتعين فهو ثمنٌ إلا أن يقع عليه لفظ البيع.

قال الشيخ رحمته الله: وجملَةٌ هذا أن حكم المبيع والثن يختلفان في أحكام:

منها: أنه لا يجوز التصرف في المبيع الذي ينقل ويحول قبل القبض، ويجوز التصرف في الأثمان قبل القبض.

ومنها: أن هلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد، وهلاك الثمن لا يُوجبُ فسخَ العقد.

ومنها: أنه لا يجوزُ بيعُ ما ليسَ عند الإنسان في غير السلم، ويجوزُ الشراء بما ليسَ عنده.

فإذا اختلف حكمهما احتجنا إلى معرفة كل واحدٍ منهما، فالدراهم والدنانيرُ أثمانٌ أبدأً سواء كان في مقابلتها أمثالها أو الأعيان، صحبتها الباء أو لم تصحبها؛ لأنها لا تتعين عندنا بالعقد وإنما تثبت في الذمة، وقد قال الفراء: الثمن ما كان في الذمة.

وأما الأعيان التي ليس لها أمثال فهي مبيعة [أبدأً]، سواء كان في مقابلتها

(١) في ج (تعين) والمثبت من أ.

الأعيان أو الدراهم والدنانير ؛ لأنها تتعيّن بالعقد ، والأصل في المبيع : أنه يتعيّن .
وأما المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت ، فإن كان في
مقابلتها الأثمان فهي مبيعة ؛ لأنّ الأصل أن البيع يشتمل على [مبيع] ^(١) بثمن ،
والدراهم والدنانير قد قوي معنى الثمن فيها ؛ لأنها لا تكون إلاّ ثمناً ، فبقي أن
يكون ما في مقابلتها هو المبيع .

وإن كان في مقابلة المبيع المكيل والموزون والمعدود والأعيان ، فإن كان
ذلك معيّناً مشاراً إليه فهو مبيع أيضاً ؛ لأنه يتعيّن بالتعيين ، والثمن ما ثبت في
الذمّة .

وإن كانت غير معينة وصحبها الباء فهي ثمن ؛ لأنها تثبت في الذمّة بأنفسها ،
والثمن ما يثبت في الذمّة .

ولأنّ عقد البيع يشتمل على مبيع وثمان ، وقد قوي معنى المبيع في
الأعيان ؛ لأنها لا تكون إلا مبيعةً ، فلم يبق إلا أن يكون المكيل : هو الثمن .

١١٥٨ - فصل : [البيع ما وقع على جملة من العين مع القدرة على التسليم]

قال أبو الحسن : والبيع إذا وقع على جملة من العين جاز إذا قدر على
تسليمها ، وجاز استئناف الملك عليها ، وإنما احترز بالوصف الأوّل : عن الطير
في الهواء ، أو السمك في الماء ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ، وبالوصف الثاني :
عن شراء المحرّم الصيد ، وعن الأعيان المحرّمة ؛ لأنه لا يجوز استئناف الملك
عليها ، وما سوى ذلك يجوز بيعه ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

(١) في ج (بيع) والمثبت من أ .

١١٥٩ - فصل: [الثن هو الذي لم يتعين]

قال أبو الحسن: وما لم يتعين فهو ثمن، إلا أن يقع عليه لفظ البيع، فلا يجوز البيع فيه؛ إلا في السلم خاصة وفي الدراهم والدنانير والفلوس؛ لأنها أثمان، فأما المسلم فيه فهو مبيع وإن لم يتعين، وأما الدراهم والدنانير والفلوس فهي أثمان وإن تعينت؛ لأنها لا تتعين عندنا في العقد بالإشارة، وإنما تثبت في الذمة وما سواها إذا عين تعيين.

وكان أبو الحسن يقول: إن الدراهم والدنانير تتعين بالعقد، ولا يملك أعيانها، ولا يمنع تعيينها ثبوت مثلها في الذمة.

وقال الشافعي: إذا عيّنت الدراهم والدنانير والفلوس تعينت.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ﴾ [يوسف: ٢٠]، قال الفراء: الثمن ما كان في الذمة، فدل على أن الدراهم، وإن عيّنت ثبتت في الذمة؛ ولأنها ثمن فثبتت في الذمة كالدراهم المطلقة؛ ولأن ما لا فائدة في تعيينه تعود إلى تصحيح العقد لا يتعين، كمن استأجر بغيراً ليحمل عليه قفيز حنطة لزيد، وقولهم إنها تتعين بالقبض، ليس بصحيح؛ لأن القبض لا يصح إلا في عين، فلو لم يتعين به بطل، والعقد يصح على عين وغير عين، فإذا لم يعينها به لم يبطل.

فأما أبو الحسن فإنه قال بمسألة الجامع الكبير وهي: إذا قال الرجل إن بعت عبدي بهذا الكُرّ وهذا الألف فهي صدقة، فباعه بهما، قال محمد: يتصدق بالكر، ولا يتصدق بالألف.

قال أبو الحسن: فلو لم تكن الدراهم تعينت لم تلزمه الصدقة بالكر؛ لأن

مَنْ قَالَ: إِنْ بَعْتُ عَبْدِي بِهَذَيْنِ الشَّيْئِينَ، فَبَاعَ بِأَحَدِهِمَا لَمْ يَوْجَدْ شَرْطَ نَذْرِهِ، فَلَمَّا أَوْجَبَ عَلَيْهِ الصَّدَقَةَ بِالْكَرِّ دَلَّ عَلَى أَنَّ الدَّرَاهِمَ تَعَيَّنَتْ؛ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الصَّدَقَةُ بِهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ بِالْعَقْدِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَمَّا كَانَتْ لَا تَتَعَيَّنُ، وَالنَّذْرُ يَجِبُ حَمْلَهُ عَلَى الصَّحَّةِ، صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ: إِنْ سَمَّيْتُهَا فِي الْعَقْدِ مَعَ الْكَرِّ فَهِيَ صَدَقَةٌ، فَأَوْجَبَ الصَّدَقَةَ بِالْكَرِّ لِهَذَا.

١١٦٠ - فَصْلُ: [مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَمَا لَا يَجُوزُ]

وَإِنَّمَا قُلْنَا: إِنْ [بِيعَ] ^(١) الْمَبِيعَ الَّذِي يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ، خِلَافَ مَا قَالَه مَالِكٌ ^(٢): أَنَّهُ يَجُوزُ إِلَّا فِي الطَّعَامِ (لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبُضْ)، وَلَا يُعَارَضُهُ (نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ)؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا، فَيَسْتَعْمَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: هَذَا عَلَى عَمُومِهِ، وَهَذَا عَلَى خُصُوصِهِ؛ وَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ، فَلَمْ يَجْزِ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ، أَصْلُهُ ^(٣) الطَّعَامُ.

١١٦١ - فَصْلُ: [بِيعَ الْعَقَّارِ قَبْلَ الْقَبْضِ]

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ بَيْعُ الْعَقَّارِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ^(٤).

لَهُمَا: أَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ [هُوَ] فِي مَحَلِّ قَبْضِهِ، فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى مَا هُوَ فِي يَدِهِ؛ وَلِأَنَّهُ لَا [يَخْشَى فُسَادَ] ^(٥) الْعَقْدِ الْوَاقِعِ عَلَى مَعِينٍ بِهَلَاكِهِ فَجَازَ التَّصَرُّفَ

(١) فِي ج (الْبَيْعِ) وَالْمُثَبِّتِ مِنْ أ.

(٢) انظُر: الْقَوَانِينُ ص ٢٨٤؛ الرِّسَالَةُ الْفَقْهِيَّةُ ص ٢١١، ٢١٢.

(٣) فِي أ (كَالطَّعَامِ).

(٤) انظُر: الْحَاوِي الْكَبِيرُ لِلْمَاوَرِدِيِّ ١٣٨/٥؛ الْمَنْهَاجُ ص ٢٢٤.

(٥) فِي ج (يَجْتَنِي فِصَارًا) وَالْمُثَبِّتِ مِنْ أ.

فيه ، كما بعد القبض ، (ونهيهِ ﷺ عن بيع ما لم يُقبض) محمولٌ على ما يتأتى فيه حقيقة القبض ، وهو المنقولات دون ما لا يُمكن فيه ذلك^(١) .

١١٦٢ - فَصْل : [التصرف في الأثمان قبل القبض]

قال أصحابنا: يجوز التصرف في الأثمان قبل القبض .

وقال الشافعي: إذا كانت الدراهم في الذمة لم يجز التصرف فيها في أحد القولين ، وإن عيَّنها بالعقد لم يجز التصرف في القولين جميعاً^(٢) .

لنا: ما روي في حديث ابن عمر قال: (كنا نبيع الإبل بالبيع ، فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم ، نأخذ هذه من هذه ، وهذه من هذه ، فأتيت رسول الله ﷺ وهو يخرج من بيت حفصة فسألته عن ذلك ، فقال: «لا بأس إذا كان بسعر يومكما ، وافترقتما وليس بينكما شيء»^(٣) ؛ ولأن العقد سبب لنقل الملك في الأعيان ، فجاز أن يستفاد به التصرف في الأثمان كالميراث .

١١٦٣ - فَصْل : [هلاك المبيع قبل القبض]

وإنما قلنا: إن هلاك المبيع قبل القبض يُوجب فسخ البيع^(٤) ، خلاف ما قاله مالك: أنه لا يفسخ في غير الطعام ؛ لأنَّ الهلاك يوجب سقوط القبض ، فانفسخ به العقد كالطعام ، وإنما قلنا: إن هلاك الأثمان لا يُوجب فسخ العقد ؛

(١) انظر: التجريد ، ٢٤٢٤/٥ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٨٠/٣ وما بعدها .

(٢) انظر: المهذب ٤٤/٣ ، ٤٥ .

(٣) أخرجه الترمذي (١٢٤٢) ؛ والحاكم في المستدرک وصححه ، ٥٠/٢ ؛ البيهقي في الكبرى

٢٨٤/٥ ؛ عبد البر في التمهيد ١٣/١٦ ؛ أحمد في المسند ٨٣/٢ ؛ نصب الرأية ٤٦٩/٢ .

(٤) في أ (العقد) .

لأنَّ العقد لم يقع على أعيانها، وإنما وقع على ما في الذمَّة منها، فإذا هلك ما أشار إليه بقي ما في الذمَّة بحاله، وعلى هذا قالوا إذا ردَّ ما تعيَّن بعيب انفسخ فيه العقد؛ لأنَّ العقد لا يجوز أن يتعلَّق بغيره، وإن ردَّ ما لم يتعيَّن لم ينفسخ [العقد؛ لأنَّ العقد لم يقع عليه، وإنما وقع على ما في الذمَّة، وهذا مقبوض عما في الذمَّة، فإذا ردَّه انفسخ] ^(١) فيه القبض، فبقي ما في الذمَّة بحاله ^(٢).

١١٦٤ - فَصَّل: [بيع ما ليس عند البائع]

وإنما قلنا: إنَّه لا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان في غير السلم (لنهيهِ ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان)، وقال: لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك». وإنما قلنا: إنَّه يجوز الشراء بثمن ليس عنده؛ لأنَّ رسول الله ﷺ اشترى بعيراً بأوساق من تمر، ولم يكن عنده تمر ثم استقرض الثمن ودفع.

١١٦٥ - فَصَّل: [التعامل في بطلان جنس الثمن]

قال أبو الحسن: فإن بطل جنس الثمن فلا يتعامل به، مثل الفلوس تكسد أو تسقط، أو ضرب من الدراهم [و] صار كذلك قبل القبض، فإن البيع يبطل، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبطل.

وجه قول أبي حنيفة: أن كساد الفلوس يخرجها من حكم جنسها، ألا ترى أنَّها كانت ثمناً فصارت مبيعاً، وخروج الشيء من جنسه كهلاكه، فأوجب ذلك فسح العقد، وهما يقولان كسادها عيب فيها، وحدوث العيب قبل القبض لا

(١) ما بين المعقوفين زيدت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤٥١/٢.

يُبطل العقد.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يجبُ على المشتري قيمتها يوم العقد؛ لأنها صارت مضمونة بالعقد، فاعتبر قيمتها عند الضمان كالغصب، وقال محمد: قيمتها آخر ما ترك الناس المعاملة بها؛ لأن تسليمها تعذر إذ ذاك، فصار من كانت في ذمته كالمستهلك لها حينئذٍ.

١١٦٦. فصل: | ما لا يجوز أن يكون ثمنًا |

قال أبو الحسن: وما لا يُكال ولا يوزن لا يجوز أن يكون ثمنًا ديناً إلا الثياب خاصة إذا وصفت وضرب لها أجل، فإنها تكون ثمنًا، ويجوز البيع استحساناً، وهذا إنما يريد به أنها تثبت أبدالاً في الذمة في عقد السلم، فأما أن تكون ثمنًا في الحقيقة فلا، ألا ترى أن الثمن ليس من شرطه التأجيل، والثياب لا تثبت في الذمة إلا مؤجلة.

فوجه القياس: أن مستهلكها لا يلزمه أمثالها، فصار كالحيوان.

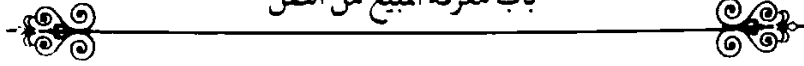
وجه الاستحسان ما بيناه في جواز السلم فيها.

وإنما شرط في ثبوتها في الذمة الأجل أن تكون مؤجلة؛ لأنها لا تثبت بأنفسها بدلالة الاستهلاك، فلا بد من التأجيل حتى يصير في حكم المسلم فيه.

١١٦٧. فصل: | ذكر مكان التسليم في الأثمان |

وما ذكر أبو الحسن: من ثبوت الأثمان التي هي المكيل والموزون في الذمة فلا بد فيها عند أبي حنيفة من ذكر مكان تسليمها^(١)، كما قال في السلم.

(١) في أ (الإيفاء).



ذكر أبو الحسن في الجامع: لأنها تختلف باختلاف الأماكن لما يلزم عليها من الحمل والمؤونة، فأما على قول أبي يوسف ومحمد تسليمها في مكان العقد، فلا يحتاج إلى ذكر مكان آخر.

١١٦٨ - فُصِّلَ: [التصرف في القرض قبل القبض]

وقد قال الطحاوي: إن القرض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه دينٌ لا يُستحقُّ قبضه في المجلس، ولا يثبت بعقد السلم كالأثمان، وإنما ظنَّ الطحاوي أنه لما لم يجر تأجيله لم يجر التصرف فيه، وهذا ليس بشيء؛ لأنَّ التأجيل لا يجوز لما في القرض من معنى التبرُّع والتأجيل، فبطل معنى التبرُّع، وهذا لا يوجد في التصرف.



بَابُ قَبْضِ الْمَبِيعِ

—•••••—

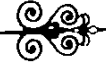
قال أبو الحسن: إذا وقع عقد البيع على ما وصفت لك والتمن دين؛ فللبائع منع المشتري حتى يقبض الثمن، وإنما يثبت للبائع حق الحبس بالتمن الحال؛ لأنَّ حقَّه كان في الملك واليد، فإذا باع فقد أسقط حقَّه عن الملك، فبقي حقُّه في اليد لم يُسقطه، وليس كذلك إذا كان الثمن مؤجَّلاً؛ لأنَّه يثبت له [حق] الحبس لأجل استيفاء الثمن، فإذا أجله فقد أسقط حقَّه فلا يُسقط ذلك حق المشتري.

وقد قالوا: لو باع بتمن بعضه حال وبعضه مؤجَّل، كان للبائع الحبس حتى يستوفي الحال؛ لأنَّه لم يُسقط حقَّه عن قبضه، وعلى هذا لو سلم المشتري جميع الثمن [إلا درهماً]^(١) فللبائع حقُّ الحبس في جميع المبيع؛ لأنَّ الحبس لا يتبعُّض كما ليس للمُشتري تبعيض انتقال الملك، وعلى هذا قالوا: لو باعه شيئين صفقة واحدة وسمَّى لكل واحد ثمناً، فدفَع المشتري حصَّة أحدهما^(٢)؛ لأنَّ للبائع حبسهما حتى يأخذ حصَّة الآخر، لأنَّه وإن سمَّى لكل واحد ثمناً فالصفقة واحدة، فكما ليس للمشتري أن يفرِّق الصفقة عليه في الملك كذلك في الحبس.

وقد قالوا: لو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن، كان له الحبس حتى يستوفي ما بقي؛ وذلك لأنَّ البراءة من البعض ليس بأكثر من استيفائه، فإذا كان

(١) في ج (لا يردهما) والمثبت من أ.

(٢) أي: ليس له أن يستلم حصَّة المدفوع، ولم يذكرها المؤلف؛ لدلالة العبارة السابقة عليها.



لو استوفى بعض الثمن ثبت له الحبس مما تبقى ، كذلك إذا أبرأ .

قالوا: ولو دفع بالثمن رهناً أو تكفل به كفيل لم يسقط الحبس ؛ لأنه وثيقة بالثمن ، فلا يسقط حبس المبيع كالشهادة^(١) .

١١٦٩ - فصل: [إحالة البائع على المشتري بالثمن]

وأما إذا أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن ، سقط الحبس عند أبي يوسف ، كذلك إن أحال المشتري البائع على رجل بالثمن سقط الحبس عند أبي يوسف ، روى ذلك بشر عنه ، وهي رواية ابن سماعة ، [عن]^(٢) محمد ، وروى عمرو بن أبي عمرو عن محمد: أن البائع إذا أحال على المشتري سقط الحبس ، وإن أحاله المشتري لم يسقط الحبس .

وجه قول أبي يوسف: أن المشتري إذا أحال بالثمن فقد برئت ذمته بالحوالة ، فصار كالبراءة بالإيفاء ، أو [كإبراء]^(٣) البائع .

وجه قول محمد: أن مطالبة البائع بالثمن لم تسقط ، فكان له حق الحبس كما لو لم يحل ، وليس كذلك إذا أحال البائع على المشتري ؛ لأن مطالبة بالثمن سقطت ، فصار كما لو أبرأ أو استوفى . والله تعالى أعلم .

١١٧٠ - فصل: [ضمان البائع في المبيع]

قال أبو الحسن: والمبيع في ضمان البائع إلى أن يسلمه المشتري ، إن هلك

(١) انظر: التجريد ، ٢٥٧٧/٥ .

(٢) في ج (غير) والمثبت من أ .

(٣) في ج (كبراءة) والمثبت من أ .

قبل ذلك بطل البيع ، وهلك على ملك البائع ، وكذلك إن دخله عيب كان من ضمان البائع .

والأصل في ذلك : ما روي أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى تُزهي» ، وقال : «أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم يستحل أحدكم مال أخيه»^(١) ، فهذا يدل على أن هلاك المبيع في يد البائع يُسقط الثمن ، وهذا معنى قولنا إنه مضمون ، وإنما قلنا إن ضمانه يوجب سُقوط الثمن ؛ لأنه لا يخلو إمّا أن يسقط الثمن أو تجب [القيمة]^(٢) على البائع ، فلا يجوز إيجاب القيمة على البائع ؛ لأنها لو وجبت لوجب على البائع تسليمها بعقد البيع ، وما وجب تسليمه بعقد البيع فهو مبيع ، والقيمة لا يجوز أن تكون مبيعة في الذمة ، وليس كذلك إذا استهلكه أجنبي ؛ لأن الأجنبي لا يلزمه تسليم القيمة بعقد البيع ، ألا ترى أننا لو تصوّرنا ارتفاع البيع لزمه الضمان ، ولو تصوّرنا ارتفاع المبيع لم يلزم البائع الضمان ، فدلّ على أنه يضمن بعقد البيع .

وليس هذا كمن تزوّج امرأة على عين من الأعيان ، فهلكت في يده أن عليه قيمتها ؛ لأنه يجب^(٣) عليه تسليمها بعقد النكاح ، (وما وجب تسليمه بعقد النكاح) فهو مهر ، والقيمة [يجوز أن] تكون مهراً في الذمة .

١١٧١ - فُضِّلَ : [الابتداء في دفع وقبض المتبايعين]

قال أبو الحسن : فإن أحضر المشتري الثمن فتشاحا أيهما يقبض أولاً : أمر

(١) أخرجه مسلم (١٥٥٥) .

(٢) في ج (العقد) والمثبت من أ .

(٣) في أ (ثبت) .

المُشتري أن يدفع الثمنَ أولاً ليتعيّن ملك البائع كما تعيّن ملك المشتري ، ثم يسلم البائع .

قال الشيخ رحمته الله : جملة هذا أن البيع إذا كان وقع على عين بئمن وجب تسليم الثمن أولاً ، وإذا وقع على عين بعين أو ثمن بئمن سلماً معاً ، ولم يتقدّم أحدهما في التسليم إلا باختياره ، واختلف قول الشافعي في هذه المسألة ، فقال : يقول القاضي أيكما يتبرّع على صاحبه ، فإن تبرّع أحدهما بالتسليم قبل الآخر سلّم ، وإن لم يتبرّع ، قيل لكل واحدٍ منهما : سلّم إلى أمين ، فإذا حصل العوضان في يد الأمين ، سلّم إلى كل واحد منهما .

وقال في قول آخر : يسلم المبيع أولاً ثم الثمن ، والدليل على ما قلناه : ما روى ابن عمر ، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال : «ثلاث لا يؤخرن : الدين إذا وجدت ما تقضيه»^(١) ، والثمن دين فلا يجوز أن يؤخر المشتري قضاءه مع القدرة ؛ ولأنّهما عين محبوسة بدين ، فلا يؤمر بتسليمها قبل قبض الدين ، أصله الرهن ، ولا يلزم الثمن المؤجل ؛ لأنّ العين لا تحبس به ؛ ولأنّ حقّ المشتري تعيّن في المبيع ولم يتعيّن حقّ البائع فيها ، ومن حكم العاقدين أن يتساويا ، ولا يتعيّن الدراهم عندنا بالتعيين ، فوجب تسليمها حتى يتعيّن حقّ البائع فيها كما تعيّن حقّ المشتري .

وأما إذا كان العقد وقع على عين بعين أو دين بدين ، فقد تساوى المتعاقدان ولا مزية لأحدهما على الآخر ، فوجب أن يسلم معاً .

١١٧٢ - فصل : [الامتناع من دفع الثمن إذا كان المبيع غائباً]

قال أبو الحسن : وإن كان المبيع غائباً عن حضرتها ، فللمشتري أن يمنع من

(١) لم أعثر على الحديث بهذا اللفظ .

التسليم حتى يحضر المبيع ، ويكون بحيث يُمكنه قبضه في مكانه إذا دفع الثمن ؛ لأنه مستحقُّ عليه تسليم الثمن ليتوصَّل إلى قبض المبيع ، فإذا كان المبيع غائباً وكلفناه دفع الثمن تقدَّم حقُّ البائع ، وتأخر حقُّ المُشتري ، وفي هذا إلحاق ضرر به .

١١٧٣ - فُصْل : [صيغة تسليم العين والثمن]

قال أبو الحسن : وتسليم العين أن يقول مَنْ عليه تسليم ذلك للمشتري : قد سلَّمت إليك ؛ حيث يمكن المشتري قبضها من غير مانع ، وتسليم الثمن أن يحضره الذي هو عليه محوزاً مفرزاً من غيره ، ثم يقول كما قال الآخر ، وإذا قال ذلك ، فقد خرج من ضمان المسلم [و صار ذلك في ضمان المسلم إليه] قَبْلَ ذلك المُسلم إليه أو لم يقبَل إذا لم يكن هناك مانع منه ، فإن هلك هلك في ضمان المُسلم إليه ، وإن دخله عيب لم يكن من ضمان المُسلم .

قال الشيخ رحمته الله : جملة هذا أن التسليم الذي يقتضيه عقد البيع هو التخلية التي يتمكن معها من القبض ، فإذا وُجدت فقد برئ المُسلم . وقال الشافعي : التسليم في الدراهم والدنانير والأشياء الخفيفة هو قبضها بالبراجم ، والمتاع الكثير قبضه أن ينقله المشتري من مكانه ، والطعام إذا ابتاعه مكايلة فقبضه الكيل والنقل ، وإن نقله من غير كيل فقد دخل في ضمانه ، والقبض غير صحيح .

لنا : أن كل ما صار به قابضاً للتمرة المبتاعة على النخل ، صار به قابضاً لغيرها كالنقل والتحويل ؛ ولأنَّ البائع يجبُ عليه ما [يقدر]^(١) عليه ، والذي يتمكن منه رفع يده والتخلية من غير مانع ، فأما نقل المشتري فهو فعله ، فلا يجوز أن يستحقَّ على البائع ، ولأنَّه تصرف من المشتري فلا تقف صحَّة التسليم عليه ،

(١) في ب (نقله) والمثبت من أ .

كأكله ولُبسه^(١).

١١٧٤ - فَصْل: [تسليم المبيع في تأجيل الثمن]

فإن كان الثمن ديناً مؤجَّلاً، [فالأجل]^(٢) ما شرط فيه الآجل في عقد البيع، أو أجله مالكة بعد العقد، فليس للبائع منعه بالثمن المؤجل، وهذا على ما بيَّنا أن البائع إذا أُجِّل الثمن فقد أسقط حَقَّه من القبض، فلا يسقط حَقُّ المشتري؛ ولأنَّ التأجيل^(٣) إنما يشترط تخفيفاً عن المشتري لينتفع به بالمبيع ويتأخر عنه قبض الثمن، فلو حبس البائع المبيع لم يكن في التأجيل فائدة.

١١٧٥ - فَصْل: [القبض في غياب المشتري وحلول الأجل]

قال أبو الحسن: فإن لم يحضر المشتري حتى حَلَّ الأجل، فله قبضه قبل أن ينقد الثمن، وللبيع أن يُطالبه بالثمن^(٤) حالاً من غير أن يمنع السلعة^(٥)، وذلك لأن العقد وقع غير موجب للحبس ابتداءً، فلا يوجب ذلك في الثاني، وصار كمن له على رجل دين حال وله في يده مال، فلا يجوز له حبسه به، وإن طالبه بدينه.

١١٧٦ - فَصْل: [التأجيل بالثمن سنة غير معينة]

وقد قال أبو حنيفة: إذا أُجِّلَ بالثمن سنة غير معينة، فلم يقبض^(٦) المشتري

(١) انظر الأصل ٥٧٣/٢ وما بعدها

(٢) في ج (والمؤجل) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الأجل).

(٤) في أ (بالمال).

(٥) في أ زيادة (بالثمن).

(٦) في أ (يحضر).

حتى مضت سنة، [فالأجل سنة] ^(١) من حين يقبض المبيع، رواه سعد الموصلي، وعمرو بن أبي عمرو، وهشام عن محمد عن أبي حنيفة: وإن كانت سنةً بعينها ومضت صارَ الثمن حالاً، وروى محمد عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة.

وجه قول أبي حنيفة: أن المدّة إذا لم تكن معيّنة، ففائدة التأجيل أن ينتفع المشتري بالمبيع ويترّفه بتأخير الثمن عنه، وهذه الفائدة لا تحصل إلا بعد قبض المبيع، وليس كذلك إذا كانت السنة معيّنة؛ لأنّ الأجل تعلّق بمدّة بعينها، فلا يثبت في غيرها.

وجه قولهما: أن الأجل المطلق يكون ابتداءه عقيب العقد، أصله مدّة الإجارة.

١١٧٧ - فُصِّلَ: [ابتداء الأجل المطلق مع وجود خيار للمتبايعين]

وأما إذا كان في البيع خيار للمتبايعين أو لأحدهما والأجل مطلق؛ فابتداءه من حين يجب العقد في قولهم؛ وذلك لأنّ تأخير المطالبة إنما يكون فيما يجب المطالبة به، والبيع المشروط فيه الخيار لا يجب المطالبة بثمنه، فوجب أن يكون ابتداء التأجيل من حين وجوب المطالبة [بالثمن، فكان التأجيل من حين يجب العقد، ويسقط الخيار]، وليس كذلك إذا كان في المبيع خيار رؤية؛ لأنّ خيار الرؤية لا يمنع من وجوب المطالبة بالثمن، فكان التأجيل من حين العقد.

قال أبو الحسن: فإن أحدث المشتري في المبيع عيباً نقصه، أو أحدث البائع بأمره، فهو قبض من المشتري، إلا في النكاح خاصّة إذا كانت جارية فزوّجها المشتري، أو أن يقرّ عليه بدين فإن ذلك لا يكون قبضاً استحصاناً، أما

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

إذا دَخَلَ فِي المَبِيعِ عَيْبٌ يَنْقُصُهُ بِفِعْلِ المَشْتَرِي مِثْلُ: قَطَعَ يَدًا أَوْ شَجَةً، فَقَدْ صَارَ مُسْتَوْفِيًّا لِذَلِكَ الجِزْءِ بِالمَبَاشِرَةِ، وَتَثَبَتْ يَدُهُ عَلى بَقِيَّةِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَطِيعُ قَطْعَ يَدِهِ إِلَّا بِالمَتَمَكِّنِ مِنْهُ، فَصَارَ قَابِضًا لِجَمِيعِهِ، [وَكذلك] (١) إِذَا أَتَلَفَ المَلِكُ فِيهِ حِكْمًا، مِثْلُ أَنْ يَعتَقَهُ؛ لِأَنَّ إِتْلَافَ المَلِكِ كإِتْلَافِ العَيْنِ، أَلَا تَرَى أَنْ كَلَّ وَاحِدًا مِنْهُمَا يَخْرُجُ العَيْنُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَالًا فَكَمَا لَوْ أَتَلَفَهُ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ، كَذَلِكَ إِذَا [أَعْتَقَهُ] (٢).

وَكذلك إِذَا نَقَصَ المَالُ حِكْمًا، مِثْلُ: أَنْ يُدَبِّرَ العَبْدَ، أَوْ يَقْرَأَ الجَارِيَةَ أُمَّ وَلَدًا؛ لِأَنَّ نَقْصَانَ الرِّقِّ كَنَقْصَانِ [العَيْبِ] وَزِيَادَةٍ، أَلَا تَرَى أَنْ نَقْصَانَ [العَيْبِ] لَا يَمْنَعُ البَيْعَ، وَنَقْصَانَ الرِّقِّ يَمْنَعُ، فَإِذَا صَارَ قَابِضًا بِنَقْصَانِ [العَيْبِ] (٣)، فَنَقْصَانَ الرِّقِّ أَوْلَى.

وَكذلك إِذَا أَمَرَ المَشْتَرِي البَائِعَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ عَلى مَلِكِ المَشْتَرِي، فَأَمْرُهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ، فَائِدَةُ فَصَارَ فَعَلُهُ كَفَعَلِهِ.

وَأَمَّا التَّزْوِيجُ وَالإِقْرَارُ بِالذِّينِ، فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بِهِمَا قَابِضًا، وَالاسْتِحْسَانُ أَنْ لَا يَكُونَ قَابِضًا، وَقَالَ أَبُو يَوْسُفٍ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأَصُولِ: التَّزْوِيجُ قَبْضٌ.

وَجِهَ القِيَاسُ: أَنَّ التَّزْوِيجَ عَيْبٌ بِدَلَالَةِ أَنْ لِلْمَشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ المَبِيعَ بِهِ عَلى البَائِعِ، فَصَارَ كَسَائِرِ العَيْبِ إِذَا حَصَلَتْ بِفِعْلِ المَشْتَرِي.

وَجِهَ الاسْتِحْسَانُ: أَنَّ هَذَا عَيْبٌ مِنْ طَرِيقِ الحَكْمِ، لَا يُوجِبُ نَقْصَانَ الرِّقِّ،

(١) فِي ج (وَذَلِكَ) وَالمُثَبِّتُ مِنْ أ.

(٢) فِي ج (أَعْتَقْتُمْ) وَالمُثَبِّتُ مِنْ أ.

(٣) فِي المَوَاضِعِ الثَّلَاثَةِ فِي ج (العَيْنِ) وَالمُثَبِّتُ مِنْ أ.

فصار كالإقرار بالدين ، فأما إن وطئها الزوج [في يد البائع ، فهو قبض في قولهم ؛ لأن الوطاء أوجبته المشتري بفعله ، فصار وطاء الزوج] كوطئه .

١١٧٨ - فصل : [إيداع البائع المبيع عند المشتري]

وقد قالوا في الرواية المشهورة: لو أودع البائع المبيع عند المشتري ، أو أعاره ، لم يكن له أن يستردّه . وروى ابن سماعة ، عن أبي يوسف: أن للبائع رده إلى يده .

وجه قولهم: أن المبيع على ملك المشتري ، فلا يجوز أن يكون تصرف فيه بإذن غيره ، فلم يبق إلا أن يكون متصرفاً فيه بحق ملكه ، وذلك قبض ، وليس^(١) هذا كالرهن إذا أعاره المرتهن للراهن ؛ لأنه لا يتصرف فيه بأمر المرتهن ، [وإنما يؤثر أمر المرتهن في إسقاط حقه ، ثم إن الراهن يتصرف بحكم ملكه ، إلا أن للمرتهن] أن يسترجع هناك ، وليس للبائع أن يسترجعها هنا ؛ لأن عقد الرهن إنما ينعقد على الحبس ، والحبس هو المعقود عليه ، فتأكد ، فجاز أن يثبت للمرتهن حبسٌ بعد حبس ، والبيع لا ينعقد على الحبس ، وإنما الحبس من توابعه ، فضعف معنى الحبس ، فلم يثبت للبائع حبس بعد حبس .

١١٧٩ - فصل : [إعارة المشتري البائع المبيع]

ولو أعار المشتري البائع المبيع أو أودعه إياه أو أجره إياه ، لم يكن ذلك قبضاً ، فإن هلك [هلك] ، من مال البائع ؛ لأن يد البائع مُستحقة ، فعلى أي وجه حصل إمساكه وقع عن مستحقة ، ولم يقع عن غيره ، وإذا كان إمساكه بحكم البيع هلك من ضمانه .

(١) في أ (كذلك) .

١١٨٠ - فَصْل: [الضمان في الجناية على المبيع]

وقد قال أبو يوسف: ولو جنى رجل على المبيع فاختار المشتري أتباع الجاني، خرج ما على الجاني من ضمان البائع، وقال محمد: هو في ضمان البائع حتى يقبضه.

وجه قول أبي يوسف: أنه لما اختار تضمين الجاني؛ فكأنه أجاز فعله، فصار الأجنبي كالجاني بأمر المشتري.

وجه قول محمد: أن الجناية ليست قبضاً في الحقيقة، فتلحقها الإجازة، فما لم يسلم للمشتري لم يكن لها قابضاً.

١١٨١ - فَصْل: [القبض بالاستعمال أو الإعارة]

وقد قالوا: لو أرسل المشتري العبد في حاجته أو أعاره غير البائع أو أودعه إنساناً، صار قابضاً؛ لأنه إذا أرسله في حاجته صار مستعملاً له، فثبتت يده عليه، ألا ترى أن أجنبياً لو استخدمه عند إنسان ضمنه، وأما إذا أعاره فقد تصرف فيه بالعارية فصار قبض المستعير كقبضه.

فأما المودع فيده يد لمودعه، فصار تسلّم المودع له كتسلّم المشتري.

١١٨٢ - فَصْل: [أمر المشتري البائع بالعمل في المبيع]

فإن أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً ينقصه أو لا ينقصه مثل القسارة والغسل بأجر أو بغير أجر، فما كان ينقصه فهو قبض، وما لم ينقصه فليس بقبض، [وللبائع الأجرة في الوجهين جميعاً هلك المبيع أو لم يهلك.

أما إذا فعل ما ينقصه [ففعله بأمر المشتري كفعل المشتري ، وإذا فعل ما لا ينقصه ، ولا حصل تحت يد المشتري فهو كفعله من مكان إلى مكان ، وأما وجوب الأجرة في الفعل الذي يصيرُ به قابضاً ، فلا [شبهة]^(١) فيه ؛ لأنه إذا صارَ بفعل البائع قابضاً من طريق الحكم ، صارَ بذلك القبضُ مُستوفياً للعمل ، فيجب عليه بدله .

وأما إذا كان العمل لا يصير به المشتري قابضاً ، فقد هلكت المنافع قبل القبض ، فلا يجوز أن يجب بدلها ، فيجب^(٢) أن يحمل ما قالوه على المنافع التي لا تفتقر إلى التسليم إذا فعلت في الملك ، مثل : الحمل فتجب الأجرة ؛ لأنَّ التسليم فيها لا يُعتبر .

١١٨٣ - فصل : [الضمان إذا كان المبيع في يد المشتري]

ولم يذكر أبو الحسن حكم المبيع إذا كان المبيعُ في يد المشتري ، وقد قالوا إن كلَّ موضع كان المبيعُ مضموناً في يد المشتري بنفسه ؛ مثل : الغصب ، فإنه يدخل في ضمانه بنفس العقد ، سواء كان المبيعُ بحضرته أو غائباً عنه ؛ وذلك لأنَّ ضمان المبيع هو ضمان الشيء بنفسه ، بدلالة أن من اشترى عبداً بجارية فقبض العبد [الذي دخل في ضمانه] وهلك في يده ، ثم ماتت الجارية قبل التسليم ، وجبَ عليه ضمان قيمة العبد ، وهذا هو ضمانُ الغصب ، فإذا باعه فقد وجد عقيب العقد القبض الذي أوجبه العقد ، فدخل في ضمانه .

وإن كانت العينُ في يد المشتري أمانة ، مثل : الوديعة والعارية ، أو مضمونة بغيرها ، مثل : الرهن ، لم يدخل في ضمان المشتري ، إلا أن يكون بحضرته ، أو

(١) في ج (يشمله) والمثبت من أ .

(٢) في أ (وإنما يحمل) .

يرجع إلى حيث هو فيصير متمكناً من قبضها ؛ لأنَّ يدَ المودَع والمستعير يدُ أمانة ، فلم يُوجد عقيب العقد القبض ، الذي يقضيه البيع ، وهو القبض المضمون .

فإذا كانت العينُ بحضرته فبقاؤه على الإمساك تجديد قبضٍ فيها ، وإن كانت غائبة فلا بدُّ من تجديد القبض ، وذلك لا يُمكن إلاَّ أن يصير بحيث يتمكن من قبضها ، وأما الرهن فهو مضمون إلا أن ضمانه ليس هو الضمان الذي يوجبه عقد البيع ؛ لما بيَّنا أن قبض المبيع مضمون بنفسه ، والرهن مضمون بغيره ، فلم يكن بدُّ من تجديد القبض .

فصل : قال أبو الحسن : فإن وكلَّ كلُّ واحد منهما بالقبض وكيلاً أو أحدهما ، فذلك جائزٌ ؛ لأنَّ القبض يصح فيه النيابة ، فكان قبض الوكيل كقبض موكله .

١١٨٤ - **فصل :** [قول المشتري : كلَّ الحنطة في هذه الغرائر]

وكذلك إن دفع المشتري إلى البائع غرائر ، فقال : كلَّ هذا فيها ، وهو تعيينه فكاله ، كان قبضاً كان المشتري حاضراً أو لم يكن ، ولا يكون ذلك قبضاً في السلم ، إلا أن يحضر ربُّ السلم أو وكيله ، وقد بيَّنا الفرقَ بين المسألتين في باب السلم .

وقال أبو يوسف : إذا قال المشتري للبائع : أعرنني [جوالقك وكله] ^(١) فيه ، ففعل والمشتري حاضر فهو قبض ، وإن كان غائباً لم يكن قبضاً ، وقال محمد فيهما : لا يكون قبضاً مع الغيبة حتى يقبض الجوالق منه ثم يسلمه إليه فيقول : كلَّ لي فيه .

(١) في ج (جوالقاً وكله) والمثبت من أ .

وجهُ قول أبي يوسف: أَنَّهُ لَمَّا اسْتَعَارَ الْجَوَالِقَ بَعِينَهُ ؛ صَارَ الْكَيْلُ فِيهِ كَالْكَيْلِ فِي جَوَالِقِ [وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ عَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَةَ لَمْ تَصَحْ فِيهِ ، فَصَارَ الْبَائِعُ كَائِلًا فِي جَوَالِقِ] لَا يَدُ لِلْمَشْتَرِيِّ عَلَيْهِ .

وجهُ قول محمد: أَنَّ الْعَارِيَةَ لَا تَصَحُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَمَا لَمْ يَقْبِضِ الْجَوَالِقَ لَمْ تَثْبُتْ يَدُهُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ بِالْكَيْلِ فِيهِ قَابِضًا .

وقد قالوا إذا قال رجل لرجل: أقرضني قفيزاً من حنطة! وكيه في جوالقي هذا، فكاله المقرض مع غيبة المُستقرض لم يكن قابضاً؛ لأنَّ المُستقرضَ لم يملك الطعام، فأمره فيه لا يتعلق به حكم كالسلم.

١١٨٥ - فَصْلُ: [القبض في العين والدين]

وقد روى ابن سماعه، عن أبي يوسف: فيمن اشترى كُرًّا بعينه، وله على البائع كُرٌّ دَيْنٍ فأعطاه جوالقاً، وقال: كِلْهُمَا فِيهِ، فَكَالَهُمَا، فَهُوَ قَابِضٌ، سِوَاءَ كَالِ الدِّينِ أَوْلاً أَوْ الْمَشْتَرَى، وَقَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي نَوَادِرِ أَبِي يُونُسَ: إِنْ كَالِ^(١) الدِّينِ [أَوْلاً]^(٢) لَمْ يَكُنْ قَابِضًا لِلدِّينِ، وَكَانَ قَابِضًا لِلْعَيْنِ، فَيَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فِيهِمَا، وَإِنْ كَالَ [العين]^(٣) أَوْلاً صَارَ قَابِضًا لَهُمَا.

وجهُ قول أبي يوسف: أَنَّهُ لَمَّا أَمَرَهُ بِكَيْلِهِمَا فَكَالَ الدِّينَ، لَمْ يَصِرْ بِكَيْلِهِ قَابِضًا، فَإِذَا خَلَطَهُ بِالْعَيْنِ صَارَ قَابِضًا بِخِلْطِهِمَا؛ لِأَنَّ الْخِلْطَ مِنْ أَسْبَابِ التَّمْلِيكِ .

[وجه]^(٤) قول محمد: أَنَّهُ إِذَا كَالَ الْعَيْنَ أَوْلاً فَقَدْ دَخَلَتْ فِي قَبْضِ الْمَشْتَرِيِّ،

(١) في أ (كان).

(٢) في ج (أو) والمثبت من أ.

(٣) في ج (للعين) والمثبت من أ.

(٤) في ج (وخبر) والمثبت من أ.

فإذا كال الدين عليها ، صار مستملكاً^(١) له في ملك المشتري فيكون قبضاً ، وأما إذا كال الدين أولاً فلم يملكه المشتري فبقي على ملكه ، فإذا كال عليه المبيع فقد خلطه بملك نفسه ، فلا يبرأ من الدين .

١١٨٦ - فَصْل : [تسليم البائع المشتري مبيعاً متعلقاً بآخر]

قال أبو الحسن : فإذا سلم البائع إلى المشتري مبيعاً متعلقاً بملك آخر للبائع ، فإن ذلك على وجهين : ما كان المشتري لا يمكنه تناوله إلا أن يحدث في ملك البائع الذي لم يقع عليه عقد البيع حدثاً يصل به إلى القبض ، لم يكن ذلك تسليمًا من البائع ، وهذا مثل من باع قطناً في فراش فسلم الفراش ، أو حنطة في سنبل فسلم السنبل . وما كان المشتري يمكنه تناوله ، بأن يحدث في نفس المبيع القبض لا في غيره ، [فهذا]^(٢) تسليم ، وهذا مثل التمرة على النخلة ، أو الكرم .

والوجه في ذلك : أن التسليم في مسألة الفراش لا يمكن إلا بفتح الفراش ، وذلك تصرف في ملك البائع ، وكذلك تسليم الحنطة لا يمكن [إلا] بدق [التبن]^(٣) ، وذلك تصرف في ملك البائع ، والمشتري لا يستحق بالبيع التصرف فيما لو تملكه ، فلم يصر قادراً على التسليم ، فلم يكن قبضاً ، فأما التمرة فأخذها لا يقف على إحداث فعل فيما لم يملكه ، وإنما يقف على التصرف فيما ملكه ، فلا يمنع ذلك التسليم كالنقل الذي هو تصرف فيما ملكه .

وعلى هذا قالوا : إن أجرة فتح الفراش ودق السنبل على البائع ؛ لأن ذلك

(١) في أ (مستهلكاً) .

(٢) في ج (فلذلك) والمثبت من أ .

(٣) في ج (البان) والمثبت من أ .

ليس بقبض ، وإنما هو فعل يتوصل به البائع إلى القبض المستحق عليه ، وقالوا في أجره الجَدَاد وأخذ الثمر أنها على المشتري ؛ لأنَّ ذلك هو القبض بعينه^(١) ، فصار كالنقل .

وقد قال عمرو بن أبي عمرو في إملائه: إن أجره الكَيْال والوزان والذراع والعداد على البائع ، وهذا يريد به فيما باعه مكايلة أو موازنة أو عدداً أو ذراعاً ؛ لأنَّ الكيل لإيفاء المستحق على البائع ، فكانت أجرته عليه .

وقال ابن رستم عن محمد: أن أجر الناقد على المشتري ، وأجر الوزان على البائع ؛ لأنَّ النقد إنما يحتاج المشتري إليه ليُمَيِّز به ما تعلق حقه به من غيره ، فأجره ذلك عليه .

وروى ابن سماعه عن محمد قال: أجره الناقد والوزان على الذي عليه الدين ، إلا أن يقبض دينه ، ثم يدعي أنه من غير نقده ، فإن الحاكم يجعل أجره ناقده عليه .

والوجه في ذلك: أن البائع ما لم يقبض الثمن فعليه أن يوفي الثمن الجيد كما عليه أن يوفي القدر ، فإذا وجبت أجره الوزان عليه كذلك الناقد ، وأما إذا قبض [صاحب]^(٢) الحق حقه فقد دخل في ضمانه بالقبض ، فإذا ادعى أنه على خلاف حقه فالناقد إنما يميز ملكه ليستوفي [بذلك]^(٣) حقاً له فالأجره عليه^(٤) .

(١) في أ (القبض نفسه ، فهو كالنقل) .

(٢) في ج (صاحبه) والمثبت من أ .

(٣) في (تلك) والمثبت من أ .

(٤) انظر: الأصل ٥٧٣/٢ وما بعدها؛ التجريد ، ٢٥٧٠/٥ وما بعدها .



بَابُ قبض المبيع بغير إذن البائع



قال أبو الحسن: إذا قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع، فيما للبائع منعه حتى يستوفي الثمن، فللبائع أن يستردّه من يد المشتري، فيكون في يده حتى يستوفي الثمن.

قال الشيخ رحمته الله: والأصل في هذا ما بينا أن للبائع حق الحبس حتى يستوفي الثمن، فإذا قبض المشتري المبيع بغير أمره فقد أسقط حقه، فكان للبائع استرجاعه إلى يده حتى يستوفي حقه؛ ولأنّ المبيع محبوس لاستيفاء مالٍ كالرهن، ومعلوم أن الراهن لو أخذ الرهن من يد المرتهن بغير أمره أُجبر على رده، كذلك المشتري، وليس كذلك إذا نقد المشتري الثمن ثم قبض المبيع بغير إذن البائع؛ لأن البائع لم يبق له حق الحبس لأجله، فإذا قبض المشتري فقد قبض بحق، ألا ترى البائع لو امتنع من التسليم أُجبر عليه، والقبض بحق لا يفسخ.

١١٨٧ - فُصِّل: [تصرف المشتري فيما قبضه بغير إذن البائع]

قال أبو الحسن: وكذلك إن كان المشتري باعه أو وهبه أو رهنه؛ وذلك لأنّ تصرف المشتري فيما قبضه بغير إذن البائع على وجهين:

كل ما يلحقه الفسخُ فللبائع فسخه واسترجاع المبيع، مثل: أن يبيع المشتري أو يرهن أو يهب أو يؤاجر أو يتزوج على المبيع؛ وذلك لأنّ هذا التصرف مما يلحقه الفسخ، وقد تصرف المشتري مع تعلق حق غيره بالمبيع، فكان لصاحب

الحق فسخ تصرّفه ، كالأمر إذا باع الرهن .

والضرب الثاني من التصرف : ما لا يلحقه الفسخ ، مثل : العتق ، والتدبير ، والاستيلاء . فلا يملك البائع ردّ المبيع إلى يده ؛ لأنّ تصرف المشتري صادق ملكه ، وهو مما لا يلحقه الفسخ فنقد ، فلم يمكن الرجوع فيه ، ولأنّ المشتري لو فعل ذلك والمبيع في يد البائع نفذ وسقط حقّ الحبس ، فإذا فعله بعد ما قبضه أولى .

١١٨٨ . فصل : [البائع وجد الثمن زيوفاً قبل قبض المشتري المبيع]

فإن نقد المشتري الثمن ولم يقبض المبيع حتّى وجد البائع الثمن أو بعضه زيوفاً أو بهرجة أو استحقّ أو كان ستوقاً أو رصاصاً ، فللبائع أن يمنع المبيع حتّى يستوفي الثمن ؛ لأننا بيّنا أن للبائع حقّ الحبس حتّى يستوفي حقّه ، وحقه الجياد ، فإذا قبض الزيوف ولم يسقط حقّه عن المبيع ، كان له البقاء على الحبس حتّى يقبض ما تعلقّ حقّه به .

قال : وكذلك إن كان المشتري قبضه بغير إذن البائع بعد دفع الثمن الزيوف ، فللبائع أن ينتقض القبض ؛ وذلك لأننا بيّنا أن قبض المشتري بغير إذن البائع في الموضوع الذي للبائع حقّ الحبس^(١) كلاً قبض ، فكان له أن يسترجع المبيع .

فإن كان المشتري قد تصرّف فيه ؛ فتصرّفه على الوجهين اللذين قدّمنا ، يفسخ منه ما يلحقه الفسخ ، ولا يفسخ ما لا يلحقه الفسخ .

﴿٥٥﴾

(١) فوج (أن يحبس) .

١١٨٩ . فصل: [البائع وجد الدراهم ستوقه وقد كان قبض المشتري بأمر البائع]

قال أبو الحسن: فإن قبضه بأمره ثم كان ذلك، رده البائع إلى يده إذا كانت الدراهم ستوقه أو رصاصاً أو استحققت، وكان العبد قائماً في يد المشتري لم يحدث فيه شيئاً، وليس له عليه في البهجة والزيوف سبيل.

قال الشيخ رحمته: وهذه أربع مسائل:

إحداها: هذه سُوي فيها بين المستحقة والستوقه.

والمسألة الثانية: إذا قبض الراهن الدين فأخذ الرهن بإذن المرتهن ثم وجد الدين على إحدى هذه الصفات، فإنه يسترجع الرهن في الوجود كلها.

والمسألة الثالثة: المكاتب إذا أدت فعتق، ثم وجد المولى المال على إحدى هذه الصفات، فإن العتق يقع فلا يفسخ في الزيوف والبهجة والمستحقة، ولا يعتق في الرصاص والستوقه.

والمسألة الرابعة: ذكر في كتاب الأيمان: إذا حلف لا يُفارق غريمه حتى يستوفي حقه فأعطاه دينه، ثم وجد على أحد هذه الصفات بعد الافتراق، برّ في يمينه في الزيوف والبهجة والمستحقة، وحنث في الستوقه والرصاص.

أما الكلام في مسألة البيع: فقد بينا أن البائع لا يسترجع المبيع في الزيوف والبهجة، وقال زفر: يسترجعه، وروي عن أبي يوسف مثله، قال ابن أبي مالك: هذا قوله الأول، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة.

وجه قولهم: إن الزيوف والبهجة يقع بهما الاستيفاء عن الجياد؛ بدلالة

[أن من له الحق] لو تجوز بها في ثمن الصرف ورأس مال السلم جاز، فإذا أسقط حقه عن المبيع مع تعيين ملكه في الثمن، لم يكن له استرجاعه كما لو وجده جياداً، وليس كذلك الرصاص والستوق؛ لأن الاستيفاء لا يقع بها عن الجياد؛ ولهذا لو تجوز بها في ثمن الصرف ورأس مال السلم لا يجوز، فلم يقع بها الاستيفاء في مسألتنا، والبائع إنما أسقط حقه بشرط الاستيفاء، فكان له العود فيه، وأمّا المُستحقّة فلم يملكها بالقبض ملكاً صحيحاً، فإذا لم يُجزر المستحقُّ القبضَ انفسخ من أصله، فكانه لم يقبض.

والفرق بين مسألة البيع والرهن: أنّ في الرهن يثبت له قبض بعد قبض، بدلالة أنّ المرتهن لو أعار الراهن للرهن كان له استرجاعه، فإذا سلم الرهن عند الاستيفاء، ثم انفسخ الاستيفاء بالردّ كان له استرجاع الرهن ثانياً، وليس كذلك البيع؛ لأنّه ليس له إلا قبض واحد، ألا ترى أن البائع لو أعار المشتري المبيع لم يكن له استرجاعه، (فإذا سلمه بعد تعيين ملكه في قبض صحيح، لم يكن له استرجاعه) (١).

وجه قول زفر: أن البائع يثبت له [حق] الحبس ليستوفي حقه، والزيوف ليست حقه فصارت كالرصاص؛ ولأنّه محبوس للاستيفاء كالرهن، وأمّا الكتابة فإن العبد يعتق فيها من حيث الشرط، فإذا دفع الزيوف والمُستحقّة وقبضها عن الجياد قبضاً صحيحاً، ووجد شرط العتق فعتق، والمُستحقّة قبضها قبض صحيح، ألا ترى أنّه ليس لواحدٍ من المتعاقدين حقّ الفسخ فيها، فوجد بأدائها الشرط، فعتق، وأمّا الستوق والرصاص فليسا من جنس الدراهم، فلا يوجد

(١) ساقطة من أ.

بأدائها الشرط فلا يعتق .

وأما مسألة اليمين ، فلا شبهة في الزيوف والبهرجة ؛ لأنَّ قبضها عن^(١) الجياد قبضٌ صحيحٌ ، فإن ثبت لقبضها الخيار ، وإذا صحَّ القبض وجد شرط البر ، وأما المستحقة فقد كان يجبُ أن لا يبرأ فيها ؛ لأنَّه لا يملكها بالقبض ، ولكنَّهم قالوا: الأيمان محمولة على العرفِ ، ومعلومٌ أن من حلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي ، إنما يريدُ [بيمينه]^(٢) أن لا يفارقه وله عليه مُطالبته ، وهو إذا قبضَ المستحقة فقد سقطت مطالبته في الحال ، وإنما يثبت له حق المطالبة في الثاني إذا لم يجد المُستحق قبضه ، وهذا لا يمنع من وجود شرط البر .

١١٩٠ . فُصِّلَ : [تصرف المشتري في المبيع ببيع أو إجارة]

قال أبو الحسن : فإن كان المشتري قد تصرف فيه ببيع أو رهن أو إجارة ، فلا سبيل للبائع عليه ؛ وذلك لأنَّ المشتري قبضه بتسليطه ، فإذا تصرف فيه سقط بذلك حق الفسخ كالمقبوض على وجه بيع فاسد إذا تصرف فيه المشتري .

١١٩١ . فُصِّلَ : [تجزئة الصفقة الواحدة]

قال أبو الحسن : وإن كان المُشتري اثنين فنقده أحدهما حصته أو نقدها إلا درهماً واحداً ، بقي على أحدهما ، فله أن يمنع جميع المبيع حتى يستوفي ما على الآخر ؛ وذلك لأن البيع صفقة واحدة ، ألا ترى أن الثمن جملة واحدة فصار كالمشتري الواحد .

(١) في أ(من) .

(٢) في ج(به) والمثبت من أ .

١١٩٢. فصل: [قبض المبيع من أحد المشتريين]

قال أبو الحسن: فإن غاب أحد المشتريين وحضر الآخر، لم يكن له أن يقبض المبيع [حتى] يُسلم جميع الثمن، ولا يجبر على ذلك، فإن اختار ذلك سَمَّه وقبض العبد، ولم يكن متبرِّعاً فيما نقد في قول أبي حنيفة ومحمد، وله حبس العبد حتى يُعطيه شريكه ما نقدهُ عنه، وقال أبو يوسف في الأصل والجامع الصغير: ليس له أن يقبض حتى يؤدي جميع الثمن، فإذا أدى قبض نصيبه خاصة، وهو متطوع فيما نقد عن صاحبه، وذكر بشر بن الوليد عنه في نوادره: أنه يدفع نصف الثمن، ويأخذ نصف العبد، فإذا أدى جميع الثمن وأخذ العبد فهو متطوع.

وقال الشافعي: له أن يأخذ نصف العبد إذا أدى نصف الثمن.

وإنما قلنا: إنه لا يجوز أخذ شيء من العبد إذا أدى نصيبه من الثمن؛ لأنَّ في ذلك تفريق الصفقة [على البائع] ^(١) في الحبس، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز تفريق الصفقة عليه في الملك، وأصله إذا كان المُشتري واحداً.

وعلى الشافعي: أن البائع سمَّى ثمناً حالاً جملةً واحدةً، فلا يجوز قبض شيء من المبيع قبل استيفاء الثمن، كالمُشتري الواحد، وإنما قلنا إنه إذا أدى نصيب شريكه لم يكن متطوعاً؛ لأنَّه لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا بأداء ذلك، فدخلهما في العقد إذن من كل واحد منهما لصاحبه فيما يتوصل به إلى تحصيل أحكام العقد، فصار ذلك كالإذن في دفع الثمن من طريق القول، وليس كذلك إذا كان شريكه حاضراً؛ لأنَّه يتوصل إلى استيفاء حقه من غير دفع الثمن بأن يقدم الشريك إلى الحاكم فيلزمه الاجتماع معه على الدفع، فإذا لم يفعل حتى أدى

(١) في ج (عليه) والمثبت من أ.



ذلك كان متطوعاً .

وإنما قلنا إنه لا يجبر على ذلك ؛ لأنَّ الإنسان لا يلزمه قضاء دين غيره إلا بضمان ، ولم يوجد من أحد الشريكين ضمان .

وإذا ثبت أنه لا يقبض حتى يؤدِّي الثمنَ ، فإذا أدَّى الثمن كان له قبض جميع العبد ؛ لأنه قام مقام شريكه في أداء الثمن بحكم العقد ، فصار كوكيله في الشراء .

وإذا قبض العبد رجَعَ على شريكه بما أدَّى عنه ؛ لأنه أدَّاه بمقتضى العقد الذي دخل شريكه معه فيه ، فصار كالمؤدِّي بأمره .

وله حبس نصيب شريكه حتى يستوفي ؛ لأنَّ الأداء إذا صار كالمأمور به ، صار قبضُ الشريك كقبض الوكيل بالشراء ، فله الحبس عندنا .

فإن هلك في يده قبل حبسه هلك على الأمانة ، وإن حبسه فهلك كان مضموناً ، وسنبيِّن هذا في الوكيل بالشراء .

فأما أبو يوسف فقال في رواية الأصول: لا يقبض حتى يدفع جميع الثمن لما قدّمنا ، إلا أنه إذا أدَّى [قبض نصيبه ؛ لأنه متطوع عنده في الأداء ، فصار كالأجنبي إذا أدَّى] ، وإنما كان متطوعاً لأنه أدَّى عنه بغير أمره فصار كالأجنبي ، وقال في رواية بشر [عن أبي يوسف]: يؤدِّي نصف الثمن ويقبض نصف المبيع ؛ لأنه أدَّى جميع ما لزمه بالعقد ، فكأنه ابتاع وحده ، فإن قبض الجميع ، فقد قبض ما ليس له قبضه ، فكان ضامناً .

وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: إذا أدَّى جميع الثمن وقبض العبد فمات

في يده رجع على شريكه بنصف الثمن ، وهذا محمول على أنه هلك قبل الحبس .

١١٩٣ . فصل : [اختلاف البائع والمشتري في القبض]

قال أبو الحسن : وإذا اختلف البائع والمشتري في القبض ، فقال المشتري : لم أقبض ما اشتريت ، وقال البائع قد قبضته ، فالقول قول المشتري مع يمينه على البتات ؛ وذلك لأن المبيع في ضمان البائع ، فإذا ادعى البراءة من الضمان ، فلا يُصدَّق .

ويُستحلف المشتري ؛ لأننا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة ، والشيء مما يصحُّ بذله ، فكان القول قوله مع يمينه ، ويُحلف على البتات ؛ لأنها يمين على فعل نفسه .

قال : وكذلك إن قبض المشتري بعضه ، فقال : قبضتُ ثلثه ، وقال البائع : نصفه ، فالقول قول المشتري ؛ لما قدمنا .

قال : فإن اختلفا في قبض الثمن ، فهو على ما قدمت في كتاب السلم إذا اختلفا في [قبض] رأس المال ، يعني أن القول في ذلك قول البائع مع يمينه ؛ لأن الثمن في ضمان المشتري ، فإذا ادعى التسليم فقد ادعى البراءة من الضمان ، فلا يقبل قوله .

١١٩٤ . فصل : [فسخ البيع بإصابة المبيع]

ذكر أبو الحسن في الجامع الكبير : إذا قال البائع : قطعت يده أيها المشتري فصرت بذلك قابضاً ، وقال المشتري : قطعت أنت أيها البائع يده ، فانفسخ البيع فيها ، لم يقبل قول واحد منهما على الآخر ، كأنها ذهبت بأفة من السماء ، فيكون

المُشتري بالخيار؛ وذلك لأنَّ البائع يدَّعي البراءة من الضمان، فلا يُقبل قوله،
والمشتري يدَّعي [سقوط بعض] ^(١) الثمن، فلا يُقبل قوله.

فإن اختار المشتري أخذه؛ أخذ بجميع الثمن بعد أن يحلف كل واحد منهما
على دعوى الآخر، أمَّا البائع فيدَّعي عليه سقوط بعض الثمن، وأمَّا المشتري
فيدَّعي عليه دخول المبيع في ضمانه، فإن اختار المشتري الردَّ حلف المشتري
وحده؛ لأنَّ البائع يدَّعي عليه دخول المبيع في ضمانه، فلا فائدة في تحليف
البائع مع ردِّ المبيع عليه.

ولو كان المبيع مما يُكال أو يُوزن فذهب بعضه، فقال البائع للمشتري: أنت
أكلته، وقال المشتري [للبيع]: أنت أكلته، لم يقبل قول كل واحد منهما على
الآخر؛ لما قدَّمنا، وكأنه ذهب بعض المبيع بأفة من السماء، ويقال للمُشتري إن
شئت فخذ ما بقي بحصَّته، وإن شئت فرُدِّ، فإن اختار [الأخذ، حلف كل واحد
منهما على دعوى الآخر، وإن اختار] الرد، حلف المشتري وحده، وهذا على
ما بيَّنا.

فإن أقام أحدهما البيِّنة قبلت بيِّنته؛ لأنها بيِّنة في مقابلتها دعوى، فإن أقاما
جميعاً بيِّنة فالبيِّنة بيِّنة البائع؛ لأنها تثبت دخول المبيع في ضمان المُشتري، وبيِّنة
المشتري تنفي ذلك؛ ولأنَّ في بيِّنته فائدة، وهي إيجاب الثمن على المشتري،
ولا فائدة في بيِّنة المشتري أكثر من فسخ المبيع، فكانت بيِّنة البائع المتضمَّنة
للفائدة أولى ^(٢).

(١) في ج (البراءة من) والمثبت من أ.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٥/٣ وما بعدها؛ القدوري ص ١٨٣.

بَاب ما يفسد به البيع

قال أبو الحسن: جملة ما يفسد به البيع؛ أن يكون المبيع مجهولاً أو ثمنه، أو [يكون] محرماً أو ثمنه، أو يكون في المبيع حق لغير بائعه، لا يجوز للبائع فسخه، أو أن يشترط فيه [شرطاً فيه] منفعة لأحد من الناس لا يوجبها العقد، أو يكون المبيع مما لا [يقدر]^(١) على تسليمه، أو يكون في المبيع أو في ثمنه غرر.

أمّا جهالة المبيع؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم، أو وزن معلوم» فاعتبر العلم بالمبيع، فدلّ على أن ذلك شرط، وقال في الإجارة: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»^(٢)، ولأنّ الجهالة يتعدّر معها التسليم؛ لأنّ المبيع إذا لم يُعرف؛ لم يعلم المشتري ما يستلم، وكذلك جهالة الثمن؛ لأنّه أحد العوضين في العقد [فصار] كالأخر، وهذه الجهالة المفسدة هي المانعة من التسليم، فأما الجهالة التي لا يتعدّر معها التسليم، فلا تمنع العقد كجهالة كيل الصبرة، وكمّن قال: أبيعك هذا [العدل]، وهو لا يعلم عدده.

وأما إذا كان المبيع محرماً أو ثمنه، مثل بيع الخمر، وبيع الخنزير، وبيع المُحرّم الصيد؛ فلقوله ﷺ: «لعن الله الخمرَ وبائعها، ومشتريها»^(٣)؛ ولأنّ العين

(١) في ج (يقيد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٢٠/٦؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٣٦٦/٤؛ والإمام أبو حنيفة في

مسنده (من مراسيل إبراهيم)، مسند أبي حنيفة، ٨٩/١؛ الدراية، ١٨٦/٢.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤)؛ والحاكم في المستدرک ٣٧/٢؛ والبيهقي في الكبرى ٣٢٧/٥؛ =

المحرمة منعت الشريعة من التصرف فيها، والبيع يعلم جوازه بالشرع، فلم يصح فيما منع الشرع منه.

وأما الحق في المبيع لغير البائع، فمثل بيع الرهن، وبيع ما آجره؛ لأن البائع لا يقدر على تسليمه عقيب العقد؛ لعدم ثبوت يده عليه، فهو كالطير في الهواء، [والسمك في الماء].

وقد اختلفت العبارة في الكتب في هذه المسألة: فقال في موضع: البيع فاسد، وقال في موضع: البيع موقوف، فمن أصحابنا من جعله روايتين، ومنهم من قال: رواية واحدة، أنه موقوف، وقوله فاسد، أي: أنه يفسده^(١)، فإن قلنا: أنه فاسد، فقد بينا وجهه، وإن قلنا أنه موقوف، وهو الصحيح؛ فلأنه عقد على ملك نفسه ولغيره فيه حق، فوقف تصرفه كالوصية بجميع المال؛ ولأنه لو عقد على ملك غيره وقف، فإذا عقد على ملك نفسه وللغير فيه حق يمنع نفوذ العقد أولى أن يقف.

وأما قوله: أو أن يشترط فيه منفعة لأحد من الناس لا يوجب العقد فمثل: أن يشترط فيه منفعة للبائع، وهو أن يقول: على أن أهب لك أو أقرضك، أو للمشتري مثل أن يقول: على أن يقرضني [أو يهب] لي، أو للمعقود عليه، مثل أن يقول: أبيعك هذا العبد على أن تعتقه، أو تدبره، أو لغيرهما، مثل أن يقول: على أن تبيع من فلان عبدك، أو تقرضه عشرة، فالبيع في هذا كله فاسد؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، أن النبي ﷺ «نهى عن بيع

= وأحمد في المسند ٩٧/٢؛ وأورده الهيثمي في المجمع وقال: «رواه الطبراني في الكبير، وفيه ليث بن سليم، وهو ثقة ولكنه مدلس...» ٩٠/٤؛ التلخيص الحبير ٧٣/٤؛ الدراية ٢٣٥/٢.
(١) في أ (سيفسد).

وشرط»^(١)، وفي هذه الجملة كلام نذكره في باب الشروط .

فأمّا قوله: إذا كان الشرط لا يقتضيه العقد؛ فلأنَّ الشرط الذي يقتضيه العقد لا يبطله، مثل أن يقول البائع: على أن أحبس المبيع إلى أن أستوفي، أو على أن تسكن أيها المشتري الدار، أو تطأ الجارية، فهذه شروط يقتضيها العقد، ليس فيها ضرر على واحدٍ منهما، فلا يفسد.

فأمّا إذا كان المبيعُ مما لا يقدر على تسليمه؛ فالبيع فاسد، مثل بيع الرهن، وبيع الطير^(٢) إذا طار من يده؛ لأنَّ التسليم موجبُ العقد، فلم ينعقد العقد مع تعذر موجهه .

وأمّا قوله: أو يكون في المبيع أوفي ثمنه غرر، فمثل السمك في الماء، والطيور في الهواء، وبيع الأبق، أما السمك في الماء؛ فلأنَّه لا يملكه، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يملك، وأمّا الأبق؛ فلأنَّه لا يقدر على تسليمه عقيب العقد؛ لعدم ثبوت يده عليه .

قال أبو الحسن: وكذلك بيع ما ليس عند البائع، والأصل في ذلك حديثُ حكيم بن حزام قال: كنتُ أدخل السوق فأستحسن السلع، ثم أخرج، فأبيعها، ثم أبتاعها، فأسلمها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: «لا تبع ما ليس عندك» .

قال أبو الحسن: وكذلك بيع ما لم يُقبض، وقد بيَّنا أن بيع الأعيان التي تنقل وتحوّل، لا يجوز قبل القبض .

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ٤/٣٣٥، وقال الهيثمي عن رواية الطبراني: «وفي طريق عبد الله بن

عمرو مقال» ٤/٨٥؛ ورواه الإمام أبو حنيفة في مسنده ١/٢٦٧ .

(٢) في أ (الذي) .

قال: وكذلك إذا باع ديناً له في ذمّة غير المشتري، وقد قال أصحابنا: إنّ تمليك الدين لغير من في ذمّته لا يجوز، وقال مالك: يجوز لنا أن البائع يعجز عن تسليم ما في ذمّة غيره، عقيب العقد لعدم ثبوت يده عليه، فصار كبيع العبد الأبى، وليس كذلك إذا باعه ممن في ذمّته؛ لأنّه يسلم إليه عقب العقد، فصار كبيع العين المغصوبة من الغاصب، وإن لم يجز من غيره.

١١٩٥ - فصل: [صفقتان في صفقة واحدة]

وكذلك صفقتان في صفقة واحدة، ومعنى ذلك أن يقول: أبيعك هذا العبد بألف درهم، على أن تبني هذا الفرس بألف، لما روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن صفقتين في صفقة، وعن بيعين في بيع»^(١)، [ولأنه شرط منفعة لا يقتضيها العقد.

قال: وكذلك شرطان في بيع، وهذا مثل أن يقول: إن أعطيتني الثمن حالاً فألف، وإن أخرتني شهراً فألفين، أو يقول: أبيعك بقفيز حنطة أو بقفيز شعير، فلا يجوز؛ (لنهي ﷺ عن شرطين في بيع)^(٢)؛ ولأن الثمن مجهول عند العقد؛ لأن البائع لا يدري أي الثمنين يلزم المشتري^(٣).

(١) رواه بالصيغة الأولى أحمد في المسند ٣٩٨/١؛ والبزار في مسنده ٣٨٤/٥؛ والدرية ١٥٢/٢. وبالصيغة الثانية رواه أبو داود (٤٣٦١)؛ والترمذي (١٢٣١)؛ والنسائي في المجتبى (٤٦٣٢)؛ ومالك في الموطأ (١٣٤٢)؛ وأحمد في المسند ١٧٤/٢؛ وقال الهيثمي: «ورجال أحمد رجال الصحيح» مجمع الزوائد ٨٥/٤.

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٣٣)؛ والنسائي في المجتبى (٤٦٣١)؛ والبيهقي في الكبرى ٣١٣/٥؛ والدارمي في السنن ٣٢٩/٢؛ والطبراني في الأوسط ١٥٤/٢.

(٣) انظر الأصل ٤٣٦/٢.

١١٩٦ - فصل: [بيع الأوصاف والأتباع]

قال: وكذلك بيع الأوصافِ والأتباعِ من الحيوان، أما بيع الأوصافِ، فكبيع ألية الشاة الحيّة، وأما الأتباعِ من الحيوان، فكبيع [نتاج] الفرس، وكبيع اللبن في ضرع الشاة، أمّا الأوّل: فلا يجوز بيعه؛ لأنّ ذلك [محرم] استباحته من الحيوان قبل الذبح؛ ولأنّه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

وأما الثاني: (فلنهيهِ ﷺ عن بيع الجنين، وعن بيع الحبله، وحبل الحبله)^(١)، وروى ابن عباس (أن النبي ﷺ «نهى عن بيع اللبن في الضرع»)^(٢).

١١٩٧ - فصل: [بيع ما لا يتبعض إلا بضرر]

[قال]: وكذلك ما^(٣) لا يتبعض من غير الحيوان إلا بضرر، وهذا كبيع ذراع من ثوب، أو نوى من تمر؛ لأنّ البائع لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر لم يستحق بالعقد.

فأمّا إذا كان ذلك ممّا [لا] ضرر في تبعيضه، فيجوز مثل أن يقول: أبيعك عشرة دراهم من هذه النقرة، فيجوز؛ لأنّه لا ضرر في تبعيضها، فهو كبيع قفيز من صبرة^(٤).



(١) أخرجه البخاري (٢٠٣٦، ٣٦٣٠)؛ ومسلم (١٥١٤)

(٢) أورده الهيثمي في المجمع وقال: «النهى عن بيع الثمرة [أول الحديث] في الصحيح رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات» ١٢٠/٤.

(٣) في أ (كل ما لا).

(٤) انظر: الأصل ٤٣٨/٢.

١١٩٨ - فَصْل: [البيع بثمن ثم الشراء بأقل مما باعه قبل القبض]

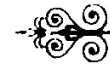
قال أبو الحسن: ولا يجوز أن يبيع بيعاً بثمن، ثم يشتريه بأقل مما باعه قبل أن يقبض الثمن، قال الشافعي: يجوز^(١).

لنا: ما روي أن أمّ ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها: إني بعت من زيد جارية بثمانمائة إلى العطاء، فابتعتها منه بستمائة نقداً، فقالت لها عائشة: بئسما شريت، وبئسما اشتريت، ألا أخبري زيد بن أرقم أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله إن لم يتب^(٢)، وسئل ابن عباس عمّن باع حريرة بمائة نساءً، فاشتراه بخمسين نقداً، فقال: الحريرة بالخمسين والخمسون ربا؛ ولأنه أحد العوضين في بيوع الأعيان، فجاز أن يكون لعدم قبضه تأثير في المنع من التصرف في المبيع كالمبيع، وكمّن باع عيناً بعين.



(١) ويجوز هذا البيع (بيع العينة) عند الشافعي مع الكراهة، وقال الثلاثة: لا يجوز ذلك. انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٨٧ (الرسالة).

(٢) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى ٣٣٠/٥؛ والدارقطني في السنن وقال: «أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما» ٥٢/٣.



بَاب

البيوع الفاسدة، وما يُملك فيها وما لا يُملك



قال أبو الحسن: البيعُ الفاسدُ لا يملك بعقده شيء على [كل] حال، أي شيء كان المبيعُ وما كان ثمنه، وبأي وجهٍ فسد؛ وذلك لأنَّ البيعَ الفاسدَ ممنوع منه لحق الله تعالى، فمنع من تعلق الأحكام به؛ ولأنَّ القائل أحدُ قائلين، إما من قال: إنَّه لا يُملك به بحال، أو من قال: يُملك بالقبض، فصار امتناع الملك بالعقد ثابتاً بالإجماع، ولا يلزم على هذا إذا باع ما في يدي المشتري؛ لأنَّ الملك لا يقع بالعقد، وإنما يقع بالقبض؛ بدلالة أنَّه لو كان في يده أمانة فاشتراها شراءً فاسداً، لم يملكها إذا لم يكن بحضرته حتى يعودَ إلى المكان الذي هو فيه.

١١٩٩ - فصل: [القبض بإذن البائع في البيوع الفاسدة]

قال أبو الحسن: وإذا قبض بإذن البائع فهو على وجوه ثلاثة: ما كان لبدله قيمة، فهو يملك إذا قبض إذا كان المقبوض مما يجوز أن يملكه بالبائع الصحيح، وما كان ثمنه لا قيمة له، فإنَّه لا يملك وإن قبض.

قال الشيخ رحمته الله: الكلام في هذا أولاً في وقوع الملك بالقبض في الجملة، وقال الشافعي: ولا يملك وإن قبض^(١).

لنا: ما روي أن عائشة رضي الله عنها استامت بريرة فأبى موالها أن يبيعوها إلا أن

(١) انظر: المهذب ٣/٣٠، ٣١.

يشترط الولاء لهم ، فاشترت واشترطت وأعتقت ، وذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فأجاز العتق وأبطل الشرط ، وخطب فقال : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى ، شرط الله أملك ، وحكم الله أوثق ، ما بال أحدكم يقول : أبيع على أن الولاء لي ، إنما الولاء لمن أعتق »^(١) ، فأجاز النبي ﷺ العتق مع فساد البيع بالشرط .

احتج بهذا الحديث أبو يوسف ؛ ولأنه نوع معاوضة ، فجاز أن يقع الملك فيه بالقبض ، كالهبة والقرض ، ولا يلزم النكاح ؛ لأن الملك فيه يقع ويقف على القبض ، ألا ترى أنه إذا دخل بها يملك المنفعة بالدخول ، ولهذا يجب عوضها ؛ ولأن البدل فيه يقف ملكه على القبض أيضاً ؛ ولأنه أحد ما يملك به المشتري التصرف في المبيع ، فصار كالعقد .

١٢٠٠ - فصل : [الملك بالقبض فيما كان العوض لا قيمة له]

وأما إذا كان العوض فيه ممّا لا قيمة له ، لم يملك [بالقبض] ، وهذا مثل البيع بالدم والميتة [والذبح] ، قال أبو يوسف : وكذلك إذا قال أبيعك بغير ثمن ؛ لأن البيع ما اشتمل على عوضين ، وما اشتمل على عوض واحد فهو هبة وصدقة ، فلم يكن ذلك بيعاً ، فلم يملك به .

وأما إذا كان العوض ممّا له قيمة ، فقد ذكر ابن سماعة عن محمد في نوادره : إذا قال أبيعك بما يرعى إبلي في أرضك ، أو بما يشرب من ماء بئر ، فإنه يملك المبيع بالقبض ؛ لأن سمي في مقابلته ما له قيمة ، ألا ترى أنه لو قطع الحشيش واستقى الماء في إناء جاز بيعه فاشتمل العقد على عوضين ، فلذلك ملك المبيع .

(١) أخرجه البخاري (٤٤٤٤ ، ١٤٢٢) وموضع ؛ ومسلم (١٥٠٤) .

قال أبو يوسف ومحمد: وكذلك لو باعه وسكت عن الثمن؛ لأنَّ البيع يقتضي العوضَ، فإذا سكت عنه ثبتت القيمة، وهي مال، وليس كذلك إذا قال بغير ثمن؛ لأنَّه نفى العوض، والبيعُ بغير عوض ليس ببيع.

وقد قالوا: فيمن باع عبداً بجارية من جوارِي [المشتري] ^(١)؛ لم يُبينها، ملك العبد بالقبض؛ لأنَّه سمَّى بدلاً له قيمة.

قال معلّى، عن أبي يوسف: ولو قال أبيعك بالكعبة أو بالريح، لم يملك وإن قبضَ؛ لأنَّه لم يذكر بدلاً [له قيمة]، ولا فرق بين أن يكون البدل مقوماً في حق المسلمين أو في حق غيرهم، مثل البيع بالخمير والخنزير؛ لأنَّه مال لأهل الذمَّة، وإن لم يكن مالاً للمسلمين؛ ولهذا يجبُ على متلفه عليهم ضمانه، فقد سمَّى بدلاً له قيمة بحالٍ.

١٢٠١. فُصِّلَ: [البيع الفاسد من قبل الشرط الذي يدخل فيه]

فأمَّا القسم الثالث من أقسام أبي الحسن: فهو البيعُ إذا فسد من قبيل الشرط الذي يدخل فيه، ولم يكن الفساد من جهة المبيع، ولا بدَّله؛ وذلك لأنَّ هذا العقد يجوز أن يصحَّ عندنا بإسقاطِ الشرط، فإذا وقع الملك بالعقد الذي لا يجوزُ أن يصحَّ بحالٍ، فوقوعه بعقد يجوز أن يصحَّ بحالٍ أولى.

قال أبو الحسن: وكذلك إن كان أحدُ البديلين مُدبراً أو مكاتباً أو أم ولد؛ وذلك لأنَّ الرق المعقود عليه موجود فيهم، فملك ما في مقابلتهم.

قال أبو الحسن: وما كان من الأثمان مجهولاً اعتبرت منه ما له قيمة فيما

(١) في الأصل (البائع) والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.

يملك بالقبض ، والمجهول والمعلوم فيه سواء ؛ وذلك لأنَّ البيعَ الفاسدَ العوضُ فيه القيمة ، والمسمَّى ليس بعوضٍ ، فجھالته ومعرفته سواء .

١٢٠٢ - فصل : [القبض بغير إذن البائع في البيع الفاسد]

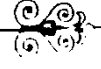
قال أبو الحسن : وما قبضه بغير إذن البائع فهو كما لم يقبضه في البيع الفاسد ، وهذه الرواية المشهورة عنهم : أن الملك لا يقع بالقبض حتى يأذن البائع للمشتري في القبض ، وذكر محمد في الزيادات : إذا قبضه بحضرة البائع فلم ينهه ، أنَّه قبض ويملكه . ولم يحك عن أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً .

وجهُ الرواية الأولى : أن الملك لا يقع بالعقد ، وإنما يقع بالقبض ، فلا بدَّ من إذن البائع فيما يقع به الملك ، كالقبول في البيع الصحيح .

وجهُ الرواية الأخرى : أن العقد في نفسه تسليط ، فإذا شاهد القبض ولم يمنع منه ، فقد وقع الملك به بالتسليط الذي هو العقد .

وقد قال أصحابنا : فيمن وهب هبةً ، فالقياس أن لا يملكها الموهوب له حتى يأذن في قبضها ؛ لأنَّ القبض يقع به الملك ، فلا بدَّ من التسليط عليه ، إلا أنهم استحسنا فقالوا : إذا قبضها في مجلس العقد جاز ؛ لأنَّ الملك يقع بالعقد والقبض ، والواهب بالعقد^(١) إذن بالقبض ، ألا ترى أن المبيع لما وقع الملك فيه بالإيجاب والقبول لم يحتج البائع بعد الإيجاب إلى إذن في القبول ، وقالوا في الهبة : إن افترقا من مجلسهما لم يصح قبض الموهوب له حتى يأذن الواهب في القبض فيها ؛ [لأن القبض فيها] كالقبول في البيع [والعقد كالإيجاب] ، فكما لا

(١) في أ (فالعقد إذن) .



يصحُّ القبول بعد الافتراق إلا بإيجاب آخر، فكذلك لا يصح القبض إلا بتسليط بعد الافتراق، [ويجوز]^(١) أن يكون قبض البيع الفاسد بعد الافتراق على رواية الزيادات مثل الهبة، لا تصح إلا بعد الإذن فيه^(٢).



(١) في الأصل (ويجب) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤٤٠/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٩٣/٣ وما بعدها.

بَابُ الشروط التي تُفسد البيع

—•••••—

قال أبو الحسن: جملة ما يفسدُ به البيع من الشروط: أن يدخل فيه شرطاً لا يُوجبُه العقد، والأصل في فساد البيع بالشرط الذي لا يقتضيه: ما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، أن النبي ﷺ «نهى عن بيع وشرط»، وقال لعتاب بن أسيد لما بعثه إلى مكة: «انهمم عن أربع: عن بيع وشرط، وعن بيع وسلف»^(١)، وقد روي عن عبد الوارث بن سعيد قال: دخلت مكة فأصبت بها ثلاثة من فقهاء الكوفة، فسألت أبا حنيفة عن بيع وشرط؟ فقال: البيع باطل والشرط باطل، فسألت ابن أبي ليلى، فقال: البيع جائز والشرط باطل، فسألت ابن شبرمة، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فعدتُ إلى أبي حنيفة فأخبرته بما قال، فقال: لا علم لي بما قال، حدّثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، (أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط)، فأتيت ابن أبي ليلى فأخبرته بذلك، فقال: لا علم لي بما قال، حدّثني هشام بن عروة، عن أبيه، (عن عائشة: أنها اشترت بريرة واشترطت أن يكون الولاء لمواليها، وقبضتها، وأعتقتها، فأجاز رسول الله العتق وأبطل الشرط)^(٢)، فأتيت ابن شبرمة فأخبرته بذلك، فقال: لا علم لي بما

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ١٦١/١٠؛ والنسائي في الكبرى ١٩٧/٣؛ والبيهقي في الكبرى ٣١٣/٥؛ وأحمد في المسند ١٧٤/٢؛ وأورده الهيثمي وقال: «رواه الطبراني في الأوسط وفيه يحيى بن صالح الأيلي، قال الذهبي: روى عنه يحيى بن بكير مناكير، قلت: ولم أجد لغير الذهبي فيه كلاماً، وبقية رجاله رجال الصحيح» ٨٥/٤.

(٢) أخرجه البخاري (٤٤٤) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٥٠٤).

قالا ، حدَّثني محارب بن دثار ، عن أبي الزبير ، عن جابر ، (أن رسول الله ﷺ اشترى بغيراً من أعرابي ، وشرط حمولته إلى المدينة)^(١) .

وما ذهب إليه أبو حنيفة رضي الله عنه أولى ؛ لأنه يقتضي الحظر ، فهو أولى مما يقتضي الإباحة ؛ ولأنَّ خبر عائشة رضي الله عنها لا دلالة فيه ؛ لأنَّ البيع فسد عندنا بالشرط ، والبيعُ الفاسد إذا اتصل بالقبض ملك ، فنقد العتق مع فساد البيع ، وأمَّا حديثُ جابر فلا دلالة فيه ؛ لأنَّه يجوز أن يكونَ شرط بعد العقد ، والشرط إذا لم يكن في نفس العقد لم يفسد ، إذا ثبت هذا الأصل ، قال بشر عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : كل شرط في البيع لا يقتضيه وفيه منفعة للبائع ، أو للمشتري ، [أو للمبيع] ، أو لغيرهما ، أو فيه مضرة على المشتري وليس فيه نفعٌ لأحد ، فالبيع فاسد .

وقال هشام عن محمد : إذا شرط فيه شرطاً ليس فيه منفعة لأحد لم يفسد العقد ، وروي ذلك عن أبي حنيفة ، وقال في المزارعة الكبير : ألا ترى أن أبا حنيفة كان يقول : لو باع رجلٌ جارياً على ألا يطأها المشتري فالبيع جائز والشرط باطل .

فوجهُ رواية أبي يوسف : أنَّه شرط في العقد ما لا يقتضيه ، فصار كالشرط الذي فيه منفعة .

وجهُ رواية محمد : أن الشرط إنما يثبت حكمه إذا تعلق به حق لمستحق ،

(١) رواه بطوله الطبراني في الأوسط ، وقال : «لم يرو هذا الحديث عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة إلا عبد الوارث» ٣٣٥/٤ ، وقال الهيثمي عن رواية الطبراني : «وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال» . مجمع الزوائد ٨٥/٤ ؛ ومسند أبي حنيفة ١٦٠/١ .

وهذا شرط لا يتعلّق به حقّ أحد، فسقط حكمه، وصار كأن لم يكن.

قال ابن سماعه، عن محمد فيمن قال: أبيعك هذا العبد على أن لا تبيعه، فالبيع جائز والمشتري بالخيار: إن شاء باع، وإن شاء لم يبيع، وهذا على روايته؛ لأنّه لا حق في هذا الشرط لأحد، وقال أبو يوسف: إذا قال أبيعك على أن لا تبيع، ولا تهب، فالبيع فاسد، وهي رواية الأصل؛ لأنّه شرط لا يقتضيه العقد، وقالاً جميعاً: فيمن باع عبداً على أن المشتري متى باعه فالبائع أحق بثمنه، إن البيع فاسد؛ لأنّ هذا الشرط فيه منفعة للبائع لا يقتضيه العقد، وكذلك لو باع جارية على أن يهبها لفلان؛ لأنّ هذه منفعة لغير المتعاقدين لا يقتضيه العقد.

ولو قال: على أن يُكاتبها أو يدبّرّها فالبيع فاسد؛ لأنّه شرط منفعة للمعقود عليه.

ولو قال: على أن لا تبيعه من فلان، فالبيع فاسد في رواية أبي يوسف، وهذه الشروط كلّها إذا لم يقتضها العقد، وأمّا إذا شرط ما يقتضيه العقد، لم يفسد.

قال أبو يوسف: وإن اشترى أمةً على أن تخدمه، أو على أن يغشاها، أو دابةً على أن يركبها، أو قميصاً على أن يلبسه، فالبيع في هذا جائز؛ لأنّ هذه المعاني ثابتة وإن لم يُشرط، فذكرها والسكوت عنها سواء.

وكذلك روى ابن سماعه عن محمد: فيمن اشترى حنطةً في سُنبلها على أن يحصدها البائع أو يدوسها أو يُذرّيها، فالبيع جائز؛ لأنّ هذه المعاني تجب على البائع وإن [لم] يشترط، فإن ألزم على ما ذكرنا [تجب كما] إذا شرط في البيع أجلاً.

قلنا: ليس هذا ينفي لموجب العقد؛ لأنَّ الثمن المؤجَّل غيرُ الثمن الحال، فلا يكون نفيًا بموجب حال.

وأما إذا باع بشرط الخيار، فالقياس يقتضي أن يفسد العقد؛ لأنَّه شرط شرطاً يمنع الملك، وإنما أجازوا ذلك للخبر استحساناً ويجوز أن [يقال] (١) إن العقد الذي فيه الخيار نوع عقد؛ لأنَّه لا يُوجب الملك بعقده (٢)، كالهبة والقرض، فلا يكون هذا العقد هو العقد الموجب للملك، وقد [نُفي] (٣) مقتضاه.

وقد قالوا: فيمن اشترى نعلًا وشرط على البائع حذوها وتشريكها، أن القياس: أن لا يجوز؛ لأنَّه شرط منفعة للمشتري لا يقتضيها العقد، فصار كمن اشترى ثوباً وشرط على البائع خياطته، واستحسنوا في جواز شراء النعل بهذا الشرط؛ لفعل الناس [في] سائر الأعصار من غير تكبير، [وزفر ذهب إلى القياس] (٤).

١٢٠٣ - فَصْل: [اشتراط البائع كفيلاً بالثمن]

قال أبو الحسن: وإن اشترط البائع أن يُعطيه بالثمن كفيلاً أو رهناً، وكان الكفيل حاضراً فقبل، أو كان الرهنُ مُعيَّناً، فقبل المشتري ذلك، جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز البيعُ بشرط الضمان والرهن؛ لأنَّ هذا الشرط فيه منفعة للبائع لا يقتضيها العقد، فأفسد العقد، واستحسنوا في جوازه؛ لأنَّ الثمن الذي

(١) في أ (يقول)؛ والمثبت من ب.

(٢) في ب (بالعقد).

(٣) في أ (بقي) والمثبت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٢/٤٤٠، ٤٤١.

به رهنٌ وضمين أوثق من الثمن^(١) الذي لا رهن فيه ولا ضمين ، فصار ذلك صفةً للثمن ، وشرط صفات الثمن لا يُبطل العقد ، [كشرط الجيد والرديء] .

فإذا ثبت هذا ، فقد قال محمد في الإملاء^(٢) : إذا شرط أن يكفل له كفيل بالثمن أو يحيله على غيره ، ولم يبيّن الكفيل ولا المحال عليه ، فالبيع فاسد ؛ لأنّ تمام العقد يقف على قبول الكفيل والمحال عليه ، ومن وقف العقد على قبوله لم يصح مع جهالته كالمُشتري^(٣) .

قال : فإن كان الكفيل والمحال عليه غائبين عن المجلس فلم يحضرا حتّى افترقا ، لم يصحّ البيع إلا بإيجاب مُستقبل ؛ لأنّ تمام العقد يقف على قبول الكفيل ، فالافتراق يُبطل حق القبول كقبول المشتري ، فإن حضر الكفيل والمحال عليه قبل أن يفترق المتبايعان ، فقبلا في المجلس أو كانا حاضرين عند البيع فقبلا جاز ؛ لأنّ قبولهما يقف عليه العقد ، وقد حصل في المجلس فهو كقبول المشتري .

قال : ولو شرط في البيع أن يُحيل البائع غريماً له على المشتري بالثمن ، أو يضمن المشتري الثمن لغريم البائع ، فالبيع فاسد ؛ لأنّه إنما جاز شرط الضمان إذا كان صفةً للثمن ، وهذا الشرط ليس بصفة للثمن ، والعقد لا يقتضيه ، فأبطل العقد .

وأما الرهن ، فإن كان مجهولاً فالبيع فاسد ؛ لأنّ تمام العقد يقف على القبول

(١) في ب (الرهن) .

(٢) في ب (الأصل) .

(٣) انظر : الأصل ٤٤١/٢ ، ٤٤٢ .

فيه ، ألا ترى أن المشتري لو قال: قبلتُ البيع بغير رهن لم يصحَّ البيع ، وما وقف تمام العقد على القبول فيه ، فجهالته تفسد العقد [كالمبيع] ، وليس هذا كما لو قال: على أن ترهنني بالثمن كُرَّ حنطة جيدة ، أو مائة مثقال ذهب جيد ؛ لأنَّ هذه الجهالة [لو] شرطت في [المبيع] ^(١) لم تفسده ، فكذلك الرهن .

وقد قالوا في البيع إذا شرط فيه رهناً مجهولاً فاتفقا على تعيين رهن في المجلس: جاز العقد ؛ لأنَّ الجهالة المؤثرة في العقد ارتفعت .

وكذلك لو قال المشتري: أنا أُعطي الثمن حالاً جاز البيع ؛ لأنَّ الرهن يُحتاجُ إليه للوثيقة بالثمن ، فإذا وفَّاه الثمن سقط حقُّ البائع .

١٢٠٤ - فَصْلُ: [اشتراط رهن معين في البيع]

وإن شرط رهناً معيناً [وقبل المشتري البيع على ذلك ، ثم] امتنع المشتري عن تسليم ذلك لم يجبر عليه عندنا ، وقال زفر: يُجبر على التسليم .

[وجه قولهم: أن الرهن لا يتعلق بالاستحقاق بعقده ، فلا يجبر عليه كالرهن المنفرد]

وجه قول زفر: أن هذا الرهن صار من حقوق البيع ، فيجبر عليه كسائر حقوق البيع ، وليس هذا بصحيح ؛ لأنَّ الرهن عقد على حياله ، والعقود لا يكون بعضها من حقوق بعض .

وإذا ثبت هذا قال أصحابنا: يقال للمشتري: إما أن تدفع الرهن ، أو قيمته ، أو تدفع الثمن ، أو تفسخ البيع ، فإن امتنع من أحد هذه الوجوه لم يمكن من ذلك ؛

(١) في أ (البيع) والمثبت من ب .

لأن في دفع الرهن وفاء بالشرط ، وفي دفع قيمته إيفاء حق البائع ؛ لأن حقه في الرهن استيفاء [الثمن] ^(١) من بدله ، وهذا موجود في القيمة ، وفي دفع الثمن ما يُغني عن التوثق به .

فإن لم يسلم للبائع أحد هذه الوجوه فهو لم يرض بالثمن المطلق (فإذا لم يسلمه له) ^(٢) كان له أن يفسخ .

١٢٠٥ - فصل : [إلحاق الشروط المفسدة بالعقد الصحيح]

وقد قال أبو حنيفة رضي الله عنه : إن الشروط المفسدة للعقد إذا ألحقت بالعقد الصحيح لحقت وأفسدت ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا تلحق .

وجه قول أبي حنيفة : إن العقد في ملكهما ، فملكا إلحاق الشرط الفاسد به ، كحال العقد ؛ ولأنهما يملكان فعل ما يقع به فسخ العقد ، بدلالة الإقالة ، وليس في الشرط الفاسد أكثر من هذا .

وجه قولهما : أن الفساد ليس فيه حق لواحد منهما ، والعقد قد صحَّ ، فلم يكن لإثبات الشرط المفسد معنى ^(٣) .



(١) في ب (الدين) والمثبت من أ .

(٢) ساقطة من ب .

(٣) انظر : الأصل ٤٤٠/٢ وما بعدها .



بَاب

تصرف المشتري في البيع الفاسد



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا يجوزُ تصرفُ المشتري في البيع الفاسد قبل القبض ببيع ولا هبة ولا صدقة ولا عتق، وكذلك إذا قبض بغير إذن البائع؛ وهذا لما قدمنا أن العقد الفاسد لا يملك المعقود عليه، فإذا تصرف في غير ملكه لم ينفذ تصرفه، فأما إذا قبض بغير إذنه لم يجز تصرفه على الرواية التي تعتبر للإذن في القبض؛ لأن القبض بغير الإذن لا يملك به على هذه الرواية.

فأما إذا قبضه بأمر البائع وهو مما يملك فيه؛ فإنه يكره للمشتري التصرف فيه بتملك أو انتفاع؛ لأن الفسخ يستحق فيه لحق الله تعالى، والتصرف إسقاط حق الله تعالى من الفسخ؛ ولأن التصرف تقرير للبيع الفاسد، وتقديره لا يجوز لحق الله تعالى.

فإن تصرف المشتري فيه، فتصرفه على وجهين: كل ما لا يفسخ بالأعذار فهو جائز، وقد سقط الفسخ به، وهذا مثل العتق والتدبير والاستيلاء وإذا أخرجه من ملكه بما يفسخ بالأعذار، فإنه لا يسقط الفسخ، مثل الإجارة؛ وذلك لأن المشتري تصرف فيما ملك، وحق البائع في الفسخ عذر، فيما لا يفسخ بالعذر ولا يفسخ لأجل الفساد، وأما الإجارة فإنها تُفسخ بالأعذار، وثبوت حق البائع في الفسخ عذر، فيفسخ الإجارة وينقض البيع الفاسد.

فإن كانت جارية فزوجها فإن ذلك لا يمنع الفسخ، والنكاح بحاله لا



يُفسخ؛ لأنَّ النكاح عقد على المنافع، فلا يمنعُ الفسخ كالإجارة، وهو ممَّا لا يُفسخ بالأعدار، فبقي بحاله؛ لأنَّ المشتري عقد وهي على ملكه.

وقد قالوا: لو أوصى بالعبد ومات سقط الفسخ؛ لأنَّ المبيع انتقل من ملكه إلى ملك الموصى له، وهو ملك مبتدأ، فصار كالمشتري.

ولو ورث ذلك من المشتري لم يسقط الفسخ؛ لأنَّ الوارث يقوم مقام المورث، ويستحقُّ الشيء على حكم ملكه، ولهذا ثبت له الفسخ بالغيب؛ فكذاك يفسخ عليه لأجل الفساد.

١٢٠٦. فَصْل: [حق الفسخ في البيع الفاسد]

قال أبو الحسن: فإن كانت جارية فقطعت يدها، وأخذ المشتري الأرش، أو كانت جارية فولدت، أو أرضاً فيها شجر أو نخل فأثمر، فللبائع أن يفسخ ويأخذ الزيادة، والأصل في ذلك: أن حقَّ الفسخ في البيع الفاسد يستقر في الأصل لحقَّ الله تعالى، فيتعلَّق بالزوائد كما يتعلَّق بالولد؛ لأنَّ الحقوق المستقرَّة في الأمهات تسري إلى الأولاد، وليس كذلك البيع الصحيح؛ لأنَّ المشتري ملكه، وحقُّ الفسخ ليس بمستقرَّ فيه، فحدثت الزيادة على ملكه ولا حق لأحد فيها، فلم يثبت فيها الفسخ؛ ولأنَّ ضمان البيع الفاسد يتعلَّق بالقبض كضمان الغصب، فإذا كان المغصوبُ منه يأخذ الزوائد كذلك البائع [في البيع الفاسد].

١٢٠٧. فَصْل: [الفسخ في عمل المشتري في البيع الفاسد]

قال أبو الحسن: وإن كان المبيعُ ثوباً فقطعه وخاطه، أو ربطه وحشاه، أو صبغه بعصفر أو زعفران، أو كانت حنطة فزرعها، أو نوى فغرسها فنبتت،

[أو قضبان كروم] ، أو شجر فأطعمه ، أو نبت ، فليس له أن يأخذ شيئاً من ذلك ، ولا ينقض البيع ؛ وذلك لأنَّ هذه المعاني لو وُجِدَت من الغاصب في العين المغصوبة استحقَّها ، فإذا وُجِدَت من المشتري في ملكه أولى أن يسقط حق البائع .

وقد ذكر هشام ، عن محمد: أن المشتري إذا صبغ الثوب ، فالبائع بالخيار: إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ، وإن شاء ضمَّنه قيمته أبيض .

قال: ولو قطعه وخاطه لم يكن للبائع عليه سبيل ، وهذا صحيح ؛ لأنَّ الصبغ لا يملك به الغاصب ، وإنما يثبت للمغصوب فيه الخيار ، فكذلك يثبت له الخيار هاهنا ، وأمَّا القطع والخياطة فيسقط بها حقُّ المغصوب منه ، فكذلك يسقط حقُّ البائع .

وما ذكره أبو الحسن في الصبغ [با] لِعُصْفَرِ وَالزَعْفَرَانِ ، إما أن يحمل على تفصيل هشام ، ويكون ما ذكره أبو الحسن في ثبوت حقِّ التضمين للبائع ، أو يجعل رواية أخرى .

ووجهها أن سقوط الفسخ في البيع الفاسد لا يُعتبر فيه ما يُعتبر في سقوط حقِّ الملك في الغصب ، ألا ترى أن البيع والرهن يسقط بهما الفسخ ، ولا يسقط بهما حقُّ المغصوب منه ، فكذلك الصبغ مثله .

١٢٠٨ - فَضْلُ: [الفسخ في زوال ملك المشتري في البيع الفاسد]

وقد قالوا في البيع الفاسد: إذا زال ملك المشتري عنه سقط الفسخ ، وإن عاد إليه على حكم الملك الأوَّل عاد الفسخ ؛ لأنَّه عاد على حكم الملك الأوَّل فعاد بحقوقه .

فإن عاد بحكم ملكٍ مبتدأ لم يثبت الفسخ؛ لأنَّ اختلافَ الملكين كاختلاف العينين .

١٢٠٩ - فُضِّلَ: [الفسخ في بناء المشتري في الأرض المبيع ببيعاً فاسداً]

قال أبو الحسن: فإن كان المبيعُ أرضاً فبنى فيها المشتري، فهذا استهلاكٌ عند أبي حنيفة، وليس للبائع نقض البيع، وقال أبو يوسف ومحمد: للبائع نقضُ البيع، وقال [معلًى] ^(١) رَجَعَ أبو يوسف إلى قول أبي حنيفة، وقال بشر عن أبي يوسف: إذا غرسَ في الأرض نخلاً قد أطعم قبل غرسه أنه لا يكون [استهلاكاً] ^(٢)، قال أبو الحسن: وقياسُ قوله في البناء أن يكون النخل مثله .

وجه قول أبي حنيفة: أن البناء تصرفٌ من المشتري لا يفسخ بالأعذار، في إزالته ضرر فيسقط الفسخ كالبيع .

ولأنَّ الضرر الذي يلحقه بنقض البناء أكثر من الضرر الذي يلحقه بنقض البيع، فإذا لم ينقض ببيعهِ؛ فلأن لا ينقض ببناءه أولى .

وجه قولهما: أن الأرض لا تصير مستهلكةً بالبناء، ولهذا لا يسقط حقُّ المغصوب منه عنها، وإذا لم تكن مستهلكة لم يسقط الفسخ .

وهذا ليس بشيءٍ ^(٣) لما بيَّنَّا أن الفسخ يسقط بما لا يسقط به حقُّ المغصوب، بدلالة البيع أو الرهن .

(١) الزيادة من ب .

(٢) في أ (استلاكاً) والمثبت من ب .

(٣) في ب (بصحيح) .

١٢١٠ - فصل: | الضمان في القبض بالبيع الفاسد |

قال أبو الحسن: وعلى المشتري القيمة يوم قبض .

قال الشيخ رحمته الله: وجُملةُ هذا أن البيعَ الفاسد لو أقبض ضمن بقيمته إن كان ممَّا لا مثل له ، وبمثله إن كان ممَّا له مثل ، إلا في مسألة واحدة استحسَن أبو حنيفة فيها: وهي إذا اشترى عبداً بشرط العتق فأعتقه لزمه المُسمَّى استحساناً ، وإنما قلنا إن المبيع الفاسد يُضمن بقيمته ؛ لأنَّ ضمان المبيع [الفاسد] ضمان الشيء بنفسه ، وذلك الضمان: المثل فيما له مثل ، والقيمة فيما لا مثل له ، بدلالة أن من باع عبداً بجارية فسلمَّ العبد ، ولم يقبض الجارية حتَّى هلكت ، وقد أعتق المشتري العبد ، فإن بائعه يرجع بقيمته ولو كان البيع يقتضي الضمان بالبدل لرجع بقيمة الجارية ، وإذا كان هذا موجب البيع ، فإنَّما ينتقل عنه إلى ضمان التسمية إذا صحَّت التسمية ، فإذا فسدت بفسادِ العقد رجعنا إلى مقتضى العقد من الضمان .

وعلى هذا قالوا: إن النكاح يوجبُ مهر المثل ، وينتقل عن ذلك إلى المسمَّى بصحَّة التسمية ، فإذا بطلت رجع إلى مقتضى العقد من مهر المثل .

وإنما لم تثبت التسمية في العقدِ الفاسد لقوله رحمته الله: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها مهرٌ مثلها»^(١) .



(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣) ؛ والترمذي (١١٠٢) وقال: «حديث حسن» ؛ وابن ماجه (١٨٧٩) ؛ وابن حبان في صحيحه ٣٨٤/٩ ؛ وأحمد في المسند ٤٧/٦ ؛ انظر: الدراية ٦٠/٢ ؛ التلخيص الحبير ، ١٥٦/٣ .

١٢١١ - فَصْل: [المرجع في القيمة من العاقدين]

وقد قالوا: إن المرجع في القيمة إلى قول المشتري؛ لأنه هو الذي يلزمه الضمان، فالقول قوله في قدره، والبيئة بيئة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة ضمان في الضمان.

مَسْأَلَةٌ: [وقد] قال أصحابنا: إذا باع عبداً بشرط العتق، فالبيع فاسد، وذكر ابن شجاع عنهم: أنه إذا وَفَّى بالشرط صحَّ البيعُ كمن أسلم ديناً له في ذمّة رجل ثم نقده في المجلس. وروى الحسن، عن أبي حنيفة: أن البيع جائز؛ لأنَّ الناس هكذا يشترون التسمية، فأجاز البيعَ لفعل الناس، وقال الشافعي: البيع جائز.

وجهُ قولهم: المشهور (نهيه ﷺ عن بيع وشرط)؛ ولأنَّه شرط منفعة للمعقود عليه لا يقتضيها العقد، فصار كما لو باع جاريةً بشرط أن يُكاتبها، أو يُدبّرها؛ ولأنَّه بيع لا يوجب العتق، فإذا شرط فيه العتق أفسده كالموقوف، ولا يلزم إذا [ابتاع] ^(١) ذا رحم منه بشرط العتق لأننا لا نعرف الرواية فيه، وقد احترزنا عنه؛ لأنَّ ذلك العقد لا يوجبُ العتق.

١٢١٢ - فَصْل: [المسمى في الإعتاق بعد القبض]

قال أبو حنيفة: إذا قبضه فأعتقه، وجب عليه المسمى استحساناً، وروى ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أن عليه القيمة، وهو القياس، وقول أبي يوسف ومحمد.

وجه القياس: أنه بيع فاسد، كالبيع بشرط التدبير.

(١) في أ (باعه) والمثبت من ب.

وجه الاستحسان: أنه سمى مالا في مقابلته شرط العتق، فصار كمن قال أعتق عبدك علي ألف عني، يبين ذلك أنه إذا قال: أعتق عبدك عني ألف [درهم]، فتقديره ملكنيه ثم أعتقه عني، فإذا لزم المسمى في الموضع الذي لم يصرح بالتملك إذا كان هو المراد، فكذلك في الموضع الذي صرح به.

وقد روى ابن شجاع عن أبي حنيفة: أن المشتري لو أعتقه قبل القبض جاز، فدل على أنه جعله عتقا على مال؛ فلذلك أوجب فيه المسمى.

١٢١٣. فصل: [فسخ البيع الفاسد قبل القبض]

قال أبو الحسن: وأيهما فسخ البيع قبل قبضه ففسخه جائز على صاحبه، إذا كان بمحضر منه.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن البيع الفاسد ما لم يتصل بالقبض فلكل واحد منهما فسخه بغير رضا الآخر؛ لأنه عقد لم يتم، فصار كالإيجاب بلا قبول.

وتعين^(١) حضور الآخر؛ لأن أحد المتعاقدين لا يملك فسخ العقد على الآخر [إلا]^(٢) بمشهد منه على أصلنا في بيع الخيار.

فأما إذا قبض المشتري المبيع، فكل بيع لا يجوز أن يصح [باستثناء]^(٣) عقد، مثل البيع بالخمير والخنزير، فلكل واحد منهما الفسخ بغير رضا الآخر،

(١) في ب (ويعتبر).

(٢) الزيادة يدل عليها السياق.

(٣) في أ (إلا باستثناء) والمثبت من ب.

إذا كان بحضرته ، وهذا قولهم ؛ لأنَّ العقد ثبت فيه حقُّ الفسخ لا لفوات جزء ، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار .

وأما إذا كان الفسادُ بشرط ملحق فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : لكل واحد من المتعاقدين الفسخُ ، وقال محمد : إن فسخ الذي له منفعة في الشرط انفسخ ، وإن فسخه الآخر لم يفسخ ، وهذا مثل الشراء بأجل مجهول ، فيجوز عندهما الفسخ لمن شرط له الأجل ، وكذلك الخيار الفاسد [وعندهما لكل واحد فسخه] .

وجهُ قولهما : أن الشرط يفسدُ العقد من جنسه وإن كان في أحدهما ، فملك كل واحدٍ منهما الفسخ كالآخر ؛ [ولأن] لكل واحد منهما المطالبة بالفسخ ، فصار كالبيع بالخمير .

وجه قول محمد : أن الذي شرط له الأجل يقدر على تصحيح العقد من غير رضا الآخر ، إذا أسقط الأجل ، فإذا فسخ [جاز] ، والآخر أسقط حقاً ثبت له بالعقد فلا يجوز .

١٢١٤ - فُصِّلَ : [ظهور عيب في المبيع في يد المشتري]

فإن دخل في المبيع عيب في يد المشتري ، فلبائع أخذه ، وأخذ أرشه من المشتري ؛ لأنَّ ضمانه يتعلَّق بالقبض كالغصب ، ولهذا يستحقُّ البائع الزوائد من الولد ، والأرش ، والثمرة .

وقد قالوا : إن المشتري لو آجر العبد سلمت الأجرة له ؛ لأنَّها صارت مالاً بعقده .

وإن كان ذلك قبل الضمان تصدَّق بها ؛ لأنَّه مال حصل من وجهٍ محظور لم

يؤدّ بدله ، وإن كان بعد الضمان طاب له ؛ [لأنه أدّى بدله ، فصار له] .

١٢١٥ - فُضِّل : [ظهور العيب في الجارية المبيعة]

قال أبو الحسن: وإن كانت جارية فولدت أخذها وأخذ الولد ، فإن كانت الولادة نقصتها نظر في قيمة الولد ، فإن كان فيه وفاء بالنقصان فلا شيء على المشتري ، وإن لم يكن فيه [وفاء] غرم تمامَ النقصان .

وهذه مسألة المغصوبة إذا ولدت يجبر نقصان ولادتها بولدها استحساناً ، وقال زفر: لا يجبر ، وهو القياس .

وجهُ القياس: أن النقصان حصل في ماله ، والولد حدث على حقه ، فلا يجبر ذلك به ، كما لا يجبر بسائر أمواله ، وإنما استحسنا لأن الولادة سبب^(١) في النقصان وفي حصول الزيادة ، فصارَ كالقطع الذي يجبر بالأرث ، وهذه المسألة تستوفى في الغصب .



(١) في ب (تؤثر) .

بَابُ فساد البيع من جهة الأجل

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا كان المبيعُ معلوماً معيناً فشرط فيه أجلاً، فالبيع فاسد معلوماً كان الأجل أو مجهولاً، وإنما قلنا إن التأجيل في الأعيان لا يصح؛ لأنه إنما شرط لنفي التسليم الموجب بالعقد، ألا ترى أن العين موجودة في الحالين على صفة واحدة، لا منفعة للبائع في تأخير تسليمها، ونفي موجب العقد لا يصح، وليس كذلك الديون؛ لأن شرط الأجل فيها الفائدة، وهو اتساع المدة التي يمكن المشتري من تحصيل الثمن فيها، فلذلك جاز؛ [وليس كذلك المسلم فيه] ولأن في السلم من شرط المسلم فيه التأجيل، ولو تعيّن المسلم فيه سقط الأجل، والعقد الذي ليس من شرطه التأجيل أولى أن لا يثبت فيه الأجل مع التعيين.

١٢١٦. فصل: [الأجل فيما إذا كان الثمن ديناً]

قال أبو الحسن: وإن كان الثمن ديناً فالأجل المعلوم فيه جائز، والمجهول لا يجوز، وذلك لقوله ﷺ: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم»^(١)؛ ولأن جهالة الأجل توجب جهالة القبض، فلذلك لم يصح.

قال: والأجل المجهول أن يبيع إلى الحصاد أو الدّياس؛ لأن ذلك يتقدم ويتأخر بالحر والبرد، وباختيار الناس؛ ولهذا قالوا: لا يصح التأجيل إلى قدوم

(١) الحديث أخرجه البخاري بلفظ (من أسلف) (٢١٢٥)؛ ومسلم: (من أسلف من تمر) (١٦٠٤).



الحجيج ؛ لأنه يتعلّق فاختيارهم يتقدّم ويتأخّر .

وعلى هذا قال أصحابنا: لا يجوز البيع إلى العطاء ؛ لأنّ السلطان يقدمه ويؤخّره .

قال: وكذلك إلى النيروز والمهرجان، وهذا على وجهين: إن عرّف المتعاقدان وقت النيروز والمهرجان؛ جاز العقد؛ لأنّ المعتر علمهما، وإن جهلاه أو أحدهما لم يجز .

قال: وكذلك صوم النصارى وفطرمهم؛ وذلك لأنّ النصارى يقدّمون صومهم ويؤخّرونه، ويعتبرون بذلك أن يشتمل على آحاد معدودة، فصار مجهولاً .

ولهذا قالوا: إذا دخلوا في الصوم فأجل إلى فطرمهم جاز؛ لأنّ ابتداء الصوم قد عرّف ومدته معلومة، والأجل المعلوم يصح .

قال أبو الحسن: وإذا باع على أن يُوفّيه الثمن بالبصرة، أو بمكة، فالبيع فاسد عند محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف .

قال [الشيخ رحمه الله تعالى]: وجملة هذا: أنّه إذا شرط في الثمن أجلاً معلوماً، وشرط أن يُوفّيه إياه بالبصرة، فالبيع جائز في قولهم، فإذا حلّ الأجل، فإن كان الثمن مما لا حمل له ولا مؤنة طالبه به حيثُ أراد، وإن كان مما له حمل ومؤنة لم يكن له مطالبته إلا بالبصرة؛ وذلك لأنّ الثمن إذا كان مؤجلاً فشرط التسليم بالبصرة لا يذكر على وجه التأجيل، وإنما يذكر لتخصيص القبض بمكان، فلا يفسد العقد، فإذا حلّ الثمن كان له المطالبة بما لا حمل له أين شاء؛

لأنه لا يختلف باختلاف الأماكن ، وما له حمل ومؤنة لا يطالبه إلا بالبصرة ؛ لأنه
يختلف باختلاف الأماكن ، فلم يكن له المطالبة به بخلاف استحقاقه .

وأما إذا لم يذكر للثمن أجلاً ؛ قال محمد وإحدى الروایتين عن أبي يوسف :
البيع فاسد ، وروى بر ، عن أبي يوسف : أن القياس أن يجوز العقد ، غير أنني
أستحسن فيما له حمل ومؤنة أن أفسد العقد .

وجه قول محمد : أن الثمن إذا شرط تسليمه في بلد ، كان ذلك مشروطاً
على وجه التأجيل ، وهو أجل مجهول ؛ لأنه يتقدم ويتأخر ، فلا يصح .

وجه قول أبي يوسف : أن القياس يقتضي جوازه ؛ لأنه تخصيص للقبض
بمكان دون مكان ؛ إلا أنه استحسن فيما له حمل ومؤنة ؛ لأن تسليمه لا يجب في
غير ذلك المكان ، فيصير في معنى الأجل ، فلا يصح ، وليس كذلك ما لا حمل
[ولا مؤنة] ؛ لأن له أن يطالبه به حيث شاء ، فيلغو الشرط ، فكأنه أطلق العقد^(١) .
والله ﷻ أعلم بالصواب .



(١) انظر: الأصل ٤٥٣/٢ وما بعدها .

بَاب

العقد يقع على شيء فيصادف على خلافه ما يفسد منه وما لا يفسد

—•••••—

قال الشيخ رحمته الله: وجملة هذا أن العقد إذا وقع على جنس فوجد المبيع من جنس آخر، فالبيع باطل، مثل أن يبيع ثوباً على أنه هروي، فإذا هو مروي، أو فصاً على أنه ياقوت، فوجده زجاجاً، فالبيع باطل؛ لأن المعقود عليه عدم، وعدم المعقود عليه يُبطل البيع، وإن عقد [البيع] على جنس فوجد المبيع من جنس ما سُمي إلا أنه يخالفه في الصفة، فهو على وجهين: إن كان [يتفاوت] تفاوتاً كثيراً، يتفاوت فيه الأغراض، فالبيع باطل، مثل: أن يبيع شخصاً على أنه جارية، فإذا هو عبد^(١)، وقال زفر: البيع جائزٌ.

وجه قولهم: أن الأغراض تتفاوت بين الغلام والجارية، كتفاوت الأجناس، ألا ترى أن الجارية تصلح للاستمتاع، والغلام للخدمة، واختلاف الأغراض يصيرُ كاختلاف الأجناس.

وجه قول زفر: أنهما من جنس واحد، وإنما اختلفت صفتُهما، فصارَ كمن باع شاةً على أنها نعجة، فكانت كبشاً.

والفصل الثاني: إذا وجد من الجنس الذي سمّاه إلا أنه يخالف في الصفة

(١) في ب (غلام).

اختلافاً لا يتفاوت^(١) فيه الأغراض ، مثل أن يبيع شاةً على أنها نعجة ، فإذا هي كبش .

قال هشام [عن]^(٢) محمد: سألت أبا حنيفة عن باع حماراً على أنه أتان فإذا هو ذكر ، أو فرساً على أنه رمكة فإذا هو فحل ، أو شاةً على أنها نعجة ، فإذا هي كبش^(٣) ، فالمشتري في ذلك بالخيار ؛ لأنَّ الجنس موجود ، واختلاف الصفة اختلافٌ يسير لا يتفاوت^(٤) فيه الأغراض ، ألا ترى أن المقصود في الشاة اللحم ، فصار اختلاف الصفة كاختلاف الصحيح والمعيب ، وللمشتري الخيار ؛ لأنَّ المبيع وجدَّ على خلاف الصفة التي شرطها ، وله في الصفة غرض ، فإذا فاته ثبت له الخيار [كما لو وجد به عيباً] .

قال أبو الحسن: إن كانت الصفة أزيد فهي للمشتري ، وهذا مثل أن يبيع ثوباً على أنه عشرة أذرع ، فإنَّ وجده ناقصاً فله الخيار ، وإنَّ وجده زائداً فهو له ولا خيار له ، وكذلك إذا اشترى إناء فضةً على أن وزنه مائة ، وقد اشتراه بغير [الفضة] ، فإنَّ نقص فله الخيار ، وإنَّ زاد فله الزيادة ؛ لأنَّ الذرع في المذروعات والوزن فيما في تبغيضه [ضرر]^(٥) ليس بمعقودٍ عليه ، وإنما هو صفة ، بدلالة أن إفراده بالعقد لا يجوز^(٦) ، ونقصان الصفة يثبت الخيار ، وزيادتها للمشتري ، كمن

(١) في ب (تتقارب) .

(٢) في أ (ومحمد) والمثبت من ب .

(٣) في أ (فحل) .

(٤) في ب (تتقارب) .

(٥) في أ (غرر) والمثبت من ب .

(٦) في ب (لا يصح) .

باع عبداً على أنه معيب ، فإذا هو صحيح .

وكذلك لو اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيباً ، فله الخيار ؛ لأن البكارة جزء مشروط ، ففواته تثبت الخيار ، ولو اشتراها على أنها ثيبٌ فوجدها بكرًا فهي له ، ولا خيار للبائع ؛ لأنها زيادة صفة ، والبائع^(١) عقد على العين ، وإنما شرط النقص تحرُّزاً عن العيب ، فلا يقتضي وجود العيب .

قال أبو الحسن: إلا أن يكون باع فضة بفضة ، أو ذهباً بذهب ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ، وهذا مثل أن يبيع نقده على أنها مائة بمائة ، فإن زادت فالزيادة للبائع ؛ لأن الوزن فيما ليس في تبعيضه مضرة معقود عليه ، فلم يستحق المشتري أكثر من الوزن الذي سمى ، وما في تبعيضه ضرر فإنما لا يجوز إذا زاد لمعنى آخر: وهو أن الزيادة فيه رباً ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل .

١٢١٧ - فصل: [وقوع بيع الثوب على صفة ووجد اللُّحمة على الشرط]

وقد قال أصحابنا فيمن قال: أبيعك هذا الثوب القزَّ أو الخزَّ ، فكان ملحماً ، فإن كان السَّدي من القز واللُّحمة من غير القز فالبيع فاسد ؛ لأنَّ الثوب يُنسب إلى اللحمية ، وإن كان السَّدي من غير القزَّ واللحمية من القز فالبيع جائز ؛ لأنَّ الجنس لم يختلف ؛ إذ الثوب منسوبٌ إلى لحمته ، وللمشتري الخيار ؛ لأنَّ المبيع وقع على ثوب كله قز [أو خزُّ] ، وأما الخز فإن كان لحمته من غير [الخبز فالبيع باطل لما ذكرنا ، وإن كان لحمته الخزَّ والسدي من غيره] فالبيع جائز ، وينبغي أن لا يثبت الخيار ؛ لأن الخبز لا يوجد إلا على هذه الصفة .

(١) في ب (والبيع).

وقالوا: إن قال: بعتك هذه الجبّة الإبريسم على أن بطانتها خز وحشوها قرّ، فإن وجدَ الظهارة كما شرط والبطانة والحشو بغير ما شرط، فالبيع جائز وللمشتري الخيار؛ لأنّ الجبّة تنسب إلى الظهارة، وما سواها صفة، فاختلفه لا يُفسد البيع، ويثبت الخيار.

وإن كانت الظهارة من غير ما شرط، والبطانة مما شرط، فالبيع باطل لما قدّمنا أن الجبّة تُنسب إلى ظهارتها، فإذا كانت من جنس آخر بطل البيع.

١٢١٨. فَصْل: [بيع الثوب على أنه أبيض فوجده مصبوغاً]

قال ابن رستم عن محمد: إذا قال: بعتك^(١) هذا الثوب على أنه أبيض، فوجده مصبوغاً بعُصفر، أو داراً على أنه لا بناء فيها فإذا فيها بناء، أو أرضاً على أنّها بيضاء فإذا فيها نخل، فالبيع فاسد؛ وذلك لأنّ الصبغ والبناء، والنخل لم تدخل في العقد، و[في] تسليم المعقود عليه دونه فيه ضرر، وقد بينّا [أن] بيع ما يلحق بتسليمه ضرر لا يصح.

وقد ذكر محمد في كتاب الشفعة: في بناء بين شريكين والأرض لغيرهما، باع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه، فالبيع فاسد^(٢)؛ لأنّه لا يمكن تسليمه إلا بنقض البناء، وفي ذلك ضرر.

١٢١٩. فَصْل: [اختلاف الصفة التي تتفاوت فيها كثيراً]

وروى ابن سماعه، عن محمد: فيمن باع داراً على أن بناءها آجرٌ، فإذا هو

(١) في ب (أبعك).

(٢) في ب (لم يجر).

لَيْنٌ، فالبيع فاسد، وهذا على ما بيَّنا أن اختلاف الصفات إذا كانت الأغراض تتفاوت فيها تفاوتاً كثيراً لم يصح البيع.

قالوا: ولو باعه الدار على أن فيها بناء، إذا لا بناء فيها، أو قال: [بعتكها] بسفلها وعلوها [فلم يكن فيها علو]، أو قال: بعتكها بأجذاعها وأبوابها، فلم يكن ذلك فيها، فهو بالخيار: إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لأنَّ البناء صفة في الدار، ولهذا يدخل في العقد من غير تسمية، ونقصان الصفة لا يفسد به العقد، وإنما يثبت [له] الخيار.

قال: ولو وُجِدَ فيها بابان أو جذعان، فلا خيار له؛ ولأن اسم الجمع يتناول الاثنين، والمُستحقُّ بالعقد أدنى ما يتناوله الاسم.

قال: ولو قال: بعتكها بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب والنخل، فلم يجد فيها شيئاً من ذلك، فلا خيار له؛ وذلك لأنَّه لم يشرط الجذوع في البيع، ولا جعلها صفةً للدار، وإنما أخبر أنها فيها [أجذاعاً]، وعدم ما ليس بصفة للمبيع لا يثبت الخيار، وفي المسألة الأولى قال بعتكها بأجذاعها، فجعل الأجذاع صفة لها.

[قال]: ولو اشترى ثوباً على أنه مصبوغ بعُصْفُرٍ، فإذا هو مصبوغ بزعفران، فالبيع فاسد؛ لأنَّ الألوان تختلف بها الأغراض اختلافاً كثيراً، فصارت كالأجناس.

قال: وإذا باع حنطة في جوالق، فإذا هي دقيق، أو قال: دقيقاً، فكان خبزاً، فالبيع فاسد؛ لأنَّ الدقيق والحنطة في حكم جنسين، ولهذا إذا طحن الغاصبُ الحنطة ملكها.

قال عمرو عن محمد: إذا باع شاة على أنها ميتة بعشرة، فكانت ذكياً، فالبيع جائز في قولهم جميعاً، وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر الإشارة دون التسمية، والإشارة هاهنا وقعت على ما يجوز العقد عليه، وأما أبو يوسف فيعتبر الصحيح من الإشارة أو التسمية، فتعلق العقد بالصحيح منهما، ومحمد يقول: إذا كان المشار إليه من جنس المسمى تعلق العقد بالمشار إليه دون التسمية، فصحت هذه المسألة على أصولهم^(١).



(١) انظر: الأصل، ٤٣٢/٢ وما بعدها.

بَاب

ما هو في حكم الشرط في الفساد مما يجوز برضا أحد المتبايعين ويفسد إذا لم يرض

---o---o---o---

قال أبو الحسن: وإذا باع عبداً أبقاً أو مرهوناً أو مؤاجراً، أو جذعاً في سقف، أو ذراعاً من ثوب من طرفٍ معلوم، أو ذراعاً من خشبة من موضع بعينه، أو حلية سيف لا تتخلص [إلا] ^(١) بضرر، أو باع نصف زرع لم يستحصد، أو كان ذلك بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من غير شريكه، فالبيع فاسد، إلا أن يرضى المشتري في الأبق والمرهون والمؤاجر أن ينتظر حتى يمكن تسليمه، فإن رضي بذلك لم يفسخ العقد بينهما وإلا فسخ ^(٢). أما الإجارة والرهن فقد قدمنا الكلام في بيعهما، واختلاف الألفاظ فيه.

وأما ثبوت حق الفسخ للمشتري إذا لم يعلم أن ما اشتراه رهنٌ أو مؤاجر؛ فإن إطلاق العقد يقتضي التسليم في الحال، فإذا كان المبيع لا يقدر على تسليمه في الحال صار ذلك عيباً، فإن رضي [به] جاز، وإن طالب بالفسخ، فُسخ.

وإن طالب المستأجر والمرتهن بالفسخ، فلا حق في ذلك للمستأجر إذا رضي المشتري أن ينتظر مضي الإجارة؛ لأنه لا حق له في الرقبة، وإنما حقه في المنافع، والعقد وقع على ما لم يتعلق حقه فيه، فلا منازعة له فيه.

(١) في أ (إلى) والمثبت من ب.

(٢) في ب (ما لم يفسخ).

فأما المرتهن فيجوز أن يقال له [في] المطالبة بفسخ [البيع] (١)؛ لأنَّ الرهن عقد على الرقبة، فللمرتهن أن يمنع من العقد عليها؛ ولأنَّ حقَّه في الاستيفاء من ثمن الرهن عند الفلْس، فإذا صحَّ البيعُ في الرقبة تعذَّر عليه البيع عند الفلْس؛ فلذلك كان له حقُّ الفسخ، ولم يبين أبو الحسن هذه المسألة.

فأما الآبق فظاهر الرواية: أن بيعه فاسد؛ لأنَّ البائع لا يقدرُ على تسليمه عقيب العقد؛ لعدم ثبوت يده [عليه]، فهو كالطير في الهواء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن البيع جائز، وقال أصحابنا: معناه إذا أحضره البائع فسلمه بحكم ذلك العقد جاز، وظاهر ما قاله أبو الحسن: يقتضي أن البيع موقوف [فيه]، وأن للمشتري الخيار.

ووجهه: أنه عقد على ملكه، والتسليم منه منتظر، فصار كبيع الرهن، وأما الجذعُ في السقف والذراع من الثوب أو الخشبة؛ فلأنَّ التسليم لا يمكن إلا بضرر لم يستحق البائع، وهو القطع والقلع، وذلك يُفسد البيع، وكذلك إذا باع نصف زرع لم يُدرك؛ لأنَّه لا يمكن تسليمه إلا بقلع جميعه، ليقسم له النصف، وفي ذلك ضرر.

قال أبو الحسن: فإن رضي البائع أن يقلع الجذعَ أو يقطع الذراع من الثوب أو يقطع الخشبة، أو يقلع الحلية من السيف، أو يحصد الزرع إذا كان كله له، فللمشتري أن يفسخ قبل قلعه وقطعه، فإذا قطع أو قلع فلا خيار له؛ وذلك لأنَّه ما لم يقلع (٢) فالبيع فاسد، ولكل واحد من المتعاقدين في البيع الفاسد فسخ

(١) في أ (المبيع) والمثبت من ب.

(٢) في ب (يقطع).

العقد ، فإذا قلع البائع فقد ألزم الضرر وزال المعنى المفسد ، فصَحَّ العقد ، وصِحَّة العقد تسقط خيار المشتري .

١٢٢٠ - فصل : [بيع ما يتفاوت بين آحادها تفاوتاً كثيراً]

قال أبو الحسن : وإذا اشترى بطيخاً أو رُمَّاناً أو قِثَاءً أو أشياء يختلف فيه الصغير والكبير ، وهو متفاوت عدد كذا وكذا بدرهم ولم يُعَيَّن ذلك ، والجملة أكثر مما سَمِّي ، فإن ذلك لا يجوز ؛ وذلك لأنَّ المعقودَ عليه مجهول ، ألا ترى أنَّ هذه المعدودات فيها الصغير والكبير ، والتفاوت يقع بين آحادها تفاوتاً كثيراً ؛ فلذلك لم يجز العقد .

قال : فإن عزل ذلك العدد من جملة المبيع ، وتراضيا بعد ذلك ، فهو جائز ، وإنما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا ؛ وذلك إذا تميَّز المعقود عليه صار ذلك معلوماً ، إلا أن كل واحد من المتعاقدين له أن يمتنع ؛ لأنه استفاد صفةً بالمعقود عليه لم يعلمها ، [فيثبت له الخيار] ، فإذا تراضيا جاز ذلك .

وقد كان أصحابنا يقولون : إذا ميَّز ذلك فسَلَّمه البائع إليه ملكه بحكم العقد الأوَّل ، وهذا يقتضي أن يكونَ العقد انعقد ابتداءً ، وثبت لهما الخيار للجهالة ، فإذا تراضيا جاز العقد المتقدم ، قالوا : والدليل على هذا أنَّه لا يحتاج إلى استئناف عقد آخر ، ولو كان العقد الأوَّل باطلاً لم يجز إلا باستئناف [عقد] ^(١) .

وظاهر ما قال أبو الحسن يقتضي أن العقد الأوَّل باطل ، وأنَّه يجعل التراضي عقداً مبتدأً ولا يحتاج إلى استئناف لفظ العقد ، كما هو في بيع المعاطاة .

(١) العبارة هنا في أمضطربة : (لم يجز إلا بجعل التراضي عقداً ولا يحتاج إلى ..) ، ولعل هذه العبارة تداخلت هنا بينما موضعها في السطر الآتي كما في ب .

١٢٢١ - فُضِّل: [بيع ما يختلف باختلاف المواضع]

قال أبو الحسن: وكذلك إن اشترى من هذه اللحم ثلاثة أرطال بدرهم، فإنه لا يجوز، فإن عزله ورضيه وأخذه جاز؛ وذلك [لأن] اللحم يختلف باختلاف مواضع الشاة؛ لاختلاف العظام، فإذا لم يسم موضعاً معلوماً منها لم يجز في قولهم.

فإذا عزل البائع اللحم ورضي به المشتري جاز على ما قدمنا.

١٢٢٢ - فُضِّل: [بيع ما فيه جهالة المبيع والتمن]

وإن اشترى منه اللحم كله كل ثلاثة أرطال بدرهم جاز، ولا خيار له في قول أبي يوسف ومحمد، أما على أصل أبي حنيفة: فإذا لم يسم جملة الوزن لم يجز البيع؛ لجهالة جملة المبيع والتمن، ولا يصح في ثلاثة أرطال لتفاوت الأبطال، وليس هذا عنده كمن باع صبرة كل قفيز بدرهم، إن العقد يصح في قفيز واحد؛ لأن ذلك غير متفاوت فيها، فأما على قولهما فالعقد [صحيح في الجملة]؛ لأن الجهالة ترتفع في الثاني بفعل أحد المتعاقدين، فلم يمنع ذلك من صحة العقد.

١٢٢٣ - فُضِّل: [بيع ما فيه جهالة خفيفة]

قال ابن سماعه عن محمد: إن قال: زِن لي من هذا الجنب ثلاثة أرطال بدرهم، أو من هذا الفخذ، فوزن له منه جاز ولا خيار له؛ وذلك لأن من أصله: أن العقد يجوز على اللحم، إذا سمى مكاناً من الشاة بعينه؛ لقلّة الجهالة فيه، فصار ذلك عنده كبيع قفيز من صبرة.

قال: وكذلك إن اشترى ثوباً من جراب بدراهم مسمّاة، كان فاسداً؛ لأنّ الثياب تختلف، فالمعقود عليه منها مجهول.

فإن أعطاه ثوباً فرضيه، جاز استحساناً، وهذا على ما قدّمنا من البطيخ إذا ميّزه.

١٢٢٤. فصل: [بيع شيء بربح دة يازدة، أو دة دوا زدة]

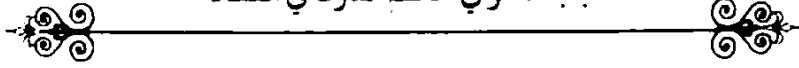
قال أبو الحسن: وإذا باع شيئاً بربح (ده يازدة، أو دة دوا زدة)^(١) ولم يعلم بما اشترى به ذلك الشيء، فإنّ البيع جائز، وله الخيار إذا علم بالشراء، فإن لم يعلم حتّى هلك ذلك الشيء، فالبيع فاسد ويلزمه قيمة ذلك، هذه رواية ابن سماعة عن محمد، وقال ابن رستم عن محمد: إن البيع فاسد حتّى يعلم المشتري، فيختار أو يدع، فإن نقض البائع البيع قبل أن يختاره المشتري فنقضه جائز، وكذلك إذا اشترى جارية مرابحة، ولم يعلم رأس المال، أو متاعاً برقم ولم يعلم ذلك، والأصل في هذا: أن جهالة الثمن توجب فساد البيع، كجهالة المبيع؛ لأنّ كل واحد منهما [أحد]^(٢) العوضين، ولهذا شرط النبي ﷺ معرفتها في العقد، فقال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم».

والذي قاله ابن سماعة: أن البيع جائز، معناه موقوف؛ لأنّ الجهالة ترتفع في الثاني، فيصح العقد بمعرفته؛ ولهذا قال: إذا هلك قبل أن يعلم فعليه القيمة ولو كان البيع جائزاً ألزمه المسمى، وقال: إن باعه المشتري فالبيع فاسد.

وأما ما قال في رواية ابن رستم: أن للبائع النقض قبل أن يختار المشتري؛

(١) الجملة بالفارسية ومعناها (عشرة بإحدى عشرة، أو عشرة باثنتي عشرة).

(٢) في أ (أخذ) والمثبت من ب.



فلأنَّ الفساد إذا حصل ثبت لكل واحد من المتبايعين فسخ العقد.

وقال أبو حنيفة: إذا علم برأس المال في هذه [المسألة]: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، وهذا على ما قدّمنا.

وقال أبو يوسف: إن مات البائع قبل أن يرضى المشتري، وقد قبض أو لم يقبض، فإن البيع ينتقض، فهذا خيار لا يورث؛ وإنما كان كذلك لأنَّ العقد^(١) أكثر أحواله أن يكون موقوفاً، ورضا المشتري كالإجازة، ومِن شرطِ الإجازة أن يكون في حالةٍ يجوز أن يستأنف فيها العقد، وذلك لا يمكن إلا مع بقاء المتعاقدين والمعقود عليه.

قال: فإن قبض الجارية فأعتقها أو ماتت، أو باع المتاع قبل أن يعلم ثم علم، فعليه القيمة في الوجهين، وعتقه جائز وبيعه جائز؛ وذلك لأنه [سمى] في مقابلة المبيع ماله قيمة وإن كان مجهولاً، فإذا قبض المبيع ملكه وجاز تصرفه فيه.

قال: وكذلك لو كان العبد أخاً للمشتري فقبضه وهو لا يعلم برأس المال [عتق عليه]؛ وذلك لأنَّ العتق بالنسب كالعتق الموقع، فإذا كان لو أعتق جاز، [فكذلك إذا أعتق] عليه بالرحم.

قال: فإن أعتق المشتري بعدما علم برأس المال فعليه الثمن؛ لأنَّ له الخيار إذا علم، فإذا أعتق فتصرفه [فيه] إجازة للعقد، فيصح ويلزمه المسمى. والله أعلم^(٢).

(١) في ب (البيع).

(٢) انظر: الأصل ٤٥١/٢، ٤٥٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٩٣/٣ وما بعدها.

بَاب

بيع السباع والهوام

—•••••—

قال الشيخ أبو الحسن: بيع كل ذي ناب من السباع، أو ذي مخالب من الطير، جائز معلمة وغير معلمة، وهذه رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في الأصل، وروى الحسن بن زياد، عن أبي حنيفة: أن الأسد لا يجوز بيعه، وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب والنمر والأسد، ويجوز بيع الفهد وسائر السباع^(١).

لنا ما روى جابر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكلب والهر، إلا الكلب المعلم»، وروي «أنه نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»^(٢)، ولأن النمر والأسد يجوز الانتفاع بجلدهما، كالفهد، ولأن اليد تنتقل فيه إلى الموصى له والوارث، كسائر الحيوان، فأما رواية ابن أبي مالك فمحمول على الأسد الهرم، الذي لا يُنتفع بعينه ولا بجلده، [فأما سواه فالبيع جائز]، وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف قال: لا أجيز بيع الكلب العقور، وقد أطلق في الأصل جواز بيع الكلب.

(١) انظر: الإفصاح ١/٣٥٥؛ مختصر الطحاوي ص ٨٤؛ المزني ص ٩٠.

(٢) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج الترمذي من حديث أبي هريرة: (نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد)، وللنسائي عن جابر أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد)، ورجاله موثقون، قال البيهقي: الأحاديث الصحيحة في النهي عن ثمن الكلب ليس فيها استثناء، وإنما الاستثناء في الاقتناء، فلعله شبه على بعض الرواة» ١٦١/٢.

ووجهُ هذه الرواية: أن العقور ممنوع من إمساكه ، ومأمور بقتله ، فلم يجز بيعه [كالخنزير] .

قال أبو الحسن: فأما الفيل ، فأجمعوا على جواز بيعه ؛ لأنه [ينتفع] ^(١) بالحمل عليه ، وبعظمه ، فصارَ كغيره من الحيوان .

قال أبو الحسن: وأما القرد ، فإن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أن بيعه جائز ، وروى ابن أبي مالك ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة: أن بيعه باطل . قال أبو يوسف في «الجوامع»: أكره بيع القرد ، وقال ابن رستم عن محمد هو جائز .

وجهُ جواز البيع: أنه يمكن الانتفاع بجلده ، كالسباع .

ووجهُ الرواية الأخرى: أنه في الغالب يتناع للتسلي ^(٢) ، وهذه جهةٌ محظورةٌ ، فلم يجز بيعه [كالخمر] .

١٢٢٥ - فصل: [بيع لحوم السباع]

وأما لحوم السباع فروى بشر بن الوليد ، وابن سماعة ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز ، وكذلك قال في الأصل . وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن بيع السبع الحي والقرد الحي لا يجوز ، ويجوز بيع لحمهما إذا ذُبحا .

وجهُ الرواية الأولى: أن لحم السباع لا يباع للانتفاع به منفعةً عامةً تعود إلى

(١) في أ (ينتقل) والمثبت من ب .

(٢) في ب (للملاهي) .

المكثفين ، وهذه جهة معتبرة في [المبيع] (١) ، [فإذا لم يوجد لم يجز بيعه ، كما يقول في لبن الأدمية] .

وجه الرواية الثانية: أنه لحم مذكى كالمأكول .

١٢٢٦ - فصل: [بيع جلود السباع والحمر]

وأما جلود السباع والحمر والبغال فبيعتها جائز إذا كانت مذبوحة أو ميتة مدبوغة ، فأما إذا لم تدبغ فلا يجوز البيع فيها ، [وهذا مبني على أن جلود السباع تطهر بالدباغ] .

والأصل في طهارة جلودها بالدباغ: ما روي أن النبي ﷺ: «استسقى ماء في شن ، فقيل له: إنه من جلد حمار ميت ، فقال: «أليس في الشن والقَرظ ما يطهره» (٢) ، وقال ﷺ: «أَيُّمَا إهاب دُبِغَ فَقَدْ طَهَرَ» (٣) ، وإذا طهر بالدباغ جاز بيعه ، كجلد الشاة .

فأما الذكاة فإنها تطهر الحيوان ، لا الخنزير والأدمي ، وقال الشافعي: ما لا يؤكل لحمه لا يطهر بالذكاة .

(١) في أ (البيع) والمثبت من ب .

(٢) «قال النووي في الخلاصة: هو بهذا اللفظ باطل لا أصل له ، وقال في شرح المهذب: ليس للشب ذكر في هذا الحديث ، وإنما هو من كلام الشافعي» كما قال ابن الملقن في البدر المنير ، وقال: «والمعروف من متن الحديث المذكور في كتب الحديث: (أليس في الماء والقَرظ ما يطهرها) رواه الدارقطني في سننه (٢١٥٦) وفي رواية: (أوليس في الدباغ والماء) ، وأخرجه البيهقي وقال: وإسنادهما حسن» البدر المنير ٦٠٣/١ .

(٣) أخرجه الترمذي (١٧٢٨) ؛ والنسائي في الكبرى (٤٥٦٧) ؛ وابن ماجه (٣٦٠٩) ؛ وابن حبان في صحيحه ١٠٣/٤ ؛ وأحمد في المسند ٢١٩/١ ؛ نصب الرأية ١١٥/١ .

لنا: قوله ﷺ: «الذكاة في الحلق واللبّة»^(١)؛ ولأنّه مختلفٌ في إباحة أكله، فأثرت فيه الذكاة كالضبع؛ ولأنّ النبي ﷺ أقام الدباغ مقام الذكاة، بقوله: «دباغ الأديم ذكاته»^(٢). فإذا كان الفرع الذي هو الدباغ [يصحّ]^(٣) في هذه الجلود، فالذكاة التي هي الأصل أولى، وإذا ثبت طهارتها بالذكاة فجاز بيعها، كجلد الشاة.

وأما إذا كانت مَيْتة لم تدبغ، فلا يجوز بيعها؛ لقوله ﷺ: «لا تنتفعوا من المَيْتة بإهاب ولا عصب»^(٤)، قال الخليل [بن أحمد]: الإهاب: الجلد قبل الدباغ، وبعده يسمّى: أديماً؛ ولأنّه جزء من أجزاء المَيْتة نجس [فلا يجوز بيعها] كلحمها.

١٢٢٧ - فَصْل: [بيع جلد الإنسان والخنزير]

ولا يجوز بيع جلد الخنزير، ولا جلد الإنسان، ولا شعورهما، ولا عظمهما مدبوغاً كان الجلد أو غير مدبوغ، أما جلد الإنسان فلا يجوز الانتفاع به لحرمة، لقوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتًا ﴿٥﴾ أَحْيَاءَ وَأَمْوَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٥ - ٢٦]، فدلّ على أن الميّت من حكمه الدفن، (وبهذا انتفى الانتفاع به).

وأما جلد الخنزير فالدباغ لا يؤثر فيه، وقد روي عن أبي يوسف: أنّه يطهر بالدباغ.

(١) قال ابن حجر: «لم أجده، وإنما في الدارقطني (٢٨٣/٤) مرفوعاً من حديث أبي هريرة قال: وإسناده واه، وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر مثله موقوفاً، وعن ابن عباس كذلك». الدراية ٢/٢٠٧.

«واللبّة: المنحر من الصدر» المغرب (لب).

(٢) أخرجه «أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي وابن حبان من حديث الجون... وإسناده صحيح» - وتكلم في ابن الجون - كما قال ابن حجر في التخليص الحبير ١/٤٩. وقال ابن الملقن: «... إسناده حسن، ورجاله كلهم ثقات، وصححه ابن حبان أيضاً...» خلاصة البدر المنير ١/٢٤.

(٣) في أ (ينصح) والمثبت من ب.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥/٢٠٦؛ والطبراني في الأوسط ٥/٣٥١.

والوجه في ذلك: أن الخنزير يحرم الانتفاع به في حياته بكل حال، فغلظ حكمه بعد موته، وقد قيل إن الدَّبَاغ لا يتأتى في جلده لرقته، وامتزاجه بشحمه فيصير كجلد ميتة لم يُدبغ [فلا يطهر].

وأما شعورهما وعظماها فلا يجوز الانتفاع بهما، فلا يجوز بيعهما.

١٢٢٨ - فُصِّلَ: [بيع شعر وعظم عامة الحيوان]

قال أبو الحسن: فأما غير الخنزير والإنسان، فإن بيع الشعر والصوفِ والوبر والقرن والعظم فجائز مذبوحةً كان أو غير مذبوحة، ولا يحرمُ بالموت ما يجوز إن بان من حي وهو حي، وينتفع به.

والأصل في طهارة شعر الميتة وعظماها - خلاف ما قال الشافعي -: حديث أم سلمة، أن النبي ﷺ قال: «لا بأس بمسك الميتة إذا دُبغ، وصوفها وشعرها وقرنها إذا غُسل بالماء»^(١)؛ ولأنه لو انفصل من الحيوان حال حياته كان طاهراً، فإذا انفصل بعد موته جاز أن يحكم بطهارته كالولد.

وهذه المسألة مبنية على أن الشعر والعظم لا حياة فيهما؛ بدلالة أن الحيوان لا يُدرك بهما ضرباً من المُدركات [ولا يألم بقطعها من غير آفة فيهما]، ولأن الحياة تحتاج إلى بنية مخصوصة وأجزاء من الرطوبة، وليست موجودة في الشعر، وإذا لم يكن فيها حياة لم يؤثر فيها الموت.

فأما عصبُ الميتة ففيه روايتان: إحداهما: أنه طاهر؛ لأنَّ العصب من جنس

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، وقال: «... يوسف بن السفر متروك، ولم يأت به غيره» ٢٤/١؛ وقال الدارقطني نحوه ٤٧/١؛ الدراية ٥٨/١؛ نصب الراية ١١٨/١.

العظم ، إلا أنه غير متصلب ، فحكمه حكم العظم .

والرواية الأخرى: أنه نجس ، ولا يطهر [إلا] بالدباغ [مثل الجلد] ، وهو الصحيح ؛ لأنَّ العَصَبَ فيه حياة بدلالة أن الحس والإدراك يكون به ، فهو كسائر الأجزاء [ويتأتى فيه الدباغ ، فصار كالجلد] .

١٢٢٩ . فَصْلُ : [الانتفاع بشعر بني آدم]

قال أبو الحسن: وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد ، عن أبي حنيفة أنه قال: لا يجوز الانتفاع [بشعور] بني آدم ، وكذلك ابن رستم روى عن محمد عن أبي حنيفة ، وقال محمد: لا يجوز بيع الشعر ، ويُنتفع به .

وجهُ قول أبي حنيفة: ما رويَ (أن النبي ﷺ لعنَ الواصلة والمستوصلة) ، وهي التي تصل شعر غيرها بشعرها ، وهذا ضربٌ من الانتفاع [مقصود ، فدلَّ ذلك على تحريم شعر بني آدم] ؛ ولأنَّ الأُمَّةَ تركت الانتفاع بشعور بني آدم وإن كانوا ينتفعون بشعور سائر الحيوان ، فدلَّ على أنَّهم عرفوا ذلك بتوقيف .

وجهُ قول محمد: أنَّ الشعر ينفصل من الآدمي وهو طاهر ، فحلَّ محلَّ اللبن .

١٢٣٠ . فَصْلُ : [الانتفاع بشعر الخنزير]

قال أبو الحسن: ولا يجوز الانتفاع بشعر الخنزير إلا للأساكفة يخرزون به ، وكرهه أبو يوسف ؛ وذلك لأنَّ الشعر جزء من أجزاء الخنزير ، وقد تغلَّظ حكم الخنزير في التحريم ، فلا يجوز الانتفاع بأجزائه .

وإنما جَوِّزَ للخرازين للضرورة ؛ لأنَّ غيره لا يقومُ مقامه ، وكرهه أبو يوسف ؛

لأنه عين محرمة ، والأعيان المحرمة لا يباح^(١) الانتفاع بها [كالميتة] .

وقد قالوا في الرواية المشهورة: إن شعر الخنزير نجسٌ ؛ لأنه جزءٌ من أجزائه ، [فصار كسائر أجزائه] ، ولأنَّ الخنزير قد تغلَّظَ حكمه ، فتعلق التغليظ بأجزائه .

وروي عن محمد: ما يدلُّ على طهارته ؛ لأنه قال: إذا وقع في ماء جاز الوضوء به ما لم يغلب عليه ، وهذا هو الأقيس على أصولهم في الشعر .

[ووجهه: أن هذا شعر من الشعور ، فوجب أن يحكم بطهارته كسائر الشعور] ، وليسَ يمتنع أن يتعلَّق التحريم به مع طهارته ، كما يتعلَّق بشعر الإنسان [أنه طاهر يمنع تعلق التحريم به]^(٢) .

١٢٣١ - فَصْل: [بيع هوام الأرض]

قال أبو الحسن: وأجمعوا على أن بيع هوام الأرض لا يجوز مثل الحيات ، والعقارب ، والوَزغ ، والعظاية ، والقنافذ ، والجُعل ، والضب ، وهوام الأرض كلها ؛ وذلك لأنَّ هذه الأشياء لم يبح الانتفاع بأعيانها ، والبيع يتبع جواز الانتفاع ، [فإذا لم يجر ذلك ، لم يجر البيع كالخمر والخنزير] .

١٢٣٢ - فَصْل: [بيع ما يعيش في البحر]

قال أبو الحسن: وقالوا: لا يجوز بيع شيء [في] البحر: من الضفادع ، والسرطان ، والسلاحف ، وغير ذلك ، إلاَّ السمك وما يجوز الانتفاع بجلوده .

والأصل في هذا: أن كل ما جاز الانتفاع بعينه من حيوان البحر ، أو بجلده ،

(١) في ب (لا يجوز) .

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

أو بعظمه، فبيعه جائر كحيوان البر، وما لا يجوز الانتفاع بشيء منه لا يجوز بيعه، كالحشرات، وقد روي أن رسول الله ﷺ سئل عن الضفادع تجعل في دواء، فنهى عنه، وقال: «خبثة من الخبائث»^(١)، وهذا يدل على منع الانتفاع [بها].

١٢٣٣ - فصل: [بيع النحل]

قال أبو الحسن: ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان في كواراته عسل، فاشترى الكوارات [بما فيها من النحل] جاز، وأجاز محمد بيع النحل إذا كان مجموعاً.

وجه قولهما: أن النحل لا ينتفع بعينه، ولا بجزء من أجزائه، كالزنبور، ولا يُعتبر ما يتولد منه من العسل؛ لأن ذلك ليس بموجود في الحال، فأما إذا باع النحل مع العسل، فالعقد يقع على العسل، ويدخل النحل على طريق التبعية، وإن لم يجز إفراده بالبيع، كالشرب والطريق.

وحكي عن أبي الحسن: أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إنما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع وأتباعه، والنحل ليس من حقوق المبيع، إلا أنه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف.

وجه قول محمد: أن النحل حيوان يُنتفع به، يمكن تسليمه كسائر الحيوان^(٢).

(١) ورد الحديث بلفظ (القنفذ) كما في أبي داود (٣٧٩٩)؛ والبيهقي في الكبرى ٣٢٦/٩؛ وذكر

الذهبي عن الجزء الأول (عن العلاج بالضفدع) في تنقيح التحقيق ٢٩٧/٢.

(٢) انظر: التجريد، ٢٦٠٧/٥.

١٢٣٤. فصل: [بيع دود القز]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف في دود القز: يجوز بيعه إذا كان معه قز، ولا يجوز إذا انفرد، وروى هشام في نوادره وابن رستم، عن محمد، عن أبي حنيفة: أن بيع دود القز لا يجوز ولا بيضه، وقال محمد: يجوز بيعه.

وجه قولهما: أن دود القز لا ينتفع بعينه، ولا بأجزائه، [فأشبهه الزنبور] وليس كذلك إذا كان معه القز؛ [لأن ذلك] ^(١) على طريق التبع.

وجه قول محمد: أنه منتفع به كسائر الحيوان.

فأما بزر الدود فيجوزُ بيعه عند أبي يوسف ومحمد، ويجوز السلم فيه كلاً في حينه إذا جعل [أجله] في حينه؛ لأنه بزرٌ يتولد منه ما يُنتفعُ به، فصَارَ كبزرِ البطيخ، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعه؛ لأنه لا يُنتفعُ بعينه، وكان محمد يضمن من قتل دود القز؛ لأنه يجوز بيعه، وعن أبي حنيفة: أنه لا يضمن من قتله، على أصله في امتناع بيعه ^(٢).

فرع ^(٣) آخر: قال ابن أبي مالك، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: فيمن باع [دراجاً] ^(٤) أو قُمريّاً أو فاخته، واشترط أنه [يصيح] ^(٥)، أو طيراً مما يجيء من الموضع البعيد، أو كبشاً نطاحاً، أو ديكاً مقاتلاً، أو كلباً مُعاقراً، أو جاريةً

(١) في أ (لأنه) والمثبت من ب.

(٢) انظر: الإفصاح ١/٣٥٤؛ المزني ص ٩٠.

(٣) في ب (نوع).

(٤) وفي ب (ذراجاً) «والدُّراج: نوع من الطير يدرج في مشيه». المعجم الوسيط (درج).

(٥) في أ (يصح) والمثبت من ب.

مغنية، واشترط ذلك في البيع، أن البيع فاسد، وهو قول محمد؛ وذلك لأن هذه الأعيان تُشترى في الغالب للتلهي، وهي جهة محظورة فيها، فإذا شُرطت في البيع لم يجز، ولأن صياح القمري والدراج يجوز أن يوجد، ويجوز أن لا يوجد، ولا يمكن جبره على ذلك، وقد شرط في المبيع ما لا يمكن^(١) تسليمه [يفسد].

وقد قال محمد: إذا باع جارية مغنية وشرط ذلك، جاز على وجه التبرؤ من العيب؛ لأن الغناء عيبٌ فيها، فيجوز للبائع التبرؤ منه كسائر العيوب^(٢).

١٢٣٥ - فصل: [بيع الجوارح من الحيوان]

قال أبو يوسف: فإن اشترى كلباً، أو فهداً، أو شيئاً من الجوارح واشترط أنه [معلم]^(٣)، فهذا جائز، وهي إحدى الروايتين عن محمد؛ وذلك لأن [هذه الأشياء] صنعة تُتعلم وتنفق عليها [الأعواض]^(٤)، [وهي مباحة] فهو كالجارية الطباخة.

وجه الرواية الأخرى: عن محمد أن ذلك لا يمكن تسليمه؛ لأن جبر الحيوان عليه لا يمكن، [فإذا اشترط في البيع ما لا يمكن تسليمه، فسد].

١٢٣٦ - فصل: [بيع البراذين]

قال محمد: إذا باع برذوناً على أنه هملاج^(٥)، فالبيع جائز؛ وذلك لأن هذه

(١) في ب (يقدر).

(٢) انظر: التجريد ٥/٢٦٠٩.

(٣) في أ (يعمل) والمثبت من ب.

(٤) في أ (الأغراض) والمثبت من ب.

(٥) «الهملاج من البراذين: الحسن السير في سرعة وبختر» الوسيط (هملاج).

صنعة تنفق عليها الأعواض، وعلى قول محمد: يجوز أيضاً؛ لأنه يمكن تسليمها، ألا ترى أنها لا تنسى في العادة [فلم يوجد المانع من جواز العقد، فصار كالطبخ والخبز].

قال: وإن باع حمامة على أنها تجيء من [المستلمين] (١)، فالبيع باطل (٢)، وهذا مبني على أصله؛ لأنها لا تُجبر على ذلك، قال: فإن باع قُمْرِيًّا على أنها تصوت، فإذا صَوَّتَتْ جاز؛ وذلك لأن هذه خلقة فيها كحُسنها، ولهذا قالوا في إحدى الروايتين في المُحْرِمِ: إذا قتل قُمْرِيَّةً مصوِّتةً ضمِنَ قيمتها مصوِّتةً.

١٢٣٧ - فُضِّلَ: [بيع الشاة على أنها حلوب]

قال: فإن باع شاة على أنها حلوب، أو على أنها تحلب عشرة أرطال، أو على أنها تضع بعد شهر، فالبيع فاسد؛ لأن اللبن لا يجوز أن يتناوله العقد؛ لأنه في مضمون خلقة الحيوان، فلا يجوز أن يشترط في العقد، وأمَّا الوضع؛ فلأنه لا يُمكن الوفاء به، فاشترطه لا يصح (٣).

فرع (٤) آخر: قال أبو الحسن: وأجاز أصحابنا جميعاً بيع السَّرْجِينِ، والبعر، وشراؤه والانتفاع به، وقال الشافعي: لا يجوزُ بيعه (٥).

لنا: أنه يباع في سائر الأعصار من غير نكير؛ ولأنه يجوز وقوده كالحطب،

(١) وفي ب (السيلمين).

(٢) في ب (فاسد).

(٣) انظر: التجريد، ٢٤٣٦/٥ وما بعدها.

(٤) في ب (نوع آخر).

(٥) انظر: المهذب ٢٣/٣.

ولأنَّها عينٌ جامدة يجوز الانتفاع بها كسائر [الأعيان] ^(١).

١٢٣٨ - فَصْل: [بيع رجيع بني آدم]

ولا يجوز بيع رجيع بني آدم إلا أن يغلب عليه التراب ، وكذلك الانتفاع به .

وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنه [أجاز بيع السرجين] وكره بيع العذرة ، وأجاز الانتفاع بها ، وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: أنه أجاز بيع السرجين وكره بيع العذرة ^(٢) ، ولم يحك في الانتفاع شيئاً ، قال ابن رستم عن محمد: وأما بيع العذرة إذا كان التراب هو الغالب ، فلا بأس به ، والأصل في ذلك: أنه لا يجوز الانتفاع بها ما لم يختلط بالتراب ؛ لأنها عين النجاسة لم يخفف حكمها بالاستهانة بها كسائر النجاسات ، فإذا غلب التراب عليها جاز الانتفاع بها كما يجوز بالسمن النجس ، فيجوز بيعها .

وقد قال ابن رستم ، عن محمد ، قال أبو حنيفة: كل شيء أفسده ^(٣) الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ، إذا [بيّن] ^(٤) ذلك ، [فلا بأس] بالانتفاع به ، وهذا كالعجين إذا وقعت فيه فأرة ، والسمن النجس ، وكل شيء الغالب عليه الحرام ، فلا خير في بيعه ولا هبته .

قال محمد في موضع آخر: ولو أن زيتاً وقع فيه ودكٌ ميتة وكان الودك هو الغالب ، لم يجر بيع ذلك بيّن أو لم يبيّن ، ولو كان الزيت غالباً جاز ، والأصل

(١) في أ (الحيوان) والمثبت من ب .

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٥٥ .

(٣) في ب (أقله) .

(٤) في أ (ثبت) والمثبت من ب .

في جواز بيع الزيت النجس - خلاف ما قال الشافعي^(١) - ما روي أن النبي ﷺ قال في السمن المائع تقع فيه الفأرة: (انتفعوا به)^(٢)، وروي أنه قال (استصبحوا به)؛ ولأن ما جاز الاستصباح به جاز بيعه كالطاهر.

وقوله فيما غلب عليه النجاسة: أنه [يجوز]^(٣) الانتفاع به، فالمراد بذلك في غير الأبدان: مثل الاستصباح، والدَّبَّاح، ودهن الدواب، فأما في الأبدان فلا يحل الانتفاع به^(٤).

فرع آخر: قال أبو الحسن: بيع البربَط، والطَّبل، والمزمار، والدُّف جائز، ومن كسره ضمَّنه، ولا يجوزُ بيعه عند أبي يوسف ومحمد، فلا يضمن مَنْ كسره، وكذلك روى الفضل بن غانم وابن سماعة وعلي بن الجعد، عن أبي يوسف: أنه لا يجوز بيع الترد، و[لا] الشَّطرنج^(٥)، ولا الناي، ولا الصَّنَج، ولا الدُّف المربَّع، ولا العود، ولا بأس ببيع الدُّف المُدَوَّر، وإن كان عليه الصنوج لم يجز.

(١) انظر: المهذب ٢٥/٣.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن من (حديث ابن عمر)، ٢٩١/٤؛ والبيهقي في الكبرى، ٣٥٤/٩؛ ورواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الجبار بن عمر قال محمد ابن سعد: كان بأفريقية. وكان ثقة وضعفه جماعة» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٨٧/١؛ وأخرج ابن أبي شيبة آثاراً عدة؛ انظر ٥٥١/٥.

(٣) في أ (لا يجوز) والمثبت من ب والسياق يدل عليه.

(٤) انظر: التجريد، ٢٦٤٤/٥ وما بعدها.

(٥) «الترد: لعبة ذات صندوق وحجارة وفصين من العظم ونحوه، ويكثر أن تكون الغلبة فيها للحظ، وتعرف عند العامة بـ(الطاولة)». المعجم الوجيز (نرد).

«والشَّطرنج: لعبة تُمثَّل جيشين متحاربين يتألف كل منهما من ست عشرة قطعة تُمثَّل الملك والوزير والخِيَالَة والقِلاع والفِيلة والجنود، وتلعب على رقعة مرسوم عليها أربعة وستون مربعاً». المعجم الوجيز (الشطرنج).

وجه قول أبي حنيفة: أن هذه الأعيان يمكن الانتفاع بها على وجه مُباح ، بأن يجعل البرَبط ظرفاً للدقيق ، والصنجات^(١) للوزن ، والناي وتداً ، وما أمكن الانتفاع به على وجه مُباح وعلى وجهٍ محظور ؛ جائز بيعه ، كالسلاح [والثياب والإبريسم] ، وإذا ثبت جواز بيعه ، وَجَبَ على مُستهلكه ضمانه ، إلا أنه يضمّنه ألواحاً غير مؤلّفة التآليف الذي يصلح للملاهي .

وجه قولهما: أن هذه العين في الغالب لا تُستعمل إلا للمعاصي ، فلا يجوز بيعها كالخمر ، وإذا ثبت امتناع بيعها لم يجب على متلفها شيءٌ ، قال أبو يوسف: وقد أحسن مُتلفها .



(١) في ب (والنروسنجات الوزن).

بَاب ما يحرم بيعه، وما يدخل في معناه



قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز بيع الخنزير، والخمر، والميتة،
[هو حرام لا يجوز بيعه] ولا أكل ثمنه^(١).

أما الخمر فلقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ
الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله الخمر وبائعها، ومشتريها، وشاربها»،
وأما الخنزير، فلقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ [المائدة: ٣]
والتحريم يمنع من جواز التصرف فيه.

والميتة لا يجوز بيعها لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣].

وأما الحرُّ فلقوله ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمهُ
خصمته، رجلٌ باع حرّاً وأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيراً فاستوفى عمله ولم يُوفِّه
أجره، ورجلٌ أعطى بي ثم غدر»^(٢)، وروي أنه قال: «إن أعتى الناس على الله
ثلاثة: رجلٌ باع حرّاً فأكل ثمنه، ورجلٌ قتل غير قاتله، ورجلٌ قتل في الحرم»^(٣).

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١١٠/٣ وما بعدها؛ مختصر القدوري (مع الترجيح والتصحيح لابن
قطلوبغا) ص ١٧٧.

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٢١١٤، ٢١٥٠) وغيره.

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٣٤١/١٣؛ والبيهقي في الكبرى ٧١/٨؛ وأحمد في المسند=

وأما قوله: إن ثمن ذلك لا يؤكل (١)؛ فلقوله ﷺ: «لعن الله اليهود، حرّمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها، ألم يعملوا أن الله إذا حرّم شيئاً حرّم أكل ثمنه» (٢).

١٢٣٩ - فصل: [ذبح المحرم الصيد والحلال في الحرم]

قال أبو الحسن: وكذلك ما ذبحه المُحرّم من الصيد عندنا، وما ذبح الحلال في الحرم من الصيد؛ وذلك لأنّ ذبيحة المُحرّم ميتة، وقال الشافعي في أحد قوليّه: يحرم على الذابح، ولا يحرم على غيره (٣).

لنا: أن الله تعالى سمّى ذلك قتلاً، والقتل في الشريعة يستعمل فيما لا يحل أكله؛ ولأنّه ذبح لا يثبت [به] الإباحة في حقّ الذابح، فلا يثبتها في حق غيره، كذبح المجوسي، [ولأنّ الرمي إلى الصيد يستفاد به حکمان: الملك والإباحة، فإذا كان الملك لا يحصل برمي المُحرّم، فكذلك الإباحة؛ لأنه أحد حُكْمي الرمي]، وكذلك ذبح الحلال [الصيد في الحرم] (٤)؛ لأنّه ممنوع منه لحقّ الله تعالى، كما يُمنع المُحرّم.



= ١٨٧/٢؛ وأورده الهيثمي وقال: «هو في الصحيح غير قوله (أو بصر عينيه)، رواه أحمد والطبراني ورجاله رجال الصحيح» مجمع الزوائد ١٧٤/٧.

- (١) في ب (لا يحل).
 (٢) أخرجه الهيثمي في موارد الظمان ٢٧٣/١؛ ورواه البزار في مسنده ٢٩٥/١.
 (٣) والمذهب تحريمه على غيره، ويكون ميتة نجساً، كذبيحة المجوسي، وكالحيوان الذي لا يؤكل.
 انظر: المجموع ٤٢٤/٧.
 (٤) في أ (في الحرم للصيد) والمثبت من ب.

١٢٤٠. فصل: | ذبائح أهل الكتاب |

قال أبو الحسن: وكذلك ذبيحة المجوسي وكل مشرك غير الكتابي، عبداً كان أو حرّاً، وكذلك ذبيحة المرتد؛ وذلك لما روي في حديث عبد الرحمن بن عوف، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في المجوس: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَلَا تَأْكُلُوا ذَبَائِحَهُمْ، وَلَا تَنْكِحُوا نِسَاءَهُمْ»^(١)؛ ولأنَّ الله تعالى خصَّ الإباحة بطعام أهل الكتاب، ومن سواهم لم يُوجد معنى الإباحة فيهم [فبقي على التحريم].

فأمَّا ذبائح أهل الكتاب فهي حلال، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة: ٥]، ولا يجوز أن يحمل على ما سوى الذبائح؛ لأنَّه لا يكون لتخصيصه بأهل الكتاب معنى؛ إذ ذلك مباح في المجوس؛ ولأنَّ من آمن بكتابٍ من كتب الله تعالى؛ حلت ذبيحته كالمسلم^(٢).

١٢٤١. فصل: [ذبحة من ترك التسمية عمداً]

قال [أبو الحسن]: ومن ترك التسمية عمداً؛ لم يجز [أكل] ذبيحته، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]، وهذا نصٌّ في التحريم.

(١) الحديث بهذا اللفظ لم أعثر عليه كما قال ابن حجر: «لم أجده هكذا» ٥٦/٢؛ وإنما أخرجه جميعاً (الجزء الأول) من الحديث كما في البيهقي في الكبرى ١٧٢/٧، وقال: «فحملة أهل العلم مع الاستدلال برواية بحاله على الجزية، فهم ملحقون بهم في حقن الدم بالجزية دون غيرها»، وذهبوا بأن الاستثناء مدرج. انظر: التلخيص الحبير ١٧٢/٣.

(٢) انظر: الأصل، ٤٠٠/٥ وما بعدها.

وكذلك ذبيحة الصبي الذي لا يعقل، والمجنون؛ لأنهما لا يصحّ منهما
القصْدُ إلى التسمية، فصارَ كذبائِح البالغ بغير تسمية^(١).

١٢٤٢. فَصْل: [بيع المكاتب والمدبر وأم الولد]

ولا يجوزُ بيع المكاتب ولا المدبّر ولا أم الولد ولا الذي أعتق بَعْضه.

أمّا أمّ الولد؛ فلقوله ﷺ في أمّ الولد: «لا تباع ولا توهب وهي حرّة من
جَميع المال»^(٢)، وقال في مارية: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»^(٣)، ومن سَمَى مُعْتَقاً لا يجوز
بيعه، وروى عبيدة السلماني قال: قال [عليّ] ﷺ: (اتفق رأيي ورأي عمر بن
الخطاب ﷺ في آخرين من الصحابة: أن أمّهات الأولاد لا يُيعن، ثم رأيت بعد
ذلك أن أرقهن، فقال له عبيدة: رأيك في الجماعة أحبّ إليّ من رأيك في
الفرقة)، وهذا ليس بخلاف من عليّ ﷺ؛ لأنه يجوز أن يكون قوله أرقهن بمعنى
أجعل لرقهن قيمة، كما قال أبو يوسف ومحمد، ولأنّه لا يجوز بيعها وهي حامل؛
لثبوت نسب ولدها من مولاها، وهذا المعنى موجودٌ بعدَ وضع الحمل.

فأمّا المدبّر فلا يجوز بيعه، وقال الشافعي: يجوز^(٤).

لنا: ما روي في حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال في المدبر: «لا يُباع
ولا يوهب وهو حر من الثلث»^(٥)؛ ولأنّه حق حرية، فأثبت له اسماً مطلقاً، فمنع

(١) انظر: الأصل ٣٩٦/٥.

(٢) رواه البيهقي عن عمر ﷺ موقوفاً ٣٤٢/١٠؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ٤١٠/٤.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ٢٣/٢؛ وابن ماجه (٢٥١٦)؛ والبيهقي في الكبرى ٣٤٦/١٠؛
والدارقطني في السنن ١٣١/٤.

(٤) انظر: رحمة الأمة ص ٥٨٣.

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى ٣١٤/١٠؛ والدارقطني في سننه وقال: «لم يسنده غير عبيدة بن =

البيع ، كالاستيلاء والكتابة .

فأمَّا المكاتبُ فلأنَّه عقد له عقداً أوجب زوال يده ، واستحقاق أرشه فصار كبيعه .

وأما المُعتقُ بعضه ، فلا يجوز بيعُ باقيه عند أبي حنيفة ، فأما عندهما : فهو حرّ كلّه ، وقال الشافعي : إن كان المعتقُ معسراً جاز بيع الباقي منه ^(١) .

لنا : ما وري أن النبي ﷺ قال في عبد من شريكين ، أعتق أحدهما نصيبه ، (عَتَقَ كُلَّهُ ، ليس لله شريك) ^(٢) ؛ ولأنَّ حق الحرية في المكاتب يمنع البيع ، [فنفس] ^(٣) الحرية أولى أن يمنع .

١٢٤٣ . فُصِّلَ : [بيع ولد المدبرة وولد المكاتبه]

قال : ولا أولاد الإمام من ذلك ، أمّا ولد أم الولد ؛ فلأنَّ الاستيلاء مستقر في الأم ، فيسري إلى الولد .

وأما ولد المدبرة ، فقد روي عن جابر وآخرين من الصحابة أنهم قالوا في ولد المدبرة مدبر [وقد دللنا على امتناع المدبرة ، فكذلك بيع أولاد المدبرة] .

وأما ولد المكاتبه فهو داخل في كتابتها ، فلم يجز بيعه كما لا يجوز بيعها .

= حسان ، وهو ضعيف ، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله « ١٣٨/٤ ؛ انظر : الدراية ٨٧/٢ ؛ نصب الراية ٢٨٤/٣ .

(١) انظر : رحمة الأمة ص ٥٨١ ، ٥٨٢ .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٨٢/٣ ؛ وأحمد في المسند ٥٣/٢ مرفوعاً ، وأخرج عبد الرزاق موقوفاً عن ابن عمر ١٨٩/٩ ؛ انظر : التلخيص الحبير ٢١٢/٤ .

(٣) في أ (بمفرد) والمثبت من ب .

وكذلك الولد المشتري والوالدان؛ لأنهم يدخلون في كتابة المكاتب،
[فصاروا كسائر المكاتبين].

فأما من سواهم من ذوي الأرحام، فيجوز بيعهم عند أبي حنيفة؛ لأنهم لا
يدخلون في كتابة المكاتب، ولا يجوز عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنهم يدخلون
في الكتابة.

١٢٤٤ - فُصِّلَ: [الضمان في الجنایات والغُصوب]

قال أبو الحسن في الجامع: ويضمنون كلهم في الجنایات والغُصوبِ والبيع
الفاسد، كما يُضمن غيرهم من العبيد، إلا أم الولد، فإنها لا تضمن إلا بما تضمن
به الحر من الجنایة في قول أبي حنيفة، واختلف عنه في المدبّر، فقال في الجامع
الصغير: لا يُضمن في البيع، وهو المشهور من رواية محمد، وقال معلى عن أبي
يوسف، عن أبي حنيفة: أنه يضمن المدبّر في البيع كما يضمن في الغصب،
وليس عن أبي حنيفة خلاف أنه المدبّر بالغصب، أما ضمان المدبّر والمكاتب
بالغصب؛ فلأن رقبهما مقوم، بدليل أن المولى لو أعتقهما في مرضه سعياً،
ولأنهما يسعيان بعد موته، [وإذا كان لرقبهما قيمة] فالغاصب مُتلفٌ لمال المولى؛
فلذلك ضمن.

وأما أم الولد، فلا تُضمن عند أبي حنيفة بالغصب؛ لأن المولى لا يملك
منها إلا المنفعة، ألا ترى أنها لا تسعى بعد الموت للورثة، ولا للغرماء، وغصب
المنفعة لا يتعلّق به ضمان.

وجه قولهما: أن حق الحرية لا ينافي ضمان الغصب كالتدبير، وإذا ثبت

أنها لا تضمنُ عنده بالغصب ، كذلك بالبيع الفاسد ؛ لأنَّ ضمانها يتعلَّق بالقبض [فصار كالغصب] ، وعلى قولهما لما ضمننت بالغصب ، ضمننت بالقبض عن بيع فاسدٍ .

وأما المدبِّرة فالصَّحيح عن أبي حنيفة رواية معلى ؛ لأنَّها تضمنُ بالغصب ، وضمنان القبض في البيع الفاسد ضمان غصب .

ووجهُ رواية الجامع الصغير: أن حرَّيتها تتعلَّق بالموت كأم الولد .

١٢٤٥ . فُصِّلَ : [بيع الرجل الماء والكلاء]

نوعٌ آخر: وقال أبو الحسن: لا يجوز عند أصحابنا جميعاً بيعُ الرجل كلاً في أرضه [ولا] ماء في نهره أو بئرهِ ، وذكر الطحاوي هذه المسألة في الاختلاف ، فذكر قول الشافعي مثل قولنا (١) .

والأصل فيه قوله ﷺ : «النَّاسُ شركاء في ثلاثة: في الماء ، والكلاء ، والنار» (٢) ، وإذا أشرك الناس فيه لم يكن البائع أولى من المشتري به ، فلم يصح بيعه ؛ ولأنَّه على أصل الإباحة ، فما لم يُحرزه لا يجوز بيعه ، كالصيد في أرضه ، وكذلك الكمأة في الأرض لا يجوز بيعها ما لم يقلعها ويحرزها (٣) ، وكذلك بيع الصَّيد في أرض لم تؤخذ ؛ لما بيَّنا أن ما كان على أصل الإباحة لم يُملك إلا بالحيازة .

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٣٩/٣ .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٧٧) ؛ وابن ماجه (٢٤٧٣) وقال البوصيري في الزوائد: «هذا إسناد

صحيح ، رجاله موثقون» .

(٣) في ب (ويجوزها) .

قال وكذلك بيع السمك في [نهره وأجمته] وهذا على وجهين: إن حصل في أرضه بغير فعله؛ لم [يجز] بيعه لعدم الحيازة، وإن حصل في أرضه بفعله فهو على وجهين: إن كان لا يمكن أخذه إلا باصطياد لم يجز بيعه؛ لأنه لا يقدر على تسليمه عقيب العقد، وإن كان يقدر على أخذه بغير صيد جاز البيع؛ لأنه حصل في أرضه بحيازته، فملكه، وتسليمه ممكن، فصار كما لو [حازه] (١)، وجعله في طرف.

١٢٤٦ - فصل:

قال: وكذلك إن ساق الماء إلى أرضه ولحقته المؤنة حتى خرج الكلاً، فإنه لا يجوز بيعه؛ وذلك لأن سوق الماء ليس حيازة للكلاً، فبقيت على أصل الإباحة، فلا يجوز بيعه.

١٢٤٧ - فصل: [بيع ذبيحة المجوسي]

وذكر أبو الحسن في «الجامع الصغير» في ذبيحة المجوسي وكل شيء يعملونه هو عندهم ذكاة كخنقها وضربها حتى تموت، فإنه يجوز به البيع بينهم عند أبي يوسف، ولو استهلكها مسلم ضمن قيمتها، قال وليس ذلك كما مات حتف أنفه، وقال محمد: ذبيحة المجوسي لا يجوز لهم بيعها، ولا أقضي فيها بثمان، وذبحه وقتله سواء.

وجه قول أبي يوسف: أنهم يتمولون ذبائحهم كما يتمولون الخمر، فإذا جاز تصرفهم في أحدهما فكذلك الآخر.

(١) في أ (صاده) والمثبت من ب.

وجهُ قول محمد: أن أحكامهم كأحكامنا في الشرع، إلا ما استثني بعقد الأمان، والذي استثني لهم الخمر والخنزير، وما سوى ذلك فعلى أصله^(١).

١٢٤٨ - فصل: [بيع الأشرطة المحرمة]

قال أبو الحسن في الجامع: أجمعت الرواة كلُّهم أبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن بيع الأشرطة المحرمة كلها جائز إلا الخمر، غير أن الحسن قال: وكذلك ما ذهب [ثُلثه] من العصير إذا اشتدَّ، ولم يُجَوِّز أبو يوسف ومحمد بيع ما حرم شربه، فالضمان على القولين فرع على جواز البيع.

وجهُ قول أبي حنيفة المشهور: أن هذه الأشرطة مختلف في تحريمها، كنبذ التمر المطبوخ.

وجهُ رواية الحسن: أن العصير إذا ذهب أقلُّه واشتدَّ لم يزل اسم الخمر عنه؛ لأنه يُطبخ الطبخ اليسير ليستحکم، ولا يرد عليه الفساد، وإذا كان من نوع الخمر لم يجز بيعه، وليس كذلك المنصّف؛ لأنه يغلظ ويزول الاسمُ عنه، فتحريمه لا يمنع من جواز بيعه.

وجهُ قولهما: أنه شرابٌ محرّم غير مستقذر [فلا يجوز بيعه] كالخمر، ولا يلزم الماء النجس لأنه مستقذر فلا يلزم^(٢).



(١) انظر: الأصل ٣٨١/٥، ٤٠١.

(٢) انظر: كتاب الآثار للإمام محمد بن الحسن، ص ١٨٢، ١٨٣ (إدارة القرآن).

بَاب

العقد يقع على شيئين أحدهما لا يجوز البيع فيه

—•••••—

هذا الباب قد تكلمنا على أكثر ما فيه فيما تقدّم، وبيّنا الخلاف فيه، وذكرنا رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق، واختلاف طريقة أصحابنا في ذلك، ولا معنى لإعادته.

وقد قال أبو حنيفة: إن معنى قولي إن الفساد في نفس المعقود عليه أن يثبت التحريم بنصّ أو إجماع، ولا أعتد بالخلاف مع النصّ، ولهذا قال: فيمن جمع بين شاة مذكاة وشاة تركت التسمية عليها عامداً؛ أن البيع فاسد فيهما؛ لأنّ ما تركت التسمية عليه عمداً منصوصاً على تحريمه، والنصّ حجّة على المختلفين، والخلاف ليس بحجّة في مقابلة النصّ، فصار وجود الخلاف فيه وعدمه سواء.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز البيع في المذكاة؛ لأنّ إباحة الأخرى يسوغ فيها الاجتهاد، فصار تسويغ الاجتهاد كتعارض النصّ.

١٢٤٩ - فُصِّلَ: [مسألة الطوق]

وذكر أبو الحسن [في] (مسألة الطوق): وهي [أنه] إذا باع جارية وطوق ذهب بمائة^(١) دينار إلى شهر، فالبيع فاسد كله عند أبي حنيفة، وروى ابن رستم عن محمد، عن أبي يوسف، وابن سماعة وبشر بن الوليد، عن أبي يوسف مثل

(١) في ب (بمائي).

قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف: لأنه لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك ، وقد بينا هذه المسألة .

قال محمد: وللمُشتري الخيارُ في الحلال منهما إذا لم يعلم ، فالذي أفسد البيع: إن شاء أخذ الباقي ، وإن شاء رده ؛ وذلك لأنَّ الصفقة تفرقت عليه [ثبت له الخيار إذا لم يكن رضي به] .

قال: فإن كان البائع بين ذلك ، فلا خيار له ؛ لأنه قد علم بتفريق الصفقة ، فدخل [في العقد] على ذلك .

١٢٥٠ . فصل: [حصول الفساد بسبب آخر]

قال أبو الحسن: وإذا لم يفسد العقد لما وقع عليه ، وإنما فسد بالافتراق بطل فيما يبطل بالافتراق ، وصحَّ في الآخر ، مثل أن يكون له على رجل خمسة دراهم ديناً ، فأسلمها مع خمسةٍ أخرى في قفيز ، وكذلك الجارية والطوق ، إذا لم يشترط في البيع الآجل وافتراقاً عن غير قبض ؛ وذلك لأنَّ البيع وقع هاهنا صحيحاً في الجميع ، وإنما فسَدَ في بعضه بمعنى طارئ فلا يفسد في الباقي ، كمن اشترى عبايين ، فمات أحدهما [قبل القبض] .

١٢٥١ . فصل: [فيمن باع شيئين فقبض أحدهما فقط]

وقد حكى محمد عن أبي حنيفة: فيمن باع أمتين إحداهما لم يقبضها من بائعها ؛ أنه يجوزُ البيعُ في التي في يده ، وهذا كالمدبرة والأمة .

وقال الحسن ، عن زفر: البيع فيهما باطل .

وجه قول أبي حنيفة: أن الرقَّ المعقودَ عليه موجودٌ فيها ، فصار كالأمة والمُدبَّرة .

وجه قول زفر: أن بيع ما لم يقبض منصوص على تحريمه ، فلم يُعتدَّ بالخلاف فيه ، ففسد [البيع] في الجميع ، [كما قلنا فيمن باع شاةً مُذكَاةً وشاةً تركت التسمية عليها عامداً] .

١٢٥٢ - فصل: [الفساد في الثمن يعم جميع المبيع]

وقد ذكر أبو الحسن في الجامع: فيمن اشترى عبداً بخمسمائة نقداً، وخمسمائة له على فلان: أن البيع فاسد في [المبيع]^(١)؛ وذلك لأنَّ هذا فساد في الثمن ، وما فسد من الثمن لا يختصُّ بجزءٍ من المبيع دون جزءٍ ؛ [لأنَّ عندنا كل جزء من الثمن في مقابلة كل المبيع] فيفسد في الجميع ، وعلى هذا قال زفر: إذا اشترى عبداً بخمسمائة نقداً وخمسمائة إلى العطاء فسد في الجميع ؛ لأنَّه شرطٌ فاسد في الثمن ، فلا يختصُّ ببعض المبيع دون بعض^(٢) .



(١) وفي ب (الجميع) .

(٢) انظر: الأصل ٥٧٥/٢ .

بَاب

بيع الحمل وما في معناه

قال أبو الحسن: وإذا باع الرَّجُلُ حَمْلُ شَيْءٍ مِنَ الْحَيَوَانِ، كائناً ما كان، أو لبناً في ضرع، أو صوفاً على ظهر شاة، أو لؤلؤة في صدفة، فباعها دون الصَّدفَةِ، أو [في] بطيخ صحاح، ورضي صاحبه أن يقطعه ويسلّمه إليه، أو نوى في تمر، أو خل هذا السَّمْسَمِ، أو زيت هذا الزيتون، أو لحماً من شاة حيّة، أو باع رجلها أو يدها أو طرفها وهي حيّة، أو شحمها، فهذا كله باطل لا يجوز البيع^(١).

أمّا الحمل فلنهيهِ عَلَيْهِ عَنْ «بيع الحر، وعن بيع الحَبَلَةِ»؛ ولأنّه لا يمكنه تسليمه عقيب العقد، لعدم ثبوت يده عليه.

وأمّا اللبن؛ فحديث ابن عباس (أنّ النبي صَلَّى): «نهى عن بيع اللبن في الضرع، وعن بيع المضامين»^(٢)، وهو ما يضمنه خلقة الحيوان؛ ولأنّه لا يُمكن التسليم للمعتود عليه، ألا ترى أنّ اللبن يحدث حالاً فحالا فيختلط المبيع بغيره قبل قبضه، وهذا يفسد البيع لو صحّ.

فأمّا الصُّوف على ظهر الشاة، فالمشهور عنهم أنّه لا يجوز، وذكر محمد في الصُّلح، عن أبي يوسف: أنّه لو صالح على صُوف على ظهر شاة جاز، وروى

(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٧٨.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٢٣٠/١١؛ وقال الهيثمي: «وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة، وثقه أحمد، وضعفه جمهور الأئمة». مجمع الزوائد ٤/١٠٤؛ وقال ابن حجر: «وفي إسناده ضعف» ١٤٩/٢.

بشر عن أبي يوسف: جواز بيعه .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: حديث ابن عباس (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم)^(١)، ولأنه جزء مشار إليه من الحيوان [فلم يجز بيعه] كأعضائه .

وجه قول أبي يوسف: أنها عين مشار إليها، يجوز استباحتها، فصار^(٢) بيعها كبيع القصيل، والفرق بينهما: أن الصوف لا يخلو [إما] أن يسلمه بالجزء أو بالنتف، وبالجزء لا يمكن استيفائه، وقد [يبقى] منه في بعض الأحوال أكثر مما [يبقى] في بعضها، وبالنتف لا يجوز؛ لما في ذلك من إلحاق الضرر بالحيوان .

فأما القصيل: فيقلع بأصله، [فيمكن]^(٣) استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحق الأرض، وأما اللؤلؤة في الصدفة، فقد ذكر [ها هنا] أن بيعها لا يجوز وذكر عن ابن سماعة في الجامع عن أبي يوسف: أن بيعها جائز كلحم [الشاة] المسلوخة .

وجه ما ذكرها هنا: أنه لا يمكن تسليمها إلا بشق الصدفة، وذلك [ضرر] لم يستحق بالعقد، فصار كالنوى في التمر؛ ولأن الصدف حيوان، وبيع ما في مضمون خلقة الحيوان لا يجوز .

وجه قول أبي يوسف: أن الصدف لا يُنتفع به إلا بالشق، فلم يكن في تسليم اللؤلؤة ضررًا، فصار كبيع لحم الشاة المذبوحة، وقد قالوا إن ذلك جائز .

(١) الحديث المذكور جزء من حديث أخرجه البيهقي في الكبرى، وقال: «تفرد برفعه عمر بن فروخ، وليس بالقوي، وقد أرسله عنه وكيع، ورواه غيره موقوفًا» ٣٤٠/٥؛ انظر: الدراية ١٤٩/٢؛ نصب الراية ١١/٤ .

(٢) في ب (فجاز) .

(٣) في أ (فيما) والمثبت من ب .



وأما بزرُّ البطيخ الصحيح ، فلا يمكنه تسليمه إلا بقطعه ، وفي ذلك ضرر .
فأما خَلُّ السمسم وزيت الزيتون ؛ فلائنه غير مالك له ، ألا ترى أن من | كان |
عنده الزيتون لا يملك الزيت ، وبيع ما لا يملكه الإنسان لا يجوز .
وأما بيع لحم من الشاة الحية أو عضو منها أو شحمها ، فلا يجوز ؛ لأنَّ
استباحة ذلك محرَّم في الحال ، والعقد لا يجوز أن يقع على المُحرَّم .
قال أبو الحسن : فإن سلَّم البائع ذلك ، لم يجز ، ولا يشبه هذا الجذع في
السقف .

قال محمد : وكذلك الصُّوف إذا جزَّه البائع وسلَّمه ، والقياس فيه أن يجوز ،
ولكنَّا استحسنا الأثر الذي روي عن ابن عباس ، وإنما قلنا إن البيع لا يجوز ،
وإن سلَّمه ؛ لأنَّ المعقودَ عليه لا يجوزُ عليه العقد ، إمَّا [للحرمة] أو لعدم ملكه ،
فلا يصحُّ في الثاني .

فأما الجذع فهو على ملكه ، والانتفاع به جائز وإنما منع من البيع ؛ لأنَّ في
تسليمه تخريب سقفه ، [فإذا] ^(١) قلعه فقد زال المعنى المانع ، فجاز ، ولا يقال :
فقولوا في بزر البطيخ ونوى التمر مثله ؛ وذلك لأنَّ بزرَّ البطيخ في مضمون خلقه
لا يُمكن تسليمه إلا بفسادها ، فهو كلحم الشاة .

١٢٥٣ - فصل : [بيع الحنطة في سنبها]

قال : بيع الحنطة في سنبها جائز ؛ لأنَّه ليس في أخذها فسادٌ لشيء ، والتبُّنُّ
بمنزلة الظرف ، وقد بيَّنا هذه المسألة .

(١) في أ (فأما إذا) والمثبت من ب .

وقد قالوا: لو باع تبن الحنطة دون الحنطة لا يجوز؛ لأنه في الحال ليس بتبن، وإنما يصير تبناً بالدق والعمل، فقد باع ما ليس عنده، [فلا] ^(١) يجوز كزيت الزيتون ^(٢).

١٢٥٤. فصل: [الاستثناء مما لا يجوز العقد عليه]

قال أبو الحسن: وما لم يجر بيعة في هذا إذا باع الجملة واستثنى منه هذه الأشياء لم يجر؛ وذلك لأن ما لا يجوز العقد عليه لا يجوز إستثناؤه من العقد [فصار] كأعضاء الشاة [والعبد]، وما يجوز أن يفرد بالعقد. عليه لا يجوز أن يستثنى من العقد كالجزة والمشاع.

١٢٥٥. فصل: [وجود لؤلؤة في سمكة أو دجاجة]

ومن هذا النوع: ما روى هشام، عن محمد: فيمن اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة، فهي للمشتري، وكذلك اللؤلؤة في ^(٣) السمكة، فإن اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع، وذلك لأن اللؤلؤة في الصدفة متولدة، فهي كبيض السمك، فأما السمكة إذا كانت فيها لؤلؤة فلأن السمك يأكل حيوان البحر، فما يوجد فيها منه فهو للمشتري، كمن وجد سمكة في جوف سمكة، وأما الدجاجة، فإن اللؤلؤة لا تخلق فيها، ولا هي من علفها، فلا تملك بالعقد عليها.

وقد قال بشر عن أبي يوسف: كل شيء وُجد في حوصلة الطائر مما يأكله فهو للمشتري، وإن كان من غيره فهو للبائع، وهذا ما [على] بيناه.

(١) في أ (فهو) والمثبت من ب.

(٢) انظر: التجريد، ٢٤٠٧/٥.

(٣) في ب (تولد في الصدف).

بَابُ المبيع قبل القبض

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: كل ما يتعيَّن بالعقد فهو مبيعٌ على ما بيَّنت لك ، ولا يجوز بيعه قبل القبض ، إلا العقار خاصَّة عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقوله ما تعيَّن فهو مبيع ، يعني : ما تعيَّن جنسه ؛ لأنَّ الحلِّي يتعيَّن بالعقد ، و [هو] ليس بمبيع .

والأصل فيما يجوز التصرُّف فيه قبل القبض وما لا يجوز: أنَّ كل عوضٍ مُلْكٌ بعقدٍ فيُفسخُ بهلاكه ، فالتصرُّف فيه قبل القبض لا يجوز ، [كالمنقولات] (١) ، والأجرة إذا كانت عيناً فشرط تعجيلها ، والصلح من دعوى في مال على عيْن ، وكل ما لا يُملك بعقد لا يفسخ العقدُ بهلاكه ، فالتصرُّف فيه قبل القبض جائز ، كالمهر والعوض في الخلع ، والعتق على مال ، والصلح عن دم العمد .

وإنما اعتبرنا أحد الأمرين بالآخر ؛ لأنَّ التصرُّف إسقاط للقبض ، فما بطل العقد بهلاكه ، لم يصح التصرف فيه ؛ لأن كل واحد من الأمرين إسقاط القبض المستحق بالعقد ، وما لا يفسخ العقد بهلاكه فالتصرُّف فيه كهلاكه ؛ لما في ذلك من إسقاط القبض .

وقد قدمنا الكلام في امتناع التصرف في المبيع المنقول قبل القبض مع مالك ، والكلام في جواز البيع في العقار قبل القبض مع [محمد و] الشافعي .

(١) في أ (كالبيعات) والمثبت من ب .

قال أبو الحسن: وما لا يجوز بيعه قبل القبض فكذلك إجارته؛ لأن ملك المشتري لم يتم فيه، فلم يجز إجارته لملك لم يتم.

١٢٥٦. فصل: [هبة أو رهن المبيع قبل القبض]

فأما إذا وهبه أو تصدق به، أو أقرضه أو رهنه من غير بائعه، فلا يجوز ذلك عند أبي يوسف، وكذلك يجب أن تكون الوصية به، وقال محمد: كل ذلك جائز.

وجه قول أبي يوسف: أن الملك لم يتم لعدم القبض، ألا ترى أن العين إذا هلكت على غير ملكه، فلم تجز هبته فيما لم يتم ملكه فيه، كما لا يجوز بيعه.

وجه قول محمد: أن هذه العقود لا يتعلق الاستحقاق بها، وإنما يتعلق بقبضها، فيقوم قبض الموهوب له مقام قبض المشتري، ثم يصير قابضاً لنفسه، فكأنه وهب بعد ما قبض وكيله، وهذا كما قالوا: إذا قال أطعم ستين مسكيناً عن كفارتي، فإن قبض المساكين يقع [للأمر] حتى يصير مضموناً عليه، ثم يقع قبضهم لنفوسهم صدقة، وليس هذا عند محمد، كمن لو رهن أو وهب من البائع؛ لأن قبض البائع لا يجوز أن يقوم مقام قبض المشتري، فلم يحصل القبض الذي أوجبه البيع، فيصير كالهبة والرهن قبل القبض.

١٢٥٧. فصل: [هبة المشتري المبيع من البائع]

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد: أن المشتري لو وهب المبيع من البائع فقبله البائع بطل البيع، ولم تصح الهبة، ولو باعه من البائع، فقبل، لم يصح البيع ولم يبطل البيع الأول.

والفرق بينهما: أن قبض البائع لا يقوم مقام قبض المشتري، فلا يصح الهبة

قبل القبض ، إلا أن البيع يبطل ؛ لأنَّ الهبة تصلح لإسقاط الحقوق ولهذا يبرأ بها من الديون ، فصارت الهبة إسقاطاً لقبض المبيع ، فإذا تراضيا بذلك بطل البيع ، وأما البيع فلا يصح قبل القبض ، ولم يوضع لإسقاط الحقوق ، وإنما وُضع للتملك ، فإذا لم يتعلق به المِلك لم يتعلق به حكم .

١٢٥٨ - فَصْل : [العبارات المؤدية إلى نقض البيع]

ولو قال المشتري للبائع: بعه أو بعه لنفسك ، فقبل فهو نقض ، وإن قال: بعه لي ، لم يكن نقضاً ، وإن باعه لم يجز بيعه ، وكذلك روى [ابن سماعة عن] أبي يوسف ، عن أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف: [إذا قال بعه] لا يكون نقضاً .

وجهُ قول أبي حنيفة ومحمد: إن أمره له بالبيع إنما لم يصح ؛ لأنَّ الأمر لا يملك البيع ، فكأنه قال: بعه لنفسك ، ولا يصحُّ بيعه لنفسه إلا بعد نقض البيع ، ومتى تراضيا على ما لا يصح إلا بعد النقض كان نقضاً ؛ (لوجود ما يستدل به على النقض من جهتهما)^(١) .

وجهُ قول أبي يوسف: أن قوله له بع ينصرف إلى البيع للأمر ؛ لأنَّ العين على ملكه ، وذلك لا يُوجبُ النقض ، فصار أمراً بعقدي^(٢) فاسدٍ فلا ينتقض البيع الأوّل به .

١٢٥٩ - فَصْل : [وقوع العتق عن البائع]

ولو قال المشتري للبائع: أعتقه ، فأعتقه البائع ، فعتقه جائز عن نفسه في

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٢) الكلمة مكررة .

قول أبي حنيفة | ومحمد | ، وقال أبو يوسف: عتقه باطل .

وجهُ قول أبي حنيفة | ومحمد | : أن العتق قبض ، والقبضُ لا يكون بفعل البائع ، فصار أمره بالعتق أمراً بالعتق عن البائع ، وذلك لا يكون إلا بعدَ النقض ، [فكأنه صرَّح بالنقض] .

وجهُ قول أبي يوسف: أن الأمرَ ينصرف إلى العتق عن الأمر ، فلا ينفسخ البيعُ به ، وإن لم يقع العتق .

١٢٦٠ - فصل: [ما يجوز التصرف فيه قبل القبض وما لا يجوز]

قال أبو الحسن: وما كان ديناً بعقد أو بغير عقد فبيعه جائز ، إلا في السلم ، وثمان الصِّرف ، والثياب في البيع إذا كان ديناً إلى أجل .

قال: وجُملة هذا ما قدمنا أن كل دين في الذمَّة لا يُستحقُّ قبضه في المجلس ، وليس ببدل في السلم ، فالتصرُّف فيه قبل القبض جائز كأثمان البياعات ، وقد دلَّ عليها حديث ابن عمر .

وما يجب قبضه في المجلس أو كان بدلاً في السلم ، لا يجوز التصرف فيه ؛ لقوله ﷺ «مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرَفُهُ إِلَى غَيْرِهِ»^(١) ، وقد قدمنا ذلك .

وأما الثياب إذا كانت في الذمَّة مؤجلة فالقياس أن لا يثبت ، وإنما استحسنا في ثبوتها بالأجل قياساً على السلم ، فلا يجوز التصرف فيها ، لقوله ﷺ ، كما لا يجوز التصرف في [المسلم]^(٢) فيه ، وقد بيَّنا ما ذكره الطحاوي

(١) الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه ، والترمذي في علله مرفوعاً وهو حديث حسن ، كما قال الزيلعي في نصب الراية ٥١/٤ ؛ وأخرجه البيهقي في الكبرى بلفظ (إذا أسلفت ...) ٣٠/٦ .

(٢) في أ (السلم) والمثبت من ب .

في القرض والكلام عليه .

١٢٦١ - فُضِّلَ : [ما يجوز بيعه قبل القبض]

قال أبو الحسن : وما يُملك بغير عقد أو بعقد بغير بدل ، فبيعه قبل القبض جائز كالميراث والوصية .

أما الميراث فلأنَّ الوارثَ يخلف الميت في ملكه ، ويقومُ مقامه ، فصارت اليدُ التي فيها الميراث كيدِ المورث .

وأما الوصية فتملك يتعلق بالموت كالإرث .

١٢٦٢ - فُضِّلَ : [بيع المكيل والموزون قبل القبض]

وما كان مكيلاً أو موزوناً فاشتراه مُكايَلةً أو موازنةً لم يجز بيعه إلا بعد قبضه وكَيْلُه ، فإن باعه قبل كَيْلِه لم يجز ، وقد بيَّنا هذه المسألة ، وذكرنا اختلاف الرواية في المعدودات ، وروى أبو يوسف في الإملاء عن أبي حنيفة [في المعدودات : أنها كالمكيلات ، وفي الجامع الصغير عن أبي حنيفة :] لا يبيعُ ما يُكال أو يوزن أو يُعد حتى يكيِّله أو يوزنه أو يُعَدَّهُ ، فإن باعه لم يجز في المكيل والموزون وسكت عن المعدود ، وقال أبو يوسف ومحمد : المعدود كالمدروع ، وقد بيَّنا هذه المسألة .

١٢٦٣ - فُضِّلَ : [قبض المكيل بغير كيل ثم بيعه]

قال أبو يوسف : وإن اشترى مكيلاً أو موزوناً مكايَلةً أو موازنةً بيعاً فاسداً وقبض ذلك بغير كيل ، ثم باعه وقبضه المشتري ، فإن المبيعَ الثاني جائز والأوَّل

فاسد، قال أبو يوسف: إنما يعتبر إعادة الكيل في البيعين الصحيحين، وهذا صحيح؛ لأنَّ البيع الفاسد يُملك بالقبض، كالقرض، وقد قالوا فيمن استقرض طعاماً بكيل ثم باعه مكايلة، أنه لا يحتاج إلى إعادة الكيل^(١).

١٢٦٤. فُصِّل: [البيع بكيل لا يعرف قدره]

قال أبو يوسف: ولو اشترى مكايلة بإناءً بعينه، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كاله بذلك الإناء فرضي به المشتري بعد كياله جاز البيع؛ [وإن باعه المشتري قبل أن يعيد الكيل جاز]؛ وذلك لأنَّ هذا البيع في حكم بيع المجازفة، ألا ترى أن الإناء لا يُعرف قدره من الكيل، ومن اشترى مجازفة وباع مكايلة لم يحتج إلى كيلين، وقد قال أبو يوسف فيمن اشترى طعاماً مكايلةً وباعه مجازفة: إن المشتري لا يتصرّف فيه إلا بعد الكيل، وقال محمد: لا يحتاج إلى كيلين، وهو الصحيح؛ لأن الكيل الثاني [إنما يُحتاج إليه ليتعين به مقدار المعقود عليه، فإذا اشترى مجازفة استحق الجميع، فلا] يحتاج إلى الكيل، وأبو يوسف ذهب إلى ظاهر الخبر.

١٢٦٥. فُصِّل: [التصرف في الثمن قبل القبض]

قال أبو الحسن: قال محمد: ولو اشترى عبداً بكرّاً موصوفٍ بغير عينه ثم إنّه دفع إليه الكر ولم يكله عليه، فصدّقه بائع العبد، أنه كُر ثم باعه قبل أن يكتاله جاز؛ وذلك لأنَّ التصرف يجوز في [هذا] الكر قبل القبض، ألا ترى أنه لو باعه من المشتري، جاز، وعدم الكيل كعدم القبض. والله ﷻ أعلم.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥٥/٣ وما بعدها؛ التجريد، ٥/٢٥٧٠.

بَابُ الاحتكار



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الاحتكار^(١) مكروه عند أصحابنا جميعاً: وهو أن يشتري طعاماً من مصر ويمتنع من بيعه، وذلك يضر بالناس.

والأصل في كراهة الاحتكار قوله ﷺ: «الجلبُ مرزوق، والمحتكر ملعون»^(٢) رواه ابن عمر.

وروى عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجدام، والإفلاس»^(٣)، وروى أبو أمامة أن النبي ﷺ قال: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله، وبرئ الله منه»^(٤)؛ ولأن في ذلك تضييقاً على الناس، وهذا لا يجوز؛ وكذلك (نهى النبي ﷺ عن تلقي الجلب، وتلقي الركبان)^(٥).

(١) الاحتكار: حبس الطعام (الأقوات) لغلأء السعر. انظر المغرب (حكر).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢١٥٣)؛ والبيهقي في الكبرى وقال: «تفرد به علي بن سالم عن علي بن زيد، قال البخاري: لا يتابع في حديثه» ٣٠/٦؛ والدارمي في السنن ٣٢٤/٢؛ الدراية ٢٣٤/٢؛ نصب الراية ٢٦١/٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢١٥٥)؛ وأحمد في المسند ٢١/١؛ والطيالسي في مسنده ١١/١؛

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک ١٤/٢؛ والطبراني في الأوسط ٢١٠/٨؛ والإمام أحمد في المسند ٣٣/٢؛ الدراية ٢٣٤/٢؛ نصب الراية ٢٦٢/٤.

(٥) أصله في مسلم (١٥١٧، ١٥١٨)؛ ورد في أكثر الروايات بـ(نهى عن تلقي الجلب) أبو داود (٣٤٣٧)؛ والنسائي في الكبرى (٦٠٩٠)؛ وابن ماجه (٢١٧٩).

والاحتكار أن يتناع طعاماً من مصر أو من مكان قريب من المصر يُجلب طعامه إلى المصر ، وذلك مصر صغير يضرب به هذا [الفعل] ، فأما إذا كان مصرأً كبيراً لا يضرب به هذا الفعل لم يمنع منه ، وكذلك قال أبو حنيفة في (تلقي الجلب): إذا كان في بلد لا يضرب بأهله ، فلا بأس .

وقالوا فيمن جلب طعاماً من مكان بعيد من المصر [فاحتكره ولم يبعه لم يمنع من ذلك ؛ لأنه كان له أن لا يجلبه ، فليس في الامتناع من بيعه إضرار بأهل المصر] ، وكذلك من زرع أرضه وادخر طعاماً فليس بمحتكر ؛ لأنه كان له أن لا يزرعها .

قال محمد: أجبر المحتكرين على بيع ما احتكروه ، ولا أسعّر ، ويقال له بع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها ، ولا أتركه يبيع بأكثر من ذلك .

والأصل في امتناع التسعير - خلاف ما قاله مالك - ما روي (أن السعير غلا بالمدينة فقالوا: يا رسول الله ، لو سعرت ، فقال: «إن الله هو المُسعّر»^(١) ؛ ولأن التسعير تقدير للثمن الذي يُباع به الطعام ، والإنسان لا يُجبر على البيع بثمن معين [كسائر أملاكه] .

فأما قوله: إنني أجبرهم على البيع بما يبيع الناس ؛ فلأن في ترك البيع إلحاق ضرر ، وهذا يجب أن يكون على قول أبي يوسف ومحمد على أصلهما

= وأما الجزء الثاني فمتفق عليه من حديث ابن عباس رفعه: (لا تلقوا الركبان...) كما في الدراية ٢٣٤/٢ .

(١) أخرجه أبو داود (بطوله) (٣٤٥١) ؛ والترمذي (١٣١٤) وقال: «حديث حسن صحيح» ؛ وابن ماجه (٢٢٠٠) ؛ وأحمد في المسند ٢٨٦/٣ ؛ الدراية ٢٣٤/٢ ؛ نصب الرأية ٢٦٢/٤ .

في الحَجْر على الحرّ .

فَأَمَّا إِذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ الْحَجْر لَا يَجُوزُ عَلَى الْحُرِّ، فَيُجِبُّ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ لَا يُجْبَرُوا عَلَى الْبَيْعِ .

وقد قال أصحابنا: إِذَا خَافَ الْإِمَامُ عَلَى أَهْلِ الْمَصْرِ الْهَلَاكَ أَخَذَ الطَّعَامَ مِنَ الْمُحْتَكِرِينَ وَفَرَّقَهُ عَلَيْهِمْ، فَإِذَا وَجَدُوا [رَدُّوا] ^(١) مِثْلَهُ، وَلَيْسَ هَذَا حَجْرًا، وَإِنَّمَا هُوَ لِلضَّرُورَةِ، وَمَنْ اضْطَرَّ إِلَى مَالٍ غَيْرِهِ، وَخَافَ الْهَلَاكَ، جَازَ لَهُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ رِضَاهِ .

١٢٦٦ - فَصَّلَ: [الجلب من رستاق المصر]

قال أبو الحسن: [وأما إذا] ^(٢) جلب من غير المصر من قرى المصر فإن محمداً جعله في حكم المصر، وقال هشام: حدثنا أبو يوسف، عن أبي حنيفة قال: إذا جلب الرجل من الرستاق ^(٣) طعاماً ثم احتكره فليس بمحتكر .

قال أبو يوسف: إن جاء به من مقدار نصف ميل فليس بحكرة، وهذا ليس بخلاف، وإنما هو على ما بيناه، إذا كان رستاق المصر يجلب طعامه إلى المصر فالمشتري منه كالشراء من المصر، وإن كان لا يجلب إليه فليس باحتكار .

قال: فإن اشتراه من رستاق فاحتكره حيث اشتراه، فهو حكرة؛ لأنه يضيق على أهل الرستاق، فهو كالتضييق على أهل المصر .

(١) في أ (زادوا) والمثبت من ب .

(٢) في أ (وما) والمثبت من ب .

(٣) الرستاق «الرزداق»: موضع فيه مزدراع، وقري، أو بيوت مجتمعه، «ويستعمل في الناحية التي هي طرف الإقليم» كما قال الفيومي، المعجم الوسيط؛ المصباح المنير (رستق) .



١٢٦٧. فُضِّل: [ما يعد حبسه حكرًا]

قال ابن سماعه، عن أبي يوسف: الاحتكارُ في كل ما يضرُّ بالعامَّة احتكاره، وقال هشام، عن محمد: الحَكْرُ في الحنطة، والشعير، والتمر، الذي هو قوت الناس، والقت الذي هو قوت البهائم، وليس في الثياب والأرز والعسل والسمن والزيت حُكْرَة، وقال أبو يوسف: في الزيت حُكْرَة.

وجهُ قول أبي يوسف: أن كل ما يتقوت به في الغالب فاحتباسه احتكار كالحنطة، ومحمدٌ يقول: ما يقع قوام الأبدان بغيره فليس باحتكار، كالثياب. فأما قول محمد: أن حبس الأرز ليس باحتكار، فهذا محمولٌ على البلاد التي لا يتقوتونه فيها، فأما المواضع التي هو قوتهم [مثل طبرستان] فهو احتكار. فأما الثياب فلأن قوام الأبدان وبقاء الحياة لا تقف عليها.

قال أبو يوسف: والاحتكارُ أن يحبسه عنده أكثر السنة، فإن حبسه شهراً فإثمه على قدر ما يحبسه؛ وذلك لأنَّ الحبس ممنوعٌ منه لما فيه من إلحاق الضرر، فاعتبر المدة التي يلحق فيها الضرر غالباً^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/١٠٠، ١٠١؛ مختصر القدوري ص ٥٩٥.

بَابُ بَيْعِ التَّلْجِئَةِ

—•••••—

قال: التَّلْجِئَةُ^(١) في اللغة ما ألجىء إليه الإنسان بغير اختياره، فلما كان هذا العقد لا يعقد إلا للضرورة سَمَّوه تلجئة.

وجملة هذا: أن التلجئة في البيع على ثلاثة أضرب إن كانت في نفس البيع، مثل: أن يخاف الرجل السلطان، فيقول لرجل آخر: إني أظهر أني بعت داري منك، وليس ببيع في الحقيقة، وإنما هو تلجئة، وأشهد على ذلك، ثم يبيعه في الظاهر، ولا يشترط شيئاً.

فحكى معلى، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: أن العقد جائز، وروى محمد في الإملاء: أن البيع باطل، ولم يحك خلافاً، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وجه رواية معلى: أن ما شرطاه في السر لم يذكره في العقد، وما عقده صحيح بشرائطه، فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشروط، كما لو اتفقا على أن يشترط شرطاً فاسداً ثم باعا من غير شرط.

وجه رواية محمد: أنهما اتفقا على أنهما لم يقصدا إلى العقد، فصارا كالهالزين به، فلا ينعقد.

(١) التلجئة: هو أن يضطر لأن يأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره. انظر المغرب (لجاً).

والفصل الثاني: أن تكون التلجئة في البدل، وهو أن يتفقا في السر أن الثمن ألف، وأنهما يتبايعان في الظاهر بألفين، فروى معلى عن أبي يوسف: أن الثمن ثمن العلانية، وروى محمد في الإملاء: أن الثمن ثمن السر من غير خلاف، وهو قولهما. وجه رواية معلى: أن الثمن المذكور في العقد يصح العقد به، وما ذكرا في الباطن لم يعتداه^(١) في حال العقد، فسقط حكمه، كما بينا.

وجه رواية محمد: أنهما اتفقا أنهما لم يقصدا إلى الألف الزائدة [في حال العقد]، فكأنهما هزلا بها وبين، [فيسقط حكمها لما بينا].

والفصل الثالث: أن يتفقا في الباطن أن الثمن ألف، وتبايعا في الظاهر بمائة دينار، قال محمد في الإملاء: كان القياس أن يبطل العقد، والاستحسان أن يصح بمائة دينار، ولم يحك معلى هذه المسألة.

وجه القياس: أن ثمن الباطن لم يذكره في حال العقد، والثمن المذكور في العقد لم يقصده، فسقطا، وبقي بيع بلا ثمن فلا يصح، إلا أنهم استحسنا فقالوا: لم يقصدا إلى بيع باطل، وإنما قصدا إلى بيع جائز، [فوجب حمله على الصحة ما أمكن]، ولا يمكن تصحيحه إلا بثمن العلانية، فكأنهما أضربا^(٢) عما شرطاه في الباطن، فتعلق الحكم بالظاهر، كما لو اتفقا أن يبيعا بيع تلجئة، فتواها، وليس هذا كما لو أظهر ألفين، [وفي الباطن ألفا، حيث يجب ألف]؛ لأن الثمن المشروط في الباطن مذكور في العقد، فتعلق العقد به.

وأما في النكاح [إذا اتفقا في الباطن أن المهر ألف، وأظهر مائة دينار، فلها

(١) في ب (يعيداه).

(٢) في ب (أعرضا).

مهر مثلها؛ لأن المذكور في الباطن لم يذكر في حال العقد، والمذكور في العقد اتفقا أنهما لم يقصدها، وإنما هزلا به، فسقط، وسقوط البدل في النكاح لا يُبطله، فلم يكن بنا ضرورة إلى إثبات مهر العلانية، فوجب لها مهر مثلها.

١٢٦٨ - فصل: [الخيار في بيع الثلجئة]

قال أبو الحسن في بيع الثلجئة، قال محمد: هما بالخيار، فإن أجازاه أحدهما لم يجز، [وإن] أجازاه جاز؛ وذلك لأن الثلجئة عقد لم يقصد فيه زوال الملك، فهو كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين، فلا يصح إلا بتراضيهما.

قال محمد: فإن قبض المشتري العبد، فأعتقه، لم يجز، ولا [يشبهه] ^(١) هذا الإكراه، وذلك لما بيننا أن شرط الثلجئة كشرط الخيار، ولو قبض المشتري، والخيار للبائع، لم يجز عتقه [كذلك هذا].

فأما الإكراه [فيؤيد به إذا أكره] ^(٢) البائع على البيع والتسليم، فأعتقه المشتري جاز، وإن باعه لم يجز؛ لأن البيع تسليط على العتق، فالبيع والعتق بالإكراه يقع، فكذلك يقع بتسليط المكره، والبيع بالإكراه لا يقع، فكذلك لا يُستفاد بتسليط المكره.

١٢٦٩ - فصل: [الاتفاق بالإقرار ببيع لم يكن]

وإن اتفقا أن يُقرّا ببيع لم يكن، فأقرّا بذلك، واتفقا أنه لم يكن، فالبيع باطل، ولا يجوز بإجازتهما؛ لأن الإقرار إخبار، فإذا لم يكن له حقيقة، وإنما

(١) في أ (شبهة) والمثبت من ب.

(٢) في أ (فيزيد به إذا أقره) والمثبت من ب.



هو كذب لم يتعلّق به حكم ، والإجازة إنما تلحق [عقداً مبتدأً ، ولم يوجد هاهنا] .

١٢٧٠ - فَصَّلَ : [المتبايعان يدعي أحدهما التلجئة]

وقد قالوا في المتبايعين يدّعي أحدهما التلجئة لم يُقبل قوله ، ويُستحلف الآخر ؛ لأنه يدّعي فسخ العقد بعد انعقاده في الظاهر .

فإن أقام بيّنة قُبِلَ قوله ؛ لأنه أثبت الشرط بالبيّنة ، فهو كما لو أثبت الخيار ، وهذا على الرواية التي تقول أنّ الشرط في الباطن يؤثر ، فأما على الرواية التي جعل العقد عقد الظاهر ، فهذه الدعوى لا يلتفت إليها ؛ لأنها لو صحّت لم تؤثر في البيع . والله أعلم .



بَاب بيع بيوت مكة

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: روى أبو يوسف ومحمد، عن أبي حنيفة: أن بيعَ بناء بيوت مكة جائزٌ، ولا يجوز بيع الأرض، وإجارة البناء جائزةٌ، ولا يجوز إجارة الأرض، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن بيع دور مكة جائزٌ، وفيها الشفعة، وتكره إيجارتها في الموسم.

وقال الشافعي: بيع أراضي مكة جائز^(١).

والدليل عليه: ما روى أبو حنيفة، عن عبد الله بن أبي زياد، [عن أبي نجیح] عن عبد الله بن عمر، أن النبي ﷺ قال: «مكة حرامٌ من حرم الله، وبيع رباعها حرام»^(٢)، وذكر الدارقطني بإسناده: عن عبد الله بن عمر، أن النبي ﷺ قال: «مكة مباحٌ لا يباع رباعها، ولا يؤاجر بيوتها»^(٣)، وروي (أنها تُدعى على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر: السوائب، من شاء سكن، ومن استغنى أسكن)^(٤)؛ ولأنها بقعة من بقاع الحرم، أو بقعة يحرمُ الصيد فيها كالمسجد؛

(١) انظر: الجامع الصغير ص ٣٩٤؛ أحكام القرآن للجصاص ٢٣٠/٣؛ المجموع ٢٦٩/٩.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک ٦١/٢؛ والبيهقي في الكبرى وقال: «كذا روي مرفوعاً، ورفعهم وهم، والصحيح أنه موقوف» ٣٥/٦؛ والدارقطني ٥٧/٣؛ والدراية ٢٣٥/٢؛ ونصب الراية ٢٦٥/٤.

(٣) أخرجه الفاكهي في أخبار مكة ٢٤٣/٣؛ انظر: فتح الباري ٤٥٠/٣.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٣١٠٧)؛ والبيهقي في الكبرى، وقال: «هذا منقطع» ٣٥/٦؛ والدارقطني

٥٨/٣؛ والفاكهي في أخبار مكة ٢٤٤/٣؛ والدراية ٢/٢٣٧؛ نصب الراية ٢٦٨/٤.

ولأنّها لا يجوز دخولها لمن يُريد النسك إلا بإحرام، فلا يجوز بيعها كالصفا والكعبة، والمروة وموضع السعي.

وأما ما روي أنّ النبي ﷺ لما دخل عام الفتح، قيل له: ألا نزلت دارك، فقال: «وهل ترك لنا عقيل من رُبْع»^(١)، وقد كان عقيل لما هاجر رسول الله ﷺ باع دوره، فلا دلالة فيه على أصل مخالفتنا؛ لأنّ عنده أن الحربي لا يملك مال المسلم بالغلبة [والقهر]، فكيف يجوز البيع؟ فأما على أصلنا: فإنّه باع البناء فملكه المشتري، فلو سكن رسول الله ﷺ لاستظل ببناء لا يملكه؛ فلذلك لم يسكن.

وأما جواز بيع البناء؛ فلأن البقعة لا يجوز بيعها، لأنها وقف حرّمه إبراهيم عليه السلام، والبناء ملك لمن أحدثه فيجوز تصرّفه فيه.

فإن قيل: إذا بنوا من طين الأرض، والطين من جملة الأرض الوقف كان البناء منه.

الجواب: من أخذ طين الوقف فعمله لبناء، ملكه بذلك، وصار كسائر أملاكه؛ [فلذلك جاز بيعه].

وجه الرواية الأخرى؛ فلأن الناس يتبايعونها في سائر الأعصار [من غير نكير].

١٢٧١ - فصل: [بيع أرض الخراج]

قال أبو الحسن: بيع أرض الخراج جائز، وإنما نعني بذلك: أرض السواد

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢٨٩٣)؛ ومسلم (١٣٥١).

التي وضع عمر رضي الله عنه عليها الخراج ، وهذه الأراضي عندنا أُقِرَّ أهلها عليها ، وبقاؤها على ملكهم ، فانتقلت عنهم إلى يومنا .

وقد اختلف قول الشافعي [في أحد أقواله] : قال : إن عمر وقفها على المسلمين ، فعلى هذا القول : لا يجوز بيع شيء من أرض العراق ، وقال في قول آخر : إنه باعها منهم بالخراج ، فالخراج المأخوذ منهم ثمن ، وقال في قول ثالث : إنه أجرها بالخراج ، فالخراج أجره ، والأراضي غير مملوكة لأرباب الخراج ، والدليل على ذلك : أن السلف رضي الله عنهم ملكوا أرض السواد ، وابتاعوها ، فاشترى الحسن بن علي رضي الله عنه أرضاً بالكوفة ، واشترى ابن مسعود أرضاً براءذان ، وقال : وبراءذان ما براءذان ^(١) ، وبالمدينة ما بالمدينة ^(٢) ، وهو فعل المسلمين [من غير نكير] في سائر الأعصار ، فمن منع منه فقد خالف الإجماع .

وهذا على أصلنا : أن الإمام إذا فتح بلداً جاز أن يُقِرَّ الناس على أملاكهم ، ولا يقسمها بين المسلمين ، وكذلك فعل عمر رضي الله عنه ، وإذا كانت ملكاً جاز بيعها .

١٢٧٢ - فَصْل : [ملكية أرض القطيعة]

قال أبو الحسن : وكذلك أرض القطيعة وإنما يعني بذلك : الأرض التي أقطعها الإمام لقومٍ وخصَّهم بها من جملة المموات ، فيملكونها بالقطيعة ، ويجوز

(١) «راءذان : موضع قريب من بغداد بيومين ، ومنه ما ذكر القدوري في بيع أرض الخراج : أن ابن مسعود اشترى أرضاً براءذان» . المغرب (راءذان) .

وما ذكر المطرزي عن ذكر القدوري في شراء ابن مسعود رضي الله عنه أرضاً براءذان ، فهو يعني هذا الكتاب .

(٢) أخرجه الهيثمي في موارد الظمان ، ١/٦١٢ ؛ وأحمد في المسند ١/٤٢٦ ؛ وأبو يعلى في مسنده ،

١٢٦/٩ ؛ والطيالسي في مسنده ١/٥٠ .

فيها تصرّفهم ، (وقد [أقطع] رسول الله بلال بن الحارث المعادن القبلية)^(١) ،
[فدلّ ذلك على جواز هذا الفعل] .

قال أبو الحسن: وبيع أرض المزارعات والأخادات والأكرات ، إذا باع ذلك صاحب الأرض جاز ، وفيها الشفعة ، فإن باع الذي له أخذتها وأكرتها فالبيع باطل ، ولا شفعة فيه^(٢) ، وإنما عني بأرض المزارعة: الأرض التي تكون لرجل فيدفعها إلى من يزرعها ، ويقوم بها .

وأما الأخادة: فهي لرجل يأخذ أرضاً خراباً من صاحبها ، فيعمرها ويزرعها .

والأكارة: هي الأراضي التي [في] أيدي الأكرّة يزرعونها .

فبيع صاحب الأرض في جميع ذلك جائز؛ لأنه مالك ، وأما صاحب الأخادة فإنما له العمارة ؛ وذلك معنى لا يتقوم ، فلا يجوز بيعه .

١٢٧٣ - فصل: [بيع الأرض المحيّاة]

قال وبيع الأرض المحيية بإذن الإمام جائز ، وبغير إذن الإمام لا يجوز ، وهذا على أصل أبي حنيفة: أن الموات لا يجوز إحياءه إلا بإذن الإمام ، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إحياءه بغير إذنه ، وبه قال الشافعي^(٣) .

وجه قول أبي حنيفة: ما روى معاذ أن النبي ﷺ قال: «ليس للمرء إلا ما

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (أن رسول الله ﷺ أخذ من معادن القبلية الصدقة وأنه أقطع بلال بن الحارث العقيق أجمع ٠٠٠٠) ٤/٤٤ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤/١٥٢ ، ٦/١٤٨ .

(٢) في ب (والشفعة لا يجب فيها) .

(٣) انظر: رحمة الأمة ص ١٥٦ .

طابت به نفس إمامه»^(١)، يعني الموات؛ ولأنَّ الإمامَ يملك إقطاعها، وتخصيص الواحد بها وما ملك الإمام أفراد الواحد به، لم يجز الانفراد به إلا بإذنه كمال بيت المال، وعكسه الملح والماء.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتةً فهي له»^(٢)، وإذا ثبت من أصل أبي حنيفة: أن المحياة بغير إذن الإمام لا يملك، لم يجز بيعه، فأما المحياة بإذن الإمام فمملوك بإجماع، فيجوز بيعه.

١٢٧٤ - فصل: [بيع حوانيت السوق التي للسلطان]

قال أبو حنيفة: وبيع دور بغداد، وحوانيت السوق التي للسلطان عليها غلّة، لا يجوز ولا شفعة فيها، وهذه كانت معروفةً بمدينة السلام، بناها المنصور، ولم يُقطعها، وأذن للناس في بنائها، وضربَ عليها أجرَةً، يأخذها منهم، فالأرض ليست بمملوكة لصاحب البناء، فلا يجوز بيعها^(٣).



- (١) «رواه الطبراني وفيه ضعف من حديث معاذ» كما قال الزيلعي في نصب الراية ٢٤٠/٤.
- (٢) أخرجه البخاري معلقاً، ومرفوعاً بمعناه (٢٢١٠)؛ وبلغه أخرجه أبو داود (٣٠٧٣)؛ والنسائي في الكبرى (٥٧٦٠)؛ ومالك في الموطأ (١٤٢٤)؛ وابن حبان في صحيحه ٢٧٨/١١؛ والبيهقي في الكبرى ١٤٣/٦؛ وأحمد في المسند ٣٨١/٣؛ وقال الهيثمي: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه مسلم بن خالد الزنجي وثقه ابن معين وغيره وضعفه أحمد وغيره» ١٥٨/٤.
- (٣) انظر: التجريد، ٦٢٣٣/٥ وما بعدها.

بَابُ بَيْعِ الْمَحْرَمِ الصَّيْدِ

—•••••—

قال أبو الحسن: لا يجوز أن يملك مُحْرِمٌ صَيْدًا ببيع أو غيره، ولا يملكه ببيع ولا غيره، والأصل في ذلك: أن المحرم لا يملك بالاصطياد؛ لأنه منهيٌّ عنه، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُّمْ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقال: ﴿وَحَرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾ [المائدة: ٩٦]، وقال جل ثناؤه: ﴿لِيَبْلُوَنَّكُمْ اللَّهُ شَيْءًا مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ ءَأَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]، وقال رسول الله ﷺ في وصية المحرم: «ولا تدل على صيد ولا تشر إليه»^(١)، فإذا كانت جهة التمليك محرمة لم يملك بها كالبيع الفاسد، وإذا ثبت أنه لا يملك بالاصطياد، فكذلك بالشراء؛ لأن كل واحد منهما سبب لتمليك الصيد.

وإذا لم يجوز له الشراء، لم يجوز [له] البيع فيما على ملكه من الصيد؛ لأن كل مال لا يجوز شراؤه لا يجوز بيعه [كالدم والميتة].

١٢٧٥ - فُضِّلَ: [بيع صيد في الحرم]

قال: ولا يجوز بيع صيد في الحرم، مُحْرِمٌ باع أو حلالٌ؛ وذلك لأن الحرم يؤثر في تحريم الاصطياد، [كتأثير] الإحرام فجريا مجرى واحداً.

(١) وأصله في البخاري (قال: منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها، قالوا: لا، قال: فكلوه ما بقي من لحمها) (١٨٢٤)؛ ولمسلم (هل أشار إليه إنسان أو أمره بشيء؟ قالوا: لا، قال: فكلوه) (١١٩٦).

١٢٧٦. فَصْل: [بيع الحلال لحلال صيداً في الحرم]

قال: فإن باع حلال حلالاً وهما في الحرم صيداً في الحل، جاز ذلك في رواية الحسن عن أبي حنيفة، وقال محمد عن نفسه: لا يجوز.

وجه قول أبي حنيفة: أن الحلال في الحرم لو أمر بإتلاف صيد الحل جاز، فالعقد عليه دون إتلافه، فهو أولى بالجواز.

وجه قول محمد: أن العاقد [قد] ثبت له حرمة الحرم، [وحرمة الحرم يتعلق بها تحريم الاصطياد] فهو كما لو ثبت له حرمة الإحرام.

وقد روى ابن سماعة عن محمد: فيمن أحرم وفي يده صيداً لغيره، فباعه مالكة وهو حلال، جاز، ويجبر المٌحرم على تسليمه وعليه الجزاء إن تلف؛ وذلك لأن البائع ليس بمُحرم، وقد عقد على ملك نفسه، والصيد أمانة في يد المٌحرم، والإحرام لا يمنع من وجوب ردّ الأمانة، إلا أنه يضمن إذا تلف؛ لأنه صار مضموناً عليه بالإمساك، فلا يبرأ من الضمان مع بقاء الإحرام إلا بالإرسال.

١٢٧٧. فَصْل: [توكيل محرم حلالاً ببيع صيد]

قال أبو الحسن: وإن وُكِّلَ مُحَرِّمٌ حلالاً ببيع صيد له، فباعه من حلال في الحل وليس الصيد في الحرم، ولا المتعاقدان، فإنه جائز في قياس قول أبي حنيفة، وباطل عند أبي يوسف ومحمد.

وهذا فرع على اختلافهم في المسلم إذا وكل كافراً في بيع خمير، جاز عند أبي حنيفة؛ لأنه يُعتبر ممن يتعلّق حقوق العقد به، فكذلك في مسألتنا الحقوق

متعلّقة بالوكيل ، وهو ممن يجوز عقده على الصيد ، فلم يعتبر المالك كالعبد المأذون إذا باع الصيد ومولاه مُخْرِمٌ .

وجهُ قولهما: أن المحرم لا يملك بيع الصيد ، وما لا يملكه لا يملك الأمر

به .

وقد قالوا على هذا الأصل: إذا وَكَّلَ حلالٌ حلالاً يبيع صيداً ، ثم أحرم الأمر ، فقياس قول أبي حنيفة: أن البيع جائز على حاله ؛ لأن الإحرام الطارئ كالموجود في الابتداء .

قال محمد: وأمّا في قول أبي يوسف وقولنا ، إذا أحرم الأمر قبل أن يقبضه المشتري فالبيع باطل ؛ لأنّهما جعلاً طريان هذا المعنى قبل القبض ، كوجوده حال العقد .

١٢٧٨ - فَصْلٌ : [شراء حلالٍ من حلال صيداً]

وإن اشترى حلالاً من حلالٍ صيداً ، فلم يقبضه حتّى أحرم أحدهما ، انتقض البيع في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهذه رواية الجامع الكبير ؛ وذلك لأنّه طرأ على العقد قبل القبض ما أوجب تحريم مثل ذلك العقد ، فصار كتحریم الربا لما نزل أبطله رسول الله ﷺ مما لم يقبض ، وأجاز ما قبض .



بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صِلَاحُهَا



قال أبو الحسن: بيع جميع الثمر الموجود في شجرة جائز، وكذلك سائر الغلات من الحنطة والشعير والسمسم إذا كان مَوْجوداً، وإن كان قبل بدو صلاحها إذا لم يشترط الترك، اشترط أخذ ذلك من وقته أو لم يشترط.

وقال الشافعي في الثمار التي لم يبدو صلاحها: إن اشتراها بشرط القطع جاز، وإن أطلق العقد لم يجز^(١).

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً مؤبّراً فثمرته للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» فجعله للمبتاع بالشرط، وهذا بيعُ ثمرة لم يبد صلاحها.

ولأن كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز بيعها مطلقاً، كالتي بدا صلاحها، وما روي أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها»؛ معناه: إذا باعها [مدركة] قبل إدراكها، بدلالة قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة، بم يستحل أحدكم مال أخيه؟»، وهذا لا يكون إلا والعقد قد وقع على ما لم يوجد حتى يصح أن يمنعه الله تعالى.

١٢٧٩ - فَصْلُ: [اشتراط الترك في العقد]

فأمّا إذا اشترط في العقد تركها، فالعقد فاسد؛ لأنه نفى التسليم الذي أوجبه

(١) لا يجوز من غير شرط القطع عند الثلاثة، وعند أبي حنيفة يجوز مطلقاً. انظر: المهذب ٦١٢/٣؛ الروضة ٢٧٨/٥؛ رحمة الأمة ص ١١٢.

العقد، وشرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد، فصار كما لو اشترى حنطة وشرط تركها في دار البائع [إلى مدة].

١٢٨٠. فصل: [البيع المطلق بعد بدو صلاحها]

وأما إذا بدا صلاحها، فإن باعها مطلقاً أو شرط القطع جاز، وإن شرط الترك لم يجز العقد، وقال الشافعي: يجوز.

لنا: أنها ثمرة يجوز بيعها بشرط القطع، [ففسد]^(١) بيعها بشرط الترك كالتي لم يبد صلاحها؛ ولأنه شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد، فصار كمن اشترى متاعاً وشرط تركه في ملك^(٢) البائع.

١٢٨١. فصل: [اشتراط الترك بعد التناهي]

فإن تنهى عظيمها فاشترها بشرط الترك، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، و[قال] محمد: يجوز استحساناً.

وجه قولهما: أنه شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد، فأشبهه ما ذكرنا.

وجه قول محمد: إن الناس يفعلون هذا في سائر الأعصار، وهو موضع ضرورة، وفرق بين ما تنهى عظيمها وما لم يتناه؛ لأن ما لم يتناه يحدث [فيها أجزاء بعد]^(٣) البيع، فإذا شرط [الترك] فقد شرط [الأجزاء]^(٤) المعدومة

(١) في أ (فقد) والمثبت من ب.

(٢) في ب (دار).

(٣) في أ (فيه أحد) والمثبت من ب.

(٤) في أ (الآخر) والمثبت من ب.



[فيفسد العقد] وما تناهى عظمها لا يزيد بعد ذلك ، وإنما يَنْقُصُ ، فلم يكن شرطاً لمعدوم [في العقد ، فلا يفسد] .

١٢٨٢ . فُضِّلَ : [الترك على النخل بعد الشراء المطلق]

قال : فإن اشترى شراءً مُطلقاً وتركها على النخل من غير شرط حتى بلغ ، فإن كان ذلك بإذن البائع ، جاز وطاب له الفضل ، وإن كان بغير إذن البائع تصدق بما زاد في الثمر ؛ لأنه إذا أبقاه بإذنه فقد حصل له الفضل من وجه مباح ، وإذا أبقاه بغير إذنه ، فقد حصل له الفضل من وجه محظور .

١٢٨٣ . فُضِّلَ : [نتاج النخل والشجر في مدة الترك مرة أخرى]

وإن أخرج النخل والشجر في مدّة الترك [مرّة أخرى] ، فذلك كله للبائع ، [سواء] أكان الترك بإذنه أو بغير إذنه ، فإن حَلَّه البائع ، جاز ؛ وذلك لأنّ الحادث من الثمرة لم يقع عليه العقد ، وإنما هو نماء من ملك البائع ، فكان له .

١٢٨٤ . فُضِّلَ : [الاختلاط بين الحادث والموجود من الثمرة]

وإن اختلط الحادث بالموجود حتى لا يُعرف ، فإن كان قبل أن يخلي بين المشتري وبين الثمرة فسد البيع ؛ لأنّ المبيع اختلط بغيره ، فتعذر القبض [فيه ، وتعذر القبض في المبيع] يفسد البيع .

فإن كان ذلك بعد التخلية لم يفسد البيع ، وكانت الثمرة بينهما ، و [كان] القول في الزيادة قول المشتري ؛ لأنّ البيع استقرّ فيها بالقبض ، فاختلاطها لا يوجبُ فسخ العقد فيها .

١٢٨٥ - فَصْل: [الترك على الشجر وقد تناهى عظمها بغير رضا البائع]

قال: وإن اشترى ثمرةً قد تناهى عظمها فتركها على الشجر بغير رضا البائع، لم يتصدق بشيء؛ لأنها لا تزيد بعد التناهي، وإنما تنقص، فلم يحصل له الزيادة في وجهٍ محظورٍ.

١٢٨٦ - فَصْل: [شرط الترك في ثمرة قد بدا صلاح بعضها]

فإن اشترى ثمرةً قد بدا صلاح بعضها وصلاح باقيها يتفاوت^(١)، وشرط الترك جاز عند محمد؛ وذلك لأنه جَوَّز الترك^(٢) بالعادة، وفي العادة أن الثمرة يُدرك أكثرها، ويتلاحق باقيها، فصار كأنها كانت مُدركة.

وأما إذا كان إدراك بعضها يتأخر عن بعضٍ تأخراً كثيراً، جاز البيع فيما قد أدرك، ولم يجز في الباقي عنده، وهذا يكون في العنب غالباً؛ لأنَّ بلاغ الأسود يتقدم ويتأخر بلوغ باقيه تأخراً كثيراً، فصار كالجنسين من الثمر إذا بلغ أحدهما ولم يبلغ الآخر، [فيجوز البيع منه ما قد بلغ بشرط الترك عنده، دون ما لم يبلغ].

١٢٨٧ - فَصْل: [بيع ما يوجد من الثمر بعضه دون بعض]

وأما ما يوجد من الثمر بعضه دون بعض^(٣) [مثل البطيخ والبادنجان]: [فقال أصحابنا: يجوزُ بيعُ ما ظهر منه، ولا يجوزُ بيعُ ما لم يظهر].

(١) في ب (مقاربة).

(٢) في ب (جرت العادة بالترك).

(٣) في ب (بعضه في بعض).



وقال مالك: إذا ظهر القسم الأوّل جاز بيع الجميع^(١).

وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ ما لم يظهر معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز، فإذا شرط في العقد أبطله [كما لو باع الأول قبل أن يظهر].

ولا يجوز أن يقال هذا موضع ضرورة؛ لأنّه لا ضرورة فيه.

وإذا أراد الإنسان أن يعقد عليه عقداً جائزاً، باع الأصل بما فيه من الثمر، فكل ما يتولّد من الأصل الذي ابتاعه يحدثُ على ملكه^(٢).



(١) انظر: القوانين ص ٢٨٧.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٩/٣ وما بعدها؛ التجريد ٢٣٩٣/٥ وما بعدها.

٣٥ | أبواب الخِيَارِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا شُرط في المبيع خيار^(١)، فهو جائز إذا كانت مدة الخيار ثلاثة أيام أو أقل، وإن كان أكثر من ذلك، لم يجز البيع في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان وقتاً معلوماً جاز.

قال: والأصل في ذلك [أن] القياس يمنع جواز شرط الخيار؛ لأنه ينفي الملك، والملك موجب العقد، ونفي موجب العقد لا يصح، أصله (سائر موجبات العقد)^(٢)؛ ولأنه لو نفى الملك على التأييد لم يجز، فإذا نفاه في مدة لم يجز كالتسليم، وإنما تركوا القياس لما روي أن حبان بن منقذ كان يُغبن في البيع، فقال له رسول الله ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خِلاية^(٣) ولي الخيار ثلاثاً»^(٤)، فجوزوا هذا القدر [من المدة] للخبر، فما سواه على أصل القياس.

وجه قولهما: أنها مدة ملحقة بالعقد، فلم تتقدّر كالأجل. والله أعلم.

- (١) الخيار لغة: اسم مصدر من اختار يختار اختياراً، ويرد على السنة الفقهاء في المعاقبات بمعنى: حق العاقد في اصطفاء خير الأمرين له: إمضاء العقد أو فسخه، كما قالوا: «هو طلب خير الأمرين، وإمضاء البيع أو فسخه». انظر: المصباح (خير)؛ المطلع على أبواب المقنع ص ١٢٩.
- (٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
- (٣) خِلاية: من خلبه يخلبه: إذا أخذه، والاسم: الخِلاية بالكسر. انظر: المصباح (خلب).
- (٤) الجزء الأول من الحديث أخرجه البخاري (٢٠١١)، ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٥٣٣)؛ والحديث بلفظه أخرجه الحاكم في المستدرک من حديث ابن عمر كما قال الزيلعي في نصب الراية ٦/٤.

١٢٨٨ - فصل: [شرط الخيار للعاقدين]

فإذا ثبت هذا قلنا: ويجوز شرط الخيار للبائع والمشتري؛ لأنه إنما جاز للارتباء، وهذا المعنى يحتاج إليه كل واحد منهما.

١٢٨٩ - فصل: [موت من له الخيار]

قال أبو الحسن: فإن مات الذي له الخيار تمّ البيع من قبّله، وجاز عليه أيهما كان، فإن كانا جميعاً بالخيار فمات أحدهما، جاز البيع من قبّله والآخر على خياره، فإن ماتا جاز عليهما.

وقال الشافعي: خيار الشرط يورث، فثبت خياره للورثة، كما كان ثابتاً للمورث، واختلف قوله في المدّة، فقال في أحد قوليّه: لا يُحتسب عليهم بالمدّة التي مضت قبل أن يعلموا بالموت والخيار، وقال في القول الآخر: يُحتسب بها عليهم إلا أنهم إذا علموا فسخوا عند علمهم وإن مضت المدّة^(١).

لنا: أنه خيار يثبت في فسخ عقد من غير نقض، فلا يورث، كالرجوع في الهبة؛ ولأنه حقّ ليس في معنى المال، والوثيقة كالوكالة والمضاربة؛ ولأن النبيّ ﷺ أثبت الخيار ثلاثة أيام، وعلى قولهم يثبت أكثر من ذلك، وهذا ضد الخبر، وإذا ثبت أن الخيار لا يورث، انقطع بموت من له الخيار، وقطع الخيار يوجب تمام العقد [كانقضاء المدّة].

(١) قال الشيرازي: «... انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال؛ لأنه حق ثابت لإصلاح المال، فلم يسقط بالموت». المهذب ١٧/٣.

وفي رحمة الأمة: «وإذا مات من له الخيار في المدّة: انتقل خياره إلى وارثه عند الثلاثة، وقال أبو حنيفة: يسقط الخيار بموته» ص ١٠٦.

١٢٩٠ - فَصْل : [انتهاء مدة الخيار]

قال: وكذلك إذا مضى وقت الخيار قبل الإجازة أو النقص ، تمَّ البيع وبطل الخيار؛ وذلك لأنَّ الخيار عندنا يشترط للفسخ لا للإجازة ، فإذا فات الفسخ بمضِيِّ وقته تمَّ العقد ، وقال مالك: الخيار يشترط للإجازة ، فإذا مضت المدة فاتت الإجازة ، فبطل العقد^(١) .

والدليل على أنه مشروط للفسخ: أنه لو كان للإجازة لتعلقت الإجازة بخطر ، والإجازة لا يجوز تعليقها بالأخطار ، وليس كذلك الفسخ ؛ لأنه يجوز فيه ما لا يجوز في الإجازة ، ألا ترى أنَّ الفسخ يجوز في عبد حيٍّ وعبد ميِّتٍ ، وإن كانت الإجازة لا تجوز في ذلك .

ولأنَّ إطلاق البيع يُوجب الملك ، وإنما يعترض الخيار فيمنع من موجب العقد ، فإذا سقط بمضِيِّ المدة ؛ فكأن لم يكن ، فيبقى موجب العقد بحاله [وهو الملك] .

١٢٩١ - فَصْل : [إجازة من له الخيار بغير محضر من صاحبه]

فإن أجاز الذي له الخيار بغير محضر من صاحبه جاز ، وإن نقض لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ، وجاز عند أبي يوسف ، [وبه قال الشافعي]^(٢) .

وجه قولهما: أنه فسخ عقد بلفظ موضوع له ، فلا يصحّ من أحد المتعاقدين مع غيبة الآخر ، كقبول الإقالة ، وقد وافقنا أبو يوسف في الفسخ بخيار العيب إنَّه

(١) انظر: المدونة ٣/٢٣٨ ؛ التفريع ٢/١٧٢ ؛ الشرح الصغير للدردير ٣/١٤٢ .

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ١٧١ ؛ المهذب ٣/١٥ ؛ رحمة الأمة ص ١٠٦ .

لا يجوز مع غيبة الآخر^(١)، كقبول الإقالة البائع، وخالفنا الشافعي فيه.

والدليل عليه: أن خيار العيب لا يمنع من انتقال الملك، فإذا فسخ المشتري فإنما ينتقل المبيع من ملكه إلى ملك البائع، وهذا لا يجوز إلا بالتراضي، أو بثبوت ولاية، ولم يوجد واحد من الأمرين، ولأنه فسخ عقد لنقض، فلا يملكه أحد المتعاقدين مع غيبة الآخر، كالفسخ بالعنة.

وجه قول أبي يوسف: أن الخيار يثبت حق الفسخ والإجازة، فإذا كانت الإجازة تجوز بغير حضور المتعاقدين، فكذلك الفسخ.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الإجازة إيفاء حق البائع، والفسخ إسقاطه^(٢)، وليس إذا جاز أن يثبت له حق مع غيبته، جاز أن يسقط به حق، ألا ترى أن من أقر لغائب بدين جاز، ولو أسقط [دينه] لم يجز؛ [للمعنى الذي ذكرنا، فكذلك هذا].

١٢٩٢. فصل: [هلاك السلعة في يد البائع قبل القبض]

وإن هلك السلعة في يدي البائع قبل القبض؛ انتقض البيع، كان الخيار لهما، أو لأحدهما، ويهلك من مال البائع، ولا ضمان على واحد منهما؛ وذلك لأن هلاك المبيع قبل القبض في البيع [البتات]^(٣)، قد بينا أنه يُبطل البيع، ويهلك على ملك البائع، ففي [بيع] الخيار أولى.

قال: وإن [هلك]^(٤) المبيع في يد المشتري، فإن كان الخيار له تم البيع

(١) في ب (غيبة البائع) فقط.

(٢) في ب (إسقاط حقه).

(٣) في أ (الثابت) والمثبت من ب.

(٤) في أ (هالك) والمثبت من ب.

وبطل الخيار، ولزمه الثمن؛ وذلك لأنَّ الهالك يصير معيباً عند ابتداء الهلاك، وما شرط فيه الخيار للمشتري إذا عاب في يده بطل خياره؛ لأنَّه لو لم يبطل ردّه إلى ملك البائع معيباً بعب لم يكن [عنده]، وهذا لا يجوز.

١٢٩٣. فَصْل: [حدوث عيب بالمبيع والخيار للبائع]

وإن كان الخيار للبائع [انتقض البيع، ولزم المشتري القيمة؛ وذلك لأن العيب إذا حدث والخيار للبائع] لم يتم العقد؛ لأنَّه حدث على ملكه، ولا يملك إلزام المشتري المبيع المعيب من غير رضاه، وإذا لم يتم البيع بالعيب هلك على ملك البائع وتجب القيمة على المشتري؛ لأنَّ الشيء مضمونٌ عليه، والملك لغيره، فيهلك بالقيمة كالمغصوب [ولا يلزم الرهن؛ لأن الرهن غير مضمون على المرتهن على ما يقوله أبو الحسن، بل العين أمانة في يده، إلا أن الدين يسقط بهلاكه حكماً].

١٢٩٤. فَصْل: [شرط الخيار أكثر من ثلاث]

قال وإذا شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر، فإن أجاز الذي له الخيار [في الثلاث جاز، ولزم المشتري الثمن عند أبي حنيفة، ولم يورد هذا أبو الحسن في المختصر، وذكر في الجامع الصغير فقال: إن أجاز الذي له الخيار] في الثلاثة، أو مات صاحب الخيار في الثلاثة، أو مات العبد، أو أعتقه المشتري، أو حدث في الثلاث في السلعة ما يوجب جواز البيع، أو كان الخيار ثلاثة أيام، فالبيع جائز عند أبي حنيفة، وقال زفر: لا يجوز، وبه قال الشافعي^(١).

(١) قال الشيرازي: «ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه غرر، وإنما جوز في الثلاث؛ لأنه رخصة، =



لنا: أن هذه مدّة ملحقّة بالعقد، مانعة من انبرامه، فجاز أن [ينبرم] (١) بإسقاطها، كالخيار الصحيح؛ ولأنّها مدّة ملحقّة بالعقد، مانعة من المطالبة، فجاز أن تثبت المطالبة بإسقاطها كالأجل الصحيح.

وجه قول زفر: أن العقد وقع فاسداً، فلا يجوز بعد فساده، كما لو أسقط الخيار في اليوم الرابع.

[وعلى الشافعي: أن هذا بيع شرط فيه شرطاً، فإذا أسقط الشرط جاز أن يحكم بصحته، أصله: إذا باع عبداً بشرط العتق، ثم اتفقا على إسقاط الشرط].

وقد قال أصحابنا: أنه إذا مضى جزء من اليوم الرابع، أو اشترط الأجل إلى الحصاد، فابتدأ الناس بالحصاد، لم يجز العقد [بعد ذلك]؛ لأن الجواز يتعلق بإسقاط [الشرط] الفاسد، والإسقاط يكون في المدّة المستقبلية، فأما الماضي فلا يتصور إسقاطه، وقد مضى جزء من الفساد، فإذا لم يمكن رفعه [وإسقاطه، لم يوجد إسقاط الشرط الفاسد]، فلم يصح العقد.

١٢٩٥ - فصل: [تصحيح العقد الفاسد]

وكان أصحابنا بالعراق يقولون: إن هذا العقد فاسد، ويصحُّ بإسقاط المعنى المفسد، وأصحابنا بخراسان يقولون: إنه موقوف يلحقه الإجازة بإسقاط الشرط، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد [حينئذ].

= فلا يجوز فيما زاد. المهذب ١٤/٣.

(١) في أ (يلتزم) والمثبت من ب من «بَرِمَ وأَبْرَمْتُ العقد إبراماً: أحكمته فانبرم هو». المصباح المنير (برم).

وقد قال الحسن^(١): قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً اشترى عبداً على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام، فالبيع موقوف، فإن قال المشتري قبل مضي الثلاثة: أنا أُبطل خياري، وأستوجبُ البيع قبل أن يقول البائع شيئاً، كان له ذلك، وتمَّ البيع، وعليه الثمن، ولم يكن للبائع أن يُبطل العقد.

وإن قال البائع: قد أبطلتُ البيع قبل أن يُبطل المشتري خياره، بطل البيع، ولم يكن للمُشتري أن يستوجهه بعد ذلك، فإن تساكنا حتى مضتِ المدَّة؛ كان البيعُ فاسداً [منتقضاً]^(٢)، ولم يكن للمشتري بعد ذلك أن يُبطل خياره، وهذا نصُّ على وقوف البيع على إجازة المشتري في المدَّة، وجعل للبائع الفسخ قبل الإجازة؛ لأنَّ لكل واحد من المتعاقدين فسخ البيع الموقوف، فإن أجاز من وقف عليه العقد قبل الفسخ تمَّ البيع^(٣).

١٢٩٦ - فصل: [اشتراط الخيار مطلقاً ثم إسقاطه في الثلاثة]

وعلى هذا الأصل قالوا: إذا شرط الخيار ولم يذكر وقتاً، فأسقط المشتري الخيار في الثلاثة، أو حدث في السلعة عيب في الثلاثة، أو مات المشتري، جاز البيع، وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة على ما بيَّنا^(٤).

فأمَّا على قولهما فروى بشر ومُعلّى، عن أبي يوسف: أن البيع جائز، ومتى اختصما إليَّ؛ أجبرته على أن يمضي أو يفسخ.

(١) في ب (أصحابنا).

(٢) في أ (مسقطاً) والمثبت من ب.

(٣) في ب (العقد).

(٤) انظر: الأصل ٤٥٧/٢؛ مختصر القُدوري ص ١٧١.



وقال مُعلّى عنه: إن اختصما إليّ فإن أجاز البيع وإلا فسخته.

وقال محمد: البيع فاسد، ومتى أجازته جاز.

وجهُ قول محمد، وهو الصحيح: أن الخيار مدّة ملحقة بالعقد، فإذا أُطلقت؛ لم يصحَّ العقد، كالأجل.

وجهُ قول أبي يوسف: أنّه نوع خيار، فجاز أن يثبت في العقد من غير توقيت، كخيار العيب [والرؤية].

وقالا جميعاً: أيُّ وقت أسقط الخيارَ جاز؛ لأنّ مدّة الخيار عندهما غير مقدّرة، فصار جميع الزمان كمدّة الثلاثة عند أبي حنيفة، وقد روى ابن أبي مالك، عن أبي يوسف: إذا لم يكن للخيار مدّة؛ فلكلّ واحد منهما إبطال العقد، وهذا مثل قول محمد في الفساد.

ووجهه: أن العقد إما أن يكون موقوفاً، أو فاسداً، وأيّهما كان، فلكلّ واحد من المتعاقدين حق^(١) الفسخ، وقد ذكر محمد هذه المسألة، وقال فيها: إذا كان الخيارُ للمشتري غير مؤقّت؛ فليس للبائع أن يفسخ، إنما ذلك إلى المشتري؛ لأنّ الخيار إذا شرط للمشتري لم يجوز فسخ البائع، كالخيار الصحيح [ولأن من أصله: أن العقد إذا فسد بشرط ملحق لم يجوز فسخ العقد إلا لمن له منفعة في ذلك الشرط، فبنى هذه المسألة على الأصل].

١٢٩٧ - فصل: [الخيار إلى قدوم فلان أو موته]

وقد قالوا: لو كان الخيار إلى قدوم فلان، أو موته، أو هبّ الريح، فأبطل

(١) في ب (فسخ العقد).

الخيار قبل مضيِّ الوقت ، لم يجز البيع عند أبي يوسف وزفر ، وليس هذا كالحَصَادِ .
 أما هبوبُ الريح ، فهو ظاهر ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكون هبَّت بعد العقد بغير
 حضرتها ، فيحصل الفساد في المعقود عليه .

وأما قدوم فلان مجهول الكون ، مجهول الوقت ، فيكثر الخطر فيه ، فيفسد
 البيع .

وأما الموت ، فيتقدَّم ويتأخَّر ، والتفاوت فيه كثير ، فيصير كالقدوم .
 وليس كذلك الحَصَادُ ؛ لأنه [لا] يتفاوت فيقل الخطر [فيه] ، فيجوز
 اشتراطه ^(١) .

١٢٩٨ - فَصْلُ : [الخيار في السلعة أو في الثمن]

وقد قال محمد - من غير خلاف - : إذا شرط الخيار في السلعة أو في الثمن ؛
 جاز ، وكان فيهما [جميعاً] ؛ وذلك لأنَّ شرط الخيار في أحد العوضين يثبتُ الفسخ
 فيه ، والفسخُ لا يثبت في أحد عوضي البيع دون الآخر [فيثبت الخيار فيهما] .

١٢٩٩ - فَصْلُ : [إلحاق الخيار بالعقد]

وإن ألحقا بالعقد خياراً جاز عند أبي حنيفة ، فإن كان خياراً جائزاً لم يفسد
 العقد ، وإن كان فاسداً [التحق] وأفسدَ العقد [عند أبي حنيفة] ؛ لأنَّ العقد في
 ملكهما ، فملكا إثبات الخيار الفاسد فيه ، كحال العقد .

وقد قال أبو يوسف ومحمد : يلحق العقد الصحيح دون الفاسد ، وهذا كما

(١) في ب (فيجوز إسقاطه ، فلذلك صحَّ العقد عند إسقاطه) .

قالا في الشروط الفاسدة: [لا يلحق العقد إذا شرط بعد العقد، وهذا شرط فاسد، فلا يلحق بالعقد أيضاً] وقد قدمنا ذلك.

١٣٠٠ - فِصْلُ: [شرط الخيار إلى الغاية]

قال أبو حنيفة: إذا شرط الخيار إلى الليل، أو إلى الغد، دخلت الغاية، وقالوا: لا تدخل، وبه قال الشافعي^(١). وقالوا جميعاً: إذا جعل الأجل إلى غاية لم تدخل.

وجه قول أبي حنيفة: أن الخيار يمنع من الملك، والغاية فيها احتمال، فإن دخلت فيما جعلت غاية له لم يملك قبلها، وإن لم تدخل ملك، فلا يجوز إثبات الملك بالشك، و[لا يلزم] على هذا الأجل خارج؛ لأن الثمن مملوك، والأجل لتأخير المطالبة [التي تعلق استحقاقها بالعقد]، والغاية فيها احتمال، فلا يجوز لنا تأخير المطالبة التي تعلق استحقاقها بالعقد بالشك.

وأما على الشافعي؛ فلأن ما جعل غاية للخيار لا ينقطع الخيار قبل قبضه، كقوله [على أني بالخيار] إلى نصف الليل، ولأنه شرط خياراً إلى غاية، فامتدَّ الخيار بامتداد الغاية، كما لو بقيا في المجلس حتى مضت الغاية.

وجه قولهما: أن الخيار مُدَّة ملحقة بالعقد، فإذا شرط إلى غاية؛ لم تدخل الغاية فيه، كالأجل.

١٣٠١ - فِصْلُ: [الخيار أكثر من ثلاثة أيام]

قال أبو حنيفة: إذا باع عبداً على أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا

(١) انظر: الأصل ٤٦٣/٢، ٤٦٤؛ وقال العثماني: «وإن شرط الخيار إلى الليل، لم يدخل الليل في الخيار عند الثلاثة، وقال أبو حنيفة: يدخل فيه». رحمة الأمة ص ٢٦٤.

بيع بينهما ، فالبيع جائز استحساناً ، وهذا بمنزلة شرط الخيار ، وإن قال : إلى أربعة أيام ؛ لم يجز ، وقال أبو يوسف مثله ، وقال محمد : [يجوز] إلى ثلاثة أيام وأكثر ، وقال زفر : لا يجوز ، وهو قول الشافعي (١).

والأصل في جوازه : ما روي عن ابن عمر أنه أجازه ، ولا مخالف له .

ولأن هذا لا يُستدرك من طريق القياس ، فيحمل على التوقيف ؛ ولأنه علق الفسخ بفعل المشتري ، وهو ترك النقد في الثلاثة ، فصار كما لو شرط له الخيار ، وعلى الشافعي أنه نوع بيع ، فجاز أن يفسخ بترك نقد البدل ، كالصرف ، وبيع [ما فيه الربا بجنسه مثل] الطعام بالطعام .

وجه قول زفر : أن الإجازة في هذا العقد متعلقة بخطر ، وهو النقد ، والفسخ يجوز تعلقه بالأخطار ، والإجازة لا يجوز تعليقها بالأخطار .

بيِّن ذلك : أن مُضِيَّ المدة في مسألة الخيار يوجب الجواز ، ومضِيَّ المدة في هذه المسألة يوجب الفسخ ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنَّ الفسخ لا يقع بمضِيَّ المدة عندنا ، وإنما يقع بترك النقد في الثلاثة ، فهو كبيع الخيار إذا قال المُشْتَرِي : قد فسختُ في المدة ، وإذا ثبت هذا ؛ قال أبو حنيفة : هذا بمنزلة شرط الخيار ، يجوز في الثلاثة ، ولا يجوز فيما زاد عليها [على أصله في شرط الخيار] .

وقال محمد : يجوز في الثلاثة ، وفيما زاد عليها ، على أصله في شرط الخيار ، وأما أبو يوسف فقال : ليس هذا بمنزلة الخيار [وكان القياس أن لا يجوز كما قال زفر] ، وإنما أجزته في الثلاثة ؛ لما روي عن ابن عمر ، وما زاد

(١) مختصر المزني ص ٧٦ ؛ المهذب ٣/١٤ .

على ذلك على القياس^(١).

١٣٠٢ - فَصْل: [ملكية المبيع أثناء خيار البائع]

[وقد قال أصحابنا]: إذا كان الخيار للبائع ، فالمبيعُ على ملكه ، وللشافعي ثلاثة أقوال: أحدها: أن المبيعَ يملك بالعقد ، والثاني: بالعقد وإسقاط الخيار ، والثالث: إذا سقط الخيار بان أن الملك وقع بالعقد^(٢).

[لنا: أن الملك لم يقع بالعقد] ، والدليل على ما قلناه: أن المشتري لا يجوز له التصرف في المبيع مع وجود القبض بإذن البائع ، فصار كالبيع الموقوف ؛ ولأن عتق البائع ينفذ في المبيع ، ولو كان المشتري قد ملكه لم ينفذ عتق غيره فيه . والله أعلم .

١٣٠٣ - فَصْل: [ملكية المبيع أثناء خيار المشتري]

قال أبو حنيفة: إذا كان الخيار للمشتري خرج المبيع من ملك البائع ، ولم يدخل في [ملك المشتري]^(٣) ، قال أبو يوسف ومحمد: يدخل في ملك المشتري ، واتَّفَقُوا أَنَّ الثَّمَنَ لَا يَخْرُجُ مِنْ مَلِكِ الْمُشْتَرِي^(٤).

وَجْهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الثَّمَنَ عَلَى مَلِكِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرَطٍ لَهُ الْخِيَارُ لَا يَزُولُ مَلِكُهُ عَمَّا هُوَ مِنْ جِهَتِهِ كَالْبَائِعِ ، وَإِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَلَى مَلِكِهِ ، فَلَوْ قَلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَبِيعَ ؛ اجْتَمَعَ فِي مَلِكِهِ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ ، فَإِنْ

(١) انظر: الأصل ٤٥٧/٢ .

(٢) «والأظهر: أنه إن كان الخيار للبائع ، فملك المبيع له» . كما قال النووي في المنهاج ص ٢٢٠ .

(٣) في أ (ملكه) والمثبت من ب .

(٤) انظر: الأصل ٤٥٨/٢ ؛ متن القدوري ص ١٧١ .

ألزم على هذا العبد إذا جنى في يد الغاصب وأخذه مولاه، فجنى عنده دفعه بالجنايتين، ورجع على الغاصب بنصف القيمة، فأخذها ولي الجناية الأولى، وهي بدل عن نصف العبد الذي سلم له، فقد اجتمع البدل والمبدل [في ملكه]؛ لأننا احترزنا عن ذلك بقولنا بعقد البيع، ولأن هاهنا حصل له بعض البدل؛ لأن البدل عبارة عن جميع القيمة [فلا يلزم]. فإن ألزموا عليه الإجارة إذا شرط فيها تعجيل الأجرة أن المؤاجر ملك الأجرة، والمنافع لم تملك عليه، لم يلزم؛ لأننا قلنا بعقد البيع؛ ولأن المنافع هناك ليست على ملك المؤاجر أيضاً، ولم يجتمع له البدل والمبدل.

فإن ألزم على هذا الهبة بعوض إذا سلم الواهب العين ولم يقبض العوض، فاجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض.

فالجواب: (أنا قلنا بعقد البيع، والهبة بشرط العوض عقدها عقد هبة، وليس بعقد بيع)^(١)؛ لأن الهبة عقد تبرع، فلا يثبت العوض فيها إلا بالتقابض، فإذا سلم العين ولم يتسلم ما شرطه، فليس بعوض قبل التسليم، [فلم يجتمعا]، فإن ألزم على هذا من باع عبداً بجارية وشرط لنفسه الخيار وقبض الجارية، ولم يسلم العبد حتى أعتقهما، نفذ عتقهما، فحصل له العوض والمعوض.

فأما إذا أعتقهما فسد البيع في الجارية، وصار عوضها القيمة دون العبد^(٢)، وزال ملكه عن القيمة بنفس العتق، فلم يجتمع له العوض والمعوض، فإن ألزم على هذا البيع الفاسد إذا قبضه المشتري أنه يملكه بالقبض، وعوضه على ملكه.

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) في ب (المسمى).

قلنا: الجواب عنه ما ذكرنا أن عوض البيع الفاسد القيمة دون المسمى، وقد زال ملكه عن القيمة حين ملك المبيع.

وجه آخر في نفس المسألة: وهو أن ما منع الملك في أحد العوضين منع في الآخر، كالشرط الفاسد، [والخيار إذا كان للبائع].

وجه قولهما: أن المبيع قد خرج من ملك البائع، فلو لم يملكه المشتري بقي ملكاً لا مالك له، وهذا لا يوجد في البياعات.

إذا ثبت هذا الخلاف^(١)، فقد قالوا على هذا الأصل: إذا باع عبداً بجارية على أن باع العبد بالخيار، فالعبد على ملك بائعه، والجارية خرجت من ملك المشتري ولم تدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة، وقال أبو حنيفة: لو كانت الجارية بنت البائع؛ لم تعتق، ولو كانت زوجته؛ لم يفسد النكاح؛ لأنه لم يملكها.

وعلى قولهما: تعتق ابنته ويفسد نكاح زوجته على أصلهما: أنه ملكها، ولو أعتق البائع العبد جاز عتقه في قولهم، وانتقض البيع؛ لأن العبد على ملكه، فإذا أعتقه فقد أتلف الملك فيه.

ولو أعتق الجارية دون العبد؛ جاز عتقه في قولهم، أما على قول أبي يوسف ومحمد فلأنها على ملكه، وأما على قول أبي حنيفة؛ فلأنه يملك إبطال الخيار، وتصرفه في الجارية إبطال لخياره، فينفذ عتقه، ولو أعتقهما جميعاً جاز [ونفذ] عتقه فيهما وانتقض البيع، وكان عليه قيمة الجارية في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده أن العبد على ملكه، والجارية وإن لم يملكها فتصرفه فيها جائز؛ لأن الخيار يبطل

(١) في ب (الأصل).

به ، فإذا أعتقهما معاً عتقاً وفسد البيع ؛ لأنه أتلّف المبيع قبل التسليم ، والبيع الفاسد تجب فيه القيمة .

فأمّا على قولهما ؛ فخياريه يمنع من خروج المبيع من ملكه ، ولا يمنع من دخول الجارية في ملكه ، فهو مالك لهما ؛ فلذلك نفذ عتقه فيهما ، فأمّا المشتري فلا ينفذ عتقه في الجارية ، ولا في العبد ، أمّا العبد فعلى ملك بائعه ، وأمّا الجارية فقد خرجت من ملكه في قولهم ، وإن اختلفوا في دخولها في ملك البائع .

١٣٠٤ - فِصْلُ : [البيع بشيء في الذمة في شرط الخيار لنفسه]

فأمّا إذا باع بشيء في الذمة وشرط الخيار [لنفسه] ، فأبرأ البائع المشتري من الثمن ، أو اشترى به منه شيئاً ، أو ساومه ، فذلك منه إجازة للبيع وبراءته جائزة ، وكذلك هبته للثمن ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقياس قول أبي حنيفة ؛ وذلك لأنّ من شرط له الخيار يملك إمضاء البيع وفسخه ، فإذا تصرف في البذل دل على إمضائه للبيع ، ألا ترى أنّه لو أراد الفسخ لم يتصرف في الثمن الذي لا يستحقّه عند الفسخ ، [فلذلك نفذ البيع] .

قال محمد : ولو اشترى بالثمن شيئاً من غير البائع ؛ كان إجازة للبيع ، ولا يجوز الشراء ؛ وذلك لأنّ العقد عليه وإن لم يصحّ ، فلا يكون أدون من المساومة ، والسوم يُبطل الخيار .

ولو كان البائع قبض الثمن فاشترى به شيئاً ، أو وهبه ، أو عرضه على بيع ، لم يكن ذلك إجازة [للبيع] ^(١) ؛ لأنّ هذا الثمن لا يجب عليه رده عند الفسخ

(١) في أ (للمبيع) والمثبت من ب .

بعينه ، على أصلنا: أن الدراهم لا تتعيّن بالفسخ كما لا تتعيّن بالعقد ، وإذا لم يستحقّها المشتري بعينها لم يكن تصرّف البائع فيها إجازة ، وليس كذلك قبل القبض ؛ لأنّه لا حقّ له في ذمّة المشتري إلا ما هو ثمن ، فإذا اشترى به ، فقد تصرّف في نفس الثمن^(١) ، فكان إجازة .

١٣٠٥ . فصل : [إبراء البائع المشتري من الثمن]

قال أبو يوسف: إذا كان المشتري بالخيار ، فأبرأه البائع من الثمن ، فالبراءة باطلة ، والبيع على حاله ، فإن أجاز المشتري [البيع أخذ البائع الثمن ولم تقع البراءة .

وروى هشام عن محمد أنه قال: إذا أجاز المشتري [برئ من الثمن بإبراء البائع ، وقال في الزيادات: هذا استحسان ، وإنما لم تجز البراءة قبل إسقاط الخيار ؛ لأنّ خيار المشتري يمنع خروج الثمن من ملكه ، فإذا أبرأ البائع فقد أبرأ البائع من دين لا يستحقّه ، فلم تصح براءته ، وإنما [لم] يكن ذلك إجازة للبيع ؛ لأنّه لم يتصرّف في الثمن ، ألا ترى أنّ الثمن يكون ثمناً بالإجازة .

وأما إذا أجاز المشتري ، فوجه قول أبي يوسف: أنّ البائع أبرأ من حقّ لم يجب ، فإذا وجب لم تعمل تلك البراءة فيه ، كما لو أبرأه من دين لم يجب له عليه ، ثم وجب .

وجه قول محمد: أن الإجازة تستند إلى العقد ، فتصير جائزاً من أصله ، ولهذا يستحقّ المشتري الولد والزيادة ، فكأنّ العقد وقع في الأصل [بتاتاً]^(٢)

(١) في ب (المبيع) .

(٢) بياض غير مقروء ، والمثبت من ب .

فتصحُّ البراءة .

١٣٠٦ . فُضِّلَ : [ما يسقط الخيار وما لا يسقطه]

[قال أبو الحسن : وإذا قبض المشتري المبيع ، فدخله في يد المشتري عيب ينقص القيمة بفعل المشتري أو بغير فعله ، تمَّ البيع عليه ولزمه الثمن .

قال الشيخ أيده الله : غرض أبي الحسن بذكر هذه المسألة ما يسقط الخيار وما لا يسقطه]

وقد ذكر أبو الحسن بعد هذا ما يسقط الخيار ، وما لا يسقط ، ولم يستوفه ، ونحن نذكره مستوفياً ، فإذا وُجِدَ على غير نظم الكتاب ؛ فليعلم الغرض ، وكل ما ذكره يأتي في ضمن ما نذكره .

قال رحمته الله : وجملة هذا أن من باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثاً وسلّمه أو لم سلّمه ، ثم إنَّ البائع أخرجه من ملكه ، أو أحدث فيه ما يمنع من البيع ، مثل التدبير والكتابة والرهن والإجارة ، أو خاطب على تملكه ، أو على ما يمنع من بيعه ، فهو نقض للبيع^(١) ؛ وذلك لأنَّ المبيع على ملك البائع ، وهو مخير بين تبقية العقد وفسخه ، فإذا فعل ما يستدل به على اختياره الفسخ ، كان فسحاً ؛ والدليل عليه قوله رحمته الله لبريرة [حين أعتقت] : « إن وطأك زوجك فلا خيار لك »^(٢) ، فجعل تمكينها من الوطيِّ دلالة على إسقاطها للخيار ، فدلل ذلك على أن من خيّر بين [أمرين]^(٣) ففعل ما يُستدلُّ به على أحدهما ، كان اختياراً لذلك .

(١) انظر : الأصل ٤٦٦/٢ .

(٢) حديث بريرة أخرجه أبو داود (٢٢٣٦) ؛ والبيهقي في الكبرى ٢٢٥/٧ ؛ نصب الراية ٢٠٧/٣ .

(٣) في النسخ (امرأتين) والمثبت يدل عليه السياق .

وهذه المعاني التي ذكرناها تدلُّ على اختيار البائع الفسخ ، فكانت فسخاً ،
[قال] : فإن كان المشتري بالخيار ، ففعل في المبيع شيئاً من ذلك فهو إمضاء للبيع ؛
لأنه مخير بين الإجازة والفسخ ، وتصرُّفه في المبيع يدلُّ على اختياره الإجازة .

فكذلك إذا فعل البائع ما لا يحل له إلا مع نقض البيع ، فهو نقضٌ ، وإن
فعل المشتري ما لا يجوز له إلا مع جواز العقد فهو إجازة للعقد ، وهذا مثل أن
يطأ أحدهما الجارية ، أو يقبلها بشهوة ، أو يُباشرها بشهوة ، أو ينظر إلى فرجها
بشهوة ؛ وذلك لأنَّ هذا الاستمتاع لا يصحُّ من غير ملك ، فإذا فعله أحدهما دلَّ
على اختياره للملك .

فإن نظر إلى الفرج لغير شهوة لم تكن إجازة ؛ لأنَّ ذلك لم يقف على
الملك ، ألا ترى أن الطبيب يجوز له النظر ، وكذلك القابلة .

١٣٠٧ . فصل : [الخيار في حالة الرضا بالعيب]

وإن قبَّلت الأمة المشتري بشهوة ، [وأقرَّ المشتري أنها فعلت ذلك بشهوة]
فإنَّ أبا يوسف روى عن أبي حنيفة : أنَّ المطلقة إذا فعلت ذلك كان رجعةً ، قال :
ولو كان هذا في أمة اشتراها وهو بالخيار ثلاثاً ، أو كان له خيار رؤية ، أو كان
البيع بتاتاً ، فوجد بها عيباً ثم قبَّلتها الأمة بشهوة من غير أن يشتهيها ، وأقرَّ الرجل
أن الأمة اشتتهه ، فهذا مثل الأوَّل ، وهو رضاء بالعيب ، قال : وهذا في البيع أضعف
منه في الطلاق وأقبح ، ولكن القياس واحد ، وروى عن أبي يوسف : أنَّ البيع
يجوز .

وقال بشرُّ عنه في الإملاء : إذا فعلت الأمة ذلك اختلاساً وهو كاره لم يكن

ذلك رجعة ، ولا اختياراً^(١) للبيع ، وقال محمد: لا يكون فعلها إجازةً للبيع .

وجهُ قول أبي حنيفة: أن تقبيلها له يتعلَّقُ به من الحكم ما يتعلَّقُ بتقبيله لها ، بدلالة التحريم ، ومعلوم أنه لو قبلها سقط الخيار ، [فكذلك] ^(٢) إذا قبَّلته ، وليس يمتنع أن يسقط الخيار بفعلها من طريق الحكم ، كما يسقط إذا جنت على نفسها .

وجهُ قول محمد: أن الخيار يسقط بالرضا أو بنقصٍ يوجد بالمبيع ، ولم يوجد من المشتري رضا ولا نقص البيع ، فكان الخيار بحاله .

وإنما قال أبو حنيفة: إنَّ هذا في البيع أضعف منه في النكاح ، وإن كان قياسه^(٣) ؛ لأنَّ النكاح عقد بين الرجل والمرأة ، فيجوز أن يستوي فعلهما في أحكامه ، وعقد البيع انعقد بين المتبايعين ، والأمة معقود عليها وليست بعاقدة ، فلم يُعتبر فعلها في أحكام العقد ، إلا أنَّ هذا الفرق لا يمنع الجمع بينهما من الوجه الذي ذكرنا ؛ ولأنَّ الخيار يجوز أن يسقط بغير فعل أحد المتعاقدين ، كالأجنبي إذا جنى على المبيع .

١٣٠٨ - فَصْل: [ما يبطل الخيار من الأفعال]

فأمَّا المباذعة^(٤) فهي اختيار ، مكرهاً كان أو مُطواعاً وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة ؛ لأنه إذا أبطل الخيار بالقبلة ، فالوطء أولى ، فأمَّا محمد فيقول: إنَّ

(١) في ب (إجازة) .

(٢) في أ (فذلك) والمثبت من ب .

(٣) في ب (القياس واحداً) .

(٤) المَبَاذَعَة - بضم الميم وفتح الضاد - : الجماع لما فيه من البُضْع ، وهو كناية عن الفرج . انظر:

المصباح (بضع) .

الوطء نقص ، ألا ترى أنه لو وُجد من غير المشتري مُنع من الردّ بالعيب ، فكذلك إذا وجد من المشتري بغير اختياره .

وقد قالوا في المباشرة: إذا ابتدأت بها مكرهة له ثم تركها وهو يقدر على الامتناع ، فهو رجعة واختيار للبيع ؛ لأنّ البقاء على هذا رضا ، فيصير كأنه ابتداءً .

فَصَل: روى هشام ، عن محمد: في المشتري يُقبَلُ الجارية ثم يقول: قبَلتها بغير شهوة ، فالقول قوله ؛ لأنّ الشهوة لا تُعلم إلا من جهته ، ويرجع إلى قوله فيها .

١٣٠٩ . فَصَل: [الخيار في حال حدوث العيب بالسلعة]

وإن حدث بالسلعة عيبٌ لا يرتفع في يد المشتري ، وله الخيار بطل خياره ، وسواء كان ذلك بفعل البائع أو أجنبي ، أو من غير فعل أحد ، وروى ابن سماعة ، عن محمد في نوادره: فإنّ البيع لا يلزم [المشتري] بجناية البائع ، وليس هو كالأجنبي ؛ لأنه ليس للبائع أن يُوجبَ البيع على المُشتري بفعله ، والمشتري بالخيار: إن شاء أمسكه ، وإن شاء رده ، قال: وكان أبو يوسف يقول: يجب على المشتري بفعل البائع ، [وفعل البائع] كفعل المشتري^(١) .

والأصل في هذا: أنّ المشتري لا يملك الردّ على البائع بعد حدوث العيب ؛ لأنّه يفرّق الصفقة عليه في الإتمام ، ألا ترى أن خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ، وكل واحد من المتعاقدين لا يملك تفريق الصفقة على الآخر في الإتمام .

وأما وجه قول أبي يوسف: إذا كان العيبُ بفعل البائع - وهو قول أبي

(١) انظر: الأصل ٤٥٩/٢ .

حنيفة - إن امتنع الرُّدُّ بالعيب ؛ ثبت من طريق الحكم ، ألا ترى أنَّه إذا كان بفعل أجنبي يمنع ، وهذا موجود في فعل البائع ؛ ولأنَّ الشيء قد خرجَ من ملكِ البائع ، فإذا سُلِّمَ إلى المشتري فليس له في هذه العين يد ولا ملك ، فصَارَ كالأجنبي ، والأجنبيُّ لو جنى على المبيع سقط الخيارُ ، كذلك ها هنا .

وجهُ قول محمد: أنَّ البائع إنما شرط للمُشتري الخيار [لكي] ^(١) يقف تمام العقد على رضاه ، فإذا جنى البائع [على المبيع فيما يريد] ^(٢) إلزامه وذلك بغير رضاه ، وهذا ضدُّ ما شرطه ، وليس هذا الفعل ^(٣) للأجنبي ؛ لأنَّه حدث هناك نقصٌ مضمون على المشتري في منع الرُّدِّ على البائع ؛ لأنَّه لم يرض بعود المبيع إليه بعيبٍ ، فإذا كان العيبُ بفعله ، فقد رضيَ [به] فلا يمنع الرد ، إذا ثبت هذا ، قال أبو يوسف: قد لزم المشتري البيع ، ويرجع على البائع بالأرش ؛ وذلك لأنَّ البيع [قد] تمَّ فيه بأوَّل جزءٍ من النقص ، فصارت جناية البائع على ملك غيره ، ولزمه أرشها ، كالأجنبي إذا جنى .

١٣١٠ - فَصْل: [إصابة العيب في يد البائع والخيار له]

فإن أصاب المبيع ذلك في يد البائع ، والخيار للبائع ، فهو على خياره ، إلا أن يكون ذلك بفعله ، فينتقض البيع ، فأما [إذا كان بغير] فعله ، فهو على اختياره ؛ وذلك لأنَّ حدوث العيب لا يمنع من نقل الملك ، واختيار البائع الإجازة نقل للملك ، فلا يمنعه العيب ؛ إلا أنَّه متى اختار الإجازة ، فالمشتري بالخيار: إن

(١) في أ (لكن) والمثبت من ب .

(٢) في أ (فيريد) والمثبت من ب .

(٣) في ب (كفعل الأجنبي) .

شاء رضي به ، وإن شاء لم يرض ؛ لأنه دخل في العقد ليسلم له مبيع صحيح ، فإذا لحقه عيبٌ لم يرض به فقد ثبت له الخيار ، كما لو حدث في يد البائع ، والمبيع بتات^(١) .

١٣١١ - فُضِّلَ : [حدوث العيب في يد المشتري]

فإن حدث في يد المشتري عيبٌ يجوز ارتفاعه كالمرض ، فهو على اختياره ، وليس له أن يفسخ إلا أن يرتفع العيب في الثلاثة وإن مضت الثلاثة قبل ارتفاعه جاز البيع ؛ وذلك لأنَّ العيبَ إذا زال ارتفع النقص ، وصار كأن لم يكن ، وما يمنع الفسخ إذا كان مراعىً فالفسخ مراعىً ، فإن زال في الثلاثة فكأنه لم يكن ، فثبت للمشتري الفسخ ، فإن لم يزل لم يجر ردّ المبيع بعيب لم يكن في يد البائع ، فلما مضت الثلاثة [فات]^(٢) الفسخ ، بمضي زمانه ، فجاز البيع .

١٣١٢ - فُضِّلَ : [الخيار في حال استعمال الدابة]

ولو ركب المشتري الدابة لينظر إلى سيرها وقوتها فهو على خياره ، وكذلك لبس الثوب ينظر إلى مقداره ؛ لأنَّ الخيار إنما يشترط لهذا ، ففعله لا [يبطل الخيار]^(٣) .

وإن ركبها لحاجةٍ أو سفرٍ ، أو حَمَلَ عليها حملاً ، فهذا رضاً منه ؛ لأنَّ هذا تصرفٌ في المبيع لا يشترط الخيار لأجله .

وإن قصَّ حوافر الدابة أو أخذ من عرفها ، فليس برضا ؛ وذلك لأنَّ هذا

(١) انظر: الأصل ٤٥٨/٢ ، ٤٥٩ .

(٢) في أ (فإن) والمثبت من ب .

(٣) في أ (يبطله) والمثبت من ب .

يُلحَقُ بَتَبْقِيَتِهَا ضَرَرٌ ، فَإِذَا تَهَا كَعَلْفِهَا .

ولو ودجها^(١) أو بزغها^(٢) فهو رضا؛ لأنه نقصٌ [فيها] ، وإتلاف جزء من أجزائها .

وإن حَمَلَ عليها علفاً [لها] ، قال أبو يوسف في الإملاء: هذا رضا؛ لأنه يمكن حمل العلف على غيرها ، فصار حملة كحمل غيره^(٣) .

١٣١٣ - فَصْلٌ : [ما يدل عليه حلب الشاة من الرضا]

[قال]: فإن كانت شاةً فحلبها ، وشربَ لبنها ، قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: هذا رضا ، قال هشام ، عن أبي يوسف مثله ، قال: وقياس قول أبي حنيفة: إذا حلب اللبن ولم يشربه لم يكن له أن يردّها ، قال هشام: قلت لأبي يوسف: ما تقول أنت؟ فلم يجبني ، وأظنني سمعته يقول: إنّه رضا ، قال هشام: قال محمد: إذا حلبها انقطع خياره ؛ وذلك أن الحلب [نماء] انفصل منها لم يقع عليه العقد ، وما لم يقع عليه العقد لا يقع عليه الفسخ ، ولا يجوزُ الفسخ فيها دونَ النماء المتولد من عينها ، فسقط الفسخ .

١٣١٤ - فَصْلٌ : [التصرفات الدالة على الرضا]

فإن سكن المشتري الدار ، أو أسكنها رجلاً بأجر ، [أو بغير أجر] ، أو رَمَّ منها

(١) «الْوَدَجُ - بفتح الدال - عرقُ الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا يبقى معه حياة ، وودجتُ الدابة: قطعت وودجها» . المصباح (ودج) .

(٢) «الْبَزْغُ: الشَّقُّ ، وفيه بزغت الشمس ، والبزّاعُ: فعال من بزغ الحجام والبيطار الدّم يبزغه بزغاً: شَرَطَ . انظر: المصباح (بزغ) .

(٣) انظر: الأصل ٤٦٨/٢ .

شيئاً، أو أحدث فيها بناءً أو تجصيصاً أو طيناً أو هدم منها شيئاً، فإن هذا إمضاءً للبيع؛ لأنه تصرفٌ يُستدلُّ به على الرضا، وكذلك إن أسقط منها حائطاً؛ لأنه نقص في المعقود عليه.

ولو كان فيها ساكناً بأجر فباعها البائع برضاه، وشرط للمشتري الخيار، فتركه المشتري فيها [واستاد المشتري] الغلّة، فهذا رضاً؛ لأنَّ أخذ العوض عن المنافع دلالة على الرضا بالمبيع.

وإن كان في الأرض حرث، فسقاه أو حصده أو فصل منها شيئاً على دوابه، فهذا رضاً؛ لأنَّ سقي الزرع تصرفٌ يدل على الاختيار، وقطعه نقص في المعقود عليه، ولو سقى من نهرها دوابه أو شرب منه، فليس برضاً؛ لأنَّ استباحة ذلك لا يقف على الملك، ألا ترى أن المالك لا يملك المنع منه، فلم يكن تصرفاً مستفاداً بالمبيع، [فلم يكن إجازة للبيع]^(١).

ولو اشترى رحاً فطحن فيها البائع والخيار له، فهذا نقض؛ لأنه تصرف في المعقود عليه، فإن كان الخيار للمشتري فطحن فيها، فليس برضاً؛ لأنَّ المشتري إنما يطحن ليعرف مقدار طحنها، وهذا مما يُشترط الخيار لأجله، فإن طحن زيادة على ما يعرف به الطحن بزيادة الماء وقلته فهو رضاً؛ لأنه تصرف لا يشترط لأجله الخيار.

١٣١٥ - فصل: [ركوب المشتري الدابة وسقيها أثناء الخيار]

ولو ركب المشتري الدابة ليسقيها أو يردّها على البائع، فالقياس أن يكون

(١) في أ (فلم يجز البيع) والمثبت من ب.

رضاً؛ لأنه كان يقدر على قودها، والاستحسان أنه ليس برضاً؛ لأن الدواب قد تستصعب، فلا يمكنُ تسيرها إلا بالركوب، والسقي مما يتوصل به إلى الرد، ألا ترى أنه لو لم يسقها لعطشت ولحقها عيب يمنع من الردّ، فصارَ ذلك كعلفها، فلا يكون اختياراً.

١٣١٦. فُصِّل: [المعاني المانعة من تمام الصفقة]

قال: وإذا فات بعضُ المبيع في يدِ المشتري؛ جاز البيع وسواء كان شيئاً واحداً أو أشياء كثيرة من الدواب والدقيق والثياب، إذا هلك أحد هذه الأشياء، أو ذهب بعضه [تمَّ البيع] ^(١) على المشتري إذا كان الخيار له، ولم يكن له أن يفسخ [البيع] في بعض المبيع دون بعض، وكذلك إن لم يهلك شيء فأراد أن يجيز في بعض دون بعض، وكذلك لو كان الخيار للبائع، فليس له أن يجيز في بعض دون بعض، سواء كان المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض، إلا أن يرضى المشتري، وهذا على ما قدمنا أن كل واحد من المتعاقدين لا يملك تفريق الصفقة على الآخر في الإتمام.

فالمعاني المانعة في تمام الصفقة ثلاثة: خيار الشرط، وذلك لأنه يمنع المِلك على ما قدمنا، ويستحيل أن تتم الصفقة مع عدم المِلك.

والثاني: عدم القبض؛ لأنه بالقبض يملك به التصرف، كما يملك العين بالعقد، فوقف تمام الصفقة عليه.

والثالث: خيارُ الرؤية؛ لأنه ثبت لجهالة صفة المبيع، وجهالة نفس المبيع

(١) في أ (ثم المبيع) والمثبت من ب.

تمنع انعقاد العقد ، فجهاالة صفته تمنع من تمام الصفقة ، فإذا ثبت أن الصفقة لم تتم في خيار الشرط ؛ لم يجز لأحدهما أن يفسخ في البعض ويجيز في البعض ؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على صاحبه في الإتمام ، إلا أن يرضى ؛ لأننا [إنما] منعنا من تفريق الصفقة لحقه ، ألا ترى أنه دخل في العقد ليسلم له الجملة ، فإذا رضي بتفريقها جاز ذلك عليه .

١٣١٧ - فُصِّلَ : [هلاك بعض المبيع في يد المشتري والخيار للبائع]

وقد قال أبو يوسف: في الخيار إذا كان للبائع وقبض المشتري المبيع ، فهلك بعضه أو استهلكه مستهلك ، فللبائع أن يجيز البيع ، وهذا قياس قول أبي حنيفة . وروى ابن سماعه ، عن محمد ، قال: إذا كان ممّا يتفاوت فهلك واحد منه انتقض البيع ، وليس للبائع أن يجيز في الباقي ، وإن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً غير متفاوت ، فهلك بعضه ، فللبائع أن يلزمه البيع فيما بقي .

وجه قول أبي يوسف: أن ما هلك من المبيع مضمونٌ على المشتري ، والإجازة تستند إلى العقد ، فكأنه كان عقداً باتاً ، فهلك بعضه قبل البعض على وجه تجب قيمته ، [مثل أن يتلفه أجنبي] فلا يفسخ البيع فيه .

وأما محمد فيقول: إن خيار البائع يمنع الملك ، وهو بالإجازة يبتدئ التمليك ، فيستحيل أن يُملكه بالعقد ما قد هلك ، فبقي أن يملكه الباقي ، فإن كان مما يتفاوت ؛ فحَصَّتْهُ [من الثمن] مجهولة ، فلا يجوز كما لو ابتداء بيعه بحصته ، وإن كان غير متفاوت فحَصَّتْهُ من الثمن معلومةً ، فيجوز الإجازة فيه ، كما لو باعه ابتداءً .

وقد روى بشر ، عن أبي يوسف ، قال: إذا هلك أحد العبدین في يد البائع ؛

لم يكن له أن يُلزم المشتري الباقي ، إلا أن يرضى المشتري ، وهذا صحيح ؛ لأنَّ الهالك غير مضمون على المشتري ، والإجازة في الباقي تفريق الصفقة ، فلا يجوز إلا برضا المشتري .

وليس كذلك إذا هلك في يد المشتري ؛ لأنه من ضمانه ، فالإجازة تقع فيهما جميعاً .

١٣١٨ - فَصْلُ : [حدوث العيب في يد المشتري والخيار للبائع]

وإن كان المبيعُ شيئاً واحداً ، فدخله عيبٌ في يد المشتري والخيار للبائع ، فللبائع أن يلزمه البيع فيه ، ولا خيار للمُشتري لأجل العيب ؛ وذلك لأنَّ العيبَ [حدث في] ^(١) ضمانه ، فحدوثه لا يمنع الإجازة ، وللبائع أن يفسخ البيع ويضمّن المشتري ما نقص ؛ لأنَّ العيب لا يمنع الفسخ ، وقد كانت العينُ مضمونةً على المشتري بالقبض ، فيضمن ما نقص منها [كالمغصوب في يد الغاصب] .

١٣١٩ - فَصْلُ : [استهلاك المبيع في يد المشتري]

فإن استهلك مستهلك المبيع في يد المشتري وأخذ قيمته ، فللبائع أن يلزمه البيع ويأخذ الثمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال أبو يوسف بعد ذلك : ليس للبائع إلزامه إلا أن يرضى المُشتري .

وجهُ قول أبي حنيفة : أن الجناية حصلت والمبيع في ضمان المشتري ، وقد قامت القيمة مقام العين ، فإذا أجاز البائع استندت الإجازة إلى حال العقد ، فكأنه كان عقداً جائزاً ، قبضَ المشتري المبيع منه فاستهلكه في يده ، وأمّا أبو يوسف

(١) في أ (من) والمثبت من ب .

فيقول: التملك يتعلّق بالإجازة، وإن استند إلى حال العقد، فيعتبر فيه الطرفان، وقد تغيرت صفة المبيع، فكان للمشتري الخيار كما لو تصرف قبل القبض.

١٣٢٠. فصل: [وقوع نتاج الشجر في يد المشتري والخيار له]

قال أبو الحسن: وإذا كان المبيع [شجراً]^(١) أو نخلاً، أو كزماً، فقبضه المشتري وله الخيار؛ فأثمر في يده، جاز البيع عليه وبطل خياره، وكذلك إذا كان المبيع شيئاً من الحيوان، فولدت في يد المشتري، وكذلك اللبن إن حلبه أو جزّ الصوف، استهلكه أو لم يستهلكه؛ وذلك لأنّ هذه الزيادة لم يقع عليها العقد، فلا يجوز أن يقع عليها فسخ، وإذا تعذر الفسخ تم البيع.

قال أبو الحسن: فأما ما لم يزل [من ذلك] عن المبيع [ولم يباينه] مما لا يجوز بيعه منفرداً، أو عما هو متعلّق به، فالخيار قائم، فإن كان حدث في يد المشتري؛ ففي هذا اختلاف رواية بيناها في الجامع الكبير، وهذا الذي ذكره في الزيادة المتصلة [إذا حدثت في يد المشتري ظاهر على قول محمد؛ لأن من مذهبه أن الزيادة المتصلة] لا تمنع الرد بالعيب، ولا تمنع الفسخ في المهر بالطلاق، فكذلك لا تمنع الفسخ بخيار الشرط.

فأمّا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فمن أصلهما أن الزيادة المتصلة كالمنفصلة في منع الفسخ بخيار العيب، والفسخ في المهر، فكذلك في الفسخ بخيار الشرط، وهذا ظاهر على قولهما.

﴿١﴾

(١) في أ (ثمرًا) والمثبت من ب والسياق يدل عليه.

١٣٢١ - فَضْلُ : [العصير يصير خمراً قبل القبض]

ذكر محمد في الأصل : فيمن اشترى عصيراً فصار خمراً قبل القبض : أن البيع باطل ، وهو قول محمد . وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف : أن البيع بحاله ، وكان أبو الحسن يقول معنى قوله في الأصل : البيع باطل ، أي : للمشتري أن يبطله .

وجه قولهما : أنه لم يطرأ على العقد ما يُوجبُ تحريم مثله ، ألا ترى أنه كان عقداً على العصير ، ومثل ذلك العقد جائز ، وإنما تغيرت صفة المعقود عليه ، وهذا يثبت الخيار .

وجه قول محمد - وهو ظاهر الأصل - : أن تقابض المسلم الخمر لا يجوز ؛ لأن القبض يملك به التصرف ، والمسلم لا يجوز له تملك الخمر ، ولا تملكها ، وكذلك لا يجوز له تملك التصرف فيها .

فأما الذي تأول أبو الحسن عليه ما في الأصل ؛ فهو غير ظاهر ، وقد استدلل عليه باستشهاد محمد في الأصل ، وهو أنه قال : لو صارت خللاً قبل الفسخ ، كان للمشتري أن يأخذها .

قال أبو الحسن : فلو كان العقد قد بطل ، لم يملك المشتري أخذها ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه لا يمتنع أن يفسد العقد لمعنى ويصح بزواله ، كما قالوا في الشروط الملحقة .

١٣٢٢ - فَضْلُ : [العصير يصير خمراً بعد قبض المشتري والخيار له]

وقد قال أبو يوسف : فيمن اشترى عصيراً وقبضه والمشتري بالخيار ، فصار

خمرأ قبل مضي الثلاثة ، فقد لزم | البيع ، وعليه الثمن ؛ وذلك لأن هذا عيب |
حصل بالمبيع في مدّة الخيار ، فسقط [الخيار] ^(١) .

ولو كان الخيار للبائع ، فروى بشر عن أبي يوسف : أنّ البائع على خياره ،
فإن سكت حتّى يمضي وقت الخيار جاز البيع على المشتري ، قال بشر : وقال
بعد ذلك : قد انتقض البيع ، وعلى المشتري عصيرٌ مثل [عصيره] ^(٢) .

وجه [قوله] ^(٣) الأوّل : أنّ الخيار إذا كان للبائع ، فحدوث العيب لا يمنع
البائع خياره ، ومن أصله : أن تغير العصير لا يفسد البيع ، [وإنما يجري مجرى
العيب] فبقي خياره بحاله .

وجه الرواية الثانية : أنّ المبيع على [ملك البائع] ^(٤) ، وإنما ينتقل الملك
فيه بالإجازة ، ولا يجوز للمسلم نقل الملك في الخمر .

١٣٢٣ . فصل : [العصير يصير خمرأ في يد المشتري والخيار للبائع]

ولو كان الخيار للبائع فصار خمرأ في يد المشتري ، فلم يختصما حتّى
صارت خلأ ، فاختار البائع أن يلزم البيع ، ورضي [به] المشتري فله ذلك ،
والمشهور عنهم : أنّه لا يحتاج إلى رضا المشتري ؛ وذلك لأنّ تغير العصير إلى
الخمر لم يُبطل العقد على ما قدمنا ، فإذا صار خلأ جاز نقل الملك فيه على
الروایتين عن أبي يوسف ، ولا يحتاج إلى رضا المشتري ؛ لأنّ العيب حدث

(١) في أ (الفسخ) والمثبت من ب .

(٢) في أ (العصير) والمثبت من ب . انظر : الأصل ٤٥٩/٢ .

(٣) في أ (قول محمد) والمثبت من ب .

(٤) في أ (ملكه) والمثبت من ب .

والمبيع في ضمانه ، فلا تقف على رضاه الإجازة .

١٣٢٤ - فَصْل : [ذميان تبايعا خمراً ثم أسلم المشتري قبل القبض]

قال ولو تبايع الذميان خمراً على أن المشتري بالخيار ، فأسلم المشتري ، [أو أسلما] قبل أن يختار ، وقد قبضَ الخمر ، بطل البيع في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : يجوز البيع .

وجهُ قول أبي حنيفة : أنَّ خيارَ الشرطِ يمنع تمامَ الصفقة كعدم القبض ، ولو تبايع الذميان خمراً ثم أسلما قبل قبضها ، بطل البيعُ فكذلك إذا أسلما مع الخيار .
وجهُ قول أبي يوسف : أنَّ الخمرَ في ملك المشتري ، على أصله أنَّ خيار المشتري لا يمنع انتقال الملك إليه ، وبالفسخ ينتقل المبيع إلى البائع ، فلا يجوز له النقل بعد الإسلام ، وإذا تعذر الفسخ تمَّ البيع .

١٣٢٥ - فَصْل : [الخيار للبائع فأسلم]

ولو كان الخيار للبائع فأسلما ، أو أسلم البائع ، كان البيع باطلاً ؛ وذلك لأن الخمر على ملك البائع ، وبالإجازة ينقلها من ملكه ، والمسلم لا يجوز له نقل الملك في الخمر .

ولو لم يسلم البائعُ وأسلم المشتري لم يبطل البيعُ ؛ لأنَّ العقدَ إذا كان الخيارُ فيه للبائع فقد تمَّ من جهة المشتري بدلالة أنَّه لا يملك فسحَه ، وإنما يقف تمامه على فعل البائع ، والبائعُ ذميٌّ يصحُّ فعله للتملك في الخمر ، فينتقل بإجازته ، ويصيرُ المشتري كالمالك لها قبل الإسلام^(١) .

(١) انظر : شرح مختصر الطحاوي ٥/٣ وما بعدها ؛ القدوري ص ١٧٠ وما بعدها .

١٣٢٦ - فَصْل : [إسلام الذي له الخيار قبل التقابض]

ولو لم يتقابضا، فأسلم الذي له الخيار بطل البيع؛ وذلك لأنَّ البيع لو كان باتاً فأسلما بطل؛ لأنَّه طرأ على العقد قبل القبض ما يُوجبُ تحريم مثل ذلك العقد، فإذا كان فيه خيارٌ أولى.



بَاب

الرجل يبيع على غيره ويشترط الخيار

—•••••—

قال أبو الحسن: وإذا باع الأب، أو الوصي، أو المضارب، أو الشريك شركة عنان، أو مفاوضة^(١)، أو وكيل يبيع أو شراء، فمن شرط من هؤلاء الخيار لنفسه أو للذي عاقده، فهو جائز، والحكم فيما بين المتعاقدين في جميع ذلك مثل ما قدّمته من أمر البائع لنفسه أو شرائه لنفسه، سواء فيما لا يجوز وفيما ينتقض، لا يختلفان في شيء من ذلك ما دامت ولايته التي جاز بها بيعه وشراؤه على غيره قائمة.

وأما جواز شرط الأب والوصي الخيار؛ فلائهما يتصرّفان على الصغير من طريق الاحتياط، وقد يكون شرط الخيار أحوط، فجاز شرطهما.

وأما من سواهم ممن ذكره فيتصرّف بالأمر، والأمر عام في البيع المشروط فيه الخيار والمطلق، فجازا جميعاً.

وأما قوله: إنهما فيه كالعاقدين لأنفسهما، يعني في الإجازة والفسخ؛ لأنّهما من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين.

(١) شركة العنان: أن يشترك اثنان في شيء خاص معلوم (دون سائر أموالهما)، كأنه عنّ لهما شيء، فاشترياه مشتركين فيه». انظر: المغرب؛ المصباح (عنن).
شركة المفاوضة لغة: المساواة والانتشار.
وشرعاً: «هي ما تضمنت وكالة وكفالة، وتساويا: مالا وتصرفاً ودينياً». انظر: المصباح؛ التعريفات (شرك)؛ المبسوط ١١/١٥٢.

وأما قوله: ما دامت ولايته التي بها ملك العقد باقية، فإنما احترز بها عن مسألة ولم يذكرها، ونحن نذكرها: وهي إذا باع الوصيُّ أو الأب^(١)، أو اشترى للصغير وشرط الخيار، فبلغ الصبي في مدة الخيار، فروى محمدٌ عن أبي يوسف في الزيادات: أن البيع قد تمَّ، وبطل الخيار، وقال محمد: ليس للوصي أن يخير، وقد انتقلت الإجازة إلى الصبي، وللوصي أن يفسخ.

وروى أبو سليمان عنه: أن البيع لا يجوزُ بمضي وقت الخيار، حتى يجيزه الصبي، وروى ابن سماعه، عن محمد: أن وقت الخيار إذا مضى بعد بلوغ اليتيم أو قبل ذلك جاز البيع.

وجه قول أبي يوسف: أن الصبي لما بلغ بطل تصرف الوصي عليه، ومن شرط له [الخيار] إذا بطل تصرفه سقط خياره، فلم يجز أن ينتقل إلى غيره، كما لو مات المشتري لم ينتقل الخيار إلى ورثته.

وجه قول محمد: أن الوصي يتصرف للصغير، والخيار ثبت لحقه، وإنما كان لا يملك التصرف فيه لصغره، فإذا بلغ قدر على التصرف، فلم يجز للوصي أن يلزمه بعد بلوغه شيئاً بغير رضاه.

وأما الفسخ فقد ملكه الوصي بالعقد، وليس فيه إلزام حق للصغير، فبقي ملكه فيه، كما كان قبل بلوغه.

واختلفت الرواية عنه في مضي مدة الخيار، فقال في إحدى الروايتين: لما مضت المدة لزم البيع الصبي حكماً؛ لاستحالة بقاء الخيار بعد المدة، وإذا لزمه

(١) في أزيادة (والقاضي).

بعقد^(١) كان من الوصي قبل البلوغ فنفذ عليه .

وقال في الرواية الأخرى: طريان البلوغ في مدّة الخيار يصيرُ كالموجود في الابتداء، ومَن باعَ ملكَ البائع بغير أمره وشرط الخيار لنفسه فله أن يفسخ، ولا يلزم العقد المالك إلا بإجازته وإن مضت مدّة الخيار .

١٣٢٧ - فَصْلُ: [بيع المكاتب وشرط الخيار لنفسه]

ونظير هذه المسألة إذا باع المكاتب وشرط الخيار لنفسه، فعجز في الثلاثة؛ تمّ البيع في قولهم جميعاً؛ وذلك لأنّ عجز المكاتب سكوته؛ بدلالة أنّه يؤثر في بطلان التصرف وانتقال الاكتساب إلى غيره، وموت من له الخيار يُبطل الخيار [كذلك هذا] .

١٣٢٨ - فَصْلُ: [بيع المأذون وشرط الخيار له]

ونظير هذا: إذا باع المأذون وشرط الخيار، فحجّر المولى عليه في الثلاثة، بطل الخيار في قول أبي يوسف، وإحدى الروايتين عن محمد، وروى أصحاب الإماء، عن محمد: أنّ الحجّر لا يُبطل الخيار والخيار للمولى، إلاّ أنّه لا يملك الإجازة إن كان على العبد دينٌ حتّى يقضيه، وروي عنه [أنه قال]: إنّ الخيار للعبد قائم كأنه لم يحجر عليه .

وجه قول أبي يوسف: أنّ الحجّر على المأذون يُبطل تصرفه، [فصار] كعجز المكاتب، وكموت الحر .

وجه قول محمد: أنّ المأذون ينتقل ما يتصرّف فيه إلى المولى وما يبيعه فهو

(١) في أ (بفعل) .

ملك المولى، فصار كالوكيل إذا عزل، فلا يبطل خياره، ولهذا جعل الخيار له في إحدى الروایتين؛ لأنَّه ملك ذلك بالعقد، فالحجر لا يُؤثِّر فيه، كما لا يُؤثِّر عزل الوكيل، ونقل الإجازة في الرواية الأخرى إلى المولى؛ لأنَّ المولى أقامه مقامه في حقوقه حكماً، فكأنَّه وكَّله بالخيار.

قال أبو الحسن: وهذا الاختلاف عن محمد إذا حُقق لم يعد إلى الخلاف؛ لأنَّه قال في إحدى الروایتين: خياره قائم، يعني في الفسخ، وقال في الرواية الأخرى: لا تجوز [الإجازة] ^(١)، فقد اتَّفقت الروایتان: أنه لا يملك الإجازة ويملك الفسخ ^(٢).

وقالوا ^(٣) في الأب والوصي: إذا اشتريا للصغير شيئاً بدين في الذمَّة وشرطاً الخيار، ثم بلغ الصبي، فأجاز الأب والوصي؛ جاز العقد عليهما، والصبي بالخيار: فإن أجاز العقد لزمه، وإن فسخه لزم العقد الأب والوصي؛ وذلك لأنَّهما لا يملكان الإجازة على الصبي بعد البلوغ كما بيَّنا، فإذا أجاز وهما يملكان الإجازة في حقَّهما، فإن فسخ الصبي لم يبق إلا حقَّ البائع وحقَّ الوصي، وقد أجاز الوصي؛ فيلزمه الشراء في نفسه، فإن أجاز الصبي تمَّ البيع عليه بعقد الوصي، وكان الثمن عليه.

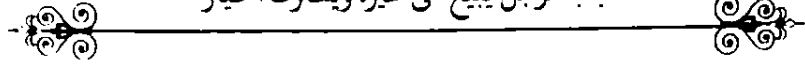
١٣٢٩ - فَصَّل: [شراء الرجل العبد وشرط الخيار لغيره]

قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل عبداً وشرط الخيار لغيره، فالخيار

(١) في أ (الفسخ) والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

(٢) من هنا (أ/٥٣/ب) حصل سقط في أ، والمثبت من ب من هنا.

(٣) ابتداءً من هنا اعتمدت على ب بالمقارنة مع ج.



للمشتري والمشروط له جميعاً بمنزلة الوكيل للمشتري .

وقال الشافعي: إذا شرط المشتري الخيارَ لغيره على وجه التوكيل في الفسخ والإمضاء جاز، ولو شرط لا على وجه التوكيل، ففيه قولان^(١).

والدليل على ذلك: أن هذا الخيار مشروط في العقد، فهو من حقوق العقد، وحقوق العقد تثبت للعاقدين، فلما شرط لغيره، ثبت له حكم العقد، فصار المشروط له قائماً مقامه فيه .

وعلى الشافعي: أنه علّق الفسخ بفعل غيره، فصار كما لو شرطه على وجه التوكيل؛ ولأنه خيار مشروط في البيع لمن يصحّ تصرّفه، [فصح] كالخيار المشروط للمشتري .

وإذا ثبت أن الخيار للمشتري والأجنبي وكيله، فأيهما سبق في الإجازة [أو] النقض، جاز ما صنع؛ لأن كل واحد منهما [١/٣١٤] لما كان له الخيار؛ ملك به الإجازة والنقض .

فإذا سبق أحدهما بالنقض والفسخ، انفسخ العقد، فأجازته الآخر [بعد ذلك]، ولا عقد [فلا يتعلق بالإجازة حكم]، وإن سبق أحدهما بالإجازة سقط الخيار، ففسخ الآخر بعد ذلك ولا خيار، فلا يصح فسخه .

وإن فسخ أحدهما وأجاز الآخر، وأوقعا [ذلك] معاً، فالفسخ أولى؛ لأنّ الفسخ لا يلحقه الفسخ من جهة العاقدين، والإجازة يلحقها الفسخ من جهته، ألا

(١) الأصحّ من القولين: صحة البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي رحمته الله. انظر: المجموع

ترى أنه لو ظهر على عيب ردّ المبيع به، ومتى اجتمع ما يلحقه الفسخ وما لا يلحقه الفسخ وتساويا كان ما لا يلحقه الفسخ أولى.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الإجازة أولى؛ لأنه إذا تساوى ما يُوجب فسخ العقد وما يوجب تصحيحه؛ كان ما يتضمّن التصحيح أولى.

١٣٣٠ - فصل: [توكيل بالبيع مع اشتراط الخيار للآمر]

قال أبو الحسن: وإن وكلّ رجلٌ رجلاً ببيع عبدٍ له، وأمره بأن يشترط له الخيار، فباعه المأمور ولم يشترط الخيار للآمر، فبيعه لا يجوز على الأمر، وهذا كمن باع عبد رجلٍ بغير أمره؛ وذلك لأنه وكلّه بعقد لا بزوال ملكه فيه إلا برضاه، فإذا لم يشترط له الخيار؛ فقد عقد عقداً بخلاف ما أمره به، فلا يجوز.

[قال]: فإن باع واشترط الخيار للآمر كما أمره، فليس له أن يُجيز البيع على الأمر، وللآمر أن يُجيز؛ لأنه إنما أمره بشرط الخيار له حتى لا يزول ملكه إلا باختياره، فإذا أجاز الوكيل [فهو يريد] نقل الملك بغير اختيار الموكل، فلا يصحّ.

[قال]: فإن أمره أن يشتري له عبداً ويشترط الخيار للآمر، فاشتراه بغير خيار، فهو لازم له دون الأمر؛ وذلك لأن الوكيل خالف [المولى] (١) فيما أمره به، فيصير مشترياً لنفسه، كما لو ابتداء الشراء بغير أمره (٢).



(١) في أ (الموكل).

(٢) انظر: الأصل ٤٥٧/٢ وما بعدها.

بَاب الرجل يشتري شيئين على أنه بالخيار في أحدهما

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا اشترى الرجل ثوبين أو عباين على أنه بالخيار في أحدهما: فيأخذ أيهما شاء بثمن معلوم، ويرد الآخر، فهو جائز استحساناً في ثوبين وثلاثة، ولا يجوز في أكثر من ذلك، أربعة وما زاده.

وقال الشافعي: البيع باطل، وهو القياس^(١).

ووجهه: أن البيع مجهول، وجهالة المبيع يمنع صحة العقد، كما لو باع ثوباً من أربعة أثواب، وكما لو باع ثوباً من ثوبين بغير خيار.

وجه الاستحسان: أن هذه جهالة لا ترتفع في الثاني بفعل أحد المتعاقدين، فصار كبيع قفيز من صبرة.

وعلى الشافعي: أن كل جملة جاز البيع عليها؛ جاز البيع على بعضها غير معين كالصبرة، وكما لو اختلط عبده بعبد غيره، فباع من صاحب العبد الآخر.

١٣٣١ - فصل: [العقد بشرط الخيار وعدم اشتراط المدة]

ولا بد في هذا العقد من الخيار؛ لأن الخيار متى لم يشرط ثبتت الجهالة، ألا ترى أنه ليس للمشتري اختيار أحد العباين، وإلا للبائع أن يعين في الآخر، فإذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما، فقلت الجهالة، فجاز.

(١) انظر: الأصل ٤٦٥/٢؛ المنهاج ص ٢٢٢؛ مختصر اختلاف العلماء ٥٨/٣.

وقد ذكر في الأصل: جواز العقد إذا شرط الخيار ولم يشترط فيه مدة معلومة^(١)، وذكره أبو الحسن: أنه لا بد من خيار معلوم، وكذلك حكاه الطحاوي عن محمد، وكان ابن شجاع يقول: لا تحتاج إلى توقيت الخيار على ظاهر الأصل، والصحيح ما ذكره أبو الحسن؛ لأنه خيار مشروط، والخيار المشروط لا يجوز غير مؤقت، كما لو شرط في عبد واحد.

ووجه ما قاله ابن شجاع: أن عدد الثياب جعل عوضاً عن عدد الأيام؛ ولذلك جَوَّزوا في ثلاثة أثواب، ولم يجوّزوا في الأربعة، فإذا قام [ذلك] مقام المدة، لم يحتج إلى ذكر المدة.

وإنما قلنا: إنه لا يجوز في أكثر من ثلاثة أثواب؛ لأن الجهالة تكثر في الأربعة، ألا ترى أنه لا بد فيها من ثوبين على صفة واحدة، فيحتاج إلى اختيار الجيدين من الرديء والوسط، ثم اختيار أحد الجيدين، فتكثر الجهالة [فيه]، فلا يصح العقد.

وليس كذلك الثلاثة؛ لأن فيها جيّداً ووسطاً ورديئاً، فهو لا يحتاج إلى أكثر من اختيار واحد، فتقلّ الجهالة، فيجوز.

قال أبو الحسن^(٢): وإذا وقع البيع على هذا، فقبض المشتري، فأحدهما ملك للمشتري مضمون عليه بالثمن، والآخر في ملك البائع أمانة في يد المشتري؛ وذلك لأن أحدهما مبيع، والمشتري إذا قبض المبيع كان مضموناً عليه، والآخر ليس بمبيع، وقد أخذه بإذن مالكة لا على طريق البدل والوثيقة،

(١) انظر: الأصل ٤٦٩/٢، ٤٧٠.

(٢) إلى هنا انتهى السقط الواقع في أ.

فكان أمانة كالوديعة .

١٣٣٢ - فَصْل: [تصرف المشتري تصرفاً يدل على الرضا]

قال أبو الحسن: وإن تصرف المشتري في أحدهما مما ذكرت لك أنه يُبطل الخيار، أو حدث ما يوجب البيع [فيه من] سائر ما ذكرت لك، وذلك في عبدٍ منهما بعينه، فقد لزم المشتري بما سمى له من الثمن، ويردُّ الآخر على البائع، وذلك لما بيننا أنه [١١٨/ب] مقبوضٌ بشرطِ الخيار، والمشتري إذا تصرف تصرفاً يدل على الرضا؛ فإن ذلك اختياراً للمبيع، فيتعيّن به المبيع .

وكذلك إذا حدث بأحدهما عيبٌ؛ لأنه يملك الفسخ فيه مع العيب، وإذا سقط الفسخ تعيّن المبيع .

١٣٣٣ - فَصْل: [تصرف المشتري في أحد المبيعين]

قال أبو الحسن: وإن حدث ذلك بالعبدین معاً أو تصرف المشتري فيهما جميعاً وهما حيّان، فهو على خياره، فإذا اختار أحدهما لزمه ثمنه وبطل ما تصرف به في الآخر، وإن كان الحادث نقصاً في بدن، ردّ الذي لم يختار منهما^(١) .

وكان القياس: أن يردّ معه نصف أرش النقصان، والاستحسان: أن لا يردّ؛ وذلك لأن المعنى المُسقط للخيار يتعيّن به المبيع في مسألتنا، فإذا وقع فيهما معاً لم^(٢) يمكن التعيين به، فصار وجوده وعدمه سواء، فإذا كانا [باقيين]^(٣) فله أن

(١) انظر: الأصل ٤٦٥/٢ .

(٢) في ب (يكن) .

(٣) في أ (ابنين) والمثبت من ب .

يختار بعد ذلك ، فإذا اختار أحدهما وقد كان باعهما ؛ بطل بيعه في الآخر ؛ لأن البيع تعيّن في الذي اختاره ، وصار الآخر وديعةً في يده ، فلا يجوز بيعه فيه .
وأما إذا حدث بهما عيبٌ بغير فعله معاً ، ثم اختار أحدهما وقد كان باعهما ، بطل بيعه في الآخر ؛ لأن البيع تعين في الذي اختاره ، وصار الآخر وديعة في يده ، فلا يجوز بيعه فيه .

وأما إذا حدث بهما عيب بغير فعله معاً ، ثم اختار أحدهما وردّ الآخر ، فالقياس : أن يردّ معه نصف الأرش ؛ لأنّ العيب حدث قبل أن يتعيّن المبيع ، ويجوز أن يكون كل واحدٍ منهما هو المبيعُ ، [فيكون مضموناً] ، ويجوز أن يكون هو الأمانة [فلا يضمن] فإذا لزمه الضمان في حال ولا يلزمه في حال ، لزمه نصفه .

وجه الاستحسان : أنّه لما اختار أحدهما تعيّن البيعُ فيه ، وتعيّنت الأمانة في الآخر ، فكأنه لم يزل وديعة ، فلا يضمن شيئاً من [نقصه] (١) .

١٣٣٤ . فصل : [ما يلزم إذا مات العبدان معاً]

قال أبو الحسن : وإن ماتا معاً ، لزمه نصف ثمن كل واحد منهما ؛ وذلك لأنّ كل واحد منهما يجوز أن يكون هو المبيع ، فيلزمه ثمنه ، ويجوز أن يكون هو الأمانة ، فلا يلزمه بهلاكه شيء ، وهو مع ذلك مخالف وذلك معاً ، فثبت نصف كل واحد من الثمنين ، ويسقط النصف الآخر على أصلنا في اعتبار الأحوال .



(١) في أ (نفته) والمثبت من ج .

١٣٣٥ - فَصْل: [توريث خيار الشرط]

قال أبو الحسن: وإن مات المشتري في الثلاثة، فقد لزم المشتري أحدهما بغير عينه، ويقال للورثة خذوا أيهما شئتم، وليس خيار [الورثة] ^(١) هو الخيار الذي شرط المشتري؛ لأن ذلك خيار لا يورث ^(٢).

والأصل في هذا: أن خيارَ الشرط لا يُورث عندنا، فلما مات المشتري سقط خياره، فلزمه أحدُ العبدین، إلا أن الثمن مستحق من مال الورثة، وهو غير معيّن، ومَن لزمه حقٌّ غيرُ معيّن [كان] ^(٣) التعيّنُ إليه، فهذا الخيارُ هو في تعيين الضمان لا في اختيار المبيع.

والذي يدل أن هذا [الخيار] خيار مبتدأ عن الأول: أن المشتري كان له أن يختار أحدهما أو يردهما جميعاً، والورثة ليس لهم أن يردّوهما، ودليل آخر: وهو أن خيار المشتري كان مؤقتاً، والورثة يثبت لهم الخيار غير مؤقت.

١٣٣٦ - فَصْل: [قطع الخيار في البيع الفاسد]

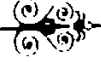
قال أبو الحسن: فإن كان [البيع] ^(٤) فاسداً، وقد شرط الخيار في أحدهما، فقبضهما، فأحدهما مضمون عليه بقيمته، والآخر في يده أمانة، وإذا تصرف المشتري في أحدهما أو تلف في يده، فعليه قيمته، وما يقطع خياره في البيع الصحيح من هذا، فهو يقطع خياره في الفاسد، ويصير هو المضمون عليه بالقيمة،

(١) في ب (خيار الرؤية)، وفي أ كانت العبارة (الورثة خيار).

(٢) انظر: الأصل ٤٥٨/٢؛ الجامع الكبير ص ٢٨٢؛ مختصر الطحاوي ص ٧٥.

(٣) في أ (فإن) والمثبت من ج.

(٤) في أ (المبيع) والمثبت من ج.



غير أن للبائع أن يفسخ [البيع] ^(١) وإن كان خيار المشتري قد انقطع أو لم ينقطع .

وإن ماتا ^(٢) ضمن نصف قيمة كل واحد منهما ، [والأصل في هذا: أن البيع الفاسد إذا قبض تعلق به الاستحقاق عندنا ، فصار الفاسد في هذا كالصحيح ، وإنما اختلفا في ثبوت الفسخ للبائع ؛ لأن الفاسد يثبت فيه الفسخ لكل واحد] من المتعاقدين لحق الله تعالى ، والصحيح لا يثبت الفسخ فيه إلا لمن شرط له [الخيار] .

وأما إذا ماتا معاً ، فالقيمة في البيع الفاسد كالثمن في الصحيح ، فإذا وجب في الصحيح نصف ثمن كل واحد ، وجب في الفاسد نصف القيمة .

١٣٣٧ - فَصْل : [حدوث العيب في يد البائع والخيار للمشتري]

قال : فإن لم يقبض العبدان في البيع الصحيح ، فمات أحدهما ؛ فهو بالخيار في الباقي : إن شاء أخذ بالثمن الذي سمى له ، وإن شاء تركه ، وإن حدث بأحدهما عيبٌ في يد البائع ، فالمشتري على خياره : إن شاء أخذ أحدهما ، وإن شاء ترك ؛ وذلك لأن المبيع في يد البائع إذا حدث به عيب لم يبطل به خيار المشتري ؛ لأن ذلك ليس في ضمانه ، وإنما يبطل خيار المشتري بالعيب الحادث في يده ؛ لأنه مضمون عليه ، فلا يملك الفسخ فيه مع العيب ، وهذا لا يوجد في العيب في يد البائع .

فأما الهالك ، فإنما يتعيّن به المبيع إذا كان الخيار للمشتري ؛ لأنه صار معيباً

(١) في أ (المبيع) والمثبت من ج .

(٢) في أ هنا زيادة (جميعاً معاً) وهي ساقطة من ج ، والعبارة تدل على حذفها ، وقد حصل في أسقط

سطين .

قبل الهلاك ، فيتعين فيه البيعُ بالعيب ، والعيبُ في يد البائع لا يعين [المبيع] ^(١) ، فلا يبطل الخيار بالهلاك .

١٣٣٨ - فُصِّلَ : [خيار البائع مثل خيار المشتري]

قال محمد: إذا كان الخيارُ للبائع في أن يلزم المشتري أيهما شاء من الثوبين بعشرة ، فهو مثل خيار المشتري في القياس والاستحسان ؛ وذلك لأنَّ خيار الشرط يجوز شرطه للبائع كما يجوز للمشتري ، وإذا بيّنا جواز اشتراط هذا الخيار للمشتري ، كذلك للبائع .

١٣٣٩ - فُصِّلَ : [انتقال الملكية في خيار البائع]

فإن هلك أحدهما فالمشتري أمين في الهالك ، وللبائع أن يلزمه الباقي ، وإن شاء نقض ، وليس للبائع أن يلزمه الهالك ؛ لأن الخيار صار في الباقي ، وبطل في الهالك ، فكذلك إذا مات أحدهما في يد البائع .

والأصل في هذا: أنَّ خيارَ البائع يمنع من انتقال ملكه ، فإذا هلك أحدُ العبدین تعيّن البيع في الآخر ، ألا ترى أنه لو لم يبطل خيار البائع [نقل الملك] ^(٢) في مبيع هالك ، وهذا لا يصحُّ ، وليس كذلك إذا كان الخيار للمشتري ؛ لأنَّ الملك انتقل ، وإجازة البيع في الهالك ليسَ بنقل للملك فيه ؛ فلذلك تعيّن فيه [البيع] .

١٣٤٠ - فُصِّلَ : [شرط الخيار في أحد العبدین وسمى الثمن جملة]

وقد قالوا فيمن اشترى عبدين وشرط الخيار في أحدهما بعينه ، فإن كان

(١) في أ (البيع) والمثبت من ج .

(٢) في أ (نقد البيع) والمثبت من ج .

سَمِيَ الثمن جملةً واحدةً، فالبيع فاسد؛ لأن العقد لزمه في أحدهما بثمان مجهول، فلا يصح.

وإن سَمِيَ لكل واحد منهما ثمنًا، جاز البيع؛ لأن الثمن معلوم فيلزمه البيع في أحدهما بثمان معلوم، فيصح^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٥٨/٢ وما بعدها.

بَاب | ٣٦ |

خيار الرؤية^(١)

—•••••—

قال أبو الحسن: من اشترى عيناً ولم يرها^(٢)، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآها: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك.

[قال]: والأصل في هذا: أن بيع ما لم يره البائع من الأعيان وشراء ما لم يره المشتري جائز، وللمشتري الخيار إذا رآه.

و[كان] هو قول أبي حنيفة الأوّل: أن للبائع الخيار أيضاً إذا باع ما لم يره، ثم رجع فقال: لا خيار للبائع.

وقال الشافعي: إذا باع ما لا يعرف جنسه، فالبيع لا يجوز قولاً واحداً، وإن باع شيئاً سمّاه، فالبيع جائز في أحد القولين، فكل واحد من المتبايعين بالخيار إذا لم يكن رآه، وفي القول الآخر: لا يجوز^(٣).

لنا: قوله ﷺ: «من اشترى ما لم يره؛ فهو بالخيار إذا رآه»^(٤)، ذكره محمد

(١) خيار الرؤية: «أن يشتري ما لم يره، ويرده بخياره: وهو يعطي خيار ردّ المبيع للمشتري عند الرؤية وإن رضي قبله، وخيار الرؤية للمشتري فقط». انظر: التعريفات (خيار)؛ دستور العلماء ٩٥/٢.

(٢) في ج (عبداً لم يره).

(٣) ورد النص على صحته في القديم، ونص في الجديد على أنه لا يصح، وصحح الأكثرون بطلانه، وهو الأصح، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب. انظر: الأم ص ٤٨٨ (الأفكار الدولية)؛ المجموع ٣١٧/٩.

(٤) «رواه الدارقطني والبيهقي من رواية أبي هريرة، قال الدارقطني: هو باطل»، كما ذكر ابن الملقن =

في المأذون؛ ولأنه عقد فلا يُعتبر في انعقاده رؤية المعقود عليه، كعقد النكاح؛ ولأن أحد العوضين في البيع كالثمن.

وإذا ثبت جواز العقد، (ثبت الخيار للمشتري بالخبر؛ ولأن من قال بجواز العقد، أثبت الخيار)، وقد دللنا على جوازه، فثبت الخيار بالإجماع.

وأما وجه قوله الأوّل في البائع^(١)؛ فلأنه جاهل بصفة المعقود عليه، (كعقد النكاح عليه)^(٢)، فصار كالمشتري؛ ولأن كل معنى أثبت الخيار للمشتري، جاز أن يثبت الخيار للبائع، كالعيب والشرط.

وجهُ قوله الثاني: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة لطلحة بن عبد الله، فقبل لطلحة: قد غُبت، فقال: لي الخيار؛ لأنّي اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان، فقال: لي الخيار؛ لأنّي بعْتُ ما لم أره، فحكما بينهما جُبير بن مطعم، فقاضى بالخيار لطلحة، وهذا بحضرة الصحابة^(٣) من غير خلاف؛ ولأن المشتري إنما ثبت له الخيار لتغير السلعة عمّا يظنها، فلو أثبتنا للبائع الخيار فيها؛ لأثبتنا لزيادتها على ما ظنه، وهذا المعنى لا يُثبت الخيار.

ألا ترى أن من باع عبداً على أنه معيب فظهر صحيحاً، فلا خيار للبائع وإن وجد أكمل مما ظنه، كذلك هذا.

= في خلاصته البدر المنير ٥٢/٢.

(١) ما بين المعقوفين سقطت من ج.

(٢) في ج (البيع).

(٣) «أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص» كما ذكره الزيلعي في نصب الراية ٩/٤؛

وابن حجر في الدراية ١٤٩/٢.

[قال أبو الحسن: والخيار في ذلك غير مؤقت؛ وذلك لأنه يثبت من طريق الحكم كخيار العيب. وقد قالوا: إن هذا الخيار لا يورث؛ لأنه يثبت للارتباء من غير فوات جزء، فهو كخيار الشرط]^(١).

١٣٤١ - فُصِّل: [ما يبطل خيار الرؤية]

قال أبو الحسن: والخيار باقٍ ما لم يحدث ما يبطل خيار رؤيته، والذي يبطل خياره: ما يبطل خيار الشرط، غير أنه ليس له أن يجيز قبل الرؤية، وله أن يفسخ؛ وذلك لما بينا أن هذا الخيار لا يتوقت، ولا يبطله إلا رضا المشتري، أو أن يوجد منه ما يدل على الرضا، أو أن يحدث منه ما يمنع الفسخ، وإنما لم يجز له إسقاط الخيار قبل الرؤية؛ لأنه يُلزَم^(٢) المبيع المجهول الصفة، وذلك ممنوع منه لحق الله تعالى.

وإنما [أجاز]^(٣) له الفسخ؛ لأن الخيار له ثابت فجاز له الفسخ به.

١٣٤٢ - فُصِّل: [التصرف المانع من الفسخ]

قال أبو الحسن: وله أن يفسخ ما لم يتصرف في المبيع تصرفاً [لا يمكن] للمشتري رفعه عن العين، أو يتصرف تصرفاً يوجب لغيره فيه حقاً، مثل الإجارة والرهن؛ فإن ذلك يلزمه البيع.

أما إذا أوجب في العين ما لا يمكن رفعه، مثل العتق والتدبير، فقد تعذر

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب والمثبت من أ.

(٢) في أ (يلتزم).

(٣) في ج (جاز) والمثبت من أ. (ومن هنا بدأت الاستعانة بنسخة ج بدلاً عن ب).

الفسخ ، وذلك يسقط الخيار .

وكذلك إذا علق بالعين حقاً للغير لا يمكن رفعه ، مثل البيع والإجارة والرهن ؛ لأن الفسخ قد تعذر ، ألا ترى أن هذه الحقوق تمنع العاقد من التصرف في الملك ، والفسخ تصرف في الملك [فيمنعه] .

وقد قال مُعلّى عن أبي يوسف: في المشتري إذا أوجب في العين حقاً فانتقض الحق الذي أوجب وعاد إلى ملكه ، لم يعد خيار الرؤية بعد أن بطل ، وهذا مثل أن يبيع فيرد عليه بقضاء أو بفك الرهن ، أو بفسخ الإجارة ؛ وذلك لأن [الخيار]^(١) بطل بعقده فلا يعود إلا بعود مثل سببه ، فأما إذا تصرف تصرفاً لا يوجب فيه حقاً مثل أن يبيع على أنه بالخيار [أو يستام]^(٢) به أو يهبه ولا يقبضه: فإن كان ذلك بعدما رأى بطل خياره ؛ لأنه يدل على الرضا .

وإن كان [ذلك] قبل الرؤية لم يبطل خياره ؛ لأن هذا الفعل ليس بأكثر من أن يصرح^(٣) بإبطال الخيار ، ولو قال: أبطلت خيارى^(٤) قبل أن يرى ، لم يبطل ، [فلأن لا يبطل هاهنا أولى] .

ولو هلك منه شيء في يده ، أو دخله عيبٌ بطل خياره ؛ لأنه لا يملك رده معيباً بعيبٍ لم يكن عند البائع ، فلا يملك رد ما بقي إذا هلك بعضه ؛ لأنه لا يفرق^(٥) الصفقة على البائع في الإتمام ، [وإذا تدرّ الفسخ تمّ البيع] .

(١) في ج (الإجارة) والمثبت من أ .

(٢) في ج (ويساوم) والمثبت من أ .

(٣) في أ (من صريح إبطان) .

(٤) في أ (الخيار) .

(٥) في أ (تفريق) .

وقد قالوا: لو تصرف المشتري تصرفاً ينقص المبيع، وهو لا يعلم بطل خياره، مثل أن يسقيه البائع لبن الشاة، أو يلبسه الثوب وهو لا يعلم، فينتقص بلبسه؛ وذلك لأن هذا نقص حصل بفعله، وهذا [يسقط الخيار]^(١) من طريق الحكم، فالعلم والجهل فيه سواء.

١٣٤٣. فُصِّل: [منع المِلك مع خيار الرؤية]

قال أبو الحسن: وخيار الرؤية لا يمنع من وقوع الملك للبائع، [والمشتري]^(٢)، وهو بمنزلة خيار العيب؛ وذلك لأنه خيار يثبت من طريق الحكم، فلا يمنع الملك بالعقد كخيار العيب؛ ولأنه يثبت لتغير الصفات، وعدم هذه الصفات لا يمنع من وقوع الملك، فالخيار لأجلها لا يمنع.

١٣٤٤. فُصِّل: [متى يكون الخيار للمشتري؟]

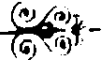
قال أبو الحسن: وإذا كان المبيع عيناً بدينٍ فالخيار للمشتري دون البائع، وإذا كان عيناً بعينٍ، فلكل واحدٍ منهما الخيار فيما يملك، [إذا لم يكن رآه]^(٣)، وإن كان العقد ديناً بدينٍ ولم يملك كل واحدٍ منهما بالعقد إلا ديناً فلا خيار لواحدٍ منهما.

والأصلُ في هذا: أن كل عقدٍ يلحقه الفسخ إذا وقع على ما لم يره، وله في الفسخ فائدة فله الخيار، وإن لم يكن له في الفسخ فائدة فلا خيار له؛ لأنه لا حق في الفسخ مع عدم الفائدة فيه، فإذا باع عيناً بدينٍ فللمشتري الخيار؛ لأنه يستفيد

(١) في ج (سقط للخيار) والمثبت من أ.

(٢) في ج (وهو المشتري) والمثبت من أ.

(٣) في ب (إذا كان لم يره) والمثبت من أ.



بالفسخ فائدة: وهو سقوط الثمن عنه، وليس للبائع في الخيار فائدة؛ لأنه لو رَدَّ الدراهم لم يفسخ العقد، وإنما يرجع بمثلها، فلم يثبت الخيار مع عدم الفائدة.

فأما إذا تبايعا عيناً بعينٍ فلكلٍ واحدٍ منهما في الفسخ فائدة؛ لأن العقد يفسخ برد العين، فجاز أن يثبت الفسخ لفائدته.

وأما إذا تبايعا ديناً بدينٍ فكل واحد منهما من العوضين لا يفسخ العقد برده، وإنما يرجع بمثله، فلم يجز إثبات الخيار فيه مع عدم الفائدة.

١٣٤٥ - فُضِّلَ: [إجازة صاحب الخيار في بعض المبيع]

قال أبو الحسن: وليس لمن له الخيار أن يجيز في بعض المبيع دون بعض، وإنما يجيز في الكل، أو ينقض [الكل]؛ لأننا قد بيَّنا أنَّ خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، فلو رَدَّ المشتري البعض لفرق الصفقة على البائع في الإتمام، وهذا لا يجوز.

وقد قالوا لو كان المشتري اثنين لم يكن لأحدهما أن يردَّ، وقال أبو يوسف يردُّ، وهذا صحيح على ما قلنا أنَّ في ردِّ البعض تفريق الصفقة في الإتمام [فلا يجوز].

وأبو يوسف بنى على أصله: أن المشتري إذا كان اثنين فلا أحدهما فسخ العقد في نصيبه عند وجود سبب الفسخ، كما قال في المشتري إذا كانا اثنين فوجدا بالمبيع عيباً، أن لأحدهما ردَّ نصيبه دون الآخر، كذلك هذا].



١٣٤٦ - فَصْل: [إجازة المشتري في البعض أثناء الخيار]

قال أبو الحسن: فإن [أجاز] ^(١) المشتري في البعض لم يجز، والخيار على حاله، روي ذلك عن أبي يوسف ومحمد؛ لأنه إذا أجاز في البعض لم يكن إجازة ^(٢) في الكل؛ لأن ذلك يؤدي إلى لزوم ^(٣) بقية المبيع وهو لم يرض به، ولا يكون إجازة فيما أجاز العقد فيه؛ لأنه لا يملك رد ما بقي، فلم يبق إلا أن [لا] يتعلق بإجازته حكم.

١٣٤٧ - فَصْل: [في العرض على البيع]

فإن عرض بعضه على بيع لم يكن إجازة عند أبي يوسف، وقال محمد: يبطل خياره.

وجه قول أبي يوسف: أن العرض على البيع يُستدل به على الرضا، ولو صرح بالرضا في البعض لم يبطل خياره، فإذا وُجد ما يدل على الرضا أولى.

وجه قول محمد: أن العرض يبطل الخيار من طريق الحكم، فإذا وُجد في بعض المعقود عليه، أبطل الخيار في الكل كالعيب.

١٣٤٨ - فَصْل: [إجازة مالك الخيار مع غياب الآخر]

قال أبو الحسن: ويجوز إجازة من له خيار الرؤية بغير محضر من الآخر، ولا يجوز نقضه في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز نقضه، وهذا

(١) في ب (اختار) والمثبت من أ.

(٢) في أ (في ذلك).

(٣) في أ (نقض).

الخلاف على ما بينا في الفسخ بخيار الشرط .

١٣٤٩ - فُضِّلَ : [قبض من له الخيار بعد الرؤية]

وإن قبض من له خيار الرؤية بعد أن رأى المبيع ، بطل خياره ؛ وذلك لأنَّ القبض يدل على الرضا .

ألا ترى أن من يريد الفسخ لا يقبض ، ومن فعل ما يدل على الرضا بعد الرؤية ؛ بطل خياره .

١٣٥٠ - فُضِّلَ : [الوكيل بالقبض قائم مقام الموكل]

قال : فإن وَكَّلَ بالقبض وكيلاً فكذلك عند أبي حنيفة ، وهو على خياره عند أبي يوسف ومحمد ، وإن أرسل رسولاً بالقبضِ [فقبض] ، فهو على خياره في قولهم .

أما إذا وَكَّلَ المشتري رجلاً بالقبض ، فقبض المبيع بعدما رآه ، قامت رؤيته عند أبي حنيفة مقام رؤية المشتري ، وبطل خيار الرؤية .

وجه قول أبي حنيفة : أنه موكَّل بالقبض ، ومن وَكَّلَ بشيءٍ وَكَّلَ بإتمامه ، والرؤية من تمام القبض ، ألا ترى أنه لو قبض ما لم يره ، جاز له فسخ العقد من غير قضاء ولا رضا ، ولو قبض أحد المبيعين بعدما رآه ثم رأى الآخر في يد البائع ، كان له رد ما قبضه ، وإذا كانت الرؤية إتماماً للقبض كان موكلاً بها ، ولا يلزم (على هذا) ^(١) إذا وكله بالقبض ، وهناك خيار عيب أو شرط ؛ لأن خيار

(١) ساقطة من أ .

الشرط على هذا الخلاف ؛ لأن شموله^(١) من تمام القبض ، وأما خيار العيب فلا يمنع ثبوته من تمام القبض ، ألا ترى أن المشتري بعد القبض لا يملك الفسخ إلا بقضاء ، أو رضا .

وعلى أن من أصحابنا من التزم خيار العيب ، وقال هو على الخلاف .

فإن قيل : الوكيل بعقد الكتابة لا يملك قبض مال الكتابة ، وفي قبضه إتمام العقد الذي وُكِّلَ به ، قلنا العقد تامٌّ عندنا وإن لم يقبض المال ؛ لأنه ليس لواحد من المتبايعين^(٢) الفسخ إلا برضا الآخر ، أو بعجز المكاتب فيكون الفسخ إلى الحاكم إن لم يتراضيا به ، ولا يلزم الرسول بالقبض ؛ لأننا قلنا : الوكيل بالشيء وكيلٌ بإتمامه ، فالرسول بالشيء ليس برسول في إتمامه .

ألا ترى أن الوكيل بالبيع وكيلٌ بالتسليم ؛ لما فيه من تمام العقد ، والوكيل بالشراء وكيل بالقبض لما فيه من تمام العقد ، والرسول بالبيع لا يملك القبض والتقبض .

وكان أبو بكر الرازي : يحتج بأن خيار الرؤية من حقوق القبض ، بدلالة أنه يثبت لتغير الصفات ، والصفات لا [حصّة]^(٣) لها بالعقد [إلا]^(٤) بالقبض ، وإذا كانت من حقوق القبض فمن وكل بشيء وكل بحقوقه .

فإن قيل : لو كان الخيار من حقوق القبض ما جاز الفسخ قبل القبض .

(١) في أ (سقوطه) .

(٢) في أ (المتعاقدين) .

(٣) في ج (حققة) والمثبت من أ .

(٤) في ج (لا) والمثبت من أ .

قلنا: إنما^(١) جوز الفسخ لعدم لزوم العقد للمشتري بجهالة^(٢) الصفة لا بخيار الرؤية.

ألا ترى أن من ملك الفسخ بالخيار ملك الإجازة به، وكان غيره من أصحابنا يقول: إن الخيار ثبت عند الرؤية بالعقد المتقدم، والرؤية في الغالب توجد مع القبض، وإذا وكله بالقبض فقد وكله (بها فقام مقامه فيها، ومن أصحابنا من احتج: أن الوكيل بالقبض وكيل)^(٣) بالتمليك؛ بدلالة أنه يملك المشتري التصرف، فهو كالوكيل بالشراء الذي يملكه [الغير]^(٤).

فإذا كانت رؤية أحدهما تسقط الخيار كذلك الآخر، ومن [سَلَكَ]^(٥) هذه الطريقة فلا بُدَّ له من [التزام]^(٦) خيار العيب.

وجه قولهما: أنه وكله بالقبض، ولم يجعل له غيره، والوكيل بالقبض لا يملك إسقاط الحقوق كالوكيل [بقبض الوديعة والدين]^(٧) إذا أراد أن [يهب]^(٨). والله أعلم بالصواب وإليه المآب^(٩).



-
- (١) في أ (الفسخ إنما جاز).
 - (٢) في أ (لجهالة الخيار) بدل الباب.
 - (٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
 - (٤) في أ (العين) والمثبت من ج.
 - (٥) في ج (ملك) والمثبت من أ.
 - (٦) في ج (إلزام) والمثبت من أ.
 - (٧) في ج (بالوديعة وقبض الدين) والمثبت من أ.
 - (٨) في أ (يقبض) والمثبت من ج.
 - (٩) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٩٣/٣؛ مختصر القدوري، ص ١٧٣ وما بعدها.

بَابُ

ما يكون رؤية بعضه كرؤية كله في إبطال [خيار الرؤية]^(١)



قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل من الرجل المكييل أو الموزون صُبْرَةً، أو في وعاءٍ واحد، فنظر إلى بعضه ثم اشتراه، فليس له خيار الرؤية، وكذلك إذا كان في أوعية وهو من صنف واحد غير مختلف؛ وذلك لأن رؤية بعض الطعام يعرف بها جميعه.

والمقصود بالرؤية: معرفة الصفة، فإذا وقف على [الصفة]^(٢) برؤية البعض فكأنه رأى الجميع.

قال: وإن كان مختلفاً فالخيار له ما لم ير الكُلَّ، [مثل]^(٣) العبيد والدواب والثياب.

وما يباع عدداً مثل الجوز والبيض، لا يبطل خيار الرؤية أن^(٤) ينظر إلى بعضه دون بعض، حتى ينظر إلى جميعه، (روى ما حكيناه في الجوز والبيض ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة)^(٥).

(١) في ج (الخيار) والمثبت من أ.

(٢) في ج (الكل) والمثبت من أ.

(٣) في ج (و) والمثبت من أ.

(٤) في أ (إن نظر).

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

أما الطعام المختلف فرؤية أحد الأوعية لا يستدل بها على صفة بقيته، وكذلك العبيد والدواب إذا رأى واحداً منها لا يقف على صفة بقيتها، وكذلك الجوز والبيض؛ لأنه يختلف بالصغر والكبر، فإذا رأى بعضه فلم يدل ذلك على صفة بقيته [فلم يسقط خياره .

وإن كانت أمةً أو عبداً فنظر إلى الوجه [فلا خيار له ، وإن نظر إلى غير الوجه من الجسد وهي منتقبة ، فله الخيار ؛ لأن المقصود من الآدمي الوجه ، وهو مما يستغنى به عن بقية الصفات ، ولا يستغنى بصفات البدن عنه ، فوقف الخيار على النظر إليه .

قال: وإن كان ثوباً أو ثياباً، فنظر إلى ظاهرها مطويةً، فلا خيار له، وهذا إذا نظر إلى ظاهر كل ثوب؛ لأن ظاهر الثوب يُستدل به على باطنه، فهو كوجه الجارية .

وكذلك الدار وسائر العقار إذا رأى ظاهره فلا خيار له، وقال زفر: لا بد من رؤية داخل الدار .

وكان أصحابنا يقولون: إنما أجابوا في الدور على عادة الكوفة في زمن أبي حنيفة؛ لأنها كانت لا تختلف إلا بالكبر والصغر وعلو البناء، فأما في داخلها فكانت على تقطيع واحد، فإذا رآها من ظاهرها، يستدل بذلك على باطنها، فأما الآن فصفت الدور تختلف وتتباين، فلا يُعرف ذلك برؤية ظاهرها، فالأمر فيها على ما قاله زفر .

فأما الدابة، فإن أبا يوسف قال: لا يكون النظر إلى وجه الدابة مبطلاً لخيار

الرؤية ، حتى ينظر إلى كفلها ، وروى ابن سماعة عنه: إذا رأى ما بقي ، قال معلى عنه: في النظر إلى الدواب ، قال: يسأل النخاسين ، فإن قالوا: يحتاج مع النظر إلى الكفل والوجه إلى النظر إلى مؤخرها ، لنقصان يكون في المؤخر من غير عيب ، فله الخيار إذا لم ينظر إلى مؤخرها ومقدمها .

وقال ابن رستم وعمرو عن محمد: إذا نظر إلى وجه الدابة أو جسدها فليس له خيار الرؤية .

أما على الرواية التي اعتبر فيها أبو يوسف الوجه والكفل ؛ فلأن كل واحد منهما مقصودٌ بالعقد ، فاعتبر الوقوف على صفته .

والرواية التي اعتبر الكفل ، قال: لأنه ينظر إلى أكثرها ، فيقوم ذلك مقام الكل .

والرواية الثالثة: يرجع فيها إلى النخاسين ؛ ليعلم منهم ما يوقف به على صفة الدواب .

وأما محمد فقال: إن وجه الدابة وكفلها ، كل واحد منهما يُستدل به على صفتها ، فصار كوجه الأدمية .

قال أبو يوسف: وكذلك الشاة إذا نظر إلى وجهها ؛ لأن الشاة تختلف باختلاف أطرافها وضرعها ، ولا يُستدل بذلك على وجهها .

قال أبو يوسف: وإن كانت شاة لحم ، فلا بد من الجسّ حتى يُعرف الهزال من السمن ، فإن رأى ذلك من بعيد ولم يجسّ ، فله الخيار ؛ وذلك لأن شاة اللحم المقصود منها السمن ، وذلك يخفى بصوفها ، ويُعرف بجسها ، فلذلك اعتبر الجسّ في سقوط الخيار .

بَاب

الخيار فيما اشترى وهو مغيب في الأرض



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا اشترى شيئاً مُغَيَّباً في الأرض ، مثل الجَزَرِ ، والبصل ، والثوم ، وبصل الزعفران ، وما أشبه ذلك ، [1/120] فله الخيار إذا رأى جميعه ، ولا يكون رؤية بعضه مبطلاً لخياره ، فإن رضي بذلك البعض ، فخياره باقٍ إلى أن يرى جميعه .

حكى ما اختصرنا منه هذا: بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة .

وقد روى عمرو عن محمد قال: قال أبو حنيفة: المشتري بالخيار إذا قلع قَلَّتْ أو كَثُرَتْ؟ قلت له: فإن قلع البعض؟ قال: لم يزد أبو حنيفة على ما قلت لك ، فأما في قول أبي يوسف وقولي: إذا قلع شيئاً يستدل به على ما بقي في سمنه وعظمه ، فرضي المشتري ، فإنه لازم له ، وكذلك روى هشام وابن رستم عن قول محمد نفسه .

وقال بشر عن أبي يوسف في مسألة تاريخها سنة إحدى وثمانين ومائة ، قال: إذا قلع البائع أو المشتري بإذن البائع ، ما له قدر من الكيل أو الوزن ، فرضيه ، فليس له أن يرد ما بقي ، وإن قلع ما ليس له قدر من الكيل أو الوزن يُعرف به ، لم يسقط خياره .

وإن كان الذي اشترى ما لا يكال ولا يوزن ، فإن كان البائع قلعه وهو مما



له ثمن ، فهو بالخيار: إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك .

وجه قول أبي حنيفة: أن بعض هذه الأشياء لا يدل على بقيتها ؛ لأنها تختلف بالكبر والصغر والجودة ، فلم يسقط الخيار برؤية البعض ، كالثياب والدواب .

وجه قولهما: على رواية محمد: أن البعض يستدل به على الجميع ، فهو كالصبرة .

وجه الرواية الأخيرة عن أبي يوسف: أن المقلوع إذا كان له قدر من الكيل أو الوزن ، أو الثمن ، فهو مقصود ، فالرضا به يسقط الخيار .

وإن لم يكن له قدر لم يعتد به ؛ لأنه غير مقصود فبقي على خياره ، وإنما اعتبر قلع البائع أو قلع المشتري بإذنه ؛ لأن المشتري إذا قلع بغير إذن البائع ، فالقلع نقص في المقلوع ، والنقص إذا حصل في بعض المعقود عليه ، أسقط الخيار في الباقي .

وقد قال أبو يوسف: إذا باع جزراً ، أو فُجلاً ، فاختلف البائع والمشتري في قَلعه ، فقال المشتري: أخاف إن قلعته لا يصلح لي ، ولا أقدر على رده ، وقال البائع: أخاف إن أقلعه فلا ترضاه فيهلك عليّ ، فمن تطوع منهما بالقلع جاز ، وإن لم يتطوع فسخ العقد بينهما ؛ لأن المشتري لا يجبر على القلع ، فيسقط بذلك خياره ، والبائع لا يجبر على القلع ؛ لأنه تصرف في المبيع بعدما زال ملكه عنه ، والفسخ جائز لعدم الرؤية ، فيقطع القاضي الخصومة بالفسخ^(١) .



(١) انظر: الأصل ٤٧٣/٢ .

بَاب شراء الأعمى



قال أبو الحسن: وإذا اشترى الأعمى، فله الخيار فيما اشتراه.

والأصل في هذا: أن بيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى^(١).

وقال الشافعي: إذا وُلد أعمى فبيعه جائز وشراؤه باطل، ومن عمي بعد الصحة، فشراؤه لما كان رأه جائز^(٢).

والأصل في ذلك: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لجَبَّان بن منقذ: «إذا بعت فقل: لا خِلاَبة، ولي الخيار ثلاثاً»^(٣)، قال عمر وكان ضريراً، ذكر ذلك الدارقطني؛ ولأن من جاز له التوكيل في البيع والشراء، جاز له الشراء كالبصير، والتعليل للأكمه حتى لا يقولوا بموجب العلة فيما رأه قبل العمى.

(١) انظر: الأصل ٤٧٥/٢؛ مختصر الطحاوي ص ٨٣.

(٢) في بيع الأعمى وجهان: أحدهما: يصح، «والثاني: لا يصح؛ لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية، وذلك لا يوجد في حق الأعمى، ولا يمكنه أن يوكل في الخيار». النهاية ٣/٣٧، والوجه الثاني هو الأصح، كما قال النووي: «والمذهب: بطلان بيع الأعمى وشراؤه». المجموع ٩/٣٣٢. انظر: المزني ص ٨٨.

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٧٧) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٥٣٣)، كلاهما بدون (ولي الخيار ثلاثاً)؛ ونص الحديث (مع الزيادة) أخرجه الحاكم في مستدركه وسكت عنه؛ «وأخرجه الشافعي والبيهقي وابن ماجه والطبراني في الأوسط والكبير» كما ذكر ابن حجر في الدراية، ٢/١٤٨.

وإذا ثبت جواز البيع ، قال أبو الحسن: وجسّه وتقليبه بمنزلة النظر الصحيح ، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد فيما يُذاق أو يُشم ؛ لأنه إذا ذاق أو شمّ ، فهو بمنزلة رؤية الصحيح يرى ، وما لم يقدر على شيء مما ذكرنا فيه ، فله الخيار حتى يُوصف له ، فإذا وصف له فرضيه ، جاز عليه .

قال: وجملة هذا: أن الخيار ثابت للأعمى للجهل بصفات المبيع ، والكلام فيما يسقط به خياره: فقد ذكر في الجامع الصغير: في الأعمى يشتري الشيء ، قال: فنظره جسّه فيما يُجسّ (١) .

وقال هشام عن محمد: في الثياب يبطل خياره فيها بالجسّ والصفة والأدهان بالشم ، والسمن على الصفة والذوق ، وكل شيء يذاق فهو على الذوق والصفة ، والحنطة باللمس والصفة .

قال: وإن كان الشيء جسّه بمنزلة صفته ، فجسّه ثم اشتراه ، فلا خيار له ، فأما الثوب ، فلا بد من صفته: طوله وعرضه ووقعته .

وما لا يمكن فيه ذلك كالتمرة على رؤوس النخل ، فالصحيح: هو أن يعتبر الصفة ، وكان أصحابنا يقولون: وكذلك العقار .

وقد روى بشر وابن سماعة في الدار قال: يلمس الحائط والتراب ، ولمسه بمنزلة النظر .

وروي عن أبي يوسف أنه قال فيما لا يمكن فيه شيء من ذلك: إذا وقف

(١) الجامع الصغير ١/٣٤٢ (عالم الكتب). وقال نحوه في الأصل: «والأعمى في كل ما اشترى ، إذا لم يُقلّب ولم يُجسّ بالخيار ، فإذا قلّب أو جسّ ، فهو بمنزلة النظر من الصحيح...» . ٤٧٥/٢ .

بحيث لو وقف البصير لرأى، سقط خياره.

وهذه الروايات لا تختلف في المعنى؛ لأن الخيار يسقط بوقوف المشتري على صفة المبيع، فما قدر الأعمى على معرفة صفته بنفسه، اعتبر ذلك باختياره، وما لا يقف عليه بالجس حتى يضم إليه الصفة، اعتبر الأمران؛ لأن الجس يقدر عليه، وهو مما يعرف به لين المبيع، والصفة يعرف بها لين الثوب، فلا بد منها، وما لا يقدر على معرفة شيء من أوصافه بنفسه، اعتبر فيه الصفة.

وما قاله أبو يوسف في الوقوف بقرب الشيء، بعيداً؛ لأنه لا يستفيد به فائدة، ووجهه: أنه أقصى ما يقدر عليه، فصار كنظر البصير الذي لا خبرة له بالمبيعات.

وقد قالوا: لو اشترى الأعمى ما وصف له، ثم أبصر، فلا خيار له؛ لأن العقد وقع على حالة غير موجبة للخيار، فلا يوجبه في الثاني.

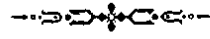
فإن اشترى البصير ما لم يره، ثم عمي، انتقل إلى الصفة؛ لأنه لا يقدر إلا عليها، ولو اشترى البصير ما وصف له، لم يسقط خياره؛ لأنه يقدر على النظر، والصفة قائمة مقام الرؤية عند العجز، فلا يقوم مقامه عند القدرة^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٩٢/٣؛ القدوري ص ١٧٣.



بَابُ الاختلاف في خيار الرؤية



قال أبو الحسن: إذا اختلف البائع والمشتري، فقال البائع: بعتك ما رأيت، وقال المشتري: لم أره، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ وذلك لأن البائع يدعي الرؤية، وهو معنى حادث، فلا يُقبل قوله في حدوثها إلا بيّنة، ويُستحلف المشتري؛ لأن البائع يدعي عليه سقوط الفسخ، وذلك مما يصحّ بذله، فيُستحلف فيه.

قال أبو الحسن: فإن اختلفا بعد ذلك في المبيع، فقال البائع: ليس هذا ما بعتك، وقال المشتري: هو ما بعّتي، فالقول قول المشتري.

والأصل في هذا: أن كل موضع يفسخُ العقد فيه بقول المشتري وحده، فالقول قوله في المبيع مع اليمين، وكل موضع لا يفسخ العقد بقوله إلا برضا البائع أو حكم الحاكم، فالقول قول البائع في المبيع، مثل الرد بالعيب.

أما الفصل الأول: فهو الرّدّ بخيار الرؤية والشرط؛ وذلك لأن البيع يفسخ بقول المشتري: فسختُ، ويعود المبيع إلى ملك البائع، فالاختلاف فيه اختلاف فيما استحقه البائع على المشتري، فالقول فيه قول المشتري، كالغصب والوديعة.

وأما الفصل الثاني: فلأن العقد لا يفسخ بقول المشتري، وإنما يدعي ثبوت الفسخ فيه، والبائع إذا جحد أن يكون باعه تلك العين، نفى حق الفسخ، ومن يدعي ثبوت الفسخ لا يقبل قوله، ورجع إلى قول النافي له، كما لو ادّعى عليه الإقالة، فأنكر.

بَابُ العيوب التي توجب الرد



[١٢٠/ب] قال أبو الحسن: وكل ما نقص القيمة بكونه فيما بيع أو في معناه، فهو عيب يُردُّ به إذا لم يعلم المشتري، أو تبرأ منه البائع، وقد يكون ذلك في نفس المبيع، كالعور والشَّلَل، والخرق في الثياب، والهشم في الأواني، والعقار إذا كان فيه شيء وإه، والأرض المزروعة^(١) إذا كان فيها شيء يفسد^(٢) الزرع مثل السَّبَخ^(٣)، وأما ما يكون في المعنى فكالسَّرَق، والإباق.

قال: وجملة هذا أن إطلاق العقد يقتضي صحة المعقود عليه، بدلالة أن النبي ﷺ اشترى مملوكاً، وكتب في عهده: (هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هودة اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة، ولا خبيثة، بيع المسلم للمسلم)^(٤).

وهذا يدل أن عقود المسلمين تقتضي صحة المعقود عليه، فإذا وجد بالمبيع عيباً لم يعلم به، ولم يتبرأ [منه] البائع، فقد خالف صفة المعقود^(٥) عليه [ما]^(٦)

(١) إلى هنا سقطت من ج والمثبت من أ.

(٢) في أ (يفسخ).

(٣) في أ زيادة (والنتر).

(٤) أورده الشوكاني في نيل الأوطار بكامله، وقال: «رواه ابن ماجه والترمذي»، ٣٢٥/٥؛ وأورده ابن حجر في فتح الباري وقال: «سنده حسن، وله طرق إلى العداء...»، ٣٥٠/١٢.

(٥) في أ (صفة المبيع).

(٦) في ج (قال) والمثبت من أ.

اقتضاه العقد ، فثبت للمشتري الخيار ، وأما إذا رآه عند الشراء فقد رضي بنقصان
الصفة ، فلا يثبت له خيار ، وكذلك إذا [تبرأ]^(١) البائع منه فقد استثناه من العقد ،
وأزال إطلاقه ، فيسقط بذلك الخيار^(٢) .



(١) في ب (اشترى) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٤٨٨/٢ ، ٤٨٩ .

بَابُ الْعِيُوبِ



قال أبو الحسن: إذا اشترى الرجل معيباً فوجد [بما اشترى] ^(١) عيباً، أو وجد ذلك في بعضه كائناً [ما] كان معدوداً أو موزوناً، أو مكيلاً، أو شيئاً واحداً، وذلك قبل ^(٢) القبض، أو بعد قبض بعضه، فهو بالخيار: إن شاء أَخَذَ الكُلَّ، وإن شاء رَدَّ الكُلَّ، وليس له أن يأخذ الصحيح ويرد المعيب، إلا أن يرضى البائع بذلك ^(٣).

والأصل في هذا: ما بيَّنَّا أن المشتري لا يملك تفريق الصفقة على البائع في الإتمام، وبيَّنَّا أن عدم القبض يمنع تمام الصفقة، فلو رَدَّ المشتري البعض فرق الصفقة على البائع في الإتمام، وهذا لا يصح، وكذلك إذا قبض البعض؛ لأن الصفقة لم تتم لعدم القبض في بعضها.

ألا ترى أن ما لم يقبض لو هلك، هلك على ملك البائع، فلا يجوز فيه تفريق الصفقة. وأما إذا رضي البائع بذلك جاز؛ لأننا منعنا التفريق لحقه فإذا أسقط حقه جاز، وأما إذا كان ذلك بعد القبض، فوجد العيب ببعض المبيع فهو على وجهين:

إن كان في تفريقه عيب لم يملك رد بعضه دون بعض، كزوجي خُفٍّ،

(١) في ج (به) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بعد).

(٣) انظر: الأصل ٤٩٢/٢.

ومصراعِي بابٍ ؛ لأن انفراد أحدهما عن الآخر عيب ، فلو رد المعيب لردّه بعيب لم يكن في ملك البائع وهذا لا يصح ، وأما إذا لم يكن في تفريقه عيب ، كالعبدین والثوبين فله أن يمسك الصحيح ، ويرد المعيب ، وقال زفر: يردهما ، وهو قول الشافعي .

لنا: أن العقد وقع عليهما وتم بالقبض ، وسبب الخيار وجد في أحدهما ، فصار كمن اشترى عبدين ، بَتَّ العقد في أحدهما وشرط الخيار في الآخر ؛ ولأن الصفقة تمت بالقبض ، فجاز للمشتري ردّ بعضهما بالعيب ، كما لو كان البائع اثنين فرد نصيب أحدهما .

وجه قول زفر: أن الإنسان [قد] يبيع الشيئين رغبة في بيع أحدهما ، فلو رد أحدهما عليه للحقه بذلك ضرر ، (وهذا لا يصح)^(١) [فصار] كما لو [ردّ]^(٢) قبل القبض .

١٣٥١ - فَصَّلْ: [مسك المشتري المبيع وأخذ الأرش]

فإن قال المشتري: أنا أمسك المبيع وأخذ الأرش ، فليس له ذلك إلا برضا البائع ؛ لأن البائع لم يرضَ أن يستحق عليه المبيع إلا بجملة من الثمن ، فلا يجوز أن يستحق عليه [تبعيضا]^(٣) إلا برضاه ، وعلى هذا قالوا في استحقاق أحد العبدین ، إن كان قبل القبض كان للمشتري ردّ الآخر ليفرق الصفقة عليه ، وإن كان بعد القبض لم يكن له ردّه ؛ لأن الصفقة تمت بالقبض ، وسبب الفسخ

(١) ساقطة من أ .

(٢) في ج (كان) والمثبت من أ .

(٣) في ج (ببعيضا) والمثبت من أ .

وجد في البعض .

١٣٥٢ . فُصِّلَ : [رَدُّ بَعْضِ الْمُشْتَرَى إِذَا وَجَدَ الْجَمِيعَ مَعِيْبًا]

قال أبو الحسن: وإذا أصاب المشتري جميع ما اشترى معيباً، فأراد رد بعضه وأخذ بعضه فله ذلك، إذا كان المردود مما لو كان العيب به وحده فله رده؛ وذلك لأنه إذا رضي ببعض المعقود عليه سقط الفسخ فيه، فصار كما لو كان صحيحاً لا عيب فيه، فيرد الباقي [خاصة].

١٣٥٣ . فُصِّلَ : [عِلْمُ الْمُشْتَرَى بِالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ]

وإذا وجد ببعض ما اشترى عيباً قبل القبض، فقبض المعيب وهو يعلم بالعيب، فهو رضاً ويلزمه؛ وذلك لأن القبض يدل على الرضا. ألا ترى أن من يختار الفسخ لا يقبض، ومن كان له الخيار، ففعل ما يدل على إسقاط خياره سقط.

فإن قبض الصحيح من العبدین أو كانا معيين، فقبض أحدهما، قال أبو يوسف: ليس ذلك برضاً؛ لأن قبض بعض المبيع لا تتم الصفقة به، فلو أسقطنا خياره فيهما أسقطناه في الآخر ولم يرض به، ولو أسقطنا خياره في المقبوض دون الآخر، فرّقنا الصفقة، وهذا لا يصح^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٩٠/٢ وما بعدها.

بَابُ مَعْرِفَةِ الْعُيُوبِ

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب أن كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، وما [لا] يوجب نقصان الثمن في عاداتهم فليس بعيب؛ لأن المبيع يبتاع للربح والزيادة، فالمرجع فيما يزيد [فيه]^(١) أو ينقص إلى العادة، والعيوب على ضربين: عيوب مشاهدة لنقص ظاهر أو باطن، وعيوب في المعنى.

فأما العيوب في الخَلْقَة: فكالعمى، والعور، والشلل، والحول، والحوص: وهو اتساع إحدى العينين، والسَّبل: هو زيادة في الأجنان، والصَّمَم، والطرش، والخرس، والإصبع الزيادة والناقصة، والقروح، والشَّجاج، وأثر الجراح والأمراض كلها، والأدواء التي تكون في سائر الأبدان والحميات، والأدر عيب: وهو انتفاخ الأنثيين، والعشا عيب: وهو الذي لا يبصر بالليل، والعمش عيب، والسِّن السوداء والساقطة، والظُّفر الأسود، والقرن عيب: وهو عظم في الفرج يمنع الوطء، والعقل عيب: [وهو لحم نابت في الفرج، والبرص والجذام عيب، والفتق عيب والسَّلعة^(٢) والكبي والقدع]: وهو اعوجاج في القدم، والفحج عيب: وهو تباعد ما بين الساقين، والحنف

(١) في ج (به) والمثبت من أ.

(٢) «السَّلعة: الضَّوأة، وهي زيادة تحدث في الجسد كالغدة». الصحاح (سلع).

والسَّلعة: بالفتح: الشَّجة». الصحاح (سلع).

عيب: وهو انقلاب القدم^(١)، [والشَّدَقُ]^(٢) عيب: وهو اتساع في الفم فاحش، والعزل عيب: وهو اعوجاج ذنب الدابة، والمَمَشَش [عيب]، والدَّخَس، والحَرَن، والزوائد، والجَرَد، والجَمَح، وبَلَّ المخلاة، وخلع الرَّسَن، والانتشار في العين، والستر وهو انقلاب الجفن، [والظُّفْرُ]^(٣) وهو البياض الذي ينبت في العين، والشعر في جفون العين عيب، والجَرَب بالعين وغيرها من البدن عيب، والسُّعَال القديم عيب، والاستحاضة في الجارية عيب؛ لأنها داء يعرض، وارتفاع الحيض عيب؛ لأنها لا تلد، والتخيث في الغلام عيب، والشَّمَط في الشعر.

قال بشر عن أبي يوسف: الشمط في الغلام والجارية عيب، والثؤلول والخال ما فحش منه فهو عيب، (وما لم يفحش فليس بعيب، والصُّهُوبَة في الشعر عيب)^(٤)، وهذا كله على ما قدمنا؛ لأن هذه [العيوب كلها] تنقص الثمن في العادة، والبخر عيب في الجارية وليس بعيب في الغلام إلا من داء؛ لأن الجارية تراد للاستفراش، والغلام للاستخدام، والبخر لا يؤثر في الاستخدام، والدَّفَر في الجارية عيب، وفي الغلام ليس بعيب، إلا أن يكون فاحشاً ينقص الثمن؛ لأن الدفر تنن في البدن، والغلام يراد للاستخدام، وذلك لا يؤثر في الخدمة، إلا أن يكون فاحشاً فيمنع من القرب إلى المولى، والحبل في الجارية عيب؛ وذلك لأنه يمنع [من] الوطاء ويوجب نقصان الثمن في العادة، فأما الحبل

(١) وفي المعجم الوجيز: «حَنَفَ الرجل: اعوجت قدمه بسبب التواء في رُسغ القدم» (حنف).

(٢) في ب (السدف) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الضفر) والمثبت من ج.

الظُّفْرُ: جليلة تُعْشِي العين، كما في القاموس؛ وقال في اللسان: الظفر: لحم ينبت في بياض العين، وربما جلل الحدقة. (ظفر).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

في سائر البهائم فهو زيادة وليس بعيب ، والثيوبة ليست بعيب ؛ لأنها غالب حال الجوارى إلا أن يشتريها على أنها بكر ؛ لأنها ناقصة عما شرط ، فإن كانت الجارية [غير] مختونة والغلام غير مختون وهما [جليبان] فإن ذلك ليس بعيب ؛ لأن الكفار لا يختنون ، وإن كانا مؤلدين صغيرين فليس بعيب ؛ لأن مدة الختان لم تفت ، وإن كانا كبيرين فهو عيب ؛ لأن المولد لا يؤخر ختانه ، وفي الختان بعد الكبر صعوبة وزيادة ألم ، ولو اشترى مصحفاً فوجد في حروفه سقطاً أو في نقطه فهو عيب ؛ لأن هذا يوجب نقصان الثمن ، والزنا في الجارية عيب ؛ لأنها تراد للاستيلاء وذلك عيب ، والزنا في الغلام ليس بعيب وإنما هو عيب في الدين ؛ لأن الغلام يراد للخدمة والزنا لا يؤثر في الخدمة ، إلا أن يكون مداوماً للزنا حتى ينقطع [به عن] ^(١) خدمة المولى فهذا عيب ، وإذا كانت الجارية ولد زنا فهو عيب ؛ لأنها تستولد فيعاب ولدها لذلك ، وليس هذا بعيب في الغلام ؛ لأنه يراد للاستخدام .

وأما العيوب في المعنى: فبول الصبي في الفراش والسرقة والإباق .

وقد قال أبو حنيفة: إن السرقة والبول إذا كان في الصغير قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ، فليس بعيب ؛ لأنه لا يعقل الامتناع عن هذه الأشياء ، فإذا أكل وحده وشرب وحده فالبول والسرقة والإباق عيب فيه مادام صغيراً ؛ لأنه لا يقدر على الامتناع من ذلك ، فإذا بلغ لم يكن ما سبق عيباً بعد البلوغ ؛ لأن هذه الأفعال من أخلاق الصبيان ، والظاهر أن خلق الصبيان ينتقل عنه بعد البلوغ ، فإذا عاد إلى ذلك بعد البلوغ فهو عيب أبداً ؛ لأننا علمنا أنه لم يفعل ذلك بخلق الصغر ،

(١) في ج (من) والمثبت من أ .

وإنما هو لطبعه .

وقد قالوا في الجنون في الصغر: إنه عيب أبداً؛ لأن الجنون نقصان في الخلقة ، وذلك لأنه يختلف بالصغر والكبر .

وإذا وجد المملوك على غير الإسلام فهو عيب ؛ لأن الكفر نقص قال الله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ كُفْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢١] .

ولو اشترى النصراني عبداً على أنه نصراني فوجده مسلماً فليس بعيب ؛ لأن الإسلام زيادة فيه ، وإنما شرط بائه أنه نصراني على وجه التبرؤ من العيب ، وإذا لم يوجد العيب لم يثبت [له] الخيار ، والزوج للأمة والزوجة للعبد عيب ؛ وذلك لأن الأمة المتزوجة لا يتوصل المولى إلى وطئها ولا إلى تحصيل [غرض] ^(١) استباحتها ، فصار ذلك كاستحقاق شيء منها .

فأما العبد المزوج فتستحق رقبته بالمهر والنفقة ، فإن كانت الجارية معتدة من طلاق رجعي فهو عيب ؛ لأنها في حبال الزوج ، وإن كانت من طلاق بائن فليس بعيب ؛ لأنه لا سبيل للزوج عليها إلا برضا المشتري ، فالتحريم فيها عارض [كتحريم الحيض] ، [والإحرام في الجارية] ^(٢) ليس بعيب ؛ لأن المشتري يحللها عندنا إن شاء ، وإن كانت الجارية محرمة الوطاء على المشتري برضاع أو صهر فليس بعيب ؛ لأنه يقدر على استيفاء استباحتها بالتزويج وأخذ العوض ، فتحريمها عليه لا يعد عيباً ؛ ولأنا بينا: أن العيب ما يوجب نقصان الثمن عند التجار ، وتحريم الجارية على واحد من الناس لا ينقص ثمنها ، وإذا كان على

(١) في ب (عوض) والمثبت من أ .

(٢) في ج (والمحرمة) والمثبت من أ .

العبد دَيْنٌ أو في رقبتة جناية فهو عيب؛ لأنه يجب بيعه في الدَّيْن ودفعه في الجناية، فتستحق الرقبة بذلك.

وإذا اشترى جارية فوجدها لا تحسن طبخاً ولا خبزاً فليس ذلك بعيب؛ لأن هذه صناعة تعلم وينفق عليها [الأعواض] كالكتابة، ومعلوم أن العبد إذا لم يكن كاتباً فليس بعيب، فإن كان البائع شرط أنها تخبز، فوجدت لا تحسن الخبز رَدَّها؛ لأنها لم توجد على شرطه، فوجب الرد بالشرط لا بالعيب، ومن اشترى جارية تحسن الخبز والطبخ ولم يشرط ذلك، فنسيت في يد البائع رَدَّها؛ لأنها نقصت عما كانت عليه في حال العقد، ونقصان البيع عما وقع عليه العقد يوجب الخيار.

١٣٥٤ - فَصْل: [استحقاق بعض المبيع قبل القبض]

وإذا استحق بعض المبيع قبل القبض، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ ما بقي وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة لم تتم فاستحقاق البعض تفريق الصفقة في الإتمام، وإن كان ذلك بعد القبض ألزمه البائع بحصتها ولا خيار له إذا لم يكن فيه شركة؛ لأن الصفقة تفرقت في الفسخ، فأما إذا صار المستحق شريكاً، مثل أن يستحق بعض العبد، فللمشتري أن يردَّ الباقي؛ لأن الشركة عيب فيرد بالعيب لا بتفريق الصفقة^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٨٩/٢ وما بعدها.

بَابُ ما يمنع الرد بالعيب

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب أن المشتري إذا ظهر على عيب بالمبيع لم يعلم به، وقد حدث عنده عيب آخر، فإنه يرجع بأرش العيب ولا يرده.

وقال مالك: يرده مع أرش العيب الحادث^(١).

لنا: أن المبيع خرج من ملك البائع بعيب واحد، فلو رُدَّ لَرُدَّ بعيبين وهذا لا يصح؛ ولأن حق البائع مع المشتري كحق المشتري مع البائع عند العقد، ومعلوم أن العيب إذا حدث في يد البائع كان للمشتري أن يمنع من إمضاء البيع وله أن يرضى به، كذلك إذا حدث عند المشتري عيب فللبائع أن يمتنع من قبول [العقد]^(٢) وله أن يرضى به.

وأما مالك فيقول: تساويا في حدوث العيب عند كل واحد منهما، والبائع قد دَلَّسَ والمشتري لم يدلس، فالرد على من دَلَّسَ أولى.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن [هذا] الحكم لا يختلف بعيب عَلِمَهُ البائع فدلسه وبعيب لم يعلم به؛ ولأن تدليس البائع قد ثبت به الخيار، ثم سقط بحدوث

(١) في القوانين لابن جزي: «فهو بالخيار: إن شاء رده ورد أرش العيب الحادث عنده، وإن شاء

تمسك به وأخذ أرش العيب القديم» ص ٢٩٢. انظر: المدونة ٣/٢٩٤؛ المعونة ٢/١٠٥٥.

(٢) في ب (للعبد) والمثبت من أ.

العيب في ضمان المشتري ، وما أوجب الخيار يجوز أن ينقطع الخيار فيه ، ولا يجب استدامته . والله أعلم .

١٣٥٥ - فصل : [حدوث عيب عند المشتري لم يجب عليه بدل]

إذا ثبت هذا ، قلنا: إذا حدث عند المشتري عيب لم يجب عليه بدل ، ولم يختلط المبيع بشيء من ملك المشتري لا يمكن إزالته أو يمكن إزالته بضرر يدخل على المشتري ، فللمشتري أن يرجع بأرش العيب إلا أن يرضى البائع أن يأخذه ، ولا يطالب المشتري بشيء ؛ وذلك لأن الردَّ تعذر بحق البائع ، [والردُّ] ^(١) متى تعذر من طريق الحكم وجب الأرش ، فإذا رضي البائع بأخذ المبيع بغير أرش ، فقد أسقط حق نفسه ، فالمشتري بالخيار: إما أن يمسك المبيع بغير أرش أو يرد ، وليس له المطالبة بأرش ؛ لأن الأرش يكون عند تعذر الرد ، والرد يمكن باختيار البائع ، وهذا مثل العور والشلل ، ووطئ المشتري الجارية وتقبيلها بشهوة ، أو قطعه يد العبد ، فإن وجب بدل للمشتري [بالنقص] ^(٢) فقبضه أو لم يقبضه ، رجع بالأرش ، وليس للبائع أن يقول أنا آخذ وأرد الثمن ، وهذا مثل أن يقطع يد العبد ، أو يطأ الجارية لشبهة فيجب [العقر] ^(٣) ؛ لأن الردَّ تعذر من طريق الحكم فيجب الأرش ، وليس للبائع الاسترجاع ؛ لأن الأرش والعقر لم يقع ^(٤) عليهما العقد ، فلا يقع عليهما الفسخ ، فإن حدث نماء وزيادة في نفس المبيع ، وكان قائماً في يد المشتري ، [أو وجب فيه بدل على أخذ مثل أن تلد الجارية ،

(١) في ج (المرد) والمثبت من أ.

(٢) في ج (بالقبض) والمثبت من أ.

(٣) في ج (العقد) والمثبت من أ. «والعقر: صدق المرأة إذا أتيت بشبهة». المغرب (عقر).

(٤) في أ (يعقد).

أو تثمر الشجر أو النخل ، وذلك كله في يد المشتري] ، أو استهلكه مستهلك ، فوجب له العوض ، فللمشتري الأرش .

وليس للبائع أن يأخذ المبيع ؛ لأن هذه الزيادة لم يقع عليها العقد ، فلا يقع عليها الفسخ ، وقد تعذر الرُّدُّ من طريق الحكم للأرش [فيجب الأرش] ، وكذلك إن خلط المشتري بالمبيع شيئاً من ماله لا يقدر على إزالته ، مثل أن يصبغ الثوب بعُصْفُرٍ أو زَعْفَرَانٍ ، أو [لَتَّ]^(١) السَّوِيقَ بالسمن ، أو خلط المبيع بما يمكن إزالته بضرٍ مثل أن يبني في العَرَصَةِ ، فإنه يرجع بالأرش وليس للبائع أن يقول أنا آخذ ؛ لأن البناء والصبغ لم يقع عليهما العقد فلا يقع عليهما الفسخ ، ولا يجوز الفسخ في الثوب دون الصبغ ؛ لاستحالة نقل الملك في الثوب دون صبغه ، فلم يبق إلا تعذر من طريق الحكم فيجب الأرش .

١٣٥٦ - فَضْلُ : [تصرف المشتري بالسلعة ما يخرجها عن ملكه]

فإن تصرف المشتري تصرفاً أخرج به السلعة عن ملكه ، وقد كان للبائع قبل تصرفه أن يقبل المبيع ، لم يرجع بالأرش ، وهذا كالعقود والتدبير والاستيلاء والبيع ؛ وذلك لأن البائع [كان] مخيراً : بين دفع الأرش وبين الفسخ ، والمشتري بتصرفه قد منع الفسخ ، فلا يتعين الأرش على البائع بفسخه .

وإن كان المبيع قبل تصرف المشتري بحال لو أراد البائع أن يقبله^(٢) لم يكن له ذلك ، فللمشتري أن يرجع بالأرش ؛ لأن الأرش كان متعيناً فلم يسقط المشتري حقاً للبائع بتصرفه ، فبقي وجوب الأرش على ما كان عليه ، فصار هذا الفصل

(١) في ج (ثلث) والمثبت من أ .

(٢) في أ (يقبله) .

على قسمين: كل موضع كان للبائع أن يقبل فتصرف المشتري رضاً، وكل موضع لم يكن له أن يقبل فتصرف المشتري ليس برضا.

١٣٥٧ - فَصْل: [طريقة تحديد الأرش]

وإذا وجب الرجوع بالأرش قومت السلعة صحيحة وقومت وبها هذا العيب، فإن كان ينقصها عُشر قيمتها، رجع المشتري بعشر العوض؛ لأن الأرش هو حصة العيب من الثمن، والثمن عوضٌ والقيمة عوض، فمقدار ما ينقص من القيمة هو الذي يجب إسقاطه من الثمن^(١).

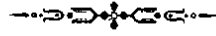


(١) انظر: الأصل ٤٨٨/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٦٧/٣ وما بعدها؛ القدوري ص ١٧٤.



بَاب

ما يمنع الرجوع بالأرش وما لا يمنع



قال أبو الحسن: إذا تصرف المشتري في السلعة بشيء مما ذكرت لك أنه يبطل خيار الشرط وهو يعلم بالعيب، فهو رضا ولا شيء له على البائع من رد ولا أرش؛ وذلك لأنه لما اطلع على عيب كان بالخيار: إن شاء رضي، وإن شاء رد، فإذا فعل ما يستدل به على الرضا قام مقام قوله قد رضيت، وهذا مثل أن يعرض السلعة على البيع أو يستام بها، وإن تصرف وهو لا يعلم وهي في ملكه، فله أن يرجع بالأرش، إلا [في] الكتابة خاصة؛ لأن التصرف جعلناه دلالة على الرضا، فإذا كان لا يعلم بالعيب استحال أن يكون راضياً به، وإذا لم يسقط خياره وتعذر الرد بتصرفه وجب الأرش.

فأما الكتابة فلأنها كالبيع، ألا ترى أنه عقد على الرقبة يوجب زوال اليد، وينتقل به استحقاق الأرش، فصار كالبيع، وإن كان تصرفه أخرجه من ملكه، فليس له أن يرجع بالأرش إلا في العتق خاصة، وذلك مثل البيع والهبة مع القبض؛ لأنه منع الرد [بفعل] ^(١) مضمون، فصار كما لو أمسك المبيع، وقال: لا أردّه، فأما إذا أعتق فالقياس أن لا يرجع بالأرش؛ لأنه منع الرد بفعله فصار كما لو باعه.

ووجه الاستحسان: أن العتق ليس بسبب موجب للضمان بكل حال، ألا

(١) في ج (بنقل) والمثبت من أ.

ترى أن الشريك المعسر لا يضمن إذا أعتق، والشريك الموسر إذا وُكِّل رجلاً بالعتق لم يضمن الوكيل، فالتعذر لم يقع بفعل مضمون، وإنما وقع بزوال ملكه حكماً فهو كموت العبد، فأما إذا أكل الطعام أو لبس الثوب حتى نقص أو هلك، قال أبو حنيفة: لا يرجع بالأرش، وقالوا: يرجع استحساناً.

وجه قول أبي حنيفة: أنه منع الرَّد بفعل مضمون، فصار كالقتل والمنع^(١).

وجه قولهما: أن الأكل واللبس تصرف للمشتري المبيع لأجله، كالعتق

وهذا يبطل بالبيع.

١٣٥٨ - فَصْل: [الرَّد بعد أكل بعض الطعام]

وإن أكل بعض الطعام لم يرد ما بقي، ولم يرجع بالأرش فيما أكل، ولا

فيما بقي عند أبي حنيفة؛ لأن الطعام كالعبد الواحد.

ألا ترى أن العيب ببعضه عيب بجميعة، ومن اشترى شيئاً فوجد به عيباً

فتصرف في بعضه لم يثبت له الرَّد، ولا الأرش [كذلك هنا]، واختلفت الرواية

عن أبي يوسف ومحمد: فروي عنهما أنه يرد ما بقي، ويرجع بأرش ما أكل؛ لأنه

لو أكل الجميع رجع بالأرش، فكذلك إذا أكل البعض، وما بقي يمكن رده من

غير ضرر؛ لأنه ليس فيه عيب الشركة فيرد، وروي عنهما: أنه لا يرد ما بقي

ويرجع بأرش الجميع؛ لأن في ردّ البعض تبعيض^(٢) الصفقة فيما هو في حكم

الشيء الواحد، فإذا تعذر الرَّد حكماً وجب الأرش.

(١) في أ (كقتل المبيع).

(٢) في أ (تفريق).

١٣٥٩ - فَصْل: [العلم بالعيب بعد بيع بعض الطعام]

فإن باع بعض الطعام ثم علم بالعيب ، لم يرجع بأرش ما باع ، ولا بأرش ما بقي ؛ لأنه تعذر الرد للمبيع^(١) وهو فعل مضمون .

ألا ترى [أنه لو ردّ ما بقي لتبعض]^(٢) الرد فيما هو في حكم الشيء الواحد ، فصار كالتعذر بالمبيع ، واختلفت الرواية عن أبي يوسف : فروى هشام عنه : أنه يرد ما بقي ، ولا يرجع بأرش ما باع^(٣) ؛ وذلك لأنه لو باع الكل ، لم يرجع بأرشه ، فكذلك إذا باع البعض ولو بقي الكل لرده ، فكذلك البعض إذا لم يكن فيه ضرر الشركة ، وصار كعبدین وجدّ بهما عيباً بعدما باع أحدهما ، وروى ابن سماعة عنه : أنه لا يرد الباقي ، ولا يرجع بالأرش ، وهذا مثل قول أبي حنيفة ، وروى [عنه] : أنه يرجع بأرش ما بقي خاصة ؛ لأن الردّ تعذر فيه بالتبعض فوجب أرشه ، وروى ابن رستم عن محمد : أنه لا يرجع بأرش ما باع و[ما]^(٤) بقي ، وهذا مثل قول أبي حنيفة ، وروى أنه يرد ما بقي ، وقد بينا وجه ذلك لأبي يوسف .

١٣٦٠ - فَصْل: [خروج المبيع من ملك المشتري بغير فعله]

قال أبو الحسن : فإن خرج المبيع من ملكه بغير فعله مثل أن تموت الجارية ، أو [يهلك]^(٥) الثوب ، رجع بالأرش ؛ لأن الرد تعذر من طريق الحكم .

(١) في أ (للبيع فالبيع) .

(٢) في ج (أنه لا يجوز رد ما بقي فتبعض) والمثبت من أ .

(٣) في أ (ما بقي) .

(٤) في ج (ولا) والمثبت من أ .

(٥) في ج (يملك) والمثبت من أ .

ألا ترى أن الهالك لا [يمكن] ^(١) نقل الملك فيه ، وتَعَدُّ الرَّدُّ حكماً يوجب

الأرش .

قال : فإن كان ذلك بفعل غيره فوجب له الضمان ، لم يرجع بالأرش .

وقد قدمنا هذا في القسم الأول ، وقد قالوا فيمن اشترى داراً فبناها مسجداً

ثم اطلع على عيب ، لم يرجع بأرشه ؛ لأن ملكه زال عن المبيع بفعل مضمون .

ألا ترى أن من فعل ذلك في دارٍ في يده ثم أقرَّ بها للغير كان في حكم

الغاصب ، وقالوا لو اشترى ثوباً فكفن به ميتاً ثم ظهر على عيب ، فإن كان

المشتري وارثاً للميت رجع بالأرش ؛ لأن مقدار الكفن لا يملكه الوارث من

[التركة] ^(٢) ، وإنما هو مستحق عليه ، فإذا اشتراه وكفن به فلم ينتقل بالتكفين عن

الملك الذي أوجبه العقد ، وقد تعذر فيه الرَّدُّ فيرجع بالأرش ، وقالوا لو كفن

بالثوب أجنبياً تبرع بتكفينه لم يرجع بأرش العيب ؛ لأنه لما ابتاع الثوب ملكه ،

وبالتكفين يزول ملكه عنه ، وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الأرش .

١٣٦١ - فَصْلُ : [حصول الفسخ بعيب خروج السلعة من ملك المشتري]

قال أبو الحسن : فإن أخرج المشتري السلعة من ملكه ففسخ ذلك بعيب

بقضاء أو بغير قضاء ، قبل القبض كان المشتري في ذلك بمنزلة من لم يبع ؛ وذلك

لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ .

ألا ترى أنه لا يقف على رضا البائع ، وإذا انفسخ العقد صار كأنه لم يكن ،

(١) في ج (يملك) والمثبت من أ .

(٢) في ج (التولد) والمثبت من أ .

وإن كان بعد القبض ، فإن كان بقضاء فهو مثل الأول ؛ لأن الرد بقضاء فسخ للعقد من أصله .

ألا ترى أن المبيع يدخل في ملكه بغير قبوله ولا رضاه ، فيصير عقده كأن لم يكن ، وإن كان الرد بغير قضاء لم يكن للبائع أن يردّه (على بائعه)^(١) ولا أن يرجع بالأرش ؛ لأن هذا في حكم تمليك [ملك] مبتدأ .

ألا ترى أنه دخل في ملكه بقبوله ورضاه ، ولو ردّ عليه بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده ، كان له أن يردّها ؛ لأن هذا فسخ للعقد .

ألا ترى أنه يفسخ^(٢) بفعل المشتري وحده ، فقد دخل في ملك البائع بغير قبوله ولا رضاه ، فإن وهبها وأقبضها ثم رجع في الهبة (بقضاء أو بغير قضاء فله أن يردّها ؛ لأن الرجوع في الهبة عندنا)^(٣) فسخ بكل حال ، فصار كالفسخ بخيار الشرط ، وعلى قول زفر يختلف الرجوع في القضاء وغير القضاء ، وقد ذكر في الهبة مسألة تدل على اختلاف القضاء وغير القضاء [في الرجوع] ، والكلام في هذا في كتاب الهبة .

١٣٦٢ - فصل : ادعاء المشتري عيباً بالمبيع

قال أبو الحسن : وإن ادعى المشتري عيباً بالمبيع ، فإن كان عيباً ظاهراً مشاهداً فهو على وجهين :

إن كان مما لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة والناقصة والشامة ، فإن القاضي

(١) ساقطة من أ .

(٢) في أ (يقع) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

يقضي برده إذا طلب ذلك المشتري ؛ لأن إطلاق العقد يقتضي الصحة ، وقد علمنا وجود العيب في يد البائع ، فوجب القضاء بالرد .

وإن كان عيباً يحدث مثله كالقروح والأمراض ، فادّعى المشتري أنه كان في يد البائع ، وادعى البائع أنه حدث في يد المشتري ، لم يقبل قول المشتري ، إلا أن يقيم بينة ؛ لأنه يدّعي سبب^(١) الخيار ، فالقول قول من ينفيه ، وإن لم يقيم البينة استحلف البائع بالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب ؛ لأن البائع جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة ، والشيء [مما] يصح بذله فكان القول قوله مع يمينه ، كالمدعى عليه المال ، ويستحلف على البينة لأنها يمين على فعله ، وهو وقوع البيع والتسليم على صفة دون صفة ، وإنما جمعنا بين البيع والتسليم ؛ لأنه قد يبيعه ولا عيب به ، ثم يطرأ العيب قبل التسليم فيجب الفسخ به ، فلهذا يستحلف على التسليم ، ولو اقتصر في اليمين على قوله والله لقد سلمته وما به هذا العيب ، اكتفي بذلك ؛ لأنه يجمع الأمرين .

وأما إذا كان العيب مما لا يشاهد كالعيوب المتعلقة بالأفعال من السرقة والإباق والبول في الفراش ، أو النقص في البدن الذي لا يشاهد في كل حال ، كالجنون والعيوب الباطنة ، فإن القاضي يسأل البائع هل هذا العيب المدّعى موجود بالعبد^(٢) أم لا ، فإن جحد العيب فلا خصومة بينهما حتى يقيم المشتري البينة أن العبد قد جُنَّ^(٣) عنده أو أبق أو سرق ؛ وذلك لأن الخصومة في العيب فرع على وجوده ، فما لم يعلم وجوده باتفاقهما أو بالبينة لم تثبت الخصومة فيه ،

(١) في أ (ثبوت) .

(٢) في أ (عيباً موجوداً بالعبد الآن أم لا) .

(٣) في أ (صَم) .

وإن طلب المشتري يمين البائع على ذلك ، فإن القاضي يستحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العيب موجود في العبد ؛ لأن دعوى العيب لو أقرَّ بها البائع [لم] تثبت الخصومة ، فإذا جحدتها استحلف عليها ، يستحلف على العلم ؛ لأنها يمين على غير فعله ، فإن نكل عن اليمين أو أقرَّ بالعيب أو أقام المشتري البينة ، فهو على التفصيل الذي قدّمناه .

وإن كان العيب لا يحدث رددته ، وإن كان العيب مما يحدث تثبت الخصومة فيه ، على ما قدمناه في العيب الظاهر ، وإن كان العيب بباطن النساء مثل الثيوبة والحبل ، وما لا يطلع عليه الرجال ، فإنه يرجع إلى قول النساء وتنظر إليه امرأة [ثقة] ^(١) ، والثنتان أحوط ، فإن شهدن بوجود العيب والمبيع في يد البائع ، ردّ المبيع بشهادتهن عند أبي يوسف ؛ وذلك لأن ما لا يطلع عليه الرجال فقول الواحدة فيه كالبينة ، بدلالة الولادة .

وإذا ثبت العيب بقولها ، فالعيب الموجود في يد البائع يفسخ به ^(٢) البيع ، وأما إن كان ذلك بعد القبض فروي عن أبي يوسف أنه قال : أثبت الخصومة بشهادتهن ، ولا أردُّ بها ؛ لأن المبيع في ضمان المشتري ، فلا أثقل الضمان بقول النساء ، وإنما أقبل قولهن في وجود العيب ليثبت ^(٣) الاستحلاف ، وروي عنه : أن العيب إذا كان مما لا يحدث فسخ البيع بقولهن ، لأن العيب يثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب في يد البائع فالفسخ لا يثبت بقولهن وإنما يثبت بحكم العقد .

(١) في ب (نفسه) والمثبت من أ .

(٢) في أ (البائع به) .

(٣) في أ (فيثبت) .

وأما إذا كان العيب مما يحدث فقلن: إنه كان في يد البائع لم أقبل قولهن؛ لأن هذا المعنى يمكن أن يعلم من غير جهتهن، فلا يقتصر عليهن، وأما محمد فروي عنه: أنه لا يفسخ بقولهن؛ لأنه فسخ عقد، فلا يثبت بقول النساء كالأقالة، وروي عنه: أنه يفسخ بقولهن قبل القبض وبعده؛ لأن العيب يثبت بشهادتهن للضرورة، والفسخ يثبت بحكم العقد عند ثبوت العيب، كما تثبت بشهادتهن الولادة، ويثبت النسب بعقد النكاح، وأما إذا كان العيب لا يقف عليه إلا الأطباء رجع إلى قول اثنين مسلمين ثقتين، فإذا شهدا بوجوده قبل قولهما؛ لأن الأمراض تعرف من جهتهم فرجع إليهم فيها. والله أعلم.

١٣٦٣ - فصل: [من لم تلزمهم الخصومة في العقد، ومن لم تلزمهم]

قال أبو الحسن وأما الإمام والحاكم إذا نصبا رجلاً لبيع على يتيم أو لسبي بما يتوليانه، فلا يكون البائع في ذلك خصماً.

قال: والأصل في هذه الجملة: أن العاقد لغيره إذا كان ممن يجوز أن تلزمه الخصومة كالوكيل، والشريك، والمضارب، والمأذون، والمكاتب، فالخصومة تلزمهم؛ لأنها من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد إذا كان ممن تلزمه الخصومة كالعاقد لنفسه، فمهما قضي به على العاقد رجع به على من وقع العقد له؛ لأنه قائم مقامه إلا المكاتب والمأذون، فإنهما لا يرجعان على المولى، ولكن الدين يلزم المكاتب، ويباع فيه المأذون، لأنهما يتصرفان لأنفسهما فلا يرجعان على غيرهما، وأما الإمام والقاضي إذا [عقد بحكم] ^(١) الولاية أو عقد أمينهما، لم يلزمهم الخصومة؛ لأنها ^(٢) لو لزم القاضي لم يجز حكمه فيما هو خصم

(١) في أ (عقد الحكم) والمثبت من أ.

(٢) في أ (لأن الخصومة).

فيه ، فلما نفذ حكمه دل على أن الخصومة لا تلزمه ، إلا أنه ينصب خصماً يخاصم في ذلك ، فما مضى عليه رجع في مال من وقع التصرف له ، فإن كان التصرف للمسلمين رجع به في بيت مالهم ، وإن كان العاقد صبيّاً محجوراً أو عبداً محجوراً فلا خصومة عليهم ، ولا ضمان ، وإنما الخصومة على من وكلهم ؛ لأن العقد وقع له ، والعاقد ممن لا تلزمه الخصومة ، فصار كالوكيل بالنكاح .

١٣٦٤ - فُصل : [مخاصمة الوكيل في العيب ورد المبيع بإقامة البينة]

وإذا خاصم الوكيل في العيب فردّ عليه المبيع ببينة قامت [بالعيب]^(١) ، ردّه على موكله ؛ لأن البينة لا تتهم في حقه وحق موكله ، وكذلك إن ردّ عليه بنكوله ؛ لأن النكول لا يتعلق به حكم حتى ينضم إليه القضاء فصار كالبينة ؛ ولأن الوكيل لا يتهم فيه ؛ لأنه لا يلزمه أن يحلف كاذباً ، وأما إذا ردّ عليه بإقراره بالعيب ، فإن كان العيب لا يحدث مثله ، كان له رده على موكله ، لأننا علمنا أنه كان في يده ، وإن كان مما يحدث مثله ، كان له خصومة موكله ، فإذا ثبت أن العيب كان في يد الموكل ردّه ؛ لأن إقراره جائز على نفسه غير جائز على موكله ، وهذا كله إذا ردّ عليه بقضاء ؛ لأنه عاد إليه بغير قوله ولا رضاه ، فعاد على حكم الملك الأول .

وأما إذا عاد بغير قضاء فهو على وجهين :

كل من ملك أن يشتري بعدما باع فإنه يرده على أمره ؛ لأن عود الشيء إليه بقبوله كشراء مبتدأ وهذا كالمضارب والشريك .

وكل من لا يملك أن^(٢) يشتري بعدما باع إذا ردّ عليه بغير قضاء ، لزمه في

(١) في ب (عليه) والمثبت من أ .

(٢) في ب (أن لا) والمثبت من أ .

نفسه ، ولم^(١) يكن له الرد على موكله فيما يحدث مثله ، أو لا يحدث مثله ؛ لأن المبيع عاد إليه بقبوله فعاد على حكم ملك مبتدأ ، وقد ذكر محمد في البيوع ما يقتضي أن الوكيل إذا قبل المبيع بغير قضاء ، والعيب مما لا يحدث أنه يردده على موكله [وهذا] وليس بصحيح ، والصحيح ما ذكرناه .

ووجه هذا إن صحت الرواية فيه [أن] العيب الذي لا يحدث معلوم الكون عند الموكل ، فالفسخ فيه مستحق ، فيقع الرد عن مستحقه ، كما قامت البينة بالعيب . والله ﷻ أعلم بالصواب^(٢) .



(١) في ب (ومن لم) والمثبت من أ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٧٢/٣ وما بعدها .

بَابُ البراءة من العيوب

قال أبو الحسن: إذا باع الرجل على أنه بريء من كل عيب فعَمَّ، ولم يُخَصَّر شيئاً من العيوب، فذلك جائز في قولهم، وقال الشافعي: البراءة من العيوب المجهولة لا تصح إلا أن تكون من باطن الحيوان، ففيها قولان، وهل يفسد العقد بشرط البراءة؟ فيه قولان^(١).

لنا: أن كل عيب لو ظهر وجب فسخ العقد به، جاز أن ينعقد العقد غير موجب للفسخ به كالعيب المعلوم؛ ولأنَّ البراءة حكم يتعلق بالعيب، فجاز أن يتعلق بالعيوب المجهولة الرد^(٢).

وهذه المسألة مبنية على أن البراءة من [العيوب المجهولة و] الحقوق المجهولة جائزة. وقال الشافعي: لا تجوز. وهو خلاف النص والإجماع.

روي أن رجلين تخاصما إلى رسول الله ﷺ في مواريث قد درست^(٣)، فقال: «استهما وتوخيا الحق، وَلِيَحْلُلْ كُلٌّ وَاحِدًا مِنْكُمَا صَاحِبَهُ»^(٤).

(١) بل هو على ثلاثة أقوال، وأظهر هذه الأقوال: وهو أن يبرأ من العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع، كما قال النووي. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/١٤٣؛ المزني ص ٨٤؛ المجموع ١٢/٤٠٠.

(٢) في أ (كوجوب الرد).

(٣) درست: من دَرَسَ المنزل دُرُوسًا، أي: عفا وخَفِيت آثاره. انظر: المصباح (درس).

(٤) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه ٤/١٠٧؛ وابن الجارود في المنتقى ١/٢٥٠؛ =



وأما الإجماع: فلأن المسلمين في سائر الأعصار إذا حضرهم الموت استحلوا من معاملتهم من غير نكير.

وأما قول الشافعي إن شرط البراءة في المجهول يفسد العقد.

فخلاف الإجماع؛ لأن زيد بن ثابت ابتاع من ابن عمر عبداً بشرط البراءة من العيوب، فأراد أن يرده بعيب، فقال ابن عمر بعت بشرط البراءة، وقال زيد: إنك لم تعدد [العيوب]، فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه، فقضى على ابن عمر باليمين، فقد أجمعوا على صحة العقد مع هذا الشرط؛ ولأن العيوب المجهولة معنى يثبت به الفسخ، فشرط إسقاطه فيما قد رآه لا يبطل العقد كالخيار المشروط.

١٣٦٥ - فُصِّل: [حدوث عيب المبيع قبل القبض]

قال أبو الحسن: فإن حدث به عيب (بعد البيع)^(١) قبل القبض، فروى محمد عن أبي يوسف: أن البائع بريء منه بالبراءة المشروطة في البيع، وقال محمد - وهي رواية بشرٍ وابن سماعة عن أبي يوسف، وقال زفر والحسن بن زياد -: لا يبرأ من الحادث.

وجه قول أبي يوسف: أن العقد سبب لوجوب الفسخ بالعيب، فإذا أبرأه منه فقد أسقط الحق عند وجود سببه، فجاز.

وجه قول محمد: أنه أبرأ عن حق لم يجب، فإذا وجب بعد البراءة لم

= والبيهقي في الكبرى ٦/٦٦؛ والدارقطني ٤/٢٣٨؛ وأحمد في المسند ٦/٣٢٠؛ والطحاوي في

شرح مشكل الآثار ٢/٢٣٠.

(١) ساقطة من أ.

يسقط ، [كما لو] ^(١) أبرأ من دين قبل وجوبه ثم وجب ، وقد قال ابن سماعه وبشر عن أبي يوسف: أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث [فسد] العقد ؛ لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح ، ومن ^(٢) شرط في العقد ما لا يصح ، أبطل [العقد] .

١٣٦٦ - فَصْلُ : [في البيع بالبراءة من كل عيب به]

فإن قال البائع: أبيعك على أني بريء من كل عيب به ، لم يدخل في ذلك العيب الحادث في قولهم ؛ لأنه لم يعم البراءة ، وإنما خصّها بالموجود دون غيره .

١٣٦٧ - فَصْلُ : [لو قال: على أني بريء من كل فسمى ضرباً من العيوب]

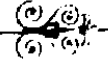
وإذا قال: على أني بريء من كل فسمى ضرباً من العيوب ، لم يبرأ من غير ذلك الضرب ، مثل أن يبرأ من القروح أو الكي ؛ لأنه أسقط الحق عن نوع خاص ، فصار كالبراءة من دين خاص .

١٣٦٨ - فَصْلُ : [دعوى المشتري حدوث عيب بإرادة إبطال العموم]

فإن كانت البراءة عامة فاختلفا في عيب ، فقال البائع: كان به يوم العقد ، وقال المشتري: بل حدث قبل القبض ، فالقول قول البائع في قول أبي يوسف ومحمد ؛ لأن البراءة عامة ، فإذا ادعى المشتري حدوث عيب فيريد إبطال العموم ، فلا يقبل قوله إلا بينة ، كمن أبرأ رجلاً من كل دين ثم زعم أنه حدث له دين ، لا يقبل قوله إلا بينة ، وقال زفر والحسن: القول قول المشتري ؛ لأنه هو

(١) في ب (كمن) والمثبت من أ .

(٢) في أ (ومتى) .



المبرئ فالقول قوله فيما أسقط عنه حقه .

١٣٦٩ . فُصِّلَ : [اختلاف المتبايعين في البراءة الخاصة]

فإن كانت البراءة من كل عيب بها فاختلفاً ، فقال البائع : كان بها ، وقال المشتري : حدث قبل القبض ، فالقول قول المشتري عند محمد ، ولا أحفظ عن أبي يوسف قولاً ؛ وذلك لأن البراءة [خاصة ، فالقول قول المبرئ فيها كالبراءة من دين خاص ، وإذا أبرأ] من عيب واحدٍ شجّةٍ أو جرح ، فوجد المشتري شجتين ، فإن ابن سماعه روى عن أبي يوسف : أن البائع يبرأ من أيهما شاء ، وقال محمد : يرد المشتري بأيهما شاء .

وجه قول أبي يوسف : أن المشتري أبرأ البائع من عيب واحد ، وكل واحد من العيبين يجوز أن ينصرف البراءة إليه ، فكان البائع بالخيار في التعيين .

وجه قول محمد : أن البائع لما شرط البراءة وقفت على قبول المشتري ، فكان له أن يقبل في أيهما شاء ، فإن حدث عنده عيب آخر ، قال محمد : يرجع بأرش أيهما شاء ؛ لأنه جعل التعيين إليه .

[وقال أبو يوسف : يرد البائع أيهما شاء ؛ لأنّ عنده التعيين إلى البائع] ^(١) .

١٣٧٠ . فُصِّلَ : [إبراء البائع من كل غائلة]

وإذا أبرأ البائع من كل غائلة فإن ابن سماعه وبشراً وعلياً رَوَوْا عن أبي يوسف : أن [الغائلة السَّرَق] ^(٢) والإباق والفجور ؛ لأن الغوائل ما كان من فعل

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ج والزيادة من أ .

(٢) في ج (الغالية السوق) والمثبت من أ .

الإنسان ، وهذه العيوب هي التي تختص بالفعل ، فإذا أبرأ من كل داء فإن أبا يوسف قال: هو على المرض والسقم ؛ لأن اسم الداء يتناول ذلك ، وقال الحسن عن أبي حنيفة: إن الداء ما في الجوف من الطحال والكبد ، أو فساد حيض أو غير ذلك مما يكون في الجوف ؛ لأن ما سوى ذلك يُسمّى مرضاً ، والداء في العادة يختص بالبطن [فيحمل عليه] ^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٨٨/٢ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٧٥/٣.

بَابُ بَيْعِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل للرجل قد بعتك هذه الصُّبْرَةَ^(١) على أنها قفيز أو بعتك قفيزاً منها [فذلك]^(٢) سواء، والبيع جائز على قفيز واحد، وقد لزم المشتري البيع فيه، ولا خيار له؛ وذلك لأن ما يتعلق العقد على قدره إذا [سمي] فيه قدراً [معلوماً] تعلق العقد به إذا لم يكن في تبعضه ضرراً، بدلالة أن القدر المسمى يجوز إفراده بالعقد، فإذا تعلق [العقد]^(٣) على المقدار فالزيادة للبائع؛ لأنها لم تدخل في البيع، وإن نقص عن [ذلك] القدر فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ ذلك بحصته؛ لأن الأجزاء معقود عليها فكل جزء في مقابلته جزء من الثمن، وإن شاء نقض [البيع]؛ لأنه دخل في العقد ليسلم له جملة [قفيزها]^(٤)، فإذا نقصت تفرقت الصفقة عليه، [فثبت له الخيار].

وأما قوله: (وقد لزم المشتري) فيريد به إذا رأى الصُّبْرَةَ؛ لأن رؤية بعضها كرؤية جميعها، فلا يثبت له خيار رؤية.



(١) الصُّبْرَةَ: - وجمعها صُبْرٌ - «الكومة من الطعام، ويقال: اشترى الطعام صُبْرَةً: أي جُزْأً بلا كيل ولا وزن». انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (صبر).

(٢) في ج (فلذلك) والمثبت من أ.

(٣) في ج (القدر) والمثبت من أ.

(٤) في ج (قصدتها) والمثبت من أ.

١٣٧١ - فَصْلُ: [جهالة المبيع والثلث في العقد]

وإن قال: بعثك هذا الطعام على أنه كُرُّ كل قفيز ، أو [كل] قفيزين ، أو كل ثلاثة بكذا ، فذلك جائز ؛ لأن العقد وقع على الجملة وهي معلومة ، وجعل لكل قفيزٍ منها ثمناً معلوماً ، فثلث الكل معلومٌ ، فيجوز العقد ، فإن زادت على كُرِّ ، فالزيادة للبائع على ما قدمنا ، وإن نقصت فللمشتري الخيار ، فإن لم يسمَّ الجملة فقال: أبيعك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، أو كل قفيزين بدرهم ، أو كل ثلاثة [بدرهم] ؛ فالبيع جائز عند أبي حنيفة في القدر الذي سمى كيله قفيزاً كان أو اثنين ، ولا يجوز فيما زاد على ذلك .

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز البيع في الجميع .

وجه قول أبي حنيفة: أن الجملة التي سمى كيلها معلومة القدر معلومة الثلث ، فإفراها من الجملة بالبيع جائز ، وما زاد على ذلك مجهول القدر مجهول الثلث .
ألا ترى أنه يجوز أن يزيد فيزيد الثلث بزيادته ويجوز أن ينقص ، وجهالة المبيع والثلث يفسد كل واحد منهما العقد .

وجه قولهما: أن هذه الجهالة ترتفع في الثاني بفعل أحد العاقدين إذا كَال ، والجهالة التي ترتفع بفعل أحدهما لا تمنع جواز العقد كبيع عبد من عبيد على أن المشتري بالخيار .

١٣٧٢ - فَصْلُ: [خيار المشتري بعد الكيل والعلم بالقدر]

فإن كَيْلَ الطعام فعلم مبلغه فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ بحساب ذلك [كله] ، وإن شاء ترك ؛ لأن الجهالة ارتفعت ، والبيع إذا فسد [لمعنى] صحَّ بزواله ،

فأما قبل الكيل فإن فسخ البائع [العقد] جاز؛ لأن الفساد لم يرتفع فلكل واحد من العاقدين الفسخ، وإن علم المشتري المكيل^(١) فرضي به فليس للبائع أن يفسخ.

روى ذلك محمد عن أبي حنيفة في الإملاء: أن الخيار لكل واحد منهما قبل الكيل، فإذا كِيلَ ورَضِيَ المشتري لم يعتبر رضا البائع.

وروى حبان بن بشر الأسيدي عن أبي يوسف قال أبو حنيفة: لا يجوز العقد فيما زاد على القفيز الواحد، إلا أن يتراضيا بتسليمه.

وجه رواية محمد: أن الفساد دخل لجهالة القدر، فإذا زال ذلك ورَضِيَ المشتري لم يكن للبائع خيار، كما لو ثبت الخيار لجهالة الصفات فرآه المشتري فرضي به، لم يكن للبائع خيار.

وجه رواية أبي يوسف: أن الخيار كان للفساد بدلالة أن لكل واحد منهما الفسخ قبل رضا المشتري، والخيار بالفساد لا يصح إلا برضا^(٢) العاقدين، وعلى هذا كل مكيل وموزون ومعدود غير مختلف للمعنى الذي ذكرنا.

وقد قالوا: لو أشار البائع إلى نوعي حنطة وشعير فقال: أبيعك هاتين الصبرتين كل قفيز بدرهم فالبيع جائز عند أبي حنيفة (على قفيز واحد منهما، وعلى قول أبي يوسف البيع جائز)^(٣) في الصبرتين جميعاً.



(١) في أ (بالكيل).

(٢) في أ (بتراضي المتعاقدين).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

١٣٧٣ . فُصِّلَ : [بيع المعدود والمختلف قيمته]

فإذا كان المبيع معدوداً تختلف قيمته كالعبيد والثياب والغنم ، فقال : أبيعك هذه الثياب^(١) كل ثوب بدرهم ، فالبيع باطلٌ عند أبي حنيفة في الجميع ؛ لجهالة المبيع والثلث كما قال في الصبرة ، فباطل في واحد ؛ لأنه لا يجوز إفراده بالبيع ، وإن قال : أبيعك هذا القطيع على أنه خمسون رأساً ، أو هذه الرزمة على أنها خمسون ثوباً ، كل ثوب بعشرة ، فالبيع جائز ؛ لأنه سمي جملة المبيع ، والثلث معلوم بمعرفة الجملة ، فصَحَّ البيع . ثم لا يخلو بائع الرزمة إما أن يكون سمي لكل ثوب ثمناً ، أو سمي الثلث جملة واحدة ، وكل واحد من القسمين على قسمين : إما أن يجدها ناقصة العدد أو زائدة ، فإن كان سمي الثلث جملة فالبيع فاسد في الزيادة والنقصان .

أما في الزيادة : فلأن الثوب الزائد لم يقع عليه العقد ، فيصير بائعاً خمسين ثوباً من أحد وخمسين [ثوباً] ، وهذا مجهول ؛ لأن الثوب المردود لا يعلم أي ثوب هو ، وأما إذا كانت ناقصة : فيحتاج أن يحط^(٢) حصة الثوب وهي مجهولة ؛ لأنها تعلم بالحزر والظن .

وأما إذا سمي لكل ثوب^(٣) ثمناً ، فإن كانت زائدة : فالبيع فاسد ؛ لأن المردود مجهول ، فصار كمن باع خمسين ثوباً من أحد وخمسين ، وإن كان ناقصاً : جاز البيع بحصته ؛ لأن كل ثوب معلوم الثلث بالعقد ، وباقي الثلث معلوم (فيصح

(١) في أ (الرزمة) .

(٢) في أ (يخلط) .

(٣) في أ (واحد) .

العدد، هكذا ذكره أصحابنا، وكذلك ذكر في الأصل أيضاً، وذكر أبو إسحاق التوقدي أن هذا قولهما، فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فالبيع فاسد في الكل؛ لأن الصفقة تضمنت الصحيح والفساد، وهو بيع المعدوم، والفساد في نفس المعقود عليه؛ لأن تحريم بيع ثوب معدوم مجمع عليه فيفسد في الجميع^(١)، وللمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه.

١٣٧٤ - فَضْل: [بيع أرض كل ذراع بدرهم]

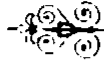
وإن كان المبيع أرضاً، أو داراً، أو شيئاً مما في تبغيضه ضرر كالثوب، فقال: أبيعك كل ذراع بدرهم؛ فالبيع باطل عند أبي حنيفة في الجميع لجهالة جملة الثمن والمبيع، ولا يجوز في ذراع واحد؛ لأن بيع ذراع من دار لا يجوز عنده لاختلاف ذرعانها.

وقال أبو يوسف ومحمد: البيع جائز في الجميع؛ لأن الجهالة ترتفع في الثاني بفعل أحد المتعاقدين، [قال]: فإن قال على أنها كذا وكذا ذراعاً كل ذراع بدرهم، فالبيع جائز في قولهم؛ لأنه سمي جملة المبيع وجملة الثمن، فصار المبيع والثمن معلومين.

فإن كان الذرع زائداً وقد قال: أبيعك هذه الدار على أنها ألف ذراع، كل ذراع بدرهم، فالمشتري بالخيار: إن شاء أعطى حصة الزيادة، وإن شاء ترك؛ لأننا لو جعلنا له [الدار]^(٢) ولم نلزمه حصة الزيادة، صار كل ذراع بأقل من درهم، والبائع لم يرضَ بذلك، فلا بدَّ من إيجاب حصة الزيادة، وللمشتري

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ج (الذراع) والمثبت من أ.



الخيار؛ لأنه دخل في العقد ليسلم له الدار بجملة الثمن، والآن لا يسلم له إلا بأكثر منها، فإن وجدها ناقصة الذرع، فالمشتري بالخيار: إن شاء [أخذ] بحصتها، وإن شاء ترك؛ لأننا لو لم نحط حصّة النقصان صار كل ذراع بأكثر من درهم، فالمشتري لم يرضَ بذلك، وإنما أثبتنا له الخيار؛ لأن^(١) الجملة نقصت عما سمى ففرقت الصفقة.

وأما إذا قال: أبيعك هذه الدار على أنها ألف ذراع بألف درهم، ولم يسمِّ لكل ذراعٍ ثمنًا، فإن زادت فالزيادة للمشتري بغير شيء؛ لأن الذرع صفة في الدار فهو كأعضاء العبد [إذا وجدها زائدة على المشروط]^(٢)، وأمّا [التزامه]^(٣) في المسألة الأولى الزيادة لأجل أنه سمى لكل ذراع ثمنًا؛ لأن الذراع له حصّة [فلانية]، فإن وجدها ناقصة الذرع فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك لما بينا أن الذرع صفة؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ونقصان الصفة يثبت للمشتري الخيار من غير حطّ كالعيب. والله أعلم^(٤).



(١) في أ (بالجملة).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٣) في ج (إلزامه) والمثبت من أ.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٩/٣، ١١١؛ القدوري ص ١٦٦.

بَابُ [بيع] المراجعة

قال الشيخ رحمته الله ، المراجعة: نقل الملك بمثل الثمن الذي قام به المبيع على المشتري مع زيادة ربح ، وهو عقد جائز ؛ لأن المبيع فيه والثمن معلومان ، ولأن الناس يعقدونه في سائر الأمصار في جميع الأعصار من غير نكير .

وأما التولية: فهي نقل الملك إلى المشتري بمثل الثمن الأول من غير زيادة^(١) . والأصل في جوازها: (أن النبي عليه [الصلاة و] السلام لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين ، فقال له: «ولني أحدهما» ، فقال: هو لك بغير ثمن ، فقال: «أما بغير ثمن فلا»^(٢) ، وهذا يدل على جواز التولية .

قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل مبيعاً^(٣) بدراهم أو بدنانير ، أو مكيل أو موزون بعينه أو بغير عينه ، أو ببيض أو بجوز ، فباع ذلك مراجعة بربح معلوم جاز . قال الشيخ: وجملة هذا أن الثمن إما أن يكون له مثل ، أو لا مثل له ، فإن كان مما له مثل فباعه مراجعة جاز ؛ لأن الثمن معلوم ، يقدر المشتري على

(١) المراجعة لغة: من الربح ، وهو النماء والزيادة .

وفي الاصطلاح الفقهي: «فهو بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل ، فهو بيع للعرض بالثمن الذي اشترى به ، مع زيادة شيء معلوم من الربح» . معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٣٠٢ .

التولية لغة ، تعني: جعل الشخص والياً ، واصطلاحاً: «هو البيع الذي يحدد فيه رأس المال نفسه ثمنًا بلا ربح ولا خسارة» . معجم المصطلحات الاقتصادية ص ١٨٢ . كما ذكر المؤلف رحمته الله .

(٢) أخرجه البخاري (٣٦٩٢) وغيره .

(٣) في أ (شيئاً) .



تسليمه ، ويستوي في ذلك أن يجعل الربح من [جنس]^(١) رأس المال أو من غيره إذا كان معلوماً يجوز الشراء به ؛ لأن الربح جزء من الثمن والثلث يجوز أن يكون من جنس [واحد]^(٢) ، ويجوز أن يكون من جنسين .

وأما إذا كان البدل في العقد الأول مما لا مثل له فباع المبيع مرابحة ممن لا يملك ذلك البدل ، فالبيع باطل ؛ لأن المشتري في المرابحة يلزمه مثل الثمن [وهذا الثمن] لا مثل له ، ولو جاز للزم قيمته ، وهي مجهولة تعلم بالحزر والظن ، فأما إذا باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل ، إما من البائع له أو ممن ملكه على البائع ، فهو على وجهين: إن قال أبيعك بربح درهم ، أو دينار ، أو بشيء من المكيل [والموزون موصوف]^(٣) ، جاز ؛ لأن المشتري يقدر على تسليم رأس المال ؛ لأنه في ملكه والربح معلوم فجاز العقد ، وإن قال: بربح ده يازدة^(٤) ، فالبيع باطل ؛ لأنه جعل الثمن [الثوب وعشرة وعشرة]^(٥) ، لا يمكن [الرجوع فيه إلا بالقيمة]^(٦) ، وهي مجهولة ، فلا يصح البيع .

١٣٧٥ - فَصْلُ: [رأس المال في البيع مرابحة]

وإذا باع مرابحة فرأس المال هو الذي يملك المبيع به دون ما [نقده]^(٧) ،

(١) الزيادة من أ .

(٢) الزيادة من أ .

(٣) في ج (المكيل من صوف) والمثبت من أ .

(٤) عشرة بإحدى عشرة (بالفارسية) .

(٥) في ج (العبد وعشرة) والمثبت من أ .

(٦) في ج (فيه إلا الرجوع إلى القيمة) والمثبت من أ .

(٧) في ج (بعده) والمثبت من أ .

وهذا كمن اشترى ثوباً بعشرة ، فأعطى عنها ديناراً أو ثوباً فرأس المال العشرة ؛ لأنها هي الثمن ، والدينار ملك بعقد آخر فلا اعتبار به .

١٣٧٦ - فَصْل : [قول البائع أبيعك هذا الثوب بربح درهم]

ومن اشترى ثوباً بعشرة فقال : أبيعك هذا الثوب بربح درهم لزمه عشرة مثل ما نقد المشتري ، وإن كان يخالف نقد البلد ، ولزمه الربح من نقد البلد إذا أطلقه ؛ لأن رأس المال يجب فيه رد المثل ، فلا معتبر بنقد البلد ، والربح كدراهم^(١) مطلقة في العقد فهي محمولة على نقد البلد^(٢) ، فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال : أبيعك بربح ده يازده أو العشرة [و] واحد ، فالربح من جنس الثمن ؛ لأنه جعله جزءاً منه فكان على صفته .

١٣٧٧ - فَصْل : [خيانة البائع في رأس مال المراجعة]

وإذا خان البائع [١/٦٤] في رأس مال المراجعة ، ثم اطلع المشتري على ذلك ، فهو بالخيار عند أبي حنيفة ومحمد : إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، وقال أبو يوسف : يحط [الخيانة]^(٣) وحصتها من الربح ، وهي رواية هشام عن محمد .

وجه قولهما : أن البائع رضي بجملة من الثمن ، وتبقيتها لا يخرج العقد عن موضوعه ، فلم يجوز أن يلزمه المبيع بأقل منها ، كما لو ظهر المشتري على عيب فأراد حط حصته لم يجوز .

(١) في أ (درهم مطلق) .

(٢) في أ (وهي مجهولة ، فيكون على نقد البلد) .

(٣) في ج (الجنابة) والمثبت من أ ، وهكذا في جميع ما يأتي .

وجه قول أبي يوسف: أن البائع رضي بمقدار من الربح ، فما زاد عليه وجب إسقاطه ، كما أن في التولية لما رضي برأس المال وجب إسقاط ما زاد عليه .

١٣٧٨ - فَصْلُ : [الخيار في حال هلاك المبيع عند المشتري]

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إن هلك المبيع أو حدث به [عيب] عند المشتري مما يمنع الفسخ ، سقط خياره ولا شيء له ، وروى عيسى بن أبان عن محمد: أنه رجع بالرّيّ عن هذا ، وقال: يرد المشتري قيمة المبيع ويرجع بالثمن . وجه قولهما المشهور: أن هذا الخيار ثبت من طريق الحكم ، لا لفوات جزء من المبيع ، فإذا هلك المبيع سقط من غير عوضٍ ، كخيار الشرط^(١) .

وجه رواية عيسى: أن المشتري ثبت له الخيار لاستدراك حقه في الخيانة ، وعند محمد أن الفسخ المستحق يجوز أن يقع على القيمة (كما قال في التحالف بعد هلاك السلعة ، فأثبت الفسخ في القيمة)^(٢) ليستدرك المشتري حقه .

١٣٧٩ - فَصْلُ : [الخيانة في التولية]

وأما إذا خانته في التولية قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحط الخيانة . وقال محمد: المشتري بالخيار: إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك . وجه قولهما: أن تبقية الخيانة تخرج العقد عن موضوعه ؛ لأنهما دخلا في عقد التولية ، ولو بقيت الخيانة لصار مرابحة ، وهذا لا يجوز ، وليس كذلك

(١) في أ (الرؤية) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

[الخيانة] ^(١) في المراجعة ؛ لأن تبقيتها لا يخرج العقد عن موضوع المراجعة وإنما يقل الربح ويكثر ؛ فلذلك لم يحط .

وجه قول محمد: أن البائع رضي بجملة من الثمن فلا يجوز أن يلزمه البيع بأقل منها كالمراجعة .

١٣٨٠ - فُصِّل: [شراء الرجل سلعةً فحطَّ عنه بعض الثمن]

وإذا اشترى الرجل سلعة فحط عنه بعض الثمن باع مرابحة بما بقي بعد الحط ، وإن حطَّ عنه بعد ما باع ، حطَّ ذلك عن المشتري مع حصته من الربح ، وهذا فرع أن الحط يلحق [بأصل] العقد .

وقال زفر والشافعي: لا يلحق ، وإنما هي هبة مبتدأة ^(٢) .

وجه [قولهم] ^(٣): أن العقد في ملكهما بدلالة أنهما يملكان الفسخ [بالإقالة] ، فجاز الحط فيه [كحال] العقد . وعلى الشافعي: أنه حط يتعلق به الاستحقاق فيلحق بالعقد كحال المجلس ، [وربما قالوا: إن الحط في حال المجلس فيه قولان ، وإذا ثبت أن الحط يلحق بأصل العقد ، صار الثمن ما بقي ، فيبيعه مرابحة على ذلك .

وجه قول زفر: أن المبيع [في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع ، فلو لحق الحط لكان البائع يدفع إلى المشتري عوض ما هو باق على ملكه فلا يصح [كسائر أملاكه] .

(١) في أ (الخيار) .

(٢) انظر: المهذب ٣/١٣٤ ؛ رحمة الأمة ص ١١٥ .

(٣) في ج (قولنا) والمثبت من أ .

وقد قالوا: لو زاد المشتري البائع في الثمن، جاز أن يبيع مرابحة على الأصل والزيادة؛ لأنها لحقت العقد عندنا فصارت كالموجود فيه. [٦٤/ب].

١٣٨١. فصل: [شراء الثوب بعشرة وبيعه باثني عشر ثم شراؤه بعشرة وبيعه مرابحة]

وإذا اشترى ثوباً بعشرة فباعه باثني عشر، ثم اشتراه بعشرة باعه مرابحة على ثمانية في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يبيعه على العشرة^(١).

وجه قول أبي حنيفة: أن المرابحة يجمع فيها العقود، فيكون الثمن ما قام به المبيع على المشتري؛ بدلالة أنه [يضم]^(٢) إلى رأس المال أجره الخياطة والصبغ، فإذا ضم أحد العقدين إلى الآخر صار رأس المال ثمانية؛ ولأن البائع لما اشترى ما باع فقد حصل لنفسه بالعقد المبيع وتقرير الربح في العقد الأول.

ألا ترى أنه كان معرضاً للسقوط بأن يرد عليه بعيب، فإذا اشتراه أمن [من] ذلك، وإذا استفاد بالعقد شيئاً لم يجر أن ينقل أحدهما بجميع الثمن كالثوبين، فإن ألزم على هذا إذا اشتراه بحنطة، قلنا: ينبغي أن يقال على قول أبي حنيفة: لا يبيعه حتى يُبين، ولا يجب الحط؛ لأنه لا يمكن الحط من غير جنسه.

وجه قولهما: إن كل واحد من العقدين يتعلق به من الحقوق ما لا يتعلق بالعقد الآخر، فلم يعتبر الربح الحاصل في أحدهما في الآخر^(٣).



(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٠٧/٣.

(٢) في ب (يضمن) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤٧٦/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٧٩/٣؛ القُدوري ص ١٨٢.

بَابُ

ما يحدث في السلعة مما ينبغي أن يُبينه المشتري أو لا يُبينه



قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل سلعة فحدث بها عيب في يد البائع أو يد المشتري، وذلك من غير فعل أحدٍ، فلا بأس أن يبيعهها مرابحة بجميع الثمن ولا يبين ذلك للمشتري؛ لأنه لم يحبس لنفسه شيئاً من المبيع، فهو صادق أنه اشترى العين بهذه الجملة؛ ولأن هذا العيب لا حصة [له].

ألا ترى أنه لو حدث في يد البائع لم يحط لأجله شيئاً، فلا يجب بيانه كتنقصان السعر.

قال زفر: لا يبيعه مرابحة إلا بعد أن يبين؛ لأنه قد فات بعض ما ملك بالعقد كما لو اشترى عبيد [فهلك] ^(١) أحدهما.

وإن كان الحادث من فعل المشتري [أو أجنبي] ^(٢) لم يبيعه مرابحة حتى يبين؛ لأنه إذا جنى عليه فقد حبس بعض المبيع بجنايته، فلا يجوز أن يبيع البعض مرابحة على جميع الثمن، وأما إذا جنى أجنبي فقد وجب له الأرش فصار كما لو باع بعضه.

قال: وكذلك إن كان للمبيع نماء عنده، قائم في يده مثل أن يثمر النخل،

(١) في ج (فملك) والمثبت من أ.

(٢) في ج (إذا جنى) والمثبت من أ.

أو يلد الحيوان ، أو يأخذ الصوف ، أو توطأ الجارية بشبهة ، فيأخذ العقر ، فإنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين ؛ لأن هذا النماء حدث من نفس المبيع فصار في حكم المبيع ؛ ولأن المشتري لو علم بسلامته للبائع لم يرضَ أن يربحه فيه ، فلا بد من بيانه .

قال: وكذلك إن استهلك ذلك مُسْتَهْلِك ؛ لأن العوض وجب عنه فصار كما لو باعه ، وإن هلك في يده جاز أن يبيعه مرابحة ولا يبين ؛ لأن أجزاء المبيع لو هلكت جاز بيع الباقي بغير بيان ، فكذلك ما هو في [١/٦٥] حكم الجزء ، وقال: وإن استغل الأرض والدار^(١) من غير نقص دخل فيها ، باع ولم يبين ؛ لأنه لو [استخدم الجارية]^(٢) لم يلزمه البيان ، فسلامة بدل المنفعة كسلامة المنفعة ؛ ولأن الغلة لا تملك بملك الأصل ؛ بدلالة أن الغاصب يستحقها بعقده ، فإذا لم يملك بملك الأصل لم يصرف في [حكم الأجزاء]^(٣) .

قال: وكذلك إذا وطئ الجارية [بعقدة اشتراها]^(٤) وهي ثيب ؛ لأنه لم يحبس بالوطء جزءاً منها فصار كاستخدامها ، ولا يقال إن وطئ الثيب عندكم يمنع الرد بالعيب فهو عيب ؛ لأن العيب الذي لا يحبس المشتري به شيئاً من المبيع ، لا يجب بيانه كالعيب بأفة من السماء ، وليس كذلك إذا وطئها وهي بكر ؛ لأنه أتلف البكارة فصار حاسباً لجزء من المبيع ، فلا يجوز بيعها مرابحة حتى يُبين .

قال: وإن لم يبين ذلك حتى باع ثم علم به المشتري ، فله الخيار ؛ لأن البائع

(١) في أ (العبد) بدلاً عن (الدار) .

(٢) في ج (استملك للجارية) والمثبت من أ .

(٣) في ج (الحكم الأصل) والمثبت من أ .

(٤) الزيادة من أ .

خانه ، فإن لم يعلم بذلك حتى هلك المبيع فلا شيء له ؛ لأن هذا الخيار | يثبت له [(١) من طريق الحكم ، فإذا هلك المبيع سقط من غير شيء كخيار الرؤية .

قال : وإن اشترى شيئاً نسيئاً لم يبعه مرابحة حتى يبين ؛ لأن النسيء نقصان من طريق الحكم المعني ، فصار كالنقصان من طريق الصفة .

قال : وإن اشترى بدين له على رجل ، فله أن يبيع مرابحة ولا يبين ؛ لأنه إنما اشترى بثمن في ذمته ، ثم يصير (٢) بذلك قصاصاً عما في ذمته ، ومن اشترى شيئاً بثمن في ذمته ، جاز بيعه مرابحة [ولا يبين] .

قال : وإن كان صلحاً من دين له عليه ، لم يبعه مرابحة حتى يبين ؛ لأن الصلح يقصد به المسامحة والخط ، فصار من عقود التبرع ؛ ولأنه لا يفيد الضمان ، وإذا لم يملكه بعوض مضمون لم يبعه مرابحة .

١٣٨٢ - فصل : [بيع المرابحة ممن لا تجوز شهادته له]

قال أبو حنيفة : إذا اشترى ممن لا تجوز شهادته له ، لا يجوز أن يبيعه مرابحة حتى يُبين .

وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يبيع مرابحة إلا فيما اشتراه ممن له عليه رق .

لأبي حنيفة : أن ملك هؤلاء كملكه ، بدلالة أن ما يحصل لهم بشهادته كما يحصله لنفسه ، ومن اشترى من نفسه لم يبع مرابحة ؛ ولأن الإنسان في العادة إذا اشترى من ابنه أو أبيه حاباهم ، فصار كالشراء من عبده ومكاتبه .

(١) في ج (ثبت) والمثبت من أ .

(٢) في أ (صار) .

وجه قولهما: أن الشراء من هؤلاء شراء صحيح ، بدلالة تمييز أحد الملكين عن الآخر ، (فصار كالشراء من الأجنبي) (١) ، وأما عبده ومكاتبه ومدبره فملكهم غير متميز من ملكه ، فعقده معهم ليس بعقد في الحقيقة [في حق الغير] (٢) ، فلم يجز بيع المرابحة بذلك . والله ﷻ أعلم .



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .
(٢) في ج (في العين) والمثبت من أ .

باب ما للمشتري أن يلزم البائع السلعة في بيع المراجعة

قال أبو الحسن: كل ما جرت عادة التجار بالزامهم المتاع من قِصارة^(١)، أو تطرية، أو غسل، أو قتل، أو صبغ، أو أجرة سمسار، أو حمل من بلد إلى بلد، فلا بأس (أن يلزم ذلك البائع)^(٢)، وكذلك إن كان (مضى زمان)^(٣) ضمن ما أنفق على الرقيق في طعامهم، وكسوتهم، وما لا بُدَّ منه لهم إذا كان بالمعروف؛ وذلك لأن عقد المراجعة يعتبر فيه (العادة)^(٤)، وقد جرت عادة التجار بإلحاق كل ما عاد ببذل العوض زيادة في عين المبيع، أو قيمته، وهذا المعنى موجود في جميع ما ذكر.

[قال: وما أنفقه المضارب على نفسه في سفره، لم يضمّه؛ لأن نفقة المضارب كنفقة رب المال، ومعلوم أن ربّ المال لا يجوز أن يضم نفقته إلى رأس المال، فكذلك المضارب؛ لأن التجار لم تجر عاداتهم بإلحاق ذلك]^(٥).

قال: وما أنفقه على الرقيق في أجرة طبيب أو حجام أو دواء^(٦) لم يضمه؛

(١) من قَصَرْتُ الثوبَ قَصْرًا: بَيَّضْتُهُ، والقِصَارَةُ - بالكسر -: الصناعة، والفاعل: قَصَّار. انظر: المصباح (قصر).

(٢) في أ (أن يلزمه ذلك المتاع).

(٣) في أ (مضاربًا).

(٤) في أ (المراجعة).

(٥) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٦) في أ (أجرة الطبيب أو دواء أو ختان أو حجامه).

لأن هذا ليس بمعتاد، وما وجب ضمّه بالعادة فما كان نادراً في نفسه لم يضم، ويضم أجره سائق الغنم؛ لأنها تزيد بنقلها من بلد إلى بلد بكذا أجر، فهو كأجرة حمل الطعام، ولا يضم أجره الراعي؛ لأن الراعي لا يأخذ عوضاً عن فعل يوقعه فيها، وإنما يأخذ لحفظها، فهو كأجرة البيت الذي يحفظ فيه، ولا يضم جعل الآبق؛ لأن ذلك نادر، فلا يجب ضمه بالعادة، ولا يضم ما أنفق على الرقيق في تعليم صناعة أو قرآن أو شعر، وذلك لأن المعلم لا يأخذ العوض بفعل يوقعه في العين؛ ولأن الاستئجار على التعليم لا يجوز، فلا يجوز أن يضم.

قال: وما جاز ضمه فينبغي للمشتري أن يقول: قام عليّ بكذا، ولا يقول اشتريته بكذا؛ لأنه إذا قال قام عليّ بكذا، كان صادقاً، وإذا قال اشتريته كان كاذباً؛ لأن الشراء يقع بما سمي في العقد، [أو الحق به] ^(١) دون غيره، فلا يجوز له أن يتعرض للكذب، فإن ضمّ إلى الثمن ما لا يجوز أن يضمه، ثم علم المشتري فهو بالخيار؛ لأن الضم [خيانة] ^(٢) وقد بينّا حكم [الخيانة] في المراجعة. والله أعلم ^(٣).



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.
 (٢) في ب (جناية) والمثبت من أ.
 (٣) انظر: الأصل ٤٧٦/٢ وما بعدها.

بَابُ الرجل يبيع ما اشترى مراجعة



قال الشيخ رحمه الله تعالى: جملة هذا الباب أن المبيع إذا كان جملة واحدة مما يُكَالُ أو يُوزَنُ أو يُعَدُّ، وهو غير متفاوت^(١)، فللمشتري أن يبيع بعض [ما ملك من]^(٢) الجملة مرابحةً على حصتها من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم فيما لا يتفاوت^(٣) على الأجزاء، فتصير [حصّة]^(٤) كل جزء معلومة بالعقد، فكأنه سماها. وأما إذا كانت الجملة مما لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ ولا يُعَدُّ أو يُعَدُّ وهو مختلف، فإن باع بعضها مرابحةً مشاعاً جاز؛ لأن كل جزء من المتاع معلوم الحصّة بالعقد^(٥)، فإن باع بعضها معيناً فهو على وجهين: إن كان الثمن جملة فالبيع باطل؛ لأن حصّة كل واحد من الجملة مجهولة، ألا ترى أن الثمن ينقسم على قيمتها وذلك مختلف بالحزْر والظن.

فأما إذا كان سمي لكل واحد من الجملة ثمناً، جاز بيعه مرابحة بما سمي له عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز^(٦).

(١) في أ (متقارب).

(٢) في ج (تلك) والمثبت من أ.

(٣) في أ (تقارب من الأجزاء).

(٤) في ج (حصر) والمثبت من أ.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٦) انظر: الأصل ٤٧٨/٢.

لهما^(١): أن حصة كل واحد معلومة بالعقد، فكأنه أفرده بالعقد؛ ولأن الحصة تتميز تارة بالتسمية، وتارة بالشرع إذا كان المبيع غير مختلف، فإذا جاز بيع بعض الجملة مرابحة في أحد [الموضوعين]^(٢) جاز في الآخر.

وجه قول محمد: أن الإنسان قد يشتري الشيئين رغبة في أحدهما فيزيد في حصة أحدهما لأجل الآخر، فإذا باع الآخر لحقته تهمة^(٣) فيمنع من المرابحة.

وقد أجاب أبو يوسف عن هذا فقال: هذا رجل اشترى شيئاً واحداً وغالى في ثمنه، فجاز له أن يبيعه مرابحة، وكذلك إذا زاد في أحد الشيئين لأجل الآخر فقد غالى فيه.

ثم قال أبو يوسف: (وهذا إذا غالى فيه مغالاة يتغابن فيها الناس)^(٤)، فأما إذا زاد زيادة لا يتغابن فيها، فإني لا أحب له أن يبيعه مرابحة حتى يُبين؛ لأن الزيادة الكثيرة في حكم التبرع، وعلى هذا قالوا في الرجلين يشتريان جملة فيقتسمانها، إن كانت من المكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت، جاز لكل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن ثمنها معلوم بالعقد، وإن كانت الجملة مختلفة فاقسماها لم يجز لأحدهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن ثمنها غير معلوم بالعقد، وإنما يعلم بالحزر والظن.

١٣٨٣ - فصل: [بيع أحد الثوبين مرابحة فيما أسلم فيها بعشرة]

وقال أبو حنيفة في رجل أسلم عشرة في ثوبين على صفة [١٢٤/ب] واحدة

(١) في أ (وجه قولهما).

(٢) في أ (العوضين) والمثبت من ج.

(٣) في أ (التهمة).

(٤) في أ (إذا غالى بما يتغابن الناس فيه).

وقبضهما: لم يجز له أن يبيع أحدهما مرابحة، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز.

لأبي حنيفة: أن الثوبين وإن تساويا حال كونهما في الذمة فقد اختلفا حال التعيين بدلالة أن رب السلم لو باع أحدهما وسلمه ثم استهلكه على المشتري، لم يجب عليه دفع الآخر عوضه، ولو كانت صفتها متساوية، لم يجز^(١) العدول إلى القيمة مع القدرة على المثل، وإذا اختلفت صفتها حال التعيين صار كمن اشترى ثوبين بثمن واحد، فلا يبيع أحدهما مرابحة.

وجه قولهما: أن الثوبين ينقسم رأس المال عليهما بالأجزاء لاستواء صفتها في الذمة، ولهذا إذا وجد بأحدهما عيباً ردّه [بنصف رأس المال]^(٢)، (وإن أراد أخذ حصته من رأس المال أخذ خمسة)^(٣)، فصار كمن أسلم في قفيزين وقبضهما جاز أن يبيع كل واحد منهما مرابحة بنصف رأس المال^(٤).



(١) في أ (يجب).

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٤٨٢/٢ وما بعدها.

بَابُ بِيعِ الْمَوَاضِعَةِ

—•••••—

قال الشيخ رحمته الله: المواضعة: بيع [الشيء] بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم^(١)، وهذا بيع جائز؛ لأن الناس يعتادونه في سائر الأعصار من غير نكير؛ ولأن رأس المال ملك للمشتري فيجوز أن يحط بعضه.

قال: والأصل في هذا الباب أن يضم قدر المواضعة إلى رأس المال ثم يسقطها من الجملة فيكون الثمن ما بقي.

مثال ذلك: إذا قال اشترت هذا بعشرة، وأبيعك بمواضعة ده يازده^(٢)، فإنك تجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءاً فتكون الجملة مئة وعشرة فتسقط منها عشرة؛ لأن شرط الوضعية من كل أحد عشر واحداً، فبقي مئة جزء، ويأخذ لكل أحد عشر جزءاً درهماً، فيكون تسعة، وينقص بقدر الدرهم فيبقى جزء واحد من أحد عشر جزءاً^(٣) من درهم فذلك هو الثمن، وإن قال بمواضعة ده [دوازده]^(٤) جعلت كل درهم اثني عشر جزءاً فتكون الجملة مئة وعشرين، فتسقط منها عشرين جزءاً، فيبقى مئة، تأخذ لكل [٦٦/ب] اثني عشر درهماً [درهم]، فيكون الثمن ثمانية وثلاثاً^و وعلى هذا جميع [هذا] النوع^(٥). والله سبحانه أعلم.

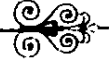
(١) «المواضعة: من وَضَعَتْ عنه دَيْنَهُ، أي: أسقطته، ووَضِعَ في تجارته وضعية: خسر ولم يربح، والوضعية: الحطيطة والنقصان»، كما ذكر المؤلف. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (وضع).

(٢) ترجمتها: (عشرة بإحدى عشرة).

(٣) مكررة في أ.

(٤) في ب (يازده) والمثبت من أ، والسياق يدل عليه، وترجمتها: (عشرة باثنتي عشرة).

(٥) انظر: الأصل، ٤٨٧/٢.



بَابُ الاستبراء



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في وجوب الاستبراء^(١) على مالك الأمة ما روي أن النبي عليه [الصلاة و] السلام قال في سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة»^(٢).

وقد قال أصحابنا: أن من وطئ جارية ثم أراد بيعها استحب ألا يبيعها حتى يستبرئها بحيضة، ولا يجب ذلك عليه، وقال مالك: يجب عليه الاستبراء^(٣).

لنا^(٤): أن البائع لزمه الاستبراء حال ما اشترى، فلو لزمه عند عقد البيع لتعلق [بملك واحد]^(٥) الاستبراء مرتين، وهذا لا يجب كالنكاح؛ ولأن النكاح لما وجب^(٦) فيه الاستبراء عند زواله، (لم يجب عند حدوثه، ولما وجب الاستبراء عند حدوث ملك المشتري)^(٧)، لم يجب عند زواله، وإنما قلنا: إنه يُستحب

(١) من برأ: طلب البراءة من الشيء، ومنه استبراء الشيء: طلبت آخره لقطع الشبهة، واستبرأت المرأة: طلبت براءتها من الحبل، ويتبين حالها هل هي حامل أم لا؟، واستبراء الأمة: تربص الأمة بنفسها مدة يعلم بها خلؤها رحمها من الولد. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (برأ).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ١٢٤/٩؛ ومعرفة السنن، ٧٦/٧؛ وأورده ابن حجر في التلخيص، وقال: «رواه أحمد وأبو داود والحاكم»، ١٧١/١.

(٣) انظر: المدونة ٣/٣٣٦؛ المعونة ٢/١٠٦٨.

(٤) في أ (وجه قولهم).

(٥) في ج (ملك) والمثبت من أ.

(٦) في أ (أوجب).

(٧) ما بين القوسين ساقطة من أ.

ذلك ؛ لأنه لا يأمن أن تكون حبلت منه فيطؤها المشتري من غير استبراء فيختلط النسب .

وقد قالوا: إن سبب الاستبراء تمام الملك في الرقبة والاستباحة ؛ وذلك لأن النبي عليه [الصلاة و]السلام أوجب الاستبراء على السابي ؛ لاجتماع الأمرين له ، فكل^(١) ملك اجتمع فيه الأمران وجب فيه الاستبراء قياساً على السبي .

وقد قال أصحابنا وسائر الفقهاء: إن استبراء الأمة إذا كانت ممن تحيض بحيضة واحدة ، وكان معاوية يقول: حيضتان ، وقد دل الخبر الذي ذكرنا على خلاف ذلك .

وقد روي أن مكحولاً قال للزهري: أما علمت أن عمر بن الخطاب إلى أن [أدركه أجله]^(٢) وابن مسعود بالكوفة ، وعثمان بن عفان رضي الله عنه كانوا يستبرئون الأمة بحيضة^(٣) إلى أن جاء معاوية فقال: حيضتان ، فقال الزهري: وأنا أزيدك ، عبادة بن الصامت قال: ولا يجوز له أن يطأها ولا يقبلها ويلمسها بشهوة^(٤) ولا ينظر إلى عورتها حتى يستبرئها^(٥) ؛ لأن الاستبراء إذا حرم الوطء حرم جميع أسباب^(٦) الإباحة كالعدة ، وليس كذلك الحيض ؛ لأنه يمنع الوطء لأجل الأذى ،

(١) في أ (وذلك ملك) .

(٢) في ب (أذكر الموت) والمثبت من أ .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ٧/٤٥٠ ؛ سعيد بن منصور في سننه ٢/١٢٣ ؛ عبد الرزاق في المصنف ٧/٢٢٦ ؛ وأورد الهيثمي رواية ابن مسعود وقال: «رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح» . مجمع الزوائد ، ٤/٥ .

(٤) في أ (ولا يقبلها لشهوة ولا يلمسها) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣/٥١٣ ، ٥١٤ .

(٦) في أ (أنواع الاستباحة) .

وذلك لا يوجد في القبلة واللمس .

قال: فإن كانت ممن [لا] (١) تحيض لصِغَر أو كِبَرٍ استبرأها بشهر؛ لأن الله تعالى أقام الشهر مقام الحيضة في العدة، وكذلك في الاستبراء .

وسواء في ذلك بائعها وطئها، أو تكون ممن لا يوطأ مثل المرأة والصبي؛ لأن البائع وإن لم يطأها فيجوز أن يكون غيره وطئها بشبهة فيثبت نسبه، فينبغي أن يستبرئها .

قال: ولا يصح الاستبراء فيما ملك بعقد إلا بعد القبض، وقد قالوا فيما ملك بالوصية والميراث أنه كذلك، وأن الحيضة الموجودة قبل القبض بعد الملك لا يعتد بها، روى ذلك ابن سماعة، وعلي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة .
وقال أبو يوسف: يجزئه الحيضة قبل القبض في الشراء والميراث والوصية .

وجه قولهم: المشهور أن سبب الاستبراء حدوث الملك في الرقبة والاستباحة، وذلك لا يوجد قبل [ب ٦٧/أ]؛ لأنه لا يحل للمشتري الوطء، والحيضة إذا وُجِدَت قبل سببها لم يعتد بها كالحیضة (٢) قبل البيع .

وجه قول أبي يوسف: أن المقصود بالحيضة العلم ببراءة الرحم وهذا المعنى موجود إذا كان قبل القبض .

وقد روى بشر وعليّ عن أبي يوسف: أنه إذا اشترى جارية بكرأ وقد أحاط علم المشتري أنها لم توطأ، لم يجب عليه الاستبراء، وقال أبو حنيفة: يجب .

(١) في النسختين بالإثبات، والسياق يدل على زيادة (لا) .

(٢) في أ (كالحيض) .

لأبي حنيفة: أن البكارة لا تعلم في الحقيقة فلا يسقط الاستبراء بها؛ ولأن الرجل قد يجامع البكر فيسبق الماء فتحبل مع بقاء البكارة، فلا يجوز الوطء حتى تستبرأ.

وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر في البكارة أنها لم توطأ فلا يجب الاستبراء.

قال: وإن اشترى جارية فلم تحض، وهي من ذوات الحيض، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يطؤها حتى تمضي عليها مدة لو كانت حاملاً لظهر الحمل ثلاثة أشهر أو ما زاد، وقال محمد: لا يطؤها أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم رجع فقال شهران وخمسة أيام، وقال زفر: سنتان.

لهما: أن الحامل إذا مضت لها مدة ظهرت علامات حبلها بانتفاخ جوفها ونزول لبنها، فإذا مضت المدة ولم [يستبن] ^(١) الحمل، فالظاهر أنها حائل، فصار كما لو استبرأها بحيضة فيحل وطؤها.

وجه قول محمد: أن أقصى ما يقع به الاستبراء من الشهور: أربعة أشهر وعشرة أيام، فإذا مضت المدة حلّ الوطء، ثم رجع وقال: الأربعة أشهر تعتبر في الحرّة، فأما الأمّة فأقصى استبرائها بالشهور: شهران وخمسة أيام، كما مر في عدة الوفاة، [فإذا] مضت جاز الوطء.

وجه قول زفر: أن الاستبراء يجب خوفاً من أن تكون حاملاً، ولا يتيقن زوال الحمل إلا بمضي أكثر مدته، فوجب اعتبار ذلك.

قال: فإن ملك جارية [حاملاً] فوضعت حملها بعد القبض، لم يكن عليه

(١) في ب (بين) والمثبت من أ.

استبراء؛ لأن براءة الرحم بوضع الحمل أكثر من براءته [بالحيض]، فإذا وضعت حملها قبل القبض وجب عليه الاستبراء، لأن ما حصل قبل القبض لا يعتد به؛ لأنه وُجد قبل سببه، فصار وجوده وعدمه سواء.

قال: وإذا اشترى جارية [١/١٢٥] لها زوج وقبضها فطلقها زوجها قبل الدخول، فلا استبراء عليه؛ (لأن سبب الاستبراء - وهو القبض -، وُجدَ غيرَ موجب الاستبراء)^(١)؛ لأنها تحت زوج، فإذا زال النكاح لم يجب الاستبراء إلا بوجود سببه ولم يوجد، وكذلك إن كانت في عدة من زوج؛ وذلك لأن العدة في باب براءة الرحم أكد من الحيض، فإذا انقضت العدة قبل القبض لم يعتد بها؛ لأن سبب الاستبراء لم يوجد، وعلى قول أبي يوسف يعتد بذلك كما يعتد بالحيض.

وقد قال أبو حنيفة في الرجل يطأ جاريته ثم تزوجها، فليس على الزوج أن يستبرئها.

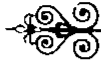
وقال أبو يوسف: لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة استحساناً.

لأبي حنيفة: أن عقد النكاح لا يوجب الاستبراء بدلالة نكاح الحرة.

وجه قول أبي يوسف: قوله عليه [الصلاة و] السلام: «لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة في طهر واحد»^(٢). وقد

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک نحوه من قول عليّ بحضرة النبي ﷺ في إثبات النسب بالقرعة، ٢/٢٢٥؛ وكذا النسائي في الكبرى (٥٦٨٢)؛ وأبو داود (٢٢٧٠)؛ وابن ماجه (٢٣٤٨)؛ والبيهقي في الكبرى ١٠/٢٦٤، كلهم في (باب القضاء بالقرعة).



قال^(١): إن اشترى هذه الأمة [مشتري بعد]^(٢) زوجها الأول، وقبضها الثاني، ثم طلقها الزوج ولم يدخل بها، [ولم يخل بها]^(٣)، فلا استبراء على المشتري في قول أبي حنيفة؛ لأنه لم يجب عليه بالقبض الذي هو سببه، فلا يجب عليه بعد ذلك إلا بحدوث سبب مثله.

وقد قال أبو يوسف: يجب على المشتري الاستبراء كما كنت أوجبته على الزوج؛ لأنه إنما وجب على الزوج حتى لا يجتمع مع وطء الأول في طهر واحد، فكذلك المشتري.

قال: وإذا حرّم فرج الأمة على مولاها، ولم تخرج بذلك عن ملكه، ثم زال ذلك وحل له الوطء فلا استبراء عليه، وهذا مثل أن يكتبها فتعجز، أو يزوجه فيطلقها الزوج قبل الدخول، أو تردت عن الإسلام ثم تسلم؛ لأن هذا تحريم عارض مع بقاء الملك، فزواله لا يوجب الاستبراء كالإحرام.

قال: ولو اشترى أمة مجوسية أو مسلمة فكاتبها قبل أن يستبرئها، ثم حاضت المكاتبه في حال كتابتها، أو حاضت المجوسية في حال مجوسيتها حيضة، ثم عجزت المكاتبه، أو أسلمت المجوسية، أجزأت تلك الحيضة من حيضة الاستبراء؛ وذلك لأن الحيضة وجدت بعد سبب الاستبراء وهو القبض، فتحريم الوطء لا يمنع من الاعتداد بها عن الاستبراء، كمن اشترى جارية مُحَرَمَةً فحاضت في حال إحرامها^(٤).

(١) في أ (قالوا).

(٢) في ب (منه بعدما) والمثبت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٥٢٩/٢ وما بعدها.



١٣٨٤ - فصل: [الجمع بين الأختين في الوطاء بملك اليمين]

وإذا اشترى الرجل أختين فوطئ إحداهما، لم يحل له وطاء الأخرى؛ وذلك لأن الجمع بين الأختين في الوطاء بملك اليمين لا يجوز عندنا، وهو قول علي عليه السلام، وقال عثمان رضي الله عنه: يجوز، وقال ^(١): أحلتها آية - يعني قوله تعالى - : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وحرمتها آية - يعني قوله عليه السلام - : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] ^(٢).

[قال: والتحريم أولى، وقال عثمان رضي الله عنه: التحليل أولى].

والصحيح ما قاله علي عليه السلام؛ لأن الحظر والإباحة متى تساويا، فالحكم للحظر صحيح ^(٣).

ألا ترى أن المحظور يجب تركه، والمباح لا يجب فعله؛ ولأنه مستلحق [نسب] ^(٤) ولد الأختين، فصار كما لو جمع بينهما في النكاح.

(١) هنا في أ (علي عليه السلام) والصحيح أنه قول عثمان رضي الله عنه كما في الموطأ عن مالك (١١٢٢)؛ والبيهقي في الكبرى ١٦٩/٧؛ والدارقطني، ٢٨١/٣ وغيرهم.

(٢) وذكر ابن عطية عن عثمان وزاد من قوله: «فأما أنا في خاصة نفسي فلا أرى الجمع بينهما حسناً» ونقل قول علي عليه السلام كما ذكر هنا، تفسير ابن عطية: ص ٤١٩. والطبري لم يتعرض لهذه المسألة بالتفصيل هنا. انظر: تفسير الطبري ١٥٠/٨ (دار المعارف بمصر).

(٣) وهذا ما ذهب إليه الجمهور من الأصوليين والفقهاء وغيرهم؛ وذلك لأن العمل بمقتضى الحظر أحوط، كما أن تقدم المفيد للحظر أولى؛ لقاعدة: (تقديم التأسيس على التأكيد)، أيضاً لحديث: «ما اجتمع الحلال والحرام، إلا وغلب الحرام الحلال»، وأخيراً لحديث: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك». انظر: روضة الناظر للمقدسي ص ٢٠٩؛ إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٧٩.

(٤) في ج (بسبب) والمثبت من أ.

[قال]: فإن أخرج [التي] ^(١) وطئ عن ملكه أو زوجها، جاز أن يطأ الأخرى إذا كان استبرأها، أما إذا باعها فقد زال ملكه عن رقبتها، فصار كمن طلق إحدى الأختين، جاز أن يتزوج أختها، وكذلك إذا أخرج التي وطئها عن ملكه بأن يزوجها أو يكاتبها؛ لأنها خرجت من أن تكون مملوكة بالوطء له، فكأنه باعها.

قال: وإذا اشترى جارية بيعاً فاسداً وقبضها لم يطأها وإن حاضت حيضة؛ لأن البيع الفاسد يجب فسخه لحق الله تعالى، فالتصرف فيه محظور، والوطء من جملة التصرف فيكون محظوراً، فإن اشترىها بعد ذلك شراءً صحيحاً وقد كانت حاضت بعد القبض في البيع الفاسد لم يعتد بتلك الحيضة؛ لأن قبض البيع الفاسد لا يبيح الوطء، والحيضة الموجودة قبل [سبب] ^(٢) الاستباحة لا يعتد بها.

١٣٨٥ - فصل: [الاستبراء في حالة شراء الجارية ثم الإقالة قبل القبض]

وإذا اشترى الرجل جارية ولم يقبضها حتى [تاركه] ^(٣) البائع أو أقاله؛ فلا استبراء على البائع في رواية محمد عن أبي حنيفة، وهو قول محمد، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن عليه الاستبراء، وقال أبو يوسف الاستبراء على البائع.

وجه ما رواه أبو يوسف - وهو القياس -: أنه لما باع فقد زال ملكه عن رقبتها، فإذا [فسخ] فقد تم ملكه بالفسخ في الرقبة والاستباحة ^(٤)، فصار كما لو اشترى.

(١) في ج (النهي) والمثبت من أ.

(٢) في ج (نسب) والمثبت من أ.

(٣) في ج (نازله) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ملكه في الرقبة والاستباحة بالفسخ).

وجه رواية محمد: وهو الاستحسان أنها عادت إلى البائع قبل تمام ملك المشتري ، فصار كما لو عادت وللبائع الخيار .

١٣٨٦ - فُصِّلَ : [الاستبراء في الشراء الذي فيه خيار الفسخ]

وإذا اشترى جارية وله فيها خيار ففسخ البيع فيها ، فقد قال في الأصل : لا [يجب] استبراء على البائع في قياس قول أبي حنيفة ، وأما في [قياس] (١) قول أبي يوسف ومحمد : فعليه أن يستبرئها بحیضة ، وهذا فرع على اختلافهم في الملك في بيع الخيار .

فعند أبي حنيفة : أن الجارية لم تدخل في ملك المشتري ، وإذا عادت إلى البائع لم يجب عليه الاستبراء ، كما لو كان الخيار له .

وعندهما : أنها دخلت في ملك المشتري ، فإذا عادت إلى البائع وجب عليه الاستبراء كالإقالة بعد القبض ، وقالوا جميعاً : لو كان الخيار للبائع ففسخ لم يجب عليه الاستبراء ؛ لأنها لم تخرج من ملكه . والله أَعْلَمُ بالصواب (٢) .



(١) الزيادة من أ .

(٢) انظر : الأصل ٥٣٧/٢ وما بعدها .



بَاب

المبيع يحدث فيه النماء قبل القبض أو بعده



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا أن كل نماء يحدث من^(١) نفس المبيع كالولد واللبن والثمر، أو كان عوضاً عن جزء من المبيع كالأرش، أو عوضاً عما في حكم الجزء كالمهر، فإن ذلك إذا حصل قبل القبض دخل في المبيع، أما الولد: فلأن وجوب التسليم حق مستقر في الأم، والحقوق المستقرة تسري إلى الأولاد كالأستيلاد، وأما الأرش: فلأنه يدل عما كان داخلياً في البيع، وحكم البديل حكم المبدل عنه، وأما المهر: فلأن الوطاء أجرى مجرى إتلاف جزء من طريق الحكم فصار كالأرش.

وإذا ثبت أن النماء الذي ذكرناه يدخل في البيع، [فالولد]^(٢) ليس له حصة مضمونة ما دام في يد البائع، يعني إذا هلك لا يسقط بهلاكه شيء من الثمن؛ وذلك لأن الولد (بيع في العقد)^(٣)، والإتباع يضمن بالقبض (ولا يضمن بالعقود، وإذا قبض المشتري صارت حصته مضمونة؛ لأن الإتباع يضمن بالقبض)^(٤) ويقسم الثمن على قيمة المبيع يوم العقد، وقيمة الولد يوم القبض؛ لأن المبيع صار مضموناً بالعقد، فاعتبرت قيمته عنده.

(١) في أ (أن كل ما حدث في نفس).

(٢) في ب (فقالوا) والمثبت من أ.

(٣) في أ (تبع للأصل).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقد قالوا في الزيادة إذا هلك في يد البائع: إنها تهلك بغير شيء ولا خيار للمشتري إلا في ولد الجارية خاصة؛ وذلك لأن [هذه] الزيادة لم يتناولها العقد، فإذا هلك قبل أن تصير لها حصة مضمونة فكأنها لم تكن، وأما ولد الجارية [٦٨/ب]؛ فلأن الولادة عيب في بنات آدم فيثبت الخيار لنقص الأمر لا لهلاك الولد.

وأما النماء الذي يخالف ما قدمناه فلا يدخل في البيع مثل الكسب؛ لأن الحقوق المتعلقة بالرقاب لا تسري إلى الاكتساب، وأما إذا أتلّف البائع النماء الذي [يدخل] في البيع ذهب بحصته من الثمن، تقسم على قيمة العقد يوم العقد وقيمة النماء يوم الاستهلاك؛ لأن البائع إذا استهلكه صار قابضاً له، والأتباع يضمن بالقبض، وإن لم [يضمن] ^(١) بالعقد.

وإذا ضمن النماء بالقبض اعتبرت قيمته يوم القبض، فإن استهلك النماء مستهلك ضمن قيمته، فكانت مع الأصل مبيعاً؛ لأنها قامت مقام الأصل، وقد بينا دخول الأصل في العقد فكذلك بدله.

قال: ولا خيار للمشتري في حدوث الزيادة إلا في ولد الجارية؛ لأن الخيار يثبت [لنقص] في المعقود عليه، وحدث النماء زيادة، وأما ولد الجارية فلا يثبت الخيار [فيه] للزيادة، وإنما يثبت للعب الحاصل في الأم، فإن استهلك البائع النماء بطلت حصته عن المشتري، ولا خيار له في قول أبي حنيفة إلا في ولد الجارية، وقال أبو يوسف ومحمد: له الخيار.

لأبي حنيفة: أن الولد لو هلك بأفة من السماء لم يثبت للمشتري الخيار

(١) في أ (يضك) والمثبت من ب.

على ما قدمنا ، وإن لم يسقط شيء من الثمن ، فإذا استهلكه^(١) البائع سقط بعض الثمن ؛ فلأن لا يثبت الخيار أولى .

وجه قولهما: أن الولد لو دخل في العقد فإذا استهلكه البائع تفرقت الصفقة فيه ، فيثبت الخيار كما لو كان موجوداً يوم العقد .

وهذا لا يصح ؛ لأنه استهلكه قبل أن يحصل له حصة مضمونة ، فلم يكن ذلك تفريقاً ، ألا ترى أنه لو كان كالموجود في حال العقد استوى هلاكه واستهلاكه في ثبوت الخيار ، وأحد لا يقول هذا .

١٣٨٧ . فصل : [ثمرة النخل فيما إذا اشترى النخل والأرض]

[قال أبو الحسن]: قال أبو يوسف: إذا اشترى أرضاً ونخلاً ، فأثمرت النخل فإن الثمرة داخلية في بيع النخل دون الأرض ، وقال محمد: [هي داخلية] فيهما .

ومعنى ذلك: أن عند أبي يوسف إذا استهلك البائع الثمر ، قسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة النخل ، فما أصاب النخل قسّمته على قيمته يوم العقد ، وقيمة الثمر يوم الاستهلاك .

ووجه ذلك: أن الأرض والنخل كل واحد منهما يصح إفرادها بالعقد فالنماء من أحدهما يتبعه خاصة ، ولا يتبع الآخر ، كمن اشترى جاريتين فولدت إحداهما دخل الولد في [في بيع أمه] دون الأخرى ، كذلك هذا .

وأما محمد: فيقسم جملة الثمن على قيمة الأرض والنخل يوم العقد وقيمة

(١) في أ (أُتلفه) .

[التمر] يوم الاستهلاك .

ووجه ذلك: أن النخل يدخل في بيع الأرض على طريق التبع .

ألا ترى أنه لا يفتقر دخوله إلى تسمية ، ولو كان هلك لم يسقط بهلاكه شيء ، فصار كمن اشترى جارية فولدت ولداً وكبر ولدها في يد البائع ، وولدت ولداً أن الثمن يقسم عليهم .

يعتبر قيمة الأم يوم العقد ، وقيمة الولدين يوم القبض ، كذلك هذا . [1/69] .

قال: وما حدث من النماء بعد القبض فليس بداخل في العقد دلالة ، [ولا حصة له] ^(١) من الثمن ؛ لأن العقد لم يقع عليه ، ولا وقع عليه التسليم [الموجب] ^(٢) بالعقد ، فصار كسائر أموال المشتري . والله أعلم ^(٣) .



(١) في ب (دلالة حصته) والمثبت من أ .

(٢) في ب (الواجب) والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ٤٨١/٢ .

بَابُ الزِّيَادَةِ فِي الْبَيْعِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الزيادة في البيع بعد وقوعه وتمامه جائز عند أصحابنا جميعاً من البائع والمشتري إذا كانت الزيادة فيما لو استؤنف العقد عليها وعلى المزيد فيه جاز.

أما جواز الزيادة في المبيع والثلث فهو قول أصحابنا إلا زفر، فإنه قال: الزيادة هبة مبتدأة، إن قبضت استحقت وإلا بطلت.

وقال الشافعي في الزيادة في المجلس مثل قولنا، وبعد المجلس مثل قول زفر^(١).

لنا: أن العقد في ملكهما بدلالة جواز الفسخ فيه، فجاز إلحاق الزيادة به كحال العقد؛ ولأن البيع يقع على جارية فتلد قبل القبض فيدخل ولدها في البيع، وإذا جاز إلحاق الزيادة بغير تراضٍ من طريق الحكم؛ فلأن يجوز مع التراضي أولى، وعلى الشافعي أن العقد في ملكهما، فجاز إلحاق الزيادة به كحال المجلس.

وجه قول زفر: أن المبيع داخل في ملك المشتري، والثلث في ملك البائع، فإذا زاد المشتري فهو يبذل العوض عن ملك نفسه، وهذا لا يجوز.

والجواب: أن هذا العوض عندنا يلحق بالعقد من طريق الحكم ويصير

(١) انظر: المهذب ٣/١٣٤.

كالموجود فيه ، فلا يكون دفع عوض عن ملكه ؛ (ولأن فيه فلا يكون دفع عوض عن ملكه)^(١) ؛ ولأن الموهوب له إذا قبض الهبة ثم عوّض عنها جاز ، وإن كان بدفع العوض عما هو في ملكه .

فأما شرط أبي الحسن: أن تكون الزيادة مما يجوز استئناف العقد [عليها]^(٢) والمزيد عليه بحيث يجوز العقد عليه .

فإنما شرط ذلك لأحد أمرين: أحدهما: أنه ذكر اجتماعهم^(٣) والزيادة المتفق عليها ما كانت بهذه الصفة ، فأما على قول أبي حنيفة فلا يحتاج إلى هذا الشرط ؛ لأن الزيادة الفاسدة تلحق عنده وتفسد ، والزيادة بعد هلاك المعقود عليه [تلحق] ، أو يكون هذا الشرط ذكر في لزوم الزيادة لا في لحوقها ؛ لأن الزيادة الصحيحة تلحق ويلزم ، والفاسدة عنده تلحق ولا يلزم ؛ لأن العقد عنده يبطل .

قال أبو الحسن: وسواء كان ذلك قبل القبض أو بعده ؛ لأن العقد في ملكهما في الحالين ، وهذا هو المعنى المُجَوِّز للزيادة .

قال أبو الحسن في تفسير هذه المسألة: إذا كان المبيع عبيدين فزاده المشتري مائة جاز وانقسمت على قيمتهما ، وكأن الثمن في الأصل ألف ومائة ، وكذلك لو كان لكل عبد ثمن مسمى فزاده مائة ، انقسمت على قدر [الثمنين]^(٤) ، ولو زاد في العشرة واحداً ، انقسمت على قدر الثمنين ؛ وذلك لأنه إذا زاده [٦٩/ب]

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ ، ولعلها هنا مؤكدة .

(٢) في ب (بها) والمثبت من أ .

(٣) في أ (إجماعهم) .

(٤) في ب (القسمين) والمثبت من أ .

في العبدین مائة فقد جعلها بدلاً عنهما ، والبذل عن الشيئين المختلفين ينقسم على قيمتهما كأصل الثمن ، وكذلك إذا كان سمي لكل عبد ثمناً ثم زاده مائة مطلقة فيهما انقسمت على قيمتهما ؛ لأن المائة بدل مطلق فصار كالأصل إذا كان مطلقاً ، فأما إذا زاده في العشرة واحداً فإن الزيادة أتبعها الثمن ، فوجب أن يقسم على قدره .

ألا ترى أنها لو قسمت على القيمة لصارت في أحدهما أقل من واحد في العشرة ، وفي الآخر أكثر ، وهذا ضد ما قصده .

قال أبو يوسف : فإن اشترى عبدین صفقة واحدة بألف ، فحط المشتري عنه مائة كان الحط نصفين ، والحط مخالف للزيادة ؛ وذلك لأن الحط لا يكون إلا من ثمن ولا يتبع القيمة ، فإذا قال : حطت من ثمنهما مائة ، فقد أدخلهما في الإطلاق على وجه واحد ، [فتساويا] (١) .

قال : وإذا زيد في المبيع ما لا يجوز بيعه ، أو لا يجوز الشراء به ، فقبّل الآخر [انفسخ العقد] عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : الزيادة باطلة والعقد بحاله .

لأبي حنيفة : أن كل (معاوضة) (٢) يملكها فيها تسمية عوض [صحيح] فإذا سمياً عوضاً فاسداً فسد العقد كحال العقد ؛ ولأن الزيادة الفاسدة معنىً يفسخ به العقد ، فإذا تراضيا عليها صار كتراضيهما بالفسخ .

وجه قولهما : أن الزيادة الفاسدة لا فائدة في إلحاقها ، وما لا فائدة فيه يلغو

(١) في ج (متساويين) والمثبت من أ .

(٢) في أ (حالة) .

ويصير كأن لم يكن ؛ ولأنها لا تملك لحق الله تعالى ، فلا يصح اشتراطها .

قال : وإن كان المبيع قد صار مما لا يجوز العقد عليه مثل أن يعتقه المشتري ، أو يستولد ، أو يدبر ، أو يكون عصيراً فيصير خمرأ ، أو يخرج المشتري عن ملكه ، فإن الزيادة جائزة عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا تجوز .

لأبي حنيفة : أن العقد في ملكهما ؛ بدليل أنه^(١) لو اطلع على [عيب]^(٢) بعد العتق أو الهلاك رجع بحصته من الثمن ، فجاز إلحاق الزيادة كما لو كان باقياً بحاله .

وجه قولهما : أن الزيادة تثبت في الحال وتستند إلى حال العقد ، فلا بد من اعتبار الطرفين ، فإذا كان المبيع في الحال لا يجوز العقد عليه ، لم تجز الزيادة في عوضه .

وعلى هذا الخلاف إذا زاد الزوج في مهر المرأة بعد موتها .

قال : وإذا زاد غير البائع أو المشتري في المبيع أو في الثمن ، فإن كان ذلك بأمر من زيد عليه جاز ؛ لأن الزيادة بأمره كزيادته [بنفسه]^(٣) ، ولو زاد بنفسه جاز ، فكذلك إذا زاد وكيله .

وأما إذا كان بغير أمره وقعت الزيادة على رضا من زادها عنه ، فإذا أجازها جازت وإن أبطلها بطلت ؛ لأنه بذل العوض عنه فصار كالعقد [له]^(٤) ، ثم لو عقد

(١) في أ (المشتري) .

(٢) في ج (العيب) والمثبت من أ .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) الزيادة من أ .



له عقداً وُوقف ، فكذلك إذا بذل عنه زيادة في عقدٍ وقف ، ولا [يجوز أن] ^(١) يقال : فهلا قلتُم وإنه يضمن الزيادة كما يضمنها الوكيل ؛ لأن الوكيل في الزيادة لا يضمن وإن أمر بالزيادة ، فإذا لم يؤمر أولى .

وإنما [١/٧٠] قلنا إنه لا يضمن وإن أمر [بالزيادة] ^(٢) ؛ لأن المعقود عليه في ملك العاقد ، فلا يصحُّ أن ينتقل إلى المتولي للزيادة [وهو الوكيل] ^(٣) ، وما لا يجوز أن ينتقل الملك فيه إلى الوكيل لا يضمن بعقده كالوكيل بالنكاح ، فإن ضمن هذا الزائد الزيادة جازت ، ولم يقف على رضا العاقد ؛ لأننا أوقفناها ^(٤) على رضاه ليسلم من جهته ، فإذا ضمنها المتولي للزيادة وبذلها ، فقد حصل [العوض] ^(٥) فلم يقف .

وهذه المسألة نظير ما قال محمد في الجامع الصغير : إذا قال الرجل : بع عبدك من فلان بألفٍ على أني ضامن لك مائة أخرى من ثمنه ، ففعل جاز ، وكانت هذه المائة زيادة في الثمن من جهة المخاطب .

قال : وإذا زاد أحد المتعاقدين الآخر فلم يقبل الزيادة حتى افترقا بطلت الزيادة ؛ لأنها عوض في العقد ، وإيجاب العقد إذا لم يصادفه القبول في المجلس بطل ، فكذلك إيجاب الزيادة .

قال أبو يوسف : وإذا اشترى عبداً بجزارية وتقابضا ، ثم مات أحدهما في يد

(١) الزيادة من أ .

(٢) الزيادة من أ .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) في أ (وقفنا) .

(٥) في ج (الغرض) والمثبت من أ .

مالكه ، ثم زاد أحدهما صاحبه ، فالزيادة جائزة عند أبي حنيفة وأبي يوسف .
أما على أصل أبي حنيفة : فلما بينا أن هلاك المعقود عليه لا يمنع الزيادة ،
فكذلك هلاك بعضه .

فأما أبو يوسف فيقول : إذا باع عبداً بجارية فهلك أحدهما بعد القبض
فالعقد قائم ؛ لأن الإقالة جائزة لبقاء ما تعين بالعقد ، فجازت الزيادة (كما لو لم
يهلك واحد منهما)^(١) .

وقد قالوا جميعاً في الحَطِّ (بعد هلاك المعقود عليه)^(٢) : [إنه] جائز ، قال
أبو يوسف : وهو استحسان ، أما أبو حنيفة : فالهلاك لا يمنع الزيادة عنده ، فلأن
لا يمنع الحط أولى .

وأما أبو يوسف فيقول : حكم الحَطِّ مخالف للزيادة ، ألا ترى انه يصح
ملحقاً بالعقد وغير ملحق ؛ لأن حط جميع الثمن يصح ولا يلحق ، وليس في
هلاك المعقود عليه أكثر من أن الزوائد [لا]^(٣) تلحق العقد ، وعدم اللحق لا
يمنع الحط على ما بينا ، وأما الزيادة فلا تصحُّ إلا [لاحقة]^(٤) ، فإذا كان المعقود
عليه بحيث لا يؤخذ عنه عوض لم يجز إلحاق الزيادة [فيه] .

قال : وإذا مات المتعاقدان جازت الزيادة بين ورثتهما ، كما كانت تجوز
لأبيهما^(٥) ؛ لأن الوارث قام مقام الميت .

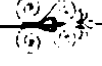
(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في أ (بعد الهلاك) .

(٣) المثبت من أ ، والسياق يدل عليه .

(٤) في ب (لحقه) والمثبت من أ .

(٥) في ب (بينهما) والمثبت من أ .



قال محمد: وإذا اشترى جارية [وقبضها، فماتت] ^(١) في يده، فزاد البائع المشتري جارية أخرى فالزيادة جائزة، وإن زاد المشتري البائع لم تجز الزيادة، فإن سلمها إلى البائع فله أن يرجع [فيها]؛ وذلك لأن زيادة البائع عوض عن الثمن، وحكم الثمن قائم فجازت في مقابلته، وزيادة المشتري عوض [عن المبيع] ^(٢)، والمبيع هلك فلا يجوز بذل العوض عنه ^(٣).



(١) في ب (وإن زاد المشتري البائع).

(٢) في ب (عنه) والمثبت من أ، وهو أوضح.

(٣) انظر: الأصل ٤٨٣/٢.

بَابُ

ما يكره من التفريق بين الرقيق

—•••••—

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في هذا الباب أن كل من اجتمع في ملكه مملوكان صغيران ، أو صغير وكبير وبينهما رَجِمَ مَحْرَمٌ ، لم يحل له أن يفرق بينهما في البيع حتى يبلغ الصغير ، سواء كان ملكهما [بالسبي] ^(١) ، أو الميراث ، أو الشراء .

وقال الشافعي: لا يجوز التفريق بين المملوكين إذا كان بينهما ولاد ، ويجوز فيما سوى ذلك ^(٢) .

فأما الدليل على امتناع التفريق بين المملوكين إذا كان بينهما ولاد قوله ﷺ: «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين الجنة» ^(٣) . وقال: «لا تجمعوا عليهم السبي والتفريق» ^(٤) . ولا خلاف في ذلك .

(١) في ب (بالسري) والمثبت من أ .

(٢) ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين ، وبعد السبع إلى البلوغ فيه قولان ، والأصح: - يجوز ؛ لأنه مستغن عن حضانتها - ، لكنه يكره ولا يحرم ، وهو الذي نصّ عليه في رواية المزني ، والتفريق بعد البلوغ لا يحرم بلا خلاف ، ولكنه يكره باتفاق الأصحاب . انظر: المجموع ٤٠٠/٩ .

(٣) أخرجه الترمذي بلفظ: (فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) (١٥٦٦) ؛ والحاكم في المستدرک بلفظ الترمذي ، وصححه على شرط مسلم ، ٦٣/٢ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ١٢٦/٩ . انظر طرقة في التلخيص الحبير ، ١٥/٣ .

(٤) أورده السرخسي في المبسوط ، ١٣٩/١٣ وعزاه للدارقطني في مسنده .

فأما مَنْ سواهم من ذوي الأرحام فالدليل على امتناع التفريق بينهما ما روي (أن رسول الله ﷺ دفع إلى عليّ ﷺ مملوكين أخوين فباع أحدهما، فقال له: اذهب فاسترد)؛ ولأن بينهما رَحِمًا كاملاً فيمنع التفريق كالوالدين؛ ولأنه ثبت لبعضهم على بعض حق الحضانة فيمنع التفريق بينهم كالأم.

وقد قال أصحابنا: لا يحل التفريق حتى يبلغ الصغير، وقال الشافعي: إذا بلغ سبع سنين جاز التفريق.

والذي يدل عليه ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا تجمعوا عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية»^(١). ذكره الدارقطني في سننه؛ ولأن المنع من التفريق إنما ثبت لحاجة الصغير إلى الكبير، وهذا المعنى لا يستغنى عنه إلا بالبلوغ كالحضانة في حق الحرة.

وقد قال أصحابنا: إذا فرق بين مملوكين فباع أحدهما، جاز البيع وقد [أثم]^(٢)، وقال الشافعي: البيع باطل، وقال أبو يوسف: البيع باطل في الوالدين جائز في الأخوين، وقال الحسن [بن زياد]: البيع باطل في الجميع.

لنا: أن النهي عن التفريق ليس لمعنى في نفس العقد، وإنما هو لمعنى في غيره: وهو الضرر الذي يلحق الصغير، والنهي إذا كان لمعنى في غير النهي عنه لم [يفد]^(٣) الفساد، كالبيع عند أذان الجمعة، وعلى الشافعي: أن التفريق مع

(١) أورده ابن حجر في الدراية بلفظ آخر، وقال: «أخرجه الدارقطني [٦٨/٣] وصححه الحاكم [في المستدرک ٦٤/٢] وفي إسناده عبد الله بن عمرو بن حسان وقد كذبه ابن المديني» ١٥٤/٢. ورواه البيهقي في الكبرى، ونقل عن الدارقطني نحو كلام ابن حجر. ١٢٨/٩.

(٢) في ب (تمّ) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يفسد) والمثبت من أ.

الرحم لا يوجب فساد البيع كالأخوين .

وجه قول أبي يوسف: أن الحرمة التي بين [الوالدين والولد أكد من الحرمة التي بين الأخوين ؛ ولهذا ورد النص بتغليظ التفريق بين [الوالدة وولدها ؛ فلذلك فسد البيع في الوالدين ولم يفسد في الأخوين .

قال: وإذا اجتمع مع الصغير عدد من أقاربه في ملك واحد، فقد روى بشر عن أبي يوسف: أنه لا يفرق بينه وبين واحد منهم اختلفت جهات قرابتهم أو اتفقت، فالمختلف كالعمة والخالة، والمتفق كالخالتين والأخوين .

قال: وكذلك لا يفرق بينه وبين الأبعد وإن وجد الأقرب، فقال: إذا اجتمع مع الصغير أبواه وجداه لم يفرق بينه وبين الجددين، وروى ابن سماعة عنه: أنه يجوز التفريق بين الصغير وبين الأبعد إذا وجد من هو أقرب منه .

وقال محمد في الزيادات: إذا اجتمع في الصغير أبواه لم يفرق بينه وبين واحد منهما، وجاز أن يفرق بينه وبين من سواهما، وإذا اجتمعت القرابات غير الأب والأم [١٢٦/ب] فإن كانت من جهات مختلفة (كأب الأب، وأم الأم، والخال والعمة)^(١)، لم يفرق بينه وبين واحد منهم، فإن كانوا من جهة واحدة كالإخوة والعمات والخالات جاز بيعهم إلا واحداً منهم، ويجوز بيع البعيد إذا وجد من هو أقرب منه .

وجه قول أبي يوسف الذي رواه بشر: أن المنع في التفريق [لأنس]^(٢) الصغير بأقاربه ووحشته بفراقهم، وهذا المعنى يوجد في البعيد مع القريب .

(١) في أ (كأم الأب وكأم الأم والخال والعمة).

(٢) في ب (سن) والمثبت من أ .

[وأما رواية ابن سماعة؛ فلأن التفريق أجري مجرى حق الحضانة، وذلك لا يثبت للبعيد مع القريب]^(١).

وجه قول محمد: أن القرابة إذا كانوا من جنس واحد، فلهم نوع واحد من الشفقة، وذلك النوع موجود في أحدهم، فلم يستضر الصغير ببيع الباقيين، وإذا اختلفت الجهات فلكل جهة ضرب من الشفقة يخالف الأخرى، فلم يتعوض الصغير بأحدهما من الآخر، (فمنع)^(٢) من بيع الجميع.

قال: وإذا وجب في أحدهما حق بجناية جناها، أو بدين لزمه أو اشتراهما فوجد بأحدهما (عيباً بعد القبض ردّ المعيب، ودفع الجاني، وبيع المدين)^(٣)، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، إلا أن محمداً روى عن أبي حنيفة أنه قال: أكره للمولى دفعه بالجناية، وأحبّ له أن يفديه، وقال أبو يوسف في العيب: يردهما جميعاً.

قال الشيخ: والأصل في هذا أنه متى تعلق بأحدهما حق لم يكره التفريق؛ لأننا لو لم نفرق لأسقطنا حق المولى.

ألا ترى أنا نلزمه المعيب ونعين عليه الفداء، وقد يكون أكثر من قيمة العبد، ونوجب عليه قضاء الدين، وإذا فرقنا أسقطنا حق العبد، فإذا لم يكن [بد]^(٤) من إسقاط أحد الحقين كان إسقاط حق العبد أولى، وإنما قال أبو حنيفة:

(١) الزيادة زيدت من أ.

(٢) ما بين القوسين سقطت من أ.

(٣) وفي أ (فرد بعد القبض برد المعيب، ويدفع الجاني وبيع المدين).

(٤) في ج (له ذلك) والمثبت من أ.



أستحب في الجناية الفداء ؛ لأن المولى مخير بين ذلك وبين الدفع ، فإذا خُير بين التفريق وغير التفريق على وجه واحد ، فترك التفريق أولى .

فأما الذي قاله أبو يوسف [في الرد بالعب ، فليس بصحيح ؛ لأنه يؤدي إلى ردّ الصحيح بعد القبض بعب في غيره ، وهذا لا يجوز ، كما لو كانا أجنبيّين .

وأما أبو يوسف^(١) فيقول : لما لم يجز التفريق ووجب الرد في المعيب ، ردّهما كما قبل القبض ، ولا يكره عتق أحدهما ولا كتابته ؛ وذلك لأن المنفعة التي تحصل بالعتق أكثر من الضرر الذي يوجد في التفريق ، والضرر الذي قابله نفع وهو أكثر منه لم يمنع منه ، وكذلك الكتابة يتوصل بها إلى العتق فهي كالعتق ، وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة : أنه كره بيع أحدهما لمن يعتقه نسمةً ، وأجاز البيع ، وقال أبو يوسف : أفسخه ، وقال محمد : لا بأس بذلك .

وجه قول أبي حنيفة : أنه إذا شرط العتق في العقد فسد العقد ، وإن شرط^(٢) في غير العقد لم يجب الوفاء به ، فاستضرر بالتفريق من غير نفع حاصل فكُره ، وأما أبو يوسف فقال : أفسخ العقد ؛ لأن البيع الذي شرط فيه العتق بيع فاسد ، ففسخ للفساد لا للتفريق ، وأما محمد فيقول : الغالب أن من اشترى عبداً نسمةً وفى بالشرط ، فيحصل له منفعة العتق ، وذلك يوحى على التفريق ، ويجوز أن يكون محمد أجاب في الموضع الذي يجب الوفاء بالعتق ، وهو أن يقول للمشتري : إن اشتريته فهو حر عن كفارتي فيحصل العتق لا محالة ، وأجاب أبو حنيفة في العتق الذي للمشتري أن يفى به ، وله أن لا يفى به .

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ ، وساقطة من ج .

(٢) في أ (وإن لم بشرط) .

وقد قالوا في الصغير: إذا راقق فبيع باختياره [ورضاه، أنه لا] ^(١) يكره ذلك؛ لأن [المنع] للضرر الذي يلحقهما، فإذا اختار التفريق دلَّ ذلك على ما يقع لهما فيه، فيجوز ^(٢).



(١) في ج (ورضا أمه لم) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥٢٠/٢ ما بعدها.

بَابُ الإقالة



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في جواز الإقالة^(١) قوله عليه [الصلاة والسلام]: «من أقال نادماً ببيعته أقاله الله عشرته يوم القيامة»^(٢). ولأن العقد انعقد بتراضيهما، والإقالة رفع له، فصارت كالطلاق في النكاح، وإذا ثبت هذا فقال أبو حنيفة: الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع في حق غيرهما، بمعنى أن الشفعة تتعلق بها.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنها بيع بعد القبض فسخ قبله.

وقال أبو يوسف: هي بعد القبض وقبل القبض فسخ إلا في العقار، فإنها بيع قبل القبض وبعده^(٣).

وقال محمد: إن كانت بغير جنس الثمن (الأول)^(٤) أو بأكثر منه فهو بيع، وإن كانت بمثل الثمن (الأول)^(٥) أو أقل، فهي فسخ بالثمن، ويبطل بشرط

(١) الإقالة في اللغة تعني: الرفع والإزالة. ومن ذلك الإقالة في البيع؛ لأنها رفع للعقد ونقض وإبطال. واصطلاحاً: «رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره، بتراضي العاقدين». معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٧٢.

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٤٠٢/١١؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٧/٦؛ وفي التيسير بشرح الجامع الصغير: (إسناده ضعيف)، ٤٠٣/٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ١٨٢.

(٤) ساقطة من أ.

(٥) ساقطة من أ.

النقصان ، (وكذلك إن أجل الثمن)^(١).

وقال زفر: هي فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما ، ولم يوجب فيها الشفعة .
 لأبي حنيفة: أن الإقالة عبارة عن الرفع يقال أقال الله عشرته بمعنى: رفعها ،
 والرفع: هو الفسخ ؛ ولأنها تصح من غير تسمية عوض ، فلو كانت بيعاً لم تجز
 إلا بعوض مسمى ؛ ولأنها تصح في عبدٍ حيٍّ وعبدٍ ميتٍ ، وابتداء البيع لا يجوز
 على هذا الوجه ؛ ولأنها اختصت باسم ، وكل عقد خصَّ في الشرع باسم اختص
 بمعنى ؛ بدلالة النكاح والإجارة ، ولا معنى يختص بالإقالة إلا ما ذكرنا .

وجه قول أبي يوسف: أن الإقالة نقل ملك بعوض ، وهذا معنى البيع ، وعقد
 البيع لا يقف على لفظ البيع إذا وجد معناه ، فإذا كان معنى البيع موجوداً والبيع
 يصح في المبيع بعد القبض [كانت] بيعاً ، [وليس]^(٢) يسري كذلك قبل القبض ؛
 لأننا لو جعلناها بيعاً كان بيعاً فاسداً ؛ لأن بيع الأعيان المنقولة قبل القبض لا
 يصح ، فوجب حمل ذلك على وجه صحيح وهو الفسخ ، ولهذا قال إنها بيع في
 العقار قبل القبض ؛ لأن بيعه جائز .

وجه قول محمد: أنهما لما عدلا (عن جنس الثمن إلى جنس آخر ، وعن
 مقداره إلى ما هو أكثر منه ، دلَّ على أنهما)^(٣) لم يقصدا الفسخ ؛ لأن الفسخ لا
 يقع إلا (على ما)^(٤) وقع عليه العقد ، فكان ذلك بيعاً ، وليس كذلك إذا ذكر أقل

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في ج (يسر) والمثبت من أ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) في أ (عمّا) .

من الثمن ؛ لأن السكوت عن بعض الثمن كالسكوت عن جميعه ، ولو سكت عن جميعه صحت الإقالة ، فكذلك إذا سكت عن بعضه .

وقد قال محمد في كتاب الشفعة: إن الشفيع إذا قضى له بالشفعة وطلب منه المشتري أن يقيه فيها بزيادة ثمن ، فالزيادة باطلة في قول أبي حنيفة ومحمد ، وإنما وافقه^(١) محمد في هذه المسألة ؛ لأنه حملها على الإقالة قبل قبض الشفيع الدار ، ومن أصله: أن بيع العقار قبل القبض لا يصح ، فحملة على الفسخ .

وقد ذكر في المأذون في الإقالة بأكثر من الثمن [إنها في قول أبي يوسف ومحمد ، وهذا يدل على مسألة الشفعة ، وإنما قلنا]^(٢): أنها بيع في حق الغير ، (وعلقا)^(٣) بها الشفعة .

وصورة ذلك: أن يبيع الرجل داراً فيسلم الشفيع الشفعة ثم يتقايل البائع والمشتري ، فللشفيع الشفعة ، وقال زفر: لا شفعة له .

والوجه في ذلك: أن الإقالة نقل ملك بعوض ، والشفعة تتعلق بذلك ، فلما عبّرا عنها بالإقالة فقد أرادا إسقاط حق الشفيع وهما لا يملكان ذلك ؛ ولأن الدار عادت إلى ملكه بقبوله ورضاه فصارت كالبيع المبتدأ .

وجه قول زفر: أن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بخيار الشرط إذا ثبت ما قدمنا ، فقال أبو حنيفة: إذا تقايلا بأكثر من الثمن ، أو أقل ، أو بجنس آخر ، أو أجّلا الثمن صحت الإقالة بالثمن وبطل ما شرطاه .

(١) في أ (وافق محمد أبا حنيفة) .

(٢) ما بين المعقوفتين سقطت من ج ، والزيادة من أ .

(٣) في أ (وعلقنا) .

وقال الشافعي: الإقالة باطلة^(١). وهذا لا يصح؛ لأنه فسخ شرط فيه زيادة بدل، فصح الفسخ وبطل الشرط، كالفسخ بالخيار^(٢).

قال: وقبول الإقالة على المجلس؛ لأنه نقل ملك بالعوض كالبيع؛ ولأن الإقالة إذا أوجبها المشتري فإن البائع يحتاج إلى الارتياح والنظر، وذلك يتقدر بالمجلس كخيار القبول.

قال: وتصح الإقالة بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، وقال محمد لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي، والأصل في ذلك: أن الإقالة لا يحضرها السوم في العادة فصارت كالنكاح.

وجه قول محمد: أنها تمليك مال بعوض كالبيع.

قال: وتصح الإقالة إذا كان ما وقع عليه العقد عيناً قائمة في يد المشتري، وسواء كان البيع على شيئين بأعيانهما بقيا جميعاً، أو بقي أحدهما إذا بقي في البيع ما يجوز فسخ البيع فيه بعيب جازت الإقالة، وإن لم يبق ذلك لم تجز الإقالة.

قال الشيخ: وجملة هذا أنه إذا بقي ما يعين بالعقد، أو بشيء منه جازت

(١) الإقالة: فسخ للعقد في الأظهر، وليست ببيع على المشهور من المذهب، سواء كانت قبل القبض أو بعده.

والإقالة جائزة، وتصبح مندوبة، فتسن الإقالة إذا ندم أحدهما على البيع مثلاً، فيستحب للآخر إقالته؛ للأحاديث الواردة في ذلك. انظر: المزني ص ٩٢؛ المهذب ٣/١٨١؛ المجموع [تكلمة السبكي] ١٣/١٦٠؛ مغني المحتاج ٢/٦٥.

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/١٠٢.

الإقالة منه ؛ لأن العقد قائم لبقاء ما تعين به ، والإقالة وُضِعَتْ لرفعه فما دام قائماً جازت الإقالة ، وإن (لم يبق) ^(١) ما تعين بالعقد لم يبق العقد ، فلا معنى لرفعه ، ولهذا قالوا إذا باع عبداً بثمن فهلك العبد مع بقاء الثمن لم تصح الإقالة ^(٢) ؛ لأن الثمن لم يقع العقد عليه ، وإنما هو مأخوذ عما وقع عليه العقد ، وإذا لم يبق المعقود عليه لم يبق العقد ، فلم تصح الإقالة ^(٣) .



(١) ما بين القوسين ساقطة من الأصل .

(٢) في أ (لم يصح العقد) .

(٣) انظر: الأصل ١١/١٨٤ ، ١٨٥ .

بَابُ بيوع أهل الذمة

—•••••—

قال أبو الحسن: ما جاز بيعه بين المسلمين جاز بين أهل الذمة^(١)، وما بطل بين المسلمين بطل بين أهل الذمة، إلا الخمر والخنزير فإن بيعهم في ذلك جائز. قال الشيخ: والأصل في ذلك أن جميع الناس في حكم الشريعة سواء إلا ما دلَّ عليه الدليل.

ألا ترى أن النبي ﷺ قال: «بعثت إلى الأحمر والأسود»^(٢). وإذا صاروا في حكم الشريعة سواء^(٣) حملوا عليها.

فأما الخمر والخنزير فالدليل على جواز بيعهم فيهما: أنهم أُقِرُّوا بعقد الأمان على أنها مال لهم، فلو لم يجز تصرفهم فيها لخرجت من أن تكون مالاً، و[في] هذا خفر الأمان، وليس كذلك الربا؛ لأننا إذا منعناهم منه لم تخرج الأموال من أن تكون مالاً [لهم]؛ لأنهم يتصرفون فيها لا على وجه الربا؛ ولأن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر: «إما أن تذرؤا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله»^(٤)،

(١) الذمَّة - بكسر الهمزة - والجمع ذمم: العهد والأمان.

عقد الذمَّة: عهد يُعطى للمواطنين غير المسلمين في دولة الإسلام، بالحفاظ على أرواحهم وأموالهم وعدم المساس بأديانهم. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (ذمم).

(٢) ذكر في كشف الخفاء ضمن الأحاديث التي لا يعرف لها إسناد، ٤٥٠/١، ٤٥١.

(٣) في أ (وإذا تساوا في حكم الشريعة).

(٤) أورده الهيثمي في مجمع الزوائد، في كتاب النبي ﷺ إلى البحرين (في حديث طويل)، وقال: =



ولم يكتب إليهم في الخمر بشيء ، فدل على اختلافهما .

وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلغه أن المسلمين بالشام يأخذون الخمر والخنزير في الجزية ، فكتب إلى عماله : ولوهم بيعها وخذوا أثمانها ، فسمى العقد عليها بيعاً ، وعوضها ثمناً ، وهذا يدل على (جواز) ^(١) البيع ؛ ولأنه مال لهم أقروا على التصرف فيه ، فجاز بيعه كسائر أموالهم .

قال : وإذا باع ذمّي خمرًا أو خنزيرًا ، ثم أسلم أو أسلم أحدهما قبل القبض انتقض البيع ، وإن كان ذلك بعد قبض الخمر والخنزير جاز البيع ، قبض الثمن أو لم يقبض .

والأصل في هذا : أنه طرأ على العقد قبل القبض [ما أوجب] ^(٢) تحريم مثل ذلك العقد ، فبطل العقد بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة أبطل من الربا ما لم يقبض ، ولم يتعرض لما قبض بالفسخ ، وهذا معنى قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ﴾ [البقرة: ٢٧٨] ؛ ولأن القبض يملك به التصرف كما أن العقد يملك به العين ، فإذا كان الإسلام يمنع العقد (مع) ^(٣) القبض ، (فكذلك يمنع القبض بعد العقد) ^(٤) ، فأما المقبوض فقد تمّ العقد فيه ، فالتحريم بعد تمام العقد لا يؤثر في العقد كالربا .

قال : فإن صارت خلاً قبل القبض فالمشتري بالخيار : إن شاء قبض ، وإن

= (رواه الطبراني من رواية داود بن المحبر عن أبيه ، وكلاهما ضعيف) ، ٣١٣/٥ ، ٣٤١ .

(١) في أ (صححة) .

(٢) الزيادة من أ .

(٣) في أ (منع) .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ .



شاء ترك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفي قياس قول محمد: العقد باطل .
 لهما: أن العقد وقع صحيحاً ، وإنما تعذر فيه القبض بالإسلام ، فإذا صارت
 خلاً أمكن القبض ، فزال المعنى المفسد فيصح العقد ، إلا أن الخيار ثبت لتغيير
 الصفة .

وجه قول محمد: أن العقد بطل بالإسلام فلا يصح إلا باستئناف ، وهذا
 الخلاف بناه أبو الحسن على مسألة قد قدمناها: وهي المسلم يشتري من المسلم
 عصيراً فيصير خمراً قبل القبض ، وقد بينا هذه المسألة .

١٣٨٨ - فُصِّل: [إجبار الذمي ببيع العبد المسلم]

وإذا اشترى الذمي عبداً مسلماً جاز البيع ، وأجبر على بيعه صغيراً كان المالك
 أو كبيراً ، [يجبر]^(١) ولي الصغير على بيعه ، فإن لم يكن له ولي أقام الحاكم له ولياً .

وقال الشافعي: في أحد قوليه: البيع باطل .

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى^(٢) مصحفاً .

والدليل على ما قلنا: أن الكافر يملك المسلم بالميراث ، فجاز أن يملك
 بالشراء كالمسلم ؛ ولأنه يجوز له بيعه فجاز له شراؤه كالعبد الكافر (أو كالصبي
 المملوك إذا أسلم بنفسه)^(٣) ؛ ولأن المنع من ملك الكافر المسلم لحرمة المسلم ،
 والحرمة في المملوك تمنع استدامة الملك ولا تمنع الملك كالأبن إذا اشترى

(١) في ج (لجبر) والمثبت من أ .

(٢) في أ (باع) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

أباه، وإنما [قلنا إنه] يجبر على إخراجه من ملكه؛ لأننا لو بقيناه [على ملكه] لاستذله بالاستخدام، والكافر لا يُمكن من استدلال المسلم، فأما الصغير، فلو بقينا المسلم على ملكه لاستخدمه، ولا يمكن إلزام الصبي البيع، فيلزم ذلك وليه المالك التصرف عليه.

قال أبو الحسن: وسواء كان المردود عليه مسلماً أو كافراً، ثم يجبر المردود عليه إذا كان كافراً.

قال الشيخ: وهذا جواب مسألة أغفل سؤالها: وهي الكافر إذا اشترى من الكافر عبداً مسلماً شراءً فاسداً، فإنه يجبر على رده عليه، ويجبر البائع على بيعه؛ لأن فسخ البيع الفاسد يجب لحق الله تعالى، فلو أجبرنا المشتري على البيع (كنا قد قررنا)^(١) البيع الفاسد، وهذا لا يجوز، فكذلك فسخ البيع الفاسد، ثم أجبر البائع على بيعه حتى يكون قد أدى الحقين.

قال: وكذلك إذا أسلم عبد الذمي بعد أن ملكه؛ لأنه لا يجوز أن يستديم الملك فيه بعد الإسلام، فيجبر على البيع.

قال: فإن أعتقه الذمي جاز؛ لأنه على ملكه وقد أزال ملكه عنه بالعتق فهو كالبيع، وإن دبره جاز؛ لأنه على ملكه ويستسعي المدبر في قيمته؛ لأننا لو بقيناه على ملكه لاستخدمه، [ولا يجوز بيعه]^(٢)، ولا يجوز أيضاً أن يزال ملكه عنه بغير عوض، فلم يبق إلا السعاية التي يتوصل إلى زوال الملك، فإن كانت أمة فاستولدها قضي عليها بالسعاية؛ لأن الاستيلاد صادف ملكه فتعدى، فلا يجوز

(١) في أ (لقررنا).

(٢) الزيادة من أ.

تبقيتها على الملك فيستخدمها ، ولا يجوز إزالة ملكه بغير عوض ؛ لأن كل ذلك استحق إزالته ، فإن الحاكم يزيله بعوض ، ولا عوض في أم الولد إلا السعاية ، ويؤجّع الذمي ضرباً ؛ لأنه وَطِيَّ مسلمة ، وهذا وطءٌ محرم ليس عليه حد في الشريعة ، فيجب فيه التعزير ، فإن كاتبه جازت الكتابة ؛ لأنها صادفت ملكه ، ولا يعترض عليه ؛ لأن الكتابة إزالة اليد ، ومنعت الاستخدام وهذا هو المقصود ، فإن عتق فقد زال ملك الذمي عنه ، وإن عجز أجبر على بيعه كالأبتداء ، وكذلك الذمي إذا ملك شِقْصاً من مسلم ؛ لأنه يملك استخدام الشقص .

ألا ترى أن العبد يخدم كل واحد من مواليه بقدر حقه [فلذلك يجبر]^(١) على بيعه كما لو ملك جميعه .

قال : وإذا كان أحد المتعاقدين مسلماً والآخر ذمياً لم يجز بيعهما إلا بما يجوز بين المسلمين ؛ وذلك لأن المسلم [منهما]^(٢) لا يجوز له تملك الخمر ولا تملكها ، فلم يصح عقد الآخر معه عليها .

قال : وإذا كانا ذميين أحدهما وكيل المسلم في بيع خمر أو شرائها ، جاز ذلك عند أبي حنيفة وأمر المسلم أن يخللها ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز .

لأبي حنيفة : أن حقوق العقد تتعلق بالعاقدين ، وهما كافران يجوز لهما التصرف في الخمر فجاز عقدهما ، ولم يعتبر المالك كالمأذون الكافر إذا كان مولاه مسلماً ؛ ولأنَّ من أصلنا : أن المشتري ينتقل إلى الوكيل ويملكه الموكل من طريق الحكم ، والمسلم يجوز أن يملك الخمر حكماً ، كما لو مات أبوه وهو حلال

(١) في ج (فأجبر) والمثبت من أ .

(٢) في ج (فيهما) والمثبت من أ .



قد صنع الخل فاشتد قبل (أن يصير خلًّا)^(١) انتقل إلى الوارث، كذلك هذا.

وجه قولهما: أن المسلم لا يملك شراء الخمر فلا يملك الأمر بها، وإذا لم يصح أمره بقي الوكيل متصرفاً بغير أمره فيكون ما اشتراه له^(٢).

١٣٨٩ - قال الشيخ: ومن مسائل هذا الباب

إذا اقترض النصراني [من النصراني] خمرًا ثم أسلما أو أسلم أحدهما، فإن كان المقرض هو المسلم سقطت الخمر في قولهم؛ وذلك لأن المطالبة بالدين سقطت على التأييد من جهة صاحب الحق كالبراءة، وأما إذا أسلم المقرض فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن الخمر تسقط، وذلك لأن إسلام أحد المتقارضين صار كإسلام المقرض، (فيوجب سقوط الخمر بغير شيء)^(٣).

وقد روى محمد [و] عافية وزفر عن أبي حنيفة: أن الخمر لا تسقط، وهو قول محمد؛ لأن التسليم تعذر بفعل المسلم، فصار كما لو استهلك بعد إسلامه خمرًا على ذمي (فيلزمه قيمتها. والله تعالى أعلم بالصواب)^(٤).



(١) في أ (أن يحمض).

(٢) انظر: التجريد، ٢٦٢٦/٥ وما بعدها.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

بَاب اختلاف البائع والمشتري في المبيع

—•••••—

قال أبو الحسن: وإذا اختلف البائع والمشتري فيما وقع عليه عقد البيع، أو في ثمنه، فالقول قول البائع، ويتحالفان ويفسخ البيع بينهما ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

قال الشيخ: قد بَيَّنَّا في باب السلم أن القياس ينفي التحالف، وأن الخبر ورد بخلاف القياس، وبَيَّنَّا ما ذكره محمد في كتاب الدعوى^(١)، فلذلك لم نعهده في هذا الموضوع.

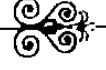
وأما قوله (يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه) فهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، (وذكر محمد في الزيادات: أن البائع يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بألفين)^(٢) ولقد اشتراه بألف، فجمع في اليمين بين النفي والإثبات، والصحيح أن الاقتصار على النفي هو الواجب؛ لأن الأيمان لم توضع على الإثبات وإنما وضعت على النفي.

وما ذكره في الزيادات وإنما جعله الإثبات تأكيداً للنفي، وهذا غير ممتنع.

ألا ترى أن البيئات وضعت للإثبات ثم جاز أن تؤكد بالنفي، فتشهد الشهود

(١) راجع أيضاً كتاب الدعوى بشرح الجامع الصغير للصدر الشهيد، ص ٤٨٩ وما بعدها.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.



أن فلاناً مات وأن هذا وارثه ، ولا يعلمون له وارثاً غيره .

وأما قوله (ويفسخ البيع بينهما) فيدل على أنهما إذا تحالفا لم يفسخ البيع بالتحالف حتى يفسخه الحاكم ، وهذا صحيح لأن التحالف يسقط ما يدعيه كل واحد منهما من البدل ، فيفسد البيع بالتحالف لعدم بدله ، والبيع الفاسد لا بد له من فسخ .

قال: وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الآخر؛ لأن النكول بذل، وبذل الأعواض يجوز من طريق الحكم .

قال: والذي يبدأ به في اليمين المشتري ، فظاهر ما ذكره في الأصل وأشار إليه أبو الحسن في جامعه: أنه يبدأ بيمين البائع عند أبي حنيفة وزفر؛ لأنه قال: كان القياس أن يبدأ بيمين البائع ، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع . وقال: يبدأ بيمين المشتري ، وهذا قول محمد ولم يذكر رجوع أبي حنيفة ، وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يبدأ بيمين المشتري ، وهذا إذا كان بيع عين بثمان ، فإن كان باع عيناً بعين ، أو ثمناً بثمان ، بدأ القاضي بأيهما شاء في اليمين ، وقال الشافعي: يبدأ بيمين البائع^(١) .

والأصل في البداية بيمين المشتري: أن اليمين تطلب لفائدة النكول؛ ولهذا لا يستحلف فيما لا يستوفى بالنكول ، [ونكول]^(٢) المشتري تتعجل فائدته وهو تسليم الثمن ، ونكول البائع تتأخر فائدته؛ لأنه يقال له: أمسك المبيع حتى

(١) انظر: المهذب ٣/١٤٨ .

(٢) في ب (ويكون) والمثبت من أ .

تستوفي الثمن ، فكان تقديم يمين من (تتعجل فائدته بنكوله أولى)^(١) .

ولهذا قلنا في العين بالعين ، والثمن بالثمن ، أن القاضي يبدأ بأيهما شاء ؛ لأنهما تساويا في فائدة النكول ، وعلى الشافعي أن الاختلاف إذا حصل في البديل ابتداء يمين من في ذمته البديل كالاختلاف في المهر يبدأ بيمين الزوج بلا خلاف .

وجه قول زفر : قوله ﷺ : «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع»^(٢) ، فخصه بالذكر ، وأقل (أحوال)^(٣) فائدة التخصيص التقديم .

ثم قال : وإذا وقع الاختلاف في صفة ما في الذمة كالمُسَلَّم فيه تحالفا ، فإن وقع في صفة الأعيان لم يتحالفا ، وقد بينا أن الفرق بينهما : وهو أن العقد على ما في الذمة عقد على الصفة ، فالاختلاف فيهما اختلاف في عين المعقود عليه .

فأما الأعيان فالمعقود عليه العين ، فالإختلاف في صفتها اختلاف في المعقود ، فلا يوجب التحالف كالاختلاف في البراءة من العيوب .

قال : وأيهما أقام البينة فالبينة بينته ؛ لأنه لا يقابلها إلا الدعوى ، والبينة مقدمة على الدعوى ، فإن أقاما جميعاً البينة ، فالبينة بينة البائع في الثمن ، وبينة المشتري في المبيع ؛ لأن كل واحدة من البينتين أثبتت الزيادة ، والبينة المثبتة للزيادة أولى .

(١) في أ (من تعجلت فائدته أولى) .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه بلفظ : «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه ، فالقول ما قال البائع .» (٢١٨٦) ؛ والدارقطني ، ٢٠/٣ ؛ ومالك في الموطأ (١٣٥٠) .

(٣) في أ (ما تقتضيه) .

قال: فإن كان المبيع قد هلك في يد المشتري، أو خرج عن ملكه، أو صار بحال لا يقدر على ردّه بعيبٍ، فالقول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كان الثمن ديناً، وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع ويجب على المشتري القيمة، وهو قول الشافعي^(١).

لهما: ما روي في حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة في يد المشتري، تحالفا وترادا، وإن هلك المبيع فالقول ما قال المشتري»^(٢). فلأنه سبب في الفسخ فلا يجوز مع هلاك المبيع كالإقالة والرد بالعيب، ولا يلزم إذا باع [عبداً بجارية]^(٣) وسلمها وهلك العبد قبل القبض، ثم اختلفا؛ لأنه لم يهلك جميع المبيع وإنما هلك بعضه، ولأننا سوينا في العلة بين الفسخ بالتحالف وبين الفسخ بالإقالة، وهما يتساويان في تلك المسألة؛ لأن الإقالة جائزة بعد هلاك العبد، وقد قال محمد في المبيع: إذا استهلك في يد البائع فأخذ قيمته ثم اختلفا تحالفاً، وهذا لا يجوز أن يكون قوله خاصة؛ لأن التحالف [يثبت] الفائدة، [فلو تحالفا بعد الهلاك، لرجع إلى قول المشتري في القيمة، فيجوز أن يعترف]^(٤) مما اعترف به من الثمن، فلا يستفاد بالفسخ فائدة، ومالا فائدة فيه فلا معنى لإثباته.

وجه قول محمد: أنه اختلاف في المعقود عليه، فصار كحال بقاء السلعة؛

(١) انظر: المهذب ١٥١/٣.

(٢) أخرج الرواية بطرق وألفاظ مختلفة الذهبية في تنقيح التحقيق وقال: «فهذه الأحاديث ضعاف،

أبو عبيدة وعبد الرحمن لم يسمعا من أبيهما ولا عون، وابن المرزبان ضعيف»، ٩٢/٢.

(٣) في ب (عند إيجابه) والمثبت من أ.

(٤) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

ولأن التحالف يثبت لاستدراك الظلامة التي لا تستدرك إلا به ، وهذا المعنى موجود بعد الهلاك .

قال: وإن اختلفا في البيع فادعى البائع ثمناً ديناً ، وأقرّ المشتري بثمن [عين] ، أو ادعى البائع ثمناً عيناً وأقرّ المشتري بدين مثل أن يقول: اشترت هذه الجارية بألف ، فيقول البائع: بعتكها بعبدك هذا ، وقد قبض المشتري الجارية فماتت في يده ، فإنه لا ينظر إلى دعوى البائع ، وينظر إلى دعوى المشتري ، فإن ادعى أن الثمن دين كان القول قوله مع يمينه ، وإن ادعى عيناً تحالفا وردّ قيمة الجارية ؛ وذلك لأن المعقود عليه من جهة البائع هالك ، والثمن يثبت بقول المشتري ، فإذا اعترف بدين فلم يبق ما تعين بالعقد فلا يثبت التحالف ، وإن اعترف بعين فقد بقي ما تعين بالعقد ، فيثبت التحالف كما تثبت الإقالة .

قال: وإذا تحالفا وقد هلك أحد العوضين في يد الآخر ردّ مثله إن كان له مثل ، وقيمته إن لم يكن [له] مثل ؛ لأن التحالف [يوجب] ^(١) فسخ العقد ، فصار العوض مقبوضاً بعقد [منفسخ] ^(٢) ، فيضمن بنفسه كضمان الغصب .

قال: وإذا اختلفا وقد هلك بعض المبيع في يد المشتري ، فالقول عند أبي حنيفة قول المشتري ، ولا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي ، ولا يطالب بثمن الهالك ، فإن رضي بذلك تحالفا كما يتحالفان إذا كان المبيع كله قائماً ، وكذلك إن نقص المبيع بعيب في يد المشتري .

وقال أبو يوسف: القول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان

(١) الزيادة من أ .

(٢) في ب (يفسخ) والمثبت من أ .



ويترادان فيما بقي .

وقال محمد: يتحالفان ، أما أبو حنيفة فيقول: المعنى المانع من التحالف إذا هلك جميع المبيع ، أن الفسخ يقع على القيمة التي لم يقع عليها العقد ، وهذا المعنى موجود إذا هلك بعضه ، وليس كذلك إذا رضي البائع أن يترك حصة الهالك ؛ لأنه يسقط من العقد ، فصار كأن لم يكن ، وكأن العقد لم يتناول إلا الباقي .

وأما أبو يوسف: فقال إن التحالف سبب للفسخ كالإقالة ، ومعلوم أن الإقالة جائزة إذا هلك بعض المبيع ، فكذلك يثبت التحالف ، وأما محمد فمن أصله: أن هلاك جميع المبيع لا يمنع التحالف فهلاك بعضه أولى ، وإنما قالوا إنهما يتحالفان على جميع المبيع ؛ لأنه لو حلف على الباقي كان صادقاً ؛ لأنه إذا اشترى عبدين بألف وحلف أنه لم يشتر أحدهما بحصته فهو صادق ؛ فلذلك يستحلف على الجميع ، وإن كان الفسخ في البعض عند أبي حنيفة [لا يجوز] (١) .

قال: ولو اختلفا في الثمن ، فقال أحدهما: حَالٌّ ، وقال الآخر: إلى شهرٍ ، أو قال البائع: إلى شهر ، وقال المشتري: إلى شهرين . فالقول قول البائع ولا يتحالفان ، وقال زفر: يتحالفان ، وهو قول الشافعي (٢) .

لنا: أنه اختلاف في غير المعقود عليه كالاختلاف في البراءة من العيب ؛ لأن الأجل معنى يؤثر في المطالبة ، فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كالبراءة ؛ ولأن التحالف يثبت إذا كان الاختلاف في معنى إذا سقط بيمينهما فسد العقد بسقوطه فيقتضي الفسخ ، وهذا المعنى لا يوجد في الأجل ؛ لأن سقوطه لا يفسد

(١) الزيادة من أ .

(٢) انظر: المهذب ٣/١٥١، ١٥٢ .

العقد ، فإن قيل : فقد قلت إن الاختلاف في الأجل في السلم لا يوجب التحالف وإن كان سقوطه يفسد السلم عندكم .

والجواب : أن في السلم إنما سقط بالتحالف ما بقي من الأجل ، وما مضى منه لا يمكن إسقاطه ، والعقد يستقل بذلك القدر .

وجه قول زفر : قوله ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا » . ولم يفصل ؛ ولأن الأجل صفة في الثمن كالسود والبيض ، فالاختلاف فيه يوجب التحالف كالسود والبيض . (والله ﷻ أعلم بالصواب وإليه المآب)^{(١)(٢)} .



(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ .

(٢) انظر : التجريد ، ٢٥٣٢/٥ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٨٠/٣ .

بَابُ الرجل يبيع السلعة ثم يشتريها بأقل مما باعها به

قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، أو بثمن حال فلم يقبض الثمن حتى اشتراها بثمن من جنس الثمن، وهما [مما] لا يجوز التفاضل فيهما، فإن البيع لا يجوز في قولهم.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وهذه هي مسألة زيد بن أرقم وقد قدمناها^(١).

قال: فإن كان الثمن [الثاني] من غير جنس الأول، جاز البيع إلا أن يكون أحدهما دراهم والآخر دنانير، والثاني أقل قيمة من الأول، فالبيع فاسدٌ استحساناً.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في ذلك: أن المنع من الشراء بأقل من الثمن الأول قبل استيفاء حقوق العقد الأول إنما هو لتهمّة الربا، والربا يثبت في الجنس الواحد ولا يثبت في الجنسين، وهذا هو القياس في الدراهم والدنانير، ولكنهم استحسنا فيهما؛ لأنها أجريت مجرى الجنس الواحد في الأحكام.

ألا ترى أن كل واحد منهما أثمان الأشياء وقيّم المتلفات، فصار كأنه

(١) ما يعرف في لغة الفقهاء (ببيع العينة)، إذا كان صاحبها من أهل العينة.

والعينة - بكسر العين وفتح النون -: من عين، وعين الشيء ذاته.

«وهو بيع الشيء نسيئة بثمن، ثم شراؤه ممن باعه إياه نقداً بثمن أقل». انظر: المصباح؛ معجم

لغة الفقهاء (عين).

اشترى بجنس ما باع بأقل من الثمن الأول .

فإن قيل: إن كانت الدراهم والدنانير أجرينا مجرى الجنس الواحد فيما ذكرتموه، فقد أجرينا مجرى الجنسين في جواز التفاضل، فهلا اعتبرتم ذلك؟

قلنا: إذا أجرينا مجرى الجنس في حكم، ومجرى الجنسين في حكم كان اعتبار ما يوجب الحظر أولى .

قال: ولا يجوز أن يشتري ذلك وكيل للبائع، ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة، ولا مدبر للبائع ولا مكاتب ولا عبد ولا مأذون له في التجارة؛ وذلك لأن شراء هؤلاء يقع للبائع، فكأنه اشتراه بنفسه .

قال: وإن اشتراه والد البائع أو ولده أو من لا يجوز شهادته له، لم يجز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك جائز .

لأبي حنيفة: إن ملك هؤلاء قد أجرى مجرى ملكه؛ لامتناع [شهادتهم له، و]^(١) شهادته لهم، فكما لا يجوز أن يشتريه لنفسه، [كذلك] لا يجوز أن يشتريه من لا تجوز شهادته له .

وجه قولهما: أن ملك هؤلاء متميز عن ملكه، فصار كالأجانب .

قال: وكذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه؛ لأن أملاك هؤلاء غير متميزة عن ملكه، فصار ما باعوه كما باعه هو .

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب .

وقد قال أبو حنيفة: ولو وُكِّلَ البائع من يشتريه بأقل من الثمن الأول فاشتراه، فالشراء جائز، وقال أبو يوسف: الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الموكِّل، وقال محمد: الشراء يلزم الوكيل^(١) شراءً فاسداً، وهذه مبنية على اختلافهم في توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر.

وجه البناء: أن الشراء يتعلق حقوقه بالوكيل وينتقل المبيع إليه، وإنما يملكه الموكل من طرف الحكم، وهذا غير ممنوع منه، كما لو مات المشتري فورثه البائع. وأبو يوسف يقول ما لا يجوز له أن يشتريه لا يصح أمره بشرائه، فيصير المشتري مشترياً بغير وكالة، فيلزمه المبيع دون الموكل، وأما محمد فقد فرق بين هذه المسألة وبين الخمر فقال: الموكل لو اشترى الخمر لم يملكها، فكذلك وكيله إذا اشترى [له].

وفي مسألتنا: الموكل لو اشترى ملك المشتري ملكاً فاسداً، فكذلك وكيله إذا اشترى له^(٢).

قال: ومن باع لغيره بوكالة ثم اشتراه لنفسه بأقل، لم يجز؛ لأن [حقوق العقد]^(٣) تتعلق به فصار كأنه باع لنفسه، وإن قبض الثمن ثم اشترى بأقل جاز؛ لأنه استوفى حقوق العقد الأول، فلم يعتبر أحكامه في الثاني؛ ولأن القياس أن يجوز الشراء بكل حال، وإنما تركوا القياس إذا لم يقبض الثمن للخبر، فإذا قبض فهو على أصل القياس، وكذلك لو حدث بالسلعة عيب؛ لأن النقصان يجعل في

(١) في أ (الموكل).

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٣) في ب (الحقوق) والمثبت من أ.

مقابلة العيب الحادث ، ولا يتبين أنه اشترى بنقصان مما باع . وكذلك لو خرجت السلعة من ملك المشتري فاشتراها من المالك الثاني جاز ، إلا أن يكون وارثاً ؛ لأن اختلاف الملكين كاختلاف العينين ، فكما يجوز أن يشتري عيناً أخرى بأقل ، فكذلك يجوز أن يشتري تلك العين من مالك آخر بأقل ، فأما إذا مات المشتري فاشتراها البائع من وارثه بأقل لم يجز ؛ لأن الوارث يملكها على حكم ملك الميت ، بدلالة أنه يردها على بائعها بالعيب ، فصار الشراء من الوارث كالشراء من المورث .

قال : وإن باع المشتري السلعة فعادت إليه بملك مستأنف جاز للبائع أن يشتريها بأقل مما بيئنا أن اختلاف الملكين كاختلاف العينين ، فإن عادت إليه على حكم الملك الأول لم يجز ؛ لأن الملك الأول لما عاد عادت حقوقه (١) أيضاً .

قال : ولا يجوز أن يبيع سلعة بألفٍ حالاً ثم يشتريها بذلك الثمن إلى أجل ، ولا أن يبيعها بأجل ثم يشتريها بأجل أكثر من ذلك ؛ لأن الأجل نقصان من طريق المعنى ، فصار كالنقصان في القدر . والله ﷻ أعلم (٢) .



(١) في أ (عاد بحقوقه) .

(٢) انظر بالتفصيل : مختصر اختلاف العلماء ٣/١١٣ - ١١٦ .

بَابُ

المبيع يجنى عليه قبل القبض



قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل جارية فلم يقبضها حتى جنى عليها المشتري جناية ينقصها، فهو لها قابض بذلك؛ وذلك لأنه استوفى الجزء التالف بالمباشرة، وثبتت يده على بقيتها من طريق الحكم.

ألا ترى أن الإنسان لا يتمكن من الجناية إلا بعد ثبوت يده [عليه]، وثبوت اليد على المبيع قبض، فإن ماتت في يد البائع من تلك الجناية وقد منعه البائع أو لم يمنعه ماتت من مال المشتري؛ لأن التالف بالسراية في حكم التالف بالمباشرة، ومعلوم أن البائع لو منع الجارية فأتلفها المشتري كانت من ضمانه، فكذلك إذا تلفت بالسراية من جنائته.

وإن ماتت من غير الجناية فإن كان البائع لم يمنعه فهي من مال المشتري، وإن كان منعه لزم المشتري حصة العيب وبطل عنه ما بقي؛ وذلك لأن البائع إذا لم يمنع فحكم القبض بحاله، وتلف المبيع بعد القبض من ضمان المشتري وإن لم يكن بفعله، وأما إذا منع البائع فقد فسخ قبض المشتري، وله حق الفسخ ما لم يستوف الثمن، فصار الهلاك في يد البائع فهو من ضمانه.

قال: وما كان من الجنائيات له قدر من دية الحر معلوم، فهو مثل ذلك من قيمة العبد؛ وذلك لأن القيمة بدل عن رقبة العبد، كالدية التي هي بدل عن رقبة

الحر ، فما قدر^(١) من الأعضاء بجزء من الدية ، فكذلك يتقدر بجزء من القيمة ، فأما إذا قطع المشتري يده لزمه نصف الثمن ؛ لأن اليد من الحرّ يجب فيها نصف الدية ، فمن العبد مقدر بنصف بدله^(٢) ، وإن منع البائع فمات من غير الجناية ، بطل عن المشتري نصف الثمن ولزمه نصفه ، لما قدمنا .

فإن كان البائع جنى على العبد أول مرة ، بطل من الثمن بقدر ذلك ، وخير المشتري ، وهذا على ما بينا ؛ لأن البائع لا يجوز أن يلزمه قيمة ما أتلف من المبيع قبل القبض ، لأنه لو وجب ذلك لوجب تسليمه [بعقد البيع] ، وما وجب تسليمه بعقد البيع فهو مبيع ، والقيمة لا تجوز أن تكون مبيعاً في الذمة .

وقد قال الشافعي : إن البائع إذا أتلف المبيع وجب عليه القيمة .

وهذا غلط ؛ لأنها جناية من البائع قبل القبض كالجناية في المجلس ، وإنما [يثبت]^(٣) الخيار للمشتري ؛ لأن العيب [قد لحق]^(٤) المبيع قبل القبض .

قال : فإن اختار المشتري أخذه فلم يقبضه حتى مات من الجناية أو غيرها ، مات من مال البائع وبطل الثمن عن المشتري ؛ لأنه تلف قبل القبض ، وفوات القبض في المبيع يوجب فسخ العقد .

قال : فإن قبضه المشتري فمات في يده من جناية البائع أو غيرها ، سقطت عنه حصة جناية البائع ، ولزمه ما بقي من الثمن ؛ وذلك لأن قبض المشتري مع

(١) في أ (يتقدر) .

(٢) في أ (يده) .

(٣) في ج (ثلث) والمثبت من أ .

(٤) في ج (لحق) والمثبت من أ .

علمه بالجناية مسقط لسرايتها .

ألا ترى أن القبض يقع به التملك فصار كالعقد ، ومعلوم أن العقد على المجني عليه يسقط سراية الجناية عن الجاني ، فكذلك القبض يسقط السراية الحاصلة بجناية البائع أيضاً ، وليس هذا كما لو جنى المشتري ثم منعه البائع فمات من جناية المشتري ؛ لأن قبض البائع لا يملك به شيء فلا تسقط [به] السراية .

قال: فإن جنى عليه المشتري بعد جناية [البائع] كان المشتري قابضاً لما بقي ولزمه ثمن ما بقي ، ولا خيار له ؛ لما بينا أن الجناية قبض للجزء الفائت بالمباشرة والباقي من طريق الحكم ، وفي قبض العبد المجني عليه يسقط خياره فيه .

قال: فإن [بدأ]^(١) المشتري فجنى ثم جنى البائع ولم يقبض البائع الثمن فالمشتري بالخيار: إن شاء قبض وأعطى البائع حصة جنايته وحصة ما قبض ويسقط عنه حصة جناية البائع ، وإن شاء ترك ؛ لأن المشتري لما جنى فقد قبض جزءاً بالمباشرة وصار قابضاً لما بقي من طريق الحكم ، فلما جنى البائع فقد فسخ قبض المشتري ، وله ذلك ما لم يستوف الثمن ، فصارت هذه الجناية عيباً بالمبيع قبل القبض ، فيثبت للمشتري الخيار .

قال: فإن مات العبد في يد البائع [بعد] الجنايتين جميعاً ، فعلى المشتري خمسة أثمان الثمن ، وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن ؛ وذلك لأن المشتري لما قطع يده صار مستوفياً للنصف ، فلما قطع البائع رجله صار مستوفياً لنصف ما بقي ،

(١) في ب (بدل) والمثبت من أ .



فإذا تلف العبد من الجنائتين كانت السراية عليهما نصفين فيحتاج إلى عدد له ربع ، [ولربعه] ^(١) نصف ، (وأقل ذلك ثمانية) ^(٢) ، فاجعل العبد ثمانية أسهم ، استوفى المشتري بقطع اليد أربعة ، والباقي بقطع الرجل سهمان وبقي سهمان تلفا بالسرايتين ، فكان على كل واحد منهما سهم ، فلذلك لزم المشتري خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان .

قال: فإن برأ العبد من الجنائتين واختار أخذه لزمه ثلاثة أرباع الثمن (وبطل) ^(٣) عنه الربع ؛ لأن نصف الثمن لزمه بالقطع وربع الثمن سقط بجنابة البائع ، وبقي من العبد الربع ، فإذا اختار قبضه لزمه حصته وهي الربع مضافة إلى النصف الذي لزمه بالقطع .

قال: فإن جنى البائع أولاً ثم المشتري والمسألة على حالها فلا خيار للمشتري ، فإن مات العبد من الجنائتين لزم المشتري ثلاثة أثمان الثمن ، وبطل عنه خمسة أثمانه ، وإن برأ لزمه نصف الثمن ؛ وذلك لأن البائع لما قطع اليد أولاً انفسخ العقد في نصف العبد وثبت للمشتري الخيار ، فلما قطع الرجل فقد أسقط خياره ؛ لأنه قبض مع العلم بالعيب ولزمه ربع الثمن ، فلما مات العبد من الجنائتين انقسمت السراية عليهما ، فيلزم المشتري سهم بالسراية مضافاً إلى ما لزمه بالقطع ؛ فلذلك لزمه ثلاثة أثمان .

فإن قيل لما قطع المشتري الرجل ، فقد صار قابضاً بعد [جنابة] البائع ، وقد

(١) في ج (أربعة) والمثبت من أ .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) في أ (وسقط) .



قلتُم أن قبض المشتري يسقط عن البائع حكم السراية ، وقد ألزمتوه ها هنا السراية!؟ .

والجواب: أن القبض في الحقيقة هو القبض الذي أوجبه البيع ، وذلك القبض يملك به التصرف فتسقط السراية ، فأما القبض بالجناية فليس هو القبض الذي أوجبه البيع ، وإنما صار قبضاً من طريق الحكم ، فلا يسقط حكم السراية ، فإن جنى على العبد أجنبي ، لزمه من القيمة قدر نقصان الجناية ، وكان المشتري بالخيار: إن شاء أخذه واتبع الجاني ، وإن شاء ترك ، وتصديق المشتري بما زاد من القيمة على الثمن إذا كان ما حكم به على الجاني من جنس الثمن ، وإنما لزم الجاني الأرش ؛ لأنه جنى على ملك غيره ، والجناية على ملك الغير مضمونة ، وإنما جاز أن يبقى البيع ؛ لأن هذه القيمة لا يجب تسليمها بعقد البيع .

ألا ترى أننا لو قدرنا ارتفاع العيب^(١) وجبت أيضاً ، وإنما يثبت للمشتري الخيار ؛ لأن صفة المعقود عليه تغيرت فصارت دراهم بعد أن كانت لحماً ودماً ، وإنما يتصدق المشتري بالفضل ؛ لأنه ربح ما لم يكن في ضمانه وقد (نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن)^(٢) .

قال: فإن جنى المشتري ثم الأجنبي ، لم يتصدق المشتري بشيء مما يأخذ من الجاني ؛ وذلك لأنه لما ابتداءً بالجناية صار قابضاً للعبد ، فإذا أخذ الأرش فقد^(٣) ربح فيما في ضمانه فلا يتصدق بشيء منه .

(١) في أ (البيع) .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه ؛ والحاكم في المستدرک وصححه ؛ والنسائي من طريق عطاء الخراساني كما أورده ابن الملقن في خلاصة البدر ، ٥٧/٢ ؛ وابن حجر في الدراية ، ١٥١/٢ .

(٣) في أ (فهذا) .

قال: ولو كان الثمن مقبوضاً والعبء في يد البائع ، فجنى عليه البائع وحده .
فالجواب: فيما يسقط عن المشتري كما قدمنا ؛ لأنه في ضمان البائع ، وإن قبض الثمن فإذا جنى انفسخ البيع فيما جنى عليه .

قال: فإن كان المشتري هو الذي جنى أولاً ثم جنى البائع ، لزم البائع من القيمة ما يلزم الأجنبي ؛ لأن المشتري لما جنى أولاً فقد صار قابضاً ، وليس للبائع فسخ قبضه ؛ لأنه لم يبق له حق في الثمن ، فصارت جنايته بعد القبض كجناية الأجنبي .

قال: ولو كان البائع جنى أولاً ثم جنى المشتري والثمن مقبوض ، فما تلف بجناية البائع قبل جناية المشتري بطل فيه البيع ، وما تلف بالسراية من جناية البائع بعد جناية المشتري فعلى البائع فيه القيمة ؛ وذلك لأن البائع لما بدأ بالجناية انفسخ العقد فيما جنى فيه ، فلما جنى المشتري صار قابضاً فما تلف بعد ذلك بسراية جناية البائع فقد تلف بعد القبض ، وقد بينا أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبي ، فكذلك سراية جنايته بعد القبض كسراية جناية الأجنبي ، فيجب فيها القيمة . والله أعلم بالصواب وإليه المآب .



[بَاب]

الربا^(١)

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: التفاضل في البيع يحرم بشيئين: الكيل مع الجنس، والوزن مع الجنس إلى آخر الفصل.

قال الشيخ رحمته الله: وجملة ما يقال [في هذا] أن الربا في اللغة: عبارة عن الزيادة.

وفي الشرع: عبارة عن عقدٍ فاسدٍ بصفة، سواء كان هناك زيادة أو لم يكن، ألا ترى أن بيع الدراهم بالدراهم نسيئةً ربا، ولا زيادة هناك؛ ولهذا قال عمر رضي الله عنه: إن آية الربا من آخر ما أنزل الله، وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبضَ قبل أن نسأله عنها، وهو رجل من أهل اللغة، فلو كان الاسم باقياً على ما كان عليه في اللغة لم يحتج إلى تفسيره.

وتحريم الربا يثبت في الأشياء الستة: الذهب والفضة، والحنطة والشعير، والتمر والملح. أجمعت الصحابة على ذلك، إلا ابن عباس فإنه قال: يجوز التفاضل فيها ويحرم النساء، والدليل على فساد قوله: ما روي عن عبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الذهبُ بالذهبِ مثلاً بمثل،

(١) هكذا في النسختين، ورد الحديث عن باب الربا مباشرة بعد تعريف البيع، ولم يتحدث عن بقية مسائل البيوع، وإنما ورد ذكر (باب اللفظ الذي يقع به البيع) بعد الحديث عن باب الربا، ثم باب السلم، أي بعد (٦٦) صفحة من المطبوعة، ومن ثم اضطرت لإعادة كتابة الأبواب والفصول للترتيب المعروف بين كتب الفقه، حتى تعود الأبواب في مواقعها المعتادة في ترتيب أبواب الفقه.

وزناً بوزن، عيناً بعين، هاء وهاء، والفضل ربا، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، وزناً بوزن، عيناً بعين، هاء وهاء، والفضل ربا، والبر بالبر، مثلاً بمثل كيلاً بكيل، يداً بيد، عيناً بعين، والفضل ربا^(١). إلى أن ذكر بقية الأشياء الستة، فلا يخلو هذا الخبر إما أن يكون هذا من خبر الاستفاضة، كما يقول؛ لأن الأمة تلقته بالقبول وعملت بموجبه لأجله (أو يكون من أخبار الآحاد)^(٢) وأيهما كان فهو حجة؛ لأن الصحابة أنكروا على ابن عباس هذا القول؛ لأن أبا سعيد الخدري مشى إليه وقال له: أصحبت رسول الله ﷺ ما لم نصحبه؟ أسمعت منه ما لم نسمع؟ قال: لا، قال: فوالله لا آواني وإياك ظل بيتٍ أبداً وأنت على هذا القول.

والواحد من الصحابة متى انفرد بقول فأنكروا عليه ولم يسوغوا له الخلاف؛ لم [يعتد]^(٣) بخلافه عليهم، ولو ثبت خلافه، فقد روى جابر بن زيد أن ابن عباس لم يمت حتى نزل^(٤) عن قوله في الصِّرف والمُتعة، [وهذا بعدما قال له عليّ ﷺ: إنك رجل تائه]، وإذا لم يخالفه غيره ثم رجع، فصارت المسألة إجماع الصحابة، ولو لم يثبت رجوعه فإن إجماع التابعين يسقط خلافه.

واحتجَّ ابن عباس، فقال: حدَّثني أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «لا ربا إلا في النسيئة»^(٥).

(١) أخرج مسلم بعض أجزاء حديث أبي سعيد الخدري، (١٥٨٤، ١٥٨٨)؛ وأحمد في المسند ٩٣/٣؛ وحديث عبادة أخرج البيهقي في الكبرى ٢٧٦/٥؛ والنسائي في المجتبى (٤٥٦٣)؛ وأبو عوانة في المسند ٣٨٠/٣.

(٢) ما بين القوسين مقدمة في أم مع (إما أن يكون).

(٣) في ج (يقيد) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ترك قوله).

(٥) أخرجه البخاري (٢٠٦٩)؛ ومسلم (١٥٩٦) وغيرهم.

وهذا الخبر لا يُعارضُ خبرنا؛ لأنه لم يَرَوْه إلا واحدٌ، وخبرنا رواه أربعة، وزيادة الروايات ترجيح؛ ولأنَّ خبرنا يقتضي الحظر، وخبرهم يقتضي الإباحة، فكان خبرنا^(١) أولى؛ ولأن تناوله يحتمل أن يكون ﷺ سُئِلَ عن بيع الفضة بالذهب، فقال: «لا ربا إلا في النسيئة»، فسمع [أسامة]^(٢) الجواب العام، ولم يسمع السؤال الخاص، ولا يمكن تأويل خبرنا، فكان ما ذهبنا إليه أولى.

١٣٩٠ - فَصْل: [القياس في الربا على الأنواع الستة]

ثم اتَّفقت الأمة على أن الربا لا يختص بالأشياء الستة بل يتعداها إلى غيرها قياساً عليها، إلا عثمان [البتِّي]^(٣) في المتقدمين، وداود في المتأخرين، والدليل على بطلان قولهما؛ قوله ﷺ: «لا تبيعوا الصاع بالصاعين ولا الصاعين بالثلاثة»^(٤) والمراد بذلك ما يدخل تحت الصاع وهذا عام في كل مكيل.

ورُويَ أن وكيله ﷺ بخبير حمل إليه تمراً جيداً، فقال له: «أكل تمر خبير هكذا»، قال: لا، ولكننا نبيع الصاعين من الجمع بالصاع من هذا، فقال: «لا تفعلوا، ولكن بيعوا تمركم بثمان، واشتروا به هذا»^(٥)، وكذلك الميزان، وهذا عام في كل ما يوزن، وهذه المسألة فرع على وجوب القول بالقياس، وداود لما منع القياس جعل الحكم مقصوراً على ما ورد به النص.

(١) في أ (الحظر).

(٢) في ج (الأمة) والمثبت من أ.

(٣) في ج (الذي) والمثبت من أ.

(٤) أخرجه البخاري بمعناه (٦٩١٨)؛ ومسلم (١٥٩٣).

(٥) أخرجه البخاري بلفظ: (لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيهاً)؛ ومسلم (١٥٩٣).

فأمّا عثمان [البتّي] فيقول بالقياس؛ إلاّ أنه يشترط وجوب إقامة الدليل في كل أصل يقاس عليه، وليس هذا قولنا، بل نقول: القياس يجب على كل أصل إلاّ أن يدل دليل على المنع منه، وليس هذا موضع الكلام في هذه المسألة.

فإن قيل: قال رسول الله ﷺ: «خمسٌ يقتلهن المحرم في الحل والحرم»^(١) فلم تقيسوا عليها [غيرها]، وذكرتم التحريم في الأشياء الستة، فقسّم عليها غيرها، فما الفرق بينهما؟].

قيل له: القياس لا يجوز على الأصل إذا أدّى إلى إبطاله، لأننا نقيس لنستفيد بالقياس الحكم في غير الأصل، ونتحرس الأصل، ورسول الله ﷺ حصر ذلك بعدد، والقياس عليه يؤدّي إلى إبطال الحصر، فلهذا لم نقس عليه، وفي مسألة الربا، لم يقل [الربا] في ستّة أشياء، حتى يكون القياس عليه مؤدّياً إلى إبطال أصله؛ فلهذا جاز القياس عليه.

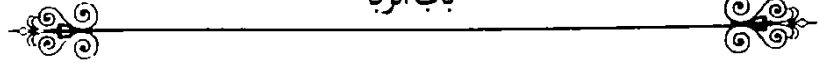
١٣٩١ - فصل: [علة تحريم الربا]

فأمّا العلة التي يتعلّق بها تحريم التفاضل: فهي الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس، والعلة التي يتعلّق بها فساد البيع عند وجود التفاضل عدم العلم بالمماثلة من [طريق]^(٢) الكيل أو الوزن مع الجنس.

وقال مالك: الاقتيات والادخار مع الجنس، وقال ابن سيرين: تقارب المنافع [مع الجنس]، وقال الشافعي: الأكل مع الجنس، وربما [قال]: الطعم

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٣٨١٢)؛ وأحمد في المسند ٢٠٣/٦؛ وأبو عوانة في المسند ٤٠٧/٢؛ وعبد الرزاق في المصنف ٤٤٤/٤؛ وأبو داود في المراسيل، الدراية ٤٢/٢.

(٢) في ج (طهر) والمثبت من أ.



مع الجنس ، وفي الذهب والفضة كونهما ثمناً^(١) .

والدليل على صحة علتنا: أنهم أجمعوا أن الكيل أو الوزن له تعلق بالحكم ،
ألا ترى أن من أثبت الربا بغير هذه العلة يقول: إن جواز العقد موقوف على
التساوي في الكيل أو الوزن دون غيرهما ، وتعليق الحكم على ما أجمعوا أن له
به تعلقاً أولى من تعليقه على ما اختلفوا في تعلقه به .

وأما علتهم فتبطل بمسألة العرايا^(٢) ؛ لأن البيع جائز عندهم مع وجود
الطعم ، [وعدم]^(٣) المماثلة من طريق الكيل ، ويبطل بيع الشاة بالشاتين ؛ لأنها
مأكولة ، وقد جاز^(٤) التفاضل بها .

فإن قالوا: إن الأكل [لا يتأتى] فيها إلا بعد فعل حادث ، يبطل بالملح
وبالحنطة ؛ لأنهما ليسا بمأكول في العادة إلا بعد فعل حادث .

والدليل على صحة حُكْمنا: وهو ثبوت الربا في المكيل الذي لا يؤكل قوله
ﷺ: « لا تبيعوا الصاع بالصاعين » .

والمراد به: ما يدخل تحت الصاع وهذا عام في كل مكيل .

وقال في قصة تمر خبير: (بيعوا تمركم هذا بثمان واشتروا به هذا) وكذلك
الميزان ، وهذا عام في كل ما يوزن .

(١) انظر: المهذب ٥٩/٣ ؛ رحمة الأمة ص ١١٠ .

(٢) «العريّة»: وهي النخلة يُعْرَبُهَا صاحبها رجلاً محتاجاً أي: يجعل له ثمرتها عامها ؛ لأنها يؤتى
للاختباء» المغرب (عرو) .

(٣) في ج (وعلة من) والمثبت من أ .

(٤) في أ (كان) .

والدليل على إبطال حكمهم: وهو أن المأكل الذي لا يكال ولا يوزن فيه الربا عندهم، أن الفرع يقاس بالأصل ليلحق به في حكمه على الوجه الذي يثبت [به] الحكم في الأصل، ومعلوم أن النبي ﷺ علق الحكم في الأصل بجواز العقد عند التساوي في الكيل أو الوزن، وبطلانه عند عدم ذلك، وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يكال ولا يوزن، فلا يمكن إلحاقه [1/98] به، ولأن النبي ﷺ ذكر الأشياء الستة، وبيّن جواز العقد عليها عند صفة، وفساده عند صفة أخرى، فلا يمكن إلحاق فرع به، ولا طريق إلى صحة العقد فيه بحال.

فأما الدليل على صحة علتنا في الموزونات: فحديث خبير، وما ذكرنا أنهم أجمعوا أن للوزن تعلقا بالحكم، وعلتهم باطلة؛ لأنها لا تتعدى أصلها فلا يستفاد بها.

فائدة: وأما احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا﴾ [آل عمران: 130] فهذا يدل على أن الربا إنما يثبت فيما يؤكل فليس بصحيح؛ لأنه قال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: 10]، ولم يدل ذلك على تخصيص التحريم بالمأكل.

واحتجاجهم (بنهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام) لا يصح؛ لأن إطلاق الطعام يتناول الحنطة دون غيرها.

وقولهم إن الحكم يوجد بوجود علتنا، ويعدم بعدمها، يبطل بالعرايا بل نقول إن الحكم يوجد بوجود علتنا، ويعدم بعدمها.

وقولهم إن علتكم تعود على أصلها بالتخصيص، لا يصح؛ لأن النبي ﷺ

لما قال: (الطعام بالطعام مثلاً بمثلٍ كيلاً بكيلاً)^(١) لم يتناول لفظه إلا ما يصح أن يكال، ثم لو كان اللفظ عاماً لم يكن التخصيصُ بهذه العلة، وإنما نخسه بعلة أخرى منتزعة من الثياب فلم تكن هذه مخصّصة [لأصلها]^(٢).

١٣٩٢ - فَصْل: [بيع التمرة بالتمرّتين]

وعلى هذا الأصل قال أصحابنا: بجواز بيع التمرة بالتمرّتين، والحبّة بالحبّتين، وقال الشافعي: لا يجوز^(٣).

وقد بينا أن العلة هي الكيل، فما لا يتأتى فيه الكيل لا يثبت فيه التحريم؛ ولأن التمرة والتمرّتين تباع عدداً في العادة، فصار كالثياب.

وما يحتجون به أن النبي ﷺ قال: (لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثلٍ) خبر لا يعرف، ولا ذكره أحد في كتاب مسنداً، وإنما المروي: (الطعام بالطعام مثلاً بمثلٍ كيلاً بكيلاً)، وهذا لا يتناول إلا ما يكال منه دون ما لا يكال.

١٣٩٣ - فَصْل: [العلة التي تتعلق بها الربا]

وإذا ثبت أن العلة التي تتعلق بها الربا ذات وصفين على ما بينا، فمتى وُجِدَا جميعاً، حرم التفاضل والنّساء، وهذا خلاف ابن عباس، وقد دللنا عليه، وإذا عدما جميعاً حلّ التفاضل والنّساء لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأن التحريم [ب/٩٧] مأخوذ من النص ومن علة النص، فما

(١) أخرجه مسلم (١٥٩٢) وغيره من أصحاب السنن.

(٢) في ج (لا مثلها) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧٥؛ المزني ٧٦.

لم يوجد فيه نص ولا علتة فهو على أصل الإباحة، وإن عُدِمَ الجنس ووجد المعنى المضموم إليه، حلّ التفاضل وحرم النساء لقوله ﷺ: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يداً بيداً^(١)) ولا خير فيه نسيئة)، وهذا أصل جارٍ إلا في مسألة واحدة، وهو: استحسان في الدراهم إذا أسلمها في الموزونات جاز ذلك، مع وجود الوزن.

فمن أصحابنا من قال: تحريم النساء يتعلق باتفاق الوزن على صفة واحدة، والزعفران يوزن وزن القبان، والدراهم توزن وزن الميزان، فلم يتفقا [في الوزن] على صفة.

ومنهم من قال: القياس أن لا يجوز، وإنما تركوا القياس بالإجماع.

وتخصيص العلة عندنا جائز في الشرعيات؛ ولأن الحاجة تدعو إلى السلم في الموزونات، وغالب الأثمان الدراهم والدنانير، ولو لم يجز سلفها في الموزونات ضاق على الناس، فجوزوا ذلك للضرورة.

١٣٩٤ - فصل: [وجود الجنس مع عدم المعنى المضموم إليه]

وأما إذا وُجد الجنس وعُدِمَ المعنى المضموم إليه، مثل الهرويُّ بالهرويِّ والمروويُّ بالمروويِّ^(٢)، فإن النساء لا يجوز عندنا، وقال الشافعي: يجوز^(٣).

والدليل عليه: أنه وُجد أحد وصفي علة الربا، فكان له تأثير في المنع من

(١) أخرجه مسلم بلفظ (الأصناف)، ومن غير زيادة: (ولا نسيئة) (١٥٨٧) وغيره.

(٢) «هرويُّ بالتحريك، ومروويُّ بالسكون: منسوب إلى (هراة) و(مرو): قرنتان معروفتان بخراسان. المغرب (هرو).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٧٦؛ المذهب ٦٥/٣.

النساء، كالمعنى المضموم إلى الجنس؛ ولأن تجويز النساء في الجنس يؤدي إلى أكل المال^(١) بالباطل؛ لأنه يسلم ثوبين مرويين في ثوب على صفتيهما، فيأخذهما المسلم إليه، ويرد أحدهما عند الأجل، ويبقى الآخر في يده بغير عوض، وهذا أكل مالٍ بالباطل.

١٣٩٥ - فَصْل: [الاختلاف في جنس الأشياء]

وقد قال أصحابنا: إن الحنطة والشعير جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً. وقال مالك: هما جنس واحد^(٢).

والدليل عليه: أن النبي ﷺ أفرد الشعير بالذكر عن الحنطة، ثم قال: (وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم)، فالظاهر أن المراد به اختلاف ما تقدم، فدلَّ على جواز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً؛ ولأنهما مختلفان في اسميهما وصفتهما، والمقصود من كل واحدٍ منهما، فصارا كسائر الأجناس المختلفة.

وقد ذكر أبو الحسن في هذا الباب: بيان الأجناس المختلفة، وما ذكره ظاهر، ونحن نضم إليه ما لم يذكره.

منها: ثمار النخل كلها جنس واحد، لا يجوز فيه التفاضل لقوله ﷺ: (والتمر بالتمر مثلاً بمثلٍ) وهو عام، فأما بقية الثمار فثمره كل نوع من الشجر جنس مخالف لثمره النوع الآخر.

والكروم كلها جنس واحد، والكمثرى جنس واحد وإن اختلفا، والتفاح

(١) في أ (أكل مال الناس).

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٠٧/٢؛ المدونة ١٠٢/٤.

جنس، ويجوز بيع الكمثرى بالتفاح متفاضلاً، لأنهما جنسان، والحديد والرصاص والصُّفْر كل واحد منهما جنس لا يجوز التفاضل فيه، ويجوز بيعه بالآخر متفاضلاً، فأما اللحمان فأصولها معتبرة، فالبقر والجواميس جنس واحد ولحمانها جنس واحد، لا يجوز التفاضل فيها، والإبل جنس واحد بخاتيتها وعربها، وكذلك لحمها، والغنم جنس واحد ضأنها ومعزها لا يجوز التفاضل فيها، ويجوز بيع كل واحد منها بالآخر متفاضلاً.

وقال الشافعي: كلها جنس واحد^(١).

والدليل عليه: أن أصولها أجناس، فما يتولد منها أجناس كالأولاد، والألية واللحم جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، (وشحم البطن والألية جنسان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً)^(٢)، وشحم الجنب لا يجوز بيعه باللحم متفاضلاً؛ لأنه لحم، ويجوز بيعه بالألية وشحم البطن متفاضلاً.

والقطن والكتان جنسان يباع أحدهما بالآخر متفاضلاً.

والمُشَاقَّةُ^(٣) والكتان جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وغزل القطن وغزل الكتان وغزل الصوف وغزل الشعر أجناس، يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً، ولا يجوز بيع كل واحد منهما بصاحبه متفاضلاً، ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساوياً؛ لأن القطن ينقص إذا غزل، فهو كالدقيق بالحنطة.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٧٦؛ المزني ص ٧٨.

(٢) ساقطة من أ.

(٣) «والمُشَاقَّةُ من الشَّقِّ، وشقت الشَّقْرَةُ أيضاً، وهي شُقَّةٌ شاقَّةٌ إذا كانت بعيدة».

«والشُقَّةُ من الثَّياب، والجمع شُقُقٌ...، وحقيقته: أن يأتي كلُّ منها ما يَشُقُّ على صاحبه، فيكون

كل منهما في شق غير شق صاحبه». المصباح (شقق).

وقال بشر عن أبي يوسف: في لحم الطير أنه يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً، وإن كان من نوع واحد؛ قال: لأنه لا يوزن في العادة، وأما الأدهان: فالخلّ والزيت [ب/٩٨] جنسان، يجوز التفاضل بينهما، وكذلك إذا اختلف ما يطيب بالدهن، جعله جنسين وإن كان أصله واحداً، فيجوز التفاضل فيه، وقالوا: يجوز بيع دهن البنفسج بدهن الخيري اثنان بواحد؛ لأن المقاصد فيهما تختلف.

وقالوا: يجوز بيع قفيز^(١) سمس مربي بقفيزين سمس غير مربي، وجعلوا الرائحة التي فيها بإزاء الزيادة، وقالوا: لا يجوز بيع رطل من زيت غير مطبوخ برطل زيت مطبوخ مطيب؛ لأن الرائحة زيادة، فكأنه باع زيتاً بزيت وفضل.

قال أبو يوسف: اللهم إلا أن تكون الرائحة التي تطبخ بها تزيد في وزنه، حتى لو خلس نقص، فيجوز بيعه مناً بمنين وزيادة، فيكون الزيت المطيب بمثله من الزيت، والزيادة بزيادة الرائحة.

وقالوا: يجوز [أن] يبيع مناً من دهن الخل بمن من دهن البنفسج، وفرقوا بينه وبين الزيت المطيب؛ لأن دهن الخل لا يصير بنفسجاً أبداً، والزيت الذي لم يطبخ يصير مثل المطبوخ^(٢) إن طبخ، فأما الثياب فإنها تتجنس بأصولها وبصفاتهما، فالمروي جنس غير الهروي، والمروي الذي ينسج ببغداد جنس غير الذي ينسج بخراسان، وإن جمعتهما الاسم لاختلاف الصفة^(٣).



(١) القفيز: مكيال كان يكال به قديماً، ويختلف مقداره في البلاد، ويعادل بالتقدير المصري الحديث «نحو ستة عشر كيلو جراماً». المعجم الوجيز (قفز).

(٢) في أ (والزيت لو طبخ يصير مثل المطبوخ).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٧/٣ وما بعدها؛ القدوري ص ١٨٥.

[٣٧] بَابُ السَّلْمِ



قال أبو الحسن عليه السلام: أسلم ما يكال فيما يوزن، وما يوزن فيما يكال، ولا يسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزن فيما يوزن، وقد بينا حكم هذه الجملة، وبيننا أن كل واحد من وصفي علة الربا تؤثر في النساء.

قال أبو الحسن: والسَّلْمُ ^(١) يصح بشرائط سبعة عند أبي حنيفة إلى آخر ما ذكر.

قال الشيخ: السَّلْمُ في اللغة: عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين، وتأخير البديل الآخر، وهو من نوع عقد البيع، إلا أنه لما اختص بحكم - وهو تعجيل قبض رأس المال - اختص باسم، كما أن الصرف من نوع البيع، فلما اختص بوجود التقابض في بدليه اختص باسم.

والدليل على أن السَّلْمَ يُسمى بيعاً: أن الصحابة رَووا «أن النبي صلى الله عليه وسلم: نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان» ^(٢) ورخص في السَّلْمِ، وإنما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(١) «والسَّلْمُ لغة: السلف، وشرعاً: أخذ عاجل بأجل». أنيس الفقهاء ص ٢١٨.

«وركنه: ركن البيع، ويسمى صاحب الثمن: رب السلم، والآخر: المسلم إليه، والمبيع: المسلم فيه». الباب ص ٢٨٠.

(٢) حديث: (لا تبع ما ليس عندك) أخرجه أبو داود من حديث حكيم بن حزام (٣٥٠٣)؛ والنسائي في الكبرى (٦٢٠٦)؛ وابن ماجه (٢١٨٧)؛ ولم يرد بهذا اللفظ كما قال ابن حجر في الدراية ١٥٩/٢؛ والترمذي (١٢٣٢)؛ وغيرهم.

في حالين ، فلما خافوا أن ينقلوا العموم دون ما أوجب التخصيص جمعوا بين اللفظين .

والدليل على جواز السلم: ما روي أن النبي ﷺ قال: «من أسلم فليُسَلِّم في كيل معلوم أو وزن معلوم»^(١)، وأسلم رسول الله ﷺ إلى زيد بن سَعْنَةَ في تمر .

١٣٩٦ - [فَصْل: شرائط صحة السلم]

والسلم يصح عند أبي حنيفة بذكر شرائط سبعة: جنس معلوم كقولنا تمر ، ونوع معلوم كقولنا بَرْنِي ، وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء ، وقدر معلوم كقولنا قفيز أو مَنْ ، وأجل معلوم كقولنا شهر أو سنة ، ومعرفة قدر رأس المال ، إذا كان مما يتعلق العقد على قدره [مثل] ^(٢) المكيلات والموزونات والمعدودات . فإن كان مما لا يتعلق العقد على قدره مثل الثياب ، اعتبر معرفة عينه وبيان المكان الذي يقبض فيه [١/٩٩] المسلم ^(٣) فيه ، إذا كان مما له حمل ومؤونة .

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان رأس المال عيناً مشاراً إليها ، لم يحتاج إلى معرفة قدره ولا يحتاج إلى تسمية المكان ، ويسلمه في مكان العقد ، وهذه الشرائط ليست التي يصح العقد بها [فإن العقد يحتاج إلى مسائل كثيرة في صحته] ، وإنما هي التي يحتاج إلى ذكرها ، ولهذا لم يشترط فيها قبض رأس المال في المجلس .

(١) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٤/٦٣ ؛ وروى البخاري بلفظ (من أسلف...) (٢١٢٥) .

(٢) في ج (في) والمثبت من أ .

(٣) في أ (السَّلْمُ) .

والأصل في اعتبار الشرائط قوله ﷺ: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» فاعتبر ﷺ معرفة القدر؛ لأن جهالته تؤدي إلى جهالة المقبوض، وكل ما أدى جهالته إلى جهالة المقبوض وجب ذكره قياساً على القدر، وذكرَ الأجل المعلوم؛ لأن جهالته تؤدي إلى جهالة القبض.

وكلَّ جهالةٍ في القبض وجب نفيها قياساً على الأجل المعلوم، وإذا ثبت هذا قلنا: لا بد من ذكر الجنس ليصير المقبوض معلوماً؛ لأنه لو قال أسلمت إليك في شيء، فقال أحدهما: هو الحنطة، وقال الآخر: هو الشعير، فصار المقبوض مجهولاً، وكذلك النوع؛ لأنه إذا قال: أسلمت في تمر، فقال أحدهما: هو برني، وقال الآخر: شهري، وكذلك الصفة؛ لأنه إذا قال: تمر برني، جاز، لأن قول أحدهما جيد والآخر رديء.

فأما المقدار فقد نص رسول الله ﷺ على وجوب معرفته.

فأما الأجل فعندنا هو شرط في المسلم فيه، وقال الشافعي: إذا أسلم في الموجود جاز حالاً ومؤجلاً، وإن أسلم في معدوم لم يكن^(١) بد من الأجل^(٢).

والدليل على اعتبار الأجل حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار العام والعامين فقال: «أسلموا في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» فشرط الأجل، ذكر هذا اللفظ الطحاوي في الاختلاف.

ولا يقال إن السلم ليس بواجب، فكيف يجب تأجيله؛ لأن ما لا يجب إذا فعله الإنسان لزمه بشرائطه، كما تجب الطهارة لصلاة النافلة، ولأن جهالة الأجل

(١) في أ (لابد من الأجل).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٨٦؛ الأم ٣/٩٥.

تفسد العقد ، فكان ذكره شرطاً كالقدر ، ولأن التأجيل أحد صفتي الدين ، فوجب أن يكون شرطاً في أحد بدلي السَّلم كالحلول .

وقول الشافعي: إذا جاز السلم مؤجلاً فجوازه حالاً أولى ؛ لأنه أبعد من الغرر ، وهذا يبطل على أصله بالكتابة ، ولأننا لم نجوّزه في المؤجل لبعده من الغرر ، حتى يكون ما هو أبعد منه أولى ، وطريق الأولى يستعمل في شيئين اشتركا [ب/٩٩] في علة واحدة ، ولأحدهما مزيّة على الآخر .

١٣٩٧ - [فصل: أقل أجل السلم]

حكى الطحاوي عن ابن أبي عمران أنه كان يذكر من مذهب أصحابنا: أن الأجل في السلم لا يكون أقل من ثلاثة أيام ؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد كالخيار ، وقد روي عنهم أيضاً خلاف ذلك وقالوا: لو شرط نصف يوم جاز ؛ لأن الثلاثة ليس أدنى مدة الخيار ، وإنما هي أقصاها ، وأدنى مدة الخيار لا يتقدر ، فكذلك أدنى الأجل لا يتقدر .

١٣٩٨ - [فصل: اعتبار قدر رأس المال]

وأما الدليل على وجوب اعتبار قدر رأس المال وإن كان معيناً ؛ فلأنه أحد بدلي عقد السلم ، فكان معرفة قدر ما يتعلق العقد على قدره شرطاً كالمسلم فيه ؛ ولأن ترك معرفة المقدار تؤدي إلى جهالة المقبوض في الثاني ؛ لأنه إذا أسلم كفاً من دراهم فوجد بعضها زيوفاً ، ردّه وانفسخ العقد فيه ، ولم يعلم مقداره من رأس المال ، وكل جهالة يجوز أن تطرأ على عقد السلم ، ويمكن نفيها عن العقد ، فنفيها واجب كالمسلم بمكيال بعينه ، وليس كذلك إذا كان رأس المال ثوباً ؛ لأن قدره ليس بمعقود عليه ، ألا ترى أن من اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع ، فوجده أحد

عشر ، سلّم له ، ولو كان القدر معقوداً عليه لم يستحق الزيادة كالدرهم ، ومعرفة ما ليس بمعقود عليه لا يعتبر كمعرفة القيمة . [ب/٩٩]

وجه قولهما: أن البذل المعتبر^(١) لا يفتقر العقد إلى معرفة قدره كالبدل في البيع .

١٣٩٩ - فِصْلُ : [دليل وجوب ذكر مكان القبض]

وأما الدليل على وجوب ذكر المكان الذي يقبض فيه ؛ فلأن المعقود عليه ، يختلف باختلاف الأماكن لما يلزم عليه من الحمل والمؤونة ، فصار مجهولاً بجهالة مكان قبضه ، فلم يكن بد من ذكره ، وهذا المعنى متفق عليه إلا أنهما قالوا: مكان العقد مكان التسليم .

والدليل على بطلان ذلك: أن من باع حنطة في السواد لم يجب تسليمها في البلد ، ولو كان التسليم في مكان العقد من مقتضى العقد لم يختلف ، ولأنه لو كان من موجب العقد لم يجز نفيه عن العقد بالشرط كسائر موجبات العقود ، فلما جاز أن يشترط التسليم في غير مكان العقد ، دل على أنه ليس من موجب العقد .

ولا يقال أن نقد البلد يُنفى بالشرط وإن كان من موجب العقد ؛ فإن ذلك يثبت بالعادة ، فأما بموجب العقد فلا .

ولا يقال: إن العقد يقتضي الملك ثم ينفي بشرط الخيار ؛ لأن القياس يمنع ذلك ، وإنما عدلنا عن القياس للخبر .

ولا يقال: إن موجب العقد حلول الثمن وينفي بشرط التأجيل ؛ لأن العقد

(١) في أ (المعين) .

الذي ثمنه مؤجل غير العقد الذي ثمنه حال ، فكان كل واحد من العقدين غير الآخر .
ولا يقال: إن موجب النكاح مهر المثل ويُنفى بالتسمية ؛ لأن النكاح لا يبطل بنفي موجهه .

وجه قولهما: أن المعقود عليه ملك في هذا المكان فتسليمه يجب فيه كما أن من اشترى حنطة في السواد وجب تسليمها فيه ؛ لأنها ملكت في ذلك المكان .

١٤٠٠ - فَصْل: [مكان تسليم ما لا حمل ولا مؤونة له]

وأما ما لا حمل له ولا مؤونة: فالصحيح عند أبي حنيفة أنه يسلم حيث لقيه ؛ لأنه لا يختلف باختلاف الأماكن لأجل الحمل ، وإنما يختلف لرغبة الناس في مكان دون مكان ، فصار كالأثمان ، وقد روي عن أبي حنيفة: أنه يسلمه في مكان العقد وهو قولهما ؛ لأنه مَلَكَ في ذلك المكان فتسليمه^(١) فيه .

١٤٠١ - مَسْأَلَةٌ: [قبض رأس المال في السلم]

قال أبو الحسن: وإذا وقع السلم لم يجز أن يفرقا من غير قبض رأس المال عيناً كان أو ديناً ، فإن افرقا قبل قبضه بطل السلم [عندنا] .

قال [الشيخ]: قبض رأس المال في المجلس شرط في صحة السلم ، وقال مالك: يجوز تأخيره يوماً ويومين ، والدليل عليه: أن النبي ﷺ «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» .

والسلم في اللغة: عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأخير البدل الآخر ،

(١) في أ (فيسلمه) .

فما سوى ذلك مبقي على أصل النهي ، ولأنه ﷺ «نهى عن الدّين بالدّين والكالئ بالكالئ»^(١) ولو لم يقبض رأس المال إذا كان ثمناً صار ديناً بدين ، ولأنه لو جاز تأخير قبضه يوماً ويومين جاز شهراً وشهرين كضمن البيع ، وأما إذا كان رأس المال عيناً من غير الأثمان ، فالقياس أن لا يبطل السلم بالتفرق قبل القبض ؛ لأنهما افترقا عن عين بدين وإنما استحسنوا في إبطال العقد لما قدمناه من الخبر .

١٤٠٢ - فصل : [الافتراق قبل القبض]

قال أبو الحسن : ولا يجوز أن يفترقا ولهما أو لأحدهما خيار شرط وذلك لأن خيار الشرط ينفي الملك [بفعلهما]^(٢) ، وعدم القبض يمنع صحة العقد ، فعدم الملك بفعل أحد المتعاقدين أولى ، ولأن القبض الصحيح شرط في العقد ، والخيار المشروط يمنع صحة القبض .

فإن قيل : أليس لو أقبضه دراهم مستحقة ثم افترقا ، فأجاز صاحبها صحّ العقد ، وإن لم يحصل الملك في المقبوض .

قيل له : إنه لم يمتنع الملك بفعل واحدٍ من المتعاقدين ، وإنما امتنع حكماً ، فإذا أجزى صار كأنّ العاقد سلّم ملك نفسه .

١٤٠٣ - فصل : [الخيار يثبت حكماً]

قال : فإن كان فيه خيارٌ رؤية أو عيب لم يفسد العقد ، وإن افترقا ؛ وذلك لأنّ هذا الخيار يثبت حكماً ، ألا ترى أنه يثبت في الصرف ، ولا يمنع صحّة

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٢٩٠/٥ ؛ وعبد الرزاق في المصنف ٩٠/٨ ؛ التلخيص الحبير ٢٧/٣ .

(٢) في ج (فعلهما) والمثبت من أ .

التقابض ، فلم يمنع صحّة القبض في مسألتنا .

١٤٠٤ - فَصْل : [الإحالة أو الحوالة برأس المال]

قال أبو الحسن : فإن أحال رب السلم المسلم إليه برأس المال على رَجُل أو كفل له به ، أو أخذ به رهناً ، ثم فارق المسلم إليه ، وترك الكفيل أو المحتال عليه مع [المسلم إليه] ^(١) بطل السلم .

قال : أمّا الحوالة فهي جائزة برأس المال والمسلم فيه ، وقال زفر : لا يجوز .

لنا : قوله ﷺ : «مَنْ أَحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ» ^(٢) ؛ ولأنّ المحتال عليه يقوم مقام المحيل في الدفع فصار كوكيله :

زفر يقول : إنّه أقام ما في ذمّة المحال عليه مقام ما في ذمّته ، فكأنّه أخذ عوضاً عن رأس المال أو المسلم فيه .

وأمّا الكفالة فتجوز عندنا برأس المال والمسلم فيه .

وقال زفر : لا تجوز ، وذكر ابن شجاع عنه : أنّها تجوز بالمسلم فيه ، ولا تجوز برأس المال .

لنا : قوله ﷺ : «الزَعِيمُ غَارِمٌ» ^(٣) ، ولم يفصل ؛ ولأنّ الكفيل يقوم مقام

(١) في ج (رب السلم) والمثبت من أ .

(٢) أخرجه البخاري بلفظ (أتبع) (٢١٦٦) ؛ ومسلم (١٥٦٤) ؛ والبيهقي في الكبرى بلفظ المؤلف .٧٠/٦

(٣) أخرجه المقدسي في المختارة ١٤٩/٦ ؛ وأبو داود (٣٥٦٥) ؛ والترمذي (١٢٦٥) ؛ وابن ماجه (٢٤٠٥) ؛ والبيهقي في الكبرى ٧٢/٦ وغيرهم .

المكفول عنه في الأداء كوكيله .

وجه قول زفر: أنه أقام ما في ذمة الكفيل مقام ما في ذمته فصار كالبدل عنه .
وأما فرقه بين رأس المال والمسلم فيه على رواية ابن شجاع ؛ فلأن رأس المال يقبض في المجلس ، والكفالة يحتاج إليها في الديون التي يتأخر قبضها ، والمسلم فيه يتأخر قبضه ؛ فلذلك جازت الكفالة [به] .

وأما الرهن فيجوز عندنا برأس المال ، والمسلم فيه ، وقال زفر: لا يجوز .

لنا قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلى قوله: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ، قال ابن عباس: [أشهد] ^(١) أن السلم المؤجل في كتاب الله تعالى ديناً ، [وتلا] هذه الآية ^(٢) ، وإذا تضمنت المداينة السلم ، وقد أجاز الله تعالى الرهن فيه فدل على جوازه ؛ ولأن الرهن وثيقة كالشهادة .

وجه قول زفر: أن الرهن إذا هلك صار المرتهن مستوفياً لدينه منه ، واستيفاء غير رأس المال والمسلم فيه لا يجوز .

والجواب: أن الرهن إذا هلك لم يصر عوضاً عن الدين ، وإنما يصير المرتهن مستوفياً لنفس حقه بهلاكه حكماً ؛ الدليل عليه: أن الكفيل لو رهن المكفول له رهناً فهلك رجع على المكفول عنه بدئنه ، وقد قالوا في العبد الرهن إذا مات وجب كفنه على الراهن ، ولو كان المرتهن [صار به] مستوفياً ، وجب كفنه عليه .

(١) في ج (اشتهر) والمثبت من أ .

(٢) انظر: تفسر ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٢٥٨ .

فإذا ثبت ما ذكرنا ؛ قلنا: إذا فارق ربُّ السلم المسلم إليه بطل العقد ، وإن كان الكفيل والمحال عليه في المجلس ؛ لأنَّ القبضَ من حقوق العقد ، وحقوق العقد يتعلَّق بالعاقدين ، فإذا افترقا بطل العقد ، ولم ينفع بقاء غيرهما .

ولو فارقهما الكفيل أو المحال عليه وهما في المجلس لم يبطل العقد ؛ لأنَّ صحَّة العقد يتعلَّق بهما ، فمفارقة الكفيل كعدمه .

وكذلك لو افترقا بعد قبض الرهن برأس المال بطل العقد ؛ لأنَّهما افترقا من غير قبض .

ولو هلك الرهن في المجلس صحَّ العقد ؛ لأنَّه يصير مستوفياً لرأس المال بهلاكه حكماً فهو كالاستيفاء بالمباشرة .

فإن أخذ بالمسلم فيه رهناً ثم افترقا جاز ؛ لأنَّ قبضَ المسلم فيه لا يُعتبر في مجلس العقد .

فإن هلك بعد ذلك صار ربُّ السلم مستوفياً للمسلم فيه ؛ لأنَّ الرهن عندنا يهلك بأقل من قيمته ومن الدين .

١٤٠٥ - مَسْأَلَةٌ: [إبراء المسلم إليه من رأس المال]

قال أبو الحسن: ولا يجوز للمسلم إليه أن يبرئ من رأس المال ؛ وذلك لأنَّ قبضه في المجلس واجب لحقِّ الله تعالى ، فإذا أبرأه سقط القبضُ فيه ، وبطل العقد .

وهذا إذا قبل رب السلم البراءة ، فإن ردها لم يبطل [السَّلْم] ^(١) .

(١) في ج (المسلم) والمثبت من أ .

لأنَّ العقدَ صحَّ بتراضيهما ، والمسلم إليه بالبراءة يُريد الفسخ ، فلا يفسخ إلا برضا الآخر .

١٤٠٦ - فصل : [أخذ شيء عوض رأس المال من غير جنسه]

ولا يجوز أن يأخذ عوضَ رأس المال شيئاً من غير جنسه ؛ وذلك لأنه يسقط القبض فيه ، وإسقاط القبض يُفسدُ العقدَ ، فإن أعطاه من جنس ذلك أجودَ منه أو أزدأً منه ورضي المسلم إليه بالردىء جاز ؛ وذلك لأنَّ هذا ليس بعوض ، [وإنما] ^(١) خالفَ البديل في الصفة ، ألا ترى أن من اشترى عبداً فوجده مقطوع اليدين ، فالبيع جائز ولو كان تغير الصفة ، [فخرج المعقود] ^(٢) عليه من جنسه ، وجبَ أن يبطل العقد إلاَّ أنَّه لا بدَّ من رضا المسلم إليه إذا كان ما أعطاه دون حقه ؛ لأنَّ في ذلك إسقاط حق له وهو الجودة .

فأمَّا إذا أعطاه أجودَ من حقه أُجبر على أخذه ، وقال زفر : لا يأخذه إلا برضاه . لنا : أن الجودة لا تخرج الشيء من جنسه ، فإذا دفع أجود [مما] ^(٣) عليه فقد سمحَ بالجودة ، وهي غير منفردة عن العين ، فلا يعتبر [فيه] الرضا كإيفاء الوزن . وزفرٌ يقول : تبرع عليه بالجودة ، فله أن يقبل التبرع وله أن يرده .

١٤٠٧ - فصل : [أخذ عوض المسلم فيه من غير جنسه]

وكذلك لا يجوز أن يأخذ عوض المسلم فيه من غير جنسه ؛ لقوله ﷺ :

(١) في ج (وإن) والمثبت من أ .

(٢) في ج (يخرج للمعقود) والمثبت من أ .

(٣) في ج (أجودهما) والمثبت من أ .

«من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(١).

ولأنَّ المسلم فيه في حكم الأعيان ؛ بدلالة جَوَازِ الفسخ عليه مع هلاك رأس المال والأعيان التي تنقل وتحول ؛ لا يجوز التصرف فيها قبل القبض .
فإن أعطاه من جنسه أجودَ منه أو أدون [منه] ورضي ربُّ السلم بالأدنى ، جاز على ما بيَّناه في رأس المال .

١٤٠٨ - فَصْل : [إبراء رب السلم المسلم إليه]

وإن أبرأ ربُّ السلم المسلم إليه جاز ، وسَلِمَ له رأس المال ؛ لأنَّه دين لا يستحقُّ قبضه في المجلس ، فجاز أن يبرئ عنه كسائر الديون .

١٤٠٩ - مَسْأَلَةٌ : [الإقالة في عقد السلم]

وإن تقايلا جاز وردَّ عليه رأس ماله لما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال : «من أقال نادماً أقاله الله عشرته يوم القيامة»^(٢) وروي عن جماعة من الصحابة أنَّهم قالوا : لا تأخذ إلا سَلَمَكَ أو رأس مالك ، وإنما يأخذ رأس المال عند الفسخ ؛ ولأنَّها معاوضة تحتمل الفسخ ، فصَحَّتْ الإقالة فيها كالبيع .

١٤١٠ - فَصْل : [الإقالة في البعض وأخذ البعض]

وإن أقاله في بعض وأخذ البعض فهو جائز ، وقال مالك : لا يجوز ، وروي

(١) أخرجه أبو داود بلفظ (أسلف) (٣٤٦٨) ؛ وابن ماجه (٢٢٨٣) ؛ والبيهقي في الكبرى ٣٠/٦ .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٤٠٢/١١ ؛ والحاكم في المستدرک بلفظ (مسلماً) وصححه ؛ وأبو

داود (٣٤٦٠) ؛ وابن ماجه (٢١٩٩) ؛ وأحمد في المسند ٢٥٢/٢ ؛ وقال الهيثمي : «رواه

الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات» . مجمع الزوائد ٤/١١٠ .

عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك ، فقال: ذلك المعروف الحسن الجميل ، وعن ابن عمر: أنه لا يجوز^(١) .

لنا: أنه تجوز الإقالة في جميعه ، فجازت في بعضه كالبيع ، [ومالك يقول]^(٢) الإقالة بيع ، فإذا أقال في البعض على أن يأخذ الباقي كان بيعاً فيه شرط فيبطله ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الإقالة عندنا فسخ وليس ببيع ، وقبض الباقي لا يجب بالإقالة حتى يعتبر شرطاً فيها ، [وإنما]^(٣) يجب بمقتضى العقد .

١٤١١ . فصل : [ما لا يجوز أن يأخذ إذا تقايلا]

وإذا تقايلا لم يجز أن يأخذ برأس المال شيئاً من غير جنسه استحساناً ، والقياس أن يجوز ، وهو قول زفر .

وجه القياس: أنه دين لا يجب قبضه في المجلس ، ولا هو مسلم فيه ، فجاز التصرف فيه قبل القبض كسائر الديون .

وجه الاستحسان: قوله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» . وقول الصحابة لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ؛ ولأنه بعد الفسخ رأس مال بدلالة جواز الفسخ عليه ، والفسخ [إنما]^(٤) يقع على ما وقع عليه العقد ، ورأس المال لا يجوز التصرف فيه ، أصله حال بقاء العقد .

وقد قال الطحاوي: إن قياس قولهم أنه لا يجوز تأجيله ، وهذا ليس

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٨٩؛ المدونة ٤/٦٩، ٧٨ .

(٢) في ج (ومالا تعول) والمثبت من أ .

(٣) في ج (ولهما) والمثبت من أ .

(٤) في ج (ولهما) والمثبت من أ .

بصحيح ؛ لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس ولا يثبت على وجه التبرّع ، فجاز تأجيله كسائر الديون ، وليس إذا لم يجر التصرف فيه لم يجر التأجيل ؛ لأنّ المسلم فيه لا يجوز التصرف فيه ، ويجوز تأجيله .

١٤١٢ - فَصْل : [التصرف في رأس مال في السلم الفاسد]

وأما السلم الفاسد فيجوز التصرف فيه في رأس ماله قبل القبض ؛ لأنّ القياس يقتضي جواز التصرف بكل حال ، وإنما تركنا القياس في السلم الصحيح للخبر وما سواه مبقّي على أصله .

قال وكذلك القروض والغصب والاستهلاكات وغير ذلك ؛ لأنها ديون لم يجب قبضها في المجلس ولا هي بدل في السلم .

قال أبو الحسن : إلا الصرف ؛ فإنه لا يجوز فيه إلا ما يجوز في رأس المال ، وهذا إنما يعنى به حال بقاء عقد الصرف ؛ لأنّ القبض مستحق لحق الله تعالى ، وفي التصرف إسقاطه فلا يجوز .

فأما إذا تفاسخا الصرف جاز التصرف في الثمن بخلاف السلم ؛ لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس ، وكذلك كان القياس في رأس مال السلم لولا الخبر .

١٤١٣ - مَسْأَلَةٌ : [السلم فيما لا يضبط مقداره]

قال أبو الحسن : وكل ما لا يضبط مقداره بالكيل أو الوزن أو الذرع المعروف بين الناس ، ويضبط مع ذلك صفته ، فإن السلم فيه لا يجوز حتى يضبط ذلك أجمع .

والأصل في هذا : أن كلّ ما تضبط صفته ، ويُعرف قدره ، ويجوز أن يكون

مبيعاً بحالٍ ، فالسلم فيه جائز ؛ لقوله ﷺ : «مَنْ أَسْلَمَ فَلَيْسَ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجْلِ مَعْلُومٍ» . وما لا تُضْبَطُ صِفَتُهُ وَلَا يُعْرَفُ قَدْرُهُ ، لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ كَالْجَوَاهِرِ .

١٤١٤ - فَصْلٌ : [السلم في الدراهم والدنانير]

فَأَمَّا مَا لَا يَجُوزُ مَبِيعاً بِحَالٍ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ ، فَلَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهَا عِنْدَنَا ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ السَّلْمُ ^(١) .

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قُلْنَا : أَنَّهُ أَحَدُ بَدَلِي السَّلْمِ ، فَلَا تَكُونُ الدَّرَاهِمُ فِيهِ مَوْجَلَةً كِرَاسَ الْمَالِ ؛ وَلِأَنَّ مَخَالَفَنَا إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ اسْمُ الْعَقْدِ أَوْ حُكْمُهُ ، فَإِنْ كَانَ يَثْبُتُ اسْمُهُ لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ لَا تَسْمِي مَنْ بَاعَ ثَوْباً بِدَّرَاهِمٍ مَوْجَلَةً مَسْلُفاً فِي الدَّرَاهِمِ ، وَإِنْ أَثْبِتَ حُكْمَهُ مِنْ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّ مَنْ بَاعَ ثَوْباً بِدَّرَاهِمٍ مَوْجَلَةً لَمْ يَجِبْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْاسْمُ وَلَا الْحُكْمُ لَمْ يَصَحَّ الْعَقْدُ ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ مَا لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ إِذَا كَانَ رَأْسُ الْمَالِ مِنَ الْأَثْمَانِ لَمْ يَجْزِ السَّلْمُ فِيهِ إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِهَا كَالْجَوَاهِرِ .

١٤١٥ - فَصْلٌ : [السلم في الحيوان]

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ : لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِي الْحَيْوَانِ ؛ لِأَنَّ مَقْدَارَهُ ^(٢) لَا يَضْبَطُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ إِذَا سُمِّيَ ثَنِيًّا أَوْ رِبَاعِيًّا مِنْ نَعَمِ بَنِي فُلَانٍ ^(٣) .

(١) انظر: الأم ١٢٧/٣؛ المنهاج ص ٢٣٧ .

(٢) في أ (لأنه معدود) .

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٢/٣؛ المزني ص ٩١ .

لنا: ما روى الثوري، عن معمر، عن [يحيى] ^(١) بن أبي كثير، عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان» ^(٢)؛ ولأن السلم لا يجوز في أطرافه، فلا يجوز فيه كالجلود، والذي روي أن عبد الله بن عمرو استسلف من [النبي ﷺ] بغيراً ببعيرين إلى خروج المصدق، فيحتمل أن يكون استسلف من أرباب الزكوات على الزكاة، أو يكون استسلف من حربي في دار الحرب، وقد كانت متاخمة لدار الإسلام، أو يكون استسلف [على بيت المال، فكل ذلك يجوز عندنا.

وقولهم: ما جاز أن يثبت في الذمة [مهرًا، جاز أن يثبت سلمًا، لا يصح؛ لأننا لا نسلم ثبوت الحيوان في الذمة] بالنكاح ثبوتاً صحيحاً؛ ولأن بدل النكاح يثبت مع الجهالة بدلالة مهر المثل، ومثل ذلك لا يثبت في السلم.

١٤١٦ - فِصْل: [السلم فيما لا يعرف قدره من الأواني]

قال أبو الحسن رحمته الله: وكذلك ما لا يُعرف قدره من الأواني وسائر المصنوعات، فإن ذلك لا يجوز السلم فيه، وقد بيّننا هذا.

١٤١٧ - مَسْأَلَةٌ: [السلم في اللبِن والطوابيق]

قال: واللَّبِنُ والطَّوَابِيقُ ^(٣) إذا اشترط من ذلك قدرًا معلومًا جاز؛ لأنه معدود

(١) في أ (عثمان) والمثبت عن الحاكم والدارقطني.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک ٦٥/٢؛ والدارقطني في السنن ٧١/٣؛ «وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم وهاه ابن حبان» كما قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣٣/٣.

(٣) والطوابيق جمع الطابق: «العظيم من الزجاج واللبن، تعريب تابه، ومنه بيت الطابق». المغرب (طبق).

غير متفاوت ، والعدد يُعرف به مقدار الأشياء ، فجاز السلم فيه ، كالكيل والوزن .

١٤١٨ - فَصْلُ: [السلم في الحطب والقصب]

قال أبو الحسن: ولا يجوز السلم في الحطب ، والقصب ، والقت ، والرطبة أحمالاً ، ولا أوقاراً ولا حُزماً ، ولا حزرراً ؛ وذلك لأنَّ هذا مقدار مجهول مختلف يتفاوت فيه الصغير والكبير ، وما لا يُضبط قدره لا يجوز السلم فيه .

١٤١٩ - مَسْأَلَةٌ: [السلم في الجلود]

قال أبو الحسن: ولا يجوز السلم في جلود البقر والغنم والإبل ، وقال مالك: يجوز^(١) .

لنا: أنه معدود مختلف ، ألا ترى أن الجلود [يختلف]^(٢) فيها الصغير والكبير والثقيل والخفيف ، وهذا المعنى يوجب تفاوت الأثمان ، فمنع من صحّة السلم . قال أبو الحسن: وكذلك رؤوسها ، وهذا صحيح ؛ لأنَّ الرؤوس تختلف بالسمن والهزال ، والصغير والكبير ، والمعدود المتفاوت لا يجوز السلم فيه^(٣) .

١٤٢٠ - مَسْأَلَةٌ: [السلم في الثياب والبسط]

قال أبو الحسن: ويجوز السّلم في الثياب ، والبُسط ، والحُصر ، والبوارى^(٤) ، والسُّتور وما أشبه ذلك إذا اشترط ذرعاً معلوماً وصفةً وصنعةً معلومتين ، وقد كان

(١) انظر: الرسالة الفقهية (القيروانية) ص ٢١٦ (دار الغرب) .

(٢) في ج (يتفق) والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل: ٣٧٣/٢ .

(٤) البوارى: هو الحصير المعمول من القصب ، ويقال فيها: بارية ، وبورياء . انظر: لسان العرب (بور) .

القياس أن لا يجوز السلم في الثياب ؛ لأنَّ مستهلكها لا يلزمه أمثالها ، فلا يجوز السلم فيها كالحيوان ، وإنما تركوا القياس لإجماع الفقهاء ؛ والإجماع حجة ؛ ولأنَّه إذا بين الطول والعرض والصفة تقاربت الجهالة فيها ، وصار اختلافها كاختلاف الجيد والجيد من الحنطة ، ولا يمنع ذلك صحَّة العقد .

١٤٢١ - فَصْل : [ما يوزن من الثياب بوزن]

قال أبو الحسن : وما كان من الثياب يوزن مثل ثياب الحرير ، ذكر مع ذلك الوزن ، فإن اقتصر على الذرع أجزاء ، ومن أصحابنا من قال : لا بدَّ من ذكر الوزن ، وهذا عندنا على وجهين : إن كان إذا ذكر الطول والعرض والرقَّة لم يتفاوت الوزن ، لم يحتج إلى ذكر الوزن ، كما قال أبو الحسن ؛ لأنَّه غير متفاوت ، وإن كان يختلف باختلاف وزنه لم يجز حتى يذكر الوزن .

١٤٢٢ - فَصْل : [البيع بمكيال غير معروف]

قال أبو الحسن : وإن شرط في السلم مكيالاً لا يعرف ، فقال : بهذا الزنبيل^(١) أو وزن حجر لا يُعرف قدره من الوزن المعروف ، فقال : بهذا الحجر لم يجز حتى يكون قدره من الكيل المعلوم والوزن المعلوم معلوماً .

والأصل في ذلك : أن كل جهالة يجوز أن تطرأ على عقد السلم فرفعها من العقد شرط إذا أمكن ذلك ؛ لأنَّ المقصود من هذا العقد مترقّب ، فيما يجوز أن يطرأ كالموجود في حال العقد ، ومعلومٌ أن الإناء قد يهلك ، ويضيع الحجر ، فلا يدري ماذا يسلم إليه ؛ فلذلك لم يصح العقد به^(٢) .

(١) في أ (الكيل) .

(٢) انظر : الأصل ، ٣٨٣/٢ .

فأما إذا باع وشرط الكيل بمكيالٍ لا يُعرف أشار إليه ، أو الوزن بحجر لا يُعرف أشار إليه ، فالمشهور أنه يجوز ؛ لأنه لو باع مجازفةً جاز ، وليس هذا أكثر من المجازفة .

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز ؛ لأنَّ البيع يقع على وجهين إما مكايلةً أو مجازفةً ، وليس هذا مكايلة ولا مجازفة .

١٤٢٣ - مَسْأَلَةٌ: [السلم في شيئين مختلفي الصفة والجنس]

قال أبو الحسن: قال [أبو حنيفة] ^(١): إذا أسلم في شيئين مختلفي الصفة [أو الجنس] ^(٢) لم يصح السلم إذا كان رأس المال مكيلاً أو موزوناً حتى يعين ^(٣) قدر رأس مال كل واحد منهما ، مثل من أسلم مائة درهم في قفيز حنطة وقفيز شعير ، أو في ثوبين مختلفين ، وإن كان رأس المال من غير المكيل أو الموزون لم يحتج إلى تفصيله ، وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك جائز فيهما ^(٤) .

وهذا مبني على ما قدّمنا أن معرفة رأس المال شرط في السلم ، فإذا أسلم مائة درهم في شيئين مختلفين انقسمت عليهما بالقيمة ، فصار رأس مال كل واحد منهما مجهولاً ، فلم يجز عنده كما لو أفرده بالعقد ، وليس كذلك إذا كان رأس المال ثوباً ؛ لأنَّ معرفة قدر الثوب لا يُعتبر في العقد ، وعلى أصلهما إذا كان رأس المال معيناً جاز وإن لم يُعرف قدره ، فكذلك إذا لم يُعرف حصّة كل ثوب منه .

(١) في ج (أبو الحسن) فقط ، وفي أ (أبو حنيفة) فقط .

(٢) في ج (إذا تجنس) والمثبت من أ .

(٣) في أ (بيّن) .

(٤) انظر: الأصل ، ٣٨٢/٢ .

١٤٢٤ - مَسْأَلَةٌ: [السَّلم في طعام قرية بعينها مما ينقطع]

[قال أبو الحسن]: وإذا أسلم في طعام قرية بعينها أو بلد بعينه مما ينقطع عن أيدي الناس ، فالسَّلم باطلٌ .

وجملة هذا: أنه إذا سَمِيَ طعام بقعة لا يفقد طعامها غالباً جاز السَّلم ، وإن سَمِيَ ما يجوز أن يفقد لم يجوز ، وقد روي أن النبي ﷺ أسلم إلى زيد بن سعة في تمر فقال له: «أسلم إليّ في تمر نخلة بعينها ، فقال: أما في تمر نخلة بعينها فلا»^(١) ، وإن كان المعني فيه: أنه يجوز أن يفقد تمرها ولا تحمل في ذلك العام ، وقد قال محمد في الأصل: إذا أسلم في طعام هَراة لم يجوز . قال أصحابنا: ليس يعني بذلك هَراة خراسان ؛ لأنَّ طعامها لا ينقطع ، وإنما أراد به قرية من قُرى الفرات يقال لها هَراة ، وذلك [لأنه] ينقطع طعامها .

١٤٢٥ - مَسْأَلَةٌ: [وجود المسلم فيه مدة العقد]

قال أبو الحسن: ولا بدّ أن يكون المسلمُ فيه موجوداً من حين السَّلم إلى انتهاء أجله ، فإن كان يعدم في شيء من هذه المدة لم يجوز .

وجملة هذا: أن من شرط السَّلم عندنا كون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين الحلول ، فإن عُدِم في إحدى الحالتين أو ما بينهما لم يجوز .

وقال الشافعي: يجوز السَّلم إذا كان المسلمُ فيه موجوداً عند الحلول ، ولا يُعتبر وُجوده قبل ذلك^(٢) .

(١) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى (في سبب إسلام زيد) بغير هذا اللفظ ٢٤/٦ ؛ ونحوه الحاكم

في المستدرک ٧٠٠/٣ ؛ مجمع الزوائد ٢٣٩/٨ .

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٩٠ ؛ المنهاج ص ٢٣٧ .

لنا: ما روي «أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يؤكل منه»^(١)، وقد بيَّنا أن السلم بيع؛ ولأنَّ محلَّ المسلم فيه تارة يثبت بالشرط، وتارة بالشرع، فإذا كان عدمه في إحدى الحالين^(٢) يمنع فكذاك الآخر؛ ولأنَّه سلم في معدوم فلم يجز كالحال.

وقولهم: إنه مضبوط الصفة مأمون الوجود عند المحل لا يصحُّ؛ لأنَّ المحلَّ تارة يكون بالوقت الذي شرطه، وتارة يكون قبله بأن يموت المسلم إليه، فيحلَّ السَّلم، فوجبَّ اعتبار وجوده في كل [حال لجواز]^(٣) أن يكون محلاً.

١٤٢٦ - فصل: [عدم قبض المسلم فيه أثناء المدة مع وجوده]

قال أبو الحسن: فإن كان موجوداً في حالة العقد إلى حين حلول السلم فلم يقبض ربُّ السلم حتى انقطع، فالسلم صحيحٌ على حاله، ورب السلم بالخيار: إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإن شاء انتظر إلى حين وجوده؛ وذلك لأنَّ العقد قد تمَّ واستقرَّ الدين في الذمَّة بالحلول، فعدمه بعد استقراره لا يؤثر في العقد كعدمه قبل العقد.

وإنما يثبت الخيار؛ لأنَّ الصفة تغيرت، ألا ترى أنه دخل في العقد ليسلم له المعقود عليه في هذا العام، فإذا تأخر إلى عام آخر لحقه الضرر فصار كالعيب إن شاء التزمه وإن شاء فسخ.



(١) أخرجه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنه (٢١٣٠)؛ ومسلم (١٥٣٧).

(٢) في أ (المحلين).

(٣) في ج (عين يجوز) والمثبت من أ.

١٤٢٧ - مَسْأَلَةٌ: [السِّلْمُ فِي الْمَعْدُودِ الَّذِي يَتَفَاوَتُ أَحَادَهُ]

فَإِنْ أَسْلَمَ فِي بَيْضٍ عَدَدًا أَوْ أَسْلَمَ فِي الْجَوْزِ كَيْلًا أَوْ عَدَدًا جَازَ .

وجملة هذا: أَنَّ الْمَعْدُودَ إِذَا تَفَاوَتَ أَحَادَهُ لَمْ يَجْزِ السِّلْمُ فِيهِ كَالْبَطِيخِ وَالرَّمَّانِ ، وَإِذَا لَمْ تَتَفَاوَتْ أَحَادَهُ جَازَ السِّلْمُ فِيهِ ، وَإِنْ تَفَاوَتَتْ جَمَلَتُهُ كَالْبَيْضِ وَالْجَوْزِ ، ذَكَرَ هَذَا التَّفْصِيلَ أَبُو يُونُسَ ، وَقَالَ زَفَرٌ: لَا يَجُوزُ السِّلْمُ فِي الْبَيْضِ وَالْجَوْزِ عَدَدًا ، (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ السِّلْمُ فِي الْبَيْضِ وَزَنًا وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا)^(١) .

وَالدَّلِيلُ عَلَى مَا قَلْنَا: أَنَّ كُلَّ مَا جَازَ قَرْضُهُ بِصِفَةٍ ، جَازَ السِّلْمُ فِيهِ بِتِلْكَ الصِّفَةِ إِذَا كَانَ مِمَّا يُسَلَّمُ فِيهِ كَالْكَيْلِ وَالْوِزْنِ ؛ وَلِأَنَّ الْعَدَدَ مَعْنَى يُعْلَمُ بِهِ مِقْدَارَ الْبَيْضِ ، فَجَازَ السِّلْمُ فِيهِ كَالْكَيْلِ .

وَجَهُّ قَوْلِ زَفَرٍ: أَنَّ الْبَيْضَ مَعْدُودٌ مُخْتَلَفٌ ، أَلَا تَرَى أَنَّ كِبَارَهُ تَشْتَرِي بِأَكْثَرِ مِمَّا تَشْتَرِي صِغَارَهُ ، وَالْمَعْدُودُ الْمَتَفَاوَتُ لَا يَجُوزُ السِّلْمُ فِيهِ .

١٤٢٨ - مَسْأَلَةٌ: [السِّلْمُ فِي دِينٍ]

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ: وَإِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ إِلَى رَجُلٍ فِي حَنْطَةٍ دِينَأً لَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ»^(٢) وَهُوَ الدِّينُ بِالْدِّينِ .

(١) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَاقِطَةٌ مِنْ أ .

قَالَ الشِّيرَازِيُّ: «وَإِنْ أَسْلَمَ فِيهَا لَا يَكَالُ وَلَا يوزنُ ، كَالْجَوْزِ وَالْبَيْضِ . . . وَالرُّؤُوسِ ، إِذَا جَوَزْنَا السِّلْمَ فِيهَا ، أَسْلَمَ فِيهَا بِالْوِزْنِ . وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: يَجُوزُ أَنْ يَسَلَّمَ فِي الْجَوْزِ كَيْلًا . . .» . الْمَهْذَبُ ١٦٩/٣ . قَالَ النَّوَوِيُّ: «وَيَجُوزُ السِّلْمُ فِي الْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَزَنًا . . . ، وَيَجُوزُ كَيْلًا عَلَى الْأَصْح» .
الرُّوضَةُ ١٤/٤ .

(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ فِي السَّنَنِ ٧١/٣ ؛ وَمَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ ٦٢٨/٢ ؛ التَّلْخِيسُ الْحَبِيرُ ٢٦/٣ ؛ الدَّرَايَةُ ١٦٠/٢ .

فإن لم يفترقا حتى قبض رُبِّ السَّلَمِ دينه منه ثم رده عليه ، أو أعطاه مثله جاز العقد ؛ لأنَّ الدراهم [عندنا] لا تتعيَّن ، فإذا سمَّى دينه وقع العقد على دراهم مطلقة ، فإذا افترقا بطل ؛ لعدم القبض ، فإن دفع رأس المال جاز وصار كأنه عقد بدراهم مطلقة ، فدفعها ، وليس كذلك إذا قال أسلمت إليك العشرة التي لي في ذمَّة فلان في قفيز حنطة ، ثم قبضها وسلَّمها قبل الافتراق ، أو سلَّم غيرها ؛ فإنَّ العقد لا يصحُّ ؛ لأنَّه شرطُ هُنَاكَ استيفاء رأس المالِ من ذمَّة غيرِ العاقد ، وهذا خلاف مقتضى العقد ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنَّه شرط الاستيفاء من مال العاقد ، وذلك مقتضى العقد .

١٤٢٩ - مَسْأَلَةٌ : [الافتراق بعد السلم ديناً وعيناً]

وإذا أسلم ديناً وعيناً فافترقا ، جاز في حصة العين وبطل في حصة الدين ؛ لأنَّ العقد وقع صحيحاً فيها ، ألا ترى أنه لو قبض الدين جاز ، وإنما بطل في بعض المعقود عليه لعدم القبض ، وبطلان العقد في بعض ما وقع عليه العقد بعد صحته لا يُوجبُ بطلان جميعه ، كما لو اشترى عبدين ، فمات أحدهما قبل القبض .

١٤٣٠ - مَسْأَلَةٌ : [السلم في مكيل بمكيل]

قال أبو الحسن : وإذا أسلم مكيلاً في مكيلٍ وموزون ، أو [أسلم] موزوناً في موزونٍ ومكيل ، أو جنساً في جنسه وغير جنسه ، بطل السلم في جميعه في قول أبي حنيفة ، وجاز في قول أبي يوسف ومحمد في حصة المكيل من الموزون ، ولم يجز في حصة الموزون من الموزون .

قال الشيخ رحمته الله : وجملة قول أبي حنيفة : أن الصفقة إذا جمعت الصحيح

والفاسد، والفساد والفساد في نفس المعقود عليه، بطل العقد في الجميع،
والفساد في نفس المعقود عليه عنده أن يفسد [نص^(١)] أو إجماع.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان الفاسد مما له قيمة جاز في الصحيح
وبطل في الفاسد مثل مسألتنا، وإن كان الفاسد [مما] لا قيمة له مثل الحرّ والعبد،
وقد سمى الثمن جملةً واحدةً بطل العقد في الجميع، وإن سمى لكل واحد
[منهما] ثمناً، جاز في العبد وبطل في الحرّ.

وذكر أبو الحسن في الجامع عن أبي يوسف: فيمن باع جاريةً في عنقها
طوق فضةً بألفٍ نساءً، فإنّ البيع (باطل)^(٢) في الجميع في قول أبي يوسف
الآخر، وجعل أبو الحسن رجوع أبي يوسف في هذه المسألة دلالةً على رجوعه
في جميع المسائل، فكان أبو بكر يقول: يجوز أن يفرق بينهما.

وذكر ابن سماعه عن أبي يوسف: فيمن أسلم عشرة في قفيز حنطة، خمسةً
يؤدّيها في المجلس وخمسةً يؤديها بعد عشرة أيام، أن البيع باطل في الجميع،
ولم يحك خلافاً، وللشافعي قولان، أحدهما: مثل قول أبي حنيفة، والآخر: مثل
قولهما.

وجه قول أبي حنيفة: أن الصفقة تضمّنت الصحيح والفساد، والفساد في
نفس المعقود عليه، ففسد في الجميع كمن جمع بين حرّ وعبد، وسمى لها ثمناً
واحدًا، وعلى الشافعي: أن عقد البيع إذا جمع الحر وغيره بطل البيع فيهما كمن
جمع بين حرّ وكلب، ولأنه عقدٌ يبطل بالشرط، فإذا جمع بين الأمة والحرّة فيه،

(١) في الأصل (قبض) والمثبت يدل عليه السياق، وكذا العبارة الآتية بعد صفحة في المسألة نفسها.

(٢) ساقطة من ج.

جَاز أن يبطل في الأمة كالنكاح ، ولا يلزم على الوجه الأوَّل إذا جمع بين عبده وعبده غيره ؛ لأنَّ العقد عندنا صحَّ فيهما ، فكيف يقول إن الفساد في نفس المعقود عليه ، ولا يلزم إذا جمع بين عبد ومدبَّر ، أو أم ولد ؛ لأنَّ الرق المعقود عليه موجودٌ فيهما ، والعقد قد تناولهما ؛ ولهذا يصحُّ فيهما بحكم الحاكم ، ولا يلزم إذا جمع بين عبد ومكاتب ؛ لأنَّ الرق موجود في المكاتب ، ويصحُّ العقد فيه بالحكم ؛ لأنَّ عند مالك أن من باع نجوم المكاتب جَاز وعتق وكان الولاء للمشتري .

ولا يلزم إذا باع عبداً نساءً بألفٍ ، ثم اشتراه مع عبده آخر بألف ومائة ؛ لأنَّ العقد صحَّ فيهما ، وإنما يفسد [عند] تسمية^(١) الثمن والعلم بنقصان حصَّة المبيع عن الألف ، وهذا [إنما] يكون في ثاني العقد ، فإن ألزم إذا باعه مع عبد آخر من البائع بألف ، فقليل لنا: إنه عند العقد يعلم أن حصَّته أقل من ألف ، قلنا: الفساد في نفس المعقود عليه قد بينا أنه ما يتناوله النصُّ أو الإجماع ، وهذا عندنا يفسد بما جرى مجرى النصِّ ، لأننا نقول: إن قول عائشة رضي الله عنها فيما لا يُعلم من طريق القياس الظاهر أنه توقيف ، وهذا ليس بنصِّ في الحقيقة (لكن عمل عمل النص في فساد البيع)^(٢) .

وجهُ قولهما: أن الصفقة جمعت الصحيح والفاقد وكل واحد منهما له قيمة ، فصار كالعبد والمدبر ، وأمَّا العبد والحر فلا قيمة للحر فيصير العبد مبيعاً بحصته ، والبيع بالحصَّة لا يجوز ، ولهذا قالوا: إن أفردته بالثمن جَاز ؛ لأنَّ المعنى المفسد جهالة الحصَّة وهذا لا يوجد إذا أفردته بثمن .

(١) في ج (قسمة) .

(٢) ساقطة من أ .

فأما رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق، فالظاهر أنه رجوع في جميع المسائل، كما قال أبو الحسن عليه السلام، وإلا ضعف الفرق، وكان أبو بكر يقول: إن النساء يحرم في الفضة بإجماع، فيجوز أن يقول أبو يوسف: إن الفساد متى ثبت بإجماع أفسد الصفقة؛ فإنه دليل مقطوع به، فأما خبر الواحد فلا يُقطع به، فإذا قابله الاختلاف لم تفسد الصفقة.

وإذا ثبت هذا قلنا في مسألة الكتاب: إذا أسلم مكيلاً في مكيلٍ وموزون فتحريم النساء بالمعنى المضموم إلى الجنس مجمع عليه، والتحريم إذا ثبت بالإجماع كان الفساد في نفس المعقود عليه؛ ولأن النص قد تناوله وهو قوله عليه السلام: «وإذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة»^(١).

١٤٣١ - مسألة: [السلم في الشحوم]

قال أبو الحسن: ويجوز السلم في الشحوم والأليات^(٢)؛ وذلك لأنها لا تختلف بالسمن والهزال لأنها كلها سمن ولا بالعظام؛ لأنه لا عظم فيها يتفاوت والموزون المعلوم يجوز السلم فيه^(٣).

١٤٣٢ - فصل: [السلم في اللحم]

ولا يجوز السلم في اللحم عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما إذا سمى مكاناً معلوماً من الشاة، وهو قول الشافعي، وكان أبو الحسن يقول: يجوز السلم في

(١) انظر: الأصل ٤٠٨/٢.

(٢) في المعجم الوسيط الألية: العجيزة أو ما ركبها من شحم ولحم وجمعها: أليات (ألى).

(٣) انظر: الأصل، ٣٧٦/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ١٢٧/٣ وما بعدها.

اللحم المخلوع من العظام ، وكان أبو بكر الرازي يقول: لا يجوز^(١).

وجهُ قول أبي حنيفة: أن اللحم مختلف باختلاف السمن والهزال ، وهذا معنى مقصود منه ، والموزون المختلف لا يجوز السلم فيه ؛ ولأنَّه يختلف باختلاف العظام ، ألا ترى أنَّ من العظام ما ينتفع به ، ومنها ما لا يُنتفع به ، والاختلاف يمنع جواز السلم ، وليس كذلك النوى في التمر ؛ لأنَّه يقع على وجه واحد ، إذ لا ينتفع بجميعة .

فإن قيل: قد جوزتم السلم في الألية وفيها عظم العُصْصُص .

قلنا: ذاك موجود على صفة واحدة منتفع به ، لا يختلف فلذلك لم يمنع ، وعلى الشافعي إن ما اختلف باختلاف العظام والسمن والهزال ؛ لم يجز السلم فيه ، كالرؤوس واللحم المشوي والمطبوخ ؛ ولأنَّه سلم في لحم كلحم ما لا يُؤكل لحمه .

وَجْهٌ قولهما: أنه إذا سمى مكاناً من الشاة بعينه قلت الجهالة ، فصار اختلافه كاختلاف الجيِّد والجيِّد من المكيِّل^(٢).

١٤٣٣ - مَسْأَلَةٌ: [السلم في السمك]

قال أبو الحسن: لا يجوز السَّلم في السمك عند أبي حنيفة ، طريَّةً ولا مالحةً . وقال أبو يوسف: يجوز في المالح إذا سمى وزناً معلوماً ، وفي السمك الصغار إذا كان مما يُكال ، ولا يجوز في الكبار ، إذا كان لا يُكال ، فإن اشترط

(١) انظر: المبسوط ١٣٧/١٢؛ المزني ص ٩٢ .

(٢) انظر: الأصل ، ٣٧٥/٢ .

وزناً لم يجر لفضل الكبير على الصغير ، روى ذلك بِشْرُ عنه ، وقد اضطربت عبارة الأصل والجامع الصغير في ذلك ، وأشار إلى الفرق بين المالح والطَّري ، كما قال أبو يوسف ، والصحيح من المذهب : أنَّ السمك الصغار يجوز السلم فيه كيلاً ووزناً ، وفي الكبار روايتان ، ولا فرق بين المالح والطري ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز ؛ أمَّا الصَّغارُ فلأنها لا تختلف باختلاف السمن [والهزال] ؛ لأنَّه لا سمن فيه ، ولا باختلاف العظام ؛ لأنَّ عظامه تؤكل معه ، فصار مكيلاً غير مختلف ، فجاز العقْد عليه ، وأمَّا الكبارُ فتختلف باختلاف السمن والهزال ، فهو كاللحم .

وقال في الرواية الأخرى : إن السمن والهزال ليس بظاهر فيه ، فلم يقصد بالعقد وعظامه على وجه واحدٍ لا يُنتفع بها ، فلم يمنع ذلك السلم .
فأما هُما ففرقا بينه وبين اللحم ؛ لأنَّهما جَوْزا في اللحم إذا شرط مكاناً من الشاة بعينه لتقل الجهالة ، وهذا المعنى لا يوجد في السمك ، فالسلم فيه كالسلم في مسالِخ الغنم ، فلا يجوز^(١) .



(١) انظر: الأصل ، ٣٧٥/٢ ؛ مختصر اختلاف العلماء ١١/٣ .

بَاب

السلم ينتقض فيه القبض بعد الافتراق



قال أبو الحسن: وإذا افترق المتعاقدان في السلم بعد القبض ثم وجد المسلم إليه رأس المال زيوفاً أو بهرجةً، فإن تجوز بها صحَّ السلم، وإن استبدلها بطل عند أبي حنيفة، ولا يبطل عندهما إذا قبض في المجلس الذي ردها فيه، فإن افترقا قبل القبض في الردِّ بطل السَّلم، وإن أصابها ستوقة أو رصاصاً أو جنساً غير الفضَّة أو استحقَّت في يده بعد الافتراق، بطل السَّلم عندهم جميعاً.

قال: وجملته هذا: [أنَّ] رأس المال إذا لم يكن ديناً في الذمَّة وكان عيناً مُشاراً إليها، فاستحقَّ في المجلس أو بعد المجلس، أو وجد به عيباً فردّه، بطل السلم؛ ولأنَّ العقد وقع على عينه، فإذا استحقَّ أو رده بعيب بطل العقد فيه، ولا يعود إلا باستئناف عقد.

فأمَّا إذا كان رأس المال ديناً في الذمَّة فقبضه ثم وجد في المجلس زائفاً فردّه، أو رصاصاً، أو ستوقاً، أو استحقَّ فأعطاه بدله في المجلس صحَّ العقد؛ لأنَّ استحقاقه وردّه يبطل فيه القبض، ويبقى موجب العقد في الذمَّة بحاله، فكأنَّه لم يقبض رأس المال حتى الآن، وتأخير القبض في المجلس معفو عنه.

وأما إذا افترقا، فوجده بهرجة أو زيوفاً أو ستوقاً، أو رصاصاً، أو استحقَّ فلم يجز المستحق القبض، بطل العقد في قولهم؛ لأنَّ الستوقة والرصاص ليست من جنس الأثمان، فقبضها لا يُعتد به، فصار كأنهما افترقا عن غير قبض.

وأما إذا وجدها زائفةً أو بهرجةً ، فَتَجَوَّزَ بها ، جاز ؛ لأنها من جنسِ المعقود عليه ، وإنما [وجد] بها عيباً ، ووجود العيب بالعين لا يجعلها غيرَ المعقود عليه ، فإذا تجوَّزَ بها فكأنه أخذ نفسَ حقِّه ، [فجاز] ^(١) ، وأما إن استبدلها [في مجلس الرَّد] بطل العقد عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يبطل إذا قبضَ البديل في مجلس الرَّد .

لأبي حنيفة : أن المقبوض ليس هو نفس ما وقع العقد عليه ، وإنما هو مأخوذ منه على وجه الاقتضاء ، بدلالة أن من أسلمَ دراهمَ صحاحاً [وتجوَّزَ بأخذ] ^(٢) عملة فوجدتها في المجلس زيوفاً فردَّها ، كان له المطالبة بالصحاح على ما اقتضى العقد ، وإذا كان المقبوض مأخوذاً عمماً وقع عليه العقد فمتى ردَّه انفسخ فيه القبض ، فلو رجع أُرْجِعَ بمقتضى السلم ، والرجوع بمقتضى السلم من رأسِ المالِ بعد الافتراق لا يصحُّ ، أصله إذا افترقا ابتداءً من غير قبض .

ولا يلزم إذا وجد بعضها زيوفاً فاستبدله ، فإنَّ القياس أن يُفسد القبض فيه ، وإن شئت أن يُحترزَ عنه فقل : والرجوع بموجب العقد فيما يمكن الاحتراز فيه بعد الافتراق لا يجوز .

ووجهُ قولهما : أنَّهما لم يفترقا إلا عن عين بدين ، والمبطل للعقد الافتراق عن دين بدين ، وهذا لم يوجد .

١٤٣٤ - فَصْلُ : [استبدال رأس المال المستحق في المجلس]

ولو استحقَّ رأس المال فاستبدله في مجلس الاستحقاق لم يصحَّ العقد

(١) في ج (فيجوز) والمثبت من أ .

(٢) في ج (فأخذ) والمثبت من أ .

عندهما ؛ لأنَّ المستحقَّ إذا لم يجز فيه القبض انفسخ من أصله ، فكأنَّهما افترقا في المجلس الأوَّل من غير قبض .

وأما الزيوف إذا رَدَّها لم تخرج من أن تكون مقبوضةً مملوكةً في المجلس ؛ فلذلك صحَّ العقد فيها [كلاستبدال] ^(١) .

١٤٣٥ . فِصْل : [إجازة المستحق القبض لرأس المال]

وإن أجاز المستحقُّ القبضَ جاز السلم ، وقال زفر : لا يجوز .

لنا : أنهما افترقا عن قبض ليس لواحدٍ منهما فيه حقُّ فسخ ، فصار كما لو قبض [ذلك من مال] ^(٢) رَبِّ السَّلْمِ ؛ ولأنَّهما لو افترقا عن قبض الزيوف فتجوز بها جاز ، وإن كانا افترقا مع ثبوتِ حقِّ الفسخ لأحدهما ، فإذا افترقا وليس لأحدهما حقُّ فسخٍ أولى .

وجه قول زفر : أن المستحقة لا تملك بالقبض ، فقد افترقا ولم تملك رأس المال ، فكأنَّه لم يقبضه .

١٤٣٦ . فِصْل : [رد بعض رأس المال لوجود الزيوف]

وأما إذا وجد بعضها زيوفاً فردَّه ، فالقياس أن ينتقض العقد بقدره ، وهو قولُ [زفر] ^(٣) والاستحسان : إذا كان يسيراً أن لا يبطل ، واختلفت الرواية في القدر اليسير ، فذكر محمدٌ في الأصل : أنه يستبدل أقلَّ من النصف ، فإن كانت الزيوفُ

(١) في ج (كلاستلال) والمثبت من أ .

(٢) في ج (ملك) والمثبت من أ .

(٣) الزيادة من أ .

النصف بطل العقد فيها .

روى بشر عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : أنه يستبدل ما بينه وبين الثلث ، فإن زادت على الثلث انتقض العقد فيها . وروى عنه رواية ثالثة : أنه لا ينتقض حتى تكون الزيوف أكثر من النصف .

وجه رواية محمد : أن النصف إذا كان زيوفاً استوى [الحظر] ^(١) والإباحة ، فكان الحكم للحظر .

وجه رواية بشر : أن النبي ﷺ قال [لسعد] : «الثلث ، والثلث كثير» ^(٢) . في حد الكثرة وأجاز الوصية به ، فدل على أنه من الكثير الجائز ، وما زاد عليه لا يجوز .

ووجه الرواية الثالثة : أن الحكم يتعلق بالأكثر ، والأقل تبع له ، فإذا كان الأكثر زيوفاً فكان الجميع زيوناً ، وأما زفر : فذهب إلى القياس : وهو أنه إذا رده انفسخ فيه القبض ، فيرجع بموجب العقد بعد الافتراق ، وهذا لا يجوز ، واستحسن أصحابنا فقالوا : الدراهم لا تخلو من رديّة وإن اجتهد الإنسان في النقد ، فصار ذلك ما لا يمكن الاحتراز عنه ، فلم يُعتدّ به ؛ حتى لا يؤدي إلى إبطال كل سلم .

ولأنّ الدراهم لا تخلو من قليل غشّ تنطبع به ، [فكل ما] ^(٣) كان يسيراً فهو مقيس على الغش . وأمّا إذا استحق رأس المال بعد الافتراق فأجاز المُستحقُّ جاز العقد ؛ لأن ملك غيره عندنا يدخل في العقد ، وإنما [يخرج] ^(٤) لعدم الإجازة ،

(١) في النسخ (الطرف) والمثبت ما يقتضيه السياق .

(٢) أخرجه البخاري في حديث طويل (٥٣٤٤ ، ٦٠١٢) وغيره .

(٣) في ج (فكما) والمثبت من أ .

(٤) في ج (يحرم) والمثبت من أ .

فإذا أجاز صار كأنه أذن في تسلميه ابتداءً.

١٤٣٧ - فَصْل: [الاختلاف في زيوف في بعض رأس المال]

قال أبو الحسن: فإن وَجَدَ البعض بهرجةً، أو زيوفاً، [أو] ^(١) استحقَّ بعض رأس المال، فاختلفا فقال ربُّ السلم: هو ثلث رأس المال، وقال المسلم إليه: هو نصفه، فالقول قول ربِّ السلم مع [يمينه] ^(٢) إذا كانت زائفة أو بهرجة أو مستحقةً، فإن كانت ستوقةً أو رصاصاً فالقول فيه قول المسلم إليه، وهو القابض؛ وذلك لأنَّ الزيوف والمُستحقةً يَقَعُ بها الاستيفاء، وقد اتَّفقا أن رأس المال دَخَلَ في ضمان القابض، فالاختلاف فيما انفسخ فيه القبض بالردِّ، فالقول في ذلك قول رب السلم، وأما الستوقة والرصاص فلا يقع بها الاستيفاء، فقد اتَّفقا أنه لم يدخل في ضمان المسلم إليه إلا بعض رأس المال، فالقول قوله في ذلك البعض ^(٣).



(١) في ج (إذا) والمثبت من أ.

(٢) في ج (عينه) والمثبت من أ.

(٣) انظر الأصل، ٣٨٧/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ١٣٣/٣.

بَابُ فِي قَبْضِ السَّلْمِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قبضَ ربُّ السَّلْمِ السَّلْمَ، أو وكَّلَ بقبضه جاز؛ وذلك لأنَّ القبض موجب العقد، وموجب العقد إذا وليه العاقد جاز، وإن وكَّل [به] جاز؛ لأنَّ وكيله يقوم مقامه، فكأنَّه قبضَ بنفسه.

١٤٣٨ - فُصِّلَ: [الضمان يصير قصاصاً عن السلم]

قال أبو الحسن: وكذلك إذا حصل في ضمانه كُرٌّ (١) مثل السلم بعد عقد السلم بقبض، ثم حل السلم، فإنه يصير قصاصاً عن السَّلْمِ، تقاصاً أو لم يتقاصاً إلى آخر ما ذكره.

قال الشيخ رحمته الله: وجملة هذا أن المسلم إليه إذا وجب له على ربِّ السلم كُرّاً مثل كُرّه، فإن كان وجوبه بسبب متقدّم على العقد، فإنه لا يصير قصاصاً وإن تقاصاً، سواء كان بعقد أو بقبض، وهذا مثل أن يكون قد أسلم إليه في كر، أو بايعه أو غصبه كُرّاً.

وإن وجب له عليه كر بعد العقد والحلول؛ فهو على وجهين: إن وجب

(١) والكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وجمعه: أكرار، قال الأزهري: الكُرُّ ستون قفيزاً... وقال: وهو من هذا الحساب اثنا عشر وسقاً، وكل وسق ستون صاعاً «المغرب (كرر) وعلى هذا الكُرُّ = ٧٢٠ صاعاً. فعند الحنفية: ٣,٢٥ × ٧٢٠ = ٢٣٤٠ كيلو غرام. وعند الجمهور: ٢,٠٤ × ٧٢٠ = ١٤٦٨,٨ كيلو غرام.

بعقد لم يصر قصاصاً، وإن تقاصاً، وإن وجب بقبضٍ مثل القرض والغصب صار قصاصاً، وإن لم يتقاصاً، والأصل في ذلك: أن عقد السلم يوجب الاقتضاء، ولا يوجب القضاء؛ لأنَّ الاقتضاء [من موجب] ^(١) العقد، والقضاء تصرفٌ في المعقود عليه، والتصرف في المسلم فيه لا يجوز.

والاقتضاء: كل قبض مضمون متأخر عن سبب الحق في مثله؛ بدلالة أنَّ من له على رجل مالاً فدفعه إليه، فالقبض مقتضى ^(٢) لوجود هذا المعنى فيه، والمقتضي: من ثبت عليه الدين أخيراً، [والقاضي: من ثبت عليه الدين أولاً]؛ بدلالة أن من اقترض عشرةً فردّها، فالمقتضى مقتضى لأن العشرة التي قبضها صارت [بالردّ] ديناً، ثم صارت قصاصاً، فهو الذي ثبت عليه الدين أخيراً، والمُستقرض قاضياً؛ لأنَّه الذي ثبت عليه الدين أولاً.

وإذا ثبت هذا الأصل قلنا: إذا وجب الحقُّ على ربِّ السلم بسبب تقدّم عقده لم يصر قصاصاً تسلّمه؛ لأنَّه يصير قاضياً بالسلم دينه، وقد بيّنا أن السلم لا يُوجب القضاء.

وأما إذا وجب عليه الحقُّ بعقد بعد [عقد] السلم لم يصر قصاصاً؛ لأنَّ حقيقة الاقتضاء لا تُوجد فيه، وهو القبض المضمون [المتأخر] في مثل الحق.

فإن وجب بقبض مضمون صار قصاصاً؛ لأنَّه وجد حقيقة الاقتضاء، وهو القبض المضمون المتأخر عن العقد في مثل الحق، فأما إن كان غصبه كراً قبل العقد، وبقي قائماً في يده إلى أن حلَّ العقد، فجعله قصاصاً صار قصاصاً، سواء

(١) في ج (مقتضى) والمثبت من أ.

(٢) في أ (مقبض).

كان بحضرتهما أو لم يكن ؛ لأنه مضمون في يده ، فإذا جعله قصاصاً [صار] مضموناً بنفس التقابض ، فوقع عن المستحق .

ولو كان المسلم إليه أودع ربَّ السلم كُراً قبل العقد أو بعده ، فجعل المسلم إليه قصاصاً لم يكن قصاصاً ، إلا أن يكون بحضرتهما ، أو يرجع ربُّ السلم فيخلى بين نفسه وبينه ؛ وذلك لأنه أمانة في يده فلم يوجد بالمقاصَّة القبضُ الذي يقتضيه العقد ، فلم يكن بدُّ من تحديد القبض .

وأما إذا غصبه كُراً بعد العقد قبل الحلول ، ثم حلَّ السلم فإنه يصيرُ قصاصاً ؛ لأنَّ القبضَ إذا وجدَ بعد العقد جاز أن يكون اقتضاءً ، ألا ترى أنه لو قدم إليه الحق على [أجله] ^(١) جاز ، وإنما لا يصير قصاصاً قبل حلول [الأجل] ^(٢) ، لما فيه من إسقاط حقِّ المسلم إليه من الأجل ، فإذا حلَّ الأجل والقبض حاصل في وقت يجوز أن يكون مقتضياً فيه ، صحَّ الاقتضاء به .

وهذا كله إذا كان الغصب في مثل الحق ، فإن كان في أجود أو أردأ لم يصير قصاصاً في الجيِّد إلا برضى المسلم إليه ؛ لما في ذلك من إسقاط حقه من الجودة ، ولم يصير قصاصاً في الرديء إلا برضا ربِّ السلم ؛ لما فيه من إسقاط حقه من الجودة .

١٤٣٩ - فصل : [الصور التي لا تكون قبضاً في السلم]

قال أبو الحسن : وإذا أمر ربُّ السلم المسلم إليه أن يكيل السلم في غرائر ^(٣)

(١) في ج (أصله) والمثبت من أ .

(٢) في ج (أصله) والمثبت من أ .

(٣) «الغَرَارة: وعاءٌ من الخيش ونحوه توضع فيه الحبوب» . المعجم الوجيز (غرر) .

ربّ السلم ، أو يكيّله فيعزله ، لم يكن قبضاً حتّى يكون ذلك بحضرة ربّ السلم .
 وقالوا: فيمن اشترى طعاماً بعينه فأمر المشتري البائع أن يكيّله في غرائره
 ففعل ، صار قابضاً ، والفرق بينهما: أن في البيع قد ملك المشتري الطعام ، وتعيّن
 ملكه [فيه] فإذا أمره بكيّله في غرائره ، فقد أمره أن يتصرّف في ملكه ؛ فتعلّق بأمره
 حكم غرائره يده ؛ بدلالة أن المختلفين في طعام في غرائر أحدهما فالقول قول
 صاحب الغرائر فيه ، وقد حصل في يده ، فصار به قابضاً ، كما لو قال كِله واحمله
 إلى داري ، ففعل .

فأمّا السلم فلم يتعيّن ملك ربّ السلم في شيء ، فإذا قال كِله فقد أمره أن
 يتصرّف في غير ملكه ، فلم يصحّ أمره ، فبقي كيل المسلم إليه بغير أمر ، فلم يصح
 رب السلم بذلك قابضاً ، وعلى هذا قالوا في مسألة البيع لو أمره بطحن الطعام
 صار بطحنه قابضاً ، ولو أمره بطحن المسلم فيه فطحنه لم يصح بطحنه قابضاً .

فإن قيل: فقد قال محمد في كتاب الصرف: إذا دفع إلى صائغ نصف درهم
 وأمره أن يزيد عليه نصف درهم ، ويعملهما خاتماً [له] ففعل ، رجع عليه بنصفه ،
 فجعله قابضاً بخلطه بماله ، وإن كان الصائغ تصرف في ملكه .

والجواب: أنا لا نعرف الجواب على هذا الوجه ، وإنما ما فيه أنه يأخذ
 الخاتم ويضمن النصف له ، فيجوز أن يكون لم يجعله قابضاً بالخلطة ، وإنما جعله
 قابضاً بالتسليم ، وإنما كان يصح هذا السؤال أن لو قال: هلك قبل التسليم ضمن ،
 ولم يذكر هذا ؛ ولأنّه في مسألة الصياغة أمره بخلط الفضة بماله ، والخلط من
 أسباب التملك ، فجاز أن يكون به قابضاً ، فوزّانه من مسألتنا أن نقول له: كل
 الكُرّ واخبطه بكُرّي هذا ففعل ، وقد قالوا: إنّه يصيرُ بذلك قابضاً ، فأمّا الكيل في

الغرائر فليس بسبب من أسباب التملك ، فلا يصيرُ به قابضاً فيما لم يتعين ملكه فيه .

١٤٤٠ - فُصِّلَ : [متى يصير القبض في السلم قبضاً]

مسألة: قال أبو الحسن: ولا يصير^(١) القبض في السلم قبضاً - يجوز لرب السلم أن يبيعه وينتفع به - حتَّى يكيِّله ويقبض بعد الكيل ؛ لأنَّ «النبى ﷺ» نهى عن بيع الطعام حتَّى يجري فيه الصاعان^(٢).

قال الشيخ رحمته الله: وجملة هذا أنَّ مَنْ اشترى طعاماً مكيالاً (ثم باعه من آخر)^(٣) لم يجز له التصرف فيه وإن قبضه حتَّى يكيِّله ، فإن كان البائع قد ابتاعه واكتاله من بائعه بحضرة المشتري أو رب السلم ، لم يجز لربِّ السلم ولا للمُشتري أن [يقتصر]^(٤) على ذلك الكيل ، ولا يبيع ولا يأكل حتَّى يكتاله ثانياً ، وهذا معنى نهيه صلى الله عليه وآله عن بيع الطعام حتَّى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري .

وإنما كان كذلك لأنَّ المكيل يزيد بإعادة الكيل عليه تارة وينقص أخرى ، فإذا زاد وجب عليه ردُّ الزيادة على بائعه ، فقبل الكيل لم يتعين ملكه فيه ، فلا يجوز له التصرف ، وكذلك الوزن ؛ لأنَّ الموزون إذا أُعيد الوزن عليه زاد أو نقص .

(١) في أ (يصح) .

(٢) وتكملته: (صاع البائع وصاع المشتري) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨) ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٣١٥/٥ ؛ وأورده الهيثمي في المجمع وقال: «رواه البزار وفيه مسلم بن أبي مسلم الجرمي ، ولم أجد من ترجمه ، وبقية رجاله رجال الصحيح» ، ٩٩/٤ ؛ الدراية ١٦١/٢ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) في ج (يقبض) والمثبت من أ .

فأمّا المذروعات فيجوز أن يبيعها وإن لم يُعد ذرعها؛ لأنّ المذروعَ لو زاد لم يجب ردُّ الزيادة على البائع، وقد تعيّن ملكُ المُشتري، فجاز تصرُّفه.

وأما المعدودات ففيها روايتان: والصحيح منهما: أنه يجوز البيع قبل إعادة العد؛ لأنها لا تزيد بإعادة العدِّ عليها إلا من غلطٍ، وفي الرواية الأخرى: لا بدُّ من إعادة العدِّ؛ لأنَّ العقد يتعلّق على قدرها، ألا ترى أنها لو زادت وجب ردُّ الزيادة، فصارت كالمكيل والموزون.

وهذا إذا كان الشراء مكيالة، فأما إذا كان مُجازفةً لم يحتج إلى الكيل.

وقد ذكر محمد الأصل: أن المسلم إليه لو اقترض الطعام بكيل، وسلّمه إلى ربِّ السلم لم يحتج إلى إعادة الكيل؛ لأنَّ الكيل [إنما] يحتج إليه لمعرفة القدر، وقد عُرف، وإنما الكيلان في [التبايع] ^(١) للخبر، وذكر محمد في هذا الفصل الاستشهاد المشكل ^(٢).

١٤٤١ - مَسْأَلَةٌ: [اشتراط القبض في موضع معين]

وإذا شرط ربُّ السلم أن يقبض السلم في مدينة أو مصر أو قرية، فحيث سلّمه المسلم إليه في ذلك الموضع، فهو جائز، وليس لربِّ السلم أن يتخير عليه للأماكن من ذلك الموضع؛ وذلك لأنَّ المستحق على المسلم إليه من الشروط أدنى ما يتناوله الاسم، ألا ترى أنّه لو سلم ما سمى جيّداً لم يلزمه أجود منه، فكذلك إذا شرط التسليم في مدينة فسلم في طرفها، فقد وجد ما يتناوله الاسم،

(١) في ج (البائع) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣٧٢/٢.

فلا يستحقُّ عليه ما زاد على ذلك ، كما لا يستحق عليه ما زاد على اسم الجيِّد^(١) .

١٤٤٢ - فَصَّل: [التسليم دون المكان المشروط فيه]

قال وإن سَلِمَ [إليه] دونَ ذلك المكان الذي شرط ، فلبس السَلَم أن يأتي ؛ لأنه دفع إليه أقل مما استحقَّه بالعقد ، فصار كما شرط الجيِّد فأعطاه رَدِيئاً .

١٤٤٣ - فَصَّل: [إعطاء الأجر إن أسلم دون المكان]

قال: فإن أعطاه على ذلك أجراً لم يجز له أخذ الأجر ، وقيل له: إن شئت فردَّ الأجر وخذ السلم ، وإن شئت فردَّه عني يسلمه إليك حيث شرط لك ، والأصل في ذلك: أنه لما سلَّمه إليه [فقد] ملكه ، فإذا أعطاه الأجرة لحمله فقد أخذ الأجرة من غيره ، لنقل ملك نفسه ، وهذا لا يصحُّ .

ثم ربُّ السلم بالخيار ؛ لأنه لم يرض بإسقاط حقِّه من التسليم إلا بعوض ، فإذا لم يسلم له عادَ حقِّه ، فإن شاء أخذ دونه ، وإن شاء رده ، وطالبه بحقه .

وقد قالوا في المشتري: إذا صالح الشفيع على دراهم ليسقط [شفعته]^(٢) ، [فلو] ردَّ الدراهم لم تعد الشفعة ، وإنما لم يصح أخذ العوض عن إسقاط الشفعة ؛ لأنَّ المشتري مالك للدار قبل التسليم وبعده على وجه واحد ، فلم تملك بإزاء العوض شيئاً ؛ فلذلك وجب ردُّ العوض ، وإنما بطلت الشفعة لأنها حقُّ ضعيف ، ألا ترى أنها تبطل بالسكوت والإعراض عن المطالبة ، وأخذ العوض إعراض عن المطالبة ، وليس كذلك العيب في المبيع ، وما [جرى مجرى]^(٣) العيب مثل

(١) انظر: الأصل ، ٣٨٩/٢ .

(٢) في ج (بشفعته) والمثبت من أ .

(٣) في ج (أجرى) والمثبت من أ .

مسألتنا؛ لأنه حق قوي لا يسقط بترك المطالبة والإعراض؛ فلذلك لم يسقط بالصلح إذا لم يسلم العوض المشروط.

وقد قالوا في الكفيل بالنفس: إذا صالح على مال لإسقاط الكفالة أنه لا يصح أخذ المال؛ لأن الكفالة [بالنفس حق ليس فيه معنى المال، فلا يجوز الصلح على مال، وهل تسقط الكفالة؟] فيه روايتان: إحداهما: لا تسقط؛ لأن المكفول له لم يرض بإسقاطها إلا بعوض، فإذا لم يسلم له بقي حقه، وفي الرواية الأخرى تسقط؛ لأن إسقاطها لا يقف على عوض، فإذا أسقطها بعوض فبطل من طريق الحكم، لم يبطل الإسقاط كالخلع والعتق عن دم العمد.

فإن قيل فإسقاط الحق في مسألة السلم لا يقف على عوض؛ فبطلان العوض فيه لا يوجب بطلانه، قلنا: هذا الحق لا يصح إسقاطه، ألا ترى أن رب السلم لو قال أسقطت حقي من التسليم في البلد لم يسقط، وإنما إذا قبض المسلم [فيه] في غير ذلك المكان ملكه بالقبض، والتسليم في المكان صفة للملك، فسقط بسقوط الحق عن الذمة، فإذا رده عادت الصفة بعوده^(١).



(١) انظر: الأصل، ٤٠٢/٢، ٤٠٣.

بَابُ اختلاف المتعاقدين في السلم



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا اختلف العاقدان في السلم فيما ملك كل واحد منهما على صاحبه، تحالفا وتراداً، وقد كان القياسُ عندنا نفي التحالف، وإنما تركوا القياس للخبر، ذكر ذلك محمد في الأصل، وقال: القياس أن يكون القول قول البائع، [وكذلك روى] ^(١) أبو يوسف عن أبي حنيفة.

وذكر محمد في الدعوى قياساً آخر فقال: إذا اختلفا، فقال البائع: بعْتُ بألفين، وقال المشتري: بألف، فالقياسُ أن يتحالفا، ويكون بيعاً بالألف.

والاستحسان: أن يُفسخ العقد، وكان أبو الحسن يقول: إن الخبر ورد بمقتضى القياس.

وجهُ القياس: أنَّهما اتَّفقا أنَّ المبيع دخل في ملك المشتري وإنما اختلفا في الثمن، وهو دين في الذمَّة، والاختلاف في الديون لا يُوجب التحالف؛ ولأنَّ الاتفاق حصل على انتقال الملك في المبيع، واختلفا في قدر الثمن، فلو تحالفا لفسخنا الملك في المبيع، ولا يجوز أن يفسخ بالتحالف ما لم يختلفا فيه، كما لا يفسخ عقد آخر، وإنما تركوا القياس للخبر، وهو قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، فالقول ما قال البائع، أو يترادَّان» ^(٢)، روى ابن مسعود أن النبي ﷺ

(١) في ج (وذلك رواه) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ١/١٥٨؛ والترمذي (١٢٧٠)؛ ابن ماجه (٢١٨٦)؛ البيهقي في الكبرى ٥/٣٣٣؛ مالك في الموطأ (١٣٥٠)؛ الدارقطني في السنن ٣/٢١ وغيرهم.

قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها، تحالفا وترادًا»^(١).

وجه ما قاله أبو الحسن: أن اختلاف الأبدال يوجب اختلاف العقود، فصار كل واحد منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه الآخر، فيحلف المدعى عليه، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه يتصور اختلاف البدل، والعقد واحد بأن يزيد المشتري في الثمن أو ينقص البائع.

[ولا يقال: فما]^(٢) تقولون إذا قال أحدهما: بعثُ بدنانير، وقال الآخر: اشتريت بدراهم؛ قلنا: يجوز أن يكون عقداً واحداً اشترى بالدرهم وزاده [المشتري]^(٣) دنانير، وحط البائع الدرهم، فيكون العقد واحداً، وإن اختلف جنس البدل فيه.

ووجه القياس الذي ذكره محمد في الدعوى: أنهما اتفقا على الألف واختلفا في الزيادة، والتحالف يسقط ما اختلفا فيه دون ما اتفقا عليه، إذا ثبت هذا قلنا: إذا اختلفا في قدر رأس المال أو صفته أو جنسه، مثل أن يقول أحدهما: كُر حنطة، ويقول الآخر: شعير، أو يقول أحدهما: دراهم، والآخر: دنانير، أو يقول أحدهما: جيد، والآخر: وسط، فإنهما يتحالفاً؛ لأنهما إذا اختلفا في الجنس أو القدر، فقد اختلفا في قدر نفس المعقود عليه، والاختلاف في ذلك يقتضي التحالف.

وأما إذا اختلفا في الصفة فلأن المعقود عليه في الذمة، والثابت في الذمة

(١) الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة باختلاف في الألفاظ بزيادة ونقصان. كما في نصب الراية ١٠٥/٤؛ والدراية ١٧٧/٢.

(٢) في ج (ولأنهما يقولون) والمثبت من أ.

(٣) في ج (المسمى) والمثبت من أ.

هو الصفات ، فصار الاختلافُ فيها اختلافاً في المعقود عليه .

وكذلك المسلم فيه إذا اختلفا في جنسه أو قدره لما ذكرنا . وإن اختلفا في صفته مثل الذرع والجودة ، تحالفاً ؛ لأنَّ المعقودَ عليه هو الصفات وليس كذلك إذا اختلفا في صفة المبيع ؛ لأنَّ الصفة في الأعيان ليست بمعقود عليها ، والخلاف في غير المعقود عليه لا يُوجب التحالف .

وأما إذا اتَّفقا على رأس المال والمُسلم فيه ، واختلفا في شرائط العقد ؛ فإن اختلفا في المكان قال أبو حنيفة : القول قول المُسلم إليه ، ولا تحالف ، وقال أبو يوسف ومحمد : يتحالفان .

لأبي حنيفة : أنه اختلاف في غير المعقود عليه ، فصار كالخلاف في الاستيفاء والخلاف في البراءة من العيب .

لهما : أنَّ المعقود عليه يختلف باختلاف الأماكن ، والاختلاف في الأماكن كالاختلاف في نفس المعقود عليه ، فيتحالفان^(١) .

١٤٤٤ . فصل : [اختلاف المتعاقدين في أجل السلم]

وأما إذا اختلفا في الأجل ؛ فهو على وجوه : إن قال أحدهما : اشترطت الأجل ، وقال الآخر : لم تشرط ، فإن كان الذي يدَّعي الأجل ربُّ السلم فالقول قوله ؛ لأنَّ الأجل حقُّ عليه ، وقد اعترف به ، وهو حق للمسلم إليه ، جحده ليبطل العقد ، فلا يُقبل قوله .

وإن ادَّعى المُسلم إليه شرط الأجل وأنفاه ربُّ السلم ، فالقياس أن يكون

(١) انظر : الأصل ٤٠١/٢ .



القول قول ربِّ السلم ، ويبطل العقد .

والاستحسانُ: أن يكون القول قول المُسلم إليه ، ويصحُّ العقد عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي ينفي الأجل .

وجهُ القياس: أنَّ الأجل حقٌّ للمطلوب في مالِ الطالبِ ، فإذا لم يعترف الطالبُ به لم يثبت .

ووجهُ الاستحسان: أن دخولهما في العقد اعترافٌ بصحَّته ، والذي ينفي الأجل يدَّعي الفسادَ ، فلا يُقبل قوله ؛ ولأنَّ السَّلَمَ عبارة عن عقد يتضمَّن تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر ، وقد اعترفا بدخولهما في السلم ، وذلك اعتراف بالتأجيل ، فلا يقبل رُجوع من يرجع عنه .

فإن ادَّعى المُسلم إليه شهرين ، واعترف ربُّ السلم بشهر ، فالقول قول ربِّ السلم ؛ لأنَّ الأجل حقٌّ عليه ، فوجبَ أن يثبت منه مقدار ما اعترف به دُون غيره .

١٤٤٥ - فَصْل: [من يقبل قوله يكون مع اليمين]

قال وكل مَنْ جعلنا القول قوله في هذه الفصول ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنَّ كل مَنْ جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومةُ والشيء ممَّا يصحُّ بدله ؛ فالقول قوله مع يمينه ؛ لقوله ﷺ: «اليمين على المنكر»^(١) .

وأيهما أقام البيئة فيما اختلفا فيه فالبيئة بيئته ؛ لأنها بيئة قابلتها الدعوى والبيئة مقدَّمة على الدعوى ، ولا يلزم إذا ادَّعى عيناً في يد غيره ، فأقام صاحبُ

(١) أخرجه البخاري بلفظ (أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه) (٢٣٧٩).

اليد البيّنة على الملك ؛ لأنَّ بيّنة صاحب اليد [غير] مقبولة ، فلا يُسمَّى بيّنة .

وَمَنْ نكل منهم عن اليمين قُضي عليه بدعوى صاحبه ؛ لأنَّ النكول بذل عند أبي حنيفة ، وبذل هذه المعاني يصحُّ من طريق الحكم ، وعندهما: النكول قائم مقام الإقرار ، والإقرار بهذه المعاني يصحُّ .

فإن أقاما جميعاً البيّنة ، فالبيّنة التي تُثبت الزيادة أولى ؛ لأنَّ فيها معنى زائداً .

١٤٤٦ - فَصْل : [الاختلاف في مُضيّ أجل السلم]

وإن اتَّفقا أن الأجل [شهر]^(١) ، فقال ربُّ السلم قد مضى ، وقال المسلم إليه لم يمض ، فالقول قول المُسلم إليه ؛ لأنَّ رب السلم اعترف له بالحق الذي هو أجل ، وادَّعى الإيفاء بمضيّ المدّة ، فلا يقبل قوله .

فإن أقام أحدهما بيّنة ؛ فالبيّنة بيّنته ، لما بيّنا أنَّ البيّنة مقدّمة على الدعوى .

وإن أقاما جميعاً البيّنة ؛ فالبيّنة بيّنة المسلم إليه ؛ وذلك لأنَّ رب السلم اعترف للمسلم إليه بحقِّ وهو التأجيل في رجب ، وأثَّه وفاه فأقام على ذلك بيّنة ، وادَّعى المسلم إليه حقّاً آخر ، وهو التأجيل في شعبان ، وأقام عليه البيّنة ، فكانت بيّنته أولى ، كمن ادَّعى على غيره ديناراً وأقام بيّنة ، واعترف المدَّعى عليه بدرهم ، وأقام البيّنة أثَّه وفاه ، فلا يسقط الدينار الذي قامت عليه البيّنة^(٢) .



(١) في أ (شهران) .

(٢) انظر: الأصل ٣٨٤/٢ وما بعدها ، شرح مختصر الطحاوي ١٣٣/٣ .

بَاب اختلافهما في رأس المال



قال أبو الحسن: إذا اختلفا في رأس المال فقال أحدهما: دينار، وقال الآخر: عشرة دراهم، أو قال أحدهما: كُرُّ شعير في مئة من زيت، وقال الآخر: كر حنطة في مئة [من زيت] ^(١)، وأقاما جميعاً البيئَةَ، فكانت البيئَةُ بيئَةَ المُسَلِّمِ إليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أقضي بالبيئتين، وأجعله سَلْمين.

(وروى ابن سماعة عن أبي حنيفة: أنهما إذا اختلفا في جنس رأس المال وأقاما بيئَةَ تقضى بسلمين) ^(٢)، فإن قال ربُّ السلم: أسلمت إليك هذا العبد في كُرِّ حنطة، وقال المسلم إليه: هذه الجارية في كر شعير، وأقاما البيئَةَ، قضى بسلمين في قولهم، فإن قال المُسَلِّمُ إليه: أسلمت إليَّ العبد والأمة في كُرِّ حنطة، وقال رب السلم: أسلمت إليك العبد في كر حنطة، وأقاما بيئَةَ فالبيئَةُ بيئَةُ المُسَلِّمِ إليه، ويقضى بسلم واحد في قولهم [جميعاً]، فكان الحاصل من مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف: أنهما يقضيان بسلم واحد إلا أن لا يمكن ذلك، فيقضى بسلمين، ومن أصل محمد: أنه يقضى بسلمين إلا أن لا يمكن ذلك، فيقضى بسلم واحد.

وَجْهٌ قولهما: أنهما اتَّفقا أنه لم يجزِ بينهما إلا عقد واحد، فلو قضينا بعقدين

(١) في ج (من) والمثبت من أ.

(٢) ساقطة من أ.

من غير ضرورة، قضينا بعقدٍ اتَّفقا على إسقاطه، وهذا لا يصحُّ، فإذا ثبت هذا قالوا: إذا اختلفا في قدر رأس المال، والجنس الواحد يدخل بعضه في بعض، ألا ترى أن مَنْ أقرَّ لواحد بخمسة، ثم أقرَّ بعشرة، دخلت الخمسة فيها، فيجعل الأقل داخلاً في الأكثر، ويقضي بالبيئة التي اقتضت الزيادة، وليس كذلك إذا كان رأس المال من جنسين؛ لأنَّ أحدَ الجنسين لا يدخل في الآخر، فلم يمكن جعلهما عقداً واحداً، فقضينا بسلمين للضرورة.

وجه ما روى سماعة عن محمد عن أبي حنيفة: أن رأس المال إذا لم يكن بعينه، فهو في حكم الثمن، والمسلم فيه في حكم المبيع.

والاختلاف في قدر الثمن وجنسه سواء في أن البيئة بينة المستحق دون غيره، وليس كذلك إذا كان رأس المال عيناً واختلفا؛ لأن الأعيان لا تجوز أن تكون أثماناً، وإنما تكون مبيعة، والاختلاف في العين المبيعة إذا أقيم عليها البيئة لا يختص الحكم فيها بإحدى العينين دون الأخرى، بل يقضى بعقدين إذا أمكن ذلك؛ فلذلك يحكم بسلمين.

ووجه قول محمد: أن الشهود أمناء [فمهما] ^(١) أمكن حمل قولهم على الصحة فهو أولى من حمله على الفساد، [وها هنا] ^(٢) يمكن بأن يقضي بالعقدين، فيكون ذلك قبولاً [للبيئتين] ^(٣) جميعاً ما أمكن، وليس كذلك إذا قال أحدهما: أسلمت هذا العبد في كره، وقال الآخر: هذا العبد وهذه الأمة؛ لأنه لا يمكن

(١) في ج (فما) والمثبت من أ.

(٢) في ج (وذلك) والمثبت من أ.

(٣) في ج (يلتبس) والمثبت من أ.



الحكم بالعقدين ؛ إذ رأس المال في أحد العقدين هو رأس المال في العقد الآخر ،
والشيء الواحد لا يكون بدلاً في عقدين فلذلك قضى بسلم واحد .

١٤٤٧ - فَصْلُ : [الاختلاف في رأس المال]

قال : وإن قال رب السلم أسلمت إليك مائة درهم في كُرِّي حنطة ، وقال
الآخر أسلمت إليّ مائتي درهم في كر حنطة ، وأقاما بينة ، حُكِمَ بما يبين في كرين
في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن أقل الجنسين يدخل في أكثرهما فيقضى
بما تضمنته كل واحدة من البيئتين من الزيادة ، وقال محمد : يقضى بسلمين مائة
في كرين ، ومائتين في كر ؛ لأنه قد أمكن حمل البيئتين على الصحة ، فكان الحكم
[تصحيحهما] ^(١) أولى من إبطال أحدهما ^(٢) .

تمّ كتاب البيوع بحمد الله ومَنه وحسن توفيقه

والصلاة على رسوله محمدٍ وآله الطيّبين الطاهرين

يتلوه كتاب النكاح بمشيئة الله وعونه



(١) في ج (بصحتها) والمثبت من أ .

(٢) انظر : الأصل ٤٠١/٢ ، ٤٠٢ .

[٣٨] كتاب النكاح

رب يسّر ولا تعسر



قال الشيخ رحمه الله تعالى: النكاح^(١) في اللغة: حقيقته الوطاء، تقول العرب: تناكح [الشيئان]^(٢) إذا تداخلا.

وقالوا: (أنكحنا الفرا فسرى)، يضربون بذلك مثلاً للأمر الذي يجتمعون عليه فينظرون ماذا يكون منه. وهو مجاز في العقد؛ لأنه يتوصل به إلى الوطاء فسمي نكاحاً، كما يُسمى الكأس خمراً، ولهذا لا يُسمى العقد الذي لا يتوصل به إلى الوطاء نكاحاً، [ويسمى كل وطاء نكاحاً]^(٣).

وقد قال الشافعي: النكاح في الشرع عبارة عن العقد؛ لأن الله تعالى لم يذكر النكاح في القرآن إلا والمراد به العقد^(٤).

وهذا لا يصح؛ لأنه قد ذكر النكاح في القرآن والمراد به الوطاء.

قال الله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ

(١) النكاح - واختلف في معناه، واختار أكثر المحققين -: «أنه الضم والجمع، وسمي نكاحاً؛ لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى الآخر». أنيس الفقهاء ص ١٤٥.

وذهب الحدادي: بأن «النكاح في اللغة: حقيقة من الوطاء، هو الصحيح، وهو مجاز في العقد، يتوصل به إلى الوطاء، فسمي نكاحاً، كما سمي الكأس خمراً». الجوهرة ٢/١.

وشرعاً: «عقد موضوع لملك المتعة» كما ذكره القونوي.

(٢) في ج (اثنان) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة من أ.

(٤) انظر: الحاوي للماوردي ٩/١١؛ المعجم الوسيط (نكح).

أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرَمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴿ [النور: ٣] والمراد بذلك الوطء .

وما أريد به العقد في القرآن وإنما حمل عليه بدليل كقوله تعالى:
﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥] لأن الوطء لا يقف على الإذن ، فعلم أن
المراد بالآية العقد ، وقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرَبْعٌ
فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣] ؛ (لَمَّا
ذكر العدد علم أن المراد بالنكاح العقد)^(١) ؛ لأن الوطء لا [يتقدر]^(٢) (والنكاح
عقد جائز)^(٣) بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ
وَأِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [النور: ٣٢] وقال:
﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرَبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ
أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣] ، وقال النبي ﷺ: «تناكحوا تكثروا فإني
أباهي بكم الأمم»^(٤) ، وبعث ﷺ والناس يتناكحون فأقرهم على ذلك ، وتقريره
دلالة على الجواز .

قال أبو الحسن: قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقال:
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمَىٰ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرَبْعٌ فَإِنْ
خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣] . فحث على
النكاح ترغيباً من غير إيجاب له ، فالنكاح عندنا مستحب وليس بواجب ، وقال

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في ج (يتقدر) والمثبت من أ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن ، ٥/٢٢٠ عن الشافعي بلاغاً ؛ وعبد الرزاق في مصنفه ، ٦/١٧٣ ؛

وأورده ابن حجر في التلخيص الحبير ، ٣/١١٦ .

نفاة القياس: [إنه] واجب^(١).

والدليل على ما قلناه قوله عليه [الصلاة و] السلام: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فليصم، فإن الصوم له وجاء»^(٢)، فأقام الصوم مقام النكاح [والصوم] ليس بواجب، والواجب لا يقوم مقامه ما ليس بواجب؛ ولأن الصحابة [١/٧٨] كان فيهم من لا زوجة له، وكانوا يفتحون البلاد ويعلمون الناس الشرائع، ولم ينقل أنهم علموهم وجوب النكاح، ولو فعلوا ذلك لنقل عنهم من طريق الاستفاضة؛ ولأنه سبب يتوصل به إلى الوطاء كسواء الجارية؛ ولأنه عقد معاوضة كالبيع؛ [ولأنه نوع تلذذ كالطعام الناعم]^(٣).

احتجوا: بقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣]، وهذا لا دلالة فيه؛ لأنه ذكر العدد ولا خلاف أن العدد ليس بواجب.

واحتجوا: بقوله ﷺ: «تناكحوا تكثروا»^(٤). وهذا لا دلالة فيه؛ لأن النسل إنما يكون من الوطاء، والوطاء ليس بواجب.

واحتجوا: بما روي أن النبي ﷺ قال لرجل يقال له عكاف: «ألك زوج؟»

(١) قال ابن حزم: «وفرض على كل قادر على الوطاء إن وجد من أن يتزوج أو يتسرى أن يفعل أحدهما ولا بد...» المحلى ص ١٥٨٨ (الأفكار الدولية).

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٤٧٧٨)؛ ومسلم (١٤٠٠).

(٣) مزيدة من أ.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، ١٧٣/٦؛ والبيهقي في معرفه السنن ٢٢٠/٥؛ وأورده ابن حجر في التلخيص الحبير وقال: «والمحمدان ضعيفان وذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكره بلاغاً.»

قال: لا. قال: ألك جارية؟ قال: لا. قال: تزوج فإنك من إخوان الشياطين»^(١). وهذا لا دليل فيه؛ لأن خبر الواحد لا يثبت به وجوب ما يعم به البلوى، ولأنه يجوز أن يكون علم من طريق [الوحي]^(٢) أنه إذا لم يتزوج زنى.

واحتجوا: بأن الامتناع من الزنا واجب، ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب.

وهذا غير مُسَلَّم به؛ لأنه يتوصل إلى ترك الزنا بالصوم كما قاله رسول الله ﷺ.

قال أبو الحسن: قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، والأيم: الرجل الذي لا امرأة له، والمرأة التي لا زوج لها.

وروي ذلك عن ابن عباس وأبي عبيدة: أن الأيم المرأة التي لا زوج لها، يقال: رجل أيم وامرأة أيمة وأيم^(٣).

وأنشد أبو عبيدة:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ❦ وإن كنت أفتى فيكم أتأيم^(٤)

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ٨٥/١٨، (بلفظ مختلف)؛ وعبد الرزاق في المصنف ١٧٢/٦؛ وأحمد في المسند، ١٦٣/٥؛ وأبو يعلى في مسنده، ٢٦١/١٢؛ وأورده الهيثمي بطوله وقال: «رواه أبو يعلى والطبراني وفيه أبو معاوية بن يحيى الصدفي وهو ضعيف». ٢٥١/٤.

(٢) في ب (الوطئ) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الصحاح (أيم).

(٤) البيت أنشده صاحب (اللسان) عن بري:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ❦ (يد الدهر ما لم تنكحي) أتأيم

لسان العرب (أيم).

وقال ابن السكيت:

يقولون إزْلٌ حُبٌّ ليلي وودُّها ❖ وقد كذبوا ما في مودتها إزْلٌ
وأقسم إن الغُسل ما دمت أيمًا ❖ عَلَيَّ حَرَامٌ لَا يَمَسُّنِي الْغُسْلُ^(١)

وقال النابغة:

وكم من أسيرٍ في الحديد مكبَّلٌ ❖ وكم بطلٍ غادرتَه عند معطفِ
وكم أيمٍ قد أنكحَتْها رماحُنَا ❖ وأخرى على عمٍّ وخالٍ تَلَهَّفِ
ومعلوم أنه [لم] يفتخر بسبي الثيب خاصة.

ومن دعاء النبي ﷺ: «اللهم إني أعوذ بك من بوار الأيم»^(٢). وقال في
حديث علي رضي الله عنه: «ثلاث لا تؤخرن: الصلاة إذا أتت، والجنابة إذا وضعت،
والأيم إذا وجدت لها كفؤاً»^(٣). وقال ﷺ: «ألا أيم صالح نزوجها عثمان فقد
زوجناه ابنتين، ولو كانت عندنا ثالثة زوجناه»^(٤). ومعلوم أنه لم يندب الثيب
دون الأبكار.

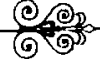
واحتج محمد بقوله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في

(١) الإزل: الكذب؛ والبيتان لابن دارة كما في كتاب «إصلاح المنطق» لابن السكيت، وصدر البيت
الثاني: (فيا ليل إن... بدل (وأقسم إن...)).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، ٢١٨/١؛ وأورده ابن عبد البر في التمهيد، ٨٣/١٩.

(٣) أورده العجلوني في كشف الخفا وقال: «رواه أبو نعيم؛ والترمذي وقال: غريب منقطع؛
والعسكري في الأمثال؛ والحاكم؛ والشيخان عن علي رضي الله عنه. ٥١٧/٢.

(٤) أخرجه أبو القاسم في تاريخ دمشق، ٤٦/٣٩؛ وأورده المتقي الهندي في الكنز، ١٣، ٢٦؛ خلاصة
سير سيد البشر، ١٤١/١.



نفسها»^(١)، ففرق بين الأيم والبكر.

وهذا لا يصح؛ لأنه ﷺ خصَّ بالذكر الأيم الثيب، وتخصيص الذكر لا يدل على تخصيص الاسم.

ألا ترى أنه قد خصَّ الأيم [ب/٧٨] البالغة العاقلة بهذا القول، ولا يدل على أن من شرط استحقاق الاسم وجود العقل، فكذلك الثيوبة. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المآب^(٢).



(١) أخرجه مسلم (١٤٢١) وغيره من أصحاب السنن.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٢٤/٤.



بَاب ذِكْرُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ



قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢]. وقال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ وَالرَّضَعَةَ وَالَّذِينَ مِنْ أَنْبَاءِ آبَائِكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ أَنْبَاءِ أُمَّهَاتِكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنَ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣] الآية .

قال ابن عباس: حرم الله تعالى سبعة بالنسب وسبعة بالسبب .

فأما اللواتي بالنسب فقولته تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ .

وأما التي بالسبب فقولته تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنَ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] والسابعة قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢] .

وكان أبو الحسن يقول: إن الله حرم في هذه الآية سبعة أضرب من التحريم، فمنهن من حرمها بالعقد كأم المرأة، وحليلة الابن، وامرأة الأب، ومنهن من حرمها بالعقد والوطء وهي الربيبة، ومنهن من حرمها بالوطء وهي الموطوءة أمها وبناتها بملك اليمين، وتحريم بالرضاع، وتحريم بالنسب، وتحريم بالجمع، وتحريم لذوات الأزواج.

ونحن نتكلم في تفصيل ذلك:

قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فأُمُّ الرجل حرام عليه، وجداته أيضاً، فمن قال: إن اللفظ الواحد يحمل على الحقيقة والمجاز حرَّمهن بالآية، ومن قال إن اللفظ لا يحمل عليهما، حرَّم الأم بالآية والجدات بالإجماع.

وقال تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فبنت الرجل حرام عليه، وبنات أولاده وإن سفلن على الطريقة التي قدمنا أن بنت الصلب حرام بالآية ومن سواها بالإجماع.

وقال تعالى: ﴿وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فالأخت حرام بالآية: وهي كل من انتسب إلى أحد الأبوين، فيدخل في ذلك الأخوات المتفرقات [لأنهن ينسبن إلى أحد الأبوين]^(١).

وقال تعالى: ﴿وَعَمَّاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فعمة الرجل حرام عليه بالآية، وعمة أبيه وعمة جده حرام عليه بالإجماع.

(١) ساقطة من الأصل.

وقال تعالى: ﴿وَحَالَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فخاله الرجل حرام عليه،
وخالته أبيه وخالته أمه حرام عليه بالإجماع.

وقال تعالى: ﴿وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣]، فحرم الأخت
وولدها، وحرم العمة والخالته دون ولدهما، فولد العمة والخالته حلال، [وقد قال
عليه السلام: «العمة والخالته أم»^(١)]، وولد الأخت حرام، وكذلك بنات الأخ فهذا
التحريم من جهة النسب.

ثم قال تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ
الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، فهذا يدل على تعلق التحريم بالرضاع، وقد دل عليه قوله
عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢).

وقال تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فأما الزوجة حرام على
الزوج، دخل بزوجه أو لم يدخل.

وقال [١/٧٩] بعض^(٣) الناس: لا تحرم حتى يدخل على بنتها، وحكي عن
ابن شجاع مثله، وقد حكي أصحاب الخلاف ذلك عن علي عليه السلام.

قال الشيخ: إلا أنني رأيت عنه مثل قولنا، والدليل على ما قلناه ما روى عمرو
بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أن النبي عليه السلام قال: «إذا نكح الرجل المرأة

(١) الحديث روي عن علي بن أبي طالب في حضنة ابنة حمزة بن عبد المطلب بلفظ: (والخالته أم)،
أخرجه أبو داود (٢٢٧٨)؛ والنسائي في الكبرى (٨٥٧٩)؛ والحاكم في المستدرک ٢٣٢/٣؛
والبيهقي في الكبرى ٦/٨.
(٢) أخرجه البخاري (٢٥٠١).
(٣) في أ (بشر المريسي).

ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، فله أن يتزوج ابنتها ، وليس له أن يتزوج الأم» (١) .
وقد روي مثل قولنا عن علي وعمر رضي الله عنهما ، وقال ابن عباس : أبهما ما أبهم الله ﷻ .

وروي أن ابن مسعود قال : لا تحرم الأم بالعقد ، فلما قدم المدينة كلمه في ذلك عمر وعلي وقالوا : إنها مبهمة ، فرجع إلى قولهما .

واحتج بعض (٢) الناس بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ﴾ [النساء: ٢٣] ، قال : والمعطوف بعضه على بعض إذا تعقبه لفظ شرط عاد إلى جميعه كمن قال : امرأته طالق ، وعنده حرٌّ إن دخل الدار ، وهذا لا يصح ؛ لأن الشرط إنما يعود إلى الجميع إذا أمكن ذلك ، ولا يمكن رد الشرط هاهنا إلى أمهات النساء ؛ لأنه قد استقر في اللغة : أن العامل في الصفة هو العامل في الموصوف ، وأن المعمول الواحد لا يكون معمولاً لعاملين ، فإذا ثبت هذا ، فقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] جر بالإضافة ، وقوله : ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] ، جر بحرف الجر ، فلو عاد قوله تعالى : ﴿ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ﴾ إليهما لصار معمولاً بالإضافة وحرف الجر .

وقد بينا أن المعمول الواحد لا يجوز أن يكون معمولاً لعاملين .

وقال تعالى : ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ﴾ [النساء: ٢٣] ، فربية الرجل حرام [عليه] إذا دخل بأمرها ، فإن لم

(١) أخرجه الترمذي (١١١٧) .

(٢) في أ (بشر) .

يدخل بأمها حتى فارقتها جاز له أن يتزوجها، ويستوي في تحريم الربيبة أن تكون في حجره أو حجر غيره، ورؤي عن علي عليه السلام: (أنها لا تحرم إلا أن تكون في حجره) ^(١).

لنا: أن التحريم المؤبد لا يعتبر فيه القرب والبعد، كأمهات النساء.

وإنما شرط الله تعالى كونها في حجره؛ لأن العادة أن الربيبة تكون في حجرة زوج أمها، فخرج الكلام على المعتاد، كما قال عليه السلام (في خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض) ^(٢).

وقال الله تعالى ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فحليلة الرجل حرام على أبيه دخل [الابن] بها أو لم يدخل؛ لأنها [مبهمه] ^(٣) فيختص التحريم بها دون غيرها، فيجوز للأب أن يتزوج بأمهاتها وبناتها.

وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، إنما ذكره لأن العرب كانت تستلحق [الابن] بالتبني، وينسبون ذلك إلى أنفسهم بالبنوة إلى أن نهى الله تعالى بقوله: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥]، فخص الله تعالى البنين من الأصلاب ليبين أن امرأة الابن من التبني ليست محرمة.

وامرأة ابن الابن وإن سفل حرام [٧٩/ب] إما بظاهر الآية على قول من جَوَّز

(١) أورده الكاساني في البدائع ٢/٢٥٩.

(٢) «رواه الطبراني في الكبير، وأبو عبيدة لم يسمع من أبيه» كما قال الهيثمي في المجمع، ٣/٧٥؛ ابن أبي شيبة في المصنف، ٢/٣٥٩.

(٣) في ج (متهمه) والمثبت من أ.

حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز ، أو بالإجماع على قول من منع ذلك .
ولا يقال: كيف يقال لولد الولد [أنه ابن] ^(١) الصلب ؛ لأن ذلك لا يمتنع
إذا كان أصلهم [للسلب] ^(٢) ، كما قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تَرَابٍ﴾
[غافر: ٦٧] .

وإن كانت هذه الصفة لأول الخلق دون من بعده .

وقال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] ، فالجمع
بين الأختين في عقد النكاح حرام بالآية .

واختلفوا في الجمع بينهما في الوطاء بملك اليمين:

فروي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم: أنه محرم ، وقال عمار: كل شيء
حرمه الله تعالى من الحرائر حرمه من الإماء إلا الجمع ، وروي أن رجلاً سأل
عثمان رضي الله عنه عن ذلك فقال: ما أحب أن أحله ، ولكن أحلتها آية وحرمتها آية ،
وأما أنا فلا أفعله ، وخرج الرجل من عنده فلقي علياً رضي الله عنه فذكر له ذلك ، فقال: لو
أن ^(٣) إلي من الأمر شيئاً لجعلت من فعل ذلك [نكالاً] ^(٤) ، والدليل على التحريم
قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] ، والمراد به الجمع
في أحكام النكاح وذلك موجود في الوطاء بملك اليمين ؛ ولأنه جامع بينهما في

(١) في ج (من) والمثبت من أ .

(٢) في ج (الصلب) والمثبت من أ .

(٣) في أ (أل) .

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى، ١٦٣/٧؛ والدارقطني في السنن ٢٨١/٣؛ ومالك في الموطأ
(١١٢٢)؛ انظر: «التلخيص الحبير»، ١٧٣/٣ .

استلحاق النسب ، كما لو جمع بينهما في العقد ، وقول عثمان رضي الله عنه حرمتها آية يعني هذه الآية ، وقوله أحلتها آية يعني قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] . فإذا اقتضت إحدى الآيتين التحريم والأخرى الإباحة فالتحريم أولى ، وإذا ثبت تحريم الجمع بين الأختين فإن تزوجهما معاً فسد نكاحهما ؛ لأن الجمع بينهما لا يصح لما بيناه ، [ولا يجوز أن يصح نكاح إحداهما بعينها ؛ لأنه ليس إحداهما أولى من الأخرى] ^(١) ، ولا يجوز أن يصح في إحداهما بغير عينها ؛ لأن النكاح لا يصح في منكوحة مجهولة ، فلم يبق إلا بطلان نكاحهما ، وأما إن تزوج إحداهما بعد الأخرى ، فسد نكاح الثانية وُفِرَّقَ بينهما ؛ وذلك لأن نكاح الأولى قد صح ، والحظر حصل في نكاح الثانية ؛ لأن الجمع به وقع فاختص الفساد به ، فإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا عدة عليها ؛ لأن النكاح الفاسد إذا لم يتصل به الدخول لم يتعلق به شيء من الأحكام ، بدليل قوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ» ^(٢) ، [فإن دخل بها ، فلها مهر مثلها ، فعلق الحكم بالدخول] ^(٣) ، فإن دخل بها فعليها العدة ؛ لأنه وطئ بنكاح فاسد فيثبت به النسب ، والوطء الذي يثبت به النسب يوجب العدة كالوطء بنكاح صحيح .

قال: ولها الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ، أما وجوب مهر المثل فقوله

(١) الزيادة من أ .

(٢) أخرجه الترمذي (فنكاحها باطل ثلاثاً) (١١٠٢) ، وقال: (حديث حسن) ؛ والبيهقي في الكبرى ،

١١١/٧ ؛ والدارقطني ، ٨٤/١ ؛ «ورواه الطبراني ، وفيه حمزة بن أبي حمزة ، وهو متروك» كما قال

الهيثمي في المجمع ، ٢٨٥/٤ .

(٣) الزيادة من أ .

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فإن دخل بها فلها مهر مثلها»^(١)؛ ولأن التسمية لا تثبت إلا في نكاح صحيح، وإنما تجب في الفاسد قيمة المعقود عليه، وذلك مهر المثل.

وقد قال أصحابنا: يجب في النكاح الفاسد الأقل من مهر المثل ومن المسمى، وكذلك في الإجارة الفاسدة، وقال زفر: يجب مهر المثل^(٢) بالغاً ما بلغ.

لنا: أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد أو الشبهة، وقد قوّماها بالتسمية وذلك رضاً [١/٨٠] بإسقاط الزيادة، فصارت مستوفاة بغير عقد يقوم به، فلا تكون لها قيمة، وليس كذلك البيع الفاسد؛ لأن الأعيان متقومة بنفسها، فإذا سقط اعتبار التسمية وجب اعتبار [كمال]^(٣) قيمة العين.

وجه قول زفر: أن المنافع تتقوم بالعقد الفاسد والصحيح كالأعيان.

قال عليه السلام: ولم يبين أبو الحسن الوقت الذي يتبدأ منه العدة.

وقد قال أصحابنا: إن العدة تجب عليها من حين يفرق بينهما.

وقال زفر: من آخر وطء وطأها، فإن كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطأها قبل التفرق فقد انقضت عدتها.

لنا: أن التفريق في العقد الفاسد كالطلاق في النكاح الصحيح.

ألا ترى أنه إذا وطئها قبل التفرق لم يجب عليه حدٌّ، ولم يجب عليه حد بتكرار الوطء إلا مهر واحد، ولو فرق القاضي بينهما ثم وطئها، وجب الحدُّ.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، ١٠٥/٧.

(٢) في زيادة (وأجر المثل).

(٣) الزيادة من أ.

وإن دخلت شبهة وجب مهر آخر، وإذا حل التفريق محل الطلاق اعتبرت العدة منه .

وجه قول زفر: أن المعنى الموجب للعدة هو الوطاء بدلالة لو لم يحصل لم تجب، وإذا كان هو الموجب للاستبراء وجب اعتبار العدة (عقبه) (١).

قال: ولا يقرب امرأته حتى تنقضي عدة أختها؛ لأنه لو وطئها صار مستلحقاً لنسب ولديهما، ولا يجوز استلحاق نسب أختين في حالة واحدة.

قال: ولا يحل للرجل أن يجمع بين ذواتي رَحِمٍ مَحْرَمٍ.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب: أن كل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى، لم يجز الجمع بينهما.

وقال عثمان البتي: يجوز الجمع فيما سوى الأختين والأم وال بنت .

لنا: حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفى» (٢) ما في صحفتها (٣)» (٤) وقد روى هذا الخبر جابر وابن عباس،

(١) في أ (منه).

(٢) لتكتفى: «من كفأت القدر، إذا كبيتها لتفرغ ما فيها، يقال: كفأت الإناء وأكفأته إذا كبيتته: إذا أملته. وهذا تمثيل لإمالة الضرة حق صاحبته من زوجها إلى نفسها إذا سألت طلاقها». النهاية في شرح غريب الحديث والأثر. (كفاً).

(٣) «صَحَفَتَهَا: الصَّحْفَةُ: إناء كالقَصْعَةِ المبسوطة ونحوها، وجمعها: صحاف، وهذا مثل يريد به الاستئثار عليها بحفظها، فتكون كمن استفرغ صحفة غيره وقَلَب ما في إنائه إلى إناء نفسه». النهاية (صحف).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٠٨) وغيره من أصحاب السنن.

فلا يخلو إما أن يكون من حيز أخبار الاستفاضة ؛ لأن الأمة تلقته بالقبول وعملوا بموجبه^(١)، أو يكون خبر واحد^(٢)، وعلى كلا الأمرين فهو حجة ، ولأن كل واحدة منهما لو كانت رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى ، فلا يجوز الجمع بينهما كالأختين .

واحتج عثمان [البتي] بقوله تعالى بعد ذكر المحرمات ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ [النساء: ٢٤] .

والجواب: أن هذه الآية مجملة ؛ لأنه^(٣) شرط في الإباحة الإحصان وهو مجمل ، والإباحة إذا شرط فيها بشرط مجمل صارت مجملة ، والمجمل ثبت بيانه بخبر الواحد ، وأما المرأتان اللتان لو كانت إحداهما رجلاً جاز له أن يتزوج بالأخرى ، فالجمع بينهما جائز عندنا كالجمع بين امرأة و بنت زوج كان لها من قبل .

وقد روي أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي عليه السلام و بنته^(٤) .

وقال زفر: لا يجوز الجمع بينهما .

لنا: أن إحداهما لو كانت رجلاً وهي الزوجة ، جاز له أن يتزوج [٨٠/ب] بالأخرى ، [وهي بنت الزوج]^(٥) فلم يعم التحريم الأجنبية ، فصارتا كالأجنبيتين .

(١) زيادة (لأجله) في أ .

(٢) في أ (من أخبار الآحاد) .

(٣) في ب (لا شرط) .

(٤) أورده الزيلعي في نصب الراية ، وعزاه إلى مصنف ابن أبي شيبة ، ٣/١٧٦ ؛ ونحوه ابن حجر في

الدراية ، ٥٧/٢ .

(٥) الزيادة من أ .

وجه قول زفر: أن البنت لو كانت رجلاً لم يجز [له أن يتزوج بزوجة أبيه] (١)، فلا يجوز الجمع بينهما كالأختين ، وأما قوله تعالى في تحريم الجمع ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] ، ففيه تأويلان:

أحدهما: أن مَنْ جمع قبل التحريم [ثم طرأ التحريم] ، جاز له البقاء .

والتأويل الثاني: أنه لا إثم على من جمع قبل التحريم .

وقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤] ، المراد به: ذوات الأزواج فنكاح المرأة التي لها زوج حرام ، لأن المعقود عليه ملك للغير ؛ ولأنها محبوسة بعقد ، فلا يجوز العقد عليها كالرهن .

وأما قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ، قال ابن مسعود: المراد به السبايا إذا كان لهن أزواج ؛ لأن الفرقة وقعت بينهما بالسبي .

وأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] ، فإنه يدل على تحريم امرأة الأب بنفس العقد ؛ لأنها مبهمة ، وكذلك تحريم نساء الأجداد إما بالنص أو الإجماع على ما قدمناه ، وقد كانت الجاهلية إذا مات الرجل ورث ابنه نكاح امرأته إلى أن نزل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾ [النساء: ١٩] ، فكانوا إن رضيت أمسكوها ، وإن سخطت تركوها ، فكانوا يسمون ذلك نكاح المقت حتى نزل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢] ، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢] ، محمول

(١) في ج (لها أن تتزوج بالأخرى) والمثبت من أ .

على أحد التأويلين اللذين قدمناهما .

قال أبو الحسن: والوطء كله عند أصحابنا حلاله وحرامه في التحريم سواء .

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والكلام في هذه المسألة يقع مع الشافعي في أن الزنا يحرم أم المزني بها وبناتها، ومن زنى بأم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته .

وقال الشافعي: الزنا لا يتعلق به التحريم^(١) .

لنا: أنه وطء من يحل له وطؤها بسببي الإباحة، فحرمت عليه أمها وبناتها كوطء جارية أبيه^(٢)، وجاريتته المزوجة؛ [ولأن كل عقد يبطله الوطء يستوي في إبطاله الزنا وغيره كالإحرام]^(٣) .

وقال أصحابنا: اللبس بالشهوة يتعلق به التحريم، وقال الشافعي في أحد قوليهِ: لا يحرم^(٤) .

وقد رُوي عن عن سالم بن عبد الله: أنه وهب جارية لأبيه^(٥) وقال: (لا تقربها فإني قد أردتها فلم أتبسط إليها)^(٦) .

وعن مسروق: أنه كتب إلى أهله في جارية وقال: [ألا فبيعوها]^(٧) أما إني

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٧٧؛ الأم ٢٥/٥؛ المزني ص ١٦٩ .

(٢) في أ (جارية ابنه) .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٠٩/٢؛ المهذب ١٤٦/٤؛ روضة الطالبين ١١٣/٧ .

(٥) في أ (من أبيه) .

(٦) رواه ابن أبي شيبة، ٤٨٠/٣ .

(٧) في ج (لا تبيعوها) والمثبت من أ .

لم أصب منها إلا ما يحرمها علي ولدي من اللمس والنظر^(١)، ورؤى مثل قولنا عن الحسن ومجاهد، والزهري وجابر بن زيد.

[وقال] ابن مسعود: (من قبّل امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها)^(٢)؛ ولأن اللمس بشهوة لا يحل إلا بنكاح أو بملك يمين، ويتعلق به الكفارة في الإحرام كالوطء.

وقال أصحابنا: إذا نظر إلى فرجها بالشهوة تعلق بذلك التحريم، وقال الشافعي: لا يحرم النظر^(٣).

لنا: حديث أم هانئ قال رسول الله ﷺ: «من نظر إلى فرج امرأة لم يحل له أمها ولا بنتها»^(٤). وعن مكحول: (أن عمر رضي الله عنه [أ/٨١] جرّد جارية له، [فنظر فيها] فسأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك)^(٥).

وروى سالم عن أبيه قال: «أيما رجل جرّد جارية له فنظر فيها لذلك الأمر فإنها لا تحل لابنه»^(٦)؛ ولأن النظر على هذا الوجه لا يستباح إلا بالملك كالوطء^(٧).

(١) رواه ابن أبي شيبة، ٤٨٠/٣.

(٢) رواه ابن أبي شيبة، ٤٨٠/٣.

(٣) انظر: المهذب ٤/١٦٤؛ ومغني المحتاج ٣/١٧٨.

(٤) رواه ابن أبي شيبة، ٤٨١/٣ وضعّفه ابن حجر، ونقل عن البيهقي قوله «وإسناده مجهول» انظر: فتح الباري ٩/١٥٦.

(٥) رواه ابن أبي شيبة، ٤٧٩/٣.

(٦) رواه ابن أبي شيبة عن مكحول، ٤٨٠/٣.

(٧) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٣١٩ وما بعدها؛ مختصر القدوري، ص ٣٣٤.

١٤٤٨ - فَصْل: [زواج المعتدة]

ولا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة تعتد من غيره من أي وجه لزمته العدة ؛ وذلك لأن المعتدة محبوسة على [حق] من تعتد منه ، فلا يجوز العقد عليها لغيره كالرهن ؛ ولأن الله تعالى أباح التعريض في العدة بذكر الزوج . والتعريض : هو أن يذكر لها كلاماً يستدل به على رغبة فيها ، فإذا كانت الخطبة المصرحة حراماً فالعقد أولى .

ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها ، إن لم يكن هناك مانع غير العدة لأنها محبوسة لحقه ، [فيجوز] عقده عليها ، وإن منع غيره من العقد كبيع الرهن من المرتهن ؛ ولأن العدة موضوعة للاستبراء ، والإنسان لا يجب عليه الاستبراء من ماء نفسه .

قال : ولا يجوز أن يتزوج امرأة ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ من امرأة تعتد منه ، ولا أربعاً وخامسة تعتد منه ، وما منع النكاح من الجمع بين ذوات الرحم المحرم ، فالعدة تمنع منه .

وقال الشافعي : إذا كانت العدة من طلاق رجعي لم يجز له أن يتزوج بأختها ، وإن كان من طلاق بائن [جاز أن يتزوج] أختها^(١) ، وأربعاً سواها ، وقد رُوي مثل قولنا عن علي وعبد الله بن عباس ، وروي أن مروان استشار الصحابة في رجل تزوج بامرأة وأختها تعتد منه ، وكانوا متوافرين ، فقالوا لا يجوز ، وقال زيد بن ثابت : يجوز ، ثم رجع ، ففرق مروان بينهما ، ولا يجوز أن يحمل ذلك على العدة من طلاق رجعي ؛ لأنه ذكر مخالفة زيد [في القصة] ورجوعه ، وهذا لا يكون إلا في البائن ، ولأن كل منع ثبت على أحد الزوجين بسبب كان نكاح

(١) انظر : المهذب ٤ / ١٤٨ .

صاحبه [ممنوعاً] ^(١)، فإن ذلك المنع يبقى ببقاء العدة، كمنعها من الأزواج؛ ولأن بقاء ماء الرجل في الرحم يمنعها من تزوج زوج آخر، فكذلك يمنعها من تزويج أختها كحال النكاح، وهذا التعليل معنى ما قال أبو يوسف: إن الرجل لا يتزوج بأخت المعتدة، ليس من قبل أن عليه العدة، ولكن من قبل أن رحمها مشغولة بمائه ^(٢).

١٤٤٩ - فصل: [الزواج بالأمّة أثناء عدة الحرة منه]

وقال أبو حنيفة: لا يتزوج الرجل أمّة على حرة تعتد منه، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز ذلك في عدة بينونة ^(٣).

لأبي حنيفة: أن تحريم الأمّة على الحرة من طريق الجمع، ويستوي فيه حال النكاح والعدة، كالجمع بين الأختين.

وجه قولهما: أن الجمع بين الأمّة والحرة غير ممنوع [منه] إذا تقدمت الأمّة، وإنما نمنع أن يتزوجها على الحرة؛ لأنه يُدخل عليها من لا تساويها في القسم، وهذا المعنى لا يوجد بعد البينونة، ولهذا نقول فيمن حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج بعدما أبانها في عدتها، أنه لا يحث، قال: ويجوز أن يتزوج أخت أمته التي وطأها [وأخت أم ولده] ^(٤)، ولكن لا يطؤها الزوج حتى يحرم الأمّة التي [ب/٨١] في ملكه وأم ولده (بأن يزوجها) ^(٥) أو يملك الأمّة؛ وذلك لأن

(١) السياق يدل بأن في العبارة نقصاً، ولعل المثبت هو المناسب للسياق.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣١٧/٤؛ القُدوري ص ٣٥٠.

(٣) انظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد، ص ٢٨٠.

(٤) في ج (واحترام ولده) والمثبت من أ.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الأمة لا فراش لها عندنا .

ألا ترى أنه مخير في الاعتراف بنسب ولدها ، فإذا ضعف حكم نسب ولدها لم يمنع من النكاح ، وكذلك أم الولد حكم فراشها ضعيف ؛ ألا ترى أن نسب ولدها ينتفي بقوله ، فإذا ضعف الفراش لم يمنع من عقد النكاح ، وإنما قلنا أنه لا يبطأ التي تزوج حتى يحرم أختها ؛ لأنه لو وطئها لصار مستلحقاً لنسب ولدها ؛ ولأنه يصير جامعاً بينهما في معنى واحد وهو الوطاء ، وذلك لا يجوز ، وليس كذلك العقد ؛ لأنه لا يصير به جامعاً بينهما في حكم واحد من أحكام النكاح .

١٤٥٠ - فصل : [الزواج بأخت أم ولده وأم الولد تعتد منه]

ولا يجوز له أن يتزوج أخت أم ولده وأم الولد تعتد منه ، ويجوز أن يتزوج أربعاً سواها .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز أن يتزوج [بأختها] ^(١) .

لأبي حنيفة : أن المعنى الذي لأجله جاز تزوج أخت أم الولد أن فراش أم الولد ضعيف ، بدلالة أنه يملك نقل الفراش إلى غيره ، ويقطع النسب بقوله ، فإذا أعتقها قوي فراشها .

ألا ترى أنه لا يملك نفي نسب ولدها ، فصارت كالحرمة المعتدة ، فلا يجوز أن يتزوج بأختها .

وجه قولهما : أن فراش العدة مرتب على فراش الملك ، فإذا جاز له أن يتزوج أختها قبل العتق مع بقاء الملك ؛ فلأن يجوز إذا قطع الملك أولى .

(١) الزيادة من أ .

وقد قال أصحابنا: يجوز أن يتزوج بأربع سواها، وقال زفر: لا يجوز.

لنا: أن المنع من [جهة] ^(١) العدد يختص بتحريمه بعقد النكاح، وعدة أم الولد لم تجب بعقد النكاح، فلم يحرم الجمع بينهما، وليس كذلك تزوج الأخت؛ لأنّ تحريم الجمع بين الأختين لا يختص بالنكاح، بدلالة أنه لا يجوز الجمع في حال الوطاء بملك اليمين، (ويجوز ذلك في العدد) ^(٢)، لأن كل موضع حرم الجمع في حال العدة إذا طرأت العدة بعد الجمع حرم الوطاء.

الدليل على هذا: أن المعتدة الحرة لما منعت عدتها من تزوج أختها وأربع سواها كان إذا تزوجهن ثم وجبت العدة منها حرّم الوطاء أختها والأربع.

في مسألتنا لو تزوج بأربع ثم أعتق أم ولده، لم يحرم وطأهنّ، فكذلك لا يحرم عدتها العقد عليهن، ولو كان تزوج بأختها ثم أعتقها حرم وطؤ أختها، فكذلك يحرم تزوج أختها في عدتها.

وجه قول زفر: أنها معتدة فلا يجوز أن يتزوج أربعاً سواها كالحرة؛ ولأنّ العدة إذا حرّمت نكاح الأخت حرّمت نكاح الأربع كعدة الحرة.

فحاصل جملة المذهب: أن كل وجه منع النكاح الصحيح جمع غيرها إليها، فإن العدة من أي وجه وجبت تمنع أيضاً إلا في وجه واحد: وهو أن يتزوج بأربع حرائر في عدة أم ولده، وهذا جملة قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تمنع العدة من الجمع ما يمنع النكاح إلا تزويج الأربع [وإدخال] ^(٣) أم

(١) في ج (جميع) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (وأخت) والمثبت من أ.

الولد والأمة على الحرة.

وقال زفر: ما منع أحدهما منع الآخر من غير استثناء.

١٤٥١ - فصل: [الزواج بالحامل من زنا]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا [١/٨٢] تزوج الرجل امرأة حاملاً من زنا، فذلك جائز ولا يطؤها حتى تضع.

قال أبو يوسف وزفر: لا يصح النكاح.

لهما: أن ماء الزنا لا حرمة له، ولهذا قال النبي ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهر الحَجَر»^(١) [يعني: لا شيء له]^(٢)، والمنع من تزويج الحامل لحرمة ماء الوطاء، فإذا سقطت حرمة جاز التزويج؛ ولأنه لو منع الحمل من الزنا التزويج تعلق به ثبوت النسب وأحكام الولادة، كالوطء بشبهة، (وإنما قلنا لا يطؤها حتى تضع لقوله ﷺ: «لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر يجتمعا من امرأة واحدة في طهر واحد»^(٣)).

وجه قول أبي يوسف وزفر: أن الحمل لما منع الوطاء منع العقد كالحمل الثابت النسب؛ ولأنها حامل من الغير كالموطوءة بشبهة وكأم الولد إذا كانت حاملاً من مولاها^(٤).



(١) أخرجه البخاري (١٩٤٨، ٢٥٩٤) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٤٥٧).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) أورده السرخسي في المبسوط ١٥٢/١٣ وغيره.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ. انظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد، ص ٢٧٩.

١٤٥٢ - فَصْلُ: [الزواج بامرأة مسلمة من دار الحرب]

قال أبو حنيفة: إذا جاءت امرأة مسلمة من دار الحرب جاز تزويجها، ولا عدة عليها، وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة.

لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۗ إِنَّهُنَّ عَلِمْنَ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاثُوهُمْ مَآ أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ [المتحنة: ١٠]، فأباح نكاح المهاجرة مطلقاً ولم يشترط فيه انقضاء العدة، ثم قال: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُفَّارِ﴾، فلو منعنا من تزويجها للعدة لكان ذلك تمسكاً بعصم زوجها الكافر؛ ولأن الفرقة وقعت بينهما باختلاف الدارين كالمسيبة.

وجه قولهما: أن الفرقة وقعت عليها وهي مسلمة في دار الإسلام فصارت كسائر المسلمات، وأما إذا كانت حاملاً فروى محمد عن أبي حنيفة: أنها لا تتزوج، وهي إحدى الروایتين عن أبي يوسف، وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يتزوجها ولا يطؤها حتى تضع.

وجه رواية أبي يوسف: أن ماء الحربى لا حرمة له، فحل محل ماء الزانى

منه.

وجه رواية محمد: أنها حامل بولد ثابت النسب كامرأة المسلم.

وقال الطحاوي: الصحيح ما رواه محمد ظناً منه أن المنع من تزويجها لأجل

العدة، [ومن أصل أبي حنيفة: أن لا عدة على المهاجرة]^(١).

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

وقال أبو الحسن: الصحيح رواية أبي يوسف؛ لأن المنع ليس لأجل العدة، وإنما هو لثبوت نسب الولد، (وهذا المنع يمنع النكاح وإن عدت العدة كأم الولد إذا كانت حاملاً من مولاها)^(١).

١٤٥٣ - فَصَّل: [وطء الكافرة بنكاح أو بملك يمين]

ولا يحل وطء كافرة بنكاح ولا ملك يمين، إلا الكتابيات خاصة وسواء الحرائر في ذلك والإماء.

والأصل في تحريم المشركات قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وعمومه يقتضي تحريم وطء كل مشركة، وأما إباحة تزويج الكتابيات فلقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]. فلا يجوز حمله على من أسلم منهن؛ لأن ذلك يبطل فائدة تخصيص الكتابية؛ لأن المشركة والمجوسية إذا أسلمتا جاز نكاحهما؛ ولأن الكتابية مؤمنة بكتاب من كتب الله تعالى كالمسلمة.

ويجوز تزويج الأمة الكتابية عندنا، وقال الشافعي: يجوز وطؤها بملك اليمين، ولا يجوز بالنكاح^(٢). [٨٢/ب]

لنا: أنه يجوز وطؤها بملك اليمين، فجاز وطؤها بالنكاح كالمسلمة؛ ولأنها مؤمنة بكتاب من كتب الله تعالى فلا يختص بنكاحها الكفار كالحررة الكتابية، فأما المجوس فلا كتاب لهم عندنا، [ولا] يجوز مناكحتهم، والدليل على ذلك: قوله تعالى حكاية عمّن تقدم ﴿إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦]

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: المهذب ٤/١٥٣.

وهذا يدل على أنه لم ينزل على طائفة ثالثة ، ولم يذكر الله تعالى ذلك ، ولما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ما أصنع بالطائفة الذين ليسوا من أهل الكتاب ، فقال عبد الرحمن بن عوف: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»^(١) ، وهذا يدل على أنه لا كتاب لهم ، والذي روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «كَانَ لَهُمْ كِتَابٌ فَأَصْبَحُوا وَقَدْ رَفَعَهُمْ فَنَسُوا»^(٢) ، ولو ثبت لدل على ما قلنا ؛ لأنهم لما نسوه خرجوا من أن يكونوا من أهله .

فأما الصَّابِئَاتُ فقال أبو حنيفة: يجوز نكاحهن ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز وهذا ليس باختلاف في الحقيقة ، وإنما هو لاشتباه مذهبهم فحمل أبو حنيفة أمرهم على أنهم يؤمنون بكتاب ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين القبلة ، فمخالفتهم لأهل الكتاب في بعض دينهم لا يمنع من نكاحهم ، ألا ترى أن علياً رضي الله عنه قال في بني تغلب (أنهم لم يوافقوا النصارى إلا في شرب الخمر وأكل الخنزير) ، ولم يمنع ذلك من جريان أحكام النصارى عليهم .

وأما أبو يوسف ومحمد: فحملاً تعظيمهم الكواكب على عبادتها ، وعابد الكواكب كعابد الوثن ، فلا يجوز من نكاحهم^(٣) .

١٤٥٤ - فَصْلٌ : [أَنْكَحَ الْكُفَّارَ بَعْضَهُمْ لِبَعْضٍ]

وَأَنْكَحَ الْكُفَّارَ بَعْضَهُمْ لِبَعْضٍ جَائِزٌ ، وَقَالَ مَالِكٌ : أَنْكَحْتَهُمْ فَاسِدَةٌ^(٤) .

لَنَا : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَمْرَاتُهُنَّ حَمَالَةَ الْحَطَبِ ﴾ [الْمَسَدُ : ٤] فَلَوْ كَانَ نِكَاحُهُمْ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، ١٧٢/٧؛ ومالك في الموطأ (٦١٦)؛ انظر: التخليص الحبير، ١٧١/٣ .

(٢) «رواه أبو يعلى، وفيه أبو سعد البقال، وهو متروك». كما ذكر الهيثمي في المجمع، ١٢/٦ .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٣٤/٤ وما بعدها؛ التجريد ٤٤٨٥/٩ وما بعدها .

(٤) انظر: المدونة ٢١١/٣؛ المعونة ٨٠٣/٢ .

فاسداً لم يسمها امرأته، وقال النبي ﷺ: «ولدت من نكاح، ولم أولد من سفاح»^(١)، وإن كان (أباؤه كفاراً)^(٢)؛ ولأن من أسلم من الكفار أقره رسول الله ﷺ على نكاحه، فلو كان نكاحهم فاسداً (لما أقرهم عليه)^(٣).

وأما المرتدة فلا يجوز لمسلم ولا لكافر ولا لمرتد نكاحها؛ وذلك لأن الردة إذا طرأت على النكاح الصحيح أبطلته، فإذا قارنت ابتداءه منعت من انعقاده كما في الرضاع. والله أعلم^(٤).

١٤٥٥ - فصل: [زواج الرجل أمة على حرة]

ولا يجوز أن يتزوج الرجل أمة على حرة.

والأصل في ذلك ما روى علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تنكح الأمة على الحرة»^(٥)، وقال علي بن أبي طالب: «وتنكح الحرة على الأمة، وللحرة الثلثان من القسم، وللأمة الثلث»^(٦).

وقال أصحابنا: لا يجوز للعبد أن يتزوج أمة على حرة، وقال الشافعي: يجوز^(٧).

(١) أورده ابن حجر في التلخيص، وقال: «الطبراني والبيهقي من طريق أبي الحويرث، عن ابن عباس، وسنده ضعيف»، وذكر طرقاً أخرى للحديث، وما قيل في كل سنن. انظر: ١٧٦/٣.

(٢) في ب (فصار) والمثبت من أ.

(٣) في أ (لم يقرهم عليه).

(٤) انظر: الأصل ٢١٥/١٠ وما بعدها.

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى بلفظ: «نهى النبي ﷺ»، وقال: «هذا مرسل، إلا أنه في معنى الكتاب، ومعه قول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم»، ١٧٥/٧.

(٦) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، ٢٢٩/١؛ وعبد الرزاق عن سعيد بن المسيب، انظر: نصب الراية، ٢١٥/٣.

(٧) انظر: المهذب ١٥٥/٤؛ الروضة ١٣٢/٧.

وعموم الخبر دلالة على فساد قوله ؛ ولأنه يدخل على الحرة من لا تساويها في القسم ، [فلا يجوز] ^(١) كالحر ، وأما الشافعي فإنه يقول: إنما لا يجوز [أ/٨٣] للحر أن يدخل الأمة على الحرة ؛ لأن نكاح الأمة موقوف على عدم الطّولِ ، ومن كانت تحته حرة فقد استغنى بها ، وأما العبد فتزوجه الأمة غير موقوف على عدم الطّول ؛ فلذلك جاز أن يتزوجها على الحرة .

وهذا الذي قاله لا يصح ؛ لأن الغائب عن زوجته غيبة بعيدة لا يجوز أن يتزوج بالأمة وإن كان لا يستغني بالحرّة ، وكذلك إن كان تحته امرأة لا يمكن وطؤها لم يجر له [أن يتزوَّج بالأمة] ^(٢) مع الحاجة إلى تزوجها .

قال الشيخ رحمته الله : وقد كان أصحابنا يقولون: العلة المانعة من ذلك أنه يدخل على الحرة من [لا تساويها] ^(٣) في القسم ، وحكي عن أبي الحسن أنه قال: من كانت تحته حرة فقد ثبت لولده حق الحرية ، فإذا أراد أن يتزوج بأمة فإنه يريد أن يسقط حق الحرية الذي ثبت لولده ويعرضه للرق ، وحق الحرية إذا ثبت لم يجر رفعه .

١٤٥٦ - فَصْل : [زواج الرجل بملك يمينه]

ولا يجوز أن يتزوج الرجل بملك يمينه ولا [مَنْ] ^(٤) يملك شقصاً منها ، ولا تتزوج المرأة مَنْ تملك منه شقصاً ، وكذلك إن ملك أحدهما صاحبه أو بعضه

(١) في ج (فصار) والمثبت من أ .

(٢) في ب (تزوج الأمة) والمثبت من أ .

(٣) المثبت من أ ، وفي (ج) كلمة غير مقروءة .

(٤) في ج (ما) والمثبت من أ .

بعد النكاح فسد النكاح ، وقال نفاة القياس : يجوز أن يتزوج الرجل أمته والمرأة عبدها .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴿ [المؤمنون: ٥ - ٦] فأباح الفرج بأحد أمرين فلا يستباح بهما جميعاً ؛ ولأن النكاح يتعلق به حقوق تجب لكل واحد من الزوجين على الآخر ، وتلك الحقوق لا تثبت على المولى لأمته ولا على الحرة لعبدها .

وأحكام العقود (إذا انتفت) ^(١) لم تنعقد العقود ، كما لا يجوز نكاح ذوات المحارم لما لم يوجد الاستباحة الموجبة بالعقد .

وقد قالوا في المأذون والمدبر إذا اشترى زوجها لم يفسد النكاح ؛ لأنهما لا يملكانها بالعقد ، وكذلك قال أبو حنيفة فيمن اشترى زوجته هو فيها بالخيار على أصله : أن خيار المشتري يمنع انتقال الملك إليه ، وقالوا في المكاتب إذا اشترى زوجته لم يفسد نكاحها ؛ لأنه لا يملكها ، وإنما ثبت له فيها حق الملك ، وحق الملك لا ^(٢) يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع الاستدامة كالعدة ، وقالوا فيمن زوج بنته من مكاتبه ثم مات لم يفسد النكاح بينهما حتى يعجز ، وقال الشافعي : يفسخ النكاح .

لنا : أن الورثة لا يملكون المكاتب ؛ لأن الميراث سبب من أسباب الملك فلا يملك به المكاتب كالبيع ، وإنما ثبت لهم فيه حق الملك ، وحق الملك لا يمنع البقاء على النكاح ؛ ولأنه لو كان لها عليه دين لم يبطل ، ولو كانت مَلَكَتَهُ

(١) في أ (إذا لم تثبت) .

(٢) في أ (يمنع) .

لبطل دينها ؛ ولأن كل حالة جاز أن يبقى دينها عليه لم يفسخ النكاح بينها وبينه كحال حياة المولى ؛ ولأنه عقد على بنته لمن ثبت له حق الحرية من جهته ، فلا يفسخ النكاح بموته [١٣/ب] كمدبرة لم يفسد نكاحها ، وعلى قولهما هو حر وعليه دين يفسد نكاحها . والله تعالى أعلم .



بَاب اللفظ الذي يقع به عقد النكاح



قال أبو الحسن: قال أبو يوسف: إذا قال الرجل لرجل زوّجني بنتك، أو قال: جئتك خاطباً بنتك، أو قال: جئتك لتزوجني بنتك، فقال الأب: قد زوجتك، فالنكاح واقع لازم، وليس للمخاطب أن لا يقبل، ولا [يُشبهه] (١) هذا البيع، روى جميع ذلك معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

ولو قال رجل لامرأة: أتزوجك على ألف، فقالت: قد تزوجتك على ذلك، فهو جائز، رواه ابن سماعة عن محمد، وهي رواية الأصل، وكذلك إذا قال: زوجيني أو أنكحيني نفسك، فهو مثل ذلك، وهذا استحسان وليس بقياس.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن عقد النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي، وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل، [وبالآخر عن الماضي] (٢) استحساناً، وكان القياس أن لا ينعقد بذلك؛ لأن لفظ الاستقبال عِدَّةٌ، وإنما استحسِنوا لما قال أبو يوسف حدثني أبو إسحاق الشيباني عن الحَكَم: (أن بلالاً خطب إلى قوم من الأنصار، فأبوا أن يزوجه، فقال: لولا أن رسول الله ﷺ أمرني أن أخطب إليكم لما خطبت، فقالوا له: أملكك) (٣). ولم

(١) في ج (ولا شبهة) والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) الذي روى عن بلال (أن بلالاً خطب على أخيه إلى أهل بيت من العرب... كما في سنن سعيد بن منصور، إنما روى سعيد نحو هذه القصة عن صهيب...، ١٨٩/١؛ انظر: أسد الغابة، =

ينقل أنه أعاد القبول؛ ولأن النكاح لا يحضره [السَّوم] ^(١)، فالظاهر من ألفاظه أنها على وجه الإيجاب، وقد بينا في البيوع الفرق بين البيع والنكاح.

قال: [ولو] ^(٢) قالت امرأة لرجل قد وهبت لك نفسي، أو تصدقت عليك بنفسي، فهو نكاح، وإذا قالت: قد أحللت لك نفسي، أو أعارته نفسها، فليس بنكاح.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا ما رواه ابن رستم عن محمد قال: كل لفظ يكون في الأمة تمليكاً للرقبة فهو في الحرة نكاح، وكان أصحابنا يقولون: كل لفظ يصلح لتمليك الأعيان مطلقاً ينعقد به النكاح، وقد ادعى بعض أصحابنا بخراسان: أن النكاح ينعقد بلفظ الهبة والصدقة، ولا ينعقد بلفظ البيع، وما ذكرناه عن محمد يبطل ذلك.

وكان أبو بكر الرازي يقول: لا ينعقد [النكاح] بلفظ الإجارة، وكان أبو عبد الله البصري يحكي عن أبي الحسن: أن النكاح ينعقد بلفظ الوصية، [فلو] فقال: أوصيت لك بابنتي الآن؛ انعقد النكاح، وإنما لا ينعقد بالوصية المطلقة، لأن التمليك يتعلق [فيها بشرط] ^(٣) وهو الموت، وقال الشافعي: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح والتزويج ^(٤).

وهل ينعقد نكاح النبي ﷺ بلفظ الهبة أم لا؟

= ١١٥/٢؛ الإصابة في تمييز الصحابة، ٩١/٢.

(١) في ج (الصوم) والمثبت من أ.

(٢) في ج (ولقد) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بها شرط) والمثبت من أ.

(٤) انظر: المهذب ١٤١/٤.

فيه وجهان:

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فأجاز النبي ﷺ عقد النكاح بلفظ الهبة، وكل لفظ جاز للنبي ﷺ أن يعقد به النكاح [أ/٨٤] جاز لغيره أن يعقد به كلفظ التزويج، ولا يعترض على هذا قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لِّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾؛ لأن الخلوص لا يجوز أن ينصرف إلى اللفظ؛ لأن النبي ﷺ لم يضاف إليه بلفظ الهبة، وإنما أضاف إليه الاستنكاح، ولو كان الخلوص لأجل اللفظ لقال: خالصة لها من دون المؤمنين، وإنما أراد بالخلوص جواز النكاح له بغير بدل.

الدليل عليه ثلاثة أشياء: أحدها: أنه ابتداء الآية بقوله: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَ الَّتِي آتَيْتَ أَجْرَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، ثم ذكر الموهوبة بغير أجر، فدل على أن الخلوص أراد به سقوط الأجر؛ ولأنه قال: ﴿لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، والضيق إنما يكون عليه في دفع البدل الذي يجوز أن يعجز عنه، ولا يكون في إبدال لفظ بلفظ انتقل عليه كل واحد منهما؛ ولأن هذا أخرج مخرج الامتنان، والله تعالى يُمُنُّ على نبيه بما له فيه منفعة، وذلك موجود في سقوط العوض، فأما في إبدال لفظ بلفظ فلا؛ ولأنه عقد يوجب الملك المؤبد ليس من شرطه تسمية البدل، فانعقد بلفظ (الهبة)^(١) كهبة الأموال؛ ولأنه عقد على البضع فلا يختص بلفظين كالخلع؛ ولأن منفعة البضع تملك على التأبید بالانفراد، وتملك الرقبة مع منفعة البضع على التأبید، فإذا جاز أن يملكاً جميعاً على التأبید بلفظ الهبة، جاز أن يملك أحدهما، [يبين ذلك: أن كل شيئين

(١) في أ (البدل).

يجوز أن يملكا على التأبيد بلفظ واحد، يجوز أن يملك أحدهما^(١) بذلك اللفظ؛ (ولأن البضع يجوز أن يزول الملك عنه بلفظ الحرية، ألا ترى أن من قال لزوجته: أنت حرة، ينوي به الطلاق وقع الطلاق، وما جاز أن يزول الملك عنه بلفظ الحرية، جاز أن يقع الملك فيه بلفظ البيع والهبة، أصله الرقاب)^(٢).

وأما [لفظ] الإحلال فلا ينعقد به النكاح؛ لأنه لا يفيد الملك.

ألا ترى أن [المُحَلَّل]^(٣) له أن يرجع متى شاء، وإنما ينتفع [المحلل] بالشيء على حكم ملك [المحلل]، والعارية إباحة للمنافع فلا يملك بها منفعة البضع.

وأما الإجارة: فوجه ما قاله أبو بكر أن التملك بها يفترق إلى التوقيت، والنكاح يبطله التوقيت، وإذا كان من شرطها ما هو شرط في إبطال النكاح لم يجز أن ينعقد بها.

وجه ما حكاه أبو عبد الله عن أبي الحسن: أن الله تعالى سمى العوض في هذا العقد أجراً، فانعقد بلفظ الإجارة كالإجارة^(٤).

١٤٥٧ - فَصْل: [نكاح المتعة]

والمتعة^(٥) عندنا عقد باطل، والدليل على تحريمها: ما روي أن عائشة

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ وساقطة من ج.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ج (للتملك) والمثبت من أ.

(٤) انظر: التجريد ٤٤٠٥/٩ وما بعدها؛ القدوري ص ٣٣٣.

(٥) المتعة من المتاع: كل ما يُنتفع به كالطعام، ونكاح المتعة: هو المؤقت في العقد، «ومتعة النكاح» =

رضي الله تعالى عنها سُئِلَتْ عن المتعة ، فقالت: بيني وبينكم كتاب الله تعالى ، قال الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۖ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ [المؤمنون: ٥ - ٦] ، فأباح الله الاستباحة بأحد شرطين ، [والمتمتع] ^(١) بها ليست بزوجة ، بدلالة أن الاستباحة ترتفع من غير طلاق ولا فرقة .

والدليل عليه: أن من حكم الزوجية التوارث مع ارتفاع الموانع ، فلما لم (ترث) ^(٢) هذه دل على أنها ليست بزوجة ، ويدل عليه ما روى مالك عن الزهري عن عبد الله والحسين ابني محمد بن الحنفية عن أبيهما عن جدهما: (أن النبي ﷺ حَرَّمَ [٨٤/ب] في يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية) ^(٣) .

ولا يقال: روى الربيع بن بشير عن أبيه: (أن النبي ﷺ حرم المتعة عام الفتح) ^(٤)؛ لأن هذا لا منفعة فيه لمخالفتنا إذا كان يفيد التحريم؛ ولأنه لا يمتنع أن يكون حرمها يوم خيبر ثم أباحها عام الفتح أياماً للحاجة ثم حَرَّمَهَا .

وقد روى محمد بن الحسن: (أن النبي ﷺ أباحها أياماً) ، ويدل عليه ما روى سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر: (أنه صعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه وقال: «ما بال رجال ينكحون هذه المتعة وقد نهى عنها رسول الله ﷺ ، لا أجدُ

= نكاح المرأة لمدة مؤقتة على مهر معين». انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (متع).

(١) في ب (المستمع) والمثبت من أ.

(٢) في أ (تورث).

(٣) أخرجه البخاري عن علي بن أبي طالب (٣٩٧٩).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٤٥٣/٩؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٠٤/٧؛ والطبراني في الكبير،

أحداً ينكحها إلا رجمته بالحجارة»^(١)؛ ولأنه عقد يقتضي التأييد بإطلاقه، فإذا أجل مبدله بطل كالبيع.

احتجوا بقول الله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤]. وهذا لا دلالة فيه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ﴾ يرجع إلى المسافحات، وهذا يدل على وجوب الأجرة بالمتعة، وكذلك نقول، فأما الإباحة فلا يدل الظاهر عليها.

واحتجوا: بأن الأصل الإباحة بالإجماع فمن ادعى الحظر احتج إلى الدليل. والجواب: أننا لا نسلم إباحة مطلقة وإنما كانت مؤقتة. هكذا نقل محمد بن الحسن، والإباحة المؤقتة ترتفع بذهاب الوقت من غير دليل^(٢).

١٤٥٨ - فَصْل: [حكم النكاح لمدة معلومة]

مَسْأَلَةٌ: قال أصحابنا: إذا تزوج الرجل امرأة مدة معلومة فالنكاح باطل وهذه المتعة، وقال زفر: النكاح جائز، وهو مؤبد والشرط باطل.

لنا: أنه لا يخلو إما أن يصح العقد في المدة دون غيرها، وهذا معنى المتعة، أو يصح في المدة وما بعدها، فيستحق البضع عليها بغير رضاها، وهذا لا يصح؛ ولأن المتعة هي الاستمتاع المؤجل، وهذا موجود وإن عبر عنه بلفظ النكاح.

والعقود لا تختلف باختلاف الألفاظ إذا وجدت معانيها، ولا يلزم على

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٠٦/٧؛ وفي الصغرى، (١٩٤/٦).

(٢) انظر: الأصل ٢٩٣/١٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٦٧/٤.

هذا إذا قال تزوجتك على أن أطلقك إلى عشرة أيام؛ لأنه أبَد العقد ثم شرط قطع التأييد بذكر الطلاق، والنكاح [المؤبد] لا تبطله الشروط.

[لزفر: أنه نكاح شرط فيه شرط فاسد، والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة] (١).

وهذا الذي ذكره ليس بصحيح؛ لأنهم قد قالوا لو قال أتزوجك غداً شهراً لم يصح، والمعنى المبطل هاهنا هو الشرط.

١٤٥٩ - فَصْل: [قبول النكاح على المجلس]

قال: وقبول النكاح على المجلس، فإن قام من المجلس قبل القبول بطل ذلك؛ لقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» (٢). وقد بينا أن المراد بذلك خيار القبول.

وقد قال الشافعي: إن القبول على الفور (٣).

وهذا لا يصح؛ لأن القبول يحتاج إلى الارتياح، فإذا جعل على الفور، لم يكن معنى الارتياح فيه.

١٤٦٠ - فَصْل: [حكم العقد إذا قال الزوج قد تزوجت فلانة بحضرة شاهدين]

وإذا قال الزوج: قد تزوجت فلانة بحضرة شاهدين، فبلغها ذلك بحضرة ذينك الشاهدين فقَبِلَتْ، لم يجز؛ وذلك لأن قوله تزوجت [شطر] (٤) العقد،

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ج.

(٢) أخرجه البخاري (١٩٧٣) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٥٣٢) وغيرهما.

(٣) قال النووي: «الصحيح اشتراط القبول على الفور، فلا يضر الفصل اليسير، ويضر الطويل: وهو

ما أشعر بإعراضه عن القبول». الروضة ٣٠٩/٧.

(٤) في ج (شرط) والمثبت من أ.

[١/٨٥] ألا ترى أنه لا يملك جميع العقد، وشرط العقد لا يقف على غائب عن المجلس.

١٤٦١ - فصل: [أثر الرسول والكتاب في عقد النكاح]

ولو أرسل إليها رسولاً أو كتب إليها بذلك كتاباً، فقبلته بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول أو قرأ الكتاب، جاز ذلك.

وقال أبو يوسف: يجوز إذا قالت زوجت نفسي وإن لم [يسمعا] كلام الرسول^(١).

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن قولها زوجت نفسي [شطر] العقد بدلالة أن الزوج لو كان حاضراً كان ذلك [شطر] العقد، والشهادة شرط في شطري العقد، وليس كذلك إذا سمعوا كلام الرسول؛ لأن [قول] الرسول يقوم مقام قول المرسل، وكذلك قراءة الكتاب تقوم مقام قول الكاتب.

ألا ترى أن رسول الله كان مأموراً بدعاء الناس إلى الإسلام، وقد قام كتابه مقام قوله.

وجه قول أبي يوسف: أن قولها زوجت نفسي جميع العقد، بدلالة أنه إذا حصل من مالك العقد انعقد النكاح به، وجميع العقد لا يختلف بولي دون غيره. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الولي مالك لكل العقد؛ فلماذا جعل قوله جميع العقد.

(١) العبارة في ب ورددت مكررة (يسمعا يسمعا)، وفي أ (يسمعوا).

١٤٦٢ - فَصْل: [الشهادة على قول الزوجة وقول الرسول]

قال: وإن شهدوا على قولها وقول الرسول جاز، وإن لم يشهدوا على إرسال الزوج.

وقد قال الحسن بن حي: التوكيل في النكاح لا يصح إلا بشهادة.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنها وكالة فلا تفتقر إلى الشهادة كالوكالة في البيع.

١٤٦٣ - فَصْل: [قول المرأة: قد تزوجت فلاناً في النكاح]

قال أبو يوسف: وإذا قالت المرأة قد تزوجت فلاناً، جاز وإن لم تقل لهم اشهدوا؛ لأن كل شيء ثبت [حكمه] بنفسه لا تفتقر الشهادة فيه إلى التحمل كالغصب والقتل، وكل ما لا يثبت حكمه بنفسه لا تصح الشهادة به إلا بالتحمل، كالشهادة على الشهادة.



بَابُ مَعْرِفَةِ الْأَوْلِيَاءِ



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الولي^(١) له مدخل [في النكاح على الصغيرة]^(٢)؛ لأن العقد على الصغيرة يقف عليه، والعقد على الكبيرة - على قول أبي يوسف ومحمد - والاعتراض إليه، فلذلك وجب بيان الأولياء.

قال أبو الحسن: أجمع أصحابنا أن أولياء الصغيرة في النكاح العصبية، وإن لم يكن عَصَبَةٌ فالإمام أو الحاكم، وهذا إن أراد به الولي المجمع عليه فهو صحيح في ابتداء الكلام وليس بصحيح في قوله: (فإن لم تكن [عصبة] فالإمام أو الحاكم)؛ لأن من جعل الولاية إلى الوارث لم ينقلها إلى الحاكم عند عدم العصبية.

قال: وجملة هذا أن أبا يوسف ومحمداً رويَا عن أبي حنيفة: أن من كان من القربات من غير العصبية من الرجال والنساء يرث المزوجة إذا لم يكن أقرب منه فإنهم يزوجون.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا يزوج الصغيرة إلا العصبية.

(١) الولي: ويجمع على أولياء، وهو ضد العدو، والولي: كل مَنْ وَلِيَ أمر واحد، فهو وَلِيه، ومنه ولي اليتيم، أو القتل، أي: مالك أمرهما. قال ابن عرفة: الولي: من له على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام». انظر: المصباح؛ المغرب (ولي)؛ شرح الحدود ٢٤١/١.

(٢) في ج (في العقد) والمثبت من أ.



قال: فإن زوجها قرابة غير العصبة لم يتوارثا [لم يجز ذلك] ^(١)، ووقف على إجازة العصبة أو الحاكم، وهذا [٨٥/ب] قول أبي يوسف ومحمد.

وجه قول أبي حنيفة المشهور: أن كل قرابة يتعلق بها الإرث يتعلق بها ثبوت الولاية كقرابة العصبة؛ ولأنه وارث بقرابته له قول صحيح كالعصبة.

وقد روى الحسن عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما مثل ذلك؛ ولأن الأم ثبت لها حق المطالبة بالقصاص، فملك بقرابته التزويج كالأب، أو لأنها أحد الأبوين [كالاخر].

وجه رواية الحسن: أن الاعتراض في الكفاءة إلى العصبات دون غيرهم، فوجب أن تكون الولاية إليهم؛ ولأن من لا تعصيب له لا ولاية له كالأجنبي، وإذا ثبت ما ذكرنا: فعلى كل واحد من القولين يعتبر صحة القول، فلا تثبت الولاية للصغير ولا للمجنون؛ لأن ولايتهما لا تثبت على أنفسهما فأولى أن لا تثبت على غيرهما.

فأما اعتبار الإسلام والحرية فلا يحتاج إلى شرطه؛ لأن الكفر والرق [ينفيان] ^(٢) التعصيب والإرث؛ فلذلك منعا للولاية، والدليل على أن الكافر لا يلي على المسلمة قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] ولأن الولاية تقتضي نفوذ قول الإنسان على غيره، والكافر لا ينفذ قوله على المسلم [كالشهادة]، فأما المملوك فلا ولاية له على مملوكة ولا حرة؛ وذلك لأنه لا يلي على نفسه؛ فلأن لا يلي على غيره أولى.

(١) في ب (بذلك) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يبقيان) والمثبت من أ.



فأما إذا عدم الأولياء على القولين فالولاية إلى الإمام أو الحاكم؛ لأن التصرف في مصالح المسلمين إليهم، والعقد على الصغيرة من [مصلحتهم]^(١)؛ ولأن ميراثها للمسلمين، والولاء عند أبي حنيفة يُستحق بالإرث، فإذا ثبتت الولاية عليهما للمسلمين، قام بها من يقوم مقامهم وهو الإمام^(٢).

١٤٦٤ - فُصِّلَ: [ولاية الفاسق في النكاح]

وقد قال أصحابنا: إن الفاسق يزوج وليته كالعدل، وقال الشافعي: لا ولاية للفاسق^(٣).

لنا: أن الفاسق يملك قبول العقد بنفسه، فجاز أن يكون ولياً فيه كالعدل؛ ولأنه يملك تزويج أمته فيملك [بالتعصيب] تزويج بنته كالمحدود في قذف، ولا يقال: إن الفسق يقدر في الولاية كالحاكم إذا فسق؛ لأن من أصحابنا من قال: إن الحاكم إذا فسق فزوج قبل أن يعزل جاز عقده، كالوصي الفاسق إذا تصرف؛ ولأن الفسق يقدر في سبب ولاية الحاكم ولا يقدر في أبوة الأب؛ فلذلك افترقا^(٤).

١٤٦٥ - فُصِّلَ: [الولاية في الأقرب والأقرب]

وقد قال أصحابنا: إن الولاية للأقرب فالأقرب، لا يجوز أن يكون الأبعد ولياً مع الأقرب وهو والأجنبي سواء مع من هو أقرب منه؛ وذلك لأن الولاية إن

(١) في ب (مصلحتها) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ١٨٨/١٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٧/٤ وما بعدها.

(٣) قال النووي: «لا ولاية لفاسق على المذهب». المنهاج ص ٣٧٧.

(٤) انظر: التجريد ٤٣٢٣/٩ وما بعدها.

استحقت بالتعصيب فالأبعد لا تعصيب له مع الأقرب ، وإن استحقت بالميراث فالأبعد غير وارث مع الأقرب .

١٤٦٦ - فَصَّلْ : [غياب الولي الأقرب غيبة منقطعة]

وقد قال أصحابنا: إذا غاب الأقرب غيبة منقطعة ، جاز للأبعد أن يزوج ، وقال زفر: لا يجوز والولاية إلى الأقرب .

وجه قولهم: أن تأخير النكاح فيه ضرر [أ/٨٦] على الصغيرة؛ لأن [الكفاءة]^(١) تتفق في زمان دون زمان ، والولاية إذا كان في اعتبارها ضرر سقطت ، وإذا سقطت ولايته جاز لمن بعده أن يزوج ؛ ولأن الغائب لا يقدر على تدبير مصالح نكاحها ، فلم يوجد فيه مقصود الولاية فصار كالميت .

ألا ترى أنهم قالوا في الفقير: إنه كالميت في النفقة [لما لم]^(٢) يوجد مقصود الكفاية فيه .

وجه قول زفر: أن ولايته باقية مع الغيبة بدلالة أن لو زوّج جاز ، وإذا بقيت ولاية الأقرب لم يجز تزويج الأبعد ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأننا أسقطنا الولاية للضرر الذي يلحق الصغيرة ، فإذا زوّجها ارتفع الضرر فعادت ولايته بعد ارتفاعها^(٣) .

١٤٦٧ - فَصَّلْ : [السلطان يقوم مقام الولي الغائب]

وقد قال الشافعي: إن الولي إذا غاب زوّجها السلطان^(٤) .

(١) في النسخة (الكفر) والمثبت ما يدل عليه السياق .

(٢) في ب (لحاكم) والمثبت من أ .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٤٩/٤ ؛ التجريد ٤٣٣٤/٩ وما بعدها .

(٤) انظر: المهذب ١٢٣/٤ ؛ المنهاج ص ٣٧٧ .

وهذا ليس بصحيح لقوله ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»^(١). وهذا ينفي ثبوت ولايته مع ولي؛ [وهو لا يقول به]^(٢) ولأنه تعذر الوصول إلى تدبير الولي الأقرب (فصار كجنونه)^(٣)؛ ولأن كل معنى يوجب انتقال الولاية إلى الحاكم إذا لم يكن ولي أبعد من الولي، يوجب انتقال الولاية إلى الأبعد كالموت والجنون، وليس هذا كما لو عضلها الولي؛ لأنه إذا كان حاضراً لذمة العقد عليها فإذا امتنع مما لزمه، قام الحاكم مقامه في إبقاء ما استحق عليه، فأما الغائب فلا يلزمه العقد مع الغيبة وعدم العلم بالتدبير، فلا يقوم القاضي مقامه في إيفاء حق لم يجب عليه؟

١٤٦٨ - فَصْل: [حدّ الغيبة المنقطعة]

وأما حد الغيبة المنقطعة فقال ابن رستم: أخبرني علي قاضي الموصل أن محمداً سئل عن الغيبة المنقطعة وهو يومئذ بالرقة؟ فقال مثل ما من هاهنا إلى البصرة.

وروى هشام عن محمد: ما بين الرّي والكوفة، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: ما بين بغداد والرّي، وفصل ابن شجاع ذلك فقال: إذا كان غائباً في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل [إلا مرة واحدة في السنة]^(٤) فهي غيبة

(١) أورده ابن حجر في الدراية: «أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس رفعه: «لا نكاح إلا بولي والسلطان»، وأخرج أيضاً الطبراني والدارقطني من طرق عنه، أكثرها ضعيف، والمشهور عنه موقوف». ١٦١/٢.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (بمعنى ليس بمعصية).

(٤) في ب (في السنة إلا مرة).

منقطعة ، وإن كانت القوافل تصل إليه غير مرة فليست بمنقطعة ، وهذا صحيح ؛ لأن الخاطب لا ينتظر إذن الولي سنة ، ولا يعلم هل يجيب أم لا ؟ وقد ينتظر بعض سنة ؛ فلذلك جعلوا هذا حدَّ الغيبة المنقطعة .

١٤٦٩ - مَسْأَلَةٌ: [التقدم في اجتماع الأب والابن]

قال أبو يوسف: إذا اجتمع أبٌ وابنٌ في [مجنونة] ، فالابن أولى بالتزويج ، روى ذلك عنه محمد ، وروى معلى عنه: أيهما زَوْجٌ جاز ، وإن اجتمعا قلت للأب زَوْجٌ ، وقال محمد: الأب أولى .

وجه قول أبي يوسف: أن الابن هو العصبه والأب معه من ذوي السهام فصار [كالأخ للأم مع الأخ للأب والأم] (١).

فأما رواية مُعَلَّى: فوجهها أن كل واحد منهما له سبب يتقدم (فالأب يلي) (٢)؛ لأنه من قومها ، والابن لأنه يرثها [بالتعصيب] ، فأيهما زَوْجٌ جاز ، فإذا اجتمعا فالابن منهي عن التقدم على أبيه ؛ فلذلك قال للأب [أن يزوّج] (٣).

وجه قول محمد: أن الأب من قومها ، والابن ليس منهم ، فكان الأب أولى بالولاية ؛ ولأنه أحق بالتصرف في [٨٦/ب] مالها فكان أحق بالتصرف في نكاحها ، [كالأب مع الأخ] (٤).

وعلى هذا الخلاف الجدل [مع] (٥) الابن ، قال أبو يوسف: الابن أولى ، فأما

(١) في ب (كالأخ والأم مع الأخ للأب والأب) والمثبت من أ .

(٢) في أ (به الأب) .

(٣) في ب (زوّج) والمثبت من أ .

(٤) الزيادة من أ .

(٥) في ب (و) والمثبت من أ .

الجد والأخ ، فقال ابن سماعة عن محمد: هما سواء في قول من يقول [بقول] زيد بن ثابت ، فأما من جعل الجد بمنزلة الأب فهو أحق ، وهذا صحيح ؛ لأن الجد عند أبي حنيفة هو العصبة ، والأخ لا يرث معه ، فحل محل الأجنبي .

وأما على قولهما: فتعصبيهما سواء وهما (يشتركان)^(١) في الإرث فصارا كالأخوين .

١٤٧٠ - فصل: [تزويج المجنونة]

وقد قال أصحابنا: إن المجنونة تزوج كما تزوج الصغيرة ، وقال زفر: إذا طرأ الجنون لم يجر تزويجها .

لنا: [أن الجنون الأصلي]^(٢) يستحق به الولاية عليها ، فالطارئ مثله كالرق ؛ ولأن الجنون الطارئ يثبت الولاية في مالها ، فكذلك في نكاحها كالأصلي .

وجه قول زفر: الولاية بالبلوغ زالت عنها ، فما يطرأ بعد ذلك لا يؤثر كالإغماء ، وهذا يبطل بالولاية في المال .

١٤٧١ - فصل: [الابن يزوّج المجنونة]

قال أصحابنا: للابن أن يزوج المجنونة ، وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يكون من قبيلتها .

لنا: أنه عصبة له قول صحيح كالأب ؛ ولأن الشين يلحقه بوضعها نفسها في غير كفاء ، فصار كما لو كان من قبيلتها .

(١) في أ (سواء) .

(٢) في ب (أن المجنون تزوج الأصلي) والمثبت من أ .

١٤٧٢ - فَصْل: [ولاية مولى النعمة]

ومولى^(١) النعمة أولى من غيره؛ لأنه عصبية، فحل محل العصبية من جهة النسب، فأما مولى الموالاتة فيزوج عند أبي حنيفة؛ لأنه وارث وإن لم يكن له تعصيب، وعلى قولهما لا يزوج لأنه لا عصبية له، [فلا يجوز تزويجه].

والله أعلم^(٢).



(١) المولى من الولاء: «وهي قرابة حكومية حاصلة من العتق أو الموالاتة»، كما في التعريفات (الولاية)، والمقصود بولي النعمة: هو المولى الذي أنعم عليهما بالعتق، فله الولاية في النكاح.
(٢) انظر التجريد، ٤٣٨٣/٩ وما بعدها.

بَابُ

معرفة الشهود الذين ينعقد بحضورهم النكاح

—•••••—

قال رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب أن الشهادة شرط في عقد النكاح، وقال مالك: إذا شرط الإعلان انعقد العقد بغير شهود، ولو حضر الشهود وشرطوا الكتمان، لم يصح النكاح^(١).

والدليل على اعتبار الشهادة: قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود»^(٢)، وروي: «لا نكاح إلا [بولي]^(٣) وشاهدين»، وفي حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الزانية التي تنكح نفسها بغير بيعة»^(٤). ولأن النكاح لا ينعقد بالإيجاب والقبول حتى ينضم إليه معنى آخر، فشرط أصحابنا الشهادة، وشرط مالك الإعلان، فكان

(١) والإشهاد ليس شرطاً في صحة النكاح، وإنما هو شرط كمال في العقد، وشرط في صحة الدخول على المشهور في المذهب، كما قال ابن الحاجب: «والإشهاد شرط في جواز الدخول لا في صحة العقد» جامع الأمهات ص ٢٥٩.

وقال عن الكتمان: «ونكاح السرّ باطل، والمشهور: أنه المتواصي بكتمه وإن أشهد فيه، فيفسخ بعد البناء وإن طال على المشهور» المرجع السابق نفسه.

(٢) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ، وفي الباب أحاديث، منها: ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن عائشة، قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، ١٦٧/٣؛ وروى الدراقطني: (وقال أبو هريرة: وكان يقال: «الزانية تنكح نفسها»)، ٢٢٨/٣؛ وفي الترمذي: (البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيعة) (١١٠٣) وقال أبو عيسى: «هذا حديث غير محفوظ، لا نعلم أحداً رفعه، إلا ما روي عن عبد الأعلى، وروى عنه عن سعيد هذا الحديث موقوفاً، والصحيح ما روي عن ابن عباس قوله: (لا نكاح إلا ببيعة).

(٣) في ب (شهود) والمثبت من أ.

(٤) الحديث أورده ابن حجر في التلخيص الحبير، وعزاه للبيهقي في الكبرى؛ والدارقطني، ١٥٧/٣.

شرط الشهادة أولى؛ لأن لها مدخلاً في العقود، والإعلان ليس له مدخل في العقود.

١٤٧٣ - فصل: [نكاح السر]

وأما نكاح [السر]^(١) فهو عندنا جائز لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود». ولأنه عقد فلا يكون من شرط صحته الإعلان كسائر العقود، والذي روي أنه ﷺ نهى عن نكاح السر، فنكاح السر ما لم يحضره شهود، فإذا حضره شاهدان فقد علن، قال الشاعر [١/٨٧]:

وسرك ما كان عند امرئ ❁ وسر الثلاثة غير الخفي

١٤٧٤ - فصل: [صفة شهود النكاح]

فإذا ثبت أن حضور الشهود من شرائط العقد، احتجنا أن نبين صفة الشهود الذين ينعقد بحضورهم (العقد).

فقال أصحابنا: كل من ملك القبول بنفسه انعقد بحضوره^(٢) ومن لا يملك القبول بنفسه لم ينعقد بحضوره، وهذا اعتبار صحيح؛ لأن الشهادة من شرائط العقد كالقبول، فاعتبر أحدهما بالآخر.

وحكي عن أبي يوسف أنه قال: كل من جاز الحكم بشهادته في قول بعض الفقهاء انعقد النكاح بحضوره، ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند أحد لا ينعقد [النكاح] بحضوره، ونحن نتكلم في تفصيل هذه الجملة، وقد ذكر أبو الحسن:

(١) في ج (البتة) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

إن كل مَنْ صَحَّ أن يكون ولياً صَحَّ أن يكون شاهداً، وعلى هذا الطريق الذي قدمناه؛ لأن الولاية شرط كالشهادة.

١٤٧٥. فَصْل: [قبول شهادة الفاسق]

قال أصحابنا: ينعقد النكاح بحضور الفاسقين، وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بحضور من [كان] ظاهره العدالة^(١).

لنا: قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود». ولم يفصل؛ ولأن الفاسق يملك قبول العقد بنفسه كالعدل؛ ولأنها تَحْمَلُ للشهادة فجاز من الفاسق كتحميل سائر الشهادات؛ ولأن الفسق يؤثر في الشهادة للتهمة، وهذا المعنى يوجد عند الأداء، فأما التحمل فهو معنى يشاهد لا يتهم فيه، وانعقاد النكاح لا يقف على شهادة من ثبت بشهادته؛ بدلالة مَنْ ظاهره العدالة ولا يعلم عدالة باطنه.

١٤٧٦. فَصْل: [شهادة الأعمى في النكاح]

وينعقد النكاح بشهادة الأعمى؛ لأنه يملك القبول بنفسه، ولأنه من أهل الشهادة.

ألا ترى أن مالكا يجوّز شهادة الأعمى، وأبو يوسف يجوّز شهادته فيما تحمله وهو بصير، وعند أبي حنيفة^(٢) يجوز شهادته على النسب، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالبصير^(٣).

(١) انظر: المنهاج ص ٣٧٥.

(٢) في أ (وعند أبي يوسف ومحمد).

(٣) انظر: الأصل، ٢٠٩/١٠.

١٤٧٧ - فَصْل: [شهادة المحدود في قذف]

وينعقد بشهادة المحدود في قذف ؛ لأنه وإن كان لم يتب فهو فاسق ، وقد
دللنا على شهادة الفاسق ، وإن كان قد تاب فهو من أهل الشهادة .
ألا ترى أن حاكماً لو حكم بشهادته جاز .

١٤٧٨ - فَصْل: [شهادة العبيد في النكاح]

ولا ينعقد نكاح^(١) المسلمين بشهادة العبد ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة ، ألا
ترى أن حاكماً لو حكم بشهادته فسخ حكمه ؛ ولأنه لا يملك قبول العقد بنفسه .

١٤٧٩ - فَصْل: [نكاح المسلمين بشهادة الكفار]

ولا ينعقد نكاح المسلمين بشهادة الكافر ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة
عليها ، ولأنه لا يملك قبول نكاح المسلمة .

١٤٨٠ - فَصْل: [النكاح بشهادة الصبيان والمجانين]

ولا ينعقد بشهادة الصبي والمجنون ؛ لأنهما لا يملكان القبول وليسا من
أهل الشهادة .

١٤٨١ - فَصْل: [نكاح الكفار بشهادة الكفار]

وينعقد نكاح الكفار بشهادة الكفار ؛ لأن الكافر يملك قبول نكاح الكافرة ؛
ولأنه من أهل الشهادة عليهما ، على أصلنا ؛ [لأن] شهادة بعضهم [على بعض]
مقبولة .

(١) في أ (النكاح) .

١٤٨٢ - مَسْأَلَةٌ: [زواج المسلم الذمية بشهادة ذميين]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا تزوج المسلم [٨٧/ب] الذمية على شهادة ذميين جاز. وقال محمد والشافعي: لا يجوز^(١).

والكلام مع الشافعي فرع على أصلنا: أن شهادة الكفار بعضهم على بعض مقبولة، والكلام في هذه المسألة في موضعه.

فأما الكلام مع محمد فلأن الكافر يملك قبول هذا النكاح بنفسه، فحل محل المسلم في حق المسلمة؛ ولأنه يجوز أن يثبت العقد بشهادتهما إذا جحدت الكافرة [وكان حضر معها مسلمان]^(٢)، ومن جاز أن يثبت به العقد فلأن ينعقد بحضوره أولى.

وجه قول محمد: أن شهادة الكفار ليست بحجة على المسلم، فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة دون كلام الزوج، فلا ينعقد العقد [كشهادة الصبيان إذا بلغوا]^(٣).

وهذا ليس بصحيح؛ لأن انعقاد النكاح لا يقف على سماع [قول] من يكون قوله حجة؛ ولأن سماع الكفار في حق المسلم سماع صحيح؛ بدلالة أنهم لو أسلموا وقد كان حضر العقد مسلماً جازت شهادة الذميين، فدل على أن سماعهم قد صح.

١٤٨٣ - مَسْأَلَةٌ: [النكاح بشهادة النساء]

قال أصحابنا: ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين، وقال الشافعي: [لا

(١) انظر: المهذب ٤/١٣٦؛ الروضة ٧/٤٥.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) الزيادة من أ.

تقبل [شهادة النساء في النكاح^(١) ، والطلاق ، والعتاق ، والوكالة] .

والدليل على ما قدمنا: أن ما جاز إثباته بالشهادة على الشهادة ، جاز بشهادة الرجال والنساء كالأموال ؛ ولأن كل شهادة جاز أن يثبت بها المال ، جاز أن ينعقد بها [النكاح]^(٢) كشهادة رجلين .

١٤٨٤ - فُضِّل: [سماع الشهود كلام العاقدين]

قال: يحتاج الشهود أن يسمعوا كلام العاقدين جميعاً ، وإن سمعوا كلام أحدهما (ولم يسمعا كلام الآخر)^(٣) ، لم يصح ؛ وذلك لأن الشهادة شرط [في] العقد ، والعقد هو الإيجاب والقبول ، فاعتبرت الشهادة في أحدهما كالآخر .

١٤٨٥ - فُضِّل: [اعتبار الشهادة في العقد]

قال: وإذا كان عقد النكاح موقوفاً ، اعتبر حضور الشهود عند العقد دون الإجازة ، فإن حضروا عند الإجازة ولم يحضروا عند العقد لم يجز ؛ وذلك لأن الانعقاد إنما يكون بالإيجاب والقبول ، والإجازة تجري مجرى إسقاط الخيار في البيع ، فإذا انعقد [العقد بالإيجاب والقبول ، اعتبرت الشهادة فيه ؛ ولأن الملك يقع]^(٤) عند الإجازة [بالعقد] ، وما يقع به الملك هو الذي يشرط فيه الشهادة ؛ فلذلك اعتبرت الشهادة في العقد^{(٥)(٦)} .

(١) انظر: المهذب ٤/١٣٦ ؛ المنهاج ص ٣٧٥ ؛ رحمة الأمة ص ١٧٧ .

(٢) في ب (المال) والمثبت من أ .

(٣) في أ (دون الآخر) .

(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ .

(٥) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ .

(٦) انظر: الأصل ، ١٠/٢٠٩ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٤٦ ؛ والتجريد ، ٩/٤٣٥٧ وما بعدها .



بَابُ ما يصح به عقد النكاح



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قد قدمنا معرفة الولي والشهود ولفظ العقد، فلا يجوز [عقد النكاح]^(١) على صغيرة ولا مجنونة إلا باجتماع ذلك كله عند أصحابنا جميعاً.

قال: والأصل في اعتبار الولي في نكاح الصغيرة والمجنونة، أنهما مؤلى عليهما، والعقد على المؤلى عليه لا يصح إلا من ولي، أصله: العبد والأمة، وقد دل عليه قوله ﷺ: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»^(٢).

١٤٨٦ - فَصَّلْ: [تولي البالغة العاقلة نكاح نفسها]

فأما البالغة الصحيحة العقل فإنها لا تحتاج إلى ولي في صحة نكاحها، فإن زوّجت [أ/٨٨] [هي] نفسها أو جعلت أمرها إلى رجل فزوّجها، أو زوّجها رجل أجنبي فبلغها ذلك فأجازت، فذلك جائز إذا كان الزوج كفؤاً، وكانت قد [استوفت]^(٣) مهر مثلها، وهذا قول أبي حنيفة وهو قول زفر وأبي يوسف الأول، ثم رجع عنه أبو يوسف فقال: لا يجوز العقد إلا أن يجيزه ولي، أو يعقد برضاها، أو يجيزه الحاكم^(٤).

(١) في ب (العقد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٨)؛ والترمذي (١١١١)، وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (١٩٦٠)، وغيرهم.

(٣) في أ (استوجبت).

(٤) قال في الأصل: «وإذا زوّجت المرأة بكرًا كانت أو ثيبًا نفسها زوجًا بشاهدين، وهو كفاء لها، =

قال أبو يوسف: وإن مات أحدهما قبل أن يجيزه الحاكم أو الولي والزوج هو كُفءٌ توارثا، رواه ابن الوليد وحبان بن بشر، وهشام، وهي إحدى روايتي ابن أبي مالك، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف قال: لا يتوارثا كُفأً كان أو غير كُفءٍ، وهي إحدى روايتي ابن أبي مالك.

وقال محمد في كبيرة زوجت نفسها: إن العقد لا يجوز حتى يجيزه الولي، فإن ماتا لم يتوارثا وإن كان كفؤاً وهي بمنزلة الأمة إذا [زوّجت نفسها] ^(١) بغير إذن مولاهما، فإن طلقها لم يلزمه طلاق ولا ظهار؛ وإن وطئها كان وطؤه حراماً، روى ذلك حبان بن بشر عن أبي رجاء، قال ابن أبي رجاء: ثم سألت محمداً عن امرأة فقيرة ليس لها حسب، (طلبها) ^(٢) رجل فقير يعمل ويكفيها، وليس لها ولي، قال يترافعان إلى الحاكم، فقلت له: [أما] ^(٣) يتم ذلك في شهود، فقال: [فيتّم] ^(٤) بقول سفيان، قلت: وما يقول سفيان؟ قال: إذا كان للمرأة ولي لم يجز عقدها إلا بإذنه، فإن لم يكن لها ولي جاز عقدها على نفسها، فلم أزل حتى قال بقول سفيان.

وقال الشافعي: لا يجوز العقد إلا بالولي أو الحاكم ^(٥).

وجه قول أبي حنيفة: قوله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها» ^(٦). وحديث

= فهو جائز». ١٠/١٩٨. انظر: مختصر القدوري ص ٣٣٥.

(١) في ج (تزوجت) والمثبت من أ.

(٢) في أ (زوجها).

(٣) في ج (وانما) والمثبت من أ.

(٤) في الأصل (افتهم) والمثبت يدل عليه السياق.

(٥) انظر: المهذب ٤/١٢٢؛ المنهاج ص ٣٧٥؛ رحمة الأمة ص ١٧٥.

(٦) أخرجه مسلم (١٤٢١)، وغيره.

ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»^(١)؛ ولأنها تملك التصرف في مالها بعوض وغير عوض كالرجل.

ووجه قولهما: حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «أیما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»^(٢).

وهذا الخبر لا يصح الاحتجاج به؛ لأن ابن جريج رواه عن سليمان ابن موسى عن الزهري، قال ابن جريج: ثم لقيت الزهري فذكرت ذلك له فأنكره، والراوي إذا أنكر الخبر لم يصح روايته عنه؛ ولأن من مذهب عائشة رضي الله عنها جواز النكاح بغير ولي، ويستحيل أن تروي خبراً وتخالفه.

ويقولان: إن حق الولي ثابت في العقد بدلالة اعتراضه عليه، وإذا ثبت حقه وقف انعقاده عليه؛ لاستدراك حقه كالعقد على الأمة^(٣).

١٤٨٧ - فِصْل: [إذن الولي للمرأة في النكاح]

وقد قال أبو يوسف ومحمد: إن الولي إذا أذن للمرأة في النكاح فعقدت جاز، وقال الشافعي: لا ينعقد النكاح بقول المرأة بحال^(٤).

لنا: ما روي أن عائشة رضي الله عنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن

-
- (١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٠٨٩)؛ وأبو داود (٢١٠٠)؛ والنسائي (٣٢٦٣).
- (٢) أخرجه أبو داود: «فنكاحها باطل ثلاث مرات» (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢)؛ والنسائي في الكبرى (٥٣٩٤)؛ وابن حبان في صحيحه (٤٠٧٤).
- انظر: الدراية، ٦٠/٢.
- (٣) انظر: الأصل، ٢٥٩/١٠ وما بعدها؛ والتجريد ٤٢٣٧/٩.
- (٤) انظر: المنهاج ص ٣٧٥.

الزبير^(١)؛ ولأن العقد حق لها [وقولها]^(٢) صحيح ، فجاز أن تستوفي حقها من العقد كسائر العقود ؛ (ولأنه نوع عقد فجاز للمرأة عقده كسائر العقود)^(٣). [٨٨/ب] وجه قول أبي يوسف: أنها إذا زوجت نفسها كفاً ثم مات أحدهما توارثا ، [قبل الإجازة] ، وإنما كان كذلك لأن العقد وقع على شرائط الصحة .

ألا ترى أن الولي منهي عن الامتناع من إجازته ، ولو فعل ذلك كان عاضلاً فصار كعقد الرجل .

وجه قول محمد: أنه عقد يتم بالإجازة كالعقد الموقوف .

١٤٨٨ - فَصْل :

ووجه قول محمد في الفرق بين مَنْ لها ولي وَمَنْ لا ولي لها: أن وقوف العقد على إذن الولي لحقه لا لحقها ، فمن لا ولي لها فلا حق إلا لها فإذا عقدت جاز عقدها . والله أعلم .

١٤٨٩ - فَصْل : [امتناع الولي من إجازة من زوّجت نفسها]

وقد قال أبو يوسف: إذا زوّجت نفسها كفاً وبلغ الولي فامتنع من الإجازة ، فرفعت أمرها إلى الحاكم ، فإنه يجيزه ، وقال محمد: يستأنف العقد .

وجه قول أبي يوسف: أن الولي ليس له الامتناع من الإجازة إذا لم تُفوّت عليه بالعقد حقاً ، فإذا امتنع فقد عضلها ، فخرج من أن يكون ولياً ، وصار الحاكم

(١) أورده ابن حجر في الفتح ، ٢٢٥/٩ .

(٢) في ج (قول) والمثبت من أ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

هو الوليِّ فإذا أجازَه جاز.

وجه قول محمد: أن العقد وقف على الوليِّ ، فلما^(١) امتنع من إجازته فقد رده ، فبطل برده ، فلا يصح إلا باستئاف عقد .

١٤٩٠ - فَصْل: [فسخ الأولياء لنكاح من زوّجت نفسها]

فإن وضعت نفسها في غير كُفٍّ كان للأولياء أن يفسخوا ؛ لأن العقد وإن كان من حقوقها فقد ألحقت بأوليائها الضرر للشين الذي يلحقهم لعدم الكفاءة ، فكان لهم الاعتراض كالشفيع الذي يعترض [على] عقد المشتري لدفع الضرر عن نفسه وإن كان العقد جائزاً .

١٤٩١ - فَصْل: [اعتراض الأولياء إذا قصرت عن مهر مثلها]

فأما إذا قصرت عن مهر مثلها ، كان للأولياء أن يعترضوا عليها عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا اعتراض لهم في ذلك ، وبه قال الشافعي .
وإنما يتصور الخلاف في هذه المسألة على قولهما إذا أذن لها الولي أن تتزوج ، وعلى مذهب الشافعي إذا أذن لرجل أن يزوجه فزوجه بأقل من مهر مثلها برضاها .

وجه قول أبي حنيفة: أنها تصرفت على وجه يلحق الشين بأوليائها ، فصار كما لو تزوجت بغير كُفٍّ ؛ ولأنها تلحق الضرر بنساء قبيلتها ؛ لأن مهور مثلهن إذا تقادم العهد اعتبر بها ، وهي لا تملك إلحاق الضرر بالقبيلة .

(١) في أ (فإذا) .



وجه قولهما: أن المهر حق من حقوقها كالثمن في البيع ، [والأجرة] ^(١) في الإجارة؛ ولأنها لو وهبت المهر بعد تسميته لم يكن لهم الاعتراض ، فإذا سامحت ابتداء مثله . والله أعلم ^(٢) .

١٤٩٢ - فَصْل : [إكراه العاقلة البالغة على النكاح]

قال: ولا يجوز نكاح أحد على بالغة صحيحة العقل من أب أو سلطان بغير رضاها بكرًا كانت أو ثيبًا . وقال الشافعي: للأب أن يُجبر البكر على النكاح ^(٣) .

[لنا]: حديث ابن عباس وابن عمر وجابر (أن النبي ﷺ ردَّ نكاح امرأة بكر زوّجها أبوها وهي كارهة) ^(٤) ؛ ولأن لها أن تطالب الأب بالعقد [١/٨٩] إذا امتنع فكان لها الامتناع من العقد كالثيب ؛ ولأنها تملك الإقرار بالعقد على نفسها ، فلا يجوز لأحد إكراهها على العقد كالرجل ، ولأنه لا يملك أن يجبرها على عقد أمتها ، فلا يجبرها على عقد نفسها كالرجل .

١٤٩٣ - مَسْأَلَةٌ : [تزويج البالغة بغير أمرها]

وإذا زوّجت المرأة البالغة بغير أمرها بشهود ومهر ، فالعقد موقوف عليها ، فإن كانت ثيبًا لم يجز العقد إلا أن تجيزه بقول أو فعل منها يدل على الرضا ، فأما البكر إذا بلغها فصمتت فإن كان المزوج ولياً جاز النكاح ، وإن كان أجنبيًا لم يجز

(١) في ب (الإجازة) والمثبت من أ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٥٠/٤ وما بعدها .

(٣) انظر: المنهاج ص ٣٧٥ .

(٤) أخرجه ابن حجر في المطالب العالية ١٤٤/٨ ؛ وذكر اسمها في الفتح اختساء بنت جذام) وقال:

«ولم يقل فيه بكرًا ولا ثيبًا ، قال الدارقطني رواه أبو عوانة عن عمرو مرسلًا» . ١٩٦/٩ ؛ ورواه

الطحاوي في المشكل وقال «وكانت ثيبًا» ، ٤٤٤/١٤ .

النكاح عليها بالسكوت ، ولا يجوز عليها إلا كما يجوز على الثيب بقول أو فعل .
 أما وقوف العقد عليها ؛ فَلَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْوَلِيَّ لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهَا عَلَى الْعَقْدِ ،
 فَلَا بَدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الرِّضَا مِنْهَا ، فَإِنْ كَانَتْ ثِيْبًا فَرِضَاهَا بِالْقَوْلِ أَوْ بِالْفِعْلِ الَّذِي يَدُلُّ
 عَلَى الرِّضَا ، وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ ﷺ : «وَالثِيْبُ تَشَاوُرٌ»^(١) . وَلِأَنَّ رِضَاهَا لَمَّا اعْتَبِرَ فِي
 الْعَقْدِ صَارَ كَالرِّضَا فِي عَقْدِ الْبَيْعِ ، فَلَا يَقَعُ بِالسُّكُوتِ .

وأما الفعل الذي يدل على الرضا: فتمكينها من نفسها أو المطالبة بمهرها
 أو نفقتها ؛ لأن هذا لا يكون إلا مع جواز العقد . وَمَنْ خَيْرٌ بَيْنَ إِجَازَةِ الْعَقْدِ وَإِبْطَالِهِ
 إِذَا فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِجَازَةِ قَامَ مَقَامَ قَوْلِهِ «قَدْ رَضِيْتُ» ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ لِبُرَيْرَةَ : «إِنْ
 وَطَأَكَ زَوْجَكَ فَلَا خِيَارَ لَكَ»^(٢) .

وأما البكر إذا زوّجها الولي فسكتت: فالقياس أن لا يكون رضا ؛ لأن
 الساكت قد يكون راضياً ، [وقد] يكون سائحاً ، فلا يجوز إثبات الرضا بالشك ،
 وإنما تركوا القياس لقوله ﷺ لما قيل له إنها تستحي ، فقال : «إِذْنَهَا صِمَاتُهَا ،
 وَسُكُوتُهَا إِقْرَارُهَا»^(٣) . وَأَمَّا إِذَا زَوَّجَهَا غَيْرَ الْوَلِيِّ أَوْ وَلِيٍّ وَهَنَّاكَ أَقْرَبُ مِنْهُ فَلَا
 تَكُونُ إِجَازَتُهَا إِلَّا بِالْقَوْلِ أَوْ بِالْفِعْلِ الدَّالِّ عَلَى الرِّضَا ؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ يَجُوزُ مِنْ حَيْثُ
 الْوَكَاةُ لَا الْوَلَايَةَ ، وَالْوَكَاةُ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالْكَلَامِ ؛ وَلِأَنَّهَا إِنَّمَا تَسْتَحِي مِنْ أَوْلِيَائِهَا
 وَلَا تَسْتَحِي مِنَ الْأَجَانِبِ ، فَصَارَتْ فِي حُكْمِهِمْ كَالثِيْبِ .

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند ، ٢/٢٢٩ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، ٣/٥٠٦ .

(٣) الجزء الأول من الحديث أخرجه البخاري (٦٥٦٩) ؛ وفي رواية لمسلم بزيادة (وربما قال :
 وصمتها إقرارها) (١٤٢١) ؛ وأورده ابن عبد البر في التمهيد ، ٩٨/١٩ ؛ والنووي في شرح مسلم ،

١٤٩٤ - فَصْلُ: [البكاء من دلالة الرضا]

روى هشام عن أبي يوسف: في البكر إذا بلغها النكاح فبكت أو ضحكت فهو رضا، وروى عنه: أن البكاء ليس برضا، وهو قول محمد.

وجه قول أبي يوسف: أن البكاء يكون من شدة الحياء فصار كالسكوت.

وجه قول محمد: أن البكاء يدل على الكراهة فصار كالامتناع.

١٤٩٥ - فَصْلُ: [السكوت من دلالة الرضا]

روى ابن سماعة عن محمد: في البكر يزوجها وليّان كل واحد منهما لرجل، فبلغها ذلك فأجازتهما [جميعاً] بطلا؛ لأنها جمعت بينهما في الإجازة فكأنها تزوجت بزوجين، ولو بلغها فسكتت لم يكن ذلك رداً ولا إجازة حتى تجيز، وروى حفص بن صالح عن محمد: إذا بلغها فسكتت بطلا جميعاً.

وجه رواية ابن سماعة: أن الإجازة لا يستدل عليها بالسكوت.

ألا ترى أنه لا يحمل على إجازة [١٨٩/ب] العقدين؛ لأن ذلك لا يجوز، ولا يجوز أن يحمل على أحدهما؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر، فلم يبق إلا أن يبطل حكم السكوت ويقف الأمر على الإجازة بالقول.

وجه الرواية الأخرى: أن السكوت قد أجري مجرى الإجازة بالقول بدلالة العقد الواحد، فكأنها أجازت العقدين.

١٤٩٦ - فَصْلُ: [استئثار البكر في الابتداء]

قال: وكذلك إن استؤمرت في الابتداء فسكتت البكر فهو إذن إذا كان

[المستأذن] ولياً؛ وذلك (لأن النبي ﷺ كان إذا خطبت إحدى بناته دنى من خدرها وقال إن فلاناً يذكر فلانة)^(١)، ثم يزوجهها، فدل على أن السكوت في استئمار الولي كالإذن.

وقد قالوا في الولي إذا قال للبكر: إني أريد أن أزوجه فلاناً، فقالت: غيره أولى منه، لم يكن ذلك إذناً، ولو زوجهها ثم أخبرها، فقالت: قد كان غيره أولى منه كان إجازة؛ وذلك لأنه إذا استأمرها في ابتداء العقد فقد أخبرت أن رأيها في غير ذلك العقد، فلا يجوز أن يعقد بغير رأيها، وأما إذا عقد فقد أخبرت أن رأيها في غير العقد وسكتت عن الرد مع انعقاده [عليها] فنفذ عليها.

وقد قالوا في الولي إذا قال لها إني أزوجه فلاناً أو فلاناً، حتى عدد جماعة فسكتت فبأيهم زوج جاز؛ لأن السكوت لما دل على الرضا صار كأنها أذنت له أن يزوجه أحدهم، ولو سمى^(٢) لها جماعة مجملاً، فقال أزوجه من جيرانني أو بني عمي فسكتت فإن كانوا يحصون فهو رضا، وإن كانوا لا يحصون فليس برضا؛ (لأن من يحصى قد علم بالذكر، فصار السكوت فيهم رضا، ومن لا يحصى)^(٣) لا يجوز أن يرضى به مع جهالته فلا يستدل بالسكوت على الرضا.

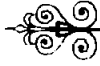
١٤٩٧. مَسْأَلَةٌ: [القول في دعوى الإذن والرضا]

وإذا زوج المرأة ولي؛ فقالت: لم أرض ولم آذن، وقال الزوج: قد أذنت

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٢٣/٧؛ وسعيد بن منصور في سننه ١٨٦/١؛ وعبد الرزاق في المصنف ١٤١/٦؛ ومسند أبي حنيفة ١٢٧/١؛ وأحمد في المسند ٧٨/٦، وأورده الهيثمي وقال: «رواه أحمد وأبو يعلى وفيه أيوب بن عتبة وهو ضعيف وقد وثق»، ٢٧٨/٤.

(٢) في أ (سألها).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.



فالقول قول المرأة؛ وذلك لأن الزوج يدعي عليها الرضا والإذن وهو معنى حادث، ومن ادعى معنى حادثاً لا يقبل قوله إلا ببينة؛ ولأنه يدعى انتقال الملك فلا يقبل (قوله) (١).

١٤٩٨ - فَصْل: [الرد بعد بلوغ العقد]

قال أصحابنا في البكر إذا زوّجت فقال الزوج (٢): بلغك العقد فسكت، وقالت: رددت، فالقول قولها. وقال زفر: القول قول الزوج.

وجه قولهم: أنه يدعي عليها انتقال الملك، والأصل عدم الانتقال، فلا يثبت الانتقال بالظاهر، ولا يلزم على هذا إذا ادعى المشتري إجازة البائع للعقد المشروط فيه الخيار بعد [الثلاثة]؛ لأن الملك لا ينتقل بالظاهر، وإنما مُضِيَّ المدة هو السبب في الانتقال للملك؛ ولأن السكوت [ظاهر] يدعيه الزوج، وبقاء ملكها ظاهر تدعيه، فيقابل الظاهران، والأصل أن الملك لم ينتقل، فبقي على ما كان عليه.

وجه قول زفر: أن الأصل السكوت، والزوج يدعي الأصل وهي تدعي معنى حادثاً، فلا يقبل قولها إلا بدليل.

١٤٩٩ - فَصْل: [الاختلاف في دعوى الإذن]

[٩٠/أ] قال أبو حنيفة: إذا ادعى الزوج عليها الإذن أو السكوت، وادعت أنها لم تأذن، فالقول قولها ولا يمين عليها.

(١) في أ (قولها).

(٢) زيادة هنا: (وجه) في ب.



وقال أبو يوسف ومحمد: القول قولها مع يمينها، فإن حلفت بطل العقد، وإن نكلت لزمها.

قال: وجملة هذا أن عند أبي حنيفة لا يستحلف في ثمانية أشياء: النكاح وحقوقه، مثل الرجعة، والفيء في الإيلاء، والنسب، والرق وحقوقه كالاستيلاء، والولاء، والحدود.

وقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف في جميع ذلك إلا في الحدود. وقال الشافعي: يستحلف في حد القذف أيضاً.

والخلاف في هذه المسألة فرع على أن النكول ما هو؟

فعند أبي حنيفة قائم مقام البذل، وليس [بصريح] بذل، وقالوا: قائم مقام الإقرار، ومنزلته من الإقرار منزلة الشهادة على الشهادة.

وجه قول أبي حنيفة: أن المدعى عليه إذا كان بريئاً من الدعوى، [فهو] مخير بين إسقاطها عن نفسه باليمين وبين التزامها بالنكول، ومن خير بين إسقاط الشيء عن نفسه أو التزامه، فإذا التزمه كان بالإذن كالموصي والواهب، ولا يلزم الإقرار؛ لأن المقر ليس بمخير، ألا ترى أنه إن كان صادقاً لزمه أن يقر، وإن كان [كاذباً]^(١) لم يجز له أن يقر؛ ولأن النكول لا يتعلق به حكم في حق من صح من جهته إلا بمعنى آخر ينضم إليه، فكان بدلاً كالهبة والوصية، ولا تلزم الشهادة؛ لأن الحكم يتعلق بها في حق من لم يصح من جهته.

وجه قولهما: أن النكول يثبت حكمه من المكاتب والمأذون والوكيل،

(١) في ب (بريئاً) والمثبت من أ.



وبذل هؤلاء يَصِحُّ ، فلو كان بذلاً لم يصح ممن لا يصح بذله ، فدل على أنه إقرار ؛ لأنه يصح ممن يصح إقراره .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن عند أبي حنيفة ليس بصريح بذل ، وإنما أجري مجرى البذل ، وهؤلاء يصحّ منهم ما أجري مجرى البذل كالمحابة ثم نقلب هذا الكلام عليهما ، (فنقول)^(١) : إن نكول المأذون بعد الحجر عليه يتعلق به حكم ، وإن كان لا يصح إقراره ، فلو قام مقام الإقرار لم يصح ممن لا يصح إقراره ، وإذا ثبت لأبي حنيفة أن النكول أجري مجرى البذل ، وبذل هذه الأشياء من طريق الحكم لا يصح ؛ لأن استيفاءها مع البذل كاستيفائها من غير بذل في الحكم المتعلق بها ، فلم يمكن استيفائها بالنكول ، وإذا لم يستوفِ بالنكول لم تكن في اليمين فائدة ، ومالا فائدة فيه لا يصح المطالبة به ، ولا يلزم على هذا دعوى الجناية ؛ لأنها إن كانت فيما دون النفس ، استوفيت بالنكول واليمين فيها فائدة ، وإن كانت في النفس فقد كان القياس أن يستوفي ؛ لأن استيفاءها بالبذل ليس كاستيفائها من غير بذل في الأحكام .

ألا ترى أن من أذن لرجل في قتله [فقتله] ، لم يجب عليه القصاص ، وإنما استعظموا حرمة النفس فقالوا يحبس الناكل حتى يقرّ ، أو يحلف فلم يمكنه [ب/٩٠] إسقاط اليمين عن نفسه من غير شيء يلزمه ، فكانت اليمين حقاً ، وفي مسألتنا لما لم يستوفِ بالنكول أمكن المدعى عليه إسقاط اليمين عن نفسه من غير شيء يلزمه ، فلم يكن حقاً .

فإن قيل : [هلاً]^(٢) قلتم إنه يحبس في هذه المسائل كما قلتم في دعوى القتل ؟

(١) في أ (فيقال) .

(٢) في ج (فلم لا) والمثبت من أ .



قلنا: اليمين في القتل يجوز أن يكون نفس الحق، بدلالة القسامة، يستحلف أهل المحلة مع بذل المال، واليمين في غير النفس ليست نفس الحق فلا يحبس لأجلها.

وجه قولهما: أن النكول قائم مقام الغير، فما جاز إثباته بما قام مقام الغير من الشهادة على الشهادة؛ جاز إثباته بالنكول، والأشياء السبعة يجوز إثباتها بالشهادة على الشهادة، فكذا بالنكول، وأما الحدود فلا تثبت بالشهادة على الشهادة فكذا بالنكول، ولهذا لا يستحلف فيها.

وأما على الشافعي فنقول: ما لا يصح بذله لا يستحلف فيه كحد الزنا، ونقول في حد القذف: إنه حد فلا يستحلف فيه كحد الزنا. والله ﷻ أعلم^(١).



(١) انظر: الأصل، ١٩٣/١٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٧٧/٤ ما بعدها؛ التجريد

٤٣٠١/٩ وما بعدها.

بَابُ ما جاء في جواز النكاح على الصغير



قال أصحابنا: يجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة، وقال ابن شبرمة: لا يجوز.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، والأيمى: عبارة عمّن لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة؛ (ولأن النبي ﷺ تزوج عائشة وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع سنين)^(١)، وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير [يوم ولدت]^(٢)، ف قيل له في ذلك، فقال: إن أمت فهي خير ورثتي، وإن عشت فهي بنت الزبير]^(٣)، (وزوّج علي ﷺ عمر بن الخطاب أم كلثوم وهي صغيرة)^{(٤)(٥)}، وزوج عبد الله بن عمر بنته وهي صغيرة عروة بن الزبير؛ ولأنه عقد يتضمن المنافع فجاز أن يملك على الصغار بالولاية كعقد الإجارة.

واحتج ابن شبرمة: أن هذا العقد يتأبد فتستحق منافعها بعد البلوغ، فكأنه عقّد عليها بعد بلوغها، وهذا يبطل بالبيع؛ لأن ملكها يستحق على التأبّد، ولا يصير كأنه عقّد عليه بعد البلوغ.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ٢٣/٢٣.

(٢) النص إلى هنا أورده عليّ القاري في مرقاة المفاتيح، ٦/٢٦٨.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من ج، وزيدت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف وفيه «وهي جارية تلعب مع الجواري» ٦/١٦٣؛ وابن عبد البر

في الاستيعاب، ٤/١٨٠٧.

١٥٠٠ - فَصْل: [الولي يتولى تزويج الثيب الصغيرة]

وقد قال أصحابنا: إنَّ للولي تزويج الثيب الصغيرة، وقال الشافعي: لا يجوز^(١).

لنا: أنها لا تملك التصرف في نفسها ولا مالها، فيملك الولي عقد النكاح عليها كالبكر؛ ولأنه معنى في المولى عليه لا يوجب انتقال الولاية إليه، فلا يوجب زوال الولاية عنه كالجنون وفوات الأعضاء.

١٥٠١ - فَصْل: [الخيار في الزواج إذا بلغت الصغيرة]

وروى ابن سماعة عن محمد: أن الأب إذا زوّج الصغيرة، فالقياس: أن يثبت لها الخيار إذا بلغت، والاستحسان: أن لا يثبت.

وجه القياس: أنها ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها، فصارت كالأمة إذا أعتقت.

وجه الاستحسان: أن النبي ﷺ [١/٩١] لم يخير عائشة رضي الله عنها عند بلوغها، ولو كان ذلك حقاً لها أعلمها إياها.

١٥٠٢ - فَصْل: [الصغيرة يزوجها غير الأب]

وقد قال أصحابنا: إن الصغيرة يزوجها غير الأب والجد مثل العم والأخ، وقال الشافعي: لا يزوجها إلا من له ولاد^(٢).

(١) قال النووي: «وليس له [للأب] تزويج ثيب إلا بإذنها، فإن كانت صغيرة، لم تزوّج حتى تبلغ...»
المنهاج ص ٣٧٦.

(٢) قال الشيرازي: «ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن» المهذب ٤/ ١٢٥.



والدليل على ما قلنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]، قالت عائشة رضي الله عنها: نزلت في شأن اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها ولا يعطيها من الصداق ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن حتى يقسطوا لهن في الصداق، وأبيح لهن نكاح ^(١) من سواهن، ثم أنزل الله تعالى قوله: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ﴾ الآية [النساء: ١٢٧]، فنزلت في شأن اليتيمة تكون في حجر وليها وهي شريكته في المال فيرغب عن نكاحها، ويمتنع أن يزوجه؛ لئلا يؤخذ مالها من يده، وفي كل واحدة من [الآيتين] ^(٢) دليل على تزويج من لا ولاد له ^(٣).

ألا ترى أن الولي الذي يجوز أن يتزوج هو ابن العم، فلو كان عقده لم يصح لم يمنع لنقصانه في الصداق، ولم يدم على رغبته عن نكاحها؛ ولأن العم يملك تزويجها بالولاية بعد البلوغ، [فملك] ^(٤) ذلك قبله كالأب؛ ولأن البلوغ من الأسباب المزيلة للولاية، فلو كان العم [لا] ^(٥) يجوز عقده على الصغيرة، لاستفاد الولاية بالسبب الموجب لزوال الولاية، وهذا لا يصح؛ ولأنه يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في الكفاءة، فيملك تزويجها بولاية النسب في حال الصغر كالأب.

١٥٠٣ - فَصْل: [الخيار بعد البلوغ إذا زوجه غير الأب]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا زوّج العمُّ أو الأخُ الصغيرةَ ثم بلغت، فلها

(١) في أ (إنكاح).

(٢) في ب (اثنتين) والمثبت من أ.

(٣) انظر الروايات الواردة في ذلك: تفسير ابن كثير، ٨٤٤/٢، ٨٤٥ (دار ابن حزم).

(٤) في ب (فهلك) والمثبت الذي يدل عليه السياق كما في أ (فكذلك).

(٥) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

الخيار، وقال أبو يوسف: لا خيار لها.

فوجه قولهما: أن العمّ تصرف عليها في المال [وهو المهر]^(١)، ولا ولاية له فيه فلم ينفذ تصرفه، ولا يملك إزالة تصرفه في الملك إلا بفسخ العقد الموجب للمال؛ ولأنه عقد عليها في حال لا تملك العقد على نفسها بولاية غير متكاملة، [فصار كالمولى إذا زوج أمته، ولا يلزم الأب؛ لأن ولايته متكاملة]^(٢) في البضع والمال جميعاً من جهة واحدة، ولا يلزم الجد إذا زوجها وهناك وصي أب، لأننا [لا] نعرف الجواب^(٣) في هذه المسألة؛ ولأن ولاية الجد في الجملة متكاملة، وولاية العم لا تكمل في حال.

وجه قول أبي يوسف: أنه يلي عليها في النكاح، والمهر تبع فيه؛ بدلالة أنه يصح مع السكوت عنه، ولا^(٤) يفسد بفساده، وإذا ولي في المتبوع ولي في التبع^(٥).

١٥٠٤ - فَصْل: [خيار الصغيرة إذا زوجها القاضي]

وظاهر ما ذكره في الأصل: أن القاضي إذا زوج الصغيرة فلها الخيار؛ ولأنه قال: إذا زوجها غير الأب والجد فلها الخيار، وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة: أنه لا خيار لها، وقال محمد: لها الخيار.

وجه رواية الأصل: أن ولاية العم أقوى من ولاية الحاكم.

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب والمثبت من أ.

(٣) في ج (وإنما) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ولأنه يفسد بفساده).

(٥) انظر: الأصل، ٢٥٢/١٠.

ألا ترى أن الحاكم لا يتصرف مع وجوده ، فإذا ثبت الخيار في تصرف العم فالحاكم أولى .

وجه الرواية الأخرى: أن الحاكم يملك التصرف في البضع والمال من جهة واحدة فصار [٩١/ب] كالأب .

١٥٠٥ - فَصْل: [خيار الصغير والصغيرة بعد البلوغ إذا زوّجهما العم]

وإذا زوّج العم الصغير أو الصغيرة ثم بلغا ، فإن كانت بكرًا فسكتت عقيب بلوغها سقط خيارها ، وإن كانت وُطِّت قبل البلوغ لم يبطل خيارها ، إلا بالقول أو الفعل الذي يستدل به على الرضا ، وكذلك الغلام .

أما البكر فلأن سكوتها أجري مجرى قولها قد رضيت [في الشرع] ، ولو قالت عقيب بلوغها: قد رضيت ، جاز عليها ، فكذلك السكوت .

وأما الثيب فسكوتها لا يدل على الرضا ، فوقف الرضا على قولها ، أو ما أجري مجراه ، وكذلك الغلام لا يستدل بسكوته على الرضا ، فما لم يقل قد رَضِيتُ أو يفعل فعلاً يستدل به على الرضا لا يسقط خياره^(١) .

١٥٠٦ - فَصْل: [الفرقة بعد تمام العقد لمعنى في المعقود عليه]

ولا تكون الفرقة في ذلك إلا عند القاضي ، والأصل في هذا: أن كل فسخ ثبت بعد تمام العقد لمعنى في العقد ، فإنه لا يثبت إلا بتراضيهما^(٢) أو بحكم الحاكم كالرد بالعيب ، وكل فسخ ثبت بعد تمام العقد لمعنى في المعقود عليه ؛

(١) انظر: الأصل ١٨٦/١٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩٠/٤ وما بعدها؛ والتجريد ٤٢٨٩/٩ وما بعدها .

(٢) في أ (بعد تراضيهما) .



فإنه لا يثبت إلا بحكم الحاكم كالفسخ بالعينة، وكل فسخ ثبت قبل تمام العقد، فإنه لا يقف على حكم الحاكم كرد الإيجاب قبل القبول.

١٥٠٧ - فَصْل: [هل الفرقة طلاق؟]

وهي فرقة بغير طلاق؛ وذلك لأن كل فرقة يشترك في سببها الرجل والمرأة ويتساويان فيه، فإنها لا تكون طلاقاً كالرضاع، ولا يلزم الإباء؛ لأنهما لا يتساويان فيه.

ألا ترى أن إسلام المرأة يوجب العرض على الزوج بكل حال، وإسلام الزوج قد يوجب العرض وقد لا يوجبه.

١٥٠٨ - فَصْل: [المهر إذا وقعت الفرقة قبل الدخول]

قال: ولا مهر على الزوج إذا لم يدخل بها، أما [المرأة]^(١) إذا اختارت قبل الدخول فلا مهر لها؛ لأنها استحقت البضع على زوجها قبل الدخول كالمرتدة، وأما الغلام إذا اختار [الفرقة]^(٢) قبل الدخول فلا مهر عليه، وليس في الأصول فرقة من جهة الزوج لا يتعلق بها مهر إلا هذه.

والوجه فيه: أن الخيار فيه ثابت، فلو وجب عليه المهر لم يكن لإثبات الخيار معنى؛ لأنه يملك الطلاق، فلما ثبت الخيار علم أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر، وأما الفرقة بعد الدخول فلا تسقط المهر؛ لأنه استوفى المعقود عليه، والفرقة بعد استيفاء المعقود عليه لا تسقط (البدل)^(٣). والله ﷻ أعلم بالصواب، وإليه المآب.

(١) الزيادة من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (المهر).

بَاب معرفة البكر



قال: أحكام البكر والثيب في النكاح مختلفة؛ لأن البكر قد بيّنا أن سكوتها رضا، والثيب لا يكون سكوتها رضا، وللأب أن يقبض مهر البكر بغير إذنها ما لم تنهه عن ذلك، وليس له أن يقبض مهر الثيب إلا بإذنها، وإذا اختلفت أحكامها وجب أن يبين كل واحدة منهما.

فالثيوبة في الحقيقة: زوال البكارة وهذا معلوم [١/٩٢] من طريق المشاهدة، كما يعلم فوات الأعضاء، وإنما يتكلم على من هي في حكم الأبكار من طريق الحكم، فكل امرأة زالت بكارتها بوطء يتعلق به ثبوت النسب، فإنها (في حكم الثيب)^(١) في قولهم جميعاً؛ لأن البكارة زالت بوطء يتعلق به أحكام النكاح، وهذا المعنى يوجب زوال الحياء الذي علق النبي ﷺ الحكم به.

وأما إذا زالت بكارتها بزنا، قال أبو حنيفة: تزوج كما تزوج الأبكار، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: تزوج كما تزوج الثيب^(٢).

لأبي حنيفة: أن البكارة زالت بسبب لا يتعلق به أحكام النكاح، فصار كما لو زالت بالوثبة، ولا يقال: إنه يتعلق به تحريم الأمهات والبنات؛ لأن التحريم ليس من أحكام النكاح، ألا ترى أنه يعقد لتحل لا لتحرم؛ ولأن الحياء عند

(١) في أ(ثيب).

(٢) انظر: المذهب ١٢٦/٤.

استئذانها موجود ولأنها تستشعر أنها تزوج لتعف عن الزنا، وهذا المعنى هو الذي جعل سكوت البكر به رضاها؛ ولأن الأصل البكارة، ورضا البكر يكون بالسكوت، فلو قلنا: إن الولي يطلب من الزانية النطق، لدلّ بذلك على الزنا وهو مأمور بسترها.

وجه قولهما: أن البكارة زالت بالوطء فصار كما لو زالت بالشبهة.

١٥٠٩ - فَصَّل: [زوال البكارة بالوثبة أو الجنابة]

وأما إذا زالت البكارة بوثبة أو طفرة^(١) أو حيضة أو جنابة، فهي في حكم الأبكار في قولهم، أما على قول أبي حنيفة: فلأن أحكام النكاح لا تتعلق بذلك، وأما على قولهما: فلأنها لم [تباشر] الرجال فلم يزل الحياء.



(١) «الطفرة: الوثب في ارتفاع». القاموس (طفر).

بَابُ مَعْرِفَةِ الْأَكْفَاءِ

—•••••—

قال: لا خلاف بين أصحابنا أن الكفاءة معتبرة في النكاح ، وإنما اختلفوا في شروطها ، وحكي عن علي أبي الحسن: أن الكفاءة غير معتبرة وهو قول مالك^(١): والدليل على ما قلناه: قول النبي ﷺ: «قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضها أكفاء لبعض ، والموالي بعضها أكفاء لبعض حي بحي ، وقبيلة بقبيلة»^(٢). وفي حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح النساء إلا من الأكفاء»^(٣). وقال ﷺ [لعلي عليه السلام]: «ثلاثة لا يؤخرن: الأيم إذا أصابت لها كفواً».

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (لأمنعن النساء ذوات الأحساب فزوجهن إلا من الأكفاء) ؛ ولأنها إذا هي تزوجت غير كفء ألحقت الشين بقبيلتها ، وهي ممنوعة من ذلك .

وأما ما روي أن أبا ظبية خطب إلى بني بياضة فأبوا أن يزوجه ، فقال رسول الله ﷺ: «أنكحوا أبا ظبية إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» ، وخطب بلال إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال له رسول الله ﷺ: «قل لهم أن

(١) والصحيح: «الكفاءة المعتبرة هي الدين دون النسب» ، كما ذكر القاضي عبد الوهاب البغدادي في المعونة ٧٤٧/٢ . وانظر: المدونة ١٧٠/٢ .

(٢) أورده الزيلعي وعزاه للحاكم والبيهقي ١٩٧/٣ ؛ وابن عبد البر في التمهيد ١٦٥/١٩ .

(٣) أخرجه ابن عدي في الكامل ، وقال: «وهذا الحديث مع اختلاف ألفاظه في المتن ، ومع إسناده ، باطل...» ٤١٨/٦ .

رسول الله ﷺ يأمركم أن تزوجوني»^(١)، فلا^(٢) دلالة فيه، لأنه ﷺ [٩٢/ب] ندبهم إلى ترك الكفاءة، واعتبار الدين (ولم يجبرهم على ذلك؛ والأولى عندنا أن نعتبر الدين)^(٣) فإن امتنعوا فالامتناع من حقهم، وقوله ﷺ: «ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى»^(٤)، المراد به أحكام الآخرة.

واحتج أبو الحسن: أن الكفاءة لا تعتبر في الدماء، وقد اعتبر فيها للاحتياط فلأن لا يعتبر في النكاح أولى.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الدماء لا يعتبر فيها الكفاءة بالدين؛ لأن المسلم يقتل بالكافر [والذمي]، وإن اعتبر ذلك في النكاح بالإجماع.

١٥١٠. [فصل: شرائط الكفاءة]

وإذا ثبت اعتبار الكفاءة فقال أبو حنيفة: الكفاءة تعتبر في خمسة شرائط: الحرية، والنسب، والمال، والدين، وإسلام الآباء.

وقال محمد: الدين غير معتبر إلا أن يكون أمراً مستحقاً، كمن يسكر ويمشي في الأسواق فيسخر منه.

وقال أبو يوسف: الفسق إذا كان مستتراً لم يؤثر، وإن كان معلناً أثر؛ وقال

(١) «رواه أحمد والطبراني (في حديث طويل)، وفيه: مبارك بن فضالة، وحديثه حسن، وبقيّة رجال أحمد رجال الصحيح» كما ذكره الهيثمي في المجمع ٢٥٦/٤.

(٢) في أ (فلأنه فلا).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٤١١/٥؛ «ورجاله رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في المجمع، ٢٦٦/٣؛ ورواه الهيثمي في زوائده (مسند الحارث)، ١٩٣/١.

أبو يوسف: يعتبر في الموالي شرط آخر: وهو الصناعة، فلا يكون الحائك كفوًّا للصيرفي والجوهري.

أما الحرية فلا يكون العبد والمكاتب والمدبر كفوًّا للحررة بحال؛ لأن الرق نقص وشين، فهو أكثر من عدم النسب؛ (وقد قالوا: إن قريشاً بعضها أكفاء لبعض أدناها لأعلاها، وقال محمد: إلا أن يكون أمراً مشهوراً فيها مثل الثيب الذي فيه الخلاف).

قالوا: ولا يكون العرب كفوًّا لقريش، والعرب بعضها أكفاء لبعض، وموالي العرب أكفاء لموالي قريش، والموالي بعضها أكفاء لبعض، والأصل في ذلك الخبر الذي قدمناه^(١).

وأما اعتبار المال فالمعتبر فيه: القدرة على المهر والنفقة المقصودين بالعقد، ولا تعتبر الزيادة على ذلك، والأصل في اعتبار المال أنه مقصود بالعقد بدلالة قوله ﷺ: «تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها، فعليك بذات الدين تربت يداك»^(٢)، ولأن عدم المال يؤثر أكثر من تأثير النسب.

وأما الدين: فوجه قول أبي حنيفة قوله ﷺ: «تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها، فعليك بذات الدين تربت يداك»، وهذا يدل أن الدين أبلغ في القصد من المال والجمال؛ ولأن المرأة يلحقها الشين بفسق الزوج أكثر مما يلحقها [بفقد نسبه]^(٣).

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) أخرجه البخاري (٤٨٠٢)؛ ومسلم (١٤٦٦).

(٣) في ب (بفقد يشبه) والمثبت من أ.

وجه قول أبي يوسف: أن الفسق المستتر به لا يظهر، فلا يلحق به الشين، والمعلن يظهر فيلحق بها الشين.

وأما محمد فقال: إن [الأمير]^(١) النسب كُفٌّ للدنيئة وإن كان لا يبالي كيف قيل؟ ولا يلحقها به شين في العادة، فأما إذا كان [فسقاً] مستحقاً فإن الشين يلحق به.

١٥١١ - [فصل: الكفاءة في إسلام الآباء]

وأما إسلام الآباء فقد قالوا: إن مَنْ له أب واحد في الإسلام لا يكون كفواً لمن له آباء؛ لأنه يعير بتأخير أبيه الإسلام، فيقال: مسلماني وابن مسلماني؛ وإذا ألحق الشين [١/٩٣] به اعتبر في الكفاءة، وليس كذلك إذا كان له آباء؛ لأنه لا يعير بذلك في العادة.

١٥١٢ - [فصل: الكفاءة في الصناعة]

فأما الكلام في الصناعة فأبو حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب؛ لأن مواليتهم يعملون بهذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف، فلا يعيرون بذلك، وأجاب أبو يوسف: على عادة أهل البلاد، أنهم (يتخذون)^(٢) ذلك حرفة، فيعيرون [بالدنيء]^(٣) من الصنائع.

١٥١٣ - [فصل: زواج المرأة نفسها بغير كفء]

وإذا زوجت المرأة نفسها بغير كفء، فللأولياء الاعتراض عليها؛ لأنها

(١) في ب (الآية) والمثبت من أ.

(٢) في أ (يقصدون).

(٣) في ب (بالدين) والمثبت من أ.

عقدت عقداً ألحقت بهم الضرر والشين ، فكان لهم دفع (ذلك) ^(١) على أنفسهم ، ولا تكون الفرقة في ذلك إلا عند الحاكم ؛ لأن التفريق يتعلق بشرط لا تقبل فيه الدعوى ، فيحتاج الحاكم [فيه] إلى النظر ، فإذا ثبت عنده فرقاً لأجله .

١٥١٤ - [فصل : هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم ؟]

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إذا رضي أحد الأولياء بترك الكفاءة سقط حق الباقيين ، وقال أبو يوسف: لا يسقط ، وبه قال الشافعي ^(٢) .

وجه قولهما: أن الاعتراض ثبت للأولياء لما يلحقهم من الشين ، وهذا المعنى لا يتبع ، [فإذا ثبت وأسقط بعضهم حقه ، سقط حق الجميع] ^(٣) كالقصاص ، وكما لو أقر رجل من المسلمين كافراً ، سقط حق بقية المسلمين عن استرقاقه .

وجه قول أبي يوسف: [أن إبراء بعضهم لا يلقى حق غيره ؛ لأن] ^(٤) الاعتراض حق لجماعتهم ، فإذا رضي أحدهم فقد أسقط حقه ، فبقي حق الباقيين [كالدين المشترك إذا أبرأ بعضهم] ^(٥) ؛ وهذا ليس بصحيح ؛ لأن هنا يتصور فيما يتبع ، فأما ما لا يتبع فلا يصح أن يثبت حق بعضهم فيه دون بعض ، ولا يقال: إن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفء كان للأولياء الاعتراض ، فرضاً أحد الأولياء لا يكون أكثر من رضاها ؛ وذلك لأن حقها (من غير جنس) ^(٦) حق

(١) في أ (الشين) .

(٢) انظر: المهذب ٤/١٣٠ ؛ المنهاج ص ٣٧٩ ؛ رحمة الأمة ص ١٧٧ .

(٣) في ب العبارة: (فإذا أسقط بعضهم حقه ، سقط الجميع) والمثبت من أ .

(٤) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ .

(٥) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ .

(٦) في أ (ليس من جنس) .

الأولياء، ألا ترى أنها تستوفي حقها من العقد، والأولياء لا حق لهم في العقد، وإنما حقهم في دفع الشين، وإذا اختلف الحقان لم يكن إسقاط أحدهما موجباً لإسقاط الآخر، وإن كان الحق من جنس واحد فسقوط بعضه يوجب سقوط جميعه. والله تعالى أعلم^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٠٤/١٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٥١/٤ وما بعدها.

بَاب الوكالة في النكاح



قال الشيخ رحمته الله: الوكالة في النكاح جائزة؛ لأن النجاشي زَوَّجَ النبي صلى الله عليه وآله أم حبيبة^(١)، فلا يخلو إما أن يكون أمره أو لم يأمره، فإن كان أمره فهو وكيل، وإن [كان] لم يأمره فإجازة عقده كأمره في الابتداء، ولأن النكاح مما [لا] يسقط بالشبهة، فيجوز التوكيل فيه، كالبيع والشراء.

قال: ويجوز التوكيل من جهة المرأة والرجل؛ لأن العقد إذا جاز التوكيل به لأحد العاقدين جاز للآخر.

قال: وتجوز [الرسالة]^(٢) في النكاح؛ لأن كل ما جاز بالتوكيل جاز بالرسول كالبيع، [٩٣/ب] وتجوز بالكتاب؛ لأن الكتاب يقوم مقام قول الكاتب.

ألا ترى أن كتاب النبي صلى الله عليه وآله إلى ملوك الآفاق قام مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام؛ ولأن الكتاب حروف منظومة تدل على (معنى مفهوم)^(٣) كالكلام.

١٥١٥ - [فصل: الشهادة في التوكيل بالنكاح]

وقد قال أصحابنا: إن التوكيل بالنكاح لا يفتقر إلى الشهادة، وقال ابن حبان: لا يصح إلا بالشهادة.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٠٨).

(٢) في ب (الشهادة) والمثبت من أ.

(٣) في أ (معاني مفهومة).

لنا: أنه توكيل بعقد كالتوكيل بعقد البيع ، فإذا وصل الرسول إلى المرأة أو الكتاب ، فسمع الشهود قول الرسول ، أو قرأت الكتاب عليهم ، أو قالت إن فلاناً أرسل إليّ أو كتب إليّ يخطبني ، [فاشهدوا] أني زوجته نفسي ، انعقد النكاح ؛ لأن سماع قول الرسول وسماع الكتاب كسماع قول الزوج ، فقد شهدوا على جنبتي العقد ، فانعقد العقد ، وكذلك إذا أخبرتهم ؛ لأن إخبارها عن كتابته أو من رسالته قائم مقام قوله ، وإذا قالت لهم قد زوجت نفسي من فلان ، لم ينعقد النكاح عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف: ينعقد ، وهذا فرع على أن هذا القول [شطر]^(١) العقد عندهما ؛ بدلالة أن الزوج لو كان حاضراً ، فقالت: زوجت نفسي ، فقام قبل القبول بطل ، ولو كان جميع العقد لم يبطل بالافتراق ، ولأن جميع العقد لا يختلف بالغيبة والحضور ، وإذا ثبت [أنه] [شطر]^(٢) العقد لم يقف على غائب عن المجلس ، ولا يلزم إذا قال الزوج: فلانة طالق على ألف ، أو عبدي حر على ألف ، أنه يقف على علمهما بعد المجلس ؛ لأن هذا عتق معلق بشرط وطلاق معلق بشرط ، فلا يقال إنه [شطر]^(٣) العقد ، فإن قيل : لو كان كما قلتم لكان إذا قال لها وهي حاضرة: أنت طالق على ألف ، فقامت من مجلسها أن لا يبطل ، كما لا يبطل قوله أنت طالق إن دخلت الدار ، فلما بطل دل على أنه [شطر]^(٤) العقد ، فالجواب: أن هذا [يمين]^(٥) معلق بشرط ، فإذا كانت في المجلس خصصنا الشرط بدلالة الحال ، وهذا لا يوجب أن يكون [شطر]^(٦)

(١) في ب (ينتظر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (ينتظر) والمثبت من أ.

(٣) في ب (شرط) والمثبت من أ.

(٤) في ب (شرط) والمثبت من أ.

(٥) الزيادة من أ.

(٦) في ب (شرط) والمثبت من أ.

عقد ، ألا ترى أنهم قالوا: لو قال له [تَعَدَّ] ^(١) معي ، فقال: إن تغديت معك فامرأتني طالق ، أنه محمول على ذلك الغداء دون غيره بدلالة الحال ، فكذلك في مسألتنا .
وجه قول أبي يوسف: أن قولها زوجت نفسي جميع العقد إذا وجد من الولي على الزوجين أو وكيلهما ، فكذلك جميع العقد من أحد الزوجين ، وجميع العقد يجوز أن يقف ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الولي يملك الإيجاب والقبول ، فقوله (زوجت نفسي) جميع العقد ، ألا ترى أنا لو جعلناه [شطر] العقد احتجنا [إلى] أن نوقفه على قبوله ، (وقول) ^(٢) الإنسان لا يقف على قبوله ، وفي مسألتنا: المرأة لا تملك جميع العقد ، فكذلك لم يكن قولها: زوجت [١/٩٤] نفسي جميع العقد ، وعلى هذا الخلاف إذا تبرع أجنبي فقال: زوجت فلانة من فلان ، لم يقف ذلك عند أبي حنيفة ومحمد إلا أن يقبله قابل في المجلس ، وقال أبو يوسف: يقف على الإجازة .

١٥١٦ - [فصل: مخاطبة اثنين بوكالتين]

قال: وإن خاطب رجلان ليسا بوكيلين ، خاطب أحدهما عن الزوج والآخر عن المرأة ؛ انعقد العقد إذا كان بحضرة شاهدين ووقف على إجازة الزوجين .
قال: وجملة هذا أن كل عقد لو عقده الزوجان انعقد ، إذا عقده لهما غيرهما بغير إذنهما [وقف على إجازتهما] ^(٣) ، وقال الشافعي: [لا ينعقد] ^(٤) .

(١) في ب (بعد) والمثبت من أ .

(٢) في أ (وفعل) .

(٣) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ .

(٤) في ب (لا يقف) ، والمثبت من أ .

وانظر: المنهاج ص ٣٧٨ .

لنا ما روي: (أن النجاشي زوج رسول الله ﷺ أم حبيبة فبلغه فأجاز)^(١) ،
والذي روي أن النبي ﷺ أنفذ عمرو بن أمية الضمري يخطبها ، لا يعترض على
هذا ؛ لأنه يجوز أن يكون زوجها قبل وصوله ، ولهذا احتاج إلى الإجازة ، ولأنه
نكاح لو انعقد بإذن المرأة صح ، فإذا عقد بغير إذنها انعقد كالأب يزوج بنته
[البكر البالغة]^(٢) ، ولأن كل تصرف لو حصل بإذن [المالك] نفذ ، فإذا حصل
بغير إذنه جاز أن يقف كالتصدق باللقطة .

١٥١٧ - [فصل: تولي طرفي العقد]

وإن عقد العقد واحد وهو ولي على صغيرين جاز ، وكذلك الوكيل للرجل
والمرأة إذا عقد لهما جاز ، وكذلك الولي إذا زوج وليته من نفسه ، وقال زفر: لا
ينعقد النكاح بالواحد ، وقال الشافعي: إن كان ولياً لهما جاز ، وإن كان وكيلاً لم
يجز^(٣) .

لنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٣] قالت عائشة:
نزلت في شأن اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها ولا يقسط لها في
مهرها ، فنهوا أن ينكحوهن أو يبلغوا بهن أعلى نساءهن في الصداق ، وهذا يدل
على جواز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه ، (وأعتق رسول الله ﷺ صفية بنت
حبي بن أخطب وتزوجها)^(٤) ، ولا يقال: إنه يجوز أن يكون رد أمرها إلى من

(١) أخرجه أبو داود (٢١٠٨) ؛ والطبراني في الأوسط ، كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد ، ٢٨٢/٤ .

(٢) في ب (الذكر البالغ) والمثبت من أ .

(٣) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للعثماني ص ١٧٦ .

(٤) الحديث أخرجه الترمذي بلفظ (أعتق صفية وجعل عتقها صداقها) (١١١٥) وقال: «حديث حسن صحيح» ؛ والبيهقي في الصغرى ١٢٧/٦ ؛ والإمام أحمد في المسند ٩٩/٣ ؛ والطيالسي في مسنده ٢٨٣/١ ؛ وغيرهم .

زوجه ؛ لأن النكاح إذا أضيف إلى الولي فالظاهر أنه هو العاقد، [ولولا ذلك لقال: فتزوجت به، ولما قال: فتزوجها] (١) ولأنه يملك إيجاب العقد وقبوله، فجاز أن ينفرد بعقده كتزويج المولى أمته من عبده [الصغير]، (وتزويج ابن ابنه من بنت ابنه) (٢)؛ ولأن الوكيل بالنكاح لا يتعلق به حقوقه، وإنما يعبر [به] عن الزوجين، والعبارة عنهما لا تتنافى؛ فلذلك جاز أن ينعقد به.

وجه قول زفر: (أن العقد لا يجوز أن ينفرد به الوكيل كالبيع) (٣).

١٥١٨ - [فصل: مطالبة الوكيل والولي بحقوق العقد]

قال: وليس للوكيل ولا للرسول ولا للولي، ولا عليهم من حقوق العقد شيء، لا يطالبون ولا يطالبون بما تولّوه من عقد النكاح؛ وذلك لأن العاقد في النكاح سفير ومُعَبَّرٌ؛ بدلالة أن المعقود عليه لا ينتقل إليه، فلم يتعلق به حقوقه كالرسول.

قال: فإن كان لهم حق المطالبة من غير جهة النكاح طلبوا من ذلك الوجه، وهذا مثل الأب إذا عقد والجد؛ لأنهم يملكون المطالبة [ب/٩٤] فيطالبون من حيث الولاية لا من حيث العقد.

١٥١٩ - [فصل: تزويج الرجل رجلاً امرأة بغير أمره]

وإذا زوج الرجل رجلاً امرأة بغير أمره، أو امرأة بغير أمرها، ثم فسخ

(١) مزيدة من أ.

(٢) وفي أ (وتزويج الجد ابنة ابنته من ابن ابنه الصغير).

(٣) في أ (أن العاقد لا يجوز أن ينفرد بالعقد كالوكيل بالبيع).

المزوّج العقد قبل أن يجيزه من وقف عليه الفسخ [انفسخ]^(١)، في قول أبي يوسف [الآخر: ولم ينفسخ في قوله الأول، وهو قول محمد.

لأبي يوسف]^(٢) أن العقد لم يتم، فلكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل تمامه، كالإيجاب قبل القبول.

وجه قول محمد: أن العقد تم من جهة العاقد وإنما وقف على المعقود له، فلم يجز لمن تم من جهته فسخه كالبيع المشروط فيه الخيار لأحدهما إذا فسخه الآخر؛ ولأن العقد الموقوف قد تعلق به حق الإجازة لمن وقف عليه، فإذا فسخ العاقد فيريد بفسخه [إسقاط]^(٣) الحق الذي ثبت للمعقود له، وهذا لا يجوز.

١٥٢٠. [فصل: أوجه العاقد لغيره في الفسخ]

وإذا ثبت هذا، قال محمد في الجامع الكبير تفريعاً على هذا الأصل: إن العاقد لغيره في الفسخ على أربعة أوجه:

أحدها: لا يملك الفسخ بقوله ولا بفعله، وهذا كالمتبرع الذي لم يؤمر بالعقد إذا فسخ العقد لم ينفسخ، وإن زوّج الزوج أخت المرأة نكاحاً [موقوفاً]^(٤) لم ينفسخ أيضاً، وقال أبو يوسف: ينفسخ في الوجهين، وهذا على ما بينا أنه لا يملك إسقاط حق المعقود له بقوله فلا يملك بفعله.

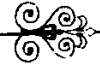
والنوع الثاني: من ملك فسخ العقد الموقوف بقوله ولم يملكه بفعله، وهو

(١) ما بين المعقوفتين زيدت لاستقامة العبارة.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في ب (إبطال) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.



[كرجل]^(١) وكَلَّ [رجلاً] أن يزوجه ، فزوجه امرأة خاطب عنها مخاطب بغير أمرها ، فلهذا الوكيل أن يفسخ العقد قبل الإجازة ؛ لأنه قائم مقام الزوج فصار فسخه [كفسخه]^(٢) ، وإن زوجه أختها لم يفسخ نكاحها ؛ لأنه ليس بوكيل في تزويج الأخت ، ففعله لا يقوم مقام فعل الزوج ، فلا يفسخ به العقد .

النوع الثالث: من ملك الفسخ بالفعل ولم يملكه بالقول ، وهو رجل زوج رجلاً امرأة بغير أمره ، ثم إن الرجل وكله أن يزوجه امرأة فزوجه أختها نكاحاً موقوفاً ؛ انفسخ الأول ، ولو قال : فسخته ، لم يفسخ عند محمد ؛ لأنه موكل بالعقد الثاني ، ففعله له (كفعل موكله)^(٣) ، ولو زوج الموكل أخت المرأة التي وقف عقدها عليه ، بطل نكاحها ، فكذلك إذا زوجه وكيله ، وإن قال : فسخت ؛ لم يفسخ على أصل محمد الذي قدمناه .

النوع الرابع: من يملك الفسخ بالقول والفعل : وهو الرجل يوكل رجلاً يُزَوِّجُه امرأة بغير عينها ، فزوجه امرأة نكاحاً موقوفاً ، فإن فسح بالقول انفسخ ؛ لأن الوكيل بالعقد الموقوف يملك الفسخ على ما قدمنا ، وإن زوجه أختها انفسخ ؛ لأنه وكيل في تزويج الأخت ، فقام عقده مقام عقد موكله . والله تعالى أعلم بالصواب^(٤) .



-
- (١) في ب (رجل) والمثبت من أ .
 (٢) في ب (بفسخه) والمثبت من أ .
 (٣) في أ (العقد كفعله) .
 (٤) انظر: الأصل ٢٠٠/١٠ وما بعدها .

بَابُ المهور



قال أبو الحسن: المهر عند أصحابنا لا يكون إلا ما هو مال، أو ما يوجب تسليمه مالاً، قال: والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، [فعلق الإباحة بشرط المال؛ ولأنه عقد لا يقصد به التبرع]^(١)، فلا ينعقد إلا بعوض [١/٩٥] هو مال كالبيع.

١٥٢١ - [فصل: تقدير المهر]

[قال]: والمهر عندنا مقدر بعشرة دراهم أو ما قيمته عشرة بالشرع، وقال الشافعي: كل ما يجوز أن يكون عوضاً في البيع، جاز أن يكون مهراً^(٢).

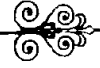
والدليل على ما قلناه: حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح النساء إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة دراهم»^(٣)؛ ولأن ثبوت المهر في العقد حق الله تعالى، والأموال التي تثبت لحق الله تعالى يدخلها التقدير كالزكاة، ولأنه أحد المسميين في العقد، فدخله التقدير كعدد المنكوحات، ولأنه ما ثبت جملته تارة لحق الله ويتصف أخرى، دخله التقدير كالحد.

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) (بمعنى: لا حد لأقل المهر) انظر: المهذب ٤/١٩٤؛ المنهاج ص ٣٩٥؛ رحمة الأمة ص ١٨٢.

(٣) «رواه أبو يعلى وفيه مبشر بن عتيك، وهو متروك»، كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/٢٧٥؛

وابن حجر في المطالب العالية، عن أبي يعلى ٨/٣٠٢.



وجملة ما يقال في التسمية أنهما إذا سميا في النكاح ما لا أقل أو أكثر صحت تسميته، فإن كان عشرة فصاعداً فهو المهر، نقص من مهر المثل أو زاد؛ لأنها رضيت به بدلاً، وهو مما يجوز أن يكون بدلاً في هذا العقد، فصار كالتسمية في البيع، وإن كان ذلك أقل من عشرة تمت عشرة، وصار تسمية ما دونها تسمية لها، قال زفر: والتسمية فاسدة ولها مهر مثلها.

وجه قولهم: أن العشرة لا تتبعض في حكم العقد، وما لا يتبعض فتسمية بعضه كتسمية جميعه كالطلاق؛ ولأنها حطت ما لا تملك حطه، وما تملك حطه فيسقط ما يملك حطه، [ولا يسقط ما لا تملك حطه كدين مشترك أبرأ منه أحد الشريكين، يبيّن ذلك أنها تملك حط] ^(١) ما زاد على العشرة، ولا تملك حط شيء من العشرة.

وجه قول زفر: أنها سمت ما لا يجوز أن يكون مهراً، فوجب لها مهر مثلها، كما لو سمت خمراً.

١٥٢٢ - [فصل: ثبوت مهر المثل]

وأما إذا سمّت ما ليس بمال فلها مهر مثلها، مثل من تزوّج امرأة على طلاق أخرى، أو على عفوٍ عن قصاص؛ وذلك لما بيّنا أن من شرط المهر أن يكون مالاً، فما ليس بمال لا يصح تسميته، فصار ذكره والسكوت عنه سواء.

١٥٢٣ - [فصل: تسمية ما هو مال وما ليس بمال في العقد]

وإن سمى مالاً وما ليس بمال مما لها فيه منفعة، فإن وفّى بالمنفعة فليس

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

لها إلا ما سمى إذا كان عشرة فصاعداً؛ لأنه سمى ما يجوز أن يكون مهراً وشرط منفعة وفي بها ، وإذا سلم للمرأة ما قصد به بالعقد ، جاز ، وإن لم يف بالمنفعة ، فإن كان ما سمى لها من المال مثل مهر مثلها أو أكثر ، فلا شيء لها إلا ذلك ، وإن كان ما سمى لها أقل من مهر المثل ، تمت لها مهر مثلها .

وقال زفر: إن كانت المنفعة مالاً مثل أن يشرط أن يهدي لها هدية فلم يف بها تمت لها مهر مثلها ، وإن كانت المنفعة غير مال مثل أن يشرط طلاق امرأة أخرى أو لا يخرجها من البلد ، فليس لها إلا ما سمى .

لنا: أنها لم ترضَ بالتسمية عوضاً إلا بمنفعة أخرى ، فإذا لم يسلم لها وجب لها تمام مهر^(١) مثلها ، كما لو كانت المنفعة مالاً .

وجه قول زفر: أن ما ليس بمال لا يتقوم ، فلا يجب الرجوع (إلى عوض)^(٢) عنه عند فواته ، وما هو مال متقوم إذا لم يسلم لها ، جاز أن يرجع إلى تمام العوض .

١٥٢٤ . [فصل: تسمية ما لا يحل تملكه في العقد]

فإن سمى في العقد ما لا يحل تملكه ، مثل المسلم يتزوج المسلمة على الخمر والخنزير ، فالنكاح جائز والتسمية باطلة ولها مهر مثلها ، وقال مالك: النكاح فاسد^(٣) .

لنا: أن فساد المهر لو أوجب فساد العقد لوجب (فساد العقد)^(٤) [٩٥/ب]

(١) في أ (مهرها) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٢٥ .

(٤) في أ (لفسد) .



بالسكوت عنه ، كالعوض في البيع ، وإذا صح النكاح وتمليك الخمر للمسلمين لا يجوز و[لا] ^(١) تملكها فسقط ذكرها ، فكأنه تزوجها (بغير مهر) ^(٢) .

١٥٢٥ - [فصل: تسمية ما يحل وما لا يحل في العقد]

فإن سمي في عقد النكاح [ما يحل] ^(٣) وما لا يحل ، مثل أن يتزوجها على مهر صحيح وأرطال من خمر ، فالمهر ما سمي لها إذا كان عشرة فصاعداً ، ويبطل الحرام وليس لها تمام مهر مثلها ؛ لأن الخمر يبطل تسميتها في حق المسلمة ، فكأنه لم يسم إلا ما سواها ، وليس لها تمام مهر المثل ؛ لأن الخمر لا منفعة للمسلم فيها ، فلم يجز أن تجب لأجل فواتها زيادة عوض . والله تعالى أعلم .

١٥٢٦ - [فصل: فرق القيمة في المهر]

ولو تزوجها على ثوب قيمته ثمانية ، فلم يسلمه إليها حتى صارت قيمته عشرة ، فلها الثوب ودرهمان ، ولا معتبر بالقيمة يوم القبض ، إنما يعتبر بها يوم العقد .

وذكر الحسن عن أبي حنيفة: إذا تزوجها على مكيل أو موزون اعتبر قيمته يوم العقد ، وإن تزوجها على ثوب ، اعتبرت قيمته يوم التسليم .

وجه الرواية الأولى: أن المهر يعتبر (قيمه) ^(٤) عند العقد ، فإذا كان ناقصاً وجب كماله ، فكأنه تزوجها على ثوب ودرهمين ، فزيادة القيمة لا يؤثر .

(١) الزيادة من أ .

(٢) في أ (وسكت عن البدل والمهر) .

(٣) في ب (مالاً) والمثبت من أ .

(٤) في أ (تقديره) .

ووجه رواية الحسن: أن المكيل والموزون يستقر مهراً بنفسه، ألا ترى أنه لا يجوز للزوج دفع غيره، فاعتبرت قيمته حين استقر، فأما الثوب فلا يستقر في الذمة، وإنما الزوج يخير في إحدى الروايتين: بين تسليمه، أو تسليم قيمته، وإنما يستقر مهراً بالتسليم، فوجب اعتبار قيمته يوم التسليم.

مَسْأَلَةٌ: قال أصحابنا: لا يجوز أن يكون المهر إلا مالاً أو ما يستحق بتسليمه تسليم مال، فأما منافع الحر، وتعليم القرآن، والعفو عن القصاص، لا يكون مهراً. وقال الشافعي: ما جاز أخذ العوض عنه كان مهراً^(١).

لنا: أن منافع الحرّ ليست بمال ولا تستحق بتسليمها تسليم مال، فصارت كمنفعة البضع، [فلا يجوز أن يكون مهراً]^(٢)، ولأن منفعة الحرّ نماءً منه كولد، وأما تعليم القرآن؛ فلأنه ذكر واجب، [فتعليمه]^(٣) لا يجوز أن يكون مهراً كتعليم الشهادتين.

وقد ذكر في الأصل: إذا تزوجها على أن [يخدمها سنة، لم يجز؛ لأن توفير الزوج المهر عليها واجب، وفي استخدامها إياه إهانة له.

وذكر ابن سماعه في نوادره: إذا تزوّجها على أن^(٤) يرعى غنمها سنة جاز.

والصحيح على رواية الأصل: ألا يجوز في رعي الغنم، كما لا يجوز في الخدمة، ويجعل ما ذكره ابن سماعه رواية أخرى.

(١) قال النووي: «وما صحّ مبيعاً صحّ صداقاً». المنهاج ص ٣٩٥.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في ب (تعليم) والمثبت من أ.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب.

ومن أصحابنا من قال: إن منافع الحرّ يجوز أن يكون مهراً إلا خدمته لها،
[فإنها لا تكون مهراً لما بيننا].

قالوا: وذلك لأنها مأمورة بتعظيمه، فلا يجوز لها استخدامه [واستدلاله
بالخدمة]، كما قالوا في الابن إذا استأجر أباه للخدمة لم يجز؛ لأنه أمر بتعظيمه،
[فلا يجوز له استخدامه].

ومن أصحابنا من قال غير هذا، فقال: خدمتها مستحقة عليه، ألا ترى أنه
يجب أن يخدمها بخادم، إن لم يكن يخدمها، فإذا تزوجته بخدمته وهي مستحقة
لم يجز العقد عليها، كما قالوا في الأب إذا استأجر ابنه لخدمته لم يجز؛ لأن
خدمة الأب مستحقة على الابن.

والصحيح التسوية بين منافع الحرّ كلها في أنها لا تكون مهراً، وإذا ثبت أن
منافع الحر لا يجوز أن [١/٩٦] تكون مهراً، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا تزوجها
على خدمته سنة فلها مهر مثلها، وقال محمد: لها قيمة خدمته.

لهما: أنه سمى في عقد النكاح ما لا يجوز أن يكون مهراً بحال، فصار كما
لو سمى خمراً أو خنزيراً.

لمحمد: أن منافع الحر يجوز أخذ العوض عنها بالعقد، إلا أن تسليمه قد
تعذر هنا، فيجب الرجوع إلى قيمته كما لو تزوجها على عبد فاستحق.

١٥٢٧ - [مَسْأَلَةٌ: انعقاد نكاح الشغار]

قال أصحابنا: نكاح الشغار منعقد والشرط باطل، ولكل واحدة من

المرأتين مهر مثلها ، وقال الشافعي : النكاح باطل^(١) .

لنا : أنه نكاح غير مؤقت فلا يبطله الشرط ، كما لو شرط أن يطلقها أو لا ينقلها من منزلها ؛ ولأنه عقد على البضع ، [وشرط]^(٢) المشاركة فيه لمن لا يجوز أن يستحقه ، فصار كما لو خالعهما على أن يضعها لها ولفلانة ، (وأما نهيه ﷺ عن نكاح الشغار)^(٣) ، فالشغار : هو الخالي عن المهر ، يقال : شَغَرَ البلد إذا خلا عن السلطان ، وشغَر الكلب إذا رفع إحدى رجليه ، وعندنا هذا العقد لا يخلو من عوض فلا يتناوله الخبر .

يبين ذلك أن العقد يفسد عندهم للتشريك في البضع ، والخبر يخالف ذلك ؛ لأن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر)^(٤) ؛ وهذا يدل على أن علة النهي عدم المهر ، لا ما ذكره من التشريك . والله تعالى أعلم^(٥) .



(١) انظر : المهذب ٤/ ١٥٩ ؛ رحمة الأمة ص ١٨٠ .

(٢) في ب (بشرط) والمثبت من أ .

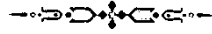
(٣) أخرجه مسلم (١٤١٥) وغيره من أصحاب السنن .

(٤) انظر الروايات في نكاح الشغار : مجمع الزوائد ، ٤/ ٢٦٦ ، ٢٦٧ ؛ التلخيص الحبير ، ٣/ ١٥٣ .

(٥) انظر : الأصل ١٠/ ٢٢٧ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٩٧ وما بعدها .

بَاب

المهر يدخله الجهالة ما يصح منه مع ذلك وما لا يصح



قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا الباب أن من سمى مهراً غير معين ، فإن كان الاسم يقع على أجناس مختلفة ؛ بطلت التسمية ، وكان للمرأة مهر مثلها بالغاً ما بلغ ، وهذا كمن تزوج على ثوب أو دابة .

والأصل في ذلك: أن الجهالة في الأعراض تمنع صحة العوض ؛ بدلالة البيع والإجارة ، وإنما سُمح في المهر (بقدر)^(١) من الجهالة ؛ وذلك لأن النكاح الصحيح يثبت فيه مهر المثل: وهو مجهول ضرباً من الجهالة ، فكل جهالة في المهر كجهالة مهر المثل أو أقل ، فهي مسموح بها ، وكل جهالة تزيد على جهالة مهر المثل ، [فإنها] تمنع صحة التسمية [قياساً] على الأصل في سائر الأبدال ، وإذا ثبت هذا فجهالة ثوب أو دابة أكثر من جهالة مهر المثل .

ألا ترى أن الثوب يقع على القطن [والكتان والقز] ، والحريز ، [والإبريسم] ، وهي مختلفة ، وأنواعها مختلفة ، وكذلك الدابة تقع على الخيل والبغال والحمير^(٢) ، وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل ، فمنعت من صحة التسمية ، وكذلك الدار ؛ لأن جهالة الدار كجهالة الأجناس ، ألا ترى أنها تختلف باختلاف البلاد والمحال ، وإذا ثبت بطلان التسمية وجب مهر المثل ؛ لأنه موجب العقد ،

(١) في أ (بضرب) .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ لسقوطها من ب .

وإنما ينتقل عنه بالتسمية الصحيحة ، فإذا فسدت التسمية عاد موجب العقد ، وإنما قالوا يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ ؛ لأن المرأة [لم ترضَ] ^(١) بقدر مقدر حتى يكون قد [ب/٩٦] أسقطت ما زاد عليه ؛ لأن اختلاف الجنس [يمنع] من التقدير .

١٥٢٨ - [فصل : صحة التسمية في المهر]

وإن كان ما سماه يقع على جنس واحد معلوم المقدار مختلف الصفة ، وهو مما يصح أن يكون ثمناً للبيع ، فالتسمية صحيحة ، ولها الوسط من ذلك : إن شاء أعطاهما الوسط من ذلك ، وإن شاء أعطاهما قيمته ، والخيار إلى الزوج ، وهذا كالتزويج على العبد .

والأصل في جواز التزويج على الحيوان المطلق ، [بخلاف] ^(٢) ما قال الشافعي : أن الحيوان المطلق يجوز أن يثبت في الذمة ، بدلاً عما ليس بمال [كالذباب] ^(٣) ؛ لأن جهالة العبد الوسط كجهالة مهر المثل أو أقل ، وإذا كانت تلك الجهالة لا تمنع صحة البدل فكذلك هذه ، وإنما قالوا أن الزوج مخير ؛ لأن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً ، ألا ترى أن مستهلكه لا يلزمه مثله ، وإنما يخير من لزمه بين تسليمه أو تسليم القيمة كالدية ؛ ولهذا قالوا الخيار للزوج لأنه المستحق عليه .

١٥٢٩ - [فصل : المسمى معلوم الجنس والصفة ويصح كونه ثمناً]

وإن كان ما سمي معلوم الجنس والصفة ويصح أن يكون [ثمناً] ^(٤) في البيع

-
- (١) في ب (ترضى) والمثبت من أ .
 (٢) في ب (خلاف) والمثبت من أ .
 (٣) في أ (كالديات) والمثبت من ب .
 (٤) في ب (دينًا) والمثبت من أ .

لو شرط ، فلها ذلك الشيء ، [ولا يخير]^(١) الزوج على دفعه إليها ، وليس له أن يدفع قيمة ذلك إذا أبت أن تأخذ ، وهذا كمن تزوج على مكيل أو موزون موصوف ؛ وذلك لأن هذا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً ، (ألا ترى أن على مستهلكه مثله ، ويجوز السلم فيه فيثبت ثبوتاً صحيحاً)^(٢) ، فلا يجوز دفع عوضه إلا برضى المستحق . وقد ذكر أبو الحسن في جامعه فيمن تزوج على كُر حنطة ولم يصفها: فإن شاء أعطى كُرّاً وسطاً وإن شاء أعطى قيمته .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجبر على (تسليمها)^(٣) .

وجه الرواية الأولى: أن الحنطة إذا لم تكن موصوفة لم تثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً بدلالة أن السلم فيها لا يجوز ، وما لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً ؛ فالزوج فيه مخيرٌ [إذا كان مهراً] كالعبد .

وجه رواية الحسن: أن عقد النكاح إذا صحت التسمية مع الجهالة ، لزم من ذلك الجنس الوسط ، فصار لزوم الوسط من طريق الحكم ، كلزومه بالتسمية ، ولو سمي كُرّاً وسطاً أجبر على تسليمه ، فكذلك إذا لزمه حكماً وليس كذلك العبد ؛ لأن الحكم يوجب لزوم الوسط فيه ، [فصار كالتسمية] ، ولو سمي وسطاً لم يجبر على تسليمه ، فكذلك إذا [لزمه] في الحكم الوسط .

وأما الثياب فقد ذكر في الأصل: إذا تزوجها على ثياب موصوفة أنه بالخيار: إن شاء سلّمها ، وإن شاء سلّم قيمتها .

(١) في الأصل (يخير) والمثبت يدل عليه السياق .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) في أ (على تسليم الحنطة) .

وذكر ابن شجاع في اختلاف أبي يوسف وزفر: فيمن تزوج امرأة على عشرة أثواب هروية، بغير عينها، وَوَصَفَ رفعتها وطولها وعرضها صفة توصف مثلها في السلم، وسمى أجلاً أو لم يُسَمَّ فهو جائز، ويجبر على دفع الثياب.

وقال أبو يوسف: إن أجلها أجبر على دفعها، وإن لم تؤجل فلها القيمة.

وقد حكى أصحابنا عن أبي حنيفة في الثياب الموصوفة: أنه يجبر على تسليمها، ولم يفصلوا هذا التفصيل.

وجه ما [قال] في الأصل: أن الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً [ب/٩٧] بنفسها، بدلالة أن مستهلكها لا يغرّم مثلها، فصارت كالعبيد.

وجه قول أبي يوسف: أنه إذا وصفها وأجلها فقد تثبت على وجه يصح أن يثبت في البيع، فلأن يستقر في المهر أولى، وإذا لم يؤجلها لم تثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً؛ لأنها لا تثبت بأنفسها، فلم يجبر على تسليمها كالحيوان.

وجه قول زفر: أنه إذا سماها ووصفها، فقد صارت معلومة يصح ثبوتها في السلم، وإنما يفتقر السلم إلى التأجيل لأنه لا يصح الحلول^(١) فيه، والمهر لا يفتقر إلى الأجل؛ فصار ثبوتها في المهر غير مؤجلة كثبوتها في السلم مؤجلة، [فيجبر على تسليمها].

١٥٣٠. [فصل: تسمية المهر بأحد شيئين معينين]

قال أبو الحسن: وإن سمي أحد شيئين معينين، جاز ذلك أيضاً، وكان الخيار في ذلك إلى الزوج في قول أبي يوسف ومحمد، فأما أبو حنيفة فإنه ينظر

(١) في أ (الحال).

[في ذلك]: فإن كان مهر مثلها مثل أقلهما قيمة، أو أقل من ذلك، فلها أقلهما قيمة إلا أن يرضى الزوج أن يسلم إليها الأرفع، وإن كان مهر مثلها مثل أكثرهما قيمة، [فلها أكثرهما قيمة]^(١)، إلا أن ترضى المرأة بالأدون، وإن كان مهر مثلها فوق أدونهما [قيمة] وأقل من أرفعهما، فلها مهر مثلها، وهذا مثل من تزوج امرأة على هذا العبد أو هذا العبد أو على ألف [درهم] أو ألفين.

قال أبو حنيفة: التسمية فاسدة ويحكم بمهر المثل، وقالوا: التسمية صحيحة والمهر أدونهما.

وجه قول أبي حنيفة: أن الجهالة التي تدخل بحرف التخيير أكثر من جهالة مهر المثل، ألا ترى أنه يصح أن يدخل حرف التخيير بين أقل الأشياء وأكثرها، فكل جهالة زادت على جهالة مهر المثل [منعت]^(٢) التسمية؛ ولأن النكاح يفتقر إلى التسليم والتسلم، فإذا خير بين بدلين لم يثبت واحد منهما كالبيع، ولا يلزم إذا أعتقه على ألف أو ألفين؛ لأن العتق إذا قبل العبد صار مسلماً له، فلا يفتقر إلى التسليم والتسلم، وليس كذلك النكاح؛ لأن المرأة تحتاج إلى تسليم البضع، وذلك يقف على تسليم البدل، فإذا كان مجهولاً لم يصح ولا يلزم إذا خالعه على ألف أو ألفين، لأنها إذا قبلت فالمعقود عليه لا يفتقر إلى التسليم كالعتق، ولأن الخلع إذا سقطت التسمية فيه لم يجب فيه بدل؛ [فلذلك]^(٣) وجب إثبات أحد البدلين، والنكاح إذا سقطت [فيه] التسمية، بقي موجه من مهر المثل، فأمكن القضاء به، ولا يلزم على ما قدمنا إذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) في ب (تبع) والمثبت من أ.

(٣) في ب (فكذلك).

العبد على أنه بالخيار في أن يدفع أيهما شاء، أو على أنها بالخيار؛ لأن إثبات التخيير لأحدهما يقلل الجهالة، ألا ترى أنها ترتفع بفعل أحد المتعاقدين، ومتى لم يكن خيار كان لكل واحد منهما أن يختار غير ما اختاره الآخر، وإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة: إن كان مهر مثلها مهر [مثل] أعلاها أو أكثر فلها الأعلى؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها عمّا زاد عليه، وإن كان مهر مثلها مثل أدونهما أو أقل فلها أدونهما، لأن الزوج رضي ببذل الزيادة لها، فإن كان مهر مثلها أكثر من أدونهما وأقل من أرفعهما فلها مهر [ب/٩٦] مثلها، لأن التسمية فاسدة، وإنما يحكم بمهر المثل، فإذا خالف الأمرين وجب الرجوع إلى مهر مثلها.

وقد ذكر في الجامع الكبير: أن مهر مثلها إذا كان مثل أرفعهما أو أكثر، فالخيار إليها، وإن كان مثل أدونهما أو أقل فالخيار إلى الزوج^(١).

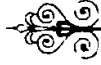
وجه قولهما: أن البذل في النكاح لا يقف العقد على ذكره، فصار المال الثابت بغير عقد، ومعلوم أن من أقر بألف أو ألفين لزمه الأقل فكذلك هذا؛ ولأن فساد البذل لما لم يوجب فساد العقد صار كالخلع، ولو خلعها على ألف أو ألفين كان له الأقل، كذلك هذا.

١٥٣١ - [فصل: الزواج على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي]

ولو تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي فالتسمية فاسدة؛ لأن جهالة المحكوم به (أكثر من جهالة مهر المثل، وذلك بمنع التسمية لم ينظر في الحكم)^(٢)، فإن حكم الزوج مهر مثلها أو أكثر فلها ذلك؛ لأنه رضي ببذل

(١) انظر: الجامع الكبير، ص ٩٩، (دار الكتب العالمية).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.



الزيادة، وإن حكم بأقل فلها مهر مثلها، وإن حكمت هي بمهر مثلها أو أقل فلها ذلك؛ لأنها رضيت بإسقاط [ببعض] حقها، وإن حكمت بأكثر من ذلك لم يجز؛ لأن المستحق مهر المثل.

١٥٣٢ - [فصل: الزواج على ما يكتسب العام أو يرث]

فإن تزوّجها على ما يكتسب العام أو يرث، فهذه تسمية فاسدة؛ لأن جهالة هذا أكثر من جهالة مهر المثل، وقد انضم إلى الجهالة الخطر؛ لأن الكسب يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، [وكذلك الإرث، فلا تصح التسمية]^(١).

١٥٣٣ - [فصل: الزواج على بيت وخادم]

فإن تزوجها على بيت [وخادم]، فلها بيت وسط مما تجهز به النساء في ذلك البلد الذي وقع عقد النكاح فيه، ومعنى البيت في أهل الأمصار: فرش البيت، وفي البادية: البيت [من] الشَّعر.

والأصل في صحة هذه التسمية: أن الوسط معلوم منها في العادة، فجهالته مثل جهالة مهر المثل أو أقل.

وقد قالوا: [إن] الجارية الوسط هي السُّندية، والأعلى البيضاء، [والأدنى]^(٢) الزنجية، والزوج في كل ذلك بالخيار: إن شاء أعطها البيت والخادم، وإن شاء أعطها قيمتها لما قدمنا في العقد على الثياب والحيوان أن للزوج فيه الخيار.

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) في ب (والأدون) والمثبت من أ.

وقد قال أبو حنيفة: إن قيمة الخادم الوسط أربعون ديناراً، وقيمة البيت أربعون ديناراً.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن زاد السعر أو نقص فبقدر الغلاء والرخص، وهذا ليس باختلاف، وإنما أجاب أبو حنيفة على قدر ما [اتفق]^(١) في العادة في زمانه، وزادهما في الجواب الحكم على سائر الأزمان، والمعتبر في ذلك: القيمة في كل زمان [بلا خلاف]^{(٢)(٣)}.

١٥٣٤ - [فصل: الصلح على معين مع الزوج]

فإن صالحت زوجها على ستين ديناراً أو سبعين ديناراً، جاز ذلك؛ لأنها صالحت على بعض المستحق؛ [لأن حقها ثمانون ديناراً]^(٤)، ومن ثبت له حق فصالح على بعضه وأسقط [بعضه]، جاز [ذلك].

قال: ويجوز ذلك بالنقد والنسيئة؛ لأنه [صالح] على نفس المستحق، فكل موضع وقع الصلح على ما كان مستحقاً جاز فيه التأجيل.

قال: وإن صالحت على مائة دينار أبطلنا الفضل؛ لأن القيمة واجبة بالعقد إذا كان المسمى غير مستقر، ومن وجب له حقّ فصالح على أكثر منه لم يجز. والله تعالى أعلم [أ/٩٨].



(١) في ب (على ما اتفقت العادة)، والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢٢٩/١٠ وما بعدها.

(٤) الزيادة من أ.

بَابُ الرجل يتزوج على مهر فيوجد خلاف ما سمي



قال أبو الحسن: فإذا تزوّج الرجل المرأة فقال: أتزوجك على هذا العبد أو على هذا [الدّن] ^(١) من خلّ، أو على هذه الشاة الذكية، فوجد العبد حراً، والخلّ خمراً، والشاة ميتة، فالعقد جائز وما سمي من المهر باطل، ولها مهر مثلها في قول أبي حنيفة، وأما إذا سمي الحرام وأشار إلى حلال، فقال: أتزوجك على هذا الحر فإذا هو عبد، أو على هذه الخمر فإذا هي خلّ، أو على هذه الميتة فإذا هي ذكية، فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن لها الحلال المشار إليه.

وروى محمد عن أبي حنيفة: إذا سمي خمراً فوجدت خلّاً، فلها مهر مثلها.

وقال أبو يوسف: العقد واقع على الحلال منهما، فإن سمي حلالاً وأشار إلى حرام، فالعقد على التسمية، وإن سمي حراماً وأشار إلى حلال، فالعقد على المشار إليه.

وأما محمد فقسم ذلك قسمين فقال: إذا كان المسمى من جنس المشار إليه، فالعقد واقع على العين، وإن كان المشار إليه من غير جنس المسمى، وقع العقد على التسمية، [كان المشار إليه حلالاً أو حراماً].

وجه قول أبي حنيفة: أن التسمية لا يثبت لها حكم مع التعيين والإشارة، ألا ترى أن التعيين أبلغ في المعرفة؛ لأنه لا يقع فيه احتمال.

(١) الدّن: وعاء ضخم كهيئة الحُبّ، إلا أنه أطول منه وأوسع رأساً، والجمع: دنان. انظر: المصباح؛ الوجيز (دّن).

قال أهل اللغة: أعرف المعارف أنا وأنت [وهذا؛ لأنه يقال فيما فيه احتمال هكذا]؛ ولهذا قالوا: لو قال بعتك هذا الحمار فأشار إلى عبده، كان بائعاً لعبده، ولو قال: بعتك هذا الأسود وأشار إلى الأبيض، كان بائعاً للأبيض.

فإذا قال: تزوجتك على هذا العبد، فكأنه قال: على هذا الحر، فيجب لها مهر المثل، ولهذا قال في أصح الروايتين: إذا سمي حراماً وأشار إلى حلال، أن لها المشار إليه؛ لأن التسمية لا حكم لها مع الإشارة، فكأنه قال: تزوجتك على هذا الخلل.

وأما أبو يوسف فقال: إنه عقد على مستحق؛ لأن الحر مستحق لرقبته، فهو كما لو عقد على عبد غيره، ولأن التسمية يتعلق^(١) العقد عليها تارة، والإشارة يتعلق العقد عليها فأيهما بطل والآخر صحيح، صار الباطل كأن لم يكن فتعلق العقد على الآخر.

وأما محمد فقال في العبد والحر والميتة والمذكاة: أيهما من جنس واحد، فإذا أبطلنا أحدهما أن يكون [مهرًا]، بطل ما هو من جنسه، وليس كذلك الخلل والخمر لأنهما جنسان، فبطلان التسمية في أحدهما لا يوجب بطلان الآخر.

ووجه رواية محمد عن أبي حنيفة: أنه لما سمي حراماً وأشار إلى حلال فقد هزل بالتسمية، [والهازل لا يتعلق بتسميته حكم، فبطل حكم التسمية] والمشار إليه.

١٥٣٥ - [فصل: الزواج على عبيدين فإذا أحدهما حر]

ولو تزوجها على عبيدين فإذا أحدهما حر: فروى ابن سماعة عن أبي يوسف

(١) في أ (يقع).

عن أبي حنيفة: أن العبد إن كان مهر مثلها أو أكثر، فليس لها إلا مهر ذلك، وإن كان أقل من مهر مثلها، بلغ بها مهر مثلها، وهو قول زفر ومحمد.

وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر لو كان عبداً.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أن لها العبد لا يزداد على ذلك إذا كانت [٩٨/ب] قيمته عشرة.

ووجه رواية أبي يوسف: أن المشار إليه لما تعلق الحكم به، صار كأنه قال: تزوجتك على هذا العبد وهذا الحر، إلا أنه لما سمي لها مع العبد زيادة متقومة في الظاهر لم يسلم لها، فوجب الرجوع إلى مهر مثلها.

ووجه رواية محمد: أن التسمية لما سقط حكمها صار كأنه قال: تزوجتك على هذا العبد وهذا الحر، فلا يستحق زيادة على العبد إذا بلغت قيمته أقل المهر. وجه قول أبي يوسف: أن استحقاق الحر لرقبته كاستحقاق الأجنبي له فتجب قيمته.

١٥٣٦ - [فصل: فيمن تزوج على حلال وحرام]

وقد روى ابن سماعه عن محمد: فيمن تزوج امرأة على هذا [الدن من] الخمر وقيمة الظرف عشرة دراهم فصاعداً، فهو المهر ولا شيء لها غير ذلك؛ لأنه سمي حلالاً وحراماً، والحلال يصح أن يكون مهراً، [فكان مهراً]، وروى ابن سماعه خلاف ذلك فقال: لها مهر مثلها؛ لأن الظرف لا يقصد بالعقود وإنما المعقود عليه ما فيه، فإذا بطلت التسمية في [المقصود] بطلت في غيره^(١). والله تعالى أعلم.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٩٨ وما بعدها.

بَاب

الرجل يتزوج على مهرين لكل واحد منهما شرط غير شرط صاحبه

—♦—

قال: إذا تزوج الرجل المرأة على ألف إن لم يخرجها من بلدها، وعلى ألفين إن أخرجها من بلدها، أو على ألف إن لم يكن له امرأة وألفين إن كانت له امرأة، أو على ألف إن كانت مولاة وألفين إن كانت عربية، وما أشبه هذا فالنكاح جائز في قولهم؛ لأن [الشرط الذي] ليس [فيه] توقيت لا يفسد النكاح، ولأن هذا الشرط لو أفسد لأفسد المهر، [وفساد المهر] لا يوجب فساد العقد، فأما المهر فإن أبا حنيفة، وزفر، والحسن قالوا: الشرط الأول جائز إن وقع الوفاء به، فلها ما سمى على ذلك الشرط وإن كانت على خلاف ذلك أو فعل خلاف ما شرط، فلها مهر مثلها لا ينقص من الأقل ولا يزداد على الأكثر.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان، (وقال الشافعي: المهر فاسد بالشرط ويجب لها مهر المثل)^(١).

وجه قول أبي حنيفة: أن الشرط الأول قد صح وموجبه مهر المثل إن لم يقع الوفاء به، فلما شرط الثاني (فكأنه)^(٢) نفى [به] موجب الأول، والتسمية إذا

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقال الشيرازي: «بطل الصداق؛ لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق، فأبطله، ويجب مهر

المثل». المهذب ٤/١٩٩.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

صحت لا يجوز نفي موجبها، فبطل الشرط الثاني.

وجه قولهما: أن كل واحد من الشرطين فيه غرض، وقد سمي فيه بدلاً فصار كمن قال: إن خطته روميًا فبدرهم، وإن خطته فارسيًا فبنصف، (وعلى هذا الخلاف إذا قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غدًا فبنصف)^(١).

ومن أصحابنا من حكى عن زفر بطلان التسميتين؛ لأن كل واحد من الشرطين (مخالف للآخر)^(٢)، فأوجب جهالة المستحق فلم تصح التسمية.

١٥٣٧ - [فصل: إزام الوفاء بما شرط الزوج]

وقالوا جميعاً: إن الزوج لا يلزمه الوفاء بما شرط من طلاق [١/٩٧] امرأته أو ترك الخروج من البلاد؛ لأنه وعد بذلك وعداً فلا يلزمه الوفاء به. والله تعالى أعلم.



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (يخالف الآخر).

بَابُ

المرأة تمنع نفسها بمهرها



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: للمرأة قبل أن يدخل بها الزوج أن تمنع^(١) الدخول حتى يعطيها جميع المهر.

والأصل في ذلك: أن حقها لم يتعين في البدل، فكان لها المطالبة بالقبض حتى يتعين [كتعين ملك الزوج في الاستباحة]؛ ولأن المهر في حكم الثمن في البيع، وقد بينا أن للبايع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن.

١٥٣٨ - [فَصْلُ: خروج المرأة لزيارة أهلها قبل دفع مهرها]

قال: فإن أرادت السفر أو الخروج من منزل الزوج أو زيارة أهلها، لم يكن له منعها من ذلك؛ لأن حق الحبس إنما يثبت له إذا وفاها حقها، فإذا لم يوفها فلها الامتناع، وكان لها التصرف في نفسها كمن لا زوج لها.

١٥٣٩ - [فَصْلُ: منع الزوجة من الزيادة بعد دفع المهر]

قال: فإن أعطها المهر: فله أن يمنعها من ذلك، وله أن يدخل بها؛ لأنه وَّفَّاهَا حقها، فيثبت له [التسليم]^(٢) والحبس؛ لاستيفاء المعقود عليه.



(١) في أ (أن يدخل بها أن تمنع الزوج الدخول).

(٢) في ب (التسليم) والمثبت من أ.

١٥٤٠ - |فَصُلْ: منع المرأة نفسها إذا لم تستوف المهر كاملاً|

فإن أعطاهما المهر إلا درهماً واحداً، فلها أن تمنعه نفسها وأن تخرج من مصرها، فإذا خرجت فليس له استرجاع ما أعطاهما؛ وذلك لأن من ثبت له حق الحبس إذا لم يستوف البدل، ثبت له حق الحبس ببعض البدل كالبائع، وليس له استرجاع ما قبضت؛ لأنها قبضته بحق والقبض بحق لا يفسخ.

١٥٤١ - |فَصُلْ: منع نفسها بالمهر المؤجل|

وإن كان المهر إلى أجل فليس لها أن تمنع نفسها، وقال أبو يوسف: لها أن تمنع نفسها بالمؤجل، رواه معلى عنه قال: وهو قوله الآخر.

وجه قولهما: أنها لما أجلت المهر فقد رضيت بإسقاط حقها، فلم يسقط حق زوجها، وصار كالبائع إذا أجل الثمن سقط حق الحبس، وليس كذلك إذا ذكر أجلاً غير معلوم مثل أن يقول: أتزوجك إلى الميسرة أو [أتزوجك] (على ألف مؤخرة)^(١)؛ لأن الأجل لا يثبت إلا معلوماً فإذا لم يبين مدة، بطل التأجيل وبقي المهر حالاً.

وجه قول أبي يوسف: أن المهر من حكمه أن يتقدم على تسليم المرأة بكل حال، ألا ترى أنه لو كان معيناً أو غير معين وجب تقديمه، فلما قبل الزوج التأجيل كان ذلك رضياً بتأخير حقه من الاستمتاع، وليس كذلك البيع؛ لأن المبيع لا [يوجب]^(٢) تقديم قبض الثمن عليه بكل حال، ألا ترى (أن البدل متى

(١) في أ (على أنه مؤخر).

(٢) في ب (يجب) والمثبت من أ.

كان معيناً سلماً^(١) معاً ، فلم يكن قبول المشتري الأجل رضاً بإسقاط حقه من القبض .

وقد قال أبو يوسف: إن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً ، فله أن يدخل بها إذا أعطاهما الحال ، (وإن لم يدخل بها حتى حلّ الأجل ، فله أن يدخل بها إذا أعطاهما الحال)^(٢) ؛ وذلك لأنها لما أجلت بعض البدل وعجلت بعضه ، فلم يرضَ الزوج بتأخير حقه من الاستمتاع ، ألا ترى أنه لو رضي بذلك ، لم يكن لشرط التعجيل فائدة .

فإذا أعطاهما الحال ثبت له التسليم كالبيع ، وكذلك قال أبو حنيفة: إذا [ب/٩٧] حلّ الأجل فليس لها أن تمنع به ؛ لأن العقد لم يوجب لها حق الحبس به ، فلا يثبت وإن حل .

١٥٤٢ - [فَصَّل: منع نفسها إذا أجل وشرط أن يدخل بها]

قال: وقد قال أبو يوسف: [وكذلك] إن كان كله إلى أجل وشرط أن يدخل بها قبل أن يعطيها ، فذلك له ؛ [وذلك] لأنه لما شرط الدخول فلم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع ، وإن كانت المرأة رضيت بإسقاط حقها ، [فكان له أن يدخل بها] .

١٥٤٣ - [فَصَّل: منع المرأة نفسها بعد الدخول]

وقد قال أبو حنيفة في قوله الآخر: إذا دخل الزوج بامرأته فلها أن تمنع نفسها

(١) في أ (أن المبيع لو كان متعيناً تسلماً معاً) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

حتى تستوفي المهر ، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لها ذلك ، [وكذلك] على هذا الخلاف إذا خلا بها ، قال أبو يوسف ومحمد: ليس لها أن تمتنع إذا أخلته بنفسها .
وجه قول أبي حنيفة: أن المهر في مقابلة الاستمتاع ؛ بدلالة أنها لو انتقلت إلى بيت الزوج ثبت لها حق الامتناع ، وكذلك لو شرطت أن تحبس نفسها ، ولو كان المهر في مقابلة التسليم ، لم يكن لها أن تحبس نفسها بعد الانتقال إليه ، وإذا ثبت أن المهر في مقابلة الاستمتاع ، صار الوطاء الثاني كالأول ، فلها أن تمتنع منه ، وليس كذلك البيع ؛ لأن البائع إذا سلّم فيريد الرجوع فيما سلّمه ، وهذا لا يصح .

وفي مسألتنا تمنع ما لم يقع فيه تسليم ، وهذا غير ممتنع ، فإن ألزم على هذا الإجارة إذا شرط فيها تعجيل الأجرة [ثم] ^(١) سلّم الدار قبل قبض الأجرة ، قلنا: لا رواية في هذه المسألة ، فمن أصحابنا من قال: [للمؤاجر] أن يرجع الدار حتى يقبض الأجرة ، فعلى هذا لا فرق بينهما ، ومنهم من قال: بأن عقد الإجارة يقتضي تأخير الأجرة ، ثم جاز أن يتغير موجبها بتعجيل البدل ، فكذلك موجبها الحبس ، ويتغير الموجب بتسليم الدار .

وجه قولهما: أن التسليم الذي يستقر به البدل قد وجد ، فلا يثبت بعده حق الحبس كالبائع إذا سلّم المبيع .

١٥٤٤ - [فصل: في منع نفسها إذا ما أخرت الحال]

قال أبو يوسف: لو كان المهر حالاً فأخرته شهراً فلها أن تمنعه ، وهذا على

(١) في ب (لم) والمثبت من أ .

أصله ؛ لأن قبوله للتأخير رضاً [منه] بإسقاط حقه من التسليم .

١٥٤٥ - [فصل: منع نفسها إذا وجدت المهر زيوفاً]

قال أبو يوسف: ولو وجدت المهر زيوفاً أو ستوقاً، أو كان عرضاً اشترته منه بالمهر فاستحق بعد أن قبضته وقد دخل بها، فليس لها أن تمنع نفسها في جميع ذلك ؛ لأن من أصله [أن] التسليم لو حصل من غير قبض لم يكن لها المنع ، فإذا استحق المقبوض ، صار كأنها لم تقبضه في الأصل .

والفرق بين هذا وبين [المبيع] أن في البيع يمكن البائع الحبس على ما ثبت له في الأصل ، وفي مسألتنا لا يمكنها أن تحبس على الوجه الذي ثبت لها^(١) في الأصل ، ألا ترى [أنه] قد استوفى بعض الوطاء فإذا لم يكن الحبس على الوجه الذي ثبت ، لم يعد [حقها في الحبس]^(٢) . والله عز وجل أعلم .



(١) في أ (له) .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٤١٦ .

بَاب اختلاف الزوجين في المهر

—•••••—

قال أبو الحسن [رحمه الله تعالى]: وإذا اختلف الزوجان في المهر ولا بينة بينهما فقال [1/100] الزوج: تزوجتكِ على ألف [درهم]، وقالت المرأة: على ألفين؛ تحالفاً ويبدأ [بيمين] الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد، فإن كان مهر مثلها ما قال الزوج أو أقل، فلها ما قال الزوج، وإن كان مثل ما ادعت أو أكثر، فلها ما ادعت، وإن كان مهر مثلها [فوق]^(١) ما قال الزوج ودون ما ادعت، فلها مهر مثلها.

وقال أبو يوسف: القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر [جداً].

وجه قولهما: أن موجب عقد النكاح قيمة المعقود عليه، وإنما يسقط بصحة التسمية، فإذا اختلفا في التسمية لم يثبت، فوجب الرجوع إلى [قيمة المعقود عليه]^(٢) الذي ليس فيه معنى التبرع.

أصله: إذا اختلف الصَّبَّاغ ورب الثوب في أجره الصبغ، ولا يلزم إذا اختلف القصار ورب الثوب؛ لأن موجب العقد ليس هو قيمة المنافع، ألا ترى أنه لو قال اقصر هذا ولم يُسَمَّ [فيه] بدلاً لم يجب له بدل العقد؛ ولأن النكاح معاوضة يصحُّ فسخها ليس فيها معنى التبرع، فإذا اختلفا في بدلها تحالفاً كالبيع، وإذا

(١) في ب (مثل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (مقتضى العقد)، والمثبت من أ.

ثبت هذا قال أبو حنيفة: سقط كل واحد من البديلين بيمين المدعى عليه، فبقي موجب العقد، فإن كان ألفين أو أكثر فقد رضيت بإسقاط حقها من الزيادة، وإن [كان] ألفاً أو أقل فقد رضي ببذل الزيادة، فلزمته برضاه، وإن كان مهر المثل بين ذلك فلها مهر مثلها؛ لأن الظاهر لا يشهد لواحد منهما، فيسقط قولهما، ووجب القضاء بالظاهر.

وقد ذكر أبو الحسن: التحالف في الفصول الثلاثة وهو صحيح؛ لأن مهر المثل لا يثبت إلا بسقوط التسمية، والتسمية لا تسقط إلا بالحلف.

وكان أبو بكر الرازي يقول: إن التحالف يثبت في فصل واحد، وهو إذا لم يشهد مهر المثل لدعواهما، فأما إذا كان مهر المثل مثل ما يدعيه أحدهما فالظاهر يشهد [له] (١)، فالقول قوله من غير تحالف.

وجه قول أبي يوسف: أن البضع في حكم السلعة المستهلكة؛ بدلالة أن العقد لا يفسخ فيه بالتحالف، فإذا لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة، فكذلك لا يثبت في النكاح.

وقد ذكر أبو الحسن: أن معنى قول أبي يوسف (ما لم يأت بشيء مستنكر) أن يذكر ما لا يتزوج مثل تلك المرأة عليه؛ لأنه إذا ادعى ذلك أكذبه الظاهر.

وقد روي عن أبي يوسف: أن المستنكر أن يدعي أقل من عشرة؛ لأن ذلك لا يجوز أن يكون مهراً في الشريعة.

وقد روي عن أبي يوسف في المتبايعين إذا اختلفا والسلعة هالكة: أن القول

(١) في ب (لها) والمثبت من أ.

قول المشتري ما لم يأت بشيء مستنكر، [وأجرى على هذا القياس].

١٥٤٦ - [فصل: تقديم إحدى البيئتين]

وإن كانت لأحدهما بينة فالبينة بينته؛ لأنها بينة قابلت الدعوى، فكانت أولى منها، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة؛ لأنها تثبت الزيادة.

١٥٤٧ - [فصل: القول في اختلاف الزوجين في عين المهر]

فإن قال الزوج: تزوجتك على هذا العبد، وقالت المرأة: على هذه الجارية، فالكلام في هذه المسألة كالكلام في [١/٩٨] الألف والألفين إلا في فصل واحد، وهو أن مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية؛ لأن تملك الجارية لا يجوز إلا بالتراضي، ولم [يتفقا]^(١) على تملكها، فوجب القضاء بقيمتها.

١٥٤٨ - [فصل: المهر إذا طلقها قبل الدخول]

قال: وإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الألف في قولهم؛ لأن مهر المثل لا يثبت مع الطلاق قبل الدخول، فلم يمكن [تحكيمه]^(٢)، فوجب إثبات المتيقن وهو نصف الأقل، وقال في مسألة الجارية والعبد: لها المتعة، [إلا أن ترضى أن تأخذ نصف الجارية؛ وذلك لأن في مسألة الألف إذا اتفقا على تسميتها]^(٣)، فالقضاء بنصفها حكم متيقن، وفي مسألة العبد والجارية لم يتفقا

(١) في ب (يتفق) والمثبت من أ.

(٢) في ب (تحكمه) والمثبت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب والمثبت من أ.

على تسمية أحدهما، فلم يمكن القضاء بنصف الأقل إلا باختيارها، وإذا لم [تختر]^(١) سقط البدلان ووجب الرجوع إلى المتعة.

وقد ذكر محمد في الجامع الكبير: إذا اختلفا بعد الطلاق تحالفا وحكمت بالمتعة؛ لأنها ظاهرة مع الطلاق، كما أن مهر المثل ظاهر مع بقاء النكاح فوجب الرجوع إلى ظاهرها، وإذا اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج: تزوجتك على هذا الطعام على أنه كُرٌّ، وقالت المرأة: شرطت لي أنه كُرَّان، فهو مثل اختلافهما في الألف والألفين.

والأصل في هذا: أنهما إذا اختلفا في مقدار ما تعلق العقد على قدره تحالفا، وإذا اختلفا في مقدار ما لا يتعلق العقد به على قدره وهو عين لم يتحالفا؛ لأنه اختلاف في غير المعقود عليه ويعرف الفرق بينهما بجواز العقد على الأبعاض، فكل ما جاز أفراد بعضه بالعقد فالعقد تعلق على قدره، وما لا يجوز أفراد بعضه [بالعقد] فالعقد لا يتعلق على قدره كالثوب.

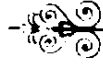
١٥٤٩. [فصل: الاختلاف في قيمة ما كان القول قول الزوج فيه]

قال: وما كان القول قول الزوج فيه فهلك فاختلفا في قيمته فالقول أيضاً قول الزوج؛ وذلك لأن القيمة دين عليه، والاختلاف إذا وقع في الدين فالقول قول المستحق عليه.

١٥٥٠. [فصل: القول في اختلاف المهر بالجنس والصفة]

وإن كان المهر ديناً فاختلفا في جنسه أو صفته أو نوعه، فهو كالاختلاف

(١) في ب (لم تجز) والمثبت من أ.



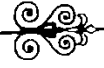
[في الجنسين؛ لأن كل واحد من الجنسين لا يملك إلا بالتراضي، فهو كالاختلاف]^(١) في العبدین، فأما الذرع والكيل والصفة فهي معقودة عليها فيما في الذمة، فإذا اختلفا فيها تحالفا، وأما إذا ادعى أحدهما ألف درهم والآخر مائة دينار، (فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين، يعني أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار)^(٢) أو أكثر فلها المائة دينار؛ وذلك لأن مهر المثل يقضى به من جنس الدراهم والدنانير، فكذلك جاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض، وليس كذلك العبد؛ لأن مهر المثل لا يقضى من جنسه، فلم يجز أن يملك من غير تراض؛ فلذلك قضي بمقدار قيمته^(٣). والله تعالى أعلم.



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) ما بين القوسين سقطت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢٣٤/١٠؛ وشرح مختصر الطحاوي ٤١٦/٤ وما بعدها.



بَاب

المهر يزيد أو ينقص في يد الزوج أو في يد المرأة



قال أبو الحسن عليه السلام: إذا تزوج الرجل المرأة على جارية أو نخل أو شجر، [ب/٩٨] فولدت الجارية أو وطئت بشبهة أو أثمر النخل أو الشجر، فذلك كله مهر للمرأة في قول أصحابنا جميعاً.

قال: وجملة هذا أن الزيادة في المهر إما أن تكون في يد المرأة أو في يد الزوج، فإن كانت في يد الزوج فهو على وجهين:

ما كان نماء من نفس المهر كالولد والتمر، أو بدلاً عن جزء من أجزائه كالأرش، أو ما كان بدلاً عما هو في حكم [الجزء كالعقر]^(١)، فإن ذلك كله مهر، إن طلقها قبل أن يدخل بها انقسم كما ينقسم الأصل؛ وذلك لأن حق التسليم مستقر في الأصل، ألا ترى أنه ينتقل عند الهلاك إلى القيمة، والحقوق المستقرة في الأمر تسري إلى الولد، فأما الثمر فهو نماء من نفس المهر كالولد، وأما الأرش فهو بدل عن العضو فحكمه حكم مبدله، وأما العقر فهو بدل عما هو في حكم الجزء وصار كالأرش، والقسم الثاني: الزيادة إذا لم تكن من نفس المهر ولا عوضاً عن جزء منه، ولا عما هو في الحكم حكم الجزء، مثل أن يوهب لها هبة أو يكتسب كسباً، قال أبو حنيفة: ذلك ليس بمهر وإنما تملكه المرأة بملك الأصل، فإن طلقها قبل الدخول لم ينقسم، وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك مهر

(١) في ب (الحر وكالمهر) والمثبت من أ.

وينقسم مع الأصل .

وجه قول أبي حنيفة: أن الحقوق المتعلقة بالرقاب لا تسري إلى الاكتساب ككسب أم الولد؛ ولأنه ليس بمقصود بالعقد، ألا ترى أن الجارية لا يقصد بتملكها ما يوهب لها، وإذا لم يكن مقصوداً ولا هو بدل عما قصد بالعقد، وإنما هو مال للمرأة [كسائر أموالها]^(١) .

وجه قولهما: أنه يستحق بملك الأصل، فوجب أن يدور مع الأصل كالولد و[الثمر]^(٢)، وأما إن أجر الزوج المهر فالأجرة له؛ لأن المنافع صارت [مالاً بفعله]^(٣)، فهو في حكم الغاصب بملك غيره إذا أجره (ويتصدق بالأجرة؛ لأنه مالٌ حصل له من وجه محظور)^(٤) .

١٥٥١ - [فصل: الزيادة بالمهر في يد المرأة]

وأما إذا حصلت الزيادة في يد المرأة، فكل زيادة من نفس المهر منفصلة عنه كالولد والثمر، أو ما كان بدلاً عن جزء منه، أو ما هو في حكم الجزء، فإنه يمنع الفسخ في قولهم، فإن طلقها قبل أن يدخل بها كان له نصف قيمة الأصل؛ وذلك لأن هذه الزيادة لم يقع عليها العقد فلا يقع عليها الفسخ كجارية أخرى، ولا يجوز أن يقع الفسخ في الأصل دونها؛ لأن الولد موجب بالعقد فلا يسلم لها الموجب مع فسخ العقد في الأصل، كما لا يسلم لها الملك والقبض .

(١) في ب (كسائر ما يوهب لها أموالها) والمثبت من أ.

(٢) في ب (والثمن) والمثبت من أ.

(٣) في ب (مالاً يفعله) والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقال زفر: إذا طلقها فلها نصف المهر ونصف الزيادة؛ وذلك لأنها قبضته مع تعلق حق الزوج به، ألا ترى أن حق [التنصيف] ^(١) متصور ما لم يدخل بها، فصار كالمقبوض ببيع فاسد، [ينقسم] ^(٢) فيه العقد بزوائده.

١٥٥٢ - [فصل: ارتداد المرأة بعد حصول الزيادة في المهر]

وإذا حدثت الزيادة في يد المرأة ثم ارتدت أو قبّلت ابن زوجها قبل الدخول: قال أبو يوسف: في (الأصول) ^(٣) ذلك كله لها، وهو قول محمد، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن الأصل والنماء للزوج.

وجه [قولهم] المشهور: أن الردّة سبب للفرقة [١/٩٩] كالطلاق.

وجه رواية ابن سماعة: أن هذا فسخ للعقد من أصله، فصار كمن باع عبداً بجارية وقبض الأمة ولم يدفع العبد حتى ولدت ثم مات العبد قبل أن يدفعه، فإنه يأخذ الجارية وولدها، وليس كذلك الطلاق؛ لأنه حل للعقد وليس بفسخ فيرتفع من حين الطلاق.

١٥٥٣ - [فصل: أثر الفسخ في الزيادة المتصلة]

وأما [الزيادة] ^(٤) المتصلة كزيادة البدن، فإنها تمنع الفسخ عند أبي حنيفة

وأبي يوسف، وقال محمد: لا تمنع.

(١) في ب (التضييق) والمثبت من أ.

(٢) في ب (فينفسخ) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الأصل).

(٤) في ب (الردّة) والمثبت من أ.

وجه قولهما: أنها زيادة لم يقع عليها العقد، فلا يقع عليها الفسخ كالمنفصلة، ولأن الزيادة المتصلة لها تأثير في المنع من الفسخ ما ليس للمنفصلة، ألا ترى أن^(١) الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة والمنفصلة لا تمنع، فإذا كانت المنفصلة تمنع الفسخ في مسألتنا فالمتصلة أولى.

وجه قول محمد: أنها زيادة غير متميزة من العين كزيادة السعر وعلى هذا الخلاف إذا اختلفا في المبيع بعد الزيادة المتصلة منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولم تمتنع عند محمد، وفرق محمد بين الزيادة المتصلة في المبيع والمهر وبينها في الهبة؛ لأن البيع يتعلق به الضمان فيقبضه المشتري قبضاً مضموناً، فيتعلق حق البائع بما يتولد من الزيادة لأجل الضمان، وقبض الموهوب له ليس مضموناً، فيقبض العين ولا حق للواهب فيها، فتحدث الزيادة على ملكه ولا يتعلق بها حق غيره، فيمنع الفسخ.

١٥٥٤ - [فصل: هلاك الزيادة بيد الزوج]

فإن هلكت هذه الزيادة في يد الزوج ثم طلقها، كان له نصف الأصل؛ لأن الزيادة لما تلفت صار وجودها وعدمها [سواء]، فيتعلق الحكم بالأصل.

١٥٥٥ - [فصل: حدوث الزيادة في يد المرأة بعد الطلاق]

ولو حدثت الزيادة في يد المرأة بعد الطلاق أو الردة، ثبت حقه في الزيادة؛ لأن حق الفسخ استقر بالطلاق [في الأصل]، (فيتعلق الحق بالزيادة)^(٢) كالنماء فيما قبض ببيع فاسد.

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) في أ (فتعلق بالزوائد).

١٥٥٦ - [فصل: حصول الكسب بيد المرأة وطلاقها قبل الدخول]

وأما الكسب إذا حصل في يد المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فالكسب لها، ويأخذ الزوج نصف الجارية؛ لأن الكسب ليس بموجب بالعقد، فيجوز أن يفسخ العقد في الأصل دونه، ولا يجوز أن يستحق الزوج نصفه؛ لأنه لم يقع عليه العقد ولا التسليم الواجب بالعقد.

١٥٥٧ - [فصل: حصول النقصان في المهر]

قد بينا حكم الزيادة في المهر، فأما النقصان فلا يخلو إما أن يكون في يد الزوج أو في يد المرأة، وكل واحد منهما على خمسة أوجه:

إن كان النقص في يد الزوج بفعل الأجنبي؛ فالمرأة بالخيار: [إن شاءت] أخذت العبد وأتبعته الجاني بالأرث، وإن شاءت أخذت قيمة العبد يوم وقع عليها العقد، وإنما يثبت لها الخيار لأنها دخلت في العقد ليسلم لها عبد صحيح، والآن يسلم لها بعض العبد وتمامه دراهم، فقد تغيرت صفة المعقود عليه قبل القبض، وهذا (سبب للخيار)^(١).

(فإن اختارت أخذ العبد أخذت الأرث؛ لأن الجناية حصلت على ملكها)^(٢)، وإن اختارت أخذ القيمة اتبع الزوج الجاني بالأرث؛ لأن ملك المرأة نما الفسخ في المهر، صار كأنه لم يزل على ملك الزوج، فالأرث [ب/٩٩] له، وليس لها أخذ العبد [وتضمنين]^(٣) الزوج الأرث؛ لأنها إذا اختارت أخذه فقد

(١) في أ (يثبت الخيار).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (ويضمن) والمثبت من أ.

أبرأت الزوج من ضمانه [فلا يلزم الزوج شيء].

والثاني: إذا نقص المهر بفعل الله تعالى؛ فالمرأة بالخيار: إن شاءت أخذته ناقصاً ولا شيء لها، وإن شاءت أخذت قيمته يوم وقع عليه العقد؛ لأنه مضمون في يد الزوج فعيوبه من ضمانه فيثبت لها الخيار (لتغير صفته)^(١)، وليس لها الأرش؛ لأن الأتباع لا تُضمن بالعقود، والمهر مضمون على الزوج بالعقد، وهذا [إذا] كان العيب فاحشاً، فأما إن كان العيب يسيراً فلا خيار لها، كما لو كان العيب اليسير في الأصل.

وأما إذا حدث النقصان بفعل الزوج فالمشهور من الرواية: أن المرأة بالخيار: إن شاءت أخذته وأرش النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد؛ وذلك لأن الأتباع تُضمن بالقبوض وإن لم يضمن بالعقود، واستهلاك الزوج قبض، وفرقوا بين هذا وبين البائع إذا جنى على المبيع؛ لأن الأرش لو وجب على البائع، لوجب تسليمه بعقد البيع، (وما وجب تسليمه بعقد البيع)^(٢) فهو مبيع، والأرش لا يجوز أن يكون مبيعاً في الذمة، وفي مسألتنا إذا وجب تسليم الأرش على الزوج كان مهراً، والأرش يجوز أن يكون مهراً في الذمة.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الزوج [إذا جنى]^(٣) على المهر فهي بالخيار: إن شاءت أخذته ناقصاً من غير أرش، وإن شاءت أخذت القيمة، وسوّى بينه وبين المبيع؛ لأنه مضمون عليه بالعقد لم يستقر ملكها فيه

(١) في أ (بتغير الصفة).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (أو أجنبي) والمثبت من أ.

كالمبيع في يد البائع .

والقسم الرابع: إذا جنى المهر على نفسه فيه روايتان:

إحدهما: أنه كالأفة من السماء، والرواية الأخرى: أنه في حكم جناية

الزوج .

[وجه الرواية الأولى]: أن جناية الإنسان على نفسه هدر، فهي كالأفة من

السماء .

[وجه الرواية الأخرى]: أن جناية المضمون في يد الضامن كجناية

الضامن، الدليل عليه العبد الغصب إذا جنى في (١) يد الغاصب (٢) .

والقسم الخامس: أن تجني المرأة عليه، فتصير قابضة بالجناية ويدخل في

ضمانها على ما قدمنا في المشتري إذا جنى على (المبيع) (٣) في يد البائع .

١٥٥٨ - [فصل: النقص الحادث بالمهر في يد المرأة]

وأما النقص الحادث بالمهر في يد المرأة، فهو على خمسة أقسام:

إن جنى عليه أجنبي بعد القبض (قبل الطلاق) فلها الأرش، فإن طلقها

الزوج فلها نصف قيمتها ولا سبيل له على [العبد] (٤)؛ لأن الأرش لم يقع عليه

العقد فلم يقع عليه الفسخ، وإن كانت جناية الأجنبي عليه بعد الطلاق فللزوجة

(١) في ب (أو أجنبي) والمثبت من أ.

(٢) العبارة مضطربة في ب والمثبت كما ورد في أ.

(٣) في أ (المشترى).

(٤) في ب (العين) والمثبت من أ.

نصف العبد وهو بالخيار في الأرش: إن شاء أخذ نصفه من المرأة، واعتبرت القيمة يوم القبض، وإن شاء اتبع الجاني فكان عليه أرش ذلك من قيمته؛ لأنه مضمون عليها، وحق الفسخ يستقر فيه كالمقبوض ببيع فاسد.

[والقسم الثاني] (وإن كان النقص بأفة من السماء)^(١)، فالزوج بالخيار: إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له، وإن شاء أخذ نصف القيمة يوم القبض؛ لأنَّ حقه معها عند الفسخ [كحقتها معه]^(٢) عند العقد، ولو حدث في يده نقص بأفة من السماء، [١/١٠٠] كان لها الخيار: بين أن يأخذ العين ناقصة أو قيمتها، كذلك حق الزوج معها.

وقال زفر: للزوج أن يضمَّنَّها الأرش؛ لأن المهر مضمون عليها بالقبض والأتباع تُضمن بالقبوض وإن لم يضمن بالعقود، وإن كان ذلك بعد الطلاق، فللزوج أن يأخذ نصفه ونصف الأرش، وإن شاء أخذ نصف قيمته يوم قبضت، لأن الملك لها (وحق الغير في الفسخ مستقر)^(٣)، كالمقبوض ببيع فاسد.

وأما القسم الثالث: إذا كانت الجناية بفعالها، فالزوج بالخيار: إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له من الأرش، وإن شاء أخذ نصف قيمتها؛ لأن المرأة جنت على ملك نفسها، وجناية الإنسان على [ملك] نفسه لا تكون مضمونة عليه، وليس كذلك الزوج إذا جنى في الرواية المشهورة؛ لأنه جنى على ملك غيره، وجناية الإنسان على ملك غيره مضمونة عليه، وإن جنت بعد الطلاق فعليها نصف الأرش لأن حق الفسخ استقر فيها.

(١) في أ (أن يكون نقص بأفة سماوية).

(٢) في ب (كحقتها معها) والمثبت من أ.

(٣) وفي أ (وحق الفسخ مستقر في العين).

والقسم الرابع: إذا كانت الجناية بفعل المهر، فعلى كلا الروائين الزوج بالخيار إن شاء أخذ نصفها (ناقصاً)^(١) وإن شاء أخذ نصف القيمة؛ لأننا إن جعلنا جناية المهر كآلافه من السماء لم تكن مضمونة، وإن جعلناها كجناية المرأة لم تكن مضمونة أيضاً.

والقسم الخامس: أن تكون الجناية بفعل الزوج، فهي كجناية الأجنبي؛ لأنه جنى على ملك غيره، ولا يد له فيه (فصار كجناية الأجنبي)^{(٢)(٣)}.



(١) سقطت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢٧٧/١٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٢٨/٤ وما بعدها.

بَابُ نِكَاحِ السَّمْعَةِ

قال أبو الحسن: وإذا تزوج الرجل المرأة نكاحاً صحيحاً في ظاهره على الشروط التي يصح بها، وهما يريدان بذلك السمعة والرياء في الظاهر، ولا يقصدان أن يكونا به زوجين (لأمر)^(١) خافاه، فالنكاح صحيح في الظاهر - (ولا نقصان)^(٢) - والباطن، ويبطل ما نويان من ذلك، والأصل في هذا أن عدم القصد لا يمنع من انعقاد النكاح بدلالة الهازل، وقد دل على ذلك قوله ﷺ: «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ، النكاح والطلاق والعتاق»^(٣)، وأما إذا جعلنا السمعة في المهر، فاتفقا أن المهر في الباطن مائة، وأنهما يظهران مائتين، ولم يقولوا إن مائة منها سمعة، فالمهر مائتان؛ لأنه سمّي في العقد ما يصح أن يكون مهراً، ولم يتفقا على الهزل ببعضه، فما تقدم من الاتفاق لا يعتدّ به، وصار كأنه زادها في المهر الذي (اتفقا عليه)^(٤)، وإن كانا قالوا: نظهر مائتين، منها مائة سمعة، كان المهر مائة؛ وذلك لأن إحدى المائتين اتفقا على أنهما قالوا لم يقصداها، فكأنهما هزلا بها، والمهر يختلف فيه الجدّ والهزل [١٠٠/ب] وهذا على أحد الروايتين عن أبي

(١) في أ (لضرر).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)؛ والترمذي (١١٨٤)، وقال: «حسن غريب»؛ وابن ماجه (٢٠٣٩)؛ والحاكم في المستدرک، ٢/٢١٦؛ وابن الجارود في المنتقى، ١/١٧٨. وجميعهم بلفظ: «الرجعة» بدلاً عن «العتاق» في النص.

(٤) في أ (توافقاً عليه).

حنيفة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد .

فأما على الرواية الأخرى: فالمهر ما أظهره ؛ لأنها سميا في العقد ما يصح أن يكون مهراً ، وما ذكره في الباطن لم يعتد به في حال العقد ، فلا يؤثر فيه ، وأما إذا اتفقا في الباطن على أن المهر ألف درهم ، وإنما يظهران مائة دينار سمعة ، فلها مهر مثلها ، وهذا في إحدى الروايتين ؛ لأن ما ذكره في الباطن لم يسمياه في حال العقد ، وما ذكره في حال العقد لم يقصداه ، فسقطا جميعاً ووجب لها مهر مثلها ، فأما على الرواية الأخرى عن أبي حنيفة: [فلها]^(١) مائة دينار .

١٥٥٩ - [فصل: الاتفاق بالإقرار بعقد لم يكن]

فإن اتفقا أن يُقرَّ بعقد لم يكن فأقرّا بذلك لم يلزمهما ؛ لأن الإقرار إخبار عن أمر متقدم لا ينعقد به شيء ، فإذا لم يتقدم عليه عقد لم يتعلق به حكم . والله أعلم .

١٥٦٠ - [فصل: الزواج بمهر في الباطن ثم إظهار خلافه في العلن]

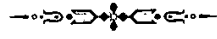
قال: وإن تزوجها [في الباطن على مهر تزويجاً] قاطعاً ، ثم أظهرها غير ذلك في العلانية لم يلزمهما الظاهر ، وإنما يعني بهذا أن يظهرها عقداً فلا يعتبر ما سمياه فيه ؛ لأن النكاح انعقد وتَمَّ ، فما يظهر بعد ذلك لا يتعلق به حكم^(٢) . والله أعلم .



(١) في ب (كلها) والمثبت من أ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٤٢٧ .

بَابُ نِكَاحِ الْعَبِيدِ



قال أبو الحسن: لا يجوز نكاح مملوك [عاقل] بالغ إلا بإذن سيده، عبداً كان أو أمة، كانت ممن يجوز بيعها أو لا يجوز بيعها، أما الأمة فلا يجوز عقدها بغير إذن سيدها؛ لأن منافع بضعها على ملكه، فلا يعقد عليها إلا بإذنه، وأما العبد فلا يصح عقده عندنا، وقال مالك: يصح^(١).

لنا: قوله وَاللَّهِ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»^(٢)، ولأنه عقد فيه عوض، فلا يملكه العبد بغير إذن سيده، كالبيع والإجارة، وكذلك المكاتب؛ لأن عقد الكتابة إذنٌ فيما يتوصل به إلى أداء (ما لها، والتزويج يلزمه الغرم فلا يتوصل) إلى الأداء فيبقى على أصل الحجر، وكذلك المأذون في التجارة؛ لأن النكاح ليس من التجارة، ألا ترى أن من تزوجت على عبد تنوي أن يكون للتجارة، [لم يكن للتجارة]، ولو كان العقود من عقود التجارة لكان بدله للتجارة كالبيع، وكذلك المدبرة وأم الولد؛ لأن منافعها لمولاها كالأمة، وكذلك المكاتب لأنها معرضة للعجز، [فيعود] بضعها إلى ملك المولى، فيصير مستحقاً عليه فلا يجوز إلا بإذنه، وأما المعتق بفضه فهو عند أبي حنيفة كالمكاتب، وعندهما [كحر عليه دين، فيجوز تزويجه من غير إذن أحد]^(٣).

(١) في المعونة: «فأما العبد، فالأمر فيه للسيد، فإن أجاز نكاحه جاز، وإن رده انفسخ». ٧٤١/٢.
 (٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٨)؛ والترمذي (١١١٢)، وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن ماجه (١٩٦٠)؛ وغيرهم من أصحاب السنن والمسانيد.
 (٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

١٥٦١ - [فصل: نكاح المولى لإمائه]

قال: ويجوز نكاح المولى عليهم جميعاً وإن كرهوا [إلا] المكاتب، أما الأمة والمدبرة وأم الولد فيجوز تزويج المولى لهن وإن كرهن؛ لأنه يعقد على ما يملك منهن وهو [١/١٠١] الاستباحة، فصار كعقده على منافع أعضائهن وكبيعهن، وأما العبد فظاهر رواية الأصل: أنه [يجوز]^(١) تزويجه بغير رضاه، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يزوجه إلا برضاه، وبه قال الشافعي.

والدليل على أنه يجوز إنكاحه: أنه عقد لا يملكه [العبد]^(٢) من نفسه، فيملكه المولى منه [إذا كان مما يملك] كعقد الإجارة، ولا يلزم المكاتب؛ لأن إطلاق العبد لا يتناوله، [ثم نسوي بين الأصل والفرع]؛ ولأن هذا العقد يستحق به مال المولى في المهر والنفقة، فصار كعقده على أمواله؛ ولأن كل عقد ملكه بحق الملك على أمته، ملكه على عبده كالإجارة والبيع.

ووجه الرواية الثانية: أن المعقود عليه من جهة العبد هو الاستباحة، وذلك معنى لا يملكه المولى منه، فلا يجوز عقده عليه.

وأما قول الشافعي: أن المولى إذا أكره عبده على النكاح فلا فائدة فيه^(٣)؛ لأن الطلاق بيده فيفارق عقيب العقد فبطل [لمن]^(٤) قال لزوجته المطلقة: إن راجعتك فأنت طالق ثلاثاً، إنه لا فائدة في الرجعة وإن صحت، ولأن [في]

(١) في ب (يجعل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يملك) والزيادة من أ.

(٣) انظر: المهذب ٤/١٢٠، ١٢١.

(٤) في النسخ (بمن) والمثبت بما يقتضيه السياق.



العقد فائدة [للعبد] ، وهو أن المولى تحصل له الإباحة وقد يحتم على العبد مولاه أن يطلق عقيب النكاح في العادة .

فأما المكاتب والمكاتبة فلا يجوز للمولى تزويجهما بغير رضاهما ؛ لأنه أخرجهما عن يده بعقد منع من تصرفه فيهما ، فصار كعقد البيع ، فإذا رضيا جاز عقده ؛ [لأنه منع من العقد لحقهما ، فإذا رضي جاز ، ولا يجوز لهما أن يتزوجا إلا بإذن المولى لما ذكرنا ، فإن أذن لهما المولى جاز] ^(١) ؛ لأنهما منعا من العقد [لحقه] ، فإذا [رضي] جاز [عقدهما] ^(٢) .

١٥٦٢ - [فصل : ملكية مهر الأمة]

قال : وما كان من مهر وجب بالعقد للأمة أو بالدخول مسمى كان أو مهر المثل ، فهو [للمولى] ، إلا المكاتبة والمعتق بعضها ، فإن المهر لها .

والأصل في ذلك : أن المهر في حكم العوض عن جزء من أجزائها ، فهو كالأرش ؛ ولأن المهر بدل عن منافع بضعها ^(٣) ، كالبديل عن منافع أعضائها ، وأما المكاتبة فهي المستحقة لأرشها ، والمهر في حكم الأرش .

١٥٦٣ - [فصل : تحصيل المهر من العبيد]

وما لزم العبيد من المهور بإذن المولى فإنهم يباعون فيه ، وذلك لأنه دين لزم العبد بسبب ثابت في حقه وحق مولاه ، وهذا على أصلنا أن العبد يباع في ديونه ، وقد بيّنا ذلك في البيوع .

(١) الزيادة زيدت من أ .

(٢) في ب (لحقهما) (رضيا) (عقده) والمثبت من أ .

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ .

وأما المدبر والمكاتب فيسعون في المهر؛ لأن دين العبد يستوفى من رقبته وكسبه وقد تعذر الاستيفاء من الرقبة بالتدبير والكتابة، فلم يبق إلا أن يستوفي من الكسب.

١٥٦٤ - [فصل: المهر دين]

قال: وما لزم من ذلك بغير إذن المولى أتبع به بعد العتق؛ وذلك لأنه دين تعلق بسبب لم يثبت في حق المولى فصار كما [لو] ثبت بإقرار العبد.

١٥٦٥ - [فصل: تزويج العبد بالولاية]

وليس لأحد [أن] يتصرف على غيره بالولاية، أو بالأمر أن يزوّج عبده، مثل الأب والوصي والمفاوض والمضارب والمأذون؛ وذلك لأن تصرف هؤلاء على وجه الاحتياط وفيما يعود به النفع إلى المال، وتزويج العبد ضرر من غير منفعة للمولى، ألا ترى أنه يستحق المهر والنفقة، فلم [يملك] ^(١)الغير عليه.

فأما تزويج الأمة فقال أبو حنيفة: كل من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها فإنه يملك تزويج الأمة في حق الغير، مثل الأب والجد والوصي [والمكاتب] والمفاوض والقاضي وأمين القاضي؛ وذلك لأن تصرف [١٠١/ب] هؤلاء عام في كل ما عاد نفعه إلى المال، وفي التزويج نفع لأنه يستحق المهر والولد، [فكان لهم تزويجها]، وأما من كان تصرفه خاصاً في التجارة كشريك العنان والمضارب والمأذون، فلا يملكون عند أبي حنيفة ومحمد تزويج الإماء.

وقال أبو يوسف: كل من كان تصرفه عاماً فإنه يملك تزويج الأمة.

(١) في ب (يملكه) والمثبت من أ.

وجه قولهما: أن تصرف هؤلاء خاص في التجارات، والنكاح ليس من التجارة؛ بدلالة أن المأذونة لا تزوج نفسها، وإذا لم يكن من التجارة لم يجز عقدهم فيه.

وجه قول أبي يوسف: أن تصرف هؤلاء عام، [فحلوا]^(١) محل الأب والوصي.

وقال أبو يوسف: إذا زوج الأب جارية ابنه الصغير من عبده جاز، وقال زفر: لا يجوز.

وجه قول أبي يوسف: أن فيه منفعة، ولا ضرر فيه بدلالة أنه يحصل له الأولاد ولا يستحق رقبته بالمهر ولا بالنفقة؛ لأن النفقة [تجب] على مولاها بعد النكاح وقبله، فصار كتزويج الأمة.

لزفر: أن هذا [يوجب عيباً]^(٢) في رقبته، ويجوز أن يبيع الأمة فيستحق رقبته بالمهر، فصار كتزويجه بأمة الغير.

١٥٦٦ - [فصل: تزويج العبد والأمة بغير إذن المولى]

قال: وإن زوج عبداً أو أمة أو أحداً ممن ذكرنا أنه لا يجوز تزويجه إلا بإذن مولاها، [فإن زوج] بغير إذن المولى ثم أجاز المولى النكاح قبل الدخول بالزوجة أو بعده جاز النكاح، ولم يلزم الزوج إلا مهر واحد، وهذا استحسان في الإجازة بعد الدخول؛ وذلك لأن من لا يملك العقد إذا عقده وقف على إجازة مالكة

(١) في ب (فحل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (واجب علينا) والمثبت من أ.

كالأجنبي ، فإذا (أجاز استندت إجازته)^(١) إلى العقد ، فكأنه عقد بإذنه ، وأما إذا تزوج العبد بغير إذن المولى ، ودخل بها ، ثم أجاز المولى [النكاح] ، فالقياس أن يلزمه مهر بالدخول ومهر بالإجازة ؛ لأن الدخول في النكاح الموقوف كالدخل في النكاح الفاسد فيجب به مهر المثل ، فإذا أجاز العقد وجب بالعقد الصحيح مهراً آخر .

وجه الاستحسان : أنه لا يلزمه إلا مهر واحد ؛ لأن مهر المثل لو وجب لتعلق بحكم العقد ، ألا ترى أنه لو [لا]^(٢) العقد لوجب به الحد والمسمى يجب بالعقد ، فلو اجتمعا لأوجب العقد الواحد مهرين ، وهذا لا يصح .

١٥٦٧ - [فصل : زواج الأمة بغير إذن المولى]

وإذا تزوجت الأمة بغير إذن المولى ثم خرجت من ملكه فإن حلَّ فرجها للمالك الثاني انفسخ النكاح ، وإن لم يحل فأجاز الثاني جاز ، وأما العبد فللثاني أن يجيز نكاحه .

والكلام في هذه المسألة يقع في أن العقد إذا وقف على واحد جاز أن يلحقه الإجازة من غيره ، وقال زفر : لا يجوز .

[لنا] : ذلك لأن المالك إنما وقف عليه العقد ؛ لأنه يملك إجازته ، وهذا المعنى موجود في المالك الثاني ، [فينبغي أن يكون مثله ؛ ولأنه لما ملك ابتداء العقد ، جاز أن يملك إجازته ، أصله المالك الأول] ولا شبهة في العقد على ملك الصغير إذا لم يجزه الوصي حتى بلغ [الصغير] ؛ لأن الوصي إنما كان يقوم مقام

(١) في أ (فإذا أجازته استندت الإجازة) .

(٢) في ب (قال) والمثبت من أ .

الصغير في الإجازة لعجزه ، فإذا بلغ فقد قدر على الإجازة فيجوز بإجازته .

وأما زفر فيقول: بأن هذا العقد وقف على إجازة واحدٍ ، فإذا انتقلت عنه الإجازة لم يجز أن تلحقه الإجازة من جهة غيره .

أصله: إذا [تزوج] أمة الغير بغير إذنه فمات [١/١٠٢] المولى قبل الإجازة ، أن الوارث لا يملك الإجازة ، كذلك هذا .

والفصل الثاني: أن كل استباحة صحيحة طرأت على استباحة موقوفة أبطلتها ، وكل ملك صحيح طرأ على ملك موقوف أبطله ، والدليل عليه حديث حكيم بن حزام أنه قال لرسول الله ﷺ: إني أدخل السوق فأستجيد السلع ثم أخرج فأبيعها ثم أرجع فأبتاعها وأسلمها ، فقال ﷺ: « لا تبع ما ليس عندك »^(١) ، والمعنى في ذلك أنه طرأ ملك صحيح على ملك موقوف ، ولأن الشيء الواحد لا يجوز أن يكون ملكاً لمالكين ، كل واحد منهما يملك جميعه ، ومعلوم أن [الملك] الموقوف قد أوجب حق التمليك للعائد ، فإذا انتقل الملك لا يخلو إما أن [يصح] ^(٢) جميعاً ، وهذا لا يصح [لما بيننا ، أو يبطل جميعاً ، وهذا لا يجوز ؛ لأنه خلاف الإجماع ؛ لأن العقد الثاني وقع صحيحاً بشرائطه] ، فلم يبت إلا أن يصح أحدهما ، (فكان تصحيح ^(٣) الصحيح) أولى من تصحيح الموقوف ^(٤) .

إذا ثبت هذا ، قالوا: فيمن زوج أمة غيره فلم يجز المولى حتى مات ، فإن

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣) ؛ والترمذي (١٢٣٢) ؛ والنسائي (٤٦١٧) ؛ وابن ماجه (٢١٨٧) ؛

وأخرج البخاري بلفظ «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» من حديث ابن عمر رضي الله عنهما (٢٠٢٩) .

(٢) في ب (أن يكون صحا) والمثبت من أ .

(٣) في أ (فلأن يصح الصحيح) .

(٤) في ب عبارة: (ولا يجوز أن يبطل جميعاً... إذا ثبت) ورد هنا .

ورثها من يحل [له] وطؤها، بطل النكاح الموقوف؛ لأن الاستباحة الصحيحة طرأت على الموقوفة، وإن ورثها من لا يحل له وطؤها، مثل أن يرثها جماعة أو يرثها ابنه، وقد كان الميت وطأ الجارية فللوارث الإجازة؛ لأنه لم تطرأ استباحة [صحيحة على استباحة] موقوفة [فبقي] ^(١) الموقوف بحاله، وكذلك إذا باعها المولى فالحكم في إجازة المشتري على الوجه الذي ذكرناه في الوارث.

وعلى هذا قالوا فيمن تزوج جارية غيره بغير إذنه ووطئها فباعها المولى لرجل، ملك الإجازة؛ لأن وطء الزوج يمنع وقوع الإباحة للمشتري، [فلم تطرأ استباحة صحيحة على الموقوفة] وأما العبد إذا تزوج بغير إذن المولى ثم مات المولى أو باعه، فللوارث والمشتري الإجازة، لأنه لا يستباح بالملك، فلم يطرأ على الاستباحة الموقوفة ما ينافيها.

١٥٦٨ - [فصل: زواج العبد أو الأمة بغير إذن المولى فاعتقا]

وإذا تزوج العبد أو الأمة بغير إذن المولى فاعتقهما جاز النكاح، وذلك لأن لكل واحد منهما قولاً صحيحاً، وإنما لم ينفذ عقدهما لحق المولى، فإذا أعتقهما فقد زال حق المولى، فلم يبق إلا حقهما فجاز العقد.

وقد قال أصحابنا: إنهما إذا أعتقا جاز العقد بغير إجازة؛ لأن العتق أسقط حق المولى، فلم يبق إلا حق العبد فلم يقف عقده على إجازته، ولو لم يعتقه، ولكنه أذن له في النكاح لم يجز ذلك العقد إلا بالإجازة؛ لأن الإذن لم يسقط حق المولى، ألا ترى أنه يملك النهي، وإذا كان حقه ثابتاً، وإنما ملك العبد ما [جعل] إليه، صار العبد كهو فلا بد من الإجازة. والله ﷻ أعلم.

(١) في ب (وهي) والمثبت من أ.

١٥٦٩ - [فصل: اقتضاء إذن المولى لعبده بالزواج]

وإذا أذن المولى لعبده^(١) أن يتزوج ، لم يجوز أن يتزوج إلا امرأة واحدة ؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار بإطلاقه ، فيفيد أدنى ما يتناوله الاسم .

١٥٧٠ - [فصل:]

فإن قال تزوج ما شئت من النساء ، جاز أن يتزوج اثنتين ولم يجوز أكثر من ذلك ؛ لأنه ملكه النكاح عاماً فملك منه جميع ما يملكه العبد .

وقد قال أصحابنا: إن الحرّ [١٠٢/ب] لا يتزوج بأكثر من أربع لقوله تعالى: ﴿ مَثْنَى وَثُلَّةَ وَرَبْعَ ﴾ [النساء: ٣] ، معناه: مثنى أو ثلاث أو رباع ، ومن تأول ذلك على الجمع فقد غلط ؛ لأن الزجاج قال: هذا عي من الكلام ؛ لأن العرب إذا عبرت [عن تسعة لا يقولون اثنين وثلاثة وأربعة ، إنما يقولون تسعة]^(٢) ، وهذا كقوله تعالى: ﴿ أُولَىٰ أَجْنَحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلَّةَ وَرَبْعَ ﴾ [فاطر: ١] وإنما اختص رسول الله ﷺ بجواز زيادة العدد لفضيلته ؛ لأنه كان يقدر على التسوية بينهم ، فأما العبد فلا يتزوج أكثر من اثنتين ، لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين»^(٣) ، ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر ، (فللرق فيه تأثير)^(٤) في نقصه كالقسم ، ولأن النكاح بُني على التفاضل بدلالة أن رسول الله ﷺ لما كان أفضل

(١) في أ (للعبد).

(٢) في ب (لا تقل مثنى وثلاث ورباع) ، والمثبت من أ ، كما نقل نحوها ابن الجوزي عن الزجاج في زاد المسير في علم التفسير ، ص ٢٥٥ (ابن حزم).

(٣) ذكر الحافظ إجماع الصحابة على ذلك ، كما في التلخيص الحبير ، ١٧٣/٣ ؛ ونحوه ابن الملقن في خلاصة البدر ، ١٩٦/٢ . ولم أجد الحديث مرفوعاً بسحب علمي .

(٤) في أ (فللرق تأثر في نقصه).

الناس، جاز له من العدد ما لا يجوز لغيره، والحرّ أفضل من العبد، فوجب أن يتفاضلا في العدد.

١٥٧١ - [فصل: المهر إذا تزوّج نكاحاً فاسداً]

فإن تزوج العبد نكاحاً فاسداً ودخل [بها] لزمه المهر في الحال في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: بعد العتق.

وجه قول أبي حنيفة: أنه أذن له في العقد، وإطلاق العقد يقتضي الصحيح والفاسد بدلالة الإذن في البيع، ولا يلزمه إذا حلف لا يتزوج أنه يحمل على الصحيح؛ لأن الأيمان لا تحمل على (الإطلاق)^(١) وإنما تحمل على العرف، والمعتاد عن الامتناع من التزويج أن يمتنع مما يصح، يبين ذلك ما قالوا أنه لو حلف ما تزوج وقع على الصحيح والفاسد، فدل على أن المستقبل لما حُمِلَ على الصحيح لم يحمل للإطلاق، وإنما حمل للعرف.

وجه قولهما: أن غَرَضَ المولى بالإذن في التزويج أن يحصل لعبده الاستباحة ويعفه عن الزنا، وهذا المعنى موجود في الصحيح دون الفاسد.

١٥٧٢ - [فصل:]

فإن أذن له في نكاح فاسد لزمه المهر في الحال في قولهم؛ لأنه مال لزمه بسبب إذن له فيه [فصار كسائر العرف]^(٢).

(١) في أ (الطلاق).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

١٥٧٣ - [فصل: نكاح الأمة على الحرة]

ولا يجوز نكاح الأمة على الحرة، ويجوز نكاح الحرة على الأمة وقد قدمنا ذلك، فإن جمعهما في عقد صح نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة؛ وذلك لأن [نكاح] الحرة والأمة ينفي نكاح إحداهما الأخرى، ولا تنفي الأمة الحرة، فإذا جمع بينهما فكل واحدة منكوحة على الأخرى، ولو نكح الأمة على الحرة على الانفراد بطل نكاحها، ولو نكح الحرة على الأمة على الانفراد صح نكاحها، فإذا جمع بينهما صح ما يصح على الانفراد وبطل ما يبطل على الانفراد، وليس [كذلك الأختين]^(١) لأن نكاح كل واحدة منهما ينفي نكاح الأخرى، فإذا جمع بينهما تنافيا جميعاً.

١٥٧٤ - [فصل: عتق الأمة بعد النكاح]

قال: إذا أعتقت الأمة بعد صحة نكاحها فلها الخيار، وقال الشافعي: إن كان زوجها حراً فلا خيار لها، وإن كان عبداً فلها الخيار^(٢).

لنا: قوله ﷺ لبريرة: «ملكيت بضعك فاختاري»^(٣)، فجعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها، وعند مخالفينا الخيار يثبت لمعنى [في] الزوج [لا فيها]، ولأنها ملكت نفسها بالحرية بعد تمام العقد عليها [أه: ١٠٥ - بد: ١٠٥] فصار كما

(١) في ب (ذلك للأختين) والمثبت من أ.

(٢) انظر: المهذب ٤/١٧٥.

(٣) أصل الحديث في الصحيحين من حديث عائشة ؓ: (أن بريرة عتقت، فخيرها النبي ﷺ من زوجها)، البخاري، (٢٤٣٩، ٤٩٧٧).

ونص الحديث أخرجه ابن سعد من مرسل الشعبي، ووصله الدارقطني من حديث عائشة كما في الدراية، ٢/٦٢.

لو كان زوجها عبداً ، [ولأنّ] (١) مخالفنا يثبت الخيار لعدم (٢) الكفاءة من جهة الزوج ، وعدم الكفاءة في حال البقاء لا يؤثر في النكاح ، ولأن ما يوجب النقص إذا وقع به [الرضا بالعقد] (٣) لم يثبت فيه الخيار من بعد ، كالفسق وعدم النسب والمال ، ولأنه استفاد بحريتها زيادة ملك عليها لم يملكها بعقد النكاح: وهي التظليقة الثالثة ، فكان لها الامتناع من التزام ذلك ، (كما فيما إذا كان عبداً) (٤) ، وهذا على أصلنا أن الطلاق بالنساء يجعل [الأصل] المتفق عليه الرجعة في الحيضة الثالثة . وقد ألزم على هذه المسألة مسائل ، منها:

إذا تزوجت بغير إذنه فأعتقها أنه لا خيار لها ، وهذا لا يلزم ؛ لأن العقد تم عليها [بعد الحرية] (٥) برضاها ، وألزموا عليه المريض إذا زوج أمته وقيمتها مائة ولا مال له غيرها بمهر مائتين ، وأعتقها في مرضه أنه لا خيار لها ، وهذا لا يلزم ؛ لأن عندنا لها الخيار إلا أنه يتعذر استيفاؤه ؛ لأنها لو اختارت [نفسها] سقط مهرها ، وإذا سقط مهرها بطل عقدها ، وإذا بطل عقدها بطل خيارها ، فكان في استيفاء الخيار فسخه ، يبين ذلك أن المريض لو ظهر له مال كان لها أن تختار ، والخيار إنما يثبت بالعتق لا بظهور المال ، وألزموا الحرة إذا تزوجت وهي مجهولة النسب ثم أقرت بالرق فأعتقها المُقر له ، وهذا لا يلزم لأننا لم نحكم بالرق ، ووقوع الحرية في حق الزوج وإنما [نحكم] (٦) بذلك في حقها .

(١) في ب (ولا) والمثبت من أ .

(٢) هنا عبارة (تمام العقد) في ب ، وهي ساقطة من أ ، والسياق يدل على إقحامها في النص .

(٣) في ب (العقد) والمثبت من أ .

(٤) في أ (كما لو كان الزوج عبداً) .

(٥) في ب (بالحرية) والمثبت من أ .

(٦) في (حكم) والمثبت من أ .

١٥٧٥ - [فصل: المكاتبه إذا تزوجت بإذن المولى]

وقد قال أصحابنا في المكاتبه: إذا تزوجت بإذن المولى ثم أدت فعتقت أن لها الخيار؛ لأنها ملكت نفسها بالحرية بعد تمام العقد عليها كالأمة، وقال زفر: لا خيار لها لأنها ملكت بدل بضعها كالحرة، وهذا ليس بصحيح؛ لأنها لم تملك بدل بضعها بعقد النكاح، وإنما ملكته بعقد الكتابة، فالمعتبر في سقوط الخيار أن يسلم لها البدل بعقد النكاح، فأما إذا سلم بغيره لم يمنع ثبوت الخيار، كما لو زوج المولى أمته على طعام، وأذن لها في أكله، [وإذا أعتقها ووهب لها مهرها].

١٥٧٦ - [فصل: في الرق إذا طرأ على النكاح ثم أعتقت]

وقد قال أبو يوسف: في الرق إذا طرأ على النكاح ثم أعتقت ثبت لها الخيار، كالحربية إذا تزوجت ثم سببت فأعتقت، والمسلمة إذا تزوجت ثم ارتدت مع زوجها ولحقا بدار الحرب، فأخذها معاً فاسترقت ثم أعتقت إن الخيار لها ثابت.

وقال محمد: إذا لم يثبت العقد على وجه يوجب الخيار لم يثبت لها الخيار بالعتق، وعلى هذا الخلاف جوز أبو يوسف أن يثبت خيار العتق في العقد مرة بعد مرة مثل أن تعتق فتختار الزوج، ثم تسترق فتعتق فتختار نفسها.

وقال محمد: لا يثبت بالرق الثاني الخيار.

وجه قول أبي يوسف: أن العتق سبب للتخيير، فصار كقوله لها: اختاري. وجه قول محمد: أن (العتق)^(١) وقع غير موجب للخيار فلا يتعلق به خيار

(١) في أ (العقد).



لم يثبت سببه في حال العقد ، كالكفاءة إذا زال سببها .

١٥٧٧ - [فصل: خيار المخيرة في المجلس]

وقد [١/١٠٣] قالوا: إن الخيار للمخيرة في المجلس الذي تعلم فيه بالعتق ، وبأن لها الخيار ؛ وذلك لأنه خيار تملك فيقف على المجلس كخيار القبول .

قالوا: فإن علمت بالعتق ولم تعلم بالخيار [في ذلك المجلس] ثم علمت أن لها الخيار في مجلس آخر ، فلها أن تختار في ذلك المجلس ، وإن كان قد وطئها فيما بين المجلسين ؛ لأن سبب هذا الخيار تملكها لبضعها بعد أن لم تكن مالكة ، [والخيار إذا ثبت بملك طارئ]^(١) على النكاح اعتبر العلم بالتمليك ، كقوله: اختاري .

١٥٧٨ - [فصل: الفرقة التي لا تكون طلاقاً]

قال: وهي فرقة بغير طلاق ؛ لأنها تتعلق بسبب من جهة المرأة والفرقة متى كانت بهذه الصفة لم تكن طلاقاً ؛ لأن المرأة لا تملك الطلاق ولا تفتقر إلى حكم الحاكم ؛ لأنه خيار طارئ على النكاح كاختيار المخيرة^(٢) .

والله ﷻ أعلم بالصواب .



(١) في ب (بالخيار إذا تعلق بملك طار) ، والمثبت من أ .

(٢) انظر بالتفصيل: الأصل ٢٦٣/١٠ وما بعدها .

بَاب نكاح أهل الذمة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة، والكلام في هذا الفصل يقع في جواز أنكحتهم، وقد دللنا على ذلك فيما مضى، فأما صحة أنكحتهم التي تقع على وجه يصح من المسلمين؛ فلأن الناس كلهم في الشريعة سواء إلا ما خص بدليل، ولهذا قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «خطابي للجماعة»، وقال: «بعثت إلى الأحمر والأسود»^(١)، فأما ما حرم على المسلمين من العقود فإنها تنقسم في حقهم، فعند أبي حنيفة: كل نكاح يفسد بين المسلمين [لفقد]^(٢) شرط، فإنه يصح منهم كالنكاح بغير شهود، ونكاح الذمية في عدة ذمي، وما كان الفساد فيه لمعنى في نفس المعقود عليه أو كان من طريق الجمع، فإنه فاسد في حقهم، فالأول: مثل نكاح ذوات المحارم، والثاني: مثل الجمع بين الخامسة والأختين والزوجين وإن سببت.

قلت: كل نكاح فسد بين المسلمين لمعنى يستوي فيه الابتداء والبقاء فسد في حقهم، وما فسد في حق المسلمين لمعنى يختلف فيه الابتداء والبقاء، فإنه لا يفسد في حقهم.

وقال أبو يوسف: ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم إلا النكاح بغير شهود، فكأنه يعتبر الفساد المجمع عليه.

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء، ٤٥٠/١.

(٢) في ب (لعقد).

وقال محمد: ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم إلا النكاح بغير شهود، والجمع بين أكثر من أربعة والجمع بين الأختين.

وقال زفر: ما فسد في حق المسلمين فسد في حقهم. والكلام يقع مع زفر في الذمي إذا تزوج بغير شهود ثم أسلم.

قال أصحابنا: يقر على نكاحه، وقال زفر: لا يقر.

لنا: أن الشهادة تعتبر في ابتداء النكاح حقاً لله تعالى، والكافر لا يخاطب بحقوق الله تعالى في أحكام الدنيا، وفي حال البقاء الشهادة غير معتبرة بدلالة موت الشهود، ولأن أهل الذمة إذا التزموا أحكامنا بالذمة لم يلتزموها على اختلافها، فإذا كان هذا [النكاح] يصح بين المسلمين بوجه فلأن يصح من الكفار [١٠٣/ب] أولى.

وجه قول زفر: أنه نكاح فاسد، فيستوي فيه المسلم والذمي كنكاح ذوات المحارم.

١٥٧٩ - [فصل: زواج الذمي ذمية أثناء عدتها]

وأما إذا تزوج الذمي ذمية في عدة من ذمي جاز النكاح عند أبي حنيفة، فإن أسلما أقرا عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: النكاح فاسد.

وجه قول أبي حنيفة: أن العدة تؤثر في ابتداء النكاح، ولا تمنع البقاء كالشهادة؛ ولأن العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج، فما كان من حق الله فالذميان لا يخاطبان به في أحكام الدنيا، وما كان من حق الزوج فإنه لا يعتقده

حقاً، فسقطت العدة في ابتداء (العقد)^(١) فلم يجر أن يؤثر فيه حال البقاء، وليس كذلك إذا تزوجها في عدة من مسلم؛ لأن المسلم يعتقد العدة حقاً فتجب [العدة] لأجله فيمنع العقد.

وجه قولهم: أن النكاح في حال العدة مجمع على تحريمه كنكاح ذوات المحارم.

١٥٨٠ - [فصل: نكاح ذوات المحارم]

وأما نكاح ذوات المحارم فهو فاسد؛ لأن الفساد في نفس المعقود عليه، ولأنه يستوي فيه الابتداء والبقاء إلا أن عند أبي حنيفة لا يعترض عليهم فيه إلا أن يترافعوا إلينا أو يسلم أحدهم.

وقال أبو يوسف: أفرق بينهم، ترافعوا أو لم يترافعوا.

وقال محمد: إن ارتفع أحدهما فرقت وإلا لم أفرق.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد إذا لم يترافعوا: (أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر: «إما أن تذرؤا الربا أو تأذنوا بحرب من الله»^(٢))، ولم يكتب إليهم في أنكحتهم، وفتح المسلمون بلاد فارس ولم يعترضوا في الأنكحة، والذي روي (أن عمر رضي الله عنه كتب أن يفرق بينهم وبين أمهاتهم) لو ثبت لنقل من طريق الاستفاضة، فلما لم ينقل دل على أنه لم يثبت، أو يكون كتب به ورجع عنه فلم

(١) في أ (النكاح).

(٢) لم أجد في كتاب النبي ﷺ هذا اللفظ (بحسب اطلاعي)، وإنما ذكر الجميع: (أنه ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائهم). انظر: نصب الراية ٤/١٨١.

يعمل عليه ، ولأنه أمر يعتقدونه ديناً وليس فيه ضرر علينا فصار ككفرهم .

وجه قول أبي يوسف: قوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ، [والله تعالى لم ينزل نكاح الأمهات] ولأن جميع الناس في أحكام الشريعة سواء ، [إلا أن يقوم دليل] ولو استطعنا [لتتبعنا]^(١) دار الحرب بأحكامنا ، إلا أنه لا يمكن [فوجب إجراؤها] في دار الإسلام .

١٥٨١ - [فصل: الفرقة إذا رضي أحدهم بحكمنا]

وأما إذا رضي أحدهم بحكمنا ، قال أبو حنيفة: لا يفرق بينهم ، وقال محمد: يفرق .

وجه قول أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] فعلق الحكم بشرط وهو اجتماعهم عليه ، ولأن ترك الاعتراض حق لهما ، فإذا طلب أحدهم حكمنا فقد أسقط حق نفسه فبقي حق الآخر بحاله .

وجه قول محمد: أن الطالب بحكمنا ملتزم له ، فصار كما لو أسلم .

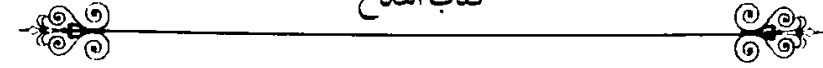
١٥٨٢ - [فصل: إقامة الذمي مع مطلقة ثلاثاً]

وأما إذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً أو خالعتها ثم أقام عليها ، فإنه يمنع منها وإن لم يترافعا ؛ وذلك لأنه طراً بعد العقد ما أوجب إسقاط حقه عنها ، فلا يقر على المقام بغير عقد كما لا يقر على الزنا .

١٥٨٣ - [فصل: زواج الذمي بلا مهر]

قال أبو حنيفة: إذا تزوج الذمي الذمية على أن لا مهر لها ، صح ذلك [١٠٤/ب]

(١) في ب (لسقنا) والمثبت من أ .



ولا شيء لها وإن أسلمت ، وقال أبو يوسف ومحمد: لها مهر مثلها .

وجه قول أبي حنيفة: أن المهر ثبت في ابتداء النكاح لحق الله ولحق الزوجة ، فما كان من حق الله تعالى فهما لا يخاطبان به ، وما كان من [حقها]^(١) فقد أسقطته ، فلو اعتبر المهر لا اعتبر في حال البقاء مع رضاها بإسقاطه ، وهذا لا يصح كما لو [أبرأت]^(٢) من مهرها بعد تسميته ، ولا يلزم إذا تزوجها على خمر أو خنزير ، لأنها لم ترض بإسقاط حقها من البدل حين سمّت ماله قيمة عندها .

(وقد قال في الأصل: ولو تزوجها بميتة أو دم أو بغير شيء ؛ كان لها مهر مثلها ، وهذا محمول على أنه سكت عن التسمية ، والسكوت ليس برضاً منها بإسقاط حقها)^(٣) .

وجه قولهما: أن أهل الذمة محمولون على أحكام الإسلام ، فما أجمع عليه [المسلمون] لزمهم حكمه ، [وثبوت]^(٤) المهر في النكاح مجمع عليه ، فلا يسقط بإسقاطهم .

١٥٨٤ - [فصل: الزواج على ميتة أو بغير شيء]

وقد ذكر في الأصل: إذا تزوجها على ميتة أو دم أو بغير شيء فالنكاح جائز ، ولها مهر مثلها ، وظاهر قوله: (أو بغير شيء) السكوت عن التسمية (لا)^(٥) أنه نفاها .

(١) في ب (حقهما) والمثبت من أ .

(٢) في ب (أبرأ) والمثبت من أ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) في ب (ويثبت) والمثبت من أ .

(٥) في أ (إلا) .

(وقال)^(١) في الجامع الصغير: إذا تزوجها على ميتة أو دم فلا شيء لها، وحكى أبو عبد الله البصري عن أبي الحسن أنه قال: قياس قول أبي حنيفة أن لا يثبت لها المهر كما لو (نفاه)^(٢)، ومن أصحابنا من فرق بين الموضعين فقال: إذا تزوجها على أن لا مهر لها فلا مهر، وإن سكت عن التسمية فلها المهر، وتأول ما ذكره في النكاح على أنه سكت [عن التسمية؛ لأنه نفاه]، والفرق بينهما: أن المهر يثبت في العقد لحق الله تعالى وحقها، وإنما يسقط بالنفي، والسكوت ليس بنفي فبقي المهر متعلقاً بالعقد، وأما إذا تزوجها على ميتة أو دم فقال: لها [مهر مثلها]^(٣) رواية واحدة؛ لأنها لم ترض باستحقاق (بضعها)^(٤) إلا ببدل، فصارت كالمسلمة.

ويتأول ما ذكره في الجامع الصغير على الحربيين فيكون جامعاً بينهما، وما ذكره في الأصل [حمل]^(٥) على الذميين، ومنهم من جعل ما ذكره في الجامع مخالفاً لما ذكره في الأصل.

فوجه رواية الأصل ما ذكرنا أنها لم ترض باستحقاق بضعها إلا ببدل، فلم يجز استحقاقه على غير الوجه الذي رضيت به.

ووجه رواية الجامع: أنها لما رضيت بالميتة ولا قيمة لها صار ذلك رضاً باستحقاق بضعها بغير بدل، فكأنها قالت: على أن مهر لي.

(١) في أ (إلا أنه ذكر).

(٢) في أ (نفاه).

(٣) في ب (المهر) والمثبت من أ.

(٤) في ب (بعضها).

(٥) في ب (جملة).

١٥٨٥ - [فصل: نكاح أهل الذمة فيما اختلفت شرائعهم]

ويجوز نكاح أهل الذمة بعضهم لبعض [وإن اختلفت شرائعهم] (١)؛ وذلك لأن الكفر ملة واحدة بدلالة قوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ [الكافرون: ٦] فجعل لهم ديناً واحداً، ولأنه يجمعهم اعتقاد واحد يقرون عليه، وهو التكذيب برسول الله ﷺ، فصار كاليهود المختلفين فيما بينهم. والله أعلم.

١٥٨٦ - [فصل: الفرقة في إسلام أحد الذميين]

قال: وإذا أسلم أحد الذميين لم تقع الفرقة حتى يعرض الحاكم على من لم يسلم الإسلام، فإن أسلم وإلا فرق بينهما.

قال: وجملة هذا أن المرأة إذا أسلمت في دار الإسلام عرض الحاكم على زوجها الإسلام، فإن أسلم وإلا فرق بينهما، وإن أسلم [ب/١٠٧] الزوج، فإن كانت الزوجة كتابية فالنكاح بحاله؛ لأنه يصح الابتداء به، وإن كانت مجوسية أو وثنية عرض الحاكم عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما، وقال الشافعي: إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول لم تقع الفرقة حتى تمضي ثلاث حيض، فإن أسلم الآخر قبل مضيها فالنكاح بحاله، وإن لم يسلم بانت بمضيها (٢).

لنا: (ما روي أن رجلاً من بني تغلب أسلمت امرأته، فعرض عليه عمر رضي الله عنه الإسلام فامتنع ففرق بينهما)، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف، ولأنه إسلام طارئ على نكاح ذميين فلا تقع الفرقة فيه بمضي [ثلاث حيض] (٣)، كما

(١) في ب (وإن اختلفت شهراً يجمعهم).

(٢) انظر: المهذب ٤/١٨٠؛ المنهاج ص ٣٨٧.

(٣) في ب (حيض) والمثبت من أ.

لو كانت المرأة كتابية ، أو كما لو أسلما أو كإسلام الزوج الصغير .

١٥٨٧ - [فصل: الفرقة في إسلام أحد الزوجين بدار الحرب]

وأما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب فإن الفرقة تقف على مضي ثلاث حيض ، فإذا مضت وقعت الفرقة ، وتجب العدة بعد مضيها على قول من يوجب العدة على امرأة الذمي ؛ وذلك لأن عرض الإسلام يتعذر في دار الحرب ، ولا يجوز أن تقع الفرقة بالإسلام ؛ لأنه مصحح للعقود فلا تبطل ولا تقع بالكفر ؛ لأن ابتداء العقود صح معه فلا ينافي البقاء أولى ، فاحتجنا إلى معنى طارئ يتعلق به الفرقة ليقوم مقام عرض الإسلام ، وما ذلك إلا مضي مدة العدة ، فإذا مضت صار كتفريق الحاكم ، فإن كان الزوج في دار الحرب ثم خرجت إلينا فتمت^(١) الحيض ، وجبت العدة بعدها عند أبي يوسف ومحمد .

١٥٨٨ - [فصل: التفريق بين الزوجين إذا أبت المرأة الإسلام]

وإذا أبت المرأة الإسلام فرق القاضي [بينهما] وكانت فرقة بغير طلاق ؛ لأنها فرقة بفعل المرأة ، والمرأة لا تملك الطلاق ، وأما إذا أسلمت المرأة وأبى الزوج ؛ فرق القاضي بينهما ، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف: ليس بطلاق .

وجه قولهما: أنها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طارئ على النكاح مختص به فصار كلفظ الطلاق .

وجه قول أبي يوسف: أنها فرقة يشترك (في سببها الرجل والمرأة)^(٢) كفرقة

(١) في أ (فمضت) .

(٢) العبارة في ب (الزوجان في سببها) .

الرضاع ، وهذا يبطل بالخلع .

١٥٨٩ - [فصل: أثر الردة في الفرقة]

وأما الردة: فعند أبي حنيفة وأبي يوسف أنها توجب فرقة بغير طلاق .

وقال محمد: (إذا ارتد الرجل فردته طلاق)^(١) ، أما أبو حنيفة فيقول: هذه الفرقة تتعلق بسبب غير مختص بالنكاح ، ألا ترى أن الأحكام المتعلقة بالردة يتعلق بها النكاح (وغيره)^(٢) ، والطلاق ما اختص بالنكاح ، وليس كذلك الإباء؛ لأنه يتعلق بسبب مختص بالنكاح ، ألا ترى أن عرض الإسلام على الإنسان لإسلام غيره لا يكون إلا في النكاح .

وأما أبو يوسف فأصله: أن الطلاق فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج لا توجب تحريماً مؤبداً ولا تتعلق بالدين ، وأما محمد فيقول: كل فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج [لا توجب] تحريماً مؤبداً فهي طلاق كقوله: أنت طالق .

١٥٩٠ - [فصل: أثر الفرقة في بقاء النكاح]

والفرقة في هذا كله بائنة لأنها نوع الفرقة [١٠٤/ب] حتى لا يبقيا على النكاح الذي لا يجوز البقاء عليه ، فلو لم تكن الفرقة [بائنة]^(٣) لبقيا على النكاح ، وهذا لا يصح . والله ﷻ أعلم بالصواب ، وإليه المآب .



(١) في (ردة الزوج طلاق) .

(٢) في أ (وعدمه) .

(٣) في ب (ثابتة) والمثبت من أ .

بَابُ

المهر الذي يجوز بين أهل الذمة



قال أبو الحسن: ما جاز بين المسلمين من المهر فهو جائز بين أهل الذمة، وهذا لما بينا أن أحكامنا تجري عليهم، فما جاز بيننا فهو بينهم أجوز، وما لا يجوز بين المسلمين لم يجز بينهم إلا الخمر والخنزير؛ وذلك لأنها مأل لهم فيجوز أن تكون مهراً في حقهم كالشاة والعصير في حق المسلمين، فإن [أسلما أو] أسلم أحدهما والمهر لم يقبض وهو بعينه، فعند أبي حنيفة ليس لها إلا العين، وقال أبو يوسف: مهر المثل، وقال محمد: القيمة.

وجه قول أبي حنيفة: أنها ملكت الخمر وتم ملكها فيها، بدلالة جواز تصرفها من جميع الجهات، والسبب الموجب لتسليمها [وهو النكاح] لا يفسخ بالإسلام، فصارت كالخمر المغصوبة.

وجه قول أبي يوسف: أن الإسلام الطارئ على العقد على الخمر قبل القبض يصير كالموجود في الابتداء، أصله عقد البيع.

وجه قول محمد: أن التسمية فيها قد صحت وقد تعذر (القبض)^(١) بالإسلام؛ لأن المسلم لا يجوز له أن يتم الملك في الخمر بالقبض، وتعذر التسليم بعد صحة التسمية يوجب القيمة كهلاك المهر.

(١) في أ (التسليم).

١٥٩١ - [فصل: القيمة في المهر إذا تعذر التسليم]

وأما إذا كان ذلك في الذمة فالقياس عند أبي حنيفة: أن تجب القيمة فيها وهو قول محمد وزفر؛ وذلك لأن التسمية صحت وتعذر التسليم، ألا ترى أن في تسليم الخمر تمليكها بما في الذمة، والمسلم لا يجوز له [تمليك] ^(١) الخمر ولا [تملكها] ^(٢)، فإذا تعذر التسليم وجبت القيمة كالهلاك، وإنما استحسّن أبو حنيفة فقال: يجب في الخمر القيمة، وفي الخنزير مهر المثل؛ لأن الإسلام أوجب تغيير التسمية وقد كان الزوج مخيراً قبل الإسلام بين تسليم الخنزير وتسليم قيمته، على أصلنا فيمن تزوج على حيوان فلو أوجبنا القيمة بعد الإسلام لم تتغير التسمية [في الخنزير؛ لأن قيمته تحكي عينه] وهذا لا يصح.

وقال أبو يوسف: يجب مهر المثل فيهما؛ لأن الإسلام الطارئ على التسمية قبل القبض، كالموجود في الابتداء، أصله البيع.

١٥٩٢ - [فصل: قبض المهر المحرم]

وإن كانت مقبوضة فلا شيء للمرأة؛ لأنه طراً على العقد بعد القبض ما أوجب تحريم مثله، فصار كنزول تحريم الربا، لأن النبي ﷺ لم (يتعرض) ^(٣) للمقبوضة منه، [لهذا المعنى، كذلك هذا] ^(٤). والله تعالى أعلم.



(١) في ب (تسليم) والمثبت من أ.

(٢) في ب (تمليكها) والمثبت من أ.

(٣) في أ (يتعرض).

(٤) انظر: الأصل، ٢١٥/١٠ وما بعدها.

بَاب نكاح أهل الحرب



قال الشيخ رحمته الله: كل عقد إذا عقده الذمي كان فاسداً، إذا عقده الحربي كان فاسداً؛ لأن المعنى [المفسد]^(١) في الذمي أن التحريم يستوي فيه الابتداء [والبقاء] وهذا المعنى [١٠٨/ب] موجود في الحربي.

١٥٩٣ - [فصل: زواج الكافر بخمس نسوة أو بأختين ثم يسلم]

وأما إذا تزوج الكافر بخمس نسوة أو بأختين ثم أسلم، فإن كان تزوجهن في عقدة؛ فُرق بينه وبينهن، وإن كان تزوجهن في عَقْدٍ صح نكاح الأول وبطل نكاح الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يختار أربعة منهن وواحدة من الأختين، سواء تزوجهن في عقدة، أو عَقُود استحساناً.

وجه قولهم: أنه تحريم من طريق الجمع فلا يخير فيه بعد الإسلام كالجمع بين الزوجين، ولأن كل اعتراض ثبت في النكاح لأجل الإسلام لم يخير فيه كنكاح ذوات المحارم، ولأنه عقد يعترض عليه لأجل الزيادة فيجب الاعتراض على جميعه كما لو باع درهماً بدرهمين.

وأما محمد: فاستحسن لما رُوي (أن غيلان أسلم وتحتة عشر نسوة، فأمره رسول الله أن يختار منهن أربعاً)^(٢)، (وقيس بن الحارث أسلم وتحتة ثمان

(١) في ب (المفيد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک، ٢/٢٠٩؛ البيهقي في الكبرى، ٧/١٨١؛ ابن أبي شيبة ٧/١٦٢.

نسوة، فأمره رسول الله أن يختار منهن أربعاً^(١)، (وفيروز الديلمي أسلم وتحتة أختان، فخيرهن رسول الله بينهما)^(٢)، وهذا لا دلالة فيه؛ لأن العقد وقع في حال الإباحة، ألا ترى أن في خبر غيلان أسلم وقد تزوج في الجاهلية، وقال مكحول: كان ذلك قبل نزول الفرائض وتحريم الجمع، ثبت بسورة النساء وهي مدنية، يبين ذلك ما روى فيروز لما هاجر إلى رسول الله ﷺ قال له: إن تحتي أختين، فقال: «ارجع فطلق إحداهما»، وهذا يدل على أن العقد وقع صحيحاً في الأصل.

١٥٩٤ - [فصل: استرقاق الحربي بعد زواجه بأربع نسوة]

وعلى هذا الخلاف إذا تزوج الحربي أربع نسوة ثم استرق، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يفرق بينه وبينهن؛ لأن التزويج وقع مع تحريم الأربع على العبد، وإذا فسد العقد لمعنى مقارن لم يخير.

وعند محمد: يخير فيه، كما يخير (الحر)^(٣) في أربعة من نسائه.

١٥٩٥ - [مسألة: الفرقة في اختلاف الدارين]

وقد قال أصحابنا: إن اختلاف الدارين يوجب الفرقة، فإذا خرجت المرأة مسلمة وتركت زوجها كافراً (في دار الحرب)^(٤) بانت منه، وكذلك إذا خرج الزوج مسلماً وتركها كافرة في دار الحرب [بانت منه]^(٥)، وقال الشافعي: لا تقع

(١) أخرجه الدارقطني في السنن، ٢٧١/٣؛ ابن أبي شيبة، ١٦٢/٧.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير، ٣٣٠/١٨.

(٣) في أ (الحربي).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٥) الزيادة من أ.

الفرقة باختلاف الدارين^(١).

لنا: أنه لو غلب على بضعها غيرها مراغماً لزوجها زال ملك الزوج عنه ،
فكذلك إذا غلبت عليه وحازته كالرق ، ألا ترى أن من غلب على عبد الحربي
وأحرزه مراغماً لمولاه زال ملك المولى [منه ، فإذا غلب العبد على رقه مراغماً
وحازه ، زال ملك المولى]^(٢).

١٥٩٦ - [فصل: العدة إذا خرجت الزوجة]

وإن كانت المرأة هي التي خرجت فلا عدة عليها ، وقالوا: عليها العدة ، وقد
قدمنا ذلك .

١٥٩٧ - [فصل: العدة إذا خرج الزوج]

وإن كان الزوج هو الذي خرج ؛ فلا عدة على المرأة في قولهم ؛ لأنها حربية
في دار الحرب فلا تجري الأحكام عليها .

١٥٩٨ - [فصل: الفرقة إذا خرج أحدهما ذمياً]

وإن خرج أحدهما ذمياً وقعت الفرقة ؛ لأنه صار من [أهل دار الإسلام
كالمسلم ، ولو خرج بأمان لم تقع الفرقة ؛ لأنه مبقى على حكم دار الحرب] فصار
كأنهما في دار الحرب .

١٥٩٩ - [فصل: الفرقة في وقوع السبي على الزوجين أو أحدهما]

وإذا سبب الزوجان معاً لم تقع الفرقة ، وقال الشافعي: تقع الفرقة .

(١) انظر: مختصر المزني ص ١٧٣ .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ .

لنا: أنه لم يختلف بهما دين ولا دار فصارا كالمسلمين .

١٦٠٠ - [فصل: سبي أحد الزوجين]

وإن سبي [١/١٠٥] أحدهما بانت ، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ، نزلت في سبايا أوطاس لما امتنع المسلمون من وطء النساء لأجل أزواجهن .

١٦٠١ - [فصل: العدة على المسبية]

ولا عدة عليها لأن النبي ﷺ أوجب على المسبية الاستبراء .

١٦٠٢ - [مسألة: حال وقوع البينونة في الردة]

وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما في الحال ، وقال الشافعي: إن كانت [الردة] بعد الدخول لم تقع الفرقة إلا بمضي الحيض^(١) .

لنا: أنه زوال ملك متعلق بالردة فلا يتأجل ، كزوال ملك المرتد عن دمه ، ولا يلزم زوال ملكه عن ماله ؛ لأنه لا يتأجل عند أبي حنيفة بل يزول في الحال ، وإنما عوده مراعى ولا يقال: إن المرتد يؤجل ثلاثة أيام يُعرض عليه الإسلام فيها ؛ لأن ملكه عن دمه زال في الحال ، وحكمنا بإباحته ، وإنما يستحب [الإنظار]^(٢) في قتله .

١٦٠٣ - [فصل: الفرقة في ارتداد الزوجين معاً]

وإذا ارتد الزوجان معاً لم تقع الفرقة بينهما ، فإن أسلما كانا على نكاحهما

(١) انظر: المهذب ٤/١٨٩ .

(٢) في ب (الاستظهار) والمثبت من أ .

استحساناً، والقياس: أن تقع الفرقة بردتهما، وهو قول زفر ووجهه: أن ردة أحدهما توجب البيونة فردتهما أولى.

[وجه] الاستحسان: أن العرب ارتدوا بعد رسول الله ﷺ ثم أسلموا فلم يفرق الصديق بينهم وبين نسائهم بحضرة الصحابة من غير خلاف.

ولا يقال: فمن أين أنهم ارتدوا معاً؛ لأن كل أمرين [حادثين] لا يعلم تاريخ ما بينهما يحكم بوقوعهما معاً كالغرقى؛ ولأنه لم يختلف بهما دين ولا دار، والفرقة لأجل الدين تقع بالاختلاف فيه.

١٦٠٤ - [فصل: الفرقة في حال انتقال الكتابي إلى دين آخر]

وقد قال أصحابنا: إذا انتقل الكتابي من دين إلى دين لم يعترض عليه.

وقال الشافعي: لا يُمكن من البقاء على الدين الذي انتقل إليه، إلا أن يسلم أو يعود إلى دينه، فإن لم يفعل حتى مضت الحيض وقعت الفرقة، وصار كالمرتد^(١).

لنا: أنه تبديل دين لا يوجب زوال الملك، فلا يوجب الفرقة كإسلام الزوجين، ولأن النصراني إذا انتقل إلى اليهودية فقد اعتقد التوحيد، فلو منعناه من ذلك وأقررناه على النصرانية إذا أظهرها؛ لكننا نلزمه ترك القول بالتوحيد واعتقاد التثليث وهذا لا يصح^(٢).

والله ﷻ أعلم بالصواب وإليه المآب.

(١) انظر: المهذب ٤/١٨٩.

(٢) انظر: الأصل، ١٠/٢٢٢ وما بعدها.

بَابُ الْقَسْمِ



قال أبو الحسن: القسم بين النساء الحرائر سواء مسلمات كُنَّ أو كتابيات ، والأصل في وجوب التسوية في القسم: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] وهذا يدل على وجوب العدل بين النساء في القسم ، وقد قال الشافعي في تأويل هذه الآية: ﴿أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ قال: معناه: ((لا))^(١) تكثر عيالكم)^(٢).

وهذا خطأ [١٠٩/ب] فاحش مخالف لأقوال الخلف والسلف ؛ لأن السلف قالوا معناه: ألا تميلوا ، وهو غلط في اللغة ؛ لأنه لو كان المراد ما قاله لقال: ألا تعيلوا ، وهذا خطأ في المعنى ؛ لأن المنع من تزويج ما زاد على الواحدة ، لو كان لخوف العيال لم يباح ملك اليمين بغير عدد ، ونفقة الإمام واجبة كنفقة الحرائر ، فدل على أن المراد بالآية: الخوف من الميل في القسم الذي يسقط اعتباره في الإمام ؛ ويدل على وجوب التسوية في القسم ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل في القسم ويقول: «اللهم هذا فيما أملك فلا تؤاخذني بما تملك ولا أملك»^(٣) ، وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من

(١) الزيادة من أ.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي من تفسير زيد بن أسلم ، كما في التلخيص ، ٤ / ١٠ ؛ وانظر تفسير الآية: تفسير ابن عطية ، ص ٤٠٠ ، (دار ابن حزم).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٣٤) ؛ والترمذي (١١٤٠) ؛ والنسائي في الكبرى (٨٨٩١) ؛ وابن ماجه =

كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما دون الأخرى، جاء يوم القيامة وشقه مائل»^(١).

١٦٠٥ - [فصل: القَسْم في الكتابة]

ويستوي في القسم المسلمة والكتابية؛ لأنهما لا يختلفان في أحكام النكاح، ولأنهما يستويان في السبب الذي أوجب القسم وهو النكاح، (ألا ترى أن الذمية يجوز أن يتزوجها قبل المسلمة وبعدها ومعها، والأمة والحرية لا يستويان في السبب الموجب للقسم؛ لأن الأمة لا يجوز أن يتزوجها بعد الحرية ولا معها فلم يتساويا في القسم)^(٢).

١٦٠٦ - [فصل: القَسْم في الحرية والأمة]

قال: وللحرية يومان وللأمة يوم، لما روي عن علي عليه السلام أنه قال: للحرية الثلثان من القسم وللأمة الثلث، فإذا سافر فلا قسم عليه، وذلك لأن الرجل لا يلزمه استصحاب المرأة في سفره، (فلا يجب القسم)^(٣) لها، والذي روي (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه)^(٤)، [إنما كان يفعل يطيب] قلوبهن حتى لا يظن به الميل إلى أحدهن، وإذا لم يثبت للنساء حق [السفر] لم

= (١٩٧١)، وغيرهم.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٣) مرفوعاً، وقال ابن حجر: «وأصحاب السنن والبخاري... ورجاله ثقات،

وصححه ابن حبان والحاكم، إلا أن البخاري صوّب أنه من رواية عماد مرسلًا»، الدراية، ٦٦/٢.

(٢) العبارة في أمثلة مختلفة: (ألا ترى أن الذمي يجمع بين أربع كالحرة المسلم، ولما كانت الحرية والأمة

لا يستويان في السبب الموجب للقسم؛ لأن العبد لا يتزوج أكثر من اثنتين، لم يتساويا في القسم).

(٣) في أ (فلا قسم لها).

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٥٣)؛ ومسلم (٢٧٧٠).

يقسم لمن لم يسافر بها .

وقال الشافعي: إن سافر بغير قرعة (قسم للتي لم يسافر بهن)^(١) ، وهذا غلط ؛ لأن من ثبت حقها في القسم لم يختلف في القرعة وغيرها كحال الإقامة ، (والصحيح والمريض في ذلك سواء)^(٢) ؛ (لأن النبي ﷺ استأذن نساءه في مرض موته أن يكون في بيت عائشة رضي الله عنها)^(٣) ، فدل على ثبوت حقهن .

والبكر والثيب في القسم سواء ، وكذلك المنكوحة ابتداءً وغيرها ؛ لأنهن يتساوين في حق حال البقاء فتساوين في حال الابتداء ، كما لو تزوجهن في عقد واحد وهن أبكار ، فإن اصطاح النساء في ذلك على شيء جاز ، وإن رضيت امرأة بترك قسمتها جاز ، لما روي (أن سودة بنت زمعة لما أسنت و فرقت أن يفارقها رضي الله عنها جعلت يومها لعائشة)^(٤) فنزلت ﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾ [النساء: ١٢٨] ، فإن رجعت بعد ذلك وطلبت القسم فلها ذلك ، لأنها أسقطت [١١٠/ب] حقاً لم يجب فلم يسقط بإسقاطها ، كالديون التي لم تجب . وبالله التوفيق اهـ^(٥) .

[آخر كتاب النكاح . والله الحمد والمنة ، والصلاة والسلام على رسوله]^(٦) .

(١) قسم للباقيات .

وانظر: المنهاج ص ٤٠٥ .

(٢) في أ (والمريض في القسم كالصحيح) .

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٦١٨) .

(٤) أخرجه مسلم (١٤٦٣) ؛ والبخاري نحوه (٢٤٥٣) ؛ وباللفظ أخرجه أبو داود والترمذي ، كما ذكر ابن حجر في التلخيص ، ٢٠٣/٣ .

(٥) انظر: الأصل ٣٥٨/١٠ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٣٩/٤ وما بعدها .

(٦) ما بين المعقوفتين زيدت من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

٣٩١ | كتاب الطلاق

—•••••—

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الطلاق في اللغة: عبارة عن إزالة [اليد]^(١)، هو مأخوذ من الإطلاق، يقول: أطلقت إبلي وأسيري وطلقت امرأتي، فالجميع باب واحد، وإنما فصلوا بين اللفظين لاختلاف المعنيين، فقالوا في المرأة طلاق، وفي غيرها إطلاق، وهذا كقولهم حصان وحصان وكلاهما مأخوذ من المنع إلا أنهما قالوا حصان في الفرس، وحصان في المرأة، وكذلك عدل وعدل كلاهما من المعادلة إلا أنهم خصوا أحد الاسمين بالآدمي والآخر بما سواه.

والطلاق في الشرع: عبارة عن المعنى الموضوع لحلّ النكاح، والدليل على وقوعه قوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِإِعْدَّتِهِنَّ﴾ [وقوله ﷺ]: ﴿أَطْلَقُ مَرَّتَانٍ﴾ وقال ﷺ: (كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي)^(٢)، ولأن الاستباحة ملك للزوج ولا حق لأحد فيه، والمالك الصحيح القول يملك إزالة ملكه كسائر (أملاكه)^(٣).

وقد قال أصحابنا: إن الطلاق موضوع لحل عقد النكاح، فزوال الملك يعقبه إذا كان طلاقاً قبل الدخول أو بائناً، وإن كان [طلاقاً] رجعيّاً وقف على

(١) في ب (البدن) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه الترمذي مرفوعاً فقط، (١١٩١)؛ وأخرجه عن علي عبد الرزاق في مصنفه ٤٠٩/٦؛ وابن

أبي شيبة ٧٢/٤؛ والبيهقي في معرفة السنن ٤٩٨/٥، وجميعهم بلفظ المعتوه فقط.

(٣) في أ (الأملاك).

انقضاء العدة ، والدليل على ذلك: ما قالوا فيمن قال لامرأته قبل الدخول: يا زانية أنت طالق، إنه لا حدَّ عليه ولا لعان، ومعلوم أن اللعان يسقط بزوال الملك، فلو كان قوله: أنت طالق لا يُزيل الملك لوجب عليه الحد؛ لأن اللعان متى تعذر بفعل الزوج انتقل حداً مثل تكذيبه نفسه، فلما لم يجب الحد، دل على أن زوال الملك يكون عقيب انحلال النكاح (بالطلاق حكماً)^(١)، واللعان متى سقط من طريق الحكم لم يجب الحد.

قال: والطلاق على ضربين: طلاق سُنَّةٍ، وطلاق بِدْعَةٍ، ثم السنة على ضربين: سنة في العَدَدِ، وسنة في الوَقْتِ، فالسنة في العدد: يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، والسنة في الوقت: يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها.

فأما السنة في العدد فقال أصحابنا: أحسن الطلاق أن يطلق الرجل امرأته واحدةً في طُهرٍ لم يجامعها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها.

والأصل في ذلك: ما روى بشر بن الوليد قال: أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة الضبي عن إبراهيم النخعي (أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يستحبون أن لا يُطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة). وفي خبر آخر: (فكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل [المرأة] ثلاثاً في ثلاثة أطهار)؛ ولأن هذا الطلاق أبعد من الندم، وكلما بَعُدَ الطلاق [١٠٥/ب] من الندم كان أولى.

فأما طلاق السنة: فهو أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، وقال مالك: لا أعرف

(١) ما بين القوسين سقطت من أ.

طلاق السنة إلا أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تنقضي عدتها^(١)، والدليل على ما قلناه: قوله تعالى: ﴿أَطْلَقُ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وفي حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال له: «ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالاً، فتطلقها لكل طهرٍ تطليقة»^(٢)، وإنما قلنا إن هذه السنة يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، لقوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]^(٣) وروي عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر أن المراد: لُقُبْلُ عدتهن، فالآية عامة.

وأما السنة في الوقت: فإن يطلقها طاهراً من غير جماع، أو حاملاً قد استبان حملها؛ والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ روي عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وجماعة من التابعين: طاهراً من غير جماع؛ وروي أن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض، فقال ﷺ: «ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالاً، فتطلقها لكل قُرءٍ تطليقة»^(٤)، وروي أنه قال لعمر: «مُرّه فليراجعها، فإذا طهرت فيطلقها إن شاء طاهراً من غير جماع أو حاملاً قد استبان حملها»^(٥)، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تُطلق لها النساء،

(١) وهذا ما يعرف لدى الحنفية بأنه (أحسن الطلاق)، ومن ثم لا خلاف بين الإطالقيين. انظر: القدوري ص ٣٦١؛ المعونة ٢/٨٣٤.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٣٣٠/٧؛ والدارقطني، ٣١/٤؛ وأورده ابن حجر في التلخيص، ٢٣٢/٣.

(٣) انظر: المحرر الوجيز ص ١٨٦٦.

(٤) أخرجه الدارقطني، والطبراني في المعجم كما ذكر الزيلعي في نصب الراية، ٢٢٠/٣؛ والحافظ في الدراية، ٦٩/٢.

(٥) أخرجه البخاري (٤٩٥٣، ٤٩٥٤)؛ ومسلم (١٤٧١).

وإنما قلنا إن هذه السنة تختلف فيما بين المدخول بها وغير المدخول بها، فيجوز أن يطلق من لم يدخل بها في حال الحيض؛ لأن المانع من إيقاع الطلاق في حال الحيض، أنه يؤدي إلى تطويل العدة؛ لأن الحيضة التي يوقع فيها الطلاق لا تحتسب بها، وهذا المعنى لا يوجد قبل الدخول؛ لأنه لا عدة عليها، وأما كونها طاهراً من غير جماع فلا يتصور في غير المدخول بها.

وقد قال أصحابنا: إن إيقاع الطلاق مجتمعاً بدعة، وقال الشافعي: لا أعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة وإنما هو مباح^(١).

لنا: قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ وهذا أمر بالتفريق، وروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه (أنه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً)، وأجاز ذلك عليه؛ ولأنه سبب لتحريم البضع بفعله من غير حاجة فصار كالمظاهر.

وقد قال أصحابنا: إن من طلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة، أو طلقها (واحدة)^(٢) في حال الحيض أو بعد الجماع فإن ذلك يقع ويكون بدعة.

ومن الناس من قال: لا يقع، والدليل على ما قلناه: ما روي أن ابن عمر قال للنبي صلى الله عليه وسلم: أرأيت لو طلقته ثلاثاً أكانت تحل لي، فقال: «لا، ويكون معصية»^(٣)، وروي عن عبادة بن الصامت أن بعض آبائه طلق امرأته [١/١٠٦] ألفاً،

(١) انظر: مختصر المزني ص ١٩١؛ المنهاج ص ٤٢٢.

(٢) (واحدة) ساقطة من أ.

(٣) أورده ابن القيم في زاد المعاد، وقال: «وأما حديث عبد الله بن عمر، فأصله صحيح بلا شك، لكن هذه الزيادة والوصلة التي فيه (...) إنما جاءت من رواية شعيب بن زريق، وهو الشامي، وبعضهم يقبله، فيقول: زريق بن شعيب، وكيفما كان فهو ضعيف، ولو صحَّ لم يكن فيه».

فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «بانت [منك]»^(١) بالثلاث في معصية، وتسع مائة وسبعة وتسعون فيما لا تملك»^(٢)، (وروي عن عمر بن الخطاب أنه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً وأجاز ذلك عليه)^(٣)، (وعن ابن عباس أنه قال: إن أحدكم يركب الأحموقة فيطلق امرأته ألفاً، ثم يأتيني فيقول: يا ابن عباس، [يا ابن عباس!]، بانت منك امرأتك وعصيت ربك).

ولأن النهي عن إيقاع طلاق البدعة لمعنى في غير المنهي عنه؛ لأنه منع من إيقاع الطلاق الثلاث حتى لا يندم فلا يقدر على مراجعتها، وكذلك الطلاق عقيب الجماع؛ لأنها يجوز أن تحمل من الجماع فيندم، ومنع من إيقاع الطلاق في حال الحيض لتطويل العدة، والنهي إذا كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفيد الفساد كالبيع عند أذان الجمعة، ولأن الله تعالى لما نهى عن طلاق البدعة دل ذلك على وقوعه، ألا ترى أن النهي عما لا يتصور وجوده لا يصح، وإنما فائدة النهي تحريم المنهي عنه وحظره؛ وقولهم: إن الله تعالى جعل لنا الطلاق على وجه مباح، فإذا طلقت على غيره لم يقع، كمن وكّل رجلاً بطلاق امرأته للسنة فطلقها للبدعة لم يقع.

فالجواب: أن الله تعالى ملكنا الطلاق وأمرنا أن نتصرف فيه على وجه، فإذا تصرفنا على غير ذلك الوجه لم يمنع وقوع التصرف وإن كان محظوراً، ووزانه

(١) ساقطة من أ.

(٢) لم أعثر على حديث مرفوع بحسب علمي، وما روي من نحو هذا الحديث، روي من قول ابن عباس، كما روى البيهقي في الكبرى (عن ابن عباس في رجل طلق امرأته ألفاً، قال: أما ثلاث فتحرم عليك، وبقيتهن عليك وزر، اتخذت آيات الله هزواً). ٣٣٢/٧؛ والدارقطني في السنن ١٢/٤، وأخرج البيهقي في الصغرى نحوها عن علي رضي الله عنه ٣٣٢/٦.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ٦٢/٤.

من الوكيل أن يملكه طلاق امرأته ويقول له: طلقها لِسُنَّةٍ ، فإن طلقها للبدعة وقع .

١٦٠٧ - [فَصْلُ: طلاق المدخول بها التي لم تحض]

وإذا كانت المرأة مدخولاً بها لم تحض طَلَّقَهَا أَيَّ وقت شاء ، وإن كان قد طلق عقيب الجماع وكذلك الحامل .

وقال زفر: يفصل بين طلاق الأيسة والصغيرة وبين جماعها بشهر .

لنا: أن المنع من الطلاق عقيب الجماع لا يأمن أن تكون حملت فيندم ، وهذا المعنى لا يوجد في الأيسة والصغيرة ، ولأن العلم ببراءة رَحِمِهَا بعد الجماع أكثر من العلم ببراءة رحم الكبيرة بعد الحيضة ، فإذا جاز إيقاع الطلاق عقيب الحيضة ، فلأن يجوز ها هنا ابتداءً أولى .

وجه قول زفر: أن الشهر أقيم مقام الحيضة فيمن لا تحيض (...) (١) ، فإذا وجب الفصل بين الوطاء والطلاق فيمن تحيض بحيضة وجب الفصل فيمن لا تحيض بشهر ، كالفصل بين التطليقتين .

١٦٠٨ - [فَصْلُ: طلاق الصغيرة ثم أراد تطليقها للسنة]

وإذا طلق الصغيرة والأيسة تطليقة ثم أراد أن يطلقها أخرى للسنة ؛ فصل بين تطليقتيها بشهر ؛ وذلك لأن الشهر أقيم مقام الحيضة فيها بدلالة انقضاء العدة به ، فإذا وجب الفصل بين التطليقتين (٢) بالحيض فيمن تحيض ؛ [١٠٦/ب] وجب

(١) هنا عبارة (فإذا وجب الفصل فيمن لا تحيض) زائدة في ب فقط ، والظاهر أنها أقحمت ؛ إذ العبارة تضطرب وتتكرر بوجودها ، وتستقيم برفعها .

(٢) في أ (التطليقات) .

الفصل فيمن لا تحيض بالشهور .

وقد قال أصحابنا: إن الشهر فيمن لا تحيض أقيم مقام حيضة [وطهر] ؛ لأن العدة تنقضي بهما ، ومن أصحابنا (من أقامه مقام حيضة)^(١) ؛ لأن انقضاء العدة يقع بالحيض ويقع بالشهر .

وفي مسألتنا يدل على أنه قائم مقام ما تنقضي به العدة ، فإنما تتخلل العدة في ذوات الأقراء الأطهار ؛ لأنه لا يمكن وجود الحيض (إلا بأطهار)^(٢) تتخللها ، ويمكن وجود العدة بالشهور من غير أن يتخللها معنى آخر .

١٦٠٩ . [فصل : طلاق الحامل للسنة]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أراد أن يطلق الحامل للسنة ثلاثاً فصل بين كل تطليقتين بشهر ، وقال محمد وزفر: لا يطلقها للسنة إلا واحدة .

لهما: إن عدتها طهر واحد كالصغيرة ، ولأنها على صفة لا يصح منها ابتداء الحمل كالأيسة والصغيرة .

وجه قول زفر: أن الفصل بين التطليقات يقع فيما تنقضي به [العدة] ، وطهر الحامل لا تنقضي به العدة ، فلا يقع به الفصل .

وقد ناقضهما أصحابنا بمن قال لامرأته الصغيرة: أنت (طالق ثلاثاً للسنة)^(٣) ، فوَقعت عليها تطليقتان في شهرين ثم حاضت ، فإن الفصل بين التطليقتين للسنة قد

(١) في أ (أن الشهر أقيم مقام الحيضة) .

(٢) في أ (إلا بوجود أطهار) .

(٣) في أ (طالق للسنة) .

وقع بزمان لم تنقض به العدة.

١٦١٠ - [فَصْل: تساوي النساء في محل الطلاق والمنع من جمعه]

[قال]: والحرّة والمسلمة والأمة [و] الكتابية في ذلك سواء، يعني في محل الطلاق والمنع من جمعه، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِئَدِّيهِنَّ﴾ ولم يُفصل؛ ولأن المنع من جمع الطلاق لخشية الندم، وهذا المعنى موجود في الأمة [و] الكتابية.

١٦١١ - [فَصْل: طلاق الأمة وعِدَّتِها]

[قال]: وطلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان، وقال الشافعي: العدة بالنساء والطلاق بالرجال^(١).

لنا: حديث عائشة وابن عمر أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»^(٢)، ولأن الزوج الحرّ لو ملك من امرأته [الأمة] ثلاث تطليقات لملك تفريقهن [في أوقات السنة، كالحرّ مع امرأته الحرة، فلما لم يملك تفريقهن]، دلّ على أنه لا يملكهن.

وأما العدة: إن كانت الأمة ممن تحيض فعدتها حيضتان للخبر الذي ذكرناه؛ ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر بنفسه، [فكان للرق تأثير فيه كالقسم، ولا يلزم أجل العنين؛ لأنه لا يتقدر بنفسه]، وإنما يتقدر بتقدير الحاكم، فإن

(١) انظر: المهذب ٤/٢٨١؛ رحمة الأمة ص ١٨٨.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، وبلفظ (وقرؤها) أيضاً؛ والترمذي (١١٨٢)؛ وابن ماجه (٢٠٧٩)؛ وغيرهم من أصحاب السنن.

كانت ممن لا تحيض فعدتها شهر ونصف .

وقال مالك: عدتها بالحيض حيضتان ، وبالشهور ثلاثة أشهر^(١) .

لنا: ما روي عن عمر أنه قال في عدة الأمة بالشهور: شهر ونصف ، وبالحيض: حيضتان ، ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصف ، ولأنها عدة فأثر الرق في نقصانها كالعدة بالحيض .

١٦١٢ - [فصل: طلاق المرأة التي تحيض ثلاثاً للسنة]

قال: وإذا طلق الرجل المرأة الحرّة ثلاثاً للسنة وهي ممن تحيض ؛ بقي عليها من عدتها حيضة ؛ وذلك لأنه طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار ومضت حيضتان ، وانقضاء العدة يكون بالحيض عندنا ، فبقي عليها حيضة ، وإن كانت بالشهور بقي عليها شهر واحد ؛ لأنه طلقها التطليقة الثالثة في أول الشهر الثالث ، وانقضاء العدة موقوف على (انقضاء)^(٢) [١/١٠٧] جميعه ، وأما إن كانت أمة فطلقها تطليقتين بقي عليها حيضة واحدة ، وإن كانت [ممن] لا تحيض بقي عليها نصف شهر ؛ لأنه أوقع التطليقة الثانية في ابتداء الشهر الثاني ، والعدة تنقضي بمضي نصفه .

١٦١٣ - [فصل: عدة الحامل المطلقة أو المتوفى عنها زوجها]

قال: وعدة الحامل أن تضع حملها ، وتستوي في ذلك المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، وقال علي [رضي الله عنه] في المطلقة مثل قولنا ، وفي المتوفى عنها زوجها أبعد الأجلين .

(١) انظر: الموطأ (١٢٣٦) ؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٢ .

(٢) في أ (مضي) .

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وهو^(١) عام، لما روي أن سبيعة بنت الحارث الأسلمية مات عنها زوجها فوضعت حملها، وسألت أبا السنابل بن بعكك: هل يجوز لها أن تتزوج؟ فقال: لا، حتى يبلغ الكتاب^(٢) أجله، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «كذب أبو السنابل ابتغي الأزواج»^(٣)، ولأن المقصود في العدة في ذوات الأقران العلم ببراءة الرحم، وهذا المعنى (موجود في وضع الحمل)^(٤) أكثر منه في مضي المدة، (فانقضاء العدة به أولى)^(٥).

وأما عَلِيٌّ فجمع بين الاثنتين وهذا لا يصح؛ لأن مسروقاً روى عن [عبد الله]^(٦) ابن مسعود أنه قال: مَنْ شَاءَ بَاهَلَّتْهُ أَنْ آيَةَ النِّسَاءِ الْقُصْرَى نَزَلَتْ بَعْدَ آيَةِ النِّسَاءِ الطُّوْلَى [أربعة أشهر وعشراً]^(٧)، وإذا تأخرت هذه الآية أوجبت خصوص تلك الآية.

١٦١٤ - [فصل: الطلقة الثانية في المراجعة في طهر واحد]

وإذا طلق الرجل امرأته واحدة ثم راجعها في ذلك الطهر [بالقول] فله أن

- (١) في أ (وهذا).
- (٢) في أ (إنما أجلك أربعة أشهر).
- (٣) أورده الهيثمي في المجمع، وقال: «رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح» ٣/٥؛ والبيهقي في الكبرى ٤٢٩/٧، وسعيد بن منصور في سننه ٣٩٤/١.
- (٤) في أ (يقع بوضع الحمل).
- (٥) في أ (فوجب أن تنقضي به العدة).
- (٦) في أ فقط.
- (٧) في ب (فذكر التاريخ)، والمثبت من أ، وصرح بذلك في بعض الروايات، وحديث ابن مسعود أخرجه أبو داود (٢٣٠٧) بلفظ: (من شاء لاعتته)؛ والنسائي (في المجتبى) (٣٥٢٢)؛ وبذكر الآيات عند عبد الرزاق في مصنفه ٤٧١/٦، وغيرهم.

يطلقها [أخرى] في ذلك الطهر في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف: لا يطلقها]، وهو قول الحسن بن زياد، وعن محمد روايتان.

لهما: أنه لما راجعها بطل حكم الطلاق (فصار كما لو كانت في طهر لم يجامعها فيه) (١)، فيجوز له أن يطلقها، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته، فصار كما لو أبانها (في طهر لم يجامعها فيه) (٢) ثم تزوجها، [وعلى هذا قالوا: إذا راجعها بالقبلة واللمس] فيجوز له أن يطلقها تطليقة أخرى لما ذكرنا، وليس كذلك إذا راجعها بالجماع؛ لأن حكم الطلاق يبطل فيصير كطهر مبتدأ جامعها فيه، فلا يجوز [له] أن يطلقها.

لأبي يوسف أنه طهر واحد فلا يجوز أن يوقع فيه طلاقين في نكاح واحد كما لو لم يراجعها، وعلى هذا الخلاف قالوا: إذا (لمس) (٣) الرجل امرأته لشهوة وقال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقع عليها ثلاث تطليقات في الحال إذا كانت في طهر لم يجامعها فيه؛ لأن التطليقة الأولى تقع ويصير مراجعاً بالإمساك، ثم تقع التطليقة الأخرى على أصل أبي حنيفة وزفر ويصير مراجعاً فتقع [الثالثة] (٤).

وعلى قول (٥) أبي يوسف لا تقع إلا واحدة، قال: فإن طلقها ثم راجعها بالجماع فحملت منه؛ جاز له أن يطلق أخرى في قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يطلقها.

(١) (فصار كطهر لم يطلقها فيه) في أ.

(٢) في أ (في الطهر).

(٣) في أ (امسك).

(٤) في ب (الثلاث) والمثبت من أ.

(٥) في أ (أصل).

وجه قولهم: أن الرجعة أبطلت حكم الطلاق، وإنما كان لا يجوز له أن يطلقها أخرى عقب الجماع لجواز أن تكون حبلت فيندم، فإذا علم بالحمل فطلق فقد أمن الندم، فجاز طلاقه كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر، ولكنه جامعها فيه [١٠٧/ب] فحبلت، وعلى قول أبي يوسف: أنه طهرٌ واحدٌ فلا يقع فيه تطليقتين، (كما قال في المسألة الأولى)^(١).

١٦١٥ - [فصل: الطلقة الثانية للصغيرة إذا حاضت وطهرت بعد الأولى وقبل مضي الشهر]

إذا طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر، فله أن يطلقها أخرى في قولهم؛ لأن الشهر وضع للفصل بين التطليقتين بدلاً عن الحيضة، فإذا وجد الحيض سقط حكم بدله [مع القدرة عليه]؛ (لأن البدل لا يتعلق به حكم مع وجود مبدله)^(٢)، وأما إذا طلقها وهي حائض ثم أيست، فله أن يطلقها أخرى حين تياس في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يطلقها حتى يمضي شهر، وهذا إنما يتصور على [هذه] الرواية التي يقول فيها أن للإياس حداً مقدراً، فروي عنهم خمسين سنة، وروي ستين سنة، فإذا (مضت)^(٣) المدة بعد التطليقة جاز أن يطلقها أخرى؛ لأن انتقال حالها من العدة بالحيض إلى العدة بالشهور يفصل بين التطليقتين كانتقالها من الشهور إلى الحيض.

فأما على قول أبي يوسف: فهو طهرٌ واحدٌ فلا يقع فيه أكثر من تطليقة، فأما

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (تمت).

في الرواية التي لم يقدر للإياس قدرًا وإنما علقه بالعادة، فلا يتصور هذا النوع^(١).

وقد قال أصحابنا: إذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض فالأفضل أن يراجعها، لما روي أن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض، فأمره النبي ﷺ أن يراجعها، ولأنه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة، فتبين منه بطلاق غير محذور، وإذا تركها بانت بطلاق محذور؛ فلهذا كانت الرجعة أولى، فإذا راجعها ثم أراد طلاقها فقد ذكر في الأصل أنها إذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها إن شاء، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة.

قال أبو الحسن: ما ذكره الطحاوي قول أبو حنيفة، (وما في الأصل قولهما)^(٢).

لأبي حنيفة: أنه طهر لم يجمعها فيه ولم يوقع فيه طلاقاً، فجاز أن يطلقها فيه كالطهر الثاني.

وجه ما ذكره في الأصل: ما روي أن النبي ﷺ قال لعمر (مُرّه فليراجعها، فإذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت فإن شاء [أمسكها وإن شاء] طلقها)^(٣)؛ ولأن الطلاق الموقوع في الحيض كالموقوع في الطهر الذي بعده بدلالة أن تلك الحيضة لا يعتد بها، ولو طلق في الطهر لم يجز أن يطلق أخرى، وكذلك إذا طلق في الحيض ثم طهرت. أه^(٤).

(١) في أ (الفرع).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٣٩٠/٤ وما بعدها؛ وشرح مختصر الطحاوي ٥/٥ وما بعدها. والحديث أخرجه

البخاري (٤٩٥٤)؛ ومسلم (١٤٧١) في عدة روايات.



بَابُ

اللفظ الذي يقع به طلاق السنة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأته وهي مدخولٌ بها ممن تحيض: أنت طالق للسُّنَّة، وقعت [التطليقة] ^(١) إن كانت طاهراً من غير جماع، وإن كانت حائضاً أو في طُهرٍ [قد] جامعها فيه لم تقع الساعة، فإذا حاضت وطهرت وقعت لها تطليقة، وإن قال لها: أنت طالق ثنتين للسُّنَّة أو ثلاثاً للسُّنَّة، وقع على الشرط الذي بيّنا حتى يستوفي العدد؛ وذلك لأن اللام في قوله: للسُّنَّة كناية عن أوقات السُّنَّة، فكأنه قال: أنت طالق في أوقات السُّنَّة، فيقع عليها في الأطهار التي لم يجامعها فيها.

قال بشر عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته: [ب/١١٣] أنت طالق السُّنَّة، ولا نية له، أو طلاق العدة أو طلاق العدل، أو طلاق الدين، أو طلاق الإسلام، فهذا كله للسُّنَّة، وكذلك لو قال: طلاقاً عدلاً، أو طلاق سُنَّة، أو طلاق عدة، أو سُنِّيَّة أو عدلة أو عدلية، فهذا كله للسنة يقع إذا كانت المرأة طاهراً من غير جماع، أو حاملاً قد استبان حملها، وقد ذكر بشر عن أبي يوسف هذا النوع على أقسام:

فذكر القسم الأول: منها ما يحمل على أوقات من غير نية، وهو أن يقول: للسُّنَّة أو للعدة أو طلاق العدل أو [طلاق] الدين أو الإسلام، أو طلاقاً عدلاً أو طلاق سُنَّة أو طلاق عدة، أو أحسن الطلاق، أو أجمل الطلاق، أو طلاق الحق،

(١) في ب (تطليقة) والمثبت من أ.

أو طلاق القرآن ، أو طلاق الكتاب ، أو أنت [طالق] للسُّنَّة أو في السُّنَّة أو بالسُّنَّة أو مع السُّنَّة أو عند السُّنَّة أو على السُّنَّة ؛ وذلك لأن طلاق السُّنَّة والعدل والدين والإسلام ، هو ما اقتضاه الدين والسُّنَّة ، وذلك لا يكون إلا في الأمور به ، وإذا قال : طلاقاً عدلاً أو طلاق سُنَّة ، فقد جعل هذا صفةً للطلاق ، وإذا قال : أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق ، فلفظة أفعل تستعمل للمبالغة ، وذلك لا يكون إلا في الأمور به .

فأما النوع الثاني فقال : إذا قال : أنت طالق في كتاب الله ، أو بكتاب الله ، أو مع كتاب الله ، فإن نوى به طلاق السُّنَّة وقع في أوقاتها ، وإن لم ينوِ وقع في الحال ؛ لأن كتاب الله تعالى دلّ على وقوع الطلاق للسُّنَّة وللبدعة ، فلما احتمل كلامه الأمرين وقف على نيته .

والثالث : إذا قال : أنت طالق على الكتاب أو بالكتاب ، أو قال : على قول القضاة ، أو على قول الفقهاء ، أو طلاق القضاة أو طلاق الفقهاء ، فإن نوى بذلك السُّنَّة وقع فيما بينه وبين الله تعالى في أوقاتها ، ووقع في القضاة [الطلاق] في الحال ؛ لأن قول القضاة يقتضي وقوع الطلاق على كل واحدٍ من الأمرين ، فإذا خصّص عموم لفظه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يصدق في القضاء ؛ لأنه غير الظاهر ، وأما إذا قال : أنت طالق عدلة أو عدلية ، أو سُنَّة أو سُنِّيَّة ؛ وقع عند أبي يوسف للسُّنَّة ، وإن قال : حسنة أو جميلة ، وقع في الحال .

وقال محمد في الجامع الكبير : إذا قال : تطليقة سُنِّيَّة أو عادلية أو حسنة أو جميلة ؛ فالطلاق واقع عليها في الحال ، فاعتبر أبو يوسف ما كان في الغالب من صفات الطلاق كالعدلية والسنية ، فجعله صفة للطلاق فلم يقع إلا على تلك

الصفة ، فأما حسنة وجميلة فهو من صفات المرأة ، فلم [يجعلها] ^(١) صفة للطلاق بالشك .

فأما محمد فقال في هذه الصفات [عدلية أو سنية] : لما جاز أن يوصف بها المرأة ، وجاز أن يوصف بها الطلاق لم يجعلها صفة للطلاق ، [فلا يتأخر] ^(٢) إيقاعه من غير [يقين] ^(٣) ، فأوقع [الطلاق] في الحال ^(٤) .



(١) في ب (يجعل) والمثبت من أ .

(٢) في أ (فيتأخر) .

(٣) في أ (تعيين) .

(٤) انظر : شرح مختصر الطحاوي ١٦/٥ وما بعدها .



بَاب

ما يقع من ذلك مجتمعاً أو متفرقاً بالنية



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً للسنّة، فإن نوى أن يقعن ساعة تكلم وقعن، وقال زفر: نيته باطلة.

لنا: أن قوله للسنّة كناية عن أوقات السنّة، والكنايات تنصرف بالنية من وجه إلى وجه كسائر الكنايات؛ ولأن وقوع الطلاق المجتمع سنّة عند بعض الفقهاء، فيجوز أن يكون أراد ذلك، [ويجوز أن يريد بذلك جواز الوقوع خلاف الروافض]؛ ولأن الاقتصار على ثلاث تطليقات سنّة؛ لأن الجاهلية كانت تطلق عدد نجوم السماء، وتطلق ألف تطليقة، فجاءت الشريعة بالاقصر على ثلاث تطليقات، فإذا نوى ما يحتمله كلامه حمل عليه.

وجه قول زفر: أن إطلاق قوله للسنّة يقتضي وقوع التطليقات في الأطهار، فكأنه قال: أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أطهار ونوى وقوعهن معاً فلا يتعلق بنيته حكم، ولو قال: أنت طالق للسنّة ونوى ثلاثاً، كانت ثلاثاً في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن اللام كناية عن أوقات السنّة، فكأنه قال لها: أنت طالق للشهور أو للحيض، ونوى ثلاثاً فيكون ثلاثاً؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما له عدد، فإن أراد واحدة بائنة لم تكن بائنة، وذلك لأن صريح الطلاق لا يصير بائناً إلا بلفظ [يقتضيه، والسنّة لا] تقتضي وقوع البينونة، وإنما [تمنعها] فلم يجز أن تصير بائنة بلفظ يضاد البينونة.

وقال ابن سماعة عن محمد: إن أراد ثنتين لم يكن ثنتين ؛ وذلك لأن أوقات السنَّة هي ثلاثة أطهار ، فإذا قال: أنت طالق للسنَّة ، فإما أن يحمل كلامه على أول وقت السنَّة فيقع واحدة أو ينوي أوقات السنَّة فيقع ثلاثاً فأما الثنتين فليست بمقتضى إطلاق اللفظ ولا بمقتضى أوقات السنَّة ، فلم يقع .

وقال محمد: ولو أراد بقوله طالق واحدة ، وبقوله: للسنَّة أخرى لم يقع ؛ لأن رجلاً لو قال لامرأته: أنت للسنَّة ، وأراد الطلاق لم يقع ، فكذلك إذا نوى به لا يقع .

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال: أنت طالق للبدعة ونوى ثلاثاً فهي ثلاث لما بيننا أن إيقاع الثلاث المجتمعة بدعة ، فإذا نوى مقتضى لفظه وقع .

وروى هشام عن محمد: أنها واحدة يملك الرجعة ؛ وذلك لأن البدعة لم يجعل لها وقت بالشرع ، فتصرف الإضافة إليه فيلغو قوله: للبدعة ، ويبقى قوله: أنت طالق [فيقع به تطليقة واحدة . قال ابن سماعة عن محمد: إذا قال لامرأته وهي لا تحيض: أنت طالق] للشهور ، فهي طالق عند كل شهر واحدة ؛ وذلك لأن الشهور التي تضاف إليها الطلاق شهور العدة ، فكأنه قال: أنت طالق للعدة ، [ولو قال: للحيض ، وهي تحيض ، وقع عند كل حيضة تطليقة ؛ لأن الحيض التي يضاف إليها الطلاق هي العدة ، فكأنه قال: للعدة] ، ولو قال: أنت طالق للحيض ، وهي [ممن] لا تحيض لم يقع عليها شيء ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما ليس بموجود ، فصار كأنه علقه بشرط لم يوجد^(١) .

(١) انظر: التجريد ٤٨١٣/١٠ وما بعدها؛ المبسوط للسرخسي ص ٧٤٤ (طبعة بيت الأفكار الدولية).

بَاب طَلَاقِ غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال [الرجل] لامرأته وهو لم يدخل بها: أنت طالق، بانت منه ولا عدة عليها، وإنما يلزمها العدة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولأن العدة موضوعة للاستبراء، وقبل الدخول لا استبراء [١١٤/ب] فلا معنى للعدة، ولا يلزم المتوفى عنها زوجها قبل الدخول؛ لأن عدة الوفاة لم توضع للاستبراء وإنما وضعت على وجه [العبادة]^(١) بدلالة أنها تجب بالشهور مع القدرة على الحيض، ولأن الموت أجري مجرى الدخول في إكمال المهر، فهو كالخلوة التي أجريت مجرى الدخول، وإذا ثبت أنه لا عدة عليها، فالرجعة إنما تثبت مع بقاء العدة، فوزان سألتنا عقيب [طلاق]^(٢) المدخول بها إذا انقضت عدتها، ولأنه لم يبق حق من حقوق الملك، والرجعة إنما تثبت مع بقاء حقوق الملك، قال: ولا تحل [له] إلا بنكاح مستقبل؛ لأن النكاح لمّا زال وأحكامه صارت أجنبية، فلا تحل إلا بعقد جديد.

قال: وما جاء بعد قوله: (طالق مما هو تفسير أو صفة، فإن الطلاق يقع عليها بعد الفراغ من الكلام، و[لا] تبين^(٣) بالأول دون الثاني.

(١) في ب (العبارة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الطلاق في) والمثبت من أ.

(٣) في ب (وتبين) والمثبت من أ.

وأما التفسير فمثل قوله: أنت طالق ثلاثاً أو ثنتين، فيقع عندنا الطلاق والعدد.

وقال الحسن البصري: تبين بقوله: طالق، ويلغو قوله: ثلاثاً.

لنا^(١): أن الكلام موقوف على آخره لجواز أن تعلقه بشرط أن يدخل عليه استثناءً، وإذا وقف على آخره صار جملة واحدة فلا يقع بعضه دون بعض؛ ولأن قوله: أنت طالق ثلاثاً، كلمة واحدة، ألا ترى أنه لا يقدر أن يتكلم بها إلا على هذا الوجه، والكلمة الواحدة لا تتبعض في الإيقاع.

وجه قول الحسن البصري: أن قوله: أنت طالق، يقع به البينونة؛ لأنه [يستوفي] اللفظ، [فيستوفي]^(٢) الوقوع، فما بعده لا يقع [لكونها غير مدخول بها] كمن قال: أنت طالق [طالق].

وأما الصفة: فكقوله: أنت طالق بائن، أو حرام؛ وذلك لأن الصفة مع الموصوف كلام واحد، (فلا ينفرد بعضه عن بعض)^(٣)، وهذا لا يتبين له فائدة بمجرد؛ لأن الطلاق يقع بائناً سواء وصفه بالبينونة أو لم يصفه، وإنما تبين فائدته إذا [علقت الصفة]^(٤) بشرط تعلق به الطلاق، ولم تفصل الصفة بين الإيقاع والشرط، فإن كرر لفظ الطلاق بحرف عطف أو بغير حرف عطف وقع الأول قبل الثاني إذا لم يدخل على الكلام شرطاً في قولهم، وهذا مثل أن يقول:

(١) في أ (والوجه في ذلك).

(٢) في ب (سبق في .. فيسبق في الوقوع) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في ب (عقب الصفر) والمثبت من أ.

أنت طالق طالق ؛ أو أنت طالق ، أنت طالق ؛ أو أنت طالق وطالق ، أو فطالق ، أو ثم طالق ؛ وذلك لأن الطلاق إذا لم يعلقه بشرط يقف عليه ، سبق الأول في الوقوع فبانته به ، فيصادفها الثاني وهي أجنبية فلا يقع .

وقد اختلف أبو يوسف ومحمد متى يقع [الأول] ؟ ، فقال أبو يوسف : [يقع] قبل الفراغ من الثاني ؛ لأنه لما لم يدخل عليه شرطاً سبق في الوقوع كما سبق في اللفظ ، وقال محمد : لا يقع إلا بعد الفراغ من الثاني ؛ لأنه يجوز أن يدخل عليه حرف شرط ، فإذا قطع الكلام عن الشرط وقع الطلاق الأول ، وهذا الخلاف متصور فيما فيه [١٠٨/أ] حرف العطف ، فأما ما لا عطف فيه فلا يقف على اللفظ الأول ؛ لأنه لو جاء بالشرط لم يتعلق به ، فإن أدخل الشرط على الكلام وهو غير معطوف فهو كذلك ، وهذا مثل قوله : أنت طالق طالق إن دخلت الدار ؛ لأن الكلام الثاني غير متعلق بالأول فسبق الأول في الوقوع فبانته ، [ثم] عقد اليمين عليها بعد البيونة فلم تنعقد ، فإن كان معطوفاً تعلق الكلام بالشرط ولم يقع منه شيء إلا بوجود الشرط إذا كان الشرط لا يفيد التراخي في قولهم جميعاً ، وهذا مثل قوله : أنت طالق وطالق إن دخلت الدار ، [أو فطالق إن دخلت الدار] ؛ لأن حرف العطف يعلق الثاني بالأول فيجعلهما كلاماً واحداً ، فإذا جاء بالشرط تعلقا به ووقف كل واحدٍ منهما عليه ، فلم يقع قبل وجوده .

وأما ما يفيد التراخي فهو قوله : أنت طالق ثم طالق إن دخلت الدار ، قال أبو حنيفة : يقع عليها في الحال واحدة تبين بها ويبطل ما بعدها من الكلام .

وقال أبو يوسف ومحمد : يقف الطلاق على الشرط ، فإن دخلت الدار قبل أن يدخل بها ؛ وقعت تطليقة واحدة ، وإن كان قد دخل بها وقعت اثنتان .



لأبي حنيفة: أن «ثم» تفيد المهلة ، فكأنه قال لها: أنت طالق وسكت ، ثم قال: طالق إن دخلت الدار .

ووجه قولهما: أن «ثم» حرف عطف فهي كالواو والفاء إلا أنهما قالا: إذا دخلت الدار ، قبل أن يدخل بها ، لم يقع عليها إلا واحدة ؛ لأن «ثم» تقتضي التراخي فيسبق الطلقة الأولى فتبين بها ، وتصادفها الثانية وهي أجنبية ، فكأنهما جعلتا «ثم» كالواو في العطف ولم يجعلها كهي في الوقوع ، فإن قدم الشرط وعطف الكلام بالواو أو بالفاء ، فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق ، أو فطالق ؛ تعلق الكلام بالشرط ، فإذا وجد وقع الطلاق الأول ، فإن كانت مدخولاً بها وقع الثاني بعده ، وإن كانت غير مدخول بها بطل ما بعد الأولى .

وقال أبو يوسف ومحمد: يقع ذلك كله مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها .

لأبي حنيفة: أن الطلاق المعلق بالشرط كالمذكور عند وجود الشرط ، [فكأنه قال لها بعد الدخول: أنت طالق وطالق ، وليس كذلك إذا أخرج الشرط] ؛ لأن التطبيقات لما [وقفت]^(١) عليه تعلق كل واحدة به كتعلق الأخرى فوقعن معاً ، وصار كما لو كرر حرف الشرط عند كل تطليقة .

وجه قولهما: أن الواو للجمع ، فكأنه قال: أنت طالق اثنتين إن دخلت الدار ، وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق ؛ تعلق الطلاق الأول بالدخول خاصة ووقع الذي بعده ، فإن [كان قد] دخل بها وقعت الثانية والثالثة الساعة .

(١) في أ (وقعت) .

فإن دَخَلت الدار وهي في العدة أو بعد أن راجعها ؛ طَلَّقت بالأولى ، وإن لم يكن دخل بها تعلق الطلاق الأول بالدخول ، ووقعت الثانية حين تكلم بها وبطلت الثالثة ؛ لأنه تكلم بها وهي بائن ، فإن تزوجها ودخلت الدار ولم تكن قد دخلت قبل ذلك الدار بانت بالتطبيق الأولى ، وقال أبو يوسف [أ/١١٥] ومحمد : إن كانت قد دخل بها وقعت ثلاث تطليقات بالدخول^(١) ، فإن لم يكن دخل بها وقعت واحدة .

لأبي حنيفة أن «ثم» للتراخي ، فإذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فهذه يمين منعقدة ، فلما قال : ثم طالق ، تراخى الكلام الثاني عن الأول ، فكأنه سكت وقال لها : أنت طالق ، فيقع في الحال ولا يتعلق بالشرط ، وأما هما فقالا : «ثم» حرف عطف كالواو ، فتعلق الطلاق كله بالشرط وإن كانت تترتب في الوقوع على ما بينا .

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف : إذا قال لامرأته : أنت طالق ، أستغفر الله إن دخلت الدار ، أو سبحان الله أو الحمد لله ، دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى ، ووقعت في القضاء في الحال ؛ لأن هذا كلام لا تعلق له بالطلاق ، فيفصل بين الجزاء والشرط ، قال : وكذلك إن تنحى أو تساعل من غير سعال غشيه ؛ لأنه قطع الكلام بالسكوت^(٢) .



(١) في أ (بالدخول الأول) .

(٢) انظر : شرح مختصر الطحاوي ٤٩/٥ .

نوع آخر من الطلاق قبل الدخول

قال أبو الحسن: وإذا قال [الرجل] لامرأته قبل الدخول بها: أنت طالق واحدة وعشرين، أو واحدة وثلاثين، أو واحدة وأربعين؛ وقعت ثلاث.

وقال زفر: واحدة.

لنا^(١): أن واحدة وعشرين كلمة واحدة، ألا ترى أنه لا يمكن أن يتكلم بها إلا على هذه الصفة، والكلمة الواحدة لا يقع بعضها دون بعض، كقوله: طالق ثلاثاً.

وجه قول زفر: أنه عدد معطوف على عدد (قبله، ذكره)^(٢) قبل الدخول بها، فيسبق الأول في الوقوع [قبل الثاني]، كقوله: أنت طالق وطالق، وعلى هذا الخلاف إذا قال: اثنتين وعشرين، أو [اثنتين] وثلاثين، فقال أصحابنا: هو ثلاث لما قدمنا، وقال زفر: [يقع] اثنتان [لما قدمنا]؛ لأنه أوقع المعطوف عليه دون العطف، والمعطوف عليه اثنتان، فأما إذا قال: أنت طالق إحدى عشرة، [أو اثنتي عشرة]، وقع ثلاثاً في قولهم [جميعاً]؛ لأنه كلام واحد غير معطوف فيصير كالجملة الواحدة.

وأما إذا قال: واحدة وعشرة؛ وقعت واحدة في قولهم؛ لأنه كان يمكنه أن يتكلم به على غير هذا الوجه، ويأتي باللفظ المعتاد.

وذكر في الكتاب عن أبي يوسف في واحدة وعشرة أنه ثلاث؛ لأنه يفيد ما

(١) في أ (وجه قولهم).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.



يفيد قوله: (إحدى عشرة)^(١)، فكان مثله، ولو قال: أنت طالق واحدة ومائة، أو واحدة وألف، كانت واحدة، روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة، لأنه كان يمكنه أن يتكلم به على غير هذا الوجه، ألا ترى أن العادة [جرت] أنهم يقولون: مائة وواحدة، وألف وواحدة، فلما قدم الواحدة فقد خالف المعتاد فلا يقع إلا واحدة.

وقال أبو يوسف: إذا قال: واحدة ومائة وقعت ثلاثاً، لأن هذا يذكر على هذا الوجه، ألا ترى أنهم يقولون في العادة: مائة وواحدة، وواحدة ومائة على وجه واحد.

وأما إذا قال: واحدة ونصفاً، وقع اثنتان في قولهم؛ لأن هذه جملة واحدة، ألا ترى أنه لا يمكن أن يتكلم بها إلا على هذا الوجه، ووقوع نصف تطلقه يقتضي وقوع باقيها [ثم إذا طلق نصف تطلقه، وقعت تطلقه].

وقال [ب/١١٥] ربيعة: (إذا قال نصف تطلقه)^(٢) لم يقع عليها شيء.

لنا: أن الطلاق لا يتبعض، وما لا يتبعض فإن جميعه يثبت بثبوت بعضه؛ ولهذا قال عمر رضي الله عنه في عدة الأمة: ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً؛ ولأن الطلاق يقتضي الإيقاع والموقع عليه، ولو طلق جزءاً (من أجزائها)^(٣) طلقت، فكذلك إذا طلق جزءاً من تطلقه وقعت، ولو قال: أنت طالق نصفاً وواحدة، وقعت عليها اثنتان عند أبي يوسف.

وقال محمد: وقعت واحدة، والصحيح ما قاله محمد؛ لأنه يعتاد اللفظ

(١) في أ (أحد عشر).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (من امرأته).



على غير هذا الوجه ، فلما عدل عن المعتاد ، صار أحد اللفظين غير الآخر ، وأما أبو يوسف فقال: إن في العادة يقال واحدة ونصف ، ونصف وواحدة على وجه واحد .



نوع آخر

[قول الرجل لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة]

قال أبو الحسن: وإذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة، أو قبلها واحدة، أو بعد واحدة، أو بعدها واحدة، أو مع واحدة، أو معها واحدة، فإنه يقع في ذلك كله اثنتان إلا في قوله: واحدة قبل واحدة، وفي قوله: واحدة بعدها واحدة، فإنه يقع واحدة.

قال: وهذا مبني على أصلين:

أحدهما: أن كل موضع كان الملفوظ به أولاً موقِعاً أولاً وقعت واحدة، وإن كان موقِعاً آخرًا وقعت اثنتان، وذلك لأن الملفوظ به أولاً إذا سبق في الوقوع بانت (به)^(١) فصادفها الثانية وهي أجنبية، وإذا كان الملفوظ به أولاً موقِعاً آخرًا لم يسبق في الوقوع فوق الطلاق معاً.

والأصل الثاني: أن الإنسان لا يملك إيقاع الطلاق في زمان ماضٍ؛ لأن الطلاق وضع لرفع الاستباحة، وما مضى من الاستباحة معدوم فلا معنى لرفعه، وإذا لم يملك إيقاع الطلاق فيما مضى، فمتى أوقع اعتبرت الحال، فإن كانت المرأة في الحال يجوز أن توصف بطلاق أوقعه عليها في ذلك الوقت وقع عليها في الحال؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما مضى وهو لا يملك ذلك، وهي في الحال ممن توصف بذلك الطلاق، فوقع عليها في الحال، وبطلت الإضافة، وهذا كمن

(١) في أ(منه).

قال لامرأته وقد تزوجها أول أمس: أنت طالق أمس، فإن الطلاق يقع عليها في الحال، وأما إذا كانت لا توصف في الحال بطلاق أوقعه عليها في ذلك الوقت بطل الكلام، وهذا كمن قال لامرأته: أنت طالق أمس، وقد تزوجها اليوم، لم يقع عليها شيء؛ لأن إضافة الطلاق إلى ما مضى لا تصح، وهي في الحال لا توصف بطلاق أوقعه أمس، فلغا الكلام ولم يقع.

وإذا ثبت هذا قلنا: إذا قال لها: أنت طالق واحدة قبل واحدة، فالملفوظ به أولاً هو الموقع أولاً، فوقعت واحدة، فإن قال: قبلها واحدة وقعت اثنتان، لأن الملفوظ به أولاً موقع [أخيراً]^(١)، فاقتضى اللفظ [وقوع]^(٢) التغطية في الحال ووقوع أخرى قبلها، وهو لا يملك إيقاع طلاق متقدم، فيقعان معاً.

وإذا قال: [ب/١٠٨] أنت طالق واحدة بعدها واحدة وقعت واحدة؛ لأن الملفوظ [به] أولاً موقع أولاً، ولو قال: بعد واحدة، وقعت اثنتان؛ لأن الملفوظ به أولاً موقع أخيراً.

ولو قال: مع واحدة، أو معها واحدة وقعت اثنتان؛ لأن مع للمقارنة فيقتضي وقوع أحد الطلاقين مع الآخر.

وقد روي عن أبي يوسف في قوله: معها واحدة أنه يقع واحدة؛ لأن الكناية تقتضي (تقدم)^(٣) تغطية على تغطية فيقع السابق دون الثاني^(٤). وبالله التوفيق.

(١) في ب (آخر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (ونوع) والمثبت من أ.

(٣) في أ (وقوع).

(٤) انظر: التجريد ٤٨٦٩/١٠ وما بعدها.

بَابُ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالْبَائِنِ



قال أبو الحسن رحمته الله: طلاق الصريح كله رجعي إذا كانت واحدة أو اثنتين ،
والكنيات كلها بوائن إلا قوله: اَعْتَدِّيْ ، واسْتَبْرِيْ رَحِمَكِ ، وأنت واحدة .

قال الشيخ رحمته الله: وجملة هذا أن الطلاق على ضربين: رجعي وبائن ، فصريح
الطلاق كله رجعي ، وكذلك ما جرى مجرى الصريح ، والكنيات كلها بوائن .

فأما الصريح فقوله: أنت طالق ، وأنت الطلاق ، وإنما قلنا: إنه صريح ؛ لأن
العرف قد جرى باستعماله في هذا المعنى ، والصريح إنما يرجع فيه إلى
الاستعمال ، ولأنه يختص بالزوجات ولا يستعمل في غيرهن فدل على أنه
صريح ، ومن حكمه أن يقع به الطلاق من غير نية ؛ لقوله تعالى: ﴿ اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾
[البقرة: ٢٢٩] ولم يُفَصَّلْ ؛ ولأن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض فأمره النبي
صلى الله عليه وسلم بمراجعتها ، ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينوه ، ولأن النية يحتاج إليها
في اللفظ المستعمل في شيئين ؛ لينصرف بها عن أحدهما إلى الآخر ، وقد بينا
أن الطلاق لا يستعمل في غير الزوجات فلا يحتاج إلى النية .

وقد قال أصحابنا: إذا قال لها: أنت طالق ، وقال: أردت به طلاقاً عن وثاق ،
لم يصدق في القضاء ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه صرف الكلام عن
ظاهره فلا يصدقه الحاكم ، وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه ، وهو مصدق فيما بينه

وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه^(١) ، والله تعالى مطلع على نيته .

قالوا: ولو قال: أنت طالق ، وقال: أردت أنها طالق من العمل ، لم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن اللفظ لا يستعمل في [الانطلاق]^(٢) من العمل ، فقد نوى ما لا يقتضيه لفظه ، فلم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، ولو صرح فقال: أنت طالق من وثاق ، لم يقع في القضاء شيء ؛ لأن المرأة توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملاً ، فإذا صرح به حمل عليه ، وإن صرح فقال: طالق من هذا العمل ، لم يصدق في القضاء ووقع الطلاق ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لما بينا أنه لا يستعمل الطلاق في العمل حقيقة ولا مجازاً ، [فوق]^(٣) الطلاق في الحكم ويُدَيَّن فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمل وإن كان خلاف الظاهر .

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال: نويت طلاقاً من عمل أو قيد ، دَيَّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنها مطلقة من الأمرين ، فجاز أن يصدق فيه .

١٦١٦ - [فصل: قول الزوج: أنت أطلق من امرأة فلان المطلقة]

وقد قالوا: إذا قال: أنت [أطلق]^(٤) من امرأة فلان وهي مطلقة ؛ وقف [١/١٠٩] ذلك على النية إلا أن يكون جواباً لمسألة الطلاق ؛ لأن لفظة «أفعل»^(٥) ليست بصريح في الطلاق ، وما ليس بصريح يقف على النية ، وكذلك قالوا فيمن قال: أنت مُطَلَّقة وخفف ، أنه يحمل على النية ؛ لأن إطلاق هذا اللفظ يقتضي

(١) في أ (لفظه) .

(٢) في ب (الطلاق) والمثبت من أ .

(٣) في ب (إذا وقع) والمثبت من أ .

(٤) في ب (طالق) والمثبت من أ .

(٥) في أ (أطلق) .

[إطلاق الجنس] ^(١) فلم يكن صريحاً في الطلاق .

وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته: كوني طالقاً أو اطلقي ، قال: أراه واقعاً ، وكذلك إذا قال لأمته: كوني حرة أو اعتقي ؛ وذلك لأنه وصفها بصريح الطلاق في قوله: كوني طالقاً ، وأمرها بالطلاق بقوله: اطلقي ، وهذا معناه الخبر فيقع الطلاق ، قال: ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك .

وقال الشافعي: إن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً ^(٢) .

لنا: قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ فأثبت الرجعة عقيب التطلّيقتين ، وهذا عام فيمن نوى بكل واحدة منهما العدد أو لم ينو ، ولأن ما يقتضيه صريح الطلاق لا ينصرف عنه بالنية ، أصله: وقوع الطلاق ، ومن حكم صريح الطلاق الرجعة ما لم يستوف العدد ؛ لقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فأثبت الرجعة عقيب التطلّيقتين ، ولا يقع به البائن وإن نوى ، لأن صريح الطلاق لا ينصرف بالنية من وجه إلى وجه ، فأما إذا قال: أنت طالق الطلاق ، فإن نوى به الطلاق ثلاثاً كان ثلاثاً ؛ لأن الطلاق اسم للجنس ، والألف واللام للاستغراق ، فيقتضي ذلك استغراق جنس ما يملكه من الطلاق وهو الثلاث ، فإن قال: أردت [به] اثنتين لم يصدق ؛ لأننا لم نوقع الثلاث من حيث العدد ، وإنما أوقعناها لأنها من جنس ما يملكه ، فأما الاثنان فإنما يقع من حيث العدد ، واللفظ لا يقتضي العدد .

فإن قال: أردت بقولي «أنتِ طالقٌ» واحدةً ، وبقولي «الطلاق» أخرى

(١) في ب (إطلاقاً من الجنس) والمثبت من أ .

(٢) انظر: المنهاج ص ٤١٨ ؛ رحمة الأمة ص ١٩٠ .



صُدِّقَ ؛ لأن لفظ الطلاق يقع به الطلاق ، فإذا قال لامرأته: أنت طالق^(١) الطلاق ، فقد أتى بلفظين (يقع بكل واحدٍ منهما تطليقة)^(٢) ، فكأنه قال: أنت طالق و طالق ، وإن قال: أنت الطلاق ؛ وقع [به] الطلاق ؛ لأن المفعول يوصف بالمصدر ، يقال: إنما هي إقبال وإدبار ، فإذا صح وصفها بذلك وقع به الطلاق كقوله: يا مطلقة ، وإن نوى [به] ثلاثاً كان ثلاثاً لما بيّنا في الفصل الأول .

فإن قال لها: أنت طالق طلاقاً ولا نية له ، وقعت واحدة ؛ لأن المصدر إنما يفيد التأكيد ، كقوله: قمت قياماً وأكلت أكلاً ، والتأكيد لا يفيد إلا ما يفيد المؤكد ، فإن قال: أردت ثلاثاً كان ثلاثاً في رواية الأصل والجامع الصغير ؛ لأن المصدر يفيد معنى الكثرة ، قال تعالى: ﴿وَأَدْعُوا ثُبُورًا كَثِيرًا﴾ [الفرقان: ١٤] وإذا كان فيه معنى الكثرة ؛ جاز أن ينوي به العدد .

وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يكون إلا واحدة ، ووجهه ما قدمنا [ب/١١٧] أن المصدر للتأكيد والتأكيد لا يفيد إلا ما أفاده المؤكد^(٣) .

١٦١٧ - [فَصْلُ: قول الرجل: يا مطلقة]

وقد قال أصحابنا فيمن قال: يا مطلقة: وقع عليها الطلاق ؛ لأنه وصفها بذلك ، فإن قال: أردت الشتم ؛ صدق فيما بينه وبين الله تعالى ، ولا يصدق في القضاء ؛ لأنه وصفها ثم نوى ما ليس بصفة ، (فيكون قد ادعى غير الظاهر)^(٤) ، فإن كان لها

(١) في أ (أنت الطلاق) .

(٢) في أ (كل واحد منهما يقع به تطليقة) .

(٣) هنا ورد في عبارة (وأما ما هو في معنى الصريح... أنه ينويه) ، ما يساوي (١٨) سطرًا ، والمسألة وردت في ب بعد الفصل الآتي ، فتركها للمناسبة .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ .

زوج قبله ، فقال : عنيت ذلك الطلاق دُيِّن في القضاء ؛ لأنه وصفها بطلاق واقع لا يلزمه حكمه ، والصفة لا تختص بإيقاع زوج دون زوج (فدُيِّن في ذلك) (١).

١٦١٨ - [فَصَّل : في قول الرجل : عنيت الأول في قوله : أنت طالق طالق]

وإذا قال : أنت طالق طالق ، أو أنت طالق أنت طالق ، وقال : عنيت الأولى ؛ صدق فيما بينه وبين الله تعالى ، وكذلك إذا قال : قد طلقتك قد طلقتك ، وكذلك إذا قال : أنت طالق قد طلقتك ، وكذلك أنت طالق وأنت طالق ؛ وذلك لأن الطلاق وإن كان لفظه لفظ الخبر فهو إيقاع في الشرع ، فإذا قال : نويت بالثانية الأولى ، فيريد أن يجعلها خبراً فلا يصدق في القضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى باللفظ الخبر ، ولذلك وضع في اللغة ، فإن قال : أنت طالق ، فقال له رجل : ما قلت ؟ فقال : طلقتها ، أو قال : قلت هي طالق ، فهي واحدة في القضاء ؛ لأن الاستخبار دليل على أنه أراد بالثاني الخبر فيحمل عليه .

وأما ما هو في معنى الصريح ، فقوله : اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة ، فهذه الألفاظ الثلاثة في حكم الصريح ، بمعنى أن الواقع بها طلاق رجعي وهي في (معنى) (٢) الكنايات في افتقارها إلى نية أو دلالة حال .

فقال أبو حنيفة : القياس في قوله : اعتدي ، أن يكون بائناً وإنما اتبعنا الأثر ، وقال أبو يوسف : القياس أن يكون [ثلاثاً] (٣) ، وإنما تركنا القياس لحديث جابر

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في أ (حكم) .

(٣) في ب (ثابتاً) والمثبت من أ .

(أن النبي ﷺ قال لسودة: «اعتدي»، فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة حتى تحشر في جملة أزواجه، فراجعها وردّ عليها يومها^(١)؛ وأما قوله: استبرئي رحمك، فهو تفسير لقوله: اعتدي، فيفيد ما يفيد؛ وقوله: أنت واحدة، صفة لقوله: أنت طالق، ألا ترى أنه يقال: أنت طالق واحدة، ولا يقال: أنت بائن واحدة، فإذا كان صفة لصريح الطلاق وقع به ما يقع بالصريح، وإنما قلنا: إنه يفتقر إلى نية لأنه يحتمل الطلاق وغيره، ألا ترى أنه يقول: اعتدي بنعمتي عليك، واستبرئي رحمك لأطلقك، وأنت واحدة قومك، أو واحدة في الشرف، وما احتمل الطلاق وغيره، لم يحمل على الطلاق إلا بدليل، وإن نوى بهذه الألفاظ الثلاث لم يقع؛ لأنها في حكم الصريح، فصار كقوله: أنت طالق، ولأنه لما وقع بها طلاق رجعي صار كقوله: أنت طالق واحدة، ولا شبهة [١٠٩/ب] في ذلك لاستحالة أن يفسر قوله: طالق واحدة بالثلاث، فلا يجوز أن ينويه.

١٦١٩. [فصل: السراح والفراق من الكناية]

وقد قال أصحابنا في السراح والفراق: أنه كناية، وقال الشافعي: صريح^(٢).

لنا: أنه يستعمل في الطلاق وغيره على وجه واحد، يقال: سَرَّحْتُ إبلي وفارقت صديقي، والصريح ما اختص في الاستعمال، ولأن ما جاز أن يقع به الثلاث لم يكن صريحاً كالبائن، وأما الطلاق البائن فهو على ضروب:

أحدها: أن يصف صريح الطلاق بالبينونة.

والثاني: أن يوقع بلفظ يقتضي البينونة أو يجعل إليها الطلاق بلفظ يقتضي

(١) أخرجه الترمذي (٣٠٤٠)؛ وقال: «حديث حسن غريب»، والبيهقي في الكبرى، ٢٩٧/٧.

(٢) انظر: المنهاج ص ٤١٣؛ رحمة الأمة ص ١٩٠.

البيونة فتختار .

والثالث: أن تقع^(١) الفرقة من طريق الحكم .

فأما القسم الأول فكمن قال: أنت طالق بائن ، أو [أنت طالق]^(٢) حرام ، وذلك لأنه وصف الطلاق بالبيونة وهي في ملكه ، فصار كما لو وصفه بالعدد فيقع .

وقد قال أبو يوسف: إذا قال لها: أنت طالق للبدعة ، ونوى واحدة بائنة كانت بائنة ؛ لأن السنة إيقاع الرجعي ، والبدعة إيقاع البائن والثلاث ، فإذا نوى ذلك وقع .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: أنت طالق أقبح الطلاق أنه رجعي ، وقال محمد: [إنه] بائن .

ولأبي يوسف: أن أقبح يحتمل وقوع الفرقة في وقت تكره المرأة الفرقة فيه ، فيكون [أقبح]^(٣) من هذا الوجه ، ويحتمل [أقبح] من حيث الشرع ، فلا تقع البيونة بالشك .

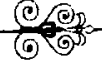
وجه قول محمد: أن [أقبح] جعله صفة للطلاق ، وذلك لا يكون إلا في الطلاق المنهي عنه ، فأما غيره فهو صفة للمطلقة .

وقد روى هشام عن محمد فيمن قال: أنت طالق للبدعة ؛ كانت واحدة رجعية ؛ لأن البدعة قد تكون في البائن ، وقد تكون في الطلاق في الحيض ، فلا تقع البيونة بالشك .

(١) في (توقع) .

(٢) في ب (طلاق) والمثبت من أ .

(٣) في ب (أصح) والمثبت من أ .



وروى هشام عن محمد: في طلاق الشيطان أنه رجعي ؛ لأن ذلك يفيد ما تفيده البدعة ، فأما الكنايات فهي كلها بوائن ، إلا ثلاث كنايات وهي : اعتدي ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ؛ وقال الشافعي : كلها رجعية^(١) .

لنا : أنه أوقع ما يملكه فوجب أن يقع بإيقاعه كالثلاث ، ولأنه أحد نوعي البينونة ، فجاز أن يقع بقوله : أنت بائن كالثلاث .

١٦٢٠ - [فصل : وقوع الطلاق بالكنايات]

ومن حكم الكنايات أن لا يقع الطلاق بمجرد ما ؛ وذلك لأنها ألفاظ محتملة للطلاق ولغيره ، فلا تنصرف إلى أحد المحتملين إلا بدليل ، فإن نوى الطلاق وقع في جميعها ؛ لأن النية تصرف الكلام من وجه إلى وجه إذا كان محتملاً للوجهين ، الدليل عليه : ما روي أن ركانة [بن عبد يزيد]^(٢) طلق امرأته البتة ، فاستحلفه رسول الله ﷺ (ما أردت إلا واحدة)! ، ورجع إلى نيته ؛ لأن البتة يحتمل الثلاث والواحدة .

١٦٢١ - [فصل : تأثير دلالة الحال في وقوع الطلاق بالكنايات]

ودلالة الحال تؤثر في الكنايات عندنا ، وقال الشافعي : لا تؤثر .

لنا : أن الكلام الواحد يستعمل [١/١١٠] في المدح والذم ولا يفصل بينهما

(١) وقال الشافعي : جميع ذلك يفتقر إلى النية مطلقاً . انظر : مختصر المزني ص ١٩٢ ؛ المهذب

٢٩٤/٤ ؛ المنهاج ص ٤١٤ ؛ رحمة الأمة ص ٤١٥ .

(٢) في أ (يزيد ابن ركانة) ، والمثبت من رواية الطيالسي .

روى الطيالسي حديث ركانة ، وفيه : (سأله النبي ﷺ بقوله (الله ما أردت إلا واحدة) ثلاثاً . مسند

الطيالسي ١/١٦٤ .

وأخرجه العقيلي في الضعفاء ٢/٢٠٢ .

إلا بدلالة الحال ، فدل على تأثيرها في الكلام ؛ ولأن ما خرج على وجه الجواب فالظاهر أنه جواب ، فلا يحتمل على غيره ، أصله السراح والفراق ، وإن نوى بلفظ الكناية الثلاث كان ثلاثاً ؛ لأن البيونة والتحريم تارة يكون بالواحدة وتارة يكون بالثلاث ، فإذا نوى أحد محتمل اللفظ وقع ، (ولأن النبي ﷺ استحلف ركائة أنه ما أراد إلا واحدة ، فدل على أنه لو أراد الثلاث لوقع ، وإلا لم يكن للاستحلاف معنى) ^(١) ، وإن نوى اثنتين كانت واحدة ، وقال زفر: يقع ما نوى ، وبه قال الشافعي ^(٢) .

لنا: أن البيونة لا تتضمن العدد ، ألا ترى أنه لا يصح أن ينطق بها بعدد فيقول: أنت [بائن ثنتان ، أو أنتِ بائنتان] ، وإذا لم يتضمن ذلك لم يصح أن يقع بالنية ما لا يتضمنه الكلام ، وليس كذلك إذا أراد الثلاث ؛ لأنها لا تقع من حيث العدد ولكنها نوع بينونة ، فتقع من حيث البيونة .

وعلى هذا قال أصحابنا: إذا قال لزوجته الأمة: أنت بائن ، ينوي اثنتين وقع ؛ لأنها البيونة العليا فيها فصارت كالثلاث في الحرة ، وقالوا: لو طلق الحرة واحدة ثم قال لها: أنت بائن ، ينوي اثنتين كانت واحدة ؛ لأنها لا تبين بالثنتين لولا ما تقدم ، فلم يكن ذلك نوع بينونة فيها فلم يقع .

وجه قول زفر: أن كل لفظ جاز أن يقع به الثلاث ، جاز أن يقع [به] ما دونها كالأحادة .



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) انظر مراجع المسألة السابقة .

١٦٢٢ - [فصل: أقسام الكنايات في الطلاق]

وقد قالوا إن الكنايات تنقسم ثلاثة أقسام:

فقسم: لا يديّن في القضاء في الغضب، ولا في ذكر الطلاق.

والقسم الثاني: يُدَيّن في الغضب ولا يدين في ذكر الطلاق في القضاء.

والثالث: يدين في القضاء في الغضب وفي ذكر الطلاق.

فأما ما لا يدين به في غضب ولا [في] ذكر الطلاق: فقوله: أمرك بيدك، واختاري، واعتدي؛ وذلك لأن هذه الألفاظ لا تصلح [للسب^(١)] ولا للإبعاد، فالظاهر منها الطلاق، ومن تكلم بكلام الظاهر منه الطلاق لم يصدق في صرفه عن ظاهره، كما لو قال: أنت طالق، ثم قال: نويت به طلاقاً من وثاق.

وأما القسم الثاني الذي يُدَيّن في الغضب ولا يدين في ذكر الطلاق [في القضاء]، وذلك في كل لفظ يصلح للسب وهي خمسة ألفاظ: أنت خلية، وبرية، وبائن، وبتة، وحرام، وذلك لأن هذه الألفاظ تصلح للسب، ألا ترى أنه يقول: أنت خلية من الخير، وبرية من الإسلام، وبائن من الدين، وبتة من المروءة، وحرام الاجتماع معك وعشرتك، وحال الغضب تصلح للسب وتصلح للطلاق، وما احتمل أمرين لم يحمل على أحدهما إلا بالنية، فأما في حال ذكر الطلاق فالحال لا تصلح إلا للطلاق، فوجب حمل هذه الألفاظ [١١٠/ب] على الطلاق دون السب.

وقد روى بشر عن أبي يوسف: أنه زاد فيها أربعة ألفاظ: [تحتل السب،

(١) في ب (للسب)، وهكذا في جميع ما يأتي، والمثبت من أ.

فتقول]: لا سبيل لي عليك ، وفارقتك ، وخليت سبيلك ، ولا ملك لي عليك ؛ [وذلك] لأن هذه الألفاظ تحتل السب ، فتقول: لا سبيل لي عليك لشرك ، وفارقتك في المكان لكرهه اجتماعي معك ، وخليت سبيلك وما أنت عليه ، ولا ملك لي عليك ؛ لأنك أقل من أن أملكك .

وقد قالوا في بنتٍ مني أنه كذلك ، وهذا ليس بزيادة ؛ لأنه [يقرب] ^(١) من بائن .

فأما ما يدّين في الغضب ^(٢) وذكر الطلاق: فقد قال أبو حنيفة: لا سبيل لي عليك ، ولا ملك لي عليك ، واعتزلي ^(٣) ، وتقنعي ، واستتري ، واخرجني ، واذهبي ، وقومي ، وتزوجي ، ولا نكاح لي عليك ؛ وذلك لأن هذه الألفاظ تُذكر ويراد بها الإبعاد ، وحال الغضب يُبعد الإنسان الزوجة فيها وإن لم يطلقها ، وكذلك في حال ذكر الطلاق ؛ لأنها إذا قالت: طلقني ، فقال: لا سبيل لي عليك ، احتمال لا سبيل لي على طلاقك ، ولا ملك لي على طلاقك ، وهذا يذكر ويراد به الامتناع من الطلاق .

وقد ذكر أبو الحسن: أن ما سوى القسمين الأولين من الكنايات لا يقع به الطلاق إلا بالنية ، ولم يذكر الكنايات ونحن نذكرها ، فمنها قوله: حبلك على غاربك ؛ لأن هذا اللفظ في معنى التسريح ، وكذلك قوله: اذهبي ؛ لأن المرأة لا تذهب عن زوجها (إذا طلقها) ^(٤) ، وكذلك: خلّيت سبيلك ، والحقي بأهلك ؛

(١) في ب (تصرف) والمثبت من أ .

(٢) في أ (حال الغضب) .

(٣) في أ (واعتدي) هنا .

(٤) في أ (عند الطلاق) .

لأن المرأة لا تلحق بأهلها إذا طلقها، وكذلك: استتري، وتقنعي؛ لأن المرأة يلزمها أن تستتر عن زوجها إذا طلقها، وكذلك: تزوجي؛ لأنها لا يجوز لها أن تتزوج إلا بعد الطلاق، وكذلك: انطلقني وانتقلي؛ لما قدمنا، وكذلك إذا قال: وهبتك لأهلك قبلوها أو لم يقبلوها؛ لأن الهبة تقتضي زوال الملك، والقبول يحتاج إليه لدخول الشيء في ملك الموهوب له، فطلاقها^(١) لا يملكه أهلها فلم يحتاج إلى القبول.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا قال: وهبتك لأهلك، أو لأبيك، أو لأمك، أو للأزواج فهو طلاق؛ لأن المرأة ترد بالطلاق على هؤلاء، ويملكها الأزواج بعد الطلاق، فصار هذا من مدلول الطلاق.

قال: فإن قال: وهبتك لأختك، أو لخالتك، أو لعمتك، أو لفلان الأجنبي؛ لم يكن طلاقاً لأن المرأة بالطلاق لا ترد على هؤلاء.

وقد قال أبو حنيفة: إذا قال لامرأته: لست لي بامرأة، ينوي الطلاق كان طلاقاً، وكذلك إذا قال: ما أنا بزوجك، أو سئل فقيل: هل لك امرأة؟ فقال: لا، دُين في الرضا والغضب، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع به الطلاق.

لأبي حنيفة: أن هذا اللفظ يحتمل الطلاق، ألا ترى أنه يقول: لست لي [١/١١٩] بامرأة لأنني طلقتك، وما احتمل الطلاق إذا نوى به الطلاق كان طلاقاً، (كقوله: أنت بائن)^(٢)، وليس كذلك إذا قال: والله ما أنت لي بامرأة، أو عليّ

(١) في أ (وبضعها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

حجة ما أنت لي بامرأة^(١)، أنه لا يقع الطلاق وإن نوى؛ لأن اليمين على النفي يتناول الماضي وهو كاذب في ذلك، فلا يقع به شيء، وأما في مسألتنا وإنما أخبر عن الحال، ويجوز أن يكون الأمر كما قال، ولا يلزم إذا قال: لم أتزوجك؛ لأن الطلاق حل للنكاح بعد وقوعه، وهذا نفي لأصل النكاح، فلا يجوز أن يقع به الطلاق.

وجه قولهما: أن نفي الزوجية كذب، فلا يقع به الطلاق، كقوله: لم أتزوجك؛ وقال أبو حنيفة: إذا قال: لا حاجة لي فيك، ينوي الطلاق فليس بطلاق؛ لأن نفي الحاجة يجتمع مع الزوجية، ألا ترى أن الإنسان قد يتزوج بمن لا حاجة له فيها فلم ينف ذلك النكاح.

وقال محمد^(٢): إذا قال: افلحي، يريد به الطلاق كان طلاقاً، قال: لأن العرب تقول: افلح بخير، أي: اذهب بخير، ولو قال: اذهبي كان طلاقاً، وقالوا: إذا قال: فسخت النكاح بيني وبينك، ينوي الطلاق فهو طلاق، لأنه أتى بمعنى الفرقة، ولو قال: وهبت لك طلاقك، وقال: أردت أن يكون في يدك لم يصدق في القضاء؛ لأن الهبة تفيد زوال ملك الواهب، وجعل الطلاق إليها ليس بإزالة الملك، وإنما هو تفويض فلا يصدق فيه.

قد روي عن أبي حنيفة في قوله: وهبت لك طلاقك، رواية أخرى: أنه لا يقع به شيء لأنه يحتمل: وهبت لك، بمعنى أعرضت عن إيقاعه، (ولأن الهبة تفيد التمليك، وتمليك المرأة للطلاق هو أن يجعل إليها إيقاعه)^(٣).

(١) في أ (إن كنت لي امرأة).

(٢) في أ (أبو حنيفة).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

قالوا: ولو أراد أن يطلقها فقالت له: هب لي طلاقى، تريد أعرض عنه، فقال: قد وهبت لك طلاقك؛ صدق في القضاء؛ لأن الظاهر يقتضي أنه أراد بالهبة ترك الإيقاع.

قالوا: ولو قال: قد أعرضت عن طلاقك، أو صفحت عن طلاقك، ينوي الطلاق لم تطلق؛ لأن الإعراض عن الشيء يقتضي ترك التصرف فيه، وإن قال: [قد] تركت طلاقك، أو خلّيت سبيل طلاقك، وهو يريد الطلاق وقع؛ لأن تخلية الطلاق وتركه قد يكون بإخراجه عن ملكه؛ وذلك إيقاع الطلاق.

فأما الفرقة التي تقع بالتخيير إذا اختارت المرأة فهي طلاق بائن؛ لأنه يخيرها بين البقاء على النكاح وبين^(١) تركه، ولأن الفرقة إنما وقعت (بالخيار)^(٢)، تشبهاً بالخيار الطارئ على النكاح، وذلك الخيار بائن، وكذلك هذا، وأما [الفرقة]^(٣) الواقعة من طريق الحكم فجميعها [بوائن]^(٤)، وهي منقسمة: فمنها ما هو طلاق، ومنها ما ليس بطلاق، وكل فرقة أوجبت تحريماً مؤبداً فليست بطلاق، وهي فرقة بائنة؛ لأنها أوجبت التحريم وزيادة: وهو التأييد، وهذا مثل الرضاع، وإذا وطئ المرأة ابن زوجها، [١١٩/ب] أو أبوه، أو وطئ زوجها أمها، أو ابنتها.

وأما فرقة اللعان: فهي طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف فرقة بائنة وليست بطلاق، وإنما كانت بائنة؛ لأن القاضي يفرق بينهما حتى يخلصها من زوج يقذفها، فلو كانت الفرقة رجعية لم يوجد المقصود منها.

(١) في أ (أو).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (الفرق) والمثبت من أ.

(٤) في ب (بائن) والمثبت من أ.

وأما الأمة إذا أعتقت فاختارت نفسها فهي فرقة بائنة بغير طلاق؛ لأن الفرقة إنما تقع لأن بدل بُضْعها لم يسلم لها، فيتوصل بالفرقة إلى نكاح (يحصل) لها فيه العوض، فلو كانت رجعية لم يوجد هذا المعنى.

وأما فرقة العنّين فهي طلاق بائن في قولهم؛ لأن الفرقة يوقعها الحاكم ليخلصها من نكاح لا يستقر فيه مهرها، فلو أوقع الطلاق رجعياً لراجعها الزوج فيحتاج أن يفرق بينهما ثانياً، وهذا لا يجوز.

١٦٢٣ - [فصل: اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ]

فإذا بلغ الصغير واختار، أو الصغيرة واختارت، فهي فرقة بائنة بغير طلاق؛ لأن الفرقة إنما تقع لأن البضع استحق عليها بتصرف من لم تكمل ولايته، فلو كانت رجعية لراجعها فلم يحصل^(١) الغرض.

فأما إباء الزوج إذا أسلمت امرأته فهي طلاق بائن عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف فرقة بائنة بغير طلاق؛ وإنما كان بائناً لأن الفرقة إنما تقع لأنه لا يصح البقاء على النكاح مع كفر أحد الزوجين، فلو لم تكن الفرقة بائنة كان النكاح باقياً، وأما إباء المرأة فهي فرقة بائنة بغير طلاق في قولهم؛ لأن المرأة لا تملك الطلاق، وإنما كانت بائنة لما ذكرنا.

وأما ردّة الزوج فليست بطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وهي فرقة بائنة، وقال محمد: هي طلاق بائن، وإنما وقعت البينونة لأن النكاح لا يبقى مع الردة لأنها تنافي الملك، فلذلك وقعت البينونة، وردّة المرأة فرقة بائنة بغير

(١) في أ (يوجد).

طلاق في قولهم لما بينا .

وذكر محمد في السَّيَر: في امرأة الحربي إذا أسلمت ثم حاضت ثلاث حَيْض فهي تطليقة بائنة ؛ لأن الحيض أقيم مقام إباء الزوج ، وإن كان الزوج هو المسلم ، فهي فُرقة بائنة بغير طلاق كإباء المرأة ، والفرقة الواقعة باختلاف الدارين لا تكون طلاقاً ، وهي فرقة بائنة ؛ لأن اختلاف الدارين يمنع بقاء حق الزوج في بضعها .

قال محمد: وإذا أسلم الحربي وتحتة ثمان نسوة فاختر منهن أربعاً ، [وفارق أربعاً] فهي فرقة بائنة بغير طلاق ، وإنما لم يكن طلاقاً ؛ لأن التحريم عنده يسبق الاختيار عقيب الإسلام ، وإنما يميز بالخيار من حرمت عليه ممن لم تحرم ، فالفرقة وقعت من طريق الحكم ، وإنما كانت بائنة ؛ لأنه لا يجوز البقاء على نكاح أكثر من أربع [نسوة] ، وفي الفرقة الرجعية بقاء على النكاح ، فإذا ملك أحد الزوجين الآخر: فهي فرقة بائنة بغير طلاق ؛ لأنها تقع من طريق الحكم ، ولا يجوز مع سببها البقاء على النكاح ، فإذا مضت مدة الإيلاء بانت المرأة بتطليقة بائنة ، لأنها إنما توقع الفرقة لتتخلص من زوج يمنعها حقها ، وهذا لا يكون إلا في البائن .

١٦٢٤ . [فَصْل: كتاب طلاق الزوجة في كتاب على وجه الاستبانة]

قال أبو الحسن: وإذا كتب الرجل طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض وكان مستبيناً^(١) فهو بمنزلة الكلام المكني ، لا يقع به الطلاق حتى ينوي .

(١) في أ (ميينا) .

قال الشيخ رحمه الله: والأصل في وقوع الطلاق [بالكتاب] ^(١) أن الكتابة حروف منظومة تدل على (معنى مفهوم فصار كالكلام) ^(٢)، ولأن كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الآفاق قامت مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام، فدل على أن الكتاب يقوم مقام قول الكاتب، وإذا ثبت هذا قلنا: إذا كتب كتاباً لا يستبين، [فلا يقع به الطلاق، وكذلك لو] كتب في الهواء فليس بشيء؛ لأن الكتابة التي لا تستبين كالكلام الذي لا يستبين فلا يقع به الطلاق، وأما إذا كتب [كتاباً يستبين] ^(٣) فهو على وجهين: إن كتبه لا على طريق المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق، وقف على النية، فإن قال: نويت به الطلاق وقع، وإن قال: لم أنو به الطلاق صدق؛ لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكنية التي تقوم مقام الصريح، فلا يقع الطلاق بها إلا بنية أو ظاهر، ولأن الإنسان قد يكتب ويريد [به] الإيقاع، ويكتب [لتجويد] ^(٤) الخط فلم يحمل على الإيقاع إلا بدليل، وأما إذا كانت ^(٥) على طريق الخطاب والرسالة مثل أن يكتب أما بعد: يا فلانة أنت طالق، أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق، فإن الطلاق يقع بذلك، ولا يصدق أنه لم يقصد به الطلاق إلا أن يقول: نويت طلاقاً من وثاق، فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ وذلك لأن الكتابة إذا كانت على طريق الخطاب ولها ظاهر، فهي كالكلام الذي له ظاهر فلا يصدق في صرفه عن ظاهره، ثم ذلك على وجهين: إن كتبه على طريق الخطاب فلم يعلقه بشرط وقع عقيب الكتابة؛ لأن قوله: (أنت طالق) في

(١) في أ (بالكنايات).

(٢) في أ (معاني مفهومة، فهي كالكلام).

(٣) في ب (بما يبين) والمثبت من أ.

(٤) في ب (لتجربة) والمثبت من أ.

(٥) في أ (كتب).



الكتاب كتلفظه به فيقع [عقيب الكتابة] (١) .

فأما إذا قال: إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق، فإن الطلاق لا يقع حتى يصل لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله كما لو علقه بدخول الدار، وقد قالوا فيمن كتب كتاباً على وجه الرسالة، وقال [فيه]: إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق، ثم محا ذكر الطلاق منه وأنفذ الكتاب وسطره باقي وقع الطلاق؛ لأن الشرط [فيه] قد وُجد وهو وصول الكتاب، فإن محا ما في الكتاب حتى لم يبق منه كلامٌ، يكون رسالةً، لم يقع الطلاق وإن وصل؛ لأن [ما] بقي منه لا يسمى كتاباً، فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق (٢) . اهـ



(١) في ب (عقبه) والمثبت من أ.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٠/٥ وما بعدها؛ التجريد ٤٨٣١/١٠ وما بعدها.

[٤٠] بَابُ

الرجعة



قال أبو الحسن: إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك الرجعة^(١) على ما بيّنتُ لك واحدة أو اثنتين، فله أن يراجعها ما دامت في العدة (إلى)^(٢) أن تغتسل من الحيضة التي هي آخر العدة.

قال الشيخ رحمه الله: والأصل في جواز الرجعة قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] وقال: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال رحمه الله لابن عمر «راجعها»، (وطلق سودة وراجعها)^(٣)، فدل ذلك على جواز الرجعة؛ وإنما قلنا: أن الرجعة تكون مع بقاء العدة؛ لأن العدة إذا انقضت زال الملك بحقوقه، والرجعة لا (تصح)^(٤) مع زوال حقوق الملك.

وأما قوله: ما لم تغتسل، فهذا على وجهين:

إذا كان حيضها أكثر الحيض؛ انقطعت الرجعة بمضي المدة؛ لأننا تيقنا

(١) «الرجعة: هي المراجعة، وهي عبارة عن إرتجاع المطلق مطلقته على حكم النكاح الأول» الجواهر

٦٤/١.

(٢) في أ (إلا).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٨٣)، وغيره بلفظ (طلق حفصة...)؛ والنسائي في الكبرى (٥٧٥٥)؛ وابن

ماجه (٢٠١٦)؛ وابن حبان في صحيحه (٤٢٧٥)، وغيرهم.

(٤) في أ (تقع).

زوال الحيض وانقضاء العدة بانقضائه .

وأما إذا كان حيضها أقل من أكثر الحيض ، فإن الرجعة لا تنقطع ما لم تغتسل ، أو يمضي وقت صلاة ، أو تتمم وتصلي .

وقال الشافعي: لا أعرف بعد الأقرء معنى معتبراً في انقضاء العدة^(١) ، وهذا الذي قاله خلاف الإجماع ؛ وروى علقمة عن ابن مسعود قال: كنت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فجاءه رجل وامرأة فقال: زوجتي طلقته وراجعته ، فقالت: ما يمنعني ما صنع أن أقول ما كان أنه طلقني وتركني حتى حضت الحيضة [الثالثة] وانقطع الدم ، وغلقت بابي ، ووضعت غسلي وخلعت ثيابي ، فطرق الباب فقال: قد راجعتك ، فقال عمر: [قل]^(٢) فيها يا ابن أم عبد! فقال: أرى الرجعة قد صحت ما لم تحل لها الصلاة ، فقال عمر: لو قلت غير ذلك ، لم أره صواباً^(٣) .

وروى مكحول: أن أبا بكر ، وعمر ، وعلياً ، وابن مسعود ، وأبا الدرداء ، وعبادة بن الصامت ، وعبد الله بن قيس الأشعري رضي الله عنه كانوا يقولون في الرجل يطلق امرأته تطليقة أو تطليقتين أنه أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ، ترثه ويرثها ما دامت في العدة .

وإذا اتفقت الصحابة على اعتبار الغسل لم يعتد بخلاف من خالف ؛ ولأن أيامها إذا كانت أقل من أكثر الحيض لم نتيقن انقطاع الدم لجواز أن يعود ، فبقيت العدة حتى يوجد الغسل المنافي للحيض في الظاهر .

(١) انظر: المنهاج ص ٤٣٠ .

(٢) في ب (قد راجعتك) والمثبت من أ .

(٣) رواه محمد بن الحسن في الآثار ، ص ١٠٤ .

والشافعي بنى هذا على أن العدة تنقضي بالأطهار، فإذا طعنت في أول الحيضة الثالثة انقضت العدة فلا تحتاج إلى الغسل، فأما إذا انقطع دمها ومضى وقت صلاة وقد أمكنها الغسل قبل مضيه فقد انقضت العدة؛ لأن تلك الصلاة وجبت عليها، ووجوب الصلاة ينافي حكم الحيض، وأما إذا كانت مسافرة فتيممت لم تنقطع الرجعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى تصلي، وقال محمد: تنقطع [الرجعة].

لهما: أن التيمم لا يرفع الحدث، ألا ترى أنها لو رأت الماء بطل وصار كأن لم يكن، فلم تنقطع الرجعة كما لو غسلت بعض بدنها [١١١/ب] وليس كذلك إذا صلت؛ لأنه تعلق بالتيمم حكم لا يلحقه الفسخ، ألا ترى أنها لو رأت الماء لم تبطل تلك الصلاة فصار كالغسل.

وجه قول محمد: أنها إذا تيممت استباح ما تستبيحه بالغسل فصارت كما لو اغتسلت^(١)، وأما الكتابية فقد قالوا أن الرجعة تنقطع عنها إذا انقطع الدم؛ لأن فرض الغسل لا يلزمها، فصارت كالمسلمة إذا اغتسلت.

١٦٢٥ - [فصل: العدة في حال بقاء عضو في الاغتسال]

وإذا اغتسلت المعتدة وبقي من بدنها عضو أو أقل كانت له الرجعة في العضو إذا بقي وليست له الرجعة في الأقل.

وقال أبو يوسف: الاستحسان فيما دون العضو، وقال محمد: الاستحسان في العضو، فأبو يوسف يقول: كان القياس إذا بقي أقل من عضو أن تبقى الرجعة؛

(١) في أ (كالمغتسلة).

لأن الحدث باقٍ فصار كالعضو وإنما [استحسنوا]^(١)؛ لأن هذا القدر يستغفل في العادة، فلو بقيت به الرجعة لم تنقطع في الغالب، وهذا لا يصح.

وأما محمد فقال: القياس أن تنقطع الرجعة إذا بقي عضو قياساً على المضمضة، وإنما استحسنوا فقالوا: لا تنقطع لأن العضو مجمع على وجوب غسله وهو مما لا يُستغفل، فصار كما لو زاد عليه، وأما إذا بقي المضمضة والاستنشاق، فقال محمد: أبنيتها من الزوج ولا تحل للأزواج، واختلفت الرواية عن أبي يوسف، فروى الفضل بن غانم عنه: أنه لا رجعة لزوجها، وروى هشام عنه: أن له الرجعة.

وجه قول محمد: أن المضمضة مختلف في وجوبها، والرجعة يعتبر فيها الاحتياط فلم يجز إثباتها بالشك، (ولا يبيحها للأزواج)^(٢) بالشك، وأما أبو يوسف فقال: الحدث باقٍ في عضو كامل كسائر الأعضاء، وأما إذا اغتسلت بسؤر حمار وتيممت فلا رجعة عليها ولا تحل للأزواج؛ لأن سور الحمار مشكوك فيه، فإن كان طاهراً انقطعت الرجعة وحلت [للأزواج]، وإن كان نجساً بقيت الرجعة ولم تحل [للأزواج]، فاعتبر الاحتياط في الجنسين فقالوا: تنقطع الرجعة ولا تحل [للأزواج].

١٦٢٦ - [فصل: المراجعة بالشهود]

وإذا أراد أن يراجعها أشهدَ على رجعتها شاهدين، ويقول: [لهما: اشهدا] أنني قد راجعت زوجتي فلانة، أو ما يؤدي هذا المعنى من القول، وذلك لقوله

(١) في ب (استحسنها) والمثبت من أ.

(٢) في أ (ولا يستبيح الأزواج).

تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ولأنه لا يأمن أن تنقضي العدة ، فلا تصدقه في الرجعة ، فكان الاحتياط (في الإشهاد) ^(١) على ذلك .

وقد قال أصحابنا: إن الشهادة ليست بشرط في الرجعة ، وقال الشافعي: لا تصح إلا بالإشهاد ^(٢).

لنا: أن الرجعة تصرف [يملكه الزوج] ^(٣) بحكم العقد ، فلم يقف على الإشهاد كالظهار والإيلاء ، وأما الآية فهي محمولة على الاستحباب بدلالة أن الله تعالى جمع بين الفرقة والرجعة وأمر بالإشهاد ، وقد ثبت أن الإشهاد في الفرقة [١/١١٢] مستحب فكذلك الرجعة ؛ لأن اللفظ الواحد لا يحمل في حالة واحدة على الوجوب والندب ، قال: ولا [مهر] ^(٤) في الرجعة ولا عوض ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ، والعوض لا يجب على الإنسان في مقابلة ملكه ، ولأن الرجعة استدراك للحق كالفيء في الإيلاء وإسقاط الخيار في البيع ، فلا يكون في مقابله عوض ، قال: وأحسن ذلك أن يعلمها بالرجعة ، (وإن لم يعلمها جازت الرجعة ؛ وذلك لأنه إذا لم يعلمها جاز أن تتزوج عند مضي الحيض فيعرضها لعقد محرم ، [فلذلك] ^(٥) استحب أن يعلمها) ^(٦) ، فإن لم يعلمها جاز ؛ لأنه حق ينفرد به لا يسقط به حقاً لها ، فصار كالإجازة في الخيار .

(١) في أ (أن يشهدا) .

(٢) وللشافعي قولان أصحهما الاستحباب ، رحمة الأمة ص ١٩٣ ؛ وقال النووي «والجديد: أنه لا يشترط الإشهاد» . المنهاج ص ٤٢٩ . انظر: المهذب ٤/٤٧٨ .

(٣) في ب (في ملكه) والمثبت من أ .

(٤) في ب (مميز) والمثبت من أ .

(٥) في ب (فكذلك) والمثبت يقتضيه السياق .

(٦) ما بين القوسين ساقطة من أ .

قال: وإن لم يراجعها حتى جامعها فهو مراجع، وقال الشافعي: لا تكون^(١) الرجعة بالفعل^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ والإمساك في الحقيقة يتناول الفعل؛ ولأن الطلاق أثبت له استدراك حق في مُدَّة، فجاز أن يستدرکه بالفعل، كالخيار في البيع، ولا يلزم إذا أعتق إحدى أمته؛ لأن الاستدراك هناك لا يتقدر بمدة، ولأن العدة مدة تفضي إلى البينونة، جعل له إبطالها فصح إبطالها بالوطء كمدة الإيلاء، وكذلك إن جامعته وهو نائم أو مجنون؛ لأن جماعها له على هذا الوجه يتعلق به من الحكم ما يتعلق بجماعه لها، فَجَرِيًّا مجرئاً واحداً، وإن لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة فهو مراجع؛ لأن هذا الاستمتاع في الحرة يختص بالنكاح فهو كالوطء، وأما إن لمس أو نظر لغير شهوة لم تكن رجعة؛ لأن ما كان لغير شهوة لا يقف على النكاح، ألا ترى أن القابلة والطبيب ينظر إلى الفرج.

قال: ولا يكون النظر إلى غير الفرج لشهوة رجعة؛ لأن ذلك ليس باستمتاع مقصود، ولو مسته لشهوة مختلصة، أو كان نائماً فاعترفت أنه كان لشهوة فهو رجعة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: ليس برجعة.

لأبي حنيفة [ومحمد]: أن لمسها له يتعلق به من الحكم ما يتعلق بلمسه لها، فجرئ أحدهما مجرئ الآخر، وهذا صحيح على أصله في الجارية المشتراة إذا لمست المشتري بشهوة.

(١) في أ (تصح).

(٢) أي: لا تصح بالفعل مع القدرة على القول، كالنكاح. انظر: المهذب ٤/٣٧٦؛ المنهاج ص ٤٢٩؛ رحمة الأمة ص ١٩٣.

وأما أبو يوسف فقال في مسألة الخيار: إذا لمستته يبطل خياره، وقال: هاهنا لا تكون رجعة، قال: لأن الخيار يجوز أن يبطل بغير فعل المشتري إذا دخل المبيع نقص، والرجعة لا يجوز أن تثبت بغير اختيار الزوج، وعلى أن يشرأ روى عنه: أن فعلها لا يكون رجعة ولا فعل الأمة يكون إجازة للبيع، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق.

وأما محمد فقال: إسقاط الخيار إدخال الشيء في ملك المشتري، والأمة لا تملك ذلك، وأما الرجعة فالمرأة على ملكه، فإذا جعلناه مراجعاً (بفعلها)^(١) لم تملكه ما لم يكن مالكاً له، فكذلك صحت الرجعة. وقد قال أبو يوسف: إذا لمستته فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعة؛ لأنها لما بقيت على اللبس باختياره؛ صار كأنه لمسها، وكذلك قال: إذا ابتدأت اللبس وهو مطاوع لها.

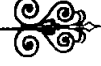
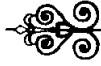
قال محمد: ولو صدَّقها [ب/١١٢] الورثة بعد موته أنها لمستته بشهوة كان ذلك رجعة؛ لأن الورثة قاموا مقامه، فكأنه صدَّقها قبل موته.

قال: ولو شهد الشهود أنها قبّلته بشهوة لم تقبل الشهادة؛ لأن الشهوة معنى في القلب لا يشاهدونه، فلا تقبل شهادتهم فيه، وإن شهدوا على الجماع جاز؛ لأن الجماع معنى يشاهدونه ولا يحتاج فيه إلى شرط [الشهوة]^(٢).

قال: ولو نظرت إلى فرجه بشهوة فإن أبا يوسف قال: قياس قول أبي حنيفة؛ أن يكون رجعة، وقال أبو يوسف: هذا فسخ ولا يكون رجعة، وهذا على ما بينا أن نظرها إلى فرجه كنظره إلى فرجها في باب التحريم فكذلك في الرجعة.

(١) زيادة في ب وغير موجودة في أ.

(٢) في ب (الشهود) والمثبت من أ.



قال محمد في الزيادات: وإذا نظر إلى دبرها موضع الجماع منه بشهوة لم يكن ذلك رجعة؛ وهو قول محمد الآخر^(١) وقياس قول أبي حنيفة، لأن هذا السبيل لا يجري مجرى الفرج، ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب [الحد]^(٢)، فصار النظر إليه كالنظر إلى سائر البدن.

وقال أبو يوسف: ويكره له القُبلة بغير شهوة، واللمس إذا لم يرد الرجعة، ويكره أن يراها [متجردة]^(٣) بغير شهوة؛ وذلك لا يأمن أن يشتهي فيصير مراجعاً من غير إشهاد، وهو لا يريد إمساكها، فيطلقها وتطول العدة عليها، وقد نهى الله تعالى عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢١٣] قال أبو يوسف: والأحسن إذا دخل عليها أن يتنحج ويسمعها خفق نعليه ليس من أجل أنها حرام ولكن لا يأمن أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة من غير إشهاد.

وقد قال أصحابنا: إن الطلاق الرجعي لا يوجب تحريم الوطء^(٤)، وكان أبو عبد الله البصري يختار أن يوجب التحريم، وهو قول الشافعي، وزاد الشافعي فقال: إن وطئها قبل الرجعة فعليه المهر^(٥). وهذه المسألة التي ذكرها أبو يوسف نص في نفي التحريم.

لنا: أنه يصح ظهاره منها وإيلاؤه، ويثبت بينها وبينه اللعان، فلم يجب عليه بوطئها عوض كسائر الزوجات، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ

(١) في أ (الأخير).

(٢) في ب (الحل) والمثبت من أ.

(٣) في ب (متجردة) والمثبت من أ.

(٤) في أ (التحريم).

(٥) انظر: المهذب ٣٧٦/٤؛ المنهاج ص ٤٣٠؛ رحمة الأمة ص ١٩٣.

بِرَدِّهِنَّ ﴿ [البقرة: ٢٢٨] فسماه بعلاً ، والتحريم والطلاق^(١) ينفي هذا الاسم ؛ ولأنه لفظ طلاق لا يزيل الملك فلا يوجب التحريم ، كطلاق المُكْرَهِ والطلاق المُعَلَّقِ بالشرط ، وقول أصحابنا: أنه لا يسافر بها ليس من قِبَلِ التحريم ؛ لكن لأن خروجها من منزلها في العدة لا يجوز .

١٦٢٧ . [فصل: في تعليق الرجعة]

وإذا قال الزوج بعد الطلاق: إذا جاء غدٌ فقد راجعتك ، وإذا دخلت الدار أو إذا فعلت كذا ، فليس ذلك برجعة عندهم جميعاً ؛ لأن الرجعة استدراكٌ حقٍ فلا يتعلق بالشرط كإسقاط الخيار ، ولأنه تبقى للملك ، فهو كابتداء الملك فلا يتعلق بالشرط .

قال: وإذا قال في العدة: كنت راجعتك أمس وكذبتك ، فالقول قوله لأنه أخبر عما يملكه في الحال ، فصار [١/١١٣] كالوكيل قبل العزل إذا قال: قد بعته أمس ، ولأن الزوج يملك الرجعة في الحال ، فإذا لم تصدقه في تقدمها صار كأنه راجعها في الحال ، وإن قال بعد انقضاء العدة: [قد] كنت راجعتك وكذبتك ، فالقول قولها ؛ لأنه أخبر عن الرجعة في حال لا يملكها كالوكيل بعد العزل إذا قال: قد كنت بعته ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة ، وهي [إحدى المسائل المعدودة التي]^(٢) لا يستحلف فيها ، وقد قدمناها في [كتاب] النكاح ، فإن أقام بيّنة على ذلك صحت الرجعة ؛ لأن الشهود ينقلون رجعته في العدة ، فكأن القاضي سمع ذلك .

(١) في أ (بالطلاق) .

(٢) في ب (إحدى مسائل معدودة) والمثبت من أ .

وإن قال لها: راجعتك ، فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي ؛ فالقول قولها مع يمينها عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الزوج .

لأبي حنيفة: أن المرأة في العادة لا تخبر بانقضاء عدتها مع انقطاع الدم لجواز أن يعاودها [الدم] ، فإذا أخبرت بذلك مجيبة له ، فالظاهر أن الانقطاع تقدم على قوله ، فصار كأنها قالت: انقضت عدتي ، فقال [الزوج]: قد راجعتك ؛ ولأنها أمينة فيما تخبر ، فما أمكن حمل قولها على الصحة كان أولى ، ويُمكن حمل ذلك على الصحة ؛ لأن الانقطاع يجوز أن يكون مع [قوله] ، وليس كذلك الموكل إذا قال للوكيل: قد عزلتك ، فقال مجيباً له: قد كنت بعت ؛ لأن [البيع] لا يجوز أن يوجد مع قوله ، ولو تقدم على الحال لأظهره .

وجه قولهما: أن رجعة الزوج لا تقف على [قولها] ^(١) ، فلما قال: قد راجعتك ، صحت الرجعة ، فقولها: انقضت عدتي ولا عدة ، لا يلتفت إليه كما لو سكتت ساعة ثم قالت ذلك ، والقول قولها عند أبي حنيفة مع يمينها ؛ لأنها بنكولها تبذل الامتناع من الأزواج والكون في منزل الزوج ، وهذا المعنى يصح بذله ، فإن قيل: إذا نكلت صَحَّت رجعة الزوج ، والرجعة لا يَصِحُّ بذلها ، قلنا: إنما يثبت بنكولها العدة ، والرجعة يملكها الزوج من طريق الحكم لا بقولها ، فصار كالنسب الذي يثبت بالفراش عند شهادة المرأة بالولادة ، وإن لم يثبت بشهادتها ^(٢) .



(١) وفي أ (قبولها) .

(٢) انظر: الأصل ٣٩٦/٤ وما بعدها ؛ شرح مُختصر الطحاوي ١٣٩/٥ وما بعدها .



بَابُ

تشبيه الطلاق بماله عددٌ أو لا عدد له



قال أبو الحسن: إذا قال [الرجل] لامرأته: أنت طالق كألف، فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث، وإن نوى واحدة [بائنة] فهي واحدة بائنة، وإن لم يكن له نية فواحدة بائنة في قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الآخر.

وقال محمد: هي ثلاث، فإن نوى واحدة دينته فيما بينه وبين الله تعالى، ولم أدينه في القضاء لما أن تشبيه الشيء بالشيء يقتضي اجتماعهما في صفة واحدة، ولا يوجب اشتراكهما في كل وجه، فإذا شبه التغطية بالألف احتتمل أن يكون التشبيه في العدد واحتتمل في الشدة، فإن نوى ثلاثاً فقد نوى ما يحتمله لفظه، وإن نوى واحدة فقد نوى التشبيه في الشدة، وذلك يحتمله كلامه، وإن لم يكن له نية وجب حمل الأمر على المتيقن وهو الأدون.

لمحمد أن قوله: كألف، تشبيه من حيث العدد فصار كقوله: كعدد ألف، ولو قال أنت طالق [ب/١١٣] واحدة كألف، فهي واحدة بائنة في قولهم؛ لأنه لما صرح بالواحدة علم أنه أراد [بالتشبيه] الشدة دون العدد فيحمل على ذلك.

قال: ولا يكون ثلاثاً وإن نوى؛ لأن الواحدة لا تحتمل الثلاث، ومن نوى ما لا يحتمله كلامه لم يقع.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف قال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق كعدد ألف، أو كعدد ثلاث، أو مثل عدد الثلاث، [أو مثل عدد ألف] فهي ثلاث في



القضاء ، وفيما بينه وبين الله تعالى ، وإن نوى غير ذلك فنيته باطلة ؛ وذلك لأنه شبه الطلاق بالألف من حيث العدد ، فصار كمن قال : أنت طالق ثلاثاً ينوي واحدة ، ولو قال : أنت طالق مثل عدد كذا ، وأشار^(١) إلى شيء ليس له عدد فهو في قول أبي يوسف واحدة يملك الرجعة ، وفي قياس قول أبي حنيفة بائن .

لأبي حنيفة : أنه وصف الطلاق بضرب من الزيادة ، فإذا لم [يرد]^(٢) العدد لم يبق إلا البينونة .

لأبي يوسف : أنه لما شبهها بما^(٣) لا عدد له ، لغا ذكر العدد ، فكأنه قال : أنت طالق ، قالوا : فيمن قال لامرأته : أنت طالق عدد شعر راحتي ، أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر ، وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة ؛ لأنه شبهها بما لا عدد له ، ولو قال : عدد شعر كفي ، أو عدد شعر رأسي وقد حلقه طلقت ثلاثاً ؛ لأن شعر رأسه ذو عدد وإن لم يكن موجوداً في الحال فقد شبهها بما له عدد فوق . وقال أبو حنيفة : إذا قال : أنت طالق مثل الجبل ، أو مثل حبة الخردل ، فإنها طالق واحدة بائنة . وقال أبو يوسف : يملك الرجعة .

لأبي حنيفة : أنه وصف الطلاق بضرب من الزيادة ، والزيادة إما أن تكون في عدده أو صفته ، فوجب إيقاع المتيقن وهو زيادة الصفة .

لأبي يوسف : أن الجبل لا عدد له ، فاحتمل أن يكون التشبيه في توحد الجبل فلا يقتضي البينونة ، ولو قال مثل عظم الجبل أو مثل عظم كذا ، فأضاف

(١) في ب (وأضاف) والمثبت من أ .

(٢) في ب (يفد) والمثبت من أ .

(٣) في أ (بعدهما) والمثبت من ب .

ذلك إلى صغير أو كبير ، فإن أبا حنيفة قال: [هذا] واحدة بائنة وإن لم يسم واحدة ، فإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث ، وهو قول أبي يوسف ؛ وذلك لأنه شبهها بالجبل في عظمه ، فاقترضى [هذا] زيادة على ما يقتضيه الطلاق ، فإن كان سمي واحدة فالزيادة فيها لا تكون إلا بالبينونة ، (وإن لم يسم واحدة)^(١) احتملت الزيادة الثلاث والبينونة ، فيحمل على ما نوى .

وقال أبو حنيفة: إذا قال: أنت طالق هكذا وأشار بأصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة ، وإن أشار بثلاث فهي ثلاث ، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان ؛ وذلك لأن الإشارة تفيد العدد بدلالة قوله ﷺ: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا ، وأشار بأصابعه» ، وإذا اقتضت الإشارة العدد ، صار كقوله أنت طالق ثلاثاً .

وأصل آخر: أن الإشارة يعتبر فيها عدد ما أرسله من أصابعه دون ما قبضه ، ألا ترى أنه ﷺ قال: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» ، وقبض (إبهامه)^(٢) في الثالثة^(٣) ، فلو اعتبر المقبوض كان الشهر أحداً وعشرين يوماً ، فدل على أن الإشارة يعتبر فيها ما أرسله ، وإن قال: أنت طالق مثل هذا أو (هذا)^(٤) ، وأشار [ب/١٢٣] بثلاث أصابع ، فإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة ؛ لأنه شبهها بما له عدد فصار كأنه قال: أنت طالق كألف ، فإذا نوى به الواحدة كان التشبيه من حيث الشدة .



(١) في أ (فإن لم يكن سمي واحدة) .

(٢) في أ (إحدى أصابعه) .

(٣) أخرجه البخاري (١٨٠٩) ومواضع أخرى ؛ ومسلم (١٠٨٦) .

(٤) في أ (هكذا) .



بَاب

المطلقة تطلق في العدة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الطلاق الصريح يقع على المطلقة ما دامت في العدة، سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن، أما المطلقة الرجعية فهي زوجته بدلالة أنه يصح منها ظهاره وإيلاؤه، ويثبت اللعان بينهما فصارت كغير المطلقة؛ وأما المبتوتة فيلحقها صريح الطلاق عندنا.

وقال الشافعي: لا يلحقها^(١).

لنا: أنها معتدة من طلاق، فمن كان أحق بنكاحها وقع طلاقه عليها كالرجعية، ولا يلزم المعتدة من وطء بشبهة؛ لأنها غير معتدة من طلاق، ولا يلزم إذا اشترى زوجته لأنه ليس أحق بنكاحها، ولأنها ليست بمطلقة.

وقد قالوا: إن المبتوتة يلحقها صريح الطلاق وما هو في حكم الصريح، وقال أبو يوسف: إذا قال لها: اعتدي، لم يقع عليها شيء، أما الصريح فلأنه موضوع لنقصان العدد، والعدد في ملكه، فكذلك ملك إيقاعه، وأما ما هو في حكم الصريح فلأن مقتضاه الطلاق الرجعي فصار كالصريح.

لأبي يوسف أن قوله: اعتدي، كناية، فصار كقوله: أنت حرام.

وأما ألفاظ الكنايات التي تقتضي البينونة فإنها لا تقع على المبتوتة؛ وذلك

(١) انظر: المهذب ٤/٣٠٦.

لأن الطلاق لا يقع بها إلا [بالنية] ^(١)، وهو إذا نوى إبانها أو تحريمها، فقد نوى أن يفعل ما هو مفعول، فتلغو نيته، ويبقى بمجرد الكناية من غير نية فلا يقع به شيء. وقد قال أصحابنا: إذا قال الرجل لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق ^(٢) أو حرام، ثم أبانها ثم دخلت الدار وقعت عليها تطليقة بالشرط إن كانت في عدتها، وقال زفر: لا يقع عليها.

لنا: أنه لما عقد اليمين وهي زوجته فقد نوى الإبانة وليست بموجودة، فعملت نيته وصحت يمينه، فإذا أبانها ثم وجد الشرط وقع الطلاق بلفظ قد صح وصفه للطلاق (فيقع) ^(٣)، وليس كذلك إذا ابتداء الإبانة لأن نيته لا تصح، ألا ترى أنه نوى إبانة البائن فيلغو نيته وتبقى كناية بغير نية فلا يقع.

فإن قيل أليس لو ابتداء الظهار في حال العدة لم يصح، ولو علقه بشرط قبل الطلاق ثم أبانها ووجد الشرط لم يصح، فهلا قلتم في الكناية مثله.

فالجواب: أن الظهار إنما لا يصح في المبتوتة؛ لأنه يقتضي تحريماً مؤقتاً يرتفع بالكفارة، والبينونة أوجبت تحريماً لا يرتفع إلا بنكاح، فلم يدخل أضعف التحريمين على أقواهما، وهذا المعنى موجود في الظهار المبتدأ والمعلق.

فإن قيل: أليس لو قال لها بعد البينونة اختاري، فاخترت في العدة لم يقع شيء، ولو قال لها قبل البينونة: إذا جاء غد فاختراري ثم أبانها، فاخترت في الغد لم يقع شيء، فاستوى الاختيار المبتدأ والمعلق بشرط.

(١) في ب (بائناً) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بائن).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

فالجواب: أن الاختيار يعتبر فيه اختيارها [دون] تخييره، والطلاق المعلق بالشرط يعتبر فيه اليمين دون الشرط، ولهذا قالوا: [١/١١٤] إذا شهد شاهدان باليمين، وشاهدان بالدخول، ثم رجعا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدي الدخول، ولو شهد شاهدان بالتخير، وشاهدان بالاختيار ثم رجعا، ضمن شاهدا الاختيار دون شاهدي التخير، فإذا كان المعترف الاختيار، والاختيار قد حصل بعد البينونة في الوجهين لم يقع.

وجه قول زفر: أن ما لا يصح أن يبتدئه في العدة لا يقع وإن تعلق بالشرط كالظهار.

قال: ولا يقع على بائن ظهار ولا إيلاء ولا لعان، أما الظهار فقد بينا أن تحريمه أدون من تحريم الطلاق، (ولا يدخل أضعف التحريمين على أعظمهما)^(١)، فأما الإيلاء فلأنه: ثبت عقوبة للزوج حين قصد إلى منع حقها من الوطاء، ولا حق للمبتوتة في الوطاء.

وأما اللعان: فإنه موضوع لقطع الفراش، وقد انقطع الفراش بالبينونة، وكذلك إن علق الظهار أو الإيلاء بشرط، ثم أبانها فوجد الشرط لما قدمنا، فإن آلى منها ثم أبانها وانقضت مدة الإيلاء [وهي] في العدة وقع عليها الطلاق، لأن تقدير المولى عندنا كمن قال: أنت [طالق] بمضي أربعة أشهر لا أفي فيها، ومن علق الطلاق بمضي المدة فمضت في العدة من طلاق بائن وقع الطلاق، وكل فرقة توجب تحريماً مؤبداً، [فإن] ^(٢) الطلاق لا يلحق المرأة بعدها؛ لأن الطلاق

(١) في أ (فلا يدخل أخف التحريمين على أغلظهما).

(٢) في ب (لأن) والمثبت من أ.

يوجب تحريماً مؤقتاً، والمؤقت أضعف من المؤبد، فلا يدخل أضعف التحريمين على أكدهما، وكذلك إذا اشترى امرأته، وذلك لأنها صارت بحيث لا يلحقها [طلاق بحال]^(١) مادامت على هذه الصفة، فهي كالمحرمة تحريماً مؤقتاً.

فأما إذا قال لامرأته وهي أمة: أنت طالق للسنة، ثم اشتراها وجاء وقت السنة لم يقع [عليها] شيء؛ لأنها غير معتدة، والطلاق المعلق بالشرط إنما يقع مع بقاء العدة، فإن قال العبد لامرأته وهي حرة: أنت طالق للسنة ثم أبانها، ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق، لأنها معتدة منه؛ فوزانها من الفصل الأول: إذا اشترى امرأته فأعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق، لأنها معتدة منه.

قال: وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه؛ وذلك لأن العصمة قد انقطعت بلحاظه فلا يقع طلاقه، كما لا يقع بعد العدة، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع طلاقه عليها؛ وذلك لأن المانع من الطلاق اختلاف الدارين وقد زال، فإن ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها؛ لأن العصمة قد انقطعت بلحاظها، فصارت كالمقضية العدة، فإن عادت قبل الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة؛ لأن العدة سقطت عنها باختلاف الدارين، فلا تعود إلا بعود سببها، وعلى قول أبي يوسف: أن العدة باقية، وإنما كان لا يقع الطلاق لاختلاف الدارين، فإذا رجعت (فقد عدم ذلك المعنى)^(٢) فوقع الطلاق عليها^(٣).



(١) في ب (لحال) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٣٤/٥ وما بعدها.

بَابُ الطَّلَاقِ بِالْفَارْسِيَّةِ

قال الشيخ رحمته الله: الأصل الذي يعتبر في هذا الباب [ب/١١٤] أن الفارسية إذا كان فيها لفظ مستعمل في الطلاق لا يستعمل في غيره، فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق بغير نية؛ لأن هذه العلة هي الموجبة للوقوع بصريح الطلاق من غير نية، والصريح لا يختلف باللغات وإن لم يكن فيها لفظ [صريح، وإنما فيها لفظ] يستعمل في الطلاق وغيره فهي ككنايات العربية لا يقع به الطلاق إلا بمعنى [ينضم] ^(١) إليه، وهذه الجملة هي [المعتبرة] ^(٢)، وما أجاب به أصحابنا (صريح، قلنا: فيها لفظه) ^(٣) فإنما سألوا عن معنى الصريح بالفارسية فوجدوها: خلية، فحملوها على لفظ العربية، وليس يمتنع أن تكون التخلية كناية في العربية وصريحاً في غيرها، ونحن نتكلم على ما ذكرناه.

قال ابن سماعه عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في فارسي قال لامرأته (بهشتم [أو تهشتم] أز زني، أو قال أز زني بهشتم)، فإن أبا حنيفة قال: لا يكون طلاقاً إلا أن ينوي الطلاق، لأن تفسير هذه الكلمة بالعربية (التخلية) والتخلية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

قال: وإن كان ذلك في غضب أو جواب، فهو باطل إلا أن ينوي الطلاق؛

(١) في ب (يتضمن) والمثبت من أ.

(٢) في ب (المعتدة)، والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وذلك لأن هذه اللفظة أقيمت مقام لفظة التخلية ، فهي أضعف منها فلا تؤثر فيها دلالة الحال .

قال : فإن نوى الطلاق بغير نية بائن ولا عدد ، فهي طالق واحدة يملك الرجعة ، وإن نوى بائناً فبائن ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث ؛ وذلك لأنه لما لم ينو إلا الطلاق احتمل أن تكون هذه اللفظة صريحاً فتقتضي الرجعة ، واحتمل أن تكون كناية فلم تقع بها البيونة بالشك ، فإن نوى البائن كان بائناً ؛ لأن لفظة التخلية تحتمل ذلك ، وكذلك إذا نوى الثلاث كالعربي إذا قال : (خليت) ينوي ثلاثاً ، وإن نوى اثنتين فهي واحدة يملك الرجعة ؛ وذلك لأن لفظة التخلية لا تفيد العدد ، فإذا نواه لغا .

قال : وقال أبو يوسف خلاف ذلك ، فقال : إذا قال : (بهشتم أُر زني) ، أو قال : (أُر زني بهشتم) فهو طلاق ، نوى الطلاق أو لم ينو إذا كان جواباً^(١) ، أو كان حال الغضب أو الرضا ، فهو طلاق رجعية ؛ وذلك لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل^(٢) جرجان فعرف أن هذه اللفظة صريح في لغتهم ، فأوقع بها ما يقع بالصريح .

قال : فإن قال : (بهشتم) ، ولم يقل : (أُر زني) ، فإن كانت سألته الطلاق فأجابها بذلك ، أو كان في غضب فهي واحدة ، يملك الرجعة ولا يدين في القضاء ، وإن قال : عنيت به الترك لها في الخروج أو في النفقة ، دُيِّنَ بينه وبين الله تعالى ، ولم يدين في القضاء ؛ وذلك لأن (بهشتم) معناها : خليت ، وليس هذا يختص بالنكاح ولا بالزوجة ، فلا يحمل عليه إلا بدليل حال أو نية ، فإن

(١) في أ (إذا كان جواب طلاق) .

(٢) في أ (ورحل) .

وجد الدليل صار صريحاً فلم يصدق في صرفه عن ظاهره في القضاء ، وإن نوى به بائناً فبائن ، وإن [نوى] ثلاثاً فثلاث ؛ وذلك لأن هذا الصريح إذا كان معناه التخلية وهي تفيد البينونة والعدد ؛ جاز أن يحمل عليه بالنية ، وليس يمتنع أن يختلف صريح العربية والفارسية فيما يتضمن من [1/115] المعاني .

قال : وإن قال : (بهشتم) (في غير الجواب والغضب) ^(١) ولم ينو طلاقاً ، فالقول قوله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا لما قدمنا .

وقال ابن رستم عن محمد : هذا كلام ضيق يأتي على هذا كله [إذا قال : (بهشتم)] في حال غضب ومذاكرة طلاق (ثم قال : لم أنو بذلك طلاقاً ، دُين في ذلك إذا لم يكن ذلك في ذكر طلاق) ^(٢) ولم يكن جواباً ؛ لأنه في تفسير العربية بمنزلة قوله : (أنت مخلاة وقد خليتك) ، وأما الطلاق بالفارسي الذي لا ندينه فمثل الرجل يقول لامرأته : (أز زني بهشتم) ، وهو ينوي الطلاق فهذا عندنا طلاق ، وقد بينا وجه ذلك .

وقال الحسن عن زفر : إن قال : بهشتم ، وهو ينوي الطلاق لا ينوي بائناً أو غيره فقد بانت ، وإن نوى اثنتين فهي اثنتان (بائنتان) ^(٣) ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث ؛ وذلك لأنه حملة على معنى التخلية فيقع به الطلاق البائن بغير نية في البينونة ، وإن نوى اثنتين أو ثلاثاً وقع على أصله في الكنايات العربية .



(١) في أ (من غير غضب ولا جواب) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) الكلمة ساقطة من أ .



بَابُ الرجل يجعل أمر امرأته بيدها



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأته: أمرك بيدك، وهو يريد الطلاق وهي تسمع، فأمرها بيدها، فإن لم تسمع أو كانت غائبة فأمرها بيدها إذا علمت أو بلغها ذلك في المجلس الذي علمت فيه بالخيار.

قال الشيخ رحمته الله: الأصل في ذلك أن الزوج يملك إيقاع الطلاق فملك أن يفوضه إلى غيره كالبيع والشراء وسائر التصرفات، وإنما قلنا إنه يقف على علمها؛ لأن ما [طريقه] ^(١) الأقوال يقف على العلم (كأقوال) ^(٢) صاحب الشريعة، فإن كانت تسمع فالأمر إليها في مجلسها لأنه (ملكها) ^(٣) الطلاق، والتملك مؤقت بالمجلس كخيار القبول، وإن كانت غائبة فهو على وجهين:

إن أطلق الكلام فلها الخيار في المجلس الذي بلغها؛ لأنه لم يخصص التفويض بوقت، فإذا علمت صار كأنه فوض إليها الآن فيقف على المجلس.

وأما إن جعل إليها الأمر مؤقتاً بوقت فإن بلغها مع بقاء شيء من الوقت فلها الخيار في بقية الوقت، وإن مضى الوقت قبل أن تعلم ثم علمت به فلا خيار لها؛ لأنه خص التفويض بزمان، فإذا مضى بطل علمت أو لم تعلم.

(١) في ب (ما طراً يفيد) والمثبت من أ.

(٢) في أ (كأمر).

(٣) في أ (يملكها).

قال: وإذا علمت فقالت: قد اخترت نفسي؛ بانت بواحدة ولا تحل له إلا بنكاح مستقبل؛ وذلك لأن الاختيار [يفيد]^(١) البينة قياساً على الخيار الطارئ على النكاح وهو خيار المعتقة، فإذا كان الزوج أراد [ثلاثاً]^(٢) بقوله: أمرك بيدك، فقالت: قد اخترت نفسي فهي ثلاث؛ وذلك لأن تفويض الأمر عام في الواحدة والثلاث، فإذا نوى به ثلاثاً حمل اختيارها على ما نوى.

قال: فإن أراد اثنتين أو واحدة أو لم تكن له نية في عدد فهي واحدة؛ وذلك لأن قوله: جعلت أمرك [بيدك]^(٣) في معنى كنايات الطلاق؛ [١١٥/ب] بدلالة وقوفه على النية والكناية فحمل على الواحدة إلا أن ينوي ثلاثاً، ولا يحمل على الاثنتين [وإن نوى]^(٤).

قال: وليس للزوج بعد قوله: (أمرك بيدك) أن يرجع عن ذلك، ولا ينهي المرأة عما جعل إليها ولا يفسخ ذلك؛ لأن الطلاق إذا [تم] لم يلحقه الفسخ، فأيجابه يتأكد بحسب تأكيد جملته فلا يصح الرجوع عنه، ولما كان البيع يلحقه الفسخ بعد تمامه ضعف إيجابه فجاز الرجوع عنه؛ ولأنه لما علق الطلاق باختيارها صار كمن علق بشرط ثم رجع عنه.

قال: وكذلك إن قام هو عن المجلس فالأمر بيدها [ما دامت]^(٥) في مجلسها؛ لأن قيامه إعراض عما هو فيه، فإذا كان لا يبطل بإبطاله لم يبطل بإعراضه، وليس

(١) في ب (يفسد) والمثبت من أ.

(٢) في ب (شيئاً) والمثبت من أ.

(٣) في ب (إليك) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.

(٥) في ب (ما كانت) والمثبت من أ.



كذلك الموجب للبيع إذا قام ؛ لأن الإيجاب يبطل بإبطاله فيبطل بإعراضه .

قال: والأمر إليها ما دامت في مجلسها وإن تطاول ؛ لأن الحكم المتعلق بالمجلس يبقى ببقاء المجلس ، وإن طال ما لم يحصل (الإعراض)^(١) عنه كقبول البيع ، فإن قامت بطل ؛ لأن القيام يدل على الإعراض .

وكذلك إن كان منها كلام أو فعل يكون تركاً للجواب وإعراضاً عنه ، مثل أن تدعو بطعام أو تأمر وكيلها بشيء ، أو تقبل على رجل تخاطبه ببيع أو شراء ؛ وذلك لأن هذه الأفعال تدل على الإعراض عما جعل إليها [فكانت]^(٢) كقيامها ، وكذلك إن كانت قاعدة فقامت ؛ لأن القاعد يجتمع رأيه ، فإذا أرادت الفكر لم تقم ، فلماذا قالوا: لو كانت قائمة فقعدت لم يبطل خيارها ؛ لأن القعود (عند العزم على الفكر أجمع للارتياء)^(٣) فلا يدل ذلك على الإعراض ، (فإن كانت قائمة فركبت بطل خيارها ؛ لأن التشاغل بالركوب إعراض)^(٤) ، وكذلك إن كانت على دابة فانتقلت إلى دابة أخرى ، وإن كانت سائرة أو كانا في مَحْمِل واحد ، فإن اختارت على الفور وإلا بطل خيارها ؛ لأن السير عمل فهو في حكم المجلسين .

قال: وإن ابتدأت الصلاة بطل خيارها ؛ لأنها تشاغلت بغير الخيار ، فإن كانت في [صلاة] فريضة فخيرها ، لم يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة ؛ لأنها ممنوعة من قطع الفريضة ، فلا يُستدل بإتمامها على الإعراض ، وإن كانت في تطوع لم يبطل خيارها حتى تتم ركعتين من النفل لأنها ممنوعة من قطعها ، فإن

(١) في أ (إعراضه) .

(٢) في ب (فصار) والمثبت من أ .

(٣) في أ (ليجتمع رأيا وفكرها) .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ .

زادت على الركعتين بطل خيارها؛ لأن التشاغل بما زاد على الركعتين في النفل كالدخول في صلاة أخرى، وكذلك إن امتشطت أو اغتسلت؛ لأنه عمل يدل على الإعراض، وكذلك إن أخذ الزوج بيدها فأقامها؛ لأنها تقدر أن تمتنع منه، ولو لم تقدر لأمكنها أن تقول: اخترت نفسي، وكذلك إن وطئها الزوج؛ لأن تمكينها له من الوطاء دلالة على أنها لم تختار الفرقة.

فإن لبست ثوباً أو أكلت شيئاً يسيراً من غير أن تدعو بطعام لم يبطل خيارها؛ [وذلك] لأن اللبس يحتاج إليه لتستتر به عمن يحضرها من الشهود، والأكل اليسير لا يدل على الإعراض [1/116] فإن كانت متكئة فقعدت لم يبطل خيارها؛ لأن المتكئ إنما يجلس ليجتمع فكره، ولو كانت جالسة فاتكأت، بطل خيارها في إحدى الروايتين؛ لأن المرء إذا كان متكئاً جلس فأما إن يتكئ فلا، وعلى الرواية الأخرى يقول: [لا يبطل خيارها]؛ لأن (المفكر)^(١) تارة ينتقل من الاتكاء إلى القعود، وتارة من القعود إلى الاتكاء، فجريا مجرى واحداً، فإن سبحت أو قرأت شيئاً قليلاً لم يبطل خيارها وإن طال بطل؛ لأن التسبيح اليسير والقراءة القليلة لا يخلو الإنسان عنها، وقد يفعلها عند الاستخارة فلا يدل على الإعراض، فإذا طال ذلك دل على الإعراض، فيبطل خيارها.

ولو قالت: ادعوا لي شهوداً أشهدهم، لم يبطل خيارها؛ لأن هذا من عمل الخيار، ألا ترى أنها تحتاج إلى الشهود حتى لا يجحد الزوج اختيارها، (والعمل)^(٢) في الخيار ليس بإعراض، وعلى هذا قالوا: إذا قالت: ادعوا لي أبي أستشيريه؛ لأن المشورة من عمل الخيار.

(١) في أ (المتكئ).

(٢) في أ (فالأخذ).

وقد روي أن رسول الله ﷺ لما خير نساءه قال لعائشة قبل ذلك: «إني أعرض عليك أمراً فلا تعجلي حتى تستشيرني أباك»^(١)، فدل على أن المشورة لا تبطل الخيار.

قال: فإن قامت من مجلسها، أو قطعت المجلس بكلام، لم يعد الأمر في يدها بذلك الجعل أبداً؛ وذلك لأنه ملكها الطلاق، فإذا عرضت عنه فقد ردت التملك، فيصير كإيجاب البيع إذا رد.

قال: وليس لها أن تختار إلا مرة واحدة؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار، فإن قال لها: أمرك بيدك كلما شئت، فأمرها بيدها في ذلك المجلس (وغيره)^(٢)، ولها أن تطلق نفسها في كل مجلس واحدة حتى تبين بثلاث؛ وذلك لأن كلما تقتضي تكرار الأفعال فيتكرر التملك بتكرر المشيئة، إلا أنها لا تطلق نفسها في مجلس واحد أكثر من تطلقة واحدة؛ لأنه في كل مجلس كأنه قال لها: أمرك بيدك، فإذا اختارت فقد استوفت موجب ذلك الأمر.

فإنما يتجدد لها الملك في مجلس ثانٍ بمشيئة مستقبلة، فإذا استوفت ثلاث تطلقات ثم تزوجها بعد زوج، فلا خيار لها، لأنها استوفت طلاق ذلك الملك، والزوج إنما ملكها ما كان يملك، فما لا يملك لا يجوز أن يملكه بتمليكه.

١٦٢٨ - [فصل: قول الرجل: أمرك بيدك متى شئت]

فإن قال لها: أمرك بيدك إذا شئت، أو متى شئت، أو إذا ما شئت، أو متى ما شئت؛ فلها الخيار في المجلس وغير المجلس أن تختار مرة واحدة ولا يتكرر

(١) أخرجه مسلم (١٤٧٨) وغيره بلفظ (أبوك).

(٢) الجملة ساقطة من أ.

[لها] في هذا الخيار ؛ وذلك لأن: «إذا» و«متى» يفيد الوقت ، فكأنه قال: اختاري أي وقت شئت ، فلا يختص بزمان دون زمان إلا أنه لا يفيد التكرار ، وإذا استوفت ما جعل لها لم يكن لها بعد ذلك خيار .

١٦٢٩ - [فصل: اختيار المرأة الزوج في المجلس]

فإن اختارت في المجلس زوجها ، خرج الأمر من يدها في (كلما) وفي غيره ؛ وذلك لأن اختيارها للزوج رد للتملك^(١) ، فيبطل ما جعل إليها في جميع الأوقات .

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال لامرأته: أمرك (إليك)^(٢) هذا الشهر ، فقالت: قد اخترتك ، أو لا أختار [١١٦/ب] الطلاق ؛ خرج الأمر من يدها في جميع الشهر ؛ لأنه [تمليك]^(٣) واحد فيبطل برداً واحد كتمليك البيع ، وقال أبو يوسف: يبطل (اختيارها)^(٤) في ذلك المجلس ولا يبطل في مجلس آخر ؛ لأن ردها كقيامها ، فإذا لم يبطل قيامها اختيارها في ذلك المجلس ، فلا يبطل في المجلس الثاني ، كذلك الرد .

١٦٣٠ - [فصل: قول المرأة: أنت علي حرام في جواب قول الزوج أمرك بيدك]

وإذا قال لها: أمرك بيدك ، فقالت: أنت علي حرام ، أو أنت مني بائن ، أو أنا عليك حرام ، أو أنا منك بائن ، فهو جواب (وهي طالق)^(٥) ، وهذه رواية عن

(١) في أ (لتمليكه) .

(٢) في أ (بيدك) .

(٣) في ب (تملك) والمثبت من أ .

(٤) في أ (خيارها) .

(٥) في أ (وهو طلاق) .

أبي حنيفة وأبي يوسف في [الإملاء] ^(١)؛ لأن هذه الألفاظ كلها تفيد الطلاق، فكأنها قالت: طلقت نفسي، وكذلك لو قالت: أنا حرام أو أنا بائن؛ لأن لفظ الطلاق المضاف إليها جواب عمّا جعل إليها، [فيقع الطلاق] ^(٢)، فإن (قالت) ^(٣): أنت بائن أو حرام، ولم تقل: مني، فهو باطل؛ لأن الزوج قد يتصف بهذه الصفة مع غيرها فلا يتخصص ذلك بطلاقها.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: فإن قالت: أنت مني طالق؛ لم يقع شيء لأن الزوج لا يوصف بهذه الصفة، فإضافة الطلاق إلى ما لا يوصف [بها] ^(٤)، لا يتعلق به حكم كإضافته إلى الأجنبي، ولو قالت: أنا طالق، ولم تقل: منك، أو قالت: منك، فهي طالق؛ لأن المرأة توصف بالطلاق فيتعلق بوصفها به حكم.

وإن لم يرد الزوج (بأمرك بيدك) طلاقاً فليس بشيء، إلا أن يكون في ذكر طلاق أو غضب، فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء؛ لأنه لفظ محتمل، ألا ترى أنه يقول: أمرك بيدك في الخروج والانتقال، والمحتمل لا يقع به الطلاق إلا بالنية، ودلالة الحال تقوم مقام النية، فلا يصدق معها في القضاء، فإن ادعت المرأة أنه أراد الطلاق، أو أن ذلك كان في غضب أو في ذكر طلاق، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنها تدّعي عليه الطلاق وهو يجحد، فإن أقامت البينة أن ذلك كان في ذكر طلاق أو غضب قبلت بينتها؛ [لأنها أقامت البينة على

(١) في ب (الإيلاء) والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (قال).

(٤) في ب (به).

معنى يشاهده الشهود^(١)، فإن أقامت البينة أنه نوى لم تقبل؛ لأن [النية]^(٢)
معنى لا يشاهده الشهود فلا يصح أن يرجع إليهم فيه^(٣). اهـ



(١) في أ (لأنها قامت على معنى بشهادة الشهود).

(٢) في ب (البينة) والمثبت من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦٦/٥ وما بعدها.

[٤١] بَابُ
الخِيَارِ^(١)

قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأته: اختاري! فهو مثل: (أمرِكِ بيدكِ)، في جميع ما ذكرنا إلا وجهاً واحداً: لا يقع به الثلاث وإن أرادها الزوج.

والأصل في هذا: أن القياس عندهم ألا يقع بقوله (اختاري) شيء وإن اختارت؛ لأن الزوج لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، فلا يجوز أن يفوض إليها به، وإنما تركوا القياس لأن رسول الله ﷺ خير نساءه^(٢)، (فلو كان التخيير لا يقع به)^(٣) [١/١١٧] الفرقة لم يكن لتخييره معنى، ولأن الصحابة أجمعت على أن المخيرة إذا اختارت في مجلسها وقع الطلاق، ولأنهم شبهوا التخيير بالخيارات الطارئة على النكاح، وهو خيار امرأة العنين والمعتقة، وإذا ثبت هذا فاختيارها على المجلس، روي ذلك عن علي، وعمر، وعثمان، وابن مسعود، وجابر، وعبد الله بن عمر، وعائشة رضي الله عنها، فإن اختارت زوجها فليس بشيء، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابن مسعود وآخرين، وكان أبو الدرداء يقضي بذلك بالشام، وعن علي: أنها تطليقة رجعية^(٤).

(١) الخيار: طلب خير الأمرين.

(٢) انظر حديث مسلم (١٤٧٨).

(٣) في أ (ولو لم يقع بالتخيير).

(٤) انظر هذه الآثار في كتاب الآثار لمحمد بن الحسن ص ١١٤ - ١١٦.

لنا: ما روي عن عائشة أنها قالت: (خيرنا رسول الله فاخترناه، فلم يكن ذلك طلاقاً)^(١)؛ ولأن التخيير إنما هو في مفارقة الزوج أو البقاء على النكاح، واختياره يدل (على الإعراض عن ترك النكاح)^(٢)، وأما إذا اختارت نفسها فهي تطليقة بائنة^(٣).

وقال الشافعي: رجعية^(٤).

وقال زيد بن ثابت: ثلاث تطليقات.

لنا: أنه خيار طارئ على النكاح، فصار كخيار المعتقد فلا يتضمن العدد، [ويفيد البينونة] ولأن القياس أن لا يقع به شيء، وإنما (تركنا)^(٥) القياس للإجماع على وقوع الواحدة، فما زاد عليها على أصل القياس.

١٦٣١ - [فصل: الطلاق في حال اختيار نفسها إذا خيرها الزوج]

وإذا قال الزوج: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت، أو قال لها: اختاري، فقالت: قد اخترت نفسي وقع الطلاق^(٦)، لا بد أن تكون النفس مذكورة في كلام الزوج أو جواب المرأة، [أو يكون في كلام]^(٧) الزوج كناية عن تطليقة أو عن

(١) أخرجه البخاري (٤٩٦٢) بلفظ: (فلم يعد ذلك علينا شيئاً)؛ ومسلم (١٤٧٧) بلفظ: (فلم نعهه طلاقاً)، وغيرهما.

(٢) في أ (على التمسك بالنكاح)، والمعنى واحد.

(٣) «كانت واحدة بائنة» كما في متن القُدوري ص ٣٧١.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٤٩/٨.

(٥) في أ (تركوا).

(٦) وقعت في أ (في به) لعلها زائدة.

(٧) في ب (إن كان في الزوج).

اختياره، أو يكون ذلك في كلامها، فإن قال: اختاري، فقالت: قد اخترت لم يكن شيئاً، وذلك لأنه إذا قال: اختاري، فقالت: اخترت، فليس للتخير [ولا] للاختيار، فخصص بها فلا يقع به الطلاق، مثل ما إذا كانت النفس مذكورة في لفظ الزوج أو لفظها يخصص الاختيار بها وكذلك لفظ الطلاق، مثل أن يقول: اختاري الطلاق أو اختاري اختياره، وتقول هي: اخترت الطلاق؛ لأن ذلك يتخصص بها.

وقد قالوا: إذا قالت: اخترت أبي أو أمي أو أهلي أو الأزواج، إن القياس أن لا يقع بذلك شيء؛ لأنه ليس في لفظه ولا في لفظها ما يخصص الاختيار بها، وإنما استحسنوا فقالوا: إن المرأة عند الطلاق تلحق بأبويها وأهلها وتختار الأزواج، فصار اختيارها لذلك دلالة على الطلاق، فكأنها قالت: اخترت الطلاق^(١).



(١) انظر: الأصل ٥٨٧/٤ وما بعدها؛ التجريد ٤٨٨١/١٠ وما بعدها.

بَاب الطلاق بالمشيئة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال الزوج لامرأته: أنت طالق إن شئت، فهو مثل الخيار في جميع ما ذكرت لك إلا أن الطلاق واحدة رجعية.

والأصل في هذا: أن الطلاق إذا عَلَّقَهُ^(١) بفعل من أفعال القلب مثل قوله: أنت طالق إن شئت، أو إن أحببت [ب/١٢٧]، أو إن هويت، أو أردت، أو رضيت، فهذا كله على المجلس؛ لأنه علقه بفعل من أفعال القلب فهو مثل الخيار.

وقد قالوا: إذا قال لها: إن كنت تحبيني أو إن كنت تبغضيني فأنت طالق، فقالت: أنا أحبك، وقع الطلاق استحساناً، وكان القياس أن لا يقع؛ لأنه علقه بشرط لا يُعلم وجوده.

والاستحسان: أن المحبة لما لم تعلم إلا من جهتها صار كأنه قال: إن قلت (إني أحبك)^(٢) فأنت طالق، وعلى هذا الأصل قالوا: إذا قال لها: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار أو تكرهين دخول الجنة فأنت طالق، فقالت: إني أحب العذاب وأكره الجنة وقع الطلاق [عند أبي حنيفة وأبي يوسف]؛ لأن المحبة لما لم تُعلم إلا [من جهتها] بقولها، صار الشرط ما [تظهره] دون ما في قلبها، وكذلك لو قال لها: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق، فقالت: أنا أحبك، وفي

(١) في أ(علق).

(٢) العبارة ساقطة من أ.

قلبها غير ذلك وقع الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن ما في قلبها لَمَّا لم يتوصل إلى معرفته إلا بإظهارها صار كأنه قال: إن قلت إني أحبك بقلبي .

وقال محمد: لا يقع ، لأنه جعل الشرط ما في قلبها ، وفي قلبها خلاف ما أظهرت ، وكذلك جعل [شرط الطلاق] محبتها [للنار] ، ونحن نعلم أنها كاذبة في قولها: (أنا أحب النار) ، وأما قوله: (أنه يقع رجعيًا) فلأنه صريح الطلاق ، وصريح الطلاق رجعي وليس كذلك الخيار ؛ لأنه ليس بصريح ولا في معناه ، [فلذلك] ^(١) كان بائناً ، وإن قال لها: طلقي نفسك إن شئت ، فقالت: قد شئت ، لم يقع عليها شيء ؛ لأنه أمرها أن توقع الطلاق فلم توقع .

وفي الفصل الأول علق الطلاق بمشيئتها ، فإذا وُجد الشرط وقع ، قال: فإن قال: طلقي نفسك ، فهو على المجلس ؛ لأن المرأة لا تكون وكيلة في حق نفسها ، فكانت مملكة والتملك على المجلس ، وليس كذلك إذا قال لأجنبي: طلقها ؛ لأنه يجوز أن يكون وكيلًا في طلاقها ، [والتوكيل] ^(٢) لا يقف على المجلس .

قال: فإن أراد بقوله: طلقي نفسك ثلاثاً ، فقد صار في يدها الثلاث لأن هذا أمر ، والأمر وإن لم يتضمن العدد بإطلاقه فهو يحتمله ، ألا ترى أن في أوامر الله تعالى ما يتضمن العدد .

قال: فإن طلقت نفسها ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة وقع ؛ لأنه ملكها ثلاث تطليقات ، فصارت كالزوج المالك لها ، فيجوز أن توقعها ويجوز أن توقع بعضها .

(١) في النسختين (فكذلك) والمثبت يدل عليه السياق .

(٢) في ب (والوكيل) والمثبت من أ .

١٦٣٢ - [فصل: قول الزوج: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت]

ولو قال: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فشاءت اثنتين أو واحدة لم يقع شيء؛ لأنه جعل مشيئتها للثلاث شرطاً في وقوع الطلاق، فإذا وجد بعض الشرط لم يقع به شيء، فإن قال: طلقي نفسك واحدة إن شئت أو اثنتين، فشاءت أكثر من ذلك لم يقع في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقع ما جعل إليها، وعلى هذا الخلاف إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة، ولم يقل (أهـ ١٢٧) - (ب ١٢٨) إن شئت، وكذلك قال أبو حنيفة: إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فقالت: (قد شئت ثلاثة إن شئت، قال) ^(١): شئت عشرًا لم يقع شيء، وقال أبو يوسف ومحمد: يقع [ثلاثاً].

لأبي حنيفة: أن الطلاق يقف على العدد كما يقف على الشرط بدلالة أن من قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً، وقف قوله (أنت طالق) على العدد، كما يقف لو قال: إن دخلت الدار، ولهذا قالوا فيمن قال: أنت طالق ثلاثاً، فماتت قبل أن يقول ثلاثاً لم يقع، فلهذا ^(٢) وقف الطلاق على العدد كما يقف على الشرط.

ولو قال لها: علقي طلاقك بدخول الدار، فعلقته بالدخول وكلام زيد، لم يتعلق، وكذلك إذا جعل إليها العدد فأوقعته مع غيره، وليس كذلك إذا قالت: طلقت نفسي واحدة، وواحدة، وواحدة؛ لأنها فرغت مما جعل إليها واشتغلت بغيره، فصار كما لو قال لها: علقي طلاقك بدخول الدار، فقالت: أنا طالق إن

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (فإذا).

دخلت الدار وسكتت ، ثم قالت : وكلمت زيدا ، ولا يلزم إذا وكله ببيع عبده فباعه مع عبد آخر ؛ لأننا قيدنا العلة بالطلاق ، وعلى أن البيع لا يقف على الشرط ، ألا ترى أنه لو قال : بع هذين العبدين ، فباع أحدهما جاز .

و[قد] قال أبو يوسف : إذا قال لها : طلقي نفسك ، فقالت : أبنت نفسي ؛ لم يقع على قياس قول أبي حنيفة ، ووقع عندهما بتطبيق رجعية ، وصار كأنها قالت : أبنت نفسي بتطبيق .

وجه قولهما : أنه علق الطلاق بمشيئته الواحدة ، فإذا شاءت الثلاث فقد شاءت الواحدة وزيادة (وهذا يبطل به إذا)^(١) قال لها : علقي طلاقك بدخول الدار ، [فعلقت بالدخول وغيره] ، فيقولان : إنها أوقعت ما جعل إليها وزيادة ، فبطلت الزيادة ، كما لو قالت : طلقت نفسي واحدة وواحدة .

١٦٣٣ - [فصل : قول الزوج : طلقي نفسك]

فإن قال لها : طلقي نفسك إن شئت ، أو لم يقل : إن شئت ، فقالت : اخترت نفسي لم يقع ، ولو قال لها : اختاري ، فقالت : طلقت نفسي وقع ذلك ؛ لأن لفظ الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ، فلهذا لا يملك الزوج الإيقاع به ، وقد كان في القياس : أن لا يقع به شيء ، فإذا جعل إليها الطلاق القوي فعدلت إلى اللفظ الضعيف لم يقع [به] شيء ، وإذا قال لها : اختاري ، فقد فوض إليها بلفظ ضعيف ، فإذا أتت بالطلاق فقد أوقعت بلفظ قوي فيقع ، ولأن الاختيار لا يجوز أن يكون إلا جواباً لقوله : اختاري .

(١) في أ (يبطل بما لو قال) .

ألا أترى أن امرأة لو قالت: اخترت نفسي، فأجاز الزوج لم يقع شيء،
والطلاق يجوز أن يكون طلاقاً لا على وجه الجواب.

ألا ترى أنها لو طلقت نفسها فأجاز الزوج وقع، فكذاك جاز أن يكون
جواباً للاختيار.

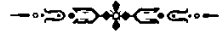
قال: ولو قال: أمرك بيدك في تطلقه، أو اختاري تطلقه، فهي تطلقه
رجعية؛ لأنه جعل إليها صريح الطلاق، (وصريح الطلاق رجعي)^{(١)(٢)}.



(١) في أ (فكان رجعيًا).

(٢) انظر: الأصل ٥٧٤/٤ وما بعدها.

بَابُ الرجل يجعل أمر امرأته بيدها مؤقتاً



وإذا قال الرجل لامرأته [١١٧/ب]: أمركِ بيدكِ يوماً أو اليوم، أو قال: شهراً أو [هذا] الشهر، أو قال: سنة أو [هذه] السنة، فلها الأمر في الوقت كله تختار نفسها (فيما شاءت منه)^(١)، ولا يكون تركها للجواب في شيء (منه)^(٢) أو تشاغلها بغير الجواب إبطالاً للخيار ما يبقى من الوقت شيء؛ وذلك لأن الطلاق بيده فيملك أن يفوضه إليها في زمان دون زمان كالتوكيل بالتصرف، فإذا ثبت لها الخيار في المدة لم يكن تشاغلها مسقطاً للخيار؛ لأنه لو سقط بإعراضها لم يكن للتوقيت فائدة، ولصار المؤقت وغير المؤقت سواء، وهذا لا يصح؛ لأن التوقيت على وجهين: إذا [نكّر] ^(٣) الوقت، فقال: يوماً أو شهراً أو سنة فلها من ساعتها إلى مثلها من الغد، ولها من وقتها إلى (شهر وإلى سنة)^(٤)؛ لأن استيفاء المدة لا يمكن إلا بذلك، ويكون الشهر هاهنا بالأيام؛ لأن الشهر بالإطلاق يقتضي الأهلة، فإذا ملكها في بعض الشهر شهراً لم يمكن (اعتبار الأهلة فاعتبر الأيام)^(٥).

وأما إذا عرّف فقال: هذا اليوم، أو هذا الشهر أو هذه السنة، فلها الخيار في

(١) في أ (متى شاءت فيه).

(٢) في أ (من ذلك).

(٣) في ب (ذكر) والمثبت من أ.

(٤) في أ (الشهر إلى السنة).

(٥) في أ (اعتباره بالأهلة، فاعتبروا بالأيام).

بقية اليوم ، وفي بقية الشهر ، وفي بقية السنة ؛ لأنه علقه بزمان معين ، ولا يمكن إثبات الخيار في غيره ، ويكون الشهر هاهنا على الهلال ؛ لأنه هو الأصل ، وإنما يعدل عنه للضرورة ولا ضرورة في هذا الموضع .

١٦٣٤ - [فَصْلُ : الخيار متعلق بالوقت ، سواء علمت أو لم تعلم]

وسواء علمت في أول الوقت أو لم تعلم أن الخيار متعلق بالوقت ؛ وذلك لأنه جعل الخيار في زمان مخصوص ، فلو اعتبر العلم [لثبت] ^(١) لها الخيار في أكثر من ذلك الزمان ، وهذا لم يرض به .

١٦٣٥ - [فَصْلُ : قول الرجل : إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوماً]

وإذا قال : إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوماً ، أو قال : اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فإذا قدم فلان فلها الخيار في ذلك الوقت ، فإذا مضى بطل خيارها سواء علمت أو لم تعلم ؛ وذلك لأن التمليك المعلق بالشرط كالموقع عقيب الشرط ، فصار عند القدوم كأنه قال لها : أنت بالخيار اليوم ، فلا يثبت لها بعد ذلك .

١٦٣٦ - [فَصْلُ : الخيار متعلق بالشرط كالموقع عقيبهِ]

ولو قال لها : إذا قدم فلان فأمرك بيدك ولم يؤقته ، فقدم فلان فالخيار بيدها إذا علمت في مجلسها الذي [تعلم] ^(٢) فيه ، لما بينا أن الخيار المتعلق بالشرط كالموقع عقيبهِ ، فصار عند القدوم كأنه قال : أمرك بيدك ، فإذا علمت كان لها [الخيار] في المجلس الذي تعلم فيه .

(١) في ب (أثبت) والمثبت من أ .

(٢) في ب (يقدم) والمثبت من أ .

١٦٣٧ - [فَصْلُ: قول الرجل: أمرِك بيدك هذا اليوم]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال: أمرِك بيدك هذا اليوم، فهو على اليوم كله، ولو قال: أمرِك بيدك في هذا اليوم كان [على] ^(١) مجلسها، وهذا الفرق ليس بظاهر؛ لأنه جعل اليوم ظرفاً للطلاق في الوجهين، وإنما صرح بالظرف في أحد الفصلين دون الآخر، والتصريح بالظرف لا يغير معنى الكلام، فكان يجب أن يكونا سواء، إلا أنه قال على الخيار بجميع اليوم في أحد الفصلين [١/١١٨] وبجزء منه في الفصل الآخر، وهو القدر الذي جعله ظرفاً للطلاق، وإذا علق الطلاق بجزء وليس جزءاً أولى من جزء [آخر] اختص بالمجلس.

١٦٣٨ - [فَصْلُ: قول الرجل: أمرِك بيدك إلى رأس الشهر]

قال بشر عن أبي يوسف في مسألة تاريخها سنة ثمان وسبعين ومائة: إذا قال: أمرِك بيدك إلى رأس الشهر، فاختارت نفسها قبل رأس الشهر فإنها طالق، وليس لها أن تطلق نفسها أخرى في هذا الشهر؛ لأنه جعل الشهر زماناً للطلاق، فإذا طلقت فقد استوفت ما جعل إليها فلا تملك إيقاع العدد.

قال: ولا يخرج الأمر من يدها بقيام ولا أكل ولا شرب ولا نوم، وكذلك إن واقعها وهي مطاوعة؛ لأنه (لما جعل لها الخيار) ^(٢) في جميع المدة، فأعراضها يبطل خيارها في تلك الحال خاصة، ويبقى ما لها من الخيار بعده على ما كان عليه.

١٦٣٩ - [فَصْلُ: قول المرأة: اخترت زوجي]

وقال أبو حنيفة: إن قالت اخترت زوجي، فلها من الغد أن تختار نفسها،

(١) في ب (في) والمثبت من أ.

(٢) في أ (جعل إليها الخيار).

وليس لها أن تختار نفسها في يومها ذلك ، وقال أبو يوسف: قد خرج الأمر عن يدها في الشهر كله .

لأبي حنيفة: أنه لما جعل إليها الخيار في جميع المدة فاختارها لزوجها (في يوم)^(١) كإبطال الخيار فيه بالإعراض والتشاغل فلا يبطل ذلك الخيار فيما بعد ، إلا أنه لم يجعل إليها أن تختار [في] ذلك اليوم ؛ لأن الشهر مدة تشمل على أيام ، فإذا جعل لها الخيار في جميعه فقد جعل لها الخيار في كل يوم ، فإذا اختارت زوجها بطل خيارها في ذلك اليوم وبقي فيما بعده .

ولأبي يوسف: أن اختارها للزوج ردُّ لما جعل إليها ، (والتملك يبطل بالرد ، ولأنها تصرف في إحدى جهتي الخيار)^(٢) فأبطل ذلك خيارها في جميع المدة كما لو اختارت نفسها .

قال: وكذلك قال أبو حنيفة: إذا قال أمرك بيدك اليوم وغداً أو هذين اليومين وهذا لما بينا ، ولو قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد (غدٍ)^(٣) ، فاختارت زوجها اليوم ، فلها أن تختار نفسها بعد (غدٍ)^(٤) ، وكذلك إن ردت الأمر اليوم ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في الجامع الصغير^(٥) ؛ وذلك لأنه لما فصل بين زمانين وجعل بينهما زماناً لا خيار فيه ، فصار كل واحد من التملكين غير الآخر ، فالرد في أحدهما لا يكون رداً للآخر ، وليس كذلك المسألة الأولى على

(١) في أ (اليوم) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) في أ (الغد) .

(٤) في أ (الغد) .

(٥) الجامع الصغير (مع شرح الشهيد) ص ٣٠٩ .

قول أبي يوسف ؛ لأن الزمان زمان واحد لا يتخلله ما لا خيار فيه ، فصار خياراً واحداً فالرد فيه يبطله^(١) .

١٦٤٠ - [فَصْلُ : قول الرجل : أمرِك بيدك اليوم ، وأمرِك بيدك غداً]

قال أبو يوسف : وإذا قال : أمرِك بيدك اليوم ، وأمرِك بيدك غداً ، فهذان أمران ، فإن اختارت زوجها اليوم فهي على خيارها غداً ولا خيار لها في هذا اليوم ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ وذلك لأنه لما كرّر لفظ الخيار صار كل واحد من الخيارين غير الآخر ، فرد أحدهما لا يكون رداً للآخر ، ولو اختارت نفسها في اليوم الأول فتزوجها قبل مجيء الغد فاختارت نفسها ، فلها ذلك ، وتطلق أخرى لأن كل واحد من الخيارين [أه: ١٢٩ - بد: ١٢٩ب] لما كان غير الآخر [ملكت]^(٢) لكل واحد منهما طلاقاً ، فإيقاع الطلاق بأحدهما لا يمنع (من الإيقاع بالآخر)^(٣) .

١٦٤١ - [فَصْلُ : قول الرجل : أمرِك بيدك هذه السنة]

وقال أبو يوسف : لو قال لها : أمرِك بيدك هذه السنة ، فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها أن تختار في بقية السنة في قول أبي يوسف ، فأما في قياس قول أبي حنيفة : فيلزمها الطلاق في الخيار الثاني ، ولست أروي هذا عنه ، (ولكن هذا قياس قوله ، ولو كان ترك القياس)^(٤) واستحسن ، كان ذلك مستقيماً .

(١) انظر : شرح الجامع الصغير (للصدر الشهيد) ص ٣٠٨ .

(٢) في ب (ملك) والمثبت من أ .

(٣) في أ (من إيقاع الطلاق من الآخر) .

(٤) في أ (ولكنه قياس قوله ، فلو كنت تركت القياس) .

وجه القياس: أنه لما ملكها الطلاق في جميع المدة صار لها في كل يوم خيار، فإذا أوقعت في أحد اليومين جاز أن توقع في اليوم الآخر كما لو ردت في أحد اليومين وأوقعت في الآخر.

وجه الاستحسان: أنه خيار ممتدٌ فلا يملك به أكثر من طلاق واحد، وقد استوفت ذلك فلا تملك غيره، وأما أبو يوسف فمن أصله: أن الرد في أحد الأيام ردٌّ في بقيتها، وكذلك الاختيار في أحد الأيام يمنع [من] الاختيار في بقيتها.

١٦٤٢ - [فصل: عدم اختيار المرأة نفسها ولكنها طلقت طلقة]

قال: ولو لم تختَر نفسها ولا زوجها ولكنه طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها في تلك السنة، فلا خيار لها في بقية السنة في قول أبي يوسف. وأما في قول أبي حنيفة: فلها الخيار.

لأبي حنيفة: أن التخيير طلاق معلق بالشرط، فزوال الملك لا يبطله [ما دام طلاق ذلك الملك باقياً]^(١) كدخول الدار.

لأبي يوسف: أنه تصرف في الطلاق الذي جعله إليها، فخرج الأمر من يدها كالموكل إذا باع ما وكل ببيعه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الزوج يملك ثلاث تطبيقات ملكها واحدة منها، فإذا أوقع واحدة فلم يتصرف في غير ما جعل إليها، وصار كمن وكل رجلاً ببيع ثوبٍ من (ثوبين)، ثم باع الموكل واحداً (منهما)^(٢) لم تبطل الوكالة^(٣).

(١) في ب (ما دام طلاق ملك الأول باقياً)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (ثيابه)، و(منها).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦٩/٥ وما بعدها.

بَاب الطلاق الذي يوقع أو يعقد عليه في ملك أو في غير ملك

— ❦ —

قال أصحابنا جميعاً: إذا أوقع الطلاق على امرأة قبل أن يتزوجها فالطلاق باطل، وذلك لقوله ﷺ: «لا طلاق قبل النكاح»^(١)، ولأن الطلاق موضوع لرفع الاستباحة، والاستباحة [لم توجد]^(٢) فلا يصحّ الرفع.

١٦٤٣ - [فصل: إيقاع الطلاق قبل الزواج]

وإن عقد عليها الطلاق قبل أن يتزوجها ولم يضيف وقوعه إلى ملك فهو باطل، وهذا مثل من قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، فتزوجها فدخلت الدار لم يقع عليها شيء عندنا.

وقال ابن أبي ليلى: يقع.

لنا: أنه عقد الطلاق في غير ملك ولم يضيفه إلى ملك، فصار كمن لو قال [لأجنبية]^(٣): أنت طالق، فلا يقع عليها شيء؛ ولأن الطلاق المعلق بالشرط

(١) أخرجه ابن ماجه من حديث عليّ رضي الله عنه مرفوعاً (٢٠٤٩)؛ والترمذي من حديث عمرو بن شعيب بلفظ (ولا طلاق فيما لا يملك) (١١٨١) وقال: «حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب...»؛ وأخرجه الحاكم في المستدرک ٢/٢٢٢؛ والبيهقي في الكبرى ٧/٣١٩. (٤٩٦٧).

(٢) في ب (لوجد لهم) والمثبت من أ.

(٣) في ب (لها) والمثبت من أ.

موقوف على وجود الشرط ، وكل أمرٍ موقوف يعتبر فيه الطرفان ، فإذا عدم الملك عند العقد ولا يعلم وجوده عند الشرط ، لم يتعلق بالعقد حكمٌ لخلوّه من الملك في الطرفين .

وابن أبي ليلى يقول: ما علقه بالشرط كالموقع [١١٨/ب] عقيب الشرط ، فصار كأنه قال حين دخلت الدار: أنت طالق ، وهذا لا يصح ؛ لأن المعلق بالشرط [إنما يكون] كالموقع عقيبهِ إذا صحَّ التعليق ، والخلاف بيننا في صحة تعليق الانعقاد^(١) .

١٦٤٤ - [فصل: إضافة وقوع الطلاق إلى الملك]

وإذا أضاف وقوعه إلى ملك فهو صحيح ، وهذا كمن قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق ، وقال الشافعي: لا يصح إضافة الطلاق إلى الملك إذا لم يكن الملك موجوداً عقيب العقد^(٢) .

لنا: أنه أضاف الطلاق إلى حال يملك إيقاعه فيها ، فصحت الإضافة وإن لم يملكها في الحال ، كمن قال لامرأته الحائض: أنت طالق للسنة ، ولأن ما جاز أن يتعلق بالأخطار جاز أن يضاف إلى الملك كالنذر ، ولا حجة لهم في قوله ﷺ: « لا طلاق قبل النكاح »^(٣) ؛ لأن الزهري ومكحولاً تأولاه على رجل أراد أن يتزوج امرأة فقال [لها]: أنت طالق ثم تزوجها ، وهذا تأويل صحيح ؛ لأن الطلاق هو الإيقاع ، فأما المعلق بالشرط فلا يتناوله حقيقة الاسم ، ولا يجوز صرف الاسم

(١) في أ (صحة الانعقاد) .

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١٨٨ ؛ المهذب ٤/٣٦٤ ؛ المنهاج ص ٤١٧ ؛ رحمة الأمة ص ١٨٨ .

(٣) سبق تخريجه .

إلى المجاز إلا بدليل ، ولهذا المعنى قال عليه السلام : « لا طلاق إلا بعد النكاح »^(١) .
فإن قيل : وقوع الطلاق قبل التزويج لا يشكل ، فلا يحمل الخبر على بيان ما لا يشكل .

قيل له : [إنما] لا يشكل عند استقرار الشرع ، وقد كان مشكلاً قبل ذلك ، ألا ترى أنه لا يشكل الآن أن الصلاة لا تجوز بغير طهارة ، فإنه بين ذلك النبي ﷺ بقوله : « لا صلاة إلا بطهور »^(٢) ، (ولأن ذلك كان يشكل إذ ذاك)^(٣) .

١٦٤٥ - [فصل : وقوع الطلاق على الإرسال]

وإن عقد طلاقاً على امرأته ، فالعقد صحيح وإن لم يُضفهِ إلى الملك لأن الملك موجود عقيب^(٤) العقد والظاهر بقاؤه ، فصَحَّ الإرسال ولم يحتج إلى الإضافة ، فإن عقد في الملك وأضافه إلى غير الملك لم يصح ؛ وذلك لأن المعقود عليه يعتبر فيه حال الإضافة ، فإذا أضافه إلى غير ملكه صار كأنه أرسله في غير ملك [فلا يتعلق به حكم] .

١٦٤٦ - [فصل : اعتبار حال الوقوع إذا عقد في الملك]

وإذا عقد في الملك اعتبر حال الوقوع ، فإن كانت المرأة في حال لو ابتدأ

(١) أخرجه الطيالسي في مسنده عن جابر رضي الله عنه (في حديث طويل) ٢٤٣/١ ؛ وأورده ابن حجر في الفتح ٣٨٥/٩ .

(٢) أخرجه الترمذي (١) وقال : « أصح شيء في هذا الباب وأحسن » ؛ وأورده ابن عبد البر في التمهيد ، ١٨٨/١ .

(٣) في أ (لأنه كان يشكل) .

(٤) في أ (عقد) .

الطلاق عليها وقع طلاقه ، لزمه طلاق الحنث بذلك العقد ، وإن كانت المرأة في حال لا يجوز طلاقه عليها لو ابتدأه لم يلزمه [طلاق] الحنث ، وهذا كمن قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم أبانها وانقضت عدتها ودخلت الدار ؛ انحلت يمينه بوجود الشرط ولم يقع عليها طلاق ؛ لأن المعلق بالشرط كالمتكلم بالجواب في ذلك الوقت من طريق الحكم .

فإن قيل: أليس لو قال الصحيح لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم جُنْ فدخلت الدار وقع طلاقه ، وإن كان لو ابتدأ لم يقع .

قلنا: إنما اعتبرنا بالوقوع حكماً ، والمجنون يقع الطلاق على امرأته من طريق الحكم ، ألا ترى أن العنين إذا أجل فمضت المدة وقد جُنْ فرَّق القاضي بينهما وكان ذلك طلاقاً .

١٦٤٧ - [فصل: تعليق الطلاق بشرطين]

وإن علق الطلاق بشرطين ، وقال بعد النكاح: إن كلمت زيداً [١/١١٩] وعمراً فأنت طالق ، فاعتبر كلام [آخرهما] ^(١) ، فإن كان في ملك وقع الطلاق ولا يضرك أن يكون كلام الأول في غير الملك ، وإن كان كلام الأول في الملك ، والثاني في غير الملك لم يقع الطلاق وانحلت اليمين ، وهذه المسألة في الجامع الصغير إذا قال: إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ^(٢) ، وهي مبنية على أصول:

منها: أن الطلاق إذا تعلق بالشرط اعتبر وجود الملك عند الشرط ؛ لأنها حالة الوقوع ، والطلاق لا يقع إلا في الملك ، وإن علق بشرطين اعتبر وجود

(١) في ب (أحدهما) والمثبت من أ .

(٢) الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٢٠١ ، (عالم الكتب) .

الملك عند [آخرهما] ^(١) لأن الوقوع يكون عند تمام الشرط ، فإن وجد الشرط الأول في غير الملك لم يضر ؛ لأنه لا يخرج من أن يكون شرطاً ، والملك إنما يحتاج إليه للوقوع ، وتلك الحال ليست حال الوقوع ، فإذا ثبت هذا قلنا: إذا كلمت الأول في غير الملك ، ثم كلمت الثاني في الملك ، فقد وجد تمام الشرط (لوقوع الطلاق وهي في ملكه) ^(٢) فوقع الطلاق ، فإن كلمت الأول في الملك والثاني في غير ملك فقد وجد تمام الشرط وهي أجنبية ، والأجنبية لا يقع عليها الطلاق ، إلا أن اليمين تنحل لأنه علق الحنث بوجود الشرط وقد وجد ، ولو تعلق بتكرار الشرط حيث يعلق به على وجه لم يتضمنه اليمين ، وهذا لا يصح ، فلذلك انحلت اليمين .

١٦٤٨ - [فَصْلُ: الحلف بالظهار والإيلاء]

قال: وكذلك ما حلف به من ظهار أو إيلاء [فهو] ^(٣) مثل الطلاق فيما يلزمه فيه وفيما لا يلزم ؛ وذلك لأن الظهار والإيلاء من أحكام النكاح ويتعلق بالشروط ، فلا يصح إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك كالطلاق .

١٦٤٩ - [فَصْلُ: قول الرجل: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت عمراً]

فإن حلف عليها بعد النكاح وجعل جواب شرطها يميناً اعتبر الشرط الأول ، فإن وجد في حال يجوز عقد اليمين المبتدأة صحّ لزوم اليمين التي هي الجواب ، وإن كانت في حال لا يجوز اليمين لو ابتدأها لم يلزمه اليمين بالحنث ، وذلك

(١) في ب (أحدهما) والمثبت من أ .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) في ب (فهل) والمثبت من أ .

مثل أن يقول لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت عمرأً؛ (وذلك لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين، فصار عند الدخول كأنه قال لها: أنت طالق إن كلمت عمرأً)^(١)، فإن كانت في ملكه صحت اليمين المعلقة بالشرط، وإن لم يكن في ملكه عند دخول الدار لم يصح التعليق، ولو كان طلقها [قبل]^(٢) الدخول ثم دخلت الدار وهي في العدة، ثم كلمت عمرأً في العدة طَلَّقَتْ؛ لأن [المعتدة]^(٣) يلحقها الطلاق فيها، فتنعقد عليها اليمين بالطلاق، كالزوج إذا علق الطلاق ووجد شرطه في العدة أو في الملك، وقع [به]^(٤).



-
- (١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
 (٢) في ب (بعد) والمثبت من أ.
 (٣) في ب (العدة) والمثبت من أ.
 (٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٨٩/٥ وما بعدها.



بَابُ

الرجل يطلق امرأته بعض تطلقه أو يوقع الطلاق على بعضها



قال [أصحابنا]: إذا أضاف الطلاق إلى بعض [أعضاء] المرأة فهو على ثلاثة أوجه .

منها: أن يضيفه إلى ما يعبر به عن جميع البدن فيقع الطلاق ، وهذا مثل قوله: نفسك طالق ، أو روحك ، أو بدنك ، أو رقبتك ، [١١٩/ب] أو عنقك ، أو وجهك ، أو رأسك ، أو فرجك ، روى ذلك هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ وذلك لأن هذه الأشياء يعبر بها عن [جميع] الجملة ، يقال: عند فلان كذا كذا رأساً من الرقيق ، ويقال: كذا كذا فرجاً ، وفي الدار كذا كذا نفساً ، وقال الله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة: ٣] (وأراد به الجملة)^(١) ، وإذا كان ذكر هذه الأشياء كذكر الجملة صار كأنه قال: أنت طالق .

- والنوع الثاني: إذا أضاف [الطلاق] إلى جزء شائع مثل الثلث [أو الربع] أو النصف أو الجزء ، فإنه يقع على جميعها ؛ لأن التحريم [يقع]^(٢) بجزء شائع ويسري إلى الجميع كمن باع بعض جاريتيه .

- وأما النوع الثالث: فإن يضيف الطلاق إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة مثل اليد والرجل والإصبع فلا يقع الطلاق عندنا ، وقال زفر: يقع ، وبه

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في ب (يتعلق) والمثبت من أ .

قال الشافعي (١).

لنا: أن النكاح لا ينعقد إذا أضيف إلى عضو معين ، فلا ينحل إذا أضيف الحل إليه كالبيع ، لما لم ينعقد بالإضافة إلى جزء معين لم يفسخ بإضافة الإقالة [إلى ذلك الجزء] (٢) ، ولأن ما لا ينعقد البيع إذا أضيف إليه لا يقع الطلاق إذا أضيف إليه كالحمل وعكسه ما يعبر به عن الجملة (٣) .

وأما وجه قول زفر: فإنه أوقع الطلاق على جزء منها متصل فصار كالجزء الشائع .

١٦٥٠ - [فصل: تبعض الطلاق]

وأما إذا أوقع بعض التولية ، وقع تولية كاملة وقد بينّاها فيما مضى ، وذكرنا أن الطلاق لا يتبع بعض فذكر بعضه كذكر جميعه كالعفو عن بعض القود ، وإن قال: أنت طالق واحدة ورُبْعاً ، أو واحدة وثلاثاً طلقت اثنتين ؛ لأن الجزء من التولية تولية ، وليس كذلك إذا قال لها: أنت طالق واحدة ونصفها ، أو وثلاثها أنه لا يقع إلا واحدة ؛ لأنه أضاف النصف إلى الواحدة الموقعة ، وقد وقع ذلك في جملتها ، وفي مسألتنا ذكر نصفاً منكراً ، فاقضى تولية ثانية .

١٦٥١ - [فصل: في تقسيم الطلاق بين نسائه]

وأما إذا قسم الطلاق بين نسائه فقال لأربع نسوة: بينكن تولية ، طلقت

(١) انظر: المهذب ٤/٢٩٠ ؛ المنهاج ص ٤١٦ ؛ رحمة الأمة ص ١٩٢ .

(٢) في ب (إليه) والمثبت من أ .

(٣) في أ (عن جميع البدن) .

كل واحدةٍ واحدةٍ ؛ لأن الواحدة إذا انقسمت أصاب كل واحدة ربعها ، وربع تطلقه تطلقه ، وكذلك إذا قال: بينكن تطلقتين ، أو ثلاثاً ، أو أربعاً ؛ لأن التطلقتين إذا انقسمت بين الأربع أصاب كل واحدة نصف تطلقه ، ولا يجوز أن يقسم كل تطلقه على حيالها ؛ وذلك لأن القسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملة ، وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتاً ، فإن قال الزوج: أردت قسمة كل واحدة على حيالها فقد شدد على نفسه فيقع على ما نوى ، [فإن] قال: بينكن خمس تطلقات ، فكل واحدة طالق اثنتين ؛ لأن الخمس إذا قسمت على الأربع ، أصاب كل واحدة تطلقه وربع ، [وربع تطلقه تطلقه] ، فيكون تطلقتين ، وعلى هذا ما زاد على خمس إلى الثماني ، فإذا قال: بينكن تسع تطلقات ، أصاب كل واحدة تطلقتان وربع ، فيقع عليها ثلاث [تطلقات] .

وعلى هذا ، لو قال: [ب/١٣٦] أشركت بينكما في تطلقتين ؛ لأنه لا فرق في المعنى بين أن يأتي بلفظ الشركة أو يأتي بلفظ بين ، وليس كذلك إذا طلق امرأته تطلقتين ، ثم قال لأخرى: قد أشركت في طلاقها لأن الشركة في الموقع لا بد أن تكون شركة في كل واحدة ، ألا ترى أنه لا يمكن رفع تطلقه عنها ، [وإيقاعها] على الأخرى ، فلم يبق إلا الشركة في كل واحدة من التطلقتين على الأفراد ، فيقع عليها تطلقتان^(١) .



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٩٠/٥ وما بعدها؛ التجريد ٤٩٣٧/١٠ وما بعدها.

بَابُ الاستثناء في الطلاق وغيره

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الاستثناء^(١) في الطلاق والعتاق والأيمان والنذور كلها جائز إذا كان موصولاً بالكلام، ولم يقطع المتكلم بين الاستثناء وما قبله بسكوت؛ وذلك لأن الاستثناء [من]^(٢) الجملة عبارة عن الباقي، قال الله تعالى: ﴿فَلَيْتَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤]، ففهم من ذلك تسع مائة وخمسون، وإذا ثبت هذا فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، فكأنه قال: أنت طالق اثنتين ولا فرق عندنا بين استثناء الأقل والأكثر.

وقال الفراء: لا يصح استثناء الأكثر.

لنا: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الْمَزْمَلُ ۝١ قُرْ أَلَيْلَ إِلَّا قَلِيلًا ۝٢ تَصَفَّهُ أَوْ أَنْقَضَ مِنْهُ قَلِيلًا ۝٣ أَوْزِدْ عَلَيْهِ﴾ [المزمل: ١ - ٤] وقال الشاعر:

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالعدل حكاماً^(٣)

ومن للتمييز كالاستثناء الذي هو للتمييز، فإذا جاز أن يميز الأكثر [بمن، جاز أن يميز الأكثر]^(٤) بالاستثناء؛ ولأن الاستثناء يخرج من الكلام ما لولاه

(١) الاستثناء: من ثنى، إذا حنى وعطف: أخرج، ومنه قول النحويين: «إخراج الشيء مما دخل فيه غيره؛ لأنه فيه كفاً ورداً عن الدخول». كما في المغرب (ثنى)

(٢) في ب (مع) والمثبت من أ.

(٣) أورده الأنباري في الزاهر في معاني كلمات الناس ولم يعزه لأحد، ١٠/٢.

(٤) في ب (فمن جاز ذلك) والمثبت من أ.

لدخل فيه ، فصار كدليل التخصيص ، فيجوز أن يخرج الأكثر .

فأما الفراء فإنه قال: إن العرب لم تتكلم بذلك ، وهذا لا دليل فيه ؛ لأن ما كان على طريقة كلامهم صَحَّ وإن لم يتكلموا به ، ألا ترى أنهم لم يتكلموا باستثناء الكسور ، ومع هذا فيصح استثناءها بالإجماع .

وأما استثناء المنقطع فلا يؤثر في الكلام ، وحكي عن ابن عباس: أنه يؤثر .

لنا: أن السكوت إذا فصل بين الاستثناء والجملة لم تقف الجملة عليه كما لا تقف على الشرط المنقطع ، وليس كذلك المتصل ؛ لأن حكم الكلام موقوف على آخره ، فما لم ينقطع لا يستقر حكمه .

وأما ابن عباس فاحتج بما روي أن النبي ﷺ: «لأغزون قريشاً ، ثم قال: بعد سنة إن شاء الله»^(١) ، [وهذا لا دلالة فيه]^(٢) ؛ لأنه لم يقصد إلى تصحيح الاستثناء ، وإنما استدرك المأمور به في الوعد ، لقوله تعالى: ﴿وَأذْكُرَّ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤] وأما قوله: إذا حرك لسانه بالاستثناء ؛ [فلأن]^(٣) ما لا يتحرك لسانه به ليس بكلام ، وإنما هو اعتقاد وذلك لا يؤثر في الطلاق ، وسواء سمع الاستثناء أو لم يسمع إذا تكلم به ؛ لأن الحكم يقف على الكلام دون السماع ، ألا ترى أن الأطروش^(٤) يصح استثناءه وإن لم يسمع .

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥ ، ٣٢٨٦) ؛ «ورواه الطبراني في الأوسط ، ورجاله رجال الصحيح ، ورواه أبو يعلى» كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد ، ٤/١٨٢ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ١٠/٤٧ ، وغيرهم .

(٢) في ب (وهذا الدليل فيه) والمثبت من أ .

(٣) في ب (فإن) والمثبت من أ .

(٤) وهو الأطرش ، ويقال: «ورجل أطرش» «وقال: الأزهري: رجل (أطروش) ، قال: ولا أدري =

وروى هشام عن أبي يوسف: [في المتنفس إذا فصل]^(١) بين الطلاق والاستثناء لم يمنع الاستثناء إلا أن يكون بسكتة؛ لأن [التنفس]^(٢) لا يحتز منه، فلا يقطع اتصال الكلام.

١٦٥٢ - [فصل: رفع الاستثناء الحكم في الطلاق والعتاق]

ومن هذا الباب إن شاء الله [١/١٢٠] إذا وصله بالكلام رفع حكمه، وقال مالك: لا يرفع^(٣).

ومن الناس مَنْ فَرَّقَ بين الطلاق والعتاق، فقال: يرفع الطلاق ولا يرفع العتاق.

لنا: قوله تعالى حكاية عن موسى عليه السلام: ﴿سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩]، ولم يصبر ولم يخلف الوعد، فدل على أن الاستثناء يرفع حكم الكلام، ولأنه عَلَّقَ الإيقاع بشرط لا يُعلم وجوده، فصار كقوله: إن شاء [الجن]^(٤).

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من استثنى فله ثنياه»^(٥)، وقال: «من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله، فلا حنث عليه»^(٦).

= أعربي أم دخيل». كما في المصباح (طرش).

(١) في ب (في النفس إذا حصل)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (النفس) والمثبت من أ.

(٣) انظر: المعونة ٢/٨٤٤؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٦.

(٤) في ب (الجزء) والمثبت من أ.

(٥) أورده القاري في مرقاة المفاتيح، ٦/٦٢.

(٦) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده، وروى أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه: (من حلف على يمين فقال: إن شاء الله، فلا حنث عليه) قال الترمذي: حديث حسن...»، ٢/٧٢؛ وقال نحوه=



وأما من فصل بين الطلاق والعتاق ، فقال: إن العتاق مأمورٌ به فقد علمنا المشيئة فيه ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن لفظ المشيئة يقتضي مشيئة مستقبلة مستقرة ، ونحن نعلم أن الله تعالى شاء العتاق في الأصل ، ولا نعلم تجديد^(١) المشيئة بعد اليمين .

١٦٥٣ . [فصل: تقديم الاستثناء على الطلاق]

قال: فإن قدم الاستثناء فقال: إن شاء الله فأنت طالق ؛ فقد روى محمد عن أبي حنيفة: أن الاستثناء إذا كان موصولاً بكلامه قبل كلامه أو بعده فهو استثناء . وقال أبو يوسف: إذا قال: إن شاء الله أنت طالق ، أو فأنت طالق ، أو وأنت طالق ، فهذا كله استثناء . وقال محمد: إذا قال: إن شاء الله أنت طالق فهو منقطع ، والطلاق واقع في القضاء ، وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى إن كان أراد الاستثناء ، أما إذا قال: إن شاء الله فأنت طالق ، فهو استثناء في قولهم ؛ لأن الفاء تعلق [ما بعدها بما قبلها]^(٢) ، فإذا تعلق الطلاق بالاستثناء لم يقع وكذلك الواو ؛ لأنها للجمع فتجعل الجملة كلاماً واحداً .

وأما إذا لم يذكر حرف عطف فوجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الفاء مقدرة في الكلام فكأنه نطق بها .

= الزيلعي في نصب الراية ، ٢٣٤/٣ ؛ «وروى الطبراني في الكبير من حديث ابن مسعود بلفظ: «... فقد استثنى» ورجاله رجال الصحيح ، إلا أن القاسم لم يدرك ابن مسعود» . كما قال الهيثمي في المجمع ، ١٨٢/٤ .

(١) في أ (تجدد) .

(٢) في أ (ما قبلها بما بعدها) .



وجه قول محمد: أنه ليس بين الطلاق والاستثناء تعلق بالحرف فسقط حكمه ، وصار (كأنه لم يكن)^(١) ، فوقع الطلاق .

١٦٥٤ . [فصل: تقديم الطلاق على الاستثناء]

وأما إذا قدّم الطلاق فقال: أنت طالق فإن شاء الله ، أو أنت طالق وإن شاء الله ؛ لم يكن (استثناء)^(٢) عند أبي يوسف ، حتى يقول: أنت طالق إن شاء الله ؛ وذلك لأن (إن شاء الله) حرف شرط فإذا وصله بالكلام تعلق به ، وإن أدخل بينهما حرفاً فصل بينه وبين الكلام بما لا تأثير له ، لم يتعلق به حكم فوقع الطلاق .

وقال أبو يوسف: إن شاء الله شرط ، وقال محمد: رفع للكلام ، ويظهر الخلاف بينهما إذا أدخل إن شاء الله على جملتين ، فقال: أنت طالق إذا دخلت الدار ، وعبدي حرّ إن كلمت زيدا إن شاء الله ، قال أبو يوسف: يعود إلى الجملة الثانية ، وقال محمد: إليهما جميعاً .

لأبي يوسف أن (إن) شرط محض ، والشرط يعود إلى الجملة الثانية دون الأولى .

لمحمد: أن (إن شاء الله) يدخل على ما يصح أن يتعلق بالشرط ، وعلى ما لا يصح أن يتعلق بالشرط ، فلو كان شرطاً لم يدخل على ما لا يتعلق بالشرط ، فثبت أنه رفعٌ للكلام ، والكلام معطوف بعضه على بعض فيرفع جميعه ، ولا

(١) في أ (كالمنقطع) .

(٢) في أ (مستثنياً) .

يختلفون أنه إذا دخل على إيقاعين عاد إليهما مثل قوله: أنت طالق وعبدي حرٌّ إن شاء الله ؛ لأن عند أبي يوسف: أنه شرط ، فتعلق الإيقاعان به ، وعند محمد: أنه رفع فيرفعهما جميعاً .

وقال أبو يوسف (ومحمد) ^(١): إذا قال: أنت طالق ما شاء الله فهو استثناء ؛ لأن (ما) عبارة عن العدد فكأنه قال: أنت طالق الذي يشاء الله ، وكذلك إذا قال: إلا أن يشاء الله ، [لأن] معناه: إلا أن يشاء الله أن لا يقع ، ولا تعلم هذه المشيئة ، فهو كقوله: إلا أن يشاء زيد ولا تعلم مشيئته .

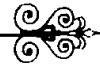
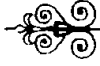
قال أبو الحسن: وكذلك لو [ضمَّ] ^(٢) مع مشيئة الله مشيئة غيره ، فقال: أنت طالق إن شاء الله وشاء زيد ، فشاء زيد لم يقع الطلاق ؛ لأنه علقه بشرطين لا يعلم وجود أحدهما ، فهو كقوله: إن شاء زيد وعمرو ، فإن قال: أنت طالق إن شاء زيد ، فالطلاق موقوف على مشيئته في المجلس الذي يعلم فيه بالمشيئة ، وهذا قد بيناه لأنه تمليك للطلاق فيقف على المجلس ، وإن شرط مشيئة من لا يجوز أن تعرف مشيئته بطل الكلام ، وصار بمنزلة قوله: إن شاء الله ، وذلك مثل أن يقول: إن شاء جبريل والملائكة ، أو الجن ، أو الشياطين ، (أو الجدار) ^(٣) فإن الكلام باطل ؛ لأنه علقه بمشيئة لا يتوصل إلى العلم بها فصار كقوله: إن شاء الله .

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله ؛ وقع عليها

(١) ساقطة من أ .

(٢) في ب (ضمن) والمثبت من أ .

(٣) ساقطة من أ .



ثلاث ، وقال أبو يوسف ومحمد: الاستثناء جائز ، وعلى هذا الخلاف ، إذا قال:
أنت طالق ثلاثاً وواحدة إن شاء الله .

لأبي حنيفة: أن العدد الثاني لغو فلا يتعلق به حكم ، ألا ترى أن الزوج لا
يملك أكثر من ثلاث تطليقات ، واللغو حشو فيفصل^(١) بين الإيقاع والاستثناء
كالسكوت .

وجه قولهما: أنه كلام واحد دخل عليه الاستثناء فيعمل فيه ، ولأن الواو
للجمع ، فكأنه قال: أنت طالق ستاً إن شاء الله ، فإن قال: أنت طالق واحدة وثلاثاً
إن شاء الله ؛ فالاستثناء جائز لأن الكلام الثاني ليس بلغو ، ألا ترى أنها جملة
يتعلق الحكم بها فلم يفصل بين (الشرط)^(٢) والطلاق المتقدم عليها وبين
الاستثناء^(٣) .



(١) في أ (مفصل) .

(٢) ساقطة من أ .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٨٧ .

بَابُ الرجل يوقع من الطلاق عدداً ثم يستثنى بعضه



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا اثنتين فالاستثناء صحيح، وهذا على ما قدمنا في جواز الاستثناء الأقل [من] الأكثر، فإن قال: إلا ثلاثاً بطل الاستثناء لأنه يجري [مجري] التخصيص، ودليل التخصيص لا يرد على كل الكلام، فكذا الاستثناء لأنه للتمييز، والتمييز لا يكون بالجملة.

ومن أصحابنا [١٢٠/ب] من يقول: إن استثناء [الجميع] ^(١) رجوع؛ لأنه يبطل كل الكلام، والصحيح أنه استثناء فاسد وليس برجوع؛ لأنهم قالوا في الموصي: إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء، (ولو كان رجوعاً لبطلت الوصية؛ لأن الرجوع فيها جائز، فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة وواحدة، وقعت الثلاث وبطل الاستثناء) ^(٢)، وقال أبو يوسف: استثناء الأولى والثانية جائز، ويبطل استثناء الثالثة ويلزمها واحدة.

لأبي حنيفة: أن حكم الكلام موقوف على آخره فإذا تم الاستثناء بإسقاط الجملة لم يصح فكأنه قال: إلا ثلاثاً، ولأن الواو للجمع، فإذا قال: إلا واحدة وواحدة وواحدة، فكأنه قال: إلا ثلاثاً.

لأبي يوسف: أن استثناء الواحدة والثانية قد صح، ألا ترى أنه لو سكت

(١) في ب (الجمع) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

عليه جاز، فإذا ذكر الثالثة فقد استثنى ما لا يصح، فبطل وصح [استثناء] ما سواه، فإن قال: أنت طالق واحدة وواحدة، وواحدة إلا ثلاثاً؛ بطل الاستثناء في قولهم؛ لأنه استثنى الجملة الموقعة فلم يصح، وكذلك إن قال: أنت طالق واحدة وواحدة، وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة؛ لأن كل واحدة جملة على حياها، وقد استثنىها فلا يصح.

قال أبو يوسف ومحمد: إذا قال: أنت طالق اثنتين^(١) واثنتين إلا اثنتين؛ وقعت اثنتان، وجعل الاستثناء من كل اثنتين واحدة، وقال زفر: يقع ثلاثاً.

لنا: أن الاستثناء [ما]^(٢) أمكن حمله على الصحة، كان أولى من حمله على الفساد، ومتى جعلناه مما يليه بطل، فوجب أن يرد^(٣) إلى الجملتين ليصح. وأما زفر فقال: إن الاستثناء يرجع إلى ما يليه ولا يرجع إلى غيره إلا بدليل، ومتى رجع إلى (ما يليه)^(٤) كان استثناء إحدى الجملتين فلا يصح.

وروى هشام عن محمد فيمن قال [لامرأته]: أنت طالق اثنتين فاثنتين إلا ثلاثاً، قال: هي ثلاث؛ وذلك لأنه لا يمكن أن يجعل الاستثناء من الجملتين (لأنه يكون كل واحدة تطليقة ونصف، وهذا استثناء جميع الجملة، ولا يمكن أن يجعل من إحدى الجملتين)؛ لأنه يرفعها، ولا يجوز أن يستثنى بعض الاستثناء؛ لأن الاستثناء إما أن يصح (جميعه)^(٥) أو يبطل.

(١) في أ (أنت طالق اثنتين إلا اثنتين).

(٢) في ب (قد) والمثبت من أ.

(٣) في أ (يؤول).

(٤) في ب (ما قبله).

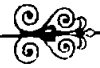
(٥) (جميعه) ساقطة من أ.

وقال بشر عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: أنت طالق واحدة واثنين إلا اثنين، قال: هي ثلاث، وهو قول محمد؛ لأننا إن رددنا الاثنين إلى كل واحدة من الجملتين [أبطلناها]، وإن رددنا بعضه إلى [هذه] وبعضه [إلى هذه] [أبطلناها]، فلا يصح تصحيح بعضه دون بعض، فلم يبق إلا بطلان الاستثناء.

وروى هشام عن محمد فيمن قال لامرأته: أنت طالق اثنين وأربعاً إلا خمساً فهي طالق ثلاثاً؛ لأن الاستثناء لا يصح أن يرجع إلى كل واحدة من الجملتين، فلا يجوز إثبات بعض الاستثناء دون بعض فبطل (١). اهـ [١/١٢١].



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٢٥/٥؛ مختصر القدوري ص ٣٧٢ (الريان).



بَاب

الرجل يطلق أكثر من ثلاث ثم يستثنى منه



وإذا أوقع الرجل أكثر من ثلاث ثم [يستثنى] ، يجعل الاستثناء مما زاد على
 الثلاث] ، فالكلام كله صحيح ، والاستثناء عامل في جملة الكلام ، ولا يكون
 مستثنى من جملة الثلاث التي يصح وقوعها فيرفع المستثنى من جملة الكلام
 [ويوقع] ما بقي إن كان ثلاثاً أو أقل ؛ وذلك مثل أن يقول: أنت طالق عشرأ إلا
 تسعأ فيقع واحدة ، أو إلا ثمانياً فيقع اثنتان ، [أو] إلا سبعأ فيقع ثلاثاً ؛ وذلك لأن
 الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم ، والجملة قد تلفظ بها على وجه واحد ،
 ويدخل الاستثناء عليها ويسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما
 يصح وقوعه .





بَابُ الاستثناء من الاستثناء



قال أبو الحسن: وإذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة؛ وقعت واحدة؛ وذلك لأنه يجعل كل استثناء مما يليه، فإذا استثنى الواحدة من الثلاث بقيت اثنتان مستثناة^(١) من الثلاث فبقي واحدة، فكأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، (فإن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، فالواحدة مستثناة من اثنتين)^(٢)، فتبقى واحدة مستثناة من الثلاث، فتبقى اثنتان مستثناة من الثلاث فتبقى واحدة.

وكذلك إن قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً إلا ثمانية فاستثنى ثماني من تسع فتبقى واحدة واستثناها من العشرة، فكأنه قال: أنت طالق تسعاً فتطلق ثلاثاً، فإن قال: أنت طالق عشراً إلا تسعاً إلا واحدة فاستثنى الواحدة من تسع فتبقى ثمان يستثنيها من العشر فتبقى اثنتان.

وعلى هذا جميع هذا الوجه [يستثنى] كل عدد مما يليه، فإن شئت اعتبرته بضرب من [التقريب]^(٣)، فعقدت العدد الأول بيمينك، والثاني بيسارك، والثالث بيمينك، والرابع بيسارك، ثم أسقط مما اجتمع في يسارك بما في يمينك، فما بقي فهو الموقع.

(١) في أ (يستثنيهما).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (التصريف) والمثبت من أ.

بَابُ طلاق الغاية والضرب



قال أبو الحسن: وإذا قال لامرأته: أنتِ طالقٌ ما بين واحدة إلى ثلاث، أو من واحدة إلى ثلاث، فهي طالق اثنتين عند أبي حنيفة، يدخل الابتداء ولا تدخل الغاية، وقال زفر: لا يدخلان جميعاً، وهو القياس، وقال أبو يوسف ومحمد: يدخلان جميعاً (١).

لأبي حنيفة: أن الابتداء أصل الكلام، ألا ترى أنه لو سقط بقي الكلام بلا ابتداء، أو صار ما بعده ابتداء، فوجب إسقاطه فلا يبقى شيء فلم يبق إلا دخول الابتداء، وأما الغاية فتارة تدخل في الكلام، وتارة لا تدخل فلا يجوز دخولها بالشك.

وجه قول زفر: أن الابتداء إحدى الغائتين فلا يدخل كالانتهاء؛ فلأنه لو قال: بعثك ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط لم يدخل الحائطان، فدل على أن الابتداء والغاية يتساويان.

وجه قولهما: أن الغاية إحدى الطرفين [١/١٣٤] كالاتداء؛ ولأن ما وجد معه لفظ الإيقاع يقع إلا أن يخرج به باستثناء، ولأن الغاية تدخل فيما جعلت غاية له كالمرافق.

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث

(١) انظر: المبسوط، ص ٧٣٨ (الأفكار الدولية).

فهي واحدة ؛ لأنه لم يجعل الثلاث غاية ، وإنما أوقع ما بين العددين فتقع واحدة .
 وقال أبو حنيفة : إن نوى واحدة دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى ، يعني : في قوله : (من واحدة إلى ثلاث ؛ لأنه أخرج الغاية والابتداء ، وهذا يحتمله الكلام إلا أنه غير الظاهر .

وإن قال : أنتِ طالق من واحدة إلى أخرى ، أو من^(١) واحدة إلى واحدة فهي واحدة .

أما على أصل أبي حنيفة : فالابتداء يدخل والغاية تسقط فتقع واحدة .
 وأما على قولهما : فيدخلان جميعاً إلا أنه يحتمل أن يكون قوله : من واحدة إلى واحدة ، يعني منها وإليها ، فلا يقع أكثر من واحدة .

وقال زفر : لا يقع شيء ؛ لأن من أصله إسقاط الابتداء والغاية ، وإذا سقطا لم يبق بينهما شيء .

وأما إذا قال : من واحدة إلى اثنتين ، وقعت واحدة عند أبي حنيفة ؛ لأنه يسقط الغاية .

وقال أبو يوسف ومحمد : يقع اثنتان لأنه يحتمل أن تكون الواحدة داخلة في اثنتين ويحتمل أن يكون غيرها ، فلا يقع ما زاد على اثنتين بالشك .

وقال بشر : سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لامرأته : أنت طالق من اثنتين إلى اثنتين ، قال : هما اثنتان ؛ لأنه يحتمل أن يكون جعل الابتداء هو الغاية ،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

فكأنه قال: من اثنتين إليهما.

وقال أصحابنا: إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة في ثلاث أو في اثنتين وقع المضروب ولم يقع المضروب فيه، وقال زفر: يقع ما يقتضيه الضرب من العدد.

لنا: أن العدد لا يصح فيه الضرب حقيقة، وإنما يصح ذلك فيما له مساحة، وإنما تقدير الضرب كأنه قال: اثنتين ثلاث مرات ستة، وهذا يكون [بضم]^(١) عدد لم يذكر فلا يجوز إيقاع الطلاق به؛ ولأن ما دخل عليه حرف [الظرف]^(٢) في الطلاق إما أن يكون شرطاً أو لغواً.

أصله: قوله: أنت طالق في الدار، يلغو ذكر الدار، أو أنت طالق في دخولك الدار، [فيقع]^(٣) الطلاق بالدخول، وقد بطل أن يكون المضروب فيه شرطاً فبقي أن يكون لغواً.

وجه قول زفر: أن الأربع لها عبارتان: إحداهما: اثنتين في اثنتين، والأخرى: أربع، فذكر إحداهما كذكر الأخرى، [فأما إذا أراد بـ«في»: مع وقع]^(٤) العددان جميعاً إن كان ثلاثاً فما دونها وكانت مدخولاً بها؛ لأن أحد الحرفين يقوم مقام الآخر، قال الله تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩] أي: مع عبادي، فكأنه قال: أنت طالق: [ثنتين مع ثنتين]^{(٥)(٦)}.

(١) في ب (تضمين) والمثبت من أ.

(٢) العبارة في ب (حرف «في» في الطلاق) والمثبت من أ.

(٣) في ب (فيتعلق) والمثبت من أ.

(٤) غير مقروء في ب، والمثبت من أ.

(٥) في ب (اثنتين) والمثبت من أ.

(٦) انظر: التجريد، ١٠/٤٩٣٠/١٠ وما بعدها.

فهرس الموضوعات

- ٣٤ - كتاب البيوع ٥
- باب اللفظ الذي يقع به البيع ٧
- ١١٥٣ - مسألة: فسح البيع من المتعاقدين أو من أحدهما ٩
- باب قبول أحد المتبايعين بعض المبيع ١١
- ١١٥٤ - فصل: وراثه خيار المجلس ١٢
- ١١٥٥ - فصل: خيار القبول على المجلس أو الفور ١٢
- ١١٥٦ - فصل: تفريق البائع في الإيجاب ١٣
- ١١٥٧ - فصل: قبول المشتري من البائعين ١٣
- باب معرفة المبيع من الثمن ١٤
- ١١٥٨ - فصل: البيع ما وقع على جملة من العين مع القدرة على التسليم ١٥
- ١١٥٩ - فصل: الثمن هو الذي لم يتعين ١٦
- ١١٦٠ - فصل: ما يجوز بيعه قبل القبض وما لا يجوز ١٧
- ١١٦١ - فصل: بيع العقار قبل القبض ١٧
- ١١٦٢ - فصل: التصرف في الأثمان قبل القبض ١٨
- ١١٦٣ - فصل: هلاك المبيع قبل القبض ١٨
- ١١٦٤ - فصل: بيع ما ليس عند البائع ١٩
- ١١٦٥ - فصل: التعامل في بطلان جنس الثمن ١٩
- ١١٦٦ - فصل: ما لا يجوز أن يكون ثمنًا ٢٠
- ١١٦٧ - فصل: ذكر مكان التسليم في الأثمان ٢٠
- ١١٦٨ - فصل: التصرف في القرض قبل القبض ٢١
- باب قبض المبيع ٢٢
- ١١٦٩ - فصل: إحالة البائع على المشتري بالثمن ٢٣

- ١١٧٠ - فصل: ضمان البائع في المبيع ٢٣
- ١١٧١ - فصل: الابداء في دفع وقبض المتبايعين ٢٤
- ١١٧٢ - فصل: الامتناع من دفع الثمن إذا كان المبيع غائباً ٢٥
- ١١٧٣ - فصل: صيغة تسليم العين والثمن ٢٦
- ١١٧٤ - فصل: تسليم المبيع في تأجيل الثمن ٢٧
- ١١٧٥ - فصل: القبض في غياب المشتري وحلول الأجل ٢٧
- ١١٧٦ - فصل: التأجيل بالثمن سنة غير معينة ٢٧
- ١١٧٧ - فصل: ابتداء الأجل المطلق مع وجود خيار للمتبايعين ٢٨
- ١١٧٨ - فصل: إيداع البائع المبيع عند المشتري ٣٠
- ١١٧٩ - فصل: إعاره المشتري البائع المبيع ٣٠
- ١١٨٠ - فصل: الضمان في الجناية على المبيع ٣١
- ١١٨١ - فصل: القبض بالاستعمال أو الإعاره ٣١
- ١١٨٢ - فصل: أمر المشتري البائع بالعمل في المبيع ٣١
- ١١٨٣ - فصل: الضمان إذا كان المبيع في يد المشتري ٣٢
- ١١٨٤ - فصل: قول المشتري: كل الحنطة في هذه الغرائر ٣٣
- ١١٨٥ - فصل: القبض في العين والدين ٣٤
- ١١٨٦ - فصل: تسليم البائع المشتري مبيعاً متعلقاً بآخر ٣٥
- باب قبض المبيع بغير إذن البائع ٣٧
- ١١٨٧ - فصل: تصرف المشتري فيما قبضه بغير إذن البائع ٣٧
- ١١٨٨ - فصل: البائع وجد الثمن زيوفاً قبل قبض المشتري المبيع ٣٨
- ١١٨٩ - فصل: البائع وجد الدراهم ستوقه وقد كان قبض المشتري بأمر البائع ... ٣٩
- ١١٩٠ - فصل: تصرف المشتري في المبيع ببيع أو إجاره ٤١
- ١١٩١ - فصل: تجزئة الصفقة الواحدة ٤١
- ١١٩٢ - فصل: قبض المبيع من أحد المشتريين ٤٢
- ١١٩٣ - فصل: اختلاف البائع والمشتري في القبض ٤٤
- ١١٩٤ - فصل: فسخ البيع بإصابة المبيع ٤٤

- باب ما يفسد به البيع ٤٦
- ١١٩٥ - فصل: صفقتان في صفقة واحدة ٤٩
- ١١٩٦ - فصل: بيع الأوصاف والأتباع ٥٠
- ١١٩٧ - فصل: بيع ما لا يتبعض إلا بضرر ٥٠
- ١١٩٨ - فصل: البيع بثمن ثم الشراء بأقل مما باعه قبل القبض ٥١
- باب البيوع الفاسدة، وما يُملك فيها وما لا يُملك ٥٢
- ١١٩٩ - فصل: القبض بإذن البائع في البيوع الفاسدة ٥٢
- ١٢٠٠ - فصل: الملك بالقبض فيما كان العوض لا قيمة له ٥٣
- ١٢٠١ - فصل: البيع الفاسد من قبل الشرط الذي يدخل فيه ٥٤
- ١٢٠٢ - فصل: القبض بغير إذن البائع في البيع الفاسد ٥٥
- باب الشروط التي تُفسد البيع ٥٧
- ١٢٠٣ - فصل: اشتراط البائع كفيلاً بالثمن ٦٠
- ١٢٠٤ - فصل: اشتراط رهن معين في البيع ٦٢
- ١٢٠٥ - فصل: إلحاق الشروط المفسدة بالعقد الصحيح ٦٣
- باب تصرف المشتري في البيع الفاسد ٦٤
- ١٢٠٦ - فصل: حق الفسخ في البيع الفاسد ٦٥
- ١٢٠٧ - فصل: الفسخ في عمل المشتري في البيع الفاسد ٦٥
- ١٢٠٨ - فصل: الفسخ في زوال ملك المشتري في البيع الفاسد ٦٦
- ١٢٠٩ - فصل: الفسخ في بناء المشتري في الأرض المبيع بيعاً فاسداً ٦٧
- ١٢١٠ - فصل: الضمان في القبض بالبيع الفاسد ٦٨
- ١٢١١ - فصل: المرجع في القيمة من العاقدين ٦٩
- ١٢١٢ - فصل: المسمى في الإعتاق بعد القبض ٦٩
- ١٢١٣ - فصل: فسخ البيع الفاسد قبل القبض ٧٠
- ١٢١٤ - فصل: ظهور عيب في المبيع في يد المشتري ٧١
- ١٢١٥ - فصل: ظهور العيب في الجارية المبيعة ٧٢
- باب فساد البيع من جهة الأجل ٧٣

- ١٢١٦ - فصل: الأجل فيما إذا كان الثمن ديناً..... ٧٣
- باب العقد يقع على شيء فيصادف على خلافه ما يفسد منه وما لا يفسد ٧٦
- ١٢١٧ - فصل: وقوع بيع الثوب على صفة ووجد اللُّحْمَة على الشرط ٧٨
- ١٢١٨ - فصل: بيع الثوب على أنه أبيض فوجده مصبوغاً ٧٩
- ١٢١٩ - فصل: اختلاف الصفة التي تتفاوت فيها كثيراً ٧٩
- باب ما هو في حكم الشرط في الفساد مما يجوز برضا أحد المتبايعين ويفسد إذا لم
يرض ٨٢
- ١٢٢٠ - فصل: بيع ما يتفاوت بين أحادها تفاوتاً كثيراً ٨٤
- ١٢٢١ - فصل: بيع ما يختلف باختلاف المواضع ٨٥
- ١٢٢٢ - فصل: بيع ما فيه جهالة المبيع والثمن ٨٥
- ١٢٢٣ - فصل: بيع ما فيه جهالة خفيفة ٨٥
- ١٢٢٤ - فصل: بيع شيء بربح دة يازده، أو دة دوا زده ٨٦
- باب بيع السباع والهوام ٨٨
- ١٢٢٥ - فصل: بيع لحوم السباع ٨٩
- ١٢٢٦ - فصل: بيع جلود السباع والحمر ٩٠
- ١٢٢٧ - فصل: بيع جلد الإنسان والخنزير ٩١
- ١٢٢٨ - فصل: بيع شعر وعظم عامة الحيوان ٩٢
- ١٢٢٩ - فصل: الانتفاع بشعر بني آدم ٩٣
- ١٢٣٠ - فصل: الانتفاع بشعر الخنزير ٩٣
- ١٢٣١ - فصل: بيع هوام الأرض ٩٤
- ١٢٣٢ - فصل: بيع ما يعيش في البحر ٩٤
- ١٢٣٣ - فصل: بيع النحل ٩٥
- ١٢٣٤ - فصل: بيع دود القز ٩٦
- ١٢٣٥ - فصل: بيع الجوارح من الحيوان ٩٧
- ١٢٣٦ - فصل: بيع البراذين ٩٧
- ١٢٣٧ - فصل: بيع الشاة على أنها حلوب ٩٨

- ١٢٣٨ - فصل: بيع رجيع بني آدم ٩٩
- باب ما يحرم بيعه ، وما يدخل في معناه ١٠٢
- ١٢٣٩ - فصل: ذبح المحرم الصيد والحلال في الحرم ١٠٣
- ١٢٤٠ - فصل: ذبائح أهل الكتاب ١٠٤
- ١٢٤١ - فصل: ذبيحة من ترك التسمية عمداً ١٠٤
- ١٢٤٢ - فصل: بيع المكاتب والمدبر وأم الولد ١٠٥
- ١٢٤٣ - فصل: بيع ولد المدبرة وولد المكاتب ١٠٦
- ١٢٤٤ - فصل: الضمان في الجنائيات والغصوب ١٠٧
- ١٢٤٥ - فصل: بيع الرجل الماء والكلاء ١٠٨
- ١٢٤٦ - فصل ١٠٩
- ١٢٤٧ - فصل: بيع ذبيحة المجوسي ١٠٩
- ١٢٤٨ - فصل: بيع الأشربة المحرمة ١١٠
- باب العقد يقع على شيئين أحدهما لا يجوز البيع فيه ١١١
- ١٢٤٩ - فصل: مسألة الطوق ١١١
- ١٢٥٠ - فصل: حصول الفساد بسبب آخر ١١٢
- ١٢٥١ - فصل: فيمن باع شيئين فقبض أحدهما فقط ١١٢
- ١٢٥٢ - فصل: الفساد في الثمن يعم جميع المبيع ١١٣
- باب بيع الحمل وما في معناه ١١٤
- ١٢٥٣ - فصل: بيع الحنطة في سنبلها ١١٦
- ١٢٥٤ - فصل: الاستثناء مما لا يجوز العقد عليه ١١٧
- ١٢٥٥ - فصل: وجود لؤلؤة في سمكة أو دجاجة ١١٧
- باب المبيع قبل القبض ١١٨
- ١٢٥٦ - فصل: هبة أو رهن المبيع قبل القبض ١١٩
- ١٢٥٧ - فصل: هبة المشتري المبيع من البائع ١١٩
- ١٢٥٨ - فصل: العبارات المؤدية إلى نقض البيع ١٢٠
- ١٢٥٩ - فصل: وقوع العتق عن البائع ١٢٠

- ١٢٦٠ - فصل: ما يجوز التصرف فيه قبل القبض وما لا يجوز..... ١٢١
- ١٢٦١ - فصل: ما يجوز بيعه قبل القبض ١٢٢
- ١٢٦٢ - فصل: بيع المكيل والموزون قبل القبض ١٢٢
- ١٢٦٣ - فصل: قبض المكيل بغير كيل ثم بيعه ١٢٢
- ١٢٦٤ - فصل: البيع بكيل لا يعرف قدره..... ١٢٣
- ١٢٦٥ - فصل: التصرف في الثمن قبل القبض ١٢٣
- باب الاحتكار ١٢٤
- ١٢٦٦ - فصل: الجلب من رستاق المصر ١٢٦
- ١٢٦٧ - فصل: ما يعد حبسه حكراً..... ١٢٧
- باب بيع التَّلْجِئَةِ ١٢٨
- ١٢٦٨ - فصل: الخيار في بيع التلجئة ١٣٠
- ١٢٦٩ - فصل: الاتفاق بالإقرار ببيع لم يكن ١٣٠
- ١٢٧٠ - فصل: المتبايعان يدعي أحدهما التلجئة ١٣١
- باب بيع بيوت مكة ١٣٢
- ١٢٧١ - فصل: بيع أرض الخراج ١٣٣
- ١٢٧٢ - فصل: ملكية أرض القطيعة ١٣٤
- ١٢٧٣ - فصل: بيع الأرض المُحْيَاة ١٣٥
- ١٢٧٤ - فصل: بيع حوانيت السوق التي للسلطان ١٣٦
- باب بيع المُحْرَمِ الصيْدِ ١٣٧
- ١٢٧٥ - فصل: بيع صيد في الحرم ١٣٧
- ١٢٧٦ - فصل: بيع الحلال لحلال صيداً في الحرم ١٣٨
- ١٢٧٧ - فصل: توكيل محرم حلالاً ببيع صيد ١٣٨
- ١٢٧٨ - فصل: شراء حلالٍ من حلال صيداً ١٣٩
- باب تحريم بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها ١٤٠
- ١٢٧٩ - فصل: اشتراط الترك في العقد ١٤٠
- ١٢٨٠ - فصل: البيع المطلق بعد بدو الصلاح ١٤١

- ١٢٨١ - فصل: اشتراط الترك بعد التناهي ١٤١
- ١٢٨٢ - فصل: الترك على النخل بعد الشراء المطلق ١٤٢
- ١٢٨٣ - فصل: نتاج النخل والشجر في مدة الترك مرة أخرى ١٤٢
- ١٢٨٤ - فصل: الاختلاط بين الحادث والموجود من الثمرة ١٤٢
- ١٢٨٥ - فصل: الترك على الشجر وقد تناهى عظمها بغير رضا البائع ١٤٣
- ١٢٨٦ - فصل: شرط الترك في ثمرة قد بدا صلاح بعضها ١٤٣
- ١٢٨٧ - فصل: بيع ما يوجد من الثمر بعضه دون بعض ١٤٣
- ٣٥ أبواب الخِيَارِ ١٤٥
- ١٢٨٨ - فصل: شرط الخيار للعاقدين ١٤٦
- ١٢٨٩ - فصل: موت مَنْ له الخيار ١٤٦
- ١٢٩٠ - فصل: انتهاء مدة الخيار ١٤٧
- ١٢٩١ - فصل: إجازة من له الخيار بغير محضر من صاحبه ١٤٧
- ١٢٩٢ - فصل: هلاك السلعة في يد البائع قبل القبض ١٤٨
- ١٢٩٣ - فصل: حدوث عيب بالمبيع والخيار للبائع ١٤٩
- ١٢٩٤ - فصل: شرط الخيار أكثر من ثلاث ١٤٩
- ١٢٩٥ - فصل: تصحيح العقد الفاسد ١٥٠
- ١٢٩٦ - فصل: اشتراط الخيار مطلقاً ثم إسقاطه في الثلاثة ١٥١
- ١٢٩٧ - فصل: الخيار إلى قدوم فلان أو موته ١٥٢
- ١٢٩٨ - فصل: الخيار في السلعة أو في الثمن ١٥٣
- ١٢٩٩ - فصل: إلحاق الخيار بالعقد ١٥٣
- ١٣٠٠ - فصل: شرط الخيار إلى الغاية ١٥٤
- ١٣٠١ - فصل: الخيار أكثر من ثلاثة أيام ١٥٤
- ١٣٠٢ - فصل: ملكية المبيع أثناء خيار البائع ١٥٦
- ١٣٠٣ - فصل: ملكية المبيع أثناء خيار المشتري ١٥٦
- ١٣٠٤ - فصل: البيع بشيء في الذمة في شرط الخيار لنفسه ١٥٩
- ١٣٠٥ - فصل: إبراء البائع المشتري من الثمن ١٦٠

- ١٦١..... فصل: ما يسقط الخيار وما لا يسقطه ١٣٠٦
- ١٦٢ فصل: الخيار في حالة الرضا بالعيب ١٣٠٧
- ١٦٣ فصل: ما يبطل الخيار من الأفعال ١٣٠٨
- ١٦٤ فصل: الخيار في حال حدوث العيب بالسلعة ١٣٠٩
- ١٦٥ فصل: إصابة العيب في يد البائع والخيار له ١٣١٠
- ١٦٦ فصل: حدوث العيب في يد المشتري ١٣١١
- ١٦٦ فصل: الخيار في حال استعمال الدابة ١٣١٢
- ١٦٧ فصل: ما يدل عليه حلب الشاة من الرضا ١٣١٣
- ١٦٧ فصل: التصرفات الدالة على الرضا ١٣١٤
- ١٦٨ فصل: ركوب المشتري الدابة وسقيها أثناء الخيار ١٣١٥
- ١٦٩ فصل: المعاني المانعة من تمام الصفقة ١٣١٦
- ١٧٠ فصل: هلاك بعض المبيع في يد المشتري والخيار للبائع ١٣١٧
- ١٧١..... فصل: حدوث العيب في يد المشتري والخيار للبائع ١٣١٨
- ١٧١..... فصل: استهلاك المبيع في يد المشتري ١٣١٩
- ١٧٢ فصل: وقوع نتاج الشجر في يد المشتري والخيار له ١٣٢٠
- ١٧٣ فصل: العصير يصير خمراً قبل القبض ١٣٢١
- ١٧٣ فصل: العصير يصير خمراً بعد قبض المشتري والخيار له ١٣٢٢
- ١٧٤ فصل: العصير يصير خمراً في يد المشتري والخيار للبائع ١٣٢٣
- ١٧٥ فصل: ذميان تبايعا خمراً ثم أسلم المشتري قبل القبض ١٣٢٤
- ١٧٥ فصل: الخيار للبائع فأسلم ١٣٢٥
- ١٧٦ فصل: إسلام الذي له الخيار قبل التقابض ١٣٢٦
- ١٧٧ باب الرجل يبيع على غيره ويشترط الخيار ١٣٢٧
- ١٧٩ فصل: بيع المكاتب وشرط الخيار لنفسه ١٣٢٧
- ١٧٩ فصل: بيع المأذون وشرط الخيار له ١٣٢٨
- ١٨٠ فصل: شراء الرجل العبد وشرط الخيار لغيره ١٣٢٩
- ١٨٢ فصل: توكيل بالبيع مع اشتراط الخيار للأمر ١٣٣٠

- باب الرجل يشتري شيئين على أنه بالخيار في أحدهما ١٨٣
- ١٣٣١ - فصل: العقد بشرط الخيار وعدم اشتراط المدة ١٨٣
- ١٣٣٢ - فصل: تصرف المشتري تصرفاً يدل على الرضا ١٨٥
- ١٣٣٣ - فصل: تصرف المشتري في أحد المبيعين ١٨٥
- ١٣٣٤ - فصل: ما يلزم إذا مات العبدان معاً ١٨٦
- ١٣٣٥ - فصل: توريث خيار الشرط ١٨٧
- ١٣٣٦ - فصل: قطع الخيار في البيع الفاسد ١٨٧
- ١٣٣٧ - فصل: حدوث العيب في يد البائع والخيار للمشتري ١٨٨
- ١٣٣٨ - فصل: خيار البائع مثل خيار المشتري ١٨٩
- ١٣٣٩ - فصل: انتقال الملكية في خيار البائع ١٨٩
- ١٣٤٠ - فصل: شرط الخيار في أحد العبدان وسمى الثمن جملة ١٨٩
- ٣٦ - باب خيار الرؤية ١٩١
- ١٣٤١ - فصل: ما يبطل خيار الرؤية ١٩٣
- ١٣٤٢ - فصل: التصرف المانع من الفسخ ١٩٣
- ١٣٤٣ - فصل: منع المالك مع خيار الرؤية ١٩٥
- ١٣٤٤ - فصل: متى يكون الخيار للمشتري ؟ ١٩٥
- ١٣٤٥ - فصل: إجازة صاحب الخيار في بعض المبيع ١٩٦
- ١٣٤٦ - فصل: إجازة المشتري في البعض أثناء الخيار ١٩٧
- ١٣٤٧ - فصل: في العرض على البيع ١٩٧
- ١٣٤٨ - فصل: إجازة مالك الخيار مع غياب الآخر ١٩٧
- ١٣٤٩ - فصل: قبض من له الخيار بعد الرؤية ١٩٨
- ١٣٥٠ - فصل: الوكيل بالقبض قائم مقام الموكل ١٩٨
- باب ما يكون رؤية بعضه كرؤية كله في إبطال خيار الرؤية ٢٠١
- باب الخيار فيما اشترى وهو مغيب في الأرض ٢٠٤
- باب شراء الأعمى ٢٠٦
- باب الاختلاف في خيار الرؤية ٢٠٩

- ٢١٠ باب العيوب التي توجب الرد
- ٢١٢ باب العيوب
- ٢١٣ ١٣٥١ - فصل: مسك المشتري المبيع وأخذ الأرش
- ٢١٤ ١٣٥٢ - فصل: ردُّ بعض المُشترى إذا وجد الجميع مَعِيّاً
- ٢١٤ ١٣٥٣ - فصل: علم المشتري بالعيب قبل القبض
- ٢١٥ باب معرفة العيوب
- ٢١٩ ١٣٥٤ - فصل: استحقاق بعض المبيع قبل القبض
- ٢٢٠ باب ما يمنع الرد بالعيب
- ٢٢١ ١٣٥٥ - فصل: حدوث عيب عند المشتري لم يجب عليه بدل
- ٢٢٢ ١٣٥٦ - فصل: تصرف المشتري بالسلعة ما يخرجها عن ملكه
- ٢٢٣ ١٣٥٧ - فصل: طريقة تحديد الأرش
- ٢٢٤ باب ما يمنع الرجوع بالأرش وما لا يمنع
- ٢٢٥ ١٣٥٨ - فصل: الردُّ بعد أكل بعض الطعام
- ٢٢٦ ١٣٥٩ - فصل: العلم بالعيب بعد بيع بعض الطعام
- ٢٢٦ ١٣٦٠ - فصل: خروج المبيع من ملك المشتري بغير فعله
- ٢٢٧ ١٣٦١ - فصل: حصول الفسخ بعيب خروج السلعة من ملك المشتري
- ٢٢٨ ١٣٦٢ - فصل: ادعاء المشتري عيباً بالمبيع
- ٢٣١ ١٣٦٣ - فصل: من لم تلزمهم الخصومة في العقد، ومن لم تلزمهم
- ٢٣٢ ١٣٦٤ - فصل: مخاصمة الوكيل في العيب ورد المبيع بإقامة البينة
- ٢٣٤ باب البراءة من العيوب
- ٢٣٥ ١٣٦٥ - فصل: حدوث عيب المبيع قبل القبض
- ٢٣٦ ١٣٦٦ - فصل: في البيع بالبراءة من كل عيب به
- ٢٣٦ ١٣٦٧ - فصل: لو قال: على أني بريء من كلِّ فسمى ضرباً من العيوب
- ٢٣٦ ١٣٦٨ - فصل: دعوى المشتري حدوث عيب بإرادة إبطال العموم
- ٢٣٧ ١٣٦٩ - فصل: اختلاف المتبايعين في البراءة الخاصة
- ٢٣٧ ١٣٧٠ - فصل: إبراء البائع من كل غائلة

- ٢٣٩ باب بيع المكيل والموزون
- ٢٤٠ ١٣٧١ - فصل: جهالة المبيع والتمن في العقد
- ٢٤٠ ١٣٧٢ - فصل: خيار المشتري بعد الكيل والعلم بالقدر
- ٢٤٢ ١٣٧٣ - فصل: بيع المعدود والمختلف قيمته
- ٢٤٣ ١٣٧٤ - فصل: بيع أرض كل ذراع بدرهم
- ٢٤٥ باب بيع المرابحة
- ٢٤٦ ١٣٧٥ - فصل: رأس المال في البيع مرابحة
- ٢٤٧ ١٣٧٦ - فصل: قول البائع أبيعك هذا الثوب بربح درهم
- ٢٤٧ ١٣٧٧ - فصل: خيانة البائع في رأس مال المرابحة
- ٢٤٨ ١٣٧٨ - فصل: الخيار في حال هلاك المبيع عند المشتري
- ٢٤٨ ١٣٧٩ - فصل: الخيانة في التولية
- ٢٤٩ ١٣٨٠ - فصل: شراء الرجل سلعةً فحطَّ عنه بعض الثمن
- ١٣٨١ - فصل: شراء الثوب بعشرة وبيعه باثني عشر ثم شراؤه بعشرة وبيعه مرابحة
- ٢٥٠ باب ما يحدث في السلعة مما ينبغي أن يُبيَّنه المشتري أو لا يُبيَّنه
- ٢٥١ ١٣٨٢ - فصل: بيع المرابحة ممن لا تجوز شهادته له
- ٢٥٥ باب ما للمشتري أن يلزم البائع السلعة في بيع المرابحة
- ٢٥٧ باب الرجل يبيع ما اشتري مرابحة
- ٢٥٨ ١٣٨٣ - فصل: بيع أحد الثوبين مرابحة فيما أسلم فيها بعشرة
- ٢٦٠ باب بيع المواضع
- ٢٦١ باب الاستبراء
- ٢٦٧ ١٣٨٤ - فصل: الجمع بين الأختين في الوطاء بملك اليمين
- ٢٦٨ ١٣٨٥ - فصل: الاستبراء في حالة شراء الجارية ثم الإقالة قبل القبض
- ٢٦٩ ١٣٨٦ - فصل: الاستبراء في الشراء الذي فيه خيار الفسخ
- ٢٧٠ باب المبيع يحدث فيه النماء قبل القبض أو بعده
- ٢٧٢ ١٣٨٧ - فصل: ثمرة النخل فيما إذا اشتري النخل والأرض

- باب الزيادة في البيع ٢٧٤
- باب ما يكره من التفريق بين الرقيق ٢٨١
- باب الإقالة ٢٨٧
- باب بيوع أهل الذمة ٢٩٢
- ١٣٨٨ - فصل: إجبار الذمي ببيع العبد المسلم ٢٩٤
- ١٣٨٩ - قال الشيخ: ومن مسائل هذا الباب ٢٩٧
- باب اختلاف البائع والمشتري في المبيع ٢٩٨
- باب الرجل يبيع السلعة ثم يشتريها بأقل ممَّا باعها به ٣٠٥
- باب المبيع يجنى عليه قبل القبض ٣٠٩
- باب الربا ٣١٥
- ١٣٩٠ - فصل: القياس في الربا على الأنواع الستة ٣١٧
- ١٣٩١ - فصل: علة تحريم الربا ٣١٨
- ١٣٩٢ - فصل: بيع التمرة بالتمرتين ٣٢١
- ١٣٩٣ - فصل: العلة التي تتعلق بها الربا ٣٢١
- ١٣٩٤ - فصل: وجود الجنس مع عدم المعنى المضموم إليه ٣٢٢
- ١٣٩٥ - فصل: الاختلاف في جنس الأشياء ٣٢٣
- ٣٧ - باب السَّلْم ٣٢٦
- ١٣٩٦ - فصل: شرائط صحة السلم ٣٢٧
- ١٣٩٧ - فصل: أقل أجل السلم ٣٢٩
- ١٣٩٨ - فصل: اعتبار قدر رأس المال ٣٢٩
- ١٣٩٩ - فصل: دليل وجوب ذكر مكان القبض ٣٣٠
- ١٤٠٠ - فصل: مكان تسليم ما لا حمل ولا مؤونة له ٣٣١
- ١٤٠١ - مسألة: قبض رأس المال في السلم ٣٣١
- ١٤٠٢ - فصل: الافتراق قبل القبض ٣٣٢
- ١٤٠٣ - فصل: الخيار يثبت حكماً ٣٣٢
- ١٤٠٤ - فصل: الإحالة أو الحوالة برأس المال ٣٣٣

- ١٤٠٥ - مَسْأَلَة: إبراء المسلم إليه من رأس المال ٣٣٥
- ١٤٠٦ - فصل: أخذ شيء عوض رأس المال من غير جنسه ٣٣٦
- ١٤٠٧ - فصل: أخذ عوض المسلم فيه من غير جنسه ٣٣٦
- ١٤٠٨ - فصل: إبراء رب السلم المسلم إليه ٣٣٧
- ١٤٠٩ - مَسْأَلَة: الإقالة في عقد السلم ٣٣٧
- ١٤١٠ - فصل: الإقالة في البعض وأخذ البعض ٣٣٧
- ١٤١١ - فصل: ما لا يجوز أن يأخذ إذا تقايلا ٣٣٨
- ١٤١٢ - فصل: التصرف في رأس مال في السلم الفاسد ٣٣٩
- ١٤١٣ - مَسْأَلَة: السلم فيما لا يضبط مقداره ٣٣٩
- ١٤١٤ - فصل: السلم في الدراهم والدنانير ٣٤٠
- ١٤١٥ - فصل: السلم في الحيوان ٣٤٠
- ١٤١٦ - فصل: السلم فيما لا يعرف قدره من الأواني ٣٤١
- ١٤١٧ - مَسْأَلَة: السلم في اللين والطوايق ٣٤١
- ١٤١٨ - فصل: السلم في الحطب والقصب ٣٤٢
- ١٤١٩ - مَسْأَلَة: السلم في الجلود ٣٤٢
- ١٤٢٠ - مَسْأَلَة: السلم في الثياب والبسط ٣٤٢
- ١٤٢١ - فصل: ما يوزن من الثياب بوزن ٣٤٣
- ١٤٢٢ - فصل: البيع بمكيال غير معروف ٣٤٣
- ١٤٢٣ - مَسْأَلَة: السلم في شيئين مختلفي الصفة والجنس ٣٤٤
- ١٤٢٤ - مَسْأَلَة: السلم في طعام قرية بعينها مما ينقطع ٣٤٥
- ١٤٢٥ - مَسْأَلَة: وجود المسلم فيه مدة العقد ٣٤٥
- ١٤٢٦ - فصل: عدم قبض المسلم فيه أثناء المدة مع وجوده ٣٤٦
- ١٤٢٧ - مَسْأَلَة: السلم في المعدود الذي يتفاوت أحاده ٣٤٧
- ١٤٢٨ - مَسْأَلَة: السلم في دين ٣٤٧
- ١٤٢٩ - مَسْأَلَة: الافتراق بعد السلم ديناً وعيناً ٣٤٨
- ١٤٣٠ - مَسْأَلَة: السلم في مكيل بمكيل ٣٤٨



- ١٤٣١ - مسألة: السلم في الشحوم ٣٥١
- ١٤٣٢ - فصل: السلم في اللحم ٣٥١
- ١٤٣٣ - مسألة: السلم في السمك ٣٥٢
- باب السلم ينتقض فيه القبض بعد الافتراق ٣٥٤
- ١٤٣٤ - فصل: استبدال رأس المال المستحق في المجلس ٣٥٥
- ١٤٣٥ - فصل: إجازة المستحق القبض لرأس المال ٣٥٦
- ١٤٣٦ - فصل: رد بعض رأس المال لوجود الزيوف ٣٥٦
- ١٤٣٧ - فصل: الاختلاف في زيوف في بعض رأس المال ٣٥٨
- باب في قبض السلم ٣٥٩
- ١٤٣٨ - فصل: الضمان يصير قصاصاً عن السلم ٣٥٩
- ١٤٣٩ - فصل: الصور التي لا تكون قبضاً في السلم ٣٦١
- ١٤٤٠ - فصل: متى يصير القبض في السلم قبضاً ٣٦٣
- ١٤٤١ - مسألة: اشتراط القبض في موضع معين ٣٦٤
- ١٤٤٢ - فصل: التسليم دون المكان المشروط فيه ٣٦٥
- ١٤٤٣ - فصل: إعطاء الأجر إن أسلم دون المكان ٣٦٥
- باب اختلاف المتعاقدين في السلم ٣٦٧
- ١٤٤٤ - فصل: اختلاف المتعاقدين في أجل السلم ٣٦٩
- ١٤٤٥ - فصل: من يقبل قوله يكون مع اليمين ٣٧٠
- ١٤٤٦ - فصل: الاختلاف في مضيّ أجل السلم ٣٧١
- باب اختلافهما في رأس المال ٣٧٢
- ١٤٤٧ - فصل: الاختلاف في رأس المال ٣٧٤
- ٣٨ - كتاب النكاح ٣٧٥
- باب ذكر ما حرّم الله تعالى في كتابه ٣٨١
- ١٤٤٨ - فصل: زواج المعتدة ٣٩٤
- ١٤٤٩ - فصل: الزواج بالأمة أثناء عدة الحرة منه ٣٩٥
- ١٤٥٠ - فصل: الزواج بأخت أم ولده وأم الولد تعتد منه ٣٩٦

- ١٤٥١ - فصل: الزواج بالحامل من زنا ٣٩٨
- ١٤٥٢ - فصل: الزواج بامرأة مسلمة من دار الحرب ٣٩٩
- ١٤٥٣ - فصل: وطء الكافرة بنكاح أو بملك يمين ٤٠٠
- ١٤٥٤ - فصل: أنكحة الكفار بعضهم لبعض ٤٠١
- ١٤٥٥ - فصل: زواج الرجل أمة على حرة ٤٠٢
- ١٤٥٦ - فصل: زواج الرجل بملك يمينه ٤٠٣
- باب اللفظ الذي يقع به عقد النكاح ٤٠٦
- ١٤٥٧ - فصل: نكاح المتعة ٤٠٩
- ١٤٥٨ - فصل: حكم النكاح لمدة معلومة ٤١١
- ١٤٥٩ - فصل: قبول النكاح على المجلس ٤١٢
- ١٤٦٠ - فصل: حكم العقد إذا قال الزوج قد تزوجت فلانة بحضرة شاهدين ... ٤١٢
- ١٤٦١ - فصل: أثر الرسول والكتاب في عقد النكاح ٤١٣
- ١٤٦٢ - فصل: الشهادة على قول الزوجة وقول الرسول ٤١٤
- ١٤٦٣ - فصل: قول المرأة: قد تزوجت فلاناً في النكاح ٤١٤
- باب معرفة الأولياء ٤١٥
- ١٤٦٤ - فصل: ولاية الفاسق في النكاح ٤١٧
- ١٤٦٥ - فصل: الولاية في الأقرب والأقرب ٤١٧
- ١٤٦٦ - فصل: غياب الولي الأقرب غيبة منقطعة ٤١٨
- ١٤٦٧ - فصل: السلطان يقوم مقام الولي الغائب ٤١٨
- ١٤٦٨ - فصل: حدّ الغيبة المنقطعة ٤١٩
- ١٤٦٩ - مسألة: التقدم في اجتماع الأب والابن ٤٢٠
- ١٤٧٠ - فصل: تزويج المجنونة ٤٢١
- ١٤٧١ - فصل: الابن يزوّج المجنونة ٤٢١
- ١٤٧٢ - فصل: ولاية مولى النعمة ٤٢٢
- باب معرفة الشهود الذين ينعقد بحضورهم النكاح ٤٢٣
- ١٤٧٣ - فصل: نكاح السر ٤٢٤

- ٤٢٤ ١٤٧٤ - فصل : صفة شهود النكاح
- ٤٢٥ ١٤٧٥ - فصل : قبول شهادة الفاسق
- ٤٢٥ ١٤٧٦ - فصل : شهادة الأعمى في النكاح
- ٤٢٦ ١٤٧٧ - فصل : شهادة المحدود في قذف
- ٤٢٦ ١٤٧٨ - فصل : شهادة العبيد في النكاح
- ٤٢٦ ١٤٧٩ - فصل : نكاح المسلمين بشهادة الكفار
- ٤٢٦ ١٤٨٠ - فصل : النكاح بشهادة الصبيان والمجانين
- ٤٢٦ ١٤٨١ - فصل : نكاح الكفار بشهادة الكفار
- ٤٢٧ ١٤٨٢ - مسألة : زواج المسلم الذمية بشهادة ذميين
- ٤٢٧ ١٤٨٣ - مسألة : النكاح بشهادة النساء
- ٤٢٨ ١٤٨٤ - فصل : سماع الشهود كلام العاقلين
- ٤٢٨ ١٤٨٥ - فصل : اعتبار الشهادة في العقد
- ٤٢٩ باب ما يصح به عقد النكاح
- ٤٢٩ ١٤٨٦ - فصل : تولي البالغة العاقلة نكاح نفسها
- ٤٣١ ١٤٨٧ - فصل : إذن الولي للمرأة في النكاح
- ٤٣٢ ١٤٨٨ - فصل
- ٤٣٢ ١٤٨٩ - فصل : امتناع الولي من إجازة من زوجت نفسها
- ٤٣٣ ١٤٩٠ - فصل : فسخ الأولياء لنكاح من زوجت نفسها
- ٤٣٣ ١٤٩١ - فصل : اعتراض الأولياء إذا قصرت عن مهر مثلها
- ٤٣٤ ١٤٩٢ - فصل : إكراه العاقلة البالغة على النكاح
- ٤٣٤ ١٤٩٣ - مسألة : تزويج البالغة بغير أمرها
- ٤٣٦ ١٤٩٤ - فصل : البكاء من دلالة الرضا
- ٤٣٦ ١٤٩٥ - فصل : السكوت من دلالة الرضا
- ٤٣٦ ١٤٩٦ - فصل : استثمار البكر في الابتداء
- ٤٣٧ ١٤٩٧ - مسألة : القول في دعوى الإذن والرضا
- ٤٣٨ ١٤٩٨ - فصل : الرد بعد بلوغ العقد

- ٤٣٨ فصل: الاختلاف في دعوى الإذن ١٤٩٩
- ٤٤٢ باب ما جاء في جواز النكاح على الصغير
- ٤٤٣ فصل: الولي يتولى تزويج الثيب الصغيرة ١٥٠٠
- ٤٤٣ فصل: الخيار في الزواج إذا بلغت الصغيرة ١٥٠١
- ٤٤٣ فصل: الصغيرة يزوجه غير الأب ١٥٠٢
- ٤٤٤ فصل: الخيار بعد البلوغ إذا زوجه غير الأب ١٥٠٣
- ٤٤٥ فصل: خيار الصغيرة إذا زوجه القاضي ١٥٠٤
- ٤٤٦ فصل: خيار الصغير والصغيرة بعد البلوغ إذا زوجهما العم ١٥٠٥
- ٤٤٦ فصل: الفُرقة بعد تمام العقد لمعنى في المعقود عليه ١٥٠٦
- ٤٤٧ فصل: هل الفرقة طلاق؟ ١٥٠٧
- ٤٤٧ فصل: المهر إذا وقعت الفرقة قبل الدخول ١٥٠٨
- ٤٤٨ باب معرفة البكر
- ٤٤٩ فصل: زوال البكارة بالوثبة أو الجنابة ١٥٠٩
- ٤٥٠ باب معرفة الأكفاء
- ٤٥١ فصل: شرائط الكفاءة ١٥١٠
- ٤٥٣ فصل: الكفاءة في إسلام الآباء ١٥١١
- ٤٥٣ فصل: الكفاءة في الصناعة ١٥١٢
- ٤٥٣ فصل: زواج المرأة نفسها بغير كفاء ١٥١٣
- ٤٥٤ فصل: هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم؟ ١٥١٤
- ٤٥٦ باب الوكالة في النكاح
- ٤٥٦ فصل: الشهادة في التوكيل بالنكاح ١٥١٥
- ٤٥٨ فصل: مخاطبة اثنين بوكالتين ١٥١٦
- ٤٥٩ فصل: تولي طرفي العقد ١٥١٧
- ٤٦٠ فصل: مطالبة الوكيل والولي بحقوق العقد ١٥١٨
- ٤٦٠ فصل: تزويج الرجل رجلاً امرأة بغير أمره ١٥١٩
- ٤٦١ فصل: أوجه العاقد لغيره في الفسخ ١٥٢٠



- ٤٦٣ باب المهور
- ٤٦٣ ١٥٢١ - فصل: تقدير المهر
- ٤٦٤ ١٥٢٢ - فصل: ثبوت مهر المثل
- ٤٦٤ ١٥٢٣ - فصل: تسمية ما هو مال وما ليس بمال في العقد
- ٤٦٥ ١٥٢٤ - فصل: تسمية ما لا يحل تملكه في العقد
- ٤٦٦ ١٥٢٥ - فصل: تسمية ما يحل وما لا يحل في العقد
- ٤٦٦ ١٥٢٦ - فصل: فرق القيمة في المهر
- ٤٦٨ ١٥٢٧ - مسألة: انعقاد نكاح الشغار
- ٤٧٠ باب المهر يدخله الجهالة ما يصح منه مع ذلك وما لا يصح
- ٤٧١ ١٥٢٨ - فصل: صحة التسمية في المهر
- ٤٧١ ١٥٢٩ - فصل: المسمى معلوم الجنس والصفة ويصح كونه ثمناً
- ٤٧٣ ١٥٣٠ - فصل: تسمية المهر بأحد شيئين معينين
- ٤٧٥ ١٥٣١ - فصل: الزواج على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي
- ٤٧٦ ١٥٣٢ - فصل: الزواج على ما يكتسب العام أو يرث
- ٤٧٦ ١٥٣٣ - فصل: الزواج على بيت وخادم
- ٤٧٧ ١٥٣٤ - فصل: الصلح على معين مع الزوج
- ٤٧٨ باب الرجل يتزوج على مهر فيوجد خلاف ما سمي
- ٤٧٩ ١٥٣٥ - فصل: الزواج على عبيدين فإذا أحدهما حرّ
- ٤٨٠ ١٥٣٦ - فصل: فيمن تزوج على حلال وحرام
- ٤٨١ باب الرجل يتزوج على مهرين لكل واحد منهما شرط غير شرط صاحبه
- ٤٨٢ ١٥٣٧ - فصل: إلزام الوفاء بما شرط الزوج
- ٤٨٣ باب المرأة تمنع نفسها بمهرها
- ٤٨٣ ١٥٣٨ - فصل: خروج المرأة لزيارة أهلها قبل دفع مهرها
- ٤٨٣ ١٥٣٩ - فصل: منع الزوجة من الزيادة بعد دفع المهر
- ٤٨٤ ١٥٤٠ - فصل: منع المرأة نفسها إذا لم تستوف المهر كاملاً
- ٤٨٤ ١٥٤١ - فصل: منع نفسها بالمهر المؤجل

- ٤٨٥ فصل: منع نفسها إذا أجل وشَرَطَ أن يدخل بها ١٥٤٢
- ٤٨٥ فصل: منع المرأة نفسها بعد الدخول ١٥٤٣
- ٤٨٦ فصل: في منع نفسها إذا ما أخرت الحال ١٥٤٤
- ٤٨٧ فصل: منع نفسها إذا وجدت المهر زيوفاً ١٥٤٥
- ٤٨٨ باب اختلاف الزوجين في المهر
- ٤٩٠ فصل: تقديم إحدى البيئتين ١٥٤٦
- ٤٩٠ فصل: القول في اختلاف الزوجين في عين المهر ١٥٤٧
- ٤٩٠ فصل: المهر إذا طَلَّقها قبل الدخول ١٥٤٨
- ٤٩١ فصل: الاختلاف في قيمة ما كان القول قول الزوج فيه ١٥٤٩
- ٤٩١ فصل: القول في اختلاف المهر بالجنس والصفة ١٥٥٠
- ٤٩٣ باب المهر يزيد أو ينقص في يد الزوج أو في يد المرأة
- ٤٩٤ فصل: الزيادة بالمهر في يد المرأة ١٥٥١
- ٤٩٥ فصل: ارتداد المرأة بعد حصول الزيادة في المهر ١٥٥٢
- ٤٩٥ فصل: أثر الفسخ في الزيادة المتصلة ١٥٥٣
- ٤٩٦ فصل: هلاك الزيادة بيد الزوج ١٥٥٤
- ٤٩٦ فصل: حدوث الزيادة في يد المرأة بعد الطلاق ١٥٥٥
- ٤٩٧ فصل: حصول الكسب بيد المرأة وطلاقها قبل الدخول ١٥٥٦
- ٤٩٧ فصل: حصول النقصان في المهر ١٥٥٧
- ٤٩٩ فصل: النقص الحادث بالمهر في يد المرأة ١٥٥٨
- ٥٠٢ باب نكاح السمعة
- ٥٠٣ فصل: الاتفاق بالإقرار بعقد لم يكن ١٥٥٩
- ٥٠٣ فصل: الزواج بمهر في الباطن ثم إظهار خلافه في العلن ١٥٦٠
- ٥٠٤ باب نكاح العبيد
- ٥٠٥ فصل: نكاح المولى لإمائه ١٥٦١
- ٥٠٦ فصل: ملكية مهر الأمة ١٥٦٢
- ٥٠٦ فصل: تحصيل المهر من العبيد ١٥٦٣

- ١٥٦٤ - فصل: المهر دين ٥٠٧
- ١٥٦٥ - فصل: تزويج العبيد بالولاية ٥٠٧
- ١٥٦٦ - فصل: تزويج العبد والأمة بغير إذن المولى ٥٠٨
- ١٥٦٧ - فصل: زواج الأمة بغير إذن المولى ٥٠٩
- ١٥٦٨ - فصل: زواج العبد أو الأمة بغير إذن المولى فاعتقا ٥١١
- ١٥٦٩ - فصل: اقتضاء إذن المولى لعبدته بالزواج ٥١٢
- ١٥٧٠ - فصل ٥١٢
- ١٥٧١ - فصل: المهر إذا تزوج نكاحاً فاسداً ٥١٣
- ١٥٧٢ - فصل ٥١٣
- ١٥٧٣ - فصل: نكاح الأمة على الحرة ٥١٤
- ١٥٧٤ - فصل: عتق الأمة بعد النكاح ٥١٤
- ١٥٧٥ - فصل: المكاتبه إذا تزوجت بإذن المولى ٥١٦
- ١٥٧٦ - فصل: في الرق إذا طرأ على النكاح ثم أعتقت ٥١٦
- ١٥٧٧ - فصل: خيار المخيرة في المجلس ٥١٧
- ١٥٧٨ - فصل: الفرقة التي لا تكون طلاقاً ٥١٧
- باب نكاح أهل الذمة ٥١٨
- ١٥٧٩ - فصل: زواج الذمي ذمية أثناء عدتها ٥١٩
- ١٥٨٠ - فصل: نكاح ذوات المحارم ٥٢٠
- ١٥٨١ - فصل: الفرقة إذا رضي أحدهم بحكمنا ٥٢١
- ١٥٨٢ - فصل: إقامة الذمي مع مطلقة ثلاثاً ٥٢١
- ١٥٨٣ - فصل: زواج الذمي بلا مهر ٥٢١
- ١٥٨٤ - فصل: الزواج على ميتة أو بغير شيء ٥٢٢
- ١٥٨٥ - فصل: نكاح أهل الذمة فيما اختلفت شرائعهم ٥٢٤
- ١٥٨٦ - فصل: الفرقة في إسلام أحد الذميين ٥٢٤
- ١٥٨٧ - فصل: الفرقة في إسلام أحد الزوجين بدار الحرب ٥٢٥
- ١٥٨٨ - فصل: التفريق بين الزوجين إذا أبت المرأة الإسلام ٥٢٥

- ١٥٨٩ - فصل: أثر الردة في الفرقة ٥٢٦
- ١٥٩٠ - فصل: أثر الفرقة في بقاء النكاح ٥٢٦
- باب المهر الذي يجوز بين أهل الذمة ٥٢٧
- ١٥٩١ - فصل: القيمة في المهر إذا تعذر التسليم ٥٢٨
- ١٥٩٢ - فصل: قبض المهر المحرم ٥٢٨
- باب نكاح أهل الحرب ٥٢٩
- ١٥٩٣ - فصل: زواج الكافر بخمس نسوة أو بأختين ثم يسلم ٥٢٩
- ١٥٩٤ - فصل: استرقاق الحربي بعد زواجه بأربع نسوة ٥٣٠
- ١٥٩٥ - مسألة: الفرقة في اختلاف الدارين ٥٣٠
- ١٥٩٦ - فصل: العدة إذا خرجت الزوجة ٥٣١
- ١٥٩٧ - فصل: العدة إذا خرج الزوج ٥٣١
- ١٥٩٨ - فصل: الفرقة إذا خرج أحدهما ذميًا ٥٣١
- ١٥٩٩ - فصل: الفرقة في وقوع السبي على الزوجين أو أحدهما ٥٣١
- ١٦٠٠ - فصل: سبي أحد الزوجين ٥٣٢
- ١٦٠١ - فصل: العدة على المسيبة ٥٣٢
- ١٦٠٢ - مسألة: حال وقوع البينونة في الردة ٥٣٢
- ١٦٠٣ - فصل: الفرقة في ارتداد الزوجين معاً ٥٣٢
- ١٦٠٤ - فصل: الفرقة في حال انتقال الكتابي إلى دين آخر ٥٣٣
- باب القسّم ٥٣٤
- ١٦٠٥ - فصل: القسّم في الكتابية ٥٣٥
- ١٦٠٦ - فصل: القسّم في الحرة والأمة ٥٣٥
- ٣٩ - كتاب الطلاق ٥٣٧
- ١٦٠٧ - فصل: طلاق المدخول بها التي لم تحض ٥٤٢
- ١٦٠٨ - فصل: طلاق الصغيرة ثم أراد تطليقها للسنة ٥٤٢
- ١٦٠٩ - فصل: طلاق الحامل للسنة ٥٤٣
- ١٦١٠ - فصل: تساوي النساء في محل الطلاق والمنع من جمعه ٥٤٤

- ١٦١١ - فصل: طلاق الأمة وعِدَّتِهَا ٥٤٤
- ١٦١٢ - فصل: طلاق المرأة التي تحيض ثلاثاً للسنة ٥٤٥
- ١٦١٣ - فصل: عدة الحامل المطلقة أو المتوفى عنها زوجها ٥٤٥
- ١٦١٤ - فصل: الطلقة الثانية في المراجعة في طهر واحد ٥٤٦
- ١٦١٥ - فصل: الطلقة الثانية للصغيرة إذا حاضت وطهرت بعد الأولى وقبل
مضي الشهر ٥٤٨
- باب اللفظ الذي يقع به طلاق السنة ٥٥٠
- باب ما يقع من ذلك مجتمعاً أو متفرقاً بالنية ٥٥٣
- باب طلاق غير المدخول بها ٥٥٥
- نوع آخر من الطلاق قبل الدخول ٥٦٠
- قول الرجل لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة قبل واحدة ٥٦٣
- باب الطلاق الرجعي والبائن ٥٦٥
- ١٦١٦ - فصل: قول الزوج: أنت أطلق من امرأة فلان المطلقة ٥٦٦
- ١٦١٧ - فصل: قول الرجل: يا مطلقة ٥٦٨
- ١٦١٨ - فصل: في قول الرجل: عنيت الأول في قوله: أنت طالق طالق ٥٦٩
- ١٦١٩ - فصل: السراح والفراق من الكناية ٥٧٠
- ١٦٢٠ - فصل: وقوع الطلاق بالكنايات ٥٧٢
- ١٦٢١ - فصل: تأثير دلالة الحال في وقوع الطلاق بالكنايات ٥٧٢
- ١٦٢٢ - فصل: أقسام الكنايات في الطلاق ٥٧٤
- ١٦٢٣ - فصل: اختيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ ٥٧٩
- ١٦٢٤ - فصل: كتاب طلاق الزوجة في كتاب على وجه الاستبانة ٥٨٠
- ٤٠ - باب الرجعة ٥٨٣
- ١٦٢٥ - فصل: العدة في حال بقاء عضو في الاغتسال ٥٨٥
- ١٦٢٦ - فصل: المراجعة بالشهود ٥٨٦
- ١٦٢٧ - فصل: في تعليق الرجعة ٥٩١
- باب تشبيه الطلاق بماله عددٌ أو لا عدد له ٥٩٣

- باب المطلقة تطلق في العدة. ٥٩٦
- باب الطلاق بالفارسية. ٦٠٠
- باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها. ٦٠٣
- ١٦٢٨ - فصل: قول الرجل: أمرك بيدك متى شئت ٦٠٧
- ١٦٢٩ - فصل: اختيار المرأة الزوج في المجلس ٦٠٨
- ١٦٣٠ - فصل: قول المرأة: أنت عليّ حرام في جواب قول الزوج أمرك بيدك ٦٠٨
- ٤١ - باب الخِيار ٦١١
- ١٦٣١ - فصل: الطلاق في حال اختيار نفسها إذا خيرها الزوج ٦١٢
- باب الطلاق بالمشيئة ٦١٤
- ١٦٣٢ - فصل: قول الزوج: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت ٦١٦
- ١٦٣٣ - فصل: قول الزوج: طلقي نفسك ٦١٧
- باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها مؤقتاً ٦١٩
- ١٦٣٤ - فصل: الخيار متعلق بالوقت ، سواء علمت أو لم تعلم ٦٢٠
- ١٦٣٥ - فصل: قول الرجل: إذا قدم فلان فأمرك بيدك يوماً ٦٢٠
- ١٦٣٦ - فصل: الخيار متعلق بالشرط كالموقع عقبيه ٦٢٠
- ١٦٣٧ - فصل: قول الرجل: أمرك بيدك هذا اليوم ٦٢١
- ١٦٣٨ - فصل: قول الرجل: أمرك بيدك إلى رأس الشهر ٦٢١
- ١٦٣٩ - فصل: قول المرأة: اخترت زوجي ٦٢١
- ١٦٤٠ - فصل: قول الرجل: أمرك بيدك اليوم ، وأمرك بيدك غداً ٦٢٣
- ١٦٤١ - فصل: قول الرجل: أمرك بيدك هذه السنة ٦٢٣
- ١٦٤٢ - فصل: عدم اختيار المرأة نفسها ولكنها طُلقت طُلقة ٦٢٤
- باب الطلاق الذي يوقع أو يعقد عليه في ملك أو في غير ملك. ٦٢٥
- ١٦٤٣ - فصل: إيقاع الطلاق قبل الزواج ٦٢٥
- ١٦٤٤ - فصل: إضافة وقوع الطلاق إلى الملك ٦٢٦
- ١٦٤٥ - فصل: وقوع الطلاق على الإرسال ٦٢٧
- ١٦٤٦ - فصل: اعتبار حال الوقوع إذا عقد في الملك ٦٢٧

- ٦٢٨ فصل: تعليق الطلاق بشرطين
- ٦٢٩ فصل: الحلف بالظهار والإيلاء
- ٦٢٩ فصل: قول الرجل: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت عمرأ
- ٦٣١ باب الرجل يطلق امرأته بعض تطليقة أو يوقع الطلاق على بعضها
- ٦٣٢ فصل: تبعض الطلاق
- ٦٣٢ فصل: في تقسيم الطلاق بين نسائه
- ٦٣٤ باب الاستثناء في الطلاق وغيره
- ٦٣٦ فصل: رفع الاستثناء الحكم في الطلاق والعتاق
- ٦٣٧ فصل: تقديم الاستثناء على الطلاق
- ٦٣٨ فصل: تقديم الطلاق على الاستثناء
- ٦٤١ باب الرجل يوقع من الطلاق عدداً ثم يستثني بعضه
- ٦٤٤ باب الرجل يطلق أكثر من ثلاث ثم يستثني منه
- ٦٤٥ باب الاستثناء من الاستثناء
- ٦٤٦ باب طلاق الغاية والضرب
- ٦٤٩ فهرس الموضوعات



أَبْنُفَيْسُ
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

مَجْمَعُ الْكُتُبِ
مَجْمَعُ الْكُتُبِ

تَأَلَّفُ
أَبِي الْحُسَيْنِ الْقُدُورِيِّ
أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ الْبَغْدَادِيِّ الْحَنْفِيِّ
(٤٢٨ هـ)

تَحْقِيقُ
د. عَبْدَ اللَّهِ نَذِيرًا أَحْمَدَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ
عَضُوهُنِيَّةَ التَّدْرِيسِ بِجَامِعَةِ الْمَلِكِ عَبْدِ الْعَزِيزِ

الْجُزْءُ الرَّابِعُ

شع

مختصر الكافي

حُقوقُ الطَّبَعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبَعَةُ الثَّانِيَّةُ

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

السَّيِّدُ

لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ

دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيْعِ

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثني - مجمع البديري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦

فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول، تلقون، ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلقون، ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

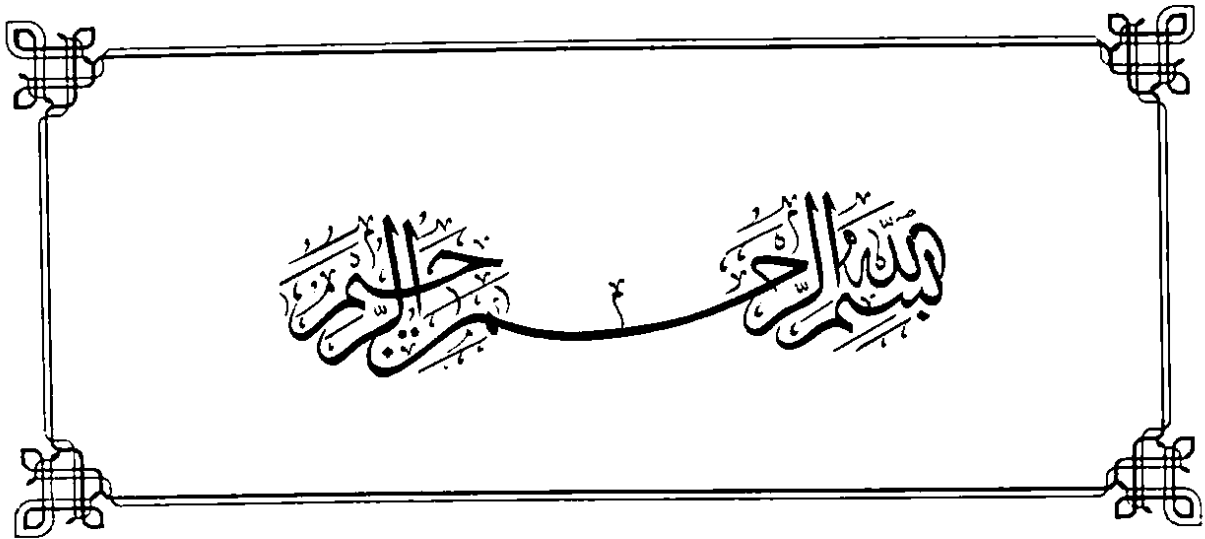
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨

الخط الساخن: جوال، ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

✉ z.zahby74@yahoo.com



imamzahby



1

بَابُ طَلَاقِ الْمَكْرَهِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

—•••••—

قال أصحابنا: طلاق المكره واقع^(١)، وقال الشافعي: لا يقع^(٢).

لنا: ما ذكره محمد بإسناده: أن امرأة اغتفلت زوجها وجلست على صدره^(٣) ومعها شفرة، وقالت: لَتَطَلَّقَنِي ثَلَاثًا [أَوْ لَأَنْفِذَنَّهُ]^(٤)، فناشدها الله ألا تفعلي، فأبت، فطلقها ثلاثاً، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال: «لا قبلولة في الطلاق»^(٥)؛ ولأنه [أه: ١٣٤ - بد: ١٣٤] قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالهازل ومن شرط [له] الخيار، ولأنه معنى يقع به الفرقة فاستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع.

فإذا ثبت هذا، قال أصحابنا: كل ما يصح فيه شرط الخيار فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة، (وما لا يصح)^(٦) شرط الخيار فيه فلا يؤثر فيه الإكراه

(١) انظر: مختصر القدوري، ص ٣٦٦.

(٢) قال الشافعي: «وكل مكره ومغلوب على عقله، فلا يلحقه الطلاق». مختصر المزني ص ١٩٤؛ وفي المنهاج: «ولا يقطع طلاق المكره» ص ٤١٦.

(٣) في ب (ظهره) والمثبت من أ.

(٤) في ب (لا تعدن) والمثبت من أ.

(٥) قال ابن حجر في التلخيص: «ذكره ابن أبي حاتم في العلل عن أبي زرعة، وإنه وإه جدًا». ٢/٢١٧؛ وأخرجه العقيلي في الضعفاء من حديث صفوان الأصم. ونقل عن البخاري في صفوان «منكر الحديث» ٢/٢١١؛ كما قال ابن حجر في الدراية، ٢/٦٩.

(٦) في أ هنا (وما لا يؤثر فيه).

كالنكاح والعتاق .

١٦٥٥ . [فصل: طلاق السكران]

قال أصحابنا: طلاق السكران من الخمر والنبيد واقع ، وكان أبو الحسن يختار أنه لا يقع ، وهو قول الطحاوي ، وأحد قولي الشافعي^(١) .

لنا: أن السكران مكلف ؛ بدلالة أنه يلزمه الحد بالقذف والقود [بالقتل]^(٢) ، وطلاق المكلف يقع كغير السكران .

وأما أبو الحسن فقال: إن زوال العقل بالنبيد كزواله بالبنج والدواء ، وقد قالوا: إن ذلك يمنع من وقوع الطلاق .

وفرق أصحابنا بينهما: [بأن المبتج]^(٣) ليس له حكم التكليف ، والسكران له حكم التكليف ، ولأن (الغالب أن الإنسان لا يشرب البنج ويظهر زوال العقل مع بقاءه)^(٤) ، والغالب أن الإنسان يشرب الشراب [ويظهر أنه سكران]^(٥) وليس بسكران ؛ [فلذلك]^(٦) أوقعوا في أحدهما دون الآخر ؛ ولأن السكر يحصل [في الغالب بسبب معصية]^(٧) فعوقب بجريان الأحكام عليه ، وليس الغالب من شرب

(١) «والصحيح: أنه يقع طلاقه على المذهب» ، كما قال النووي في الروضة ٢٣/٨ . انظر: مختصر المزني ص ١٩٤ ؛ المذهب ٤/٢٧٨ .

(٢) في ب (بالفعل) والمثبت من أ .

(٣) في ب (لأن البنج) والمثبت من أ .

(٤) ما بين القوسين سقطة من أ .

(٥) في ب (السكر) والمثبت من أ .

(٦) في ب (فكذلك) والمثبت من أ .

(٧) في الأصل (بسبب في الغالب معصية) والمثبت أوضح



البنج قصد المعصية [فلذلك] (١) لم يبق التكليف .

وقد قالوا في المُكْرَه على الشرب: ومن شرب الخمر عند الضرورة فسُكِرَ أن طلاقه يقع ؛ لأن زوال العقل حصل بلذة ، فهو كمن شرب طائِعاً .

وقال محمد: فيمن شرب النبيذ فلم يزل عقله [منه] ولكن صدع فزال عقله بالصداع: إن طلاقه لا يقع ؛ لأن ذلك لم يحصل بسبب هو لذة .

قال: وكذلك اللاعب بالطلاق والهازل به ، وذلك لما ذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق قال: وقد جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من طلق لاعباً جاز منه ذلك» (٢).

واحتج أبو يوسف في هذا فقال: حدثنا محمد بن إسحاق عن يزيد ابن عبد الله عن سعيد بن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب: إنها أمور [مقفلات] (٣)؛ الجدّ والهزل فيهن سواء: الطلاق، والعتاق، والنكاح .

وقال أبو يوسف عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن أبي الدرداء أنه قال: من لعب بطلاق أو عتاق لزمه .

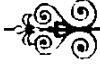
قال: وإن هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ (٤) [البقرة: ٢٣١] قال: وكذلك الرجل يريد غير الطلاق فيسبقه لسانه بالطلاق ، فالطلاق

(١) في ب (فكذلك) والمثبت من أ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، ١٣٣/٦ ؛ والطبراني في الكبير ، ٣٤٣/٩ بلفظ: «من طلق لاعباً أو نكح لاعباً فقد جاز» .

(٣) في ب (مقولات) والمثبت من أ . وفي شرح سنن ابن ماجه (معضلات) ١٤٧/١ .

(٤) انظر تفسير الآية: تفسير ابن عطية ، ص ٢٠٥ .



له لازم، وكذلك العتاق؛ وذلك لأن القصد إذا لم يعتبر فيه فيسبق اللسان، إنما عدم فيه القصد فيقع.

قال أبو الحسن: وفي سبق اللسان اختلاف رواية في العتاق والذي هاهنا أحبُّ إليّ، وإنما عنى بذلك أن هشاماً روى عن محمد عن أبي حنيفة: أن من أراد أن يقول لامرأته: اسقيني ماء! فقال: أنت طالق، وقع، ولو أراد ذلك في العبد فقال: أنت حرٌّ، لم يقع، وروى بشر [١/١٣٥] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنهما يتساويان، وهو الصحيح.

وجه رواية هشام: أن المرأة تملك بضعها لسبب يستوي فيه القصد وعدم القصد، فزوال الملك عنه لا يختلف فيه القصد وعدمه، فأما العبد فالسبب الذي يملك به يختلف فيه القصد وعدمه، فجاز أن يختلف في زوال الملك عنه القصد وعدمه^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/٥؛ التجريد ٤٩١٢/١٠ وما بعدها.




بَابُ

الرجل يطلق إحدى امرأته بغير عينها



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا قال الرجل لنسوة [له]: إحدانك طالق، طَلَّقَتْ واحدةً منهن بغير عينها إذا لم يكن له نية في واحدة بعينها.

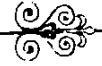
والأصل في جواز الطلاق في المجهولة خلاف ما قاله ما في القياس: قوله : «كل طلاق جائز»^(١)؛ ولأن الطلاق يتعلق بالأخطار، والخطر والجهالة أُجريا مجرىً واحداً في العقود بدلالة أنهما ينفيان البيع، فإذا لم يمنع أحدهما الطلاق، كذلك الآخر، ولأن البيع مع ضعفه يصح مع هذا الضرب من الجهالة، ألا ترى أن من باع قفيزاً من صبرة غير معين انعقد البيع، فلأن يصح ذلك في الطلاق أولى، ثم اختلف أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يقال [له]: أوقع، وقال محمد في بعض المواضع: يقال له: بَيِّنْ، فكان عند أبي يوسف الطلاق والعناق تعلقاً بالذمة، ولزمه إيقاعه في إحداهن، وعند محمد: أن الطلاق تعلق بإحداهن لا بعينها ويلزمه البيان.

لأبي يوسف: أن الأحكام الموقعة إما أن تتعلق بعين أو ذمة، ولم يتعلق الموقع بالعين فلم يبق إلا أن يتعلق بالذمة، ولأنه إذا [عَيَّنَ]^(٢) يلزم التي عين

(١) أخرجه الترمذي (١١٩١) من حديث أبي هريرة وقال: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء ضعيف ذاهب الحديث». وأخرجه عبد الرزاق في المصنف بطريق عليّ

رضي الله عنه، ٤٠٩/٦.

(٢) في ب (بَيِّنْ) والمثبت من أ.



فيها الطلاق العدة من يوم البيان، ولا يعتد بما تقدم [من] ^(١) الحيض، ولو كان الطلاق وقع عليها عند الإيقاع لا اعتدّ بما [تقدم] ^(٢) ذلك من الحيض.

وجه قول محمد: أنه أوقع الطلاق على واحدة من الجملة فلا يتعلق بدمته، كمن باع قفيزاً من صبرة؛ ولأن الطلاق لا يجب عليه بالنذر، ولو صح تعليقه بالذمة (لوجب) ^(٣) بالنذر، ولأنه لو طلق واحدة من أربع لم يدخل بهن، ثم تزوج بخامسة قبل البيان صحّ النكاح، ولو كان الطلاق تعلق بالذمة لكانت الأربع في ملكه فلا يجوز (أن يتزوج بخامسة) ^(٤).

فأما ما احتج به أبو يوسف من العدة فلا حجة [له] فيه؛ لأن الزوج متهم فيجوز أن يكون عنى بالطلاق غير التي عين، فيصير التعيين إيقاعاً مبتدأً، [فلذلك] ^(٥) لزمّت العدة من حال البيان.

قال: وللنساء أن يخاصمنه في ذلك ويستعدين عليه [إلى] القاضي حتى يبيّن ذلك؛ لأن الطلاق إذا كان بائناً أو ثلاثاً فلكل واحدة منهن حق في استيفاء أحكام النكاح أو التوصل إلى زوج آخر، فكان على الزوج البيان.

وإنما قلنا: إنه يقبل قوله في البيان؛ لأن الطلاق صحّ منه في مجهوله، فالبيان إليه كمن باع قفيزاً من صبرة، وكمن أقر بشيء غير معين.

قال: ويجبره ^(٦) الحاكم على أن يوقع الطلاق على إحداهن بعينها؛ وذلك

(١) في ب (في) والمثبت من أ.

(٢) في ب (بعد) والمثبت من أ.

(٣) في أ (للزمه).

(٤) في أ (يجوز له تزوج الخامسة).

(٥) في النسختين (فكذلك) والمثبت يقتضيه السياق.

(٦) في أ (ويخيره).



لما بينا أن البيان حق لهن ، فكان [١٣٥/ب] للقاضي استيفاء ذلك .

قال: وعليها العدة حتى تُبَيَّنَ ، فإن كن أربعاً فتزوج أخرى قبل البيان ولم يكن دخل بهن جاز ، وقد بينا وجه ذلك .

أما على أصل أبي يوسف: فالطلاق يقع بالبيان فالعدة عقيب الوقوع .

وعلى أصل محمد: إنما يجب عقيب البيان للتهمة .

وأما تزوج الخامسة فظاهر على قول محمد ؛ لأن إحداهن بانت فلم يكن جامعاً بين أكثر من أربع [نسوة] ، وأما أبو يوسف فجعل استحقاق الطلاق عليه (في وقوعه) ^(١) فلم يمنع من الجمع ، فإن كان قد دخل بهن لم يجز نكاح الخامسة حتى تنقضي عدة التي وقع عليها الطلاق ؛ وذلك لأن العدة تحرم الجمع كما يحرم النكاح .

فإن لم يبيّن حتى ماتت إحداهن ، والقول كان لامرأتين طلقت الباقيّة ؛ وذلك لأنه لم يبق من يستحق الطلاق غيرها ، ومن خير بين أمرين ففات أحدهما تعين الآخر ، وليس هذا كمن باع أحد عبديه على أن المشتري بالخيار فمات أحدهما ، أن البيع تعين في الميت ؛ لأنه صار معيباً ^(٢) قبل الموت فبطل الخيار فيه ، ودخل في ملك المشتري ، وليس كذلك الطلاق لأن العيب لا يوجب تعيين الطلاق ، فبقي خياره حتى فات في الميتة بالموت فتعين في الباقيّة .

وكذلك لو لم تمت ولكن جامعها ؛ لأن الجماع يستدل به على تعيين

(١) في أ (كوقوعه) .

(٢) في أ (مغيباً عنا) .

الطلاق في الأخرى؛ لاستحالة أن يطاء المطلقة، وكذلك لو قبّلها أو حلف بطلاقها أو ظاهرَ منها، أو طلقها، تعين الطلاق في الأخرى؛ لأن هذه الأحكام تصرف في المرأة [بنفيه] ^(١) الطلاق فصار كالجماع.

فإن قال: أردت بالطلاق فلانة، فالقول قوله؛ لأن البيان إليه، فإذا قال: عنيتها، فكأنه بيّن فيها، فإن ماتت إحداهما قبل أن يُبيّن فقال: أردت إياها بالطلاق، لم يرثها وطلقت الباقية؛ لما بينا أن موت إحداهما يوجب تعين الطلاق في الأخرى من طريق الحاكم، فإن قال: عنيت الميتة، صدّق على نفسه في إسقاط حقه من ميراثها ولم يصدق في صرف الطلاق عن الباقية، وكذلك إن ماتتا جميعاً إحداهما بعد الأخرى، فقال: أردت الأولى، لم يرث منهما؛ لأن ميراثه سقط عن (الثانية) ^(٢) من طريق الحكم وعن الأولى باعترافه.

فإن ماتتا جميعاً معاً بأن سقط عليهما حائط أو غرقتا، ورث من كل واحدة نصف ميراثها؛ وذلك لأنه يستحق ميراث كل واحدة في حال ولا يستحقه في حال، فيثبت نصفه على أصلنا في اعتبار الأحوال، فإن قال: أردت إحداهما [يُعِينها]، فقد أسقط حقه عن ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراث زوج؛ لأنه لا يصدق في زيادة الاستحقاق.

وقد قالوا: لو مات الزوج قبل البيان ورثتا منه ميراث امرأة بينهما؛ لأن ما تستحقه الواحدة والثنتان سواء، وإحداهما زوجة لا [محالة] ^(٣) وليس إحداهما بذلك أولى من الأخرى فيكون بينهما، فإن كان له زوجة لم يدخل بها في الطلاق

(١) في ب (ببقية).

(٢) في أ (البائنة).

(٣) في ب (محللة) والمثبت من أ.

كان لها نصف الميراث وللآخرين النصف ؛ وذلك لأنه لا يزاحم هذه إلا واحدة فاستحقت [١/١٣٦] النصف ، ثم النصف الباقي [بين الباقيتين ؛ إذ] ليس إحدى الباقيتين أولى به من الأخرى .

فإن أوقع على إحداهما طلاقاً بعد قوله: إحداكما طالق ، وقال: أردت بهذا الطلاق إيقاع ما لزمني ولم أرد طلاقاً مستقبلاً ، كان القول قوله ؛ لأن الطلاق مستحق عليه ، فإذا فعل ما هو مستحق [عليه] فالقول قوله [فيه] ، فإن ارتدتا جميعاً فانقضت عدتهما أو كانتا رضيعتين فأرضعتهما امرأة ، بانتا ولم يكن له أن يبين الطلاق الثابت في إحداهما ؛ وذلك لأنه لا يملك [البيان] ^(١) إلا في حالة تملك الطلاق ، وهو لا يملك ذلك بعد زوال ملكه فيبقى الطلاق على ما كان عليه .

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن العدة من يوم أوقع ، فإن راجع بعد ذلك صحت الرجعة .

وروى عمرو بن أبي عمرو عن محمد: أن الرجعة لا تصح إذا كانت قد حاضت قبل البيان ثلاث حيض ، وهذا صحيح على أصلهما ، وفيه تبين الخلاف ؛ لأن عند أبي يوسف: الطلاق يقع بالبيان ، والعدة تجب عقيب وقوع الطلاق فتصح الرجعة ، وعند محمد: الطلاق قد وقع بالإيقاع والعدة عقيبه وإنما توجب العدة بعد البيان على طريق الاحتياط ، فوجب أن لا يثبت الرجعة بالشك .

وقد قالوا فيمن قال لامرأتين [له]: إحداكما طالق واحدة والأخرى ثلاثاً ، فحاضت إحداهما ثلاث حيض ، بانت بواحدة والأخرى طالق ثلاثاً ؛ وذلك لأن

(١) في ب (البائن) والمثبت من أ .



كل واحدة منهما مطلقة لا محالة ، فإذا حاضت إحداهما فقد زال ملكه عنها ، وقد كان مخيراً في إيقاع الثلاث^(١) فلم يبق من يستحقها إلا الأخرى .

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا [ضَمَّ]^(٢) إلى امرأته ما لا يقع عليه الطلاق مثل الحجر والبهيمة ، فقال: إحداكما طالق ؛ طلقت امرأته ، وقال محمد: لا تطلق .

لهما: أن البهيمة لما لم توصف بالطلاق لم يبق من يستحقه إلا الزوجة فتعيّن فيها .

وجه قول محمد: أن من خير نفسه بين الطلاق وبين غيره لم يقع الطلاق ، كما لو قال: أنت طالق أولاً ، وأما إذا [ضَمَّ]^(٣) إلى امرأته من يوصف بالطلاق ، إلا أن الزوج لا يملك طلاقها كالأجنبية إذا [ضَمَّها]^(٤) إلى زوجته ، فقال: إحداكما طالق ، لم يقع [الطلاق] على زوجته ؛ لأن الأجنبية توصف بالطلاق من زوجها ، فلم يكن صرف الطلاق إلى زوجته أولى منها .

وقال أبو حنيفة: فإن [ضَمَّ]^(٥) إلى زوجته رجلاً فقال: أحداكما طالق ، لم يقع الطلاق على زوجته ، وقال أبو يوسف: يقع .

لأبي حنيفة: أن الرجل يوصف بالطلاق إذا كان الطلاق بائناً والبينونة

(١) في أ (الطلاق) .

(٢) في ب (ضَمَّن) والمثبت من أ .

(٣) في ب (ضَمَّن) والمثبت من أ .

(٤) في ب (ضَمَّن) والمثبت من أ .

(٥) في ب (ضَمَّن) والمثبت من أ .

تسمى طلاقاً، فإذا جمع [بينها]^(١) وبين من يوصف بالطلاق بحال صار كمن جمع بينها وبين أجنبية.

وقالاً جميعاً: لو جمع بينها وبين ميتة فقال: أنت طالق أو هذه، لم يقع على زوجته؛ لأن الميتة توصف بالطلاق قبل موتها.

وجه قول أبي يوسف: أن الرجل لا يصح وقوع الطلاق [عليه] بحال، فصار كالبهيمة^(٢).



(١) في ب (بينهما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: التجريد، ٤٩٧٢/١٠ وما بعدها.

بَاب الرجل يطلق امرأة من نسائه بعينها ثلاثاً ثم يجهلها



قال أبو الحسن: وإذا طلق الرجل امرأة من نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها لم يحل له أن يظأ واحدة منهن حتى يعلم التي طلق فيتجنّبها^(١)؛ وذلك لأن [إحداهن]^(٢) حرمت عليه، وكل واحدة منهن يجوز أن تكون محرمة، فلا يحل [له] وطئها.

وقد قال أصحابنا: [كُلُّ ما]^(٣) لا يباح عند الضرورة لا يجوز التحري فيه، والفروج لا تستباح بالضرورة فلا يُتحرى فيها، ولهذا قالوا في الشاة الميتة إذا اختلطت بالمذبوحة أنه يُتحرى؛ لأن الضرورة تبيح الميتة.

قال: فإن جحدت كل واحدة منهن أن تكون [هي] المطلقة فاستعدين عليه الحاكم في النفقة والجماع، أعدي وحبسه حتى يبين التي طلق منهن وألزمه نفقتهن^(٤)؛ وذلك لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح فكان على الحاكم إلزامه على إيفاء الحق^(٥)، فإن لم يفعل فقد امتنع من حق عليه يقدر على أدائه فيحبسه، كالممتنع من الدين، ويقضي عليه بنفقتهن؛ لأن النفقة تجب للمعتدة والزوجة، وكل واحدة منهن إما أن تكون معتدة أو زوجة.

(١) في أ (فيجتنبها).

(٢) في ب (إحداهما) والمثبت من أ.

(٣) في ب (كلما) والمثبت من أ.

(٤) في أ (النفقة لهن).

(٥) في أ (النكاح).

قال: فإن ادعت كل واحدة منهن أنها هي المطلقة ولا بينة لها، ووجد الزوج، فعليه اليمين لكل واحدة منهن؛ وذلك لأن الطلاق يصح بذله ويصح الإقرار به فيستحلف فيه، فإن أبى أن يحلف فرّق بينه وبينهن؛ لأنه بذل الطلاق لكل واحدة منهن، وإن حلف لهن فلا بد أن يبين؛ لأن الطلاق لا يرتفع باليمين فيبقى على ما كان عليه.

قال ابن سماعه: سمعت محمداً قال في رجل له امرأتان طلق واحدة منهما بعينها وقال: لا أدري أيتهما هي، فادعت كل واحدة [منهما] أنها هي المطلقة فإنني أحلفه لكل واحدة منهما، فإن حلف للأولى طلقت التي لم يحلف لها؛ لأنه لما حلف للأولى سقطت [خصومتها]^(١) في الطلاق فتعين في الأخرى من طريق الحكم، وإن لم يحلف للأولى طلقت؛ لأنه بذل الطلاق لها وهو مما يصح بذله.

فإن تشاحتا على اليمين حلفته لهما جميعاً بالله ما طلق واحدة منهما؛ لأن لهما المشاحة في الابتداء لجواز أن ينكل للأولى وقد تساويا في الدعوى، ويمكن إيفاء حقهما معاً^(٢)، فإن حلف لهما حجبتة عنهما حتى يُبين؛ وذلك لأن الطلاق لا يرتفع باليمين فأحدهما محرمة، ولا يمكن منهما إلا أن يبين، فإن وطئ إحدهما فالتى لم يطأها مطلقة؛ وذلك لأن فعله محمول على الصحة وأنه لم يطأها، وطأ حراماً.

قال: وينبغي له فيما بينه وبين الله تعالى أن يطلق كل واحدة منهن و يتركهن حتى يبين؛ لأن الوطاء لا يجوز فيه التحري على ما بيناه، ولا يجوز له إمساكهن

(١) في ب (متهمًا) والمثبت من أ.

(٢) في أ (جميعاً).



[فيضرّ بهنّ] ^(١)، ولو تركهن بغير طلاق لم يحل لهن التزوج؛ لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون غير مطلقة، فوجب أن يوقع على (كل واحدة منهن فيوفيهما حقها) ^(٢).

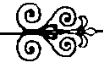
قال: والأحسن أن لا يتزوج واحدة منهن إلا أن يتزوجن؛ لأن [كل] واحدة منهن يجوز أن تكون [١/١٣٧] مطلقة ثلاثاً فلا تحل له قبل التزويج، فإذا تزوجن فقد حصلت الإباحة بيقين.

قال: فإن تزوج واحدة منهن قبل أن يتزوجن جاز نكاحها، وكانت الأخرى في الحكم المطلقة ثلاثاً؛ لأن عقده محمول على الصحة، ولا يمكن ذلك إلا أن يكون الطلاق الثلاث وقع على الأخرى، فيتعين فيها من طريق الحكم وإن كان لا يتعين بالتعيين.



(١) في ب (فيقربهن) والمثبت من أ.

(٢) في أ (على كل واحدة واحدة فيوفيهما حقهما).



بَابُ ما يجب للمطلقة قبل الدخول



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول وقد سمى لها مهراً مالاً عيناً أو ديناً، فلها نصف ما سمى لها إذا كان ذلك عشرة دراهم فصاعداً أو قيمتها.

قالوا: الأصل في هذا أن البدل في النكاح على ضربين:

أحدهما: ما [يثبت] ^(١) بالتسمية، فيجب بالعقد ويستقر بالدخول أو الخلوة أو موت أحد الزوجين، والثاني: ما يجب من طريق الحكم وهو مهر المثل فيجب بالعقد ويستقر بما ذكرنا.

ويجوز أن يقال: إن المسمى يجب بالعقد، والدخول يمنع من سقوط بعضه، ومهر المثل يجب بالعقد ويستقر بالدخول، والدليل على وجوب المهر بالعقد: أن ثبوته لحق الله تعالى فلا يجوز أن يخلو العقد منه ^(٢)، ولأنه ملك عليها المبدل بالعقد، فوجب أن تملك ما في [مقابلته] ^(٣) كالبيع، وهذه الجملة لا خلاف فيها إلا في فصل واحد وهو المفوضة، فإن الشافعي قال: إن مهرها لا يثبت بالعقد، وإنما يثبت بالدخول ^(٤).

(١) في ب (يجب) والمثبت من أ.

(٢) في أ (عنه).

(٣) في ب (معاملته) والمثبت من أ.

(٤) انظر: المهذب ٤/٢١٠.



وهذا فاسد؛ لأنه بدل في النكاح فيجب بالعقد كالمسمى، ولأن الدخول^(١) تصرف في المعقود عليه والدخول لا يجب في العقود بالتصرف، وإنما يسقط نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول والخلو، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وأما مهر المثل فيستقر بالدخول، ولا (يتبعض)^(٢) قبل الدخول، إنما تجب المتعة. وقال الشافعي: يجب نصف مهر المثل.

لنا: أنه بدل يثبت في النكاح من طريق الحكم فلا يتبعض كالمتعة، وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في نصف المسمى، فمنهم من قال: إن الطلاق يسقط نصف المهر ويبقى نصفه لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فدل على أن الواجب هو نصف الفريضة، ومنهم [من] قال: إن الطلاق يسقط جميع المسمى، وإنما يجب نصفه على طريق المتعة، واحتج في ذلك بأن الطلاق [رفع] للعقد، فيكون قبل القبض، فوجب أن يسقط كل البدل كالأقالة في البيع.

وألزم هذا القائل، ف قيل له: قال أصحابنا: إذا تزوج على خمس من الإبل السائمة وسلمها إلى المرأة فحال الحول عليها ثم طلقها قبل الدخول سقط عنها نصف الزكاة؛ لأن الملك استحق [عليها] بغير فعلها، ولو كان المسمى سقط ووجب نصفه بسبب آخر سقطت الزكاة كلها.

فأجاب: بأن السبب للسقوط لا يستقر؛ لأن الوجوب يعود في الحال فصار السقوط كأن لم يكن أصلاً. ألا ترى أنهم قالوا في الوكيل إذا [ب/١٣٧] اشترى ذا

(١) في أ.

(٢) في أ (يتبعض).

رحم مَحْرَم منه لم يعتق عليه وإن ملكه بالعقد؛ لأن ملكه غير مستقر فيه، فيصير كأنه لم يوجد.

وكذلك قالوا فيمن تحته أمة فتزوج حرّة على رقبتها، فأجاز مولاها لم يفسخ النكاح بينه وبينها، وإن كان بالإجازة (ينتقل إليه ثم) ^(١) ينتقل منه إلى الحرّة، إلا أن الانتقال إليه لما لم يكن مستقراً، صار كأنها لم تنتقل في باب الملك، وكذلك في مسألتنا.

قال: وإن شرط مع المسمى ما ليس بمال، مثل أن يتزوجها على ألف وأن يطلق امرأته، أو على أن لا يخرجها من دارها ثم طلقها فلها نصف المسمى ويسقط الشرط؛ وذلك لأن هذا الشرط إذا لم يقع الوفاء به وجب تمام مهر المثل، ومهر المثل لا يثبت مع الطلاق قبل الدخول، فسقط اعتباره فلم يبق إلا المسمى.

قال: وكذلك إن شرط مع المسمى شيئاً مجهولاً مثل أن يتزوج على ألف [درهم] وكرامتها؛ لأنه [إذا] لم يف بالكرامة، وجب تمام مهر المثل، وقد بينا أن مهر المثل لا يثبت حكمه قبل الدخول، وإن تزوجها على أقل من عشرة ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف ما سمى وتمام خمسة دراهم؛ وذلك لأن تسمية ما دون العشرة تسمية لها عندنا، فكأنه تزوجها على ذلك وتمام عشرة، وإذا ثبت أن الطلاق قبل الدخول يوجب انقسام المهر، قلنا: لا يخلو [إمّا] أن يكون المهر مقبوضاً أو غير مقبوض، فإن كان في يد الزوج أوديناً عليه فطلقها انفسخ ملكها في نصفه بنفس الطلاق حتى لو كانت أمة فأعتقها الزوج نفذ عتقه في نصفها؛ وذلك لأن المهر مملوك بالنكاح وقد زال العقد بالطلاق فزال الملك فيما ملك

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

به ، وأما إن كان مقبوضاً وهو مما سمي في العقد وتعين به ، لم يفسخ ملكها بالطلاق حتى يفسخه الحاكم أو تسلمه المرأة ، أو يقول الزوج : قد فسخت - ذكر هذا الفصل الثالث في الزيادات - .

فإن كان المهر أمة جاز عتقها في جميعها بعد الطلاق ، ولم يجز عتق الزوج فيما روى ابن سماعة عن أبي يوسف قال : يفسخ ملكها في النصف بنفس الطلاق وينفذ عتقها فيه .

قال : وهذا أحسن عندنا من قول أبي حنيفة وهو قول زفر .

وجه قولهما : أن العقد وإن انفسخ بالطلاق فقد بقي التسليط وهو مما يملك به عندنا ، فإذا بقي سبب التمليك لم يرتفع الملك إلا بفسخ الحاكم أو رضاها ؛ ولأن المهر بدل ملك بالعقد فلا يفسخ [العقد]^(١) فيه بفعل أحد المتعاقدين كالثمن .

وجه قول أبي يوسف وزفر : أن المهر ملك بالعقد والطلاق قد رفع العقد وأحكامه ، فزال ملكها عن العوض كالفسخ في البيع ، وأما إن كان المهر مما لا يتعين بالتعيين [كالأثمان]^(٢) فعينها أو لم يعينها ، أو كان مكيلاً أو موزوناً في الذمة فقبضته وهو قائم في يدها ، فعلى المرأة مثل نصف كيله أو وزنه : إن شاءت أعطته من ذلك ، وإن شاءت أعطته من غيره ؛ وذلك لأن حقه معها عند الفسخ كحقتها معه عند العقد ، ومعلوم أنه لا يتعين عليه بالعقد [١/١٣٨] ما عينه من [الأثمان]^(٣) فكذلك لا يتعين عليها بالفسخ ، وأما [المكيل]^(٤) في الذمة

(١) في ب (الملك) والمثبت من أ .

(٢) في ب (كالأيمان) والمثبت من أ .

(٣) في ب (الأيمان) والمثبت من أ .

(٤) في ب (الكيل) والمثبت من أ .



فالمقبوض ليس هو ما وقع عليه العقد، وإنما هو عوض عنه، فإذا فارقها كان له نصف ما يتناوله العقد، وذلك مكيل غير معين.

وأما زفر فمن أصله أن الدراهم والدنانير تتعين بالعقد فكذلك بالفسخ، فإذا طلقها (قبل الدخول)^(١) وقد كان المهر دراهم معينة وجب عليها نصف المعين، وأما إذا المهر [كان] عبداً وسطاً أو ثوباً وسطاً فسلمه إليها وجب له نصفه، ولا يملكه حتى يقضي القاضي له به (أو)^(٢) يسلمه؛ وذلك لأن العبد لا مثل له، فإيجاب نصف العين أعدل من إيجاب المثل أو القيمة، فكذلك وجب تسليم نصف العين.

قال: وإن سمى ألف درهم ثم زادها بعد العقد مائة ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف الألف وبطلت الزيادة، وروي عن أبي يوسف: أن لها نصف الألف ونصف الزيادة.

وجه قولهم المشهور: أن الزيادة لم تسم في العقد، فلا تتبعض في الطلاق كمهر المثل.

وجه قول أبي يوسف: أن الزيادة تلحق بالعقد وتصير كالموجود فيه فتتبعض بالطلاق^(٣).

١٦٥٦ - [فصل: إذا لم يُسم المهر في العقد وطلقها قبل الدخول]

وأما إذا لم يسم في العقد شيئاً وفرض لها بعد العقد شيئاً مسمى، أو فرضه

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (ويسلمه).

(٣) انظر: الأصل، ٤٣٥/٤.

الحاكم ، ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة ، وقال أبو يوسف: نصف الفريضة .

لنا: أنه بدل لم يسم في العقد فلا يتبعض بالطلاق كمهر المثل .

وجه قول أبي يوسف: قوله تعالى: ﴿فَنَصِّفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ولم يفصل .

والدليل على أن الزيادة في المهر تلحق بالعقد وتستقر بالدخول ، خلاف زفر والشافعي^(١): قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤] ولا يجوز أن يكون (ذلك)^(٢) في الهبة ؛ لأنه لا تعلق لها بالفريضة ، ولا يجوز أن يكون المراد به الحط ؛ لأن ذلك لا يختص بما بعد الفريضة بل يجوز قبلها ، فلم يبق إلا الزيادة ، ولأنه تغير نصف المهر فتعلق به الاستحقاق كالحط ، وعلى الشافعي أن حال المجلس حال تلحق الزيادة فيها بالثمن ، ويتعلق بها الاستحقاق ، فكذلك في المهر كحال العقد .

وجه قول زفر: أن الاستباحة في ملك الزوج ، فلا يصح أن يبذل عوضاً عن ملكه .

١٦٥٧ - [فصل: استحقاق الزوجة للمتعة]

وأما إذا طلقها قبل الدخول وقد سمى لها عوضاً فاسداً أو لم يسم لها شيئاً فلها المتعة ؛ والكلام في المتعة يقع في مواضع:

منها: أنها واجبة عندنا للمطلقة قبل الدخول والتسمية ، وقال مالك: مستحبة .

(١) «وقال الشافعي: هي هبة مستأنفة، إن قبضتها مضت، وإن لم تقبضها بطلت». كما ذكر العثماني

في رحمة الأمة ص ٤٠٥ .

(٢) في أ (المراد به) .



والدليل على ما قلنا: قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ، وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وهذا أمر، والأمر على الوجوب، ثم قال: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ والحق يقتضي الوجوب، و«على» من ألفاظ الوجوب؛ ولأنه نكاح بين مسلمين فلا يخلو من عوض كالتى سمي لها مهراً.

١٦٥٨ - [فصل: في تحديد المستحقة للمتعة]

ولا تجب المتعة^(١) عندنا إلا لمطلقة واحدة: وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية في العقد، وقال [١٣٨/ب] الشافعي: لكل مطلقة المتعة إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهراً^(٢).

ويتعين الخلاف في المدخول بها، والدليل على أنه لا تجب المتعة لها: أنها استحقت كمال مهرها كالمتوفى عنها زوجها، ولأن المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المسمى ولا تجب لها متعة، فالمطلقة التي استحقت جميع المسمى أولى أن لا تجب لها المتعة. وإنما قلنا: إن المطلقة قبل الدخول إذا سمي لها مهراً فلا متعة لها، وهو قول ابن عباس، وابن عمر، وشريح، وإبراهيم، ومحمد بن علي، ولا مخالف لهم^(٣)؛ ولأن المتعة إنما تجب من طريق الحكم كالقيمة التي تجب في البيع الفاسد، ومعلوم أن القيمة لا تجتمع مع المسمى ولا مع جزء منه فكذلك المتعة.

(١) المتعة: من التمتع بالشيء: الانتفاع به، وهو الانتفاع بالشيء على وجه يكفل إرواء الحاجة، ويدوم طويلاً.

قال ابن عرفة: «المتعة: ما يؤمر الزوج بإعطائه للزوجة لطلاقه إياها». شرح حدود ابن عرفة ١/١٨١؛ انظر: المغرب؛ المصباح (متع).

(٢) قال الشافعي رحمته الله: «جعل الله المتعة للمطلقات، وقال ابن عمر: لكل مطلقة متعة، إلا التي فرض لها ولم يدخل بها، فحسبها نصف المهر». مختصر المزني ص ١٨٤؛ انظر: المهذب ٤/٢٢٠.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية، ص ٢١٢.

١٦٥٩ - [فصل: أوجه المتعة]

والمتعة عندنا على وجهين: متعة واجبة و [متعة] مستحبة؛ فالواجبة لمطلقة واحدة: وهي التي طلقها قبل الدخول والتسمية.

والمستحبة: تستحب [لكل] (١) مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهراً، والدليل على استحباب المتعة للمدخول بها قوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعُكُنَّ وَأُسْرِحُكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]، وقد كن مدخولات، وقد روي عن شريح: أن رجلاً طلق امرأته بعد الدخول، فقال له: متعها، فامتنع، فقال له شريح: إن كنت من المتقين والمحسنين فمتعها، ولم يجبره على ذلك، وقال الله تعالى: ﴿وَلَمَّا طَلَّقْتَ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (٢) [البقرة: ٢٤١] وهذا عام (٣).

١٦٦٠ - [فصل: المتعة على قدر حال الرجل أو المرأة]

قال أبو الحسن: والمتعة الواجبة على قدر [حال] المرأة، والمستحبة على قدر [حال] الرجل، وكان أبو بكر الرازي يقول: المتعة على قدر [حال] الرجل، ومهر المثل على قدر [حال] المرأة، والنفقة على حالها.

وقال أبو يوسف مثل قول أبي بكر في المتعة: إنها على قدر حال الزوج، والصحيح ما قاله أبو بكر لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَاعَدَةِ وَقَدَرَهُنَّ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

(١) في ب (بكل) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٥٧/٧.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية، ص ٢١٨.

وجه قول أبي الحسن: (أن المتعة بدل عن البضع من طريق الحكم كمهر المثل، فأما قول أبي الحسن)^(١): أن المتعة المستحبة على قدر حال الرجل، فلا معنى له؛ لأن ما لا يجب لا يتقدر، وإنما يرجع فيه إلى اختياره.

١٦٦١ - [فصل: تقدير المتعة]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن المتعة لا تزداد على نصف مهر المثل، ولا تنقص من خمسة دراهم؛ وذلك لأن مهر المثل عوض في العقد فكان يجب أن يتبعض بالطلاق كالمسمى، وإنما أوجبوا المتعة تخفيفاً عن الزوج، فلا يجوز أن تزداد على ما أسقط على وجه التخفيف، ولا تنقص من خمسة لأنها تجب على طريق العوض، وأقل عوض يثبت في النكاح هو نصف العشرة.

١٦٦٢ - [فصل: الخلاف في تقدير المتعة]^(٢)

وقد قال أصحابنا: إن المتعة ثلاثة أثواب: درع، وخمار، وملحفة، وقال الشافعي: ثلاثون درهماً^(٣)، وقد روي ثلاثة أثواب عن سعيد بن المسيب وعطاء، والحسن، والشعبي، وقال ابن عباس: أرفع المتعة الخادم، ثم دون ذلك الكسوة، ثم دون ذلك النفقة^(٤).

والدليل على ما قلناه قوله تعالى: ﴿مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهذا اسم للمعروف،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل، ٤/٤٣٦.

(٣) قال الشيرازي: «والمستحب أن تكون المتعة خادماً، أو مقنعة، أو ثلاثين درهماً». المهذب ٢٢٢/٤.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة عن عكرمة، ٤/١٤١ انظر الروايات في الباب.

[ولأن] (١) لإيجابه نظيراً في النكاح وهو الكسوة التي تجب لها [١/١٣٩] وليس لإيجاب الثلاثين نظير، فكان إيجاب ما له نظير في النكاح.

١٦٦٣ - [فصل: الضابط في دفع المتعة]

قال أبو الحسن: وكل فُرْقَةٌ جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها، وإن كانت من قبل الزوج فلها المتعة، والأصل في ذلك: أن كل فرقة [جاءت] من [قَبْلِ] الزوج قبل الدخول والتسمية بطلاق أو لعان أو إيلاء أو فرقة غير ذلك، فلها المتعة؛ لأن هذه الفرقة يجب معها نصف المسمى، والمتعة عوض عن ذلك عند عدم التسمية.

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة قبل الدخول فلا مهر لها ولا متعة؛ لأن هذه الفرقة تمنع من وجوب شيء من المسمى، فكذلك المتعة التي هي في مقابلته، وأما إذا خيّر الزوج المرأة فاختارت فهذه فرقة من جهة الزوج قامت المرأة فيها مقامه، فتجب لها المتعة.

قال: وكل فرقة من جهة الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة إلا أن ترتد أو تأبى الإسلام؛ لأن الاستحباب يثبت لطلب الفضيلة، والكافر لا يثبت له فضيلة (٢).



(١) في ب (ولا) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤٣٥/٤ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٩/٥.

بَاب ما تستحق به جميع المهر

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا دخل الرجل بامرأته، أو خلا بها خلوةً يمكنه معها الجماع فقد وجب لها جميع الصداق، والأصل في هذا ما قدمنا أن المهر يجب بالعقد، ويستقر [بمعاني تنضم إلى العقد]^(١)، فمنها: الدخول؛ لأنه استيفاء للمعقود عليه فيستقر به البذل كالقبض في البيع، ومنها: الخلوة الصحيحة: وهو أن يخلو بها وليس هناك مانع من الوطء، وقال الشافعي: لا يستقر المهر بالخلوة^(٢).

لنا: ما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل بها»^(٣).

وروى زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون: أنه إذا أرخي الستر وأغلق الباب فلها الصداق كاملاً، وعليها العدة.

وروي عن عمر أنه قال: ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم.

وعن علي أنه قال: إذا أغلق الباب وأرخي الستر، فقد وجب الصداق^(٤).

(١) في ب (تتضمن إليه) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل، ٤٣٦/٤؛ المهذب للشيرازي، ٢٠٣/٤.

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه (مرسلاً) ٣٠٧/٣؛ والبيهقي في الكبرى كذلك وقال: «هذا منقطع وبعض رواته غير محتج به». ٢٥٦/٧؛ والذهبي في تنقيح التحقيق وقال: «هذا مرسل والمرسل عندنا حجة وابن لهيعة فقد روى عنه العلماء». ١٩٩/٢.

(٤) أخرجه الذهبي عن عمر وعلي رضي الله عنهما في تنقيح التحقيق، ١٩٩/٢.

وعن معاذ وزيد بن ثابت مثل ذلك ؛ ولأنه عقد على المنافع فإذا وجدت التخلية جاز أن يستقر البدل كالإجارة .

١٦٦٤ . [فصل : الخلوة التي يستقر بها المهر]

وأما الخلوة الصحيحة التي يستقر بها المهر فهو أن تسلم نفسها وليس هناك مانع ، والمانع على ضربين :

مانع من طريق المشاهدة : مثل أن يكون هناك ثالث ، أو يكون أحدهما مريضاً مرضاً يمنع من الجماع .

والضرب الثاني من طريق الحكم : وهو أن يكون أحدهما صائماً في رمضان ، أو محرماً بحجة فريضة أو غير فريضة ، أو تكون حائضاً .

أما المانع من طريق المشاهدة ؛ فلأن التسليم المستحق بالعقد لم يوجد ، ألا ترى أنه يرجى في هذا العقد تسليم على غير (هذه الصفة) ^(١) ، وإذا لم يوجد التسليم المستحق صار كالبائع إذا خلى بين المشتري وبين السلعة وهناك مانع يمنع المشتري منها ، وعلى (هذا المرض ؛ لأنه يرجى زواله) ^(٢) فيوجد التسليم [١٣٩/ب] الذي يمكن معه الوطاء .

وأما الحيض والإحرام والصوم فهو مانع من جهة الدين ، والمانع من جهة الدين أقوى من المانع من جهة الآدمي ، فهو أولى بأن يمنع استقرار البدل ، واختلفت الروايات في صوم غير رمضان ، فقال في الرواية الصحيحة : أن صوم

(١) في أ (هذا الوجه) .

(٢) في أ (المريض ؛ لأنه يرجى برؤه) .

التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذر لا يمنع الخلوة، روى ذلك بشر عن أبي يوسف، لأن الضرر بالفطر فيه يسير، ألا ترى أنه يلزمه القضاء، وليس كذلك صوم رمضان؛ لأنه يوجب القضاء والكفارة، ولهذا سَوَّوا بين حجة الفرض والنفل؛ لأن الكفارة تجب فيهما والقضاء، وهو ضرر كبير.

وأما الرواية الأخرى: وهي رواية المختصر فقال في (نفل الصوم)^(١) إنه كفرضه؛ لأنه منهي عن الفطر [فيه] بغير عذر فصار كحجة النفل، وقد قالوا فيمن خلا بامرأته في مسجدٍ أو طريق أو صحراء: فليس ذلك بخلوة؛ لأنه يجوز أن يحصل هناك ثالث.

وقالوا: إذا خلا بها في حَجَلَةٍ أو قُبَّةٍ، وأرختى الستر فهي خلوة؛ لأنه في حكم البيت.

وقالوا: ولو خلا بها على سطح لا حجب عليه فليس بخلوة؛ لأنه لا يأمن أن يطلع عليه مطلع فصار كالصحراء.

وقالوا: إذا كان معها في البيت أعمى أو نائم فليست بخلوة؛ لأن الأعمى يحس، والنائم يجوز أن يستيقظ، ولو خلا بها ومعه امرأة أجنبية فليست بخلوة؛ لأنه لا يحل له النظر إليها، فإن تزوج باثنتين فخلا بهما فليس بخلوة، قالوا: لأنه لا يحل [للرجل] أن يجامع امرأته بمشهدٍ من امرأة له أخرى، وكان قول محمد الأول: أنه لو خلا بها وهناك جارية [له] كانت خلوة، ثم رجع فقال: لا تكون خلوة.

وجه [قوله الأول]^(٢): أن الأمة يجوز لها النظر إليه فليس لها حرمة

(١) في أ (صوم الفرض).

(٢) في ب (الرواية الأولى) والمثبت من أ.

كحرمة الحرّة .

وجه قوله الآخر: أن الأمة لا يجوز لها النظر إليها فلا يجوز الوطء بمشهدٍ منها، ووطؤها له حلال كالزوجة .

١٦٦٥ - [فصل: أثر وجود الصبي في الخلوة]

والصبي الذي يعقل كالرجل ؛ لأن الإنسان [يمتنع]^(١) عن الوطء بمشهدٍ منه ، [وإن كان لا يعقل فهي خلوة صحيحة ؛ لأنه لا يمتنع عن الوطء بمحضر منه]^(٢) ، والمجنون لو كان لا يعقل فهي خلوة صحيحة ؛ لأنه لا يمتنع عن الوطء بمشهدٍ منه ، [والمجنون] والمعته كالصبي وإن كانا يعقلان [فهي خلوة]^(٣) ، وإن كانا لا يعقلان [فليست بخلوة]^(٤) .

وقال أبو يوسف: سألت ابن أبي ليلى عمّن خلا بامرأته الحائض والمريضة والمحرمة ، فقال: عليه المهر كاملاً ، وليس بصحيح ؛ لأن الزوج ممنوع من الوطء لحق الله تعالى ، فهو كالممنوع من جهة الآدمي .

١٦٦٦ - [فصل: أثر موت الزوج في استقرار المهر]

وأما إذا ماتت المرأة أو مات الزوج استقر المهر ، والدليل على ذلك: الإجماع ؛ ولأن العدة واجبة عليها لا على وجه الاحتياط ، فاستقر المهر كالمدخول بها ، وقد دل على ذلك [أيضاً] ما روي أن النبي ﷺ قضى لبروع بنت واشق وقد

(١) في ب (ينقبض) والمثبت من أ .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب والمثبت من أ .

(٣) في ب (فليست بخلوة) والمثبت من أ .

(٤) في ب (فهي خلوة) والمثبت من أ .

مات زوجها قبل أن يدخل بها بمهر المثل^(١)؛ فدل على أن الموت كالدخول في استقرار المهر.

١٦٦٧ - [فصل: أثر قتل الزوجة نفسها في المهر]

وإن قتلت الحرّة نفسها فلها المهر، وقال الشافعي: لا مهر لها^(٢).

لنا: أن المهر [١/١٤٠] دين لها فلا يسقط بقتلها نفسها كسائر الديون؛ ولأن قتل الآدمي نفسه لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا فصار كموته، ولا يلزم قتل المولى أمته؛ لأنه يتعلق به الكفارة.

١٦٦٨ - [فصل: في قتل المولى الأمة]

وإن كانت أمة فقتلها مولاها فلا مهر لها عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لها المهر.

لأبي حنيفة: أن المستحق للبدل منع المبدل قبل التسليم، فقام ذلك مقام البراءة من البدل كالبائع إذا أتلف المبيع؛ ولأنه عقد على منافعها، فإذا قتلها قبل التسليم سقط البدل كالإجارة.

وجه قولهما: أن هذه الفرقة يتعلق بها الإرث، ألا ترى أن المولى لو جرحها ثم أعتقها، واكتسبت كسباً ثم ماتت ورثها الزوج، وكل فرقة يتعلق بها الإرث يستقر بها البدل، كالموت.

(١) أخرجه أبو داود (٣١١٤)؛ والترمذي (١١٤٥)؛ والنسائي (المجتبى) (٣٣٥٨)؛ وابن ماجه (١٨٩١)؛ ابن حبان في صحيحه ٤١١/٩.

(٢) ذكر الشيرازي المسألة على قولين، وقال: والثاني: «لا يسقط، وهو اختيار المزني، وهو الصحيح». المذهب ٤/٢٠٤، ٢٠٥.

١٦٦٩ - [فَصْل: في قتل الأمة نفسها]

وأما إذا قتلت الأمة نفسها فقد روى هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنه لا مهر لها، وقال بشر عن أبي يوسف قياس قول أبي حنيفة: أن لا مهر لها، وروي عن أبي حنيفة: أن لها المهر، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

أما وجه الرواية التي قال لا مهر لها: أن قتلها نفسها كقتل المولى، بدلالة أن جنيتها كجنائته بأن لا ضمان.

وجه الرواية الأخرى: أن جنيتها على نفسها [هدر]^(١) فصارت كالموت. وجه قولهما: أنها فرقة تعلق بها الإرث كالموت.

١٦٧٠ - [فَصْل: سقوط المهر بعد الوجوب]

فإذا أوجب المهر بما ذكرنا لم يسقط وإن جاءت الفرقة من قبلها؛ لأن استقرار البدل يمنع من سقوطه بعد ذلك كاستقرار الثمن بالقبض^(٢).

وقال: وفي الخلوة الفاسدة [أن] عليها العدة؛ لأنهما يُتَّهَمَانِ في الوطء، والعدة تجب بالاحتياط.

١٦٧١ - [فَصْل: أثر الخلوة بالرتقاء في المهر]

قال: ولو خلا بالرتقاء^(٣) فلها نصف المهر ولا عدة عليها؛ وذلك لأن الرتق

(١) في ب (هذه) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بقبض المبيع).

(٣) «الرتقاء: من رتقت المرأة رتقاً فهي رتقاء، أي: بينة الرتق، إذا لم يكن لها خرق إلا المبال».

انظر: المصباح؛ المغرب (رتق).

معنى يرجى زواله ؛ لأن الطبيب يشقه ، فلم يوجد التسليم المستحق بالعقد ، فلم يستقر البدل ولا تجب العدة ؛ لأن الوطاء متعذر والعدة إنما تجب على وجه الاحتياط ، وكذلك قالوا في خلوة المريض لهذا المعنى فإن خلا بها وهو مجبوب^(١) أو خصي أو عنين^(٢) ثم [طلقها] فلها المهر كاملاً وعليها العدة ، وهذا قول أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا في المجبوب فإن لها نصف الصداق .

أما العنين والخصي فيوجد منهما الوطاء فخلوتهما كخلوة غيرهما .

وأما المجبوب فوجه قول أبي حنيفة: أن عقد النكاح يوجب التسليم ، وليس في هذا العقد تسليم يرجى إلا على هذا الوجه ، فكان هو المستحق بالعقد فاستقر به البدل .

فإن قيل: فما تقولون في الصحيح إذا تزوج ثم جُبَّ فخلا [بها] .

قلنا: العقد إنما أوجب التسليم الذي لا يمكن أن يوجد ما هو أكثر منه ، فإذا طرأ الجب (فقد وجد من الخلوة ما يوجب العقد .

وجه قولهما: أن الجب)^(٣) يتيقن معه عدم الوطاء (أكثر مما يتيقن في المرض)^(٤) ، فإذا منع المرض الخلوة فالجب أولى ، وأما العدة فقد ذكر أبو الحسن من قولهما: أن عليها العدة ، [١٤٠/ب] وقال أبو يوسف في المجبوب: إن كان ينزل فعليها العدة ؛ وإنما وجبت العدة لأن المجبوب قد يقذف بالماء ويثبت

(١) «الجَبُّ: القطع ، ومنه المجبوب: الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه» . المغرب (جب) .

(٢) «رجل عنين: لا يقدر على إتيان النساء أولاً يشتهي النساء» كما في المصباح (عن) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) في أ (كما يتيقن مع المرض) .



نسب ولده ، وقد بينا أن العدة تجب على وجه الاحتياط .

قال أبو الحسن: فإن جاءت بولدٍ ما بينها وبين سنتين لزمه ، ووجب لها جميع الصداق ؛ لأننا لما حكمنا بثبوت النسب قام ذلك مقام الدخول في استقرار المهر ، وقد قال أبو يوسف في المجبوب الذي لا ينزل: إنه لا عدة عليها ، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه وإلا لم يثبت ، كما يقول في المطلقة قبل الدخول ، أو المعتدة إذا أقرت بانقضاء العدة ثم أتت بولد^(١) .



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١١٨/٥ وما بعدها.



بَابُ الرجل يطلق امرأته قبل الدخول وقد وهبت له الصداق قبل قبضه أو بعده

—•••••—

قال: وجملة هذا الباب، أن المرأة إذا وهبت لزوجها مهرها قبل قبضه وهو دين أو عين، ثم طلقها قبل الدخول، فلا شيء له عليها، وقال زفر: يرجع عليها بنصف المهر، وهو قول الشافعي.

لنا: أن الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول عاد إليه من جهتها بسبب لا يقتضي الضمان، فلو ضمّناها لضمّناها لأجل الهبة، والهبة لا توجب على واهبها ضماناً لأجلها، [ولأن نصف الصداق الذي يستحقه عاد إليه من جهتها بسبب لا يوجب الضمان]^(١)، فلم يكن له الرجوع عليها كالنصف الآخر.

وجه قول زفر: أنها لما وهبت فقد تصرفت في البدل، فصار كما لو وهبته لأجنبي، وأما إذا وهبت لأجنبي فقبضه رجع عليها الزوج؛ لأن قبض الأجنبي قام مقام قبضها، فكانها قبضت ووهبت.

١٦٧٢ - [فصل: هبة المهر للزوج بعد قبضها]

وأما إذا قبضت المهر ثم وهبته للزوج فهو على وجهين: كل ما تعين (بالعقد)^(٢) إذا قبضته ووهبته لم يرجع عليها؛ لأن الذي يستحقه بالطلاق هو

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، وزيدت من أ.

(٢) في أ (بالقبض).

نصف الموهوب بعينه ، وقد رجع [ذلك] إليه بسبب لا يقتضي الضمان ، وكذلك إذا تزوجها على حيوان في الذمة أو عرض في الذمة ؛ لأن الذي يستحقه بالطلاق نصف ذلك الشيء بعينه ، فصار كأنه تعين بالعقد .

وأما إذا كان المهر دراهم أو دنانير معينة ، أو غير معينة أو موزوناً أو مكيلاً في الذمة ، فقبضته ووهبته ثم طلقها [قبل الدخول] رجع عليها [بمثل] ^(١) نصفه ؛ لأن المستحق بالطلاق ليس هو الذي وهبته ، ألا ترى أنها كانت مخيرة إن شاءت دفعت ذلك ، وإن شاءت دفعت غيره ، فلم يعد إليه ما تستحقه بالطلاق ، فكأنها وهبت ما لا آخر .

وقال زفر في الدراهم والدنانير إذا تزوجت عليها بعينها ثم قبضتها ووهبتها : إنه لا رجوع للزوج [عليها] ؛ لأنها تتعين عنده بالعقد ، فتتعين بالفسخ كالعروض ، وهذه الرواية عن زفر مخالفة قوله في المسألة الأولى من الباب الذي ذكرناه ، فإن صحَّت هذه الرواية عنه ، فلا بد أن يكون عنه روايتان في تلك المسألة .

١٦٧٣ - [فصل : هبة نصف مهرها الذي لم تقبض]

وأما إذا قبضت نصف مهرها ثم وهبت النصف [الباقى] ثم طلقها قبل الدخول قال أبو حنيفة : لا يرجع عليها بشيء ؛ وذلك لأن الذي [١/١٤١] تستحقه بالطلاق نصف ما في ذمته ، ألا ترى أنها لو لم تكن وهبت له ، لم يكن له أن يرجع عليها بشيء ، وقد عاد إليه ما كان في ذمته [منه] بسبب لا يوجب الضمان .
وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع عليها بربع المهر ؛ لأن الذي يستحقه نصف

(١) في ب (بنصف) والمثبت من أ .

المهر مشاعاً فيما في ذمته وفيما قبضت ، إلا أنها إذا لم تكن وهبته ، صار ما في ذمته قصاصاً بما له عليها ، فإذا وهبت بقي حقه في نصف ما في يدها فيرجع به عليها .

١٦٧٤ - [فصل: الأرش بوجود العيب في المهر]

وقد قالوا في المرأة إذا قبضت المهر وهي جارية فولدت أو جُني عليها فوجب الأرش ، أو كان نخلاً أو شجراً فأثمر أو دخله عيب ثم وهبته وطلقها ، رجع عليها بمثل نصفه إن كان له مثل ، (أو نصف قيمته إن لم يكن له مثل) (١)؛ وذلك لأن حق الزوج لم يكن متعلقاً به ، ألا ترى أنه لا يجوز أخذه مع الزيادة ويجوز له تركه مع العيب ، فإذا لم يتعلق حقه به فلم يرجع إليه بالهبة ما يستحقه بالطلاق فكان له تضمينها ، وأما إذا زاد المهر في [بدنه] (٢) فوهبته له ثم طلقها ، ضَمَّنَهَا عند أبي حنيفة وأبي يوسف على أصلهما: أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ ، ولم يُضَمَّنْهَا عند محمد على أصله: أن هذه الزيادة لا تمنع الفسخ .

١٦٧٥ - [فصل: رجوع الزوجة فيما وهبته له من المهر]

قال أبو الحسن: فإن باعته المهر أو وهبته على عوض أو تصدقت به على عوض ثم طلقها ، رجع عليها بمثل نصفه (فيما له مثل) (٣) ، وبنصف القيمة فيما لا مثل له ؛ وذلك لأن المهر عاد إلى الزوج بسبب يتعلق به الضمان ، فإذا وجب له الرجوع ؛ ضمنها كما لو باعت من أجنبي ثم اشتراه الزوج من الأجنبي .

قال: فإن كانت باعت قبل القبض ، فعليها نصف القيمة يوم البيع ؛ لأنه

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في ب (يديه) والمثبت من أ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .



دخل في ضمانها بالبيع ، وإن كانت قبضت ثم باعت ، فعليها نصف القيمة يوم القبض ؛ لأنه دخل في ضمانها بالقبض^(١) . اهـ



(١) انظر: الأصل ٤/٤٤١، ٤٤٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٤٣٤ .

| ٤٢ | بَابُ

الخلع



قال أبو الحسن: الأصل في جواز الخلع^(١) قول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وروى عكرمة عن ابن عباس: أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما عبت على ثابت في دين ولا خلق، وإني لأكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً، فقال ﷺ: «أتردين عليه حديثه»^(٢)، قالت: نعم، فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها ما ساق إليها ولا يزداد.

قال ابن جريج: وفيهما نزلت ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، يقول: لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها^(٣).

١٦٧٦ - [فصل: الخلاف في الخلع]

والخلع عندنا طلاق، وقال الشافعي: فسخ^(٤)، وفائدة الخلاف: أنه إذا

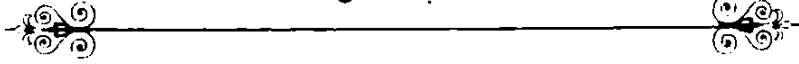
(١) «الخلع - بضم الخاء وفتحها - في اللغة: مشتق من النخلع، وفي الشرع: عبارة عن عقد بين الزوجين، المال فيه من المرأة تبذله، فيخلعها أو يطلقها». كما في الجوهرة.

وفي اللباب: «إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع، أو ما في معناه». ٧٧/١.

(٢) أخرجه البخاري (٤٩٧١) وغيره من أصحاب السنن.

(٣) انظر: الأصل، ٥٤٩/٤ وما بعدها.

(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٧٥/٢ (دار الفكر).



خالعها ثم تزوجها عادت إليه بتطليقتين عندنا (وعنده بثلاث) (١).

لنا: أنه فرقة بعوض كالطلاق على مال، ولا حجة (له) (٢) في قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ ثم قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ فلو كان الخلع طلاقاً كان في الآية أربع تطليقات؛ [وذلك] لأن الله تعالى ذكر [١٤١/ب] تطليقتين بغير عوض، [ثم ذكرهما بعوض] ثم ذكر الثالثة فلا يكون في الآية أكثر من ثلاث، ولهذا [المعنى] قال أصحابنا: إذا قال لها: خالعتك، [ينوي الطلاق ولم يذكر عوضاً، كان طالقاً؛ لأنه من كنايات الطلاق، ولو نوى] به ثلاثاً كان ثلاثاً، كقوله: أنت طالق بائن.

١٦٧٧ - [فصل: حقيقة الخلع]

والخلع عندنا عبارة عن عقد على الطلاق بعوض، والدليل عليه ما قالوا في رجلٍ قال لرجلٍ [آخر]: اخلع امرأتي، فخلعها بغير عوض لم يصح، وقالوا: لو قال لامرأته: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت نفسي بألف [درهم]، وقف على إجازة الزوج، فدل على أن الخلع عبارة عما كان فيه عوض، فإذا قال الزوج: خالعتك، ونوى به الطلاق لم يكن خلعاً في الحقيقة، وإنما هو كناية في الطلاق.

١٦٧٨ - [فصل: نية الطلاق في الخلع]

وقد قال أصحابنا: إن الرجل إذا قال لامرأته: خالعتك على ألفٍ فقبلت، وقال: لم أنو بذلك الطلاق لم يُصدَّق؛ لأن ذكر العوض يصير كدلالة الحال،

(١) في أ (وقال الشافعي: تعود بثلاث).

(٢) في أ (لهم).

ولأن الخلع لا يكون إلا هكذا.

١٦٧٩ - [فصل: افتقار الخلع إلى الإيجاب والقبول]

والخلع عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول؛ ليقع به الفرقة من جهة الزوج، ويستحق العوض من جهة المرأة.

ويختلف حكم الإيجاب والقبول فيه، فإن ابتداء الزوج فقال: خالعتك على ألف [درهم]، لم يصح رجوعه عن ذلك، ولم يبطل لقيامه من المجلس قبل قبولها، ولم يقف على حضورها في المجلس بل يجوز إذا كانت غائبة، فإذا بلغها فلها القبول في مجلسها.

ويجوز أن يعلق ذلك بشرط وبوقت فيقول: إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف [درهم]، وإذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف [درهم]، والقبول إليها بعد مجيء الوقت وقدام زيد، فإن [قبلت] قبل ذلك لم يجز، وإنما كان كذلك؛ لأن الزوج من جهته الطلاق، وإيجاب الطلاق لا يصح الرجوع عنه، ويجوز تعليقه بالشرط.

فأما إذا ابتدأت المرأة وقالت: خلعت نفسي منك بألف [درهم]، فذلك كإيجاب البيع، يجوز أن ترجع عنه قبل قبوله، ويبطل بقيامها من المجلس وبقيامه، ولا تقف على غائب، ولا يجوز أن يتعلق بشرط ولا وقت؛ لأن الذي من جهتها المال، والإيجاب في المال في حال الخلوة يبطل بالافتراق، ولا يتعلق بالشروط كالبيع، وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا خالعتها وشرطت لنفسها الخيار جاز، وقالوا: لا يجوز.

وجه قول أبي حنيفة: أن الذي من جهتها تملك المال ، وشرط الخيار يجوز في تملك المال بعوض كالبيع .

وجه قولهما: أنه عقد لا يحتمل الفسخ ، وخيار الشرط مشروط للفسخ .

١٦٨٠ - [فصل: متى يحل للزوج أخذ العوض في الخلع]

وقد قال أصحابنا: إن النشوز [والكراهة] إذا كان من الرجل لم يحل له أخذ العوض ، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ [النساء: ٢٠] وأما إذا كان النشوز من قبلها حل له أخذ العوض ، ويكره [له] أخذ ما زاد على ما أعطاه ، لما روي أن النبي ﷺ قال لثابت بن قيس: «خذ ما سقت إليها ولا تزد»^(١) ، ولأنه إذا أخذ أكثر مما أعطاه فقد أضر بها وهو ممنوع عن الإضرار [١/١٤٢] .

١٦٨١ - [فصل: أخذ أكثر مما أعطاه في الخلع]

وإذا كان النشوز من قبله فأخذ عوضاً أو كان من قبلها فأخذ أكثر مما أعطاه ، جاز ذلك في الحكم ولزم ، وهو مكروه في الدين ، وقال: نفاة القياس لا يجوز .

لنا: [ما روي] أن امرأة ناشزة رفعت إلى عمر ، فأباتها في بيت الرجل ثلاث ليال ، ثم دعاها فقال: كيف وجدت مبيتك؟ فقالت: ما بت ليال منذ كنت

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٣١٣/٧ .

عنده أقر لعيني منهن ، فقال لزوجها: اخلعها ولو بقرطها^(١) . قال قتادة: يعني بمالها كله .

وروي أن مولاة لصفية بنت أبي عبيد زوجة ابن عمر اختلعت بجميع مالها ، فلم ينكر ذلك ابن عمر ؛ ولأن كل عقد جاز فيه العوض القليل جاز فيه العوض الكثير ، كسائر العقود .

١٦٨٢ - [فصل: كل ما كان مهراً في عقد النكاح كان عوضاً في الخلع]

قال أبو الحسن: وكل ما خالعهما عليه مما يكون مهراً في عقد النكاح ، فالخلع عليه جائز وهو لازم [للمرأة] في الحكم ؛ وذلك لأن الخلع عقد على البضع كالنكاح ، لما جاز أن يثبت بدلاً في أحد العقدين جاز أن يثبت في الآخر .

قال: فإن كان [مما بينت] لك أن الزوج بالخيار: بين أن يعطيها [المهر] أو قيمته ، فكذلك المرأة تكون بالخيار ، وهذا مثل الحيوان المطلق ، وذلك لما بينا أن أحد العقدين معتبر بالآخر ، فإذا كان الحيوان إذا سُمي في أحدهما ثبت الخيار بينه وبين قيمته ، فكذلك الآخر .

قال: وإن كان مُحَرَّمًا لا يجوز عليه عقد النكاح ، مثل الخمر والخنزير والميتة والدم والحُرّ ، فإن قبل الزوج [ذلك] منها وقعت الفرقة بينهما ، ولا شيء على المرأة من الجعل ، ولا ترد من مهرها شيئاً ؛ وذلك لأن هذه الأشياء لا يجوز أن تكون عوضاً في حق المسلمين ولا يملكونها بعقودهم فلم تصح تسميتها ، ولا يجب للزوج شيء ؛ لأنه رضي بما لا قيمة له .

(١) ذكره الزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار ، وعزاه إلى ابن شيبه وعبد الرزاق في مصنفيهما في

كتاب الطلاق ، ١/١٤٦ .

وخروج البضع من ملكه ليس له قيمة فلا يرجع بشيء، وليس كذلك النكاح؛ لأن العوض فيه لا يسقط برضاها، فإذا سمّت ما لا قيمة له، صار ككسوتها عن العوض، ودخول البضع في ملك الزوج متقوم، [فلذلك] ^(١) وجب مهر مثلها.

١٦٨٣ - [فصل: حصول الخلع بشيء مجهول]

فإن خالعتها على شيء أشارت إليه مجهول، فقالت: على ما في بطون غنمي أو نعمي، أو جاريتي من ولد، أو على ما في ضروعها من لبن، أو في نخلي أو في شجري من ثمر، فإن كان هناك شيء فهو له، وإن لم يكن هناك شيء ردت عليه ما استحقت عليه بعقد النكاح، والأصل في جواز تسمية الحمل واللبن والثمر في الخلع - خلاف ما قال الشافعي - أنها عينٌ يجوز استحقاقها بالوصية، فجاز تسميتها في الخلع كسائر الأعيان.

وإنما فرّقوا بين النكاح والخلع في باب تسمية هذه الأشياء؛ لأن الخلع رفع للعقد، ورفع العقد قد سُمح فيه في [باب] التسمية ما لم يسامح في العقد، ألا ترى أن الإقالة تصح بغير ذكر العوض، وإن كان البيع لا يصح إلا بعوض مذكور، وأما إذا لم يكن هناك شيء فقد [غرّته] ^(٢) بتسمية ما له قيمة، فلا يجوز أن يزول ملكه بغير عوض، ولا يمكن الرجوع إلى قيمة هذه الأشياء؛ لأنها مجهولة في نفسها، ولا إلى قيمة البضع لأنه لا يتقوم في خروجه من ملك الزوج، فوجب الرجوع [ب/١٤٢] إلى ما يقوم به على الزوج، وهو ما استحقت من المسمى

(١) في النسختين (فكذلك).

(٢) في ب (عتقه) والمثبت من أ.

أو مهر المثل .

١٦٨٤ - [فصل: الخلع على ما في بيتها]

قال: وكذلك إن قالت: على ما في بيتي أو [يدي] ^(١) من متاع؛ وذلك لأنها أشارت إلى عين مقومة مجهولة فهو كاللبن والحمل، وإن كان هناك متاع استحقه، وإن لم يكن فقد غرته بتسمية ما له قيمة، فيرجع عليها بالمهر.

١٦٨٥ - [فصل: الخلع على ما في بطون الغنم والفروع]

فإن قالت: على ما في بطون غنمي أو ضروعها، أو على ما في نخلي أو شجري أو بيتي أو يدي، ولم تزد على ذلك، فإن كان هناك شيء أخذه، وإن لم يكن فلا شيء له؛ وذلك لأنها لم تسم ما هو مقوم، ألا ترى أنه قد يكون في البطن ما له قيمة وما لا قيمة له، وكذلك في اليد والبيت، فإذا لم تغره - والرجوع إنما يكون بحكم الغرور لم يرجع عليها [بشيء].

١٦٨٦ - [فصل]:

وإن قالت: قد اختلعت منك على [ما تلد غنمي أو تحلب، أو تثمر شجري، أو نخلي، أو ما أرث العام] ^(٢) [أو] ما استغل من عقاري، فقد وقعت الفرقة، وعليها أن ترد ما استحقت من المهر أثمر النخل والشجر أو لم يثمر؛ وذلك لأنها سمت مجهولاً وخطراً يجوز أن يكون ويجوز ألا يكون، وكل واحد من الأمرين يؤثر في العقود، فإذا سُمح بأحدهما لم يسامح بهما، وإذا لم تصح

(١) في ب (داري) والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفين زيدت من أ.

التسمية فلا معتبر بالعين إلا أنها قد سمت ما له قيمة ، فوجب الرجوع بالمهر .

١٦٨٧ - [فَصْل: الخلع على ما في يدها]

فإن قالت له: اخلعني على ما في يدي من دراهم أو دنانير أو فلوس ، [فإن كان] ^(١) في يدها شيء فهو له ، وإن لم يكن [في يدها ذلك] فعليها من كل صنف سمت ثلاثة وزناً من الدراهم والدنانير وعدداً من الفلوس ؛ وذلك لأنها لما سمت الدراهم باسم الجمع تعلق العقد بالتسمية ، فإن كان في يدها ثلاثة فصاعداً استحقتها ؛ لأن العقد وقع عليها والجهالة لا تؤثر ، وإن لم يكن في يدها شيء أو كان في يدها أقل من ثلاثة ، فله ثلاثة ؛ لأنها أقل الجمع ، فالمستحق أقل ما يتناوله الاسم لأنه متيقن .

١٦٨٨ - [فَصْل: اشتراط السلطان في الخلع]

والخلع عندنا جائز عند [السلطان و] غير السلطان ؛ وذلك لأنها فرقة لا يقف سببها على الحاكم فلا يقف على السلطان كسائر الفرق .

١٦٨٩ - [فَصْل: العدة من الخلع]

وعلى المرأة من العدة ما عليها في الطلاق ، وذلك لما بينا أن الخلع طلاق ؛ ولأن العدة تجب في الفرق طلاقاً كانت أو غير طلاق .

١٦٩٠ - [فَصْل: الطلاق على مال]

وأما الطلاق على [مال] فهو في أحكامه كالخلع ؛ وذلك لأنها فرقة

(١) في ب (فكان) والمثبت من أ .

بعوض ، فما يعتبر في أحدهما يعتبر في الآخر ، إلا أنهما يختلفان من وجه : وهو أن الخلع إذا وقع على عوض لا قيمة له بطل العوض وبقي الطلاق بائناً لأنه لفظ كناية ، والفرقة الواقعة بالكنايات التي لم تجر مجرى الصريح بائنة .

وأما الطلاق (على عوض)^(١) إذا سمياً فيه ما لا قيمة له فتبطل ، فالطلاق رجعي ؛ لأن صريح الطلاق يقتضي الرجعة ، وإنما تثبت البيونة لاستحقاق العوض ، فإذا بطل العوض بقي مجرد الطلاق الصريح فتثبت الرجعة .

وإنما قلنا إن الطلاق على مال يكون بائناً ؛ لأن الزوج ملك عليها العوض ، فوجب أن تملك ما في مقابلته كسائر الأعواض ، ولأن غرضها في بذل العوض التخلص من الزوج ، فلو كان رجعياً لراجعها فذهب مالها بغير شيء ، وهذا لا يجوز .

١٦٩١ - [فصل : الخلع على حكم الزوج أو الزوجة]

قال : فإن خالعهما على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي إلى آخر ما ذكر منه ، فجملة هذا : أن الخلع على الحكم خلع على تسمية فاسدة ، [١/١٤٣] لأنها جهالة كثيرة وخطر ، فالواجب في التسمية إذا دخلتها الجهالة والخطر [أن يرد] المهر الذي استحقته كما بينا ، وإنما وجب المهر ؛ لأن التسمية لما جعلت ما يقع به الحكم ، فالحكم لا يقع إلا بمقوم ، فقد غرته حين سمّت ما يتقوم ، إلا أنه لا ينحصر فيسلم فوجب الرجوع إلى مهرها .

ثم لا يخلو إما أن يكون الحكم للزوج ، فإن حكم بمقدار المهر أو أقل

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

أجبرت على تسليم ذلك ؛ لأنه حكم بالمستحق أو حط بعضه وهو يملك حط بعضه ، فإن حكم بأكثر من المهر لم تلزمها الزيادة ؛ لأنه أوجب لنفسه أكثر من المستحق بالعقد ، فلا يصح إلا برضاها .

وأما إن كان الحكم إليها ، فإن حكمت (بمهر المثل)^(١) أو أكثر جاز ذلك ، وأجبر الزوج على القبول ؛ لأنها قضت بالمستحق أو زادت عليه ، وهي تملك بذل الزيادة ، فإن حكمت بأقل من المهر لم يجز إلا برضا الزوج ؛ وذلك لأنها حطت بعض ما عليها وهي لا تملك الحط .

وأما إن كان الحكم إلى أجنبي فإن حكم بمهر المثل جاز ، وإن حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة إلا برضا المرأة ، والنقصان إلا برضا الزوج ؛ لأن الأجنبي لا يملك إسقاط حق [كُلٌّ] واحدٍ منهما .

١٦٩٢ - [مَسْأَلَةٌ: سقوط حقوق النكاح بالخلع]

قال أبو حنيفة: إذا خالعتها أو تبارآ ، سقط كل حق تعلق بعقد النكاح عنهما ، فإن كان ذلك قبل الدخول ولم [يدفع]^(٢) المهر إليها ، لم يكن لها المطالبة بنصفه ، وإن لم يذكر ذلك في الخلع ، وإن كانت قبضت المهر فلا رجوع للزوج عليها بشيء ، وقال أبو يوسف في المبارأة مثل قول أبي حنيفة ، وقال في الخلع: لا يسقط إلا ما سَمَّيَا ، وقال محمد: لا يسقط فيهما إلا ما سَمَّيَا .

وجه قول أبي حنيفة: أن المبارأة مفاعلة من البراءة ، فيقتضي إسقاط كل

(١) في أ (بمثل المهر) .

(٢) في ب (يزوج) والمثبت من أ .

واحد منهما للحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه ، أصله : المتخاصمان في الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح كل ما تنازعا فيه ، وأما الخلع فهو مأخوذ من انخلاع الشيء من الشيء ، وذلك يقتضي سقوط الحقوق ، فحل محل البراءة .

وجه قول أبي يوسف : أن المباراة صريحة في البراءة ، والخلع ليس في لفظه ما يقتضي البراءة فيسقط به ما سَمِيَ دون غيره .

وجه قول محمد : أنه طلاق بعوض ، فلا يسقط فيه ما لم يشترط إسقاطه كالطلاق على مال ، قال : ولأنه لا تسقط الديون التي لا تتعلق بالنكاح لأنهما لم يسمياها ، وكذلك ما يتعلق بالنكاح ، ولأنه لا تسقط النفقة وهي من أحكام النكاح فكذلك المهر .

والجواب : أما الديون التي لا تتعلق بالعقد فلم تقع المنازعة فيها ولا في سببها ، فلا تسقط بالعقد .

وأما في مسألتنا فالمنازعة إنما تقع في حقوق هذا العقد ، وهما يقصدان بالخلع إزالة [العقد]^(١) بينهما ، (وذلك يكون بإسقاط حقوقه)^(٢) ، فأما النفقة فلأنها حق لم تجب ، [والبراءة]^(٣) إنما تسقط ما وجب من الحقوق قبلها ، وما وجب بعدها لا تؤثر فيه .

١٦٩٣ - [مَسْأَلَةٌ: طَلَبَ الطَّلَاقَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً]

قال أبو حنيفة: إذا قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً على ألف [درهم] ، فطلقها

(١) في ب (الحلف) والمثبت من أ .

(٢) في أ (وذلك لا يكون إلا بإسقاط حقوقه) .

(٣) في ب (والمرأة) والمثبت من أ .

واحدة وقعت بغير عوض ، وقالوا : تقع بثلاث آلاف^(١) .

وجه قول أبي حنيفة : أن (على) فيها معنى الشرط ، فصار إيقاع الثلاث [١٤٣/ب] شرطاً في استحقاق العوض ، فلا يستحق ببعض الشرط شيء ، (وليس كذلك إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ؛ لأن الباء ليس فيها معنى الشرط) ، وإنما فيها معنى العوض ، فانقسمت الألف على التطبيقات ، فكانت في مقابلة كل واحدة [من الثلاث] ، وليس كذلك إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً بألف ، فطلقت واحدة ؛ لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف ، فلم يجز وقوع البينونة ببعضه .

فإذا أمرته بالطلاق فقد طلبت البينونة بألف ، فإذا أوقع واحدة ، فقد أبانها بثلاثة ، وذلك فعل لما طلبت وزيادة فلذلك جاز ، ولا يلزم إذا قالت امرأتان له : طلقنا على ألف ، فطلق إحداهما ؛ لأنه لا عوض لكل واحدة منهما في طلاق الأخرى ، فلم يعتبر معنى الشرط ، وللمرأة غرض في اجتماع تطبيقاتها ؛ لأن ذلك أقوى للتحريم وأبعد من الرجوع ، فلذلك اعتبر معنى الشرط .

وجه قولهما : (أنها جعلت الألف)^(٢) في مقابلة التطبيقات فانقسم عليها كما لو قالت : طلقني ثلاثاً بألف .

١٦٩٤ - [فصل : صورة من الطلاق على مال]

وأما إذا قالت له : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً وقعن عند أبي حنيفة بغير شيء ؛ لأنه عدل عما سأله ؛ لأن الثلاث لا يُعبرُّ بها عن الواحدة ،

(١) المبسوط ، ١٧٤/٦ (دار المعرفة) .

(٢) في أ (أنه جعل الألف) .



فصار كالمبتدئ للطلاق [فتقع الثلاث بغير شيء].

وقالوا: يقع الثلاث واحدة منها بألف؛ لأن الواحدة في مضمون الثلاث، فقد أوقع ما سألته وزيادة، فكأنه قال: أنت طالق واحدة وواحدة، وواحدة.

١٦٩٥ - [فصل: صورة من الطلاق على مال]

وأما إذا قالت له: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف، وقف ذلك عند أبي حنيفة، فإن قبلت جاز وإلا بطل؛ لأنه عدل عما سألته وابتدأ طلاقاً بعوض، فيقف على قبولها.

وعلى قولهما: يقع الثلاث واحدة منها بألف كما سألت، واثنان بغير شيء.

وحكى أبو بكر عن [أبي] الحسن أنه قال: رجع أبو يوسف في هذه المسألة إلى قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن الزوج جعل الألف في مقابلة ثلاث تطليقات، وهذا غير ما سألت، فصار ذلك كابتداء كلام، فيقف على قبولها.

وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي: أن الثلاث تقع واحدة منها بثلاث الألف، واثنان تقف على قبول المرأة، وهذا صحيح (على أصلهما)^(١) لأنها جعلت في مقابلة الواحدة ألفاً، فإذا أوقعها بثلاثها فقد زادها خيراً، فابتدأ بتطليقتين بثلاثي الألف، فوقف ذلك على قبولها.

١٦٩٦ - [فصل: صورة من الطلاق على مال]

قال أبو حنيفة: إذا قالت له: طلقني ثلاثاً ولك ألف، فطلقها فلا شيء له،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقالا: له الألف .

وجه قول أبي حنيفة: أنها ذكرت الألف غير متعلقة بالطلاق ، ألا ترى أن من قال لامرأته: أنت طالق وزيد في الدار ، لم يقف الطلاق على الشرط ، فإذا لم تتعلق التطليقات بالعوض لم يستحق شيئاً .

وجه قولهما: أنه لا فرق في الأعواض بين الباء والواو ، ألا ترى أن من قال: احمل هذا بدرهم ، أو احمله ولك درهم ، استحق العوض في الوجهين فكذا في مسألتنا .

والجواب: أن الطلاق لا يقف وقوعه على عوض ، فإذا لم يذكر لفظ العوض وقع [١٤٤/ب] بغير شيء ، والإجارة لا تصح إلا بعوض ، فحمل اللفظ على العوض تصحيحاً للعقد ؛ ولأن في الإجارة قد جرت عادة الناس باستعمال هذا اللفظ ، ولم يجر مثلها في الطلاق^(١) .



(١) انظر: الأصل ٥٤٩/٤ وما بعدها .

[٤٣] بَابُ

الإيلاء



قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَ أَلَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ، والإيلاء في اللغة: اليمين .

قال الشاعر:

قليلُ الألياءِ حافظٌ ليمينه ❁ إذا نذرت منه الأليَّةُ برَّتْ^(١)

وقد صار في الشريعة: عبارة عن اليمين على ترك الوطء في الزوجة مدة مخصوصة ، وهذا التخصيص لا يعرفه العرب ، فالاسم شرعي فيه معنى اللغة .
وقد كان الإيلاء طلاقاً في الجاهلية ، فجعلته الشريعة طلاقاً مؤجلاً يتعلق بمضي المدة إذا عدم الفيء فيها ، والأصل في انعقاده الآية .

وقد قال أصحابنا: إن الإيلاء لا يكون إلا بالحلف على ترك الوطء في الفرج أربعة أشهر فصاعداً في الحرة^(٢) .

وقال نفاة القياس: يصح ، وإن حلف على ترك الوطء ساعة .

والدليل على ما قلناه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ

(١) البيت ذكره الجوهري في الصحاح (وإن سبقت) بدل (إذا نذرت) .

ونحوه الزبيدي في تاج العروس ؛ وابن منظور في اللسان ، وقال: «ورواه ابن خالويه قليل الإيلاء ، يريد الإيلاء: فحذف الياء ، والفعل آلى يؤلي إيلاء: حلف...» . (آلى) .

(٢) انظر: الأصل ٢٥/٥ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص ٣٨١ .

﴿ أَشْهُرٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ، فَخَصَّ التَّرْبِصَ بهذه المدة ، فلو صحت اليمين على ما دونها لم يكن لمدة التخصيص معنى ، ولأنه إذا عقد على ما دونها ، فمضت المدة وهو ممتنع من وطئها بغير يمين ، فلا يقع عليها طلاق: كمن ترك وطء امرأته .

١٦٩٧ . [فصل: حلف الزوج على أربعة أشهر]

وقد قال أصحابنا: إنه إذا حلف على أربعة أشهر كان مولياً ، وقال الشافعي: لا يكون مولياً حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر^(١).

لنا: قوله تعالى: ﴿ تَرِصُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ والمدة المذكورة في القرآن للتربص لا يجوز الزيادة عليها كمدة العدة ، والفيء المذكور: هو الوطاء في المدة مع القدرة ، وقال الشافعي: الوطاء بعد المدة .

لنا: ما روي في قراءة ابن مسعود: فَإِنْ فَاؤُوا فِيهِنَّ ، ولأن الله تعالى قال: ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ ثم قال: ﴿ فَإِنْ فَاءَ وَفِإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ [البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧] فهذه الفاء [للتقسيم]^(٢) ، فأحد القسمين يكون في المدة ، والآخر بعدها كقوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [البقرة: ٢٣١] لما ذكر المدة وجاء بالفاء للتقسيم ، كانت الرجعة في المدة والبيونة بعدها .

١٦٩٨ . [فصل: عزيمة الطلاق]

قال: وعزيمة الطلاق عندنا ترك جماعها باليمين أربعة أشهر ، فإن مضت

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٣٨١؛ الأم، ٥/٢٦٩ (دار المعرفة)، وانظر: المنهاج ص ٤٣٢ .

(٢) في ب (للقسم) والمثبت من أ .

قبل أن يجامعها بانت .

وقال الشافعي: إذا مضت المدة وقفه الحاكم وقال له: إما أن تطأ أو تطلق ، فقد ذكر أبو الحسن مثل قولنا عن علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وزيد ، وعثمان ، وابن عمر ، ومسروق ، وشريح ، والحسن ، وابن سيرين ، وابن الحنفية ، وابن المسيب ، وأبي بكر ابن عبد الرحمن ، ومكحول ، ومجاهد .

والدليل على ما قلناه: إن الإيلاء كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فأجّله الشرع ، والطلاق المؤجل يقع بمضي المدة من غير إيقاع ، أصله إذا أجّله الزوج فقال لها: أنت طالق رأس الشهر .

١٦٩٩ - [فصل: اليمين المانعة من المواقعة]

قال أبو الحسن: وكل يمين منعت جماع حرة أربعة أشهر فصاعداً إلا بحنث يوجب الكفارة فهو مؤلٍ ، وهذا الذي ذكره ليس بحد الإيلاء ؛ لأنه لا يشتمل على جميعه ، وإنما ذكر جملة لا توجد إلا [١٤٤/ب] في الإيلاء .

فأما الحد [فقد]^(١) قال أصحابنا: إنه كل يمين في زوجة منعت جماع المدة المشروطة إلا بمعنى يلزمه يتعلق بالأيمان ، أو يتعين إيلاء ، وإنما كان ما ذكره أبو الحسن إيلاءً ؛ لوجود هذا الحد فيه ، وإن كان ما ذكره غير [عام] .

١٧٠٠ - [فصل: مدة إيلاء الأمة]

قال أبو الحسن: وكذلك الأمة إذا كانت اليمين تمنع جماعها شهرين فصاعداً ، وقال الشافعي: مدة إيلاء الأمة كمدة إيلاء الحرة .

(١) في ب (وجد) والمثبت من أ .

لنا: أنها مدة ورد بها القرآن بلفظ التربص ، فكان للرق تأثير في نقصانها كمدة العدة .

١٧٠١ - [فصل: في الفيء في الأمة]

قال أبو الحسن: وسبيل الأمة في الفيء وعزيمة الطلاق في مدة إيلائها كالحرّة؛ وذلك لأن حكم الإيلاء إنما يثبت في الحرّة؛ لأنه قصد الإضرار بها، فعوقب بضرب من المدة، وهذا المعنى موجود في الزوجة الأمة .

١٧٠٢ - [فصل: اليمين التي تكون إيلاءً]

قال: ولا يكون اليمين إيلاءً إلا أن يحلف على الجماع في الفرج خاصة؛ وذلك لأن الإيلاء ثبت حكمه لأنه قصد منع حقها، وحق المرأة في الجماع دون غيره .

١٧٠٣ - [فصل: ما يكون مولياً من الأيمان]

قال: وكل يمين يلزم بها معنى غير الكفارة، فهي على ضربين: منها ما يكون مؤلياً، ومنها ما لا يكون به مؤلياً، وفي ذلك خلاف سببته بعد هذا .

وكأنّ أبا الحسن لما لم يستمر له الحد الذي يطرّد وينعكس ذكر الطرد^(١) ثم قسم العكس ليبين أن الكلام الأول لا يستغرق استغراق الحدود .

(١) «الطرّد: ما يوجب الحكم لوجود العلة، وهو التلازم في الثبوت». «والعكس: عدم الحكم لعدم

العلة»، كما في التعريفات (الطرّد والعكس).

والطرّد والعكس: «أن يوجد الحكم عند وجود وصف، ويرتفع عند ارتفاعه في صورة واحدة،

ويعد شرطاً من شروط صحة العلة المؤثرة التي يدور معها الحكم وجوداً وعدمًا، ويسمى الجريان

والدوران». معجم مصطلحات أصول الفقه (طرّد).

١٧٠٤ - [فَصْل: الإيلاء بعدم مماسة الجلد الجلد]

قال محمد في رجل حلف فقال: والله لا يمس جلدي جلدك، إنه ليس بمُولٍ؛ وذلك لأنه يحنث بغير الجماع، والإيلاء وقف الحنث [فيه] على الجماع؛ ولأنه يقدر على جماعها بغير مماسة الجلد إذا لف ذكره بحريرة.

١٧٠٥ - [فَصْل: في فرقة الإيلاء]

قال أبو الحسن: وإذا وقعت تطليقة بمضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أخرى وهي في العدة، لم يقع طلاق آخر.

والأصل في هذا: أن الفرقة التي تقع بمضي المدة طلاق بائن؛ وذلك يقع من طريق الحكم، والفرقة الحكمية بائنة، ولأننا نوقع الفرقة لتخليصها من زوج يمنعها حقها لتتوصل إلى زوج لا يمنعها [حقها]، (فلو جعل أنها رجعية)^(١) لراجعها، فلم يحصل الغرض، فإذا ثبت أن الفرقة بائنة وابتدأ المدة الثانية عقيب الأولى، فيحصل ابتداءها وهي بائنة لا حق لها في الوطاء، فلا تتعلق بالإيلاء فرقة^(٢).

١٧٠٦ - [فَصْل: عود الإيلاء باليمين]

[قال]: فإن تزوجها بعد مضي الأربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر منذ تزوج بانة بأخرى، وكذلك إن تزوجها ثالثة؛ وذلك لأن المولي إذا أطلق الإيلاء فكأنه قال: أنت طالق بمضي كل أربعة أشهر لا أطوك فيها، فإذا بانة سقط حقها من

(١) في أ (فلو جعلناها رجعية).

(٢) انظر: الأصل ٢٥/٥.

الوطء فسقط حكم الإيلاء، فإذا تزوجها عاد حقها في الوطء، واليمين بحالها لم تنحل فيعود الإيلاء.

وهذا فرع على أصلنا: أن زوال الملك لا يوجب بطلان اليمين، وبيان ذلك في كتاب الأيمان.

١٧٠٧ - [فصل: وقوع الإيلاء بعد وقوع الطلاق]

فإن تزوجها بعد وقوع الثلاث تطليقات، فمضت أربعة أشهر لم يقع عليها شيء عندنا؛ لأنه استوفى طلاق الملك الذي حلف فيه، واستفاد طلاقاً لم يكن في ملكه يوم اليمين، ولا أضاف يمينه إليه، ولا هو تابع لما كان في ملكه، فلم يقع.

وقال زفر: يقع عليها أبدأً [وبنى] على أصله أن استيفاء طلاق الملك لا يمنع [١/١٤٥] وقوع الطلاق باليمين.

١٧٠٨ - [فصل: الإبانة بعد الإيلاء]

وإذا آلى منها ثم أبانها، فمضت أربعة أشهر وهي في العدة، وقعت أخرى بالإيلاء؛ وذلك لأن ابتداء الإيلاء كانت وهي زوجة، فصَحَّ الإيلاء، فإذا أبانها [صارت مبتوتة^(١)]، فالمبتوتة تلحقها البينونة بعقد سابق، وإن كان لا تلحقها ابتداءً على ما بيناه في الطلاق^(٢).

(١) المبتوتة - من بتَّ الطلاق -: إذا قطعها عن الرجعة، أي: المطلقة طلاقاً بائناً. انظر: مختار الصحاح؛ المصباح (بت).

(٢) انظر: التجريد، ١٠/٥٠١١ وما بعدها.

بَابُ

اليمين التي يكون الحالف بها مولياً



قال الشيخ رحمته: جملة هذا الباب أن اليمين على ضربين^(١): يمين هي قَسَمٌ: وهي ما اقتضى تعظيم المقسم به، ويمين: هي شرط وجزاء^(٢).

فالنوع الأول: ما كان حالفاً باسم من أسماء الله تعالى، [أو بصفة من صفاته سبحانه]^(٣)، كقوله: والله، والرحمن، والرحيم، والكبير، والجليل، والطاهر، والقادر، واللطيف، والخبير.

والصفة على ضربين: ما كان من صفات الذات فهو يمين، كقوله: وعزة الله، وعظمته، وجلاله، وكبريائه، وقدرته، وكذلك إذا قال: والله، وتالله، وبالله.

فأما قوله: وعِلْمُ الله، فالقياس أن يكون يميناً، والاستحسان: لا يكون يميناً. وصفات الفعل لا يكون بها مولياً، كقوله: وغضب الله، وسخطه، ورحمته، وثوابه؛ وذلك لأن اليمين بالاسم منعقدة [فيه]، لأن الواجب تعظيم المسمى ومراعاة حرمة.

فأما صفات الذات فذكرها كذكر الموصوف؛ لأنها لا تنفرد عنه.

وأما صفات الفعل: فهي غير الله تعالى، والحلف بغير الله تعالى لا يكون

(١) انظر بالتفصيل في باب الأيمان في الكتاب؛ ومختصر القدوري ص ٥٠٣.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٣٨١.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت لاقتضاء العبارة واستقامتها كما تأتي.

يميناً، وقد كان القياس في: (علم الله) أن يكون يميناً؛ لأن العلم من صفات الذات، ولكنهم استحسنوا وقالوا: العلم يذكر ويراد به المعلوم، فيقول القائل: اللهم اغفر لنا علمك فينا، يريد: معلومك، والحلف بمعلوم الله تعالى ليس بيمين.

فأما ألفاظ القَسَم فهي: الباء، والواو، والتاء، وأصلها الباء؛ (لأنها من أعم)^(١) الحروف، ألا ترى أنها تدخل على القسم بالله وبغيره وبالمضمر والمظهر.

والواو: أخص منها؛ لأنها تدخل على المظهر دون المضمر.

والتاء: أخص منها؛ (لأنها لا تدخل إلا على اسم الله تعالى، وعلى هذا: وايم الله وايمن الله)^(٢)؛ لأن العادة جرت من العرب بالحلف بذلك، فصار قَسَماً، وكذلك قوله: لعمر الله؛ لأن العمر هو البقاء، والبقاء من صفات الذات، فكأنه قال: والله الباقي، وكذلك أُقسِم، أو أقسم بالله.

وقال زفر: إذا قال: أقسم لا يكون يميناً.

(لنا: قول)^(٣) الله تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَنْوُونَ ﴿١٨﴾﴾ [القم: ١٧ - ١٨] والاستثناء يدخل على الأيمان، ولم يقل: «إذ أقسموا بالله»، فأما إذا قال: أقسم بالله، فقد صرح بالمقسم به فأولى أن يكون يميناً.

فأما إذا قال: أحلف، أو أحلف بالله؛ فهو يمين، وقال زفر في أحلف: لا

(١) في أ (لأنه أعلم).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (لقوله تعالى).

يكون يميناً.

لنا: قوله تعالى: ﴿يَخْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦] ولم يقل: «يخلفون بالله»، فأما أحلف بالله، فلقوله تعالى: ﴿يَخْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا﴾ [التوبة: ٧٤].

وأما إذا قال: أشهد، أو أشهد بالله، فهو يمين لقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] ثم قال: ﴿أَتَّخِذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢].

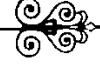
وأما زفر فقال في جميع ذلك: إذا لم يذكر اسم الله فليس بيمين؛ لأنه يحتمل أن يكون القسم به أو بغيره، وأما إذا قال: عَلَيَّ عهد الله أو ميثاقه، أو ذمته، فهو يمين لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١] فدل على أن العهد يمين، والميثاق في معنى العهد، فأما الذمة فلقوله ﷺ: «فإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تفعلوا، فإنكم إن تخفروا ذممكم وذمم آبائكم خير من أن تخفروا ذمة الله»^(١).

وأما إذا قال: أنا بريء من الإسلام، أو يهودي، أو مجوسي، أو نصراني (إن قربتك)^(٢)، فهذا كله يمين، وذلك لقوله ﷺ: «من حلف بملة غير ملة الإسلام فهو كما قال»^(٣)، فسمى ذلك حلفاً، ولأن الكفر محرّم على التأبيد لحق

(١) أخرجه الترمذي (١٦١٧)؛ والنسائي في الكبرى (٨٧٨٢)؛ والدارمي في سننه ٢/٢٨٥؛ وأحمد في المسند ٥/٢٥٨؛ «ورواه البزار، وفيه سالم بن عبد الواحد المرادي، وثقه ابن حبان، وضعفه ابن معين»، كما قال الهيثمي في المجمع ٥/٢٥٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) أخرجه عبد الباقي في معجم الصحابة من حديث ثابت بن الضحاك بزيادة (كاذباً متعمداً فهو كما قال)، ١٢٨/١؛ والبيهقي في شعب الإيمان، عن ثابت بن الضحاك، قال: «رفعه إلى النبي ﷺ، فذكره بمعناه، غير أنه لم يذكر النذر، أخرجاه في الصحيح من حديث أيوب ويحيى بن أبي كثير». ٤/٢٩٤.



الله تعالى فهو كحرمة اسمه الذي حرّم هتكه على التأبید .

وكذلك إن قال: إن قربتك فعَلَيَّ يمين ، أو كفارة اليمين ؛ (لأنه صرح بإيجاب اليمين ، فلا فرق بين ذلك وبين قوله: والله ، وأما إيجاب كفارة اليمين) ، فلأن اليمين إنما يصير بها مؤلياً ؛ لأنه لا يتوصل إلى الوطاء إلا بالكفارة ، فإذا التزم الكفارة فهو مثله .

وقد قالوا فيمن قال: إن قربتك فعَلَيَّ نحر ولدي فهو مولٍ ، وقال زفر: لا يكون مؤلياً ، وهذا فرع على (أن هذا النذر)^(١) يوجب ذبح شاة ، وذلك من جملة الكفارات .

فإن قال: إن قربتك فعَلَيَّ حِجَّةً أو عُمْرة ، فهو مولٍ ؛ لأن الحِجَّةَ والعمرة من أحكام الأيمان ، ألا ترى أنها توجب الكفارات بمقتضاها ، ولا يتوصل إليها إلا بالمال في الغالب ، فإن قال: فعَلَيَّ هَدْيٌ فهو مثله ؛ لأن الهدْيَ من جملة الكفارات ، فإن قال: فعَلَيَّ صدقة فمثله ؛ لأن الصدقة من أحكام الكفارة: وهي الإطعام ، فإن قال: فعَلَيَّ صيام فهو مولٍ ؛ لأن الصيام من أحكام الكفارة ، وكذلك الاعتكاف ؛ لأنه لا يصح إلا بصوم .

وأما القِسْم الثاني من الأيمان: وهو الشرط والجزاء فيمينٌ لا يعرفها أهل اللغة ، وإنما يعرفون القسم ، والشرط والجزاء صار يميناً يعرف أهل الشريعة إذا كان للامتناع ، ولم تجر عادة بخلاف ذلك ، فإذا كان هذا من أيمان الشرع صار كالقِسْم ، فإذا قال: إن وطئتك فعبدني حرّاً ، أو فلانة طالق ، أو هي كظهر أمي فهو

(١) في أ (أن النذر به) .



مولٍ؛ لأنه لا يتوصل إلى الوطء إلا بمعنى يلزمه من أحكام اليمين^(١).

١٧٠٩ - [فصل: المختلف من العبارات في الإيلاء]

فإن قال: إن قربتك فعليّ أن أصلي ركعتين أو أغزو، لم يكن مولياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكان مولياً عند محمد وزفر والحسن بن زياد.

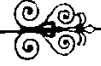
وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الصلاة ليست من أحكام الأيمان، فصار إيجابها كإيجاب صلاة الجنابة وسجدة التلاوة.

وجه قول محمد: أن الصلاة يصحّ إيجابها بالندر كالصوم والحج، قال محمد: واختلافهما في أن الحجّ فيه معنى المال، والصلاة ليس فيها معنى المال، لا يقتضي التفريق [بينهما].

ألا ترى أنه إذا قال: لله عليّ أن أصلي ركعتين في بيت المقدس، لم يكن مولياً، وإن كان لا يتوصل إلى ذلك إلا بمال، فأما صلاة الجنابة فلأنه لا يصح إيجابها؛ لأن من فعلها وقعت واجبة بالشرع لا بإيجابه، وسجدة التلاوة لا تجب إلا بالتلاوة.

وقد قالوا فيمن قال: إن قربتك فله عليّ صوم شهر كذا، فإن كان ذلك الشهر يمضي قبل الأربعة أشهر فليس بمولٍ؛ لأنه إذا مضى أمكنه الوطء في المدة من غير شيء يلزمه، وإن كان لا يمضي إلا بعد الأربعة فهو مولٍ؛ لأنه لا يتوصل إلى وطئها في المدة إلا [١/١٤٦] بصيام يلزمه.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٥٠٣.



وقالوا فيمن قال: أنا منك مولٍ، فإن [عنى] ^(١) الخبر بالكذب فليس بمولٍ فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن لفظه لفظ الخبر فلا يصدق في القضاء؛ لأن الظاهر من كلامه الصفة، وإن عنى الإيجاب فهو مولٍ في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يوقع الإيلاء بهذا اللفظ وهو يملك إيقاعه ^(٢).

١٧١٠ - [فصل: الإيلاء بلفظ (حرام)]

وإن قال: إن قربتك فأنت عليّ حرام [ينوي الطلاق، فهو مولٍ عندهم جميعاً؛ لأنه لا يتوصل إلى وطئها إلا بحدث يلزمه، فإن] نوى اليمين فهو مولٍ عند أبي حنيفة؛ لأنه [لا] ^(٣) يتوصل إلى وطئها إلا بمعنى يلزمه وهو التحريم، فصار كقوله: أنت عليّ كظهر أمي.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون مولياً؛ لأن الحرام إذا نوى به اليمين، [فهو إيلاء] ^(٤)، فصار كمن قال: إن قربتك فوالله لا أقربك.

١٧١١ - [فصل: التشبيه في الإيلاء]

فإن قال: فأنت عليّ مثل امرأة فلان، وقد كان فلان آلي من امرأته، فإن نوى الإيلاء كان مولياً؛ لأنه شبهها بها في باب اليمين فتساويا، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم لم يكن مولياً؛ لأن التشبيه لا يقتضي الاشتراك في كل الصفات.

ولو آلى من امرأة وقال للأخرى: قد أشركتك في إيلائها، كان باطلاً؛ لأن

(١) في ب (علي) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢٦/٥، ٢٧.

(٣) زيدت ما بين المعقوفتين من أ.

(٤) في ب (يمين) والمثبت من أ.

الشركة تقتضي أن لا يحنث إلا بوطئها، وذلك تغيير لموجب اليمين؛ [لأن الشركة تقتضي أن تكون المدة بينهما، فيصيب كل واحدة منهما أقل من أربعة أشهر، وهذا يمنع الإيلاء].

قال محمد محتجاً في ذلك في إملاء الكيساني: لو صحَّ الاشتراك لأشرك معها في اليمين الأجنبية، فلم يجب بوطء زوجته شيء، ولم يتعين في الأجنبية إيلاء، وهذا إبطال لحكم الإيلاء^(١).

قال محمد: ولو قال لامرأته: أنت عليّ حرام، ثم قال لامرأة أخرى له: قد أشركتك معها، كان مولياً منهما؛ وذلك لما قدمنا أن التحريم إذا تعلق بجملة حنث بفعل بعضها، والشركة لا تغير موجب اليمين.

١٧١٢ - [فصل: الإيلاء بشرط المستقبل]

وإن قال: فكل مملوك أملكه فيما أستقبل حر، أو فكل امرأة أتزوجها [فهي] طالق، فهو مولٍ عند أبي حنيفة ومحمد؛ وذلك لأنه لا يتوصل إلى الوطاء إلا بحنث يلزمه، ألا ترى أنه إذا وطئ حنث في كل امرأة يتزوجها عند التزويج، فصار كقوله: فكل امرأة لي طالق.

وقال أبو يوسف: لا يكون مولياً؛ لأنه يقدر أن يمتنع من التزوج والملك، فيتوصل إلى (القربان)^(٢) بغير شيء يلزمه.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: إن قربتك فعبدني حر فهو مولٍ؛ لأنه لا

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ، لسقوط جزء، ولاضطراب الجزء الآخر في ب.

(٢) في أ (الوطاء).

يتوصل إلى الوطء، والحالة هذه، إلا بحنث يلزمه، وقال أبو يوسف: ليس بمولٍ؛ لأنه يقدر على بيع العبد، فيطؤها في المدة من غير شيء يلزمه.

١٧١٣ - [فصل: الإيلاء بالحلف بشيء غير الله تعالى]

قال أبو الحسن: ومن حلف بشيء غير الله تعالى لم يكن مولياً، ولم يكن عليه كفارة؛ وذلك لقوله ﷺ: «لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطواغيت، من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»^(١)، وقال لعمر: «من حلف بغير الله فقد أشرك»^(٢).

وأما ما يقع الحلف عليه حتى يصير مولياً: بأن يحلف أن لا يجامعها؛ لأنه سعتها حقها من الوطء، وكذلك إذا حلف لا يقربها؛ لأن القرب المضاف إلى الزوجة المراد به الوطء، وكذلك لا يياضعها؛ لأن المباضعة مفاعلة من [ملاقة البضع] البضع، وكذلك لا يغتسل منها؛ لأن الاغتسال منها لا يكون إلا عند الوطء في الفرج، فأما بالوطء في غير الفرج فالاغتسال ليس منها، وإنما هو من الإنزال، وكذلك إذا قال: إن أتيتك [١٤٦/ب] أو أصبت منك، يريد الجماع؛ لأن هذا من كنيات الجماع، وكذلك إن وطئتك؛ لأن الوطء إذا أضيف إلى الزوجات أفاد الجماع.

وكذلك إذا قال: افتضضتك وهي بكُرٌّ؛ لأن الافتضاض لا يكون إلا بالمخالطة، فإن قال لا يمس جلدي جلدك فليس بمولٍ؛ لأنه يحنث بغير الجماع،

(١) أخرجه البخاري (٦٩٦٦)؛ ومسلم (١٦٤٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٥١)؛ والترمذي (١٥٣٥)، وقال: «حديث حسن»؛ وأحمد في المسند

(١٨٦/٢)؛ وابن حبان في صحيحه (٢٠٠/١٠)؛ والحاكم في المستدرک (٣٣٠/٤).

وكذلك إذا حلف لا يمسها، وكذلك لا يضاجعها، ولا يقرب فراشها، وقال: لم أعنِ الجماع فهو مصدق في القضاء؛ وذلك لأنه يقدر على جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش.

وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال: إن اجتمع رأسي ورأسك فعبدني حرّاً، إن عنى الجماع فهو مولٍ، وإن لم يعنِ الجماع فلا يجتمعان على فراش ولا مرفقة، وله جماعها من غير اجتماع على الفراش، ولا شيء يجتمع رؤوسهما عليه، فإن قال: والله لا يجمع رأسي ورأسك وسادة، أو لا يأويني وإياك بيت، أو لا أبيت معك في فراش، فإن عنى الجماع فهو مولٍ، وإن لم يكن له نية فهو على أن لا يأوي ولا يبيت على فراش ولا يجتمعان على وسادة، ويطؤها على الأرض والبراري، فإن عنى الجماع دون الفراش، فكيف جامعها فهو حانث؛ لأن هذا كلام محتمل، فوقف على النية^(١).

١٧١٤ - [فصل: قول الزوج: لا أقربك سنة إلا يوماً]

ولو قال: والله لا أقربك سنةً إلا يوماً، لم يكن مولياً عند أصحابنا، وقال زفر: هو مولٍ.

وجه قولهم: إنه استثنى يوماً منكرًا، فكل يوم من السنة يجوز أن يكون هو المستثنى، فيتوصل إلى وطئها في كل أربعة أشهر من غير شيء يلزمه، فصار كقوله: لا أقربك أربعة أشهر إلا يوماً^(٢).

(١) انظر: الأصل ٣٢/٥، ٣٣.

(٢) ووضح ذلك محمد في الأصل بقوله: «لأنه يقدر أن يجامعها في تلك السنة بغير حنث ولا كفارة؛ لإمكان ذلك، فإن قربها ذلك اليوم في أول السنة، وقد بقي من السنة أربعة أشهر، فإنه مولٍ؛ لأنه لا يقدر على أن يقربها فيما بقي إلا بكفارة». ٢٨/٥.

وجه قول زفر: أن الاستثناء يكون من آخر المدة، بدلالة من أَجَرَ داره سنة إلا يوماً، وبدلالة من قال: لا أقربك سنة نقصان يوم.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن في الإجارة لو حملنا على يوم منكرٍ لبطلت، فحملناه على يوم من آخرها ليصحَّ، وهذا المعنى لا يوجد في الإيلاء، وأما النقصان فيختص بآخر الشيء؛ فلذلك لم يمنع الإيلاء.

١٧١٥ - [فصل: المعتبر في الإيلاء الممدد]

والمعتبر في الإيلاء [الممدد]^(١) دون الأيمان، وإذا اختلفت [ممدد] الإيلاء وقعت بكل مدة تطليقة وإن كانت يميناً واحدة، وإذا كانت المدة واحدة وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة واحدة وكانت اليمين واحدة أو أكثر.

مثال الفصل الأول: إذا قال لامرأته: والله لا أقربك، ثم مكث يوماً ثم قال: والله لا أقربك، ثم مكث يوماً ثم قال: والله لا أقربك؛ لم يكن دخل بها، فمضت أربعة أشهر من الإيلاء الأول فبانت، ثم تزوجها عادت الإيلاء عقيب الزواج، فإذا مضت أربعة أشهر وقعت تطليقة واحدة، وإن كان [عنى] [بها] ثلاث أيمان، ولو وطئها وجبت عليه ثلاث كفارات؛ وذلك لأن الطلاق إنما يتبع المدة ولا يتبع اليمين.

ألا ترى أن [في] اليمين التي لا توجب التربص لا يقع بحكمها طلاق، فإذا كانت مدة الأيمان واحدة، لم يقع أكثر من تطليقة واحدة.

(١) في ب (المدة) والمثبت من أ.

والممدد: جمع المدة: «مقدار من الزمان يقع على القليل والكثير». المعجم الوجيز (مدد).

ومثال القسم الثاني: إذا قال: كلما دخلت الدار فوالله لا أقربك، فدخلت دخولاً بعد دخول، تعلق بكل دخول إيلاء، فإذا مضت أربعة أشهر من الدخول الأول وقعت واحدة، فإذا مضت أربعة أشهر من الدخول الثاني وقعت أخرى، ولو كان وطئها في المدة الأولى لم تجب إلا كفارة واحدة؛ لأن مدة [١/١٤٧] الإيلاء اختلفت فوقع بكل مدة طلاق، والمعتبر في لزوم الكفارة لفظ اليمين، فإن تكرر اللفظ تكررت الكفارة، اختلفت المدة أو اتفقت، وإن لم يتكرر لفظ اليمين فالكفارة واحدة؛ لأنها تجب لحرمة الاسم، فاعتبر في تكرارها تكرار الاسم^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٤٨/٥ وما بعدها. التجريد، ٥٠٣٨/١٠ وما بعدها.

[٤٤] بَاب

الفِيء



قال الشيخ رحمته الله: الأصل في هذا الباب ، أن الفِيء ^(١) عبارة عن الرجوع يقال: فاء الظل إذا رجع ، فلما كان المُولِي قصد إلى منع حقها من الوطاء صار وطاءه رجوعاً عما قصده فسُمِّي فَيْئاً ، وقد بَيَّنَّا أن الفِيء المذكور في الإيلاء ^(٢) يختص بالمدة .

والفِيء على ضربين: أحدهما: بالوطء مع القدرة ، والآخر: بالقول مع العجز عن الوطاء ^(٣) ، فأما القادر على الوطاء فلا يكون فَيْئُهُ إلا بالجماع ، وروي ذلك عن علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، ومسروق ، والشعبي ، وإبراهيم ، وسعيد بن جبير ، والحَكَم رحمته الله ؛ لأنه عوقب بإيقاع الطلاق على منعه من حقها ، فما لم يوفها حقها بالوطء لم يسقط حكم الإيلاء ، وأما العجز فهو على وجهين: عجز من طريق المشاهدة ، وعجز من طريق الحكم ، فالعجز من طريق المشاهدة: كالمرض الذي لا يقدر معه على الجماع ، أو تكون مريضة لا يقدر أن يجامعها ، أو صغيرة ^(٤) لا تجامع مثلها ، أو رتقاء ، أو يكون محبوباً ، أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها في مدة الإيلاء ، أو تكون ناشزة محتجة في

(١) والفِيء ، من فاء الرجل فَيْئاً ، أي: رجع ، ومنه: «وفاء المُولِي فَيْئَةً: رجع عن يمينه إلى زوجته» ، أي: العودة إلى نكاح زوجته . انظر: المصباح (فيء) .

(٢) في أ (الآية) .

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ، ٢/٢٠٧ .

(٤) في أ (الصغيرة التي) .

مكان لا يعرفه ، أو يكون محبوساً لا يقدر أن يدخلها عليه ، فهذا كله فيه القول .

وقد روي أن الفيء بالقول عند العجز عن ابن مسعود ؛ وذلك لأنه لا يقدر على إيفاء حقها بالوطء ، فلزمه غاية ما يقدر عليه ، وهو أن يرجع عما عزم عليه بقوله ، فإذا قال ذلك فقد حصل الفيء ، ومن شَرَطَ الفيء بالقول أن يستمر^(١) العجز حتى تمضي المدة ، فإن صَحَّ مع بقاء المدة بطل الفيء بالقول ، وانتقل فيه إلى الجماع ؛ وذلك لأن الفيء بالقول جعل بدلاً (عند العجز)^(٢) ، فإذا زال العجز مع بقاء المدة انتقل الحكم إلى الأصل ، كوجود الماء في الصلاة^(٣) .

وأما العجز من طريق الحكم : مثل أن يكون مُحْرِمًا أو صَائِمًا في رمضان ، فلا يكون فيئه عندنا إلا بالوطء ، وقال زفر : فيئه بالقول .

لنا : أنه قادر على الوطاء ، فصار كغير المُحْرِم .

وجه قول زفر : أن المنع لحق الله تعالى كالمنع من طريق المشاهدة ؛ بدلالة أن الخلوة لا تصحُّ مع الإحرام كما لا تصحُّ مع المرض .

١٧١٦ . [فَصْل : صفة الفيء من الإيلاء]

وأما صفة الفيء بالقول بأن يقول : قد فئت إليك ، أو راجعتك ، أو ما أشبه ذلك ؛ لأن هذا القول يدل على رجوعه عما عزم عليه ، وقد ذكر أبو الحسن عن أبي حنيفة أنه [قال : يقول الزوج]^(٤) : اشهدوا أنني [قد] فئت إلى امرأتي ، أو

(١) في أ (يتم) .

(٢) في أ (عن الوطاء للعجز) .

(٣) انظر : تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٢٠٠ ؛ الأصل ٣٠/٥ ، ٣١ .

(٤) في ب (يقول) والمثبت من أ .

أبطلت إيلاءها، وهذه الشهادة ليست بشرط في الفيء، وإنما ذكرها احتياطاً للزوج حتى إذا ادَّعى الفيء بعد مضي المدة فكذبتة، أقام [عليها]^(١) البينة.

وقد قال أصحابنا: إذا اختلف الزوج والمرأة في الفيء مع بقاء المدة فالقول قول الزوج؛ لأنه يملك الفيء، وإن اختلفا بعد مضي المدة، فالقول قول المرأة؛ لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملك الفيء فيها.

١٧١٧ - [فصل: في زوال المانع قبل مضي المدة]

قال أبو الحسن: فإن زال المانع قبل مضي أربعة أشهر بطل الفيء وقد بينا ذلك، ومعنى قولنا أن الفيء قد يصح بالقول: أن الطلاق لا يقع بمضي المدة، وأما اليمين فهي على حالها؛ لأنها [١٤٧/ب] لا تنحل إلا بالحنث، وذلك يقع بفعل المحلوف عليه، فأما القول فليس بمحلوف عليه، فلا ينحل [به] اليمين.

١٧١٨ - [فصل: الفيء فيما إذا كان آلى الزوج في حال الصحة ثم مرض]

قال: وكذلك إن آلى وهو صحيح ثم مرض، فإن كان قدراً صحته ما يمكنه بيه الجماع ففيه الجماع؛ وذلك لأنه كان يقدر أن يجامعها في مدة الصحة، فلما لم يفعل فرط في إيفاء حقها، فلم يعذر بالمرض الحادث، فأما إذا كانت الصحة لا يمكن الجماع فيها لقصرها فهو معذور؛ لأنه لم يفرط في ترك الجماع.

١٧١٩ - [فصل: الفيء باللسان]

قال: ولا يصح الفيء باللسان إلا أن تكون - في حال ما يفيء إليها - زوجته غير بائن منه، فإن كانت بائناً لم يكن ذلك فيئاً؛ وذلك لأن الفيء بالقول قائم

(١) في ب (البينة عليه) والمثبت من أ.

مقام الفيء بالوطف لأجل الضرورة حتى لا تبين منه بمضي المدة، وهذا المعنى لا يوجد بعد زوال النكاح، فلا معنى لإثبات حكم الفيء بالقول، وليس كذلك الوطف إذا وجد بعد زوال الملك؛ لأن ذلك يحل اليمين، فيبطل حكمها بانحلالها، (لا أنه فيء) (١).

١٧٢٠ - [فصل: إيلاء المريض وفيئه]

فإن آلى وهو مريض، ولم يفى حتى مضت المدة فبانت ثم صحَّ ثم تزوجها وهو مريض، ففاء إليها بلسانه، فذلك فيء عند أبي يوسف، وليس بقيء عند محمد.

وجه قول أبي يوسف: أن الإيلاء حصل وهو مريض، وعاد حكمه وهو مريض، والصحة بين المدتين كوجود الماء في غير الصلاة، فلا يؤثر فيها.

وجه قول محمد: أن المدة كلها (في حقه يمين واحدة) (٢)، فصارت كالركعات الموجبة بالتحريم، فالقدرة على الأصل في خلالها يسقط حكم البدل (٣).



(١) في أ (حملة لا لأنه فيء).

(٢) في أ (موجبة بيمين واحدة).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٥٦/٥ وما بعدها. التجريد ٥٠٤١/١٠ وما بعدها.



بَابُ إِيْلَاءِ الذَّمِّ وَالْمُسْلِمِ يَرْتَدُّ بَعْدَ إِيْلَائِهِ



قال الشيخ رحمته الله: جملة هذا الباب: أن الذمي إذا آلى باسم من أسماء الله تعالى، أو صفة من صفات ذاته، فهو مؤلٍ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بمؤلٍ.

وجه قول أبي حنيفة: أن اسم الله تعالى يتعلق به حكم في حق الكافر بدلالة أنه إذا سَمِيَ على الذبيحة أكلت، وإذا جحد الدعوى استحلف عليها، وإذا ثبت حكمه في حقه صار كالمسلم؛ ولأن من صَحَّ إيلاؤه بالطلاق والعتاق، صَحَّ باسم الله تعالى كالمسلم.

وجه قولهما: أن اليمين بالله تعالى لا ينعقد من الذمي كاليمين في غير الإيلاء؛ ولأنه يتوصل إلى وطئها من غير شيء يلزمه، فلا يكون مؤلياً. وهذا ليس بصحيح، أما انعقاد يمينه فلأنه لا حكم لها إلا الكفارة، وهي لا تصح منه، والإيلاء حكم يصح حكمه منه وهو الطلاق.

وأما توصله إلى الوطء من غير شيء يلزمه. فليس بصحيح؛ لأنه يحنث عند أبي حنيفة في اليمين، والحنث معنى يلزمه^(١).

١٧٢١ - [فَصْلُ: الحلف بالطلاق أو العتاق]

وأما إذا حلف بطلاق أو عتاق فهو مؤلٍ في قولهم جميعاً؛ لأنه في الحلف

(١) انظر: الأصل ٣٩/٥.

بالطلاق والعتاق كالمسلم فَصَحَّ إيلاؤه، وأما إن حلف بحج أو قربة تلزم مثل العمرة والصدقة والصيام^(١) أو غير ذلك من القُرب، فليس بمولٍ في قولهم؛ لأن هذه الأفعال لا تصح منه، ولا يثبت حكمها في حقه، فيتوصل إلى الوطاء من غير شيء يلزمه^(٢).

وكذلك إن قال: إن قربتكِ فأنتِ علي كظهر أمي، أو فلانة عليّ كظهر أمي، لم يكن مولياً؛ لأن الظهار لا يصح مع الكفر، فيتوصل إلى وطئها من غير شيء يلزمه.

١٧٢٢ - [فصل: حكم إيلاء الذمي]

وإذا صَحَّ إيلاء الذمي فهو في أحكامه كالمسلم، [١٤٨/ب] إلا أنه إذا وطئ واليمين بالله لم يلزمه كفارة؛ وذلك لأن أحكام الإيلاء إنما تثبت لمنع حق الزوجة من الوطاء، (وحق امرأة الكافر كحق امرأة المسلم)، فأما الكفارة: فهي عبادة من شرطها النية، فلا تصح من الكافر^(٣).

قال أبو الحسن: وحكى الحسن عن أبي حنيفة: التسوية بين المسلم والذمي في الإيلاء، واجتمع الرواة على خلافه، يعني: في صحة إيلائه بإيجاب القُرب كالحج والعمرة والصوم، وهذا بعيد من رواية الحسن؛ لأنه ليس من أهل القرب، ووجهها: أنه مخاطب بالأحكام ويصح منه القُرب إن قدم الأيمان، كما تصح الصلاة من الجنب إذا قدم الطهارة.

(١) العبارة في أ (بحجة أو بعمرة أو صدقة أو صيام).

(٢) انظر: الأصل ٤١/٥.

(٣) النظر: المصدر السابق ٣٩/٥.

١٧٢٣ - [فصل: إيلاء الرجل ثم ارتداده]

قال عَلِيّ بن الجعد عن أبي يوسف: في رجل ظَاهَرَ أو آلى من امرأته ثم رجع عن الإسلام ولحق بدار الحرب، ثم رجع مسلماً فتزوجها [ثانياً]: فإنه مظاهرٌ عند أبي حنيفة في رواية محمد ومولٍ.

وقال أبو يوسف: يسقط عنه الظَّهَارُ والإيلاء؛ وجه قول أبي حنيفة: أن الظهار مقتضاه التحريم، وقد صَحَّ في حال الإسلام، والردة تؤكد حكم التحريم ولا تضعفه، فبقي حكم الظهار بحاله، فأما الإيلاء فقد انعقد والردة تزيل الملك، وزوال الملك لا يؤثر في اليمين.

وجه قول أبي يوسف: أن الظهار لا يصح مع الكفر، فإذا طرأ الكفر عليه صار كالموجود في الابتداء، فكذلك الإيلاء إذا طرأ عليه الكفر تعذرت الكفارة فيتوصل إلى الوطء من غير شيء يلزمه، فيبطل الإيلاء^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٦٨/٥.

بَابُ

الرجل يولي من جماعة نسائه

—•••••—

قال أبو الحسن: إذا كان للرجل امرأتان أو أكثر فقال: والله لا أقربكما، أو [قال: والله] لا أقربكن، فهو مولٍ منهن استحساناً، والقياس أن لا يكون مولياً في الاثنين حتى يطأ واحدة، فيكون مولياً من الأخرى، وكذلك الثلاث لا يكون مولياً حتى يطأهن إلا واحدة، فيكون مولياً من الباقية^(١).

وجه القياس وهو قول زفر: أنه يتوصل إلى كل واحدة منهن على الانفراد من غير شيء يلزمه، ألا ترى أنه لا يحنث إلا بوطء جماعتهن، ومن توصل إلى وطء امرأته من غير شيء يلزمه لم يكن مولياً، فإذا وطئهن إلا واحدة لم يتوصل إلى وطئها إلا بحنث [يلزمه]، فكان مولياً منها.

وجه الاستحسان: أنه لا يتوصل إلى وطء واحدة منهن إلا بحنث أو تعيين إيلاء في غيرها، وتعيين الإيلاء من أحكام اليمين، ومن لا يتوصل إلى وطء امرأته إلا بلزوم حكم من أحكام اليمين كان مولياً.

١٧٢٤ - [فصل: الإيلاء من امرأتين]

قال: وكذلك إذا قال لامرأتين له: والله لا أقرب واحدة منكما، فهو مولٍ منهما، فإن لم يقربهما بانتا، وإن قرب إحداهما حنث، وقال محمد: هو مولٍ من إحداهما وهو القياس^(٢).

(١) انظر: المبسوط، ٣٤/٧.

(٢) انظر: الأصل، ٢٩/٥.

ووجهه: أن الواحدة لا يعبر بها عنهما، فصار كقوله: لا أقرب إحداكما، ولا يحنث بوطء إحداهما^(١)، فدلَّ على أن اليمين لم تتناولهما.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان: أن واحدة منكما تصلح لهما، ألا ترى أنه يحسن أن يدخل عليه «كل»، فيقول: [لا أقرب] كل واحدة منكما، فإذا صلح اللفظ لهما حمل عليهما، وليس كذلك إذا قال: لا أقرب إحداكما، أنه يكون مولياً من إحداهما بغير عيناها؛ لأنه لا يصلح اللفظ لهما، ألا ترى أنه لا يحسن إدخال «كل» عليه [ب/١٤٨]، فيقول: لا أقرب كل إحداكما، فلم يتناول إلا واحدة بغير عيناها؛ لأنه ليس إحداهما بأولى من الأخرى، ولا يملك تعيين الإيلاء في إحداهما؛ لأن اليمين تعلقت بغير معين فلم يجز أن [يغير موجبا]^(٢) بعد انعقادها، فإذا مضت المدة بانت إحداهما، وكان له الخيار في تعيين الطلاق؛ لأن الزوج مُخَيَّرٌ في تعيين الطلاق المجهول في أي الزوجات شاء.

١٧٢٥ - [فصل: الإيلاء بالغاية]

قال: ولم يذكر أبو الحسن في أبواب الإيلاء، الإيلاء بالغاية ونحن [نذكره]؛ لأنه لا يستغنى عن ذكره، وجملته: أن كل شيء جعله غاية في يمينه مما لو حلف به كان مولياً بجعله إياه في يمينه غاية، فيكون مولياً عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا كان يصل إلى ذلك ويقدر عليه قبل مضي أربعة أشهر فليس بمولٍ، مثال ذلك من قال: والله لا أقربك حتى أعتق عبدي، أو أطلق فلانة، أو حتى أحج، أو حتى أطعم عشرة مساكين.

(١) في أ (إحداهن).

(٢) في ب (يعين موجبا).

وجه قولهما: أنه لا يتوصل إلى الوطاء إلا بمعنى يلزمه من أحكام الأيمان ،
فصار كقوله: إن قربتك فله عليّ الحج ، ولأنه إذا جعل ذلك غاية لم يتوصل إلى
الوطاء إلا بتقديم فعله ، وإذا حلف لم يتوصل إلى الوطاء إلا بإيجابه ، والفعل أكد
من الإيجاب ، فلأن يكون به مولياً أولاً .

وجه قول أبي يوسف: أنه يقدر على فعل ما جعله غاية في المدة ، فيتوصل
إلى وطئها من غير شيء يلزمه ، فلم يكن مولياً .

١٧٢٦ - [فصل: ما يكون به مولياً]

وأما إذا كان ما يكون بالحلف به مولياً لا يصل إليه إلا بعد مضي المدة ،
فهو مولٍ عندهم جميعاً ، كقوله: لا أقربك حتى أحج ، وبينه وبين الحج أربعة
أشهر أو أكثر ؛ وذلك لأنه لا يتوصل إلى وطئها في المدة إلا بمعنى [يلزمه ،
فصار كالحلف بذلك ، وكذلك إن كانت الغاية مما لا يكون الحلف بها يميناً ،
إلا أنه لا يصل إلى فعل ذلك إلا بعد مضي أربعة أشهر ، كان مولياً ، مثل أن يقول:
والله لا أقربك حتى آتي خراسان ؛ لأنه لا يتوصل إلى الوطاء في المدة إلا بحنث
يلزمه^(١) .

وأما إن كانت الغاية التي لا يصح أن يحلف بها ، لا تقع إلا مع ارتفاع
النكاح فهو مولٍ في قولهم ، مثل أن يقول: حتى تموتي أو أموت ، أو أطلقك
ثلاثاً ، أو تكون أمة فيقول: حتى أملكك ؛ وذلك لأن النكاح مُتَابِدٌ ، فإذا جعل
الغاية زواله صار كأنه قال: لا أقربك ما دمت زوجة ، فإن قال: [حتى] تخرج
الدابة ، أو تطلع الشمس من مغربها ، فالقياس أن لا يكون مولياً ؛ (لأن ذلك لا

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب ، ومزيدة من أ .

يجوز أن يوجد في المدة، فيتوصل إلى وطئها من غير شيء يلزمه)،
والاستحسان: أن يكون مولياً؛ لأن هذا يذكر في العادة ويراد به التأييد، فكأنه
قال: لا أقربك أبداً^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٦٣/٥ وما بعدها.

بَابُ الرجل يُحَرِّمُ امرأته على نفسه أو غير امرأته أو هما

قال أبو الحسن: إذا حرّم الرجل امرأته على نفسه، أو طعاماً أو شراباً أو لباساً، أو كلام إنسان، أو شيئاً من الأشياء، وقال: هذا عَلَيَّ حَرَامٌ، فقد حرم عليه ذلك الشيء، فمتى استحله^(١) أو شيئاً منه، لزمته كفارة يمين، والأصل في هذا: إذا قال لامرأته: أنتِ عَلَيَّ حرام، أو قد حرمتك عَلَيَّ، أو أنا عليك حرام، أو قد حرمت نفسي عليك، أو أنت محرمة عَلَيَّ، فهو باب واحد يرجع في ذلك إلى نيته، فإن أراد طلاقاً فهو طلاق، فإن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة، فإن نوى اثنتين فواحدة بائنة، وإن نوى التحريم ولم ينو الطلاق أو لم تكن له نية فهو يمين، وهو مولٍ إن تركها أربعة أشهر بانت بتطبيقه^(٢)، وإن قال: أردت به الكذب، فليس بشيء [وَدِينٌ] فيما [١/١٤٩] بينه وبين الله تعالى، (ولا يصدق في رفع اليمين في القضاء)^(٣).

وقد اختلف السلف في هذه المسألة: فروى الضحاك: أن أبا بكر، وعمر، وابن عباس، وابن مسعود، وعائشة رضي الله عنهم قالوا: في الحرام يمين، وعن ابن عمر: إن نوى طلاقاً فطلاق، وإن لم ينو طلاقاً فيمين يكفرها، وعن زيد بن ثابت فيه كفارة يمين، ومنهم من جعله طلاقاً (بائناً)^(٤)، ومنهم من جعله طلاقاً رجعيّاً^(٥).

(١) في أ (استحل ما حرّم).

(٢) انظر: الجامع الصغير، ص ٢٢٢.

(٣) في أ (ولا يدين في القضاء).

(٤) في ب (ثلاثاً) والمثبت من ب.

(٥) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٨٧٣.

وعن مسروق أنه قال: ليس ذلك بشيء، وقال: ما أبالي حرمتها أو قصعة من ثريد، وقال الشافعي في الحرام: فيه كفارة يمين بنفس اللفظ وليس بيمين^(١).

لنا: قوله (أنت حرام)، يحتمل الطلاق، فهو كسائر كنايات الطلاق، فإن نوى به ثلاثاً فثلاث، وإن نوى به واحدة فواحدة (بأئنة)^(٢)، وإن نوى اثنتين فواحدة، وقد بينا ذلك في الكنايات.

وأما إذا نوى بالحرام الظهار، فهو ظهار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: ليس بظهار.

وجه قولهما: أنه وصفها بالتحريم، والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق، وتارة بالظهار، فأى ذلك نوى فهو مما يحتمله كلامه فيصدق فيه.

وجه قول محمد: أن الظهار يختص بحرف التشبيه ولم يوجد ذلك [في] قوله: أنت عليّ حرام، فلم يكن ظهاراً، وأما إذا نوى التحريم، أو لم تكن له نية، فهو يمين، والأصل في ذلك ما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب، [عن النبي ﷺ قال]: «إنه جعل الحرام يمينا»^(٣)، وروى أن قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ﴾ [التحريم: ١] نزلت في تحريم مارية، وقد روي أنها نزلت في تحريم العسل، وقد قال تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢]^(٤)؛ ولأن كل لفظ تعلق به كفارة اليمين فهو يمين كسائر الأيمان، وإنما قلنا إنه إذا نوى

(١) انظر: المهذب ٤/٤١٤؛ روضة الطالبين ٨/٢٦٨؛ رحمة الأمة ص ١٩٥.

(٢) ساقطة من أ.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه، وقال: «ابن محرز ضعيف ولم يروه عن قتادة هكذا غيره»، ٤/٤١.

(٤) انظر: تفسير (ابن عطية) (المحرر الوجيز)، ص ١٨٧١.

الكذب ، لم يصدق في إبطال اليمين في القضاء ؛ لأن هذا اللفظ صريح في اليمين بالشرع ، فلا يصدق في صرفه^(١) عن ظاهره بالنية .

١٧٢٧ - [فَصْل : تحريم غير المرأة]

وأما إذا قال ذلك في غير المرأة فهو يمين ، وقال الشافعي : إذا كان ذلك في غير (الزوجة والجارية)^(٢) لم يجب [به] شيء^(٣) .

لنا : ما روي أن الآية نزلت في تحريم العسل ، فدل على أن تحريم غير الفروج يتعلق به الكفارة ، ولا يجوز أن يجعل ما روي أنها نزلت في شأن مارية تعارض ؛ لأنه لا يمتنع أن تكون الآية نزلت فيهما ، ولأن ما تعلق به كفارة اليمين في الزوجة تعلق به في غيرها ، كلفظ القسم .

١٧٢٨ - [فَصْل : فعل القليل مما حلف]

فإن فعل مما حرّمه قليلاً أو كثيراً حنث وانحلت اليمين ؛ وذلك لأن التحريم إذا تعلق بالعين أفاد تحريمها وتحريم كل جزء منها ، بدلالة تحريم الخمر والميتة ، فإذا استباح جزءاً مما حرّمه فقد فعل المحلوف عليه ، فيحنث وتنحل اليمين ، وليس هذا كمن حلف لا يأكل طعاماً فأكل بعضه ؛ لأن الحنث هناك من حيث الشرط ، وما يتعلق بشرطين أو بشرط لا يقع عند بعضه .

١٧٢٩ - [فَصْل : تحريم الشيء على نفسه]

فأما قول أبي الحسن : فيمن حرم شيئاً على نفسه ، أن ذلك قد حرم عليه ،

(١) في أ (صرف ظاهره) .

(٢) في أ (المرأة والأمة) .

(٣) انظر : المهذب ٤/ ٤١٧ ؛ رحمة الأمة ص ١٩٥ .

فهذا [يحرم في] ^(١) القول وإلا فالعين مباحة ، بدلالة أنه مندوب إلى الحنث في الزوجة ، ولو كانت محرمة لم يندب إلى فعل المحرم ، وإنما أراد أبو الحسن : أن الاستباحة لما تعلق بها الكفارة ، صار في حكم المحرم من هذا الوجه .

١٧٣٠ - [فصل : قول الزوج : نسائي عليّ حرام ولم ينو الطلاق]

ولو قال : نسائي عليّ حرام ، ولم ينو الطلاق ، فقرب إحداهن كَفَّر [١٤٩/ب] وسقطت اليمين فيهن جميعاً ؛ وذلك لما ذكرنا : أن التحريم إذا تعلق بجملته تعلق بأجزائها ، فصارت كل واحدة محرمة على الأفراد ، فإذا فعل ما حرم عليه باللفظ انحلت اليمين .

قال : فإن لم يقرب واحدة منهن حتى مضت أربعة أشهر [بِنَّ جميعاً] ؛ وذلك لأن اليمين في الزوجة إيلاء ، والإيلاء توجب البيئونة بمضي المدة .

١٧٣١ - [فصل : قول الرجل : كلُّ حِلِّ عليّ حرام ولا نية له]

وإذا قال الرجل : كلُّ حِلِّ عليّ حرام ولا نية له ، فهذا على الطعام والشراب خاصة ؛ وذلك لأن اللفظ لا يمكن حمله على عمومه ، ألا ترى أنه لو حمل على العموم يحنث عقيب قوله بفتح عينه أو طبق جفنه ، أو تنفسه في الهواء أو حركته ؛ لأن هذا كله مباح ، والإنسان لا يقصد بيمينه الامتناع منه ، فعلم أنه لم يرد تحريم كل مباح ، فلم يبق إلا حمله على بعض المباحات ، [وأما إذا] لم تكن له نية حمل على المقصود منها ، وذلك هو الطعام والشراب ؛ لأن بهما قوام الحياة ، فأبي ذلك فعل حنث .

(١) في ب (يجوز من) والمثبت من أ .

وقال زفر: يحنث عقيب كلامه وهو القياس ، لأنه فعل عقيب يمينه ما هو حلال^(١) .

قال: وإن نوى مع ذلك اللباس أو [تحريم] امرأته فالتحريم واقع على ذلك أجمع ، فأى شيء فعل من ذلك وحده لزمته الكفارة ؛ لأن اللفظ يصلح لكل المباحات ، وإنما حملناه على الأكل والشرب بدلالة ، فإذا ضم إلى ذلك غيره ، فقد شدد على نفسه بنيته ، فيقبل قوله .

قال: فإن نوى شيئاً بعينه دون غيره ، أو نوى الطعام خاصة أو الشراب خاصة أو اللباس خاصة ، أو امرأته خاصة ، فهو على ما نوى من ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء ؛ وذلك لأن هذا اللفظ (لا يصح)^(٢) حملة على العموم ، وإنما يحمل على الخصوص ، فإذا قال: أردت شيئاً بعينه ، فقد ترك ظاهر العموم ، وقد بينا أنه متروك فلم يعدل عن ظاهر كلامه فيصدق .

١٧٣٢ - [فَصْلٌ : قول الرجل : كُلِّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ وَنَوَى امْرَأَتَهُ]

وإن قال: كل حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ ، ونوى امرأته ، كان عليها وعلى الطعام والشراب ؛ وذلك لأن الطعام والشراب يلزمه بظاهر اللفظ ، وتحريم المرأة تلزمه بنيته ، وليس كذلك الفصل الأول ؛ لأنه لم ينو امرأته خاصة ، فبقي الطعام والشراب بنيته ولم تدخل في يمينه .

قال: فإن نوى في امرأته الطلاق لزمه الطلاق في امرأته ، فإن أكل أو شرب

(١) انظر: المبسوط ٧١/٦ .

(٢) في أ (لا يصلح) .

لم تلزمه الكفارة؛ وذلك لأن اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق واليمين جميعاً لاختلاف موضوعهما، فإذا أراد به في الزوجة الطلاق الذي هو أشد الأمرين، بطل أن يحمل على التحريم في الطعام والشراب فسقط حكمه^(١).

قال عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد: في رجل قال لامرأتين له: أنتما عليّ حرام، يعني: في إحداهما الطلاق، وفي الأخرى الإيلاء، قال: هما طالقان جميعاً؛ وذلك لأن اللفظ لا يحمل على الأمرين، فإذا أرادهما حمل على أغلظهما فوقع الطلاق عليهما، ولو كان (قال)^(٢): هذه علي حرام، ينوي الطلاق، وهذه علي حرام ينوي اليمين كان كما نوى؛ لأنهما لفظان، [فيجوز أن] يراد بأحدهما خلاف ما يراد بالآخر.

وعن أبي يوسف فيمن قال: أنتما علي حرام، ينوي في إحداهما ثلاثاً وفي الأخرى واحدة، أنهما جميعاً طالقان ثلاثاً؛ لما بينا أن اللفظ لا يحمل على معنيين مختلفين، فإذا نواهما حمل على أشدهما.

قال ابن سماعة في نوادره: [١٥٠/أ] [سمعت] أبا يوسف قال في رجل قال: ما أحلّ الله عليّ حرام من [مال] وأهلٍ، ونوى الطلاق في أهله، [قال]: ولا نية له في الطعام، فإن أكل لم يحنث، وهذا على ما قدمنا، قال: وكذلك لو قال: هذا الطعام عليّ حرام، وهذه ينوي الطلاق؛ لأن اللفظ واحد، وقد تناول الطلاق فلا يتناول تحريم الطعام^(٣).

(١) البدائع ٣/١٧٠.

(٢) في أ (نوى).

(٣) نقله الكاساني بلفظه عن أبي يوسف في البدائع ٣/١٧٠.

١٧٣٣ - [فَصْل: قول الرجل أنت عليّ كالدم والميتة]

وقد قالوا: فيمن قال لامرأته: أنت عليّ كالدم أو الميتة ، أو كلحم الخنزير أو كالخمر ، فإنه يُسأل عن نيته ، فإن نوى كذباً فهو كذب ، [لأن هذه اللفظة لم تجعل صريحاً في اليمين ؛ فلذلك صُدِّق أنه أراد الكذب] ^(١) وإن أراد التحريم فهو إيلاء ؛ لأنه شبهها بما هو محرم ، فكأنه قال: أنت حرام ، فإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول فيمن قال لامرأته: أنت عليّ حرام ، ينوي الطلاق .

وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته: إن فعلت كذا فأنت أمي ، يريد [به] التحريم ، قال: هو باطل ، [وهذا صحيح] ^(٢) ؛ لأن التحريم إنما يكون إذا جعلها مثل أمه ، فأما إذا قال: أنت أمي فهو كذب ، وقال محمد: لو ثبت التحريم بهذا لثبَّت إذا قال: أنت حرام ، وهذا لا يصح .

وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال: أنت معي حرام ، فهو مثل قوله: أنت عليّ [حرام] ؛ لأن هذه الحروف يقام بعضها مقام بعض ، فحكمها حكم واحد ^(٣) .



(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب ، والمثبت من أ .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب ، والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ٤٥١/٤ .

٤٥ | بَابُ

الظهار

قال الشيخ رحمه الله ^(١): الظهار كان طلاقاً في الجاهلية ، فنقل بالشرع إلى تحريم يرتفع بالكفارة ، وحقيقته في الشرع: أن يُشَبَّه زوجته أو عضواً منها يعبر به عن جميعها أو جزءاً شائعاً منها مما لا يحل النظر إليه من امرأة يحرم عليه نكاحها على التأبيد ، وهذه الشروط لا يعرفها أهل اللغة ، فالاسم شرعي فيه معنى اللغة ^(٢).

والأصل في ثبوت حكم الظهار وارتفاع التحريم فيه بالكفارة: ما ذكره الله تعالى في أول سورة المجادلة ^(٣)، نزلت في قصة خولة بنت ثعلبة قالت: كنت تحت أوس بن الصامت ، وكان شيخاً كبيراً قد أسن وضاق خلقه ، فراجعته في بعض ما أمرني به ، فقال لي: أنت عليّ كظهر أمي ، ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم عاد ، فأرادني عن نفسي ، فقلت: والذي نفس خولة بيده لا تصل إليّ وقد قلت

(١) انظر: الجامع الكبير ، ص ٢٢٢ .

(٢) هذا تعريف الظهار شرعاً .

(٣) ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ ﴿١﴾ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِمَّا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا الَّتِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴿٢﴾ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤﴾ ﴾

ما قلت حتى يقضي الله ورسوله بيننا، فوقع عليّ فدفعته عني بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير، ثم خرجت إلى جيرتي فأخذت منهم ثياباً ولبستها، وأتيت رسول الله ﷺ، فجلست بين يديه وذكرت له ما صنع، فقال لي: «زوجك وابن عمك، وهو شيخ كبير»، فراجعته وجعلت أشكو إلى الله تعالى ما ألقاه من سوء خلق أوس، فنعشى رسول الله ﷺ الوحي كما كان يتغشاه، فلما سُري عنه قال لي: «يا خولة قد أنزل الله فيك وفي أوس القرآن»، وتلا أول السورة ثم قال لي: «مُريه فليعتق رقبة!»، قلت: يا رسول الله، والله ما عنده ذاك، فقال: «فليصم شهرين متتابعين»، فقلت: إنه شيخ كبير ما به من صوم، فقال: «مريه فليطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر!»، فقلت: والله ما يجد ذلك، فقال: «فإننا سنُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ»، فقلت: يا رسول الله وأنا أعينه بعرق، فقال: «افعلي واستوصي به خيراً»، ففعلت ما أمرني به رسول الله ﷺ (١).

قال أبو الحسن: والظهار عندنا جائز من كل من جاز طلاقه إذا ظاهرَ منها وهي زوجته، لا يجوز أن يعقد عليها نكاحاً مستقبلاً، وإنما اعتبر الظهار بالطلاق؛ لأن كل واحد منها [١٥٠/ب] يوجب تحريماً لزوجته (٢)، وإنما اعتبر أن يكون ممن لا يجوز أن يعقد عليها نكاحاً مستقبلاً احترازاً من المبتوتة؛ لأن الطلاق يقع عليها في عدتها، ولا يصح الظهار منها إلا أنه يصح العقد عليها، والاحتراز من هذه المسألة يكفي فيه قوله زوجته، وهذا الكلام يدخل عليه الكافر فلا بد من أن يضم إليه إذا كان من أهل الكفارة.

(١) أخرجه ابن جارود في المنتقى (١٨٦/١)؛ وابن حبان في صحيحه ١٠٨/١٠؛ والطبراني في

الكبير ٢٢٥/١؛ والبيهقي في الكبرى ٣٨٩/٧. انظر تفسير ابن عطية، ص ١٨٧١.

(٢) في أ (تحريم الزوجة).

وإنما قلنا: إنه إذا ظَهَرَ من المبتوتة لا يصح؛ لأنها محرمة بالطلاق، وتحريم الطلاق أكد من تحريم الظهر، ألا ترى أن ذلك يزيل الملك ولا يرتفع بالكفارة، والظهر لا يزيل الملك ويرتفع بالكفارة، فلا معنى لإدخال أخف التحريمين على أغلظهما، ولا يقال: إن المبتوتة يلحقها عندكم صريح الطلاق وإن كانت محرمة؛ لأن الطلاق فيه فائدة غير التحريم، وهي: نقصان العدد، فلذلك جاز أن يلحقها.

قال: ولا يلحق المبتوتة ظهر بيمين كانت قبل الطلاق؛ لأن الظهر يفيد التحريم، وقد بينا أنه لا فائدة في تحريم المبتوتة، فاستوى في ذلك الظهر المبتدأ والمعلق بالشرط، وليس كذلك إذا علق اليمينونة بشرط فوجد بعد اليمينونة؛ لأن في الطلاق البائن زيادة (فائدة على المبتوتة)^(١)، وهي: نقصان العدد، فوقع لما فيه من الفائدة^(٢).

١٧٣٤ - [فصل: ظهار الكافر]

ولا يصحُّ ظهار الكافر^(٣) عندنا، وقال الشافعي: يصحُّ^(٤).

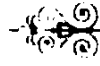
لنا: أنه لا يصح منه الصوم فلا يصح ظهاره كالصبي والمجنون، ولأنه ليس من أهل الكفارة، ألا ترى أنها عبادة تقف على النية، وذلك لا يصح من الكافر، وإذا لم تلزمه الكفارة لم يثبت حكم الظهر، كالمُظاهر إذا كَفَّرَ.

(١) في أ (على اليمينونة).

(٢) انظر: الأصل، ٨/٥ وما بعدها.

(٣) في أ (الذمي).

(٤) انظر: الأم، ص ١١٠٦؛ المنهاج ص ٤٣٥.



١٧٣٥ - |فَصْلُ: ظَهَارِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ|

ولا يصح ظهار الصبي والمجنون ؛ لأن الظهار يتعلق بالقول ، وقول الصبي والمجنون لا يتعلق به حكم ؛ ولأن الظهار يوجب التحريم كالطلاق .

١٧٣٦ - |فَصْلُ: أَثْرُ صَحَّةِ الظَّهَارِ عَلَى الزَّوْجِ|

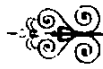
قال أبو الحسن: فإذا صحَّ الظهار حرمت المرأة عليه ، فلا يحل له وطؤها أبداً بنكاح ولا ملك يمين ، ولا بعد زوج تزوّجها بعد طلاق ثلاث ثم رجعت إليه حتى يُكْفَرَ ، (وكذلك لو كانت زوجته أمةً فظاهر منها ثم اشتراها لم يحل له أن يطأها حتى يكفر)^(١) ، وكذلك لو كانت حرة فارتدت ثم لحقت بدار الحرب فسببت واشتراها ؛ وذلك لأن الظهار يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة ، فما لا يوجد لا يحل له الوطء ، وهذا كالطلاق الثلاث الموجب للتحريم الذي لا يرتفع إلا بوطء زوج ، فلا يزول بملك اليمين ولا بغيره حتى يوجد سبب الإباحة .

قال: فإن كُفِّرَ بعدما بانّت منه بالطلاق أو تزوجت جاز له ؛ لأن الكفارة معنى يرتفع به التحريم ، فجازت مع زوال الملك ، كوطء الزوج الثاني .

١٧٣٧ - |فَصْلُ: فِي صَرِيحِ الظَّهَارِ|

قال أبو الحسن: وصريح الظهار أن يقول لها: أنت علي كظهر أمي ، فيقع به الظهار نوى أو لم ينو ، وإن أراد به الطلاق لم يكن إلا ظهاراً ؛ لأن الصريح ما استعمله أهل اللغة في شيء دون غيره ، وهذا المعنى موجود في الظهار فلا ينصرف بالنية عما وضع له ، كما لا ينصرف صريح الطلاق ، وإنما قلنا: إنه إذا

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .



علق التشبيه بامرأته أو بعضو منها يعبر به عن جميعها يكون مظاهراً؛ لأن ذكر هذا العضو كذكرها، فجريا مجرى واحداً، وقد بينا ذلك في الطلاق.

وكذلك إن شَبَّه جزءاً منها مشاعاً؛ لأن التحريم يتعلق [١/١٥١] بجزء مشاع ويسري إلى بقية البدن، فأما إذا علق التشبيه بجزء لا يعبر به عن [جميع] البدن كاليد والرجل لم يكن مظاهراً على ما بيناه في الطلاق، فإن شَبَّه امرأته بعضو من أمه غير الظهر، فإن كان لا يجوز له النظر إليه فهو كتشبيهها بظهرها، وذلك مثل البطن والفخذ والفرج؛ لأن هذه الأعضاء يحرم عليه النظر إليها فهو كالظهر^(١).

وإنما قلنا: إن التشبيه إذا وقع بذوات المحارم كالأخت والعمة والخالة كان ظهاراً^(٢)؛ لأنه لا يحل له نكاحهن على التأييد فهي كالأم، وعلى هذا إذا شبهها بمن حرمت عليه بالرضاع أو بالصهر، كأم امرأته وامرأة أبيه؛ لأنهن يحرمن عليه على التأييد فصرن كذات المحارم.

١٧٣٨ - [فصل: تشبيه امرأته بما يحرم عليه]

وقد قال أبو يوسف: إذا قال لها أنت عليّ كظهر فلانة، وشبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر؛ لأنه لا يحل له نكاحها على التأييد.

قال أبو يوسف: وليس كذلك إذا شبهها بامرأة قد فرق بينه وبينها باللعان، فإنه لا يكون مظاهراً؛ لأن هذه وإن حرمت عندي على التأييد، فلو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز، فأبطل ذلك معنى التأييد.

(١) انظر: الأصل ١٠/٥.

(٢) في أ (مظاهراً).

قال: ولو حكم حاكم بجواز نكاح المرأة التي زنى بها أبوه ثم رفع إليّ أبطلت حكمه ، فبقي التحريم على التأيد .

وقال محمد في الكيسانيات: إذا شبهها بامرأة قد زنى بأمها فليس بمظاهر؛ لأنه مختلف فيه ، وإن حكم به حاكم ثم رفع إليّ لم أبطله ، فكان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في نفوذ حكم الحاكم ، فعند أبي يوسف: لا ينفذ؛ لأن النكاح في اللغة الوطاء ، وقد جاء القرآن بتحريم (منكوحه الأب)^(١) فلا ينفذ حكم الحاكم في مخالفة القرآن ، وعند محمد: أن هذا ظاهر متأول ، فيسوغ فيه الاجتهاد ، وينفذ حكم الحاكم .

١٧٣٩ - [فصل: تشبيه امرأته بنت أجنبية قبّلها بشهوة]

قال أبو يوسف: ولو قبّل أجنبية لشهوة ، أو نظر إلى فرجها لشهوة ثم شبّه زوجته (ببنتها)^(٢) ، لم يكن مظاهراً عند أبي حنيفة ، قال: ولا يشبه هذا الوطاء؛ لأن الوطاء أبين وأظهر ، وقال أبو يوسف: يكون مظاهراً .

وجه قول أبي حنيفة: أن التحريم بالنظر واللمس ليس بمنصوص عليه ، وقد اختلف فيه [وساغ]^(٣) فيه الاجتهاد فلم (يتأكد)^(٤) التحريم ، وأبو يوسف قال: التحريم بالنظر منصوص عليه بدلالة قوله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر ، حرمت عليه أمها وابنتها»^(٥) ، وحكم الحاكم بخلاف النص لا ينفذ .

(١) في أ (من نكحها أبوه) .

(٢) في أ (بأمها) .

(٣) في ب (فشاع) والمثبت من أ .

(٤) في أ (يتأبد) .

(٥) سبق تخريجه .

١٧٤٠ - [فَصْلُ : تشبيه امرأته بامرأة محرمة عليه]

وإن شَبَّهَهَا بامرأة مُحَرَّمَةٍ عليه في الحال ، وهي ممن تحل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ، وامرأة لها زوج ، أو مجوسية ، أو مرتدة لم يكن مظاهراً ؛ لأنهن لا يحرمن على التأبيد ، فلا يتأكد التحريم فيهن .

ولو شبهها برجل لم يكن مظاهراً ؛ لأن الرجل لا يصح عقد النكاح عليه ، فلا يحرم التحريم الذي يقتضيه الظهار .

١٧٤١ - [فَصْلُ : قول الرجل : أنا منك مظاهر]

وإذا قال لها : أنا منك مظاهر ، أو قد ظاهرت منك ، فهو مظاهر ؛ لأن الظهار تارة يكون بالإيقاع ، وتارة يكون بالإخبار ، فهو كالطلاق إذا قال : قد طلقتك .

فإن قال : أنت مني كظَهَرِ أُمِّي ، أو عندي أو معي ، فهو مظاهر ؛ لأن هذه الحروف أدوات يقوم بعضها مقام بعض ، فجميعها باب واحد .

١٧٤٢ - [فَصْلُ : ما يترتب بالظهار من أحكام]

قال : ولا ينبغي للمرأة إذا ظاهر منها [زوجها] أن تدعه يقربها حتى يُكْفَرُ ؛ لأنها مُحَرَّمَةٌ عليه ، فلزمها الامتناع من الوطء (الحرام) ^(١) كما لزم [١٥١/ب] الرجل الامتناع منه ^(٢) .

١٧٤٣ - [فَصْلُ : مطالبة المرأة بالتكفير عن الظهار]

وللمرأة أن تطالبه عند الحاكم بالوطء وعلى الحاكم أن يجبره حتى يُكْفَرُ

(١) ساقطة من أ .

(٢) انظر : الأصل ٨/١١ ؛ مختصر القدوري ص ٣٨٩ .

ويطأ؛ وذلك لأنه يضرُّ بها في ترك التكفير، فكان لها إلزامه إيفاء حقها ودفع الضرر عنها، وكان على الحاكم إلزامه كذلك.

١٧٤٤ - [فَصْل: ما يمنع للمظاهر من امرأته]

ولا ينبغي للمظاهر أن يباشر ولا يُقَبَّلَ ولا ينظر إلى فرجها لشهوة حتى يُكْفَر، وذلك لقوله تعالى: ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣] والمَسُّ عام، ولأنه قول أوجب تحريم الوطء، فحرم ما دونه من الاستمتاع كالطلاق الثلاث.

١٧٤٥ - [فَصْل: المظاهر لم يكن ناوياً بالظهار]

قال بشر: عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي، ولم تكن له نية فهو ظهار في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وإن أراد التحريم فهو ظهار، وليس بتحريم اليمين ولا بتحريم الطلاق؛ وهذا لِمَا قدمنا أن اللفظ صريح في موضوعه فلا ينصرف بالنية عما وضع له إلى غيره.

١٧٤٦ - [فَصْل: دعوى الرجل الإخبار بالماضي كذباً]

وإذا قال: أردت أن أخبر عما مضى بكذب، فإنه لا يصدق في القضاء، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يسع المرأة أن تُقَبَّلَ منه؛ وذلك لأن لفظ الظهار وإن كان خيراً فقد جعل إيقاعاً في الشرع، فلا يصدق في إرادته الخبر، وكل ما لا يصدقه الحاكم فيه، فإن المرأة لا يسعها أن تصدقه؛ لأن الحاكم إنما لا يصدقه لأنه لا يعلم الباطن، وهذا المعنى موجود في المرأة، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو مصدق؛ لأنه أراد بلفظ الخبر الإخبار والعدول عن الإيقاع.



١٧٤٧ - [فصل: الكفارة فيما ظاهر من أربع نسوة]

فإذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له فعلية لكل واحدة كفارة، في مجلس كان أو في مجالس^(١)، وقال الشافعي: إن ظاهر بكلمة واحدة فعلية كفارة واحدة^(٢).

لنا: أنه قول يوجب التحريم، فإذا جمع فيه بين النسوة فكأنه أفرد كل واحدة به، أصله الطلاق، وليس كذلك الإيلاء؛ لأن الكفارة فيه إنما تجب لحرمة الاسم، والاسم اسم واحد، والكفارة في مسألتنا إنما تجب لرفع التحريم، والتحريم في كل واحدة منهن غير التحريم في الأخرى.

١٧٤٨ - [فصل: الظهار مراراً من امرأته في مجلس]

[وكذلك] إن ظاهر من امرأته مراراً في مجلس أو مجالس، فعلية لكل قول كفارة إلا أن يكون يعني الظهار الأول، فيكون عليه كفارة واحدة؛ وذلك لأن كل قول (يوجب التحريم)^(٣)، يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة، وقد بينا أن [الظهار في]^(٤) اللفظ الإيقاع دون الإخبار.

فإن قيل: إذا صارت محرمة بالظهار الأول لم تصر محرمة [بالظهار] الثاني.

(١) انظر: الأصل ٩/٥.

(٢) قال الشافعي في الأم: «وإذا تظاهر الرجل من أربع نسوة له بكلمة واحدة أو بكلام متفرق فسواء، وعليه في كل واحدة منهن كفارة؛ لأن التظاهر تحريم لكل واحدة منهن لا تحل له بعد حتى يكفر» ص ١١٠٧.

وقول الشافعي في الأم هو قوله الجديد، وعليه المذهب، وما ذكره المؤلف هو القول القديم، وصرح بذلك المزني في مختصره ص ٢٠٣؛ ونص النووي في المنهاج ص ٤٣٧.

(٣) ساقطة من أ.

(٤) في ب (الظاهر من) والمثبت من أ.

قلنا: الظهر الثاني وإن لم يزد في التحريم فإنه يؤكد، ويثبت فيه فائدة وهي الكفارة، فلذلك [ثبت].

فإن أراد بالظهر الثاني الأول، صدق؛ لأن لفظه لفظ الخبر، وقد يكرر الإنسان اللفظ ويريد [به] التشديد والتغليظ^(١).

١٧٤٩ - [فصل: وطء المظاهر قبل أن يكفر]

وإذا وطئ المظاهر قبل أن يكفر فينبغي أن يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر، لما روى ابن عباس: أن رجلاً ظاهر من امرأته فرأى خلخالها في القمر فوقع عليها، ثم جاء إلى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر»^(٢)، ولأنه وطئ محرماً، والأفعال المحرمة تقتضي الاستغفار.

١٧٥٠ - [فصل: ارتداد المظاهر عن الإسلام]

فإذا ظاهر الرجل من امرأته ثم ارتد [عن الإسلام] لم يسقط الظهر عنه في قول أبي حنيفة، واختلفت الرواية عن أبي يوسف فيما روى عن أبي حنيفة، والصحيح عندي ما حكته، وقد بينا هذه المسألة في باب الإيلاء.

وإذا ظاهر الرجل من أمته، أو أم ولده، أو مدبرته لم يكن مظاهراً؛ وذلك [١/١٥٢] لأنه تحريم يختص بالقول فصار كالطلاق، وكقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] وإطلاق النساء يقتضي [الحرائر]^(٣)^(٤).

(١) انظر: الأصل ٩/٥.

(٢) أورده الزيلعي في نصب الراية، وعزاه إلى أصحاب السنن بألفاظ مختلفة. ٢٤٦/٣.

وقال ابن حجر في الدراية: «لم أجد في شيء من طرقه ذكر الاستغفار». ٧٥/٢.

(٣) في ب (الحرام) والمثبت من أ.

(٤) انظر: الأصل ١٠/٥.

١٧٥١ - [فصل: مظاهر المرأة من الزوج]

ولا تكون المرأة مظهرة من زوجها، وقد روي أن محمداً سئل عن هذه المسألة، وهي المرأة تقول لزوجها: أنت عليّ كظهر أمي، فقال: ليس بشيء، وسئل أبو يوسف فقال: عليها كفارة الظهر، ف قيل ذلك للحسن بن زياد فقال: إنهما شيخا الفقه أخطأ، عليها كفارة اليمين.

وجه قول محمد: أن المرأة لا تملك التحريم بدلالة الطلاق.

وجه قول أبي يوسف: أن الظهر تحريم يرتفع بالكفارة، وهي من أهل الكفارة، فصَحَّ أن توجب على نفسها ذلك.

وجه قول الحسن: أن الظهر يقتضي التحريم، فصارت كأنها قالت لزوجها: أنت عليّ حرام، فتجب عليها كفارة اليمين إذا وطئها.

١٧٥٢ - [فصل: قول الرجل: أنت عليّ كالدّم أو الميتة]

وإذا قال الرجل لامرأته: أنت عليّ كالدّم أو الميتة، أو كلحم الخنزير أو كالخمر، فإنه يُسأل عن نيته، فإن نوى كذباً فهو كاذب لا يقع عليها شيء؛ لأن هذه من كنايات التحريم، ألا ترى أن التشبيه يقع بالشيء في بعض أوصافه دون بعض، والكنايات يرجع فيها إلى النية.

قال: فإن نوى التحريم بغير طلاق فهو إيلاء؛ لأن هذه الأشياء محرمة، فإذا أشبهها بها في باب التحريم فكأنه قال: أنت عليّ حرام، قال: وإن نوى الطلاق فالقول في هذا كالقول في الحرام؛ وذلك لأن التشبيه إذا وقع في التحريم، صار كقوله: أنت حرام، ينوي الطلاق.

١٧٥٣ - [فصل: الظهار لمدة معلومة]

وإن ظاهر منها مدة معلومة، يوماً أو شهراً أو سنة، ثم مضى الوقت سقط الظهار، وقال الشافعي: الظهار لا يتوقت^(١).

لنا: ما روي عن سلمة بن صخر البياضي أنه قال: كنت قد أوتيت من الجماع ما لم يؤته أحد، فكنت لا أصبر عنه، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أطأ امرأتي ليلاً، فلا أقدر أن أنزع عنها حتى يطلع الفجر، فظاهرت منها حتى يمضي شهر رمضان، فبينما هي تخدمني حتى انكشف منها شيء فوقعت عليها ثم أسقطت في يدي، فأتيت قومي فذكرت لهم ذلك فشدّوا عليّ، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك، (فقال: «أنت بذاك»، فقلت: أنا بذاك يا رسول الله، وها أنا بين يديك فأمض في حكم الله)، فقال لي: «أعتق رقبة»، فضربت يدي على صفحة رقبتي، فقلت: ما أملك رقبة إلا هذه، فقال: «صم شهرين متتابعين»، فقلت: وهل أصابني هذا البلاء إلا من هذا الصوم، فقال لي: «أطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر»، فقلت يا رسول الله: والله لقد بتنا وحشا ما لنا عشاء، فقال: «انطلق إلى صدقات بني زريق فخذ من مصدقهم ما اجتمع، فأطعم منه ستين مسكيناً وسقاً من تمر، واستنق ما بقي وأطعمه أهلك»^(٢)، فأتيت قومي فقلت لهم: وجدت عندكم الشدة والضيق وسوء الرأي، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة، فأعطوني ما اجتمع عندهم، ففعلت ما قال.

وهذا يدل على صحة الظهار المؤقت؛ ولأنه معنى يؤثر فيه الكفارة، فجاز

(١) قال النووي: «ويصح الظهار المؤقت مؤقتاً، وفي قول: مُؤبداً، وفي قول: لغوّ». المنهاج ص ٤٣٦.
(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقى، ١/١٨٥؛ وأبو داود (٢٢١٣)؛ وأحمد في المسند ٤/٣٧؛ والبيهقي في الكبرى ٧/٣٩٠.

أن يتوقت كالإيلاء ، ولأنه تحريم يختص بالنكاح فلا يبطله التوقيت كالطلاق .

١٧٥٤ - [فَصْل: فيمن قال لامرأته أنتِ عليّ كأمي]

وقد قالوا فيمن قال لامرأته: أنتِ عَلَيَّ كأمي ، فإنه يرجع إلى نيته عند أبي حنيفة ، فإن أراد الإكرام فليس بشيء ، وإن أراد الطلاق أو الظهار فهو كما نوى ، وإن أراد التحريم فهو إيلاء ، [١٥٢/ب] وقال أبو يوسف: هو تحريم ، وقال محمد: هو ظهار^(١) .

وجه قول أبي حنيفة: أن التشبيه بالأُم قد يكون في باب الكرامة والتعظيم ، وقد يكون في باب التحريم ، والتحريم منقسم ، فوجب أن يرجع إلى نيته ، وليس كذلك إذا قال: أنتِ عليّ كفرج أُمي ؛ لأن التشبيه في الكرامة لا يكون بالفرج ، بل يبقى إلا التحريم .

وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر من التشبيه التحريم ، والتحريم منقسم ، حمل على أدناه وهو الإيلاء .

وجه قول محمد: أن حرف التشبيه يختص بالظهار ، فكان الظاهر أنه ظهار .

١٧٥٥ - [فَصْل: في قول الرجل: أنتِ عَلَيَّ حرام كأمي]

وأما إذا قال: أنتِ عَلَيَّ حرام كأمي ، حمل على نيته ، فإن لم يكن نية كان ظهاراً ؛ وذلك لأن التشبيه إذا وقع مع التحريم لم يقتضِ الكرامة ، فلم يبقى إلا التحريم وهو منقسم ، فيرجع فيه إلى نيته ، فإن لم يكن له نية كان ظهاراً ؛ لأن حرف التشبيه يختص بالظهار^(٢) .

(١) انظر: الأصل ١٠/٥ ، ١١ .

(٢) انظر: الأصل ١١/٥ .

١٧٥٦ - [فَصْل: قول الرجل: أنت عليّ حرام كظهر أمي]

وأما إذا قال: أنت عَلَيَّ حرام كظهر أمي ، فإن قال: نويت الطلاق لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة ، وإن نوى طلاقاً لم يكن طلاقاً^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن نوى [به] الطلاق فهو طلاق ، وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا نوى الطلاق كان طلاقاً ، ولم أصدقه في صرفه عن الظهار ، فلزمه الظهار والطلاق جميعاً.

وجه قول أبي حنيفة: أن قوله أنت عَلَيَّ حرام ، محتمل ، فلما قال: كظهر أمي ، فقد فسّر التحريم بآخر كلامه فزال الاحتمال ، فصار ذلك صريحاً في الظهار ، فلم يعمل فيه النية .

وجه قولهما: أن قوله: (أنتِ علي حرام) يحتمل الطلاق ، فإذا نواه بلفظ يحتمله وقع ، والذي قاله أبو يوسف ضعيف ؛ لأنه إذا وقع الطلاق بقوله: أنت عَلَيَّ حَرَامٌ ، لم يقع الظهار بعد البينونة ، وإن [أوقعنا]^(٢) بقوله: أنت علي حرام ، لم يجز ؛ لأنه [يحتمل]^(٣) اللفظ على معنيين مختلفين .

ووجه قول أبي يوسف: أن الظهار يلزمه باللفظ والطلاق باعترافه ، فيصدق فيه ، ولا يملك إسقاط ظاهر اللفظ^(٤).

(١) ذكر محمد في الأصل - بعد القول أنه مظاهر - «قولاً آخر: إذا أراد بالتحريم الطلاق ، فهي طالق بائن في قول أبي يوسف ومحمد». الأصل ١١/٥ .

(٢) في أ (أوقعها) .

(٣) في ب (حمل) والمثبت من أ .

(٤) انظر: الأصل ، ١١/٥ ، شرح مختصر الطحاوي ١٧٠/٥ وما بعدها . التجريد ، ٥٠٦٧/١٠ وما بعدها .

بَاب كفارة الظهر

قال الشيخ رحمه الله تعالى: قد بينا أن الظهر يوجب تحريماً يرتفع بالكفارة، والله تعالى أوجب الكفارة بالظهر والعود، فقال: ﴿وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣]، فاختلف الناس في العود، فقال أصحابنا: العود: عزمه على أن يطأها، وقال الشافعي: أن يسكت عن طلاقها عقيب الظهر^(١)، وقال نافي القياس: أن يكون لفظ الظهر.

وما قاله نافي القياس (يخالف ظاهر)^(٢) القرآن؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: ٣]، ولو كان المراد [منه] ما قاله لقال: «ثم يعيدون ما قالوا»، وقد دل على بطلان قوله خبر أوس بن الصامت، وسلمة بن صخر؛ لأن النبي ﷺ أوجب على كل واحد منهما الكفارة، ولم يسألها عن إعادة اللفظ، ولأنه تحريم يختص بالنكاح فلا يقف على إعادة اللفظ كالطلاق. وأما الذي قاله الشافعي لا يصح؛ لأن العود يقتضي ضد ما بدأ به، يقال: عاد في هبته، إذا رجع، والظهر لم [يرفع]^(٣) النكاح حتى يكون إمساكها عوداً؛ ولكنه (أراد)^(٤) التحريم، فإذا عزم على الوطء (فقد عاد)^(٥) فيما حرّمه، فصح أن يسمى ذلك

(١) انظر: الأم، ص ١١٠٨.

(٢) في أ (مخالف لظاهر).

(٣) في ب (ينف) والمثبت من أ.

(٤) في أ (أفاد).

(٥) في أ (فهو عائد).

عوداً، ولأن الطلاق لو أسقط حكم الظهر عقيب الظهر أسقطه في الثاني كالكفارة.
 وإذا ثبت [١/١٥٣] أن العود هو العزم، فقد قال أصحابنا: إذا عزم على
 وطئها، وجبت عليه الكفارة، فإن بدا له [في] أن لا يطأها سقطت الكفارة منه،
 فكأنها تجب عندنا غير مستقرة؛ ولهذا يسقط بموته وموتها، وقال الشافعي: إذا
 سكت عن طلاقها عقب ظهارها استقرت الكفارة.

لنا: أن الكفارات وضعت للتطهير فجاز أن يكون منها ما يجب وجوباً غير
 مستقر، أصله الحدود وقد ثبت أن القتل المتعلق بالردة لا يستقر.

١٧٥٧ - [فصل: كفارة الظهر]

قال: والكفارة ما ذكر الله تعالى في كتابه: من تحرير رقبة من قبل أن يتماسا،
 فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام
 ستين مسكيناً، ولم يشترط فيه [المسيس]^(١)؛ فهذه الكفارة عندنا على الترتيب؛
 لأن الله تعالى ذكرها بلفظ الترتيب، ومن شرط العتق والصوم تقديمهما على
 المسيس، وكذلك الإطعام عندنا، وقال مالك: من كانت كفارته الإطعام جاز له
 أن يطأ قبل الإطعام^(٢).

لنا: أنه [أحد]^(٣) أنواع الكفارة فصار كالعتق، ولأنه لا يأمن أن يقدر على
 العتق أو الصوم في خلال الإطعام فينتقل إليه فيكون قد جامع قبله فلا يصح.

(١) في ب (المسكين) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٨/٥، ٩.

(٣) في ب (أخذ) والمثبت من أ.

١٧٥٨ - [فَصْل: الوطء قبل التكفير]

قال: فإن وطئ في ذلك كله قبل أن يُكْفَرَ، استغفر الله ولم يعد حتى يكفر، وقد بينا ذلك.

١٧٥٩ - [فَصْل: الكفارة بعق بعض الرقبة]

وإن أعتق بعض رقبة ثم وطئ ثم أعتق ما بقي منها لم يجزه، وعليه أن يستقبل عتق رقبة [أخرى]؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن العتق يتبع بعض، فعتق البعض لا يوجب عتق الجميع، وقد أمر الله تعالى بتقديم العتق على المسيس، فإذا مَسَّ في خلاله فلم يعتق على الوجه المأمور به، ولا يجيء هذا النوع على قول أبي يوسف [ومحمد]؛ لأن [عندهما]^(١) أن عتق البعض عتق للجميع.

١٧٦٠ - [فَصْل: وقاع المظاهر في خلال الصوم]

فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الصوم جماعاً يفسد الصوم استقبل في قولهم؛ لأن الله تعالى شرط في الصوم التتابع، فإذا أفطر في خلاله فطراً يمكنه الاحتراز منه، فقد ترك التتابع المشروط، فلا يجزئه الصوم.

١٧٦١ - [فَصْل: وقاع المظاهر في الشهرين ناسياً]

وإن جامع في الشهرين ليلاً أو نهاراً ناسياً لصومه، استقبل في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يمضي على صيامه.

وجه قولهما: أن الله تعالى أمره بصوم شهرين لا مسيس قبلهما ولا فيهما،

(١) في ب (أبي يوسف؛ لأن عنده) والمثبت من أ.

فإذا جامع في خلالهما فلم يأت بالمأمور به ؛ ولأنها صفة منصوص عليها في الكفارة ، فإذا تركها ناسياً أبطل الصوم عن الكفارة كالتتابع .

وجه قول أبي يوسف: أنه وطء لا يفسد الصوم ، فلا يقطع التتابع ، كوطء غيرها ، وأما إذا جامع في خلال الإطعام لم يلزمه الاستئناف ؛ لأن الوطء لم يمنع منه لمعنى يختص بالإطعام ، ألا ترى أن الله تعالى لم يشترط في الإطعام ترك المسيس ، وإنما منع من الوطء لجواز أن يقدر على الصوم أو العتق ، والنهي إذا لم يكن لمعنى في نفس المنهي لم يقتض الفساد .

١٧٦٢ - [فصل: الصفات التي لا تجزئ في الكفارة]

ولا [تجزئ] ^(١) الرقبة العمياء ولا المقطوعة اليدين ، ولا الرّجلين ، [ولا اليد والرجل] من جانب واحد ، وتجزئ المقطوعة اليد والرجل من خلاف ، والعوراء .

وجملة هذا: أن منفعة الجنس إذا عدت منعت العتق عن الكفارة كالميت ، ومتى كانت منفعة الجنس [ب/١٥٣] باقية لم تمنع [كالمشجوج] ، فإذا ثبت هذا ، قلنا في العمياء: إن منفعة الجنس - وهي النظر - معدومة فلم تجزئ ، فأما العوراء: فمنفعة الجنس باقية فأجزأت ، وأما المقطوعة اليدين أو الرجلين: فمنفعة الجنس معدومة وهي البطش والمشي ، وكذلك قطع اليد والرجل من جانب واحد يمنع المشي ، وأما قطع اليد والرجل من خلاف ، فإن منفعة المشي والبطش باقية ؛ فلذلك جاز ، وأما الخرساء: فلا تجزئ ؛ لأن منفعة الجنس وهي الكلام قد عدت ، وأما الصماء: فالقياس أن لا تجزئ ؛ لأن منفعة الجنس وهي

(١) في ب (تجوز) والمثبت من أ .

السمع [قد] عدمت ، والاستحسان: أن تجزئ ؛ لأن الأصم يسمع إذا صاح به الإنسان فمنفعة الجنس باقية ، [ولكنها]^(١) نقصت ، [وإنما لا يسمع الأطروش^(٢) ، وعتقه لا يجوز] ، ولا يجوز المقطوع (إبهامي)^(٣) يديه ، لأن قطع الإبهام يذهب بقوة اليد ويمنع من العمل فهو كقطع اليدين ، فأما المقطوع الأذنين فيجزئ ؛ وذلك لأن الأذن الشاحصة إنما تراد للزينة ، فعدمها لا يبطل منفعة الجنس ، وكذلك الحاجبين والذاهب للشعر واللحية ؛ لأن الشعر لا منفعة فيه ، وإنما يراد للزينة ، ويجزئ مقطوع الأنف ؛ وذلك لأن قطع الأنف يفوت به الجمال ، ومنفعة [الشم]^(٤) باقية ، وأما مقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الأكل فيجزئ ؛ لأن منفعة الجنس باقية وإنما عدمت الزينة ، ولا يجزئ الساقط الأسنان ؛ لأنه لا يقدر على الأكل ، وعدم منفعة الجنس يمنع الجواز ، ولا يجوز ؛ أم الولد وذلك لأن رقه ناقص ، ألا ترى أنه مستحق لغير الكفارة ، والمستحق إيقاع العتق في رقه كامل ، وكذلك المدبرة ؛ لأن عتقها يتعلق بموت المولى على الإطلاق ، [فهي] كأم الولد ، وكذلك ابن أم الولد ؛ لأنه يسري إليه الحق المتعلق بأمه فجرئ مجراها ، فأما المكاتب إذا لم يؤد شيئاً من مال الكتابة فعتقه جائز عندنا ، وقال الشافعي: لا يجوز^(٥) ، وهو قول زفر .

لنا: أن رقه كامل بدلالة أنه إذا عجز جاز بيعه ، فلو نقص رقه لم يرتفع النقص في ذلك الملك كأم الولد ، وإذا كان رقه كاملاً وقد أعتقه من غير عوض

(١) في ب (وإنما) والمثبت من أ .

(٢) «وقال الأزهري: رجل أطروش ، قال: ولا أدري أعربي أم دخيل» . المصباح (طرش) .

(٣) في أ (أباهيمه) .

(٤) في ب (الجنس) والمثبت من أ .

(٥) انظر: مختصر المزني ص ٢٠٥ .

صار كالعبد القين، وليس كذلك إذا أدى بعض مال الكتابة؛ لأن المانع من جوازه سلامة العوض للمولى عن رقه، فاتهم في إعتاقه فصار [كالعتق على مال].

لزفر: أنه استحق من غير جهة الكفارة، فصار [كأم الولد].

١٧٦٣ - [فصل: ما لا يجزئ من العتق عن الكفارة]

ولا يجزئ أن يعتق عن كفارته عبداً على مال؛ وذلك لأن العتق مستحق على طريق القرية، والعوض يبطل معنى القرية، لقوله ﷺ: «بشر أمتي بالسنة والتمكين ما لم يعملوا عمل الآخرة يبتغوا به الدنيا»^(١).

١٧٦٤ - [فصل: الكفارة بعتق عبد مشترك]

فإن أعتق عبداً بينه وبين شريكه لم يجز في قول أبي حنيفة، وجاز في قول أبي يوسف ومحمد إن كان موسراً، وهذا فرع على أصل أبي حنيفة: أن العتق يتبعض، وأما المعتق بعضه يُستسعى، فهو في حكم المكاتب، فإذا أعتق نصيبه عن الكفارة عتق، ودخل [في] نصيب شريكه نقص بعتقه، ولذلك يلزمه الضمان، وذلك النقص لم ينصرف إلى الكفارة؛ لأنه في غير ملكه، وإذا ضمن ما نقص عتق الباقي، فكأنه أعتق عبداً إلا شيئاً.

فأما على أصلهما فالعتق لا يتبعض، فعتق البعض عتق للجميع؛ فيجزئ عن الكفارة وليس كذلك إذا كان [١/١٥٤] المعتق معسراً؛ لأن السعاية قد وجبت، فصار كالعتق بعوض، فأما إذا كان العبد كله له فأعتق نصفه ثم أعتق ما بقي،

(١) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک من حديث أبي (بشر أمتي بالسنة والرفعة والتمكين في البلاد ما لم يطلبوا الدنيا بعمل الآخرة...) وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ٣٥٤/٤؛ وأبو نعيم في الحلية، ٢٩٠/١٠.

فالقياص أن لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأنه لما أعتق النصف صار النصف الباقي ناقصاً بعتقه، فهو كالعبد المشترك، إلا أنهم استحسنا فقالوا يجوز؛ لأن ذلك النقص الذي حصل بعتق النصف الأول نقص من ملكه، وقد حصل بعتقه فيجزئ عن كفارته، فصار كمن أعتق نصفاً وشيئاً ثم أعتق ما بقي.

١٧٦٥ - [فصل: صفة الكفارة بالطعام]

قال: وإذا كَفَّرَ بالطعام أطعم لكل مسكين نصف^(١) صاع من بُرٍّ أو دقيقه أو سويقه، أو صاعاً من تمر أو شعير، وكذلك دقيق الشعير وسويقه، وقال الشافعي: مُدٌّ^(٢)، وقد دل على ما ذكرناه حديث^(٣) أوس بن الصامت وسلمة بن صخر: أن النبي ﷺ أمر كل واحد منهما بوسق من تمر، والوسق: ستون صاعاً، ولأنها صدقة مقدرة بالمسكين فلا يجزئ فيها المد كصدقة الفطر، فأما الزبيب فقد اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة فأجراه في إحدى الروايتين مجرى الحنطة، وفي الأخرى مجرى الشعير، والكلام في ذلك كالكلام في صدقة الفطر.

قال: وما عدا هذا من الحبوب فإنه يخرج بقيمة نصف الصاع من البر أو الصاع من الشعير، وإن أعطى المساكين قيمة [ذلك دراهم]^(٤) أجزاء؛ وذلك لأن المقصود سدّ الخلة وهذا يوجد في القيمة كما يوجد في المنصوص [عليه]

(١) «والصاع عند أبي حنيفة ومحمد: ثمانية أرتال بالعراقي» ويقدر الآن الصاع الشرعي = ٣,٢٩٦,٨ غراماً = ٤,١٢٧,٣٠ ليطر.

انظر: مختصر القدوي، ص ١٣٠؛ الإيضاح والتبيين لابن الرفعة، ص ٥٧.

(٢) المُدُّ: يساوي رطل وثلث بالعراقي، ويساوي (٥١٠) غراماً لدى الجمهور، وعند الحنفية: المد رطلان بالعراقي. ويساوي (٨١٢,٥) غراماً.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢١٤)؛ والترمذي (٣٢٩٩)؛ والبيهقي في الكبرى (٣٨٩/٧).

(٤) في ب (ما ندر لهم) والمثبت من أ.

وهذا فرع على أصلنا في القيمة في الزكوات .

١٧٦٦ - [فَصْل: إعطاء الكفارة لمساكين الكفار]

ومساكين أهل الذمة يجوز في ذلك ، وفقراء المسلمين أحب إليّ ، وقال أبو يوسف: لا يجزئ .

وجه قولهما: أنها صدقة ليس للإمام حق في أخذها كالنفل ، وجه قول أبي يوسف: أنها صدقة واجبة كالزكاة .

١٧٦٧ - [فَصْل: الكفارة بعق عبد ذمي]

وأما إذا أعتق عبداً ذمياً جاز عندنا ، وقال الشافعي: لا يجوز^(١) .

لنا قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] فهذا عام في الكافر والمسلم ، ولأنها رقبة لم تجب بإتلاف رقبة ، فلا يشترط فيها الإسلام من غير إيجاب كالنفل ، وأما قوله: إن فقراء المسلمين أحب إليّ ؛ فلأنه يحصل بذلك سد الخلّة ومنفعة المسلم أولى .

١٧٦٨ - [فَصْل]:

ولا يجوز أن يعطي فقراء أهل الحرب وإن كانوا مستأمنين ، وذلك لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَدِكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُوا فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ﴾ ولأن في ذلك تقوية للحربي على المسلم ، وذلك لا يجوز^(٢) .

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٠٤ .

(٢) انظر: الأصل ١٧/٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٨٥/٥ وما بعدها؛ التجريد

٥٠٨٧/١٠ وما بعدها .

بَاب الرجل يطلق امرأته ثلاثاً متى تحل له

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في كلمة واحدة أو متفرقات وهي مدخول بها، والطلاق سُنَّةٌ أو بدعة فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها الثاني، فإذا طلقها أو فارقتها وانقضت العدة حَلَّتْ للأول، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فدل على أن التطليقة الثالثة يتعلق بها التحريم، وأنه لا يرتفع إلا بزواج، ومن شرطه أن يتزوجها نكاحاً صحيحاً، وذلك لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ والزواج لا يكون إلا في نكاح صحيح؛ ولأنه إذا تزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها فهو وطء لم يوجبه عقد النكاح، فصار كالواطئء بشبهة^(١). [١٥٤/ب].

١٧٦٩ - [فصل: في حلِّ البائنة لزوجها الأول]

ولا تحل لزوجها الأول بالعقد الثاني حتى يدخل بها، وقال سعيد بن المسيب: تحل بنفس العقد.

لنا: ما روي في حديث ابن عمر أن النبي ﷺ سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها غيره، فأغلق الباب وأرخصي الستر وكشف الخمار، ثم فارقتها، قال: «لا تحل للأول حتى يذوق عسيلتها الآخر».

(١) انظر: الأصل ٣٩٢/٤.

وروى سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها: أن امرأة رفاعة القرظي أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة قد بتت طلاقي، وإني تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير، وإنما عنده مثل هدبة الثوب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ قالت: نعم، قال: لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»^(١).

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن عمرو بن حزم طلق العميصاء، فنكحها رجل فطلقها قبل أن يمسه، أو قال: طلقها رجل فتزوجها عمرو بن حزم، فطلقها قبل أن يمسه، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن ترجع إلى زوجها الأول، فقال: «هل قربك؟»، قالت يا رسول الله ما كان الذي له إلا كهدبة الثوب، فقال: «لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»^(٢).

واحتج سعيد بن المسيب بظاهر قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وهذا يقتضي وقوع الإباحة بنفس النكاح.
والجواب: أن الله تعالى لما ذكر النكاح والزواج دل على اعتبار أمرين، ولو كان يكفي أحدهما لاقتصر عليه.

١٧٧٠ - [فصل: الوطاء في رفع التحريم]

فإذا وطئها الزوج الثاني رفع تحريم الطلاق وصارت أجنبية لا عقد عليها، ولا تحل للأول إلا بعقد.

(١) أخرجه البخاري (٥٠١١، ٢٤٩٦)؛ ومسلم (١٤٣٣)؛ وأصحاب السنن.

(٢) أورده ابن حجر في الإصابة، ٤٥/٨، وعزاه إلى أبي نعيم.

١٧٧١ - [فَصْلٌ: فِي الْحِلِّ بِوَقَاعِ الصَّبِيِّ]

وإذا تزوجها الصبي الذي يجامع فجامعها حَلَّتْ ، لقوله تعالى: ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ولم يفصل ؛ ولأن وطء الصبي يتعلق به من أحكام النكاح كوطء البالغ بدلالة المهر ، وكذلك المجنون ؛ لأن وطئه يتعلق به من أحكام النكاح ما يتعلق بوطء الصحيح ، وكذلك الصغيرة التي تجامع إذا طلقها زوجها ثلاثاً فدخل بها الزوج الثاني ؛ لأن وطئها يتعلق به أحكام الوطء من المهر والتحريم ، فصار كوطء البالغة .

وقد قالوا في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً: إذا تزوجت زوجاً فطلقها قبل أن يدخل بها ثلاثاً ، ثم تزوجت بزواج ثالث فدخل بها حلت للأولين ؛ لأن وطء الثاني يرفع التحريم المتعلق بالثلاث ، فاستوى في ذلك (حق) ^(١) الزوج والزوجين .

١٧٧٢ - [فَصْلٌ: فِي الْحِلِّ بِوَطْءِ الزَّوْجِ الثَّانِي فِي حَيْضٍ]

فإن وطئ الزوج الثاني في حيض أو نفاس ، أو صوم أو إحرام ، فإنها تحل بذلك الجماع ؛ وذلك لأنه وطء أوجب النكاح ، والتحريم فيه عارض ، فصار كوطء المريضة .

١٧٧٣ - [فَصْلٌ: فِي الْحِلِّ بِنِكَاحِ الزَّوْجِ النَّصْرَانِيِّ الثَّانِي]

(وكذلك) ^(٢) نصرانية تحت مسلم طلقها ثلاثاً ، فنكحت نصرانياً نكاحاً يُقَرَّان عليه لو أسلما ودخل بها ، فإنها تحل لزوجها الأول ؛ وذلك لأنه نكاح

(١) في أ (حكم) .

(٢) في أ (وكل) .

صحيح في حقهم بدلالة أنهم يُقَرَّون عليه بعد الإسلام ، فصار كنيكاح المسلمين .

١٧٧٤ - [فَصْلُ : كون الزوج الثاني عبداً]

ولو كان الزوج الثاني عبداً أو مدبراً أو مُكاتباً تزوج بإذن مولاه ودخل بها حَلَّتْ للأول ؛ لأنه وطءٌ أوجبته النكاح ؛ ولأن وطء هؤلاء يتعلق به أحكام النكاح ، كما يتعلق بوطء الحر .

١٧٧٥ - [فَصْلُ : كون الزوج الثاني مشلولاً]

فإن كان الزوج مشلولاً ينتشر ويجامع حَلَّتْ ؛ لأنه يوجد منه المخالطة وإنما [١/١٥٥] عدم الإنزال فصار كالفحل إذا جامع ولم ينزل ، فأما المَجْبُوبُ فإنها لا تحل للأول ؛ لأنه لا يوجد منه المخالطة وإنما يوجد منه الملاصقة ، والإباحة تحصل بالتقاء الختانيين .

١٧٧٦ - [فَصْلُ : في إحصان زوجة المَجْبُوبِ]

فإن حبلت امرأة المَجْبُوبِ وولدت ، حَلَّتْ للأوَّلِ ، وكانت محصنة عند أبي يوسف ، وقال زفر : لا تحل للأول ولا تكون محصنة ، وهو قول الحسن .

وجه قول أبي يوسف : أن ثبوت النسب في حكم الوطء بدلالة استقرار المهر على أصله في حال الحياة فصار كالدخول .

وجه قول زفر : أن ثبوت النسب قائم مقام الوطء من طريق الحكم كالخلوة ، ولأننا نثبت النسب وإن كانت زانية ؛ لأنه ولد على الفراش ، والتحليل لا يقع بالزنا .

١٧٧٧ - [فصل: أثر النية في التحليل]

فإن تزوجت ومن نيتها التحليل ولم يشترط ذلك بقول، وإنما نويًا [ذلك] ودخل بها على هذه النية حَلَّتْ للأول؛ وذلك لأنه نكاح صحيح بشرائطه، فالنية لا تؤثر فيه، كما لو نويًا التأجيل والمعاني المفسدة.

١٧٧٨ - [فصل: أثر شرط الإحلال في التحليل]

فإن شرطًا الإحلال بالقول وأنه يتزوجها كذلك وكان الشرط منهما فهو نكاح صحيح عند أبي حنيفة وزفر، ويكره للثاني وتحل للأول ويكره، وقال أبو يوسف: نكاح الثاني فاسد وإن وطئها لم تحل للأول، وقال محمد: النكاح^(١) صحيح ولا تحل للأول.

وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن النهي عن هذا العقد ليس لمعنى في نفس المنهي، وإنما هو في غير المعقود عليه، فلا يفسد العقد كسائر الشروط، إلا أنه يكره لما روى عَلِيُّ عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(٢).

وجه قول أبي يوسف حديث علي، وروي أن النبي ﷺ قال: «ألا أنبئكم بالتيس المستعار»، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «الرجل يتزوج المرأة ليحلها لزوجها»^(٣)، ولأنه في معنى توقيت النكاح، والتوقيت إذا شرط في العقد أفسده،

(١) في أ (نكاح الثاني).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦)؛ وابن ماجه (١٩٣٦)؛ وابن الجارود في المنتقى، ١٧٢/١؛ والبيهقي في الكبرى، (٢٠٨/٧). وغيرهم.

(٣) أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦)؛ والحاكم في المستدرک، ٢١٧/٢؛ والدارقطني في المسند، ٢١٥/٢؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٠٨/٧.

وإذا ثبت أن النكاح فاسد لم يقع به التحليل .

وجه قول محمد: أنه استعجل ما أخر الله تعالى عنه ، فصار كمن قتل أباه .

١٧٧٩ - [فَصْل: زواج البائنة مع إخبارها بأنها تزوجت ثانياً وطلّقتْ]

فإذا طلق الرجل المرأة ثلاثاً فغابت عنه مدة ، ثم أتته فقالت: قد تزوجت زوجاً غيرك ، ودخل بي وانقضت عدتي ، قال محمد: لا بأس أن يتزوجها ويصدقها إذا كانت عنده ثقة ، أو وقع في قلبه أنها صادقة ؛ وذلك لأن هذا خبر من أخبار الدين فيقبل فيه قول المرأة كالخبر عن رسول الله ﷺ .

وقال الحسن بن زياد: إن تزوجها ولم تخبره بشيء ، فلما وقع النكاح قالت: لم أتزوج زوجاً غيرك ، أو قالت: [قد] تزوجت ولم يدخل بي ، أو قالت: قد خلا بي أو جامعني فيما دون الفرج ، وكذبها الأول وقال: قد دخل بك الثاني ، فالقول قول المرأة في ذلك ؛ لأن هذا المعنى لا يعلم إلا من جهتها ، فالقول قولها فيه كالحيض والحبل .

١٧٨٠ - [فَصْل: اختلاف الزوجين في دخول الثاني بالمرأة]

فإن كان الزوج هو الذي قال: لم تتزوجي ، أو قال: لم يدخل بك الثاني ، وقالت المرأة: قد دخل بي ، فالقول قول المرأة ، ويفسد النكاح بقول الزوج ، ولها نصف المسمى إن كان لم يدخل بها ، وجميعه إن كان قد دخل بها ؛ وذلك لأن المرجع في هذا إلى قول المرأة ، وقول الزوج غير مقبول عليها فلا يسقط مهرها إلا أنه يملك [١٥٥/ب] التحريم ، فاعترافه بفساد النكاح (كإيقاع فرقة)^(١) .

(١) في أ (فوقعت الفرقة) .

١٧٨١ - [فَصْل: في الدخول بالعقد الفاسد]

قال: والدخول بالعقد الفاسد لا يحلها، وكذلك إن كان النكاح الثاني مختلفاً في فساده، لم تحل به عند من يفسد، وقد قدمنا هذا الفصل.

١٧٨٢ - [فَصْل: بينونة الأمة بطلقتين]

قال: وإذا طلق زوج الأمة اثنتين لم تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره، لأن التظليقتين جملة ما يملك عليها، بدلالة قوله ﷺ: «طلاق الأمة تطليقتان»^(١)، فصار كالثلاث في الحرة.

١٧٨٣ - [فَصْل: التحليل بوطء المولى بملك اليمين]

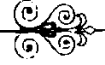
ولا يحلها للأول ووطء المولى بملك اليمين، وذلك لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ والمولى ليس بزواج، وقد روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: ليس بزواج، يعني: السيد^(٢).

وقد روي أن عثمان سئل عن ذلك وعنده عليّ وزيد بن ثابت، فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالوا: هو زوج، فقام عليّ مغضباً كارهاً لما قالوا.

وقد روي أنه قال: ليس بزواج، ولأنه ووطء لم يوجبه النكاح، فصار كالوطء بالشبهة.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)؛ والترمذي (١١٨٢)؛ وابن ماجه (٢٠٨٠)؛ والحاكم في المستدرک ٢٢٣/٢. وغيرهم.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥٢٣/٣؛ وعبد الرزاق ٢٧١/٦.



١٧٨٤ - [فصل: التحريم الذي لا يرتفع بالوطء]

قال: وإن اشتراها الزوج قبل أن تنكح زوجاً غيره لم تحل له بملك اليمين، وإن أعتقت لم يحل له أن يتزوجها؛ وذلك لأن الطلاق يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بوطء زوج، والملك من أسباب الإباحة إذا لم يكن الوطء محظوراً، فأما مع حظر الوطء فلا تحل كأخته من الرضاعة.

١٧٨٥ - [فصل: هدم الطلاق بالوطء الثاني]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن وطء الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث، وقال محمد: لا يؤثر فيها، وبه قال الشافعي^(١).

لنا: [أنه وطء] زوج ثانٍ فرفع الحكم المتعلق بالطلاق، كما لو كان الطلاق ثلاثاً، ولأنها فارقت الأجنبية بالطلاق، ألا ترى أنه لو تزوجها لم يملك منها جملة الطلاق، فإذا وطئها الزوج الثاني ألحقها بالأجنبيات كالمطلقة ثلاثاً لما فارقت الأجنبية بالطلاق؛ بدلالة أنه لا يجوز أن يتزوجها، ألحقها وطء الزوج الثاني بالأجنبيات.

وجه قول محمد: أن وطء الزوج الثاني يحتاج إليه للإباحة، فإذا كانت مباحة قبله لم يؤثر وطؤه في الإباحة، فلم يرتفع الطلاق كوطء المولى^(٢).



(١) انظر: مختصر المزني ص ١٩٥.

(٢) انظر: الأصل ٤٦٧/٤ وما بعدها.

بَابُ الطلاق في المرض



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو ثلاثاً أو رجعيّاً في مرضه الذي مات فيه، ثم مات وهي في العدة، ورثته، وبه قال مالك، وقال الشافعي في أحد قوليّه: لا ترث، وأما إذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث عندنا، وقال مالك: ترث ما لم تتزوج، وهو أحد [قولي] (١) الشافعي، فأما إذا تزوجت لم ترث عندنا، وقال ابن أبي ليلى: ترث، وهو أحد [قولي] (٢) الشافعي (٣).

والدليل على ما قلناه: إجماع الصحابة، وروي عن إبراهيم قال: جاء عروة البارقي إلى شريح بخمس خصال من عند عمر بن الخطاب (فيهن) (٤) أن الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض ثلاثاً ورثت ما دامت في عدتها (٥).

وروى الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن حصن [أ/١٥٦] كانت تحت عثمان بن عفان، فلما حُصِرَ طَلَّقَهَا، وقد كان أرسل إليها يشتري منها ثمنها فأبت، فلما

(١) في ب (أقوال) والمثبت من أ.

(٢) في ب (أقوال) والمثبت من أ.

(٣) وقال الدمشقي: «وللشافعي قولان، أظهرهما: لا ترث». انظر: المبسوط، ٤٣/٦؛ مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٤٣٣/٢؛ مختصر المزني ص ١٩٤؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة

ص ٤١٨

(٤) في أ (منهن).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، ١٧١/٤.

قتل أتت علياً (عليه السلام) فذكرت له ذلك فقال: تركها حتى إذا أشرف على الموت طلقها فوراً^(١).

وروي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر [الكلبية]^(٢) في مرضها آخر تطليقاتها الثلاث، وكانت تحته أم كلثوم بنت عقبة أخت عثمان بن عفان فوراً منه عثمان^(٣).

وروي أنه قال: ما [أتهمه]^(٤) ولكني أريد أن تكون سنة.

وروي هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت في المطلقة ثلاثاً وهو مريض: ترثه ما دامت في العدة^(٥).

وعن أبي بن كعب: أنها ترث ما لم تتزوج، وقال ابن سيرين: (كانوا يقولون ولا يختلفون: من فرّ من كتاب الله رُدَّ إليه، يعني: الرجل (يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه)^(٦)، قال)^(٧): ترث ما دامت في العدة، ولا يقال إن ابن الزبير مخالف؛ لأنه قال في تماضر ورثها عثمان بن عفان، ولو وليت أنا لما ورثتها؛ لأن هذا لا دلالة فيه على الخلاف؛ لجواز أن يكون معناه أن عثمان ظهر له من الاجتهاد ما لو كنت مكانه لم يظهر لي، ويجوز أن يكون قال ذلك لأنها سألت الطلاق،

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، ١٧١/٤.

(٢) في ب (الكتابية) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (مع شرح الزرقاني)، ٢٥٣/٣؛ وابن أبي شيبة، ١٧١/٤.

(٤) في ب (ما ائتمنه) والمثبت من أ.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة، ١٧٢/٤.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة، ١٧٢/٤؛ وأورده العيني في العمدة، ٢٣٤/٢٠.

(٧) في أ (من طلق في مرضه فإنها).

وعندنا أنها إذا سألت لم ترث ، وإذا ورّثها عثمان مع مسألتها ، فإذا لم تسأل أولى ، ولأن ابن الزبير قال هذا في ولايته ، وقد انعقد الإجماع قبله ، فلو خالف لم يعتد بخلافه ؛ لأنه حق مالي تستحقه المطلقة الرجعية ، فجاز أن تستحقه المطلقة البائن كالسكنى ونفقة الحامل ؛ ولأنه طلقها في حال تلحقه التهمة ، واتصل ذلك بموته وهي في العدة فورثت ما لم يسقط حقها ، أصله : إذا قال لها أنت بائن .

١٧٨٦ - [فصل : التوارث مع بقاء حقوق النكاح]

وأما إذا انقضت عدتها لم ترث عندنا ؛ لأن النكاح زال وزالت أحكامه ؛ بدلالة أنها تحل للأزواج ، والتوارث إنما يكون مع بقاء حقوق النكاح .

١٧٨٧ - [فصل : الميراث إذا تزوجت البائنة]

وأما إذا تزوجت لم ترث ؛ وذلك لأنها لو ورثت وهي تحت زوج ، جاز أن يطلقها الثاني وهو مريض قبل أن يموت الأول ، فترثهما جميعاً ، والمرأة لا تستحق في حالة واحدة ميراث زوجين^(١) .

١٧٨٨ - [فصل : المرض المؤثر في أحكام الطلاق]

قال أبو الحسن : وهذا إذا كان مريضاً مضنئاً يكون صاحب فراش ، وأما إذا كان يذهب في حوائجه ويجيء وهو مع ذلك يحمّ فهو بمنزلة الصحيح ، وقال الحسن عن أبي حنيفة : المرض الذي إذا طلقها فيه كان فارقاً إذا كان مضنئاً لا يقوم إلا بشدّة وهو في حال [يقدر في]^(٢) الصلاة جالساً .

(١) انظر : الأصل ٤/٥٢٨ ، ٥٢٩ .

(٢) في أ (يصلي) .

قال: وجملة هذا أن المرض الذي يؤثر في الأحكام هو الذي يخاف منه التلف غالباً، فأما ما يجوز أن يكون منه تلف ويجوز أن لا يكون في الغالب فهو كالصحة، والمريض إذا كان صاحب فراش أو كان مضنياً لا يقدر على القيام إلا بشدة [١٥٦/ب] والغالب من حاله خوف التلف يثبت له أحكام المرض، وإذا كان يذهب ويجيء [فليس] ^(١) الغالب منه خشية التلف [فصار] ^(٢) كالصحيح.

ولهذا قالوا في المحصور، والواقف في صف القتال، ومن وجب عليه القتل في حدٍّ أو قصاص فحبس ليقتل: إنه كالصحيح؛ لأن هذه الحالة ليس الغالب منها خشية التلف، ألا ترى أن الإنسان يتخلص منها غالباً، قالوا: ولو قُدِّم ليقتل، أو بارز المواقف وخرج من الصف، فهو كالمريض؛ لأن الغالب من هذه الحالة خشية التلف، وكذلك المرأة إذا ضَرَبَهَا الطَّلُقُ، فهي في حكم المريض؛ لأن الغالب خشية التلف عليها.

ولا بد إذا طلق في هذه الأحوال أن يبقى على حاله حتى يموت، وأما إذا قام من [مرضه] ^(٣) بعد ما طلقها، فكان يجيء ويذهب ويقوى على الصلاة قائماً، ثم نكس فعاد إلى الحالة التي كان عليها ثم مات لم ترثه، وقال زفر: ترثه.

وجه قولهم: أن الصحة إذا حصلت بعد إيقاع الطلاق فقد زالت الزوجية في حال لا حق لها في الإرث، فإذا مرض بعد ذلك لم يعد حقها كما لو طلقها في الصحة ثم مرض.

وجه قول زفر: أن الطلاق حصل في حالة يلحقه فيه التهمة والموت حصل

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٣) في ب (موضعه) والمثبت من أ.

فيها ، والمعتبر بحال الإيقاع وحال الاستحقاق ، وما بين ذلك لا يعتبر^(١) .

١٧٨٩ - [فصل: الميراث إذا جاءت الفرقة من المرأة]

فإذا جاءت الفرقة من المرأة في مرضها أو في حال طَلَّقَهَا فارتدت عن الإسلام ، ورث الزوج منها ؛ لأنها متهمة في سبب الفرقة مع تعلق حقه بمالها ، كما يتهم الزوج في فرقتها مع المرض ؛ [فلذلك]^(٢) ورث .

١٧٩٠ - [فصل: زوجان لا يتوارثان ، فطلق الزوجة ثلاثاً]

وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر ، فطَلَّقَهَا ثلاثاً في هذه الحال وهو مريض ، ثم صار في حال يتوارثان [لو]^(٣) لم يوقع الطلاق ، لم ترثه ، وإن مات وهي في العدة مثل أن يكون عبداً وهي حُرَّةٌ أو هو حُرٌّ وهي أمة أو مكاتبة ، أو الزوج مسلم وهي كتابية ، فيعتق المملوك أو يُسلم الكافر وهي في العدة ويموت الزوج ، فإنها لا ترث ؛ وذلك لأن الميراث ثبت لأنه فَارٌّ بالطلاق من ميراثها مع تعلق حقه بما له ، ولا حق لها مع الرق والكفر ، فلم يكن متهماً بالطلاق ، فإذا زال المانع لم ترث .

١٧٩١ - [فصل: الميراث في طلاق المريض إذا أوجبت المرأة البينونة]

وإذا طلقها الزوج في المرض الذي يكون به فَارًّا ثم أحدثت المرأة فعلاً يوجب البينونة ، ثم مات وهي في العدة كان الميراث لها على حاله إلا أن ترتدَّ في عدتها ثم تُسلم ، وهذا مثل أن تمكن ابن زوجها أو أباه من نفسها ؛ وذلك لأنها

(١) في أ (لا معتبر به) .

(٢) في ب (فكذلك) والمثبت من أ .

(٣) في ب (أو) والمثبت من أ .

إن فعلت ذلك فهذه معاني موجبة للتحريم ، والتحریم حاصل بالبينونة فلا يسقط حقها ، وكذلك إذا انضم إليه تحريم آخر ، فأما الردة فإنها تخرجها من أن تكون من أهل الميراث فيبطل حقها بفعلها ولا تعود بعد ذلك وإن عادت إلى الإسلام^(١) .

١٧٩٢ - [فَصَّل: الفرقة وقعت في مرض الزوج بسؤال المرأة]

وكل فرقة جاءت من قبل المرأة في مرض الزوج بأمرٍ [١/١٥٧] أحدثته أو طلاق (يقع)^(٢) بإخبارها ، أو بمشيئتها ، أو بسؤالها ، فإنها لا ترث وإن مات في العدة ؛ وذلك لأن الطلاق إذا وقع بفعلها وهي غير مضطرة ، أو [بسؤالها]^(٣) ، فقد (رضيت)^(٤) بإسقاط حقها ، وإنما يثبت لها الميراث ؛ لأن الزوج متهم ، فإذا رضيت فقد زالت التهمة فلا ترث .

١٧٩٣ - [فَصَّل: ميراث المرأة إذا كان سبب الفرقة من الزوج المريض]

فإن حلف الزوج في مرضه أو في صحته على فعل المرأة [لما] لا بد لها منه كـ(كلام)^(٥) أبيها أو أمها ، أو صلاتها أو صيامها ، أو اقتضاء غريمها ، ففعلت ذلك وهو مريض ، فإنها ترث .

وقال بشر بن الوليد عن أبي يوسف: في رجل قال لامرأته في صحته: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق (ثلاثاً)^(٦) ، فإن كان لها غنى عن دخولها ولم يكن

(١) انظر: الأصل ٥٣٧/٤ .

(٢) في أ (تعين) .

(٣) في ب (بمسألتها) والمثبت من أ .

(٤) في ب (ذهبت) والمثبت من أ .

(٥) في أ (بالكلام مع أبيها) .

(٦) ساقطة من أ .

بها حاجة إلى دخولها ، فإنها لا ترث ، وإن كان بها حاجة إلى دخولها فدخلت في المرض فلها الميراث ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: إن كان الحلف في المرض ففعلت ذلك في المرض فلها الميراث ، وإن كان الحلف في الصحة فإنها لا ترثه .

وجه قولهما: أنه لما حلف أن لا تصلي ولا تصوم ولا تحج حجة الإسلام ، ولا تقتضي غريمها ، ولا تكلم أباهما ، فهذه فروض لا بد منها ، واقتضاء الدين يلحق الضرر بتركه ، فصارت مضطرة إلى هذا الفعل ، وفعل المكره ينتقل إلى المكره فيصير كالفاعل له ، [فكان الزوج] ^(١) فعل سبب الفرقة في المرض فترث ، وليس كذلك ما لها منه بد ؛ لأنها تقدر على الامتناع منه من غير ضرر ، وإذا فعلته فقد أوقعت الفرقة باختيارها فلم ترث .

وجه قول محمد: أنه إذا حلف في الصحة فقد عقد اليمين في حال لا حق لها في الإرث وأضافها إلى حالة لا يعلم تعلق حقها بالإرث ، فلم يكن متهماً فلا ترث ، (وأما إذا عقد اليمين في المرض فقد عقد في حال تعلق حقها بالإرث ، فكان متهماً فورثت) ^(٢) .

١٧٩٤ - [فصل: الميراث إذا أعلن الطلاق بفعل أجنبي]

فأما إذا علّق الطلاق بفعل أجنبي أو بفعل الله تعالى ، فإن كانت اليمين في الصحة والفعل في المرض لم ترث ، وإن كانت اليمين في المرض ورثت ، وسواء في ذلك ما للأجنبي منه بد ، [وما] ^(٣) لا بد [له] منه ، وذلك لأنه لما علّق اليمين

(١) في ب (فكان للزوج) والمثبت من أ .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) العبارة في أ (من فعل الأجنبي ما له منه بد ، وما لا بد منه) .

بهذا الشرط ، فهو لا يقدر على فسخها ، وقد عقدها في حال لا حق لها في الإرث ، فإذا وُجد الشرط في المرض لم يكن متهماً فلم ترث ، وإن كانت اليمين في المرض ، فقد عقدها مع تعلق حقها بالإرث فورثت ، وإنما استوى في الأجنبي ما له منه بد ، وما لا بد منه ؛ لأن فعل الأجنبي لا يؤثر في إسقاط الإرث حتى يختلف بالإكراه (من غيره)^(١) ، فاستوى الأمران فيه ، وأما فعل المرأة فله تأثير في إسقاط الإرث ، فاختلف (منه)^(٢) ما كان باختيارها وغير اختيارها .

١٧٩٥ - [فصل : تفويض الصحيح الأجنبي بالطلاق وإيقاعه في مرض الزوج]

وقد قالوا فيمن (فوّض)^(٣) طلاق امرأته إلى أجنبي في الصحة فطلقها في المرض ، فإن كان التفويض على وجه لا يملك عزله عنه لم ترث ، مثل أن يملكه الطلاق ؛ وذلك لأنه عقد فلا حق [ب/١٥٧] لها في الإرث ، وهو لا يقدر على فسخه بعد مرضه ، فصار الإيقاع في المرض كالإيقاع في الصحة ؛ لأنه لا تهمة فيه ، وإن كان التفويض على وجه يمكنه العزل مثل أن يوكله بالطلاق فطلق في المرض ورثت ؛ لأنه لما أمكنه [العزل] بعد مرضه فلم يعزل ، صار كالمبتدئ للتوكيل في المرض بالطلاق ، فترث .

١٧٩٦ - [فصل : قول الصحيح : أنت طالق رأس الشهر]

وقد قال أصحابنا في الصحيح إذا قال لامرأته : أنت طالق رأس الشهر فجاء رأس الشهر وهو مريض ، لم ترث ، وقال زفر : ترث .

(١) في أ (وغيره) .

(٢) في أ (فيه) .

(٣) في أ (جعل) .

وجه قولهم: أنه عقد الطلاق في حال لا حق لها في الإرث، وأضافها إلى حالة لا يعلم تعلق حقها بالإرث، فلم تلحقه التهمة (فلذلك لا) ^(١) ترث.

وجه قول زفر: أن المطلق عند الشرط أو في الوقت كالمتكلم بالطلاق في ذلك الوقت حكماً، فكأنه طلقها عند رأس الشهر.

١٧٩٧ - [فصل: أثر الميراث إذا وقعت الفرقة في المرض]

قال: وإن وقعت الفرقة في المرض بغير فعل الزوج مثل أن يجامعها (ابنه) ^(٢) مكرهة أو مطاوعة، فإنها لا ترثه؛ وذلك لأن الميراث يثبت لقصد الزوج إلى الفراق، فإذا وقعت الفرقة بفعل غيره، فلم يوجد منه فراق، فلا ترث.

١٧٩٨ - [فصل: أثر انتهاء مدة الإيلاء أثناء المرض]

وإذا ألى منها في المرض فانقضت مدة الإيلاء (في المرض، فإنها ترثه ما دامت في العدة، فإن كان الإيلاء) في الصحة ومضت المدة في المرض، لم ترث؛ وذلك لأن تقدير المولي كأنه قال: أنت طالق بمضي أربعة أشهر [إن] لم أجامعك فيها، ومن علق الطلاق في الصحة بمضي مدة فمضت [المدة] في المرض، فإنها لا ترث، وإن علقه بمضي [مدة] ^(٣) في المرض، ورثت.

١٧٩٩ - [فصل: الميراث في حال القذف والملاعنة في المرض]

وإن قذفها في المرض فلاعنها في المرض ورثت في قولهم؛ لأن سبب

(١) في أ (فلا).

(٢) في أ (أبوه).

(٣) في ب (هذه) والمثبت من أ.

الْفُرْقَةُ كَانَ فِي حَالِ لَهَا حَقٌّ فِي الْإِرْثِ وَهِيَ مُضْطَرَةٌ إِلَى الْمَطَالِبَةِ بِاللِّعَانِ لِتُدْفَعَ الشَّيْنُ عَنْ نَفْسِهَا ، فَصَارَ كَأَنَّ الزَّوْجَ هُوَ الْمَوْجِعُ لِلْفُرْقَةِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْقَذْفُ فِي الصِّحَّةِ وَاللِّعَانُ فِي الْمَرَضِ ، وَرَثَتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ [وَأَبِي يُوسُفَ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا تَرِثُ .

لَهُمَا : أَنَّهَا مُضْطَرَةٌ إِلَى الْمَطَالِبَةِ بِاللِّعَانِ ، وَهُوَ الَّذِي اضْطَرَّهَا بِقَذْفِهِ ، وَفَعَلَ الْمَكْرَهَ نَقْلًا إِلَى الْمَكْرَهِ ، فَكَأَنَّهُ هُوَ الْمَوْجِعُ لِلْفُرْقَةِ فِي الْمَرَضِ .

وَلِمُحَمَّدٍ : ^(١) أَنَّ سَبَبَ الْفُرْقَةِ وَجَدَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فِي الصِّحَّةِ ، فَلَا يُعْتَدُ بِحَالِ الْوُقُوعِ لِعَدَمِ التَّهْمَةِ .

١٨٠٠ - [فَصْلٌ : الْمِيرَاثُ فِي حَالِ رِدَّةِ الْمَرْأَةِ وَمَوْتِهَا]

وَإِذَا ارْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ وَهِيَ مَرِيضَةٌ ، فَلِزَوْجِهَا الْمِيرَاثُ إِنْ مَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ اسْتِحْسَانًا ، وَالْقِيَاسُ : أَنْ لَا يَرِثَهَا .

وَجِهُ الْقِيَاسِ : أَنَّ الْفُرْقَةَ لَمْ تَقْعْ بِفَعْلِهَا ؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ لَا تَوْجِبُ الْفُرْقَةَ ، وَإِنَّمَا تَقْعُ الْفُرْقَةُ بِاخْتِلَافِ الدِّينَيْنِ وَذَلِكَ مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، وَالْفُرْقَةُ إِذَا وَقَعَتْ بِغَيْرِ فَعْلِ الْمَوْرَثِ لَمْ يَثْبُتِ الْإِرْثُ .

وَجِهُ اسْتِحْسَانِ : أَنَّ الرِّدَّةَ سَبَبٌ فِي الْفُرْقَةِ ، [وَسَبَبُ الْفُرْقَةِ] إِذَا حَصَلَ فِي الْمَرَضِ تَعَلَّقَ بِهِ الْإِرْثُ .

قَالَ : وَإِنْ ارْتَدَّتْ وَهِيَ صَحِيحَةٌ وَمَاتَتْ فِي عِدَّتِهَا ، لَمْ يَرِثِ الزَّوْجُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْفُرْقَةِ حَصَلَ فِي حَالِهِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْإِرْثِ ، فَإِذَا ارْتَدَّ الزَّوْجُ وَرِثَتْ [١/١٥٨]

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب ، وزيدت من أ .

ما دامت في العدة؛ وذلك لأن ردة الزوج توجب القتل فحالته مخوفة فهو كالمريض، فإذا حصل سبب الفرقة بفعله ورثت.

١٨٠١ - [فَصْل: الميراث في حال اختيار المرأة نفسها أثناء أجل المريض العَيْنين]

وإذا أَجَلَ العَيْنين وهو مريض ومضى الأجل وهو مريض، فخيرت المرأة فاخترت نفسها فلا ميراث لها؛ وذلك لأن الفرقة وقعت باختيارها، وقد كانت تقدر أن تصبر عليه، فلم يتهم الزوج في الفرقة.

١٨٠٢ - [فَصْل: الميراث إن مات الزوج مريضاً بعد سنتين من الطلاق]

وقد قالوا: (فيمن طلق)^(١) زوجته في مرضه ودام به المرض أكثر من سنتين، فإن جاءت بولد بعد موته بشهر، فلا ميراث لها عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لها الميراث.

وجه قولهما: أن الولد لا بد أن يكون بوطاء حادث بعد الطلاق، فلا يخلو: إما أن يكون الزوج وطئها، أو غيره، فلا يجوز أن يكون الزوج وطئها؛ لأن وطئها محرم، فبقي أن يكون الواطئ غيره، فلا يخلو: إما أن يكون وطأها بنكاح، أو بشبهة، ولا يجوز أن يحمل على الشبهة؛ لأنه وطئ محرم، فلم يبق إلا حمل أمرها على أن عدتها [قد] انقضت، فتزوجت فلا ترث، ولهذا قال أبو حنيفة [ومحمد]^(٢): أنها ترث نفقة ستة أشهر.

وأما أبو يوسف فقال: إنه يجوز أن تكون وطئت بشبهة، فلا يحكم بانقضاء

(١) في أ (في الرجل يطلق).

(٢) في ب (أبو حنيفة) فقط، وفي أ زيادة (وأبي يوسف) والمثبت يدل عليه السياق.

العدة إلا بوضع الحمل فترث ؛ ولهذا قال: إنها لا ترد النفقة .

١٨٠٣ - [فَصْل: فيمن قال في الصحة لزوجتيه إحداكما طالق اثنتين]

وقد قالوا: فيمن قال في صحته لأمتين تحته: إحداكما طالق اثنتين ، فأعتقا (ثم)^(١) اختار أن يوقع على إحداهما في مرضه فلا ميراث للمطلقة ، ولا يملك الزوج الرجعة ؛ وذلك لأنه أوقع الطلاق ولا حق لواحدة منهما في الإرث ، فلم يكن متهماً فلم يثبت لها الميراث بالبيان ، ولا تثبت الرجعة ؛ لأن الطلاق وقع في حال الرق ، (ولأنه إذا طلق)^(٢) اثنتين فلا رجعة عليها ، وهذا ظاهر على قول محمد ؛ لأن عنده أن الطلاق وقع بالإيقاع ، وإنما يبيّن الزوج من وقع عليها الطلاق ، فأما على قول أبي يوسف: فالزوج يوقع عند البيان وهي حرة ، فكان ينبغي أن تثبت الرجعة .

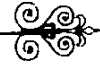
١٨٠٤ - [فَصْل: فيمن قال في الصحة لزوجتيه - إحداهما أمة - : إحداكما طالق اثنتين]

فإن كانت إحداهما حرة فأعتق المولى الأمة ثم بيّن الزوج ، فالطلاق رجعي ، وللمطلقة الميراث في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد ، ثم رجع أبو يوسف فقال: إذا اختار أن يوقع على التي كانت أمة ، فإنها لا تحل له إلا بعد زوج ولها الميراث .

(وذكر في الزيادات هذه المسألة وقال في جوابها: لا تحل له إلا بعد زوج

(١) في أ (أو) .

(٢) في أ (والأمة إذا طلقت) .



ولها الميراث^(١)، ولم يذكر خلافاً، والأول رواية ابن سماعة .

أما وجه قول أبي يوسف الأول، وهو صحيح على أصله في الطلاق المجهول أنه يقال [له]: أوقع، فإذا أوقع على حرة تطليقتين ورثت وثبت الرجعة، وأما محمد فمن أصله أنه يقال له: بيِّنْ!، فكان ينبغي أن لا تثبت الرجعة ولا الميراث إلا أنه [كان] يقول: إن الزوج متهم في بيانه؛ لجواز أن يكون أوقعها على الأخرى ثم عدل إلى هذه، فإذا اتهم في البيان ورثت، فأما الرجعة [١٥٨/ب] فلأنه لما جعله كالموقع في باب التهمة، صار كأنه طلق في هذه الحال .

وجه قول أبي يوسف الآخر: أنه كالموقع عنده في هذه الحال، فيثبت الميراث ولا تثبت الرجعة؛ لأنه متهم في ثبوتها لجواز أن يكون طلق الأخرى ثم عدل عنها عند البيان .

١٨٠٥ - [فصل: الميراث عند فوات شرط البر]

وقد قالوا في الزوج إذا قال: إن لم [أفعل]^(٢) كذا فأنت طالق ثلاثاً، ولم [يفعله]^(٣) حتى مات، ورثت إن كان دخل بها؛ وذلك لأن الطلاق يقع عليها عند فوات شرط البر، وذلك يكون في آخر جزء من أجزاء حياته وهو مريض في تلك الحال، فإذا كانت مدخولاً [بها] وقد مات فهي في العدة، فترث، (ولو ماتت هي لا يرث منها؛ لأنه أسقط حقه بالطلاق، ولو قال: إن لم أفعل كذا فأنت طالق)^(٤)، فإن ماتت هي ورثتها؛ لأن الفرقة لم تقع بينهما، ألا ترى أن بموتها لا يفوت شرط

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (تفعلي) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يفصل) والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

البر لجواز أن يفعل الزوج [ما حلف عليه] ^(١) بعد موتها، فإذا لم يفت شرط البر،
لم يقع الطلاق، فورث منها ^(٢).



(١) في ب (ما حلّ من عليه) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥٢٨/٤، وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٨٥/٥ وما بعدها؛ التجريد

٤٩٤٦/١٠.

بَابُ فُرْقَةِ الْعَيْنَيْنِ



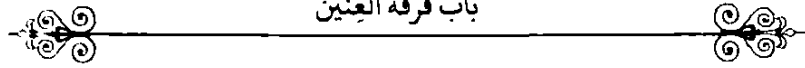
قال أصحابنا: إذا وجدت المرأة زوجها عَيْنِيًّا^(١) فلها الخيار، وقال قوم: لا خيار لها، والدليل على ما قلناه: ما روى سعيد بن المسيب (أن عمر بن الخطاب: قضى في العينين أنه يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملاً، وفرق بينهما وعليها العدة)^(٢).

وعن ابن مسعود مثله، وروى الضحاك عن علي قال: يؤجل سنة، فإن وصل إليها وإلا فُرق بينهما؛ ولأنه إذا لم يطأها لم يستقر مهرها؛ لجواز أن يختصما إلى قاضٍ لا يرى استقرار المهر بالخلوة فيطلقها ويعطيها نصف المهر، والمهر بدل في العقد، فإذا لم يستقر فذلك عيب فيه فيثبت الخيار، وأما الذي روي في قصة عبد الرحمن بن الزبير فإن المرأة لم تدع العنة، وإنما ذكرت معنى آخر؛ فلذلك لم يثبت لها النبي ﷺ الخيار، والذي روي أن امرأة رفعت زوجها إلى عليّ وشكت إليه عجزه، فقال علي: ولا وقت السحر، فقالت: لا، فقال: هلكت وأهلك ما أنا بمفروق بينكما)^(٣)، وقد روينا عن علي خلاف ذلك، وقد

(١) العَيْنِيْن: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء، أو لا يشتهي النساء، وزاد بعضهم: «المرض أو كبر سن»، أو يصل إلى الثيب دون البكر». كما في التعريفات. انظر: المغرب؛ المصباح (عن).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٢٦/٧؛ والدارقطني في السنن، ٣٠٥/٣؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ٥٠٤/٣؛ انظر الدراية، ٧٧/٢؛ نصب الرأية ٢٤٥/٣.

(٣) أخرج عبد الرزاق في المصنف ٢٥٤/٦، وابن أبي شيبة في المصنف ٥٠٣/٣. انظر: نصب الرأية ٢٥٤/٣.



روي أن هذه المرأة قالت له: إنه لم يكن منه إلا مرة واحدة^(١).

ومن أصلنا: أنه إذا وطئها مرة واحدة فلا خيار لها^(٢).

فإذا ثبت هذا قال أصحابنا: إذا رفعت المرأة زوجها وادعت أنه عنين، فإن القاضي يسأله هل وصل إليها أو لم يصل؛ لأنها ادعت عليه سبب العجز فوجب أن يعلم جواب الدعوى منه؛ لجواز أن يصدقها، فإن قال: قد وطئتها، يسألها القاضي بكر أنت أم ثيب؟ فإن قالت: ثيب، فالقول قول الزوج؛ لأن الظاهر أن من خلا بالثيب يطأها ومن شهد له الظاهر فالقول قوله، فإن قالت: إني بكر، نظر إليها النساء وامرأة واحدة تجزئ؛ وذلك لأن البكارة معنى لا يجوز للرجال الاطلاع عليه، فتقبل فيه شهادة [١/١٥٩] النساء كالولادة، وتجزئ فيه شهادة الواحدة؛ لأن ما يقبل فيه قول النساء منفردات يقتصر فيه على الواحدة كأخبار رسول الله ﷺ، والاثنتان أوثق؛ وذلك لأن الظن عند خبرهما أقوى من الظن عند خبر الواحدة، فإن قلن إنها ثيب، فالقول قول الزوج لما بينا، وإن قلن إنها بكر، فالقول قولها؛ لأنه لو وصل إليها لزال البكارة، فإذا ثبت أنه لم يصل إليها إما بإقراره أو بظهور البكارة أجَّله القاضي حَوْلًا^(٣).

وروي عن عبد الله بن نوفل أنه قال: عشرة أشهر^(٤)، وقد اختلف في كونه صحابياً أو تابعياً^(٥)، والدليل على ما قلناه ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود:

(١) انظر: كتاب الآثار للشيباني، ص ٨٥.

(٢) انظر: البدائع، ٣٢٥/٢ (دار الفكر).

(٣) انظر: الأصل ٢٥٣/١٠، ٢٥٤.

(٤) انظر الروايات الواردة في ذلك، مصنف ابن أبي شيبة، ٥٠٣/٣.

(٥) ذكره ابن حجر في الإصابة، ٤٠٤/٦، (٥٠٢٥) مات (سنة أربع وثمانين) ولم يذكر في صحبته

خلافاً كما ذكر عن غيره ممن اختلف في صحبته.

أن العنين يؤجل سنة ولأن تعذر الوطاء يجوز أن يكون له عوارض تزول باختلاف الفصول ، وإنما تستكمل الفصول في سنة فلذلك اعتبرت ، وهذا المعنى لا يوجد فيما دونها ، وقد قال أصحابنا: إنه يؤجل سنة شمسية ؛ لأن الفصول تكتمل فيها ، فيجوز أن يزول [الداء] الذي به في قدر ما بين القمرية والشمسية ، وأول السنة حين يترافعان ، ولا يحتسب على الزوج ما قبل ذلك ؛ لما روي أن عمر كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرتفع إليه ، ولأن امتناعه من الوطاء قبل التأجيل يجوز أن يكون للعجز ، ويجوز أن يكون لكرهتها ، فإذا أجل خشي العار فوطئها ؛ [فلذلك] ^(١) لا يحتسب بما قبل التأجيل ، فإذا ارتفعا إليه بعد الحول وادّعت أنه لم يصل ، سأله القاضي عن ذلك ، فإن قال: قد وطئتها وهي ثيب فالقول قوله ، فإن كانت بكرةً نظر إليها النساء ، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها ، وإن قلن إنها ثيب فالقول قول الزوج ، فإذا ثبت أنه لم يطأها إما باعترافه أو بظهور البكارة ، فإن القاضي يخيّرهما ؛ لأن العيب قد استقر فهي بالخيار: بين الرضا بالبدل المعيب ، وبين الفسخ .

قال: فإن اختارت المقام معه بطل حقها ، ولم يكن لها خصومة أبداً في هذا النكاح ؛ لأنها رضيت بالعقد مع العيب فسقط خيارها كالمشتري ^(٢) ، وإن اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما ؛ لأن هذه الفرقة يختص سببها بالحاكم فوقف وقوعها عليه ، وتكون تطليقة ؛ لأنها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج طارئ على النكاح يختص به ، وإنما يقوم القاضي مقامه في ذلك ، وتكون بائنة ؛ لأن القاضي يفرق ليخلصها من زوج لا يستقر مهرها معه ، فإذا جعلنا الفرقة رجعية راجعها

(١) في ب (فكذلك).

(٢) وفي الجامع الصغير: «فإن اختارت المقام ، لم يكن لها بعد ذلك خيار» . ص ٣٤٢ (مع شرح الصدر).

فاحتاج القاضي إلى التفريق ثانياً وهذا لا يصح ، ولها المهر كاملاً ؛ لأن الخلوة قد وجدت والمهر يستقر بها عندنا ، وعليها العدة لأنه وجب [لهما] كمال المهر ، كالمَدْخُولِ بها .

١٨٠٦ - [فَصْلُ : الوطاء الواحد يستقر به المهر]

فإن كان وصل^(١) إليها مرة واحدة [١٥٩/ب] فهي زوجته ولا حق لها عليه بعد ذلك ؛ لأن الخيار يثبت لعدم استقرار المهر ، والوطء الواحد يستقر به المهر ، فلا يعتبر ما زاد عليه .

١٨٠٧ - [فَصْلُ : خيار المرأة تحت العين]

قال ابن سماعه وبشر عن أبي يوسف: إذا خَيْرَها الحاكم فأقامت معه ، أو قامت من مجلسها قبل أن تختار ، أو قام الحاكم ، أو أقامها عن مجلسها بعض أعوان القاضي ولم تقل شيئاً ، فلا خيار لها ؛ وذلك لأن تخيير القاضي قائم مقام تخيير الزوج ، ومعلوم أن الْمُخَيَّرَةَ يبطل خيارها بقيامها ، فكذلك هذه ، وأما إذا أقيمت فقد كانت تقدر على الاختيار قبل أن تقام فلما أمسكت دل على الرضا .

١٨٠٨ - [فَصْلُ : إقامة المرأة مع العين بعد مضي الأجل]

ولو أقامت معه بعد مضي الأجل مطاوعة له في المضاجعة وغير ذلك ، لم يكن هذا رضا ؛ وذلك لأنها قد تقيم معه بعد المدة اختباراً لحاله ، فلا يدل ذلك على الرضا ، فإن قالت: قد رضيت ، بطل خيارها لأن هذا إسقاط للخيار من طريق القول ، والخيار ثبت لحقها فيسقط بإسقاطها .

(١) في أ (دخل) .

١٨٠٩ - [فصل: احتساب الأيام المانعة من السنة المقدرة]

وقال أصحابنا: إذا أُجِّل العنين سنة ، فأيام الحيض وشهر رمضان محتسبة عليه ، ولا يجعل له مكانها ؛ وذلك لأن عمر أجل العنين سنة ، وقد علم أن السنة لا تخلو من شهر رمضان ومن زمان الحيض ، فلو لم يعتد بذلك لأجله أكثر من سنة .

وقال ابن سماعه وبشر عن أبي يوسف: إذا مرض في المدة مرضاً لا يستطيع معه الجماع أو مرضت هي ، فإن كان المرض أقل من نصف شهر احتسب به عليه ، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه بهذه الأيام وكذلك الغيبة .

وروى ابن سماعه عنه رواية أخرى فقال: إذا صحَّ في السنة يوماً أو يومين ، أو صحَّت هي احتسبت عليه بالسنة ، وإن مرض السنة كلها استأنف سنة أخرى .

وجه الرواية الأولى وهي الصحيحة: أنه قد ثبت أن شهر رمضان يحتسب عليه وهو يقدر على الوطاء في ليله دون نهاره ، فثبت أن المانع إذا كان نصف شهر اعتد به [عليه] ، وكل مانع بلغ هذا القدر فهو مقيس عليه ، وما زاد على ذلك عوض عنه ؛ لأنه في حكم الكثير .

وجه الرواية الأخرى: أنه قد صحَّ زماناً يمكن الوطاء فيه فإذا لم يطأها صار كأنه صحَّ جميع السنة ، وليس كذلك إذا مرض جميع السنة ؛ لأنه لم يصح في زمان يمكن الوطاء فيه ، فلم يعتد بالسنة في حقه .

وروى ابن سماعه عن محمد: إذا مرض شهراً أُجِّل مكانه ؛ وذلك لأن الشهر في حكم الكثير ، وما دونه في حكم القليل ، فصار كأيام الحيض .

وقال أبو يوسف: إن حجَّ حجة الإسلام لم يحتسب على الزوج مدة

الحج ؛ لأنه لا يقدر على منعها فلم يتمكن من الوطء فيها، وإن حج هو احتسب عليه ؛ لأنه يقدر على إخراجها معه أو تأخير [١/١٦٠] الحج .

وقال محمد: إن خاصمته وهو مُحْرِمٌ أجل سنة بعد الإحلال ؛ وذلك لأنه لا يتمكن من الوطء مع الإحْرَامِ، فوجب أن يبتدئ مدته من وقت يمكنه الوطء فيه، فإن خاصمته وهو مظاهر فإن كان يقدر على العتق أجله سنة من حين الخصومة ؛ لأنه يقدر على تقديم العتق والوطء، وإن كان لا يقدر على ذلك أجله أربعة عشر شهراً ؛ لأنه يحتاج إلى الصوم في شهرين ثم يمكنه الوطء بعدها .

قال: فإن أجله سنة وليس بمظاهر ثم ظاهر في السنة، لم يزد على المدة شيئاً ؛ وذلك لأنه كان يقدر على ترك الظَّهَارِ، فلما ظاهر فقد أدخل نفسه في ذلك، فلم يجز إسقاط حق المرأة باختياره .

١٨١٠ - [فَصْلٌ: فِي تَأْثِيرِ وَصُولِ الْعَيْنِ إِلَى غَيْرِ زَوْجَتِهِ]

قال: وإذا أُجِّلَ العين فوصل إلى غير امرأته التي أجل لها، أو كان يصل إلى غيرها قبل أن ترافعه، أُجِّلَهُ القاضي، ولا يبطل الأجل بوصوله إلى غيرها ؛ لأن التأجيل إنما يثبت ليطأها فيستقر مهرها، ووطء غيرها لا يستقر به مهرها، فلا معنى لاعتباره .

١٨١١ - [فَصْلٌ: مَرَاةُ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا الْمَجْبُوبِ]

فإن رافعت زوجها وهو مجبوب^(١)، خَيْرَهَا القاضي في الحال ولم يؤجله

(١) «الْجَبُّ: الْقَطْعُ، وَمِنْهُ الْمَجْبُوبُ: الْخَصِيُّ الَّذِي اسْتَوْصَلَ ذَكَرَهُ وَخَصِيَاهُ»، «وَمِنْهُ جَبِيَّتُهُ فَهُوَ مَجْبُوبٌ: بَيْنَ الْجَبَابِ - بِالْكَسْرِ - إِذَا اسْتَوْصَلَ مَذَاكِرَهُ». - المغرب ؛ المصباح (جب) .



لأن العلم بعجزه عن الوطاء في الحال أكثر من العلم بعجز العنين (بعد)^(١) الحول، فإذا كان التفريق واجباً [هناك] بعد الحَوْل؛ فلأن يجب هاهنا في الحال أولى، وإن كان خصياً أجلاً؛ لأنه يرجى منه الوطاء، فهو كالعنين.

١٨١٢ - [فصل: الخيار لمن علمت أن الزوج عنين]

وإذا تزوجت المرأة وهي تعلم أنه عنين فلا خيار لها؛ لأنها عقدت مع العلم بالعيب، فإن تزوجت وهي لا تعلم فوصل إليها مرة ثم عنَّ ففارقته، ثم تزوجته بعد ذلك، فلم يصل إليها فلها الخيار؛ وذلك لأن العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب، والدخول في أحد العقدین لا يؤثر في أحكام العقد الآخر، فثبت لها الخيار.

قال: فإن أجله القاضي فلم يصل [إليها] ففرق بينهما، ثم تزوجها، فلا خيار لها؛ لأنها تزوجت بعد استقرار العيب والعلم به.

١٨١٣ - [فصل: أثر اتفاق عيوب الزوجين في الأجل]

وإذا كانت المرأة رتقاء^(٢) وكان زوجها عنيماً لم يؤجله الحاكم؛ وذلك لأن المرأة لا حق لها في الوطاء؛ لأن المانع من الوطاء موجود فيها فلا معنى لتخييرها.

١٨١٤ - [فصل: وجود العيوب في الزوجين]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن العيوب الموجودة بالزوج لا توجب الخيار

(١) في أ (بمضي).

(٢) الرَّتْق: ضد الفتق، يقال: «امرأة رتقاء: بيَّنة الرَّتْق»، إذا لم يكن لها خَرْق إلا المَبال. المغرب (رتق).

إِلَّا الْجَبَّ وَالْعِنَّةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَالْجُنُونَ وَالْجَذَامُ وَكُلُّ عَيْبٍ لَا يُمْكِنُهَا الْمَقَامُ مَعَهُ إِلَّا بِضُرَرٍ [يُثَبِّتُ الْخِيَارَ].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَفْسُخُ النِّكَاحَ بِخَمْسَةِ عَيْبٍ فِي الزَّوْجِ: الْجَبُّ، وَالْعِنَّةُ، وَالْجُنُونُ، وَالْجَذَامُ، وَالْبُرْصُ، وَبِخَمْسَةِ عَيْبٍ فِي الْمَرْأَةِ: الْجُنُونُ، وَالْجَذَامُ، وَالْبُرْصُ، وَالرَّتْقُ، وَالْقَرْنُ^(١).

لَنَا: أَنَّهُ عَيْبٌ بِالْمَرْأَةِ فَلَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِهِ كَالْعَمَى وَسَائِرِ الْأَمْرَاضِ، وَلِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَفْسُخُ بِالْعَيْبِ الْخَمْسَةِ، يَفْسُخُ بِمَا زَادَ عَلَيْهَا كَالْبَيْعِ، وَمَا لَا يَفْسُخُ بغيرِهَا لَا يَفْسُخُ بِهَا كَالْعَفْوِ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ. [١٦٠/ب]

وَأَمَّا وَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: فَلِأَنَّهَا عَيْبٌ بِالزَّوْجِ فَلَا يَثْبُتُ [لِهَا] الْخِيَارُ بِوُجُودِهَا كَسَائِرِ الْعَيْبِ، وَلَا يَلْزَمُ الْجَبَّ وَالْعِنَّةَ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَثْبُتُ فِيهَا لِنَقْصَانِ الْمَهْرِ لَا لِعَيْبِ الزَّوْجِ.

وَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الْمَرْأَةَ يَلْحَقُهَا ضُرَرٌ بِالْمَقَامِ مَعَ الْمَجْنُونِ أَكْثَرَ مِمَّا يَلْحَقُهَا بِالْمَقَامِ مَعَ الْعَيْنِ، فَإِذَا ثَبَتَ لَهَا الْخِيَارُ فِي الْعِنَةِ فَهَاهُنَا أَوْلَى.

١٨١٥ - [فَصْلٌ: حَمَلُ الْمَرْأَةِ بَعْدَ الْفُرْقَةِ بِالْعِنَّةِ]

وَإِذَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بِالْعِنَّةِ فَاعْتَدَتِ الْمَرْأَةُ، ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ سَنَتَيْنِ لَزِمَهُ الْوَلَدُ، فَإِنْ قَالَ: كُنْتُ قَدْ وَصَلْتُ إِلَيْهَا، فَإِنْ أَبَا يُوسُفَ قَالَ: يَبْطُلُ الْحَاكِمُ الْفُرْقَةَ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ شَهَادَةَ ثُبُوتِ النَّسَبِ عَلَى الدَّخُولِ [أَكْدَ]^(٢) مِنْ شَهَادَةِ

(١) انظر: المبسوط، ١٠٤/٥؛ المهذب، ١٦٥/٤ (المحقق).

(٢) في ب (أكثر) والمثبت من أ.

شاهدين ، ولو فرق بينهما فشهد شاهدان بالدخول أبطل الفرقة ، كذلك هذا .

قال: ولو فرق بينها وبين المحبوب فجاءت بولد ، ثبت نسبه ولم تبطل الفرقة ؛ لأن ثبوت النسب في المحبوب لا يدل على الدخول ، وإنما [يقذف]^(١) المحبوب بالماء ، فإذا لم يثبت الدخول لم تبطل الفرقة .

١٨١٦ - [فصل: ثبوت إبطال حكم الفرقة]

فإن فرق بالعنة فأقام البينة على إقرار المرأة قبل الفرقة أنه قد وصل إليها ، أبطل الفرقة ؛ لأن الشهادة على إقرارها كإقرارها عند الحاكم ، ولو كانت أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة ، فكذلك إذا شهدوا عليها ، فإن أقرت بعد الفرقة أنه كان وصل إليها ، لم تبطل الفرقة ؛ لأنها غير مصدقة على إبطال حكم الحاكم .

١٨١٧ - [فصل: التمديد في أجل العنين]

وإذا مضى أجل العنين ، فسأل القاضي أن يؤجله سنة أخرى ، لم يفعل إلا برضا المرأة ؛ لأن العيب قد استقر وثبت حق التفريق ، وفي التأجيل إسقاط حقها ، فوقف على اختيارها .

١٨١٨ - [فصل: فرقة العنين طلاق]

وإذا كان الزوج صغيراً لا يجامع ، ولم تعلم المرأة ثم طالبت ، لم يؤجل ؛ وذلك لأن فرقة العنين طلاق ، والصبي لا يملك الطلاق ، ولأن له زماناً يرجى فيه الوطاء في العادة ، فلم يتقرر العجز قبله ، وقد قالوا في المجنون يزوجه أبوه فلا يصل إليها: إنه لا يؤجل ؛ لأن فرقة العنين طلاق والمجنون لا طلاق له .

(١) في ب (يحذف) والمثبت من أ .

١٨١٩ - [فَصْل: الخيار في كون زوج الأمة عينيًا]

وإذا كان زوج الأمة عينيًا، فالخيار في ذلك إلى المولى عند أبي يوسف، وقال زفر: الخيار إلى الأمة، وذكر أبو الحسن في الجامع: أن الحسن روى عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

والوجه في ذلك: أن الخيار إنما يثبت للعيب الذي بالبدل، والبدل حق للمولى، فوجب أن يرجع إلى اختياره في ذلك^(١).

وجه قول زفر: أن الخيار يثبت لفقد الاستمتاع وذلك حق الأمة، فكان الخيار إليها كالحررة.

١٨٢٠ - [فَصْل: القَسْم بين النساء]

قال الشيخ رحمته الله: وذكر محمد في كتاب النكاح: أن امرأة رفعت زوجها إلى عمر، وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل، فقال عمر لكعب ابن سور: أحكم بينهما، فقال: أراها إحدى نسائه الأربعة، يفطر لها [١/١٦١] يوماً ويصوم ثلاثة أيام، فولاه عمر قضاء البصرة^(٢)، ولم يذكر محمد أنه [كان] يأخذ بهذا، وكان أبو بكر الرازي يقول: ليس هذا مذهبنا؛ لأن المزاحمة في القسم إنما تحصل لمشاركة الزوجات، فإذا لم يكن له زوجة غيرها لم يقسم لها، قال: وإنما يقال له لا تداوم الصوم ووف المرأة حقها.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة قال: فإذا تشاغل الرجل عن زوجته بالصيام

(١) في آخر عبارة (أن الخيار إنما يثبت) وهدف الزيادة لا معنى لها، كما أنها ساقطة من أ.
(٢) رواه ابن الجوزي في المنتظم ١١٥/٥؛ وابن حجر في الإصابة في تمييز الصحابة ٦٤٦/٥.

والصلاة ، أو بأمة اشتراها ، قسم لامرأته من [كل] أربعة أيام يوماً ، ومن كل أربع ليالٍ ليلة ، وقيل له: تشاغل ثلاثة أيام وثلاثة ليالٍ بالصوم والأمة .

وهذا يدل على ما حكاه محمد [من] مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى ،
ووجهه:

أن الرجل له حق في إسقاط حقها عن ثلاثة أيام ، والاقتصار بها على يوم واحد ، فكان بالخيار: إن شاء صرف ذلك إلى الزوجات ، وإن شاء صرفه إلى الصوم^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٥٣/١٠ وما بعدها .

[٤٦] بَابُ
اللَّعَانِ

قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] فكان موجب القذف في الأجنبية والزوجات الحد، ثم نقل في الزوجات، فجعل موجب قذفهن اللعان^(١)، وبقي من سواهن على الأصل، فموجب قذف الأجنبي الحد، وموجب قذف الزوجة اللعان، وقال الشافعي: موجب قذف الزوجة الحد، وإنما يسقط الزوج عن نفسه باللعان^(٢).

والدليل على أن موجب القذف في الأصل كان الحد: ما روي عن ابن مسعود قال: كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة، فجاء رجل من الأنصار فقال: يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً فإن قتله قتلتموه، وإن تكلم به جلدتموه، وإن أمسك أمسك على غيظ، ثم جعل يقول: «اللهم افتح»، فنزلت آية اللعان^(٣).

وهذا يدل على أن موجب قذف الزوجة كان الحد، ولهذا قال النبي ﷺ لهلال بن أمية: «ائتيني بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك»^(٤)، وروي أن هلال

(١) اللعان لغة: من اللعن، وهو الطرد والإبعاد، وهو مصدر من لاعن يلاعن ملاءنة ولعانا. وشرعاً: «شهادات مؤكدة بالأعيان مقرونة باللعن من جهة، وبالغضب من أخرى، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها». اللباب ٨٩/٢.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢١٠؛ المنهاج ص ٤٤٠؛ رحمة الأمة ص ١٩٦.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٣٣٧/٨؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ٤٤٩/٥؛ وحديث سعد بن عباد المشهور أخرجه مسلم (١٤٩٨)، انظر: تفسير ابن عطية.

(٤) أخرجه أبو داود، (٢٢٥٤)؛ والترمذي، (٣١٧٩)؛ والنسائي (في المجتبى)، (٣٤٦٩)، وغيرهم.

بن أمية لما قذف زوجته قال أصحاب النبي ﷺ: الآن يجلد هلال بن أمية وتبطل شهادته في المسلمين؛ وهذا يدل على أن موجب القذف كان الحد، ثم نسخ ذلك في الزوجات بآية اللعان، والدليل على أن موجب قذف الزوج اللعان قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٦] وظاهر هذا يقتضي أنه بيان جميع الحكم المتعلقة بقذف الزوج؛ ولأن قذفه لو أوجب الحد لم يملك إسقاطه عن نفسه بشهادته كقاذف الأجنبي^(١).

١٨٢١ - [فصل: ممن يجب عليهم اللعان]

واللعان لا يجب عندنا إلا إذا كان الزوج من أهل الشهادة على المسلمين، وكانت الزوجة ممن يحد قاذفها ولم تكن محدودة في قذف، وقال الشافعي: كل زوج صحَّ طلاقه صحَّ لعانه^(٢)، والدليل على صحة ما قلناه [ب/١٦١] ما روي أنه ﷺ قال: «أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم: لا لعان بين المسلم والكافرة، والعبد والحرّة، والحر والأمة، والكافر والمسلمة»^(٣)؛ ولأنه لفظ شهادة يختص بحضرة الحاكم فلم يصح من العبد كالشهادة بالحقوق، ولأن الأمة والكافرة لا يحد قاذفها، فلا يثبت اللعان بينهما وبين أزواجهما كالصغيرة، ولأن اللعان يوجب قذف الزوج كما أن الحد موجب قذف الأجنبية، فإذا لم يجب على قاذف الأمة والكافرة الحد لم يجب اللعان؛ ولهذا المعنى قال أصحابنا: إن الأخرس إذا قذف زوجته فلا لعان بينهما، خلاف ما قال الشافعي، والدليل عليه أنه يأتي

(١) انظر: الأصل، ٤٢/٥ وما بعدها.

(٢) الأم ص ١١١٤. (الأفكار).

(٣) أورده ابن حجر في الدراية، وعزاه لابن ماجه والدارقطني مرفوعاً وموقوفاً، ورجح الدارقطني الموقوف، ٧٦/٢.

بمعنى القذف، فصار كالقاذف بالكناية؛ ولأنه لا يأتي بلفظ الشهادة فصار كالناطق إذا قال: أحلف أنني من الصادقين، وقد ألزم أصحاب الشافعي هذا وقالوا: إن اللعان لا يقف على لفظ الشهادة، وهذا خلاف نص القرآن^(١).

١٨٢٢ - [فصل: شروط اللعان]

قال أبو الحسن: واللعان عند أصحابنا جميعاً لا يكون إلا بين الزوجين الحرين البالغين العاقلين غير المحدودين في قذف.

أما اعتبار الزوجية: فلأن الله تعالى خصَّ اللعان بالأزواج، وجعل موجب قذف غير الأزواج الحدَّ، ولهذا قال أصحابنا: إن من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها فلا يلاعنها، وقال الشافعي: يلاعنها إذا كان القذف بولد^(٢).

لنا: أنه قذف لم يصادف الفراش أو لم يصادف الزوجية كقذف الأجنبي؛ ولأن الموطوءة بنكاح فاسد لا يجب على قاذفها الحد، فلا يجب عليه اللعان كقاذف الصغيرة.

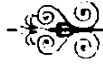
وأما اعتبار الحرية [فللخبر]^(٣): ولأن العبد والأمة ليسا من أهل الشهادة، وقد بينا أن اللعان يختص بمن كان من أهل الشهادة، ولأن الأمة لو قذفها أجنبي لم يحد، فكذلك إذا قذفها زوجها لم يلاعن.

وأما اعتبار البلوغ: فلأن الصبي لا يصحُّ قذفه، ألا ترى أن القذف قول، وأقوال الصبي لا يتعلق بها حكم، وكذلك الصغيرة لا يكون منها الزنا، فبقذفها

(١) انظر: الأصل، ٤٩/٥، ٥٠.

(٢) انظر: المنهاج ص ٤٤٢.

(٣) في ب (للحر) والمثبت من أ، والخبر (أربعة لا لعان بينهم) السابق في المسألة (١٦٨٦).



لا يلحق بها شينٌ ، وأما العاقلان: فلأن الزوج المجنون لا يصح قذفه ؛ لأن أقواله لا يتعلق بها حكم ، وأما المجنونة فلا يكون منها الزنا ، فهي كالصغيرة .

وأما اعتبار نفي حد القذف: فلأن الزوج المحدود ليس من أهل الشهادة فلا يلاعن ، وكذلك الزوجة المحدودة ليست من أهل الشهادة ، واللعان عندنا شهادة .

وقد ترك أبو الحسن شرط الإسلام ، وهو [عندنا] شرط في اللعان ، وقال الشافعي: ليس بشرط^(١) .

والدليل عليه: أن المرأة الكافرة لا يجب بقذفها الحد ، فلا يجب بقذفها لعان كالصغيرة ، فأما الزوج الكافر إذا قذف الزوجة المسلمة فلا لعان عليه ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين ، وإنما يتصور ذلك في الكافر إذا أسلمت امرأته فلم يعرض عليه الإسلام حتى قذفها ، فيحد عندنا^(٢) .

١٨٢٣ - [فصل: بطلان اللعان بين الزوجين]

قال أبو الحسن: ويبطل اللعان بين الزوجين من أحد وجهين:

أحدهما: أن تكون المرأة ممن لا حدَّ على قاذفها [١/١٦٢] لو كان أجنبياً ، وهذا صحيح ؛ لأن اللعان موجب (القذف في الزوج) ، كما أن الحد موجب (القذف في الأجنبي)^(٣) ، فأحدهما معتبر بالآخر .

قال: أو يكون الزوج ممن لا حدَّ عليه لو قذف أجنبياً ، وهذا يعني به الصغير

(١) انظر: الأم ، ص ١١١٤ (الأفكار الدولية) ؛ المنهاج ص ٤٤٣ .

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٣٩٥ .

(٣) في أ (قذف الزوج) (قذف الأجنبي) .

والمجنون وقد بيناه ، قال : وإذا أسقط من هذا الوجه فلا حد ولا لعان ؛ وذلك لأن قذف المجنون والصبي ليس بقذف صحيح ، فلا يثبت له موجب .

وقد قال أصحابنا : إن اللعان إذا سقط بمعنى من جهة الزوج ، وجب عليه الحد كما لو أكذب نفسه ، وهذا إذا كان القذف [قذفاً] صحيحاً ، وإن سقط اللعان بمعنى من جهة المرأة ، لم يجب على الزوج حد ولا لعان مثل أن تصدقه ، وإن سقط بمعنى من طريق الحكم لم يجب حد ولا لعان مثل أن يطلقها ثلاثاً ، وقد ذكر أبو الحسن تفسير ما بيناه من الجمل ، وإذا اعتبرت ما ذكرناه جري عليها ، فإذا كانت المرأة حرة عفيفة والزوج كافراً أو عبداً أو محدوداً في قذف فعلية الحد ؛ لأن قذفه قذف صحيح ، وقد سقط اللعان بمعنى من جهته : وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان ، ومتى كان الزوج ممن لا يصح قذفه مثل الصبي والمجنون ، والزوجة ممن [لا] يجب الحد على قاذفها ، فلا حد ولا لعان ؛ لأن قذفه لم يصح ، والحكم إنما يتعلق بعد صحة القذف ، وإن كان الزوج حراً مسلماً عاقلاً غير محدود في قذف ، والزوجة كافرة ، أو أمة ، أو صغيرة ، أو مجنونة ، أو زانية ، فلا حد على الزوج ولا لعان ؛ لأن قذفها ليس بقذف صحيح ، ألا ترى أن أجنبياً لو قذفها لم يحد ، وأما إذا كانت حرة مسلمة عفيفة إلا أنها محدودة في قذف ، فلا حد ولا لعان ؛ وذلك لأن القذف قذف صحيح وإنما سقط اللعان بمعنى من جهتها ، وهو أنها ليست من أهل الشهادة ، فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته ، وأما إذا كان كل واحد من الزوجين محدوداً في قذف ، فقذفها فعلية الحد ؛ وذلك لأن اللعان سقط لمعنى في الزوج ، ولا يقال إنه سقط لمعنى في المرأة ، ألا ترى أن الزوج لو كان غير محدود لم يلعن ؛ لأن القذف الصحيح إنما يؤثر في حكمه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان ، فإذا لم يكن

فالمانع ما وُجد فيه ، وإن حصل فيها ما يمنع اللعان .

قال الشيخ : وقد قالوا في المرأة إذا وطئت بشبهة ، ثم قذفها قاذف لم يجب عليه الحدّ ، وإن قذفها زوجها لم يجب عليه لعان ، وروي عن أبي يوسف أنه رجع فقال : يجب بقذفها الحدّ واللعان .

وجه قولهما : أنها تشبه الزانية ؛ لأنها وطئت في غير ملك ، فصار ذلك شبهة في سقوط الحد عن قاذفها ؛ لأن الوطء في غير ملك يوجب الحد عليها ، وإنما أسقطناه للشبهة ، وما كان شبهة في إسقاط الحد عن واحد لم يكن سبباً في إيجاب الحدّ على غيره .

وجه قول أبي يوسف : أنه وطءٌ يتعلق به ثبوت النسب والمهر ، فصار كالواطئ في النكاح^(١) .

١٨٢٤ - [فصل : في صفة اللعان]

وصفة [١٦٢/ب] اللعان إذا قذفها بغير ولد - كما قال الله تعالى في كتابه^(٢) - : يقوم الزوج فيشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما [رماها]^(٣) به من الزنا ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، ثم تقوم المرأة فتشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا^(٤) .

(١) انظر: الأصل ، ٥٠/٥ وما بعدها .

(٢) الآيات (٦ - ٩) من سورة النور .

(٣) في أ (رمىها) والمثبت من ب .

(٤) انظر: مختصر القدوري ، ص ٣٩٥ .

فأما ما شرط من القيام فليس بشرط ، وقد قال أبو الحسن في روايته عن أبي حنيفة: لا يضره قائماً لَاعَنَ أو قاعداً؛ وذلك لأن اللعان إما أن يكون شهادة أو يميناً، وأيهما كان لم يجب فيه القيام، وإنما ذكر أبو الحسن القيام؛ لأنه [أشهر]^(١) وأبلغ، فأما قوله (فيما رميتها به من الزنا)، فقد ذكر الحسن عن أبي حنيفة: أنه يحتاج إلى لفظ المواجهة فيقول: فيما رميتك، وهذا قول زفر، وقال: لا يجوز أن يأتي بلفظ الكناية.

فوجه ما ذكره أبو الحسن: أنه إذا قال: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به وأشار إليها، فالإشارة أكد في التعريف من اللفظ، فلا فرق بين أن يأتي معها بلفظ كناية أو مواجهة.

وجه رواية الحسن: أن خطاب المواجهة لا احتمال فيه، وخطاب الكناية فيه احتمال، فكان ما لا احتمال فيه أولى.

١٨٢٥ - [فصل: وقوع الفرقة باللعان]

وإذا تم اللعان بينهما لم تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما، وقال زفر: تقع الفرقة بلعانهما^(٢)، وقال الشافعي: تقع الفرقة بلعان الزوج^(٣).

والدليل على ما قلناه: ما روي في قصة سهل بن [سعد]^(٤): (أن النبي ﷺ لاعن بينه وبين زوجته، قال: كذبتُ عليها إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً)، قال

(١) في ب (أشهد) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بلعانهما).

(٣) انظر: مختصر القدوري، ص ٣٩٦؛ الأم، ص ١١١٩.

(٤) في ب (سعيد) والمثبت كما في أ.

الراوي: ففارقها قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بفراقها، فأمضى عليه ذلك وصارت سنة المتلاعنين^(١)؛ ولو كانت الفرقة وقعت بلعان الزوج أو بلعانهما، لم يقع الطلاق ولا أمضاه رسول الله ﷺ، ولَبَّيْن له بطلان اعتقاده في أن الطلاق لا يقع، ولأنه [تحالف بين]^(٢) المتعاقدين في حكم اختلفا فيه، فلا يفسخ العقد باليمين [كالمتحالفين]^(٣) في البيع.

وجه قول زفر: قوله ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان»^(٤) وهذا يمنع بقاء النكاح بعد اللعان^(٥).

١٨٢٦ - [فَصْل: فرقة اللعان تطليقة]

قال أبو حنيفة ومحمد: فرقة اللعان تطليقة بائنة، وقال زفر وأبو يوسف والحسن: هي فرقة بغير طلاق توجب تحريماً مؤبداً^(٦).

وجه قولهما: أنها فرقة تتعلق بسبب من جهة الزوج [طارئ]^(٧) على النكاح مختص به، فصار كقوله: أنت طالق، ولأنها فرقة يختص سببها بالحاكم، فكانت طلاقاً كفرقة العين^(٨)، والدليل على أنها لا توجب تحريماً مؤبداً: أنها فرقة

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، ١١٣/٦، ١١٧. وأصل الحديث في البخاري (٤٤٦٨، ٥٠٠٢)؛ ومسلم (١٤٩٢).

(٢) في ب (يخالف من) والمثبت من أ.

(٣) في ب (كالمختلفين) والمثبت من أ.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمرو بن عمرو بن مسعود، ١٩/٤، ٢٠؛ قال ابن حجر: «الدارقطني من حديث ابن عمر مرفوعاً... وإسناده لا بأس به...». الدراية، ٧٦/٢.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ٣٩٥، ٣٩٦.

(٦) المصدر السابق نفسه.

(٧) في ب (كان) والمثبت من أ.

(٨) في أ (العنة).

وقعت بحكم قول الزوج ، فصارت كفرقة الخيار .

وجه قول أبي يوسف قوله ﷺ : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » ، والجواب أن حقيقة المتلاعنين هما المتشاغلان [١/١٦٣] بالفعل (كالمتقاتلين والمتضاربين) ^(١) ، فإذا انقضى الفعل كان الاسم مجازاً فيهما ، فلا يحمل اللفظ عليه إلا بدليل ، ولأن [المتلاعن] ^(٢) من بقي على حكم اللعان ، فإذا [أكذب] ^(٣) الزوج نفسه فلم يبق على حكم اللعان ، فلا يتناوله الخبر .

١٨٢٧ - [فصل : اجتماع الزوجين بعد اللعان]

قال : وإذا فرق الحاكم بينهما فصارت المرأة في حال لا يحدّ قاذفها ، أو أكذب الزوج نفسه فضرب الحدّ ، وذلك بعد الفرقة فله أن يتزوجها ، وقال أبو يوسف وزفر : لا يجتمعان أبداً ، وبه قال الشافعي ^(٤) .

وجملة هذا : أن تحريم الاجتماع يتعلق عندنا ببقاء حكم اللعان ، فإذا زال حكمه زال التحريم ، وزوال حكم اللعان يكون بإكذابه نفسه ، وإقامة الحدّ عليه ؛ لأنه خرج بذلك من أن يكون من أهل (الشهادة) ^(٥) ، فلم يبق حكم اللعان ؛ وكذلك إذا صدقته لأنها صارت معترفة بالزنا ، فلا يثبت حكم اللعان في حقها ، وكذلك إذا حُدت في قذف [لما بيننا] .

(١) في أ (كالمتقابلين والمتقاربين) .

(٢) في ب (التلاعن) والمثبت من أ .

(٣) في ب (أكدت) والمثبت من أ .

(٤) انظر : الأم ص ١١٩ .

(٥) في أ (اللعان) .

والدليل على جواز الاجتماع [بعد سقوط حكم اللعان: أن الأحكام المختصة باللعان: تحريم الاجتماع] ونفي النسب، فإذا لم يتأبد أحدهما فكذلك الآخر، وأبو يوسف ذهب إلى ظاهر الخبر.

١٨٢٨ - [فصل: حصول الفرقة قبل إتمام اللعان]

وإذا أخطأ الحاكم ففرق قبل إتمام اللعان، فإن [كان] كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان، (ففرق قبل تمام اللعان)^(١) وقعت الفرقة، وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان، لم تقع الفرقة، والأصل في هذا: أن الحاكم إذا فرق بعد أكثر اللعان فقد اجتهد في موضع يسوغ فيه الاجتهاد، ألا ترى أنه يقول: إن الأحكام [المتكررة]^(٢) في الشرع فيها ما يقوم الأكثر منها مقام الجميع، أو يقول: إن الأحكام المقصود بالتكرار التأكيد والتغليظ، وهذا المعنى موجود في الأكثر، قال هذا الحاكم: وقد سوغتم الاجتهاد للشافعي إذا اقتصر على لعان الزوج في قذف المجنونة والميتة؛ فلأن تسوغوا لي الاجتهاد إذا فرقت بعد إكمال الزوج لعانه، وإتيان المرأة بأكثر لعانها أولى، فإن قيل: إنما يسوغ الاجتهاد للحاكم (في قذف المجنونة والميتة)^(٣) إذا لم يخالف [اجتهاده] النص، وهذا الحاكم خالف القرآن؛ لأن الله تعالى ذكر اللعان عشر دفعات، وخالف السنة؛ لأن رسول الله ﷺ لا عن بين الزوجين كذلك، قال هذا الحاكم: ليس الأمر كما زعمتم؛ لأن الله تعالى يذكر الفرقة والخلاف بيني وبينكم في محل الفرقة؛ لأنني حين فرقت بعد أكثر اللعان لو أمرتهما بإتيان ببقية اللعان لم

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (المذكورة) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

يجز عندكم ، وإن كنت استوفيت الشهادات التي ورد بها القرآن ، فعلم أن الخلاف معكم في محل الفرقة ، وذلك لم يذكر في القرآن ، وكيف أنسب إلي المخالفة .

قال : وأما السنة فما خالفها ؛ لأن عندي أن القاضي إذا فرق بعد أكثر اللعان جاز ، وإذا فرق بعد جميعه جاز [ب/١٦٣] وكان أولى ، ومتى استعمل رسول الله ﷺ أولى الجائزين لم يدل ذلك على نفي الآخر ، وليس في فعله ما ينفي غيره .

١٨٢٩ . [فصل : ابتداء الحاكم باللعان بالمرأة]

فإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل ، فإنه ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة ، فإن لم يفعل حتى فرق وقعت الفرقة . (وهذه المسألة لا يخالف الشافعي فيها ؛ لأن عنده أن الفرقة تقع)^(١) بلعان الزوج ، تقدم لعان المرأة أو لم يتقدم ، وإنما قلنا : إن الحاكم ينبغي [له أن يعيد] لعان المرأة ؛ لأن الزوج في حكم الشاهد عليها [بقذفه] ، وهي مسقطة بشهادتها ما حقه عليها ، فلا يصح أن تبتدئ كما لا يصح أن يبتدئ المدعى عليه ، فإن فرق الحاكم ولم يعد لعانها نفذت الفرقة ؛ لأن الحاكم فرق في موضع يسوغ فيه الاجتهاد ، ألا ترى أنه يقول : إن اللعان إن كان شهادة فتقديم قول أحد الشاهدين على الآخر ليس بشرط ، وإن كان يميناً فهي كتحالف المتداعيين فيجوز تقديم كل واحد منهما .

١٨٣٠ . [فصل : عدم وقوع الفرقة بعد اللعان]

قال : وإذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق حتى عزل أو مات ، فإن الحاكم الثاني يستقبل [اللعان] بينهما في رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وهو قول أبي

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

يوسف ، وقال محمد: لا يستقبل اللعان ، وهذا فرع على اختلافهم في أن اللعان: ما هو؟ فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه شهادة فيها معنى اليمين ، وقال محمد: هو يمين فيه معنى الحدّ.

وجه قولهما: قوله تعالى ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ فسمى ذلك شهادة ، ولأن ما يختص بلفظ الشهادة فهو شهادة ، كالشهادة في الحقوق ، ولأنه لو كان يميناً لم يختص بلفظ الشهادة كسائر الأيمان .

وجه قول محمد: أنه يمين ، بدلالة [أنه] يذكر فيه اسم الله تعالى ، فلو كان شهادة لم يذكر فيه [اليمين] . وهذا ليس بصحيح ؛ لأنها شهادة مؤكدة عندنا باسم الله تعالى ، وقد تؤكد الشهادة بضرب من التأكيد .

ولا يقال: لو كانت شهادة [لكانت شهادة] المرأة على النصف من شهادة الرجل ؛ لأنه يبطل بالشهادة على الولادة ، فأما ما روي عن النبي ﷺ أنه لَمَّا لَاعَنَ بين هلال وبين امرأته قال: «إن جاءت به أسود أدعج فهو لشريك بن سحماء»^(١) ، فلما وضعت حمل إليه ، فرآه على صفة شريك ، فقال: «لولا ما مضى من الأيمان لكان لي ولها شأن» ، ورُوي: «الرجمتها» ، فلا دلالة فيه ؛ لأنه قد روي: «لولا ما مضى من الشهادة» ، وروي: «لولا ما مضى من الحدّ» ، ثم هي عندنا شهادة فيها معنى اليمين ، [فيجوز أن يسمى يميناً] .

فإذا ثبت أنه شهادة ، فالشهود إذا شهدوا عند الحاكم فمات أو عُزل قبل التنفيذ ، لم يعتد الحاكم بعده بتلك الشهادة ، وإذا ثبت لمحمد أن اللعان يمين ،

(١) أخرجه البخاري (٤٤٧٠) ؛ ومسلم (١٤٩٦) ، ولفظ مسلم: «... أكحل جعد أحمش الساقين» ؛ وابن عوانه في مسنده: «... أدعج حمش الساقين» ، ٢٠٩/٣ ؛ وغيرهم بألفاظ مختلفة .

فالمخصم إذا حلف عند الحاكم فُعزل أو مات ، لم يستحلفه الحاكم الذي بعده .

١٨٣١ - [فَصْلُ: طلاق الزوج بعد القذف قبل اللعان]

ولو قذفها الزوج فلم يلتعنا حتى طلقها ثلاثاً أو تطليقة بائنة ، فلا حدّ [عليه] ولا لعان ؛ وذلك [١/١٦٤] لأن اللعان تعذر من طريق الحكم ، ألا ترى أنه موضوع لقطع الفراش ، وقد انقطع بالطلاق فلا معنى للعان ، ولأنها أجنبية منه ، والأجنبية إذا قذفت لا تلاعن .

قال: وإن كان الطلاق رجعيّاً بعد القذف لاعن الحاكم بينهما ؛ لأن الزوجية (باقية)^(١) ، واللعان موضوع لقطع الفراش ، فصارت كغير المطلقة .

١٨٣٢ - [فَصْلُ: الزواج بعد الطلاق والقذف الذي لم يلاعن]

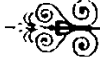
ولو تزوجها من بعد الطلاق فأخذته بذلك القذف ، فلا حدّ عليه ولا لعان ؛ وذلك لأن كل واحد من النكاحين ينفرد بحقوقه عن الآخر ؛ واللعان من أحكام النكاح ، فلم يجز أن يتلاعنا في نكاح بقذف في نكاح آخر ؛ ولأن اللعان موجب القذف كالحدّ ، ومعلومٌ [أنّ] الحدّ إذا طرأ عليه ما يوجب سقوطه لم يعد ، فكذلك اللعان لما طرأ عليه البيونة لم يعد .

١٨٣٣ - [فَصْلُ: الامتناع من التلاعن]

قال: وأي الزوجين أبى أن يلتعن حُبِسَ حتى يلتعن ، أما إذا امتنع الزوج من اللعان ، فإنه يحبس عندنا ، وقال الشافعي: يحدّ^(٢) .

(١) في أ (ثابتة) .

(٢) انظر: الأم ، ص ١١١٥ .



وهذا فرع على أن موجب قذفه [ما هو؟ فعندنا: موجب قذفه] اللعان، فإذا امتنع منه فقد امتنع من حق عليه مقصود لنفسه، فيحبس كالممتنع من [أداء] الديون.

وعند الشافعي: أن موجب قذفه الحدّ، وإنما يسقط عن نفسه باللعان، فإذا لم يلاعن بقي موجب القذف فيحدّ، وقد بيّنّا هذا الأصل، فأما إذا لاعن الزوج فامتنعت المرأة حُبِسَتْ عندنا، وقال الشافعي: تُحَدُّ.

وهذا فرع على أصل [له]: وهو أن عنده: أن الزوج يحقق عليها الزنا بلعانه، ويوجب عليها الحدّ، فإذا التعت أسقطت الحدّ الواجب عليها، فإذا لم تلتعن بقي الحدّ بحاله.

والدليل على فساد هذا: أن الحد لا يجب بقول الواحد وإن كرره كالأجنبي؛ ولأن الزوج مُدَّعٍ حقق دعواه بيمينه، والمدعي إذا حقق دعواه ابتداءً لم يستحق ما ادّعاه، والعجب من الشافعي أنه لا يوجب الحدّ عليها بشهادة الزوج مع ثلاثة من الشهود، ثم يوجب الحدّ عليها بقوله وحده، ولأن الحد لو وجب عليها بشهادته لم يسقط عنها بيمينها، كما لو وجب عليها بشهادة الشهود^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٢/٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠٢/٥ وما بعدها؛ التجريد ١٠/١٥٥

وما بعدها.

بَابُ الَّلَّعَانِ بِنْفِي الْوَلَدِ

قال أبو الحسن: وإذا جاءت زوجة الرجل بولد فقال: لم تلديه، فلا لِعَان بينهما؛ وذلك لأن القاذف هو المثبت للولادة المُدَّعِي أنها من غيره، فإذا نفى الولادة استحال أن يكون قاذفاً^(١).

قال: وإن أقرَّ بالولادة أو شهدت امرأة على الولادة فقال بعد ذلك: ليس بابني، لا عن و فرق الحاكم بينهما، وألزم الولد أمه؛ وذلك لأنه لما نفى نسبه صار قاذفاً، والقاذف لزوجته يلاعن، ولا يقال إنه نفاه عن نفسه، وذلك لا يتضمن القذف لجواز أن يكون من غيره، ولا تكون زانية، بأن تكون وطئت بشبهة؛ وذلك لأن هذا الاحتمال بالإجماع ساقط [بالإجماع] لأن الأمة أجمعت على أن من قال لرجل: [١٦٤/ب] لست لأبيك، كان قاذفاً مع وجود هذا الاحتمال، وأما نفي نسب الولد باللعان؛ فلأن النبي ﷺ نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها، ولأن القذف إذا كان بولد فغرض الزوج أن ينفي عن نفسه ولداً ليس منه، [فلذلك نفاه]^(٢) القاضي باللعان.

١٨٣٤ - فَصْل: [شرط نفي الأب لولده]

قال: وله أن ينفيه عند أبي حنيفة ما لم يظهر منه ما يكون اعترافاً أو دلالة

(١) انظر: الأصل، ٤٤/٥.

(٢) في ب (فكذلك نفى) والمثبت من أ.

عليه ، وله ذلك عند أبي يوسف ومحمد مدة أكثر النفاس .

وجه قول أبي حنيفة: أن الزوج إذا لم ينفه حتى تطاولت المدة لم يملك النفي بالإجماع ، فإذا نفاه عقيب الولادة انتفى الإجماع ، فلم يكن بد من حدٍ فاصل بينهما ، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد على نفسه بنسب ولده ، وإنما يقبل التهئة وبيتاع [متاع] ^(١) الولادة ، فإذا فعل ذلك أو مضى من المدة ما يفعل ذلك فيه في العادة وهو ممسك ، فالظاهر أنه معترف به فلا يملك نفيه بعد ذلك .

ومن أصحابنا من حكى عن أبي حنيفة: أنه ينفه إلى سبعة أيام . وليس بصحيح ؛ لأنه تقدير لا دليل عليه ، ومن ذكره فكأنه ذهب إلى أنه ^(٢) ما بين الولادة إلى العقيقة التي [يفعلها] الملزم للنسب ، وقد قال الشافعي: إن نفاه على الفور انتفى وإلا لزمه ^(٣) .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن النفي يحتاج إلى الارتياح ليغلب على ظنه أحد الأمرين ، وذلك لا يتمكن منه على الفور .

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن مدة النفاس قد أجريت مجرى حال الولادة بدلالة سقوط الصلاة والصوم ، فجزياً مجرى واحداً ، وعلى هذا الأصل قالوا في الغائب عن امرأته إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم: أن له النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهئة ، وقالوا: في مقدار مدة النفاس بعد القدوم ؛ وذلك لأن النسب لا يجوز أن يلزمه مع عدم العلم به ، فصارت حالة

(١) في ب (آلات) والمثبت من أ .

(٢) في أ (أن هذا) .

(٣) انظر: المهذب ٤/٤٥٢ .

القدوم كحالة الولادة على المذهبيين ، وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قدم قبل الفصال فله أن (ينفيه في مقدار مدة النفاس ، وإن قدم بعد الفصال فليس له نفيه)^(١) ، ولم يرو هذا [التفصيل]^(٢) عن محمد ؛ ووجهه: أن ما قبل الفصال: الولد فيها لم ينتقل عن غذائه الأول فصار كمدة النفاس ، وأما بعد الفصال فقد انتقل عن ذلك الغذاء وخرج من حال الصغر ، فاستقبح أن ينفي نسبه كما لو صار شيخاً .

١٨٣٥ - فصل:

قال: وإذا هنيء بولد الحرة فسكت فهو اعتراف ، ولا ينتفي أبداً بلعان أو بغيره ؛ وذلك لأن الإنسان لا يشهد على نفسه بثبوت نسب [ولد غيره]^(٣) ولا [يسكت]^(٤) عند التهنئة والولد ليس منه ، فصار هذا كالاقرار ، والمعترف بنسب الولد لا يملك نفيه ، وقد روى ابن رستم عن محمد: أنه إذا هنيء بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافاً ، وإن [١/١٦٥] سكت عن ولد الزوجة كان اعترافاً . وهذا صحيح ؛ لأن ولد الزوجة نسبه ثابت بالفراش ، وإنما يثبت^(٥) من جهة الزوج النفي ، [فإذا أمسك عن التهنئة ، دل ذلك على أنه غير مؤثر للنفي] فأما ولد الأمة فلا يثبت [نسبه] بالفراش ، وإنما يثبت بالاقرار ، والسكوت لا يقوم مقام الاعتراف في إلزام الحقوق .



- (١) ما بين القوسين ساقطة من أ .
- (٢) في ب (الفصل) والمثبت من أ .
- (٣) في ب (ولده) والمثبت من أ .
- (٤) في ب (يمسك) والمثبت من أ .
- (٥) في أ (يترقب) والمثبت من ب .

١٨٣٦ - فَصْل: [النسب الذي لا ينفيه اللعان]

قال: وكذلك كل نسب ثبت بإقراره أو بالحكم، فإنه لا ينفيه [باللعان]؛ وذلك لأنه لما اعترف بالولد لزمه، فإذا أراد نفيه فقد رجع عن اعترافه، وثبوت النسب حقٌ للولد، فلا يملك الرجوع عنه بعد الاعتراف، فأما قول أبي الحسن: إذا ثبت بإقراره أو بالحكم، فثبوتة بالإقرار معروف وقد بيناه، وأما ثبوتة بالحكم فقد روى الفضل بن غانم قال: سمعت أبا يوسف قال في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به، فضرب القاضي الأجنبي الحدّ - فإن نسب الولد يثبت من الزوج ولا لعان بينه وبينها؛ وذلك لأن القاضي لما حدّ قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه، والحكم بكذبه حكم بثبوت النسب، فالنسب المحكوم بثبوتة لا ينتفي باللعان كالمقرّ به، وإنما يسقط اللعان؛ لأن الحاكم لما حكم بإحصانها تعذر اللعان حكماً، فلم يجب الحدّ ولا اللعان.

١٨٣٧ - فَصْل: [نفي ولد من لا لعان بينهما]

وإن نفى ولد زوجته وهما ممن لا لعان بينهما لزمه، ولا يستطيع نفيه أبداً؛ لأنه لا ينتفي ولد زوجه إلا باللعان؛ وذلك لأن النسب ثابت بالفراش، وقد ورد الشرع بنفيه عن الفراش باللعان، فما سوى اللعان فالنسب فيه ثابت، فلا يصح نفيه مع ثبوتة.

١٨٣٨ - فَصْل: [حصول العلوق بالولد في حال لا لعان بينهما]

وإن كان العلوق بالولد في حال لا لعان بينهما فيه، ثم صارت [بحال] (١)

(١) في ب (بحيث) والمثبت من أ.

يقع بينهما اللعان مثل أن يعلق وهي (أمة فتعتق أو كتابية فتسلم) ^(١) فينفي ولدها، فإنه [يلاعن] ^(٢) ولا ينتفي النسب، وذلك لأنها لما علقت وليست من أهل اللعان ثبت نسب ولدها ثبوتاً لا يلحقه الفسخ، فلا يعتبر بعد ذلك تغير حالها.

١٨٣٩ - فَصْل: [في نفي ولد الحرة وتصديقها له]

[قال]: ولو نفي ولد الحرة فصدقته، فلا حدّ على الزوج ولا لعان، وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه؛ وذلك لأن النسب حق للولد، والأم لا تملك إسقاط حق ولدها، فلم يجوز أن ينتفي نسبه بتصديقها، فلا يجوز أن يلاعنها مع تصديقها له في القذف؛ لأن ذلك ينفي اللعان، ألا ترى أنه يستحيل أن يشهد بالله أنه لمن الكاذبين، وقد قالت إنه صادق، فإذا تعذر اللعان لم [ينتف] ^(٣) النسب.

١٨٤٠ - فَصْل: [إقرار بالولد الأول ونفي الثاني في حال ولادة ولدين معاً]

فإن جاءت بولدين في بطن فأقرّ بالولد الأول ونفي الثاني؛ لاعتن ولزومه الولدان، وإن نفي الأول وأقرّ بالثاني، حدّ ولا لعان، ويلزمانه جميعاً، والأصل في هذا: أن الحمل الواحد لا يجوز أن يثبت بعض نسبه دون بعض؛ لأنه حمل واحد كالولد الواحد، وكما لا ينتفي بعض نسب الولد ويثبت بعضه، فكذلك الحمل الواحد.

وإذا ثبت هذا قلنا: لما أقرّ بالولد الأول لم يصح نفيه للثاني؛ لأن نسبهما لا يتبعض في الثبوت، [١٦٥/ب] فصار الاعتراف بالأول اعترافاً بالثاني فثبت

(١) في أ (أمة أو كتابية، ثم عتقت الأمة، أو أسلمت الكتابية).

(٢) في ب (لا يلاعن) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يثبت) والمثبت من أ.

نسبهما ، فأما اللعان فقد ينفرد عن نفي النسب ، ألا ترى أنه يثبت لقطع الفراش في المقدوفة بغير ولد ، فلم يكن ثبوت النسب مانعاً من اللعان ، وإنما يثبت اللعان ؛ لأنه باعترافه الأول واصف لها بالعفة ، فلما نفى الثاني وصفها بالزنا ، ومن قال لامرأته: أنت عفيفة ، ثم قال: أنت زانية ، لا عن ، فأما إذا نفى الأول فقد قذفها ، فلما اعترف بالثاني فقد وصفها بالعفة .

ومن قال لامرأته: أنت زانية ، ثم قال: أنت عفيفة ، فقد أكذب نفسه بعد القذف ، فيجب [عليه] الحد ، ويثبت نسب الولدين ؛ لأن الاعتراف بالثاني اعتراف بهما .

١٨٤١ - فصل: [نفي الولدين ثم موت أحدهما]

قال: ولو نفاهما جميعاً ، ثم مات أحدهما أو قُتِلَ ، فإنه لا يلاعن^(١) ، ويلزم الولدان الأب ، أما ثبوت نسبهما فلأن الميت منهما لا يصح نفي نسبه ؛ لأن ذلك حكمٌ عليه ، والميت لا يحكم عليه ، إلا أن يحضر من يقوم مقامه ، وأحد الأخوين لا يقوم مقام الآخر ، ولأنه لا فائدة في نفي نسب الميت ، فإذا تعذر نفي أحد الولدين ثبتا جميعاً ؛ لاستحالة أن يتبعض ثبوت نسب الحمل الواحد ، فأما اللعان فقد ذكر محمد أنه لا يبطل .

وذكر ابن سماعة هذه المسألة فقال: يبطل اللعان عند أبي يوسف ، وقال محمد: لا يبطل .

وجه قول أبي يوسف: أن المقصود باللعان نفي النسب ، وقد تعذر ذلك فلا فائدة للعان .

(١) في أ (يلاعن) .

وجه قول محمد: أن اللعان ينفرد عن نفي النسب ، فتعذره لا يمنع بقاء اللعان .

١٨٤٢ - فَصْلُ : [نفي الولدين حيث ولدت أحدهما ميتاً]

قال: وكذلك إن وُلِدَتْ أحدهما ميتاً فنفاهما ، لا عَن ولزم الولدان الأب وهذا لما بينا ، قال: ولو وُلِدَتْ ولداً فنفاه ولا عَن الحاكم بينهما وفرق ، ثم ولدت بعد يوم آخر ، لزماه جميعاً واللعان ماضٍ ؛ وذلك لأنها صارت أجنبية ، وولد الأجنبية لا ينتفي باللعان (فيثبت نسب الثاني ، وثبوته شاهد على ثبوت نسب الأول فيثبت ، وليس يمتنع أن ينتفي نسب الولد باللعان)^(١) ، ثم يثبت من بعد كما لو اعترف به .

١٨٤٣ - فَصْلُ : [قول الزوج هما ابناي]

ولو قال الزوج: هما ابناي ، فلا حدّ عليه ؛ وذلك لأنهما لزماه من طريق الحكم ، فإذا اعترف بهما فهو صادق في اعترافه ، فلا يلزمه الحدّ ، ولا يقال قد أكذب نفسه ؛ وذلك [لأنه] يجوز أن يكون قوله: هما ابناي ، ليس بتكذيب وإنما هو إخبار (كمن)^(٢) أثبت بالحكم ، وقد قالوا في الاعتراف بالولد الذي يكون الزوج به مكذباً لنفسه: وهو أن يعترف بولد (لو)^(٣) لم يعترف به ، صحّ أن يلاعن به إذا كان من أهل اللعان ، فأما إذا لم يصح أن يلاعن به ، لم يكن باعترافه به مكذباً لنفسه ، وعلى هذا قالوا: لو ولدت امرأته ولداً ، فقال: هو ابني ، ثم ولدت آخر فنفاه ، ثمّ أقر به ، فلا حدّ عليه ؛ لأنه لو لم يقر به لم يصح نفيه باللعان .

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في أ (عما) .

(٣) في أ (أو) .

قال في المسألة الأولى: ولو قال: ليسا بابني؛ كانا ابنيه ولا حدّ عليه؛ وذلك لأنه قد تقدم القذف ولاعن، وهو الآن مكرر للقذف، والملاعن [١/١٦٦] إذا كرر القذف لم يلزمه حد.

قال: ولو قال كذبت باللعان وفيما قذفتها به، حدّ؛ لأنه اعترف بالكذب بصريح الاعتراف، وذلك يوجب الحدّ عليه.

١٨٤٤ - فصل: [نفي الزوج الولد الميت]

قال: ولو جاءت بولد فمات فنفاه الزوج، لاعن ويلزمه الولد، وقد بينا [ذلك]، قال: ولو جاءت بولدين فنفاهما ثم مات أحدهما، قال محمد: يلاعن ويلزمه الولد الثاني، أما اللعان فقد بينا أنه يجوز أن ينفرد عن نفي النسب، وأما قول محمد: أنه يلزمه [الولد] الثاني، فإنما أراد أن يبين أنه لا ينتفي باللعان وإلا^(١) فنسبهما جميعاً يلزمه.

١٨٤٥ - فصل: [فيمن طلق رجعيًا فجاءت بولد لأقلّ من سنتين بيوم فنفاه]

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: فيمن طلق امرأته طلاقاً رجعيًا فجاءت بولد لأقلّ من سنتين بيوم فنفاه، ثم جاءت بولد بعد سنتين بيوم فأقرّ به: فقد بانت ولا حدّ ولا لعان؛ وذلك لأن من أصلهما: أن الولد الثاني يتبع الأول، ألا ترى أن الأول جاءت به في مدة يلحق نسبه، فصار الثاني تابعاً له، (فكأنما جاءت بهما قبل السنتين)^(٢) فلا يثبتان الرجعة، فتبين بوضع الولد الثاني، ويتعذر اللعان من طريق الحكم لأنها أجنبية.

(١) سقطت (وإلا) من أ.

(٢) في أ (فكأنما جاءت به لسنتين).

وقال محمد: هذه رجعة وعلى الزوج الحد؛ وذلك لأنه يقول: إن الولد الثاني لا بد من أن يكون لحمل حادث؛ لاستحالة أن يبقى الولد لأكثر من سنتين، والولد الأول يجوز أن يكون بحمل حادث، [ويجوز أن لا يكون]، فصار المحتمل تابعا لما لا يحتمل، فكأنها ولدتهما بعد السنتين، والرجعية إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تثبت الرجعة، فلما نفى ولدها الأول ثم اعترف بالثاني، فقد أكذب نفسه فيحد.

١٨٤٦ - فصل: [فيمن طلق بائنا فجاءت بولد لأقل من سنتين وولد لأكثر]

وإن كان الطلاق بائنا والمسألة بحالها، حد ويثبت نسب الولدين عندهما؛ لأن الثاني يتبع الأول، فكأنها جاءت بولدين لأقل من سنتين، ولا يثبت اللعان؛ لأنها أجنبية، فيحد بإكذابه نفسه.

وقال محمد: لا حد ولا لعان، ولا يثبت نسب الولدين؛ لأنه لا يتبع الأول الثاني، والمبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين لم يثبت نسبه، فلا يجب على قاذفها الحد؛ لأن معها ولد غير ثابت النسب^(١).



(١) الأصل، ٤٥/٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢١٧/٥؛ التجريد، ٥٢٠٩/١٠ وما بعدها.

بَاب نفي الحمل

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لامرأته وهي حامل: ليس هذا الحمل مني، إلى آخر ما ذكر.

قال: وجملة هذا أن عند أبي حنيفة إذا نفى الرجل حمل امرأته، فليس بقاذف ولا لعان بينهما، وهو قول زفر^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد: إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لاعنها، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا لعان، وهو قول أبي حنيفة الأول، واتفق أصحابنا: أنه لا ينتفى نسب الحمل قبل الولادة.

وقال الشافعي: إذا نفى حمل امرأته لاعنها^(٢)، ونفى القاضي نسب الحمل^(٣).

وجه قول أبي حنيفة: أن القذف بالحمل في معنى [النفي] المعلق بالشرط؛ لأن تقديره كأنه قال: إن كنت حاملاً [ب/١٦٦] فأنت زانية، والقذف لا يجوز أن [يعلق]^(٤) بالشرط، ولأن الحمل لا يعلم في الحقيقة لجواز أن يكون بها ربح تشبه الحمل، فلا بد أن يكون القذف (مشروطاً)^(٥) بصحة الحمل، ولا يقال إن

(١) الأصل ٤٤/٥.

(٢) انظر: الأم ص ١١١٦.

(٣) انظر: المهذب ٤٥٦/٤.

(٤) في ب (يتعلق) والمثبت من أ.

(٥) في أ (منوطاً).

الحمل يتعلق به الأحكام ، ألا ترى أن الجارية ترد به على بائعها ، ويجب للمعتدة النفقة لأجل حملها ؛ وذلك لأن المعتدة يجب لها النفقة عندنا مع عدم الحمل ، فأما الرّدُّ بالعيب فليس مما يؤثر فيه [الشبهة ، فيثبت لوجود الظاهر ، والقذف مما يؤثر فيه الشبهة] فلا يثبت بالظاهر ؛ ولأن الأحكام الثابتة للحمل موقوفة على الولادة بدلالة الميراث والوصية ، والقذف لا يقف على شرط .

وجه قولهما: أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ، فقد تيقنا وجوده عند النفي ، فلهذا [قالوا]: إذا أوصى لحمل امرأة فجاءت به لأقل من ستة أشهر استحق الوصية ، وإذا تيقنا وجوده وقد نفاه الزوج فيلاعن به ، فأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فيجوز أن يكون [لحمل حادث] ^(١)؛ فلهذا لا يستحق الوصية فلا يتيقن وجوده عند القذف ، فلا يلاعن .

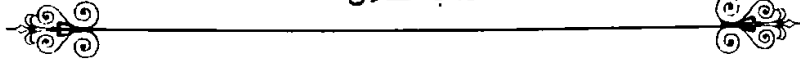
فأما الدليل على أنه لا ينتفى نسبه وهو حمل ، أن هذا حكم عليه ، والأحكام لا يجوز ثبوتها للحمل قبل الولادة ، (كما لا يجوز حكم باستحقاق الميراث والوصية) ^(٢) ، فأما ما روي (أن النبي ﷺ لا عن بين هلال بن أمية وبين امرأته وهي حامل وألحق الولد بها) ^(٣) فلا دلالة فيه ؛ لأن هلالاً لم يقذفها بالحمل وإنما صرح بالزنا وذكر الحمل .

وعندنا إن من قال لامرأته: قد زنيت وأنتِ حامل ، فإنه يلاعن ؛ لأنه لم يعلق القذف بالشرط ، وهكذا صنع هلال لأنه ادعى أنه وجد شريكاً على بطنها ، فأما نفي النسب فلأن رسول الله ﷺ علم من طريق الوحي أن هناك ولداً ، ولهذا

(١) في ب (الحمل حادثاً) والمثبت من أ .

(٢) في أ (كما لا يحكم باستحقاقه للميراث والوصية) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري (٦٤٦٤) ؛ ومسلم (١٤٩٧) .



قال: «إن جاءت به أحمر على صفة كذا فهو لهلال، وإن جاءت به أسود جعداً فهو لشريك»^(١)، وهذا لا يعلم [إلا من]^(٢) طريق الوحي، ولا طريق لنا إلى مثل ذلك، فلهذا [لا ينتفى] الحمل.



(١) أخرجه مسلم بلفظ: «إن جاءت به أبيض سبطاً قضيء العينين فهو لهلال» (١٤٩٦).

(٢) في ب (الآن) والمثبت من أ.

بَابُ الشهادة في اللعان



قال أبو الحسن: اللعان عندنا بمنزلة الحد لا يحكم فيه بشهادة على شهادة، ولا بشهادة النساء مع الرجال، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن اللعان يوجب القذف كالحد في الأجنبي، فما لا يثبت به أحدهما لا يثبت به الآخر^(١).

١٨٤٧ - فَصْل: [الشهادة على المرأة بالزنا رابعهم الزوج]

فإن شهد على المرأة بالزنا أربعة أحدهم الزوج، ولم يكن من الزوج قذف قبل ذلك، أقيم عليها الحد، وقال الشافعي: لا تقبل شهادة الزوج عليها^(٢).

لنا: أنه تقبل شهادته عليها في غير حد [الزنا] فيقبل في الحد كالأجنبي، ولأن الزوج أبعد من التهمة، ألا ترى أن العادة أنه يستر على امرأته الزنا حتى لا يلحقه شينها، فقبول شهادته أولى.

١٨٤٨ - فَصْل: [الزوج قذفها وشهد سواه ثلاثة]

فإن قذفها الزوج وجاء بثلاثة سواه يشهدون فهم قذفة يُحدون، ويلاعن الزوج؛ وذلك لأنه لما قدم [١٦٧/أ] القذف [فقد] خرج من أن يكون شاهداً، ألا ترى أن الله تعالى أوجب على القاذف أن يأتي بأربعة شهداء، فلو جاز قبول

(١) انظر: الأصل ٥٥/٥.

(٢) انظر: المهذب ٤٥٦/٤، ٤٥٧.

شهادته معهم كان يكلف أن يأتي بثلاثة ، وإذا ثبت أن شهادته غير مقبولة ، والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة ، صار قاذفاً ، فلم يثبت عليها الزنا فيلاعن .

١٨٤٩ - فِصْلُ : [دَرْءُ الْحَدِّ عَنِ الشُّهُودِ وَعَنِ الزَّوْجِ اللَّعَانِ]

وإن جاء هو وثلاثة : فشهدوا أنها قد زنت فلم يُعَدَّلُوا ، دُرِيٌّ عنها وعنهم الحدّ ، ودُرِيٌّ عن الزوج اللعان ؛ وذلك لأن الزوج شاهد وليس بقاذف ، فلو وجب عليه اللعان خرج من أن يكون شاهداً ، ووجب على الثلاثة الحدّ ، وفي علمنا أنه لا يجب عليهم الحدّ ؛ دلالة على سقوط اللعان عن الزوج .

قال ابن سماعة عن أبي يوسف : إن قذفها فجاء بأربعة فلم يعدلوا ، فعليه اللعان : لأنه ليس بشاهد وإنما هو قاذف ، فإذا سقطت الشهادة تعلق بقذفه اللعان .

قال : فإن شهد معه ثلاثة عُميان حُدَّ وحُدُّوا ؛ وذلك لأن العميان المانع من قبول شهادتهم معنى مقطوع به ، فصار كتنقصان العدد فيُحَدِّون ، فأما الزوج فيلاعن ؛ لأن قذف الزوج يتعلق به اللعان ، فقوله : حدّ وحُدُّوا ، [يعني : حُدَّ حدّه ، وحُدُّوا حدّهم] فحدهم الجلد وحدّ الزوج اللعان .

١٨٥٠ - فِصْلُ : [ادِّعَاءُ الْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالزَّانَا]

وإذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بالزنا وهو يجحد ، لم يقبل [من الشهادة إلا ما يجوز على قذف الأجنبية : رجلان عدلان ، ولا يجوز في ذلك] شهادة النساء مع رجل ، ولا شهادة على شهادة ، ولا كتاب قاضي ؛ وذلك لأن هذه شهادة يثبت بحكمها الحدّ ، ألا ترى أن قذف الزوج يجوز أن يتعلق به الحدّ إذا سقط اللعان بسبب من جهته ، فصار كقذف الأجنبية .



١٨٥١ - فُصِّل: | الوكالة في اللعان وتثبيت الشهادة |

ولا تقبل وكالة لواحد منهما في اللعان ، وإن وكتت المرأة بتثبيت شهودها على القذف جاز ؛ وذلك لأن اللعان لا يصح فيه النيابة ، كما لا يصح في الأيمان ، فلا معنى للتوكيل ، فأما الوكالة بإثبات القذف فيجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يجوز عند أبي يوسف ، والكلام في هذه المسألة في كتاب الحدود^(١).



(١) انظر: الأصل ٥٥/٥ وما بعدها.

بَاب

كيفية اللعان في نفي الولد

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا نفى الرجل ولد امرأته فلاعن الحاكم بينهما، فإن الحاكم يأمر الزوج أن يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي ولدك، ثم يأمرها أن تقول: أشهد بالله إنك من الكاذبين فيما رميتني به من نفي ولدي، فإذا قالا ذلك وتم اللعان، قال القاضي: قد فرقت بينكما، فتمت الفرقة ولزم الولد أمه^(١).

وقد روى هشام عن محمد قال: إذا لاعن الرجل بالولد، قال في اللعان: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، بأن هذا الولد ليس مني، وتقول المرأة: أشهد بالله إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا، بأن هذا الولد ليس منك.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: إذا [لاعن] بنفي الولد قال: أشهد بالله [الذي لا إله إلا هو] إنه لصادق فيما رماها به من الزنا ونفي [هذا] الولد، وهذا [١٦٧/ب] ليس باختلاف رواية، وإنما هو لاختلاف الحال، فإذا كان الزوج قال: هذا الولد ليس مني؛ اكتفى في اللعان بأن يقول: إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد، وإذا قذفها بالزنا ونفى [ولدها]^(٢) ذكر في اللعان الأمرين؛ لأن [الأول]^(٣) لم يصرح بالزنا وإنما ذلك في مضمون نفيه الولد،

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٣٩٧.

(٢) في ب (الولد) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الولد) والمثبت من أ.

فاقتصر على نفيه الولد، والثاني قذفها بالزنا ونفى ولدها فاحتاج أن يشهد على الأمرين ولا يقتصر على أحدهما دون الآخر، فأما قوله في الكتاب: إن القاضي إذا فرق بينهما لزم الولد أمه؛ لأن اللعان وقع عليه والتفريق لأجله، فصار تفريق القاضي نفيًا له.

وقد روى حبان بن بشر عن أبي يوسف قال: إذا أكمل القاضي اللعان بينهما لم تقع الفرقة حتى يفرق، فإن [كان] اللعان (بولد)^(١) فرق بينهما، وقال: قد ألزمته أمه، وأخرجته من نسب الأب، وهذا صحيح لأن التفريق قد ينفرد عن نفي النسب فكل واحد منهما من أحكام اللعان، فوجب أن يحكم القاضي بأحدهما كما يحكم بالآخر.



(١) ساقطة من أ.

٤٧ | بَابُ

الحضانة (١)



قال الشيخ رحمته الله: لما كان الصغار عاجزين عن النظر في مصالحهم جعل الله تعالى ذلك لمن يلي عليهم، وفوض الولاية في المال والعقود إلى الآباء؛ لأنهم بذلك أقوم، وفوض التربية إلى الأمهات؛ لأنهن أشفق وأحنى، فإذا اختصم في الصغير أمه وأبوه مع بقاء النكاح أو بعد الفرقة فالأم أولى به ما لم تتزوج (٢)؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: (أن امرأة أتت رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينتزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: «أنتِ أحق به ما لم تنكحي» (٣)، ولأنها أقوم بالتربية، كما أن الأب أحفظ للمال، فإذا كان الأب أحق بالتصرف في المال، كانت هي أحق بالإمساك، (فإن ماتت الأم أو تزوجت) (٤) فاختصم الجدتان فأم الأم أولى من أم الأب؛ لأنهما تساويا في القرابة وإحداهما من قبل الأم، [وهذه الولاية مستفادة منها، فمن أدلى بها أولى،

(١) «الحضانة لغة: تربية الولد، [من حَصَّن الطائر بيضه إلى نفسه تحت طباق].

وشرعاً: معاودة على حفظ من لا يستقل بحفظ نفسه من نحو طفل، وعلى تربيته وتعهده». التوقيف على مهمات التعاريف (حضن).

(٢) انظر: الأصل ٣٤٨/١٠.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)؛ وأحمد في المسند، ١٨٢/٢؛ «ورجاله ثقات» كما قال الهيثمي في المجمع، ٣٢٣/٤؛ والبيهقي في الكبرى، ٤/٨.

(٤) في أ (فإن كانت الأم تزوجت).

ثم أم الأب ، فإنها أولى من الأخوات ؛ لأن لها ولاداً ، فهي أدخل في الولاية وأكثر شفقة ، ثم الأخوات أولى من الخالات ؛ لأنهن بنات الأبوين ، والخالات بنات الجددين ، وأولى الأخوات من كانت لأب وأم ؛ لأنها تدلي بجهتين ، ثم الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ؛ لأنهما تساويا في القرابة ، إحداهما من قبل الأم^(١).

واختلفت الرواية في الأخت من الأب والخالة: فروى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الخالة أولى من الأخت للأب ، وهو قول محمد وزفر ، والوجه فيه ما روي: أن ابنة حمزة لما رأت علياً تمسكت به وقالت: ابن عمي ، فأخذها فاغتصم فيها عليٌّ وجعفرٌ وزيدٌ ، فقال عليٌّ: بنت عمي ، وقال جعفر: بنت عمي وخالتها عندي ، وقال زيد بن الحارثة: بنت أخي آخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله ، ففضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال: «الخالة والدة»^(٢).

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: قال أبو حنيفة: الأخت من الأب أولى من الخالة ، وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف ، والوجه فيها: أنها بنت الأب والخالة بنت الجد (والقربى)^(٣) أولى . وقد ذكر محمد إحدى هاتين [١/١٦٨] الروايتين في النكاح ، والأخرى في الطلاق ، وبنات الأخوات يُقدمن على الخالات لهذه العلة ، ثم الخالات أولى من العمات ؛ لأنهن يتساوين في

(١) انظر: الأصل ٥٤٤/٤ وما بعدها؛ ومختصر القُدوري ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، ١١/٦ ؛ ويلفظ: «بمنزلة الأم» ، ٢٤٨/٦ ، ونحوه عبد الرزاق في مصنفه ، ٢٨٣/١٠ ؛ وابن حجر في المطالب العلية «الخالة أم» ، ٣٨٤/٨ ، وأورده الهيثمي في المجمع ، وقال: «رواه الطبراني ، وفيه قيس بن الربيع ، وثقه شعبة والثوري ، وضعفه جماعة ، وبقية رجاله ثقات» ، ٣٢٣/٤ .

(٣) في أ (والأقرب) .

القرب، واللاتي من جهة الأم أولى، فأولاهن من كانت لأب وأم؛ لأنها تدلي بقرابتين، ثم من كانت لأم لاتصالها بجهة الأم، ثم مَنْ كانت لأب، ثم العمات أولاهن من كانت لأب وأم، ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب، وبنات الأخ أولى من العمات والخالات؛ لأنهن من ولد الأب، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ؛ لأن الأخ لا حَقَّ له في الحضانة، والأخت لها حق، فمن تدلى بها أولى، فأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن في الحضانة لأنهن [رَجِم] (١) بلا مَحْرَم. وحكى الحسن بن زياد في كتاب الطلاق: أن أم الأب أولى من الخالة عند أبي يوسف، وقال زفر: الخالة (أحق) (٢).

وجه قول أبي يوسف: أن أم الأب لها (ولاء) (٣) والولاية في الأصل مستفادة بالولاد، وجه قول زفر: قوله ﷺ: «الخالة والدة».

١٨٥٢ - فَصْل: [أحقية الأم والجدة في حضانة الغلام]

والأم والجدة أحق بالغلام حتى يستغني عنهما: فيأكل وحده ويلبس وحده ويشرب وحده، وقال داود بن رشيد عن محمد: ويتوضأ وحده، ويريد بذلك الاستنجاء، فأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض (٤).

وحكى هشام عن محمد: حتى تبلغ أو تُشْتَهَى، وقد كان القياس أن تكون الأم أحق بالغلام والجارية حتى يبلغا؛ لأن الحضانة ولاية للأم فلا ترتفع إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، وإنما تركوا القياس في الغلام لما روى سعيد بن

(١) في ب (الغائب خمر).

(٢) في أ (أولى). انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٣٧.

(٣) في أ (ولاد).

(٤) انظر: الأصل ٣٥١/١٠.

المسيب قال: (طلق عمر امرأته أم ابنه عاصم، فلقبها ومعها الصبي، فنازعها وارتفعوا إلى أبي بكر ف قضى أن ربحها و فراشها خير له حتى يشب) (١)، ولأن الصبي إذا استغنى بنفسه يحتاج إلى التأديب، والأب أقوم بذلك، فلو بقيناه مع الأم لألف أخلاق النساء، واستضر بذلك فأسقطنا حقها، وأما الجارية فبقيت على أصل القياس.

ووجه ما روى هشام: أنها إذا بلغت أن تشتهي احتاجت إلى الحفظ، والرجال أكثر غيرة من النساء فكانوا أحق بها، فأما إذا بلغت فالعصبة أحق بها في الروايات كلها؛ لأنها تُشتهي وتشتهي والرجال أكثر غيرة وأشد حفظاً فكانوا بها أولى.

١٨٥٣ - فُصِّل: [مَن لا حق له من النساء في الحضانة]

وأما من لا [ولاد] له من النساء فلا حق له من الغلام والجارية إذا استغنيا بأنفسهما؛ لأن هذا الحق يثبت له من طريق الولاية؛ [لأن الولاية] تستفاد بالولادة، وإنما يثبت له حاجة الصغير إليهن، فإذا استغنى زال ذلك المعنى، فكان العصبة أولى.

١٨٥٤ - فُصِّل: [سقوط حق الحضانة]

وكل من تزوج من هؤلاء بأجنبي من الصبي سقط حقها من الحضانة (٢)، وصار كالميت لقوله ﷺ: «أنتِ أحق بالولد ما لم تنكحي» (٣)، وقضى أبو بكر

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، ١٣٩/٢؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ١٧٩/٤؛ وابن حجر في المطالب العلية، ٣٨٠/٨؛ وغيرهم.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٦.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)؛ «ورواه أحمد ورجاله ثقات»، مجمع الزوائد، ٣٢٣/٤؛ البيهقي =

لعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج ؛ ولأن الصبي يلحقه جفاء من زوج أمه ومذلة فيسقط حقها للمضرة التي تلحقه ، فأما إذا تزوجت [١٦٨/ب] بذی رَحِم مَحْرَمٍ من الصبي لم يسقط حقها مثل الجدة إذا كان زوجها الجد ، والأم إذا تزوجت بالعم ؛ لأنه لا يلحقه جفاء من جده وعمه .

١٨٥٥ - فَصْل : [عود حق الحضانة]

ومن سقط حقها من هؤلاء [للتزوج] فمات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها ؛ وذلك لأن المانع من ثبوت حقها قد زال ، فصارت أولى ممن هو أبعد منها .

١٨٥٦ - فَصْل : [الحضانة في حال استغناء الغلام بنفسه]

فإذا استغنى الغلام بنفسه وبلغت الجارية فالعصبات أولى بها على ما قدمنا ، ويترتب المستحق له الأقرب من العصبات فالأقرب ، والأب أولى به ثم الجد أب الأب ، ثم الأخ للأب والأم ، ثم الأخ للأب ، ثم العم للأب والأم ، ثم العم للأب ، وابن الأخ أولى من العم ، ثم عم الأب ، ثم عم الجد ، وعلى هذا أبداً ، ولا يستحق بالتعصيب بنو أب ، وهناك أب أقرب منهم ، أو ابن أب هو أقرب منه ، [وبنو الأب أقرب ، ولا حق لابن العم في كفالة الجارية ، وله حق] في كفالة الغلام ؛ لأنه ليس بمَحْرَمٍ منها ، ويحل له نكاحها فلا يؤتمن عليها ، فأما الغلام فهو عصبته و[هو] أحق به ممن هو أبعد منه .

١٨٥٧ - فَصْل : [الحضانة إذا لم يكن للجارية قريب من النساء]

فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير [ابن]^(١) العم ، اختار لها القاضي

= في الكبرى ؛ الحاكم في المستدرک ، ٢/٢٢٥ .

(١) في ب (أم) والمثبت من أ .

أفضل المواضع ؛ لأن الولاية إليه فينظر في الأصلح .

قال محمد: كل ذَكَرٍ من قِبَلِ النساءِ: مثل الأخ من الأم، والخال، وأب الأم فلا حق لهم في الولد ؛ [وذلك] لأن الحضانة للنساء والقيام [به] بعد الحضانة إلى العصابات ، فيعتبر من جهة الأم ما كان من النساء ، ويعتبر [من] الرجال [ما كان] من جهة الأب .

قال محمد: وإن كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه ، جعلها القاضي عند الخال ؛ وذلك لأن الخال مَحْرَمٌ ، وابن العم ليس بمحرم ، فكان المحرم أولى .

والأخ من الأم أحق من الخال ؛ لأنه أقرب .

وذكر الحسن بن زياد: أن الصبي إذا لم يكن له قرابة من النساء ، فالعم أولى به من الخال وأبو الأم ؛ لأنه عصبية .

قال: والأخ للأب أولى به من العم ، وكذلك ابن الأخ ، فإن لم يكن له قرابة من جهة أبيه من الرجال والنساء ، فأب الأم أولى من الخال والأخ للأم ؛ لأن له ولاداً فهو أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الأرحام .

١٨٥٨ . فَصْلُ : [الفاسق والماجن من العصبية في الحضانة]

قال أبو الحسن: ومن كان من عصبته لا يؤمن عليها لفسقه ومجانته لم يكن له فيها حق ؛ وذلك لأن في كفالته لها ضرراً عليها ، والولاية تسقط للضرر .

قال محمد: ولا حق للعصبية فيه إلا أن يكون على دينه ، وهذا [على] قول

أبي حنيفة وقياسه ؛ وذلك لأن اختلاف الدّين يمنع التعصيب والحق يثبت للعصبة .
وقد قالوا في الأخوين إذا كان أحدهما مسلماً والآخر يهودياً والصبي يهودي ، فاليهودي أولى به ؛ لأنه عصبته دون المسلم .

١٨٥٩ - فُصْل : [الحضانة إذا كثرت الحاضنات]

وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج ؟ قال : يضعه القاضي حيث شاء ؛ وذلك لأنه لا حق لهن ، فصار كمن لا قرابة له .

١٨٦٠ - فُصْل : [حضانة أم الولد والزوجة الأمة]

قال : وأم الولد والزوجة [الأمة] سواء في الحضانة إذا أعتقت .

قال الشيخ رحمته الله : [وجملة] هذا : أن الأمة وأم الولد لا حق لهما في حضانة الولد [١/١٦٩] الحر ؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية ، ولا حق للإماء في الولايات ، فأما إذا أعتقت فهي في الحضانة كالحرّة ؛ لأن الولاد موجود وهي من أهل الولاية .

١٨٦١ - فُصْل : [حضانة أهل الذمة]

قال : وأهل الذمة في هذا بمنزلة أهل الإسلام ؛ وذلك لأن الحق يثبت للأم لمنفعة الصغير ، وهذا المعنى يوجد مع الكفر كالولاية في المال (من الأب) ^(١) ، فأما إذا كانت الأم كافرة والولد مسلماً فقد ذكر في الأصل أنها في الحضانة كالمسلمة ، وكان أبو بكر الرازي يقول : إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا ،

(١) ساقطة من أ .



فإذا عقلا سقط حقها؛ لأنها تعودهم أخلاق الكفر، وفي ذلك ضرر عليهما، فسقط حقها للضرر^(١).

١٨٦٢ - فَصْل: [حضانة المرتدة]

ولا حق للمرتدة في الولد؛ وذلك لأنها تحبس، فلو ثبت لها [حق] الحضانة لاستضّر الصغير بالحبس.

١٨٦٣ - فَصْل: [الحضانة في حال بلوغ الغلام والجارية]

وإذا بلغت الجارية مبلغ النساء ولم تكن مأمونة على نفسها، فلأب أن يضمها إليه وإن أبت؛ لأنه لا يؤمن [المعرة]^(٢) منها، فله أن يحفظها حتى لا تلحق به شيئاً، فإن كانت مأمونة بكرةً ضمّها إلى نفسه؛ لأنها لم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع، فإن كانت ثيباً فلا حق له فيها؛ لأنها قد اختبرت الرجال وأمنت الخداع.

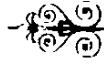
فأما الغلام إذا [بلغ و] عقل واجتمع رأيه واستغنى عن الأب، فإن كان مأموناً فلا حق للأب في إمساكه، كما ليس له أن يمنعه من ماله، فإن كان غير مأمون، فله أن يضمه [إلى نفسه] حتى لا يلحق به شيئاً.

قال: وليس عليه نفقته إلا أن يتطوع؛ لأن الرجل البالغ الصحيح لا يجب نفقته على أبيه، وسنين ذلك في النفقات^(٣).

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٣٨.

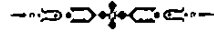
(٢) في ب (المعيرة)، والمثبت من أ. «والمعرة: المساءة، والمعرة: الإثم». المصباح (عر).

(٣) انظر: البحر الرائق ٤/١٨٦.



بَاب

المرأة تخرج بولدها إلى بلد آخر



قال: وجملة هذا الباب أن المرأة لا يجوز لها أن تخرج بولدها إلى بلد آخر، إلا أن تكون مبتوتة تخرجه إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه، أو تخرجه إلى مكان يقدر أبوه على مشاهدته والعود قبل الليل، ونحن نُبَيِّنُ تفصيل هذه الجملة.

قال أبو الحسن: قال محمد: إذا أراد الرجل أن يخرج من بلده فأراد أخذ ولده الصغير، لم يكن له ذلك حتى يبلغ ما وصفت لك؛ لأننا قد قدمنا أن الأم أحق به منه، فإذا أراد أخذه ليسقط حقها لم [يُمْكِنُ من ذلك] (١).

قال محمد: وإن أرادت امرأة ممن لها الحضانة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلى غيره إلى آخر ما ذكره، وهذا لا يخلو: [إما] (٢) أن تكون زوجة، أو مطلقة، فإن كانت زوجة فللزوجة أن يمنعها من الخروج، سواء كان معها ولد أو لم يكن؛ لأن عليها المقام في دار زوجها، وإن كانت مبتوتة فأرادت أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك؛ لأن الإنسان إذا تزوج في بلد فالظاهر أنه يقيم فيه، فقد التزم لها المقام في بلدها، وإنما لزمها اتباعه بحكم الزوجية، فإذا زالت جاز أن يعود؛ لأنه رضي بذلك (٣).

(١) في ب (لم يكن له ذلك)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (لا يخلو أن تكون) والزيادة من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٦.

١٨٦٤ - فِصْل : | طلب الأم نقل الابن إلى بلدها |

فإن أرادت أن تنقله إلى بلدها ، وقد وقع النكاح في غيره فليس لها ذلك ؛ لأن الأب لم يلتزم لها المقام في بلدها ، فلا يجوز لها أن تفرق بينه وبين ولده من غير التزامه .

وقد روي عن شريح أنه قال: إذا تفرقت الدار فالعَصَبَةُ [١٦٩/ب] أحق بالولد ، وإن وقع النكاح في غير بلدها فأرادت أن تنقله إلى البلد الذي وقع النكاح فيه ، فليس لها ذلك ؛ لأنه ليس بوطنها وإنما هو دار غربة ، كما أن البلد الذي فيه الزوج دار غربة ، فإذا تساويا لم يجز لها النقل ، فإن أرادت نقل الصبي إلى بلد آخر وبين البلدين ما يقدر الأب أن [يسير]^(١) إليه ويعود إلى منزله قبل الليل فلها ذلك ؛ لأنه لا يلحق الأب ضرر بهذا الانتقال إلا كما يلحقه بالنقل في محال المصر وأقطاره ، وأما أهل السواد إذا أرادت المرأة أن تنتقل بالصبي إلى (قريتها)^(٢) ، وقد وقع النكاح فيها ، فلها ذلك لما قدمنا في البلد ، فإن كان النكاح وقع في غيرها فليس لها نقله إلى (قريتها)^(٣) ، ولا إلى القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما بينا في البلدين ، وإن كان بين القريتين قرب يمكن الأب النظر إلى الصبي والعود قبل الليل فلها ذلك ؛ لأنه لا ضرر في النقل ، وإن كان الأب في المصر فأرادت نقل ولده إلى السواد وقد تزوجها فيه ، فلها ذلك ؛ لأن الأب التزم المقام في مكان النكاح إذا كان وطن المرأة ، وإن أرادت نقله من المصر إلى قرية قريبة من المصر يمكن الأب النظر إلى ولده والعود قبل الليل - ولم يقع

(١) في ب (بصير) والمثبت من أ .

(٢) في أ (قومها) .

(٣) في أ (قومها) .

أصل النكاح في هذه القرية - فليس لها ذلك ؛ لأن أخلاق أهل السواد أجفى من أخلاق أهل المصر ، فإذا نقلت الصبي [تعود تلك] ^(١) الأخلاق ، فلم يجز لها ذلك إذا لم يكن الأب قد التزمه .

١٨٦٥ - فصل : [نقل الأم ولدها إلى دار الحرب]

وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب وإن كان قد تزوجها فيها ؛ لأن في ذلك ضرراً على الصبي ؛ لأنه يتعود أخلاق الكفار وينشأ معهم .

وقد ذكر محمد في الجامع الصغير مسألة النقل وأبهما فقال : إنما أنظر في هذا إلى الموضوع الذي وقع فيه عقد النكاح ، والصحيح ما ذكرناه من التفصيل ، وقد بينه في غير الجامع الصغير ^(٢) .

١٨٦٦ - فصل : [تخير الولد بين الأب والأم]

وإذا اختلف الأب والأم في الولد : لم يخير قبل البلوغ ، فإذا بلغ خيّر ، وقال الشافعي : يخير الغلام إذا عقل التخيير ^(٣) .

لنا : قوله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي » ^(٤) ، ولأن مصالح الصغير لا يرجع فيها إلى اختياره كمصالح ماله ، فلأنه يتخير شر الأبوين ، وهو الذي يهمله ويترك تأديبه ، فلم يجز الرجوع إلى اختياره .

(١) في ب (بعد ذلك) والمثبت من أ .

(٢) انظر : الجامع الصغير ص ٣٣٨ .

(٣) انظر : المهذب ٤ / ٦٤٩ .

(٤) سبق تخريجه .

فأما ما روى أبو هريرة أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: طلقني زوجي وإنه يريد أن ينتزع ابنه مني، وإنه قد نفعتني وسقاني من بئر أبي عنبّة، فقال: «استهما عليه»، فقال الرجل: من يشاقني في ابني، فقال النبي ﷺ للغلام: «اختر أيهما شئت»^(١) فاختار أمه، فأعطاها إياه، فهذا كان بالغاً [١/١٧٠] بدلالة أنها قالت: نفعتني [بمعنى] (كسب علي)، وقد قيل: إن بئر أبي عنبّة بالمدينة، لا يمكن الصغير الاستقاء منها، يبين ذلك ما روى عمارة بن ربيعة المخزومي قال: (غزا أبي نحو البحر فقتل، فجاء عمي ليذهب بي، فخاصمته أمي إلى عليّ ﷺ ومعني أخ لي صغير، فخيرني عليّ ثلاثاً، فاخترت أمي، فأبى عمي أن يرضى، فوكزه عليّ بيده وضربه بدرته، وقال: لو بلغ هذا الصبي أيضاً خيراً)^(٢)، فهذا يدل على أن التخيير يقف على البلوغ.



(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٧)؛ والحاكم في المستدرک، ٤/١٠٨؛ والبيهقي في الكبرى، ٣/٨.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، ٤/١٨٠.

٤٨ | بَابُ

الرضاع

— ❖ —

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الرضاع^(١) عندنا سبب من أسباب التحريم [وهي] على ضروب: منها النسب، ومنها النكاح كما مرأة الأب وامرأة الابن، ومنها الوطاء كمن وطئ جارية بملك اليمين حرمت عليه أمها وابنتها، وقد دللنا على هذه الأقسام في أول كتاب النكاح.

فأما الرضاع فهو سبب من أسباب التحريم، وقد دل عليه قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، وقال ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢).

١٨٦٧ - فَصْلُ: [تعلق التحريم بالرضاع]

والرضاع عندنا يتعلق به التحريم في جهة^(٣) المرضعة، وفي جهة الواطئ الذي نزل اللبن من وطئه، فأما المرضعة فقد دل على تحريمها قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ فالمرضعة أم للمرضع، وأولادها إخوة^(٤) له لا يحل له أن يتزوج شيئاً من ولدها ولا ولد ولدها، كما لا يجوز [له] أن يتزوج

(١) «الرضاع في اللغة: المص، وفي الشرع: عبارة عن إرضاع مخصوص يتعلق بالتحريم». الجوهرة

٣٤/١٠؛ وفي اللباب: «مص لبن آدمية في وقت مخصوص».

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٠٢)، وغيره من أصحاب السنن.

(٣) في أ (جنبه).

(٤) وفي أ زيادة (أخوات).

بأخواته ولا بنات إخوته وأخواته ، وأمهااتها حرام عليه ؛ لأنهن جداته من الرضاع ، وأخواتها خالاته يحرم من عليه ، ويحل له تزوج بناتهن كما يجوز في النسب ، وكذلك إن كانت المرضعة بنتاً لم يجر لأخ المرضعة تزوجها ؛ لأنه خالها من الرضاع كخالها من النسب ، ولا يجوز للمرضع أن يتزوج بمن أرضعته المرضعة ؛ لأنهن أخواته^(١) .

وأصل ذلك: أن كل اثنين اجتماعاً على ثدي واحد ، فهما أخوان لا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر ولا بولده ، فأما التحريم من جهة الرجل فهو الذي يسميه الفقهاء لبن الفحل ، ومعناه: أن المرضعة تحرّم مرضعها على زوجها لأنهن بناته ، وكذلك لو كان للرجل امرأتان فحملتا منه ، وأرضعت كل واحدة منها صغيراً أجنبياً ، فقد صاروا أخوين من أب ، فإن كانت إحداهما أنثى لم يجر [لها] أن تتزوج بالآخر ؛ لأنه أخوها من أبيها ، فإن كانتا [بنتين]^(٢) لم يجر لرجل واحد أن يجمع بينهما ؛ لأنهما أختان من أب ، فإن أرضعت امرأة صغيرين فهما أخوان لأب وأم ، فاعتبر التحريم من جهة المرضعة تارة ومن جهة زوجها أخرى ، وينتسب إلى المرضع قرابات الزوج كما ينتسب إليه قرابات الأم ، فأخوات الزوج عماته لا يحل له مناكحتهن ، ويجوز له مناكحة أولادهن ، فأمّ الزوج جدته ، تحرم عليه كما تحرم الجدة من النسب ، ولا يحل لهذا المرضع أن يتزوج امرأة وطئها الزوج ، كما لا يجوز له أن يتزوج بامرأة أبيه ، ولا يجوز للزوج أن يتزوج امرأة وطئها هذا المرضع ؛ لأنها حليلة [ابنه]^(٣) من الرضاع ، فهي كامرأة ابنه من

(١) انظر: الأصل ٣٥٩/٥ وما بعدها .

(٢) في ب (اثنتين) والمثبت من أ .

(٣) في ب (أبيه) والمثبت من أ .

النسب ، هذا تفسير لبن الفحل .

فأما الدليل على وقوع التحريم به فلقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) ومعلوم أن النسب يتعلق به التحريم من الجهتين^(٢).

وروى مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»^(٣).

وروى مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة أن عائشة أخبرتها أن رسول الله ﷺ كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة ، قالت عائشة: فقلت: يا رسول الله هل هذا الرجل يستأذن في بيتك ، فقال: «أراه فلاناً لعم حفصة من الرضاع» فقلت: يا رسول الله لو كان فلان حياً عمي من الرضاعة لكان يدخل علي؟ فقال: «نعم ، إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»^(٤).

وروى مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: (جاء عمي من الرضاعة فاستأذن عليّ فأبيت أن آذن له حتى أسأل رسول الله ﷺ ، فسألته عن ذلك فقال: «إنه عمك فأذني له» فقلت: يا رسول الله ، إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فقال رسول الله: «إنه عمك فليلج عليك» ، قالت: وذلك بعد أن ضرب علينا الحجاب)^(٥) ، وكان الداخل عليها أفلح بن أبي قعيس أرضعتها امرأة أخيه ، والعم من الرضاع لا يكون إلا من لبن الفحل .

(١) أخرجه البخاري (٤٨١٠)؛ ومسلم (١٤٤٥).

(٢) في أ (الجنبتين).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٠٣)؛ ومسلم (١٤٤٤).

(٤) أخرجه البخاري (٤٩٤١)؛ ومسلم (١٤٤٤).

(٥) أخرجه البخاري (٤٩٤١)؛ ومسلم (١٤٤٥).

وقد روى الزهري عن عروة عن عائشة في هذا الخبر أن النبي ﷺ قال لها: «ائذني له فإنه عمك» قلت: وكيف يكون عمي وإنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل؟ قال: «تربت يمينك ائذني له فإنه عمك»^(١)، وروي عن أم حبيبة أنها قالت: يا رسول الله، هل لك في حمنة ابنة أبي سفيان قال: فأصنع ماذا؟ قالت تتزوجها لقد أخبرت أنك أردت زينب بنت أبي سلمة، فقال رسول الله ﷺ: «لو لم تكن ربيتي في حجري، إنها لابنة أخي أرضعتني، وأباها فلانة، فلا تعرضن عليّ أمهاتكن ولا بناتكن ولا أخواتكن ولا عماتكن»^(٢).

وروي عن عليٍّ أنه قال: سلوني، فسأله ابن الكواء: عن بنت الأخ من الرضاعة، فقال عليٌّ: ذكرت لرسول الله ﷺ ابنة حمزة، فقال: «هي ابنة أخي من الرضاعة»^(٣).

وروي عن علي قال: قلت: يا رسول الله، مالك تنوّق في قريش وتدعنا، قال: «وعندكم شيء» قال: قلت: نعم، ابنة حمزة، فقال: [١/١٧١] «لا تحل لي إنها بنت أخي من الرضاعة»^(٤)، ولأن الزوج سبب في نزول اللبن فتعلق به التحريم كما يتعلق [بالوالد]^(٥) لما كان سبباً في الولد.

واحتج من خالف بأن الرجل لو نزل له لبن فارتضعت صبية منه لم تحرم عليه، فإذا لم يثبت [له] التحريم بفعله، لم يثبت له بفعل غيره. وهذا ليس

(١) أخرجه البخاري (٤٥١٨)؛ ومسلم (١٤٤٥).

(٢) أخرجه البخاري (٤٨١٣)؛ ومسلم (١٤٤٩) بلفظ (ثوية).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٠٢)؛ ومسلم (١٤٤٦).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٤٦).

(٥) في ب (بالولادة) والمثبت من أ.

بصحيح؛ لأن [لبن]^(١) الرجل لا يسمى رضاعاً، ولا يكتفي به الصبي في الغالب، والحكم يتبع هذا المعنى، ولا يقال: إن الله تعالى ذكر التحريم من جنبه النساء، فلو تعلق بجنبه الرجال تحريم لذكره كما ذكره في النسب الجنبين؛ وذلك لأن الله تعالى تارة يبين الحكم بالنص وتارة بالتنبيه بحسب المصلحة، على أن النبي ﷺ قد بين ذلك، والأحكام كلها لا تقف على القرآن، وإذا ثبت أن التحريم يثبت من جهة^(٢) الرجال، صار زوج المرضعة أباً، فيتعلق به وبأنسابه وزوجاته من التحريم ما يتعلق بالنسب.

١٨٦٨ - فصل: [الرضاع الموجب للتحريم]

[قال]: والرضاع الموجب للتحريم ما كان في الصَّغَرِ، فأما رضاع الكبير فلا يتعلق به التحريم والدليل على ذلك قوله ﷺ: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»^(٣)، وقال ﷺ: «الرضاع من المجاعة»^(٤)، وهذا يدل أن التحريم يتعلق بالرضاع إذا اكتفى الصغير به في الغذاء؛ لأنه لا ينبت اللحم وينشز العظم في حال الكبر، ولأن الكبير لا يكتفي باللبن في الغذاء فصار كلبن الشاة.

وقد روى جابر أن النبي ﷺ قال: «لا رضاع بعد فِصال، ولا يُتَمَّ بعد حُلْم، ولا صمت يوماً إلى الليل بغير كلام، ولا وصال في صيام، ولا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتاق إلا بعد ملك، ولا وفاء بنذر في معصية، ولا يمين في قطيعة

(١) في ب (إرضاع) والمثبت من أ.

(٢) في أ (جنبه).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٤٣٢/١؛ وابن أبي شيبة في المصنف، ٥٤٨/٣.

(٤) أخرجه البخاري (٢٥٠٤)؛ ومسلم (١٤٥٥).

رحم، [ولا تعرب بعد الهجرة]^(١)، ولا هجرة بعد الفتح^(٢)، وأما حديث سهلة فقد روي أن أبا حذيفة بن عتبة وكان من أصحاب رسول الله ﷺ، وشهد بدرًا وكان قد تبني سالمًا الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة، كما تبني رسول الله ﷺ زيد بن حارثة، وأنكحه ابنة أخته فاطمة ابنة الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهي يومئذ أفضل أيامي^(٣) قريش، فلما أنزل الله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥] [ردّ كل واحد منا من تبناه إلى أبيه]، فإن لم يعلم أبوه رد إلى مواليه، فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة بن عامر بن لؤي إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، كنا نرى سالمًا ولدًا وكان يدخل علي وليس لنا إلا بيت واحد، فماذا ترى في شأنه؟، فقال لها رسول الله ﷺ: «أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنك»^(٤)، فكانت تراه ابنًا من الرضاعة، [١٧١/ب] [فأخبرت]^(٥) بذلك عائشة، فمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال، كانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر، وبنات أختها أن يرضعن من أحببت أن يدخل عليها من الرجال، وأبى سائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس، وقلن ما نرى الذي أمر به النبي ﷺ سهلة بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده^(٦)، فلا دلالة في هذا الخبر؛ لأنه منسوخ بقوله ﷺ: «لا رضاع

(١) في ب (ولا لغوب بعد المعجزة) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه المقدسي في المختارة، وقال: «إسناده حسن»، ٣٠٤/٢؛ قال الهيثمي: «روى أبو داود بعضه، ورواه الطبراني في الأوسط، وفيه مطرف بن مازن، وهو ضعيف»؛ وعبد الرزاق في المصنف، ٤٦٤/٧.

(٣) الأيامي - جمع الأيامي: العزب رجلًا كان أو امرأة، قال الصَّغَانِي: وسواء تزوج من قبل أو لم يتزوج، فيقال: رجل أيم وامرأة أيم. المصباح (أيم).

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٢٨/١٠.

(٥) في ب (فأخذت) والمثبت من أ.

(٦) أخرجه البخاري جزءًا منه (٤٨٠٠)؛ وأبو داود بكامله (٢٠٦١)؛ ومالك في الموطأ (١٢٦٥)؛ =

بعد الفصال» ، وبقوله: «الرضاع ما أنبت اللحم» .

فأما مذهب عائشة فهو معارض بمذهب بقية الزوجات ، [وقد خالفها في ذلك عامة] ^(١) أصحاب رسول الله ﷺ ، فقال علي: لا رضاع إلا ما كان في الحولين ، وقال: لا رضاع بعد الفصال ، وقد روي أن رجلاً من أهل البادية ولدت امرأته فمات ولدها فورم ثديها ، فجعل يمصه ويمججه فدخلت جرعة منه حلقه ، فجاء إلى أبي موسى فسأله ، فقال: حرمت عليك ، فجاء إلى عبد الله بن مسعود فسأله ، فقال: سألت عنها أحداً؟ فقال: سألت أبا موسى الأشعري فقال: حرمت عليك ، فجاء إلى أبي موسى فقال: أما علمت أنه إنما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم ، فقال أبو موسى: لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبرُ بين أظهركم ^(٢) .

وقال أبو هريرة: (لا رضاع إلا ما فتق به الأمعاء ، وكان غذاء له قبل الطعام) .

وعن ابن عمر أن رجلاً جاء إلى عمر فقال: كانت لي وليدة أطوؤها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها ، فدخلت عليها فقالت: دونك ، فقد والله أرضعتها ، فقال عمر: (واقعها فهي جاريتك ، وإنما الرضاعة رضاعة الصغير) ^(٣) .

١٨٦٩ - فصل: [التحريم في قليل الرضاع وكثيره]

وقليل الرضاع وكثيره يثبت التحريم في حال الصغر ، وقال الشافعي: لا يثبت

= وابن حبان في صحيحه ، ٢٨/١٠ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٥٩/٧ .

(١) في ب (وعلى ذلك علما) والمثبت من أ .

(٢) أخرجه أحمد في المسند ، ٤٣٢/١ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٦١/٧ ؛ وعبد الرزاق في المصنف ، ٤٦٣/٧ ، وغيرهم .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١٢٦٦) ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٦١/٧ .

التحريم إلا بخمس رضعات^(١)، وقال نفاة القياس: ثلاث رضعات^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] ولم يفصل، وروي عن عليٍّ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «يحرم من الرضعة ما يحرم الحولان الكاملان».

ذكر أبو الحسن في الجامع الصغير: وروي أن قتادة كتب إلى إبراهيم يسأله عن الرضاع، فكتب إليه أن علياً وعبد الله كانا يقولان: كثيره وقليله يُحرّم.

وعن أبي الزبير قال: أمرني عطاء بن أبي رباح أن أسأل ابن عمر عن الرضعة الواحدة أو قال: المصصة الواحدة، فقال: لا يصلح، فقليل له: إن ابن الزبير كان يرخص فيها، فقال: قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير^(٣)، حرّم الله الأخوات من الرضاع، ولأنه سبب لتحريم مؤبد، فلا يعتبر فيه التكرار كالوطء، وأما قوله ﷺ: [١/١٧٢] «لا تحرم المصصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان»^(٤)، فإنما ورد في رضاع الكبير بدلالة أن التحريم يثبت في حق البالغ دون الطفل، وبدلالة ما روت أم الفضل قالت: دخل أعرابي على النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال: إني كنت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت امرأتي الحدثنى رضعة أو رضعتين، فقال النبي ﷺ: «لا تحرم الإملاجة

(١) انظر: مختصر المذهب ص ٢٢٧؛ المذهب ٤/٥٨٤.

(٢) بل قال ابن حزم: «ولا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات، وما تقطع كل رضعة من الأخرى...». المحلي ص ١٦٥٢.

وما ذكره المؤلف روي عن أبي ثور: يثبت بثلاث رضعات. كما في المذهب ٤/٥٨٤.

(٣) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد، ٨/٢٧٠؛ والطحاوي في شرح مشكل الآثار، ١١/٤٩٣.

(٤) أخرجه المقدسي في المختارة، ٣/٧٠؛ وأبو داود (٢٠٦٣)؛ والنسائي في الكبرى (٥٤٦٧)؛

وابن ماجه (١٩٤٠)؛ وابن حبان في صحيحه، ١٠/٣٩.

ولا الإملاجتان»^(١)، فثبت أنه في رضاع الكبير، وقد نسخ ذلك باتفاق منا.

وأما حديث عمرة عن عائشة قالت: (كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يُحرّم من، ثم نسخن بخمس معلومات يحرم من، فتوفي رسول الله ﷺ وهي على ما تقرأ من القرآن)^(٢) فحديث ضعيف^(٣)؛ لأن اتفاق الأمة على إسقاط ذلك من التلاوة يدل على نسخه؛ لامتناع أن يتركوا شيئاً من تلاوة من القرآن.

وقد روى القاسم بن محمد عن عمرة عن عائشة قالت: (كان فيما أنزل من القرآن ثم سقط أنه لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات معلومات)^(٤)، فقد أخبرت بسقوط الأمرين؛ ولأن هذا كان في رضاع الكبير بدلالة أن التحريم في الحقيقة لا يثبت إلا في حقه، وليس يمتنع أن يختلف رضاع الكبير والصغير؛ لأن الكبير لا يكتفي من الغذاء بما يكتفي به الصغير.

١٨٧٠ - فصل: [الحد الفاصل في رضاع الصغير]

فإذا ثبت أن رضاع الكبير لا يثبت به التحريم، ورضاع الصغير يثبت به التحريم، احتجنا إلى الحد الفاصل بين الأمرين: فقال أبو حنيفة: يثبت حكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهراً، فما ارتضع بعدها لم يتعلق به حكم^(٥).

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ٢٧٧/١؛ والطبراني في الكبير ٢٢/٢٥؛ والإمام أحمد في المسند ٣٤٠/٦.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٥٢)؛ وابن حبان في صحيحه، ٦٣/١٠.

(٣) فقوله: (حديث ضعيف) باعتبار المعنى كما وضع ذلك بنسخة، وأما من حديث الثبوت، فالحديث في صحيح مسلم وغيره.

(٤) أخرجه ابن ماجه (١٩٤٢).

(٥) انظر: الأصل ٣٧٠/٤.

وقال أبو يوسف ومحمد: إلى الحولين، وهو قول الشافعي^(١)، وقال زفر: إلى ثلاث سنين^(٢).

وجه قول أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فأثبت الفصال بعد الحولين بتراضيهما، وهذا يمنع وقوع الفصال قبل التراضي؛ ولأنها مدة لانتقال الصبي من حال إلى حال لها نادر ومعتاد، فإذا جاز أن يزداد على نادرها جاز أن يزداد على معتادها كمدة الحمل؛ ولأن مدة الحمل لما جاز أن يُقَدَّرَ بالسنتين وستة أشهر، جاز أن يقدر الرضاع بالأميرين.

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وقال ﷺ: «لا رضاع بعد الحولين»^(٣).

وجه قول زفر: أن السنة الثالثة لما ثبت [التحريم بالرضاع]^(٤) في ابتدائها ثبت في [انتهائها]^(٥) كالسنة الأولى والثانية.

١٨٧١ - فَصْل: [الرضاع بعد الفطام في مدة الرضاعة]

وفد اختلف أصحابنا: فيمن فصل في مدة الرضاع ثم سقى بعد الفصال في المدة، على قول كل واحد منهم فيها: فروى محمد عن أبي حنيفة: أن ما كان من [١٧٢/ب] رضاع في ثلاثين شهراً قبل الفطام أو بعده فهو رضاع يحرم.

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٢٧؛ المهذب ٤/٥٨٣.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٢٣٧؛ الأم ٥/٢٨ (دار المعرفة).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى موقوفاً عن ابن عباس، وقال: «هو صحيح موقوف»، ٤٦٢/٧؛ وابن

أبي شيبة عن ابن مسعود رضي الله عنه، ٢٨١/١؛ انظر: الدراية، ٦٨/٢.

(٤) في ب (تحريم الرضاع) والمثبت من أ.

(٥) في ب (بقيتها) والمثبت من أ.

وروى الحسن عن أبي حنيفة قال: إذا فطم في السنتين | حتى استغنى بالطعام، ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين | أو الثلاثين شهراً، لم يكن ذلك رضاعاً؛ لأنه لا رضاع بعد فطام^(١)، وإن | كانت | هي فطمته فأكل أكلاً ضعيفاً لا يستغني به عن الرضاع، ثم عاد فارتضع كما ارتضع أولاً في الثلاثين الشهر فهو رضاع يحرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم.

وروى محمد وأصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أنه إذا فطم قبل الحولين ثم ارتضع في بقية الحولين فهو رضاع، وهو مذهب محمد، كان لا يعتد بالفطام إلا بعد الحولين.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف: أنه إذا ارتضع بعد الفطام في الحولين لم يكن رضاعاً.

وجه قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف قوله ﷺ: «لا رضاع بعد الفصال»، ولأن المدة المقدرة إنما (قدرت)^(٢) لأن الصبي يستغني عن الرضاع بعدها، فإذا فصل^(٣) واستغنى صار كمضي المدة.

وأما رواية الحسن فلا تخالف الرواية الأخرى؛ لأنه لم يتم الفطام إذا لم يكتبف بالغذاء، والخلاف في الفطام إذا [تم]^(٤) واكتفى بالصبي بالغذاء.

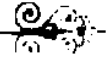
وجه الرواية الأخرى عن أبي يوسف وهو قول محمد: أن هذه المدة مقدرة

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٥؛ ٣٥٥.

(٢) في أ (وردت).

(٣) في أ (فطم).

(٤) في ب (صح) والمثبت من أ.



للرضاع ، فصار ما بعد الفصال وقبله سواء ؛ ولأن الصبي في العادة يكتفي فيها
بغذاء اللبن وإن فطم في هذه المدة ، فصار وجود الفطام وعدمه سواء .

١٨٧٢ - فَصْل : [السعوط والوجور رضاع]

وسواء عندنا أن يصل اللبن إلى جوف الصبي من ثدي أو مِسْعَطٍ^(١) أو غيره ؛
وذلك لأن المعتبر حصول الغذاء باللبن ، وهذا المعنى موجود ، والسَّعُوط
والوَجُور رضاع ؛ وذلك لأن الوجور يصل إلى الجوف ، والسعوط يصل إلى
الدماغ ، وهو في حكم الجوف فيقع به التغذية .

ولا فرق بين البكر المرضعة والثيب ، ومن لها زوج ومن لا زوج لها ؛ لأن
الغذاء يحصل للصبي في الأحوال كلها ، وهو المعنى الذي يتعلق به التحريم^(٢) .

١٨٧٣ - فَصْل : [وقوع التحريم بلبن الميتة]

ولا فرق عندنا بين لبن الحية والميتة في وقوع التحريم به ، وقال الشافعي :
إذا حُلِبَ اللبن بعد الموت لم يقع به التحريم^(٣) .

لنا: أن اللبن بعد الموت على ما كان عليه قبله إلا أنه في وعاء نجس ،
وذلك لا يمنع وقوع التحريم ، كما لو حلب من الحية في ظرف نجس أو خلط به
خمراً ، ولأن الميتة بطل^(٤) فعلها ، وفعل المرضعة غير معتبر بدلالة ارتضاع

(١) «السَّعُوط: الدواء الذي يُصَبُّ في الأنف» . المغرب (سعط) .

«الوَجُور: الدواء الذي يُصَبُّ في وسط الفم» . المغرب (وجر) .

(٢) انظر: الأصل ٣٧٠/٤ .

(٣) انظر: البدائع ٨/٤ ؛ الأم ص ٨٩٤ (الدولية) .

(٤) في أ (فقد) .

الصبي منها وهي نائمة ، ولا يعتبر التحريم بلبن الميتة في التحريم بوطء الميتة ؛ لأن المقصود من اللبن التغذي والموت لا يمنع من ذلك ، والمقصود من الوطاء اللذة المعتادة ، وذلك لا يوجد في وطاء الميتة^(١).

١٨٧٤ - فَصَّلْ : [حقن الصبي باللبن]

قال: فإن حُقِن الصبي باللبن لم يحرم ، ولم يحك خلافاً ، وروي عن محمد: أنه يحرم .

وجه قولهم المشهور: أن الحقنة^(٢) تصل [١/١٧٣] إلى الأمعاء الثانية ، والغذاء يكون في الأمعاء الأولى فلا يقع التغذي ولا يحرم .

وجه قول محمد: أنه قد وصل إلى الجوف ؛ [ولذلك]^(٣) يقع الفطر به فصار كما يصل من الفم .

١٨٧٥ - فَصَّلْ : [أثر قطر اللبن من الأذن]

وأما إذا أقطر من أذنه لم يثبت التحريم ؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن فلا يثبت به التحريم ، وكذلك إذا أقطر في إحليله ؛ لأن ذلك لا يصل إلى الجوف ، وأكثر ما فيه يصل إلى المثانة ، وكذلك إذا أقطر في جائفة أو آمة ؛ وذلك لأن الغذاء لا يحصل بما يصل من الجراح ، فلا يعتد به في التحريم .

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٨ .

(٢) والحقنة: من «حَقَنَ المريض: داواه بالحقنة». أي: أوصل الدواء إلى جسمه عن طريق الدبر ، بالمحقنة . انظر: المغرب ؛ المعجم الوجيز (حقن) .

(٣) في ب (وكذلك) والمثبت من أ .

١٨٧٦ - فُصِّلَ : | أثر اختلاط اللبن بغيره في الرضاع |

فأما إذا اختلط اللبن بغيره فهو على وجوه:

إذا اختلط بالطعام فمسته النار حتى نضج أو طبخ بأرزٍ لم يتعلق به التحريم في قولهم؛ لأنه استحال [بالطبخ] وزال عن صفته، فإن اختلط به الطعام ولم تمسه النار والطعام هو الغالب لم يثبت به التحريم؛ وذلك لأن الطعام إذا غلب [عليه] سلب قوته وزال معنى اللبن منه، فلم يتعلق به التحريم، وإن كان اللبن غالباً للطعام وهو طعام يستبين ويعتد به، فإن التحريم لا يقع به عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يحرم^(١).

وجه قول أبي حنيفة: أن الطعام إذا وقع في اللبن فإن كان دونه فإنه يسلب قوته؛ بدلالة أنه يرق ويضعف في المشاهدة، فصار كالغالب عليه.

وجه قولهما: أن اللبن إذا كان غالباً فهو متبوع وغيره تبع، فلا يمنع التحريم كاللبن إذا غلب على الماء.

١٨٧٧ - فُصِّلَ : | أثر اختلاط اللبن بالدواء أو بالدهن |

وأما إذا خلط اللبن بالدواء أو الدهن أو النبيذ، فإن كان اللبن غالباً [يقع التحريم]^(٢)؛ لأن هذه الأشياء تجعل في اللبن لتوصله إلى مكان لا يصل إليه بنفسه، فوقع التحريم مع المخالطة بها أولى، وأما إذا غلبه الدواء لم يقع به التحريم؛ لأن اللبن مغلوب فلا يقع به التغذية^(٣).

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٧؛ الهداية ١/٢٢٤.

(٢) في ب (حرم) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٨.

١٨٧٨ - فصل: [أثر خلط اللبن بالماء]

وأما إذا [خلطاً] ^(١) اللبن بالماء فإن كان اللبن غالباً تعلق به التحريم؛ لأن الحكم له والماء تبع، فإن كان الماء غالباً لم يقع به التحريم، وقال الشافعي: إذا أقطر من الثدي مقدار خمس رضعات في حُبِّ من ماء، فشرب منه الصبي تعلق به التحريم ^(٢)، وهذا فاسد لأن النبي ﷺ علق التحريم بما [يقع] ^(٣) به التغذي، [والماء الغالب لا يتغذى به الصبي] ^(٤) فلا يقع به التحريم.

١٨٧٩ - فصل: [اختلاط اللبن بلبن الشاة]

وأما إذا اختلط اللبن بلبن (شاة اعتبر الأغلب، فإن غلب لبن المرأة تعلق به التحريم، وإن غلب لبن الشاة) ^(٥) لم يتعلق به التحريم ^(٦)؛ لأن لبن الشاة لا يؤثر في التحريم كالماء.

١٨٨٠ - فصل: [أثر اختلاط لبن امرأتين في الرضاع]

وأما إذا اختلط لبن امرأتين فروى محمد عن أبي يوسف: أن التحريم للأغلب، وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثله، وقال

(١) في ب (اختلط) والمثبت من أ.

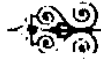
(٢) ويدل عليه قول الشيرازي في خلط اللبن بغيره مطلقاً: «لأن ما تعلق به التحريم، إذا كان غالباً تعلق به إذا كان مغلوباً، كالنجاسة في الماء القليل». المهذب ٤/ ٥٨٩.

(٣) في ب (يتعلق) والمثبت من أ.

(٤) في ب (فالغالب اللبن لا يغذي الصبي).

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٦) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٨.



محمد وزفر: يقع التحريم [منهما] (١)(٢).

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الحكم يتعلق بالغالب، والمغلوب تبع فلا يعتد به [١٧٣/ب] كما لو غلب عليه غير اللبن.

وجه قول محمد: أن الشيء لا يصير مستهلكاً في جنسه، وإنما [يصير مستهلكاً] (٣) من غير جنسه، وإذا لم يستهلك [الأقل] (٤) تعلق التحريم بهما.

١٨٨١ - فصل: [ما يحرم بالرضاع]

قال: وإذا أرضعت المرأة صبياً حرم عليه ولدها، من تقدم منهم ومن تأخر، قصرت المدة أو طالت، من أرضعته بلبنه ومن لم ترضعه بلبنه؛ لأنها صارت أمّاً له فأولادها إخوته، والتحريم يتعلق بالإخوة من الرضاع كما يتعلق بالإخوة من النسب (٥).

وقد قال أصحابنا: أن ما يتعلق به التحريم من النسب يتعلق به التحريم من الرضاع، إلا مسألتين:

- لا يجوز للرجل أن يتزوج أخت ابنه من النسب، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع؛ وذلك لأن المانع من تزويج أخت ابنه وطؤه لأمها، وهذا [المعنى] لا يوجد في الرضاع.

(١) في ب (فيهما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الهداية ١/٢٢٤، ٢٢٥.

(٣) في ب (يستهلك) والمثبت من أ.

(٤) في ب (الأول) والمثبت من أ.

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٦.

- والمسألة الثانية: لا يجوز للرجل أن يتزوج أم (أخته)^(١) من النسب ويجوز من الرضاع؛ لأن المانع في [النسب]^(٢) وطء أبيه لها، وهذا لا يوجد في الرضاع، فأما أخت أخته فيجوز أن يتزوجها من النسب فكذلك [من] الرضاع.

ويجوز أن يتزوج أم المرضع؛ لأن المرضع ابنه، ويجوز للإنسان أن يتزوج أم ابنه من النسب، وكذلك يتزوج بمحارم أب الصبي من الرضاع أو النسب كما يجوز أن يتزوج أمه، ولا بأس أن يتزوج المرضع بنت أخي أبيه من الرضاع وبنت أخي أمه وبنت أختها؛ لأنها بنت عمته وبنت خالته وبنت خاله، وذلك يجوز من النسب وكذلك من الرضاع.

وقال محمد في الإملاء رواية الكيساني: لو تزوج رجل امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها، لم يحل له أن يتزوج أمها من الرضاعة؛ وذلك لأن العقد على المرأة يحرم أمها من النسب فكذلك من الرضاع.

قال: ولا يحل له أن يتزوج بنت امرأته من الرضاع إن كان دخل بها؛ وذلك لأن تحريم الربيبة من النسب تعلق بوطء الأم فكذلك الربيبة من الرضاع^(٣).

١٨٨٢ - فَصْل: [أثر بقاء لبن الزوج الأول في الرضاع]

وإذا طلق الرجل امرأته فانقضت عدتها ولها لبن منه، فتزوجت وحبلت من الثاني فأرضعت صبياً، قال أبو حنيفة: التحريم من الأول دون الثاني حتى تضع، فإذا وضعت فالتحريم من الثاني دون الأول^(٤).

(١) في أ (أخيه).

(٢) في ب (الرضاع) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٣٥٦.

(٤) انظر: الأصل ٢٨٣/١٠.

وقال أبو يوسف في الإملاء: إذا نزل لها لبن (من الثاني)^(١)، فالتحريم للثاني وبطل الأول.

وروى الحسن بن زياد عنه: أنها إذا حبلت فاللبن للثاني، وقال محمد: إذا نزل لها لبن، فالتحريم للزوجين، فإذا وضعت فالتحريم للثاني.

وجه قول أبي حنيفة: أن الحامل قد ينزل لها لبن وقد لا ينزل حتى تضع، والتحريم متعلق بالأول، فلا يرتفع حتى يحدث [سبب]^(٢) مثله، وأما زيادة اللبن فلا يدل على حدوث اللبن من الثاني؛ لأن اللبن قد يزيد بجودة [الغذاء]^(٣) [١/١٧٤] وصحة البدن، فلم يجز أن نزيل التحريم بالشك.

وجه قول أبي يوسف^(٤): أن الحامل قد ينزل [لها لبن]^(٥)، فإذا زاد لبنها فالظاهر أنه حدث من الحمل الثاني؛ لأن المرضع كلما تمادى زمانها قلَّ لبنها، فلما كثر علم أنه حادث، فيتعلق به التحريم.

وأما رواية الحسن عنه: فلأن الحبل يقطع اللبن الأول ويحدث عنده اللبن من الثاني (فيتعلق به التحريم).

وجه قول محمد: أن اللبن الأول باقي، والزيادة تدل على نزول^(٦) اللبن الثاني، فصار كلبنين خلطا، فتعلق التحريم بهما، فإذا وضعت انقطع اللبن الأول

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (نسب) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الشراء) والمثبت من أ.

(٤) في أ زيادة (محمد).

(٥) في ب (اللبن) والمثبت من أ.

(٦) ما بين القوسين ساقطة من أ.



في الغالب ، فتعلق الحكم بالثاني .

١٨٨٣ - فُصل : [التحريم الطارئ بالرضاع على النكاح]

وقد بينا على ما ذكره أبو الحسن في الكتاب ، وبيننا حكم التحريم المتعلق بالرضاع السابق ، ولم يبين أبو الحسن حكم التحريم الطارئ [بالرضاع] على النكاح .

وقد قال أصحابنا: لا فرق في التحريم بين الرضاع الطارئ والمتقدم ، فقالوا فيمن تزوج صغيرة فأرضعتها أمه حرمت عليه ؛ وذلك لأن هذا تحريم مؤبد فيستوي فيه الابتداء والبقاء^(١) .

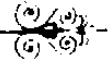
وقد روى الحسن عن أبي حنيفة قال: لو تزوج رجل صبيتين^(٢) فجاءت امرأة فأرضعتها معاً أو واحدة بعد الأخرى (صارتا أختين من الرضاعة وحرمتا عليه ؛ وذلك لأنها إذا أرضعت إحداهما بعد الأخرى) ، فإنما صارتا أختين بإرضاع الثانية ، فكأنها أرضعتها معاً ، وتحريم الجمع بين الأختين يستوي فيه الابتداء والبقاء ، ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ؛ لأن الفرقة حصلت قبل الدخول بغير فعلهما ، ثم ينظر فإن كانت المرضعة تعمدت الفساد رجع عليها الزوج بما غرم من المهر ، فإن كانت لم تتعمد لم يرجع عليها^(٣) ، وقال الشافعي: تضمن مهر المثل في الوجهين جميعاً^(٤) .

(١) انظر: البحر الرائق ٣/٢٤٧ .

(٢) في أزيادة (رضيعتين) هنا .

(٣) انظر الأصل ١٠/٢٨٧ .

(٤) تضمن مهر المثل على أحد قولي الشافعي ، وفي بعضه تفصيل ، وقال الشيرازي: «ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص: أنه يلزمه نصف مهر المثل...» . المهذب ٤/٥٩٦ ؛ «وأظهرهما =



لنا: أن الرضاع سبب في التحريم، والتحريم سبب في ضمان المهر، وضمان السبب يختلف فيها التعدي وغير التعدي كحفر البئر، فإن كانت المرضعة لم تتعمد الفساد لم تضمن لعدم التعدي، وإنما ضمنها الزوج إذا تعمدت ما غرم؛ لأنها قررت عليه ضماناً كان يجوز أن يتخلص منه، ألا ترى أنه يجوز أن تكبر فترتد فيسقط جميع المهر، فإذا أرضعتها قررت عليه نصف المهر، فكأنها أخذت ذلك من ماله فأتلفته، ولا يجوز أن تضمن مهر المثل؛ لأن خروج البضع عن ملك الزوج لا يتقوم عندنا، فإتلاف (ما لا يتقوم)^(١) لا يضمن.

قال الحسن: قال أبو حنيفة: فإن كن ثلاثاً فأرضعتن واحدة بعد الأخرى بانث الأوليان، وكانت الثالثة امرأته؛ لأنها لما أرضعت الثانية صارتا أختين، فوَقعت الفرقة بينهما وبينه، ثم أرضعت الثالثة فصارت أختاً لهما وهما أجنبيتان، والتحريم يتعلق بالجمع فمن لم تُجمع لا يفسد نكاحها.

قال: فإن [ب/١٧٤] أرضعت الأولى ثم الثنتين معاً [بِنَّ جميعاً؛ لأن رضاع الأولى لم يتعلق به تحريم، فلما أرضعت الأخرين معاً] صرن أخوات في حالة واحدة ففسد نكاحهن.

قالوا: وإن كن أربع صبايا فأرضعتن واحدة بعد الأخرى (حرمين)^(٢) جميعاً، لأنها لما أرضعت الثانية صارت لأولى فبانثا، فلما أرضعت الرابعة صارت أختاً للثالثة فبانثا.

= عند الجمهور: نصف مهر المثل»، كما قال النووي في روضة الطالبين ٢١/٩؛ انظر: مختصر المزني ص ٢٢٨.

(١) في أ (ما لا قيمة له).

(٢) في أ (بِنَّ).

قال: فإن تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل الدخول بانثاء؛ لأنها صارت بنتاً لها، فالجمع بين الأم والبنت يستوي في تحريمه الابتداء والبقاء، ولا مهر للكبيرة؛ لأن الفرقة جاءت قبل الدخول من جهتها، وللصغيرة نصف المهر ترجع به على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد على ما بينا.

قال: وله أن يتزوج الصغيرة إن شاء؛ لأنها ربيبة من الرضاع لم يدخل بأمرها فلا يحرم عليه نكاحها، ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة لأنها أم امرأته من الرضاع، فيستوي في تحريمها الدخول وعدمه.

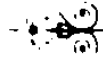
قال: وإن تزوج كبيرة وثلاث صبايا فأرضعتهم واحدة بعد واحدة بن جميعاً؛ لأنها لما أرضعت الأولى صارت بنتاً لها فحرمتا [عليه]، فلما أرضعت الثانية والثالثة صارت كل واحدة منهما بنت امرأته [فحرمن جميعاً] والكبيرة مدخولة فحرمتا عليه^(١)(٢).

قال: ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان إلى إحدى الصغيرتين فأرضعتها إحداها بعد الأخرى، ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد الأخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى، والصغيرة الثانية امرأته؛ (لأنهما لما أرضعتا الأولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته)^(٣)، وصارت الصغيرة بنت امرأته، وهو جامع بينهما فحرمن عليه، فلما أرضعتا الصغيرة الثانية بعد البينونة فليس بجامع بينهما، وإنما هذه الصغيرة بنت امرأة كانت له لم يدخل بها فلا تحرم عليه.

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢٨٦/١٠؛ مختصر القدوري ص ٣٥٩.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.



قال: ولو كانت إحدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة (بعد)^(١) الأخرى، فإن كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتي بدأت بها الكبيرة الأولى، بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى، فإن بدأت الكبيرة الأخرى بالتي لم تبدأ بها الأولى بن جميعاً؛ وذلك لأن الكبيرة الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى صارت بنتها فحرمتا جميعاً، فلما أرضعت الأخرى وهي أجنبية (لم تحرم)، فلما جاءت الكبيرة الأخرى فأرضعت الصغيرة الأولى صارت (لها أمأ فحرمت)^(٢)، فلما أرضعت الصغيرة الأخرى وهي أجنبية لم تحرم الصغيرة؛ لأنها بنت امرأة كانت له لم يدخل بها، فإن بدأت الكبيرة الثانية بالتي لم تبدأ بها الأولى صارت بنتها، ووقع التحريم بينها وبين الزوج [للجمع]^(٣) فبن جميعاً.

قال: ولو كانت [تحتة] صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة باننا؛ لأنهما صارتا أختين [١/١٧٥] وكذلك لو أرضعت الصغيرة أخت الكبيرة؛ لأنها صارت بنت أخت امرأته، والجمع بين المرأة وبنت أختها لا يجوز، ولو أرضعتها عممة الكبيرة أو خالتها لم تبين؛ لأنه صار جامعاً بين امرأة (وبنت عمتها أو [بنت] خالتها)^(٤)، وهذا يجوز ابتداءً وكذلك حال البقاء.

قال: ولو طلق رجل امرأته ثلاثاً، ثم (إنها)^(٥) أرضعت امرأة له صغيرة قبل أن تنقضي عدة المطلقة بانت الصغيرة؛ لأن الجمع الذي يحرم في حال النكاح

(١) في أ (قبل).

(٢) في أ (صارت أم امرأة الزوج، فحرمتا).

(٣) في ب (للجميع) والمثبت من أ.

(٤) في أ (وبنت عمها أو بنت خالتها).

(٥) في أ (أختها).

يحرم في حال العدة .

وروى ابن الوليد عن محمد: في رجل زوّج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن ، فارتدت وبانت من الصبي ، ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت [منه] فأرضعت [بلبنه] ^(١) ذلك الصبي الذي كان زوجها ، حرمت على زوجها الثاني ؛ وذلك لأن الصبي صار ابناً لزوجها ، فصار هذا الزوج متزوجاً بامرأة ابنه من الرضاع ؛ وذلك لا يجوز (ابتداء وبقاء) ^(٢) .

وقال: ولو زوّج رجل أم ولده مملوكاً له صغيراً ، فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها ؛ لأن الزوج صار [ابناً] ^(٣) للمولى ، فلا يجوز أن تبقى على نكاح من وطئها أبوه ، ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين ؛ لأنها امرأة ابنه .

قال: ولو تزوج صبية صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها ، حرمت عليه ؛ وذلك لأنها صارت أم امرأته .

قال الشيخ رحمته الله: قد بينا التحريم الطارئ بالرضاع على النكاح ، فالواجب أن يُبَيَّنَ حكم الشهادة بالرضاع التي يفسخ النكاح بها أو لا يفسخ .

١٨٨٤ - [فصل: في الشهادة بالرضاع التي يفسخ بها النكاح]

قال أصحابنا: لا يقبل في الرضاع إلا شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ،

(١) في ب (بلبنها) والمثبت من أ .

(٢) في أ (ابتداؤها) .

(٣) في ب (أباً) والمثبت من أ .

وقال الشافعي: تقبل فيه شهادة أربع نسوة^(١)، وقد روى محمد عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين.

وروي أن رجلاً تزوج امرأة، فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتها، فسأل الرجل علياً رضي الله عنه فقال: هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك، فإن تنزهت فهو أفضل، وسأل ابن عباس فقال مثل ذلك^(٢).

والوجه فيه: أن الرضاع معنى يجوز للرجال الاطلاع عليه، ألا ترى أن محارمها ينظرون إليها، وما جاز للرجل الاطلاع عليه لم يجز الاقتصار فيه على شهادة النساء كالأموال، (ولأن ثدي الأمة يجوز للأجانب الاطلاع عليه، فلا يقتصر ما يتعلق به على شهادة النساء)^(٣) كوجهها.

وأما ما روى عقبه بن الحارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت سوداء فقالت: إني أرضعتكما، فذكرت ذلك لرسول الله فأعرض، ثم ذكرته فأعرض، حتى قال في الثالثة أو الرابعة، «فدعها إذا»، وروي أنه قال: «فارقها»، فقلت: يا رسول الله إنها سوداء، قال: «كيف وقد قيل»^(٤). فلا دلالة فيه؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما كره ذلك على طريق التنزه والأولى، [١٧٥/ب] ألا ترى أنه أعرض عنه أولاً وثانياً، ولو وجب التفريق لم يعرض، ثم قال: «فارقها»، وهذا يدل على بقاء النكاح، وقد روى محمد هذا الحديث، وبهذا نأخذ إذا كانت المرأة ثقة عنده، فالأولى [له] أن يتنزه ويمتنع، فلا يجب ذلك عليه.

(١) وقال محمد: «لا تصدق عليهما». الأصل ٢٨٣/١٠؛ انظر: البدائع، ١٤/٤؛ الأم ٣٤/٥.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة، ٤٩٨/٣.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) أخرجه بلفظه الطبراني في الكبير، ٣٥٣/١٧؛ وأصله في البخاري (١٩٤٧).

وأما ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ سئل ما يجوز في الرضاع من الشهادة، فقال: «رجل وامرأة»^(١)، فمحمول على وجوب التنزه بقوله، والامتناع عن التزويج بشهادته في الأولى، وأما التحريم فلا، ألا ترى أننا اتفقنا أن شهادة المرأة الواحدة لا تقبل في التحريم، فلم يبق إلا التنزه.



(١) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى عن طريق ابن البيلماني، وقال البيهقي: «فهذا إسناد ضعيف لا تقوم بمثله الحجة» ٤٦٤/٧.



بَاب

النفقة [على الزوجة]



[قال: النفقة تجب على الإنسان لغيره بأسباب، منها: الزوجية، والنسب، والملك].

والأصل في وجوب نفقة الزوجة قوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧]، وقال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وروى ابن حمزة الرقاشي عن عمه قال: كنت آخذاً بزمام ناقة رسول الله ﷺ أوسط أيام التشريق إذ ودعه الناس - أي واجه الناس -، فقال ﷺ: «اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان، لا يملكن لأنفسهن شيئاً، وإنما أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن حق ألا يوطئن فرشكم أحداً غيركم، ولا يأذنن في بيوتكم لأحدٍ تكرهونه، فإن خفتن نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»، ثم قال: «ألا هل بلغت»، قالها ثلاثاً^(١).

وروي أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: ما حق المرأة على الزوج؟ فقال: «أن يطعمها إذا طعم، وأن يكسوها إذا اكتسى، وأن لا يهجرها إلا في البيت،

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٧٢/٥؛ وابن ماجه (١٨٥١)؛ وأورده الهيثمي في المجمع، وذكر في بعض رواته كلاماً مختلفاً، ٢٦٦/٣؛ والرازي في علل الحديث، وقال: «... فقال: لا يسمى أبو حرة ولا عمه، ولا أعرف له إلا هذا الحديث الواحد». ٣٢٤/٢.

ولا يضرب الوجه ولا يقبَح»^(١).

وروي أنه ﷺ قال لهند: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٢)، ولولا أن النفقة واجبة لم يأذن لها أن تأخذها بغير أمره، ولأن المرأة في حبس الزوج وممنوعة من الخروج والاكتساب لحقه، فكان عليه كفايتها.

قال ابن سماعة، وأبو سليمان، وابن الوليد عن أبي يوسف: إذا تزوج الرجل المرأة البالغة فطلبت النفقة قبل أن يحولها إلى منزله، فلها النفقة إذا لم يطالبها بالنقطة، وذلك أن النقطة حق له والنفقة حق لها، فإذا ترك [هو] حقه لم يسقط حقها.

قال: فإن طالبتها بالنقطة فامتنعت فلا نفقة لها، وهذا على وجهين:

إن كان الامتناع بحق مثل أن تمتنع لتستوفي مهرها فلها النفقة؛ وذلك لأن المهر حقها والنفقة حقها، والمطالبة بأحد الحقين لا يسقط [١/١٧٦] الآخر، ولأننا جعلنا لها الامتناع حتى تستوفي المهر، فلو أسقطنا نفقتها ألحقنا بها ضرراً، والضرر يجب إلحاقه بالزوج الممتنع من أداء حقها.

فأما إذا كان الامتناع بغير حق وقد أوفاه مهرها، أو كان مؤجلاً فلا نفقة لها؛ لأنها ناشئة والنشوز يسقط النفقة، بدلالة ما روي أن فاطمة بنت قيس كانت تبدو على حماتها فنقلها رسول الله ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم، ولم يجعل لها سُكُنَى ولا نفقة^(٣).

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه، ٢/٢٠٤؛ وابن ماجه (١٨٥٠)؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٩٥/٧؛ وغيرهم.

(٢) أخرجه البخاري في مواضع أولها (٢٢١١)؛ ومسلم (١٤١٧).

(٣) أخرجه الترمذي (مطولاً) (١١٣)، وقال: «هذا حديث صحيح».

١٨٨٥ - فَصْل: [النفقة على الزوجة الصغيرة]

فإن كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة؛ لأنها مُسَلِّمة لنفسها في منزل زوجها، والنفقة لا تختلف بالبلوغ وعدمه كالمهر.

قال: فإن وقع العقد وهي صغيرة لا يجامع مثلها فلا نفقة لها، وقال الشافعي: لها النفقة^(١).

لنا: أنها غير مسلمة لنفسها في منزل زوجها وإنما تسلم [بالنقل، فهي كالكبيرة الناشزة التي حملت إلى بيت زوجها مكرهة، لم تستحق النفقة]، وليس كذلك إذا كان الزوج صغيراً وهي كبيرة؛ لأنها مسلمة لنفسها في منزل زوجها، وإنما عجز الزوج عن التسلم وذلك لا يسقط حقها.

١٨٨٦ - فَصْل: [النفقة على المريضة]

قال: فإن كانت مريضة مرضاً لا يصل إلى الدخول بها وطلبت النفقة ولم ينقلها، فلها النفقة إذا لم يحل بينه وبينها أن يضمها إليه وهي مريضة، فإن امتنعت من ذلك فلا نفقة لها؛ وذلك لأن المريضة إذا بذلت الانتقال فقد سلمت نفسها، وهناك عارض مانع من الوطاء فيجب لها النفقة كالحائض، وإن امتنعت من الانتقال فهي غير مسلمة لنفسها، فلا يجب لها النفقة^(٢).

١٨٨٧ - فَصْل: [النفقة على الزوجة المحبوسة في دَيْن]

فإن كانت قبل أن ينقلها محبوسة في دَيْن^(٣)، فإن كانت تقدر على التخلي

(١) انظر: الأصل ٣٢٩/١٠؛ مختصر القدوري ص ٤١٠؛ البدائع ١٩/٤؛ المزني ص ٢٣١.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤١١.

(٣) الكاساني ذكر المسألة بعينها (معزياً إلى الكرخي، ولكنه قال: (في عين)، بدل: (في دين)). =

بينه وبينها فلها النفقة ، وإن كانت في موضع لا يقدر عليها فلا نفقة لها ؛ وذلك لأنها إذا قدرت أن توصله إليها فقد تمكن من الاستمتاع ، والمنع من تسليمها نفسها (في بيته)^(١) ليس من جهتها ، فلا يسقط حقها ، فأما إذا لم يقدر على [الوصول]^(٢) إليها فليست بمسلمة نفسها ، فلا يجب لها النفقة .

قال : ولو طلبت النفقة وليست مريضة ولا محبوسة وهي [بالغة ففرضت]^(٣) لها النفقة ثم مرضت أو حبست لم تبطل نفقتها ؛ وذلك لأن التسليم قد حصل بالانتقال ، والمنع عارض بغير فعلها فهي كالحائض ، وليس كذلك إذا كان قبل الانتقال ؛ لأن التسليم لم يوجد ، فجاز أن يكون المنع مؤثراً ، وهذا الذي ذكره في الحبس محمول على الحبس بدين لا تقدر على أدائه ، فأما إذا قدرت على أدائه فلم تفعل فلا نفقة لها ؛ (لأن المنع باختيارها .

وقال ابن سماعه عنه في نوادره في المريضة الكبيرة التي لم يدخل بها زوجها: إن كانت مريضة مرضاً شديداً [١٧٦/ب] لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عليه)^(٤) ويردها إن شاء ، وإنما يريد بالدخول في هذه المسائل «الانتقال» ، وربما عبروا عنه «بالبناء» ، فقالوا: إذا كان قبل أن يبني بها ، وإنما يريدون به الانتقال دون الدخول ، ألا ترى أن محمداً قال في الرتقاء إذا طلبت النفقة: فإن كان دخل بها فلها النفقة ، والرتقاء لا تجامع وإنما أراد بالدخول النقل .

= البدائع ٥/٢٢٠٦ .

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) من ب (الدخول) والمثبت من أ .

(٣) في ب (بالغ ففرض) والمثبت من أ .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ .

والوجه في سقوط النفقة: إذا كان المرض قبل التسليم أن التخلية لم توجد منها، فإذا سلمت نفسها مع وجود المانع لم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فلم تستحق النفقة، ولهذا قال [أبو] ^(١) يوسف: له أن يردها؛ لأن التسليم المستحق العقد [منتظر] ^(٢)، فكان له أن لا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد، (وكذلك قال في الصغيرة التي لا توطأ أنها إن شاء رَدَّهَا؛ لأن التسليم مع المانع لم يوجبه العقد) ^(٣)، فكان له الامتناع من قبوله.

قال: فإن كانت الصغيرة (تخدم وينتفع) ^(٤) بها بالخدمة، أو كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها بشيء غير الجماع، فإن أمسكها لزمته النفقة، وإن لم يمسكها وردها فلا نفقة لها، حتى تجيء حال [يقدر فيه] ^(٥) على جماعها؛ وذلك لأن الوطاء إذا تعذر فلم يوجد التسليم الموجب بالعقد، فكان له الامتناع من القبول، فإن أمسكها وله فيها منفعة فقد حصل [له] ضرب من الاستمتاع، ورضي بالتسليم مع النقص، فكان عليه النفقة.

١٨٨٨ - فُصِّلَ: [النفقة على الرتقاء]

وقال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال في الرتقاء ^(٦): لا يلزمه نفقتها ما لم يَبْنِ بها، فإن ابنتى بها فالنفقة عليه، وليس له أن يردها بعد أن يبني بها، وإنما

(١) في ب (ابن) والمثبت من أ.

(٢) في ب (منشطر) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في أ (قد ينتفع).

(٥) في ب (تعذر عليها) والمثبت من أ.

(٦) الرتق ضد الفتق، وفي المغرب: «امرأة رتقاء: بيّنة الرتق، إذا لم يكن لها حرقٌ إلا المبال». (رتق).

يريد بالبناء النقل ؛ لأن الرتقاء لا يمكن أن تجامع^(١).

وقد ذكر في الأصل في الرتقاء والمريضة إذا طلبتا النفقة قبل النقلة ، فرض لهما ولم يحك خلافاً^(٢).

والوجه في ذلك: أن الاستمتاع بالرتقاء ممكن ، وإنما يتعذر الوطء ؛ وذلك لا يمنع من وجوب النفقة مع حصول الاستمتاع كالحائض .

ووجه ما قاله أبو يوسف: أن التسليم الذي اقتضاه العقد تسليم من غير مانع من الوطء ، والمرض والرتق يُرجى زوالهما فلم تجب النفقة حتى يوجد التسليم من غير مانع ، فإن نقلها مع العلم بالرتق فقد رضي بالتسليم مع النقصان فكان عليه النفقة ، ولا يجوز له ردها ؛ لأن له فيها ضرباً من الاستمتاع ، وليس كذلك الصغيرة التي لا ينتفع بها (والمريضة التي لا يستأنس بها ، لأنه لا ينتفع)^(٣) بهما بوجه ، فكان له الرد .

١٨٨٩ - فَصْلُ : [النفقة على الزوجة التي جُنَّتْ أو كَبُرَتْ بعد الدخول]

وقال في الأصل: إذا دخل الرجل بامرأته ثم مرضت أو ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة ، أو كبرت ودخلت في السن [١/١٧٧] حتى لا يستطيع زوجها جماعها ، أو أصابها بلاء فلها النفقة ؛ وذلك لأن التسليم المستحق بالعقد قد وجد ، والمانع من الاستمتاع بغير فعلها فلا يسقط نفقتها^(٤).

(١) انظر المسألة: البدائع ٢٢٠٧/٥ .

(٢) الأصل ٣٣١/١٠ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) الأصل ٣٣١/١٠ .

قال مستشهداً على ذلك: ألا ترى أنني أجعل النفقة للرتقاء، (وهي لا يستطيع)^(١) جماعها، وكذلك المريضة لها النفقة، زُفَّت إليه أو لم تزف إذا كانت كبيرة، وهذا يدل على خلاف ما قاله أبو يوسف في المريضة.

١٨٩٠. فَصْل: [النفقة على الزوجة التي خرجت للحج]

قال أبو يوسف: وإن حجت المرأة حجة فريضة، فإن كان الزوج دخل بها فلها النفقة، وإن كان لم يدخل بها فلا نفقة لها، وإنما يعني بالدخول النقل، فإذا حجت قبل أن تسلم نفسها فلا نفقة لها في قولهم؛ لأنها ممتنعة من التسليم بفعلها، وأما إذا انتقلت إلى منزل الزوج ثم حجت مع مَحْرَمٍ لها (ولم يحج الزوج)^(٢) فلها النفقة عند أبي يوسف، وقال محمد: لا نفقة لها.

وجه قول أبي يوسف: أن التسليم قد وجد، والمانع إنما هو لأداء فرض عليها، فصار كصوم رمضان، ولأن المنع من الاستمتاع بعد الانتقال إذا [كانت] معذورة فيه لم تسقط النفقة، كالمرض.

وجه قول محمد: أنها مانعة لنفسها بفعلها فصارت كالناشزة، وليس كذلك المريضة والصائمة في رمضان؛ لأنها مسلمة لنفسها في منزله.

فإذا ثبت من أصل أبي يوسف وجوب النفقة قال: يفرض لها القاضي نفقة الإقامة دون نفقة السفر؛ لأن الزوج لا يلزمه إلا نفقة الحضر، وإنما تحتاج إلى زيادة المؤنة لأداء فرض يختص بها، فكان ذلك عليها، وقال: إن جاورت بمكة أو أقامت بعد أداء الحج إقامة لا تحتاج إليها سقطت نفقتها؛ لأنها غير معذورة

(١) في أ (وهو لا يستطيع).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

في ذلك فصارت كالناشزة .

وإذا ثبت لمحمد أنه لا نفقة لها ، قال : إن حج الزوج معها فلها النفقة ؛ لأنه يتمكن من الاستمتاع بها في طريقه ، فصارت كالمقيمة في منزله .

قال أبو يوسف : فإن طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجيء لم يكن على الزوج ذلك ، ولكنه يعطيها نفقة شهر واحد ، فإذا عادت أخذت ما بقي ؛ لأن النفقة تجب حالاً فحالاً ، فلو كلفناه دفع نفقة هذه المدة لأضررنا به ، وهذا لا يجوز ، فأما نفقة الشهر فقد جرت العادة بدفع الزوج ذلك ، فلم يكن فيه ضرر ، فجاز أن يقضى به .

١٨٩١ - فَصَّل : [النفقة إذا كان المنع بفعالها]

قال محمد : ولو أن امرأة فرض لها النفقة على زوجها ، فأخذها رجل كارهة فهرب بها منذ أشهر ، لم يكن لها نفقة ؛ وذلك لأن المنع من التسليم بغير فعل الله تعالى ، فصار كما لو وجد بفعالها .

قال : وكذلك لو حبست ، وهذا في الحبس خلاف ما قاله أبو يوسف إذا كان بعد التسليم ، والوجه فيه : أنه منع من جهة الآدمي ، فصار كالمنع بفعالها^(١) .

١٨٩٢ - فَصَّل : [نفقة الأمة المزوجة]

وإذا [١٧٧/ب] زَوَّج الرجل الأمة أو المدبَّرة ، أو أم الولد ، فإن بَوَّأهن المولى بيوت الأزواج ، فلهن النفقة وإلا فلا نفقة لهن ، والأصل في هذا : أن المولى

(١) انظر : الأصل ٣٢٩/١٠ .

لا يجب عليه أن ييؤى أمته المزوجة بيت الزوج ؛ لأنه عقد على منافع بضعها ، ومنافع أعضائها له ، فلو لزمه التبوئة لاستحق عليه منافع الأعضاء وهذا لا يجوز ، والتبوئة : أن يخلي بينها وبين زوجها في منزله ولا يستخدمها ، فإن فعل ذلك فعلى الزوج النفقة ؛ لأنها صارت مسلمة نفسها في بيته كالحرّة ، فإن لم يفعل فليست بمسلمة [نفسها] ، فلا نفقة لها كالحرّة الناشئة ، فإن بوأها ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك ؛ لأن منافعها على ملكه ، فإذا بوأها فقد أسقط حقه عن منافع لم توجد ، فلا يستحق ذلك عليه (كالمعير)^(١) وتسقط النفقة ؛ لأن التسليم زال ، فإن عاد فبوأها عادت النفقة ؛ لوجود التسليم كالحرّة إذا نشزت ثم عادت .

وقد قالوا في الأمة إذا بوأها وكانت (تمضي)^(٢) في الأوقات إلى مولاها فتخدمه من غير أن يستخدمها ، لم تسقط نفقتها ؛ وذلك لأن هذا القدر من الخدمة لا يمنع من التسليم ، فلم يوجد من المولى استخدام يصير به مانعاً ، فصارت كالحرّة إذا خرجت إلى منزل أبيها ، فأما المكاتبّة إذا تزوجت بإذن المولى فلها النفقة ؛ لأن منافعها على ملكها ولا حق للمولى فيها فهي كالحرّة ، فتجبر على التسليم ، ويجب على الزوج النفقة^(٣) .

١٨٩٣ - فَصْل : [نفقة زوجة العبد]

وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فهو في وجوب النفقة كالحر ؛ لأن النفقة من أحكام العقد فصار كالمهر ، فكما يجب على العبد المهر كذلك تجب النفقة عليه ،

(١) في أ (كالمعين) .

(٢) في أ (تسير) .

(٣) انظر : الأصل ٣٣٧/١٠ .

وتكون النفقة في رقبته وكسبه يباع فيها إلا أن يفديه المولى ، وذلك لأنها دين على العبد ، وديون العبد تستوفى من كسبه ورقبته ، وقد بينا ذلك في البيوع ، فإن فداه المولى لم يبع ؛ لأنه لا حق للغريم إلا في الدين ، فإذا وفّاه المولى سقط حقه .

قال: فإن [مات] ^(١) بطل ذلك ولم يؤخذ المولى بشيء ؛ لأن الديون المتعلقة بالرقبة تسقط بتلفها كما يسقط الدين بتلف الرهن .

قال: فإن قُتل كانت النفقة في قيمته . وهذا ليس بصحيح ؛ لأن من وجبت عليه النفقة فمات أو قتل ، سقطت عند أصحابنا لأنها صلة ، والصلوات إذا لم تقبض ، سقطت بالموت كسائر الصلوات ، وإذا كان هذا في النفقة على الحر ، فالنفقة على العبد أولى أن تسقط بقتله ، وإنما تنتقل إلى القيمة ديون العبد التي لا تجري مجرى الصلوات ولا تسقط بالموت ؛ لأن القيمة قامت مقام الرقبة ، فانتقل إليها الحق المتعلق بالرقبة .

قال: وكذلك المدبر وأم الولد ، غير أن هؤلاء لا يباعون ؛ وذلك لأن ديون هؤلاء تتعلق باكتسابهم ولا تتعلق برقابهم ؛ لأنها لا تستوفى من الرقاب (لتعذر) ^(٢) بيعها ، فأما المكاتب فعند أصحابنا تتعلق النفقة برقبته وكسبه ، لأنه يتصور [١/١٧٨] قضاؤها من رقبته إذا عجز فبيع ، فإذا كان كذلك سعى فيها [ما دام] ^(٣) مكاتباً ، فإذا قضي بعجزه ، صار كالعبد يباع فيها إلا أن يفديه المولى ، وأما المعتق بعضه فهو عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يتصور فيه العجز ،

(١) في ب (عادت) والمثبت من أ .

(٢) في أ (فتعذر) .

(٣) في ب (ما كان) والمثبت من أ .

ولا يجوز بيعه في الدين ، وهو على قولهما بمنزلة حرّ عليه دين .

١٨٩٤ - فَصْل : [سكنى الزوجة]

قال: وكل امرأة كانت لها النفقة فلها السكنى بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] ، ولأن النفقة إنما تفرض لها لكفائتها ، (وهي تحتاج في الكفاية إلى السكنى)^(١).

١٨٩٥ - فَصْل : [نفقة الزوجة الذمية]

والنفقة على الذمي لزوجته كالمسلم ؛ لأن النفقة من أحكام العقد ، فالمسلم والكافر في أحكام العقود سواء ، وقد قال أبو حنيفة: إني أفرض النفقة عليه لكل امرأة أقرت على نكاحها ، جائزاً كان النكاح عندي أو باطلاً ، وهذا على أصله أنهم يُقَرُون على أنكحتهم ولا يعترض عليهم فيها ، فصارت كالأنكحة الصحيحة ، وأما أبو يوسف ومحمد فلا يفرضان على الذمي نفقة زوجة [إن كانت] ذات [رحم] محرم منه ؛ لأنه لا يقر على نكاحها ، فلا يجوز أن يفرض لها ؛ [كما]^(٢) لا يفرض على المسلم في النكاح الفاسد ، وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ؛ لأنه يفرق بينهم تحاكموا أو لم يتحاكموا ، فأما محمد فإنه لا يفرق إلا إذا طلب أحدهما ، إلا أنه يقول: إذا طلبت النفقة لم يجز للقاضي القضاء بها ؛ لأن في ذلك تقرير [العقد] ، وهذا لا يصح^(٣).



(١) في أ (وهذه تحتاج إلى كفاية السكنى). انظر: مختصر القدوري ص ٤١٢ .

(٢) في ب (لأن هذا) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٣٣٧/١٠ .

١٨٩٦ - فُصِّلَ: [النفقة والسكنى في النكاح الفاسد]

ولا يجب على المسلم في نكاح فاسد سكنى ولا نفقة؛ وذلك لأن النفقة والسكنى تجب في مقابلة التسليم، والتسليم في النكاح الفاسد ممنوع منه، فلم يجز إيجاب النفقة لأجله.

قال: ولا يجب عليه نفقة في عدة (وجبت من غير نكاح صحيح؛ وذلك لأن العدة تترتب على حال النكاح، فإذا لم) ^(١) يجب لها النفقة في النكاح ففي العدة أولى.

١٨٩٧ - فُصِّلَ: [النفقة على المعتدة]

قال: فإن كانت العدة من نكاح صحيح فلها السكنى والنفقة، أيّ فرقة كانت طلاقاً أو غير طلاق، بائناً كانت الفرقة أو غير بائن، إلا أن تكون الفرقة جاءت من قبلها بمعصية، وقال الشافعي: للمطلقة الرجعية النفقة والسكنى، فأما المبتوتة إن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى ^(٢)، وإن كانت حائلاً فلها السكنى بغير نفقة، وقال ابن أبي ليلى: لا نفقة لها ولا سكنى.

لنا: ما روي أن فاطمة بنت قيس لما روت (أن النبي ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة) ^(٣)، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا، ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شُبّه عليها، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لها

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٣٣؛ المهذب ٤/٥٤٨؛ المنهاج ص ٤٥٠.

(٣) أخرجه البخاري (٥٠١٦)؛ ومسلم (١٤٨٠).

السكنى والنفقة»^(١)؛ ولأن كل من وجب عليه سكنى شخص (وجبت نفقته عليه)^(٢) كالزوجة والرجعية، ولا يلزم العبد المرهون [١٧٨/ب] أن سكناه على المرتهن ونفقته على الراهن؛ لأن المرتهن لا يجب عليه السكنى وإنما هو بالخيار: إن شاء أسكنه فاستوفى بذلك حق الحبس، وإن شاء تركه عند المولى، ولأن كل من تستحق النفقة إذا كانت حاملاً؛ تستحق النفقة إذا كانت حائلاً، كالرجعية، [وقولهم]^(٣): إنها [تستحق]^(٤) النفقة مع الحمل، وإنما النفقة للحمل لا يصح^(٥)؛ لأن عند الشافعي نفقة الولد لا تقدر، ونفقة الزوجة تقدر، والحامل يقضى لها بنفقة مقدرة^(٦).

فأما حديث فاطمة بنت قيس فقد أنكره عمر بن الخطاب، وروي أن زوجها أسامة بن زيد كان إذا سمعها تتحدث بذلك، حصبها بكل شيء كان في يده، وروي عن عائشة أنها قالت لها: لقد فتنت الناس بهذا الحديث، فأقل أحوال إنكار الصحابة أن يصير كطعن ابن معين وابن المديني، وقد قيل في تأويله إنها تبدت على أحمائها فنقلها رسول الله ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم، ولم يجعل لها

(١) وتكلمته (قال الله ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ...﴾ [الطلاق: ١]) أخرجه مسلم (١٤٨٠)؛ وأخرجه ابن حبان في صحيحه ٦٣/١٠؛ والبيهقي في الكبرى ٤٧٥/٧؛ وابن أبي شيبة في المصنف ١٣٧/٤؛ انظر: الدراية ٨٣/٢.

(٢) في أ (لزمه نفقته).

(٣) في ب (بقولها) والمثبت من أ.

(٤) في ب (لا تستحق) والمثبت من أ.

(٥) قال المؤلف في التجريد: «والدليل على أن نفقة الحامل لها لا لحملها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلْنَ فَلْيَفْقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فأمر بالإنفاق على الموصوفة بالحمل؛ إذ المستحق إذا وصف بصفة، كان الاستحقاق له لا للصفة...» ٥٣٩٦/١٠.

(٦) انظر: المهذب ٦٠٦/٤، ٦٣٢.



نفقة لنشوزها، فكذاك أسقط سكنائها، وقد قيل في تأويله أن زوجها كان غائباً فلم يجز القضاء لها بالنفقة والسكنى مع غيبته، فإن قيل قد كان وكل أخاه، قلنا: إنما وكلها بطلاقها ولم يوكله بخصوصيتها^(١).

١٨٩٨ - فصل: [نفقة أم الولد المعتدة]

وإذا اعتدت أم الولد فلا نفقة لها؛ وذلك لأن عدتها عدة وطءٍ فهي كالمعتدة في نكاح فاسد، ولأن النفقة كانت تجب لها بالملك، وقد زال الملك بالعتق وليس كذلك الزوجة؛ لأن النفقة كانت تجب لها بالفراش وحكم الفراش باقٍ بعد الفرقة.



(١) انظر: الأصل ٣٣٨/١٠، ٣٣٩؛ مختصر القدوري ص ٤١٠.

بَابُ قَدْرِ النِّفْقَةِ



قال أبو الحسن: ويفرضُ القاضي الكسوة والنفقة على قدر يسار الزوج وعسره ما يكفيها من ذلك بالمعروف، وهذا يدل على أن المعبر في النفقة حال الزوج. وقد ذكر الخصاف: أنها تعتبر بحالتهما جميعاً، فيجب على الزوج الموسر للمرأة الموسرة نفقة اليسار، ويجب على المعسر للمرأة الموسرة والمعسرة نفقة الإعسار، ويجب على الموسر للمرأة المعسرة أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرات، والدليل على اعتبار حال الزوج قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧]، والذي يدل على ما قاله الخصاف: إنَّ النفقة تجب للكفاية، والمعسرة لا تحتاج إلى نفقة الموسرات؛ [فلذلك] ^(١) قصر بها عنهن، وأما قوله في النفقة والكسوة إنها بالمعروف؛ فلأن الحاكم لا يضر بواحد من الزوجين، وإنما يوجب الوَسَط من الكفاية، وذلك هو المعروف.

وقد قال أصحابنا: إنَّ النفقة غير مقدرة ^(٢)، وقال الشافعي: نفقة الزوجة مقدرة: على الموسر مُدَّان، وعلى المتوسط مُدٌّ ونصف، وعلى المعسر مد ^(٣).

والدليل على ما قلناه: [١/١٧٩] إنها نفقة واجبة فلم تتقدر بالشرع كنفقة ذوي

(١) في ب (فكذلك) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣٢٥/١٠؛ البدائع ٢٣/٤.

(٣) انظر: الأم ص ٩٥٦؛ الإقناع للشربيني ٤٨٤/٢.

الأرحام والمماليك .

قال: فإن كان لها خادم فرض عليه نفقة الخادم؛ وذلك لأن عليه القيام بمصالحها، ومن جملة ذلك إصلاح طعامها، وذلك يتولاه الخادم فكان عليه أن يقوم بنفقته .

وقد قالوا: إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية؛ لأن الخادم وإن كانت مولاته موسرة لا يتسع في كفايته .

١٨٩٩ - فَصَّلَ: [نفقة الخادم]

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إنه لا يقضى بأكثر من نفقة خادم واحد، وقد قال أبو يوسف: إذا كان لها خادمان فرض لهما^(١) .

وجه قولهما: أن الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم، فإذا أقام غيره مقام نفسه لم يلزمه أن يقيم أكثر من واحد مثله، ولأنه ليس اعتبار خادمين بأولى مما زاد على ذلك .

وجه قول أبي يوسف: أن المرأة قد تحتاج إلى خادمين: أحدهما يخدمها في منزلها، والآخر يتردد إلى الزوج يطلب النفقة وابتياح ما يصلحها، وما زاد على ذلك لا حاجة بها إليه .

١٩٠٠ - فَصَّلَ: [نفقة الخادم مع عسر الزوج]

وأما إذا كان الزوج معسراً؛ فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يفرض

(١) انظر: الهداية ٤١/٢ .

عليه نفقة خادم وإن كان لها خادم، وقال محمد: إن كان لها خادم فرض عليه نفقته، وإن لم يكن لها خادم لم يفرض^(١).

وجه رواية الحسن: أن المعسر يلزمه أدنى الكفاية، وقد تكتفي المرأة بخدمة نفسها فلم يلزمه أكثر من ذلك.

وجه قول محمد: أنه إذا كان لها خادم (لم تكتفِ بخدمة نفسها، فكان على الزوج أن يقيم به، وإذا لم يكن لها)^(٢) فقد استغنت بنفسها، فلا يلزمه القاضي [إتيان]^(٣) خادم لها لم يكن.

١٩٠١ - فَصْل: [القول في اختلاف الزوجين في العسر واليسر]

قال: فإن اختلفا فقالت المرأة: هو موسر، وقال الزوج: أنا معسر، فالقول قوله مع يمينه؛ وذلك لأن الأصل الفقر، والغنى حادث، فمن ادَّعى الأصل فالقول قوله، ومن^(٤) يدَّعي معنى حادثاً لا يقبل قوله إلا بيّنة.

قال: وإن أقام كل واحد منهما بيّنة على ما ادَّعى: أقامت المرأة البيّنة على أنه موسر، [وأقام الرجل أنه معسر] فالبيّنة بينة المرأة؛ لأن شهود الإعسار شهدوا بالأصل، وشهود اليسار شهدوا بمعنى حادث، فالرجوع إلى شهادة من عرف معنى حادثاً أولى.



(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤١١.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (استئناف) والمثبت من أ.

(٤) في أ (إلا من).

١٩٠٢ - فَصْل: [ما يفرض على الزوج المعسر من النفقة]

قال: وإن لم تقم بينة وحكم بأنه معسر، فإن محمداً قال: يفرض على المعسر الذي ليس له فضل [يوم]^(١): الدقيق وما يكفيها كل يوم، وما لا بد لها منه من الإدام والدهن؛ وذلك لأن المعسر يلزمه أدنى الكفايات، والخبز في الغالب لا يؤكل إلا مآدوماً، والدهن مما لا يستغنى عنه، فيفرض لها قيمة ذلك.

قال محمد: ولا ينبغي أن يوجب النفقة على الدراهم؛ لأن السعر يغلو ويرخص، ولكن يجعلها على الكفاية في كل زمان، وإنما أراد محمد أن يبين بهذا [١٧٩/ب] أن ما ذكره في كتاب النكاح: أن المعسر يفرض عليه خمسة دراهم في الشهر، والموسر عشرة [دراهم، أنه] ليس على طريق التقدير، وإنما هو قيمة الطعام في ذلك الزمان، فبيّن أنه يجب عليه قيمة الطعام في كل شهر بحسب اختلاف الأسعار^(٢).

قال محمد: وأما الكسوة فكما سمى يعني في كتاب النكاح؛ لأنه ذكر هناك الكسوة ثياباً مقدرة ولم يذكر قيمتها؛ وذلك لاختلاف الأزمان، وقد بين ذلك محمد؛ لأن التقدير [منهم]^(٣) كان على الوقت ولم يكن لكل زمان.

١٩٠٣ - فَصْل: [استدانة الزوجة على الزوج الغائب]

قال: وإذا غاب الزوج فاستدانت المرأة عليه ولم يكن فرض لها النفقة، لم يلزمه ما استدانت على الزوج، [وهي متطوعة فيما أنفقت، فإن كانت النفقة

(١) في الأصل (تقوم)، والمثبت بحسب ما يقتضيه السياق.

(٢) انظر: الأمل ١٠/٣٢٥، ٣٢٦.

(٣) في ب (عنهم) والمثبت من أ.

فرضت عليه ، رجعت عليه بما استدانته [وهذا مبني على [أصلنا:]^(١) أن النفقة لا تصير ديناً إلا أن يحكم بها حاكم ويقدرها ، أو يتراضي بها الزوجان فيقدرها الزوج على نفسه ، [فأمّا] إذا لم يوجد أحد هذين الأمرين سقطت بمضي الزمان^(٢) ، وقال الشافعي: تصير ديناً يقضى بها عليه بعد مضي وقتها^(٣) .

لنا: أنها نفقة [فلا تصير]^(٤) ديناً بنفسها كنفقة ذوي الأرحام ؛ ولأن النفقة ليست بعوض عن شيء ، بدلالة أنها لو كانت عوضاً عن البضع صار له عوضان ، والعقد الواحد لا يوجب عن شيء واحد عوضين ، ولا يجوز أن يكون عوضاً عن الاستمتاع ؛ لأنه تصرف فيما ملكه بالعقد ، ومن تصرف في ملكه لم يستحق عليه عوض ، فبقي أن يكون صِلَةً ، والصّلات لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى إليها كالهبات ، ولو قلنا إن النفقة في مقابلة الاستباحة ، والاستباحة منفعة ، وعوض المنافع لا يستحق عندنا إلا بسبب كبديل المنفعة ، وإذا ثبت أن [النفقة]^(٥) لا تصير ديناً من غير حكم ، فإذا استدانته فقد سقطت نفقتها بمضي الزمان ، فاستدانته لا يلزم من لم يأمرها بالاستدانة ، ولا لها عليه ولاية ، فأمّا إذا حكم الحاكم فقد صارت ديناً ترجع بها عليه ، لا لاستدانته ؛ ولكن لوجوب دينها عليه ، كما يرجع لو لم تستدن ، وكذلك إذا قدر الزوج النفقة وتراضيا ؛ لأنه أملك لإلزام نفسه من الحاكم ، فإذا لزمه ذلك بإلزام الحاكم فلا أن تلزمه بتقديره أولى .

(١) في ب (أصله) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣٢٧/١٠ .

(٣) انظر: المهذب ٦١٩/٤ .

(٤) في ب (فلم تصر) والمثبت من أ.

(٥) في ب (المنفعة) والمثبت من أ.

١٩٠٤ - فِصْل: [فرض نفقة الزوجة من أمانة الزوج]

قال: وإذا أحضرت المرأة رجلاً لزوجها في يده أمانة أو مضاربة، وهو مُقَرَّرٌ بذلك للزوج ومقر أيضاً بالزوجية، أو كان الحاكم يعلم بذلك، فرض الحاكم لها في ذلك المال نفقتها، وقال زفر: لا يفرض لها.

وجه قول أصحابنا: أن الذي في يده المال إذا أقرَّ به وبالزوجية، فقد أقر بثبوت حقها فيه، فيقضي القاضي عليه باعترافه؛ [لأن] ^(١) كل مَنْ في يده شيء، فالظاهر أنه مالكة (فيقضي القاضي) ^(٢) عليه، ويسري إلى الغائب من طريق الحكم، وليس كذلك إذا جحد أحد الأمرين؛ [لأنه] ^(٣) إذا جحد [١/١٨٠] الزوجية لا يمكنها إقامة البينة؛ (لأن المودع ليس بخصم في الزوجية، وإن جحد الودیعة) ^(٤) لم يمكنها إقامة البينة؛ لأنها ليست بخصم في إثبات حقوق زوجها.

وجه قول زفر: أن القضاء بالنفقة إنما يقع على الغائب، والمودع ليس بخصم عنه في ذلك، فلم يجز القضاء عليه من غير خصم.

وقد ذكر أبو الحسن الأمانات ولم يذكر الدين، وقد قالوا: إنها إذا أحضرت رجلاً للغائب عليه دين، وهو (يعترف) ^(٥) بذلك وبالزوجية، قضى عليه كما لو كان في يده وديعة، وكذلك يقضي بنفقة ولدها الصغار على المودع؛ لأن نفقتهم

(١) في ب (إذا) والمثبت من أ.

(٢) في الأصل (فيقع القضاء) والمثبت من أ.

(٣) في ب (أنه) والمثبت من أ.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٥) في أ (معروف).

تجري مجرى نفقتها، وقد قالوا: إن كانت الوديعة ما سوى الدراهم والدنانير والطعام، [لا] يقضى [القاضي] بالنفقة فيها؛ لأنه لا يمكن إيجاب النفقة إلا بالبيع، وبيع عروض الغائب في النفقة لا يجوز، فإن كانت الوديعة طعاماً قضى فيها؛ لأنها نفس المستحق، وكذلك إن كانت ثياباً من جنس ما يكتسى مثلها قضى فيها بالكسوة؛ لأنها جنس المستحق عليه.

وقد قالوا: إذا قضى لها بشيء من ذلك أخذ منها كفيلاً؛ لأن القاضي منصوب للاحتياط، ويجوز أن يحضر الغائب فيقيم البينة على طلاقها أو إيفاء نفقتها، فكان الواجب أن يتوثق القاضي مما يعطيها بالكفالة، وإنما قالوا: إن علم القاضي بالوديعة والزوجية يغني عن إقرار المودع؛ لأنه يقضى بعلمه فيه، فلا يحتاج إلى بينة [يفتقر] ^(١) إلى مدعي ^(٢).

١٩٠٥. فصل: [طلب الزوجة النفقة أثناء غياب الزوج]

قال: فإن جاءت والزوج غائب، [فطلبت] ^(٣) أن يفرض لها عليه نفقة، لم يجب إلى ذلك، ولم يحكم عليه وهو غائب، وقد كان قول أبي حنيفة الأول: أن القاضي يقضى لها، وذهب إلى ظاهر حديث أبي سفيان أن النبي ﷺ قال لهند: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف» ^(٤)، وهذا قول إبراهيم ثم رجع إلى قول شريح فقال: لا يقضى لها بشيء؛ وذلك لأن القضاء على الغائب لا يجوز إلا بحضوره أو حضور من قام مقامه، وما روي في قصة هند أنه ﷺ قال

(١) في ب (فيقر) والمثبت من أ.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٣.

(٣) في ب (يطلب) والمثبت من أ.

(٤) سبق تخريجه.

لها ذلك على طريق الفتوى لا القضاء؛ بدلالة أنه لم يقدر لها ما تأخذ.

١٩٠٦ - فصل: [سماع القاضي لبينة الزوجية لفرض النفقة]

وقد قال زفر: في المرأة إذا حضرت وسألت القاضي أن يفرض لها على الغائب، سمع بيئتها بالزوجية وفرض لها وأمرها بالاستدانة، فإذا حضر الزوج أمرها بإعادة البينة في وجهه، فإن فعلت قضى عليه بما استدانت، وإن لم تفعل لم يقض عليه بشيء.

وقال أبو يوسف: لا يسمع بيئتها ولا يفرض لها وهو الصحيح؛ وذلك لأن البينة لا تسمع إلا على خصم، فأما زفر فإنه قال: تسمع هذه البينة ليتوصل إلى الإذن [لها] في الاستدانة، فإذا حضر الزوج وسمع عليه البينة قضى بالفرض المتقدم [١٨٠/ب] وأوجب عليه الدين، وإن [لم تعد] ^(١) البينة لم يجز القضاء عليه بالنفقة مع غيبته، فسقط ما استدانت.

١٩٠٧ - فصل: [من يشملهم النفقة بالقضاء]

قال: ولا يقضى في الوديعة بالنفقة إلا للزوجة والأولاد الصغار والكبار الزمنى والإناث والوالدين، أما الزوجة فإن نفقتها تجري مجرى الديون؛ بدلالة وجوبها مع الإعسار، فتأكدت على سائر النفقات. وأما الأولاد الصغار فنفقتهم كنفقتها. فأما الأبوان فلأن مال الغائب في حكم مالهما لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» ^(٢).

(١) في ب (كان بغير البينة) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ١٤٢/٢؛ وابن ماجه (٢٢٩٢)؛ والبيهقي في الكبرى، ٤٨٠/٧؛ والطبراني في الأوسط، ٣٤٠/٦؛ انظر: مجمع الزوائد، ١٥٤/٤.

وأما الأولاد الكبار الزمّنى، والإناث؛ فوجود الولاد، ومن سواهم من ذوي الأرحام نفقتهم صلة لم يتأكد حكمها، فلم يجر أن يثبت في مال الغائب^(١).

وقد قالوا: إن الزوجة لو طلبت من الحاكم أن يوقع مهرها ودينها من الوديعة لم يفعل ذلك، وإن كان عالماً به؛ لأن النفقة إنما يدفعها للضرر في تأخيرها، ألا ترى أنها للكفاية وفي دفعها منفعة للغائب؛ لأنه يختار إقامة كفاية زوجته وولده، وهذا المعنى لا يوجد في الدين والمهر.

وقد قالوا: إن كان الحاكم فرض على الزوج النفقة قبل غيبته، وطلبت من الحاكم أن يقضي لها بنفقة [ما مضى]^(٢) في الوديعة، قضى لها بذلك؛ لأن النفقة لما جاز القضاء بها، استوى الماضي والمستقبل؛ لأن طريقتيها واحد.

١٩٠٨ - فَصْل: [بيع العروض والعقار في النفقة]

ولا يبيع في النفقة عُرُوضاً ولا عَقَاراً^(٣)؛ وذلك لأن البيع إنما يكون على طريق الحَجْر^(٤)، والحجر عند أبي حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز، فأما على قولهما: فإنما يبيع الحاكم [العروض] على الحاضر الممتنع، فأما الغائب فلا يعلم امتناعه فلا يباع عليه.

(١) انظر: الأصل ٣٢٨/١٠.

(٢) في ب (ماضية) والمثبت من أ.

(٣) «العروض: الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا تكون حيواناً ولا عَقَاراً». مختار الصحاح (عرض).

«والعَقَار - بالفتح مخففاً -: الأرض والضياع والنخل»، وقيل: «كل مال له أصل من دار أو ضيعة». مختار الصحاح؛ المغرب (عقر) ز

(٤) والحَجْر: المنع، ومنه حَجَرَ القاضي عليه: منعه من التصرف في ماله من أن يفسده، فهو محجور عليه. انظر: المغرب (حجر).

١٩٠٩ - فَصْل: [حبس الزوج لدفع النفقة]

قال: وإذا فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع عن دفعها، لم يحبسه الحاكم أول مرة تقدم إليه، [وأمره] بدفع النفقة وأخبره أنها إن عادت [فطلبت] أن يدفع إليها حبسه، يفعل ذلك مرتين أو ثلاثاً، فإن لم يدفع حبسه^(١).

والأصل في ذلك: أن النفقة صارت ديناً بالقضاء، فهي كسائر الديون، وإنما لا يحبس أول مرة؛ لأنه لا يعلم الامتناع لجواز أن يماطلها ثم يدفع، فإذا تكرر ذلك فقد امتنع من حق وجب عليه مع القدرة فاستحق العقوبة، وإنما وجب الحبس في الديون لقوله ﷺ «لصاحب الحق اليد واللسان»^(٢)، فاللسان للمطالبة واليد للملازمة.

وروي (أن رجلاً أعتق شقصاً له في عبد فحبسه النبي ﷺ حتى باع [غنيمة]^(٣) له في ذلك)، وبنى علي بن أبي طالب حبساً بالكوفة وسماه نافعاً فهرب الناس منه، فبنى حبساً أوثق منه وسماه مخيساً، فقال:

أما تراني كيّساً مكيساً ❁ بنيت بعد نافع مخيساً
حصناً حصيناً^(٤)

[أ/١٨١] وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف.

وقد قال أصحابنا: إن كان على الرجل دين، فادّعى الإعسار، وادّعى غريمه

(١) انظر: الأصل ٣٣٠/١٠.

(٢) أخرجه الدارقطني، ٢٣٢/٤؛ وابن عدي في الكامل، ٢٧٨/٦؛ انظر: نصب الراية، ١٦٦/٤.

(٣) في الأصل (غنماً) والمثبت من السنن الكبرى للبيهقي ٢٧٦/١٠؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٢٤/٤؛ وابن حجر في المطالب العالية ٤٧٣/٧.

(٤) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة لكن بلفظ: (أم تر كيساً مكيساً... بنيت بعد نافع مخيساً) ٢٧٥/٥. (نافع ومخيس) سجنان بناهما عليّ ﷺ. انظر: الأصل ٤٨٩/١٠؛ المغرب (كيس).

اليسار، فكل دين هو بدل عن مال حصل في يده فصار به غنياً كأثمان المبيعات وبدل القرض، أو كان مالاً [التزمه] ^(١) بعقد كالكفالة والمهر، [فلا يصدق في ذلك الإعسار؛ وذلك لأن ما كان بدلاً عن مال حصل في يده، فقد عرفناه]، فدعواه الفقر دعوى زوال ما في يده، وذلك معنى حادث فلا يصدق، وما التزمه بعقد إذا ادعى الإعسار يريد إسقاط ما التزمه فلا يقبل قوله، [وما سوى ذلك] ^(٢) فالقول قوله في الإعسار؛ لأن الأصل الفقر؛ بدلالة قوله ﷺ: «كل مولود يولد أحمر لا قشرة عليه ثم يرزقه الله تعالى من فضله» ^(٣)، وإذا كان الأصل الفقر، فمن ادعى الغنى يدعي معنى حادثاً فلا تقبل دعواه إلا بينة، وإذا جعلنا القول قوله لم يحبس الحاكم؛ لأن الحبس عقوبة فيستحقها الممتنع من الحق مع القدرة، فأما مع عدمها فلا يستحقها، وإذا حبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة سأل عن أمره، فإن لم يظهر له مال أفرج عنه، وقد اختلفت الرواية في ذلك، فقالوا: يحبس شهرين، وقالوا: ثلاثة، وذكر الحسن: أربعة، وهذا ليس بخلاف؛ لأن المعتبر أن تمضي مدة يعلم من حاله أنه لو كان له مال لأظهره لضجره بالحبس، وذلك يختلف باختلاف الناس، فمنهم من يضجر بقليل المدة، ومنهم [اللحز] ^(٤) الذي لا يضجر بكثير المدة، فكان على الحاكم أن يقدر الحبس بما يغلب في ظنه من حال الرجل، فإذا مضت المدة وقامت البينة بالإعسار، أو سأل الحاكم عنه، فبان إعساره لم يجز حبسه؛ لأنه غير قادر على أداء الدين، فلم يجز أن يعاقب على الامتناع، إلا أن القاضي لا يخرج إلا بحضرة غريمه؛ أو وكيل غريمه؛ لأن

(١) في ب (ألزمه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وما سواه) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه ابن سعد في الطبقات، ٣٣/٦.

(٤) في ب (اللحف) والمثبت من أ، «واللحز: البخيل الضيق الخلق» كما في الصحاح (لحز).

الإخراج من الحبس قضاء بالإعسار، وذلك يقف على حضور الخصم، ولأن من حق خصمه أن يقيم بينة على يساره، فلم يجز إخراجة إلا بحضوره حتى يعلم عجزه عن إقامة البينة^(١).

١٩١٠ - فُصْل: [ملازمة أصحاب الحقوق الخصم]

وإذا أخرج من الحبس لم يحل بينه وبين خصمه وبين ملازمته ليأخذ ما يفضل من إكسابه عن حاجته، إلا أنه لا يمنعه من تصرفه ولا سفره، وقال الشافعي: يحول بينهما حتى يثبت اليسار.

لنا: روي (أن رسول الله ﷺ ابتاع بعيراً بثمن إلى أجل، فلما حل الأجل طالبه الأعرابي، فقال: «ما عندنا شيء»، فقال الأعرابي: وا غدراه، فتبادر إليه أصحاب رسول الله ﷺ، فقال: «دعوه، فلصاحب الحق اليد واللسان»^(٢)، فأخبر أن للأعرابي اليد مع قوله إنه لا شيء عندي، ولأن الغريم يمكنه الاستيفاء من الكسب كما يمكنه من المال، فإذا جاز له أن يلازمه حتى يستوفي [من] أحدهما، فكذلك الآخر.

١٩١١ - فُصْل: [ادعاء الزوج بإيفاء الحق]

فإن ادّعى [١٨١/ب] الزوج أنه قد أعطاهما [لم يقبل قوله] وحلّفت المرأة؛ وذلك لأنه يدّعي قضاء الدين، فلا يُقبَلُ دعواه إلا ببينة، وعليها اليمين؛ لأن من جعل القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة وهو مما يصحُّ بذله، فالقول قوله مع

(١) انظر: الأصل ٣٣٠/١٠؛ انظر: الحبس في الدين وغيره: الأصل ٤٨٩/١٠ وما بعدها.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن مرسلاً، ٢٣٢/٤؛ وابن عدي في الكامل، ٢٧٨/٥؛ وفي الصحيحين (فإن لصاحب الحق مقالاً). انظر: نصب الراية، ١٦٦/٤.

يمينه كالديون^(١).

قالوا: وإن كان موسراً أدام حبسه؛ لأنه يقدر على إيفاء الحق، والممتنع مع القدرة يستحق العقوبة.

١٩١٢ - فُصِّلَ: [الحبس مع عدم القدرة على الأداء]

وقال أبو يوسف: إذا علم الحاكم منه الحاجة لم يحبسه، وأمر المرأة أن تستدين عليه؛ وذلك لأن الفقير لا يقدر على أداء النفقة، فلا يجوز أن يحبس مع عدم القدرة على الأداء، فأما الاستدانة بالكلام فيها فرع على أن المعسر بنفقة امرأته لا يفرق بينها وبينه، وقال الشافعي: إن طلبت المرأة الفرقة فرق القاضي^(٢).

لنا: أنها نفقة واجبة، فإذا عجز عنها لم يزل ملكه [بغير] عوض كنفقة العبد؛ ولأنها حق من حقوق النكاح لا يستقر به المهر فلا يثبت الفرقة لأجله كالوطء الثاني والثالث، ولأنه مال مقصود بالعقد فصار كالمهر، وإذا ثبت أنه لا يفرق وجب أن يتوصل إلى إيفاء حقها بالإذن لها في الاستدانة عليه، ولا يقال لا فائدة في الإذن في الاستدانة؛ لأنه إذا فرض النفقة صارت ديناً لها عليه، فإذا استدانت على [نفقتها]^(٣) وجبت عليه وإن لم يؤذن لها في الاستدانة؛ وذلك لأن فائدة الإذن (أن نحيل)^(٤) الغريم على الزوج، فيطالبه بالدين وإن لم يرض بذلك، فإذا استدانت من غير أمر لم يجز ذلك، فكانت المطالبة [عليها]^(٥) خاصة.

(١) انظر: الأصل ٤٩٢/١٠.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٢؛ المهذب ٦١٤/٤.

(٣) في ب (نفسها) والمثبت من أ.

(٤) في أ (أنها نحيل).

(٥) في ب (إليها) والمثبت من أ.

قال: فإن استدان قبل أن يأمرها الحاكم فهي متطوعة ولا شيء من ذلك على الزوج؛ لأنها لا تملك إلزامه الدين إلا أن يأذن لها في الاستدانة، أو يأذن لها^(١) من له عليه ولاية، فأما قوله: إنها متطوعة، فإن كان [يريد بالإنفاق]^(٢) فقد وضع المسألة على أن الحاكم لم يفرض النفقة، فإذا أنفقت فهي متطوعة، فأما إذا فرض صار ذلك ديناً لها فلا تكون متطوعة بالإنفاق، ويجوز أن يكون أراد بقوله: متطوعة، أي: في الاستدانة، يعني أن الزوج لا يجب عليه للغريم شيء.

١٩١٣ - فصل: [مطالبة الزوجة بالنفقة السابقة]

وإذا فرض القاضي النفقة، أو صالحت المرأة زوجها على نفقة كل شهر، ثم منعها ذلك شهوراً غائباً كان أو حاضراً، فلها أن تطالبه بنفقة ما مضى؛ لأنها قدمنا أن النفقة تصير ديناً بالقرض والاصطلاح، فصارت كسائر الديون وليس كذلك نفقة ذوي الأرحام إذا مضت المدة؛ وذلك لأنها موضوعة للكفاية، وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلم يجز الرجوع، فأما نفقة الزوجة تثبت مع الغنى عن الكفاية، ألا ترى أنها [١/١٨٢] تجب للموسرة وليس في مضي الزمان أكثر من الاستغناء^(٣).

١٩١٤ - فصل: [موت الزوج قبل أن يعطيها النفقة]

قال: فإن مات الزوج قبل أن يعطيها لم يحكم (في ماله بالنفقة)^(٤)؛

(١) في ب (فيها) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يعني بالإيفاء).

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٣.

(٤) في أ (بنفقتها في ماله).

وذلك لأن النفقة طريقها طريق الصلات ، فإذا لم يقبض بطلت بالموت كالهبة^(١).

١٩١٥ . فَصَّلْ : [في رجوع ورثة الزوج لسلف الزوجة قبل مضي الوقت]

وإن أسلفها الزوج نفقتها وكسوتها ، ثم مات قبل مضي الوقت الذي استسلفت له لم يكن لورثته الرجوع عليها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذلك إن ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها .

وقال محمد: أَدْفَع [لها] من النفقة حصة ما مضى ، وأقضي عليها برَدِّ الباقي .

وروى ابن رستم عن محمد: أنها إن كانت قبضت نفقة شهر أو دونه لم يرجع عليها بشيء ، وإن قبضت أكثر من ذلك رفع عنها نفقة شهر ، وردت ما بقي .

وجه قولهما: أن النفقة صلة ، فإذا اتصلت بالقبض لم يثبت فيها الرجوع بعد الموت كالهبة .

وجه قول محمد: أنها قبضت قبضاً مضموناً لِمَا تستحقه على الزوج ، فإذا بطل الاستحقاق بالموت ، بقي القبض من غير حق ، فيجب رده كالديون ، فأما الرواية الأخرى فهي استحسان ، [ووجهها: أن الشهر وما دونه في حكم اليسير] ، وما زاد عليه في حكم الكثير (فيثبت به الرجوع كالدين)^{(٢)(٣)}.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٣ .

(٢) في أ (فيثبت له الرجوع) .

(٣) انظر: المصدر السابق نفسه .

بَابُ التَّفَقَّةِ عَلَى ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ



قال الشيخ رحمه الله: الأصل في هذا الباب أن الإنسان يجب عليه مع اليسار نفقة أبويه الفقيرين ، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣] فمنع من إدخال الضرر عليهما بهذا القدر ، وإدخال الضرر بترك الإنفاق أكثر ، وقال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(١) ، وأقلُّ أحوال هذا اللفظ أن يفيد وجوب الإنفاق ، فقال رحمه الله: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه ، فكلوا من كسب أولادكم»^(٢) ، فإذا كان مال الولد مضافاً إلى الأب بأنه كسبه صار غنياً به ، فوجبت نفقته فيه ويجب عليه نفقة الأولاد الصغار والكبار الزمنى والإناث والعميان ؛ وذلك لأن رحمهم كاملة كالوالدين ؛ ولأن الولاد موجود كالأب ، وهذا لا خلاف فيه ، فأما من سوى الوالدين والولد فالنفقة واجبة عندنا لكل ذي رحم [محرم] إذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب .

وقال ابن أبي ليلى: تجب النفقة لكل وارث ، وقال الشافعي: لا تجب النفقة إلا للوالدين والولد^(٣) .

لنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] إلى أن قال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ، ١٤٢/٢ ؛ وابن ماجه (٢٢٩٢) ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٨٠/٧ ؛ والإمام أحمد في المسند ، ٢٠٤/٢ ؛ بالتفصيل انظر: مجمع الزوائد ، ١٥٥/٤ .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠) ؛ والنسائي في المجتبى (٤٤٥٠) ؛ والإمام أحمد في المسند ، ٢١٤/٢ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٨٠/٧ .

(٣) انظر: المهذب ٦٢٥/٤ .

رَزَقُهُنَّ وَكَسَوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴿ قَالَ: ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فهذا يدل على وجوب النفقة على كل وارث إلا ما قام عليه دليل ، ولا يجوز^(١) أن يقال أن ابن عباس حمل ذلك على نفي المضارة ؛ لأن عمرَ وزيداً حملاه على النفقة ، ولأن الكناية بذلك تنصرف إلى الأبعد ، ولأن نفي الضرر لا يختص بالوارث ، بل يعم [١٨٢/ب] جميع الناس ، فوجب حملها على ما يختص بالوارث ، ولأن له رَحِمًا كاملة فصار كالوالدين والولد ، وأما الخلاف مع ابن أبي ليلى فيتصور في ابن العم ومن يجري مجراه ، فالدليل على أنه لا نفقة لهم أنه يجوز أن تجري بينهم المناكحة ، فصار كالأجانب .

١٩١٦ - فَصْل: [على من تجب نفقة ذوي الأرحام؟]

وقد قالوا: إن نفقة ذوي الأرحام تجب على الأغنياء ، ولا تجب على الفقير إلا نفقة زوجته وأولاده الصغار^(٢) ، وذلك لأن نفقة ذوي الأرحام إنما هي على طريق الصلة ، فلو أوجبنا على الفقير [للفقير] لم يكن إيجابها عليه أولى من إيجابها له ، فأما الزوجة فنفقتها أجريت مجرى الديون بدلالة أنه يقضى لها مع يسارها ، والديون تجب في حال الإعسار واليسار ، والأولاد الصغار يجرون مجراها ، [ألا ترى] ^(٣) أنها هي المستحقة لأخذ نفقتهم^(٤) .

١٩١٧ - فَصْل: [نفقة ذوي الأرحام الأغنياء]

ولا يقضى بنفقة أحد من ذوي الأرحام على غيره إذا كان غنياً ؛ لأنه مستغن

(١) في أ (ولا يقال) .

(٢) في ب (فقير إلا لزوجته ولولده الصغار) والمثبت من أ .

(٣) في ب (إلا) والمثبت من أ .

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٤١٤ .

بما له ، فكان إيجاب نفقته فيه أولى من إيجابها في مال غيره ؛ ولأننا لو قضينا للغني لم يكن ذلك بأولى من القضاء للمقضي عليه على المقضي له ، فأما الزوجة فإنها تستحق النفقة مع الغنى خاصة ؛ لأن نفقتها تستحق بحكم عقد كالإبراء^(١) ، فيجوز أن تجب مع اليسار ، فإذا حصل الفقر في ذوي الأرحام قضي لصغارهم بالنفقة ؛ لأنه لا مال لهم ولا كسب ، فوجب صلة أرحامهم بكفائتهم .

وكذلك الإناث ؛ لأن المرأة لا تقدر على الكسب فهي كالصبي ، وكذلك الكبار الزمني ، والعميان ، والمجانين ؛ لأنهم لا يقدرون على الكسب .

فأما الكبار الأصحاء فلا يقضى لهم بنفقة على غيرهم إذا كانوا فقراء إلا الأبوين خاصة والجد والجدة مع عدمهما ؛ وذلك لأن الرجل الصحيح قادر على التكسب ، فصار غناه بكسبه كغناه بماله ، فلا تجب نفقته على غيره .

فأما الأبوان فيقضى على ولدهما بنفقتهما مع الصحة ؛ لأن تعريضهما للكسب مع غنى الولد إلحاق مشقة بهما ، والولد ممنوع من ذلك ؛ ولأن مال الولد في حكم كسب الأب ، فصار كمال نفسه .

قال أبو يوسف: إذا كان الابن فقيراً والأب زَمِيناً ، فإن الأب يشارك الابن في القوت بالمعروف ؛ وذلك لأن كسب الابن مضاف إلى الأب بأنه كسبه فيثبت حقه فيه ؛ ولأنه لا يخشى التلف بمشاركة [الابن]^(٢) ، ولو لم يشاركه خشي على الأب فكانت المشاركة أولى ، ولا يشارك الأب الموسر في نفقة ولده أحد ؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] فالزم الأب أجره

(١) في أ (كالإبدال) .

(٢) في ب (الأب) والمثبت من أ .

الرضاع مع وجود الأم، فدل على أنها لا تشارك الأب، وإذا لم تشاركه الأم مع المساواة في الدرجة فالأبعد أولى، وكذلك قالوا لا يشارك الأولاد في نفقة الوالدين أحد، [1/183] فإذا كان للفقير ابن غني وأب غني فنفقته على ابنه دون أبيه؛ وذلك لأن مال الابن مضاف إلى الأب أنه كسبه، ومال الأب ليس بمضاف إلى الابن، فكان^(١) إيجاب النفقة فيما هو في حكم ماله أولى؛ ولأن مال الابن لما أجري مجرى مال الأب، صار الأب غنياً به، فلم تجب نفقته على غيره، وعلى هذا قالوا: لا يشارك الزوج أحد في نفقة زوجته؛ لأن ذلك مستحقاً لها بحكم العقد كالمهر^(٢).

١٩١٨ - فَصْل: [نفقة ذوي الأرحام سوى الابن والأب]

وأما مَنْ سِوَى هَؤُلَاءِ فَالْنَفَقَةُ تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ إِذَا كَانُوا ذَوِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فَعَلِقَ الْاسْتِحْقَاقُ بِالْإِرْثِ فَوَجِبَ اعْتِبَارُ^(٣) قَدْرِهِ^(٤).

وقد قال أصحابنا: [فيمن]^(٥) أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات، كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو أوصى لولد فلان، كان^(٦) الذكر والأنثى سواء؛ لأنه في الفصل الأول علق الاستحقاق بجهة الإرث، وذلك يثبت على التفضيل.

(١) في أ (فصار).

(٢) انظر: الأصل ٣٤٠/١٠؛ مختصر القدوري ص ٤١٤.

(٣) في أ (اعتباره).

(٤) انظر: الأصل ٣٤١/١٠، ٣٤٢.

(٥) في ب (فمن) والمثبت من أ.

(٦) في أ (فإن).

١٩١٩ - فِصْلُ : [النفقة بين الوالد وابن ابنه]

قال: ولو كان له والدٌ وابن ابن فنفقته على الوالد؛ وذلك لأنه أقرب من ابن الابن، فإيجاب النفقة عليه أولى، فأما الجد وابن الابن فعلى الجد السدس، وعلى ابن الابن ما بقي؛ لأنهما تساويا في الدرجة، فكانت النفقة على قدر ميراثهما، فإن كان أم وعم، أو عم وأخ لأب وأم أو لأب، فعلى الأم الثلث، وعلى العم أو الأخ الثلثان؛ وذلك لأن الأم يشاركها غيرها في النفقة، فإذا اجتمع معها قسمت النفقة على قدر ميراثهما.

قال الشيخ رحمته الله، وقال ابن سماعه عن محمد في صغيرة لها أب موسر، وأم أم: فالحضانة للجددة، والنفقة على الأب؛ وذلك لما بينا أن الأب لا يشاركه في نفقة الولد غيره؛ ولأن الأم لا تشاركه مع قربها للجددة مع بعدها أولى.

قال: وإن كان للصغيرة مال فالنفقة في مالها؛ لما قدمنا أنه لا يقضى بالنفقة لغني إلا الزوجة.

قال: وإن كان مالها غائباً أمرت الأب أن ينفق عليها ويرجع في مالها؛ وذلك لأنه لو لم يكن لها مال لزمه الإنفاق، فإذا كان المال غائباً أمكنه تحصيل حقها من الإنفاق، وحق الأب في إثبات الرجوع. قال: فإن لم تكن أمرته ^(١) بالنفقة فأنفق لم يرجع عليها إلا أن يكون أشهد أنه يرجع؛ وذلك لأن الظاهر أن الإنسان يتبرع بالنفقة على ولده ولا يرجع به، فحمل على الظاهر، فإذا أشهد عند الإنفاق فقد أزال الظاهر، (وبين أنه أنفق على طريق العوض، وهو يملك إيجاب الدين على الصغير، كما لو اقترض له مالاً وسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يرجع وإن

(١) في ب (لم تأمره) والمثبت: بن أ.

لم يُشْهَد - إذا كان في بيته يوم دفع - أنه يرجع ، فأما في القضاء فلا يرجع إلا أن يشهد ؛ وذلك لأنه إذا نوى الرجوع فقد جعل [ب/١٨٣] ذلك ديناً على الصغير ، وهو يملك إثبات الدين عليه إلا أنه لا يقبل قوله لمخالفة الظاهر) ، والله تعالى عالم بالنيّة ، فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى .

قال: فإن كان مال الصبية^(١) غائباً والأب معسر لا يقدر على شيء أمرت الجدة أن تنفق ، ويكون ذلك ديناً على الأب يرجع به في مال ابنته ؛ لأن الجدة لا يلزمها الإنفاق على (الصغيرة لو)^(٢) لم يكن لها مال مع وجود الأب ، فإذا كان لها مال غائب كان أيسر فيطالب الأب بالنفقة ، فإذا لم يقدر عليها استدين عليه ؛ ليتوصل إلى [الإنفاق عليها]^(٣) ، ثم يرجع الأب في مالها ؛ لأنه لا يلزمه أن يتبرع عليها مع الغنى .

قال أبو يوسف في الفقير: إذا كان له أولاد صغار ولهم جدُّ مؤسر أبو أبيهم ، لم أفرض النفقة على الجد ؛ لأنه لا يلزمه نفقة أبيهم إذا كان فقيراً ، فأولى أن لا يلزمه نفقة أولاده .

قال محمد: أمر الجدُّ بالنفقة على ولد ابنه ، ويكون ذلك ديناً على أبيه ؛ لأننا نتوصل إلى إحيائهم في الحال بمال الجد ، ويكون ذلك ديناً على الأب ؛ لأنه المطالب به فيوفي الحقيين ، ولو كان الأب [زَمِنًا]^(٤) والمسألة بحالها قضى على الجد بالنفقة في قولهم ؛ لأنه تلزمه نفقة أبيهم إذا كان فقيراً ، فكذلك يقضى عليه لولده^(٥) .

(١) في أ (الصبي) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) في ب (إيفاء حق الصغيرة) والمثبت من أ .

(٤) في ب (ميتاً) والمثبت من أ .

(٥) انظر: الأصل ٣٤٩/١٠ .

١٩٢٠ - فَصْل: [النفقة على فقير له عمّ وخال]

وقد قالوا في عم وخال: إنّ النفقة على العم؛ لأنهما تساويا في القرابة، والعم هو المستحق للميراث، وقد قالوا في خال وابن عمّ: إنّ النفقة على الخال؛ لأنه ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ، وابن العم رَحِمٍ غير مَحْرَمٍ فسقط حكمه.

وقالوا في عمّة وخالة وابن عمّ: فعلى الخالة الثلث وعلى العمّة الثلثان؛ وذلك لأن ابن العم لا يعتد به في النفقة، [والميراث يكون بين العمّة والخالة أثلاثاً، فكذلك النفقة] وإن كان معهما عمّ موسر فالنفقة عليه؛ لأنه ساواهما في الرحم والمحرم وهو الوارث دونهما، وإن كان معسراً فالنفقة [عليهما]؛ لأن المَعْسِر في النفقة إذا لم يكن والدّاً ولا زوجاً كالمتيت؛ لأنه لا يقدر عليها فيعتبر من سواه.

وقالوا في ثلاث أخوات متفرقات وابن عم: إنّ النفقة على الأخوات على خمسة: على الأخت للأب والأم ثلاثة، وعلى الأخت للأب سهم، وعلى الأخت للأم سهم؛ وذلك لأن ابن العم لا يعتد به في النفقة، فكان ليس [له إلا] ^(١) الأخوات، ميراثه لهن على خمسة بالفرض والرّد، فكذلك النفقة عليهن [على خمسة]، ولو كانوا إخوة متفرقين فالنفقة على الأخ للأب والأم، وعلى الأخ للأم على ستة: السدس منها على الأخ للأم؛ وذلك لأن الأخ للأب لا يرث معهما، فسقط حكمه فوجب عليهما [النفقة] على قدر ميراثهما: على الأخ للأم السدس، وما بقي على الأخ للأب والأم.

قالوا في فقير له ابن فقير وثلاث إخوة متفرقين: فالنفقة على الأخ للأب

(١) في ب (فكان ليس هو) والمثبت من أ.

والأم، والأخ للأم، ونفقة الولد على الأخ للأب والأم خاصة؛ وذلك لأن النفقة على الأخوين [١/١٨٤] على قدر ميراثهما، فأما الولد فوارثه العم للأب والأم دون العم للأب والعم للأم.

قال: فإن كان [مكان] الابن بنت فالنفقة على الأخ للأب والأم خاصة؛ وذلك لأن في الفصل الأول لا يمكن إيجاب النفقة على الإخوة إلا مع الحكم بجعل^(١) الولد كالميت، ولو مات الولد كان الميراث للأخ للأب والأم والأخ للأم.

فأما المسألة الثانية فلا تحتاج إلى الحكم [بإماتة] البنت؛ لأن الأخ يرث معها، فإذا لم يحكم بأنها كالميتة، فالميراث للأخ للأب والأم خاصة، وكذلك النفقة عليه^(٢).

١٩٢١ - فَصْلٌ: [في نفقة غلام له أب محتاج زمن وقراة]

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف: في غلام له والد محتاج وهو زمن، فرضت نفقته على قرابته من قبيل أبيه دون قرابته من قبيل أمه، كل من أجبرته على نفقة الأب أجبرته على نفقة الغلام إذا كان الأب حياً؛ وذلك لأن النفقة مع بقاء الأب تجري مجرى إقامة كفاية الأب، فيجب على قرابته دون قرابة (أمه)^(٣).

قال: فإن لم يكن له قرابة من قبيل أبيه، قضيت بالنفقة على أبيه، وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك ديناً له على الأب؛ وذلك لما بينا أن أقارب

(١) في أ (بأن).

(٢) انظر: الأصل ١٠/٣٤٠ - ٣٤٢.

(٣) في أ (أبيه).

الأب يلزمهم نفقته إذا كان زَمِناً، ونفقة ولده تجري مجرى نفقته .

فأما أقارب الأم: فلو لزمتهم النفقة للزمتهم للولد، ولا يجوز أن يشارك الأب في نفقة ولده أحد، ففضي عليه وجعل ديناً على الأب .

وقال في الأب الفقير والأم الموسرة: أفرض النفقة على الأب، وأمر الأم بالنفقة على الغلام، ويكون ديناً على الأب؛ لأنها لا تشارك الأب في نفقة ولده، فلم يبق إلا أن تنفق عليه ديناً على الأب .

وقال في رجل محتاج وله أولاد صغار وأخ موسر فقال: أفرض النفقة على عمهم، وهذا صحيح لأنه ممن يلزمه نفقة أبيهم .

وقال في زوج معسر وللمرأة أخ موسر: أجبرته على نفقتها وأتبع^(١) بها الزوج؛ لأن الزوج لا يشاركه في نفقة زوجته أحد، فكان على الأخ أن ينفق ديناً على الزوج كما لو استدان عليه^(٢) .

١٩٢٢ - فَصْل: [حبس الوالد في نفقة ولده]

وقال محمد: يحبس الرجل في نفقة ولده؛ (وذلك لأنها)^(٣) لا تستدرك إلا بالحبس، ألا ترى أنها تسقط بمضي الزمان، وليس كذلك سائر ديون الابن^(٤)؛ لأن الأب لا يحبس فيها؛ لأنها لا تسقط بمضي الوقت، وفي الحبس ضرر فلم يجب أن يلحق بالأب ضرر لأجل مال ولده، ولهذا قال أصحابنا في الممتنع من

(١) في أ (وأرجع بها على الزوج) .

(٢) انظر: الأصل ٣٥٣/١٠ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) في أ (سائر الديون ألا ترى) .

أداء الحقوق: إنه يحبس، والممتنع من القسم يضرب؛ لأنه لا يستدرك بالحبس،
ألا ترى أنه يفوت بمضي الزمان فاستدرك بالضرب.

١٩٢٣. فَصْل: [نفقة صبي صغير فقير أعتقه مولاه]

وقالوا في صبي صغير أعتقه مولاه: ولا شيء له، ينفق عليه من بيت المال؛
لأنه من جملة المسلمين، وليس له قرابة غني.

وقالوا: في صغير في يدي رجل قال لرجل: هذا عبدك أودعتني فجدد،
قال محمد: أستحلفه بالله ما أودعته؛ فإن حلف قضيت [١٨٤/ب] بنفقته على الذي
هو في يده؛ وذلك لأنه اعترف برقه وأقر به لغيره، فردَّ إقراره، فبقي على حكم
ملكه فيلزمه نفقته.

قال محمد: ولو كان كبيراً لما استحلف المدعى عليه؛ وذلك لأن الكبير
في يد نفسه، فدعوى من هو في يده لا يتعلق بها حكم، فوجب الإنفاق^(١) على
من يدعى عليه الكبير.

١٩٢٤. فَصْل: [حد الغني الذي يجب فيه النفقة]

وإذا ثبت وجوب النفقة على ذي رحم الغني، وجب أن يبين حد الغني.

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال: لا أجبر على نفقة ذي
الرحم المحرم من لم يكن معه [ما يجب فيه الزكاة]، ولو كان معه مائتا درهم إلا
درهم وليس له عيال، وله أخت محتاجة، لم أجبره على نفقتها. قال: وإن كان
يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهماً، وقال هشام عن محمد: إذا كان له

(١) في أ (إنفاق الأمر).

نفقة شهر وعنده فضل نفقة شهر له ولعياله ، أجبره على نفقة ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ^(١) .
قال محمد: فأما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهماً يكتفي منه بأربعة
دوانق ، فإنه يدفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه ، وينفق فضله على من يجبر على
نفقته .

وجه قول أبي يوسف: أن نفقة^(٢) الرحم صلة ، والصلوات تلزم مع الغنى
كالصدقات ، (وحدّ الغنى في الشريعة: ما تجب فيه الزكاة ، فمن ملك ما لا تجب
فيه الزكاة لم تلزمه الصلة)^(٣) .

وجه قول محمد: أن من كان عنده كفاية شهر ، فما زاد عليها فهو غني عنه
في الحال ، والشهر متسع للاكتساب ، فكان عليه صرف الزيادة إلى أقاربه ، ومن
له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه ، فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى
أقاربه ، كفضل ماله إذا كان له مال .

قال: ولا معنى لاعتبار النصاب ؛ لأن ذلك يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى ،
وهذا حق آدمي فلا يعتبر فيه النصاب ، وإنما يعتبر الإمكان (من الأداء)^(٤) .

١٩٢٥ - فَصْل : [على من ينفق من مال الغائب]

قال أبو الحسن: فإن كان الرجل غائباً لم ينفق على أحد من ماله إلا الأبوان
والزوجة والولد [الصغير] ، وهذا إنما يعني به إذا اعترف من في يده المال

(١) انظر: الأصل ٣٦٦/١٠ .

(٢) في أ (أن النفقة للرحم صلة) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) ساقطة من أ .

بالزوجية والمال ، وقد بيَّنا ذلك فيما تقدم (١) .

وقد قالوا: إن الأب ينفق من مال الابن عند غيبته إذا كان محتاجاً ؛ لأن له شبهة ملك في ماله ، فجاز له تناول ما يحتاج إليه من غير إذنه .

قالوا: فإن أنفق الأب من مال ابنه وحضر الابن ، فقال: كنت مُوسراً ، فقال الأب: كنت مُعسراً ، ينظر إلى حال الأب في حال الخصومة: فإن كان معسراً فالقول قوله ، وإن كان مُوسراً فالقول قول الابن ؛ لأنه إذا كان معسراً فالظاهر أنه لم يتغير حاله ، ومن ادعى الظاهر فالقول قوله ، فإن أقاما البيِّنة فالبيِّنة بينة الابن ؛ لأن شهوده يشهدون [أ/١٨٥] بالغنى ، وشهود الأب يشهدون بالفقر ، ومن علم الغنى فقد علم معنى زائداً لم يعلمه غيره .

١٩٢٦ - فُصِّلَ: [ما يباع على غائب للنفقة]

قال أبو حنيفة: لا يباع على غائب شيء في نفقة إلا الأبوين فإنهما يبيعان مقدار ما يحتاجان إليه من العُرُوضِ دون العَقَارِ ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعهما هو القياس ، وذكر أبو الحسن: أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة وقال: هو حسن .

وجه قول أبي حنيفة: أن الأب له ولاية في مال الابن في حال الصغر ، والبلوغ يُرفع ولايته ، فجاز أن يبقى أثرها كالموت ، ألا ترى أنه إذا مات سقطت ولايته وبقي أثرها وهو تصرف الوصي ؛ ولأن مال الولد مضاف إلى الأب بأنه كسبه ، وفي بيع العروض منفعة للغائب ؛ لأنها مما تتلف وتهلك ، فكان في بيعها جمعاً بين المنفعتين ، وليس كذلك العَقَارُ ؛ لأنه لا منفعة في بيعه للغائب [إذ لا

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٤١٢ .

يخشى هلاكها] فلم يجوز بيعه .

وجه قولهما وهو القياس: أنه لا ولاية للأب على الغائب ، فصار كغير الأب من الأقارب ، وقد قال محمد: إن القاضي لا يبيع للأب العروض ، ولكن [لا] يعترض عليه في بيعها ؛ لأن البيع يجوز للأب مع بقاء حكم الولاية ، وهذا المعنى لا يوجد في فعل القاضي ، ولأن هذه العروض يجوز أن تكون وديعة في يد الابن ، فإذا باعها الأب وجب عليه ضمانها ، [فإذا باعها الحاكم أبرأه من ضمان العهدة ، وذلك ضرر على الغائب] .

فأما الذي قال أبو الحسن: إنه لا يباع على غائب في النفقة إلا في نفقة الوالدين والزوجة والولد الصغير . فليس بصحيح ، وإنما يختص هذا بالأبوين ، فأما الذي يجمع هؤلاء فهو القضاء بالنفقة في وديعة الغائب إذا اعترف بها المودع ، فنقل أبو الحسن جواب إحدى المسألتين إلى الأخرى .

١٩٢٧ - فَصْل: [النفقة مع اختلاف الدين]

وقد قال أصحابنا: إن النفقة لا تجب مع اختلاف الدين إلا للوالدين والولد والزوجة والجد إذا كان الأب ميتاً ، ومن سواهم تجب نفقته مع اتفاق الدين ، فأما الوالدين فلقوله تعالى: ﴿ وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [لقمان: ١٥] ، وهذا في الكافرين ، فأما الزوجة فلأن نفقتها تجب بحكم العقد كالمهر ؛ وذلك لا يختلف بالأديان ، ونفقة الولد تجري مجرى نفقتها ، فأما نفقة ذوي الأرحام فنفقتهم على طريق الصلة ؛ وذلك لا يجب مع اختلاف الدين فيهم ، ألا ترى أنه يجوز للمسلم أن يبتدئ بقتل أخيه الحربي ولا يجوز أن يبتدئ بقتل أبيه ، فدل على أنه تجب صلة رحم الوالدين مع اتفاق الدين واختلافه ، ولا تجب صلة رحم من سواهم

مع اختلاف الدين ؛ ولما قدمنا .

قال أصحابنا: إن الكافر يجبر على نفقة ولده المسلم وكذلك والديه ، ويجبر الكافر على نفقة بنته المسلمة ، ويجبر المسلم على نفقة بنته [ب/١٨٥] النصرانية ؛ لأن هذه الرحم متأكدة فتجب صلتها مع اختلاف الدين واتفاقه .

وقد قالوا: إن وجوب النفقة على المسلم لأبويه الذميين استحساناً ، والقياس: أن لا تجب ، وقالوا: لو دخل أبواه وهما حربيان بأمان لم يجب عليه نفقتهما ؛ لأن صلة أهل الحرب ممنوع منها ، وكذلك لا يجوز أن يتصدق عليهم^(١) .

١٩٢٨ - فَصْلُ: [نفقة الولد الحر على الأب العبد]

وقد قالوا: إن العبد لا يلزمه نفقة ولده الحر ؛ وذلك لأنه لا ولاية له عليه ولا يد عليه ، فلا يستحق عليه نفقته ، ولأن إكسابه للمولى والمولى أجنبي من هذا الولد ، فلا يجب [نفقته]^(٢) في ماله . قالوا: فلا يجب على الحر نفقة ولده المملوك ؛ لأنه ملك لغيره ، والإنسان لا يجب عليه نفقة مملوك غيره .

١٩٢٩ - فَصْلُ: [الأمور الموضوعة للكفاية]

وقد قالوا: فيمن وجبت عليه نفقة غيره: إنها المأكل ، والمشرب ، والملبس ، والسكنى ، والرضاع ؛ لأنها موضوعة للكفاية ، وهذه الأمور محتاج إليها للكفاية ، فإن كان للمُنْفَق عليه خادم يحتاج إلى خدمته ، فُرِضَ له ؛ لأنه من جملة الكفاية مع الحاجة .

(١) انظر: الأصل ٣٦٨/١٠ .

(٢) في ب (نفقتهم) والمثبت من أ .

١٩٣٠ - فَضْلُ: [إجبار المرأة على إرضاع ولدها]

وقد قال أصحابنا: إن المرأة لا يجب عليها أن تُرضع وَلَدَهَا، إلا أن لا يوجد من يرضعه فتجبر على رضاعه، وقال مالك: إن كانت شريفة لم تجبر وإن كانت دَنِيَّةً أُجبرت^(١).

لنا: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فأوجب بدل للرضاع على الأب؛ ولأن الرضاع مؤنة للولد، فصار كنفقته بعد الكبر، فكما لا يلزمها أن تنفق عليه إذا استغنى عن الرضاع لم يلزمها أن ترضع. وقد قالوا: إن الأب إذا التمس لولده مرضعة، فإن أرادت الأم أن ترضعه فهي أولى؛ لأنها أقوم به وأشفق عليه [وأولى به]، فإن أرادت أن تأخذ أجراً على ذلك مع بقاء النكاح لم يجز؛ وذلك لأنها مستحقة للنفقة، وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة، فلا تجب لها نفقتان، ولأن أجرة الرضاع تجب لحفظ الصبي، وحفظه [من] نظافة البيت، ومنفعة البيت تحصل للزوجين، فلم يجز أن تأخذ عوضاً عن منفعة تحصل لها.

ولهذا قالوا: لو استأجرها على إرضاع ابنه من غيرها جاز؛ لأنه لا يجب عليها أن تسكنه معها، فلم يكن في حفظه منفعة تعود إلى منزلها.

وأما المبتوتة في إحدى الروايتين: لا يجوز لها أن تأخذ الأجرة؛ لأنها مستحقة للنفقة والسكنى كالزوجة، وفي الرواية الأخرى: يجوز؛ لأن النكاح زال فهي كالأجنبية، فأما إذا انقضت العدة والتمست أجرة^(٢) الرضاع، وقال الأب: إن أخذ

(١) انظر: الرسالة الفقهية ص ٢٠٨ (دار الغرب الإسلامي).

(٢) في أ (الأجرة).

من يرضعه بأقل من ذلك ، فذلك له ؛ لأننا لو ألزمناه دفع ما تلتمسه الأم لاشتطت^(١) عليه وألحقت به الضرر ، وقد قال الله تعالى: ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] [١/١٨٦] قيل في التأويل: لا تضار الأم [والده]^(٢) فتلزم الرضاع مع كراهتها ، ولا يضار الأب في إلزامه لها الزيادة على ما تلتمسه الأجنبية ، فأما إذا رضيت الأم بما تأخذه الأجنبية فهي أولى ؛ لأنها أشفق على الصغير وأنفع له^(٣).

١٩٣١ - فَصَّلْ: [نفقة الولد من الجارية المشتركة]

وقالوا في الجارية المشتركة: تأتي بولد فيدعيه مولياها ، فنفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما ؛ [لأن كل واحد منهما]^(٤) أب كامل في حقه .

١٩٣٢ - فَصَّلْ: [النفقة في مال المفقود]

وقد قالوا في المفقود: يفرض القاضي في ماله لأبويه ، وامراته ، والصغار من ولده والزمنى من الذكور والبنات النفقة ؛ وذلك لأن القاضي يلي عليه فقام مقامه ، فجاز أن ينصب عنه خصماً ، ويقضي عليه بنفقة هؤلاء ولا يقضي بنفقة من سواهم ؛ لأنها صلة لم تتأكد تأكد الدين ، ولا يعلم حياته فلا تثبت الصلات في ماله .

وقد قالوا: إنه لا يقضى في مال المفقود للجد وولد الولد ، وإنما أرادوا بذلك مع وجود الأب والولد ؛ لأنهم حينئذ في حكم ذوي الأرحام^(٥).

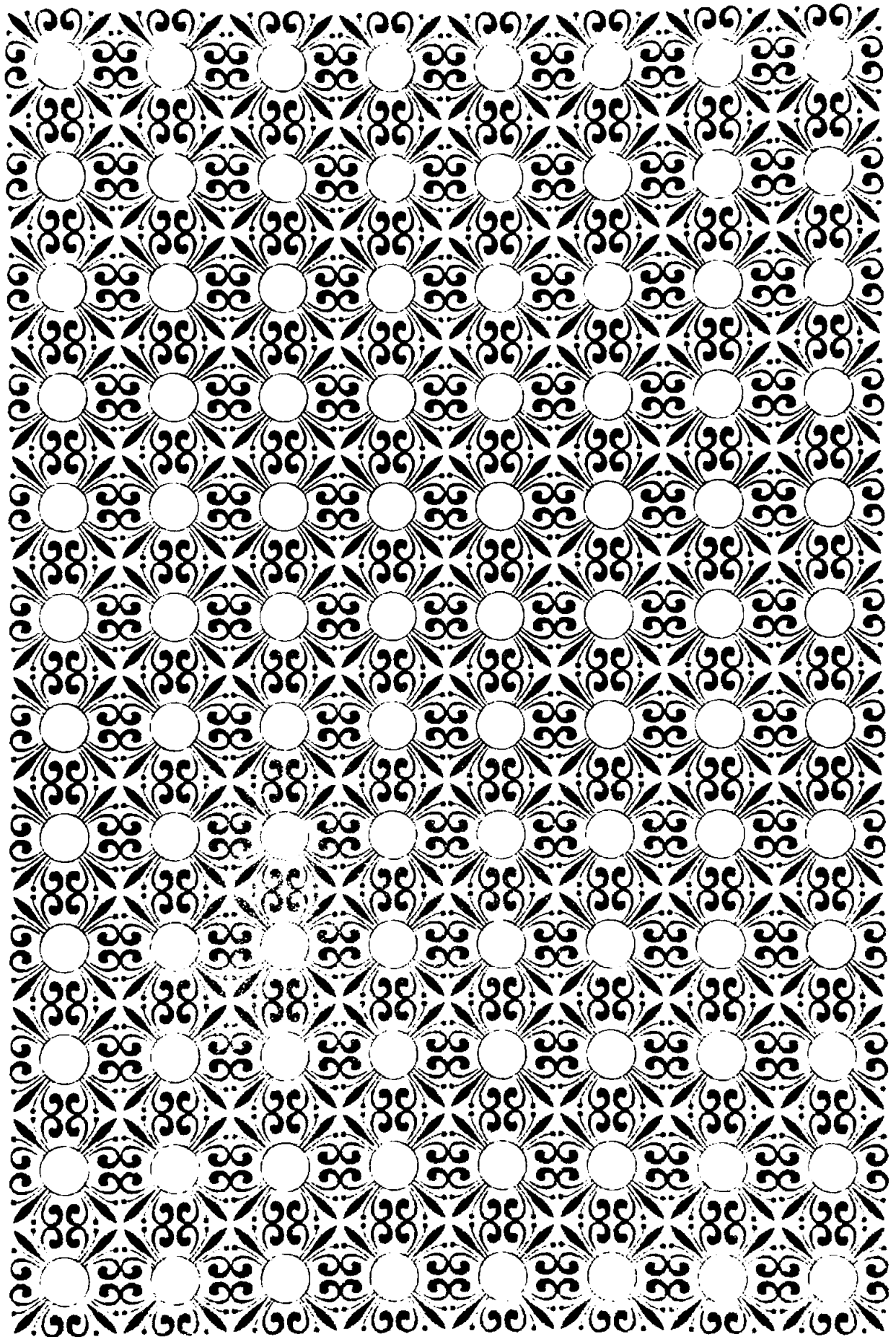
(١) في أ (لاشنتت).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤٦٠/٣ .

(٤) في ب (لأنه) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الأصل ٣٥٢/٩ ، ٣٥٣ .



[٤٩] كتاب العِدَّة

قال الشيخ رحمه الله تعالى: العِدَّة^(١) التريص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح أو بشبهة، وهي على ثلاثة أضرب: الحيض، [والشهور]^(٢)، ووضع الحمل.

فأما العدة بالحيض: [فإنها] تجب بالطلاق، والفرقة في النكاح الفاسد، وبالوطء بشبهة النكاح، وبعثق أم الولد، ويموت مولاها.

والأصل في وجوبها قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] لأنها موضوعة للاستبراء، والحيض يقع بها الاستبراء.

فأما العدة [بالشهور]^(٣) فهي على ضربين: ضرب منها يجب بدلاً عن الحيض فيمن لا تحيض لصغير أو لكبر أو لفقد الحيض، والأصل في وجوبها قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِيضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] وهذه العدة تجب على كل من كانت من ذوات الحيض لزمها الحيض، ولا تجب هذه العدة بالحيض إلا بوجود الدخول، وما جرى مجرى الدخول من الخلوة، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ

(١) العدة لغة: الإحصاء، وشرعاً: «هي التريص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح أو شبهته، وهي مدة وضعت شرعاً للتعرف عن براءة الرحم»، وسمي التريص عدة؛ لأن المرأة تحصي الأيام المضروبة عليها، وتنتظر الفرج الموعود لها. اللباب ٩٥/٢.

(٢) في ب (والسهم) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بالشبهة) والمثبت من أ.

ءَامِنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴿ [الأحزاب: ٤٩] .

وأما الضرب الثاني من الشهور: فهو الذي يلزم المتوفى عنها زوجها إذا كانت حائلاً، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفَوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة: ٢٣٤] وهذه العدة لا تجب إلا في نكاح صحيح، ويستوي فيها الدخول وعدم الدخول؛ لأن الله تعالى [١٨٦/ب] أوجبها بموت الزوج، وإطلاق ذلك يقتضي من كان نكاحه صحيحاً، ولم يفصل في الآية بين الدخول وعدمه.

فأما وضع الحمل فينقضي به كل عدة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف مثله، إلا في امرأة الصغير، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤] (١).

١٩٣٣ - فَصْل: [العدة في النكاح الفاسد]

قال أبو الحسن: وتجب العدة في النكاح الفاسد من يوم تقع الفرقة بفعل الحاكم أو غيره، وقد بيَّنا هذه المسألة خلاف زفر.

١٩٣٤ - فَصْل: [عدة أم الولد]

قال: وعدة أم الولد ثلاث حيض، أعتقها السيد أو مات عنها، وقال الشافعي: حيضة واحدة (٢).

(١) انظر: الأصل ٣٩٣/٤.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٢٥.

لنا: أنها^(١) تلزمها عدة بدلالة ما روي عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة أنهم قالوا: عدة أم الولد ثلاث حيض ، فسموا ذلك عدة ؛ ولأنها تجب على حُرّة ، والحرّة لا يلزمها الاستبراء ، وإذا ثبت أنها عدة لم تقدر بحيضة واحدة كسائر العدد ، وإنما استوى في الواجب عليها الموت والعتق ؛ لأن عدتها عدة وطءٍ فهي كالعدة في النكاح الفاسد ، ولأن العدة تلزمها بعد الموت بالعتق كما تلزمها في حال الحياة .

١٩٣٥ - فصل : [عدة النكاح الفاسد]

قال: وكذلك المنكوحه نكاحاً فاسداً يستوي فيها الموت والطلاق ؛ لأن عدتها تجب على وجه الاستبراء ، وعدة الوفاة تجب على طريق العبادة لحرمة النكاح^(٢) .

١٩٣٦ - فصل : [عدة الحامل]

قال: وعدة الحامل وضع حملها في أي وجه وجبت عليها العدة ، وهذا لا خلاف فيه في المطلقة ، وإنما الخلاف في المتوفى عنها [زوجها] ، فقال علي عليه السلام: عدتها أبعد الأجلين ، وقد بينا هذه المسألة .

١٩٣٧ - فصل : [عدة الأمة]

فأما الإماء فعدتهن بالحيض حيضتان ، وقال نفاة القياس: ثلاث حيض^(٣) .

لنا: حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها

(١) في أ (أن ما تلزمها) .

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤٠١ .

(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٨٦/٢ ؛ المحلى ص ١٨٤٤ .

حيضتان» ، وقال عمر بن الخطاب: عدتها حيضتان ، ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً ، ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر بنفسه فأثر فيه الرق كالقسم ، فأما العدة بالشهور التي هي بدل عن الحيض فعدة الأمة شهر ونصف ، وقال مالك: ثلاثة أشهر^(١).

لنا: أنها عدة فكان للرق تأثير فيها كالعدة بالحيض ، فأما الوفاة فعدتها شهران وخمسة أيام ؛ لأنها تتبع بعض ، فكانت عدتها على النصف من عدة الحرة ، كعدة المطلقة بالشهور .

١٩٣٨ - فصل: [عدة الأمة الحامل]

والأمة والحرة في وضع الحمل سواء ؛ ولأنه مما لا يتبع بعض فيستوي فيه الحرية والرق كالحدود التي لا تتبع بعض [١/١٨٧] .

قال: والعدة بالنساء دون الرجال ، وذلك لقوله ﷺ: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»^(٢) ، وقال: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»^(٣).

١٩٣٩ - فصل: [العدة بالشهور]

وقد ذكر أبو الحسن: العدة بالشهور ولم يبين كيفيتها ، وجملة ذلك: أن الوفاة والطلاق إذا اتفق في غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة ، وإن نقصت عن

(١) انظر: الرسالة الفقهية ص ٢٠٧ .

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٨٩) ، وقال: «هو حديث مجهول» ؛ الترمذي (١١٨٢) ؛ وابن ماجه (٢٠٧٩) ؛ والبيهقي في الكبرى ٣٦٩/٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ٣٨٦/٧ ؛ «ورواه الطبراني ورجال أحد الإسنادين رجال الصحيح» مجمع الزوائد ، ٣٣٧/٤ ؛ مصنف ابن أبي شيبة ، ١٠١/٤ .

العدد^(١) في قول أصحابنا جميعاً، فأما إذا حصل ذلك في بعض الشهر، فقال أبو حنيفة: تعتد من الطلاق تسعين يوماً، ومن الوفاة بمائة وثلاثين يوماً، وكذلك قال في صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأه في بعض الشهر.

وقال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: تعتد بقية الشهر بالأيام، ثم تتم عدتها على الأيام تسعين يوماً، وقال: بعد ذلك تعتد بقية الشهر بالأيام، ثم تعتد شهرين بالأهلة، وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام، أما إذا كانت الفُرقة في غُرّة الشهر؛ فلأنّ إطلاق الشهور يقتضي الأهلة، بدلالة قوله ﷺ: «الشهر هكذا وهكذا؛ فأشار بأصابع يديه ثلاثاً، وخنس إبهامه في الثالثة»^(٢)، فوجب حمل عدتها على الشهور المطلقة.

وأما إذا كانت الفُرقة في بعض الشهر، فوجه قول أبي حنيفة وإحدى الروایتين عن أبي يوسف: أن ابتداء العدة وجب بالأيام، فكان إكمالها على ما ابتُدئت عليه؛ ولأننا إذا اعتبرناها بالأيام زادت على الشهور، فالعدة يعتبر فيها الاحتياط، فإيجاب الزيادة أولى، فليس كذلك الإجارة إذا وقعت على الشهور في بعض الشهر؛ لأن كل جزء من الإجارة كالمعقود عليه عقداً مبتدأً، فصار عند استهلال الشهر كأنه ابتداء العقد فيكون بالأهلة، وليس كل جزء من العدة كعدة مبتدأة.

وجه قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد: أن إطلاق الشهر يقتضي الأهلة إلا أن الشهر الأول تعذر ذلك فيه، فعدلنا عن الظاهر إلى الأيام، وبقية

(١) في أ (العدة).

(٢) أخرجه البخاري (١٨٠٩)؛ ومسلم (١٠٨٠).

الشهور يمكن اعتبار الظاهر فيها، فاعتبرنا وسوينا بين العدة والإجارة، قال أبو يوسف - فيمن ألى في بعض الشهر - : إنه يعتبر بالأيام حتى يكمل مائة وعشرين يوماً، ولا ينظر إلى نقصان الشهر ولا إلى تمامه .

وروى عمرو بن خالد عن زفر في الإيلاء في بعض الشهر: أنها تعتد بكل شهر يمر لها ناقصاً كان أو تاماً .

لأبي يوسف: أن اعتبار الأيام يوجب تأخير الفرقة، فلم يجز إيقاعها بالشك، كمن علّق طلاق امرأته بمدة في المستقبل (وشك) ^(١) في المدة .

وزفر يقول: إن البيونة تتعلق بمدة الإيلاء، فهي كمدة العدة [وهي تمضي بالأهلة، كذلك هذا] .

١٩٤٠ - فِصْل : [عدة من وضعت ولدين]

قال: فإذا كانت [١٨٧/ب] المعتدة حاملاً فولدت ولدين انقضت العدة بالأخير منهما، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] والحمل عبارة عن الولدين؛ ولأن الحمل إنما تنقضي به العدة لبراءة الرحم بوضعه، وما دام معها ولد فلم يبرأ رحمها ولا تنقضي به العدة، وقد قالوا في الرجعية: إذا ظهر منها أكثر ولدها بانة، فعلى هذا يجب أن تنقضي العدة بظهور أكثر الولد .

١٩٤١ - فِصْل : [عدة من أسقطت الحمل]

وإذا أسقطت [المرأة] المعتدة: فإن كان السقط استبان بعض خلقه انقضت

(١) في أ (أوشك) .

به العدة، وإن لم يستبن لم تنقض به؛ وذلك لأنه إذا استبان فهو ولد، فصار كالولد الكبير، وإذا لم يستبن فيجوز أن يكون ولداً، ويجوز أن يكون غير ولد فلم تنقض العدة بالشك^(١).

وقد قال الشافعي في أحد قوليهِ: إنه يُرى للنساء. وهذا غلط لأن النساء لم يشاهدن خلق الولد في الرحم حتى يعرفن نظيره، فلم يمكن الرجوع فيه إلى قولهن^(٢).

وقال في القول الآخر: تجعل في الماء الحار فإن انحل فليس بولد، وإن لم ينحل فهو ولد. وهذا غلط؛ لأنه يجوز أن يكون قطعة من لحمها أو كبدها انفصلت [عنها]^(٣)، فلا يعلم أنه ولد.

١٩٤٢ - فَصْل: [مدة عدة الحمل]

قال: وليس للعدة بالحمل مدة، سواء (ولدت بعد وجوب العدة)^(٤) بيوم أو أقل أو أكثر، ولو ولدت والميت على سيره، انقضت به العدة على ما جاءت به السنة، وذلك لقوله تعالى: ﴿أَنْ يَضَعَنَّ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ولم يفصل.

فأما السنة التي ذكرها فما روي عن عمر أنه قال في المتوفى عنها: إذا ولدت وزوجها على السرير، جاز أن تتزوج^(٥).

(١) انظر: الأصل ٤/٤١٥.

(٢) قال النووي: «.. وبمضغة فيها صورة آدمي خفية، أخبر بها القوابل، فإن لم تكن صورة وقلن: هي أصل آدمي.. انقضت على المذهب». المنهاج ص ٤٤٦.

(٣) في ب (به) والمثبت من أ.

(٤) في أ (وجدت بعد وجود الفرقة).

(٥) انظر: الأصل ٤/٤٠٤.

١٩٤٣ - فَصْل: [عدة الكتابية تحت مسلم]

قال: وعلى الكتابية إذا كانت تحت مسلم ما على المسلمة، الحرة كالحرة، والأمة كالأمة؛ وذلك لأن العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج، [والذمية]^(١) غير مخاطبة بحقوق الله وهي مخاطبة بحقوق الآدميين، فيجبرها على العدة لحق الزوج.

١٩٤٤ - فَصْل: [عدة الذمية تحت ذمي]

وإن كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في موتٍ ولا فرقةٍ في قول أبي حنيفة إذا كان ذلك كذلك في دينهم، وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة.

وذكر أبو الحسن في جامعه: في ذمية تحت ذمي إذا مات عنها أو طلقها فتزوجت في الحال [جاز]، إلا تكون حاملاً فلا يجوز نكاحها.

فوجه قول أبي حنيفة: أن العدة تجب لحق الله تعالى ولحق الزوج، فما كان من حق الله تعالى فالذمية غير مخاطبة به في أحكام الدنيا كالصلاة والصوم، وما كان من حق الزوج فإنه لا يعتقده حقاً لنفسه، فلم يجز إيجابه لحقه، وأما إذا كانت حاملاً فالمنع من التزويج لكي لا يختلط النسب بوطء الزوج الثاني، وحفظ النسب حق للولد، وهو ممن لا يسقط [١/١٨٨] حقوق نفسه، فلم يجز اعتبار إسقاطه للحق، فكان على الحاكم استيفاء الحق له.

وجه قولهما: أن الذمية من أهل دار الإسلام كالمسلمة؛ ولأن أحكامنا تجري عليهم كسائر الأحكام.

(١) في أ (والزوجة)، والمثبت من ب.

١٩٤٥ - فَصْل: [عدة المهاجرة]

وقد ذكر [محمد] مسألة المهاجرة: أنه لا عدة عليها عند أبي حنيفة، وقالوا: عليها العدة، وقد قدمناها.

قال: فإن جاء الزوج مسلماً وتركها في دار الحرب، فلا عدة عليها في قولهم؛ وذلك لأن علي قول أبي حنيفة: الكافرة تلزمها العدة لحق المسلم، واختلاف الدارين يمنع من ثبوت الحقوق لأحدهما على الآخر، وعلى قولهما: إنما تجب العدة على الكافرة لجريان حكمنا على أهل الذمة، [والحربية] ^(١) لا تجري عليها حكمنا.

١٩٤٦ - فَصْل: [في الخلوة التي توجب العدة]

وتوجب الخلوة الصحيحة ^(٢) العدة في النكاح الصحيح دون الفاسد؛ وذلك لأن الخلوة في النكاح الصحيح قائمة مقام الوطاء في استقرار المهر، وكذلك في وجوب العدة، ولأن العدة أولى؛ لأنها تجب على وجه الاحتياط، والمهر لا يجب على وجه الاحتياط، فإذا وجب [المهر] بالخلوة فأولى أن تجب العدة، ولأن التسليم الموجب بالعقد قد حصل، فتجب به العدة كما تجب بالوطء، فأما النكاح الفاسد فالخلوة فيه ليست موجبة بالعقد، ألا ترى أنه لا يوجب التسليم، فكذلك لا يوجب العدة، وأما الخلوة الفاسدة فهي على ضربين:

كل خلوة يمكن معها الوطاء وجبت بها العدة، وإن لم يستقر بها المهر كخلوة الصائم والمُحْرَم، والخلوة بالحائض والصائمة [صوم فرض]؛ وذلك

(١) في ب (والحرمة) والمثبت من أ.

(٢) والخلوة الصحيحة: وجود المرأة مع الرجل في مكان لا يمكن أن يطلع عليهما فيه أحد.

لأنهما يتهمان في حق الله تعالى، والعدة تجب على وجه الاحتياط.

فأما الخلوة التي لا يمكن معها الوطء، كخلوة المريض المدنف^(١) أو المريضة المدنفة، أو الصغير الذي لا يجمع مثله أو الصغيرة، فلا عدة؛ لأنهما لا يتهمان بالوطء، ولم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد.

١٩٤٧ - مَسْأَلَةٌ: [عدة المطلقة ثلاثاً في مرض الموت]

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في مرضه الذي مات فيه ثلاثاً أو طلاقاً بائناً، ثم مات قبل أن تنقضي عدتها فورثت، اعتدت بأربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حَيْضَ عند أبي حنيفة ومحمد، وكذلك كل معتدة [ورثت]، وقال أبو يوسف: عليها ثلاث [حَيْضَ].

وجه قولهما: أن المطلقة في المرض صارت في حكم المتوفى عنها [زوجها] في استحقاق الميراث، وهو لا يثبت بالشك؛ فلأن تصير في حكم المتوفى عنها في العدة وهي تثبت على وجه الاحتياط أولى، ولا تلزم امرأة المرتد؛ لأنها كذلك في إحدى الروايتين، وهذا معنى قول أبي الحسن، وكذلك كل معتدة ورثت.

وجه قول أبي يوسف: أن العدة لزمها بالطلاق، وإنما ورثت لأن الزوج متهم في الفراق، فبقيت العدة [١٨٨/ب] بحالها.

١٩٤٨ - فَصْلٌ: [عدة المطلقة طلاقاً رجعيّاً]

قال: وإن كان الطلاق رجعيّاً في صحة أو مرض، فعليها أربعة أشهر وعشراً

(١) «من دَنَفَ المريض دنفاً: إذا لا زمه المرض» كما في المصباح، أو بمعنى: «اشتد مرضه وأشفى على الموت» كما في المعجم الوجيز (دنف).

وبطل عنها الحيض في قولهم؛ وذلك لأن الرجعية زوجة، وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة كغير المطلقة^(١).

١٩٤٩ - مَسْأَلَةٌ: [عدة زوجة الصبي حال الحمل]

فإذا مات الصبي عن امرأته وهي حامل فعدتها: أن تضع حملها عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشراً.

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ولا يقال: إن هذا عموم، والقياس عندكم أن تعتد بالشهور، فهلا خصصتم العموم بالقياس؛ وذلك لأن هذا العموم لم يبق على تخصيصه ولا يختص بالقياس، فإن قيل هو مخصوص بالحمل من الزنا، قلنا: ليس كذلك؛ لأن العدة تنقضي به في قياس قولهما، ويتصور ذلك فيمن تزوج بحامل من الزنا ثم طلقها فوضعت حملها، ألا ترى أنهما قالوا في امرأة الصغير: إن عدتها تنقضي بوضع الحمل وهي من الزنا، ولأن من جاز أن تعتد من زوجها بالشهر، جاز أن تعتد بوضع الحمل كامراً الكبير.

وجه قول أبي يوسف: أنا تيقنا أن الحمل ليس منه، فلا تنقضي العدة كالحمل الحادث بعد الموت.

قال أبو الحسن: فإن مات وهي حائل، ثم حملت بعد موته قبل انقضاء العدة، فعدتها الشهور عندهم جميعاً. وهذا الفصل مشتبه العبارة في الكتب، وقد بينه أبو الحسن بياناً أزال الشبهة؛ لأن أصحابنا يقولون: إذا ظهر الحمل بعد الوفاة

(١) انظر: الأصل ٤/٤١٢.

فعدتها الشهور، ويفصلون بينها وبين امرأة الكبير، فيقولون: إذا ظهر الحمل
بامرأة الكبير فنسبه ثابت بالفراش، وثبوت نسبه يقتضي الحكم بوجوده قبل
الموت، فصار كالحمل الظاهر، وأما امرأة الصغير فلا يثبت نسب ولدها [منه]
حتى يصير محكوماً به قبل الوفاة؛ فلذلك لا تنقضي به العدة.

والصحيح ما ذكره أبو الحسن: أن العدة تنقضي بحملها ظاهراً كان عند
الموت أو غير ظاهر، والذي لا تنقضي به العدة هو الحادث، وكذلك ذكر محمد
في كتاب الطلاق، وقد قال أبو الحسن في جامعه: وإن حملت التي عدتها بالحيض
بعد الطلاق حملاً حادثاً، فعدتها أن تضع حملها - وإن كان لأكثر من سنتين -
إذا علم أنها حملت بعد لزوم العدة؛ وذلك لأن عدة الحيض موضوعة للاستبراء،
والاستبراء لا يكون مع الحمل؛ ولذلك وقف انقضاء العدة [بوضعها] ^(١).

١٩٥٠ - فصل: [عدة من بلغها طلاق زوجها أو موته]

فإذا بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته، فعليها العدة من يوم طلق أو مات،
وحكي عن علي عليه السلام أنه قال: من يوم يأتيها الخبر.

لنا: أن العدة مضي الزمان، وذلك موجود وإن لم تعلم به، ولأنها لا تقف
على فعلها، ألا ترى أنها لو علمت فلم تجتنب ما تجتنبه المعتدة [١/١٨٩] انقضت
عدتها بمضي الزمان، [وما لا] ^(٢) يقف على فعلها، فلا معنى لاعتبار علمها
فيه ^(٣).

(١) في ب (على وضعه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وقالا) والمثبت من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٤٠٢.

بَابُ انتقال العدة

—•••••—

قال الشيخ رحمته الله: الكلام في هذا الباب يجب أن يقدم عليه: أن الأقراء ما هي؟ فقال أصحابنا: هي الحيض.

وقد روي ذلك عن بضعة عشر من الصحابة: وروى إبراهيم عن علقمة عن علي، وعبد الله رحمته الله أنهما قالا: هو أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، وعن عمر وابن مسعود مثله.

وعن مكحول: أن أبا بكر، وعمر، وعلياً، وابن مسعود، وأبا الدرداء، وعبادة بن الصامت، وعبد الله بن قيس رحمته الله قالوا مثل ذلك.

وقال الشعبي عن اثني عشر أو ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم [الخير فالخير]^(١) منهم: أبو بكر، وعمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس: أن الرجل أحق بامرأته إذا طلقها واحدة أو ثنتين [حتى تغتسل من القرء]^(٢) الثالث.

وروى عطاء الخراساني عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَأَمْطَلَّتْ يُرَبِّصَنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ قال: هي ثلاث حيض.

وروي عن ابن عباس أنه قال: إذا طعت في الحيضة الثالثة، [بانث] ولا يحل لها أن تتزوج حتى تغتسل من الحيضة الثالثة.

(١) في ب (الحر فالحر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وأن الطهر قرء) والمثبت من أ.

وعن زيد بن ثابت: إذا طعنت في الثالثة [بانث] ، فلم يحل عنه في خروجها بين الحيضة الثالثة شي^(١).

وقال ابن عمر وعائشة: الأقرء: الأطهار ، وبه قال الشافعي^(٢).

وقد تكلم الناس في هذه المسألة من طريق اللغة ، [وبيّن كل واحد منهم أن الاسم قد عبّر به عما قاله ، فلا معنى للرجوع إلى اللغة] ؛ لأنهم اتفقوا أن القرء يتناول الأمرين ، وأن مراد الله تعالى بالآية أحدهما ، فيجب الرجوع إلى ما دل عليه الدليل ، إلا أنا وجدنا أهل اللغة [وإن سمّوا القرء طهراً]^(٣) ، فلم يسموه بذلك إلا إذا تخلل الدم ، فدلّ على أن الاسم إنما يتناوله لمعنى يعود إلى غيره ، والدليل على أن المراد بالآية الحيض قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قال ابن عباس ، وإبراهيم ، ومجاهد ، والضحاك: الولد ، ودم الحيض ، فلم يحك عن أحد من أهل التأويل خلافه ، فلما أمرها بالاعتداد ونهاها عن كتمان (الحمل والحيض)^(٤) ، دل على أن العدة تنقضي بما نهاها عن كتمانها^(٥) ، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَتْ فَعَدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] ومن حكم المبدلات أن يشترط عدمها في الانتقال إلى أبدالها ، كقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ فلما شرط عدم الحيض في الانتقال إلى الأشهر ؛ دلّ على أن

(١) انظر بالتفصيل: التمهيد لابن عبد البر ، ٩٢/١٥ ، ٩٣ .

(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣٨٥/٢ ؛ المزني ص ٢١٧ ؛ المذهب ٥٣٣/٤ .

(٣) في ب (ما لم تغتسل) والمثبت من أ .

(٤) في أ (الحبل والحيض) .

(٥) انظر: التجريد للمؤلف ٥٢٨١/١٠ ؛ وتفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٢٠١ .

الحيض هو المبدل ، ولأن الخلاف إذا وقع فيما تناولته الآية وجب الرجوع إلى لغة النبي ﷺ ، ألا ترى أن الصحابة لما اختلفوا في التابوه والتابوت قالوا: اكتبوها بالتاء فإنها لغة قريش ، والقرآن [١٨٩/ب] نزل بلغتهم .

وقد روى عروة أن فاطمة حدثته أنها أتت إلى النبي ﷺ ، فشكت إليه الدم فقال: «إنما ذاك عرق فانظري إذا أتاك قرؤك فلا تصلي ، فإذا مرَّ القرء فتطهري وصلي ما بين القرء إلى القرء»^(١) .

وروى مسروق عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها»^(٢) ، ويدل عليه قول النبي ﷺ: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان» ، ولأن ما تقصد به العلم ببراءة الرحم يقع بالحيض كالاستبراء ، وقد دل عليه قوله ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرئ بحيضة»^(٣)^(٤) .

١٩٥١ - فصل: [تداخل العدتين]

وإذا ثبت أن الأقراء هي الحيض ، قال أصحابنا: إذا وجب على المرأة عدتان من جنس واحد ، مثل المطلقة إذا تزوجت في عدتها ، فوطئها الزوج فإن العدتين تتداخلان ، وإن كانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة

(١) قال ابن القيم: «حديث عروة... قال ابن القطان: منقطع...». حاشية ابن القيم على أبي داود، ٣٢٣/١.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨١)؛ والترمذي (١٢٨)؛ وابن ماجه (٦٢٥)؛ والبيهقي في الكبرى، ٣٢٩/١، وغيرهم.

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٥٧)؛ والترمذي (١٥٦٤)؛ والبيهقي في الكبرى ١٢٤/٩؛ والحاكم في المستدرک، ٢١٢/٢؛ و«رواه الطبراني في الصغير والأوسط، وفيه بقية والحجاج بن أرطاة، وكلاهما مدلس». مجمع الزوائد، ٤/٥.

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٣٩٩.

تداخلت أيضاً، واعتدت بما تراه من الحيض في الأشهر من عدة الوطاء، وقال الشافعي: تمضي في العدة الأولى، فإذا انقضت استأنفت الأخرى^(١).

لنا: أن العدة مُضيُّ أجلٍ؛ بدلالة أنها لو لم تعلم بالفرقة حتى انقضت العدة سقطت، ولو علمت فلم تجتنب ما تجتنبه المعتدات ولم تقم في منزل الزوج وتزوجت انقضت العدة، فلو تعلقت بفعلها لم تنقض مع ما يضادها، وإذا ثبت أنها أجل حَلَّت محل أجل الدين، فينقضي الأجلان بمضي زمان واحد، ولأنها معتدة من الثاني عقيب الوطاء؛ بدلالة أن العدة من أحكام النكاح، فلا يمنع أن يطرأ عليها عدة كنفس النكاح، وإذا كانت معتدة في حق الثاني احتسب بما تراه من الحيض من عدتها، كما لو لم تكن معتدة من الأول^(٢).

١٩٥٢ - فَصْل: [انتقال العدة وتغيّرها]

وأما الكلام في انتقال العدة وتغيّرها فهو على ضروب:

أحدها: أن كل عدتين كانت إحداها بدلاً عن الأخرى إذا طرأ المبدل انتقلت إليه مبتوتة كانت أو رجعية، وهذه كالصغيرة إذا اعتدت ببعض الشهور ثم رأت الدم؛ وذلك لأن البدل لا يثبت له حكم مع القدرة على المبدل، فسقط حكم الأشهر فانتقل إلى الحيض.

فأما الآيسة إذا اعتدت ببعض الشهور ثم رأت الدم، فقد ذكر أبو الحسن أنها تنتقل، وهذا ظاهر على الرواية التي لم يقدرها للإياس مقداراً، فإذا ظنت أنها قد

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٠٢؛ مختصر المزني ص ٢٢٤؛ المنهاج ص ٤٤٧.

(٢) انظر: التجريد ١٠/٥٣٢١.

أيست ثم رأت الدم أو حبلت ، تبيّن أنها لم تكن آيسة ، فلم تعتد^(١) بالشهور في حقها .

فأما على الرواية التي قدروا للإياس قدرأ إذا بلغته ، ثم رأت الدم بعده ، لم يكن حيضاً كما [١/١٩٠] تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها ، وقد كان أبو بكر الرازي يقول في الآيسة إذا رأت الدم : إن هذا يجوز في العادة ، ومعناه التي ظنت أنها آيست .

فأما الآيسة : فما تراه من الدم لا يكون حيضاً ، ألا ترى أن وجود الحيض كان منها معجزة لنبي من الأنبياء^(٢) ، فلا يجوز أن يوجد إلا على وجه المعجزة ، ومن هذه [الجملة] ما قالوا فيمن اعتدت بحيضة أو بحيضتين ثم آيست استقبلت العدة بالشهور ؛ لأنها لو بنت اجتمع البدل والمبدل في عبادة واحدة ، فإن قيل هذا غير ممتنع إذا طرأ البدل على [المبدل]^(٣) ، ألا ترى أن المحدث في صلاته إذا لم يجد الماء بنى بالتميم ، فكذلك كان^(٤) يجب أن تبني هاهنا بالشهور .

فالجواب : أن الصلاة ليست هي الأصل [والبديل] ، وإنما هي عبادة مؤداة بأصل وبدل ، وهذا غير ممتنع كما يؤديها بالوضوء^(٥) والإيماء ، فأما العدة فهي في نفسها أصل وبدل ، فلا يجمع بينهما ، كما لا يجمع بين التراب والماء .

(١) وفي ب (تعتبر) والمثبت من أ .

(٢) هي زوجة إبراهيم ﷺ في قوله تعالى : ﴿ وَأَمْرَأَتُهُ قَائِمَةٌ فَضَحِكْتُمْ فَبَشَّرْنَاهَا بِإِسْحَاقَ وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبَ ۗ قَالَتْ يَوْتَلِكُنَّ آلُ اللَّهِ وَأَنَا عَجُوزٌ وَهَذَا بَعْلِي شَيْخًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عَجِيبٌ ﴾ [سورة هود : ٧١ - ٧٢] .

(٣) في ب (البدل) والمثبت من أ .

(٤) في أ (فكذلك هاهنا وجب أن يبنى بالشهور) .

(٥) في أ (بالركوع والسجود والإيماء) .

والفصل الثاني: كل عدتين وجبتا في حال الحياة وليست إحداهما بدل عن الأخرى، كالأمة إذا طلقت ثم أعتقت، فإن كان الطلاق رجعياً انتقلت إلى عدة الحرائر، وإن كان بائناً لم تنتقل.

وقال مالك: لا تنتقل في الوجهين، وقال الشافعي: تنتقل فيهما^(١)، أما الرجعية فلأنها زوجة، والحررة إذا وجبت عليها العدة [من وجه]^(٢) كانت عدة الحرائر كما لو طلقها بعد العتق، فأما البائن فلأن إحدى العدتين ليست [بدلاً]^(٣) عن الأخرى، فلا [تتغير]^(٤) بعد البيونة كعدة الوفاة.

وأما النوع الثالث: فهي المطلقة إذا مات عنها زوجها، فإن كانت رجعية انتقلت إلى عدة الوفاة؛ لأنها زوجته وقد قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فإن كانت مبتوتة فهو على وجهين: إن لم ترث لم تتغير عدتها؛ لأن إحدى العدتين ليست ببدل عن الأخرى فلا تنتقل بعد البيونة، ولأن الله تعالى أوجب الشهور على الزوجات، والبائن ليست بزوجة، وأما إذا ورثت فإنها تضم إلى الحيض الأشهر في قول أبي حنيفة ومحمد. وقد قدمنا هذه المسألة.

قال أبو الحسن: ومن حملت في عدتها، فالعدة: أن تضع حملها؛ وذلك لأن وضع الحمل أصل العدد، ألا ترى أنها موضوعة لبراءة الرحم، ووضع الحمل [أصل] ما يستبرأ به الرحم، فيسقط معه ما سواه كما تسقط الشهور مع

(١) انظر: المبسوط ٣٧/٦؛ المدونة ٤٣٥/٢؛ الأم ٢١٧/٥.

(٢) في ب (وهي زوجة) والمثبت من أ.

(٣) في أ (أصل).

(٤) في ب (تتيقن) والمثبت من أ.

[١٩٠/ب] الحيض .

وقد قال محمد: فيمن مات عن امرأته وهو صغير أو كبير، ثم حملت بعد موته: فعدتها بالشهور لا تتغير؛ لأن هذه العدة لا يقصد بها الاستبراء، وإنما هي عبادة، وإن كانت حاملاً في ابتدائها تعلقت العدة بوضع الحمل، وإن كانت حائلاً تعلقت بالشهور فلم تتغير بوجود الحمل .

قال: فإن كانت في عدة طلاق فحبلت بعد الطلاق وعلم ذلك، فعدتها أن تضع حملها؛ لأن المقصود بهذه العدة الاستبراء، وقد بينا أن وضع الحمل أصل في الاستبراء، وإذا قدرت عليه سقط ما سواه .

قال محمد: وإن لم يعلم أنها حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين، فقد حكمنا بانقضاء عدتها قبل وضعه بستة أشهر؛ لأن المسلمة لا يحمل أمرها على أنها تزوجت في عدتها، فلم يبق إلا أن يحكم بانقضاء عدتها قبل أن تحمل، وقد بينا جملة ما ذكره أبو الحسن في الباب، ونحن نضم إليه جملة من تغير العدد، لم يذكرها .

قال أصحابنا: إذا زوج المولى أم ولده ثم مات عنها وهي تحت زوج [أو في عدة زوج] فلا عدة عليها بموت المولى؛ لأنها ليست فراشاً له، والعدة تجب لزوال الفراش، فإن أعتقها ثم طلقها الزوج فعدتها عدة الحرائر، وإن أعتقها وهي في العدة فإن كانت رجعية تغيرت عدتها، وإن كانت بائنة لم تتغير على ما قدمناه، فإن انقضت عدتها ثم مات المولى فعليها بموت المولى ثلاث حيض؛ لأنها عادت فراشاً له، فوجب العدة لزوال الفراش .



١٩٥٣ - فصل: [عدة الأمة في حال موت الزوج والمولى]

قال: وإن مات المولى والزوج، وبين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام، ولا يُعلم أيهما مات أولاً فعليها أربعة أشهر وعشراً، فيها ثلاث حيض في قولهم؛ وذلك لأنه إن مات الزوج أولاً^(١) فقد وجب عليها شهران وخمسة أيام؛ لأنها أمة، ثم مات المولى بعد انقضاء عدتها فوجب عليها ثلاث حيض، وإن مات المولى أولاً عتقت بموته، ولا يجب عليها عدة منه، فلما مات الزوج وهي حرة وجب عليها أربعة أشهر وعشرة أيام، فقد حصل هاهنا حالة يجب فيها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض، وحالة تجب أربعة أشهر وعشراً، [فيها ثلاث حيض] ((والحيض)^(٢) تدخل في الشهور، فوجب عليها على طريق الاحتياط أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض)^(٣).

وأما إن كان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام، فعليها أربعة أشهر وعشر في قولهم؛ لأنه لا حال بوجود الحيض، ألا ترى أنه [إن] مات المولى أولاً لم يجب بموته شيء؛ لأنها تحت زوج فوجب عليها أربعة أشهر وعشر، وإن مات [١/١٩١] الزوج أولاً وجب عليها شهران وخمسة أيام، وإن مات المولى وهي في العدة فلم يجب عليها شيء بموته، فألزمناها أكثر المدتين.

وأما إذا لم يعلم كم [كان بين] موتيهما ولا أيهما الأول، فعليها عند أبي حنيفة: أربعة أشهر وعشرة لا حيض فيها.

(١) هنا في ب زيادة عبارة (فعليها ثلاث).

(٢) في النص (والشهران)، والمثبت ما يدل عليه السياق. والله أعلم.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقال أبو يوسف ومحمد: فيها ثلاث حيض .

وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة: ٢٣٤] وهذا تقدير بالنص فلا يزداد فيه بقياس ؛ ولأن كل أمرين [حادثين]^(١) لا يعلم تاريخ ما بينهما يحكم بوقوعهما معاً كالغرقى ، وإذا حكمنا بموت الزوج مع موت المولى ، وجبت عليها العدة وهي حرة ، فكانت [عليها] عدة الحرائر ، فلم يكن لإيجاب الحيض حال فسقطت .

وجه قولهما: أنه يحتمل أن يكون موت الزوج تقدم فانقضت العدة ثم مات المولى ، ويحتمل أن يكون المولى مات ثم مات الزوج ، والعدد يعتبر فيها الاحتياط ، فيجمع بين الشهور والحيض .

١٩٥٤ - فَصْلُ: [تداخل عدة الزوج والمولى على أم الولد]

وعلى هذا الأصل قال بشرُّ عن أبي حنيفة^(٢) : إذا تزوجت أم الولد بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج ثم مات الزوج والمولى ، ولا يعلم كم بين موتيهما ولا أيهما أولاً ؛ فعليها حيضتان في قياس قول أبي حنيفة ؛ لأنه يحكم بموتيهما معاً .

وفي قول أبي يوسف: يجب عليها ثلاث حيض في أربعة أشهر وعشر على أصله في اعتبار الاحتياط .

قال: فإن علم أن بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضتان ؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون المولى مات أولاً فجاز نكاحها

(١) في ب (جاو وبين) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (أبي يوسف) .

بعثتها، فوجبت عليها عدة الحرائر بالوفاة، ويحتمل أن يكون الزوج مات أولاً فتجب عليها حيضتان، فاحتاطوا في الجمع بينهما.

قال: وإن حاضت حيضتين بين موتيهما فعليها أربعة أشهر وعشر، فيها ثلاث حيض في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه يجوز أن يكون المولى مات أولاً فعتقت فصَحَّ نكاحها، فلما مات الزوج وجبت عليها الشهور، ويحتمل أن يكون الزوج مات أولاً ثم مات المولى بعد انقضاء العدة، فتجب عليها ثلاث حيض، فاحتاطوا في إيجاب الشهور والحيض.

١٩٥٥ - فَصْل: [شراء الرجل زوجته وإعتاقها]

وإذا اشترى الرجل زوجته ولها منه ولد فأعتقها فعليها ثلاث حيض: حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب الزوجة، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها ذلك؛ لأنه لما اشتراها فسد نكاحها، فصارت معتدة في حق غيره، وإن لم تكن معتدة في حقه بدلالة أنه لا يجوز له أن يزوجه، [١٩١/ب] فإذا أعتقها صارت معتدة في حقه وحق غيره؛ لأن المعنى المانع من كونها معتدة في حقه، إباحة وطئها وقد زال، فوجب عليها حيضتان لفساد النكاح وفي العتق، وعدة النكاح يجب فيها الإحداد، فأما الحيضة الثالثة فإنما تجب في العتق خاصة، وعدة العتق لا إحداد فيها.

١٩٥٦ - فَصْل: [شراء الأمة بعد الطلاق والاستبراء]

فإن كان طَلَّقَهَا قبل أن يستبرئها تطليقة بائنة ثم اشتراها، حلَّ له وطؤها وكان لها أن تتزين؛ وذلك لأن الملك سبب في الإباحة، فإذا حصل بعد البيونة صار



كعقد النكاح ، فإذا حلت له سقط عنها الإحداد^(١).

قال: فإن حاضت ثلاث حيض قبل العتق ثم أعتقها فلا عدة عليها من النكاح ، وتعتد من العتق ثلاث حيض ؛ وذلك لأنها وإن لم تكن معتدة في حقه بعد الشراء فهي معتدة في حق غيره بدلالة [أنه] لا يزوّجها ، فإذا مضت الحيض مع وجوب العدة في وجه من الوجوه اعتد بها ، فإذا أعتقها وجب عليها بالعتق عدة أخرى .

١٩٥٧ - فُصِّل: [شراء المكاتب زوجته ثم موته مع ترك وفاء]

وإذا اشترى المكاتب زوجته ومات وقد ترك وفاء ، فأديت الكتابة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل ، ووجب عليها العدة من فساد النكاح حيضتان إن كانت لم تلد منه وقد دخل بها ، وذلك لأننا نحكم بعتق المكاتب إذا ترك وفاء فأدى في آخر جزءٍ من أجزاء حياته ، وإذا أعتق ملكها وفسد نكاحها ، فلما مات زالت الاستباحة ، فبقيت الحيض .

قال: فإن كانت ولدت فعليها إتمام ثلاث حيض ؛ وذلك لأنها أم ولد ، فيجب عليها حيضتان بالنكاح والعتق ، وحيضة بالعتق خاصة ، فإن لم يترك وفاء فعليها شهران وخمسة أيام ، دخل بها أو لم يدخل بها إذا لم تكن ولدت منه ؛ وذلك لأنه لما صار عاجزاً لم يفسد نكاحها فمات عنها وهي زوجة أمة ، فيجب عليها شهران وخمسة أيام ، فالدخول وعدم الدخول في عدة الوفاة سواء .

قال: فإن كانت ولدت منه سعت وسعى ولدها على نجومه ، فإن عجزا

(١) في أ (الإعداد).

فعدتها شهران وخمسة أيام لما قدمنا، فإن أديا عتقا وعتق المكاتب، فإن كانت أدت وهي في العدة فعليها ثلاث حيض مستأنفة من يوم عتقها تستكمل فيها شهران وخمسة أيام من يوم مات المكاتب؛ وذلك لأن المكاتب إذا ترك ولدًا ولم يترك وفاء، (فإن الولد يسعى ويؤدي البدل) ^(١)، وإذا حكمنا بعتق المكاتب في الحال أسندناه إلى ما قبل الموت من طريق الحكم، ألا ترى أنه مات عاجزاً في الظاهر، فلم يحكم [١/١٩٢] بعتقه قبل موته مع العجز، وإنما نحكم عند الأداء فيعتق بعتقه، وتجب عليها الحيض بعد العتق، وليس كذلك إذا ترك وفاء؛ لأن الدين ينتقل من ذمته إلى المال، فإذا أدى حكمنا بسقوط مال الكتابة عنه قبل موته وسلامته للمولى، فيعتق في ذلك الوقت.

وقد قال زفر في الفصلين جميعاً: إنا نحكم بعتقه قبل الموت، ونجعل الولد إذا أدى، كالكسب إذا أدى عنه.

قال: فإن أديا يعتقا بعد ما انقضت العدة بشهرين وخمسة أيام، فعليها ثلاث حيض مستقبلية؛ لأن عدة الوفاة لما انقضت تجدد وجوب عدة بالعتق، فكان عليها أن تعتد بها.

١٩٥٨ - فصل: [شراء المكاتب ولده مع أمه ثم مات وترك وفاء]

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: إذا اشترى المكاتب امرأته وولده منها ومات وترك وفاء من ديون له أو مال فعدتها ثلاث حيض في شهر وخمسة أيام؛ لأنني لا [أعلم] ^(٢) يؤدي المال فيحكم بعتقه أو يتوى فيحكم بعجزه: فوجب

(١) في أ (فاكتسب الولد وأدى).

(٢) في ب (أحكم) والمثبت من أ.

الجمع بين العديتين .

١٩٥٩ - فَصْل : [زواج المكاتب بنت مولاه ثم موتها]

وإذا تزوج المكاتب بنت مولاه ثم مات المولى ومات المكاتب وترك وفاء فعليةا أربعة أشهر وعشرة أيام دخل بها أو لم يدخل ؛ لأن النكاح عندنا لا يفسد بموت المولى ، فإذا مات المكاتب عن زوجته حرة وجب عليها عدة الحرائر وإن لم يترك وفاء وقد دخل بها ، فعليةا ثلاث حيض ، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها ؛ لأنه مات عاجزاً فملكته قبل موته وانفسخ النكاح فوجب عليها العدة بالفرقة في حال الحياة ، إن كان دخل بها [وجب] وإلا لم تجب .



بَاب ما يلزم المعتدة في عدتها



قال أبو الحسن: وإذا كانت المرأة في عدة من طلاقٍ فينبغي لها: أن لا تخرج من بيتها ليلاً ولا نهاراً، لقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١]؛ ولأن نفقتها في مال زوجها فصارت كالزوجة.

وقد اختلفت السلف في تأويل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ﴾ فقال عبد الله بن مسعود: الفاحشة أن تزني، فتخرج لإقامة الحد، وهو إحدى الروايتين عن إبراهيم.

وقال ابن عباس: العصيان والنشوز^(١).

وقال ابن عمر وإحدى الروايتين عن إبراهيم: الخروج نفسه هو الفاحشة^(٢).

وذكر بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: الفاحشة أن تخرج، قال: وبه قال أبو حنيفة.

قال: وحدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن مسعود قال: الفاحشة أن تزني فتخرج لإقامة الحد، وهو قول أبي يوسف، وليس يمتنع أن يكون ذلك مراداً بالآية؛ لأن اللفظ يحتمله، وقد [١٩٢/ب] كان أصحابنا يقولون: الصحيح قول ابن مسعود؛ لأن الغاية لا تكون غاية لنفسها، فلما قال: ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ

(١) في أ (الفسق).

(٢) انظر: تفسير ابن عطية ص ١٨٦٧.

بِفَاحِشَةٍ ﴿ دل على أن الفاحشة غير الخروج ، وليس يمتنع أن يصحّ قول إبراهيم ، فيكون معناه: ولا يخرجن إلا وهن بصفة من فعل الفاحشة كما يقول: لا يزني إلا فاسق ولا يسب النبي ﷺ إلا كافر ، معناه: أنه إذا فعل ذلك كان بهذه الصفة^(١) .

١٩٦٠ - فُصِّلَ: [خروج المتوفى عنها زوجها من البيت]

فأما المتوفى عنها زوجها فلا بأس أن تخرج بالنهار في حوائجها ، ولا تبيت [في غير]^(٢) منزلها الذي تعتد فيه .

قال هشام عن محمد: لا بأس أن تنام [في غير] بيتها أقل من نصف الليل ، والأصل في ذلك: ما روي أن قريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري قتل زوجها فاستأذنت النبي ﷺ في الانتقال ، فقال: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»^(٣) ، ولم ينكر خروجها إليه ، ومنعها من الانتقال ، فدل على جواز خروجها من غير انتقال .

وروى علقمة أن [نسوة من] همدان نعي إليهن أزواجهن ، فسألن ابن مسعود فقلن: إنا نستوحش ، فأمرهن أن يجتمعن بالنهار ، فإذا كان الليل فلترح كل امرأة إلى بيتها^(٤) ، ولأن نفقتها في مال نفسها فلا بد لها من الخروج لإصلاح أمرها ، والذي قاله محمد: إنها تنام [في غير]^(٥) بيتها أقل من نصف الليل .

(١) انظر بالتفصيل: تفسير الطبري ٤٣٧/٢٣ وما بعدها .

(٢) في ب (عن) والمثبت من أ .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٣٠٠) ؛ والترمذي (١٢٠٤) ؛ والنسائي (في المجتبى) ، (٣٥٢٨) ؛ وابن ماجه (٢٠٣١) ؛ وابن حبان في صحيحه ، ١٢٩/١٠ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٣٤/٧ .

(٤) أخرجه الشافعي في الأم ٢٣٥/٥ ؛ وعبد الرزاق في المصنف ٣٦/٧ ؛ والتلخيص الحبير ٢٤٠/٣ .

(٥) في ب (عن) والمثبت من أ .

صحيح ؛ لأن البيتوتة عبارة عن الكون في المكان أكثر الليل .

١٩٦١ - فصل: [الموضع الذي تؤمر المعتدة الاعتداد فيه]

قال: ومنزلها الذي تؤمر بالكون فيه والاعتداد، هو الموضع الذي كانت [تسكنه] (١) حال مفارقة زوجها قبل موته، كان الزوج ساكناً فيه أو لم يكن، وكان أصحابنا يعبرون عن هذا فيقولون: يجب عليها أن تعتد في المكان الذي يضاف إليها بالسكنى عند الفرقة، وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، فالبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه.

ولهذا قال أصحابنا: إذا زارت أهلها فطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد؛ لأن ذلك الموضع هو الذي يضاف إليها، وإن كانت في غيره (٢).

١٩٦٢ - فصل: [اضطرار خروج المعتدة من البيت]

وإن اضطرت إلى الخروج فلا بأس بذلك إذا لم تجد منه بداً، مثل أن تخاف سقوط منزلها، أو [يغار] (٣) على متاعها، أو تكون بأجرة فلا تجد ما تؤديه في أجرته، فلا بأس عند ذلك أن تنتقل؛ وذلك لأن الكون في منزلها عبادة، والعبادات تسقط بالأعذار، وقد روي عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) لما قتل عمر نقل أم كلثوم؛ لأنها كانت في دار الإمارة، وروي أن عائشة (رضي الله عنها) نقلت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر لما قُتل طلحة، فدل على أنه [١/١٩٣] يجوز الانتقال للعدر.

وأما أجرة المنزل: فإن كانت تقدر عليه لم تنتقل؛ لأن من توصل إلى أن

(١) في ب (تسكن) والمثبت من أ..

(٢) انظر: الأصل ٤/٤٠٥؛ ومختصر القدوري ص ٤٠٣.

(٣) في ب (تخاف) والمثبت من أ.

العبادة بماله وجب ذلك عليه، كسواء الماء للطهارة، فإن لم تقدر [سقطت العبادة] ^(١)، كما يسقط شراء الماء عمن لا يجد الثمن.

١٩٦٣ - فَصْل: [سكنى المعتدة]

قال: وتكون السكنى في بيتها الذي تنتقل إليه بمنزله، كونها في المنزل الذي انتقلت منه في ترك الخروج منه؛ وذلك لأنها معذورة في الانتقال من الأول، فصار [الثاني] كأنه منزلها في الأصل، فلزمها المقام فيه حتى تنقضي العدة.

١٩٦٤ - فَصْل: [السكنى في نصيبها من البيت]

قال: فإن كان المنزل لزوجها وقد مات عنها، فلها أن تسكن في نصيبها إن كان ما يصيبها من ذلك ما يكتفى به في السكنى؛ وذلك لأنها تقدر أن تسكن في حقا فتؤدي العبادة على وجهها.

قال: وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمَحْرَم لها؛ لأنه لا يجوز لهم الاطلاع عليها، فأما إن كان نصيبها لا يكفيها أو خافت على متاعها منهم فلا بأس أن تنتقل؛ لأن هذا عذر، وقد بينا جواز الانتقال بالعذر ^(٢).

١٩٦٥ - فَصْل: [سكنى وبيتوتة المعتدة]

قال: والمطلقة ثلاثاً والرجعية والبائن، وسائر الفرق التي توجب العدة في ذلك سواء فيما يلزم المعتدة، أما الرجعية فهي زوجة، فلزوجها أن يمنعها من الخروج كما تمنع قبل الطلاق، وأما المبتوتة والمطلقة ثلاثاً فلما قدمنا. وأما

(١) في ب (سقط) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤٠٧/٤.

قوله: وسائر الفرق فليس على ظاهره؛ لأنهم قد قالوا في المجوسية إذا أسلم زوجها فأبت الإسلام، فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن يختار الزوج حفظ مائه فيسكنها؛ وذلك لأن السكنى حق لله تعالى، والمجوسية لا تخاطب بحقوق الله تعالى، وتخاطب بحقوق الآدمي، وفي حفظها حق لزوجها، فإن طلب لزمها وإلا لم يلزمها.

فأما المسلمة إذا قبّلت ابن زوجها، قالوا: لا نفقة لها ولها السكنى، لأنها مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى، والسكنى من حقوقه، فأما الأمة إذا اختارت نفسها، وامرأة العينين إذا اختارت الفرقة، فلها السكنى والنفقة.

أما السكنى فلأنهن ممن تلزمهن العبادات، وأما النفقة فلأن امتناعهن بحق فلا تسقط نفقتهن، وأما التي قبّلت [فقد امتنعت] بغير حق، فلا تجب لها النفقة^(١).

١٩٦٦ - فصل: [سكنى الأمة للعدة]

قال: فإن كانت المعتدة أمة فلتخرج في ذلك كله في الطلاق والوفاء، وكذلك المدبرة وأم الولد والمكاتبة؛ وذلك لأن الأمة لا يلزمها المقام في منزل زوجها في حال [قيام] النكاح، وحال العدة مرتبة على ذلك، ولأن خدمتها للمولى، فلو منعناها من الخروج أسقطنا حق المولى من الخدمة، وعلى هذا المدبرة وأم الولد، وأما المكاتبة فسعايتها حق لمولاها، فلو ألزمتها ترك الخروج [١٩٣/ب] تعذرت السعاية، فأما المعتق بعضها فهي مكاتبة عند أبي حنيفة حرة عندهما.

(١) انظر المصدر السابق ٤/٤٠٦.

١٩٦٧ - فُصِّل: [خروج الأمة المبوأة منزلاً]

قال: فإن كانت الأمة قد بوأها مولاهما منزلاً، لم تخرج أيضاً ما دامت على ذلك، فإن أراد المولى أن يخرجها فلا بأس؛ وذلك لما بينا أن العدة [مرتبة] على النكاح، والأمة في حال النكاح إذا بوأها المولى كان للزوج أن يمنعها من الخروج حتى يبدو للمولى، فكذاك المعتدة.

وقد روى ابن سماعة عن محمد في الأمة إذا طلقها زوجها، وكان المولى مستغنياً عن خدمتها، فلها أن تخرج وإن لم يأمرها؛ قال: لأنه إذا جاز لها أن تخرج بإذنه جاز لها أن تخرج بكل وجه، ألا ترى أن الخروج لحق الله تعالى، فلو لزمها لم يسقط بإذنه.

وأما الكتابية: فلها أن تخرج إلا أن [يجبها] ^(١) الزوج لحفظها في عدتها؛ وذلك لأن السكنى حق لله تعالى وللزوج (وهي غير مخاطبة بحقوق الله ومخاطبة بحق الزوج) ^(٢)، وله حق في حفظها؛ لأن ولدها يلحقه، فكان له أن يسكنها.

قال: فإن أسلمت الكافرة في العدة أو أعتقت الأمة، لزمها فيما بقي من عدتها ما يلزم الحرة المسلمة؛ وذلك لأن المانع من وجوب السكنى قد زال وحصل الإسلام والحرية مع العدة، فصار كالابتداء ^(٣).

١٩٦٨ - فُصِّل: [خروج الصغيرة في عدتها من البيت]

قال: وأما الصغيرة فلها أن تخرج من منزلها إذا كانت الفرقة [بائناً] لا رجعة

(١) في ب (يجبها) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤/٤٠٥، ٤٠٦.

فيها، أذن الزوج أو لم يأذن؛ لأن السكنى عبادة والصغيرة لا يلزمها العبادات، ولا يلزمها ذلك لحق الزوج؛ لأن حقه في حفظ الولد ولا ولد لها، وأما إن كانت الفرقة رجعية لم يجر لها أن تخرج إلا بإذنه؛ لأنها زوجة وخروج الزوجة موقوف على إذن الزوج.

١٩٦٩ - فصل: [نفقة النصرانية أثناء العدة]

قال أبو يوسف: وإذا طلق النصراني النصرانية فلها في قولي النفقة، ولا تتزوج حتى تنقضي عدتها، ولا سكنى لها إلا أن يشاء زوجها أن [يسكنها]^(١)، وذلك أن من أصله أن العدة تجب على الذمية لحق الذمي، إلا أن السكنى لا تلزمها؛ لأنها حق لله تعالى وهي غير مخاطبة بحقوقه، وتلزمها لحق الزوج إن طلب ذلك.

١٩٧٠ - فصل: [خروج أم الولد إذا مات سيدها]

فأمّا [أم] الولد إذا أعتقت أو مات سيدها فلها أن تخرج؛ لأن عدتها عدة وطء، كالمنكوحة نكاحاً فاسداً، فأما المعتدة من نكاح فاسد فلها أن تخرج، وذلك أن العدة فرع على حال الفراش، وهي لا يلزمها [السكنى]^(٢) في حال الفراش، فكذلك في حال العدة^(٣).



(١) في ب (يحبسها) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يحبسها) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤١١/٤.

بَابُ ما تجتنب المعتدة في عدتها



قال الشيخ أبو الحسن: كل معتدة بالغة مسلمة بانت من زوج، فعليها أن تجتنب في عدتها الطيب، والأصل في هذا: أن المتوفى عنها [زوجها] يلزمها الإحداد في عدتها؛ بلا خلاف بين الفقهاء. وقال نفاة القياس: لا إحداد عليها.

لنا: ما روي أن أم حبيبة [١/١٩٤] لما بلغها موت أبي سفيان انتظرت ثلاثاً ثم ادهنت، وقالت: ما بي إلى الطيب من حاجة، لكنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت أكثر من ثلاثة أيام، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»^(١).

وروي أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت إلى رسول الله ﷺ تستأذنه في الانتقال، فقال: «إن إحداكن كانت تمكث في شرّ أحلاسها إلى الحول، ثم تخرج فتلقي^(٢) البعرة، أفلا أربعة أشهر وعشرة»^(٣)، فدل على أنه يلزمها أن تقيم في شرّ أحلاسها، وهذا هو الإحداد؛ ولأن النكاح لما حرم عليها في العدة، أمرت أن

(١) أخرجه البخاري (١٢٢١)؛ ومسلم (١٤٩١).

(٢) اللفظ في مسلم (فيذا مرّ كلب رمت ببعرة فخرجت...) (١٤٨٨)؛ والطبراني في الكبير ٣٤٨/٢٣.

(٣) الحلس: كساء يكون على ظهر البعير تحت البرذعة، وينبسط في البيت تحت حر الثياب، وجمعه أحلاس، والمعنى: أنها كانت في الجاهلية إذا أحدثت على زوجها، اشتملت بهذه الكساء سنة جرداء، فإذا مضت السنة، رمت الكلب ببعرة، ترى أن ذلك أهون عليها من بعرة يرمى بها كلب، فكيف لا تصبر في الإسلام هذه المدّة.

تجنب الزينة حتى تبعد من صفة المُلتَمسة للرجال ، فأما المبتوتة فعليها الإحداد عندنا ، وقال الشافعي : لا إحداد عليها^(١) .

لنا : حديث أم سلمة أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء ، وقال : «الحناء طيبٌ»^(٢) ، وهذا عام في كل عِدَّة ، ولأنها مسلمة بانث من زوجها بينونة يتعلق بها تحريم الوطء ، وهي من أهل العبادات ، فيلزمها الإحداد في عدتها كالمتوفى عنها زوجها .

١٩٧١ - فَصْل : [المقصود بالإحداد]

فأما الإحداد فهو : أن تجنب الطيب ولبس المُطَيَّب والمُعَصْفَر وما صُبغ بالزَعْفَرَان والدُّهْن والكُحْل ، ولا تختضب ولا تمتشط ، ولا تَتَزَيَّن ولا تلبس حُلِيًّا ولا تتشوّف ، فأما الطيب فلنهيهِ ﷺ عن الحناء ، وقوله : «الحناء طيب» ، فالطيب أولى أن تمنع منه ، وكذلك الثوب المطيب ، والحناء تمنع منه لهذا الخبر ، والمصبوغ بالزعفران والعُصْفَر له رائحة مستلذة فهي كالمطيب ؛ ولهذا قالوا : إنه إذا عُسِل حتى لا ينفض جاز ؛ لزوال معنى الطيب ، وأما الدهن فلحديث أم حبيبة ، والكحل يقصد به الزينة .

وقد قالوا : إنها تكتحل إذا اشتكت عينها بالكحل الأسود ، وتصبُّ في رأسها الدهن إذا اشتكت ؛ لأن هذا مفعول للحاجة لا للطيب والزينة ، فأما الحلبي والامتشاط فهو للزينة وهي ممنوعة من ذلك .

(١) انظر : مختصر المزني ص ٢٣٣ . قال النووي : «... ويستحب لبائن ، وفي قول : يجب» المنهاج ص ٤٤٩ .

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب المعرفة ، كما في نصب الراية ، ٣/١٢٤ ؛ وابن حجر في الدراية ، وقال : «أخرجه البيهقي وأعله بابن لهيعة ، لكن أخرجه النسائي من وجه آخر سلم منه» ٣٩/٢ .

وقال أبو يوسف: لا بأس أن تلبس القصب والخزَّ الأحمر، وقال في الأصل: لا تلبس قصباً ولا خزاً تتزيّن به؛ وذلك لأن الخز والقصب قد يلبس للزينة، وقد يلبس للحاجة (والدفع)^(١)، فاعتبر فيه القصد، فإن قصّدت أن تتزيّن به لم يجز، وإن لم تقصد جاز.

قالوا: وإن لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ فلا بأس بأن تلبسه ولا تقصد به الزينة؛ وذلك لأنها معذورة في لبسه إذا لم تجد ما تستر به العورة^(٢).

١٩٧٢ - فَصْل: [الإحداذ على الصغيرة والكافرة]

ولا إحداذ على الكافرة؛ لأن الامتناع من الطيب لحق الله فلا يلزمها كالإحرام، ولأن الامتناع^(٣) من الطيب عبادة [١٩٤/ب] بدنية، [فلا تلزم الكافرة]. ولا إحداذ على الصغيرة، وقال الشافعي: عليها الإحداذ^(٤).

لنا: أنها عبادة بدنية، فلا يلزمها بالشرع كالصوم والصلاة، ولا تلزم العدة لأنها ليست بعبادة، وإنما هي مُضي الزمان، ومن أصحابنا من قال: لا يلزمها العدة، وإنما يجب علينا أن لا يتزوجها إلا بعد مضي زمان.

١٩٧٣ - فَصْل: [الإحداذ على الأمة والمكاتبه]

وعلى الأمة والمكاتبه الإحداذ؛ لأنها عبادة بدنية، لا يسقط بها حق المولى

(١) في أ (البرد).

(٢) انظر: الأصل ٤/٤٣٢، ٤٣٣.

(٣) في أ (ترك الطيب).

(٤) انظر: المنهاج ص ٤٤٩.

كالصلاة والصوم، وليس كذلك المقام في المنزل؛ لأن ذلك يسقط به حق المولى.

١٩٧٤ - فصل: [الإحداد على المطلقة الرجعية]

وليس على المطلقة الرجعية إحداد؛ لأنها زوجة ووطؤها حلال كغير المطلقة، ولأنها مأمورة بأن تتزين وتتشوف لتقع عليها عين الزوج فيراجعها.

١٩٧٥ - فصل: [الإحداد على أم الولد إذا أعتقها مولاها]

وأما أم الولد إذا أعتقها مولاها أو مات عنها فلا إحداد عليها؛ لأنها تعتد من الوطاء كالمنكوحة نكاحاً فاسداً، فأما المعتدة من نكاح فاسد فلا إحداد عليها؛ لأن الإحداد يجب لحرمة الزوجية، والنكاح الفاسد لا حرمة له^(١).



(١) انظر: الأصل ٤/٤٣٣، ٤٣٤.

بَاب

المطلقة تسافر في عدتها



قال أصحابنا: ليس لمطلقة طلاقاً يملك الرجعة فيه أن تخرج من منزلها الذي تعتد فيه، لسفر حج فريضة وغيره مع زوجها، ولا مع محرم غيره حتى تنقضي عدتها أو يراجعها زوجها.

وقال زفر: لزوجها أن يسافر بها، وإنما قلنا: إنها لا تخرج مع غير الزوج لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ﴾ [الطلاق: ١] ولأنها ممنوعة من الانتقال عن منزلها؛ فلأن تمنع من السفر أولى، فأما إذا سافر بها الزوج (فلا خلاف يقع على) (١) أن السفر عندنا ليس برجعة؛ وذلك لأنه لا يختص بالنكاح، ألا ترى أن الإنسان يسافر بزوجه وأمه، وما لا يختص به النكاح لا تقع به الرجعة.

وقال زفر: السفر رجعة؛ لأن من لا يريد إمساك المرأة لا يسافر بها، فصار السفر كالقبلة واللمس، وإذا ثبت أنه ليس برجعة فلو أخرجها لخرجت مع بقاء العدة، وهذا لا يصح، وإذا ثبت لزفر أن السفر رجعة وقد سافر بها (قبل) (٢) انقضاء العدة وهي زوجة، فصارت كغير المطلقة، وإنما قلنا: إنه يستوي سفر الحج وغيره؛ لأن المقام في منزلها واجب لا يستدرك بعد انقضاء العدة، وسفر الحج واجب يستدرك بعدها، فكان تقديم ما لا يستدرك ليجمع من الواجبين أولى.

(١) في أ (فالخلاف فرع على).

(٢) في أ (بعد).

وقد قالوا فيمن خرجت محرمة^(١) فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام، إنها ترجع وتصير بمنزلة الحضرة لما ذكرنا، فأما إذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة، وعادت الزوجية فجاز له السفر بها.

قال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: [١/١٩٥] لا يسافر بها، ليس من قبل أنه غير زوج وهو زوج بمنزلة المحرم، ولكن الله تعالى قال: ﴿لَا تَحْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ وهذا التعليل [قد بين] ^(٢) أن الطلاق الرجعي لا يوجب التحريم.

١٩٧٦. فصل: [المطلقة البائن تسافر في العدة]

قال: وكذلك المطلقة البائن والثلاث؛ وذلك لأنهن معتدات، والسفر بالمعتدة لا يجوز، ولأن الزوج هاهنا خرج من أن يكون زوجاً، فلا يجوز أن يسافر بها.

١٩٧٧. مسألة: [طلاق الرجل امرأته في السفر]

وإذا خرج الرجل مع امرأته مسافراً فطلقها في بعض الطريق، فإن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها، سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو أقل من ذلك؛ لأنها تقدر أن تعود إلى منزلها من غير إنشاء سفر، فلزمها ذلك كمن طلقت وهي في المصر خارج بيتها، فأما إن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعداً، وبينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام، فإنها تمضي؛ لأنها لا تحتاج في المضي إلى سفر، وتحتاج في عودها إلى

(١) في أ (لحرمه).

(٢) في ب (بتبين أنه) والمثبت من أ.

سفر ، وهي ممنوعة من السفر .

وقال أبو يوسف في سفر ثلاثة أيام وما دونها بغير محرم: إن كل واحد منهما ينهى عنه ، والثلاث أشد في النهي ، وأما إذا كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعداً ، وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعداً ، والمكان الذي هي فيه لا يصلح للإقامة ، فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت .

فإذا بلغت إلى أدنى المواضع منها الذي يصلح للإقامة ، أقامت فيه عند أبي حنيفة ؛ وذلك لأنها تحتاج في مضيها إلى إنشاء سفر ، وفي عودها إلى مصرها إنشاء سفر ، والمكان الذي هي فيه لا تقدر أن تقيم فيه لما يُخشى عليها ، فكانت مخيرة في السفرين ، إلا أنها إذا بلغت في طريقها إلى مكان يصلح للمقام أقامت فيه عند أبي حنيفة ؛ لأن مكان الطلاق لو صلح للإقامة لم تتجاوزته ، فإذا لم يصلح جاز لها المسير للضرورة .

فإذا بلغت إلى مكان يصلح للإقامة ، زالت ضرورتها ، فوجبت الإقامة ، وأما إذا كان موضع الطلاق يصلح للإقامة ، قال أبو حنيفة: تقيم فيه حتى تنقضي عدتها ، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان معها محرّم مضت على سفرها ، فإن لم يكن فكما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى^(١) .

وجه قول أبي حنيفة: أن المرأة في السفر تابعة لزوجها بدلالة أنه لو نوى الإقامة صارت مقيمة ، ولو نوت الإقامة دونه ، لم تكن مقيمة ، فلما مات أو طلقها انقطع حكم سفرها التابع [له] ، وصار الحكم يتعلق بنيتها ، فخرجها إنشاء سفر في حال العدة ، فلا [١٩٥/ب] يجوز من غير ضرورة .

(١) انظر: البدائع ٢٠٧/٣ ، ونقلها الكاساني من غير تصريح بالمصدر .



وجه قولهما: أن المرأة في العبادات يعتبر حكمها بنفسها ، فإذا مضت فهي مستديمة للسفر وليست بمبتدئة فجاز ، وأما إذا لم يكن معها مَحْرَمٌ فقولهما كقول أبي حنيفة ؛ لأن عدم المحرم يمنع المرأة من المسير ثلاثة أيام فصاعداً .

ولم يذكر أصحابنا حكم المسافرة بنفسها (مع محرم) إذا بلغها وفاة الزوج أو طلاقه ، والذي يجب على تعليلهم لأبي حنيفة: أن يجوز أن تمضي عنده ؛ لأن سفرها لم يكن تابعاً للزوج وإنما كان متعلقاً بنيتها ، فهي باقية على السفر وليست مبتدئة فيجوز .

قال محمد: فإن كان الزوج قبل طلاقها نوى أن يقيم خمسة عشر يوماً ثم طلقها ، لم يجز لها المضي في السفر ؛ وذلك لأنها صارت مقيمة بإقامته ، فلو سارت بعد الطلاق كانت منشئة للسفر في حال العدة ، وهذا لا يجوز .



بَابُ المعتدة متى يلحق نسب ولدها



قال الشيخ رحمته الله: الأصل في هذا الباب أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وذلك لما روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر ، فهم عثمان^(١) برجمها ، فقال ابن عباس: أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، قال الله تعالى: ﴿وَفَصَلَّهِ تَلْتُونَ شَهْرًا﴾ [الأحاف: ١٥] ، وقال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]^(٢) ، فدل على أن مدة الحمل تكون ستة أشهر ، فأما أكثره فستتان ، وقال الشافعي: أربع سنين^(٤) .

لنا: ما روي عن عائشة أنها قالت: (لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو [بظل مغزل]^(٥))^(٦) ، وهذا لا يقال إلا من جهة التوقيف ، فكأنها روت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فإذا ثبت هذا قلنا: كل موضع كان الوطاء مباحاً فمدة الحمل مقدره

-
- (١) في أ (عمر رحمته الله) .
(٢) في بعض الروايات: (فضاله في عامين) ، بدل آية: (والوالدات يرضعن...) ، وتكملته: (فإذا ذهب للفصال عامان ، لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فدرأ عثمان رحمته الله الحد عنها ، وأثبت النسب من الزوج) . المبسوط ٤٤/٦ .
(٣) الأثر أورده أصحاب كتب الفقه ، ولم أعر عليه في كتب الأحاديث والآثار . البدائع ٢١١/٣ ؛ شرح فتح القدير ٣٦٣/٤ .
(٤) انظر: المهذب ٥٣٣/٤ .
(٥) في الأصل (بفرقة معرى) والمثبت من الدراية ونصب الراية .
(٦) أخرجه الذهبي في تذكرة الحفاظ ، ١٦٥/١ ؛ وأورده ابن حجر في الدراية ، ٨٠/٢ ؛ والزبيعي في نصب الراية ، ٢٦٤/٣ .

بسته أشهر ، ما لم يؤد ذلك إلى إثبات رجعه بالشك أو استحقاق مال بالشك ، وكل موضع كان الوطء محظوراً فمدة الحمل مقدرة سنتين ؛ وذلك لأن الواجب حمل أمر المسلمة على الصحة ، فإذا تزوجها قدر الحمل بستة أشهر (حتى لا يؤدي إلى فساد نكاحها ، فإذا أبانها قدرت مدة حملها بسنتين)^(١) حتى يثبت نسب ولدها من الزوج ، فإذا صحَّ هذا قلنا: إذا طلق الرجل امرأته ، فجاءت بولد ما بينه وبين سنتين ثبت نسبه ؛ لأن الوطء محظور في الطلاق البائن ، ومدة الحمل في الوطء المحظور مقدرة بسنتين ، فوجب أن يثبت النسب ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين لم يثبت ؛ لأنه [حمل حادث]^(٢) جاءت به بعد البيونة [١/١٩٦] فلم يثبت من الزوج ، وأما المطلقة الرجعية فيثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين ؛ لأنها مدة الحمل ، ولا يقدر حملها بستة أشهر ، وإن كان الوطء مباحاً ؛ لأن ذلك يؤدي إلى إثبات الرجعة بالشك ، ألا ترى أن الأمر يحتمل على أنه وطئها بعد الطلاق ولا حاجة بنا إلى ذلك ، وإن جاءت بولد لأكثر من سنتين [فقد] ثبت نسبه وكان رجعة ؛ لأنه لا بد أن يكون لوطء حادث ، ووطئها مباح للزوج ، فلم يحمل أمرها على وطفء غيره ، فيحمل على أنه وطئها في العدة فصار مراجعاً ، فيثبت نسب الولد وتصح الرجعة .

١٩٧٨ - فصل : [المبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين]

وأما المبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين فعند أبي حنيفة ومحمد: يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر ، وتردُّ ما أخذت من النفقة ، وقال أبو يوسف: تنقضي عدتها بوضع الحمل ولا يثبت نسبه ولا تردُّ النفقة^(٣) .

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في ب (محمل جاءت به) والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ٤/٤١٧ ، ٤١٨ .

وجه قولهما: أن الولد لا بد أن يكون لوطيء حادث بعد الطلاق ، فلا يجوز أن يحمل الأمر على أن الزوج وطئها ؛ لأن وطئ محذور ، ولا يجوز أن يحمل على أن أجنبياً وطئها بشبهة ، فلم يبق إلا أن يحمل على وطئ مباح ، وهو أن عدتها [قد] انقضت وتزوجت ، وأقل ما يجوز أن يكون الحمل فيه ستة أشهر ، فوجب عليها رد النفقة في المدة التي حكمناها بانقضاء عدتها ؛ ولأننا لو حملنا أمرها على أن أجنبياً وطئها بشبهة سقطت النفقة عن زوجها ؛ لأنهم قالوا في الزوجة إذا تزوجت فحبلت فلا نفقة على زوجها .

وأما أبو يوسف فقال: يجوز أن يكون وطئها أجنبي بشبهة ، ويجوز أن يكون الزوج وطئها بشبهة ، فلا ترد النفقة بالشك ولا يثبت النسب بالشك ، وقد روى [بشر] عن أبي يوسف في كتاب الطلاق في هذه المسألة مثل قول أبي حنيفة وعلل ، [وقال]: لأنها صارت مانعة لنفسها من الحمل فهو أكثر من النشوز .

قال أبو الحسن: فأما الصغيرة إذا طلقت فجاءت بولد لتسعة أشهر ، ولم تكن ادعت حملاً في الثلاثة الأشهر ، فإن نسب ولدها لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن ، وقال أبو يوسف: يثبت نسب الولد إن جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً بساعة ، وإن جاءت به لسبعة وعشرين شهراً كاملاً لم يثبت .

قال: وجملة هذا أن الصغيرة إذا ادعت حملاً في مدة العدة ، لم يحكم بانقضاء عدتها بمضي الشهور في قولهم [جميعاً] ؛ لأن المرجع في البلوغ والحمل إلى قولها ، فإذا ادعت فقد انتقلت عدتها عن الشهور ، فصارت كذوات الحيض لا يحكم بانقضاء عدتهن إلا بإقرارهن ، [فأما إذا لم تدع] ^(١) [١٩٦/ب] حكمنا بانقضاء

(١) في ب (فإذا ما) والمثبت من أ.

عدتها بمضي ثلاثة أشهر في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر؛ وذلك لأن عدتها الشهر، ألا ترى أن الأصل فيها عدم البلوغ، فنحن على الأصل حتى يحدث غيره. وإذا حكمنا بانقضاء عدتها، صارت عند تمام الشهر كالبالغة إذا أقرت بانقضاء العدة، فيثبت نسب ولدها لأقل من ستة أشهر من حين إقرارها، وليس كذلك المتوفى عنها [زوجها]، فإننا لا نحكم بانقضاء عدتها بمضي الشهر؛ لأن عدتها يجوز أن تكون بالشهور ويجوز أن تكون بوضع الحمل، فما لم تقر بانقضاء عدتها، لم نحكم بأحد الأمرين^(١).

وجه قول أبي يوسف: أن المراهقة يجوز أن تكون حبلت ونحن لا نعلم، فتقف عدتها على وضع الحمل، ويجوز أن تكون بلغت فتقف عدتها على الحيض، [فما لم تقر]^(٢) لم نحكم بانقضاء عدتها كالمتوفى عنها، فإذا ثبت هذا الخلاف قال أبو يوسف: إن كانت مبتوتة ثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين من يوم الطلاق؛ لأننا نحكم بالعلوق قبل الطلاق، وإن جاءت به لسنتين لم يثبت؛ لأنه [بحمل]^(٣) حادث بعد الطلاق، وإن كانت رجعية ثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً؛ لأننا نحكم [بأن]^(٤) العلق كان في مدة العدة فيصير به مراجعاً.

١٩٧٩ - فِصْل: [ثبوت نسب الولد من المتوفى عنها زوجها]

فأما المتوفى عنها زوجها، فيثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين^(٥)، قال

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٠٦.

(٢) في ب (وإن لم بين) والمثبت من أ.

(٣) في ب (كحمل) والمثبت من أ.

(٤) في ب (إن بان) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٣٤.

زفر: إذا لم تدع الحمل في مدة العدة وجاءت به [لعشرة]^(١) أشهر وعشرة أيام لم يثبت .

وجه قولهم: أن المتوفى عنها يجوز أن تكون حاملاً فلا تنقضي عدتها بالأشهر، فما لم تقر لم يحكم بانقضاء عدتها كالعدة من الطلاق .

وجه قول زفر: أن الأصل عدم الحمل، فإذا مضت الأربعة الأشهر وعشرًا حكمنا بانقضاء عدتها فكأنها أقرت، فإن جاءت بولد بعد ذلك لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه وإلا لم يثبت، وحكى أبو الحسن مسألة الصغيرة .

١٩٨٠ - فصل: [اعتراف المعتدة بانقضاء عدتها، ثم أتت بولد]

قال أصحابنا: إذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها، ثم أتت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه، وإن جاءت به لتمام ستة أشهر لم يثبت، وقال الشافعي: ما لم تتزوج^(٢) .

لنا: أن إقرارها معنى صحَّ من جهتها لم يحكم ببطلانه، فوجب أن يحمل على الصحة كتزويجها، وليس كذلك إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر لأننا حكمنا ببطلان إقرارها؛ لأن الحمل لا يجوز أن يكون لأقل من ستة أشهر، فقد بان أنها أقرت وهي حامل .

١٩٨١ - فصل: [الصغيرة المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد]

وإذا كانت المتوفى عنها صغيرة، فجاءت بولد لأقل من عشرة^(٣) أشهر

(١) في ب (لأربعة) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٤/٤١٩؛ التجريد ١٠/٥٢٩٩ .

(٣) في أ (أربعة) .

وعشرة أيام لزم، وذلك لأننا حكمنا بانقضاء عدتها، وكانت حاملاً في العدة، فبطل ما حكمنا به وثبت نسب الولد.

١٩٨٢ - فِصْل: [ثبوت النسب بشهادة النساء]

[١/١٩٧] وقد ذكر أبو الحسن في هذا الباب ثبوت النسب، ولم يذكر ما ثبت به، وجملة هذا: أن الزوجة إذا جاءت بولد فأنكر زوجها الولادة [فإنه يثبت النسب] ^(١) بشهادة امرأة ثقة، وقال الشافعي: لا يثبت إلا بشهادة أربع نسوة ^(٢).

لنا: ما روي أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة في الولادة، ولأن ما جاز أن يقتصر فيه على قول النساء لم يشترط فيه العدد كالإخبار ^(٣).

١٩٨٣ - فِصْل: [ثبوت النسب من المعتدة]

وأما المعتدة إذا جاءت بولد، فأنكر الزوج الولادة ولم يكن أقرّاً بالحبل ولا كان الحبل ظاهراً، فإن النسب لا يثبت عند أبي حنيفة إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت بشهادة امرأة ^(٤).

لأبي حنيفة: أن العدة انقضت بوضع الحمل وصارت أجنبية، ونسب ولد الأجنبية لا يثبت بشهادة النساء، وليس كذلك الزوجة؛ لأن الولادة تثبت بشهادة

(١) في ب (ثبت) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤١٩/٤؛ مختصر المزني ص ٣٠٤؛ المنهاج ص ٥٧٠.

(٣) قال ابن حجر: «في الباب عن علي أنه أجاز شهادة القابلة وحدها، أخرجه عبد الرزاق، وأخرجه الدارقطني من حديث حذيفة مرفوعاً، ولعبد الرزاق: أن عمر أجاز شهادة امرأة في الاستهلال»
الدراية ١٧١/٢.

(٤) انظر: القدوري ص ٤٠٥.

النساء ، والنسب يثبت بالفراش .

وحسب قولهما: إن هذا الولد جاءت به^(١) على حكم الفراش ، وحكم الفراش أقوى من نفس الفراش ، ألا ترى أن ما جاءت به على الفراش ينتفي باللعان ، وهذا لا ينتفي باللعان ، وإذا ثبت ولادة الزوجة بقول امرأة فهذا أولى .

١٩٨٤ - فَصْل : [أثر إقرار الزوج بالحبلى في ثبوت النسب]

فأما إذا أقر الزوج بالحبلى أو كان ظاهراً ، فالقول قول المرأة في الولادة وإن لم تشهد لها قابلة عند أبي حنيفة ، وقالوا: لا يثبت إلا بشهادة امرأة .

لأبي حنيفة: أنه يثبت كون الولد في الرحم بإقراره أو ظهوره ولا بد له من الانفصال ، فالقول قولها في انفصاله كدم الحيض .

وجه قولهما: أن كل ما يمكن أن يعلم من جهة غيرها لم يثبت بقولها ، كسائر الحقوق ، وليس كذلك الحيض ؛ لأنه لا يعلم من جهة غيرها .

١٩٨٥ - فَصْل : [أقل المدة التي تصدق المرأة فيها بانقضاء العدة]

ولم يذكر أبو الحسن أقل المدة التي تصدق المرأة فيها بانقضاء العدة ، وقد قال أبو حنيفة: إنها لا تصدق إذا كانت حرة في أقل من شهرين ، وقال أبو يوسف ومحمد: تسعة وثلاثين يوماً .

لأبي حنيفة على رواية محمد: أن انقضاء العدة فيما قاله نادر ، والأمين إذا ادّعى خلاف الظاهر لم يقبل قوله ، كما لو قال الوصي: أنفقت على الصغير

(١) في ب (حادث) والمثبت من أ .

ألف دينار في يوم، ولا يقال فقد قلت إن المعتدة إذا لم تقر^(١) بانقضاء عدتها عشرين سنة صدقتموها، وإن كان ذلك خلاف الظاهر؛ لأننا لا نصدقها بالظاهر، ولكن الأصل أنها معتدة، فنحن على يقين سابق لا تنتقل عنه بالشك، وإذا ثبت هذا فالظاهر أن من أراد الطلاق أوقعه في أول الطهر، فتعدت عقيب الطلاق وأقل الطهر خمسة عشر يوماً، ثم يثبت بعده حيض خمسة أيام؛ لأنه لا يجوز أن يحكم بحيض ثلاثة أيام؛ لأن ذلك نادر ولا تحيض عشرة أيام لأن ذلك نادر، فحكم بالوسط ثم بعده [ب/١٩٧] خمسة عشر طهر وخمسة حيض، وخمسة عشر طهر وخمسة حيض، وخمسة عشر طهر وخمسة حيض، فذلك ستون يوماً.

وروى الحسن عنه أنه قال: أحكم بالطلاق في آخر الطهر؛ لأنه لا ضرورة إلى إثباته في أوله؛ لأن طلاق السنة يجوز في أول الطهر وآخره، إلا أنني أحكم في الحيض بعشرة أيام؛ لأنني اعتبرت أقل الطهر، وفي ذلك تقصير^(٢) العدة، فوجب أن يحكم بأكثر الحيض حتى لا يفوت حق الزوج من كل وجه فتبتدئ عقيب الطلاق على هذه الرواية بعشرة حيض وخمسة عشر طهر، وعشرة حيض وخمسة عشر طهر، وعشرة حيض، فذلك ستون يوماً، فاتفق الحكمان وإن اختلف الطريقتان.

وجه قولهما: أن الأمين متى أمكن حمل قوله على الصحة لا يحمل على الفساد، ويجوز أن تكون صادقة في أنها حاضت أقل الحيض وطهرت أقل الطهر، وطلقها في آخر الطهر، فابتدأت بالعدة عقيب الطلاق بثلاث حيض وخمسة عشر طهر، وثلاث حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض، فذلك تسعة وثلاثون يوماً.

(١) في أ (تعترف).

(٢) في أ (تقليل).

وأما الأمة [إذا اعتدت] فعند أبي حنيفة: أقل ما تصدق فيه على رواية محمد أن يكون أربعين يوماً؛ لأنه يحكم عقيب الطلاق بخمسة عشر يوماً طهر وخمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض.

فأما على رواية الحسن: فتبتدئ بعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض، فتتقضي العدة بخمسة وثلاثين يوماً، فاختلف حكم الروايتين في هذه المسألة.

فأما على قولهما فتصدق في أحد وعشرين يوماً؛ لأنهما يتدئان بثلاث حيض وخمسة عشر طهر وثلاث حيض.

١٩٨٦ - فصل: [أقل المدة التي تصدق فيها النفساء]

وأما النفساء إذا كانت حرة، فقال أبو حنيفة في رواية محمد: لا تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوماً، إلا أنه يثبت النفاس خمسة وعشرين يوماً؛ لأنه لو أثبت أقل من ذلك، احتاج أن يثبت بعده طهر خمسة عشر يوماً، ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر؛ لأن من أصله أن الدمين في الأربعين لا يفصل بينهما طهر، وإن كثر فجعل النفاس خمسة وعشرين يوماً، حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر، فيقع الدم بعد الأربعين، وإذا كان كذلك كان بعد الأربعين خمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض وخمسة عشر طهر، وخمسة حيض، وذلك خمسة وثمانون يوماً.

وأما على رواية الحسن: فمائة يوم؛ لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض.



وأما أبو يوسف فقال: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً؛ لأنه يحكم بأحد عشر يوماً نفاس؛ لأن العادة أن أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض، ثم يثبت [بعده] خمسة عشر يوماً طهر وثلاثة [١/١٩٨] حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض، وخمسة عشر يوماً طهر وثلاثة حيض.

وأما محمد فقال: أربعة وخمسين يوماً وساعة؛ لأن أقل النفاس ما وجد من الدم، فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوماً طهر وثلاثة حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض.

وأما إن كانت أمة فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً؛ لأنه يثبت بعد الأربعين خمسة حيض وخمسة عشر طهر وخمسة حيض.

وعلى رواية الحسن: خمسة وسبعين يوماً؛ لأنه يثبت بعد الأربعين عشرة حيض وخمسة عشر طهر وعشرة حيض.

فأما أبو يوسف فقال: سبعة وأربعين؛ لأنه يثبت أحد عشر نفاساً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيض وخمسة عشر طهر وثلاثة حيض.

وأما محمد فقال: ستة وثلاثين يوماً وساعة؛ لأنه يثبت ساعة نفاساً وخمسة عشر طهراً وثلاثة حيضاً وخمسة عشر طهراً وثلاثة [حيض . آخر الطلاق].



[٥٠] كتاب العتاق^(١)

قال الشيخ رحمه الله: العتق: إسقاط الحق عن الرق، والحقوق تسقط الحق عنها بالإسقاط، فإسقاط الحق عن الرق عتق، وعن استباحة البضع طلاق، وعن الديون براءة، وأما الأعيان فلا يصح إسقاط الحق عنها؛ وذلك لأن المالك إذا أسقط حقه بقيت العين غير منتقلة بالإسقاط فلم يسقط حقه، وأما الحقوق فإذا أسقط حقه عنها سقطت ولم يبق هناك شيء يحتاج إلى النقل؛ فلذلك سقط الحق عنها بالإسقاط.

والأصل في جواز وقوع العتق: أن الله افترضه علينا في الكفارات، ولا

(١) فإن كتاب العتاق، ومسائله الكثيرة المتفرعة في هذا الكتاب وغيره، والتي أصبحت غير مطبقة، ولا معروفة في حياة الناس اليومية، وذلك لانقطاع أحكام (العبيد والإماء) في عصرنا الحاضر لأسباب، بل أصبح الحديث في هذا الموضوع جريمة لدى البعض، لكن كتب الفقه التراثي ذاخرة مليئة بتلك المسائل التي كانت مألوفة معتادة في حياة الفرد والمجتمع؛ لوقوع قضايا (العبودية والحرية) في حياتهم اليومية، وكانت الحاجة ضرورية لمعرفة أحكام تلك المسائل المتشعبة في شتى نواحي الحياة، في ذلك الوقت؛ ولذلك يجد القارئ ذلك في جل أبواب الفقه.

ومن ثم ذهب البعض من محققي الكتب التراثية إلى إلغاء هذه المسائل كلية، لكن البعض الآخر اعتبروا حذف تلك المسائل من الكتب خيانة علمية، إضافة بأن هذه الأبواب ومسائلها تفيد الفقهاء وتنفعهم في عصرنا؛ لمعرفة الأشباه والنظائر في المستحدثات النازلة في شتى نواحي الحياة، التي لا مستند لها، وغير ذلك من الفوائد والإضافات العلمية، المكونة في ثنايا تلك الفروع، والتي لا يدركها إلا العالمون بالفقه الإسلامي وحكمه وأسراره.

للأسباب التي ذكرتها؛ جعلني أذكر تلك المسائل، كما ذكرها المؤلف رحمه الله، من غير زيادة ولا نقصان، اللهم إلا أنني تركت التعليق والتفريع والتطويل بالشرح والبيان، واكتفيت بتصحيح العبارة وتقييمها بقدر الإمكان، بحسب المنهج العلمي في ذلك.

يصح أن يفترض [ما لا يريد، ونَدَبْنَا] ^(١) إليه بقوله: ﴿فَكَ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١٣]، ولا يندب إلا إلى ما يصح فعله وهو مما ندب إليه.

والدليل على ذلك: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا مُؤْمِنٍ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا فِي الدُّنْيَا أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ» ^(٢)، وفي حديث أبي ذر أن النبي ﷺ قال: «خَيْرُ الْأَعْمَالِ إِيمَانٌ بِاللَّهِ وَجِهَادٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»، قلت: وأي الرقاب خير؟ قال: «أَغْلَاهَا ثَمْنًا وَأَنْفُسَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا» ^(٣)، وفي حديث واثلة بن الأسقع قال: أتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا قد أوجب، فقال: «أَعْتَقُوا عَنْهُ، يَعْتَقُ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهُ عَضْوًا مِنَ النَّارِ» ^(٤)، وفي حديث البراء بن عازب قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، علمني عملاً يدخلني الجنة، قال: «لَئِنْ كُنْتَ أَقْصَرْتَ الْخُطْبَةَ، فَقَدْ عَرَضْتَ الْمَسْأَلَةَ، فَكِ الرَّقَبَةَ وَأَعْتَقِ النَّسْمَةَ» قال: أَوْ لَيْسَتْ بَوَاحِدَةً؟ قال: «لَا، عَتَقَ الرَّقَبَةَ أَنْ تَنْفَرِدَ بِعَتْقِهَا، [ب/١٩٨] وَفَكَ الرَّقَبَةَ أَنْ تَعِينَ فِي ثَمْنِهَا» ^(٥)، وعن أبي نجیح السلمي قال: حاصرنا مع رسول الله ﷺ الطائفَ فسمعته يقول: «مَنْ رَمَى بِسَهْمٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَهُ دَرَجَةٌ فِي الْجَنَّةِ، وَمَنْ شَابَ شَيْبَةً فِي الْإِسْلَامِ كَانَتْ لَهُ نُورًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَأَيُّمَا مُسْلِمٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا كَانَ لَهُ وَقَاءٌ كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عَظَامِهِ عَظْمٌ مِنْ عَظَامِ مُحَرَّرَةٍ مِنَ النَّارِ، وَأَيُّمَا

(١) في ب (ما لا يوجدونه بنا) والمثبت من أ.

(٢) أورده العيني في عمدة القاري، ١٣/٧٧.

(٣) أخرجه الشيخان بلفظ: (من أعتق رقبة مسلمة...) البخاري (٢٣٨٢)؛ ومسلم (١٥٠٩)، ولفظ المؤلف: أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨٧٩، ٤٨٨٠).

(٤) أخرجه «أحمد، وأبو داود، والنسائي، وابن حبان، والحاكم من حديث واثلة بن الأسقع» كما قال ابن حجر في التلخيص ٤/٤٨.

(٥) «أخرجه أحمد، وابن مردويه، وصححه ابن حبان» كما قال ابن حجر في فتح الباري، ٨/٧٠٤.



امراة أعتقت امراة مسلمة كان لها وقاء ، كل عظم من عظامها عظم من عظام
محررتها من النار»^(١) .



(١) أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه ، ٥١/٣ ؛ بلفظ: (فإن الله جاعل وقاء) ؛ والبيهقي في
الكبرى ، ٢٧٢/١٠ ؛ والنسائي (في المجتبى) ، ٢٧/٦ .

بَابُ

اللفظ الذي يقع به العتاق [الصحيح وما في معناه]



قال الشيخ رحمه الله تعالى: ألفاظ العتاق على ضربين: صريح وكناية، فالصريح: لفظ الحرية، والعتق، والولاء وما تفرع منها، وهي على ثلاثة أضرب:

١ - إخبار، كقوله: قد أعتقتك وحررتك .

٢ - وصفة، كقوله: أنت حر، وأنت عتيق .

٣ - ونداء، كقوله: يا حر، ويا مولاي .

فأما الحرية والعتق فهو الصريح؛ وذلك لأن أهل اللغة استعملوها في هذا المعنى ووضعوها له، ولأن الحرية عبارة عن إسقاط الحقوق، يقال: أرض حرة، إذا لم يكن عليها خراج، وإسقاط حق المولى عن مملوكه إنما يكون ببطلان رِقِّه، وإنما قلنا: إن الإخبار عن هذه الألفاظ يقع بها الحرية؛ لأن الواجب حمل أمر المسلم على الإخبار بالصدق دون الكذب؛ وذلك لا يكون إلا بعد تقدم العتق .

فأما الصفة إذا قال: أنت حر أو أنت عتيق، فهو صريح الإيقاع؛ ولأن الظاهر أنه وصفه بصفة أن تلك الصفة موجودة، فأما إذا قال: أنت مولاي، فهذه اللفظة مشتركة في اللغة يعبر بها عن النصر، قال الله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَأَنَّ الْكٰفِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ﴾ [محمد: ١١] وأراد الناصر، ولا يجوز أن يكون قوله لعبده: [يا] مولاي، يريد به النصر؛ لأن المولى لا يستنصر بعبده،

وقد يعبر بالمولى عن ابن العم ، قال تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾ [مريم: هـ] ولا يجوز أن يكون هذا [هو] المراد؛ لأن نسب العبد [غير] معروف ، وقد روي أنه يعبر بالمولى عن المعتق ، وهو المولى الأعلى ، ولا يجوز أن يكون مراده ؛ لأن العبد لا يعتق مولاه ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به مولاي الذي أنعمت عليه ؛ [فلذلك] ^(١) كان صريحاً في الحرية .

وأما ألفاظ النداء مثل قوله: يا حر ، ويا عتيق ويا معتق ، ويا مولاي ، فإن الحرية تقع بها ؛ لأن الظاهر أنه موصوف بهذه الصفة حين ناداه بها .

وقد قال أصحابنا: إن هذه الألفاظ يقع بها العتق ، نوى أو لم ينو ؛ لأن كل ما كان صريحاً في موضوعه لم يفتقر إلى النية ، كصريح الطلاق ، وقالوا: إن قال: عنيت [أنه حر] ^(٢) من العمل ، أو مولاي في الدين لم يصدق في القضاء ؛ لأنه نوى خلاف ظاهر [1/199] لفظه ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الكلام يحتمله ^(٣) .

وأما قول أبي الحسن: أنه إذا قال: أنت حرٌّ لوجه الله عتق ، فإن ذكر وجه الله تعالى ليس بشرط في العتق ، وإنما هو على طريق التأكيد ، وليتبين أنه قصد بالعتق القربة .

وقد ذكر محمد في الأصل: أن من قال لعبده: أنت حرٌّ لوجه الشيطان عتق ؛ لأنه ذكر الحرية ونفى القربة عنها ، فانتفاء القربة لا يمنع من وقوع [العتق] ^(٤) ،

(١) في ب (فكذلك) والمثبت من أ .

(٢) في ب (حرّاً) والمثبت من أ .

(٣) انظر: مختصر القدوري (مع تصحيح القدوري) ص ٤٢١ .

(٤) في ب (الحرية) والمثبت من أ .

وعلى هذا قالوا: لو قال لعبده: أنت حر من عمل كذا، أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء؛ لأنه أعتقه في زمان دون زمان، وأعتقه من عمل دون عمل، والمعتق في زمان معتق في كل زمان، والمعتق من عمل معتق من كل عمل.

ومما يلحق بالصريح وليس موضوعاً للعتق قوله: وهبت لك نفسك، وبعثت نفسك، إن العتق يقع بذلك قبل العبد أو لم يقبل؛ لأن الهبة والبيع يقتضيان زوال الملك وانتقاله إلى المشتري والموهوب له، والعتق [يقع] بزوال ملك المولى عن الرق ولا ينتقل الرق إلى العبد، فكأنه أتى بلفظ الحرية وزيادة، وإنما لم يجعل هذا صريحاً؛ لأنه ليس بموضوع في اللغة للعتق، إلا أنه ملحق بالصريح، بمعنى أنه لا يفتقر إلى نية في وقوع العتق به، وإنما لا يفتقر إلى القبول؛ لأن قبول الموهوب [له] والمشتري يحتاج إليه ليدخل الشيء في ملكه، والرق لا يدخل في ملك العبد فلا يقف العتق على قبوله.

وقد قال أبو حنيفة: إذا قال لعبده: وهبت لك نفسك، وقال: أردت [به] أنني وهبت له عتقه، بمعنى: أنني لا أعتقه، لم يصدق في القضاء؛ وذلك لأن اللفظ الذي وضع لإزالة الملك، إذا استعمل في تبقية الملك فقد ترك ظاهره، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه.

وقد روى معلى عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت مولى فلان، [أو معتق فلان] أنه يعتق في القضاء؛ وذلك لأنه يصفه بالحرية من جهة غيره، فاقتضى ذلك صحة الصفة، وهذا لا يكون إلا وفلان كان مالكا فأعتقه.

قال: فإن قال له أعتقت فلان، فليس بشيء؛ لأنه أضاف العتق إلى من ليس

بمالك في الظاهر ، فلا يقع به شيء .

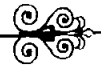
١٩٨٧ - فُصِّلَ : [إضافة الحرية إلى جزءٍ من أجزاء البدن]

قال أبو الحسن : وكذلك إن قال : رأسك حرٌّ ، أو بَدَنك حرٌّ ، والأصل في هذا : أنه إذا أضاف الحرية إلى الرقبة أو إلى ما يعبر به عنها وقع العتق ، وكذلك إن أضافه إلى [جزءٍ شائع] ^(١) وقع على ذلك [الجزء] ، وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة لم يعتق ، والكلام في هذه المسألة قد قدمناه في الطلاق ^(٢) . [ب/١٩٩]



(١) في ب (حر سامع) والمثبت من أ .

(٢) انظر : الأصل ٦٦/٥ (دار ابن حزم) ؛ مختصر القدوري ص ٤٢١ .



بَاب

اللفظ الذي لا يقع به الحرية إلا أن يريد لها



قال الشيخ: قد بيّنا في الباب الأول صريح العتق، وهذا الباب يتضمن بيان الكناية.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال لعبده: لا سبيل لي عليك، فإن نوى العتق فهو حر، وإن لم ينو فهو رقيق؛ وذلك لأن المولى قد يقول لعبده: لا سبيل لي عليك باللوم والعقوبة؛ لأنك وفيت بالخدمة وفعلت ما أمرتك، وقد يقول: لا سبيل لي عليك؛ لأنني كاتبك فزالت يدي عنك، ولا سبيل لي عليك لأنني أعتقتك، فإذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع العتق إلا بالنية.

وكذلك إذا قال: لا ملك لي عليك؛ لأنه يحتمل لأنني بعتك، أو لأنني أعتقتك، فلا يقع أحدهما إلا بالنية.

وكذلك: خرجت من ملكي، يحتمل البيع والعتق، وكذلك إذا قال: قد خلّيت سبيلك؛ لأنه يحتمل خلّيت سبيلك فلا أستخدمك، ويحتمل أعتقتك^(١).

قال محمد: فإن قال: لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء، فهو حرٌّ في القضاء ولا يصدق [أنه أراد]^(٢) غير العتق؛ لأنه نفى كل سبيل وأثبت الولاء، وذلك لا يكون إلا بعد الحرية.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٢١، ٤٢٢.

(٢) في ب الكتابة غير واضحة، والمثبت من أ.

قال: فإن قال: إلا سبيل الموالاة دُيِّنَ في القضاء؛ لأن إطلاق الموالاة تقتضي الموالاة في الدين، وإن جاز أن يعبر بها عن ولاء العتق.

١٩٨٨ - فَصَّل: [في وصفه بالحرية]

قال ابن سماعة عن محمد: إذا قال لمملوكه: نسبك حر أو أصلك حر، [أو أبواك]، فإن كان يعلم أنه سبي لا يعتق؛ لأن المسبي لنسبه حر وأبواه حران فهو صادق في قوله، وإن لم يكن سبي فهو حر؛ لأن حرية الأبوين تقتضي حرية الولد إلا أن يطراً الرق، والرَّقُّ إنما يطراً بالسبي، وليس بمسبي فلم يبق إلا أنه وصفه بالحرية.

١٩٨٩ - فَصَّل: [في وصفه بما يحتمل الحرية]

قال أبو يوسف: إذا قال لعبده: أنت لله، لم يعتق في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إن نوى العتق عتق.

وجه قول أبي حنيفة: أنه موصوف بهذه الصفة قبل العتق وبعده على وجه واحد، والعتق إنما يقع بالصفة التي لا يوصف بها المملوك، فأما ما يوصف بها فلا يقع، كقوله: أنت أسود أو طويل.

وجه قول أبي يوسف: أن العتق يقع لله، فإذا قال: أنت لله، فقد ذكر ما يحتمل الحرية ونواها فيقع.

١٩٩٠ - فَصَّل: [في عبارات تتضمن معنى القرية]

ولو قال: أنت عبد الله، ونوى العتق لم يعتق عند أبي حنيفة وأبي يوسف،

أما أبو حنيفة فقولُه ظاهر؛ لأن العبد يوصف بهذه الصفة قبل العتق وبعده، وأما أبو يوسف فقال: إذا قال: أنت لله، فهذه اللفظة تستعمل فيما [جعل للقربة] (١)، وهذا يتضمن معنى العتق، فأما قوله: أنت عبد الله، فلا يتضمن معنى القربة، فلذلك لم يقع به العتق.

قال معلی: قال أبو يوسف: إذا قال قد جعلتك لله، في صحته أو في [١/٢٠٠] مرضه، وقال: لم أنو العتق، أو لم يقل شيئاً حتى مات فإنه يباع، فإن نوى العتق فهو حر، وإن قال هذا في مرضه فمات قبل أن [يُبين] (٢) فهو عبد أيضاً؛ وذلك لأنه يحتمل أن يريد بهذا اللفظ النذر ويحتمل العتق، فلا يقع أحدهما إلا بنية، ولا يجوز أن يلزم الورثة بعد الموت الصدقة؛ لأن النذر يسقط بالموت عندنا.

١٩٩١ - فُصِّلَ: [عبارات لا تصلح للعتق]

وقال الفضل بن غانم عن أبي يوسف فيمن قال لأُمَّتِهِ: قد أطلقتك، يريد العتق، قال: تعتق؛ لأن الإطلاق يقتضي زوال اليد، وقد يزيل المولى يده عن عبده بالعتق وبغيره، فإذا نوى العتق عتق به، قال: وإن قال: [قد] أطلقتك، يريد العتق لم يكن عتقاً، وهذا من مسائل الباب الذي يلي هذا الباب، وهو ما لا يصلح للعتق وإن نوى به.

قال: فإن قال: فرجك عليّ حرام، يريد العتق لم يكن عتقاً؛ لأن الرق يجتمع مع التحريم، ألا ترى أنه يشتري أخته من الرضاة، وجارية قد وطئ أمها أو بنتها (٣)، فلم يكن في التحريم دلالة على العتق.

(١) في ب [حمل القربة] والمثبت من أ.

(٢) في ب (يميز) والمثبت من أ.

(٣) في أ (وطئها أبو أو ابنه).

وروى ابن سماعة عن محمد عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبد:
أن ت ح ر، أو قال لزوجته: أن ت ط ال ق، فتهجأ ذلك هجاءً، قال: إن نوى
به العتق والطلاق وقع؛ لأن هذه [الحروف] يفهم منها ما هي عبارة عنه كالكلام،
إلا أنهم لم يجعلوها صريحاً؛ لأنها لم توضع للمعنى وإن أرادوا به (١) فصار
كالكتابة المفيدة للمعنى، وإن لم توضع [له]، فتقف على النية (٢).



(١) في ب (أفادته) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٦٥، ٦٦.

بَاب ما لا يقع به الحرية وإن نوى



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا قال لعبده: يدك حر، أو ساقك حر، أو رجلك حر، أو شعرك حر، (فإن نوى لا يعتق وإن أراد العتق)^(١)، وهذا قد بيناه وذكرنا أنه إذا أضاف العتق إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة لا يعتق، كما إذا أضاف [إليه] الطلاق لم تطلق، ويجوز أن يقال: فكل ما لو أضاف إليه البيع لا يصح، إذا أضاف إليه العتق لم يقع على الجملة، وأما إذا أضاف إليه البيع كان بائعاً للجملة، إذا أضاف إليه العتق وقع.

١٩٩٢ - فَصْل: [نفي السلطان في العتق]

قال في الأصل: إذا قال: لا سلطان لي عليك، ونوى العتق لم يعتق^(٢)؛ وذلك لأن نفي السلطان قد يجتمع مع الرق في المكاتب، فلم يفد ذلك الحرية، وليس كذلك السبيل؛ [لأنه لا ينتفي]^(٣) مع الرق، ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل في المطالبة بمال الكتابة.

١٩٩٣ - فَصْل: [نفي اليد في العتق]

قال محمد: فإن قال لعبده: اذهب حيث شئت، أو توجه أين شئت من بلاد

(١) في أ (فإنه لا يعتق وإن أراد به العتق).

(٢) انظر: الأصل ٦٦/٥.

(٣) في ب (فإنه لا ينبغي) والمثبت من أ.

الله ، يريد به العتق لم يعتق ؛ وذلك لأنه رفع يده عنه ، ورفع اليد لا ينافي الرق كالمكاتب .

١٩٩٤ - فُصِّلَ : [وقوع العتق بكناية الطلاق]

ولو قال لعبده: قد بنت مني ، أو كانت أمةً فقال لها: أنتِ طالق ، أو قد بنت مني ، أو حرّمتك ، أو أنتِ خلية ، أو بريّة ، أو بته ، [٢٠٠/ب] أو اخرجني ، [أو اعتدي]^(١) ، أو استبرئي ، أو تقنّعي ، أو اختاري ، فاختارت وهو ينوي العتق ، فذلك [كله] باطل^(٢) ، وقال الشافعي: إذا نوى بالطلاق (الحرية وقعت)^(٣) .

لنا: أن ما (لا يملك بلفظ النكاح لا يزول)^(٤) الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الأعيان ، ولأن الطلاق في الموضع الذي جعل صريحاً لا يزيل الملك بنفسه ، ففي الموضع الذي جعل كناية أولى [أن لا يزيل] ، وإذا ثبت أن العتق لا يقع بلفظ الطلاق الصريح ، فكذلك كناية الطلاق ، وكذلك ألفاظ التحريم ؛ لأن التحريم يجتمع مع الرق .

١٩٩٥ - فُصِّلَ : [هل التشبيه يقتضي المشاركة في الحكم؟]

قال محمد: إذا قال لعبده: رأسك رأس حرّ ، أو بدنك بدن حرّ ، أو فرجك فرج حرّ ، لم يعتق ؛ وذلك لأن هذا تشبيه ، والشيء إذا شُبّهَ بالشيء لم يقتض مشاركة في كل صفاته ، فلا يعتق .

(١) في ب مكانه (أو اعزلي) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٦٦/٥ .

(٣) في أ (العتق وقع) .

(٤) في أ (ما لا يملكه... لا يزيل الملك عنه) .

قال: ولو نَوَّنَ فقال: رأسك رأس حر، أو بدنك بدن حر، أو فرجك فرج حر فهو حر؛ وذلك لأن هذه صفة وليس بتشبيهه، ومتى وصف العبد أو بما يعبر به عن جملته بالحرية، [وقعت].

١٩٩٦ - فَصْلُ: [الإثبات يقتضي العتق]

وقال في الأصل: إذا قال: ما أنت إلا مثل الحر، أو أنت مثل الحر، لم يعتق في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن هذا تشبيه، وقد بينا أن التشبيه لا يقتضي المشاركة في كل الصفات، وليس كذلك إذا قال: ما أنت إلا حر؛ لأنه نفي وإثبات، وهذا تأكيد للإثبات كقولهم: لا إله إلا الله، وإثبات الحرية يقتضي العتق.

وقد روى مُعَلَّى عن أبي يوسف فيمن قال: كُلُّ مالي حر، وله عبيد لم يعتقوا؛ لأن المال لا يوصف بالحرية التي هي العتق، فلما جمع بين العبيد وغيرهم من الأموال عَلِمَ أنه أراد الحرية التي يوصف الجميع بها، وذلك إسقاط حق الغير عنه وزوال اعتراضه فيه^(١).



(١) انظر: الأصل ٦٦/٥.

بَابُ العتق بدعوى النسب



قال الشيخ رحمته الله: الأصل في الباب أن من وصّف مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه فهو على وجهين:

أحدهما الصفة: مثل أن يقول: هذا ابني أو هذه ابنتي، [أو أمي] أو هذا عمي أو أبي أو خالي [أو أخي]، فإنه يعتق في رواية الحسن في جميع ذلك، وقال في الأصل: يعتق في جميعها إلا في قوله: هذا أخي وهذه أختي فإنه لا يعتق^(١)، وإنما عتق بهذه الصفات؛ لأن قوله: هذا ابني، يقتضي الحرية، ومنْ وصف مملوكه بصفة الحرية عتق عليه، ولأنه لم يبح في الشريعة (استعمال)^(٢) لفظ الأبوة والبُؤوة على وجه الإكرام، فلم يبق إلا أن يكون حقق الصفة فيعتق، فأما إذا قال: هذا أخي، فإنه يعتق في رواية الحسن؛ لأنه وصفه بصفة مَنْ يعتق عليه على طريق التحقيق فصار كقوله: هذا خالي أو عمي.

وجه [١/٢٠١] رواية الأصل: أن هذه اللفظة قد أبيض استعمالها في الشريعة على طريق [التحقيق]^(٣) والإكرام، قال تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [الأحزاب: ٥]، وإذا أبيضت هذه اللفظة احتمل أن يكون أراد الإكرام، فلم يقع بها العتق.

(١) انظر: الأصل ٦٧/٥.

(٢) في أ (اشتمال).

(٣) في ب (التحفي) والمثبت من أ.



وأما القسم الثاني: فهو أن يذكر الصفة على وجه النداء، فلا يعتق في جميع الأوصاف إلا في قوله: يا مولاي، ويا مولاتي، ويا حر؛ وذلك لأن هذه الألفاظ تستعمل في النداء على طريق الإكرام في الغالب، ولا يراد بها [التحقيق]^(١)، فلم تحمل على العتق من غير نية، فأما إذا قال: يا مولاي، عتق عندنا، وقال زفر: لا يعتق^(٢).

لنا: أن [هذه اللفظة]^(٣) لا تستعمل مع العبد على طريق الإكرام في العادة، فصار كقوله: هذا مولاي.

وجه قول زفر: أنه تستعمل [هذه اللفظة] على طريق التعظيم، [فصار] كقوله: يا سيدي، فأما إذا قال: يا مالكي ويا سيدي لم يعتق^(٤).

قال محمد: لأننا إنما أعتقناه في قوله: يا مولاي؛ لأجل الولاء لأجل الملك، وهذا صحيح؛ لأن قوله: يا سيدي ويا مالكي، يذكر على التعظيم فلا يقع به الحرية، فأما إذا قال: يا حر، فإنه صرح بالحرية؛ وذلك لأنه لا يذكر على طريق الإكرام، وإنما يذكر على وجه الصفة، وقال عمرو: قال محمد: إلا أن يكون اسم العبد حرًا يُعرف بذلك فلا يعتق؛ لأن النداء يحمل على الاسم دون الصفة.

١٩٩٧ - فصل: [في قول من لا يولد لمثله هذا ابني]

قال أبو حنيفة: إذا قال لعبده: هذا ابني، ومثله لا يولد لمثله، أو قال: هذا

(١) في ب (التحفي) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥/٦٥، ٦٦.

(٣) في ب (هذا اللفظ) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ويا مالكي، لا يعتق) فقط.

أبي ، ومثله لا يلد مثله عتق [عليه] ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق ، وهو قول أبي حنيفة الأول ، وأما إذا قال لمعروف النسب: هذا ابني ، [فإنه يعتق في قولهم]^(١) ، (أو قال لجاريته: هذه أمي ، وله أم معروفة فإنه يعتق الجارية في قولهم)^(٢) .

وجه قول أبي حنيفة: أن قوله: هذا ابني ، يتضمن حرية مُوقَّعة مع النسب ، وكل واحد من الأمرين ينفرد عن الآخر ، ألا ترى أن المأذون (يشترى ابنه ولا يعتق)^(٣) ، والأجنبي يعتق عبده ولا نسب بينهما ، وإذا أقرَّ بما يتضمن الأمرين وأحدهما ينفرد على الآخر ، صار كأنه قال: هذا ابني وهو حر ، ولأن الحرية المضمنة بالنسب يجوز أن يثبت وإن لم يثبت النسب ، كمن قال لمعروف النسب: هذا ابني ، ولا يلزم إذا قال لامرأته ومثله لا يلد مثلها: هذه بنتي ، أن الفرقة لا تقع ؛ وذلك لأن هذا الإقرار لا يتضمن فرقة موقعة ، وإنما يقتضي نفي النكاح لأجل النسب ، وإذا لم يثبت النسب لم يتعلق به حكم الفرقة .

يبين الفرق بينهما: أنه لو قال لزوجته وهي معروفة النسب: هذه ابنتي ، لم تقع الفرقة ، وبمثله يقع العتق ، وإنما افترقا لما قدمنا .

وكذلك لو [ب/٢٠١] قال لزوجته ومثله يلد مثلها: هذه بنتي ، ثم قال وهمت^(٤) أو أخطأت ، لم تقع الفرقة ، ولو قال لعبده: هذا ابني ، ثم قال: وهمت وأخطأت وقع العتق لما بينا .

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ . وما بعدها بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) انظر: الأصل ٦٧/٥ .

(٣) في أ (يشترى أمه فلا تعتق) .

(٤) في أ (أوهمت) في الموضعين .

وجه قولهما: أنه أقر بالنسب، والحرية من أحكامه، وقد علمنا أنه كذب في النسب، فلا تثبت الحرية بحكمه، كما لو قال لزوجته وهي أكبر منه: هذه ابنتي، [قالا]: وليس كذلك المعروف بالنسب؛ لأنه يجوز أن تكون ابنته من الزنا، ومن يملك ابنة من الزنا عتقت عليه، فكأنما قالوا: البُنُوَّة مستحيلة، والعتق لا يثبت بحكمها، وما لم يكن مستحيلاً في الصورة وإنما يستحيل حكماً يثبت به العتق، وهذا الفرق ليس بصحيح؛ لأنهم قالوا في النكاح: إذا قال لمعروفة النسب: هذه ابنتي، لم تقع الفرقة، وإن كان لا يجوز أن يتزوج بابنته من الزنا.



بَابُ التدبير



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: التدبير: أن يستحق العبد العتق بموت مالكه، على أي وجه مات وبأي سبب مات.

قال الشيخ رحمه الله: الأصل في هذا أن التدبير مأخوذ من العتق الواقع عن دُبر من الإنسان، وحقيقته: أن يعلق عتق مملوكه بموته على الإطلاق.

والأصل في جواز التدبير: أنه عتق معلق بشرط، فصار كتعليقه بدخول الدار، ولأن الموت يؤثر في زوال الملك، والتدبير يمنع من دخول المدبر في ملك الورثة فهو كالوصايا، وأما إذا عَلَّقَ العتق بموت بصفة أو بموت ومعنى آخر فليس بمدبر؛ لأن التدبير فرع الاستيلاد، والاستيلاد يتعلق العتق فيه بالموت [على الإطلاق] ^(١)، ولأنه لم يقصد إيجاب القربة في الحال، ألا ترى أن من أراد القربة لم يخصصها بموت من مرض دون مرض أو بالموت وبمعنى آخر، فصار ذلك صريح العتق المعلق بالشرط، وإذا وجد الموت بالصفة التي شرطها عتق ولم يكن مدبراً، فأما إذا أطلق التعليق بالموت فقد قصد إيجاب القربة في الحال، فيثبت حكم الحرية وتعلق الولاء بها؛ فلذلك لم يجز التصرف فيه.

١٩٩٨ - فَصْل: [في أَلْفَاظِ التَّدْبِيرِ]

والتدبير يقع بصريح اللفظ، مثل أن يقول: دبرتك، ويقع بلفظ اليمين، مثل

(١) في ب (كالإطلاق) والمثبت من أ.

أن يقول: إن ميتٌ فأنت حر ، وبلفظ الوصية التي توجب له رقبتة أو بعضها ، فأما قوله: أنت مدبر وقد دبرتك ، فهو الصريح فيجري مجرى قوله: أنت حر في العتق ، وأما لفظ اليمين ؛ فلأنه علق الحرية بالموت مطلقاً ، وهذا معنى التدبير ، وأما إذا أوصى له برقبته أو بوصية تستحق من جملتها رقبتة أو بعضها ؛ فلأن العبد لا يملك رقبة نفسه ، والوصية تقتضي زوال ملك الموصي وانتقاله إلى الموصى له ، وذلك في العبد حرية^(١) مثل أن يقول له: بعتك نفسك ، أو وهبتك [١/٢٠٢] لك . وقد قالوا في لفظ اليمين أنها قوله: إن مت فأنت حر ، أو متى مت ، أو إن حدث بي حدث ، أو متى ما حدث بي حدث ، أو إذا حدث بي حدث ؛ وذلك لأن هذه ألفاظ^(٢) الشروط ، وقد علق العتق بالموت ، وكذلك إن قال: أنت حر بعد موتي ؛ لأنه علق الحرية بالموت مطلقاً ، وكذلك إن قال: قد دبرتك بعد موتي ؛ لأن هذا صريح العتق عن دُبُرٍ .

وكذلك إذا قال: أعتقتك بعد موتي ؛ لأنه علق الحرية بالموت ، وكذلك: أنت حر مع موتي ؛ لأن (مع) تقتضي المقارنة ، والشروط لا بد من تقدمها^(٣) ، فكأنه قال: بعد موتي ، وكذلك إذا قال: عند موتي ؛ لأنه علق العتق بالموت ، فلا بد من وجوده أولاً ، وكذلك: في موتي ؛ لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل جعله شرطاً ، وكذلك إن ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك ؛ لأن الجميع بمعنى واحد .

وقالوا في لفظة الوصية إذا قال: أوصيت لك بعقتك أو برقبتك أو بنفسك ،

(١) في أ (حرمة) .

(٢) في أ (الألفاظ شروط) .

(٣) في أ (تقديمها) .

فهذا كله تدبير ؛ لأن هذا يعبر به عن الجملة ، وقد قلنا إن الوصية له برقبته عتق ، وكذلك إن قال : أوصيت لك بثلث مالي ؛ لأن الرقبة من جملة المال ، فقد [صار موصياً له]^(١) بثلاثها ، وهذا عتق تعلق^(٢) بالموت^(٣) .

وقال بشر عن أبي يوسف : فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله قال : يعتق بعد موته ، ولو أوصى له بجزء من ماله (لم يعتق ، والفرق بينهما : أن السهم عبارة عن السدس ، فإذا أوصى له بسدس ماله)^(٤) ، دخل سدس الرقبة في الوصية ، فاستحق عتق جزء من رقبته ، فأما إذا أوصى بجزء [من ماله] فالخيار إلى الورثة ولهم التعيين فيما شاءوا ، فلم تتضمن الوصية الرقبة لا محالة ، فلم يكن مدبراً ، وإذا صحَّ التدبير لم يجز بيع المدبر ولا هبته ولا إخراجه من ملك المولى إلا إلى الحرية ، وقال الشافعي : يجوز بيعه .

لنا : ما روى أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال في المدبر : « لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث »^(٥) ، وروي امتناع بيع المدبر عن زيد وابن عمر^(٦) ؛ ولأنه حق حرّيه أوجب اسماً [خاصاً]^(٧) فمنع البيع كالاستيلاء

(١) في ب (صارت موصى) والمثبت من أ.

(٢) في أ (معلق).

(٣) انظر : الأصل ١٦٨/٥ .

(٤) ساقطة من أ .

(٥) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى ٤١٣/١٠ ؛ والدارقطني في السنن وقال : « لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف ، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله » ١٤٨/٤ ، ونقل ابن حجر قول الدارقطني في الدراية ٨٧/٢ .

(٦) انظر : مصنف عبد الرزاق ١٤٨/٩ ؛ مصنف ابن أبي شيبة ٣١٣/٤ ؛ والسنن الكبرى للبيهقي ٣١٥/١٠ .

(٧) في ب (مطلقاً) والمثبت من أ .

والكتابة ، ولأن القول يوجب الحرية ، فجاز أن يوجب حق حرية لا يلحقه الفسخ كالفعل ، ألا ترى أن السبي يوجب الحرية فيمن سبى أباه أو ابنه ، ثم أُوجِبَ حق حرية لا يفسخ وهو الاستيلاد ، وإذا ثبت أنه لا يجوز بيعه ولا [تمليكه] ^(١) ، قلنا: كل تصرف يجوز أن يقع في الحر يجوز في المدبر، مثل الإجارة والاستخدام والوطء في الأمة ؛ وذلك لأن حق الحرية لا يكون بأكثر من الحرية ، فإذا لم يمنع الحرية هذا التصرف فحقها أولى ، وكل تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر إلا الكتابة ، وهذا كالبيع والهبة والرهن ، فأما البيع والوصية فقد دللنا عليها ، وأما الرهن فلأن المقصود منه الاستيفاء ، وما لا يجوز [٢٠٢/ب] بيعه لا يمكن الاستيفاء منه ، وقد قالوا: إن المولى يزوج المدبرة بغير رضاها ؛ لأن [له] وطئها ، فلأن التدبير يقتضي حرية مؤجلة ، فإذا كاتبه على ملكه ، ومثل هذا التصرف يجوز في الحرية .

١٩٩٩ - فَصْلُ : [في كتابة المُدَبِّر]

فأما جواز الكتابة فلأن التدبير يقتضي حرية مؤجلة ، فإذا كاتبه فيريد أن يعجل الحرية ، والمولى يملك تعجيل الحرية المؤجلة كما يملك عتق أم ولده .

٢٠٠٠ - فَصْلُ : [زوال ملك المولى عن المدبر بغير الموت]

وإذا ثبت أن التدبير عتق يتعلق بموت المولى ، قلنا: إذا زال ملك المولى عنه بغير الموت عتق ، وهذا مثل أن يَرْتَدَّ ويلحق بدار الحرب ، فيحكم الحاكم بلحاقه ؛ وذلك لأن هذا قد أجري مجرى الموت في زوال الأملاك وانتقالها إلى الورثة ، فكذلك في عتق المدبرة ، وكذلك المستأمن إذا اشترى في دار الإسلام

(١) في ب (يملكه) والمثبت من أ .

عبداً فدبّره ولحق بدار الحرب واسترق عتق مدبره؛ لأن الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكماً فهو كالموت.

٢٠٠١ - فصل: [في التدبير بالعتق المعلق]

فأما العتق [المعلق] ^(١) بالموت من وجه دون وجه، مثل أن يقول: إن متُّ في سفري أو مرض كذا، أو إن غرقت أو قتلت، أو تعلق العتق بموته وبشرط آخر، مثل أن يقول: إن مت وفلان، فهذا ليس بمدبّر؛ لما بينا: أن عتقه لم يتعلق بموت مطلق، فيجوز بيعه وهبته، والتصرف فيه، كما يجوز في الذي علق عتقه بدخول الدار.

٢٠٠٢ - فصل: [في عتق المدبر من الثلث]

وعتق المدبر المطلق والمقيد [من الثلث] ^(٢)، وروي عن ابن مسعود والنخعي وحماد أنهم قالوا: أعتقهم من جميع المال، وقال سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين [يعتق من الثلث] ^(٣)؛ لما روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «المدبر من الثلث» ^(٤)، ولأنه عتق علق بموته، وما علق بالموت من التبرع فهو من الثلث، كسائر الوصايا.

(١) في ب (المتعلق) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الثلاث) والمثبت من أ.

(٣) في ب (من الثلاث) والمثبت من أ.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٤) ونقل عن ابن أبي شيبة قوله: «هذا خطأ، يعني: (الحديث)، قال أبو عبد الله: ليس له أصل»؛ والبيهقي في الكبرى وقال: «... وعن علي بن ظبيا مرفوعاً، والصحيح موقوف كما رواه الشافعي ﷺ، وروى ذلك من وجه آخر مرسلًا عن النبي ﷺ» ٣١٤/١٠؛ والطبراني في الكبير ٣٦٧/١٢؛ نصب الرأية ٢٨٤/٣.

٢٠٠٣. فَصْل: [في اكتساب المدبرة ومهرها]

وقد قالوا: إن اكتساب المدبرة ومهرها وأرشها للمولى؛ لأنها باقية على ملكه، وإنما تستحق الحرية عند وجود الشرط، فما قبل الشرط هي كالأمة.

٢٠٠٤. فَصْل: [في سريان التدبير في أولاد المدبرة]

وولد المدبرة بمنزلتها؛ لإجماع [الصحابة]، روي عن ابن مسعود أنه قال: ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعقها ويرق برقها^(١).

وخصوص إلى عثمان في أولاد مدبرة، فقضى أن ما ولدته قبل التدبير عبداً، وما ولدته بعد التدبير مدبر، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف، وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاووس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة، ولا يعرف في السلف خلاف ذلك، وإنما قال به بعض أصحاب الشافعي فلا يعتد بقولهم على الإجماع؛ ولأن حريتها متعلقة بموت المولى على الإطلاق، فيسري حق الحرية إلى ولدها كأم الولد^(٢).

٢٠٠٥. فَصْل: [في ولاء المدبر]

وقد قالوا: [١/٢٠٣] إن ولاء المدبر بالتدبير لمدبره، لا ينتقل عنه وإن عتق من جهة غيره؛ لأن حق الحرية عندنا ثابت في الحال، وحق الحرية يثبت بالولاء والولاء لا يفسخ، وإنما يتصور العتق من جهة غير المدبر في مدبرة بين شريكين

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٣١٥/١٠؛ والدراقطني في السنن ١٣٧/٤؛ وعبد الرزاق في مصنفه

١٤٤/٩، جمعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) انظر: الأصل ١٧٢/٥، ١٧٣.

جاءت بولد ، فادّعاها أحدهما ، ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه منه ، والولاء بينهما ، وكذلك مدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر ، فضمن عتق بالضمان ولم يتغير الولاء عن الشركة ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: إذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما^(١).

٢٠٠٦ - فَصْل: [في التدبير بالمال]

وقد قالوا: إن التدبير عتق موقع عند الشرط ، فيعتبر فيه ما يعتبر في الشروط ، فإن قال: أنت مدبر على ألف فقبل ، فهو مدبر والمال ساقط ؛ لأن التدبير موقوف على قبول المال ، [والمدبر]^(٢) على ملك المولى ، فلا يجوز أن يلزمه دين ، له فسقط المال .

٢٠٠٧ - فَصْل: [تعليق العتق بالموت مع شرط آخر]

فإن علق عتقه بموته مع شرط آخر ، مثل أن يقول: إن مت وفلان ، فإن مات المولى أولاً لم يعتق وإن مات الآخر بعد ذلك ؛ لأن موت المولى أحد الشرطين فلا يعتق به ، فينتقل الملك إلى الورثة ، فيوجد الشرط الثاني ولا ملك للمعتق فلا يقع^(٣) العتق ، فإن مات فلان أولاً فقد صار مدبراً ؛ لأن عتقه تعلق بموت المولى على الإطلاق^(٤).



(١) انظر: المصدر السابق ١٧٥/٥ .

(٢) في ب (والتدبير) والمثبت من أ .

(٣) في أ (فلا يعتق) .

(٤) انظر: الأصل ١٧٠/٥ .

٢٠٠٨ - فَصْل: [الحالات التي لا يكون العبد فيها مدبراً]

قال أبو يوسف: إذا قال: أنت حر إن مت أو قتلت، فليس بمدبر، وقال زفر: هو مدبر.

وجه قول أبي يوسف: أنه علق العتق بأحد أمرين، فصار كأنه قال: إن مت أو مات زيد.

وجه قول زفر: أنه [علق عتقه بالموت]^(١) لا محالة، ومن تعلق عتقه بالموت بكل حال، فهو مدبر.

٢٠٠٩ - فَصْل: [تعليق العتق بالموت والتكفين]

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال: إن مت ودفنت، أو غسلت، أو كفنت فأنت حر، فليس بمدبر، فإن مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث؛ وذلك لأنه علق العتق بالموت وبمعنى آخر، والتدبير تعليق العتق بالموت على الإطلاق، فإذا مات فالقياس أن لا يعتق كما لو قال: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر، لكنه استحسنت فقال: يعتق من الثلث؛ لأنه علق العتق بالموت، وبصفة توجد عند الموت قبل استقرار ملك الورثة، فصار كما لو علقه بموت بصفة، وليس كذلك إذا قال: إن مت ودخلت الدار؛ لأن دخول الدار ليس له تعلق بالموت، فصارت هذه يميناً، فتبطل بالموت كسائر الأيمان.

وقال محمد في الأصل: إذا قال: أنت حر بعد موتي إن شئت الساعة، فشاء العبد في ساعته، فهو حر بعد موت المولى من الثلث؛ لأنه علق التدبير بشرط وهو المشيئة، وقد وجد [٢٠٣/ب] الشرط فصار مدبراً.

(١) في ب (علقه بالموت) والمثبت من أ.

قال: فإن كان ينوي بالمشيئة بعد الموت ، فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى ؛ وذلك لأنه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت ، فإذا وجد قبل ذلك لم يتعلق به حكم^(١) .

قال: فإن مات المولى فشاء عند موته عتق من الثلث بغير تدبير ؛ وذلك لأن العتق لم يتعلق بمجرد الموت ، فإذا شاء فقد تم الشرط فصار ذلك في حكم الوصايا ، وكان أبو بكر الرازي يقول: يجب أن لا يعتق حتى يعتقه الورثة ؛ لأن العتق لم يتعلق بالموت ، وإنما تعلق بمعنى بعده ، فصار كالوصية بالعتق ، [فلا يعتق إلا أن يعتق] .

وقد روى ابن سماعه وعيسى وأبو سليمان عن محمد: فيمن قال لرجل إذا مت فاعتق عبدي هذا إن شئت ، أو قال: إن مت فأمر عبدي بيدك ، ثم مات ، فشاء في المجلس أو بعد المجلس ، فله أن يعتقه ؛ لأن هذا وصية بالعتق^(٢) والوصايا لا يعتبر فيها القبول في المجلس .

قال: وكذلك إن قال: عبدي هذا حر بعد موتي إن [شئت]^(٣) ، فقام من [مجلسه] بعد موته ثم شاء ، فقد وجبت الوصية ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة ، أو الوصي أو القاضي ، وهذا يصحح^(٤) ما قاله أبو بكر الرازي: إن العتق إذا تعلق بالموت وبشرط آخر فوجد ، فلا بد من الإعتاق .

قال: وكذلك لو قال لعبده: أنت حر إن شئت بعد موتي فمات المولى ،

(١) انظر: الأصل ١٧٠/٥ .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب ، وزيدت من أ .

(٣) في ب (شاء) والمثبت من أ .

(٤) في أ (تصحیح لما قاله) .

وقام العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت المولى ، أو أخذ في عمل آخر ، فإن ذلك لا يبطل شيئاً مما جعل إليه ؛ لما بينا أن هذه وصية وليس بتمليك ، والوصية لا يقف قبولها على المجلس .

وروى بشر عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت حر بعد موتي بشهر ، فليس بمدبر ولا يعتق إلا أن يُعْتَقَ ، وهذا لما بينا^(١) .

قال ابن سماعة عن محمد: القياس أن يكون باطلاً ، ألا ترى أنه لو جنى قبل شهر دُفِعَ بالجناية ، ولو لحقه دَيْنٌ يَبِيعُ فيه ؛ وهذا صحيح لأنه لما علق العتق بمضي شهر بعد الموت انتقل الملك منه إلى الورثة ، فلم يجز أن يعتق بوجود الزمان ، إلا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالعتق متعلقة بصفة ، فإن قال: أنت حر قبل موتي بشهر ، فليس بمدبر ؛ لأنه لا يعلم وجود هذه الصفة ، وهو زمان يوصف أنه قبل موته بشهر ، فإذا مضى شهر قبل موت المولى وهو في ملكه ، فهو مدبرٌ عند أبي حنيفة وزفر ، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بمدبر .

وجه قول أبي حنيفة: أن الزمان لما وجد صار عند مضيهِ كمن قال: أنت حر بعد موتي .

وجه قولهما: أنه لم^(٢) تعلق الحرية بالموت على الإطلاق ، فصار كقوله: إن مت اليوم .

٢٠١٠ - فَصَّلَ: [تعلق العتق بالموت إلى سنة]

روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال: إن مت إلى سنة أو إلى سنتين^(٣)

(١) انظر: الأصل ١٧٠/٥ .

(٢) في أ (ما) .

(٣) في أ (أو عشرين سنة) .

فأنت حر ، فليس بمدبر ؛ لأنه علق العتق بموت بصفة يجوز أن توجد ويجوز أن لا توجد ، فإن قال : إن مت إلى مائة سنة^(١) ، ومثله لا يعيش إلى ذلك في الغالب فهو مدبر [الساعة] ؛ لأنه علق عتقه (بموت يوجد)^(٢) لا محالة ، وقال هشام عن محمد : إذا قال : أنت مدبر [١/٢٠٤] بعد موتي ، فهو مدبر الساعة ؛ لأن المدبر من عتق عن دبر منه ، فكأنه قال : أنت حر بعد موتي^(٣) .

٢٠١١ - فصل : [وقت قبول التدبير]

قال في الجامع الصغير : إذا قال : أنت حرُّ بعد موتي على ألف ، فالقبول بعد الموت^(٤) .

وروى بشر عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده : أنت مدبر على ألف ، قال أبو حنيفة : ليس له القبول الساعة ، وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل ، فإن مات وهو في ملكه وقال : قد قبلت ، أدى الألف وعتق ، وهي رواية عمرو عن محمد .

وقال أبو يوسف : إن لم يقبل حتى مات ، ليس له أن يقبل .

وجه قولهما : أنه أوجب له حرية بعد الموت ، فوجب أن يكون القبول في حال الإيجاب ، ولأنه أجري مجرى الوصايا ؛ بدلالة اعتباره من الثلث ، وقبول الوصايا بعد الموت .

(١) في أ (إلى سنة) فقط .

(٢) في أ (بموته) .

(٣) انظر : الأصل ١٧٠/٥ .

(٤) انظر : الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٦١ .

وجه قول أبي يوسف: أنه أوجب له في الحال عتقاً بعوض ، فالقبول في المجلس وإن كان العتق يتأخر كقوله: إن شئت فأنت حر [عند] رأس الشهر .

٢٠١٢ - فُصِّلَ : [تعليق الحرية بالتمليك]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي ، فما في ملكه مدبرٌ ، وما [يستفيده] ^(١) يعتق من الثلث بغير تدبير ، وقال أبو يوسف: لا يدخل فيه ما يستفيده ^(٢) .

وجه قولهما: أن التدبير وصية بدلالة اعتباره من الثلث ، والوصية تتعلق بما في ملكه وما يستفيده ، كمن قال: ثلثٌ مالي لك بعد موتي .

وجه قول أبي يوسف: أن حقيقة قوله: أملك بقيد الحال ، وإنما يحمل على المستقبل بدلالةٍ ، فإذا أريد به الحال التي هي الحقيقية لم يحمل على غيرها ، وإنما قلنا [إن ما] استفاده ليس بمدبر؛ لأن التدبير ما كان في ملكه ، أو [صرح] ^(٣) بإضافته إلى الملك ولم يوجد؛ [ولأن] ^(٤) عتقهم لم يتعلق بالموت مطلقاً ، وليس إذا لم يثبت التدبير لم يدخلوا في اليمين ، كمن قال: إن مت من مرضي أو سفري ^(٥) .



(١) في ب (يستقبله) والمثبت من أ .

(٢) انظر: المرجع السابق نفسه .

(٣) في ب (صریح) والمثبت من أ .

(٤) في ب (وأن) والمثبت من أ .

(٥) انظر: الأصل ١٦٩/٥ .



٢٠١٣. فصل: [تحمل جنایات المدبّر]

وجنایات المدبر علی المولی یلزمه علی الأقل من أرشه ومن قيمته ؛ لأنه بالتدبير منع من تسليمه بالجنایة من غير اختيار ، فصار كمن دبر عبداً بعد ما جنى وهو لا يعلم ، وإنما لزمه علی الأقل ؛ لأن الأرش إن كان دون القيمة فلا حق لولي الجنایة إلا فيه ، وإن كانت القيمة أقل فلم يمنع عنهم بالتدبير أكثر منها .

قال : وكذلك إن كثرت الجنایات لم یضمن المولی إلا قيمة واحدة ؛ لأنه صار مانعاً من تسليمه بسبب سابق علی الجنایات من غير اختيار ، فصار كأنه دبّره بعد وجودها وهو لا يعلم ؛ ولأن المنع منع واحد ، فلا یلزمه من غير اختيار أكثر من قيمة واحدة .



بَابُ

الاستيلاء



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: [٢٠٤/ب] كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالكة أو مالك^(١) بعضها فهي أم ولد له ؛ وذلك لأن الاستيلاء فرع لثبوت النسب ، فإذا ثبت الأصل ثبت فرعه .

قال: وكذلك إن ثبت نسب ولد مملوكة من غير سيدها بنكاح أو وطءٍ بشبهة ، ثم ملكها فهي أم ولد له حين ملكها ، وإن ملك ولدها منه عتق عليه ، وقال الشافعي: إذا [استولد] في ملك غيره ثم ملك لم تصر أم ولد .

لنا: فإن نسب ولدها ثابت من مولاهها ، فثبت لها حق الاستيلاء كما لو ولدت في ملكه ؛ ولأن الاستيلاء [حرية]^(٢) متعلقة بالنسب ، فإذا جاز أن يثبت حكم النسب في ملك الغير ، جاز أن يثبت حكم ما تعلق به في [الحرية] ، وأما إذا ملك ولدها [منه] عتق ؛ لقوله ﷺ: «من ملك ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عتق عليه»^(٣) .

٢٠١٤ - فَصْلُ: [في إثبات أم ولد]

وإن ملك ولدها^(٤) من غيره لم يصير ابن أم ولد [له] وجاز بيعه ، وقال زفر:

(١) في أ (مالكة أو مالك لبعضها).

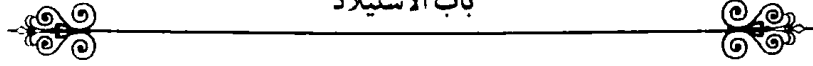
(٢) في ب (حرمة) والمثبت من أ.

(٣) الحديث روي بلفظ: (فهو حر)، (فهو عتيق)، أخرجه ابن الجارود في المنتقى ١/٢٤٤ ؛ وأبو

داود (٣٩٤٩) ؛ والترمذي (١٣٦٥) وقال: «لا نعرفه مسنداً إلا من حديث حماد بن سلمة» ؛

والنسائي في الكبرى (٤٩١٢) ؛ وابن ماجه (٢٥٢٤) من حديث سمرة بن جندب .

(٤) في أ (ولداً لها).



إذا ملك من ولدته بغير ثبوت نسب ولدها منه ، فهو ابن أم ولد .

لنا: أن الاستيلاء يثبت فيها حين ملكها ، والولد ينفصل في تلك الحال والسراية [لا تثبت] حال الانفصال .

وجه قول زفر: أنه إذا ملكها صارت أم ولد [له] بالعلوق السابق ، والولد حدث بعد ذلك فتعلق به حق الحرية .

٢٠١٥ - فَصَّل:

فإن زوجها بعد أن ملكها ، فجاءت من [الزوج]^(١) بولد ، أو وطئها غير المولى بشبهة فجاءت بولد ، فالولد بمنزلة أمه ، تعتق بموت سيدها ؛ وذلك لأن الاستيلاء استقر فيها ، والحقوق المستقرة في الأمهات تسري إلى الأولاد .

٢٠١٦ - فَصَّل: [ولادة الأمة من رجل ولداً]

وأما إذا ولدت الأمة من رجل ولداً لا يثبت نسبه منه ، بأن زنى بها ثم ملكها وولدها ، عتق الولد عليه وجاز بيع الأم ، وقال زفر: لا يجوز بيعها بمنزلة أم الولد .

لنا: أن الاستيلاء حرية متعلقة بالنسب ، والنسب لم يثبت وإنما عتق الولد ؛ لأنه في حكم [الجزء]^(٢) منه ، فصار كما أعتق بالإعتاق .

وجه قول زفر: أن حكم الحرية لما ثبت لهذا الولد بالولادة ، ثبت لأمه كثبت النسب .

(١) في ب (أزواج) المثبت من أ .

(٢) في ب (الحُرّ) والمثبت من أ .

٢٠١٧ - فَصْل : [ثبوت نسب ولد مملوكة من مالكها]

ولا يثبت نسب ولد مملوكة من مالك لجميعها أو مالك لبعضها إلا أن يدَّعيه ، كان المولى يطؤها أو لا يطؤها ، وهذا فرع على أن الأمة لا تصير فراشاً بالوطء ، ولا يثبت نسب ولدها إلا بالدعوى ، وقال الشافعي : تصير فراشاً بالوطء ويثبت نسب ولدها وإن لم يدَّع .

لنا: أنها لو صارت فراشاً بالوطء صارت فراشاً بالنسب المبيح للوطء كالزوجة ، ولأن زوال الفراش يوجب عدة ، فلما لم يوجب على الأمة عدة بوطء مولاهما ، دلَّ على أنه لا فراش لها ؛ ولأنه يجوز له نقل الملك فيها ، فلو صارت فراشاً [له] لم يجز نقل الملك فيها كأم الولد ، وأما حديث عبد الله بن زمعة لما ادَّعى ولد [١/٢٠٥] وليدة أبيه فقال النبي ﷺ : «هو لك يا عبد الله ، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ، فقد روي أنه قال : أقرب به أبي .

وعندنا: تصير فراشاً بالإقرار بولدها ؛ ولأن النبي ﷺ لم يثبت النسب ، وإنما قال : «هو لك» ، يعني الملك ؛ بدلالة أنه قال : «واحتجبي عنه يا سودة ، فإنه ليس بأخ لك»^(١) ، وقوله : «الولد للفراش» ، تعليل لنفي نسب ولدها ؛ لأنها ليست بفراش ، ولأنهم حكموا بثبوت هذا النسب ، وإن كان لم يثبت باعتراف زمعة بالوطء ، فيجوز أن يثبته وإن لم يثبت باعترافه بالنسب ويتساوى في الإظهار^(٢)

٢٠١٨ - فَصْل : [ثبوت نسب ولده من أمته]

فأما إذا وطئ أمته ولم يعزل عنها وحصَّنها ، لم يحل له فيما بينه وبين الله

(١) الحديث أخرجه البخاري (١٩٤٨) ومواضع أخرى ؛ ومسلم (١٤٥٧) وغيرهما .

(٢) في أ (الإضمار) .

تعالى أن ينفي نسب ولدها، ويلزمه أن يعترف به، فإن عزل عنها ولم يحصنها جاز أن ينفيه، وقال أبو يوسف: إذا كان يطؤها ولم يحصنها فأحب إلي أن يدعيه، وقال محمد: أحب إلي أن يعتق ولدها ويستمتع بها^(١)، فإذا مات أعتقها.

وجه قول أبي حنيفة: أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها وحصنها، فالظاهر أن الولد منه، فلا يجوز له نفيه كولد الزوجة، فأما إذا عزل عنها ولم يحصنها، فيجوز أن يكون [منه]، ويجوز أن لا يكون، فلم يلزمه الاعتراف بالشك.

وجه قول أبي يوسف: أنه يجوز أن يكون منه، ويجوز أن لا يكون منه، فلا ينفيه بالشك.

وجه قول محمد: أنه يجوز أن يكون منه، ويجوز أن لا يكون منه، فلا يجوز أن يلتزم نسباً بالشك، فأما العتق فيحتمل أن يكون عبداً ويحتمل أن يكون حراً فلا يسترقه بالشك، فأما الأم فيستمتع بها؛ لأن ذلك مباح، وإن ثبت نسب ولدها، فإذا مات أعتقها حتى لا تُسرق بالشك.

قال أبو الحسن: وسواء كان الولد حياً أو ميتاً أو سقطاً قد استبان خلقه أو بعض خلقه، أو أقر به، فهو بمنزلة الولد الحي الكامل الخلق في كون الأمة أم ولد؛ وذلك لأن السقط يتعلق به أحكام الولادة بدلالة انقضاء العدة [به]، والاستيلاء من أحكام الولادة.

قال: وإن لم يستبين من خلقه شيء [وألقت بمضغة]^(٢) أو علقه أو نطفة، فادعاه المولى، فإنها لا تكون أم ولد [له]، رواه الحسن عن أبي حنيفة؛ وذلك

(١) في أ (بأمها).

(٢) في ب (والعشر مضغة) والمثبت من أ.

لأنه ما لم يستبن خلقه يجوز أن يكون ولدًا، ويجوز أن يكون دمًا أو لحمًا، فلا يتعلق به حكم الاستيلاد^(١).

٢٠١٩ - فَصْل: [قول الرجل: حمل هذه الجارية مني، ولم تكن حاملاً]

وقال أبو يوسف في [الإملاء]^(٢): إذا قال: حمل هذه الجارية مني، أو هي حُبلى مني، أو قال: في بطنها^(٣) ولد مني، ثم قال: بعد ذلك لم تكن حاملاً، وإنما كان ريحاً أنفست^(٤)، وصدقته الأمة فهي أم ولد؛ وذلك لأنه اعترف بحملها، والحمل عبارة عن الولد، وذلك يثبت لها حرمة الاستيلاد، فإذا رجع لم يصدق في رجوعه، ولا يلتفت إلى تصديقها؛ لأن الحرية [٢٠٥/ب] حق لله تعالى، فلا يقبل قولها في إسقاطها، قالوا: ولو قال ما في بطنها مني ولم يقل من حمل أو ولد [فهو مني]، ثم قال بعد ذلك: كانت ريحاً وأنفست^(٥) وصدقته، لم تصر أم ولد؛ لأنه لم يذكر الولد ولا الحمل، فالظاهر من قوله يقتضي الحمل إلا أنه يحتمل، فإذا تصادقا على اللفظ المحتمل لم يثبت الاستيلاد^(٦).

٢٠٢٠ - فَصْل: [حكم أم الولد]

قال أبو الحسن: وإذا صارت أم ولد بما ذكرت لك، لم يجز للمولى إخراجها من ملكه إلا إلى الحرية، وقال بشر بن غياث: يجوز بيع أم ولده.

(١) انظر: الأصل ١٤٣/٥.

(٢) في ب (المولى) والمثبت من أ.

(٣) في أ (ما في بطنها من ولد).

(٤) في أ (فتفشت).

(٥) في أ (فتفشت).

(٦) انظر: الأصل ١٤٤/٥.

لنا: ما روى عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ وُلِدَتْ مِنْهُ أُمَّتُهُ فَهِيَ مَعْتَقَةٌ عَنْ دَبْرِ مَنْه»^(١)، وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال حين ولدت أم إبراهيم: «أَعْتَقَهَا وَلِدَهَا»^(٢). وسئل سعيد بن المسيب عن [عتق]^(٣) أمهات الأولاد، فقال: إن الناس يقولون: إن أول من أمر بعتق أمهات الأولاد عمر بن الخطاب، وليس كذلك، لكن رسول الله ﷺ أول من أعتقهن فلا يجعلن في الثلث ولا يَسْعَيْنَ في دين، وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين، ولا يجعلن في الثلث^(٤). وعن سالم أن عمر وعثمان قضيا في أمهات الأولاد أن يعتقن.

وروى عبيدة السلماني قال: قال علي: (اجتمع رأيي ورأي [عمر]^(٥))^(٦) من أصحاب رسول الله على عتق أمهات الأولاد، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن في الدين، قال عبيدة: رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إليّ من رأيك في الفرقة)، فأراد [علي] على القضاء فأبى، فلما انصرف قال عليّ: إن السلماني لفقير، وقد أردته أن يزداد فقهاً فأبى، فحكم على الإجماع وليس من شرط الإجماع انقراض العصر، ولا يجوز أن يقال: كيف خالف هذا الإجماع؛ لأنه يجوز أن يكون من مذهبه أن الإجماع لا يستقر إلا بانقراض العصر.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٤٦/١٠؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٤٠٩/٤.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٤٦/١٠؛ وابن عدي في الكامل ٢٩٧/٧.

(٣) في ب (بيع) والمثبت من أ.

(٤) الحديث أخرجه الدارقطني في السنن ١٣٦/٤. وانظر بالتفصيل: نصب الراية للزبيعي ٢٨٨/٣.

(٥) في ب (عثمان) والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.

(٦) الأثر في جميع كتب الأحاديث بلفظ: (اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يبعن،

ثم رأيت بعد...)، ولم أجد هذه الزيادة؛ البيهقي في الكبرى ٣٤٨/١٠؛ وعبد الرزاق في

المصنف ٢٩١/٧؛ وقال ابن حجر: «إسناده من أصح الأسانيد». الدراية ٨٨/٢.

وقد كان أصحابنا يقولون: إنه يحتمل أن يكون قوله: ثم رأيت أن أرقهن ، بمعنى أن أجعل لرقهن [قيمة] ، ومعنى [ثم رأيت أن يبعن] ^(١) في الدين بمعنى يستسعين ، وليس هذا بمخالفة الإجماع ، وإنما هو كلام في كيفية العتق ؛ ولأن نسب ولدها ثابت من مولاها ، فلم يجز [بيعها] ^(٢) كحال الحمل ^(٣) .

٢٠٢١ - فَصْل : [زوال الملك زوال العتق]

قال أبو الحسن: فإذا ما زال ملك المولى ، بأي سبب ، زال عتقت ؛ وذلك لأن عتقها متعلق بموت المولى ، فإذا زال ملكه بموته عتقت ، وكذلك إذا زال ملكه برده أو لحاقه على ما بينا في التدبير ؛ لأن ذلك يجري مجرى الموت ، وإنما يعني أبو الحسن: إذا زال ملك المولى عنها مع بقائها ؛ لأن ملك المولى يزول ^(٤) بموتها ولا تعتق .

٢٠٢٢ - فَصْل : [تضمن أم الولد]

ولا تضمن أم الولد عند أبي حنيفة بالأيدي ، لا تضمن بالغصب كما تضمن الرقيق ، ولا تضمن في البيع الفاسد ، ولا تضمن بالعتق إذا كانت أم ولد بين رجلين فأعتقها أحدهما لم تضمن المعتق لشريكه ، ولم تسع أيضاً في شيء ، وقال أبو يوسف ومحمد: تضمن في ذلك كله كما تضمن الأمة ، وهذا فرع على أن [رقها] ^(٤) لا قيمة له عند أبي حنيفة ؛ [وذلك] ^(٥) لأنها لا تسعى للورثة ولا

(١) في ب (أرقهن) والمثبت من أ .

(٢) في ب (معها) والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ١٤١/٥ وما بعدها .

(٤) في ب (فيها) والمثبت من أ .

(٥) في ب (وكذلك) والمثبت من أ .

للغرماء، فلو كان لرقها قيمة لسعت كالمدبرة، ولأن المولى لا يملك منها إلا منافع الوطاء والاستخدام والاستغلال، فالمتلف لها متلف للمنافع، ذلك غير مضمون عندنا وليس كذلك المدبرة؛ لأن المولى يملك فيها معنى زائداً على المنافع؛ لأنها تسعى لورثته ولغرمائه بعد موته.

وجه قولهما: أنها حرية متعلقة بالموت كالتدبير، ولأنها على ملكه يطؤها ويستخدمها بحكم الملك كالأمة.

٢٠٢٣ - فَصْل: [تضمن الغصب لأمّ الولد]

قال محمد في الإملاء: يضمن في الغصب عند أبي حنيفة كما يضمن الصبي الحر إذا غصب، يعني إذا مات من سبب حادث؛ لأن هذا يجري مجرى ضمان الجناية، لأن الغاصب قربها من سبب التلف، وأم الولد تضمن بالجنائية، فأما قوله: إن أحد الشريكين إذا أعتقها لم يضمن وإن ضمان العتق أدون من ضمان الغصب، ألا ترى أنه يختلف باليسار والإعسار، فإذا لم يضمن عنده بالغصب؛ فلأن لا يضمن بما دونه أولى، ولا تسعى؛ لأنها صارت في يد نفسها بالحرية، فلم تلزمها السعاية كما لو مات المولى.

٢٠٢٤ - فَصْل: [في ضمان جناية القتل]

فإن قتلت ضمننت في قولهم جميعاً؛ لأن ضمان القتل يثبت في الحر، فلأن [يثبت فيما يثبت] ^(١) له حق الحرية أولى ^(٢).

(١) في ب (ثبت فكما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ١٤٥/٥.

٢٠٢٥ - فَصْل: [عتق أمهات الأولاد من مال المولى]

قال: وتعتق إذا مات المولى من جميع المال، ولا تسعى للوارث ولا للغريم، وذلك لحديث سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد ولا يجعلن في الثلث^(١)، ولأن حريتها متعلقة بالنسب، وحرية النسب لا تجتمع معها السعاية، فكذلك حرية الاستيلاء.

٢٠٢٦ - فَصْل: [نسب ولد أم ولد]

وإذا صارت أم ولد، فكل ولد ولدته فنسبه ثابت من المولى، فإن نفاه انتفى بغير حاكم؛ وذلك لأن أم الولد صارت فراشاً بثبوت نسب ولدها، بدلالة أن زوال فراشها موجب للعدة، كالزوجة والولد الحادث على الفراش يثبت نسبه من غير اعتراف، وإنما كان له نفيه من غير حكم؛ لأنه يملك نقل فراشها وإبطاله بقوله، ألا ترى أنه يزوجه فيزول الفراش، وكذلك [٢٠٦/ب] يملك نقل النسب المتعلق به بقوله، وليس كذلك الزوجة؛ لأنه لا يملك نقل فراشها بقوله، فلا يملك نقل النسب المتعلق به.

٢٠٢٧ - فَصْل: [كيفية نفي الولد]

فأما كيفية النفي، فعلى ما بيناه في ولد الزوجة عند أبي حنيفة: ينفيه ما لم يقبل التهنة أو بمضي وقت الاعتراف، وعند أبي يوسف ومحمد: في [مدة النفاس]، وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه ينفيه ما لم ينسب إليه أو يعبر عن نفسه، وهذا إنما يريد به في الغائب إذا قدم فعلم بالولادة، جاز له النفي حين

(١) سبق تخريجه في فصل (١٨٨٥).

يعلم ، إلا أن يكون الولد قد عبّر عن نفسه أو نسب إليه ؛ لأن ذلك يوجب ثبوت نسب ولده من طريق الحكم .

وقد روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في ولد أم الولد: ليس له أن ينفيه إلا عند حضرة الولادة، وهذا إنما يريد [به] في الحاضر للولادة دون الغائب، وقد قالوا جميعاً: إنه ينفيه على اختلافهم في وقت النفي، إلا أن يكون حكم في ثبوت نسبه بشيء، وإنما أرادوا بذلك أن يجني عليه، فيحكم حاكم بأرش الجناية؛ لأن الحكم بثبوت النسب يمنع من النفي كالإقرار^(١).

٢٠٢٨ - فصل: [نسب الولد بعد التحريم]

قال: فإن حُرِّمَ وطؤها بعد أن صارت أم ولد بوجه من الوجوه، مثل أن يطأها ابنه أو أبوه، أو يطأ هو أمها أو ابنتها، لم يلحق نسب الولد الذي تأتي به بعد التحريم إلا أن يدعيه.

قال ﷺ: وهو على وجهين: إذا حرمت أم الولد بما يفسد به نكاح الحرة، ولا ينفى معه فراشها، لم يثبت نسب ولدها من مولاها، [إلا]^(٢) أن يدعيه مثل المسائل التي ذكرناها؛ لأن فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد، وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة، فلأن تقطع فراش أم الولد أولى، وكذلك إذا زوجها لأنها صارت فراشاً للزوج، فيستحيل أن تكون فراشاً لغيره، فأما إذا حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة، ولا يزيل فراشها: مثل الحيض، والنفاس، والإحرام، والصوم، فإن نسب ولدها يثبت منه؛ لأن [هذا] تحريم عارض فلا يغير حكم الفراش.

(١) انظر: الأصل ١٤٥/٥.

(٢) في ب (ولا) والمثبت من أ.

٢٠٢٩ - فَصْل: [في الاستمتاع بأُم ولد]

[قال]: وللمولى من الاستمتاع [بها] والتصرف ما يكون له من المدبرة؛ لأن عتق كل واحدة منهما متعلق بموته، ولأنه عتق متعلق بشرط، فلا يمنع الاستمتاع.

٢٠٣٠ - فَصْل: [زوال فراش المولى]

فإن زوّجها المولى وجاءت بولد فهو ابن الزوج؛ [وذلك] لأن فراش المولى زال بحدوث فراش الزوج، والولد يلحق بالفراش، ولأن فراش الزوج أقوى من فراش المولى لو كان باقياً؛ لأن النسب فيه قد لا ينتفي، فلحوق النسب [به] ^(١) أولى.

قال: فإن كان ^(٢) ادّعاه المولى، لم يثبت نسبه منه وعتق عليه؛ لأنه ولد ثابت النسب من غيره، فلا يصح دعوته له ويعتق؛ لأنه في ملكه وقد اعترف بحريته.

قال: وسواء كان النكاح [١/٢٠٧] فاسداً أو جائزاً، وإنما يريد النكاح الفاسد إذا اتصل بالدخول؛ لأن المرأة لا تصير فراشاً بالنكاح الفاسد إلا بالوطء.

٢٠٣١ - فَصْل: [ادعاء ولد الأمة من رجلين]

قال: وإذا كانت أمة بين رجلين، فجاءت بولد فادّعياه ثبت نسبه [منهما] ^(٣)،

(١) في ب (فيه) والمثبت من أ.

(٢) في أ (فإذا ادعاه).

(٣) في ب (بينهما) والمثبت من أ.

وكانت أم ولد لهما، فإن جاءت بآخر لم يثبت نسبه منهما ولا من أحدهما، إلا أن يدّعيه؛ وذلك لأن وطأها حرام على كل واحد منهما تحريماً يمنع فراش النكاح، فلم تكن فراشاً له حكم^(١) يثبت نسب ولدها، فإن ادعياه أو أحدهما ثبت؛ لأنه على ملكهما، ومن ادعى ولداً على ملكه غير ثابت النسب من غيره ثبت نسبه منه^(٢).

وما ذكره من فصول هذه المسائل بعد هذا يذكره في بابه الذي أفرد [له] إن شاء الله تعالى.



(١) في أ (فلم).

(٢) انظر: الأصل ١٤٧/٥، ١٤٨.

بَابُ العبد بين رجلين فيعتق أحدهما نصيبه



قال أبو حنيفة في عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه: فالآخر بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن المُعتَق إن كان المعتق موسراً، وإن شاء استسعى.

[قال: وهذا الباب مبني] على أصل: وهو أن العتق عند أبي حنيفة يتبع بعض [في] حال اليسار والإعسار، وعتق البعض لا يوجب عتق الجميع، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يتبع بعض في الحالتين، وقال الشافعي: يتبع مع الإعسار، ولا يتبع مع اليسار.

وجه قول أبي حنيفة: ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة [العدل]»^(١)، وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما أعتق»^(٢)، وهذا يدل على تعلق عتق الباقي بالضمان.

وروى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «(من أعتق شقصاً في مملوك، فعليه عتقه كله» إن كان له مال يبلغ ثمنه يقوم عليه قيمة عدل، وإن لم يكن له مال أعتق منه ما أعتق)، فأوجب ﷺ على المعتق [عتق] الجميع، ولا يصح أن يوجب عتق ما عتق، وروى بهذا الإسناد أنه قال: «كلف»^(٣) عتق ما بقي»، وقد

(١) في ب (العبد) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٨٦، ٢٣٨٧)؛ ومسلم (١٥٠١).

(٣) في أ (كل من عتق).

روي: «فقد وجب عليه أن يعتق ما بقي» .

وروى سالم عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «إذا كان العبد بين اثنين ، فأعتق أحدهما نصيبه ، فإن كان موسراً قوم عليه قيمة العبد لا وكس ولا شطط ، ثم أعتق العبد»^(١) ، وهذا نص في التبعض ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه ، وعروة بن الزبير عن عائشة عن النبي ﷺ ، وسعيد بن المسيب عن رجال من أصحاب رسول الله ﷺ قالوا: إذا كان العبد بين شركاء فأعتقه أحدهم ، فإنه يقوم عليه بأعلى القيمة ثم يغرم ثمنه ثم يعتق العبد ؛ ولأن العتق إزالة ملك عن الرق ، فجاز أن يتبعص كالبيع ، وعلى الشافعي: أن ما يتبعص حال الإعسار يتبعص في حال اليسار كالبيع وعكسه الطلاق .

وجه قولهما: قوله ﷺ: [ب/٢٠٧] «من أعتق شركاً له في عبد فقد عتق كله ، ليس لله شريك» ؛ ولأن الاستيلاد لا يتبعص وهو حق الحرية ؛ فلأن لا يتبعص نفس الحرية أولى .

[وإذا ثبت]^(٢) ما ذكرنا ، قال أبو حنيفة: إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر ، فلشريكه ثلاثة خيارات: إن شاء ضمنه قيمة نصيبه ؛ لأن النبي ﷺ أوجب الضمان على المُعتق الموسر ، ولأنه أئلف عليه نصيبه ، ألا ترى أنه لا يقدر أن يتصرف^(٣) فيه بالتمليك ، فجاز له تضمينه ، فإذا ضمّن الذي أعتق فهو بالخيار: إن شاء أعتق ما بقي ؛ لأنه انتقل إليه بالضمان ، وإن شاء استسعاها في قيمة ما بقي منه ؛ وذلك لأن ما بقي منه على ملكه وقد وجب إخراجه إلى الحرية لاستحالة

(١) أخرجه مسلم (١٥٠١) مع اختلاف وزيادة في اللفظ .

(٢) في ب (فثبت) والمثبت من أ .

(٣) في أ (لا يتصرف) .

أن يترك على الرق^(١) مع وقوع الحرية في جزء منه، ولا يجوز أن يلزمه إزالة الملك بغير عوض، فكان له أن يستسعي، ولأن الذي لم يعتق كان له أن يستسعي على ما سنبينه، فإذا ضَمَّنَّ نقل إلى شريكه ما كان له من الحق، فقام مقامه فيه، وأيّ الأمرين اختار المعتق، فولاء العبد كله له؛ لأنه أعتق على ملكه، والولاء للمُعْتِقِ، فإن شاء الذي لم يعتق أعتق نصيبه؛ لأننا بينا أنه على ملكه، فجاز أن يساوي شريكه في التصرف.

وله أن يستسعي العبد عندنا، وقال الشافعي: لا أعرف السعاية في الشريعة.

والدليل على ثبوتها: حديث بشير بن نهيك عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شقصاً من مملوك، فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه»^(٢)؛ ولأن نصيبه على ملكه، فجاز [أخذ العوض عنه من العبد كالكتابة.

ولا يجوز أن يقال: الكتابة لا تلزم العبد من غير رضاه، والسعاية تلزمه بغير رضاه؛ لأن الكتابة تثبت بالعقد، فافتقرت إلى التراضي، والسعاية تثبت من طريق الحكم، فجاز أن لا يقف على الرضا؛ ولأن الكتابة إنما وقفت على الرضا؛ لأنها عقد مبتدأ، ويجوز أن يرضى العبد بها، ويجوز أن يختار البقاء على الرق.

وفي مسألتنا: لا يجوز تبقيته على الرق؛ فلذلك لزمته السعاية بغير رضاه، فأى الوجهين اختار الشريك - العتق أو السعاية -، فقد صار الولاء بينهما؛ لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، كما لو أعتقاه جميعاً.

(١) في أ (الحرية).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٠)؛ ومسلم (١٥٠٣).

وأما إذا كان المُعْتَقُ معسراً ، فللشريك خياران: إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى ، وليس له التضمين ، وقال بشر المريسي: له أن يضمه .

فمن أصحابنا من قال: القياس ما قاله بشر؛ لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار ، وإنما تركوا القياس لما قدمنا من الأخبار ، وقد فرّق رسول الله ﷺ بين اليسار والإعسار .

ومن أصحابنا من قال: القياس أن لا يضمن المعتق في الحالين ؛ لأنه تصرف في ملكه على وجه أضرّ بغيره ، فصار كمن أحرق ناره ، فاحترق منه دار جاره ، وإنما تركوا القياس في الموسر وأوجبوا عليه الضمان بالخبر .

وإذا ثبت أن الضمان لا يجب ، سقط أحد الخيارات الثلاث ، فبقي الخياران: إما العتق ، وإما السعاية ، لما قدمنا .

فأما على قول أبي يوسف ومحمد: فلا خيار للشريك ؛ لأن المعتق إن كان موسراً فقد وجب الضمان عليه ، فليس للذي لم يعتق أن يستسعي ؛ لأن نصيبه انتقل إلى شريكه وعتق عليه .

وإن كان المعتق معسراً ، فليس للشريك إلا السعاية ؛ وذلك لأن الضمان كان واجباً على المعتق ، وقد سلمت المنفعة للعبد ، فإذا تعذر تضمين الشريك ، ضمن العبد ، كالغاصب وغاصب الغاصب ؛ ولأن الرق الذي ضمنه الشريك لم يسلم للعبد ، جاز أن يرجع عليه ببذله ، كما قالوا: في عبد الرهن إذا أعتقه الراهن ولا مال له ، أن المرتهن يضمه الأقل من قيمته ومن الدين .

والولاية في الوجهين جميعاً على قولهما للمعتق ؛ لأن العبد عتق بإعتاقه ،

وانتقل نصيب شريكه إليه .

وقد قال أصحابنا: إن أحد الشريكين إذا أعتق وهو معسر ، لم يجوز التصرف في بقية العبد بتمليك بيع ، أو هبة ، وقال الشافعي: يجوز للشريك البيع والتصرف . لنا: قوله ﷺ: «من أعتق شقصاً له في عبد ، فقد عتق كله ، ليس لله شريك»^(١)؛ ولأن الحرية وقعت في الرقبة ، وحق الحرية في الرقبة تمنع التمليك ، فنفس الحرية أولى .

وعلى هذا الخلاف الذي قدمناه قال أبو حنيفة: فمن أعتق سهماً من عبده ، فباقيه على ملكه ؛ لأن العتق يتبع عبده ، إلا أنه لا يجوز تبقيته على الرق ؛ لوقوع الحرية فيه ، فإن شاء أعتق ما بقي ، وإن شاء استسعى .

وقال أبو يوسف ومحمد: عتق كله بإعتاقه السهم الأول ؛ لأن العتق لا يتبع .

وعلى هذا الخلاف قال أبو حنيفة: في عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ، ثم أعتق الآخر بعده ، فللثالث أن يضمن المعتق الأول إن كان موسراً ؛ لأن الضمان وجب له بعتقه ، وإن شاء أعتق لتساويه في التصرف ، وإن شاء استسعى نصيبه على ملكه ، وليس له أن يضمن المعتق الثاني ؛ لأنه ثبت له حق النقل إلى الأول ، وذلك النقل يتعلق به حكم ، والولاء لا يلحقه الفسخ ، فلا يجوز أن ينتقل حق التضمن إلى غيره .

فإن اختار تضمين الأول ، فللأول أن يعتق ؛ لأن السهم انتقل إليه ، وله أن يستسعى ؛ لأنه قام مقام التضمن ، وليس له أن يضمن المعتق الثاني ؛ لأن المالك

(١) سبق تخريجه في (باب العبد بين رجلين ...).

لم يكن له أن يضمّنه ، وقد قام هذا مقامه .

فأما على أصلهما: فلما أعتق الأول ، عتق جميع العبد ، وعتق الثاني باطل .

وإذا ثبت حكم اختلاف اليسار والإعسار في الضمان ، فاليسار: هو أن يكون المعتق مالكا لمقدار قيمة ما بقي من العبد قلت أو كثرت ؛ لأنه يقدر على تخليص العبد ، وإن [كان] ماله لا يبلغ قيمة بقية العبد ، لم يضمّن ، وهو المعسر المراد بالخبر ؛ لأنه لا يقدر على تخليص العبد ، وليس المراد باليسار والإعسار ما يريد من يمن يحل له الصدقة .

قال: وتعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم عتق ؛ لأن العتق سبب الضمان ، فصار كالإتلاف في المتلفات: أن القيمة تعتبر يوم الإتلاف .

قال: وكذلك حال المُعتق في يساره وعسره ؛ وذلك لأنه إذا أعتق وهو موسر ، فقد ثبت حق التضمين للشريك ، فلا يتغير بالإعسار الطارئ ، كما لا تتغير الديون ، وإن أعتق وهو معسر ، فالعتق لم يوجب الضمان ، فلا يجوز أن يجب بعد ذلك إلا بتحديد سبب آخر .

قال: والمعتق بعضه بمنزلة المكاتب حتى يؤدي السعاية: إما إلى المعتق إذا ضمّن ، وإما إلى الآخر إذا اختار السعاية ، وقال أبو يوسف ومحمد: هو حرّ عليه دين ، وهذا فرع على اختلافهم في تبعض الحرّية ، فعند أبي حنيفة: أن الرق باقٍ ، وإنما يستسعى لتخليص رقبتة من الرق كالمكاتب ، فلا يرث ولا يورث ، ولا تجوز شهادته ، ولا يتزوج^(١) ، إلا أنه يفارق المكاتب من وجه واحد ، وهو

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب ، وزيدت من أ .

أنه إذا عجز لا يرد في الرق؛ لأن المعنى الموجب للسعاية وقوع الحرية في جزء منه، وهذا المعنى موجود بعد العجز.

وأما على قولهما: فالعتق قد وقع في جميعه، وإنما يؤدي دينه مع الحرية فهو كسائر الأحرار^(١).

٢٠٣٢ - فَصْل: [العبد بين الشركاء]

قال أبو الحسن: وإن كان العبد بين جماعة، فأعتق أحدهم نصيبه، فاختار بعض الشركاء الضمان، وبعضهم السعاية، وبعضهم العتق، فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول أبي حنيفة؛ لأن العتق أوجب لهم الخيار بين ثلاثة معاني، ونصيب كل واحد منهم غير متعلق بنصيب الآخر، فلم يتعين عليه أحد الأمور باختيار الآخر.

٢٠٣٣ - فَصْل: [في المملوك بين ثلاثة]

فإن مات بعض مَنْ لم يعتق وله [ورثة]^(٢)، فاختار بعض الورثة العتق، وبعضهم الضمان، وبعضهم السعاية، فذلك لهم في رواية محمد في الأصل، وقال الحسن بن زياد: [١/٢٠٨] ليس للورثة إلا أن يعتقوا [جميعاً]، أو يستسعوا [جميعاً]، أو أن يضمّنوا [جميعاً]^(٣).

وجه ما ذكر في الأصل: أن نصيب الميت على ملكه وقد انتقل إليهم بالموت، وإن كان لا ينتقل بالعقد، ولأن الموت نقل من طريق الحكم كالتضمين،

(١) انظر: الأصل ٩٦/٥ وما بعدها.

(٢) في ب (وارث) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة في المواضع الثلاثة من أ.

وإذا انتقل إليهم نصيب الميت صاروا كالشركاء في الأصل ، فلكل واحد منهم أن ينفرد بالاختيار ، وأما الذي ذكره عن الحسن فالظاهر: أنه رواية عن أبي حنيفة ؛ لأن أبا الحسن حكى في أول الباب قول الحسن بن زياد: أن العتق لا يتبعض ، ولا يصح أن يفرع هذا الفرع من مذهب نفسه .

ووجه ذلك: أن الورثة [انتقل] ^(١) إليهم ما كان للميت من الحق ، ولو أراد [الميت] تبعض الاختيار ، لم يجز له أن يضمن نصيبه ، أو يستسعي الجميع ، فكذلك ورثته في حكمه .

قال أبو الحسن: فإذا أعتق بعضهم كان العتق باطلاً ، وكانت لهم السعاية إلا أن يجتمعوا على العتق ، فإن أجمعوا عليه جاز العتق والولاء للميت ؛ وذلك من أصل أبي حنيفة: أن المعتق بعضه [كالمكاتب] ^(٢) ، والمكاتب لا ينتقل الملك فيه بالإرث ، فإذا أعتقه الورثة كان عتقهم براءة من السعاية ، فيعتق على ملك الميت وكان الولاء له ، فإذا أعتق بعضهم لم يعتق [بعته] ^(٣) ، كالمكاتب ، والفائدة في كون الولاء للميت: أنه ينتقل إلى الذكور من الورثة ^(٤) دون الإناث ^(٥) .

٢٠٣٤ - فِصْلُ: [في تضمين الشريك]

قال: وإن اختار الذي لم يعتق ضمان المعتق ، ثم أراد أن يرجع عن ذلك ، فله ذلك ما لم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم ، وهي رواية ابن

(١) في ب (ينتقل) والمثبت من أ .

(٢) في ب (مكاتب) والمثبت من أ .

(٣) في ب (بعضه) والمثبت من أ .

(٤) في أ (من ولده) .

(٥) انظر: الأصل ١٠٧/٥ .

سماعة عن محمد .

وقد ذكر في الأصل : أنه إذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السعاية ، ولم يفصل تفصيل ابن سماعة ، فمن أصحابنا من قال : إن رواية الأصل محمولة على هذا التفصيل ، وجعل المسألة على رواية واحدة ، ومنهم من جعلها روايتين .

فوجه رواية الأصل : أن الذي لم يعتق بالخيار بين تضمين المعتق أو العبد ، فإذا اختار التضمين فقد أبرأ العبد ، فلا يجوز له ^(١) تضمينه بعد ذلك ؛ (ولأنه لو اختار الضمان وقبل الشريك لم يكن له أن يرجع) ^(٢) ؛ وجه رواية ابن سماعة : أن اختيار الشريك تضمين المعتق ، نقل الملك إليه ببدل ؛ وذلك لا يتم إلا بالرضا أو القضاء ، فما لم يوجد واحد منهما لم يتم الاختيار ، فكان له الرجوع عنه إلى السعاية .

قال أبو بكر [الرازي] : وعلى هذا تضمين الغاصب ، وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه يضمن أحدهما ، لم ينقطع حقه عن تضمين الآخر ، إلا أن يرضى المضمن أو يقضى عليه بالضمان ، فأما إذا اختار الشريك السعاية لم يكن له بعدها اختيار [ب/٢٠٨] التضمين ، رضي العبد بذلك أو لم يرضَ ؛ لأن إيجاب السعاية على العبد ليس فيه نقل ملك إليه بعوض حتى يقف على معنى ينضم إليه الاختيار ، فصح الاختيار ، فلم يكن للمولى الرجوع عنه .

٢٠٣٥ - فَصْل : [عبد بين رجلين أعتقه أحدهما]

فإن مات العبد قبل أن يختار الذي لم يعتق شيئاً ، فله أن يضمن المعتق في

(١) في أ (أن يضمنه) .

(٢) العبارة في أ هنا : (ولأنه لو اختار السعاية ، لم يكن له أن يختار التضمين وإن لم ينضم إلى اختياره قضاء ولا رضا ، فكذلك إذا اختار التضمين) بدل عبارة ب .

رواية محمد عن أبي حنيفة ، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وإحدى روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وروى ابن سماعة وعلي وبشر عن أبي يوسف في عبد بين رجلين^(١) أعتقه أحدهما وهو موسر ، فمات العبد قبل أن يضمن المولى الذي لم يعتق صاحبه ، فإن أبا حنيفة قال : لا ضمان له^(٢) على المعتق ، وقال أبو يوسف : هو ضامن ، وهو قياس قول ابن أبي ليلى .

وجه رواية محمد : أن المعتق قد صار في حكم الغاصب للعبد ، فتلف العبد لا يوجب سقوط الضمان ، كموت المغصوب بعد الغصب ، ولأن الضمان يستند إلى حال العتق ، فلو^(٣) كان المعتق حُرّاً صح زوال الملك فيه ، فصار كتضمين المتلفات بعد التلف .

وجه رواية ابن سماعة : أن نصيب الذي لم يعتق على ملكه ويده ثابتة عليه ، وإنما يثبت له حق الضمان بشرط النقل ، فإذا مات تعذر فيه النقل ، فلم يجز إثبات^(٤) الضمان .

فأما أبو يوسف فعنده : أن العتق يوجب^(٥) ضمناً مستقراً ، فانتقل الملك إلى المعتق ، فمات على ملكه ، فلا يسقط الضمان^(٦) .



(١) في (أ) شريكين .

(٢) في (أ) لا يوجد (له) .

(٣) في (أ) فقد .

(٤) في (أ) إيجاب .

(٥) في (أ) أوجب .

(٦) انظر : الأصل ١٠٨/٥ وما بعدها .

٢٠٣٦ - فِصْلُ: [الاختلاف في قيمة العبد المعتق]

(١) وإن اختلفا في قيمة العبد المعتق (٢)، والعتاق (٣) متقدم لحال [اختلفهما] (٤)، فالقول قول المعتق مع يمينه، وإن كان [العتق] (٥) في الحال نظر إلى قيمة العبد يومئذٍ: فإن كان مات فالقول قول المعتق، أما إذا اختلفا في حال العتق، فيمكن الرجوع إلى قيمة العبد في الحال، فلا معنى للتحالف والبينة، بل ينظر إلى العبد، فيَقْوَمُ في الحال ويقضى بقيمته.

وأما إن اتفقا أن العتق متقدم لحال الخصومة، فلا يمكن الرجوع إلى قيمة العبد؛ لأنها قد (٦) تزيد وتنقص، فكان القول قول المعتق؛ لأنه هو الذي يلزمه الضمان، [فالمرجع] (٧) إلى قوله في قدره.

وقالوا في الشفعة (٨) أي: البناء، اختلفا في قيمته وقيمة الأرض؛ إذ المرجع إلى قيمة الأرض في الحال، والقول في البناء: قول المشتري؛ لأن الشفيع يريد أن يملك عليه الأرض، ولا يجوز أن يملكها إلا بقوله.

فأما في مسألتنا فالمعتق لا يريد أن يملك على شريكه، وإنما شريكه يلزمه

(١) في (أ) قال.

(٢) في (أ) لا يوجد المعتق.

(٣) في (أ) العتق.

(٤) المثبت من (أ)، وفي (ب) (احلافهما).

(٥) في ب (المعتق) والمثبت من (أ).

(٦) (أ) لا يوجد (قد).

(٧) في ب (الرجوع) والمثبت من (أ).

(٨) في (أ) زيادة (إذا احترق).

الضمان ، فلم يلزمه إلا مقدار ما يعترف به ، وكذلك إذا مات المعتق ؛ لأنه لا يمكن القاضي الرجوع إلى قيمته^(١) ، فالقول قول المعتق ، [فإن اختلفا في حال المعتق من اليسار والعتق متقدم ، فالقول قول المعتق]^(٢) ؛ لأنه لا يمكن الرجوع إلى حالة الإعتاق ، ويجوز أن يتغير فلم يبق إلا اعتبار حال المعتق ، ولا [١/٢٠٩] يستقر وجوب الضمان عليه ، فكان القول قوله .

٢٠٣٧ - فَصْل : [إعتاق أحدهما نصيب صاحبه]

قال : فإن أعتق أحدهما نصيب صاحبه ، لم يعتق منه شيء .

أما على قول أبي حنيفة ؛ فلأن العتق يختص بسهم المعتق ، وإذا كان لا يملكه فهو كعتق عبد لا يملكه .

وعلى قولهما : إن كان العتق للبعض عتقاً للكل^(٣) ، فإنه يوقع العتق في ملكه ثم يسري إلى ملك شريكه ، فإذا ابتداء بإيقاع العتق في نصيب شريكه لم يعتق ، فلا تثبت السراية فيه .

٢٠٣٨ - فَصْل : [المعتق جارية حامل]

قال : وإذا كان المعتق جارية حاملاً ، لا يضمن المُعتق من قيمة الولد شيئاً ، وكذلك كل حمل عتق لعتق أمه فلا ضمان على المُعتق ؛ وذلك لأن الحمل صفة نقص في الآدمية ، والمتلف لا يلزمه بنقص المتلف زيادة ضمان ؛ ولأن الحمل صفة فيها ، فصار كسائر صفاتها ، فلا يضمنها على الانفراد .

(١) في (أ) فكان .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من (أ) .

(٣) في (أ) للجميع .

فأما قوله: وكذلك كل حمل عتق بعتق أمه ، إنما يريد به إذا كان المعتق مالكاً لها مثل مسألتنا ومسألة عتق الرهن ، وإلا فقد قالوا في الجارية الموصى برقبته لرجل وبحملها لآخر ، فأعتق صاحب الرقبة الأم عتق الحمل وضمن قيمته^(١) لصاحبه .

٢٠٣٩ - فَصْل : [كون شريك المعتق في العبد صبيّاً]

قال [وكذلك] إذا كان شريك المعتق في العبد صبيّاً أو مجنوناً لهما أب أو جدّ أو وصيّ ، فلهم ما للصبي لو كان بالغاً غير العتق ، وكذلك إذا كان الشريك مكاتباً أو مأذوناً ؛ وذلك لأن الصبي والمكاتب والمأذون لا يملكون العتق ، فلا يملك من يلي عليهم ، وإذا سقط العتق بقي حق التضمين والسعاية .

وإن كان الشريك صبيّاً واختار وليه السعاية فالولاء له ؛ لأنه من أهل الولاء ، وإن كان مكاتباً أو مأذوناً فالولاء لمولاه ؛ لأنه لا يجوز أن ينسب الولاء إلا لحر ، وإذا لم يثبت له ثبت لمولاه ، قال وإذا لم يكن للصغير ولي وقف الأمر حتى يبلغ ؛ وذلك لأن تصرفه لا يجوز ، إذ يوقف الحق على بلوغه إلى حال التصرف ، وهذا إذا لم يكن هناك حاكم ، فإن كان نصب له الحاكم من يختار له أصلح الأمرين [جاز] .

٢٠٤٠ - فَصْل : [الصلح مع الذي لم يعتق على أكثر من نصف قيمته]

فإذا صلح الذي لم يعتق العبد على أكثر من نصف قيمته دنانير أو دراهم ، فالفضل باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ؛ وذلك لأن نصف القيمة

(١) في (أ) لا يوجد (لصاحبه)



قد وجب على المعتق أو على العبد من جنس الدراهم والدنانير ، فإذا صالح على أكثر منها ، صار كمن له على رجل ألف فصالحه على ألف ومائة ، فالصلح باطل ، وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد ؛ لأن عندهما : من أتلف ما لا مثل له ، فالثابت في ذمته القيمة ، ولا يجوز صلحه على أكثر منها ، وكذلك ضمان العتق ؛ لما كان في معنى الإتلاف .

وأما أبو حنيفة فمن أصله : أن من أتلف ما لا مثل له ثبت المتلف في ذمته ، فإن صالح على أكثر من قيمته جاز ، وكان ذلك عوضاً عن المتلف ، إلا أن يقول : أن ضمان العتق ليس بضمان صحيح حتى يثبت في الذمة^(١) ، ألا ترى أن لو كان صحيحاً استوى فيه اليسار والإعسار ، وإذا لم يثبت في ذمة المتلف كان الثابت القيمة ، فلم يجز الصلح [على] أكثر منها ، وقد قال أصحابنا : إن ضمان العتق إذا كان^(٢) ضماناً صحيحاً ، لا يختلف باليسار والإعسار ، جاز الصلح على أكثر من قيمة^(٣) عبده ، كمن أعتق جارية حملها لغيره ، لزمه ضمان الحمل ضماناً صحيحاً ، فإن صالح على أكثر من قيمته جاز ، وإنما يريدون بزيادة القيمة إذا كانت الزيادة لا يتغابن بمثلها ، [فأما الزيادة التي يتغابن في مثلها]^(٤) فيجوز فيها ؛ لأنها تدخل بين التقويمين ، فلا يتحقق أنها زيادة .

قال : وإن كان الصلح على عروض قيمتها أكثر من نصف قيمة العبد جاز الصلح ؛ لأن المستحق نصف القيمة من جنس الدراهم ، فإذا أعطي عنها عوضاً

(١) في (أ) زيادة (المتلف) .

(٢) في (أ) لا يوجد (كان) .

(٣) في (أ) العبد .

(٤) الزيادة من (أ) .

من العروض لم يتقدر ، وجازت الزيادة [فيه] .

٢٠٤١ - فَصْل : [موت المعتق المريض في مرضه]

قال وإذا كان المعتق مريضاً ، فمات في مرضه ذلك ، لم يضمن شيئاً ، ولا يكون ذلك ديناً في تركته ، ولكن يسعى العبد للشريك .

وقال أبو يوسف [ومحمد] ^(١) : يضمن كما يضمن الحي .

وقال ابن أبي ليلى : إن كان في ثلثه وفاء بجميع قيمته ، ضمن في ثلثه نصف قيمته لشريكه .

وجه ^(٢) قول أبي حنيفة : أن المعتق في المرض في حكم العتق بعد الموت ؛ بدلالة أنه يعتبر من الثلث ، ولو وقع عليه العتق بالموت لم يضمن المولى ، فكذلك إذا أعتق في المرض .

وجه ^(٣) قول أبي يوسف - وهو قول محمد - : أن العتق من أسباب الضمان فيستوي فيه حال المرض والصحة كسائر الأسباب .

وأما ابن أبي ليلى فيقول : إن الشريك يضمن ليعتق أو يستسعى ، وكل واحد منهما يتبرع ، فإن اتسع له الثلث جاز ، وإلا لم يجز .

٢٠٤٢ - فَصْل : [عبدین بین رجلین أحدهما قال : أحكما حر]

وقال : قال أبو يوسف في عبدین بین رجلین ، قال أحدهما : أحكما حر

(١) الزيادة من (أ) ، وما يأتي يدل عليها .

(٢) لا يوجد (وجه) في (أ) .

(٣) لا يوجد (وجه) في (أ) .

وهو فقير، ثم استغنى، ثم اختار أن يوقع [العتق] على أحدهما، ضمن نصف قيمته يوم العتق.

وكذلك لو كان مات قبل أن يختار، وقد استغنى قبل موته، ضمن ربع قيمة كل واحد منهما، إنما أنظر إلى حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد، ثم أددى فعتق، إنما أنظر إلى حال مولاه يوم عتق المكاتب، ولا أنظر لحاله يوم كاتب، وهذا صحيح على أصله: أن من أعتق أحد عبديه تعلق العتق بدمته، وإنما يوقع على أحدهما، فإذا كان الاختيار إيقاعاً، اعتبرت حاله يوم الاختيار.

[قال]: ولو قال لعبد مشترك له: أنت حر إن دخلت الدار، ضمن نصف قيمته يوم دخل الدار إن كان يومئذ عبداً، وذلك؛ لأن العتق لا يقع باليمين وإنما يقع بالشرط.

وقال محمد في مسألة العتق المجهول، اعتبر صفة المعتق [٢١٠/أ] في اليسار والإعسار يوم تكلم بالعتق، وهذا صحيح على أصله أن العتق يقع على أحدهما، وإنما يبين بالاختيار من وقع عليه العتق^(١).



(١) انظر: الأصل ١١٠/٥.

بَابُ العبد يكون بين رجلين فيشهد أحدهما على الآخر بالعتق



قال أبو الحسن: إذا كان العبد بين رجلين فشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه، جاز إقراره على نفسه

ولم يجز على صاحبه، ولا ضمان على الشاهد، ويسعى العبد للمنكر في نصف قيمته في قولهم جميعاً.

وذلك لأن شهادة أحدهما على الآخر لا تقبل؛ لأن العتق لا يثبت بقول الواحد، ولو كان اثنين لم^(١) تقبل شهادتهما؛ لأنهما يثبتان [بها]^(٢) حق الضمان لأنفسهما^(٣) بعتق نصيب الشريك الشاهد؛ لأنه لم يعترف بالعتق فيه، وإنما اعترف بالعتق في نصيب شريكه، إلا أنه مالك لسهم من^(٤) العبد وقد اعترف بثبوت حق الحرية في نصيبه؛ ولأنه لا يجوز له التصرف فيه بالتمليك وقوله مقبول على نفسه.

وهذا معنى قول أبي الحسن: جاز إقراره على نفسه، ولا ضمان عليه؛ لأنه لم يوقع العتق، وإنما اعترف به على غيره، وكل من لم يوقع العتاق في ملك نفسه لم يضمن، كأحد الشريكين إذا وكل رجلاً بعتق نصيبه، فأعتقه لم يضمن.

(١) في (أ) لا.

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) في (أ) (ولا يعتق نصيب الشاهد).

(٤) في (أ) (في).

وأما السعاية فمن أصل أبي حنيفة: أنها تثبت مع اليسار والإعسار في زعم الشاهد أن شريكه قد أعتق، وأن له حق [الضمان]، [وقد تعذر الضمان حين لم يقبل قوله، فبقي حق السعاية].

فأما المُنكِرُ ففي زعمه: أن نصيبه على ملكه، وقد تعذر تصرفه بإقرار شريكه، فكان له أن يستسعي، وأما على قولهما: فالسعاية لا تثبت مع اليسار، فإن كان المشهود عليه موسراً فلا سعاية للشاهد على العبد؛ لأنه يزعم أنه أعتق بإعتاق شريكه، ولا حق له إلا الضمان، فقد أبرأ العبد من السعاية، فلا يثبت له المطالبة بهما، فإن كان المشهود عليه معسراً، فللشاهد أن يستسعي؛ لأن السعاية عندهما تثبت مع الإعسار، وأما المشهود عليه فيستسعي بكل حال؛ لأن نصيبه على ملكه، ولم يعترف بسقوط حقه من السعاية.

قال: فإن أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه، جاز في قول أبي حنيفة والولاء بينهما؛ لأن المشهود عليه نصيبه على ملكه وكذلك الشاهد عنده، فإذا أعتقا نفذ عتقهما، وثبت الولاء بينهما، وكذلك إن استسعيا فالولاء لهما.

فأما على قولهما: فالولاء موقوف؛ لأن الشاهد يزعم أن جميع الولاء لشريكه، وشريكه يجحد ذلك، فوقف نصف الولاء^(١).

٢٠٤٣ - فَصْل: [شهادة كل واحد على صاحبه بعتق العبد]

وإن شهد كل واحد منهما على صاحبه، سعى العبد لكل واحد منهما (في قيمة نصيبه عند أبي حنيفة)^(٢)؛ لأن كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق

(١) انظر: الأصل ١١٧/٥، ١١٨.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

[العبد] ، وأن له الضمان أو السعاية ، وقد تعذر الضمان حين لم يصدقه ، فبقيت السعاية ، ولا فرق عنده بين اليسار والإعسار ، وأما على قولهما: فإن كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما ؛ لأن كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه ، ويزعم أن لا سعاية له مع اليسار ، فلم يثبت له ما أبرأ العبد منه .

وإن كانا معسرين سعى العبد لكل واحد منهما ؛ لأنه يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر ، فلا حق له إلا السعاية .

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، سعى العبد^(١) للموسر ، [ولا يسعى]^(٢) للمعسر ؛ لأن الموسر يزعم أنه لا ضمان له على شريكه ، وإنما السعاية له ، فالمعسر يزعم أن الضمان على الشريك فقد أبرأ العبد .

قال: وذلك بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما يدعي على الآخر الضمان ، وذلك مما يصح بذله فيستحلف عليه .

قال: وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي ما عليه ؛ لأن من أصله: أن المستسعى [بمنزلة]^(٣) المكاتب ، وأما على قولهما: فهو حر^(٤) عليه دين ، حين شهد الوليان ؛ لأن كل واحد منهما زعم أنه حر من جهة الآخر ، فمن اعترف بالحرية في ملكه نفذت^(٥) ، والسعاية عندهما لا تمنع الحرية^(٦) .

(١) في (أ) لا يوجد (العبد) .

(٢) في ب (ولم يسع) ، والمثبت من (أ) .

(٣) في ب (حكم) والمثبت من (أ) .

(٤) (أ) لا يوجد (عليه دين) .

(٥) في ب (نفذت) ، والمثبت من (أ) .

(٦) انظر: الأصل ١١٧/٥ .

٢٠٤٤ . فُصِّلَ : [عبد بين رجلين حلف أحدهما بعتقه بشرط]

ولو أن عبداً بين رجلين ، حلف أحدهما بعتقه أنه [قد] ^(١) دخل هذه الدار ، وحلف الآخر أنه لم يدخل ، [فقد عتق نصف العبد بينهما] ^(٢) وسعى العبد في نصف قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف: إن كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما ، وإن كانا موسرين فلا سعاية لهما ، وإن كانا أحدهما موسراً والآخر معسراً ، سعى للموسر في ربع قيمته ، ولم يسع للمعسر ، وقال محمد: هذا مثل شهادة كل واحد منهما على صاحبه: أنه أعتق نصيبه .

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أننا تيقنا حنث أحد الشريكين ؛ لأن العبد لا يخلو: [إما أن يكون] ^(٣) أنه دخل أو لم يدخل ، والمستحق للحرية معلوم ، وإن جهل المستحق عليه فيعتق نصف العبد بغير سعاية ، ولزمه السعاية في النصف ، وليس أحدهما بذاك أولى من الآخر ، فيقتسم بينهما ^(٤) في قول أبي حنيفة على أصله: أن اليسار والإعسار في السعاية سواء .

وأما أبو يوسف فيختلف حكم اليسار والإعسار عنده على ما قدمناه .

فإن كانا معسرين سعى لهما ، وإن كانا موسرين لم يسع لهما وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، سعى للموسر في ربع قيمته ولم يسع للمعسر في شيء .

(١) الزيادة من (أ) .

(٢) في (ب) (فقد أعتق العبد منهما) ، والمثبت من (أ) ، والسياق يدل عليه .

(٣) الزيادة من (أ) .

(٤) في (أ) زيادة (نصفين) .



وجه قول محمد: أن كل واحد منهما يدعي الحرية [على شريكه] ^(١)، فصار كشهادة كل واحد منهما على الآخر، وهذا ليس بصحيح؛ لأننا لا نتيقن الحرية في مسألة الشهادة؛ لجواز أن يكونا كاذبين أكدنا وتيقنا في مسألتنا؛ لأن العبد [لا بد] ^(٢) أن يكون دخل أو لم يدخل، [١/٢١١] فكذلك اختلفا، وليس هذا عند أبي حنيفة كرجل قال لعبده: إن كان زيد دخل الدار اليوم فأنت حر، وقال الآخر لعبده: إن كان زيد ^(٣) لم يدخل الدار اليوم فأنت حر، أنه لا يعتق واحد منهما ^(٤)؛ وذلك لأن المستحق للحرية مجهول، والمستحق عليه مجهول، فحصلت الجهالة في الطرفين فمنعت.

وفي مسألتنا: المستحق للحرية معلوم والمستحق عليه مجهول (والجهالة في أحد الطرفين لا تمنع الوقوع، كرجل قال: أحد عبدي حر) ^(٥)، والجهالة في الطرفين تمنع، كشاهدين شهدا أن أحد أهل هذه الجماعة ^(٦) أعتق عبده.

٢٠٤٥ - فصل: [في عبيد بين رجلين، قيل لأحدهما: أنت حرٌّ بشرط]

وعلى هذا قال أبو يوسف في عبيد بين رجلين، قال أحدهما لأحد العبيد: أنت حر إن لم تدخل أمتنا هذه الدار اليوم، وقال الآخر: إن دخلت أمتنا هذه الدار اليوم فأنت حر، فمضى [اليوم] وتصادقا أنهما لا يعلمان دخلت أو لم

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في ب (من)، والمثبت من (أ).

(٣) في (أ) (وإن لم يكن زيد دخل الدار).

(٤) في (أ) (العبيد).

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٦) في (أ) المحلّة.

تدخل ، فإن هذين العبدين يعتق من كل واحد [منهما] ربه ، ويسعى في ثلاثة [أرباع قيمته] بين الوليين نصفين إذا كانت قيمتهما سواء ؛ وذلك لأننا تيقنا أن نصف أحد العبدين حر لا محالة ، وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر ، فيقسم نصف الحرية بينهما إذا تساوت قيمتهما ، ويسعى كل واحد منهما في ثلاثة أرباع قيمته .

وقال محمد: قياس قول أبي حنيفة أن يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفان ، وذلك لأن الحنث معلوم إلا أن المستحق مجهول^(١) ولا أقضي بالحرية مع الجهالة^(٢) في الطرفين ، فكذلك [يسعى] كل واحد منهما في جميع قيمته .

٢٠٤٦ - فَصْل : [عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ مدة]

ومن هذا الفرع^(٣) ما ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: في عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة ، فقال شريكه: لم أعتقه منذ سنة ، وقد أعتقته أنت اليوم ، فاضمن لي نصف القيمة لعتقك ، فلا ضمان على الذي زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة ، وذلك لما ابتداء [واعترف]^(٤) على صاحبه بالحرية ، فقد ثبت حق الحرية للعبد بالقول الأول على وجه لا يلزم المقر ضمان ، فلا يلزمه بعد ذلك بالإيقاع ، قال: وكذلك لو قال أعتقه صاحبي منذ سنة وأعتقته أنا أمس ، فهو كذلك ، إذا قامت بينة أنه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه ؛ لأنه عتق بإعتاقه

(١) في (أ) (والمستحق عليه مجهول) .

(٢) في (أ) بينهما .

(٣) في (أ) النوع .

(٤) في ب (وأعتق) والمثبت من (أ) .



قبل أن يثبت له حق الحرية بإقراره، فوجب عليه الضمان بدعواه على شريكه .
والعتق المتقدم لا يسقط الضمان عن الذمة^(١) وليس كذلك إذا لم يقم بينه
أنه أعتقه أمس ؛ لأن العتق [إنما]^(٢) ثبت باعترافه ، وذلك ظهر بعد إقراره على
شريكه .



(١) في (أ) (لا يسقط الذمة من الضمان) .

(٢) في ب (إذا) ، والمثبت من (أ) .

بَابُ الرجل يعتق أحد عبديه بغير عينه



قال أبو الحسن: وإذا قال لعبدين له: أحدكما حر، أو قال [الرجل] ^(١): هذا حر، أو هذا، أو سماهما، فقال: سالم حر أو بزيغ، لزمه عتق أحدهما.

فقال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في جواز العتق ^(٢) المجهول قوله ﷺ: «لا عتق إلا فيما يملكه ابن آدم» ^(٣)، ولأن هذه [الجهالة] ^(٤) جهالة لا تمنع البيع مع ضعفه بدليل ^(٥) من باع قفيزاً من صبرة جاز، ولزم البائع تعيينه، فإذا لم يمنع البيع، فالعتق أولى.

٢٠٤٧ - فُصِّلَ: [تعلق الحرية فيما إذا أعتق أحد عبديه]

قال أبو يوسف: إذا أعتق أحد عبديه تعلق الحرية بذمته، ويقال له: [أوقع] ^(٦)، وكان أصحابنا يقولون: إن هذا قول أبي حنيفة أيضاً، وقال محمد في الزيادات: يقال له: بَيِّنْ وفي موضع آخر أَعْتَقْ، والصحيح من مذهبه: أن العتق يتعلق بأحدهما، ويقال للمولى: بَيِّنْ.

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ) في.

(٣) الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ١٨٥/٩؛ والبزار في مسنده، ٤٣٩/٦.

(٤) الزيادة من (أ).

(٥) في (أ) (ألا ترى أن من).

(٦) في ب (أعتق)، والمثبت من (أ).

وجه^(١) قول أبي يوسف: أنما الحرية إنما تتعلق بعين ، فإن لم يعينها تعلقت بدمته ، ولأنهما على ملكه قبل البيان ، ألا ترى أن منافعهما له وأرشهما له ، ولو كان العتق وقع على أحدهما لم يستحق أرشه .

وكان أبو الحسن يفصل بين الطلاق في المجهول والعتاق في المجهول ، فيقول: إن العتاق يثبت في الذمة والطلاق لا يثبت ؛ لأنه لا يصح إيجابه ، وكان غيره من أصحابنا يُسَوِّي بينهما فيقول: إن الطلاق وإن لم يثبت في الذمة فيصح أن يوصف بالوجوب ، ألا ترى أن فرقة العين طلاق وهي واجبة على الزوج وإنما يقوم القاضي مقامه .

وجه قول محمد: أن العتق لم يعلقه بدمته ، فلم يجز لنا إثباته على غير الوجه الذي أثبته ، فإذا لم يتعلق بالذمة تعلق بالعين ، ولأن العتق المتعلق بالذمة لا يختص إيقاعه بعبد دون عبد ، فلما^(٢) لم يجز إيقاع هذا العتق على غير هذين العبدين ، دلّ أنه تعلق بهما^(٣) .

٢٠٤٨ - فَصْل : [بيان الجهالة إلى المولى]

والبيان في ذلك إلى المولى ؛ لأن العتق صَحَّ من جهته فبيانه إليه ، ألا ترى أن من أقرَّ بحق مجهول كان بيانه إليه ؛ لأنه صَحَّ من جهته ، وكذلك من باع قفيزاً من صبرة كان تعيينه إليه .



(١) في (أ) (لأبي يوسف) .

(٢) في (أ) فإذا .

(٣) انظر: الأصل ٨١/٥ ، ٨٢ .

٢٠٤٩ - فَصْل: [التسمية تعريف كالإشارة]

وإنما استوى حكم الألفاظ التي ذكرها؛ لأنه قال: أحدكما حر، وقد أوقع العتق على أحدهما، وإذا قال: هذا حر أو هذا، فقد خيّر نفسه في عتقهما، فإذا قال: سالم [حرّ أو] ^(١) بزيع، فالتسمية تعريف كالإشارة.

٢٠٥٠ - فَصْل: [مخاصمة العبد مولاه في الحرية الموقعة]

[قال]: فإذا خاصمه [العبدان إلى] ^(٢) الحاكم، أجبره الحاكم على أن يعتق أحدهما، وإنما يثبت لهما حق الخصومة؛ لأن الحرية يجوز أن تكون لكل واحد منهما، وللعبد حق في مخاصمة مولاه في الحرية الموقعة، وإنما أجبره الحاكم؛ لأن العتق وقع إما في الذمة على قول أبي يوسف، أو في العين على قول [محمد]، وما وجب على الإنسان أو تعلق به حق آدمي أجبره الحاكم.

٢٠٥١ - فَصْل: [في اختيار إيقاع العتق على أحد العبدین]

[قال]: فإن لم يخاصماه عند الحاكم فاختر إيقاع العتق على أحدهما، وقع عليه العتق حين اختار عتقه، وهما قبل ذلك بمنزلة العبدین ما دام خيار المولى قائماً فيهما، وهذا اللفظ صحيح على أصل أبي يوسف، يقال للمولى: أوقع، فإذا أوقع [١/٢١٢] وقعت الحرية بإيقاعه، فأما على أصل محمد: فالوقوع سابق، وإنما بين المولى من وقع العتق عليه، فأما قوله: وهما قبل ذلك بمنزلة العبدین فصحيح ^(٣) على أصل أبي يوسف؛ لأن الحرية لم تقع على واحد منهما،

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (ب) (العبد إلا أن)، والمثبت من (أ).

(٣) في (أ) (فصح).

وكذلك على أصل محمد ؛ لأن الحرية وإن وقعت عنده فلم تتعين ، [وقد] ^(١) كان له أن يوقع على كل واحد منهما بدلاً من الآخر ، فدل على أنهما في حكم العبدین .

٢٠٥٢ - فَصْلُ : [العتق في حال انقطاع خيار المولى]

قال: وإذا انقطع خيار المولى وأحدهما في ملكه ، عتق الذي في ملكه ، وهذا مثل أن يموت أحدهما ؛ وذلك لأنه لم يبق من استحق العتق إلا الآخر ، ومن خَيْرَ بين أحد أمرين ففات أحدهما ، تعين الآخر ، وليس كذلك من باع أحد العبدین على أن المشتري بالخيار ، فمات أحدهما ؛ لأن الموت عيب عند حدوثه وما شرط فيه الخيار ، بطل الخيار فيه بحدوث العيب ، فتعين [البيع] ^(٢) قبل أن يموت فمات على ملكه ، والعيب لا يقطع الخيار في مسألتنا ، [فقد] ^(٣) مات [العبد] ^(٤) قبل أن تتعين الحرية ، فتعينت في [الثاني] ^(٥) ، وليس هذا كمن قال: أحد هذين ابني ، أو [إحدى] هاتين أم ولدي ، فمات أحدهما ، لم تتعين الحرية والاستيلاء في [الثاني] ^(٦) رواية ابن سماعة عن محمد ؛ لأن هذا ليس بإيقاع ، وإنما هو إخبار عن أمر سابق ، يجوز أن يكون خبراً ، ويجوز أن لا يكون عن الميت وعن الحي ، فوقف على بيانه .

(١) الزيادة من (أ) .

(٢) في (ب) (للمبيع) والمثبت من (أ) .

(٣) الزيادة من (أ) .

(٤) الزيادة من (أ) .

(٥) في (ب) (الباقي) والمثبت من (أ) .

(٦) في (ب) (الآخر) ، والمثبت من (أ) .

٢٠٥٣ - فصل:

[قال] ^(١): وإن انقطع خيار المولى [وهو ممن] ^(٢) يجوز إعتاقه فيهما، عتق من كل واحد منهما نصفه، مثل أن يموت المولى قبل أن يبين؛ وذلك لأن الخيار فات بموت المولى، فكل واحد [منهما] ^(٣) حر في حالٍ وعبد في حالٍ، فانقسمت الحرية بينهما.

٢٠٥٤ - فصل: [إخراج المولى أحدهما عن ملكه بوجه من الوجوه]

وإذا ^(٤) أخرج المولى أحدهما عن ملكه بوجه من الوجوه، أو رهنه ^(٥) أو دبّره، أو كاتبه، أو كانتا أمتين فوطئ إحداهما فعلقت، (أو باع أحدهما على أنه بالخيار، أو على أن المشتري بالخيار) ^(٦)، أو باع أحدهما بيعاً فاسداً وقبضه المشتري، أو حلف على أحدهما بحرية إن فعل ^(٧) شيئاً، فذلك كله اختيار لإيقاع العتق على الآخر؛ وذلك لأن مَنْ خير بين أمرين [ففعل ما يستدل به] ^(٨) على الاختيار قائم مقام قوله: اخترت؛ بدلالة قوله ﷺ لبريرة: (إن وطئك زوجك فلا خيار لك) ^(٩)، وإذا ثبت هذا قلنا: إذا أخرج المولى أحدهما من ملكه فلم يبق من

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (ب) (وهما مما)، والمثبت من (أ).

(٣) في (أ): فيهما.

(٤) في (أ): فإن.

(٥) في (أ): أو أجره.

(٦) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٧) في (أ): فعلت.

(٨) في (ب) (وفعل ما يدل)، والمثبت من (أ).

(٩) أخرجه أبو داود بلفظ (قربك)، (٢٢٣٦)؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٢٥/٧؛ والدارقطني (بلفظ =

يستحق الحرية إلا الآخر فوَقعت عليه ، وكذلك إذا رهنه ؛ لأنه لو أراد تعيين الحرية فيه لم يرهنه ، وكذلك إذا آجره ؛ لأنه لو أراد^(١) الحرية لم يؤجره ؛ لأن العتق [يرفع]^(٢) الإجارة ، فكذلك الكتابة ؛ [لأنها تقتضي]^(٣) الحرية بموجبها ، فدل على أنه لم يقصد إيقاع الحرية عليه بموجب العتق الأول ، وكذلك التدبير ؛ لأن ذلك حرية متعلقة بشرط ، ولو أراد أن يعجل عتقه لم يعلقه بشرط ، وكذلك إذا وطئها فعقلت ؛ لأن الاستيلاء يوجب حرية متأخرة ، والعتق الموقع يقتضي حرية معجلة ، وأما إذا باع وشرط الخيار لنفسه أو للمشتري ، فقد قصد إلى عقد صحيح ، وإيقاع الحرية يمنع هذا العقد ، فدل على أنه عدل بها إلى^(٤) الآخر ، وأما البيع الفاسد إذا قبض فقد زال الملك عندنا ، كالبيع الصحيح ، ولا يحتاج في تعيين الحرية إلى القبض ؛ لأنهم قد قالوا: إنه لو ساوم بأحد العبدین وقع العتق بالآخر ، والسوم أدون من البيع الفاسد إلا أنهم ذكروا القبض لا لأنه شرط ، ولكن ليدخلوه في جملة ما زال الملك فتعين العتق ، وأما إذا حلف على أحدهما فقد علق حرته^(٥) بالشرط ، والعتق يقتضي حرية منجزة ، فدل على أنه لم يقصد بعينها فيه^(٦) ، قال ابن سماعة عن محمد: فإن كانت اليمين سابقة للحرية المجهولة ، فوَقعت الحرية بوجود الشرط بعد قوله أحدكما حر عتق الآخر ؛ لأن ملك المولى زال عن أحدهما بسبب من جهته كما لو باعه .

= المؤلف ، ٢٩٤/٣ ؛ ونحوه ابن أبي شيبة ، ٥٠٦/٣ .

(١) في (أ) : تعيين .

(٢) في (ب) (يدفع) ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (ب) (لأنه يقتضي) والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : عن .

(٥) في (أ) : الحرية .

(٦) في (أ) : تعينها به .

قال محمد في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبضه، أو تصدق وأقبض، عتق الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعندنا؛ لأن الملك يزول بالقبض، وزوال الملك يوجب التعيين.

قال ابن سماعه عن أبي يوسف: وكذلك لو أوصى به أو ساومه به^(١)؛ وذلك لأن الوصية والسوم سبب في التملك^(٢)، ولو أراد أن يعين العتق فيه لم يعلق به سبب التملك.

٢٠٥٥ - فَصْل: [اختيار حرية إحدى الأمتين]

قال أبو حنيفة: إذا أعتق إحدى أمتيه فوطئ إحداهما، لم يكن وطؤه اختياراً، وقال أبو يوسف ومحمد: تتعين الحرية في الأخرى، قال ابن سماعه عن أبي يوسف: وكذلك إن قبّل إحداهما بشهوة، أو لمس بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة^(٣)، لأبي حنيفة: إن الوطاء استيفاء منفعة فلا تتعين به الحرية كالاستخدام؛ ولأن وطأها على ملكه بدلالة: أنه لو وطئها بشبهة^(٤) كان المهر له، واستيفاء المبدل كاستيفاء البدل، فلا تتعين به الحرية، وليس هذا عنده كمن طلق إحدى امرأتيه ثم وطئ إحداهما؛ لأن النكاح لا ينفرد عن الاستباحة، (ولما وطئ دل ذلك على التعيين، وملك اليمين ينفرد عن الاستباحة)^(٥) بدلالة أخته من الرضاعة، فلم يكن الوطاء موجب الملك، فلا يتعين به الملك، وكذلك إن

(١) في (أ): بها أو ساوم بها.

(٢) في (أ): للتمليك.

(٣) في (أ): لشهوة.

(٤) في (أ): أنها لو وطئت بشبهة.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

اشترى إحدى أمتين على أنه بالخيار، يتعين الملك بوطئه؛ لأنه لا يملك وطء الأخرى، فصار وطؤه تعييناً، وفي مسألتنا يملك وطأها بدلالة استحقاقه لعقرها. وجه قولهما: أن وطء الحرة لا يجوز، فلما وطئها دل على أنه عيّن الحرية في الأخرى، كما لو طلق إحدى امرأته ثم وطئ.

٢٠٥٦ - فُصِّل:

قال فإن استخدم إحداهما لم يكن ذلك اختياراً في قولهم جميعاً^(١)؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، ألا ترى أنه قد تستخدم الحرة، فلم يدل على تبقية الملك.

٢٠٥٧ - فُصِّل: [إعتاق إحداهما بعد قوله إحداكما حرة]

قال: فإن أعتق إحداهما بعد قوله إحداكما [١/٢١٣] حرة، وقال: أردت بالعتق الذي لزمني بقولي إحداكما حرة، فالقول: قوله في ذلك، أمّا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف: فإنما لزمه الإيقاع، [وقد أوقع، فالقول قوله فيما أوقع، وعلى قول محمد: يلزمه البيان، ولفظ الإيقاع إخبار]^(٢) فيجوز أن يكون بياناً، قال: وإذا أراد عتقاً مستأنفاً عتقتا جميعاً؛ لأن إحداهما عتقت بالإعتاق، فلم يبق من يستحق الحرية الأولى إلا الأخرى.

٢٠٥٨ - فُصِّل: [باع الأمتين في صفقة واحدة]

قال الشيخ رحمته الله^(٣): ونظير ما ذكره أبو الحسن ما روى ابن سماعة عن أبي

(١) في (أ): لا يوجد (جميعاً).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من (ب).

(٣) في (أ): قال رحمته الله.

يوسف قال: إن باعهما صفقة واحدة أبطلت البيع، لأن من أصله أنه استحق إحداهما حق الحرية، فمنع من البيع فيهما، وعلى أصل محمد: الحرية قد وقعت، فصار كمن جمع بين عبد وحر في البيع، قال: ولو وهبهما أو تصدق بهما أو تزوج عليهما، فإنه يخير فيوقع العتق في [أيهما] ^(١) شاء، وتجاوز الصدقة والهبة والنكاح على الأخرى؛ وذلك لأن الهبة والصدقة والنكاح [إذا وقعت] ^(٢) على شيئين [لم يكن] ^(٣) أحدهما شرط في الآخر، وفساد العقد في أحدهما لا يوجب فساده في الآخر، فإذا خير فاختر ^(٤) صار كأن الحرية تعينت قبل عقده، [ومن جمع بين الهبة والنكاح] ^(٥) بين حر وعبد، صحَّ في العبد وبطل في الحر، ولا يقال لو وهب أو أقبض أو تزوج، فقد [أزال ملكه] ^(٦) عن أحدهما، فكيف يخير؛ لأن العقد عندنا موقوف على الاختيار لاستحالة أن [يحكم بزوال] ^(٧) الملك في أحدهما مع تعلق الحرية، فإذا تعينت الحرية باختياره صحَّ العقد، قال: وإن لم يوقع العتق حتى مات أبطلت الهبة والصدقة فيهما؛ لأن موته يوجب انقسام الحرية بينهما والهبة لا تصح في عبد قد عتق بعضه.

٢٠٥٩ - فَصْل: [إعتاق أحد المأسورين في الحرب]

قال: ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يوقع العتق على أحدهما،

(١) في (ب) (أيهما) والمثبت من (أ).

(٢) في (ب): أوقع، والمثبت من (أ).

(٣) الزيادة من (أ).

(٤) (فاختر) سقطت من (أ).

(٥) في (ب) (وفي جمع الهبة والنكاح) والمثبت من (أ).

(٦) في (ب): زال الملك.

(٧) في ب (بيدل) والمثبت من (أ).

ويكون الآخر لأهل الحرب؛ وذلك لأن أسرهما لا يتعلق^(١) به الملك لثبوت حق الحرية لهما، كما لا يملك المكاتب بالأسر، فإن أبقيا على ملك المولى جاز أن يتعين^(٢)، فإذا تعينت الحرية [من أحدهما]^(٣) بتعيينه بقي الآخر عبداً فملكه أهل الحرب، قال: فإن لم يعين المولى حتى مات، بطل ملك أهل الحرب فيهما؛ لأن الحرية انقسمت بينهما فتعذر التملك، ولو اشتراها رجل من أهل الحرب فللمولى أن يوقع العتق على أيهما شاء، ويأخذ الآخر بحصته من الثمن؛ وذلك لأن أهل الحرب ثبت لهم حق التملك في أحدهما، ألا ترى السبي لا تبطله الشروط، فإذا باعوه ثبت للمشتري ما كان ثابتاً لهم، فبقي خيار المولى، فإذا عين^(٤) صحّ ملك أهل الحرب، فالمشتري منهم في الآخر فيأخذه بحصته.

قال: وإن اشترى رجل من أهل الحرب أحدهما، فاختار المولى عتقه، عتق وبطل الشراء لما بيّنا أن حكم ملك المولى باق، وله حق^(٥) الاختيار، قال: فإن أخذه المولى من الذي اشترى بالثمن عتق الآخر؛ لأن أخذه له رضاً بتعيين الحرية في الآخر، فكأنه أعتق.

قال: ولو [أسر]^(٦) أهل الحرب أحدهما لم يعتق [الآخر]^(٧)؛ وذلك لأنه^(٨)

-
- (١) في (أ): (لا يقع به).
 (٢) في (أ): (أن يعتق).
 (٣) الزيادة من (أ).
 (٤) في (أ): (أعتق).
 (٥) في (أ): (فله الخيار).
 (٦) في ب (استولى) والمثبت من (أ).
 (٧) الزيادة من (أ).
 (٨) في (أ): (المأمور).

على صفة يصح وقوع العتق فيه ، ولم يزل ملك المولى عندنا باختياره ، فكان له إيقاع الحرية فيه ، وذلك يمنع من تملكه ، وليس كذلك إذا باع أحدهما ؛ لأن الملك يتعين باختياره ، فصار بائعاً له بعد سقوط حق الحرية عنه .

٢٠٦٠ - فَصْل : [عتق المشتري للعبدين فيما لو باعهما صفقة واحدة]

قال : لو باعهما من رجل صفقة [واحدة] وَسَلَّمَهُمَا [إليه] ، فأعتقهما المشتري قبل البائع خيّر على إيقاع الحرية ، فإذا أوقع على أحدهما ، عتق الآخر على المشتري ولزمه القيمة ؛ وذلك لأن المشتري قبضهما بحكم عقد فاسد ، وأحدهما حر والآخر عبد ، فملك العبد منهما ونفذ عتقه فيه ، وإنما بدأ بتخيير البائع ؛ لأن التملك حصل من جهته في مجهول ، فإذا عين الحرية [تعيّن]^(١) الملك الفاسد في الآخر ، فينفذ^(٢) فيه عتق المشتري ، قال : فإن مات البائع قبل أن يبين ، قام الورثة مقامه ، وقيل لهم : بينوا ، فإن بينوا في أحدهما عتق الآخر^(٣) على المشتري ، وإنما لم تنقسم الحرية بالموت ؛ لأن الملك زال في الآخر ، فتعذر الانقسام ، وبقي الخيار ، فقام الوارث فيه مقام المورث .

فإن قيل : هذا [الخيار] قد ورث عندكم ، قلنا : ليس كذلك ، وإنما يثبت للورثة خيار مبتدأ ؛ لأنهم استحقوا^(٤) قيمة أحد العبدین ، فلهم التعيين كما كان للبائع ، وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبدين على أنه بالخيار ، وقبضهما المشتري

(١) في (ب) : (لعين) والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : (وتعين فيه) .

(٣) في (أ) زيادة : (وعتق) .

(٤) في (ب) (لم يستحقوا) ، والمثبت من (أ) ، ويدل عليه السياق .

[فمات أحدهما]^(١) في يده ، ثم مات البائع ، أن لورثة البائع الاختيار .

قال: فإن لم يعتق المشتري حتى مات البائع ، لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضي البيع ، فإذا فسّخه عتق من كل واحد نصفه ؛ وذلك لأن الملك زال في أحد العبدین ، فلم يجز قسمة الحرية من غير ملك الموقع إلا أن البيع الفاسد يجب فسّخه ، وذلك يقع بفعل الحاكم أو تراضي المتعاقدين ، فإذا وجد الفسخ عاد إلى ملك المعتق [فانقسمت]^(٢) الحرية .

٢٠٦١ - فُصِّل: [قول المولى: أحد عبيدي حر ثلاثاً ، لثلاثة أعبد]

قال بشر عن أبي حنيفة^(٣): إذا كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدي حر ، أحد عبيدي حر ، أحد عبيدي حر ، عتقوا ؛ وذلك لأن أحدهم عتق باللفظ الأول ثم أوقع العتق الثاني على [أحد]^(٤) عبيده فخرج المعتق منهم ، فعتق أحد الباقيين ولم يُتَّقِ له إلا عبداً واحداً ، فعتق باللفظ الثالث ، فلو قال: أحدكم حر ، أحدكم حر ، لم يعتق إلا واحد ؛ لأن أحدهم عتق باللفظ الأول ، ثم جمع بين حر وعبدین فقال: أحدكم حر ، فلم يتعلق باللفظ الثاني والثالث حكم ؛ لأنه صادق فيه^(٥).



(١) في (ب) (فماتا) ، والمثبت من (أ) ، ويدل عليه السياق .

(٢) في ب (ووقعت) ، والمثبت من أ ، ويدل عليه السياق .

(٣) في (أ): عن أبي يوسف .

(٤) الزيادة من (أ) .

(٥) انظر: الأصل ٧٦/٥ .

بَابُ

الرجل يعتق أحد أمتيه فتلد كل واحدة منهما ولدًا أو يجني عليهما



قال أبو الحسن: وإذا قال لأمتيه إحداكما حرة فقتلهما رجل جميعاً^(١) معاً، فعلى القاتل نصف قيمة كل واحدة منهما للمولى، وعليه نصف دية هذه ونصف دية هذه لورثتهما.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في ذلك أن القاتل لا يخلو: إما أن يكون واحداً أو اثنين، وكل واحد منهما على فصلين: إما أن يكون قتلها معاً أو إحداهما بعد^(٢) الأخرى. [١/٢١٤]

فإن كان القاتل واحداً وقتلها معاً، فقد علمنا أنه قتل حرة وأمة، والواجب بقتل الحرة الدية، وبقتل الأمة القيمة، والقيمة للمولى والدية للورثة، فكل واحدة منهما تجب ديتها في حال، وقيمتها في حال، فيقسم ذلك على أصلنا في اعتبار الأحوال.

أما إن قتل إحداهما قبل صاحبتهما^(٣)، فقد تعينت الحرية في الثانية بقتل الأولى، فكان على القاتل قيمة الأولى للمولى ودية الثانية للورثة.

وأما إذا قتل كل واحدة منهما رجل، فكان القتل معاً، فعلى كل واحد

(١) في (أ): لا يوجد (جميعاً).

(٢) في (أ): قبل.

(٣) في (أ): بعد الأخرى.

منهما^(١) من القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى ؛ لأننا لا نعلم من تجب عليه الدية منهما ، فسقط إيجابها لجهالة المستحق عليه ، فبقي القيمة المتيقنة ، وليس كذلك إذا كان القاتل واحداً ؛ لأن المستحق عليه معلوم ، وإنما جهل المستحق ، وفي مسألتنا المستحق عليه مجهول ، فلم يثبت الاستحقاق عليه بالشك ، وإنما انقسمت القيمتان ؛ لأن المولى مستحق بدل^(٢) إحداهما ، والورثة لبدل الأخرى ، وكل واحد منهما يستحق في حال ولا يستحق في حال .

وأما إذا كان القتل [متفرقاً]^(٣) فغرم القاتل الأول قيمة المعتقد للمولى ، وقد تيقن الحرية في الثانية فعلى قاتلها ، الدية لورثتها .

٢٠٦٢ - فصل : [قطع رجل يد كل واحد منهما معاً ، أو إحداهما بعد الأخرى]

ولو قطع رجل يد كل واحدة منهما معاً أو إحداهما بعد الأخرى ، ففي كل واحدة منهما نصف قيمتها ؛ وذلك لأن الحرية يجوز أن تقع على كل واحدة منهما بدلاً من الأخرى ، والقطع لا يمنع بقاء خيار المولى ، فكان الأرش له وليس كذلك القتل ؛ لأنه يمنع بقاء الخيار ، فتعينت الحرية ، وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف : أن الحرية لم تقع على واحدة منهما ، فأما محمد : فإن قال إنها وقعت ، فلم يتعين قبل البيان ، فكان الأرش قبل التعيين له فإذا أعتق المولى إحداهما فلا شيء له من الأرش ؛ لأن عند أبي يوسف : الحرية إنما وقعت بالإيقاع ، فما حصل قبلها من الأرش للمولى ، وعلى قول محمد : العتق بيان إلا أنه كان يقدر أن يعتق^(٤)

(١) في (أ) : من القاتلين القيمة .

(٢) في (أ) : لبدل .

(٣) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (متقدماً) .

(٤) في (أ) : (أن يبين في غيرها) .

غيرها، فصار التعيين في حكم الإيقاع، قال: وأما كسب الأمتين قبل أن يوقع المولى العتق فهو للمولى في قولهم، وهذا أظهر من الأرش؛ لأن الكسب يجوز أن يملكه من لا يملك الأصل، والأرش لا يملكه إلا مالك الأصل، فإذا استحق المولى الأرش فالكسب أولى.

٢٠٦٣ - فصل: [أثر ولادة إحدى الأمتين في عتق الأخرى]

قال: ولو ولدت كل واحدة منهما ولداً أو ولدت إحداهما، فإنه يعتق ولد التي اختار^(١) المولى إيقاع العتق عليها كان مع الأخرى ولد أو لم يكن؛ وذلك لأن حق الحرية متعلق بإحداهما عند أبي يوسف، فيسري إلى ولدها كالأستيلاد والكتابة، وعلى قول محمد: [الحرية]^(٢) قد وقعت، فأولى أن يسري إلى الولد.

[قال]: ولو ماتت الأمتان معاً، خير المولى في أن يوقع العتق على أي الولدين شيئاً؛ لأن الحرية لم تتعين بالموت، وأحد الولدين حر، فخير المولى فيه كالأم، فإن مات أحد الولدين قبل الآخر، فلم يلتفت إلى ذلك، وهذا إنما يريد به إذا مات أحد الولدين مع بقاء الأمتين، لم يتعلق بموته حكم التعيين؛ لأن الحرية تتعين فيه بتعيينها في أمه، وحكم التعيين في الأم ممكن، فقيل للمولى: عَيِّنْ، ففي أيهما عَيِّن العتق^(٣) يعتق ولدها.

قال: ولو قتل الأمتين رجل معاً، خير المولى في الولدين لما بينا. قال ولا يرث الابن المعتق من الأرش شيئاً؛ لأنه عتق بالاختيار، وذلك متأخر عن الموت، فلا يرث.

(١) في (أ): يختار.

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) في (أ): لا يوجد (العتق).

بَابُ

الرجل يقول لعبده ولشيء لا يقع عليه العتق: أحدكما حر



قال [ﷺ]: الأصل في هذا الباب: أن من جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق كالبهيمة والحائط، فقال: عبدي حر، أو هذا، أو قال: أحدكما حر، عتق عبده عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق، وروى ابن سماعه عن محمد فيمن قال لعبده وأشار إليه أنت حر، أو هذا الحائط: فالعتق يقع على عبده في قول أصحابنا، وأما أنا فلا أرى أن يعتق عبده، ولو قال أحدكما حر عتق.

وجه قول أبي حنيفة: أنه وصف أحدهما بالحرية، والمضموم إلى العبد لا يوصف بها، فلم يبق من يستحقها إلا العبد، فكأنه قال: أنت حر، ولأننا إذا عينا ما فيه تعلق بالكلام حكم، وإن لم يعينها ألغينا الكلام، ولا يجوز إلغاؤه مع إمكان تعليق الفائدة به، ولأنه لو أوقع الحرية على أحد عبديه، فصار أحدهما، بحيث لا يعتق، تعينت في الآخر، كذلك إذا أوقعها على أحد شيئين لا يعتق أحدهما. وجه قولهما: أنه خيّر نفسه بين عتق عبده وبين صرف العتق عنه، فكأنه قال: أنت حر [أولاً] ^(١).

وأما وجه الفرق ^(٢) لمحمد: وهو أنه إذا قال لعبده أنت أو هذا، والمضاف

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ) (وأما فرق محمد).

إليه لا يوصف ، فكأنه قال : أنت أو هذا حر ، وليس كذلك إذا قال : أحدكما حر ؛ لأنه لم يخير نفسه وإنما وصف أحدهما بالحرية^(١) ولا يجوز أن يوصف بها إلا العبد .

٢٠٦٤ - فَصْل : [الرجل جمع بين عبده وبين من يوصف بالحرية]

وأما إذا جمع بين عبده وبين من يوصف بالحرية ، إلا أن عتق المولى لا ينفذ فيه ، فقال : أحدكما حر ، لم يعتق عبده ، كمن جمع بين عبده وعبد غيره ؛ وذلك لأن عبد الغير يوصف بالحرية من جهة مولاه ، ويجوز أن يكون الموقع أراد أن يوقع عليه حرية موقوفة على إجازة المولى ، فلم يكن في صرف الحرية عن عبده إلغاء الكلام ، وعلى هذا لو جمع بين أمة حية وميتة فقال : أنت حرة أو هذه ، أو إحداكما حرة ، [لم تعتق أمته ؛ لأن الميتة توصف بالحرية فيقال ماتت حرة ، وماتت أمة ، فلم تختص الحرية بأمته]^(٢) ، وقال عمرو عن محمد قال أبو حنيفة : إذا قال لحر أنت حر ، أو عبدي ، عتق العبد ؛ لأنه خير نفسه فيهما ، ولا فرق بين تقديم العبد أو الحائط .

٢٠٦٥ - فَصْل : [فيمن له ثلاثة أعبد وقال لاثنين : أحدكما حر]

ومن نظير هذه المسألة ما قال في جامع الكبير : فيمن [كان] له ثلاثة أعبد ، دخل [١/٢١٥] عليه اثنان ، فقال : أحدكما حر ، ثم خرج أحدهما ودخل الثالث ، فقال : أحدكما حر ، وذلك في صحته ثم مات [قبل أن يبين] ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يعتق ثلاثة أرباع الثابت ، ونصف الآخرين ، وقال محمد يعتق من الداخل

(١) في (أ) (يصح) .

(٢) الزيادة من (أ) ، وقد سقطت من (ب) .

ربعه ، فأما أبو حنيفة فبنى على أصله: أن الحرية تتبع بعض ، فلما قال أحدكما حر ، فقد عتق أحدهما ، فلا يخلو: إما أن تكون الحرية ثابتة في الذمة أو تبعضت ، فوَقعت عليهما نصفين .

فإن قلنا: إنها في الذمة ، صَحَّ اللفظ الثاني ؛ لأنه أوقعه على عبيدين .

وإن قلنا: إنها قد وقعت ، فقد انقسمت بينهما ، فصار كل واحد مكاتباً عبده ، ومن جمع بين مكاتبٍ وعبدٍ فقال: أحدكما حر ، تعلق بقوله حكم ، فالقول [في الأولى] ^(١) ثابت عند أبي حنيفة بكل حال فيقول: الحرية الأولى انقسمت بين الثابت والخارج نصفين ، فعتق من كل واحد منهما النصف ، واللفظ الثاني ثابت ، فإن عني به الثابت فقد عتق نصفه ، وإن عني [به] الداخل عتق كله ، ففي حال يعتق نصف الثابت ، وفي حال لا شيء ، فيعتق نصف ذلك وهو الربع ، فحصلت [له] ثلاثة أرباع الحرية ، والداخل يعتق نصفه ؛ لأنه يعتق في حال ولا يعتق في حال ، فأما أبو يوسف: فلا يرى تبعض الحرية ؛ لأنها ^(٢) تقع عنده في الذمة ، فلما قال ثانياً: أحدكما حر ، فهو جامع بين عبيدين ، فوافق أبا حنيفة في هذا الوجه .

وأما محمد فمن أصله: أن الحرية لا تتبع بعض ، وإنها تثبت في العين ، وإذا كان هذا أصله قال: لا يخلو إما أن يكون أراد باللفظ الأول الخارج أو الثابت ، فإن أراد الخارج صَحَّ اللفظ الثاني ، فانقسم موجهه بين الداخل والثابت نصفين ، فإن كان اللفظ الأول وقع على الثابت لم يصح إيقاع اللفظ الثاني ؛ لأنه جامع بين

(١) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (الثاني) .

(٢) في (أ): (إلا أنها) .

حر وعبد، فاستحق الثابت نصف حرية في حال أو^(١) لا شيء، فله نصفها، والحرية الأولى بينه وبين الخارج نصفين، فله ثلاثة أرباع حرية، وأما الداخل فله نصف الحرية في حال ولا شيء في حال، فصار له نصف ذلك: وهو الربع.

٢٠٦٦ - فَصْل: [المسألة السابقة في حال المرض]

وإن كان قال ذلك في المرض ولا مال له غيرهم، ضربوا في الثلث بقدر ما استحقوا، فيحصل^(٢) رقبة عن كل عبد أربعة أسهم، فيضرب الثابت بثلثه، وكل واحد من الداخل والخارج بسهمين، فذلك أربعة^(٣) أسهم، ويضرب الورثة [بمثلي] ذلك، فيصير رقبة كل عبد سبعة أسهم، يعتق من الثابت ثلاثة (أسهم: وهي ثلاثة أسباعه، ومن كل واحد من الآخرين سُبُعاه، فأما محمد فيضرب للثابت [بثلاثة]^(٤)) والخارج بسهمين وللداخل بسهم، فذلك ستة، أسهم و[يضرب] الورثة بمثلي ذلك، ويستحق الثابت نصف رقبته، والخارج ثلثها، والداخل سدسها، ويسعون في بقية ذلك.



(١) في (أ): ولا .

(٢) في (أ) (فيجعل رقبة كل).

(٣) في (أ): سبعة .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

بَابُ عتق ما في البطن



قال: الأصل في جواز عتق الحمل: أنه يعتق بعتق الأم بالاتفاق^(١)؛ فلأن يعتق إذ أفردته بالحرية أولى، ولأن الحمل لا يجوز أن يعقد عليه بما يمنع الخطر وتعذر التسليم في عقده، والعتق لا [يمنعه]^(٢) الخطر وتعذر التسليم؛ بدلالة جواز عتق الأمة الآبقة، وكذلك تدبير ما في البطن جائز؛ لأنها حرية متعلقة بالشرط، فإذا جاز أن ينجز حرите، جاز أن يعلقها بالشرط.

قال أبو الحسن: فإذا قال لأمته: ما في بطنك حر، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ قال ذلك، عتق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يعتق؛ لأنها إذا وضعت لأقل من ستة أشهر فقد تَيَقَّنَّا بوجود الولد عند الإيقاع فعتق، وإن جاءت لأكثر لم نَتَيَقَّنْ [وجوده]؛ لجواز أن يكون الحمل لسته أشهر.

[قال]: فإن ولدته ميتاً بعد القول بيوم لم يعتق؛ وذلك لأننا لا نعلم حياته عند الإيقاع، والعتق لا يقع إلا في الحي، قال: فإن كانت الأمة في عِدَّةٍ من زوج، عتق الولد إذا ولدته ما بينها وبين سنتين منذ وجبت العدة، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ قال المولى ذلك؛ لأننا نحكم بثبوت نسب هذا الولد من الزوج، فلا بد أن يحكم بوجوده قبل الطلاق، والعتق متأخر عن ذلك، وهذا على ما

(١) في (أ): باتفاق.

(٢) المثبت من (أ)، وفي (ب) (ينفيه).

نقول إن الوطء إذا كان محرماً فمدة الحمل معتبرة بسنتين^(١).

٢٠٦٧ - فَصْل: [إذا قال لها سيدها: ما في بطنك حرّ، ثم ضربها رجل فآلة جنيناً ميتاً]

فإن قال لها: [ما] في بطنك حرّ، ثم ضرب رجل على بطنها بعد يوم، فألقت جنيناً ميتاً، ففيه ما في جنين الحرة غرة عبد أو أمة؛ وذلك لأن الجنين إذا انفصل بالضرب محكوم بحياته؛ بدلالة وجوب أرشه لورثته، وإذا حكم بحياته عتق بالإيقاع^(٢)، وكمل أرشه، فكذلك إذا ولدته حياً عتق؛ لأننا حكمنا بوجوده عند الإيقاع، وهو على صفة يصح العتق فيه^(٣).

٢٠٦٨ - فَصْل: [المسألة السابقة، ولكنها ولدت ولدين]

وإذا ولدت ولدين: أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر لأكثر منه بيوم عتقا جميعاً؛ لأننا تيقننا وجود الذي جاءت به لأقل من ستة أشهر عند الإيقاع، والآخر قد يجوز أن يكون موجوداً؛ لأن الحمل قد يزيد على ستة أشهر، وهما^(٤) حمل واحد، فحكم بوجودهما عند الإيقاع، فعتقا.

٢٠٦٩ - فَصْل: [قوله لأمتيه: ما في بطن إحدكما حر]

فإن قال لأمتين له: ما في بطن إحدكما حرّ، فهو مثل قوله لعبدتين أحدكما حرّ، يمسك أيهما شاء ويعتق الآخر؛ لأن الحمل في الإيقاع كالأم، فما جاز في

(١) انظر: الأصل ١٢٨/٥، ١٢٩.

(٢) في (أ) (بالإعتاق).

(٣) انظر: المصدر السابق ١٢٩/٥.

(٤) في (أ): وهذا.

أحدهما جاز في الآخر ، قال : فإن ضرب إنسان بطن إحداهما فألقت جنيناً ميتاً لأقل من ستة أشهر منذ قال ذلك ، فالملقى عبد ففيه ما في العبد ، والآخر حر في بطن أمه ؛ وذلك لأن المولى كان مخيراً في تعيين الحرية ، فلما مات أحدهما لم يبق من يستحقها إلا الآخر^(١) .

٢٠٧٠ - فَصْل :

وإذا كانت جارية بين رجلين ، فأعتق^(٢) أحدهما الجارية ، عتقت وما في بطنها ، ولا يضمن المعتق من قيمة [١/٢١٦] الولد [شيئاً]^(٣) وهذا على ما قدمنا أن الحمل نقص في الأمة^(٤) ، فلا يلزم به زيادة ضمان ، ولأنها صفة فيها ، والصفات لا تفرد بالضمان .

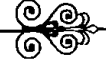


(١) انظر: الأصل الأصل ١٣٢/٥ .

(٢) في (أ) : (فإن كانت أمة من رجلين وهي حامل فأعتق) .

(٣) في (أ) : [شيئاً] .

(٤) في (أ) (الأدمية) .



بَابُ

العبد يكون بين رجلين فيدبره أحدهما



قال الشيخ رحمه الله ^(١): الأصل في هذا الباب أن التدبير تبعيض عند أبي حنيفة، ولا تبعيض عندهما، وجه قول أبي حنيفة: أن التدبير عتق معلق بالشرط فيتبعض، كالتعق المعجل؛ ولأنه حق الحرية [ونفس] ^(٢) الحرية عنده يتبعض فحقها أولى، ولا يلزم الاستيلاد؛ لأنه يتبعض عنده [فيما لا] يمكن نقل الملك فيه، وعلى قولهما الحرية المعجلة لا تتبعض، وكذلك المعلقة بالشرط، ولأن حق الحرية (فيما لا يمكن) ^(٣) معتبرة بنفس الحرية، فإذا لم يتبعض أحدهما فكذلك الآخر، فإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة: إذا دبّر أحد الشريكين وهو موسر فنصيب شريكه على ملكه، وله خمس خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء دبّر، وإن شاء ضمّن، وإن شاء استسعى، وإن شاء ترك نصيبه على ملكه، وإن كان معسراً فلشريكه أربع خيارات: وسقط الضمان، وقالوا: يصير العبد كله مدبراً بتدبير أحدهما، وهو ضامن لنصيب شريكه موسراً كان أو معسراً، وهذه الرواية المشهورة.

وقال معلّى في نوادره عن أبي يوسف: يسعى المدبّر المشترك ^(٤) للذي لم يدبر إذا كان المدبر معسراً سعاية غلّة، لا سعاية ضمّان، أما أبو حنيفة فقال:

(١) في (أ): (قال الأصل).

(٢) في (أ) (نفس).

(٣) ساقطة ما بين القوسين من (أ).

(٤) في (أ) (المدبر للشريك الذي).

للشريك أن يضمن ؛ لأن شريكه أفسد عليه نصيبه ، ألا ترى أنه لا يتمكن من بيعه ، فهو كالمعتق لنصيبه ، وإن شاء أعتق ؛ لأن نصيبه على ملكه (وإن شاء دبر ، فيساوي شريكه في التصرف ، وإن شاء استسعى ؛ لأن نصيبه على ملكه)^(١) وقد تعذر بيعه فجاز استسعاؤه ككتابتة ، وإن شاء تركه بحاله ؛ لأن الحرية لم تقع جزء منه ، فلم يمنع ذلك بقاء الرق في ملكه فيه ، وأما إذا كان شريكه معسراً ، فلا حق له في الضمان ؛ لأن ضمان التدبير لا يثبت مع الإعسار كما لا يثبت ضمان العتق [معه]^(٢) فبقي أربع خيارات .

وأما هما : فالتدبير عندهما لا يتبعض ، وقد صار جميعه مدبراً بتدبير أحدهما ، وانتقل نصيب شريكه إليه ، فيضمن قيمته موسراً كان أو معسراً ؛ لأن ضمان النقل لا يختلف فيه اليسار والإعسار كالبيع ، والذي قاله معلى فوجهه : أن المدبر لما لزمه الضمان فممنفعة التدبير سلمت للعبد ، فإذا تعذر تضمين المولى سعى العبد كالرهن .

ومعنى قوله : سعاية غلة [لا سعاية ضمان]^(٣) ، يعني : أن كسب المدبر على ملك مولاه ، فيقضي منه الضمان كما يقضي منه ديونه ، وأما سعاية الضمان فهي التي يستحق بها المستسعى الحرية ، فإن اختار عند أبي حنيفة الذي لم يدبر أن يضمن الشريك (فللمضمن أن يرجع بما ضمن على العبد ؛ وذلك لأن الشريك)^(٤) كان له أن يستسعيه ، فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له ، فإن أدى عتق ، والولاء

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

(٢) الزيادة من (أ) .

(٣) الزيادة من (أ) .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

كله للمُدبِّر ؛ لأن نصيب شريكه انتقل إليه فيعتق على ملكه ، وإن اختار الذي لم يدبره أن يستسعي أو يعتق ، كان الولاء بينهما ؛ لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه^(١) .

٢٠٧١ - فَصْل : [تدبير أحدهما وإعتاق الآخر للعبد]

وإذا دبر أحدهما ثم أعتق الآخر وهو موسر ، فللمدبِّر أن يرجع على المعتق بقيمة نصيبه مدبراً ؛ لأنه أتلفه عليه بالعتق ، ألا ترى أنه كان يستديم الملك فيه إلى حين الموت ، والآن وجب إخراجه إلى الحرية ، فكان له حق التضمين .

قال : ويرجع المعتق بالضمان على العبد ؛ لأن المضمن كان له أن يستسعي العبد^(٢) ، فلما ضمن شريكه أقامه مقام نفسه ، [فإن أدى فالولاء بينهما ؛ لأن نصيب المدبر يثبت ولاؤه منه]^(٣) .

قال : فإذا ضمن شريكه لم يتغير حكم الولاء بالضمان ؛ لأنه لا يفسخ فبقي على ما كان عليه ، قال فإن دبر أحدهما وضمنه الآخر ، فالعبد كله في ملك المدبر ، نصيبه الأول مدبراً ونصيب شريكه غير مدبر ؛ لأن نصيب الشريك انتقل إليه بالضمان ، ولم يوجد منه [فيه التدبير]^(٤) ، فإن مات المدبر عتق نصيبه الأول من الثلث ؛ لأن عتق المدبر وصية ، وعتق النصيب الثاني من غير الثلث وذلك لأنه لم يعتق بإعتاقه وإنما وجب إخراجه إلى الحرية ؛ لوقوعها في جزء منه ، فلا

(١) انظر: الأصل ١٧٤/٥ ، ١٧٥ .

(٢) في (أ) : يستسعيه .

(٣) الزيادة من (أ) .

(٤) المثبت من (أ) ، و(ب) (تدبير) .

يخرج إلا بعوض^(١).

٢٠٧٢ - فَصَّل: [في تدبير أحدهما واختيار الآخر للعبد]

[قال]: فإن دبر أحدهما واختار الآخر، ترك نصيبه على حاله ثم مات المدبر، عتق نصيب المدبر ولا ضمان عليه، ويسعى العبد [للحي]^(٢) في نصف قيمته؛ وذلك لأن موت المدبر يوجب عن جميع نصيبه، وذلك يمنع بقاء الرق في الثاني^(٣)، وإنما لم يثبت الضمان؛ لأنه لم يعتق بفعله وإنما العتق^(٤) بالموت، وهو من فعل الله تعالى، ويسعى العبد للحي؛ لأنه لا يلزمه إخراجه إلى الحرية بغير عوض، قال: والولاء بينهما؛ لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه.

وعلى هذا الأصل إذا أعتقه أحد الشريكين، ثم دبّر الآخر، سقط [عنه] الضمان؛ لأنه إنما يثبت له الضمان بشرط نقل نصيبه إلى شريكه، فإذا دبر تعذر النقل فسقط الضمان، وله أن يستسعي حصته^(٥)؛ لأنه وجب إخراجه إلى الحرية، وليس له أن يبقيه مدبراً؛ لأن الحرية وقعت في جزء منه.

٢٠٧٣ - فَصَّل: [في تدبير أحدهما وإعتاق الآخر معاً]

قال: فإن دبر أحدهما وأعتق الآخر، وقع^(٦) ذلك معاً، فهو كذلك عند أبي

(١) انظر: الأصل ١٧٨/٥.

(٢) في (ب) (للآخر) والمثبت من (أ).

(٣) في (أ): في الباقي.

(٤) في (أ): عتق بالموت.

(٥) في (أ): نصيبه.

(٦) في (أ): فوقاً معاً.

حنيفة؛ لأن العتق لما لم^(١) يسبق التدبير لم يجز أن يتعلق به ضمان.

قال: فإن سبق أحدهما ولا يعلم، فقد قال في الأصل: إن المعتق يضمن ربع قيمة المدبر إن كان موسراً، ويسعى المدبر في ربع قيمته، ولم يذكر خلافاً.

قال: وهو استحسان، وهو قول أبي حنيفة، فأما على قولهما: فالعتق أولى من التدبير.

وجه القياس: أنه لما لم يعلم تقدم العتق أو تقدم التدبير، لم يتيقن سبب الضمان فلم يجز إيجابه بالشك^(٢).

وجه الاستحسان: أن العتق إن سبق فالمدبر قد أبرأ المعتق من [٢١٧/١] الضمان، وإن تأخر العتق فالمعتق ضامن، وقد سقط ضمان التدبير بالعتق بعده، فإذا لا ضمان على المدبر في الحالتين، والمعتق يلزمه الضمان في أحدهما ولا يلزمه في الأخرى، فأوجبوا عليه نصف الأمرين على أصلنا في اعتبار الأحوال؛ ولذلك ضمن ربع القيمة ويسعى المدبر في الربع الآخر؛ لأن ما تعذر الضمان فيه وجب إخراجه إلى الحرية، أخرج بالسعاية كما لو كان المعتق معسراً.

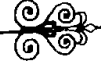
وأما على أصلهما: فإن [تقدم] العتق عتق الجميع، وبطل التدبير بعده، وإن تقدم التدبير صار العبد مدبراً وبطل العتق، إلا أن^(٣) التاريخ لما جهل، حكم بوقوع الأمرين معاً، فكان العتق أولى.



(١) في (أ): ما لم يسبق.

(٢) في (أ): لا يوجد (بالشك).

(٣) في (أ) (لأن).



بَابُ

الجارية تكون بين رجلين فتأتي بولد فيدعيانه أو أحدهما



قال الشيخ رحمه الله تعالى^(١): الأصل في هذا الباب أن أحد الشريكين إذا ادَّعى ولد الجارية المشتركة فهو على وجهين: إما أن تكون علقت في ملكهما، أو اشتريها حاملاً، فإن كان العلوق في ملكهما، فلا حدَّ على المدَّعي؛ لأن الوطاء حصل في ملكه وملك شريكه، فليس إيجاب الحد لأجل نصيب شريكه بأولى من إسقاطه لأجل نصيبه^(٢) والحد يسقط بالشبهة.

٢٠٧٤ - فصل: [وجوب العقر وثبوت النسب مع شبهة الملك]

وعليه نصف العقر؛ لأن الحد لما سقط بالشبهة والوطء في ملك الغير لوجب العقر، ويثبت النسب؛ لأن النسب يثبت مع شبهة الملك، فلا أن يثبت في تعيين^(٣) الملك أولى، ويصير نصيبه في الجارية أم ولد [له]؛ لأنها ولدت من مولاهما، فينتقل إليه نصيب شريكه، فتصير أم ولد؛ لأن الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه؛ لأنها حرة متعلقة بالنسب، فلا يتبعض كنفس النسب، وعليه نصف قيمتها؛ لأننا نقلنا إليه ملك شريكه، ولا يجوز أن ينتقل إلا بعوض، ولا عوض إلا القيمة، ولا يدخل العقر في ذلك^(٤)؛ لأن العقر ضمان جزء،

(١) في (أ): قال الأصل.

(٢) في (أ): ملكه.

(٣) في (أ): نفس.

(٤) في (أ): لا يوجد (في ذلك).

ونصف القيمة ضمان جزء ، وضمان الجزء لا يدخل في مثله .

٢٠٧٥ - فَصْل : [استواء اليسار والإعسار في الضمان]

ولا يضمن قيمة الولد (حال العلق)^(١) ؛ لأننا نقلنا نصيب شريكه إليه بالعلق ، فصار الولد حادثاً على ملكه ، ولأن الولد حال العلق مما لا قيمة له .

٢٠٧٦ - فَصْل :

ويستوي في الضمان اليسار والإعسار ؛ لأنه ضمان نقل كضمان البيع ، وروى معلى عن أبي يوسف : أن المدعي إذا كان معسراً سعت أم الولد ؛ وذلك لأن منفعة الاستيلاء سلمت لها ، فإذا تعذر تضمين المولى سعت فيه ، وقد بينا قوله في المدبرة وأنها تسعى ، إلا أنه فصل بينهما من وجه فقال الذي إن المدبرة تسعى في ضمانها وفي ديون مولاها ، تبتدئ بالضمان الذي لزم لأجلها ، ولا تسعى أم الولد إلا في الضمان المتعلق بها ، وذلك لأن أم الولد لا يلزمها السعاية بعد الموت في ديون مولاها ، (فإن مات أحد الولدين قبل الآخر فلم يلتفت إلى ذلك ، وهذا إنما يريد به إذا مات أحد الولدين مع بقاء الأمتين ، لم يتعلق بموته حكم التعيين في الحرية)^(٢) ، وكذلك لا يلزمها في حال الحياة ، والمدبرة تسعى بعد موت مولاها في ديونه ، فيجوز أن تسعى في حال الحياة .

٢٠٧٧ - فَصْل : [نسب الولد فيما إذا اشترى الأمة وهي حامل]

وأما إذا اشترىها وهي حامل فولدت فادعاه أحدهما ثبت نسبه ، وضمن

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

نصف قيمة الأمة موسراً كان أو معسراً، فأما الولد فكعبد بين شريكين أعتقه أحدهما؛ وذلك لأن ابتداء العلوق لم يكن في ملكهما، فلم يجز إسناد الدعوى إلى حال العلوق، إلا أنه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه، ودعوى الملك كعتاق موقع، ولو أعتق هذا الولد ضمن نصيب شريكه منه، إن كان موسراً، ولم يضمن إن كان معسراً، فكذلك هذا، فأما الأم فقد اعترفت بالاستيلاء في نصيبه، فيقبل اعترافه في ملكه، وحق الاستيلاء لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه، فتصير كلها أم ولد، ويضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً؛ لأن ضمان النقل يستوي فيه اليسار والإعسار، وليس هذا كالتى علقت في ملكها؛ لأننا لما أسندنا الدعوة سقط الضمان؛ لأنه حين الثبوت لا قيمة له، وهاهنا لا تستند الدعوة فلا بد من أفراد الولد بالضمان ولا عقر عليه؛ لأنه وطئها قبل الشراء، فليس لشريكه عقد وطء لم يوجد في ملكه^(١).

٢٠٧٨ - فَصْل: [دعوى الولد فيما إذا حملت الجارية على ملكهما]

فإذا حملت الجارية على ملكهما فادعياه جميعاً فهو ابنهما [جميعاً]^(٢) والجارية أم ولدهما، ولا يضمن واحد منهما (من قيمة الأم شيئاً، ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصاً، أما النسب فيثبت منهما)^(٣) وقال الشافعي: يرجع إلى القافة.

لنا: ما روي أن عمر بن الخطاب كُتب إليه في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه، فقال عمر: (هو ابنهما لَبَسَا فَلَبَّسَ عليهما ولو بَيْنَا لُبِّينَ لهما، هو

(١) انظر: الأصل ١٤٨/٥.

(٢) الزيادة من (أ).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من (أ). وقول الشافعي في المنهاج ص ٥٨٤.

ابنهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما^(١)، وذلك بحضرة الصحابة من غير^(٢) نكير. وروي عن علي مثله، ولا مخالف لهما؛ ولأنهما تساويا في سبب الاستحقاق فلا يقدم أحدهما على الآخر، كالأبنين إذا أقام كل واحد منهما البينة بالنسب، وإنما صار نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد^(٣)؛ لأن نسب ولدها ثبت منه، فصار كالمنفرد بالدعوة، إنما لم يضمن أحدهما للآخر شيئاً؛ لأن كل واحد منهما لم ينقل نصيبه إلى شريكه، وقد وجب لكل واحد منهما على شريكه^(٤) نصف العقر قصاصاً بالآخر^(٥).

٢٠٧٩ - فَصَّل: [ادعاء أكثر من اثنين في الولد]

قال: وكذلك إن كانت الأمة بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة، فادعوه جميعاً معاً^(٦) فهو ابنهم جميعاً ثابت نسبه منهم، والجارية أم ولد لهم، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: [٢/٢١٨] لا يثبت النسب من أكثر من اثنين، وقال محمد: [يثبت من] ^(٧) ثلاثة.

لأبي حنيفة: أنهم تساوا في سبب الاستحقاق [فلا يقدم أحدهم على

(١) انظر: الأصل رواه عبد الرزاق في المصنف ٣٦٠/٧؛ والبيهقي في الكبرى ٢٦٤/١٠؛ ومحمد

بن الحسن في الأصل بإسناده ١٥٠/٥. انظر: نصب الراية ٢٩١/٣؛ والدراية ٨٨/٢.

(٢) في (أ): (خلاف ونكير).

(٣) في (أ): له.

(٤) في (أ): صاحبه.

(٥) انظر: الأصل ١٤٩/٥.

(٦) في (أ): لا يوجد (معا).

(٧) الزيادة من (أ).

الآخر^(١) كالاثنين ، ولأن ما جاز أن يثبت من الاثنين جاز مما زاد عليهما كالأملأك والوصايا .

لأبي يوسف: أن القياس ينفي ثبوت النسب لأكثر من واحد^(٢) ، وإنما تركنا القياس في الاثنين لحديث عمر ، فما زاد عليه على أصل القياس .

وجه قول محمد: أن الحمل الواحد ، يجوز أن يكون ثلاثة أولاد ، معتاد ، أو كل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء منفرد ، فكذلك الولد الواحد ، يجوز أن يخلق من ماء ثلاثة ويلحق بهم ، وقد جاء عن إبراهيم: أنه أثبت النسب من ثلاثة ، وما زاد على ذلك ليس بمعتاد في الحمل ، ولا ورد به أثر فلم يثبت .

٢٠٨٠ - فصل: [ثبوت النسب مع اختلاف لإنصباء في الجارية]

قال: فإن كانت الأنصباء مختلفة ، وكان لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث ، وللآخر ما بقي ، فالولد ابنهم جميعاً ؛ لأن نصيب كل واحد منهم لو انفرد تعلق به ثبوت النسب فيساوي الآخر ، وأما الاستيلاد فتصير أم ولد لكل واحد منهم^(٣) على قدر نصيبه ، لا يتعدى [استيلاده]^(٤) إلى نصيب غيره ؛ (لأن كل واحد منهم يثبت الاستيلاد منه في نصيبه ، فلم يجز أن يثبت استيلاد من اثنين)^(٥) ، [فإذا ثبت من أصل أبي يوسف: أنه لا يثبت أكثر من اثنين]^(٦) ومن

(١) الزيادة من (أ) .

(٢) في (أ): (يمنع ثبوت نسب الولد) .

(٣) في (أ): (فتصيب كل واحد منهم أم ولد له) .

(٤) الزيادة من (أ) .

(٥) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

(٦) الزيادة من (أ) .

أصل محمد: أنه لا يثبت من أكثر من ثلاثة ، فإذا ادعوا أكثر من ذلك لم يكن بعضهم^(١) بثبوت النسب أولى من بعض ، فوقفت الدعوة [على] بلوغ الصبي وتصديقه^(٢) من شاء منهم ، [كمن]^(٣) ادَّعى في غير ملكه وقفت دعواه على التصديق ، وإن كانا اشترياها وهي حامل فولدت فادعياه فهو ابنيهما ، ولا عقر لواحد منهما على صاحبه ؛ وذلك لأن الدعوى صادفت ملكهما فتثبت ، ولا يختلف في هذا دعوة الملك ودعوة الاستيلاء ؛ لأننا لا ننقل نصيب أحدهما إلى الآخر وإنما يختلفان في فصل واحد ، وهو أن الولاء يثبت على ولد الجارية المشتراة ؛ لأنه ليس بحُرِّ الأصل ، ولا يثبت في^(٤) ولد الجارية إذا حملت في ملكهما (لأنه حر الأصل)^(٥) .

٢٠٨١ - فَصَّلْ : [الدَّعْوَةُ بَيْنَ الْحَرِّ وَالْعَبْدِ فِي الْوَلَدِ]

وإذا كان أحد الشريكين حرّاً والآخر عبداً فادعياه ، فالدعوة دعوة الحر ؛ لأن الحر له ملك والعبد له حكم الملك ، والحر يثبت له [حكم] الولاية على الولد ، والعبد لا يثبت له عليه ولاية ، والولد في يد وليه ، فكأنهما ادعياه وهو في يد أحدهما .

٢٠٨٢ - فَصَّلْ : [فِي الدَّعْوَةِ بِالْوَلَدِ إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مُسْلِمًا وَالْآخَرَ ذَمِيًّا]

فإن كان أحد الشريكين مسلماً والآخر ذمياً ، فقد ذكر في الأصل في كتاب

(١) في (أ) (فليس بعضهم) .

(٢) في (أ) : ليصدق

(٣) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (فمن) .

(٤) في (أ) : على

(٥) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

الدَّعْوَةُ وَالْمَكَاتِبُ: أن الولد للمسلم، وحكى الحسن عن زفر: أن الولد بينهما^(١) وهو قول أبي حنيفة.

وجه قولهما^(٢): أن المسلم ثبت له ولاية على ابنه، والكافر لا يثبت له ولاية على هذا الولد؛ لأنه صار مسلماً بإسلام الآخر، وقد بيَّنا أن الولد في يد من يلي عليه حكماً، فكأنهما ادعياه وهو في يد المسلم.

وجه قول زفر: أنهما تساويا في الملك في صحة الدعوى، فثبت النسب منهما كالمسلمين.

٢٠٨٣ - فَصْلُ: [الدعوة بين الحر والمكاتب في الولد]

وكذلك إذا كانت^(٣) الدعوة بين حر ومكاتب فالحر أولى؛ لأن دعوته تثبت لها الحرية، ودعوة المكاتب تثبت لها الرق، فدعوة الحر أنفع، والقولان إذا اجتمعا في الصغير، فالأنفع [له] أولى.

٢٠٨٤ - فَصْلُ: [الدعوة بين عبد مسلم وحر كافر في الولد]

فإن كانت الدعوة^(٤) بين [عبد] مسلم وبين حر كافر، فالكافر أولى؛ لأن الولد يستفيد بدعوته الحرية، ويدعوة العبد الإسلام، والحرية أنفع له؛ لأنه لا يقدر أن يستفيدها^(٥) بنفسه، وهو يستفيد الإسلام بنفسه، فكانت دعوة الحر أنفع له.

(١) في (أ): (ابنهما).

(٢) في (أ): (قولهم).

(٣) في (أ): (إن كان بين حر).

(٤) في أ (الجارية).

(٥) في (أ): يستفيد.

٢٠٨٥ - فَصْل: [الدعوة بين ذمي ومرتد في الولد]

فإن كان بين ذمي ومرتد فادعياه فالمرتد أولى؛ لأن ولده محكوم له بالإسلام، فصار كالمسلم.

٢٠٨٦ - فَصْل: [سبق أحد الشريكين في الدعوة]

قال: فإن سبق أحد الشريكين في الدعوة في الفصول المتقدمة، فالولد لمن كان منهما [أسبق] ^(١)؛ وذلك لأنه انفرد بالدعوى مع وجود الملك في الأم، فثبت النسب والاستيلاء، فلم تقبل دعوة الآخر، (وجه قول أبي يوسف: أن دعوة المولى في ولد جارية مكاتبه أقوى من دعوة الأب، فإذا لم يثبت الاستيلاء هناك، فهانئ أولى، والجواب أن المكاتب لا يثبت في ماله التبرع، فلو أثبتنا الاستيلاء لنقلنا الجارية والولد بقيمة الأم، وهذا تبرع بأحدهما فلا يصح، والولد يثبت في ماله التبرع، فجاز أن يثبت الاستيلاء فينتقل الشخصان بقيمة أحدهما، وكان أبو بكر الرازي يقول: لا شبهة للمولى في مال المكاتب، وإنما شبهته في رقبته، بدلالة أن كسب المكاتب الأداء بحاله ولا شبهة فيه وشبهة الأب في مال الابن.

٢٠٨٧ - فَصْل: [تتمة المسألة السابقة]

وعليه قيمتها موسراً كان أو معسراً؛ لأننا نقلناها إليه من مال الابن فلا يجوز نقل ملك الابن من غير عوض بغير حاجته ويستوي فيه اليسار والإعسار؛ لأنه ضمان نقل كالبيع.



(١) الزيادة من (أ).

٢٠٨٨ - فَصْل: [دعوة المولى في ولد جارية مكاتبه]

ولا يعتبر في ذلك تصديق الابن ، وقالوا في المولى إذا ادعى ولد جارية مكاتبه ، لم يثبت النسب إلا بتصديق المكاتب ، والفرق بينهما أن المولى منع نفسه بعقد المكاتبه من التعرض لاكتساب مكاتبه بغير إذنه ، وفي الدعوة استحقاق بعض كسبه ، فوقف ذلك على تصديق المكاتب ، فأما الأب فلم يعقد على نفسه عقداً منع به نفسه من التصرف في مال ولده ؛ فلذلك لم تقف دعوته على تصديقه ، وكان أبو بكر يفرق بينهما بالفرق الآخر: أنه لا شبهة للمولى في مال المكاتب ، وإنما شبهته في رقبته .

٢٠٨٩ - فَصْل: [تداخل القيمة والعقر في الجارية المشتركة]

ولا عقر على الأب لأنه غرم جميع القيمة ، وضمان العقر ضمان الجزء ، فإذا تعلق ضمان الكل بسبب واحد دخل الأقل في الأكثر ، كمن قطع يد رجل فمات ، وليس هذا كالجارية المشتركة إذا ادعى أحد الشريكين ولدها أنه يغرم نصف القيمة ونصف العقر ؛ لأن نصف القيمة [١/٢١٩] ضمان جزء ، والعقر ضمان جزء فلا يدخل أحدهما في الآخر .

٢٠٩٠ - فَصْل: [ضمان قيمة الولد]

ولا يضمن قيمة الولد ؛ لأننا نقلنا الجارية إليه بالعلوق ، فملكها حينئذٍ فصار العلق على ملكه ؛ وذلك لأن الولد في ذلك الوقت ما لا قيمة له .

٢٠٩١ - فَصْل: [الحرية والولاء في الولد]

والولد حر الأصل لا ولاء عليه ؛ لأنه لما ملك الأم بالعلوق صار العلق

على ملك الواطئ، فلا يثبت عليه، ولا يجب قيمة الجارية يوم العلق؛ لأنها انتقلت إليه في ذلك الوقت، فاعتبر قيمتها يوم العلق.

٢٠٩٢ - فَصْل: [ثبوت لاستيلاء ووجوب العقر]

وأما أبو يوسف إذا لم يثبت الاستيلاء أو جب العقر؛ لأن الوطاء التام لا يخلو عن حدٍ أو مهر، وقد سقط الحد للشبهة فبقي المهر، وإنما جعل أبو حنيفة ضمان المهر داخلاً في ضمان القيمة، فإذا أوجبت القيمة لم تجب المهر، وعند أبي يوسف: نفي العقر بحاله وعليه قيمة الولد؛ وذلك لأننا نقلناه إليه من ملك ولده، فلا بد من إيجاب القيمة، ويعتبر قيمته يوم ولد؛ لأن التمليك فيه لا يصح إلا بعد الولادة، فاعتبر قيمته يوم الولادة، قال: ولا يكون ولاؤه لأخيه؛ لأن النسب عنده لا يثبت إلا بغير النقل، فلا يعتق على الآخر لعدم ثبوت النسب وهو في ملكه، فلا يثبت له الولاء^(١).

٢٠٩٣ - فَصْل: [في رجلين اشترى زوجة أحدهما فجاءت بولد بعد شهر]

وروى ابن سماعة عن محمد: في رجلين اشترى زوجة أحدهما، فجاءت بولد بعد شهر، ثبت [نسبه من الزوج وإن لم يدعه، وعليه نصف قيمة الأم؛ وذلك لأنها مفتدة حين فسد نكاحها بالشراء، فيثبت] نسب ولدها بغير دعوة، ويضمن نصف قيمة [الأم]^(٢)؛ لأن الاستيلاء يسري فيها، ولا يضمن قيمة الولد؛ لأنه لم يعتق بفعله، وليس كذلك التي ليست بزوجة إذا اشترىها؛ لأن الولد إنما عتق بالدعوة، فهي كعتق موقع فتعلق به الضمان.

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٢) في (ب) (الآخر)، والمثبت من (أ).

٢٠٩٤ - فُصِّل: [ولد من جارية بين مكاتب وحر ، فادّعى المكاتب الولد]

قال في كتاب المكاتب من الأصل ، وكتاب الدعوى: إذا كانت بين مكاتب وحر جارية فجاءت بولد ، فادّعاه المكاتب وحده ضمن قيمتها ، وصارت أم ولد له ، وقال أبو يوسف: لا تكون أم ولد ، ونصيب الشريك بحاله يستخدمها يوماً والمكاتب يوماً ، فإن عجز المكاتب باعها .

وجه قولهما: أن المكاتب وإن لم يملك جاريته فهو فيها كالحر من وجه ، ألا ترى أنه لا يملك بيعها ما دام مكاتباً لحرمة الاستيلاء ، فصار كالحر ، فينتقل نصيب شريكه إليه .

لأبي يوسف: أن الاستيلاء لم يثبت في نصيبه ، بدلالة أنه إذا عجز باعها ، فلا يجوز أن يسري حق لم يثبت ، إلا أنه يجوز له بيع نصيبه ؛ لثبوت حق الاستيلاء فيه ؛ فتخدمه يوماً ويوماً لشريكه .

وهذا الذي قاله ليس بصحيح ؛ لأن الاستيلاء وإن لم يستقر في نصيبه فقد أفسد على شريكه نصيبه ، ألا ترى أنه لا يقدر على بيعه في قولهم ، فصار كالأستيلاء الثابت ، قال أبو يوسف: فإن أدى المكاتب صارت أم ولد له وضمن نصف قيمتها ؛ لأنه ملك نصيبه ، واستقر الاستيلاء فيه ، وسرى إلى نصيب شريكه^(١) .

٢٠٩٥ - فُصِّل: [النسب فيما إذا وطئ الأب جارية ابنه بنكاح]

(فإن وطئ الأب جارية ابنه بنكاح صحيح أو فاسد ، ثبت النسب منه وعتق

(١) انظر: الأصل: الأصل ٢٣٩/٥ .

على أخيه بالقرابة ، والأصل في هذا: أن الأب يجوز أن يتزوج عندنا بجارية ابنه ،
وقال الشافعي: لا يجوز .

لنا أن شبهة الأب في مال الابن إن منعت الأب من النكاح ، منعت الابن
من الوطاء ، كشبهة المولى في مال مكاتبه . وإذا صحَّ النكاح فجاءت بولد ثبت
نسبه بالفراش ولا يثبت الاستيلاد ؛ لأنه لا حاجة بالأب إلى ذلك ، ألا ترى أن
النسب يثبت بغيره إذا كانت بين مكاتب وحر فادَّعاه المكاتب وحده ، ضمن
نصف قيمتها وصارت أم ولد له (١) .

٢٠٩٦ - فَصْل : [دعوة أحد الأخوين ولد أمة اشترياه حاملاً]

قال ابن سماعة: لو اشترى أخوان أمةً حاملاً ، فجاءت بولد ، فادعاه
أحدهما ، فعليه نصف قيمة الولد ؛ وذلك لأنه عتق بالدعوة ، ولم يعتق على عمه
بالقرابة ، ألا ترى أن نسبه لم يتقدم الدعوة ، وإنما يسقط قيمة الولد عن الأب إذا
تقدمت القرابة ؛ لأنه يعتق على العم بالملك ، وهذا المعنى لم يوجد هاهنا ، فلزمه
ضمان القيمة (٢) .



(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

بَاب دعوة الأب ولد جارية ابنه



قال أبو الحسن: وإذا جاءت أمة الرجل بولد فادعاه أبوه، فهو ابنه ثابت النسب منه صدقه الابن أو كذبه، ادعى الأب شبهة أو لم يدع.

قال الشيخ رحمته الله: والأصل في هذا أن الأب إذا وطئ جارية الابن وهو يعلم بالتحريم أو لا يعلم، فلا حدَّ عليه؛ لأن له شبهة مِلكٍ فيها؛ بدلالة قوله رحمته الله: (أنت ومالك لأبيك) ^(١)، وأقل أحوال هذه الإضافة: أن تفيد شبهة المِلكِ، ولأنه قال رحمته الله: (إن أطيب ما أكل ^(٢) الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم) ^(٣)، وإذا أضيف مال الولد إلى الأب، فإن ^(٤) كسبه صار ذلك شبهة، وشبهة الملك كنفس الملك في حق إسقاط الحد، كما أن شبهة الملك في النكاح كنفس [النكاح] ^(٥)، ولأنه لو قتلها عمداً بغير شبهة لم يقتص منه فلم يجب بوطئه لها حد، كجارية نفسه، وإنما يستوي في ذلك دعوى الشبهة وغيرها؛ لأن الشبهة في نفس الموطوءة، والدعوى إنما يحتاج إليها إذا كانت الشبهة في الفعل.

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ١٧٩/٢؛ وابن حبان في صحيحه، ٧٥/١٠؛ وابن ماجه في السنن (٢٢٩١)؛ والبيهقي في الكبرى، ٤٨٠/٧.

(٢) في (أ): ما يأكل

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩٢)؛ والبيهقي في الكبرى، ٤٨٠/٧.

(٤) في (أ): بأنه

(٥) في (ب) (الملك)، والمثبت من (أ).

٢٠٩٧ - فَصْل: [شبهة الملك في ثبوت النسب]

ويثبت النسب إذا كانت في ملك الابن من وقت العلوق إلى حين الدعوة؛ وذلك لما بينا أن له شبهة ملك فيها، وشبهة الملك كالمملك في ثبوت النسب، كما أن شبهة النكاح كالنكاح، ألا ترى أن كل واحد من الملك والنكاح سبب، في ثبوت النسب فإذا كانت شبهة في أحدهما فكذلك في الآخر.

٢٠٩٨ - فَصْل: [هل الاستيلاء يثبت النسب؟]

[١/٢٢٠] وتكون الجارية أم ولد له، وروى عن أبي يوسف وهو^(١) الذي استقر عليه آخر قوله إن الاستيلاء لا يثبت.

لنا: أن الأب محتاج إلى نقل الجارية إلى نفسه ليثبت نسب ولدها منه، وما يحتاج الأب إليه من مال ابنه كان له أخذه بغير رضاه كمقدار طعامه وشرابه وكسوته، ولأن الأب كان يملك نقل هذه الجارية إلى نفسه للاستيلاء في حال صغر الولد، وحق الاستيلاء لا يفسخ، فلم ينزل ملكه عن ذلك بالبلوغ.

وجه قول أبي يوسف: أن دعوة ما لا حاجة بالأب إليه من مال الابن، لا يثبت حقه فيه، ويعتق على أخيه؛ لأن نسبه ثابت في حال ملك الابن، ومن ملك أخاه عتق عليه وكان ولاؤه له.

٢٠٩٩ - فَصْل: [الاستيلاء حرمة متعلقة بالنسب]

قال: وإن ملك الأب الجارية صارت أم ولد له، والأصل في هذا: إن وطئ جاريته بنكاح أو شبهة فثبت نسب ولدها منه ثم ملكها، صارت أم ولد له، وقال

(١) في (أ): أن الذي

الشافعي: لا يثبت الاستيلاء.

لنا: أن الاستيلاء حرمة متعلقة بالنسب، وحكم النسب يجوز أن يثبت في ملك الغير، فإذا ملك استقر كمن ادعى نسب عبد غيره، وكذلك حرمة الاستيلاء، ويجوز أن يثبت في ملك الغير ويستقر بالملك، ولأن نسب ولد مملوكته ثابت منه، فيثبت لها الاستيلاء كما لو علفت في ملكه.

٢١٠٠ - فصل: [ثبوت نسب الأب من أم ولدٍ للابن]

قال: فإن كانت الجارية أم ولد للابن أو مدبرة فجاءت بولد فادّعاه، وقد نفى الابن ولد أم الولد، فإن النسب لا يثبت من الأب في رواية محمد في كتاب الدعوى وغيره، إذا كانت الأمة في حال لا تنتقل إلى الأب بالقيمة فالدعوة باطلة، ويضمن الأب العقر، وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد؛ لأن من أصلهما: أن النسب يثبت بانتقال الأم إليه عند العلق، فإن كانت بصفة لا تنتقل بعد ثبوت النسب لتعذر نسبه.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن نسب ولد المدبرة يثبت، وعلى الأب قيمته مدبراً وعليه العقر، وهو مولى لأخيه، ولا يثبت نسب ولد أم ولده وإن نفاه الابن، وهذا صحيح على أصله: أن ثبوت النسب لا يقف على ثبوت الاستيلاء، فتعذر ذلك في المدبرة لا يمنع ثبوت نسب ولدها وعليه العقر؛ لأنه يسقط الحد بوطئها فوجب المهر، وعليه قيمة الولد مدبراً؛ لأننا نقلناه إليه من ملك الابن فلا ينتقل إلا بعوض، ويضمن قيمته مدبراً؛ لأنه أتلفه عليه ناقصاً بالتدبير، فيضمن قيمته مع النقصان، قال: وولاه لأخيه؛ لأن ولاء أولاد المدبر ثابت من المولى، فالتدبير والولاء لا يلحقه الفسخ، وأما ولد أم ولده فقد حدث

على فراش الابن ، وذلك يمنع من ثبوت نسبه من غيره وإن انتفى عنه ، كولد الزوجة إذا انتفى باللعان ، لم يثبت من غير الملاعن .

٢١٠١ - فَصْل : [تصديق الابن الأب في ولد المدبرة وأم الولد]

قال: فإن صدق الابن الأب في ولد المدبرة وأم الولد ، وقد كان نفاه ثبت النسب من الأب وعتق ، وولاه للابن ، وهذا تفریع على قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن أبا يوسف لا يحتاج إلى التصديق في ولد المدبرة ، وإنما يثبت عندهما بالتصديق ؛ لأنه على ملك الابن فهو كعبد الأجنبي إذا ادعاه رجل فصدقه مولاه ، ثبت النسب ويعتق بتصديق الابن ؛ لأنه اعترف أنه ملك أخاه ، وولاه للابن ؛ لما بينا أن الولاء لا ينتقل .

٢١٠٢ - فَصْل : [ثبوت النسب في انتقال الملك]

فإن ادَّعى ولد مكاتبه لابنه ، لم يجز الدعوة في قولهم جميعاً ؛ وذلك لأنه لا يملك النقل فيهما ومن أصل أبي حنيفة ومحمد: أن ثبوت النسب موقوف على انتقال الملك في الأم ، قال: فإن عجزت فقوله مثل قولهما إذا ادَّعى ولد الأمة ؛ لأن النقل ممكن فكأن الكتابة لم تكن .

٢١٠٣ - فَصْل : [دعوة الأب بالولد بعد خروج الجارية من ملك الابن]

وإن خرجت الجارية عن ملك الابن ثم جاءت بولد بعد ذلك بيوم فادعاه الأب ، فدعواه باطلة ؛ وذلك لأن ثبوت النسب موقوف على بقاء ولايته في مال ابنه ، وقد زال ذلك بزوال ملك الابن ، ولأن الابن لو ادعى ولد هذه ثبت منه بحق ملكه ، فلا يثبت لأبيه بالشبهة في ماله كما لو بيعت داره وابنه شفيعها لم

يثبت للأب أخذها بالشفعة ؛ لثبوت حقه في مال الابن ، وإن ثبت ذلك للابن قال: وكذلك إن كان العلق في ملك الأجنبي ثم اشتراها الابن فولدت في ملكه فادعاه الأب ، فإن ذلك لا يجوز ، وكذلك لو علقت في ملك الابن ثم باعها ثم اشتراها الأب ، فولدت في ملكه فادعاه الابن ، فإن ذلك لا يجوز ، وكذلك لو علقت ، ولا تجوز الدعوة حتى تكون الجارية من حين حملت إلى حين وضعت في ملك الابن ، ويكون الأب ممن له ولاية على الابن من حين علقت إلى حين ادّعى ؛ وذلك لأن النسب يثبت في حال الدعوة ويستند إلى حال العلق ، فلا بد من اعتبار الطرفين وما بينهما ، وإذا كان في حال من الأحوال لا ملك للولد أو لا ولاية للأب ، لم يمكن أن يستند الدعوة فسقطت ، فيدخل في هذا الأصل إذا كان الأب كافراً وأسلم أو عبداً فأعتق ، فأما إذا كان معتوهاً فأفاق فالقياس أن لا يجوز دعوته ؛ لأن ولايته زالت بالجنون في حال من أحوال العلق ، فهو كعدم ولايته بالرق والكفر ، إلا أنهم استحسنا فقالوا: يجوز دعوته ؛ وذلك لأن المجنون بصفة من يثبت له الولاية [١/٢٢١] وإنما لا يتعلق بقوله حكم ، فإذا أفاق صار كالصحيح إذا أفاق من الإغماء .

٢١٠٤ - فصل : [دعوة الأب المرتد ولد جارية ابنه]

فإن ارتد الأب وادّعى ولد جارية ابنه ، فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة ، فإن أسلم جازت ، وإن قتل على رده بطلت ؛ وذلك لأن تصرفه موقوف عنده في أملاكه ، يصح بإسلامه ؛ فلأن يقف تصرفه فيما له فيه بشبهة ملك أولى ، وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فيجوز دعوته ؛ لأن تصرف المرتد عندهما كتصرف المسلم . وهذا الخلاف قد ذكره في جامع الكبير .

٢١٠٥ - فِصْل: [دعوة الأب ولد جارية ابنه مع اختلاف الدين]

وقد قال محمد في إملاء الكيسانى: لو كان الجد نصرانياً وأم الابن مسلمة لم تجز دعوة الأب ولد جارية ابن ابنه، وإن ادعاه الجد والأب فالأب أولى؛ وذلك لأن المسلم يثبت له ولاية على ابنه النصراني، وبقاء ولاية الابن يمنع من دعوة الجد، فإذا ادعى كانت دعوة الأب أولى.

٢١٠٦ - فِصْل: [دعوة الأب ولد جارية ابنه الميتة]

قال ونظير ما تقدم ما قال محمد في نوادره: أن الأب إذا ادعى ولد جارية ابنه الميتة ثبت نسبه، وضمن قيمة الأم؛ وذلك لأن النسب ثبت من حين العلوق، والنقل ممكن في ذلك الحال، فيثبت النسب وصار كأن الميتة على ملكه.

٢١٠٧ - فِصْل: [دعوى الجد في ولد أمة حفيده]

قال: ودعوى الأب والجد ولد أمة ابن ابنه بمنزلة دعوى الأب؛ وذلك؛ لأن الجد له شبهة ملك في مال ابن ابنه، ألا ترى أنه لا يجب القصاص لقتلها ولا الحد بوطئها، وقد قالوا إن من شرط هذه الدعوة أن يكون الأب ميتاً قبل العلوق، أو يكون حياً ممن لا ولاية له من وقت العلوق إلى حين الدعوة، فإن ثبت للأب ولاية في شيء من هذه المدة، لم يجز دعوة الجد، أما مع بقاء ولاية الأب فدعوة الجد غير مقبولة؛ لأنه لا ولاية له في مال الابن فهو كالأجنبي، وإذا مات الأب فالولاية للجد وصار كالأب، وكذلك إن كان الأب حياً لا ولاية له مثل الكافر والعبد والمكاتب؛ لأن الولاية هاهنا للجد فصحت دعوته، فإن أسلم الذمي أو عتق المكاتب أو العبد قبل الدعوة لم تقبل؛ لأن ولاية الجد سقطت في حال من أحوال العلوق، وكذلك إن كان الأب معتوهاً من حين العلوق إلى حين

الدعوة فدعوة الجد مقبولة ؛ لما بينا ، فإن أفاق المعتوه ثم ادعى الجد فدعوته باطلة ؛ لما بينا أن ولاية الجد إذا سقطت لم تقبل دعوته .

٢١٠٨ - فَصَّلْ : [دعوة الجد ولد الجارية حفيده مع كون أبيه مرتداً]

وإن كان الجد والابن مسلمين والأب مرتد ، فإن محمداً قال في الجامع الكبير: إن دعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة ، فإن قُتِلَ الأب على رده أو مات صَحَّتْ ، وإن أسلم بطلت ؛ لأن ولاية المرتد عنده موقوفة كتصرفه ، فأما على أصلهما: فدعوة الجد باطلة ؛ لأن تصرف المرتد غير موقوف فحكم ولايته باقٍ .

٢١٠٩ - فَصَّلْ : [جارية بين الأب وابنه فجاءت بولد فادَّعِيَاهُ]

قال: فإن كانت جارية بين الابن وبين أبيه ، فجاءت بولد فادعياه ، فهو ابن الأب دون الابن استحساناً ، ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها ، ويضمن الأب نصف العقر ، فيكون قصاصاً ، وكذلك إن ادعاه الأب وحده ، فإنه يضمن نصف قيمتها ونصف عقرها .

وقال زفر: إذا ادعاه الأب والابن فهو ابنيهما ، وجه قولهم: إن دعوة الأب مقبولة في نصيبه وله شبهة ملك في النصف الآخر ، ودعوة الابن مقبولة في نصيبه ولا شبهة له في النصيب الآخر ، فصارت دعوة الأب أقوى لنفوذها في النصيبين ، فكانت أولى .

وجه قول زفر: أن دعوته لشبهة الملك ساقطة مع دعوة الملك ، ألا ترى أن الأب لو ادعى ولد جارية الابن فادعاه الابن ودعوتها معاً ، كانت دعوة الابن أولى ، فإذا سقطت دعوته في نصيب ابنه ، صاراً كالأجنبيين المشتركين في

الجارية إذا ادعى نسب ولدها ثبت النسب منهما، وإذا ثبت هذا، قال أصحابنا: يضمن نصف قيمة الجارية؛ لأنها انتقلت إليه، ألا ترى أن الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه، ويضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر؛ لأنه اعترف بوطنها فيصير أحد الأمرين قصاصاً بالآخر.

٢١١٠ - فصل: [دعوة الابن والأب والجد ولد جارية بينهم]

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف يقول في رجل وطئ جارية بين رجل وبين ابنه وجدّه، فجاءت بولد فادّعوه كلهم، قال: الجد أولى ويضمن ثلثي قيمتها لصاحبه وثلثي عقرها؛ وذلك لأن دعوة الجد مقبولة في نصيبه ونصيب ابنه، ودعوة الأب غير مقبولة في نصيب الجد، وكذلك دعوة ابن الابن والأجنبي، فكان الجد أولى ويضمن ثلثي قيمتها؛ لأنها انتقلت إليه بالدعوة، ألا ترى أن حق الاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه، قال: فإن صدقهما أنهما وطئها فعليهما مهر تام ولا يقربها؛ وذلك لأننا نقلناها إليه بالعلوق وقد وطئها، وهي أم ولده ولا يقربها؛ لأنها حرمت عليه بوطنه ابنه، وإن لم يصدقهما على الوطء فلا شيء عليهما في المهر؛ لأنه أبرأهما من الضمان حين كذبهما في الاعتراف، ولا يحل له قربانها؛ لأنهما ادعىا وطئها وهي على ملك الابن، ومن اعترف بالوطء في ملكه حرمت على أبيه إن كذبه في الوطء؛ لأنه اعترف بما يملك، وليس كذلك إذا ادعى الابن أنه وطئ جارية لا يملكها، وكذبه أبوه في ذلك أنها لا تحرم عليه؛ لأن الابن لم يعترف بما يملك، فلم يصدق في التحريم على الأب إلا أن يصدق الأب^(١).

(١) انظر: الأصل ١٤٧/٥ وما بعدها.

بَاب

الأمّة تكون بين رجلين فيقرُّ أحدهما أنها أم ولد لصاحبه



قال أبو الحسن: إذا كانت الأمّة بين رجلين فأقر أحدهما أنها أم ولد لصاحبه، فإن أبا حنيفة قال: يبطل حق الشاهد في رقبتها معسراً [المشهود عليه] (١) كان أو موسراً، وتخدم المشهود عليه يوماً، ويرفع عنها يوماً، فإن مات المشهود عليه سعت لورثته، [١/٢٢٢] وكانت في حال السعاية كالمكاتبة، فإن أدت عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه «والنصف لبيت المال، وهو قول أبي يوسف الأول، وقال محمد: تسعى السعاية في نصف قيمتها للمشهود عليه» (٢) وهي حرة إذا أدت.

قال الشيخ رحمته: ذكر محمد رجوع أبي يوسف في الأصل إلى قول أبي حنيفة، وذكر في الجامع الصغير قوله وقول أبي حنيفة ولم يحك عن أبي يوسف شيئاً. قال ابن سماعة عن محمد: قول أبي يوسف الأول أحب إلي.

وجه قولهما: أن المقر قد أبرأ الأمّة من الضمان وأدّعى على شريكه؛ لأن الاستيلاء لا يتبعض، ويجب على الشريك فيه الضمان في حال اليسار والإعسار، فلم يجوز أن تستسعى الأمّة مع إبرائه لها، ولا ضمان عليه؛ لأنه ادعى حق الجارية (٣) من جهة غيره، وليس للمشهود عليه أن يستسعي؛ وذلك لأنه يزعم

(١) الزيادة من (أ).

(٢) في (أ): بين قوسين غير موجود

(٣) في (أ): الحرية

أن الرقبة لم تثبت فيها حرية ولا حق حرية ، ولا تجوز السعاية إلا بالتراضي ؛ لأن بيع هذه الأمة متعذر ؛ لأن الشاهد اعترف بأنها أم ولد له وعلى ملكه في الظاهر ، فنفذ اعترافه في حقه ، ولم ينفذ في حق شريكه ، فيستخدمها يوماً شريكه كما كان قبل الشهادة ، ويترك يوماً ؛ لأن الشاهد أسقط حقه عن هذا اليوم ، وزعم أنه لشريكه ، فلم يقبل شريكه الاعتراف فيه .

قال : فأما إذا مات المشهود عليه ففي زعم الشاهد أنها عتقت بموته ، والأمة المشتركة إذا ادعى أحد الشريكين على شريكه العتق ، كان للمدعى عليه السعاية ، وكذلك سعت لورثة الميت في نصف قيمتها ، ويثبت [للميت] نصف الولاء ؛ [وذلك] لأنها عتقت على ملكه ^(١) فوقف نصف الولاء ؛ لأن الشاهد اعترف به للمشهود عليه ، فردّ إقراره ، ومن لا ولاء عليه معروف فهو لبيت المال .

وجه قول محمد : أن الشاهد أفسد على المشهود عليه ملكه بالاعتراف ، وتعذر التضمين ، فكان للمشهود عليه السعاية كما لو أعتق الشاهد وهو معسر ، فإذا أدت عتقت ؛ لأن في زعم الشاهد أنها أم ولد للمشهود عليه ، وأم الولد إذا أعتق جزء منها عتقت ؛ وذلك لأنها صارت في يد نفسها بالحرية ، فزال الملك عنها بغير عوض ، كما لو مات المولى .

٢١١١ - فَصَّل : [جارية بين شريكين فجاءت بولد فادعى أحدهما بُنُوته]

قال : فإن جاءت بولد فقال أحدهما : هو ابن الشريك ، [وأنكر الشريك] ^(٢) ، فالجواب في الأم كذلك ، فأما الولد فيعتق ويسعى في نصف قيمته للمشهود

(١) في (أ) : نصفه

(٢) الزيادة من (أ) .

عليه ؛ لأن الشاهد اعترف بالحرية^(١) من جهة شريكه ، وأحد الشريكين إذا ادعى على شريكه الحرية سعى العبد للمشهود عليه ، ولا يسعى في مسألتنا للشاهد ؛ لأنه يزعم أنه [حرّ]^(٢) الأصل وأنه لا سعاية له عليه .

٢١١٢ . فصل : [جارية بين شريكين فادّعى أحدهما أن شريكه دبّرها]

ونظير هذه المسألة ما روى بشر عن أبي يوسف في جارية بين شريكين ادّعى أحدهما: أن شريكه دبّرها وأنكر الشريك ، فإن أبا حنيفة قال: الشاهد بالخيار: إن [شاء] دبّر يخدمه يوماً والآخر يوماً ، وإن شاء أمسك ولم يدبر بخدمته يوماً ، وإن شاء استسعاها في نصف قيمتها ، فسعت له يوماً وخدمت الآخر يوماً ، فإذا أدت فعتقت سعت للآخر ، وكان قول أبي يوسف في ذلك أنها كأم الولد ثم رجع ، فقال: توقف ، كما قال أبو حنيفة [إلا]^(٣) في تبعض التدبير .

وقال [محمد]^(٤): تسعى [الساعة] للشاهد .

لأبي حنيفة: أنه لما شهد على شريكه بالتدبير [فقد] ادعى عليه الضمان ، فلم تقبل دعواه ، ولم يبرئها من السعاية ؛ لأن نصيبه في زعمه كان على ملكه ، فكذلك أن يستسعيه ، وليس كذلك المسألة الأولى ؛ لأن الاستيلاء لا يتبعض ، ففي زعم الشاهد أن نصيبه انتقل إلى شريكه ولا يستسعيه ، فإن شاء دبّر ؛ لأن نصيبه على ملكه ، وإن شاء أمسكها ؛ لأن التدبير لو علم في نصيب الشريك ، لم يجب عليه إخراج نصيبه إلى الحرية .

(١) في (أ) (بحرية الولد) .

(٢) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (حق) .

(٣) الزيادة من (أ) .

(٤) الزيادة من (أ) .

فأما إذا استسعاها فإنما يستسعيها يوماً ويتركها يوماً؛ لأنه لا يملك جميع منافعها فكان له أن يستسعي مقدار حقه، فإن أدت إليه عتق نصيبه وتعذر تضمينه، فكان للمشهود عليه أن يستسعي.

وأما أبو يوسف فالتدبير عنده لا يتبعض، فإن كان المشهود عليه موسراً فقد أبرأ الشاهد الأمة من السعاية، وقال في هذه المسألة على قوله الآخر كما قال أبو حنيفة في مسألة الاستيلاد.

وأما محمد: وإن كان من أصله أن التدبير لا يتبعض إلا أنه يقول: إن الشاهد أفسد على المشهود عليه نصيبه بشهادته، فتعذر تضمينه، فسعت.

٢١١٣ - فَصْل: [شهادة كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إن شهد كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير، أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد، فلا سبيل لكل واحد منهما على صاحبه ولا على الأمة، موسرين كانا أو معسرين؛ وذلك لأن كل واحد منهما ادَّعى حق الحرية من جهة غيره، وأبرأ الأمة من السعاية، وادَّعى الضمان على شريكه (وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فأما محمد فوافق أبا حنيفة في هذا الفصل؛ لأن كل واحد من الشريكين هاهنا أبرأ الأمة من السعاية، وادَّعى الضمان على شريكه)^(١).

٢١١٤ - فَصْل: [عبد بين رجلين فقال أحدهما: هذا ابني وابنك فصدقه الآخر]

وروى مُعَلَّى عن أبي يوسف: في عبد بين رجلين، فقال أحدهما للآخر:

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

هذا ابني وابنك ، أو ابنك وابني ، فقال الآخر: صدقت ، فهو ابن المُقَرَّر خاصةً دون المُصَدِّق ، وكذلك قال محمد في الزيادات: في صَبِيٍّ لا يعقل في يدي رُجلين ، فقال أحدهما للآخر: هو ابني وابنك ؛ وذلك لأن النسب يثبت منه بقوله هو ابني ؛ لأن من اعترف بالنسب في ملكه ثبت ، فلما صدقه الآخر بعد ثبوت النسب لم ينتقل .

قال محمد: لو قال هذا ابنك وسكت ، فلم يصدقه صاحبه حتى قال: هو ابني [معك ، فهو موقوف ، فإن قال صاحبه: هو ابني] ^(١) دونك فهو كما قال ^(٢) ؛ لأنه لما أقرَّ [له] بالنسب ابتداءً وسكت ، استقرَّ الإقرار ، فوقف على التصديق ، فاعترافه من بعد ذلك إسقاط [١/٢٢٣] للإقرار ، فلا يقبل إذا انضم إلى الإقرار التصديق ، قال فإن قال: المقر له: ليس بابني ولكن ابنك ، أو قال: ليس بابني ولا ابنك ، أو قال: ليس بابني وسكت ، فليس بابن واحد منهما في قياس قول أبي حنيفة .

وقال محمد: إن صدقه فهو ابن المقر له ، وإن كذبه فهو ابن المقر ، فإن قال [المقر] له: هو ابني وابنك ، فهو ابن للثاني في قول أبي حنيفة ومحمد ، وهذا فرع على اختلافهم فيمن أقر بعبده أنه ابن فلان ، وكذبه المقر له ، وادعاه المولى . قال أبو حنيفة: لا يقبل ؛ لأن إقراره الأول اقتضى ثبوت النسب من المقر له ، وزعم أن ذلك لا يفسخ بالتكذيب ؛ لأن النسب إذا ثبت لا يلحقه الفسخ ، فإذا ادعى المقر نسباً في زعمه أنه ثابت من غيره ، لم تقبل .

(١) الزيادة من (أ) .

(٢) في (أ) (معك) .

وقال أبو يوسف ومحمد: إن الإقرار إذا رَدَّ المقر له ، بطل فصار كالأموال ، وإذا بطل الإقرار جاز أن يدعيه لنفسه ، [قال محمد: فإن كان هذا الغلام يعقل ، فالمرجع إلى تصديقه ؛ لأنه في يد نفسه] ^(١) وهو حر ، فلا يقبل دعوى النسب عليه إلا بقوله ، قال: وإن كان ابن أمة ولدته في ملكها ، فالجواب كالأول في النسب ، يعني: أن على قول أبي حنيفة: لا يثبت من المقر بعد اعترافه به لشريكه ، وعلى قولهما: يثبت هذا [بعد الرد] ^(٢) ، قال: والأم أم ولد لمن ثبت النسب منه ؛ لأن الاستيلاء يتبع النسب .

٢١١٥ - فصل: [جارية بين رجلين ، فادعى أحدهما أن ولدها ابنه والآخر أنها ابنته]

ومن هذا النوع إذا اشترى رجلان جارية ، فجاءت بولد في ملكهما لستة أشهر فصاعداً ، أو ادعى أحدهما أن الولد ابنه ، وادعى الآخر أن الجارية بنته ، فلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد: أن الدعوة دعوة من يدعي الولد ، وأن المدعي ^(٣) للأم دعوته باطلة ، وهذا إذا ادعيا معاً ؛ لأن مدعي الولد دعوته دعوة استيلاء ، فيستند إلى حال العلوق ، ومدعي الأم ^(٤) دعوته دعوة ملك ، فيثبت في الحال ولا يستند ، فكان مدعي الولد تقدم في الدعوة ، فيثبت نسب الولد منه ، وينتقل نصيب شريكه من الأم إليه ، فلا يقبل دعوة الشريك فيما لا يملك .

قال محمد: ويضمن مدعي الولد نصف قيمة الأم ونصف عقرها في الجامع الكبير ، هذا قياس قول أبي حنيفة ، وذكر عن أبي يوسف في الجامع مثله ، وهي

(١) الزيادة من (أ) .

(٢) الزيادة من (أ) .

(٣) دعوى مدعي الأم باطل .

(٤) في (أ) (الأمة) .

رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الدعوى من الإملاء ، وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: لا شيء على مدعي الولد من قيمة الأم ولا من العقر ، ولا شيء له أيضاً على مدعي الأم ، فإن أكذب مدعي الأم نفسه فله نصف قيمة الأم ، ونصف عقرها على مدعي الولد .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد - وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف - : أن مدعي الأم قد أكذبه في دعواه وأبطلناها حين نقلنا ملكه في الأم إلى مدعي الولد ، وصيرناها أم ولد له ، وإذا بطلت دعواه صار كأنها لم تكن ، فوجب له ضمان نصف القيمة .

وجه قول أبي يوسف قال أبو الحسن وهو الأقيس : إن مُدَّعي الأم يزعم أنها حرة الأصل ، فلا يثبت له التضمين مع اعترافه ، فإن رجع عن دعواه وأكذب نفسه ، ثبت له حق الضمان الذي اعترف به لشريكه .

٢١١٦ - فَصْل : [من مسائل دعوى الولد]

ومن مسائل دعوى الولد : إذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف ، فادعاه المولى ثبت نسبه منه ، صدقته أو كذبتة ؛ وذلك لأنها باقية على ملكه ، ودعوة المولى ولد أمته لا يقف على التصديق ، وعتق الولد ؛ لأن نسبه ثابت من المولى ، ولا ضمان عليه فيه ؛ لأن غرض المكاتبه بالكتابة عتقها وعتق أولادها ، فإذا أثبتنا^(١) لها الغرض ، لم يثبت لها ضماناً ، وإذا جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ كاتبها ، فعليه العقر ؛ لأنه وطئها في الكتابة ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا عقر عليه ؛ لأنه وطئها قبل الكتابة ، والمكاتبه بالخيار : إن

(١) في (أ) : سلم .

شاءت مضت على كتابتها ، وإن شاءت عجزت ؛ لأن الحرية ثبتت لها من أحد الوجهين ، ولها غرض في كل واحد منهما: [أما الكتابة تعجل لها الحرية ، وأما الاستيلاء يسقط عنها السعاية] ^(١) ، فكان لها أن تختار أيهما شاءت .

٢١١٧ - فصل: [دعوة المولى ولد جارية المكاتب]

وإن ادعى المولى ولد جارية المكاتب وقد علقت به في ملك المكاتب ، فإنه يرجع إلى تصديق المكاتب ، فإن كذب المولى لم تصدق الجارية ^(٢) وكانت وولدها مملوكين ، وإن صدقه كان الولد ابن المولى ، وعليه قيمته يوم ولد ، ذكر [ذلك] محمد في الزيادات ولم يحك خلافاً ، وكذلك قال في الدعوى إلا أنه قال: استحسَن ذلك إذا كان الحبل في ملك المكاتب .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: أن المولى يصدق بغير تصديق .

أما وجه القياس: في أنه لا يعتق (وهو قول أبي يوسف) ^(٣) أن ما في يد المكاتب كملك الأجنبي ، بدلالة أن المولى لا سبيل له عليه فلا يقبل قوله فيه ؛ ولأنه إذا لم يقبل قوله بغير تصديق ، لم يقبل وإن صدقه ؛ لأن المكاتب لا يملك الحرية ، فلا يملك التصديق لها ، وإنما وقعت الدعوى على التصديق ؛ لما بينا أن المولى عقد على نفسه عقداً منع به نفسه من التعرض لمال المكاتب إلا برضاه ، ولا يثبت الاستيلاء لما قدمناه: أن الاستيلاء لو ثبت لنقلنا الأمة ، والولد بقيمة

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من (أ) .

(٢) في (أ): لم يصدق المولى .

(٣) ساقطة من (أ) .



الأمة وهذا تبرع فلا يثبت في مال^(١) المكاتب، وإنما^(٢) استحسنا في ثبوت النسب في الحرية؛ لأنها علقت على حكم ملكه كجارية ابنه.

وجه قول أبي يوسف: أن حق المولى في جارية مكاتبه أقوى من حقه في جارية ابنه، فإذا ثبت النسب في جارية الابن بغير تصديق، فهذا أولى.

قال محمد في الزيادات: وإن اشترى المكاتب أمة حاملاً وادّعى مولاه ولدها، أو اشترى عبداً صغيراً فادعاه، لم تجز دعوته، وإن صدقه المكاتب ثبت نسبه ولم يعتق؛ وذلك لأنها لم تعلق به على حكم ملك المولى، وعتقه فيه كعتق موقع وهو لا يملك العتاق إلا أن النسب يثبت؛ لأن من ادعى ولد أمة أجنبي، فصدقه مولاه يثبت النسب، فهانئ أولى^(٣).



(١) في (أ) (ملك).

(٢) في (أ) (ولهذا).

(٣) انظر: الأصل ٢٢٧/٥.

باب ملك ذي الرّحم المخرّم

قال أصحابنا جميعاً: إذا ملك الرجل أو المرأة ذا رّحم [١/٢٢٥] مُخرّم منه عتق عليه صغيراً كان المالك أو كبيراً، صحيح العقل أو مجنوناً. [وقال نفاة القياس: إذا ملكهم لم يعتقوا إلا بإعتاقه]. وقال الشافعي: لا يعتق بالملك إلا من له ولاء.

ولنا: ما روى الحسن عن سمرة رفعه إلى النبي ﷺ فقال: (من ملك ذا رّحم مخرّم منه فهو حر) (١)، وروى: وروى ابن عباس قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع، فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه، فقال له: (إن الله تعالى قد أعتقه) (٢) وهذا دليل على الشافعي ونفاة القياس.

وروى أبو حنيفة عن سلمة بن كهيل عن المستورد بن الأحنف أن رجلاً قال لابن مسعود: إن عمي زوجني وليدته، وإنها ولدت لي بنتاً، وإنه يريد أن يبيع ابنتي؟ فقال: كذب، ليس له ذلك (٣).

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٥٠)؛ والترمذي (١٣٦٥) وله فيه أقوال؛ والنسائي في الكبرى (٤٩٠٣)؛ وابن ماجه (٢٥٢٤)؛ والحاكم في المستدرک ٢/٢٣٣ وصححه.

(٢) أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح، ٦/٥١٥؛ وابن حجر في الإصابة وقال: «إسناده ضعيف جداً». ٤٠٣/٣.

(٣) أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح، ٦/٥١٥.

وروى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عمر قال: مَنْ ملك ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من نسب فهو عتيق^(١)، ولأن ولده في حكم جزء من أجزائه فكما لا يستقر ملكه على نفسه فكذلك على ولده، وعلى الشافعي أنه ذو رَحِمٍ محرم من جهة النسب كمن له ولاء.

وأما حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه»^(٢) فمعناه فيعتق عليه بالشراء، فأضاف العتق إليه؛ لأنه فعل بسببه بدلالة حديث سمرة.

٢١١٨ - فَصْلٌ: [صفة ذي الرحم المحرم]

وأما صفة ذي الرحم المحرم: فهو كل من حرم نكاحه على التأييد لأجل النسب؛ وإنما يعتق لأن قرابته قد كملت، فوجب صلة الرحم الكامل بالحرية، فأما المَحْرَمُ بلا رَحِمٍ مثل: من ملك زوجة ابنه، أو امرأة أبيه، أو أم امرأته، فلا تعتق؛ لأن العتق صلة الرحم، ولا رحم بينهما.

وأما الرحم بلا محرم مثل: بنت العم، وبنت الخال، وبنت العممة والخالة، فلا يعتقن؛ لأن جهة القرابة لم تكمل فيهم، ألا ترى أنه يجوز مناكحتهم كالأجانب، وإنما استوى في ذلك الرجل والمرأة؛ لأن صلة الرحم تجب عليهما، وكذلك الصغير والمجنون؛ لأن الأحكام المتعلقة بصلة الرحم تثبت في حقهم كالنفقة، ولا يقال إنهم لا يملكون العتق؛ لأن الإعتاق قول، وقولهما لا يتعلق به حكم، وفي مسألتنا يقع العتق حكماً لوجود الملك، فلا يقف على القول.

(١) في (أ) (فقد عتق).

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٠) وغيره.

٢١١٩ - فَصْل: [عتق ذي الرحم المحرم متعلق بالملك]

قال: وبأي وجه ملكهم عتقوا حين ملكهم؛ لأن العتق متعلق بالملك وهو موجود وإن اختلفت أسبابه، قال: وولاء المعتق لمن عتق عليه؛ وذلك لأن العتق وقع في ملكه، فثبت الولاء منه كما لو أعتقه.

٢١٢٠ - فَصْل: [عتق أهل الذمة بصلة الرحم الكامل]

قال: وأهل الذمة وأهل الإسلام في ذلك سواء؛ وذلك لأن الذمي يلزمه صلة الرحم الكامل كالمسلم، ولأن إعتاقه يَصِحُّ، فكذلك يقع عتقه من حيث الحكم^(١).

٢١٢١ - فَصْل: [حربي أعتق عبداً حربياً بدار الحرب]

وقد قالوا: في حربيّ إذا أعتق عبداً حربياً في دار الحرب، لم يعتق عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف في الأصل: العتق واقع، وكان أصحابنا يقولون: المراد بذلك أن الولاء لا يثبت، وأما العتق فيقع في قولهم، وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة في هذه المسألة: أن للعبد أن يوالي من شاء، ولا يكون ولاؤه للمعتق، قال: وقال أبو يوسف: أستحسن أن يكون ولاؤه للمعتق، والظاهر من الرواية: أن العتق لا يقع عند أبي حنيفة ومحمد.

وجه ذلك: أن الحربي ليس له ملك صحيح؛ بدلالة أن من أخذ ما في يده يملكه، وإن أتلّفه لم يضمّنه، فصار [ذلك] أدون من ملك المكاتب، فإذا لم يملك المكاتب العتق فالحربي أولى؛ ولأن العتق لو وقع لوقع [مع] وجود ما

(١) انظر: الأصل ٦٧/٥ وما بعدها.

ينافيه ، ألا ترى أنه يغلب عليه فيملك ، والشيء^(١) لا يقع مع وجود ما ينافيه ، وليس كذلك إذا أعتق عبداً مسلماً ؛ لأنه لا يعتق بإعتاقه وإنما تزول يده عنه ، فيصير غانماً لرقبته على مولاه ، وليس هناك ما ينافي العتق ، ألا ترى أنه لا يجوز أن لا يسترق ، ولا يلزم إذا أعتق المسلم عبداً حربياً في دار الحرب ؛ لأنه لا يعتق بإعتاقه أيضاً ؛ لوجود ما ينافي عتقه ، ولا يلزم المستأمن لأن ملكه يصح في دار الإسلام فيصير كالذمي ؛ ولأنه لا يقدر على استرقاقه ، فلا يوجد ما ينافي عتقه .

لأبي يوسف: أنه على ملكه فيعتق بعتقه ، كما لو كان في دار الإسلام .

فأما رواية الطحاوي فمحمولة على المعتق إذا خرج إلى دار الإسلام ، فلا ولاء عليه عندهما ؛ لأنه لم يعتق بإعتاقه ، وإنما عتق بخروجه .

وعند أبي يوسف: أنه يعتق بإعتاقه فولأؤه له ، والذي يؤيد رواية الأصل: ما قالوا في الحربي إذا دخل إلينا [بأمان] ومعه ممالك ، وقال: هم مدبرون ، لم يقبل قوله ، فإن قال: هم أولادي أو أمهات أولادي ، قبل قوله ، فدل على أن التدبير لا يثبت في دار الحرب ، فإذا ثبت هذا الخلاف قلنا: إذا ملك الحربي في دار الحرب ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لم يعتق ؛ لأنه لا يملك الإعتاق مع صحة قوله .

٢١٢٢ - فَصْلُ: [العتق المعلق بالنسب كالموقع]

قال: إن ملك شقصاً من ذي رحم محرّم منه عتق عليه قدر ما ملك عند أبي حنيفة ، وهو حر كله عند أبي يوسف ومحمد [وزفر]^(٢) ؛ وذلك لأن العتق المتعلق بالنسب كالموقع ، وكذلك يجري في الكفارة .

(١) في (أ) (والعتق) .

(٢) الزيادة من (أ) ، (ج) .

وعند أبي حنيفة: إن عتق البعض لا يوجب عتق الجميع ، وعلى قولهما: يوجب عتق الجميع ، فكذلك إذا عتق من طريق الحكم .

٢١٢٣ . فُصِّلَ : [العتق فيما إذا اشترى المملوك ولده]

وقد قالوا: في المملوك إذا اشترى ولده ، لم يعتق ؛ لأن العتق يتعلق بالملك ولا ملك له ، وإذا اشترى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من سيده ، عتق ؛ لأن المولى مَلَكُهُ ، فصار كما لو اشتراه بنفسه ، فإن كان على العبد دين مستغرق واشترى ابن مولاه ، لم يعتق عند أبي حنيفة على أصله أنه لا يملكه ، ويعتق عندهما لأنه يملكه ، فأما المكاتب [١/٢٢٦] ^(١) إذا اشترى ابن مولاه لم يعتق في قولهم ؛ لأن المولى لا ملك [له] أنساب المكاتب ، فإن اشترت المكاتبه ابنها من سيدها عتق ؛ لأن إعتاق المولى ينفذ في المكاتبه وولدها ، فيعتق من طريق الحكم لأجل النسب .

قال أبو الحسن: إذا ملك الرجلان ابن أحدهما بعقد فعلاه جميعاً ، أو قبلاه جميعاً لم يضمن ، عتق عليه لشريكه ، ويسعى له العبد في نصيبه في قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الذي عتق عليه نصيبه إن كان موسراً ، وهذا مثل أن يشتريا بعقد واحد أو يوهب لهما .

لأبي حنيفة: أن الملك لا يسلم لكل واحد منهما إلا بقبول الآخر ، فصار دخولهما في العقد إذناً من كل واحد منهما لصاحبه في القبول ، والقبول سبب العتق ، وسبب العتق إذا كان مأذوناً فيه ، لم يتعلق به الضمان لعبد بين شريكين

(١) يوجد نقص ورقة من النسخة (ب) ، الصفحات القليلة القادمة منقولة من نسخة (أ) .

أذن أحدهما لصاحبه أن يعتق نصيبه . في الرواية المشهورة .

فإن قيل : فهذا لا يصح في الاثنين إذا وهب لهما ؛ لأن كل واحد منهما يسلم له الملك وإن لم يقبل الآخر .

قلنا : ليس من شرط العلة أن تعم مواضع الخلاف ، ويجوز [أن تقاس]^(١) الهبة على الشراء بعلّة أنه مملوك بعقد واحد ، ولأنه دخل في ملكها بسبب واحد كما لو ورثاه .

وجه قولهما : أن الدخول في الشراء إذن في القبول ، والقبول سبب الملك ، والملك [سبب] العتق ، فسبب العتق غير مأذون فيه فتعلق الضمان ، وعلى هذا الخلاف : إذا وهب الرجل نصف عبده لأخ العبد أو باعه ، لم يكن لمولى العبد أن يضمن الأخ عند أبي حنيفة ؛ لأن إيجابه الملك إذن في القبول ، وسبب الحرية إذا كان مأذوناً فيه لم يكن للإذن الضمين .

وعلى قولهما : له أن يضمن الأخ إن كان موسراً ؛ لأن سبب الإذن الملك ولم يأذن فيه ، وإنما أذن في سببه وهو القبول .

وقد قال في الجامع الصغير : لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد الباقي وهو موسر ، فالمشتري بالخيار كعبد بين شريكين أعتق أحدهما ؛ وذلك لأن المشتري الأول لم يأذن فيه بسبب الحرية ، وقد وقعت بفعل الأب وهو قبول الشراء .

وقال أبو حنيفة - في الأب والأجنبي إذا اشترى الابن معاً والشريك لا يعلم

(١) المثبت من (ج) ، وفي (أ) طمس غير واضح .

أنه أبوه - فلا ضمان على الأب ، وقالوا : يضمن .

وروى بِشْر عن أبي يوسف : إن كان الأجنبي يعرف ذلك فإن العبد يعتق ، ويسعى للأجنبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وإن كان لا يعلم فهو بالخيار : إن شاء نقض البيع ، وإن شاء تَمَّ عليه ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وجه قول أبي حنيفة المشهور : أن القبول لما كان إذناً ، والإذن في الإتلاف يستوي فيه العلم والجهل في باب سقوط الضمان ، كمن قال لرجل : كُلْ هذا الطعام - وهو لا يعلم أنه له - فأكل لم يضمن .

وجه قولهما المشهور : أن الضمان إذا ثبت مع العلم فمع الجهل أولى . [وأما قول بشر فهو أن الشراء]^(١) فلأن الشراء في شراء الأب عيب ، فإن علم به المشتري لزمه البيع كما يلزمه في سائر العيوب ، فإن لم يعلم به لم يلزمه مع العيب ، فإذا لم يلزم العقد في حق أحد الشريكين لم يلزمه في حق الآخر ، فلا يعتق العبد ، فيثبت للمشتري حق الفسخ .

٢١٢٤ - فَصْل : [الدخول في العقد إذن]

وإنما فصل أبو يوسف على هذه الرواية بين العلم والجهل ؛ لأن الدخول في العقد إذا كان إذناً ، فإن كان عالماً فقد أذن في سبب الحرية ، وإن كان جاهلاً لم يأذن .

قال أبو يوسف : لو أن عبداً اشترى نفسه هو وأجنبي من مولاه ، فالبيع باطل في حصة الأجنبي ؛ لأن شراء العبد نفسه عتق على مال ، فقد جمع العقد البيع

(١) المثبت من (ج) ، وفي (ب) طمس غير مقروء ، (والعبرة الموجودة غير مفيدة) .

والعتق ، ولا يصح البيع ، وليس كذلك الرجلان إذا اشترى ابن أحدهما ؛ لأن شراء العبد نفسه ليس بعتق ، وإنما يملك الابن ويعتق على ملكه ، ولهذا يجزئ عن كفارته ويثبت الولاء منه .

٢١٢٥ - [فصل : شراء الأب والأجنبي الابن صفقة واحدة]

قال ابن سماعه عن أبي يوسف : إذا قال إذا ملكت من هذا العبد شيئاً فهو حر ، ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة ، عتق على الأب ، وهذا على أصل أبي يوسف : أن العتق لا يتبعض ، والسبب سابق لليمين ، فإذا ملكاه ، صار كأن عتق الأب أسبق ، فعتق النصيبان عليه .

ولهذا قال مُعَلَّى عن أبي يوسف : في رجل قال إذا اشتريت فلاناً أو بعضه فهو حر ، فادعاه رجل آخر أنه ابنه ، ثم اشترياه فهو حر ، ونصف ولائه للذي أعتقه وهو ابن الذي ادعاه ؛ وذلك لأن النسب هاهنا لم يسبق اليمين ، فعتق نصف كل واحد منهما على ملكه .

٢١٢٦ - [فصل : حلف الرجل بعتق عبد إذا ملكه فاشتراه هو وآخر]

وأما إذا حلف الرجل بعتق عبد إذا ملكه ، ثم اشتراه هو وآخر ، فكان أبو الحسن يقول : لا أعرف الرواية في هذه المسألة ، وكان أبو بكر يقول : لا ضمان عليه لشريكه في قول أبي حنيفة ؛ لأنه أذن له في القبول الذي هو سبب الحرية .

ومن أصحابنا من فرق بينهما فقال : إن العتق هاهنا موقع بإيقاعه وشريكه لم يأذن له في ذلك الإيقاع .





٢١٢٧ - [فَصْلٌ: إِذْنُ الْإِنْسَانِ لِغَيْرِهِ فِي عَتَقِ نَصِيْبِهِ]

وفي مسألة النسب إنما تعلق العتق بالملك ، وقد أذن في سببه ، قال رضي الله عنه :
قدمنا أن مسألة شراء الابن مبنية على إذن أحد الشريكين للآخر في عتق نصيبه
بمنع الضمان . وهي الرواية المشهورة .

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في نوادره : أن ذلك لا يسقط الضمان .
وجه قولهم المشهور : أن الضمان يجب لحق الآدمي ، فإذا أذن في سبب
الإتلاف سقط الضمان .

ولهذا قالوا في الرواية المشهورة : إن من أذن لغيره في قتله ، فلا قصاص
عليه ولا دية .

وجه قول أبي يوسف : أن إذن الإنسان لغيره في عتق نصيبه ، لا يتعلق به
حكم ولا ضمان ؛ لأن المأمور مالك لذلك ، فصار وجود^(١) الإذن وعدمه سواء ،
وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه وإن كان يملك التصرف قبل الإذن ، ففائدة الإذن سقوط
الضمان المتعلق بتصرفه .

٢١٢٨ - [فَصْلٌ: الضمان لمن وجد منه الإتلاف]

قال : وإن أورث الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب ، ولم يضمن
لشريكه شيئاً في قولهم ؛ لأنه يدخل في ملكه بغير فعله ، ومن لم يوجد منه إتلاف ،
لم يلزمه الضمان .

(١) انتهى النقل من النسخة (أ) .

٢١٢٩ - فُصِّل: [مسائل ملحقة بالباب]

ومما يلحق بهذا الباب ما قال أبو حنيفة فيمن قال لعبده: هذا ابني ، ومثله لا يولد لمثله ، أو قال: هذا أبي ، ومثله لا يلد مثله ، عتق عليه .

وقالا: لا يعتق عليه ، وأما إذا قال لمعروف النسب: هذا ابني عتق عليه ، ولم يثبت النسب في قولهم .

لأبي حنيفة: أن قوله هذا ابني يتضمن أمرين: النسب ، والحرية ، الواقعة ، إلا أن العتق المعلق بالنسب كالموقع ، وكل واحد من الأمرين منفرد على الآخر ، [إلا أن الرجل يعتق عبده من غير نسب ويملك ابن عمه ، فلا يعتق عليه مع وجود النسب] فجاز أن يثبت أحدهما وإن لم يثبت الآخر ، (كما لو قال لمعروف النسب: هذا ابني)^(١) وقد ألزم أبو حنيفة إذا قال لعبده هذا ابني ، فالتزم أصحابنا ذلك ، وقالوا: يعتق ؛ لأنه كأنه قال: هذا ابني وهو حر .

وجه قولهما: (أنه علق الحرية بالنسب ، وهذا محال ، فلم يثبت ما يتعلق به كمن قال لزوجته: هذه ابنتي ومثلها لا يولد لمثله ، وليس كذلك المعروف النسب ؛ لأنه يجوز أن يكون ابنه من الزنا فيعتق عليه ، وإن لم يثبت نسبه والجواب في مسألة الزوجة: الاعتراف بالنسب ليس بفرقة ، وإنما هو نفي لأصل النكاح ، وإذا كان كاذباً لم يتعلق به حكم ، وفي مسألتنا هو عتق موقع ، فيعلق الحكم بالإعتاق وإن كان كاذباً ، والنسب يبين الفرق بينهما ، وإذا قال لمعروف النسب: هذه ابنتي لم تقع الفرقة بينهما ، وإن كانت مملوكة عتقت عليه ، ولو قال لزوجته:

(١) في (أ) (كمعروف النسب) .

هذه ابنتي تولد لمثله ثم قال: أوهمت لم تقع الفرقة، ولو قال لأمته: هذه ابنتي أو قال أوهمت عتقت عليه، فأما قولهما في المعروف النسب أنه يحتمل أن يكون ابنه من الزنا، فيبطل بمسألة الفرقة؛ لأنه لو قال ذلك لزوجته، لم تحرم عليه، وإن جاز أن تكون ابنته من الزنا^(١).



(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

بَابُ الرجل يعتق كل مملوك يملكه



قال الشيخ رحمه الله تعالى: هذا الباب مبني على أصل: وهو أن العتق المضاف إلى الملك كالموقع في الملك، فإذا ملك عتق، وقال الشافعي: لا يعتق.

لنا: أنه يصح في المجهول ويتعلق بالخطر، فجاز أن يضاف إلى الملك كالوصية [والنذر]، ولأن من أعتق كل ولد تلده أمته، جاز وإن لم يكن مالكا له في حال اليمين، والمعنى فيه: أنه أضاف عتقه إلى الملك، فإن لم يتبينوا^(١) الوصف، فالدليل عليه: أن الأصل في ملكه وقد علق الفرقة بما يتولد من نمائه، فصار كالوقف.

٢١٣٠ - فُصِّلَ: [كل مملوك يملك فهو حر]

قال أبو الحسن: إذا قال الرجل: كل مملوك أملكه فهو حر ولا نية له، فهو على كل مملوك يملكه يوم قال هذه المقالة، ولا يعتق من استقبل ملكه بعد ذلك؛ وذلك لأن قوله أملك يحتمل في الحال، ويحتمل في المستقبل، والظاهر منه الحال، والدليل عليه: أن الإنسان يقول: أنا أملك ألف درهم فلا يكذب في خبره، ولو كان الخبر عن الاستقبال لم يعلم صدقه، وكذلك يقول: أنا أشهد أن لا إله إلا الله يكون مسلماً، وقد قال أهل اللغة: إن هذه اللفظة تخلص للمستقبل

(١) في (أ) (يسلموا).

بالسين وسوف ، وإذا كان الظاهر منها الحال حُمل عليه ، ولم يحمل على المستقبل من غير ظاهر ، قال : ويعتق من كان في ملكه من ذلك ذكراً أو أنثى ؛ لأن المملوك عام فيهما ، وكذلك يعتق المدبر والمدبرة وولدهما ؛ وذلك لأنهم ممالك بدلالة أن المولى يطاء المدبرة وأم الولد بحق الملك ، فصاروا كالمملوك القين ، فأما المكاتب فلا يعتق إلا أن يعتقه ؛ لأنه خرج عن يده بعقد على الرقبة كالعبد المبيع ؛ ولأن الكتابة عقد على الحرية كالعق على مال .

وقد ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في العتاق ومن الإملاء : أن المكاتب الذي لا يعتق من كان مكاتباً يوم حلف ، فإن كان مملوكاً يومئذ فكاتبه بعد اليمين وحنث وهو مكاتب ، عتق ، ولأنه إذا كان عبداً عند اليمين دخل فيهما ، فما حدث بعد ذلك ، لا يبطل اليمين ما دام فيه الرق باقياً .

فأما إذا عنى المكاتبين عتقوا ؛ لأنهم على ملكه ، وإنما لم يعتقهم لأن إطلاق الاسم لا يتناولهم ، فإذا شدد على نفسه عتقوا عليه .

قال أبو يوسف : ولا يدخل في ذلك مملوك بينه وبين آخر ؛ لأن اسم مملوك لا يتناوله ، قال : وإن كان مملوكاً رهناً في ملكه يوم حلف عتق ؛ وذلك لأن المرهون في ملكه وهو الموجب ليد المرتهن كعبد الوديعة ، قال : وكذلك عبد عليه دين ؛ وذلك لأن دين العبد لا ينفي ملك المولى على رقبتة ، فأما عبده المأذون إذا لم يكن على عبده دين فلا يدخلون عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن [ينويهم] ^(١) ؛ وذلك لأن الإضافة لا توجد منهم مطلقة ، ألا ترى أنه يقال : هذا عبد الأمير وهذا عبد عبده ، فإذا لم يضاف إليه لم يعتق عليه إلا أن ينويه ؛ لأنه إذا

(١) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (ثبوتهم) .



نواه فقد عنى حقيقة الملك ولم يرد الإضافة .

وقال محمد: يعتق عليه وإن لم ينوه؛ لأنه ملكه في الحقيقة، فاعتبر الملك ولم يعتبر الإضافة.

٢١٣١ - فَصْل: [حقيقة الملك والإضافة]

وأما إذا كان على عبده دين مستغرق، لم يعتق عبده عند أبي حنيفة وإن نواهم^(١) على أنه لا يملكهم.

وقال أبو يوسف: إن نواهم عتقوا؛ لأنهم على ملكه عنده، إلا أن إطلاق الإضافة لا يوجد فيهم، فعتقوا بالنية.

وأما محمد فقال: يعتقون وإن لم ينوهم؛ لأنهم على ملكه في الحقيقة على أصله والمعتبر عنده حقيقة الملك دون الإضافة.

٢١٣٢ - فَصْل: [تناول اسم المملوك الحمل]

قال: ولا يدخل في ذلك حمل يملكه، وإن كانت أمة في ملكه، عتق [الولد] بعثتها، وإن كان في ملكه الحمل دون [١/٢٢٧] الأمة، لم يعتق عليه، وهذا مثل الموصى له بالحمل؛ وذلك لأن الحمل لا يعلم وجوده ولا يسمى مملوكاً، ولأن المولى لا يجب عليه صدقة الفطر عنه، فدل على أنه ليس من مماليكه، فلو قال: إن اشترت مملوكين فهما حران، فاشترى أمة حاملاً لم يعتقها، ولو قال لأمته: كل مملوك لي غيرك حر، لم يعتق حملها، فدل على أن اسم المملوك لا يتناوله، فلا يعتق عليه، وأما إذا كانت أمة في ملكه عتق بعثتها؛ لأنه في حكم أجزائها.

(١) في (أ): (أصله)

٢١٣٣ - فَصْل: [تناول المملوك الذكر والأنثى]

فإن قال: عنيت الذكور دون الإناث، لم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه تكلم بكلام عام وادّعى تخصيصه، والتخصيص غير الظاهر، فلم يصدق في القضاء، وصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه عالم بنيته.

٢١٣٤ - فَصْل: [تناول (كل مملوك) ما يملكه في المستقبل]

فإن قال: عنيت ما استقبل ملكه، عتق عليه ما في ملكه وما يملكه في المستقبل؛ وذلك لأن اللفظ يفيد ما في ملكه بظاهره، فإذا قال أردت المستقبل فقد صرف الكلام عن ظاهره، فلا يصدق فيه، [كمن] اعترف بوقوع العتق على من لم يتناوله اللفظ، [فيعتق]^(١) باعترافه، وهذا كما قالوا فيمن قال: زينب طالق، وله امرأة معروفة يقال لها زينب، فقال: لي امرأة أخرى يقال لها زينب، طلقت المعروفة بظاهر اللفظ، والمجهولة باعترافه.

٢١٣٥ - فَصْل: [العتق فيما إذا قال الرجل: كل مملوك أملكه اليوم فهو حر]

ولو قال: كل مملوك أملكه اليوم وله مملوك واستفاد في يومه ذلك مملوكين، عتق ما في ملكه وما استأنف ملكه في اليوم، وكذلك لو قال: هذا الشهر وهذه السنة؛ وذلك لأن هذه اليمين مؤقتة باليوم، فلا بد للتوقيت من فائدة، ولا فائدة له إلا اشتمال اليمين على من يملكه في المدة، فعتقوا جميعاً. فإن قال: عنيت أحد [الصنفين]^(٢) دون الآخر، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء؛ وذلك لأنه ادّعى تخصيص العموم، وذلك غير الظاهر.

(١) في (ب) (هو)، والمثبت من (أ).

(٢) في (ب) (الصيغتين) والمثبت من (أ).

٢١٣٦ - فُصِّلَ : [المعتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه الساعة فهو حر]

فإن قال: كل مملوك أملكه الساعة فهو حر ، فهذا على ما في ملكه تلك الساعة دون غيرها ، ولا يعتق ما يفيد في ساعته تلك إلا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى ؛ وذلك لأن المراد بقوله الساعة ليس هو الساعة الزمانية الذي يذكرها المنجمون ، وإنما المراد بها [الحال]^(١) ، فاقضى ذلك من في ملكه دون من يستفيده .

فإن قال: أردت من أستفيده في هذه الساعة ، فقد أراد الساعة الزمانية ، فيصدق في التشديد على نفسه وإن لم يصدق في صرف العتق عن من في ملكه .

٢١٣٧ - فُصِّلَ : [العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر]

فإن قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر ، ولا نية له ، قال محمد في الجامع الكبير: يعتق من اجتمع في ملكه في غد ممن ملكه فيه ، ومن كان في ملكه قبله ، وهو قوله في الإملاء وإحدى روايتي ابن سماعه .

وقال أبو يوسف: يعتق ما يفيد من غد ، ولا يعتق ما جاء غداً وهو في ملكه ، وهذا هو إحدى روايتي ابن سماعه عن محمد .

وجه الجامع: أنه علق العتق بمن يضاف إليه في الغد ، فصار كأنه قال: في الغد كل مملوك أملكه [اليوم]^(٢) فهو حر ، فيتناول الجميع .

وجه قول أبي يوسف: أنه لما أضاف العتق إلى زمان مستقبل خاص اللفظ

(١) في (ب) (الخبر) .

(٢) الزيادة من (أ) .



للاستقبال ، فلم يتناول الحال ، كما يخلص له بالسين وسوف .

وعلى هذا الخلاف إذا قال: كل مملوك أملكه رأس الشهر ؛ لأن رأس الشهر إذا حضر صار عند محمد كأنه قال كل مملوك أملكه اليوم .

وعلى قول أبي يوسف (لما أضاف)^(١) إلى زمان مستقبل ، خلص للاستقبال ، قال: ورأس الشهر الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغد إلى الليل ، وقد كان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه ؛ لأن الرأس ما يرأس على الشيء ، إلا أنهم قالوا إن العادة [جرت أنه] يقال لأول يوم: هذا رأس الشهر ، فحمل اللفظ على المعتاد ، وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر ، فليس هذا على ما في ملكه ، إنما هذا على ما يملكه يوم الجمعة ، وهذا صحيح على أصله ؛ لأنه أضاف العتق إلى زمان مستقبل ، فإن قال: كل مملوك لي حر يوم الجمعة فهذا على مَنْ في ملكه ، يعتقون يوم الجمعة ، وليس هذا على ما يستفيد ؛ وذلك لأنه عقد على مَنْ في ملكه في الحال ، وجعل عتقهم مؤقتاً بالجمعة ، فلم يدخل في ذلك الاستقبال ، وأما إذا قال: كل مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حر ، فهذا على ما في ملكه في قولهم ؛ لأن مجيء الغد شرط ، ومن أضاف العتق إلى شرط دخل في العتق مَنْ في ملكه دون من يستفيدة .

٢١٣٨ - فُضِّلَ : [العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة]

قال أبو الحسن: ولو قال كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة ، فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة ، وأولها من حين حلف بعد سكوته في قولهم جميعاً ،

(١) في (أ) (فما أضافه) .

ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك ؛ وذلك لأنه أضاف العتق إلى الاستقبال فخلص للمستقبل ، واللفظ لا يحمل على الحال والاستقبال جميعاً^(١) وليس كذلك على قول محمد إذا قال غداً ؛ لأنه عتق أوقعه بصفة ، فأما أن يكون أضافه إلى الاستقبال فلا ، وعلى هذا لو قال إلى سنة ، أو قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو أملكه سنة ، أو قال أملكه أبداً ، أو قال إلى أن أموت ، فهذا باب واحد يدخل فيه ما يستفيد دون ما كان في ملكه ؛ لما [بيننا أنه]^(٢) أضاف^(٣) الحرية إلى المستقبل .

قال: فإن قال أردت بقولي كل مملوك أملكه سنة ، أن يكون ما في ملكي سنة من يوم حلف ، دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يدّين في القضاء ؛ وذلك لأن الظاهر أنه وَقَّت السنة لاستفادة الملك ، ولم يؤقتها لاستمرار الملك فلا يصدق في ترك الظاهر .

٢١٣٩ - فَصْل: [تعليق العتق بشرط]

قال: فإن عَلَّقَ قوله بشرط فقال: كل مملوك أملكه إن دخلت الدار وفعلت كذا ، فهو والأول سواء ، وإنما يتعلق [اليمين]^(٤) على ما في ملكه يوم حلف ؛ لأنه علق العتق بشرط ، فيتناول ما في ملكه دون من يستفيد ، كمن قال: كل عبد يدخل الدار فهو حر ، فإن قال أردت ما استقبل ملكه عتق ما في ملكه إذا وجد الشرط [١/٢٢٨] باليمين وما يستقبل بإقراره ؛ لأنه غير مصدق في صرف الكلام عن ظاهره ، ويصدق في التشديد على نفسه .

(١) في أ (والاستقبال) فقط .

(٢) الزيادة من (أ) .

(٣) هنا في (ب) (أنه بين) .

(٤) الزيادة من (أ) .

قال: فإن لم يكن في ملكه مملوك يوم حلف، فاليمين لغو؛ لأنه يتناوله الحال، فإذا لم يكن له مملوك لم ينعقد لعدم [المعقود]^(١) عليه.

٢١٤٠ - فَصْل: [العتق المتعلق بتقديم الشرط]

قال محمد: فإن قدم الشرط فقال إذا قدم فلان، أو إذا جاء غد، فكل مملوك أملكه فهو حر، فهذا والأول سواء؛ لأن العتق المتعلق بالشرط لا فرق فيه بين تقدم الشرط أو الجزاء.

٢١٤١ - فَصْل: [العتق إذا علقه بمن يملكه يوم الدخول]

فإن قال: إذا دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر، أو قال إذا قدم فلان ولا نية له، عتق ما في^(٢) ملكه يوم يدخل الدار؛ لأنه علق العتق بمن يملكه يوم الدخول، فكأنه قال عند الدخول: كل مملوك لي، فيتناول ذلك من تقدم ملكه ومن استفاده، قال محمد: وهذا قولهم جميعاً.

قال: وإذا قال كل مملوك اشتريته فهو حر إن كلمت فلاناً، أو إذا كلمت فلاناً، أو إذا جاء غد، ولا نية له، فكل مملوك يشتري قبل أن يأتي الذي حلف عتقوا^(٣)؛ لأنه أضاف اليمين إلى شرط، فيتناول مَنْ في ملكه قبله، كمن قال كل مملوك لي حر إن دخلت الدار.

قال: وإذا قَدَّمَ الشرط فقال: إن فعلت كذا، أو إذا جاء فلان، [أو إذا جاء

(١) في (ب) (المعقود) والمثبت من (أ).

(٢) في (أ) (ما كان في).

(٣) في (أ): (عليه عتق).

غد] ^(١) فكل مملوك أشتريه فهو حر ، فجاء الذي حلف عليه وقد اشترى ممالك قبل ذلك ، لم يعتق واحد منهم ، وما اشترى من مملوك بعدما أتى الذي حلف عليه فهم أحرار ؛ وذلك لأنه إذا جعل الشرط شرطاً لانعقاد اليمين ، فصار عند وجوده كأنه قال : كل مملوك أشتريه فهو حر ، فيتناول ذلك المستقبل .

قال : وإذا قال كل مملوك اشتريته إذا دخلت الدار فهو حر ، أو قال إذا قدم فلان ، فهذا على ما اشترى بعد الفعل الذي حلف عليه ، ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك إلا أن يعيّنهم ؛ لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين على ما بينا .

فإن قال : إذا دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ، ولا نية له ، أعتق من كان في ملكه حين دخل الدار ؛ لأنه علقه بزمان مخصوص ، فكأنه قال حينئذ كل مملوك أملكه .

قال : وإن دخلها ليلاً أو نهاراً فهو سواء ؛ وذلك لأن اليوم يذكر ويراد به الوقت المبهم قال تعالى : ﴿ وَمَنْ يُؤَلِّمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ ﴾ [الأنفال: ١٦] ، ولأن الحالف إنما يقصد الامتناع من الشرط في الجملة ولا يقصده في وقت دون وقت .

٢١٤٢ . فصل : [العتق إذا أضاف الحرية إلى المشتري في السنة]

وقد روى ابن سماعة عن محمد في النوادر : إذا قال كل جارية اشتريتها إلى سنة فهي حرة ، قال : وكل جارية يشتريها إلى سنة فهي حرة ساعة يشتريها ؛ وذلك لأنه أضاف الحرية إلى المشتري في السنة ، فكأنه قال عند الشراء ^(٢) أنت

(١) الزيادة من (أ) .

(٢) في (أ) (الشرط) .

حرة ، قال فإن قال كل مملوك^(١) أشتريها فهي حرة إلى سنة ، فإن اشترى جارية إلى سنة لم يعتق إلى سنة ؛ لأنه جعل الشراء شرطاً لعق مؤقت ، فكأنه قال بعد الشراء أنت حرة إلى سنة .

قال: ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر غداً ، فهذا عندي على [كل] مملوك يشتريه قبل الغد ، فإن اشترى مملوكاً غداً لم يعتق ؛ وذلك لأنه جعل الشراء شرطاً لحرية مؤقتة بوجود غد ، فيقتضي ذلك من تقدم ملكه ليصح أن يتوقت عتقه بـغد .

٢١٤٣ - فَصْل : [العق إذا جعل كلام فلان شرطاً لوقوع الحرية]

قال ابن سماعه: سمعت محمداً قال في رجل قال: إن كلمت فلاناً شهراً فكل مملوك أملكه فهو حر ، فكلمته قبل مضي الشهر ، فهذا على مملوك يملكه يوم حلف ، فلا يكون على ما يملكه بعد اليمين ؛ وذلك لأنه جعل كلام فلان شرطاً لوقوع الحرية على ما يملكه ، وقد بينا أن الظاهر من قوله أملك ، الحال ، قال: ولا يشبه هذا قوله إن كلمت فلاناً فكل مملوك أشتريه حرّ وكل امرأة أتزوجها فهي طالق ؛ وذلك لأن الشراء والتزويج يقتضي [ملكاً]^(٢) مستأنفاً ، وقد جعل الكلام شرطاً في انعقاد اليمين فيما يشتري ، فاعتبر الشراء بعدها .

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف في العتاق من الإملاء: إذا قال إذا دخلت هذه الدار فكل جارية لي حرة^(٣) ومتى دخلت ، أو إن دخلت ، أو كلما ، أو متى

(١) في (أ): جارية

(٢) في (ب) (ما كان) والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ): (مملوك لي حر) .

ما ، أو إذا ما ، فهذا على ما في ملكه يوم حلف ، وهذا على ما بينا أنه عتق على مملوكه ، وحقيقة المملوك من وجد في ملكه دون من يستفيد .

٢١٤٤ - فصل : [تعليق المكاتب بحرية العبد الذي يشتريه]

قال أبو الحسن : إذا قال المكاتب أو العبد : كل عبد أشتريه فهو حر ، أو كل عبد أملكه فيما أستقبل فهو حر ، فعتقا ثم ملكا بعد ذلك عبداً ، أو [اشترى لم]^(١) يعتق عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : عتق .

وجه قول أبي حنيفة : أن العبد والمكاتب لهما (ملك في الحال يضاف إليهما على وجه المجاز)^(٢) وملك يضاف إليهما على وجه الحقيقة ، وهو ما (يستفيد)^(٣) بعد العتق ، والحال أهم إلى المتكلم وأخص ، فكان حمل اليمين عليها أولى ، فإذا تناولت المجاز لم يعتق على الحقيقة ؛ لأن اللفظ الواحد لا يحمل على الأمرين عنده ، هذا كمن تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قال : إن طلقها فعبدي حر ، إن ذلك يحمل على إطلاقه في الحال ، وإن كان مجازاً .

وجه قولهما : أن اليمين ما أمكن حملها على الصحة كان أولى من بطلانها ، ويمكن حملها على الصحة إذا جعلنا الملك هو ما يستفيدة بعد الحرية ، فكان ذلك أولى من إبطال اليمين وحملها على ما يضاف إليه في الحال ، كمن قال لأجنبية : إن طلقتك فعبدي حر ، إن ذلك يحمل على طلاقها بعد ما تزوجها ، وعلى هذا الخلاف إذا قال الحر : في كل مملوك أملكه فهو حر ، قال أبو يوسف :

(١) المثبت من (أ) ، وفي (ب) (اشترى مالا) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من (أ) .

(٣) في (أ) (يستقبل) .

قياس قول أبي حنيفة (أنه يحمل على ما في ملكه في الحال ، وقال محمد)^(١):
يحمل على ما يملكه إذا صار مسلماً أو ذمياً.

٢١٤٥ - فَصْل: [العتق إذا أضاف الحرية إلى ملك]

ولو قال العبد أو المكاتب: إذا أعتقت فملكك عبداً (فهو حر ، فعتق وملك عبداً)^(٢) عتق في قولهم ؛ لأنه أضاف الحرية إلى ملك صحيح .

٢١٤٦ - فَصْل: [قول الرجل: لله عليّ عتق نسمة أو طعام مسكين]

وقد قالوا في عبد قال: لله عليّ عتق نسمة أو طعام مسكين ، لزمه ذلك وكان عليه إذا عتق ؛ لأنه علق الإيجاب بذمته ، وذمته تحمل الإيجاب ، ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر ، وإن اشتريت [١/٢٢٩] هذه الشاة فهي هديّ ، لم يلزمه ذلك في قياس قول أبي حنيفة حتى يقول: إن اشتريتها بعد العتق ؛ وذلك لأن العبد مضاف إليه الشراء في الحال وبعد الحرية ، والحال أهم .

وقال أبو يوسف: يلزمه جميعاً ، على أصله أن تصحيح اليمين أولى من إبطالها ، وقالوا جميعاً في مكاتب أو عبد قال إن دخلت هذه الدار فعبدي هذا حر ، ثم عتق ودخل الدار ، لم يعتق العبد ؛ لأنه لم يضيف حرته إلى ملك ، وقد قالوا فيمن قال لحرّة: إن ملكتك فأنت حرّة ، فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سببت فاشتراها الحالف ، فإنها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة ، وتعتق في قولهما ، ذكر ذلك محمد في الجامع الكبير ، والوجه فيه: أن الحرّة تضاف إليه بالملك على وجه المجاز ؛ لأنه يقال ملكها إذا تزوجها ، ويضاف إليه بالملك على

(١) ساقطة من (أ) .

(٢) ساقطة من (أ) .

وجه الحقيقة بعد الاسترقاق، والحال أهم، فيحمل عليها.

وعلى قولهما: الواجب حمل اليمين على حقيقة الملك، ولو قال إذا ارتددت فسبيت فاشتريتك فأنت حرة، أو ملكتك فأنت حرة، فكان ذلك، عتقت في قولهم؛ لأنه أضاف العتق إلى ملك في الحقيقة.

٢١٤٧ - فصل: [العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي]

ومن هذا النوع إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر، ثم مات، كان الذي ملكه قبل [اليمين]^(١) مدبراً والآخر غير مدبر، [إلا أنه] يعتق من الثلث.

وعن أبي يوسف: أن من استفاد ملكه بعد اليمين لا يعتق.

لهما: أن قوله كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وصية؛ بدلالة اعتباره من الثلث، والوصية إذا تعلق من الثلث انصرف إلى ما يملك في الثاني، وما في ملكه في الحال، كمن قال: أوصيت لفلان بثلث مالي.

لأبي يوسف: أن قوله أملكه أخص بالحال منه بالمستقبل، الدليل عليه قوله كل مملوك أملكه فهو حر إن كلمت فلاناً، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الظاهر ما قال في الحال إلا إن حملنا اليمين على الاستقبال بالدلالة التي ذكرناها.

وإنما كان الذي في ملكه مدبراً؛ لأنه علق عتقه بالموت على الإطلاق، وأما الذي استفاده فعلق عتقه بالموت مع شرط آخر فلم يكن مدبراً.

(١) المثبت من (أ)، وفي (ب) (التدبير).

٢١٤٨ - فُصِّلَ: [العتق فيما إذا قال: إن اشتريت فملكك]

وهذه المسائل مبنية على من قال لعبد: إن اشتريتك فأنت حر، ثم اشتراه عتق عليه، وقال بشر المريسي: لا يعتق.

لنا: أن الشراء سبب في الملك في الظاهر، فإذا ذكر السبب فكأنه ذكر المسبب، ولأنه لما علق بالشراء العتق، وذلك لا يكون إلا فيما يملكه بالشراء، فكأنه قال: إن اشتريت فملكك.

وجه قول بشر: أن الشراء قد يوجب الملك وقد لا يوجب الملك، ألا ترى أنه يشتري بشرط الخيار ويشتري لغيره، فلم يكن الشراء موجباً للملك، والعتق إذا لم يضاف إلى الملك لم يقع، ويحتج بشر بأن من قال لزوجته وهي أمة: والله لا أطوك حتى أشتريك، لم يكن مولياً، ولو كان الشراء سبباً في الملك لكان مولياً، كمن قال: لا أطوك ما دام النكاح بيني وبينك، والجواب أنا نحمل قوله (حتى أشتريك) على عموم الشراء، وذلك تارة يملك به وتارة لا يملك به، فكأنه قال: لا أطوك حتى أشتريك [فأملكك] ^(١) أو لا [أملكك]، وكأنه قال في مسألتنا: إن اشتريتك فملكك أو لم أملكك فأنت حرة، فيقع العتاق.



(١) الزيادة من (أ).

بَابُ الرجل يعتق ما تلده الأمة



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لأمته: كل ولد تلدينه فهو حر، أو قال: إذا ولدتِ ولدًا فهو حر، فإنه يعتبر في صحة هذا العقد الأمة، فإن كانت في ملكه يوم حلف صحَّ العقد وعتق كل ولد تلده وهو في ملكه.

والأصل في هذا: أنه إذا أطلق اليمين اعتبر كون الأصل في ملكه؛ لأن مَنْ عقد يمينه على ما يملك، لم يحتج إلى إضافته إلى الملك، كمن قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، كذلك إذا كان الأصل الذي يتولد منه الولد في ملكه، فأما الوقوع؛ فإن ولدت ولدًا في ملكه عتق لوجود الشرط فيما يملك، وإن ولدت في غير ملكه لم يعتق، كمن باع عبده ثم دخل الدار، فأما إذا أضاف الولادة إلى الملك فقال: كل ولد تلدينه في ملكي فهو^(١) حر، فالعقد صحيح وإن لم تكن الجارية في ملكه، كمن قال لعبد لا يملكه: إن دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر^(٢).

٢١٤٩. فَصَّلْ: [العتق فيما إذا قال: ما في بطنك حر]

ولو قال: ما في بطنك حر، أو إذا ولدت ما في بطنك حر، فإن جاءت بولد لم يحكم بأنه كان في بطنها [يوم حلف، عتق ما في بطنها]^(٣) في قوله إذا ولدت

(١) في (أ): فأنت حرة

(٢) انظر: الأصل ١٢٦/٥.

(٣) الزيادة من (أ).

ما في بطنك يوم تلد؛ وذلك لأن الأصل في ملكه، فإذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر فقد حكمنا بوجوده عند اليمين وهو على ملكه يوم الولادة فيعتق^(١).

٢١٥٠. فَصَّل: [العتق فيما إذا قال لعبد: كل ولد يولد لك فهو حر]

ولو قال لعبد في ملكه أو في غير ملكه: كل ولد يولد لك فهو حر، فهو سواء كان ولد للعبد من أمة يملكها الحالف يوم حلف، عتق إذا ولدت الولد في ملكه، وإن لم تكن الأمة في ملكه يوم حلف، فبطل اليمين؛ وذلك لأن المولى لا يملك ولد عبده بملك العبد، ألا ترى أنه إن ولد له من حرة فالولد حر، وإن ولد له من أمة لغير السيد فالولد عبد لمولاها، فلم يؤثر ملك العبد في اليمين على الولد، وإنما يؤثر في ذلك ملك الحالف للأمة، فإن كانت في ملكه فقد عقد على ما يملكه، فلا يعتبر الإضافة إلى الملك، وإن كان لا يملكها فقد عقد على ما لا يملكه، فإن أضاف ذلك إلى الملك انعقد وإلا لم ينعقد.

٢١٥١. فَصَّل: [العتق فيما إذا قال: إذا ولدتِ ولداً فهو حر، فولدت ولداً ميتاً]

ولو قال لأمة: إذا ولدت ولداً فهو حر، فولدت ولداً ميتاً، لم يعتق، وإن ولدت بعده ولداً آخر حياً، عتق الثاني في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق.

وجه قوله: أن الحكم الذي علقه بالولادة هو العتق، وذلك لا يصح إلا مع وجود الحياة، فصار ذلك شرطاً، فكأنه قال إن ولدت ولداً حياً، ألا ترى أنه لو قال إن ضربتك فعبدي حر فضربه بعد موته لم يعتق العبد؛ لأن المقصود بالضرب

(١) انظر: الأصل ١٢٩/٥.

الألم؛ وذلك لا يكون إلا مع الحياة فكأنه شرطها، ولا يقال: لو قال لها: إن ولدت ولداً فهو حر وعبدي فلان، فولدت ولداً ميتاً (عتق عبده)^(١) ولو لم تكن هذه الولادة شرطاً لم يعتق العبد.

والجواب: إن وقوع العتق [١/٢٣٠] على عبده لا يقف على حياة الولد، فلم يشترط ذلك في عتقه وإن شرط في عتق الولد، وليس يمتنع أن يحلف يميناً واحدة فيوجد شرطها في حق شرط شخص دون شخص، ألا ترى أنه لو قال لها: إن حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت: قد حضت وكذّبتها [الزوج] وقع الطلاق عليها [ولم يقع] على الأخرى، وإن كان الشرط شرطاً واحداً، فإن قيل: لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر، ثم باعه فدخلها، فقد وجد شرط اليمين وانحلت، فإن اشتراه ودخل لم يحنث، وإن كان العتق لا يقع إلا في ملك، ولم يصير ذلك شرطاً.

والجواب: أن العتق في غير ملك يتعلق به حكم، ألا ترى أنه يقف على إجازة المولى، فلم يحتج إلى شرط الملك في تصحيح الكلام، والعبد الميت لا يعتق بحال؛ فلذلك احتجنا إلى شرط الحياة.

وكان أبو سعيد البردعي يقول: إن الولد الميت ولد في حق غيره وليس بولد في حق نفسه؛ بدلالة أن الأم تصير به أم ولد وتنقضي عدتها، ولا ترث ولا تستحق بالوصية، ووقوع العتق عليه حق له، فلم يكن ولداً في حق نفسه، وإن كان ولداً في حق العبد الذي علق عتقه بولادته، ولا يقال: فهلاً كان ولداً في حق الولد الثاني حتى لا يعتق عليه الثاني.

(١) في (أ): غير موجود

قلنا: لو صار ولدأ في حق المولى لعتق لوجود شرط يمينه ، فيؤدي ذلك إلى أن يصير ولدأ في حق نفسه ، وهذا لا يصح ؛ ولأن الحقوق التي تثبت للحمل [يقف] على الولادة حياً ، فإذا وجد ميتاً جعل الميت كأن لم يكن ، ويكون الحكم كله [للحي] ^(١) ، ألا ترى أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن هذه ، فولدت حياً وميتاً ، كان جميع الوصية ^(٢) للحي .

وجه قولهما: أن الولادة موجودة في الحي والميت ، فإذا وجد شرط اليمين ولم يصح الوقوع انحلت ، فلم يقع على الثاني [شيء] ^(٣) .

٢١٥٢ . فُصِّل : [قول السيد: أول عبد يدخل عليّ فهو حر]

وقد قال محمد في الأصل: إذا قال أول عبد يدخل عليّ فهو حر ، فأدخل عليه عبد ميت ثم حيّ ، عتق الحيّ ، ولم يذكر في الأصل خلافاً ، فمن أصحابنا من قال هذا قول أبي حنيفة ؛ لأن العتق لما لم يصح إلا مع الحياة ، فكأنه قال: أول عبد يدخل عليّ حياً .

فأما عليّ قولهما: فلا يزداد في شرط اليمين فلا يعتق الثاني ، كمسألة الولادة ، ومن أصحابنا من قال: هذا قولهم وهو الصحيح ؛ لأن العبد عبارة عن من تعلق به الرق ، والرق يبطل بالموت ، فليس بعبد بعد موته في الحقيقة ، فلم يعتد به فلم يعتق الثاني .



(١) في (ب) (للحر) ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ): المال

(٣) انظر: الأصل ١٣٠/٥ .

٢١٥٣ - فصل: [العتق فيما إذا قال: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة]

ومن هذا النوع ما ذكره في الجامع فيمن قال لأتمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة، فولدت غلاماً وجارية لا يدرى أيهما الأول، وتصادقوا [جميعاً]^(١) أنهم لا يدرون أيهم ولد أولاً، فإن أبا حنيفة قال: الغلام عبد، ويعتق من الجارية نصفها، ويعتق من الأمة نصفها، ويسعى في نصف قيمتها، ولم يحك في الجامع خلافاً.

وقال عمرو والكيساني عن محمد: لست أقول هذا القول، ولكنني أستحلف المولى على علمه بالله ما يعلم الغلام ولد أولاً، فإن نكل عن اليمين عتقت الأم وابنتها وكان الغلام عبداً، وإن حلف كانوا جميعاً [أرقاء]^(٢)، وكذلك إن لم يخاصم المولى حتى مات ثم خاصموا ورثته من بعده، فأقر أنه لا يدرى، وحلف بالله العظيم ما يعلم الغلام ولد أولاً، فهو رقيق.

وجه ما قال في الجامع الصغير: أن الغلام إن كان أولاً عتقت الأم وما في بطنها، وإن كانت الجارية أولاً لم يعتق واحد منهم، فالغلام عبد بكل حال، والجارية والبنت يعتقان في حال دون حال، فيعتق نصفهما على أصلنا في اعتبار الأحوال.

وجه قول محمد: أن الأحوال يعتبر بعد الموت لتعذر الرجوع إلى البيان، وقد أمكن الرجوع في مسألتنا إلى قول الحالف، فلم يعتبر الأحوال.

والجواب أنهم: إذا اتفقوا أنهم لا يعلمون الأول، لم يجز للحاكم تكليف

(١) الزيادة من (أ).

(٢) الزيادة من (أ).



المولى اليمين على ما لا يعلم ، فصار كالميت^(١) .

٢١٥٤ - فُصِّلَ : [العتق فيما قال: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرّة ، أو جارية ، فالجارية حرّة ، فولدت غلاماً وجارية]

قال محمد في الإملاء: لو كان المولى قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة ، فإن كانت جارية فالجارية حرة ، فولدت غلاماً وجارية لا يدرى أيهما أولاً ، وحلف المولى بالله لا يعلم أن الغلام ولد أولاً ، فإن البنت حرة على كل حال ، والغلام عبد على كل حال ، ويعتق نصف الأم وتسعى له في نصف قيمتها ، قال: وقولي وقول أبي حنيفة في هذه المسألة [والأولى] سواء ؛ وذلك لأن الغلام إن ولد أولاً عتقت الأم والجارية بعقتها ، وإن ولدت الجارية أولاً عتقت فهي حرة بكل حال [والغلام عبد بكل حال]^(٢) والأم تعتق في حال ولا تعتق في حال ، فيعتق نصفها . وإنما فرق محمد بين هذه المسألة والأولى ؛ لأن هاهنا عتقاً متيقناً لا محالة ، فإذا جهل اعتبرت الأحوال ، وفي المسألة الأولى لا يتيقن وقوع العتق فلذلك رجع إلى الثاني^(٣)^(٤) .



(١) انظر: الأصل ١٢٧/٥ .

(٢) الزيادة من (أ) .

(٣) في أ (البيان) .

(٤) انظر: المصدر السابق ١٢٨/٥ .

بَابُ العتق على مال



قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لعبده إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر، [أو متى أديت، أو إن أديت] ^(١)، فإن أبا حنيفة قال: ليس هذا بمكاتب وللمولى أن يبيعه، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد.

والأصل في هذا: أن العتق يجوز أن يشترط في مقابلته المال؛ لأنه إسقاط حق فيه معنى المال، ألا ترى أن من أعتق عبده في مرضه ولا مال له غيره، لزمه المال من غير شرط، وما كان فيه معنى المال جاز أن يؤخذ منه العوض كالصلح من العيب على مال؛ ولأن الطلاق يجوز أخذ العوض عنه وإن لم يكن فيه معنى المال؛ فلأن يجوز أخذ العوض عن العتق وفيه معنى المال أولى.

وقد قالوا في العتق على مال: إنه في حكم اليمين من وجه وفي حكم الكتابة من وجه؛ وذلك لأنه عتق متعلق بعوض كالكتابة [وليس بكتابة]؛ لأنه صرح بوقوع العتق عند الشرط، فصار كقوله إن دخلت الدار، ولأن الكتابة إما أن تقع على نجوم معلومة أو بمال معجل، وفي مسألتنا لم ينجم المال ولا هو بمعجل، [فلم يكن] كتابة.

وقد قال محمد: إنه [إذا قال]: أنت حرٌّ على ألفٍ تؤديها إليّ نجوماً في كل شهر كذا، فهي كتابة؛ وذلك لأنه بمعنى الكتابة: وهو العتق المعلق بالمال

(١) الزيادة من (أ).

المنجم ، ومعنى العقد عندنا كعبارة العقد [٢٣١/١] .

قال أبو الحسن: فإن أدى المال قبل أن يبيعه ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمداً قالوا: يجبر المولى على قبوله ويعتق العبد ، وهذا استحسان ، والقياس: لا يجبر ؛ لأنه عتق معلق بالشرط ، فصار كدخول الدار ، وإنما استحسنا فقالوا: إن المولى يجبر ؛ لأنه أوجب العبد العتق بالأداء ، فلم يكن له الامتناع منه ، كما لو علق العتق باختياره .

وقد قال محمد: إن العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه ، عتق ؛ لأن الأداء عندنا في الأموال يقع بتخلية ، ولا يعتبر فيها مباشرة القبض ، فإذا خلّى بينه وبين المال ، صار المولى قابضاً ، فعتق بوجود الشرط .

فإن قيل: فأى معنى لقولهم إن المولى يجبر استحساناً ، قلنا إنما يجبر إذا أحضر بعض المال فامتنع المولى من قبضه ، أو لم يحضر ولكن خاطب المتولي على قبضه فامتنع ، فإن القاضي يقول للعبد أحضر المال ، فإن أحضره عتق ؛ ليمكن المولى من قبضه ، فإن لم يحضر^(١) ألزم المولى قبوله له إذا أحضره ، فيكون للإجبار فائدة ، فأما مع الإحضار فلا معنى له^(٢) .

ولم يبين بشرُّ في روايته: أن إحضار المال^(٣) يقف على المجلس الذي قاله المولى فيه أو لا يقف ، وقد ذكر في الأصل أنه إذا قال لعبده: إن أدت إلي ألفاً فأنت حر ، إن ذلك على المجلس ، وظاهر رواية بشر: أنه لا يقف على المجلس ؛

(١) في (أ): يقبل

(٢) في (أ) فلا فائدة له

(٣) في (أ): إجبار المولى

لأنه (سوى بين (إن، وإذا، ومتى)، ولا شبهة في أن قوله إذا ومتى) (١) لا يقف على المجلس؛ لأن فيها معنى الوقت، وقد ذكر بشر عطفاً على روايته أن المولى إذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق، ويبعد أن يقف هذا في المجلس.

فوجه رواية بشر: أنه عتق معلق بشرط فلا يقف على المجلس، كقوله إن دخلت الدار.

وجه ما في الأصل: أن العتق المتعلق بالأداء متعلق باختيار العبد، فكأنه قال أنت حر إن شئت، فيقف على المجلس.

٢١٥٥ - فُصِّلَ: [العتق في العتق المعلق بشرط]

قال أبو يوسف: فإن مات المولى قبل أن يؤديها إليه، فالعبد رقيق يباع وذلك لما بينا أنه ليس بكتابة، وإنما عتق معلق بشرط، فيبطل بموت المولى كالأيمان. [ولهذا قالوا: إن المولى يملك أن يبيعه؛ لأنه عتق معلق بشرط، فلا يمنع البيع، كقوله إن دخلت الدار.]

قال: فإن مات العبد قبل أن يؤديها وترك مالاً، فهو كله لمولاه؛ وذلك لأنه عتق معلق بشرط، فيبطل بموت العبد كاليمين [٢].

٢١٥٦ - فُصِّلَ: [العتق إذا أدى العيد من مال اكتسبه قبل القول]

[قال]: فإن أدى العبد من مال اكتسبه قبل القبول، عتق، فرجع المولى عليه

(١) ما بين القوسين ساقطة من الأصل.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من (أ).

بمثله ؛ وذلك لأن ما اكتسبه قبل إيجاب الحرية ملك المولى ، فإذا أداه فقد أدى مالا مغضوباً ، وملك الغير إذا أدى في الدين تعلق بأدائه حكم ، ووقف على إجازة مالكة ، فإذا حصل الأداء المشروط عتق العبد ، وللمولى الرجوع بمثله ؛ لأنه لم يسلم له العوض الذي قصده ، فهو كما لو غصب من أجنبي ألفاً فأداها عتق بها ، وللأجنبي أخذها ويرجع المولى بمثلها .

٢١٥٧ - فَصْل : [العتق إذا أدى من مال اكتسبه بعد القول]

قال : [فإن] أدى من مال اكتسبه بعد القبول ، صحَّ الأداء وعتق العبد ، ولم يرجع عليه بما أدى ، وإنما صحَّ الأداء ؛ لأن العبد لا يقدر على أداء المال إلا من اكتسابه فتعلق العقد بها .

وقد قالوا : إن المولى إذا أعتق عبده على مال ، صار مأذوناً ؛ لأنه لا يقدر على الكسب إلا بالتصرف ، وقد كان القياس عندهم : أن يعتق مما يكتسب ثم يرجع المولى عليه بمثله بعد الحرية ؛ لأنه أدى من [مال]^(١) المولى كما لو اكتسبه قبل الإيجاب ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا : إن العقد لما اقتضى الأداء قبل الحرية تناول القضاء^(٢) من الاكتساب ، [وصار من هذا الوجه] كالمكاتب .

قال : فإن بقي بعد الأداء في يده مال مما اكتسبه فهو للمولى ؛ وذلك لأنه ليس بمكاتب ، وإنما حرته تعلقت بشرط ، فما اكتسبه قبل وقوع الحرية [فهو للمولى]^(٣) ، وليس كذلك المكاتب ؛ لأنه في يد نفسه ، والمولى لا سبيل له على إكسابه مع بقاء الكتابة ، فبعد الحرية أولى .

(١) في (ب) (الحال) ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : الأداء .

(٣) الزيادة من أ .

٢١٥٨ - فَصْل: [الرجل يقول لعبده: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر]

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل قال لعبده: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر، فجعل يؤدي إليه العشرة والعشرين والخمسة حتى أدى الألف، قال: يعتق ويجبر المولى على أن يأخذ مما جاء به، وكذلك قال محمد؛ وذلك لأنه لما أوجب له الحرية بالأداء، لم يكن له الامتناع من القبض كالمكاتب.

٢١٥٩ - فَصْل: [قول المولى لأتمته: إن أديت إليّ ألفاً، فأنت حرّة]

قال: ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت، لم يعتق ولدها كذلك؛ لأنه عتق متعلق بشرط فلا يسري إلى الولد، كما لو علّق بدخول الدار؛ ولأننا بيّنا أن بيع المولى فيها^(١) جائز، فلو تعلق بها حق يسري إلى الولد، لم يجز البيع.

٢١٦٠ - فَصْل: [قول العبد للمولى: حطّ عني مائة]

قال: ولو قال العبد للمولى: حطّ عني مائة، فحطّ المولى عنه، فأدى تسعمائة لم يعتق؛ وذلك لأن العتق يقع^(٢) بحكم الشرط، والمولى لا يملك تغيير موجب اليمين بعد انعقادها، وليس كذلك الكتابة؛ لأن الحكم^(٣) يقع فيها بحكم المعاوضة، فالحطّ يلحق بالعقد كما يلحق في البيع، يبين الفرق بينهما أنه لو أبرأه من مال الكتابة عتق، ولو أبرأه في مسألتنا من المال لم يعتق، ولذلك اختلف الحط فيهما.

٢١٦١ - فَصْل: [الحكم في الملك الثاني في العتق المعلق بشرط]

قال: ولو باعه ثم اشتراه فأداها إليه فهو حر، وأجبره على أن يأخذها منه

(١) في (أ): لرقبتها

(٢) في (أ) العبد يعتق

(٣) في (أ) العتق

عند أبي يوسف ، وقال محمد في الزيادات: لا يجبر على قبولها ، فإن قبلها عتق ، قال: وكذلك لو رد عليه بخيار أو بعيب .

وجه قول أبي يوسف: أن العتق معلق بشرط ، فحكمه في الملك الثاني كحكمه في الأول كدخول الدار .

وجه قول محمد: أن إجبار المولى على القبض ليس بحكم [المشروط] ^(١) وإنما هو يشبه [١/٢٣٢] العقد بالكتابة ، فإذا زال ملك المولى بطل ما فيه من الشبه بالكتابة ؛ لاستحالة بقاء ذلك مع زوال الملك ، فلم يبق إلا معنى الشرط المحض ، فلا يجبر المولى عليه .

٢١٦٢ - فَصْل: [فيمن قال لعبده في مرضه: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر]

روى ابن سماعة عن محمد - فيمن قال لعبده في مرضه - : إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر ، وقيمة العبد ألف ، فأداها من مال اكتسبه بعد القول ، فإنه يعتق من جميع المال ، استحسّن أبو حنيفة ذلك ، وقال زفر: يعتق من الثلث ، وهو القياس .
ووجهه: أن اكتساب العبد على ملك المولى ، فإذا أسقط حقه عن الرقبة بها فهو متبرع كالعق المبتدأ ، وليس كذلك الكتابة ؛ لأن المولى لا يملك الاكتساب [فصارت عوضاً عن الرقبة .

وجه الاستحسان] ^(٢): أن الأكساب لم تكن على ملك المولى ، وإنما صار العتق سبباً في تحصيلها ^(٣) كالكتابة .

(١) في (ب) (الشرط) ، والمثبت من (أ) .

(٢) الزيادة من (أ) .

(٣) في (أ) (تخليصها) .



بَابُ العتق الذي يقع بقبول المال قبل أدائه



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لعبده: أنت حر على ألف [درهم]، أو بألف [درهم]، أو [على أن] تعطيني ألفاً، أو على أن تؤدي إليّ ألفاً، أو على أن تجبني بألف، أو على أن لي عليك ألفاً، أو على ألف تؤديها، فقَبِلَ العبد، فهو حر الساعة حين قَبِلَ، وعليه ما شرط دَيْنًا، وهو حر في جميع أحكامه قبل الأداء؛ وذلك لأنه لما [أعتقه بعوض] ^(١) فزال ملكه بقبول العوض، كما لو باعه، وكما لو طلق امرأته بعوض، وليس كذلك في الباب الأول؛ لأنه علق العتق بحصول العوض فلم يعتق قبله، قال: وكذلك لو أعتقه على طعام موصوف، أو شيء من المكيل معلوم الجنس، أو على موزون مثل ذلك؛ لأن هذا يَصِحُّ أن يكون بدلاً من ^(٢) البيع، فكذلك في العتق، وكذلك في العوض بعينه [أو بغير عينه] ^(٣)؛ لأن [عقد] ^(٤) البيع يجوز أن يقع عليه، فكذلك العتق، وعدم ملكه لا يمنع من تعلق العقد به؛ لأن [العتق] ^(٥) يجوز أن يقع عليه قيمة الشيء، فإذا أوقعه على ملك الغير ^(٦) صَحَّت التسمية؛ لأنه إن سَلَّمه المالك وإلا وجبت قيمته.

(١) في (ب) (اعتقد)، والمثبت من (أ).

(٢) في (أ) (عوضاً في البيع).

(٣) الزيادة من (ج).

(٤) في (ب) (عتق)، والمثبت من (أ).

(٥) في (ب) (العقد)، والمثبت من (أ)، (ج).

(٦) في (أ) (على تلك العين).

قال: وكذلك [عوض بغير عينه]^(١) معلوم الجنس؛ [وذلك] لأنه بدل عما ليس بمال، فإذا كان معلوم الجنس جاز وإن جهلت الصفة كالمهر، [قال]: ولو كانت أمة فقبلت، ثم ولدت ثم ماتت، لم يكن على الولد أن يسعى في شيء مما أعتقت عليه؛ وذلك لأنها عتقت بالقبول، ودين الحرة لا يلزم ولدها.

وقد ذكر [الرازي]: أن المستسعى على ضربين: كل من يسعى ليخلص رقبته، فهو في حكم المكاتب عند أبي حنيفة، ومن يسعى في بدل رقبته [الذي لزمه بالعتق، أو في قيمة رقبته لأجل ترك شرط لها عليه، ولدَيْن ثبت في رقبته]^(٢)، فهو بمنزلة الحر في أحكامه، مثل: أن يعتق الراهن عبده وهو معسر، وكذلك المأذون إذا أعتق وعليه دين، وكذلك أمة أعتقها مولاهما على أن تتزوجه فقبلت^(٣) ثم أبت، فإنها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة، وكذلك لو قال لعبده: أنت حر على قيمة رقبتك، فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر؛ وذلك لأن السعاية في هذه المسائل لزمّت بعد وقوع الحرية، وفي الفصل الأول إنما يسعى ليتوصل بالسعاية إلى الحرية عند أبي حنيفة، وعلى هذا لو أبرأ المولى المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر، وعليه أن يؤدي الكتابة؛ وذلك لأن البراءة تقتضي الحرية، وسقوط العوض والحرية لا تبطل بالرد، والمال يبطل بالرد، فعتق، ولزمه المال.

٢١٦٣ - فصل: [أداء ما شرط من الوصف والجنس للعتق]

قال: وما وصف وما ذكر جنسه مما وقع عليه العتاق، فعليه ما شرط من

(١) في (ب) (تعين عتقه)، والمثبت من (أ)، (ج).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من (أ)، (ب)، والمثبت من (ج).

(٣) في (أ) (فعتقت).

ذلك ؛ لأن العين فيه أعدل من القيمة ، وما سمي جنسه ولم يوصف فعليه الوسط منه ؛ لأنه [بدل] ^(١) عما ليس بمال ، فجاز أن يثبت في الذمة مع جهالة الصفة ، ويستحق منه الوسط كالديات .

قال : وإن لم يسم جنسه فقال : أنت حر على ثوب ، فقَبِلَ العبدُ ، عتق ، وعليه قيمة نفسه ؛ وذلك لأن جهالة الجنس أكثر من جهالة القيمة ، فمنعت التسمية ، وهذا على ما قدمناه في النكاح .

٢١٦٤ - فَصْل : [فيما إذا استحق عليه العوض رجع بالقيمة]

وإن استحق عليه العوض وكان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله ؛ وذلك لأن العوض مأخوذ عما وقع عليه العقد ، فإذا استحق الفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد بحاله .

قال : وإن كان عيناً في العقد وهو [عرض] ^(٢) أو حيوان ، رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يرجع بقيمة المستحق .

وجه قولهما : أن كل واحد من العوضين له قيمة ، وقد تعذر الفسخ بالعتق فوجب الرجوع بقيمة ما خرج من ملكه ، كمن باع عبداً بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم .

وجه قول محمد : أنه عقد لا يلحقه الفسخ ، فإذا استحق العوض رجع بقيمته : كالخلع ، والصلح من دم العمدة .

(١) في (ب) (يزول) ، والمثبت من (أ) ، (ج) .

(٢) في (ب) (عوض) والمثبت ن (أ) .

٢١٦٥ - فَصَّل: [فيما إذا باع المولى العبد من نفسه بعوض]

وإذا باع المولى العبد من نفسه بعوض ، أو وهب له نفسه على عوض ، فله أن يبيع العوض قبل القبض [بعوض] ؛ وذلك لأنه مملوك بسبب لا يفسخ بهلاكه ، فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث .

٢١٦٦ - فَصَّل: [اختلاف المولى والعبد فيما وقع به العتاق]

وإن اختلف المولى والعبد فيما وقع به العتاق ، فالقول قول العبد ، والبينة على المولى ؛ وذلك لأن العبد هو المستحق عليه ، فكان المرجع إلى قوله ، والبينة بينة المولى ؛ لأنها تثبت الزيادة ، وفي الباب الأول إذا علق العتق بالأداء ، فاختلف في [مبلغ]^(١) المال ، فالقول قول المولى ؛ لأنه اختلف في شرط اليمين .

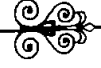
فإن [أقاما]^(٢) البينة [فالبينة] بينة العبد ؛ لأنها نقضي بالبينتين ، ونجعل كأن المولى عتقه بكل واحد من الشرطين فأيهما وجد عتق .

٢١٦٧ - فَصَّل: [فيما إذا أعتق الرجل نصف عبده على عوض]

قال أبو حنيفة: إذا أعتق الرجل نصف عبده على عوض ، فقبّل ، عتق نصفه بالعوض ، ويسعى العبد في نصف قيمته عن النصف الآخر ، فإذا أدى السعاية عتق باقيه ، وهو قبل الأداء بمنزلة المكاتب في جميع أحكامه إلا أنه لا يرد في الرق .

(١) في (ب) (بيع) والمثبت من (أ) ، (ج) .

(٢) في (ب) (قام) ، والمثبت من (أ) .



وقال أبو يوسف ومحمد: عتق كله ولا سعاية عليه، وهذا فرع على اختلافهم في تبويض الحرية، فعند أبي حنيفة: أن عتق البعض [١/٢٣٣] لا يوجب عتق الباقي، وقد وجب إخراجه إلى الحرية، فلزمه السعاية. وعندهما: أن العتق لا يتبع، فعتق البعض بعوض عتق الجميع بذلك العوض.

٢١٦٨ - فَصْل: [العتق على مالين]

وذكر في الزيادات: فيمن قال لعبده: [أنت حر على ألف درهم] ^(١) أنت حر على مائة دينار، فقال العبد: قد قبلت ذلك، عتق، وكان عليه المالان جميعاً، وكذلك إن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً على ألف درهم، أنت طالق ثلاثاً على مائة دينار، فقالت: قد قبلت، طلقت ثلاثاً بالمالين جميعاً، وهذا على قول محمد.

وقال أبو يوسف - في مسألة الطلاق القبول على الكلام الأخير - فهي طالق ثلاثاً بمائة دينار، وقال أبو الحسن: وكذلك قياس قوله في العتق. وجه قول أبي يوسف: أنه لما أوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر، انفسخ الإيجاب الأول وتعلق القبول بالثاني كإيجاب البيع.

وجه قول محمد: أن المولى لا يملك الرجوع عن إيجاب العتق، فلم يحمل الإيجاب الثاني على فسخ الأول، وصار زيادة فيه، فإذا قبل العبد لزمه الأمران [جميعاً].



(١) الزيادة من (أ)، (ج).

بَابُ الخيار في العتق



قال [الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب]^(١): أن العتق بغير بعوض والطلاق بغير عوض إذا شرط الخيار فيه للمولى، أو للزوج، أو للعبد، أو للأمة، فالخيار باطل، والعتق والطلاق واقعان؛ لأن الخيار مشروط للفسخ، وفسخ الطلاق أو العتاق لا يَصِحُّ، فأما الطلاق على مال، [والعتاق على مال]^(٢)، والصلح من دم العمد على مال، إذا شرط الخيار للمولى أو للزوج أو للمولى، بطل الخيار؛ [لأن] الذي من جهتهم لا يفسخ فلا معنى للخيار فيه.

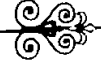
وإن شرط الخيار للعبد أو للمرأة أو للقاتل، جاز الخيار؛ وذلك لأن الذي من جهتهم هو المال، وذلك مما يلحقه الفسخ، فصَحَّ شرط الخيار فيه؛ وذلك لأن المال كالأجنبي من هذه العقود، بدلالة أنها تخلو منه، ولا تفسد بفساده، فجاز شرط الخيار فيه وإن لم يجز فيها، وإذا ثبت هذا قلنا: إذا ردت المرأة أو العبد بطل العقد بردهما؛ لأن العتق والطلاق وقعا على المال، فإذا لم يسلم لم يقعا، وأما إذا فسخ^(٣)، فالقياس أن يبطل العفو؛ لأنه تعلق بشرط المال، ولم يسلم المال.

وروى حفص بن عمرو عن محمد: أن القاتل إذا فسخ صحَّ العفو ولزمته

(١) في (أ): (جملة هذا الباب)، والمثبت من (ج).

(٢) الزيادة من (أ)، (ج).

(٣) في (أ): القاتل



الدية استحساناً؛ وذلك لأن القصاص مما يسقط بالشبهة، وعفو الولي شبهة، فسقط بها القصاص، ويجب العوض؛ لأن الولي لم يرض بإسقاط القود بغير عوض، ولا عوض إلا الدية التي هي قيمة النفس.

٢١٦٩ - فَصْل: [شرط الخيار في الكتابة]

فأما الكتابة فيجوز فيها شرط الخيار للمولى أو للعبد؛ لأنها معاوضة يلحقها الفسخ، فجاز شرط الخيار في طرفها كالبيع.



بَابُ الرجل يخير عبده في العتق

قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لعبده: اختر العتق، أو خيرتك في العتق أو في عتقك، أو قد جعلت عتقك في يدك، أو أمر عتقك في يدك، أو أنت حر إن شئت، فهو بمنزلة ما يثبت لك في تخيير الطلاق في قوله: أمرك بيدك، إذا بين المولى أنه جعل ذلك في العتاق، وتلفظ به، فما كان من الكلام الذي تلفظ به المولى يوجب المجلس في الطلاق، فهو كذلك في العتاق، وما كان يوجب المجلس وغير المجلس في الطلاق، فالعتاق كذلك، والأصل في جواز تعليق العتق بفعل العبد: أن المولى يملك إيقاع ذلك بنفسه، فملك أن [يفوض] (١) الإيقاع إلى غيره كالطلاق؛ ولأنه إذا علقه باختياره فقد علق العتق بشرط، فصار كتعليقه بسائر الشروط، وإذا ثبت هذا فما كان فيه لفظ تمليك فهو على المجلس؛ لأن التمليك على المجلس، إلا أن يدل دلالة على أن ما بعد المجلس يساوي المجلس في ذلك، وما لم يكن على وجه التمليك فهو إذن في التصرف، فلا يقف على المجلس كالوكالة، ولا يحتاج في ذلك إلى نية المولى إذا ذكر العتق والحرية في لفظه؛ لأنهما صريح فلا يفتقر إلى النية، فإن خيره ولم يذكر العتق ولا الحرية، فلا بد من النية؛ لأنه يحتمل الخيار في العتق وفي غيره.

(١) في (ب) (يعوض)، والمثبت من (أ)، (ج).

بَابُ الاستثناء في العتاق



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قد ذكرنا الاستثناء في الطلاق والعتاق في كتاب الطلاق، (وقال الشيخ رحمه الله تعالى)^(١): وجملة هذا أن الاستثناء على ضربين: استثناء بإلا، واستثناء بالمشيئة، فإن استثنى بإلا في المعتقين، فهو استثناء صحيح في قولهم، مثل أن يقول: أنتم أحرار إلا سالمًا؛ [لأن]^(٢) الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي، وإن استثنى بعض العتاق صحَّ على قول أبي حنيفة؛ لأن العتق يتبع بعض، فيجوز أن يعتقه إلا نصفه، فأما على قولهما: فالعتق لا يتبع بعض، فاستثناء بعض المعتق لغو، ولا يتصور في العتاق استثناء بعض العدد؛ لأن العتق لا عدد له، والطلاق ذو عدد، فيجوز أن يطلق عددًا ويستثنى بعضه.

فأما الاستثناء بالمشيئة، فإنها في العتاق كهي في الطلاق، وقد بيَّنا ذلك، وقد قال محمد في نوادر ابن سماعه: إذا قال غلاماي حران سالم وبزيغ إلا بزيغًا، فإن استثناءه جائز؛ لأنه [ذكرهم]^(٣) جملةً وأعتقهم، ثم فصلهم بعد وقوع لفظ الحرية، فلا يمنع ذلك من أن يكونوا جملة واحدة استثنى بعضها، فيصح الاستثناء، وليس كذلك إذا قال سالم حر وبزيغ إلا سالمًا؛ لأن كل واحدة جملة

(١) ما بين القوسين ساقطة من (أ).

(٢) في (ب) (إلا أن)، والمثبت من (ج).

(٣) الزيادة من (أ)، (ج).

بانفراده ، واستثناء جميع الجملة لا يصح .

قال أبو الحسن : وإذا قال : أنت حرٌّ وحرٌّ إن شاء الله ، بطل الاستثناء عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : الاستثناء جائز .

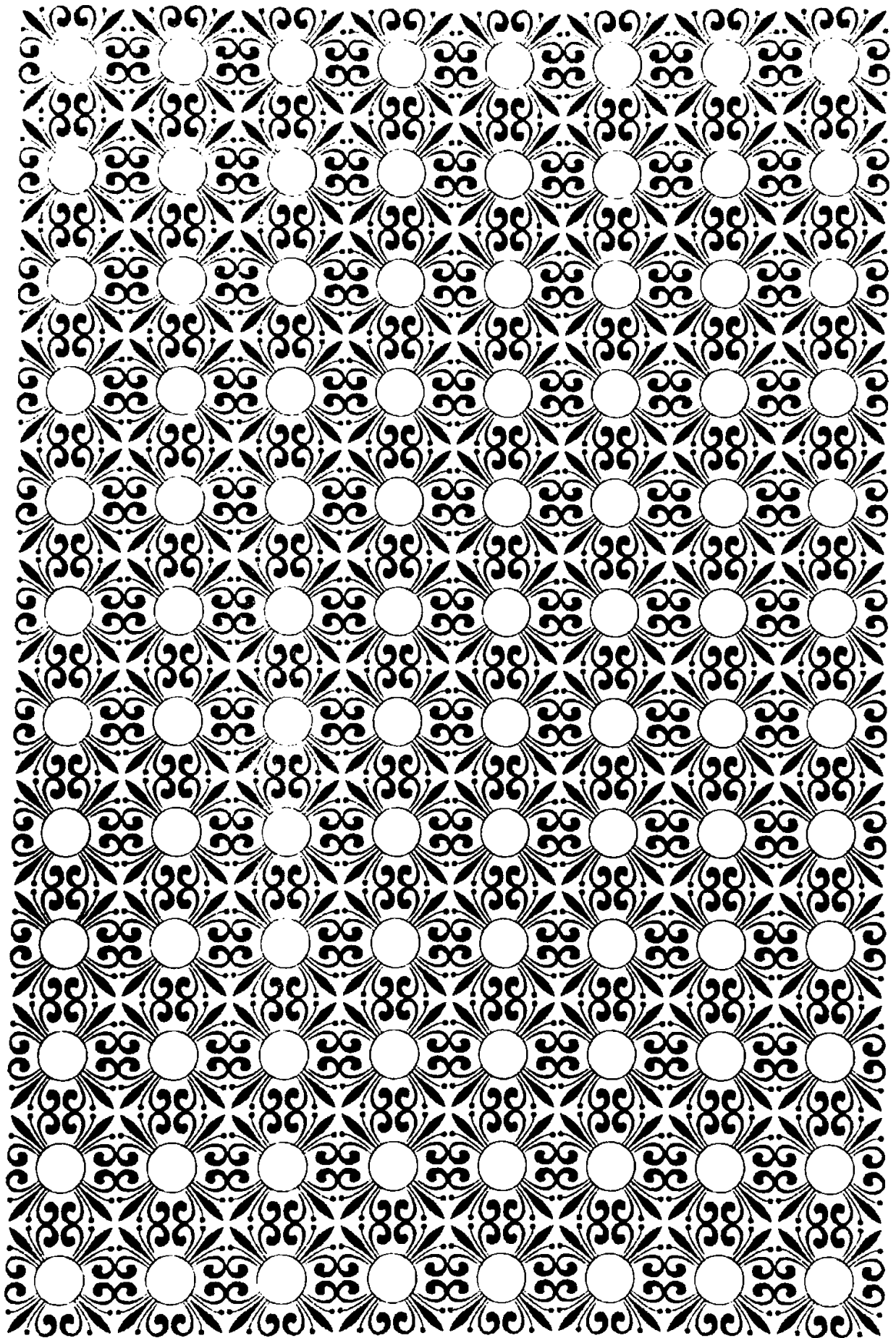
وجه قول أبي حنيفة : أن الحرية وقعت باللفظ الأول والثاني لغو ، ففصل بين الحرية والاستثناء ، فصار كالفصل بالسكوت .

وجه قولهما : أنه كلام واحد معطوف بعضه على بعض ، فلا يفصل الاستثناء منه ، كما لو قال أنت حر لله إن شاء الله .

٢١٧٠ - فَصْل : [استثناء الواحد من العشرة]

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره : في رجل له خمسة من الرقيق فقال : عشرة من ممالكي إلا واحداً أحرار ، أنه يعتق الخمسة جميعاً ؛ وذلك لأنه استثنى الواحد من العشرة ، فكأنه قال تسعة من ممالكي أحرار ، ولو قال ممالكي العشرة أحرار إلا واحداً عتق منهم أربعة ؛ لأن هذا رجل استثنى واحداً من مماليكه وغلط في عددهم ، فلا يمنع غلظه من صحة الاستثناء .

تم كتاب العتاق بحمد الله وعونه
وصلّى الله على رسوله محمد وآله وسلم





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[٥١] كتاب الأيمان



[٢٣٤/ب] قال الشيخ رحمه الله: اليمين في اللغة مشتقة من القوة، قال الشاعر:

إذا [ما] راية رُفعت [لمجد] ﴿ تَلَقَّاهَا عَرَابَةٌ بِالْيَمِينِ ^(١)

فلما كانوا يتوثقون بالأيمان سموا التوثيق يمينا، وقيل: إنها مأخوذة من اليمين التي هي الجارحة؛ لأنهم كانوا يعاهدون بدفع أيمانهم فاشتقت اليمين من ذلك، واليمين على ضربين: يمين (مخاصم) ^(٢) وهي مأخوذة لتعظيم المقسم به، وذلك لا يكون إلا باليمين بالله تعالى؛ لأن هذا التعظيم يجري مجرى العبادة، والقسم: هو اليمين التي تعرفها العرب وإن كانوا لا يخصونها بالله تعالى.

والضرب الثاني: الشرط والجزاء، إذا قصد منها الامتناع عن فعل شيء، أو الحث على فعله، ولم تجر عادة من أهل الشرع بخلاف ذلك، وهذا اليمين لا يعرفها أهل اللغة إنما صارت يمينا بعرف أهل الشرع، ألا ترى أنهم يقولون: حلف بطلاق امرأته، وحلف بعق عبده، وإنما لحقت إحدى اليمينين بالأخرى؛ لأن اليمين الأولى جملة من مبتدأ وخبر وهذه جملة من شرط وجزاء، والكلام في اللغة ينقسم إلى هذين الجملتين، فألحقوا إحداهما بالأخرى ^(٣).

(١) من قول الحطيئة، كما في الصحاح للجوهري (يمين)، وقوله: (باليمين)، أي: بالقوة.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) كما «أن القسم جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى، ولهذا لم يجز السكوت عليه، فلا تقول: أحلف بالله، وتسكت، بل يجب أن تأتي بالمقسم عليه، فتقول: أحلف بالله لأفعلن؛ لأنك =

قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: الأيمان تنقسم: يمين تكفّر، ويمين لا تكفّر، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها.

وقد روى أبو يوسف عن حصين بن عبد الرحمن عن أبي مالك الغفاري أنه قال: الأيمان ثلاثة كما قال محمد، وقال أبو الحسن: إنها ترجع إلى قسمين: يمين على الماضي، ويمين على المستقبل، فاليمين على الماضي: يمين الغموس ويمين اللعن، واليمين على المستقبل: اليمين المنعقدة.

قال أبو الحسن: فأما اليمين التي تكفر: فالرجل يحلف على أمر تركه خيراً من إمضائه، وإنما يريد بذلك ما بيّناه أن اليمين على المستقبل، وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْ بِهِ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ...﴾ الآية [المائدة، ٨٩]، وقال ﷺ: (من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه)^(١) فهذه اليمين عندنا على ثلاثة أضرب: يمين يجب الوفاء بها: وهي على فعل الواجبات وترك المعاصي.

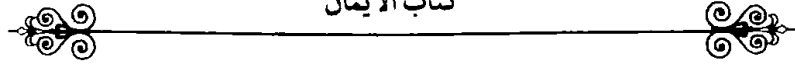
ويمين يجب الحنث فيها: وهي اليمين على فعل المعاصي وترك الطاعات؛ لأن النبي ﷺ قال: (من حلف أن لا يطيع الله فليطعه ومن حلف أن يعصي الله فلا يعصه)^(٢).

= لم تقصد الإخبار بالحلف، وإنما قصدت: أن تخبر بأمر آخر، نحو: لأفعلن، إلا أنك أكدته ونفيت عنه الشك بأن أقسمت عليه». كشف الأسرار عن أصول البزدوي ١٨٤/٢ (دار الكتاب العربي).

(١) أخرجه مسلم (١٦٥٠) وغيره من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) لم أجد بهذا اللفظ إلا ما ذكره السرخسي في المبسوط ١٢٨/٨، وإنما روى البخاري وغيره بلفظ:

(من نذر...) البخاري (٦٣١٨، ٦٣٢٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.



والضرب الثالث: ما يخير الإنسان فيه من البرّ والحنث .

فمنها: ما يندب إلى الحنث: وهو ما كان فعله خيراً من تركه .

ومنها: ما لا يندب إلى الحنث: وهو المباحات ، وقد دلّ على ذلك قوله

﴿﴾: (من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها ، فليأت الذي هو خير) .

٢١٧١ - فَضْلُ: [يمين الغموس]

وأما اليمين الثانية: فهي يمين الغموس: وهي التي تقع على الماضي والحالف متعمّد للكذب ، أو تقع على الحال كذلك ، فالماضي مثل قوله: وَاللَّهِ مَا فَعَلْتُ كَذَا وهو يعلم أنه قد فعله ، [أو يقول]: وَاللَّهِ قَدْ فَعَلْتُ كَذَا وهو يعلم أنه لم يفعله ، والحال مثل قوله: وَاللَّهِ مَا لَهَذَا عَلَيَّ دَيْنٌ وهو كاذب ، فهذه اليمين لا تنعقد عندنا ، ولا كفارة فيها ، وإنما على الحالف بها الاستغفار وأمره إلى الله . وقال الشافعي رحمته: فيها الكفارة^(١) .

ولنا قوله رحمته: (اليمين الغموس تدع الديار بلاقع)^(٢) ولم يذكر الكفارة ، ولا عن بين الزوجين وأمرهما بالتوبة لعلمه أن أحدهما كاذب ، ولم يأمر بالتكفير للكاذب منهما ؛ ولأنها يمين على الماضي كاللغو في الماضي ، [ولأن]^(٣) الله تعالى أوجب الكفارة في اليمين المنعقدة ، والعقد ما يتصور فيه الحل والعقد ، وهذا لا يتصور في يمين الغموس ؛ لأنه لا يصح البقاء على عقدهما ، ولأن

(١) وقال مالك وأحمد في إحدى روايته «لا كفارة لها» كقول الحنفية ، «وقول الشافعي وأحمد في الرواية الأخرى تكفر» . رحمة الأمة ص ٤٣٣ .

(٢) الحديث أخرجه أبو بكر الكلاباذي في بحر الفوائد المشهور بمعاني الأخبار ٣٢٣/١ ؛ والذهبي في تذكرة الحفاظ ٥٨٢/٢ ؛ والبغوي في شرح السنة ٨٥/١ .

(٣) في ب (ولعل) ، والمثبت من أ .

المعنى الموجب بحلها يقارنها ، فلا ينعقد كالبيع الذي يقارنه العتق ، والصلاة التي يقارنها الحدث ، وليس كذلك إذا حلف لأقْلِبَنَّ الحجر ذهباً ؛ لأنه عقد على المستقبل ، وذلك أمر موهوم ، وإنما يحنث ؛ لأنه لا وقت للبر والحنث ينتظر ، وذلك لا يتصور إلا بعد انعقاد اليمين ، فلذلك وجبت الكفارة .

٢١٧٢ - فَصْلُ : [يمين اللغو]

وأما اليمين الثالثة: فهي يمين اللغو ، وقد قال أصحابنا: إنها اليمين على الماضي إذا ظن الأمر على ما قال وهو بخلافه ، كقوله: والله لقد دخلت الدار ، والله ما كلمت زيداً ، ويكون على الحال كقوله: والله إن هذا المقبل لزيد ، وهو يظن أنه كذلك ، أو والله إن هذا الطائر لغراب .

وروى ابن رستم عن محمد قال: اللغو: أن يحلف الرجل على الشيء وهو يرى أنه بحق وليس حق ، مثل قوله: والله ما أكلت اليوم ، وقد أكل ، فهذا من اللغو الذي لا حنث فيه .

وقال الشافعي: اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل^(١) .

وقد قال محمد - في إثر حكايته عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى - : إن اللغو ما يتخاطب به الناس من قولهم: لا والله ، وبلى والله ، وهذا قريب مما قال الشافعي .

وقال آخرون: اللغو الحلف على المعصية ، فيجب على الإنسان الحنث ولا كفارة عليه .

[وقال آخرون: اللغو أن يحلف على المعصية ، فيلزمه الحنث والتكفير ،

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٩٠ .

فهو لفظ محيط بالكفارة^(١).

وقال آخرون: اللغو اليمين المكفرة. وروى ابن سماعة^(٢) في إحدى الروايتين: أن اللغو اليمين في الغضب، والدليل على ما قلناه: ما روى عطاء عن عائشة في لغو اليمين قالت عائشة رضي الله عنها قال رسول الله ﷺ: (هو قول الرجل لا والله وبلى والله) وقد روي هذا الحديث موقوفاً عليها^(٣).

وروى زرارة بن أوفى قال: هو الرجل يحلف على اليمين لا يرى إلا أنه قد حلف^(٤).

وعن ابن عباس قال: هو أن يحلف الرجل اليمين الكاذبة وهو يرى أنه صادق؛ ولأننا إذا بيّنا أن الكفارة تجب على اليمين المعقودة، والماضي لا ينعقد عليه يمين، لم يتعلق به كفارة.

فأما الكلام مع الشافعي: فهو أن اليمين على المستقبل تجب بها الكفارة وإن لم يقصدها، لقوله ﷺ (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، واليمين)^(٥)، وقد روي أن المشركين استحلفوا حذيفة وأباه أن لا يعينا رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: (نفي لهم بعهدهم ونستعين بالله ﷻ عليهم)^(٦)

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ، وساقطة من ب.

(٢) في (أ): ابن عباس

(٣) رواه البخاري (٦٢٨٦) وغيره.

(٤) أخرجه الطبري في تفسيره ٢/٢٠٨.

(٥) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)؛ والترمذي (١١٨٤) وقال: «هذا حديث حسن غريب»؛ وابن ماجه

(٢٠٣٩)؛ وابن الجارود في المنتقى ١/١٧٨؛ والبيهقي في الكبرى ٧/٣٤٠، كلهم بلفظ

(والرجعة) بدل (اليمين) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) أخرجه مسلم (١٧٨٧).

فحكم بصحة اليمين مع الإكراه، فدلّ على أن القصد غير معتبر فيها.

وأما من جعل اللغو اليمين على المعصية فقد دل على بطلانه قوله ﷺ: (من حلف على يمين فرأى [ب/٢٣٥] غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه)^(١).

ومن أوجب الكفارة في يمين المعصية وسماها لغواً، فقوله ليس بصحيح؛ لأن اللغو [ما] لا تتعلق الأحكام به، ومن جعل اليمين المكفرة لغواً فقد غلط؛ لأن الله تعالى أوجب الكفارة في اليمين المنعقدة، وجعل اللغو قسماً آخر، فالظاهر أن أحدهما غير الآخر.

فأما الذي روي عن ابن عباس في يمين الغضب فإنما بناه على عدم القصد، وقد بينا أن انعقاد اليمين لا يقف على القصد.

٢١٧٣ - فصل: [المؤاخذة في اللغو]

قال محمد في اللغو: هو يمين نرجو أن لا يؤاخذ الله صاحبها، فقليل له قد أخبر الله تعالى أنه لا يؤاخذ، وخبره على القطع فلا معنى للشك في الجواب.

والجواب عن هذا في وجهين: أحدهما: أن الله تعالى أخبر بأنه لا يؤاخذ بيمين اللغو، ولم يعلم محمد قطعاً أن الذي اعتقده هو الذي أراد الله تعالى به [الاختلاف]^(٢) في ذلك، فلهذا قال: أرجو. والثاني: أن الرجاء على ضربين: رجاء طمع، ورجاء تواضع، فيجوز أن يكون قوله أرجو أن لا يؤاخذ الله بها على

(١) أخرجه البخاري (٦٢٤٧) وفي مواضع كثيرة، بلفظ (فرأيت)؛ ومسلم (١٦٤٩) بلفظ (أرى).

ويلفظ الكتاب رواه ابن حبان في صحيحه (٤٣٤٧).

(٢) الزيادة من أ.

طريق التواضع لله تعالى .

٢١٧٤ - فَصْل : [اليمين الغموس والمنعقدة تؤخذ في القسم]

واليمين الغموس والمنعقدة تؤخذ في القسم وغيره ؛ لأنه إذا حلف بطلاق أو عتاق وهو يعلم أنه كاذب وقع ما حلف به ، وكذلك اليمين المنعقدة تؤخذ في القبيلين ، فأما يمين اللغو فإنها تختص بالقسم .

قال ابن رستم عن محمد: ولا يكون اللغو إلا في اليمين بالله ، ومعنى ذلك: أنه إذا حلف بطلاق أو عتاق على أمر ماض وهو يظن أنه صادق وهو كاذب ، وقع الطلاق والعتاق ، وكذلك إذا حلف لزمه ذلك ، وقد عبر أبو الحسن عن ذلك فقال: ما كان المحلوف به هو الذي يلزمه بالحنث فلا لغو فيه ؛ وذلك لأن من حلف بالله تعالى على أمر يظن على أنه ما حلف عليه ، وليس كذلك لغو المحلوف عليه^(١) وبقي قوله: امرأته طالق أو عبده حر ، أو عليه الحج ، ومن قال ذلك لزمه .

٢١٧٥ - فَصْل : [اليمين ماضٍ ومستقبلٍ]

فأما التقسيم الذي اختاره أبو الحسن وهو أن اليمين على ضربين: ماضٍ ومستقبل ، فليس يعم سائر الأيمان ، وتقسيم محمد أعم منه ؛ لأننا قد بيّنا أن الغموس واللغو يكون على الحال والماضي ، وما ذكره من التقسيم لا يدخل في الحال^(٢) .



(١) في (أ): (وبقي والله ، فلا يلزمه شيء . فأما اليمين بغير الله فيلغو المحلوف عليه) .

(٢) انظر: الأصل ٢٧٥/٢ وما بعدها .

بَابُ اللفظ الذي يوجب الحنث في اليمين به الكفارة



قال أبو الحسن: إذا حلف بشيء من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته ثم حنث فعلية الكفارة، ومن أصحابنا من قال: إن أسماء الله تعالى على ضربين: منها ما لا اشتراك فيه، مثل: الله، والرحمن، فالحلف بها ينعقد بكل حال، ومنها ما هو مشترك مثل: الحكيم، والعزيز، والقادر.

[فإن أراد بها اليمين كان يميناً، وإن لم يرد لم يكن يميناً]^(١)، وقد ذكر أبو الحسن القسمين ولم يفصل، وإنما قلنا: إن اليمين باسم الله تعالى يمين؛ لأن تعظيمه واجب، وهتك حرمة اسمه لا يجوز على التأيد؛ فلذلك كان حالفاً، وإنما قلنا: إنه يكون حالفاً بكل الأسماء وإن لم يقصد؛ لأن اليمين بغير الله لا يجوز، والظاهر أن الحالف قصد يميناً صحيحة، فحمل الاسم على ما يصح الحلف به، اللهم إلا أن يقصد [غير] الله^(٢) فلا يكون حالفاً.

وقد حكى عن بشر المريسي فيمن قال: والرحمن، أنه على وجهين: إن قصد اسم^(٣) الله تعالى فهو حالف، أو أراد سورة الرحمن فليس بحالف، وكأنه حلف بالقرآن.

فأما الحلف بصفات الله تعالى: [فهو على ضربين: منها: صفات الذات،

(١) المثبت من أ، وفي ب (ومنها ما هو اليمين كانت يميناً).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (وجه).

وصفات الفعل ، ويعرف الفرق بينهما: بأن كل ما يوصف به الله تعالى^(١) ولم يجر أن يوصف بضده: فهو من صفات ذاته كالعلم والقدرة ، وما جاز أن يوصف به وبضده فهو من صفات فعله كرحمته وغضبه ، فما كان من صفات الذات إذا حلف به انعقدت يمينه ، إلا في قوله: وعلم الله ، فإنه لا يكون حالفاً استحساناً ؛ وذلك لأن صفات الذات لما لم يكن مَعْنِيٍّ غيره تعالى صار ذكرها كذكره ، فإذا قال: وقدرة الله ، فكأنه قال: والله القادر ، فأما القياس في العلم فكذلك ؛ لأنه من صفات ذاته ، وإنما استحسن لأن العادة أن العلم يذكر ويراد به المعلوم ، [يقال]: اللهم اغفر لنا علمك فينا ، والمراد [به] معلومك ، ومعلومُ الله تعالى غيره ، فلا يكون بها حالفاً ، وأما إن أراد الحالف العلم الذي هو صفة [الذات] انعقدت به يمينه .

فإن قيل: فهلا قال أبو حنيفة مثل ذلك في القدرة ؛ لأنهم يقولون للشيء المستعظم: هذا قدرة الله ، فانظر إلى قدرته ، والله في هذا قدرة .

والجواب: أن المراد بهذا اللفظ أثر قدرة الله ، وإنما حذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ، ألا ترى أن القدرة لا تشاهد ، ولأنه لا يخلو: [إما] أن يكون المراد بالمقدور الموجود أو المعدوم ، ولا يجوز أن يكون [المراد به]^(٢) الموجود ؛ لأنه خرج من أن يكون مقدوراً له تعالى ، ولا يجوز أن يريد المعدوم ؛ لأن ذلك لا يحلف به ، فلم يبق إلا أن يريد القدرة التي هي الصفة ، وليس كذلك العلم ؛ لأنهم يريدون المعلوم الموجود ، ووجوده لا يخرج من أن يكون معلوماً له تعالى ، فلذلك افترقا .

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب ، والمثبت من أ .

(٢) الزيادة من أ .

٢١٧٦ - فصل: [ألفاظ القسم]

وألفاظ القسم الأصل فيها: الباء، ثم الواو، ثم التاء^(١)؛ وذلك لأن الباء تكون في اسم الله تعالى وفي غيره وفي المضممر والمظهر^(٢)، والواو أخص منها^(٣)^(٤)؛ (لأنه يكون في المظهر دون المضممر، إلا أنها تختص بأسماء الله تعالى)^(٥)، والتاء أخص منها؛ لأنها لا توجد إلا في اسم الله تعالى^(٦).

وإنما قلنا: إن الحلف بلفظ الباء ينعقد؛ لقوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا﴾ [التوبة: ٧٤] وأما الواو: فلقوله ﷺ: (والله لأغزون قريشاً)^(٧).

(١) هذه الحروف الثلاثة، تستعمل في القسم، وإن لم توضع له في أصل الوضع؛ لأنها تستعمل في غيره أيضاً. انظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي.

(٢) الباء للإصاق في أصل الوضع، فإنهم لما احتاجوا إلى الإصاق فعل الحلف بما يقسمون به، استعملوها منه استعمالهم في قولهم: كتبت بالقلم، إلا أنهم حذفوا الفعل لكثرة القسم في كلامهم اكتفاءً بدلالة الباء عليه، كما حذفوا في بسم الله، فقالوا: بالله لأفعلن؛ مرادين: أحلف بالله، أو أقسم به، فكانت الباء دالة على فعل محذوف. انظر: أصول السرخسي ٢٢٧/١ (دار المعرفة)؛ كشف الأسرار عن أصول البزدوي ١٨٤/٢.

(٣) في (أ): لأنها لا توجد إلا في اسم الله تعالى

(٤) والواو استعريت في القسم بدلاً من الباء؛ للمناسبة بينهما صورة ومعنى، وإنما استعير للباء لتوسعة لصلات القسم؛ إذ الحاجة دعت إلى الاستعارة في باب القسم؛ لكثرة دوره على الألسنة. انظر: كشف الأسرار على البزدوي ١٨٤/٢.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٦) والتاء تستعمل في صلة القسم، وهذا لما بين التاء والواو من المناسبة، فإنهما من حروف الزوائد في كلام العرب، يقام أحدهما مقام الآخر، والتاء أخص من الواو؛ إذ تختص باسم الله، فجاز (تالله)، ولم يجز (تالرحيم). انظر: أصول السرخسي ٢٣٠/١ (دار المعرفة)؛ كشف الأسرار ١٨٤/٢.

(٧) أخرجه أبو داود (٣٢٨٥، ٣٢٨٦) في باب (الاستثناء في اليمين بعد السكوت)؛ والبيهقي =

وأما التاء فلقوله تعالى: ﴿تَأْتِيهِمْ لِقَاءُ رَبِّهِمْ أَزْوَاجًا﴾ [النحل: ٦٣] و﴿وَتَأْتِيهِمْ لِقَاءُ رَبِّهِمْ أَزْوَاجًا﴾ [الأنبياء: ٥٧].

فأما إذا قال: الله، فهو يمين؛ لما روي: (أن ركاة تطلق امرأته البتة، فقال له رسول الله ﷺ: (الله ما أردت إلا واحدة)^(١)؛ ولأن العرب تحذف بعض الكلمة على طريق التخفيف، ألا ترى إلى قول الشاعر:

قلت لها قفي ❖ قالت قاف^(٢)

وإنما أرادت به: وقفت، فقوله: الله، المراد به: والله، وأما قوله: الله، فلم يذكر في الكتاب، ويجب أن يكون يمينا؛ لأن اللام تقوم مقام الباء، قال الله تعالى: ﴿قَالَ ءَامَنْتُمْ لَهُ قَبْلَ أَنْ ءَاذَنَ لَكُمْ﴾ [طه: ٧١، الشعراء: ٤٩]، وقال في الآية الأخرى: ﴿ءَامَنْتُمْ بِهِ قَبْلَ أَنْ ءَاذَنَ لَكُمْ﴾ [الأعراف: ١٢٣] يثبت بعده، فصار كقوله بالله.

٢١٧٧ - فِصْلٌ: [الحلف بأسماء الله تعالى التي لا يشاركه فيها غيره]

قال وكذلك إن قال: (وربي، أو ورب العرش، أو رب العالمين؛ لأن هذا من أسماء الله تعالى، لا يشاركه فيها [غيره] فيكون بها حالفاً.

قال وكذلك: أيم الله، وقال محمد: وأيمن الله؛ لأن العرب [ب/٢٣٦] تحلف

= في الكبرى ٤٧/١٠؛ «رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح، ورواه أبو يعلى أيضاً» كما في مجمع الزوائد ٤/١٨٢ من حديث ابن عباس ؓ.

(١) أخرجه الطيالسي في مسنده ١/١٦٤؛ والنووي في شرح مسلم ١٠/٧١؛ والعقيلي في الضعفاء ٢/٢٨٢.

(٢) انظر: تهذيب الأسماء للنووي ٣/٢٨٦.

بذلك ؛ قال امرؤ القيس :

فقلت: يمين الله أبرح قاعدا ❁ ولو ضربوا رأسي لديك وأوصالي
ولأن أيمن جمع يمين ، ومن قال: عَلَيَّ يَمِينٌ كان حالفاً ، وكذلك إذا حلف
في ذكر لفظ الجمع ، وقالوا كذلك: لَعَمْرُ اللَّهِ ؛ لأن العَمْر هو البقاء ، فكأنه قال:
وبقاء الله ، والبقاء من صفات الذات ، وقد قال الله تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ
يَعْمَهُونَ﴾ [الحجر: ٧٢] ^(١) .

٢١٧٨ - فَصْلُ: [الحلف بأمانة الله تعالى]

وقال في الأصل إذا قال: وأمانة الله كان يميناً ^(٢) ، وقال ابن سماعة عن أبي
يوسف: إنه لا يكون يميناً ، وذكر الطحاوي عن أصحابنا جميعاً: أنه ليس بيمين .
وجه ما في الأصل: أنه ليس شيء بعينه يشار إليه بأنه أمانة الله ، فلم يبق
إلا أن يريد به الصفة ، فكأنه قال والله الأمين .

وجه ما ذكره الطحاوي: أمانة الله من فعله ، فصار كقوله ورحمة الله .

٢١٧٩ - فَصْلُ: [الحلف بقوله: ووجه الله تعالى]

قال: وإن قال ووجه الله فهو يمين ، روى ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف
عن أبي حنيفة ؛ وذلك لأن الوجه يذكر ويراد به الذات ، قال الله تعالى: ﴿وَيَبْقَى
وَجْهَ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ﴾ [الرحمن: ٢٧] ، أي ذاته .

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٩٥/٧ .

(٢) بل قال في الأصل: «لو حلف رجل... ، أو قال: أمانة الله ، أو دعا على نفسه بغير ذلك ، فليس
في شيء من هذا يمين ، ولا كفارة إذا حث ، إنما هذا دعاء على نفسه» . الأصل ٢٧٧/٢ .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الرجل إذا قال: ووجه الله لا فعلت كذا، ثم فعله، إنها ليست بيمين، قال ابن شجاع: لأنها ليست من أيمان الناس إنما هو حلف السَّفَلَة، يعني: أنهم يقصدون بذلك الجارحة، وهذا يمين بغير الله تعالى.

٢١٨٠ - فَصْل: [الحلف بـ(لا إله إلا الله) و(باسم الله) لا أفعل كذا]

وقد روى مُعَلَّى عن محمد إذا قال الرجل: لا إله إلا الله [لا أفعل] (١) كذا وكذا، قال هذا ليس بيمين، إلا أن ينوي يمينا، وكذلك قوله: سبحان الله والله أكبر لا أفعل كذا، وهذا صحيح؛ لأن العادة لم تجر بالقسم بهذا اللفظ، وإنما يذكر قبل الخبر على طريق التعجب، فإذا أراد اليمين فكأنه حذف حرف القسم فيكون حالفاً، قال: وكذلك باسم الله [إذا] (٢) عنى به اليمين، وقال ابن رستم عن محمد: وبسم الله يمين؛ لأن حرف القسم موجود فيه، وقال عمرو: سألت محمداً عن قولهم: وملكوت الله وجبروته، فقال: هذا يمين، هذا من تعظيم الله تعالى وهذا صحيح؛ لأنه من صفات الذات.

٢١٨١ - فَصْل: [إرادة اليمين باللفظ]

وقال الحسن في إثر حكايته عن أبي حنيفة في رجل قال: لله عَلَيَّ أن لا أكلم فلاناً، إنها ليست بيمين إلا أن ينوي بذلك يمينا، فإن نوى اليمين ثم كلمه حنث، وعليه الكفارة، وهذا [صحيح] على أصل أبي حنيفة: أن اللفظ يجوز أن يراد به النذر واليمين جميعاً، فإذا أطلقه كان نذراً، وإذا نوى اليمين صار يمينا، وقد بينا هذه المسألة (٣).

(١) في ب (لفعل).

(٢) في ب (أو).

(٣) انظر: الأصل ٢٧٦/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٨٢/٧ وما بعدها.

بَابُ القسم والشهادة والحلف



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل أحلف، أو أحلف بالله، أو أقسم، أو أقسم بالله، أو أشهد، أو أشهد بالله، أو أعزم، أو أعزم بالله، أو الله عليّ نذر، أو نذراً لله، أو علي يمين، أو يميناً لله، فهذا كله أيمان تجب الكفارة بالحنث فيها في قول أصحابنا جميعاً، غير أن محمداً قال: إذا قال أعزم، أو أعزم بالله، لا أعرف عن أبي حنيفة، وقال زفر: في قوله أحلف، وأقسم، وأشهد: أنه لا يكون يميناً إلا بذكر اسم الله.

وقال الشافعي: إذا قال أحلف بالله، أو أشهد بالله، لا يكون حالفاً، إلا أن يريد به اليمين^(١)، وقد احتج به أبو يوسف ومحمد في ذلك بقوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦] ولم يقل: يحلفون بالله، وقال: ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١]، ثم قال: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢]، وقال تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لِيَصْرُمُوهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَنْوْنَ﴾ [ن: ١٧ - ١٨] (٢).

قال محمد: أفيكون الاستثناء إلا في اليمين وهو لم يقل (أقسموا بالله) ولأن العرب تحذف بعض الكلام على طريق التخفيف، فيكون ذلك كالمعلوم؛ لأن الحلف لا يكون إلا به، فكأنهم ذكروه.

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٩٠؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٤٣٣.

(٢) يوجد نقص لوحة في نسخة ب، والتممة من نسخة أ.

ولزفر: أنه يحتمل أن يكون أراد الحلف بالله ويحتمل غيره، فلم يثبت اليمين بالشك.

فأما علي الشافعي: فلأن كل ما تختص به كفارة اليمين إذا نوى اليمين تعلقت به الكفارة وإن لم ينو، كقوله: والله، ولا كذلك النذر؛ لأنه لا يختص بالكفارة وإنما يتعلق به الإيجاب؛ ولأن العرب تعتاد اليمين بهذا اللفظ فهي كالقسم.

فأنا أعزم أو أعزم بالله، فالعزم هو الإيجاب، والإيجاب هو اليمين، والذي قال محمد إنني لا أعرفه عن أبي حنيفة، فقد رواه الحسن عن أبي حنيفة.

وأما قوله عَلِيّ نذر، أو نذر لله، فلأن النبي ﷺ قال: (من نذر نذراً سماه فعلية الوفاء به، ومن نذر نذراً ولم يسمه فعلية كفارة يمين)^(١)، وقال: (النذر يمين وكفارته كفارة يمين)^(٢).

وروي أن عبد الله بن الزبير قال: (لنتهين عائشة عن بيع عقارها - وروي رباعها - أو لأحجرنَّ عليها) فبلغ ذلك عائشة فقالت: أو قال ذلك، قالوا: نعم، فقالت: لله عليّ نذر إن كلمته أبداً^(٣) فأعتق عبد الله عن يمينها عبيداً^(٤).

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢)؛ وابن ماجه (٢١٢٧)؛ والبيهقي في الكبرى ٤٥/١٠؛ والدارقطني ١٦٠/٤، وغيرهم، (كلهم رووا الجزء الثاني من الحديث) من حديث ابن عباس مرفوعاً؛ «وهو عند مسلم دون قوله (لم يسم)» كما في الدراية ٩١/٢.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود (٣٢٩٠) بلفظ: (لا نذر في معصية، وكفارته...). قال الترمذي (١٥٢٤): «هذا حديث غريب»؛ والنسائي في المجتبى (٣٨٣٦)؛ وابن ماجه (٢١٢٥)؛ والبيهقي في الكبرى ٥٦/١٠ من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) الحديث أخرجه البخاري (٥٧٢٥) بلفظ: (هو لله عليّ نذر أن لا أكلم ابن الزبير أبداً) في حديث طويل.

(٤) انظر: البدائع ٧/٣؛ شرح فتح القدير ٧٣/٥.

٢١٨٢ - فَصْل: [الحلف بـ(يمين الله عليّ)]

وأما قوله عليّ يمين ، أو يمين لله عليّ ؛ فلأنه صرح بإيجاب اليمين على نفسه ، واليمين لا يكون إلا بالله .

ولأن العرب تحلف بذلك ، قال امرؤ القيس :

فقلت يمين الله مالك حيلة ❦ وما إن أرى عنك الغواية تنجلي^(١)

٢١٨٣ - فَصْل: [الحلف بذمة الله أو عهده]

قال : فإن قال ذمة الله أو عهده أو ميثاقه ، فهو يمين ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَفْضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾ [النحل : ٩١] فجعل العهد يميناً ، والذمة والميثاق كالعهد في الكلام ، فجزياً مجزئاً واحداً .

وقد روي (أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيشاً قال : في وصيته : وإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تفعلوا)^(٢) ، وهذا يدل أن الذمة يمين .

٢١٨٤ - فَصْل: [الحلف بقوله : (هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا)]

وإن قال : هو يهودي ، أو نصراني ، أو مجوسي ، أو بريء من الإسلام إن فعل ذلك ، فهو يمين إن حنث لزمته الكفارة .

قال أبو يوسف : وذلك استحسان ، وقال الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال أنا بريء من كل آية في المصحف إن فعلت كذا ، ففعله فعليه كفارة اليمين .

(١) انظر : جمهرة أشعار العرب ١/٨٢ ؛ (من معلقة امرئ القيس) ؛ المبسوط ، ١/٢٣٠ .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في حديث طويل (١٧٣١) عن بريدة رضي الله عنه .

قال أبو الحسن: كل ما يكون اعتقاده كفراً، واستحلاله مما لا يجوز أن تحله الشريعة ففيه الكفارة إذا حنث. وكذلك روى الحسن عن أبي حنيفة إذا قال: أنا أعبد من دون الله أو أعبد الصليب. وقال الشافعي: لا يكون ذلك يمينا^(١).

وجه القياس: أنه حلف بمعصية فصار كما لو قال إن فعلت كذا فأنا شارب خمر أو آكل ميتة.

وجه الاستحسان: أن الكفر لا يجوز استباحته على التأبيد لحق الله تعالى، فصار كحرمة اسمه.

٢١٨٥ - فَصْل: [الكفارة في ضربَي الأيمان]

ولأن الأيمان على ضربين: قَسَم، وشرط وجزاء، فإذا كان في القَسَم ما يوجب الكفارة من غير إيجاب، جاز أن يكون في الضرب الآخر مثله؛ ولأنه لفظ مختلف في كونه يمينا يقع به الفرقة إذا انضم إليه غيره، فجاز أن يتعلق به الكفارة كلفظ الحرام، وليس هذا عند أصحابنا كمن قال: هو زان، أو شارب خمر، أو آكل ميتة؛ لأن هذا ليس بمحرم على التأبيد، ألا ترى أنه كان يجوز أن يباح بالشرع، وقد أبيحت الميتة والخمر عند الضرورة.

٢١٨٦ - فَصْل: [الحلف بقوله: (هو يهودي إن فعل كذا لشيء قد فعله)]

وأما إذا قال: هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا لشيء قد فعله، فهذه يمين الغموس بهذا اللفظ.

قال محمد بن مقاتل: يَكْفُرُ، وكتب نصير بن يحيى إلى أبي عبد الله محمد

(١) انظر: المنهاج ص ٥٤٥

بن شجاع يسأله عن ذلك؟ فقال: أن لا يكْفُر. وعن أبي يوسف: أنه لا يكفر.

ووجهه: أن الكفر يكون بالاعتقاد ولم يوجد ذلك، وإنما قصد اليمين.

وجه قول ابن مقاتل: أنه عَلَّقَ الكفر بشرط يعلم أنه موجود، فكأنه أطلق قوله: هو يهودي فيكون كافراً.

وقال مُعَلَّى عن محمد: إذا قال آليت لا أفعل كذا وكذا، أو عزمت لا أفعل كذا أو كذا، فهو يمين؛ لأن الأليَّة يمين.

قال الشاعر:

قليلُ الأليَا حافظ ليمينه ❁ إذا [سَبَقْت] ^(١) منه الأليَّة بَرَّتْ

٢١٨٧ - فُصِّلَ: [الحلف بقوله: (عزمت)]

وأما قوله: عزمت، معناه أوجبت، والإيجاب على نفسه يمين، فإن قال: عصيت الله إن فعلت كذا، أو عصيته في كل ما افترض عليّ، فليس بيمين؛ لأن العاصي قد يكون بما يحرم على التأبيد، وبما لا يحرم على التأبيد، وقد بينا أن ما لا يحرم على التأبيد لا يصير به حالفاً.

فإن قيل إذا قال عصيته في كل ما افترض عليّ دخل فيه الأيمان، قلنا: العصيان في الأيمان قد يكون بغير كفر؛ لأن الفسق عصيان في الأيمان، وإن كان لا يصير ما يفسق به كافراً لا يصير به حالفاً.



(١) في الأصل (نذرت)، والمثبت من الصحاح؛ لسان العرب (ألا). انظر: ديوان كثيرة عزة ٣٨/١.

بَابُ الحلف بغير الله



قال الشيخ رحمته الله: الأصل في هذا الباب: أن الحلف بغير الله معصية لا يجوز فعلها، لما روي عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع صوت عمر وهو يسير في ركب ويحلف بأبيه فقال صلى الله عليه وسلم: (إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم، فمن كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت) ^(١).

وروي أنه قال: (من حلف بغير الله فقد أشرك) ^(٢)، ولأن الحلف تعظيم المحلوف، وذلك لا يستحقه إلا الله تعالى، وإذا ثبت أنه منهي عن الحلف به، لم يلزمه به الكفارة؛ لأنه ليس بيمين، ولأنه لم يهتك حرمة منع من هتكها على التأييد.

قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل فقال: ودين الله، أو وطاعته، أو وشرائعه، أو وأنبيائه، أو وملائكته، أو وعرشه، أو وحدوده، لم يكن حالفاً؛ لأنه حلف بغير الله، أما حدوده فهنَّ الأوامر، قال الله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا﴾ [البقرة: ١٨٧] وأوامر الله غيره.

وأما الحلف بالأنبياء فليس بيمين، ومن الناس من قال: إن الحلف بالنبي صلى الله عليه وسلم يمين، لنا: قوله صلى الله عليه وسلم (من كان حالفاً فليحلف بالله).

(١) أخرجه البخاري (٥٧٥٧، ٦٢٧٠)؛ ومسلم (١٦٤٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٥١)؛ والترمذي (١٥٣٥) وقال: «حديث حسن»؛ وابن حبان في صحيحه ٢٠٠/١٠؛ والبيهقي في الكبرى ٢٩/١٠؛ وأحمد في المسند ٨٦/٢، من حديث عمر رضي الله عنه.

ولأنه حلف بغير الله فصار كالحلف بالكعبة ، ولا يقال: إن حرمة النبي لا يجوز هتكها ؛ لأنه يبطل بحرمة الكعبة والمصحف .

وكذلك لو قال: وبيت الله ، أو حلف بالكعبة ، أو بالمشعر الحرام ، أو بالصفاء أو بالمروة ، أو بالصلاة ، أو الصيام ، أو الحج ؛ وذلك لأن هذه المعاني غير الله ، واليمين بغير الله لا يعتبر بها .

وقد روى ابن رستم عن محمد: فيمن قال: وَعِبَادَةُ اللَّهِ ، وَحَمْدُ اللَّهِ ، فليس بيمين ؛ لأن العبادة والحمد فعل منك ، وكل فعل يكون منك فليس بيمين^(١) .

٢١٨٨ - فَصْل: [الحلف بالقرآن وبالمصحف وبالسماء والشمس ونحوها]

فأما إذا حلف بالقرآن أو بالمصحف أو بسورة من القرآن ؛ فلا كفارة عليه ؛ لأن القرآن غير الله .

وقد روي عن النبي ﷺ: [٢] (لا تحلفوا بأبائكم ، ولا بالطواغيت ، ولا بحد من حدود الله ، ولا تحلفوا إلا بالله ، ومن حلف له فليرض ، ومن لم يرض فليس منا)^(٣) ، وكذلك الحلف بالحجر الأسود ، والقبر ، والمنبر ؛ لأنه حلف بغير الله ، وكذلك لا يحلف بالسماء ، والأرض ، ولا بالشمس ، ولا بالقمر ، ولا بالنجوم ، لما بينا .

(١) انظر: البدائع ٨/٣ .

(٢) إلى هنا انتهى النقل من نسخة (أ) ، حيث سقطت من ب .

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ: (... فقال: لا تحلفوا بأبائكم ، ومن حلف

بالله فليصدق ، ومن حلف ...) (٢١٠١) ؛ والبيهقي في الكبرى ١٨١/١٠ ؛ وقال الحافظ: «سنده

حسن» . فتح الباري ٥٣٦/١١ .

قال أبو حنيفة: لا يحلف إلا بالله متجرداً بالتوحيد والإخلاص ، كذلك في الأصل فيمن حلف برحمة الله وغضبه^(١) ؛ لأن رحمة الله يعبر بها عن الجنة ، قال الله تعالى: ﴿فَفِي رَحْمَةِ اللَّهِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٧] ، والجنة غير الله تعالى ، والغضب هو العقاب والنار ، وذلك ليس بيمين .

قال بشر في نوادره عن أبي يوسف: لا ينبغي أن يدعو الله إلا به ؛ وذلك لأنه لا حق على الله لغيره فيقسم عليه بذلك ، قال وكذلك لو قال: أبي وحق والدي ؛ وهذا على ما بينا^(٢) .

٢١٨٩ - فَصْلُ : [الحلف بقوله: (وحق الله ، أو غضب الله وسخطه)]

ولو قال: وحق الله ، لم يكن يميناً في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروایتين عن أبي يوسف ، وروي عن أبي يوسف رواية أخرى: أنه يكون يميناً .
وجه قولهما: ما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن حق الله على عباده (فقال أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئاً)^(٣) وإذا كان الحق عبارة عن الطاعات ، صار كأنه قال والعبادات والطاعات لا أفعل كذا .

وجه قول أبي يوسف: أنه تعالى يوصف بأنه هو الحق ، وهو اسم الله ، فإذا قال: وحق الله فكأنه قال والله الحق .

ولو دعا على نفسه فقال: عليه غضب الله أو سخطه ، أو لعنته ، أو عقابه إن

(١) انظر: الأصل ، ٢/٢٧٦ .

(٢) انظر: البدائع ، ٣/٩ .

(٣) أخرجه البخاري من حديث معاذ (٢٧٠١) ؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين ١/٣٩٧ .



فعل [كذا] ، لم يكن يميناً؛ وذلك لأن السخط والغضب هو العقاب ، ومن قال:
عليه عقاب الله أو عذابه ، لم يكن حالفاً^(١).

قال: ولو قال وسلطان الله ، فإن محمداً قال: لا أدري ما هذا ، من يحلف
بهذا؟! ، كأنه لم يجعله يميناً ، وهذا على وجهين: إن أراد بالسلطان القدرة كان
حالفاً ، وإن أراد المقدور لم يكن حالفاً ؛ لأنه حلف بغير الله .



(١) انظر: الأصل ٢/٢٧٦ .

بَابُ تكرير اسم الله في الحلف ما يكون منه يميناً واحدة وما يكون يمينين



ذكر محمد في الجامع الكبير: أن من أدخل بين اسمين حرف عطف كانا يمينين مثل أن يقول: والله والله، أو والله والرحمن، وإن ذكرهما بغير حرف عطف فقال: والله الله، أو والله الرحمن، كانت يميناً واحدة، وهذا رواية الحسن (عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وزفر: أنها يمين واحدة)^(١) في الوجهين، وهي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف^(٢).

وجه ما ذكره في الجامع: أنه لما عطف أحد الاسمين على الاسم الآخر - والعطف غير المعطوف عليه -، كان كل واحد منهما يميناً، وهي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف بانفراد، وليس كذلك إذا لم يعطف؛ لأن أحد الاسمين يصير صفة للآخر وتأكيده، فكانا يميناً واحدة ولهذا يستحلف القاضي بالأسماء والصفات على وجه التأكيد من غير حرف عطف (فيقول: والله الرحمن الرحيم الطالب المدرك، ولا يجوز أن يستحلف بإدخال حرف على العطف)^(٣) لأن المستحق على المدعى عليه يمين واحدة.

وجه الرواية الأخرى: أن حرف العطف قد يستعمل في الصفة وفي

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٢/٢٩٩؛ البدائع ٣/١٠.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الاستئناف ، ألا ترى أنك تقول: هذا الفاضل والعالم ، فاحتمل أن يكون أراد يمينا ، واحتمل أن يكون يريد [ب/٢٣٧] الصفة ، فلم يثبت يمينا بالشك .

قال ابن رستم عن محمد ، قال أبو يوسف: إذا قال والله لا أكلمك [والله لا أكلمك] فهذا يمينا ؛ وذلك لأنه لما أعاد المحلوف عليه مع الاسم الثاني ، دلَّ على أنه أراد يمينا أخرى ، ولو أراد التأكيد لم يعد الفعل .

وقال الحسن: إذا [قال]: والله لا أكلم فلانا والله لا أكلم فلانا ، فهو [يمينا] ^(١) ، إلا إن أراد باليمين الثانية الإخبار عن الأولى ؛ وذلك لأن الحكم الذي يتعلق باليمين الكفارة ، فإذا قال: أردت بالكلام الثاني الخبر فقد نوى ما يحتمله كلامه ، وإن كان خلاف الظاهر ، فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى .

وقال مُعَلَّى عن أبي يوسف: في رجل حلف في مقعد واحد بأربعة أيمان وأكثر أو أقل في أمر واحد ، قال: سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال: لكل يمين كفارة ومقعد واحد ، ومقاعد مختلفة واحد ؛ وذلك لأن الكفارة تجب لحرمة الاسم ، وكل يمين قد أفرد [فيها] الاسم فتعلق بها الكفارة ؛ ولأن التداخل يكون فيما يؤثر فيه [اليمين] ، والأيمان لا يؤثر فيها الشبهة ، فلن يقع فيها التداخل .

قال: فإن عنى [اليمين] الأولى فهي يمين واحدة ، (فإذا كان الحلف بحَجٍّ أو عُمْرة أو بَدَنَة أو هَدْي) [فليس بيمين] ^(٢) ، وكل يمين قال عليّ كذا وكذا ، فهذا يستقيم أن ينوي بالثانية الأولى ، [فإذا قال والله ، لم يستقم أن ينوي بالثانية

(١) في ب (يمين) ، والمثبت من أ ، والسياق يدل عليه .

(٢) لعل هذه العبارة مقحمة وليست مكانها هنا ؛ إذ لم يذكر (جواب إذا) ، وجوابه: (فليس بيمين) ، ولذلك أضفت الجواب في المتن بين [] ، كما في البدائع ٨/٣ .

[الأولى] ^(١)، قال أبو يوسف: وقول أبي حنيفة أحسن ما سمعت في ذلك، وهذا صحيح؛ لأن اليمين إذا كانت بالإيجاب فلفظها لفظ خبر، فإذا أراد بالخبر الثانية عن الأولى، صحَّ، فأما القَسَمُ فالموجب عليه ليس في لفظه، وإنما يتعلق بحرمة الاسم، فيتعلق بكل اسم حكم، ولا يصدق أنه أراد بالثانية الأولى؛ لأنه ليس بمخبر وإنما هو في حكم الموقع.

[وعلى هذا] روى ابن سماعة قال: سمعت محمداً قال في رجل قال: هو يهودي إن فعل كذا، وهو نصراني إن فعل كذا، وهو مجوسي إن فعل كذا، وهو مشرك إن فعل كذا، بشيء واحد، قال: عليه لكل شيء من ذلك يمين، ولو قال: هو يهودي هو نصراني هو مجوسي، فهي يمين واحدة، وهذا على ما قدمنا أنه إذا ذكر المحلوف به مع الفعل ثم أعاده فالثاني غير الأول في قولهم، وإذا ذكر المحلوف به وكرّره من غير عطف فهو يمين واحدة في قولهم ^(٢).

٢١٩٠. فَصَّل: [اليمين على نية المستحلف أو الحالف]

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال: اليمين على نية المستحلف إذا كان مظلوماً، فإذا كان ظالماً فعلى نية الذي يستحلفه.

قال أبو الحسن: وهو قول أصحابنا جميعاً، وهذا الذي قاله إن كان في الاستحلاف على الماضي فهو صحيح؛ لأن الواجب باليمين الإثم، فمتى كان ظالماً أثم بيمينه وإن نوى غير ما يحلف عليه؛ لأنه توصل باليمين إلى ظلم غيره.

وقد روى أبو أمامة أن النبي ﷺ قال: (من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه

(١) الزيادة من أ.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٤/٨؛ البدائع ١٠/٣.



حرم الله عليه الجنة ، وأوجب عليه النار ، قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً ، قال: وإن قضيباً من أراك ، قالها ثلاثاً^(١) .

وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: (من حلف على يمين وهو فيها فاجر ؛ ليقطع بها مال امرئ مسلم ، لقي الله تعالى وهو عليه غضبان)^(٢) .

وأما إذا كان مظلوماً فهو لا يقطع بيمينه حقاً ، فإذا نوى به غير الظاهر لم يأثم بيمينه ، فأما اليمين على المستقبل فإذا قصد بها الحالف معنىً دون معنى فهو على نيته دون نية المستحلف ؛ لأنه هو العاقد فينقذ يمينه على ما ينويه .



(١) أخرجه مسلم (١٣٧) وليس فيه: (قالها ثلاثاً) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨٥) .

بَابُ معرفة شروط الأيمان



قال أبو الحسن: شروط الأيمان التي تتعلق بالأفعال ستة: إن، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، وكل، وكلما، وهي تتعلق بالأفعال المستقبلية، أو بترك الأفعال المستقبلية، ولا تتعلق بالماضي من الأفعال ولا بالأسماء.

[قال الشيخ^(١) والأصل في هذا: أن أهل اللغة قالوا: الشروط: (إن) وما سواها داخل عليها؛ لأنه ليس فيها معنى الوقت [فهو شرط محض، وما سواها فيه معنى الوقت]^(٢) والدليل على أنها شرط: أن الأفعال تليها، والشروط إنما تكون شرطاً للفعل، ألا ترى أنه مأخوذ من العلامة، فكأنه جعل علامة لتعلق الحنث بالفعل، فأما اختصاصها بالأفعال المستقبلية؛ فلأن الشروط ما جاز أن يوجد وما جاز أن لا يوجد، وهذا المعنى لا يكون في الماضي وإنما يكون في المستقبل، وإنما اختصت الشروط بالأفعال دون الأسماء؛ لأن الأفعال هي التي يجوز أن يعقد عليها، فيتعلق الجزاء بوجودها أو بنفيها، والاسم لا يجوز أن يتعلق الجزاء به، فلم يكن متعلقاً بالشروط، ولهذا قالوا: إن (كل) ليست شرطاً في الحقيقة؛ لأن الاسم يليها ولا يليها الفعل، إلا أنها في معنى الشرط فيما عاد ذكره من الأفعال على الأسماء التي وقعت عليها (كل)، فيكون ذلك الفعل بمعنى الشرط، وهذا كقول الرجل: كل امرأة أتزوجها أو كل عبد أشتريه، فيكون ذلك

(١) الزيادة من أ.

(٢) الزيادة من أ.

بمعنى الصفة فكأنه أعتق أو [طلق] (١) ضرباً ممن حلف عليه ، وليست بشرط صحيح ؛ لأنها لا تلي الأفعال التي يكون الجزاء مستحقاً بها ، ألا ترى أنك لا تقول: كل تزوجت ، ولا: كل دخلت ، والأحرف الستة شرط لوقوع الجزاء ، يقول: عبدي حر إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار فعبدي حر ، فهي لازمة للشرط تقدم الجزاء أو تأخر .

قال أبو الحسن: إذا قال إن دخلت الدار ، أو إذا دخلت الدار ، أو إذا ما دخلت الدار ، أو متى دخلت ، أو متى ما دخلت الدار ، أو كلما دخلت الدار ففلان حر ، أو فلانة طالق ، أو عليّ حجّة ، أو بدنة ، أو هدي ، أو صيام ، أو صدقة ، أو سائر ما يوجبه بالدخول ، فهو عقد صحيح في قول أصحابنا جميعاً ، وهذا على ما قدمنا: أن الشرط والجزاء يمين شرعية تنعقد كما تنعقد اليمين التي هي القَسَم ، ويجب الجزاء عند وجود شرطها ، كما يحصل الحنث في اليمين التي هي القَسَم ، وقد ورد القرآن بوجوب النذر المعلق بالشرط لقوله تعالى: ﴿ وَمَنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَيْنَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ ﴾ [التوبة: ٧٥] .

قال أبو الحسن: وكذلك إذا أدخل هذه الحروف على سائر الأفعال منه ومن غيره ، فذلك كله سواء ، وسبيلها سبيل واحد في تعليق الجواب ولزومه ؛ وذلك لأن الشروط تختص بالأفعال ، ففعله وفعل غيره سواء ، ولأنه يعقد اليمين على فعله ليمتنع ، فكذلك يعقدها على فعل الغير ليمتنع .

قال: وإذا كان ذلك الفعل [مرة] حنث ، [ولم يعد عليه حنث إذا فعل ذلك الفعل مرة أخرى ، إلا في قوله: (كلما) ، فإنه يتكرر عليه إذا كرّر الفعل الذي]

(١) في ب (علق) ، والمثبت من أ .

[ب/٢٣٨] حلف عليه ، وإنما حنث بوجود الفعل مرة واحدة ؛ لأنه شرط الحنث ، ألا ترى أنه [عقد على جنس الفعل دون عدده] ^(١) ، فإذا وُجد تعلق به الجزاء ، وليس في اللفظ ما يفيد التكرار فانحلت اليمين ، فإذا أعاد الفعل ولا يمين ، لم يتعلق به حنث .

فأما (كلما) فإنها تفيد التكرار بدلالة قوله تعالى: ﴿كُلَّمَا أَوْقَدُوا نَارًا لِلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا اللَّهُ﴾ [المائدة: ٦٤] ، ﴿كُلَّمَا نَضَجَتْ جُلُودُهُمْ بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾ [النساء: ٥٦] وقد فهم من ذلك التكرار ؛ ولأن كُلَّمَا فيها معنى الجمع فتجمع الأفعال كلها ، فيصير كل فعل معقوداً عليه ، فيتعلق الحنث بالثاني كالأول ، وبقية الشروط ليس فيها معنى الجمع فاعتبر فيها جنس الفعل .

فأما (إذا) كان الجزاء الطلاق ، والشرط [بلفظة] ^(٢) كلما يتكرر الطلاق بتكرار الحنث ، حتى يستوفي طلاق الملك الذي حلف عليه ، فإن تزوجها بعد زوج لم يحنث ؛ لأن ذلك الطلاق الذي ملكه بالعقد لم يكن في ملكه يوم حلف ، ولا أضاف يمينه إليه ، ولا هو تابع لما كان في ملكه حين حلف ، فلم يتعلق به اليمين ، فإن أضاف اليمين إلى الملك الثاني أو ^(٣) إلى كل ملك حنث بوجود الفعل أبداً ، مثل أن يقول: كلما تزوجتك فدخلت الدار فأنت طالق ؛ لأن الطلاق المضاف إلى الملك يقع بوجود الملك .

فأما (كل) فقد بَيَّنَّا أنها ليست بشرط محض ، وبيننا كيفية تعلق الجزاء بها ،

(١) في ب (أنه عقد على عدد الفعل دون غيره) ، والمثبت من أ ، والسياق يدل عليه .

(٢) الزيادة من أ .

(٣) في (أ) إلى الملك الثالث .

إلا أنها تجمع الأسماء دون الأفعال ؛ لأن الذي يليها الاسم فهي تكرر الحنث فيما دخلت عليه ، كما تكرر [لفظة] (كلما) الحنث بتكرار الفعل الذي دخلت عليه ، فأما الفعل في (كل) فلم يدخل عليه ، وإنما هو صفة فلا يتكرر الحنث بتكراره .

قال أبو الحسن: وإذا علق هذه الشروط على أفعالٍ أضافها إلى الأوقات فقال: أنت طالق إذا جاء غدٌ، ومضى غدٌ وجاء رمضان، أو ذهب رمضان، أو دخل رمضان، أو خرج رمضان، فلا يقع الجواب إلا بوجود الشرط ؛ وذلك لأن مجيء الوقت^(١) وذهابه فعل الله تعالى، وقد بيّننا أن حرف الشرط إذا دخل على فعل الحالف أو فعل غيره فهو سواء .

قال: فإن علق ذلك بالوقت دون الفعل، فذلك طلاق موصوف وليس بمشروط، ولا يكون ذلك يميناً عند أصحابنا جميعاً، وهذا كقوله: أنت طالق غداً أو في رمضان، وذلك أن الشروط لا تدخل إلا على الأفعال، ولم يذكر فعلاً، وإنما ذكر الزمان ظرفاً للطلاق، فاليمين هي الشرط والجزاء، فلم يكن حالفاً إلا أنه أوقع طلاقاً موصوفاً فيقع على صفته، كمن قال: أنت طالق بائن، ولهذا لا يقع قبل الوقت ؛ لأنه لو وقع لم يقع على صفته .

فأما إذا أدخل هذه الشروط على التملك، فقال: أنت طالق إن شئت، فليس ذلك بشرط، وإنما يدخل حرف الشرط ليدل على الجواب الذي يقتضيه التملك ؛ يبين ذلك أن كل من قال بعثك هذا الشيء بعشرة اقتضى جواباً في المجلس .

(١) في أ (الغد) .

فلو أدخل على التملك حرف شرط فقال: بعتك بعشرة إن قبلت، لم نستفد بدخول الشرط فائدة، وصار وجوده وعدمه في اقتضاء الجواب في المجلس سواء.

فأما إيجاب الطلاق والعتاق، فالموجب يملك الإيقاع وإن لم ينضم إليه القبول، فإذا ملكه لغيره أدخل حرف الشرط؛ ليدل به على التملك، فيقف الجواب على المجلس بحكم التملك لا بحكم الشرط، ألا ترى أن الشروط لا تختص بالمجلس^(١).



(١) انظر: الجامع الكبير ص ٤٨.

بَابُ عطف الشروط بعضها على بعض



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن دخلت هذه الدار [وهذه الدار]، أو قال: إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، فأنت طالق، أو قال إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وهذه الدار، فكل ذلك سواء، ولا يقع الطلاق إلا بدخول الدارين جميعاً، ولا يبالي أي الدارين دخلت أولاً، وتقديم الطلاق في الحلف على الشرطين وتأخيرهما وتوسطهما بينهما سواء؛ وذلك لأنه إذا قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، فالواو للجمع، فكأنه قال: إن دخلت هاتين الدارين، وكذلك إذا قدم [الشرط]؛ لأن الجزاء يتعلق بالشرط، فتقديمه وتأخيرهما سواء، فأما إذا توسط الجزاء فقال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وهذه الدار؛ فلأن العطف يكون على [غير] جنسه، ولا يكون على جنسه فلم يصح عطف الشرط على الجزاء، فصار معطوفاً على الشرط.

قال: فإن قال: إن دخلت هذه الدار فهذه الدار [فأنت طالق]، أو قال: إن دخلت هذه الدار فهذه الدار، [أو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق]، فهذه الدار، فإن ذلك كله سواء لا يقع الطلاق إلا بدخول الدارين جميعاً، إلا أن دخول الدار الثانية يكون بعد الأولى وإلا لم يقع الطلاق؛ وذلك لأن الفاء من حروف العطف كالواو، إلا أنها تفيد التعقيب فلا بد من دخول ما دخلت عليه الفاء بعد الأخرى، وليس كذلك الواو؛ لأنها تفيد الجمع ولا تقتضي تقديم إحدى الدارين على الأخرى.

وعلى هذا لو عطف بضم، فقال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار ثم هذه الدار؛ لأن ثم ترتب كالفاء إلا أنهما تختلفان في أن الفاء تفيد التعقيب وضم للتراخي، وقد استوتا في العطف والترتيب.

قال: فإن قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار أو هذه الدار، أو قال: إن دخلت هذه الدار أو هذه الدار فأنت طالق، أو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق أو دخلت هذه الدار، فذلك كله سواء وأي الدارين دخلت طلقت؛ لأن (أو) يقتضي التخيير، فصار كل فعل على حاله شرطاً في الطلاق، فأيهما وجد وقع، قال: والحروف [الستة] كلها في هذا المعنى سواء؛ وذلك لأنها موضوعة للشرط، فأفاد كل واحد منها ما يفيد الآخر^(١).

٢١٩١ - فصل: [إعادة حرف العطف مع الفعل في الشرط والجزاء]

ومما يضاف إلى هذا الباب: إذا أعاد حرف العطف مع الفعل فقال: إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار، أو إذا دخلت هذه الدار ودخلت هذه، أو متى دخلت هذه ودخلت هذه، أو متى ما، أو إذا ما، فهو سواء، والشرط دخول الدارين؛ وذلك لما ذكرنا أن الواو للجمع، فاقترض جمع الشرطين، فلا فرق بين إعادة الفعل أو تركه؛ لأنه هو المراد في الحالين.

فإن كرر الفعل بالفاء فقال: إن دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الأخرى فأنت طالق، فإن أبا يوسف فرق بين الفاء في هذا الوجه وبين الواو: فجعل اليمين في الواو [٢٣٩/ب] متعلقة بالفعلين، لا يبالى بأيهما بدأ، وجعل الفاء لا يقع الحنث حتى يكون الفاء خبراً، فإن دخلت الدار الثانية قبل الأولى ثم دخلت الأولى لم

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٣٦.

يحدث ، ذكر ذلك ابن سماعه عن أبي يوسف . وهذا على ما قدمنا أن الواو تفيد الجمع فيقتضي وجود الفعلين من غير ترتيب ، والفاء تقتضي التعقيب ، فلا بد من تأخر الفعل الثاني عن الأول .

وقد ذكر ابن سماعه عن محمد في هذا زيادة تفصيل فقال في رجل قال لامرأته: إن دخلت دار فلان فدخلت هذه الدار فأنت طالق ، ولم تدخلها ثم طلقها ، فدخلت دار فلان ثم تزوجها ، فدخلت الدار الثانية: لم تطلق ؛ لأنه إنما صار حالفاً حيث دخلت الدار الأولى ، فصار حالفاً يومئذٍ بطلاق امرأة لا يملكها ، فلا تطلق إذا دخلت الدار الثانية وهي امرأته ، فكأنه جعل دخول دار فلان شرط اليمين ، وجعل ما بعد الفاء جواب الشرط [الأول] ^(١) وعقدها بالفعل فاعتبر [الأول] وجود [الملك] ^(٢) عنده .

وقد ذكر أبو يوسف في مسألة أخرى مثل هذا فقال: إذا قال لامرأتين له: إذا غشيتُ هذه [فغشيتُ] ^(٣) هذه الأخرى فعبدني حر ، فليس الحلف على الأولى إنما ينعقد عليه اليمين في الثانية إذا غشي الأولى ، ويكون مولياً من الثانية إذا غشي الأولى ، والفاء في هذا الموضع لا تشبه الواو ، فدلَّ على أنه جعل غشيان الأولى شرطاً لانعقاده اليمين .

٢١٩٢ - فَصْل: [عطف حرف الشرط أو الفعل جميعاً]

فإن عطف حرف الشرط أو الفعل جميعاً ، فقال: أنت طالق إن دخلت هذه

(١) الزيادة من أ .

(٢) في ب (الفعل) ، والمثبت من أ .

(٣) في ب (فإذا غشيت) ، والمثبت من أ .

الدار ، أو قال: وإن دخلت هذه الدار ، أو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وإن دخلت هذه الدار ، فإن أبا يوسف ومحمداً قالا: أي الدارين دخلت طلقت وسقطت اليمين ، ولا تطلق بدخول الأخرى شيئاً؛ لأنه لما استأنف حرف الشرط مع الفعل ، صار ذلك يميناً أضمر فيها الجزاء ، فكأنه قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق .

٢١٩٣ - فَصْل: [تأخير الطلاق والجمع بين الشرطين]

فإن أخرج الطلاق وجمع بين الشرطين فقال: إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، فإنها لا تطلق حتى تدخل الدارين جميعاً وهو قول محمد رواه عنه ابن سماعة وقاله في الجامع الكبير^(١) ، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه سَوَّى بين ذلك فقال: أي الدارين دخلت طلقت .

وجه قول محمد: أنه لما عطف الشرط على الشرط قبل الجزاء ، دل على أنها يمين واحدة ، ألا ترى أن الكلام الأول لم يتم ، فكأنه عطف الفعل على الفعل من غير حرف شرط ، وليس كذلك الفصل الأول؛ لأن اليمين تمت بذكر الجزاء ، [فلما استأنف]^(٢) حرف الشرط مع الفعل دلَّ على أنه كلام مبتدأ .

وجه قول أبي يوسف: أن تقديم الشرط وتأخيره عن الجزاء سواء ، فكما لو ذكر الجزاء ثم ذكر دخول الدار الثانية تعلق الجزاء بكل واحد منهما على الانفراد ، كذا إذا قدمهما .

(١) انظر: الجامع الكبير ، لمحمد بن الحسن ، ص ٣٦ (دار إحياء التراث العربي) .

(٢) في ب (فلا تستأنف) ، والمثبت من أ .

٢١٩٤ - فَصْل: [اشتراط دخول الدار وكلام فلان]

ولو قال: كلما دخلتُ هذه الدار أو كلمتُ فلاناً، أو فكلمت فلاناً فعبد من عبيدي حر، فدخل الدار دَخَلَاتٍ وكلم فلاناً مرة^(١)، لم يعتق إلا واحد؛ لأنه جعل شرط العتق دخول الدار وكلام فلان، فإذا تكرر أحد الشرطين ووجد الآخر مرة واحدة، فقد تم شرط يمين واحدة، ووجد في بعض شرط الأخرى، فلا يعتق إلا واحد.

ولو قال: كُلَّمَا دخلتُ هذه الدار فإن كلمت فلاناً فأنتِ طالق، فإن دخل ثلاث دخلات ثم كلم فلاناً، طلقت امرأته ثلاثاً؛ وذلك لأن ما بعد الفاء جواب لما قبلها، فصار دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين، فقد انعقد عليها بتكرار الدخول ثلاثة أيمان، والفعل الواحد يكون شرطاً لأيمان كثيرة، فيجب في جميعها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف لو قال: كلما دخلتِ هذه الدار أو كلمت فلاناً فأنتِ طالق، فهذا عليهما جميعاً، فإن دخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت واحدة؛ لأن الواو للجمع، فصار الدخول والكلام شرطاً، وتكرر بعض الشرط لا يتعلق به حث.

فإن عادت وكلمت فلاناً قبل أن تدخل الدار الرابعة طلقت؛ وذلك لأنه تم شرط يمين أخرى، فوقع عليها تطليقة أخرى.

فإن كلمت فلاناً الثالثة طلقت أخرى؛ لتمام شرط اليمين الثالثة.

قال: وكذلك لو نذر أن لا تكلم فلاناً^(٢) فكلمته ثلاث مرات، ثم دخلت

(١) العبارة في أ (فدخلت الدار فدخلت الدار دخلات وكلمت فلاناً مرة).

(٢) في أ (لو بدأت بكلام فلان).

الدار دخلة طلقت واحدة، فإن عادت فدخلتها أخرى قبل الكلام لفلان الرابعة طلقت أخرى، فإن عادت فدخلت الثالثة طلقت أيضاً؛ [لأنه] لا فرق بين تقديم أحد الشرطين على الآخر^(١).

٢١٩٥ - فَصْلُ: [انعقاد اليمين بدخول الدار]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: ولو قال كلما دخلت هذه الدار فإن كلمت فلاناً فأنت طالق، فإن اليمين في هذا إنما تنعقد بدخول الدار، فكلما دخلت دخلة انعقدت يمين، فإن كلمت فلاناً طلقت، وإن عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلاناً طلقت أخرى.

ولو بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات، [ثم كلمت فلاناً، طلقت ثلاث مرات]، فكل دخلة بتطبيقه؛ وذلك لأن دخول الدار شرط لانعقاد اليمين، فإن انعقدت عليها أيمان انحلت بشرط واحد.

قال: فإن بدأت بكلام فلان في هذه المسألة لم تنعقد به يمين، ولم يقع بها طلاق حتى تكلم فلاناً بعد دخول الدار؛ لأنها ما لم تدخل لم تنعقد يمين، فلا يقع بالكلام طلاق.

قال وسمعت أبا يوسف يقول قال: ولو قال كلما دخلت هذه الدار، فكلما كلمت فلاناً فأنت طالق، قال فهذا عليهما، وتكون الفاء جزاءً، فإن بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلاناً مرة طلقت ثلاثاً.

ولو دَخَلْتُ الدار دخلة، ثم كلمت فلاناً ثلاث مرات، طلقت ثلاثاً؛ لأن

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٤٦، ٤٧.

اليمين قد انعقدت بدخول الدار، فإذا تكرر شرطها تكرر الحنث؛ لأن كلما للتكرار.

٢١٩٦ - فصل: [إدخال الصفة على من دخل عليه كل ثم العطف]

ولو سبق على [الجزاء]^(١) فقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وفلانة لامرأته، فإن بشراً وابن سماعة روي عن أبي يوسف: أن امرأته تطلق الساعة ولا ينتظره أن يتزوج؛ وذلك لأن كلاً ليس بشرط على ما قدمنا، وإنما هو صفة وقد أدخل الصفة على من دخل عليه كل، ثم عطف فلانة عليه غير موصوفة، فوقع عليها الطلاق في الحال، وانعقدت اليمين على من سواها.

قال: ولو قال كل امرأة من نسائي تدخل هذه الدار فهي طالق، وفلانة سمى بعض نسائه - فإن الطلاق يقع عليها قبل الدخول، فإن دخلت الدار وهي في [ب/٢٤٠] العدة طلقت أيضاً؛ لأنها دخلت في الشرط بقوله: كل امرأة من نسائي، فلا يسبقها على الجزاء، اقتضى ذلك طلاقاً عليها غير متعلق بشرط؛ لأنه لم يصفها، فدخلت في الصفة بقوله: كل امرأة من نسائي وانفردت بقوله: وفلانة، [فوقعت عليها تطليقة]^(٢) ولو قال: أنت ومن دخل من نسائي طالق، كانت طالقاً ساعة سكت؛ وذلك لأن من ليس بشرط، فقد يقع الطلاق عليها وعلى من يتصف بدخول الدار من نسائه، فوقع عليها الطلاق في الحال؛ لأنه ذكرها غير موصوفة ودخلت في الصفة بقوله: ومن دخل الدار من نسائي.

قال: ولو قال لامرأته: أنت طالق وفلانة إن تزوجتها، لم يقع الطلاق على

(١) في ب (الشرط)، والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

امراته حتى يتزوج الأخرى؛ وذلك لأن (إن) شرط، فلما عطف على الجزاء فالشرط تعلق به؛ لأنه لا فرق بين تقديم الجزاء وتأخيرها، فكأنه قال أنت وفلانة إن تزوجتها طالقان.

قال: ولو قال الرجل لعبده: أنت حر ومن دخل الدار من عبيدي، عتق الأول، فإن عنى أن عتقه بدخول الدار لم يُدَيَّنْ في القضاء، وهذا على ما بيَّنا: مَنْ ليس بشرط، وإنما (وصفه)^(١) فقد أوقع العتق على عبد لم يصفه بصفة، ثم أوقع على عبد موصوف، فيعتق الأول في الحال.

وقال محمد في الجامع الكبير: في رجل له امرأتان قال لإحدهما: أنت طالق إن دخلت هذه الدار لا بل هذه، أو قال أنت طالق إن شئت لا بل هذه، فإن دخلت الأولى وشاءت طلقنا [جميعاً، ولا]^(٢) تطلق الثانية قبل ذلك، وهذا على ما بينا أنه علق طلاق الأولى بشرط، وقوله لا: للرجوع والاستدراك، وهو لا يملك الرجوع عن اليمين، ويملك تعليق طلاق الثانية بالشرط فيتعلق به.

وقال مُعَلَّى: سألت محمداً عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فأنت طالق^(٣) لا بل غلامي فلان حر، قال: يعتق عبده الساعة؛ وذلك لأنه لما استأنف قوله بل غلامي فلان حر، فقد ذكر كلاماً مستقلاً لا يفتقر إلى ما تقدم، فتعلق الحكم به، ولم يعتبر فيه الشرط.

قال ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق لا بل فلانة، والثانية امرأته، فإن

(١) في أ (هو صفة).

(٢) في ب (طلقنا أولاً).

(٣) في أ (فهي طالق).



امرأته لا تطلق الساعة ؛ لأن الكلام الثاني غير مستقبل ، فتعلق بالشرط .

قال وإن قال لعبده: أنت حر إن دخلت الدار^(١) ؛ لأنه استدرك بكلام غير مستقل فتعلق بالشرط .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: لو أن رجلاً قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق فطالق لا بل هذه ، قال فإذا دخلت [الأولى] الدار طلقتا ثلاثاً ثلاثاً ؛ وذلك لأن قوله لا بل هذه غير مستقل فأضمر فيه الشرط ، فتعلق الجزاء بالثانية كتعلقه بالأولى .

ولو قال أنت طالق وطالق وطالق لا بل هذه ، وقع على الثانية^(٢) واحدة وعلى الأولى ثلاثاً ؛ لأنها تضم في الثانية ما يستقل به الكلام ، والكلام مستقل بإضمار تليقة .

ألا ترى أن التطبيقات هاهنا متفرقة ، فكأنه قال: لا بل هذه طالق ، وفي الفصل الأول الكلام كله متعلق بالدخول فكأنه جمعه .

قال: ولو قال لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلاناً ، لا بل هذه ، كان على الكلام لا على الطلاق ؛ لأنه سبقها على الطلاق الكلام ، فتعلق طلاقها بكلام فلان .

قال فإن قال: إن كلمت فلاناً فأنت طالق لا بل هذه ، فقوله لا بل هذه على الطلاق ؛ لأنه سبقها على الجزاء فتعلق طلاقها بما تعلق به الأخرى .

(١) في (أ): لا بل فلا لعبد له آخر لم يعتق الثاني إلا بعد دخول الدار

(٢) في (أ): واحدة وعلى الأولى ثلاث .

٢١٩٧ - فصل: [الاستثناء بعد عطف اليمين على اليمين]

وأما إذا عطف اليمين على اليمين ثم استثنى بعدهما ، فقال ابن سماعه وبشر عن أبي يوسف: في رجل قال لامرأته عَمْرَةَ طالق ثلاثاً إن دخلت الدار ، وزينب طالق واحدة إن كلمت فلاناً إن شاء الله تعالى ، فهو في القضاء على الأخرى ، فإن أرادهما جميعاً دَيِّن فيما بينه وبين الله تعالى .

وقال محمد في الجامع الكبير: الاستثناء على اليمينين جميعاً^(١).

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا أنه إذا أراد^(٢) إيقاعين ثم استثنى ، فالاستثناء عليهما في قولهم ، مثل أن يقول: زينب طالق وعَمْرَةَ إن شاء الله تعالى ، أو عدي حُرٌّ إن شاء الله تعالى ؛ لأنه كلام واحد معطوف بعبءه على بعض ، فرجع الاستثناء إلى جميعه بدلالة قوله تعالى: ﴿وَالْمُنْخِصَةَ وَالْمَوْقُودَةَ وَالْمُتَرَدِّبَةَ وَالنَّطِيحَةَ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وقد رجع الاستثناء إلى الجميع ، وأما إذا عطف جملة [على جملة]^(٣) فعند أبي يوسف: يرجع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة^(٤).

وقال محمد: إذا عطف إحداهما على الأخرى ولم يفصل بينهما بسكوت رجع إليهما ، وكان أبو الحسن يقول: إن مذهب أبي يوسف أن الاستثناء في حكم الشرط ؛ لأنه لفظ شرط ، ولو عقب الجملتين بشرط رجع إلى الثانية ، فكذلك [ها هنا] .

(١) الجامع الكبير، ص ٤٢ (دار الكتب العلمية).

(٢) في أ: ذكر .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) في أ: الثانية .

وأما محمد: فعنده أن الاستثناء لرفع الكلام، بدلالة أنه لا يتوصل إلى العلم بهذه المشيئة، فلا يجوز أن يقصد بها الشرط، وإنما يذكر لرفع الكلام، فلا يختص بإحدى الجملتين دون الأخرى؛ لأنها كلام واحد.

وأما إذا لم يعطف إحدى الجملتين على الأخرى، فقال: زينب طالق إن دخلت الدار، وعمرة طالق إن كلمت فلاناً، فإن الاستثناء يختص بالجملة الأخيرة؛ لأنه لما لم يعطف إحدى الجملتين على الأخرى لم يتعلق بها، (وصار كل واحد من الجملتين لم يتعلق بها)^(١) وصار كل واحدة من الجملتين منفردة بنفسها، وكذلك إن فصل بين الجملتين بسكوت وجاء بحرف العطف؛ لأن السكوت يفصل أحد الكلامين من الآخر، فلا يعود الاستثناء إلى الأول، وقد قالوا في الإيقاعين أن الاستثناء يعود إليهما في القضاء، [٢٤١/ب] وأما الجملتان إذا عطف إحداهما على الأخرى ولم يفصل بينهما بسكوت وجاء بحرف العطف، فإن الاستثناء عند أبي يوسف يرجع إلى الأولى فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه كلام واحد.

وإذا فصل بين الجملتين بسكوت لم يصدق فيما بينه وبين الله تعالى أنه رد الاستثناء إلى الكلام [الأول؛ لأن الكلام الثاني] منقطع فينقطع عنه، والاستثناء المنقطع لا يتعلق به حكم، وهذا الذي ذكرناه هو المشهور.

وقد روى بشر عن أبي يوسف: أن الجملة إذا عطف عليها الإيقاع فقال: عمرة طالق إن دخلت الدار وزينب طالق، كانت يميناً واحدة، فإن دخلت الدار طلقنا جميعاً والاستثناء عليهما؛ وذلك لأنه يحتمل أن يكون طلق زينب في الحال، ويحتمل أن يكون علق طلاقها بالشرط، [فلم]^(٢) يقع في الحال بالشرط

(١) ساقطة من أ.

(٢) الزيادة من أ.

بالشك ، وإذا تعلق بالدخول صار جملة واحدة ، فرجع الاستثناء إلى جميعها ، وكذلك قال في قوله عمرة طالق (إن شاءت وزينب طالق إن شاء الله .

٢١٩٨ - فُصِّلَ : [الطلاق بالتعليق على الشرط]

قال بشر عن أبي يوسف: فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق^(١) إن دخلت الدار ، فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى ، فالطلاق يقع على التي تزوج قبل الدخول ، ولا يقع على التي تزوج بعد الدخول ، وكذلك ذكره محمد في الجامع الكبير^(٢) ؛ لأنه جعل دخول الدار شرطاً في وقوع الطلاق على امرأة موصوفة بأنه تزوجها بعد اليمين ، فمن كانت في ملكه عند الدخول بهذه الصفة وقع عليها الطلاق ، ومن تزوجها بعد الدخول لم يوجد [فيها] الصفة عند الشرط فلا تطلق ، فكأنه قال: كل امرأة لي عمياء طالق إن دخلت الدار ، فدخلت الدار ثم عميت (امراته) ، لم تطلق .

قال: ولو كان بدأ بالدخول فقال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق ، فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى ، فإن الطلاق يقع على الذي تزوج بعد دخول الدار ، ولا يقع على التي تزوج قبل الدخول ؛ لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين ، فكأنه قال عند الدخول: كل امرأة أتزوجها (طالق)^(٣) ولا تدخل في ذلك ما تزوج من قبل ، قال أبو يوسف: فإن نوى ما تزوج قبل أو بعد في المسألتين جميعاً ، فليس يقع على ما نوى ولا يلزمه ذلك ؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه .

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) انظر: الجامع الكبير ص ٣٣ ، ٣٤ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

قال بشر: ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن دخلتُ الدار، فدخل الدار ثم تزوج، لم يقع الطلاق، فإن دخل الدار ثانياً [وقع] ^(١) الطلاق؛ وذلك لأنه عقد اليمين على دخول الدار بعد التزوج، فالدخول قبله غير معقود عليه، فلم ينحل به اليمين، فإذا وجد الدخول الثاني وهو المعقود عليه وقع [به] ^(٢) الطلاق.

قال أبو الحسن: وإذا قال كل امرأة أتزوجها إلى سنة فهي طالق (إن كلمت فلاناً أو بدأ بالكلام، فقال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها إلى سنة طالق) ^(٣) أو قال في الوجهين جميعاً كلما، فذلك كله سواء يقع الطلاق على ما يتزوج في الوقت قبل الكلام وبعده إذا بدأ بالتزويج، وإذا بدأ بالكلام فَوَقَّتْ وقع على ما بعد الكلام، والتوقيت وغير التوقيت إذا بدأ بالكلام سواء، وإذا بدأ بالتزويج فهو مختلف، روى ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف في الإملاء، وقاله محمد في الجامع الكبير؛ وذلك لأنه إذا قال: كل امرأة أتزوجها [إلى] ^(٤) سنة فلا بد للتوقيت من فائدة، فلو اختصت اليمين بما تزوج [قبل] ^(٥) الكلام بطل حكم التوقيت؛ فلذلك وقع على الأمرين، فأما إذا قال: إن كلمتُ فلاناً فكل امرأة أتزوجها، فقد جعل الكلام شرطاً لانعقاد اليمين، فلا يتعلق بمن تزوجها قبل العقد حكم، وتكون فائدة التوقيت تخصيص العقد بمن تزوج في المدة دون ما بعدها ^(٦).



- (١) في ب (دخل)، والمثبت من أ.
- (٢) في ب (عليه)، والمثبت من أ.
- (٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
- (٤) في ب (في)، والمثبت من أ.
- (٥) في ب (في)، والمثبت من أ.
- (٦) انظر: الجامع الكبير ص ٧٤.

بَابُ (لو) إذا جعلت شرطاً



قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال: لو قال [رجل لامرأته]: أنت طالق لو دخلت الدار، لم تطلق، هذا بمنزلة قوله إن دخلت [الدار]، فكل شيء لا يقع فيه الطلاق بقوله إن دخلت الدار وإذا دخلت الدار، فإنه لا يقع فيه الطلاق إذا كان مكان (إن) (لو)، بمنزلة إن، وإذا، ومتى.

والأصل في ذلك: أن لفظة (لو) تذكر (لترقب)^(١) الشيء في المستقبل عند وجود ما دخل عليه حرف (لو)، وهذا معنى الشرط؛ فلذلك [وقف]^(٢) الطلاق على دخول الدار، وهذا ليس بشرط في الحقيقة، وإنما وقف الطلاق على الدخول لما في اللفظ من معنى [الترقب]^(٣)، وقوله (لو) بمنزلة (إن)، لا يريد بذلك أنها شرط، وإنما يريد [به] أنها كهي في أن الطلاق لا يقع قبل الدخول.

ولو قال لامرأته: أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك، فإن الطلاق يقع الساعة؛ وذلك لأن (لو) إنما أدخلت على ترقب الرجعة، فوقع الطلاق في الحال، كما لو قال أنت طالق إن حسن خلقك راجعتك، وكذلك لو قال أنت طالق لو قدم أبوك راجعتك [وإذا قدم راجعتك]، كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار راجعتك [وليس هذا بيمين، وإنما هذه عدة وخبر ومعانيه في بعضه.

(١) في أ (لوقت).

(٢) في ب (وقع)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (التقيت)، والمثبت من أ.

وقال ابن سماعة قال أبو يوسف: إذا قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك ، لم تطلق الساعة ، وإن دخلت الدار لم تطلق حتى يطلقها ، فإن لم يطلقها طلقت قبل موته أو موتها [ب/٢٤٢] بلا فصل ؛ وذلك لأن هذا رجل حلف بطلاق [امرأته ليطلقها]^(١) إذا دخلت الدار، فهو كقوله عبدي حر لو دخلت الدار لأضربنك ، فهذا حلف بعق عبده ليضربنها إن دخلت [الدار] ، فإذا دخلت (في مسألة الطلاق)^(٢) لزمه أن يطلقها ، فإذا مات أو ماتت فقد فات شرط البر في آخر جزء من أجزاء الحياة ، فيقع الطلاق كمن قال أنت طالق إن لم آت البصرة ، فمات قبل أن يأتيها ، طلقت في آخر جزء من أجزاء حياته .



(١) في ب (امرأة يطلقها) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (مرة) .

بَابُ (لولا) إذا جعلت شرطاً



[قال أبو الحسن] قال مُعَلَّى: قال محمد: إذا قال لامرأته أنت طالق لولا دخول الدار، أو [قال]: أنت طالق لولا مهرك عليّ، أو [قال]: أنت طالق لولا شرفك، فهذا كله استثناء ولا يقع الطلاق عليها، وكذلك لو قال: لولا الله.

والأصل في هذا: أن «لولا» يمتنع بها الشيء لوجود غيره، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾ [هود: ٩١]، وتقول: لولا المطر لجئتك^(١)، فصار كأنه قال: لولا دخول الدار لطلقتك، فلا يقع عليها طلاق، وكذلك لو قال: قد طلقتك لولا دخولك الدار، وكذلك لو قال: لولا دخولك (تلك)^(٢) الدار قد طلقتك أمس، أو كان مكان قد لقد في هذه [الوجوه]^(٣) كلها، وهذا كله استثناء، وكذلك (لو قال: لولا دخولك الدار)^(٤) أنت طالق أمس لولا دخولك الدار، فأما قول أبي الحسن: إن هذا استثناء، فليس هذا ظاهره؛ لأن ألفاظ الاستثناء محصورة، ولكن لما منع هذا اللفظ من وقوع الطلاق صار كالاستثناء المانع، وهذا على ما يقوله أصحابنا في قوله إن شاء الله أنه استثناء، معناه: أنه يرفع حكم الكلام كما يرفعه الاستثناء^(٥).

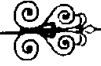
(١) في أ (لجئته).

(٢) ساقطة من أ.

(٣) في ب (الموجودة)، والمثبت من أ.

(٤) ساقطة من أ.

(٥) انظر: التجريد، ٤٩٠٦/١٠ وما بعدها.



بَابُ آخِر

[تكرار الشرط إذا علق به جزاء واحد]



قال الشيخ رحمته الله: ومما لم يذكره أبو الحسن في المختصر تكرار الشرط إذا علق به جزاء واحداً، قال بشر عن أبي يوسف، إذا قال: إن تزوجت إن تزوجت فلانة فهي طالق، قال: وإنما عقد اليمين بالقول الثاني والقول الأول لغو، وكذلك إذا، ومتى متى، وإن إذا، وإن متى، وكذلك إن بدأ بإذا وأخر إن، لو قال إذا، ثم قال متى؛ وذلك لأن الشرط لا يتعلق به حكم إلا بانضمام الجزاء إليه، وقد ضم الجزاء إلى الشرط الثاني وهو منقطع عن الأول، فبقي الأول بغير جزاء فسقط حكمه.

قال: فإن قَدَّم الطلاق قبل ^(١) الكلامين انعقدت اليمين لكلام الأول والثاني لغو؛ وذلك لأن الطلاق تعلق بالشرط الأول والثاني غير معطوف عليه، [فبقي] ^(٢) شرط لا جزاء له فلغا، وإن جعل الطلاق وسط الكلامين فقال: إذا تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك، وإنما انعقدت اليمين بالكلام الآخر والأول لغو؛ وذلك لأن (إن) شرط محض، و(إذا) شرط فيه معنى الوقت، ولا بد من تعليق الطلاق بأحدهما، فكان تعليقه بالشرط المحض أولى.

وقال محمد في الجامع الكبير: في رجل قال - لدار واحدة -: إن دخلتِ

(١) في أ (على).

(٢) في ب (وبقي)، والمثبت من أ.

هذه الدار، إن دخلت هذه الدار، فعبدي حر، فدخلها دخلة واحدة، فإنه ينبغي في القياس: أن لا يحدث حتى يدخل الدار دخلتين، لكننا نستحسن ونجعله حائثاً بالدخلة الأولى، ونجعله منه [رداً للكلام] ^(١)، إلا أن يعني دخلتين، فيكون على ما عناه.

وجه القياس: أنه لما كرر الشرط أمكن حمله على فائدة: وهو أنه أراد العطف فترك حرف العطف، فصار الشرط دخولاً بعد دخول، إلا أنه استحسن لما ذكرناه، فإن عنى الدخلتين صدق؛ لأن ظاهر الكلام أن الفائدة متعلقة به، ومن نوى ظاهر كلامه صدق.

وقال بشر عن أبي يوسف: وإن كان في الكلام (فاء) أو (واو) فقال: إن تزوجت وإن تزوجت، أو إن تزوجت فإن تزوجت، أو فإذا تزوجت ومتى تزوجت، فهذا لا يقع عليها الطلاق حتى يتزوج مرتين؛ وذلك لأنه لما عطف أحد الشرطين على الآخر تعلق الجزاء بهما.

قال: فإن قَدَّمَ الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك فإن تزوجتك، فهذا على تزويج واحد، وهذا مخالف للباب الأول؛ لأن الكلام تم بالجزاء والشرط، فإذا أعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق أنت.

ولو قال [إن تزوجتك] فأنت طالق وإن تزوجتك، طلقت بكل واحد من التزويجين؛ لأنه عطف التزويج على الجزاء فصار مضمراً فيه، فكأنه قال: [وإن] تزوجتك فأنت طالق.

(١) في ب (ذكرًا للكلام)، والمثبت من أ.

٢١٩٩ - فَصَّل: فيما يخرج الحالف مخرج الشرط

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لامرأته: أنت طالق إن دخلتُ الدار، [قال]: فهذا يخبر أنه قد دخل بمنزلة قوله إن لم أكن دخلت الدار، فإن كان قد دخل لم تطلق؛ وذلك لأن هذا ليس بشرط وإنما هو خبر عن الماضي أكده باليمين، فإن كان كاذباً طلقت، وإن كان صادقاً لم تطلق.

قال: ولو قال أنت طالق لا دخلتِ الدار فهذا [بمنزلة] ^(١) قوله أنت طالق إن دخلت الدار فلا تطلق حتى تدخل؛ لأن (لا) حرف نفي أكده بالحلف، فكأنه نهاها عن الدخول، فأكد ذلك تعليق الطلاق بدخولها.

قال: ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار، فإنها تطلق الساعة؛ لأن قوله: دخلت الدار إخبار عن دخول جعله علة في تطليقها، ومن طلق وعلل الطلاق بعلة لم توجد، لم يمنع ذلك وقوع الطلاق.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل قال لامرأته أنت طالق وإن دخلت الدار، فهي طالق الساعة؛ وذلك لأنه عطف الشرط على الطلاق ولم يعلقه به، ومن ذكر الطلاق ولم يعلقه بشرط وقع.

قال ولو قال: أنت طالق الساعة وإن دخلت الدار، [كانت طالقاً] الساعة واحدة، وإن دخلت الدار [طلقت] أخرى؛ وذلك لأنه طلقها تطليقة متعلقة بوقت وعطف عليها وقتاً آخر، فالظاهر أنه علق الطلاق بالوقت الثاني.

قال ولو قال: أنت طالق لدخولك الدار، [فهي] طالق الساعة واحدة؛

(١) في ب (مثل) والمثبت من أ.

وذلك لأنه جعل [تقدم] ^(١) الدخول علة لوقوع الطلاق [عليها] ، ومن علق الطلاق بعله سابقة وقع ، وكذلك لو قال: لحيضتك ، فإن قال: بحيضتك ، أو: بدخولك ، أو: في دخولك فهذا وقت لا تطلق حتى تدخل الدار أو تحيض ؛ وذلك لأن الباء تقتضي تعليق الصفة بالموصوف ، وحرف الظرف إذا دخل على الفعل جعله شرطاً [٢٤٣/ب] .

وقال محمد في الجامع الكبير: لو قال لامرأته إن دخلت الدار أنت طالق ، فإنها تطلق في القضاء حين تكلم بذلك ، فإن كان يعني أنها طالق إذا دخلت الدار ، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ولم [يديّن] ^(٢) في القضاء ، ولو قال: إن دخلت الدار وأنت طالق ، يعني أنها طالق بعد الدخول ، لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن قال إن دخلت الدار أنت طالق ، أنها [لا] تطلق حتى تدخل الدار .

وجه ما [قال] في الجامع الكبير: أنه لم يعلق الطلاق ^(٣) بالشرط ، فصار كلاماً مبتدأً فوقع به الطلاق ^(٤) .

وجه قول أبي يوسف: أنه يحذف حرف الجزاء وهو مراد ، لولا ذلك لم يكن لذكر الشرط فائدة ، فكأنه ذكر الحرف .

(١) في ب (بقدر) والمثبت من أ .

(٢) في النسختين (بيّن) ، والمثبت ما يقتضيه السياق .

(٣) في أ (الجزاء) .

(٤) انظر: الجامع الكبير ص ٢٦ (دار الكتب العلمية) .

فأما فصل محمد بين [ما إذا] ^(١) ذكر حرف العطف أو لم يذكر في أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ فلأنه إذا لم يذكر حرف عطف فيجوز أن يكون أضمر حرف الجزاء، فإذا عطف فهو استئناف للكلام، فلا يتعلق بما تقدم.

وذكر ابن سماعة عن محمد في نوادره فيمن قال: إن شاء الله أنت طالق، أو قال لعبدته إن شاء الله أنت حر، قال: هذا كلام منقطع فيعتق وتطلق في القضاء. قال محمد [رُوي] عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال إن شاء الله أنت طالق، وإن شاء الله فأنت طالق، أو وأنت طالق، فهو مستثنى في هذا على ما قدمنا من الخلاف.

فأما إذا قال: فأنت أو وأنت، فقد عطف [الطلاق] على المشيئة فيتعلق به في قول أبي يوسف ومحمد.

قال محمد: إذا قال: إن شاء الله فأنت طالق، فهو مستثنى؛ لأن الفاء ما بعدها بما قبلها، قال أبو يوسف: وإن قدر الطلاق فقال: أنت طالق وإن شاء الله، أو أنت طالق فإن شاء الله، لم يكن مستثنى؛ لأنه أوقع الطلاق وعطف عليه المشيئة، ومن حكم الطلاق أن يتعلق بها والعطف غير المعطوف عليه.

٢٢٠٠ - فصل: [ما تقتضي حرف الواو من العطف والجمع]

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال: فيمن قال لامرأته إن دخلت هذه الدار وخرجت منها فأنت طالق، فاحتملها إنسان وهي كارهة، فأدخلها ثم خرجت من قبل نفسها ثم دخلتها ولم تخرج منها؛ فإن الطلاق يقع عليها؛ وذلك لأن الواو

(١) في ب (من) والمثبت من أ.

[لا] تقتضي الترتيب، ولا عادة في تقديم أحد الشرطين على الآخر، فتعلق الطلاق بوجودهما وإن تقدم الثاني على الأول، [قال]: وكذلك القيام والقعود، والسكوت والكلام، والضرب والترك، والصوم والإفطار.

ولو قال لها: إن حضتِ وطهرتِ فأنت طالق، فطهرت من هذا الحيض ثم حاضت، لم يقع الطلاق حتى تطهر، ولا يقع الطلاق حتى يتقدم الحيض في هذا الموضع الطهر.

وكذلك إذا قال لها: إذا حملتِ وولدتِ وهي حبلى، وكذلك إذا زرعت وحصدت، فلا بد من تقدم الزرع الحصاد، والحمل الولادة، والحيض الطهر؛ وذلك لأن العادة أن أحد الأمرين يتعقب الآخر فوجب الترتيب بالعادة، ولو قال لامرأته: إن تزوجتك وطلقتك فعبدى حر، وليس له نية، ثم طلقها واحدة بائنة^(١) ثم تزوجها، عتق عبده.



(١) في أ (بائناً).

بَابُ الْبَاءِ إِذَا جَعَلْتَ شَرْطًا



قال أبو يوسف: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني أو برضاي أو بعلمي، فهو على كل مرة، قال أبو الحسن: وهذا قولهم جميعاً.

وقال محمد: إن قال إلا بأمري، أو قال بغير أمري، أو بغير إذني، أو بغير رضاي، فذلك كله سواء إذا خرجت بغير إذنه أو رضاه أو علمه أو أمره حنث، وهو على كل مرة عندهم جميعاً؛ وذلك لأن الباء [لإلحاق] ^(١) الصفة بالموصوف، فيقتضي وجود الإذن في كل خروج، فإذا خرجت بغير إذنه حنث، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَا نَنْزِلُ إِلَّا بِأَمْرِ رَبِّكَ﴾ [مريم: ٦٤] والمراد به الأمر في كل مرة.

قال: فإن قال إلا أن آذن، أو [إلى] أن أرضى، أو حتى [آذن، أو حتى] أرضى، فذلك كله سواء، فإذا آذن مرة سقطت اليمين؛ وذلك لأن [إلا أن] ^(٢) توقيت [وغاية] ^(٣)، قال الله تعالى: ﴿لَا يَزَالُ بُنْيَانُهُمُ الَّذِي بَنَوْا رِيبَةً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَّا أَنْ تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ١١٠] وحتى: غاية قال الله: ﴿فَلَنْ أَبْرَحَ الْأَرْضَ حَتَّىٰ

(١) في ب (لا تحالف)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (الآن)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (رعاية)، والمثبت من أ.

يَأْذَنَ لِي أَبِي ﴿ [يوسف: ٨٠] ، وقال: ﴿وَأَعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّىٰ يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ﴾ [الحجر: ٩٩] وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، فإذا وجدت ارتفعت اليمين [فلم يحنث] بالخروج .
قال: وإن أراد بقوله: إلا بإذني مرة واحدة ، فإن محمداً قال في الأمالي: هو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء ، وروى ذلك محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، قال: وكذلك قول أبي يوسف ومحمد .

وروى هشام وابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: [إذا نوى مرة واحدة في قوله (إلا بإذني) فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم] يدين في القضاء .
وجه الرواية الأولى: أن قوله (إلا بإذني) لا يقتضي تكرار الإذن بصريح اللفظ وإنما أثبتناه بدلالة ، فإذا نوى مرة واحدة فقد نوى ما في صريح كلامه فيصدق .

وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر من كلامه تكرار الإذن ، ومن نوى خلاف الظاهر لم يصدق في القضاء .

قال: فإن أراد بقوله حتى آذن كل مرة ، فهو على ما نوى في قولهم ؛ لأنه شدد على نفسه والتزم الحنث فيما لا لفظ له فصدق فيه .

٢٢٠١ - فَصَّلْ : [تعلق انعقاد اليمين المؤقتة بآخر الوقت]

فإن قال: إلا بإذن فلان فمات المحلوف على إذنه ، بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف: هي على حالها .

وجه قولهما: أن اليمين المؤقتة تعلق انعقادها بآخر الوقت ، فكأنه قال لها

عند الخروج: إن خرجت إلا بإذن فلان، وإذنه معدوم، وعدم [٢٤٤/ب] المعقود عليه يمنع بقاء اليمين.

فأما أبو يوسف فقال: إن موته يوجب فوات^(١) شرط البر، وذلك يؤكد الحنث. وهذا فرع على اختلافهم فيمن حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز وليس في الكوز ماء، لم تنعقد يمينه عند أبي حنيفة ومحمد بفقد^(٢) المعقود عليه. وكذلك في مسألتنا كأنه قال: أنت طالق إن خرجت، وهناك لفلان إذن (مشروط، فإذا)^(٣) مات لم يبق له إذن.

٢٢٠٢ - فصل: [وقوع الخروج بعد الإذن إلا أنها لم تسمع]

قال: فإن وقع الإذن من حيث لا تسمع فخرجت بعد الإذن، فإنه يحنث عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يحنث في قول أبي يوسف.

وجه قولهما: أن الإذن مأخوذ من الإعلام ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَذَانٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [التوبة: ٣] فإذا أذن لها بحيث لا تسمع لم يكن ذلك إعلماً [ولأن] (٤) اليمين يجري مجرى النهي، والإذن كالإباحة، فهي كإباحة صاحب الشريعة وحظه، فلا يثبت في حق من لم يعلم الإباحة والحظر، وقد روي أن قوماً شربوا الخمر بعد نزول تحريمها ولم يعلموا بالتحريم، فنزل فيهم قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا﴾ [المائدة: ٩٣] وليس

(١) في أ (يوجب سقوط البر).

(٢) في أ (العدم).

(٣) في أ (مترقب فلما).

(٤) في ب (وكان) والمثبت من أ.

كذلك إذا أذن لها بحيث يجوز أن تسهر وهي نائمة [لأنه وجد] ^(١) فعل الإذن ووصل إلى سمعها ، وهناك مانع يمنع من التحصيل ، فصار كما لو أذن لها وهي تسمع إلا أنها غافلة .

لأبي يوسف: أنه حلف أن لا يخرج وهو كاره ، فإذا أذن وهي لا تعلم فليس بكارهٍ ، فلا يحنت .

وقد حكى عن ابن شجاع أنه قال: لا خلاف في هذه المسألة أنه لا يحنت ؛ لأنه قد عقد على فعل نفسه في الإذن وقد أذن .

قال: وإنما الخلاف بينهم في الأمر ^(٢) ، وروى نصير بن يحيى عن أبي مطيع عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، إلا أن أبا سليمان حكى الخلاف في الإذن .

وقال ابن سماعه عن محمد: لو أن رجلاً قال لعبده: إن خرجت من باب الدار إلا بإذني فأنت حر ، ثم قال لعبده الذي حلف عليه: أطع فلاناً في جميع ما يأمرك به ، فأذن فلان للعبد المحلوف عليه في الخروج فخرج ، فإن المولى حانت ؛ لأنه لم يأذن له في الخروج ، وإنما أذن له في طاعة فلان .

ولو قال المولى للرجل ^(٣): ائذن له في الخروج ، فأذن له الرجل فخرج فإن المولى حانت ؛ لأنه لم يفعل الإذن وإنما أمر به وهو عقد على فعل نفسه .

وكذلك لو قال له: (قل له يا) ^(٤) فلان ، مولاك قد أذن لك ، فخرج فإن

(١) في ب (أنه) والمثبت من أ .

(٢) في أ هنا تقدم عبارة (إلا أن أبا سليمان ...) .

(٣) في أ (لفلان) .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ .

المولى حانث [٢٤٤/ب] ؛ لأن المولى لم يأذن فقد أمره بكذب .

قال: فلو قال المولى - لعبده بعد يمينه - ما أمرك به فلان فقد أمرتك به ، فأمره الرجل بالخروج أو أذن له ، فخرج فإن المولى يحنث ، لأن^(١) مقصود المولى باليمين أن لا يخرج إلا برضاه ، فإذا قال: ما أمرك [به] فلان فقد أمرتك به ، وهو لا يعلم أنه يأمره بالخروج ، فذلك ليس برضاً ، فلا يمنع الحنث .

ولو قال المولى للرجل: قد أذنت له في الخروج ، فأخبر الرجل به العبد لم يحنث المولى ؛ لأن المولى قد أذن [له] ، وإنما لم يثبت [له] حكم الإذن في حقه لعدم العلم ، فإذا أعلمه به لم يحنث .

قال: ولو قال لامرأته: إن خرجتِ إلا بإذني ، ثم قال لها: إن بعت خادمك فقد أذنت لك ، لم يكن منه هذا إذناً ؛ لأنه مخاطرة ، ألا ترى أنه يجوز أن تبيع ويجوز أن لا تبيع ، فلا يعد ذلك رضاً .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال لها: إن خرجتِ إلا بأمرى^(٢) ، قال: فالأمر على أن^(٣) يأمرها ويسمعها أو يرسل بذلك رسولاً إليها ، وإن أشهد قوماً أنه قد أمرها ثم خرجت فإنه حانث ؛ وذلك لأن الأمر لا يثبت حكمه إلا بالعلم ، كأمر صاحب الشريعة ، فأما الإذن فالمقصود به أن لا تخرج مع كراهيته ، وهذا المعنى لا يوجد وإن كانت لا تعلم .

وقال مُعَلَّى عن محمد: إذا قال إلا بإذني ، ثم قال لها: قد أذنت لك (عشرة

(١) في أ (لأنه قصد).

(٢) في أ (بإذني).

(٣) في أ (مَن).

أيام ، فدخلت مراراً في العشرة ، فإنه لا يحنث ، وكذلك لو قال : قد أذنت لك^(١) أبداً أو الدهر كله ، فهذا إذن منه لها في كل مرة وهو بمنزلة قوله : قد أذنت لك كلما شئت ؛ لأنه إذن في كل خروج يوجد منها ، فلا فرق بين أن يكون بلفظ واحد أو بالفاظ .

قال محمد : ولو غضبت وتهيأت للخروج فقال : دعوها تخرج ، ولا نية له ، فلا يكون هذا إذناً لها ، إلا أن ينوي الإذن ؛ لأنه لم يأذن لها ، وإنما أمرهم أن لا يعارضوها ، ويجوز أن تفعل ذلك ليحنث ، فإن أراد به الإذن جاز .

قال : ولو قال لها في غضبه : اخرجي ، ولا نية له كان على الإذن ؛ لأنه صريح الأمر إلا أن يعني : اخرجي حتى تطلقي ؛ وذلك لأن الإذن يكون بالقصد فإذا قصد التهديد لم يكن إذناً .

قال : ولو قال عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسى ، فدخلها ناسياً ثم دخل بعد ذلك ذاكراً ، فقد سقطت اليمين ، فلا يحنث بدخوله بهذه اليمين على حاله ؛ وذلك لما قدمنا أن (إلا أن) غاية ، فإذا وجد سقطت اليمين .

ولو [١/٢٤٥] قال : إن دخل هذه الدار إلا ناسياً ، فدخلها ناسياً ثم دخلها ذاكراً حنث ؛ لأنه عقد على كل دخول واستثنى منه دخولاً بصفة ، فما سواه داخل في اليمين فيحنث به .

٢٢٠٣ - فصل : [سقوط اليمين بأمر واحد]

قال ابن سماعة عن محمد في رجل قال : عبدي حر إن دخلت هذه الدار

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

دخلة إلا أن يأمرني فلان ، فأمره فلان فإنه لا يحنث إن دخل هذه الدخلة ولا بعدها ، وقد سقطت اليمين وهذا على أمر واحد لما بينا أن (إلا أن) غاية ، فإذا وجد الأمر انحلت اليمين .

قال: ولو قال: إن دخلت هذه الدار دخلة (إلا أن) يأمرني بها فلان ، فأمره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره ، فإنه يحنث ؛ وذلك لأنه أضاف الأمر إلى الدخول ، فلا بد من أمر في كل دخلة .

قال هشام عن محمد: في رجل حلف لا تخرج امرأته إلا بعلمه ، فأذن لها أن تخرج ، فخرجت بعد ذلك وهو لا يعلم ، قال: جائز ؛ لأن قوله إلا بعلمي هو إلا بإذني ؛ وذلك لأن الغرض أن لا تخرج بغير رضاه ، فإذا أذن لها فخرجت وهو لا يعلم فقد وجد الرضا .

٢٢٠٤ - فصل: [سقوط اليمين بزوال الحال]

قال: وإذا حلف رجل على زوجته أو مولى على عبده أن لا يخرج من داره إلا بإذنه ، أو سلطان حلف رجلاً أن لا يخرج من كوره إلا بإذنه ، ثم بانَّت المرأة من الزوج ، أو خرج العبد من [ملك المولى] (١) ، أو عزل السلطان من عمله ، فكان الخروج بغير إذن من واحد منهم ، فلا حنث على الحالف ؛ لأن اليمين إنما هي على الحال التي يملك الحالف [أو المحلف] الإذن ، فإذا زالت تلك الحالة سقطت اليمين ؛ وذلك لأن غرض المُسْتَحْلِفِ أن لا يخرج من له عليه ولاية إلا بأمره ، فإذا زالت الولاية زالت اليمين ؛ لأنها مخصوصة بالعادة .

قال: فإن عادت المرأة إلى ملك الزوج ، أو العبد إلى ملك مولاه ، أو أعيد

(١) في ب (ملكه) ، والمثبت من أ .

السلطان إلى ولايته لم تعد اليمين ؛ وذلك لما بينا أنها مخصوصة ببقاء الولاية ، فإذا زالت الولاية زالت اليمين فلا تعود إلا بحلف .

قال: وكذلك الغريم إذا حلف المطلوب أن لا يخرج من بلده إلا بإذنه ، فهو كذلك ما دام له عليه الدين ، فإذا قضاه أو أبرأه الطالب سقطت اليمين ، فإن عاد عليه ذلك الدين أو غيره ، لم تعد اليمين على ما بينا أن غرض المستحلف أن لا يخرج لأجل ذلك الدين الذي له عليه ، فإذا سقط الدين زالت اليمين فلا تعود إلا بيمين مستأنفة .

وعلى هذا قالوا في عامل استحلف رجلاً ليرفعنَّ إليه كل [٢٤٥/ب] من علم به من فاسق أو داعر^(١) أو سارق في محلته ، ولم يعلم شيئاً من ذلك حتى عزل العامل عن عمله ، ثم علم ، فليس عليه أن يرفعه وقد خرج من يمينه وبطلت عنه ، فإن عاد العامل عاملاً بعد عزله ، لم يكن عليه أيضاً أن يرفع ذلك إليه ، وقد بطلت اليمين أعيد بعد ذلك أو لم يعد ؛ وذلك لأن غرض العامل أن يرفع إليه ما دام والياً^(٢) ، فإذا زالت الولاية ارتفعت اليمين ، ولو أن المستحلف علم ببعض ما استحلفه عليه فأخر رفع ذلك حتى عزل العامل ، حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك إليه بعد عزله ؛ لأنه دخل في اليمين وفات شرط البرّ ، قال محمد في الزيادات: إلا أن ([ينوي]^(٣) أن يرفعهم إليه)^(٤) على كل حال في السلطان

(١) «الداعر: هو الخبيث المفسد»، والدعارة أيضاً في الخُلُق: بمعنى الشراسة. انظر: المغرب، المصباح (دعر).

(٢) في أ (عاملاً).

(٣) في أ (أن يرفع إليهم).

(٤) في ب (يعني) ، والمثبت من أ.

وغيره، فأدبته فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء؛ وذلك لأنه نوى عموم الكلام، والعموم أحد الظاهرين فإذا نواه صدق فيه. وقال محمد في الزيادات: إذا حلف أن لا تخرج امرأته من هذه الدار ولا عبده، فبانت منه المرأة أو خرج العبد عن ملكه، ثم وجد الخروج حنث؛ لأنه لم يصف الأمر في ذلك إلى إذنه فبقي اللفظ على عمومه.

قال: فإن عني ما دامت امرأته؛ دبتته فيما بينه وبين الله تعالى، ولا أدينه في القضاء؛ لأنه نوى تخصيص كلامه.

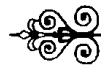
قال: وكذلك من طولب بحق فحلف ألا يخرج من داره [إلا بإذن مطالبه]^(١) حنث بالخروج، زال ذلك الحق أو لم يزل على ما بينت لك في الزوج؛ وذلك لأنه أطلق الخروج ولم يعلقه بالإذن [فهو عام]^(٢) (فكان على ما قال)، فإذا أرادت المرأة أن تخرج وقد أخذت في ذلك أو العبد، أو أراد الرجل أن يضرب عبده وقد نهض لذلك فقال [الرجل]: أنت طالق إن خرجت، أو قال المولى: أنت حر إن خرجت، أو قال [الرجل: الضارب]^(٣) عبدي حر إن ضربته فكفوا عن ذلك؛ فقد سقطت اليمين، فإن خرج المحلوف عليه بعد ذلك أو ضرب الرجل عبده، لم يحنث الحالف؛ وذلك لأن الغرض من هذه اليمين في العادة المنع من الخروج في الحال، ومن الضرب في الحال فوَقعت مخصوصة بالعادة فإذا انقضت الحال زالت اليمين، فلا يحنث بالخروج بعد ذلك.



(١) في ب (طالبه)، والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في ب (رجل للضارب) والمثبت من أ.



بَابُ [آخِر]

[الشرط يدخل عليه الفعل فيكون صفة له]



قال الشيخ رحمته الله: ومما لم يذكر أبو الحسن في المختصر الشرط يدخل عليه الفعل فيكون صفة له ، قال بشر عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار ولم [أ/٢٤٦] تعطني ثوب كذا فأنت طالق ، فدخلت الدار ثم أعطته الثوب بعد ذلك ، فإن الطلاق يقع عليها ، ولو كانت أعطته الثوب قبل أن تدخل لم يقع عليها ؛ وذلك لأنه طلقها عند وجود الشرط إلا أن تكون على صفة وهي إعطاء الثوب ، فصار كقوله: إن دخلت الدار وأنت راكبة فأنت طالق ، فدخلتها ماشية أنها لا تكون طالقاً ، كذلك لما دخلت في مسألتنا فقد وصفت بإعطاء الثوب ، فأما إذا أعطته بعد الدخول فهو كما لو دخلت راكبة ثم نزلت بعد ذلك ^(١).

قال: ولو قال: إن خرجت ولم تأكلي ، أو خرجت وليس عليك إزار ، وإن دخلت ولم تختمري فإن خَرَجَتْ ولم تفعل طلقت ، وإن خرجت بعد الفعل لم تطلق ، (لما بينا أن المعتبر وجود الصفة عند الخروج .

ولو قال لها: إن لم تعطني هذا الثوب ودخلت هذه الدار فأنت طالق ، ولا نية له ، فإن الطلاق لا يقع عليها حتى يجتمع الأمران جميعاً ، منع الثوب إلى أن يموت أحدهما) أو يحترق الثوب وتدخل الدار ، فإذا اجتمع هذان وقع الطلاق ، وإن لم يجتمعا على هذا الوجه المختلف لم يقع الطلاق ^(٢) ؛ وذلك لأنه جعل

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣٠٥/٢؛ أصول السرخسي ٢٥٧/١.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الشرط ترك العطية والدخول ، ولا يعلم الترك حتى يتعذر بموت أحدهما أو بهلاك الثوب ، فإذا تعذر ودخلت فقد اجتمع الشرطان فيحنت .

ولو قال: والله لا تدخلين هذه الدار أبداً ولا تعطيني هذا الثوب ، فأيهما فعلت حنت ؛ وذلك لأن حرف (لا) إذا دخل بين [نفيين] ^(١) تناول كل واحد منهما على الانفراد ، قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] .

قال ابن سماعه عن أبي يوسف في نوادره: لو أن رجلاً قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم إلا ثلاثة أرطال لحماً ، فاشترى ببعض الدرهم لحماً أقل من ثلاثة أرطال وببقيته غير لحم ، حنت ؛ لأنه حلف على كل شراء ، واستثنى شراء بصفة: وهو أن يشتري ثلاثة أرطال ، فما سوى الاستثناء داخل في اليمين ، فيحنت به .

ولو قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم إلا لحماً فلا يحنت حتى يشتري بالدرهم كله غير لحم ؛ لأنه حلف على كل شراء يكون بجميع الدرهم إلا أن يكون لحماً ، فإذا اشترى ببعض الدرهم غير اللحم ، لم يدخل في اليمين ، فلا يحنت .

قال: ولو قال لرجلين: والله لا تبيطان إلا في هذا البيت ، فبات أحدهما فيه والآخر في غيره ، لم يحنت ؛ لأنه شرط الحنت أن [لا] يبيطان في غيره ، فقد وجد بعض [٢٤٦/ب] الشرط ، ولو قال: والله لا تبيطان إلا في بيت ، فبات أحدهما في بيت والآخر في بيت آخر ، حنت من قبل أنهما لم يبيطان [جميعاً] في بيت واحد ؛ وذلك لأنه حلف على كل مبيت واستثنى مبيتاً بصفة وهو أن يجتمعا في بيت ،

(١) في ب (شيئين) ، والمثبت من أ .

فإذا تفرقا في بيتين حنث .

وقال محمد في جامع الكبير في رجل قال: إن كنت ضربت هذين الرجلين^(١) إلا في دار فلان فعبدني حر ، وقد ضرب واحداً منهما في دار فلان ، وواحداً في غيرها ، فإنه لا يحنث ؛ لأن شرط الحنث [هو] أن يوجد ضربهما في غير داره ، ولو قال: إن لم أكن ضربته هذين السوطين في دار فلان فعبدني حر ، والمسألة على حالها حنث ؛ لأن شرط البر أن يجتمع السوطان في دار فلان ، فإذا لم يجتمعا حنث .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: والله لا أشتري بهذا الدرهم غير لحم فاشترى بنصفه لحماً وبنصفه خبزاً ، فإنه لا يحنث في القياس ؛ لأن شرط الحنث [هو] أن يشتري بجميعه غير اللحم .

قال: وفي الاستحسان: يحنث ؛ [وذلك] لأن العادة أنهم يريدون بهذا الشراء بجميع الدرهم اللحم ، فحملت^(٢) يمينه على عادة الناس .

قال: [فإن] نوى أن يشتري به كله غير اللحم لم يكن حائثاً ، ودُين في القضاء ؛ لأنه نوى ظاهر كلامه .

٢٢٠٥ - فصل: في التخيير بين يمينين أو بين إيقاع ويمين

قال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: فيمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً أو والله لأضربن هذا الخادم اليوم ، فضرب الخادم من يومه فقد برّ في يمينه وبطل

(١) في (السوطين) .

(٢) في أ (فحمل اليمين) .

الطلاق ؛ لأنه خَيْرٌ نفسه بين الطلاق وبين الضرب في اليوم ، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر .

قال : فإن مضى اليوم قبل أن يضرب الخادم فقد حنث ، ويخير : فإن شاء أوقع الطلاق ، وإن شاء ألزم نفسه اليمين ؛ وذلك لأنه حنث في أحد الأمرين وهو الحالف ، فكان التعيين إليه ، فإن قال في اليوم قبل مضيه : قد اخترت أن أوقع الطلاق ، لزمه وبطلت اليمين ؛ لأنه خير نفسه بين الإيقاع واليمين ، فإذا أوقع سقطت اليمين ، ولو قال : قد اخترت التزام اليمين وأبطلت الطلاق ، فإن الطلاق لا يبطل ، فإن مضى اليوم قبل أن يضرب حنث في يمينه ؛ وذلك لأن اليمين لا تجب على الإنسان بالالتزام ، فلم يتعين بالاختيار ، فبقيت [١/٢٤٧] اليمين على حالها ، ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً أو والله لأضربن فلانة ، فماتت فلانة قبل أن يضربها فقد حنث في يمينه ، وهو مخير : إن شاء ألزم نفسه الطلاق ، وإن شاء الكفارة ؛ لأن شرط البر فوات بموتها ، فحنث في إحدى اليمينين .

قال : ولو كان الرجل : هو الميت والمحلوف على ضربها حية ، فقد وقع الحنث على الرجل أو الطلاق ، وقد مات قبل أن يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث ؛ من قبل أن التخيير في هذه المسائل ليس بتخيير الحكم إنما هو تخيير الورع ، ولو قال : أختار ولا أخيرك ، وهو حي لم أجبره على ذلك وخليته وامرأته ؛ وذلك لأنه لما كان مخيراً بين الطلاق والتزام الكفارة لم يجز إيقاع الطلاق بالشك ، ومعنى قول أبي يوسف : أن هذا ليس باختيار حكم ؛ فلأنه يسقطه عن نفسه باختياره الكفارة وهي معنى يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ، فلو كان بدل الكفارة طلاق أخرى ، فقال : أنت طالق ثلاثاً ، أو هذه ، فهو تخيير حكم ، يجبره

الحاكم على أن يبيّن ؛ لأنه لا يقدر على إسقاط ذلك عن نفسه بأمر بينه وبين الله تعالى ، وعلى هذا قالوا فيمن قال: أنت طالق ، أو عليّ حجة ، لم يجبره الحاكم على الخيار ، إنما يفتي فتوى في الورع أن يوقع أيهما شاء ويبطل الآخر .

قالوا: فإن قال: أنت طالق ثلاثاً ، أو فلانة عليّ حرام - يعني اليمين - فإنه يخيّر بتخيير الفتوى ؛ لما بينا أنه يسقط ذلك عن نفسه بالكفارة ، فإن مضت أربعة أشهر قبل أن يقرب ، خيّر بتخيير حكم يقال له: أوقع طلاق الإيلاء على التي حرمتها ، أو طلاق الكلام على التي تكلمت بطلاقها ؛ وذلك لأن الطلاق لا بد أن يقع على إحداهما ، فيخيّر فيها بتخيير الحكم .

وقال محمد في الجامع [الكبير]: إذا قال: والله لا أدخل هذه الدار أو لا أدخل هذه [الدار] ، فإن دخل إحداهما حنث^(١) ؛ لأن (أو) إذا دخلت بين (شيئين)^(٢) تناولت كل واحد على الإنفراد ، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَطَّعْ مِنْهُمَ إِثْمًا أَوْ كَفُورًا ﴾ [الإنسان: ٢٤] ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار أبداً أو لأدخلنّ هذه الدار الأخرى اليوم ، فإن دخل الأولى حنث وإن لم يدخلها ولم يدخل الأخرى حتى مضى اليوم حنث ؛ وذلك لأنه خير نفسه في يمينين^(٣) [٢٤٧/ب] أن لا يدخل الدار الأولى أو يدخل الأخرى في اليوم ، فإن دخل الأخرى في اليوم برّ في يمينه ، وإن مضى اليوم حنث في إحدى اليمينين .

قال ابن سماعه في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل قال: عبده حر إن

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٣٦ .

(٢) في أ (نفيين) .

(٣) في أ (اليمين) .

لم يدخل [هذه الدار اليوم، فإن لم يدخلها اليوم دخل هذه] ^(١)، قال محمد: ليس هذه بالاستثناء واليمين على حالها، ولا أبالي وصل هذا الكلام أو فصله ^(٢)، فإن لم يدخل الدار الأولى اليوم حث؛ وذلك لأن قوله فإن لم يدخلها ليس بلفظ تخيير، فبقيت اليمين الأولى بحالها.

٢٢٠٦ - فصل: في الشروط تكون على الفور أو يتأخر

قال ابن سماعه: سمعت محمداً يقول في رجل قال: إن ضربتني ولم أضربك وما أشبه ذلك فهذا على الفور، قال: وقوله: (ولم) [يكون] على وجهين: على قبل وعلى بعد، فإذا كانت على بعد فهو على الفور، فلو قال: إن كلمتني ولم أجبك فهذا على بعد، وهو على الفور، فإن قال: إن ضربتني ولم أضربك، فهو عندنا على أن يضرب الحالف قبل أن يضرب المحلوف عليه، فإن أراد به بعد ونوى ذلك، فهو على الفور.

وجملة هذا: أن هذه اللفظة قد تدخل على الفعل الماضي [و] على المستقبل، ويتميز ذلك بمعاني كلام الناس ومقاصدهم، فإذا كان اللفظ محتملاً عملت فيه النية، فإذا قال: إن ضربتني ولم أضربك، فالظاهر عند محمد: أنه للماضي، فكأنه قال: إن ضربتني بغير مجازاة ويحتمل المستقبل، فإذا نواه حمل عليه، وأما قوله: إن كلمتني ولم أجبك، فهذا على المستقبل؛ لأن الجواب لا يصح إلا ^(٣) بتقدم الكلام، فأما الفور الذي ذكره فقد اعتبروا فيه العادة [أيضاً]،

(١) ما بين المعقوفين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) في أ (أو لم يصله).

(٣) في أ (أن يتقدم).

فما كانت العادة^(١) فيه الفور، حملوه عليه، والجواب: إنما يكون على الفور، والضرب إذا جازى به الضرب، فإنما يراد به الفور.

وقال مُعَلَّى عن محمد فيمن قال: كل جارية يشتريها^(٢) فلا يطؤها فهي حرة، قال: هذا أن يطأها ساعة يشتريها، فإن لم يفعل فهي حرة؛ وذلك لأن الفاء تقتضي التعقيب، ولو كان [مكان (فلا)]^(٣) فإن لم أطأها، فهذا على ما بينه وبين الموت، فمتى وطئها برّ؛ لأن (إن) شرط فلا يقتضي التعجيل.

قال هشام عن أبي يوسف: فإن قال لغلامه: إن [لم]^(٤) تأتني حتى أضربك فأنت حر، فجاءه في ساعته فلم يضربه قال: متى ما ضربه فإنه يبر في يمينه ولا يعتق إلا أن ينوي ساعة أمره بذلك؛ لما بَيَّنَّا أن لفظة (إن) شرط فلا يقتضي التعجيل [١/٢٤٨] إذا لم يكن في الكلام ما يدل عليه.

[وقال هشام عن محمد]: ولو قال: إن لم أشتري اليوم عبداً فأعتقه فعليّ كذا، فاشتري عبداً فوهبه ثم اشتري آخر فأعتقه، قال محمد: إنما وقعت يمينه على العبد الأول، فإذا أمسى^(٥) ولم يعتقه حنث، وذلك لأن تقدير كلامه: إن اشتريت عبداً فعليّ عتقه فإن لم أعتقه فعليّ حجة، وهذا قد استحقه الأول فلم يدخل الثاني في اليمين.

قال هشام عن محمد فيمن قال لآخر: إن مت ولم أضربك فكلُّ مملوك لي

(١) في أ (الغالب).

(٢) في أ (اشتريها لا أطأها).

(٣) في ب (كان الفاء)، والمثبت من أ.

(٤) في ب (إن تأتني)، والمثبت من أ، وهكذا في البدائع، ١٣/٣.

(٥) في أ (اشتري).



حرٌّ، فمات الحالف ولم يضربه، قال محمد: لا يُعْتَقُونَ؛ لأن شرط الحنث إنما يكون بوجود الموت، ولا ملك له في ذلك الوقت، [فلا يعتقون].

قال محمد: ولو قال: إن لم أضربك فكل مملوك لي حر، فإن هذا لا يحنث حتى يخرج نفسه، فيحنث قبل خروج نفسه فيعتقون؛ لأن الشرط هاهنا ترك الضرب وقد علمنا فواته في هذه الحالة، [وكذلك] لو قال: إن لم أدخل هذه الدار حتى أموت فغلامي حر، فلم يدخلها حتى مات، لم يعتق.

وكذلك قال محمد فيمن قال: إن لم أضربك فيما بيني وبين أن أموت فعبدي حر، فلم يضربه حتى مات، قال: لا يعتق عبده، ولو قال: إن لم أضربك فعبدي حر، فلم يضربه حتى مات، عتق العبد قبل أن يموت، قال: لأن في الأول حنث بعد الموت [والثاني قبل الموت].

وقال محمد في الزيادات: فيمن قال لرجل امرأته طالق إن لم تخبر فلاناً بما صنعت حتى يضربك أو قال: إن لم آتك حتى [تغديني]^(١)، أو إن لم أضربك حتى تضربني، فضربه الحالف أو أخبر الحالف فلاناً، أو أتاه فلم يفعل المحلوف عليه شيئاً مما شرط أن يفعله حتى مات، فإنه [يحنث]^(٢)؛ وذلك لأنه عقد يمينه على الخبر والإتيان للغد أو الضرب، وقد وجد ذلك، وما يتوقع من جهة الآخر [ليس بمحلوف عليه]^(٣)، وإنما بيّن أن عوضه في فعله.

قال: ولو قال لغريم له: امرأته طالق إن لم يلزمه حتى يقضيه ما له،

(١) في أ (إن لم يأتك حتى تغديه)، وفي ب (تغديني) والمثبت كما في ب والبدائع، ١٤/٣.

(٢) في النسختين (لا يحنث) والمثبت يدل عليه السياق، وكذا في البدائع.

(٣) في ب (ليتبين هو لمحلوف)، ١٤/٣.

[فلازمه] ^(١) ثم تركه قبل أن يقضيه ، فإنه حانث ؛ وذلك لأنه جعل القضاء غاية لليمين ، فإذا فارقه قبله وجد شرط الحنث فحنث .

قال: ولو قال عبده حر إن لم يضربك حتى يدخل الليل ، أو حتى يشفع لك فلان ، أو حتى تشتكي يدي ^(٢) فإن أقطع عن الفعل الأول قبل الثاني حنث ؛ لأنه ترك الضرب قبل الغاية ، وفي الفعل الأول لم يجعل (حتى) غاية ، وإنما جعلها عوض الفعل .

ولو قال: امرأته طالق [ب/٢٤٨] إن [لم] آتت اليوم حتى أتغدى عندك ، أو إن لم آتت حتى أضربك ، فأتاه فلم يضربه حتى مضى اليوم حنث ؛ وذلك لأن الفعلين جميعاً هاهنا من الحالف ، فانعقدت يمينه عليهما ، وفي قوله: (حتى) تُغديني أحد الفعلين من غيره فكان [عوض] ^(٣) فعله ، فلم يحنث بعدمه .

قال ابن سماعه عن محمد: إذا قال: إن ركبت دابتك فلم أعطك دابتي فعبدي حر ، قال: هذا على الفور إذا ركب دابته ، فينبغي له أن يعطيه دابة نفسه ساعتئذٍ .

وكذلك إن قال: إن دخلت دارك فلم أجلس فيها ؛ وذلك لأن الفاء للتعقيب ، فيقتضي وجود ما دخلت عليه عقيب الشرط .

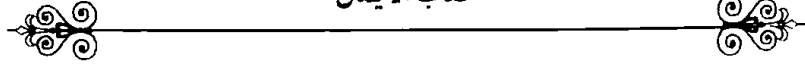
(قال: ولو قال: إن رأيت فلاناً فلم آتت به فعبدي حر ، فراه أول ما رآه مع الرجل الذي قال له ذلك) ^(٤) ، قال: الحالف حانث الساعة ؛ وذلك لأن يمينه على

(١) في ب (فلزمه) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (بين يدي فلان) ، والمثبت كما في البدائع ١٤/٣ .

(٣) في أ (غرض) ، وفي ب (غرضه) ، والمثبت من البدائع ، ١٤/٣ .

(٤) في أ (إلى جنب الذي قال له: إن رأيتك فلم آتت به) ، وفي البدائع مثل المثبت ، ١٤/٣ .



أول رؤية ، ومستحيل أن يأتيه بمن هو معه [جالس] .

وقد كان يجب أن لا يحدث عند أبي حنيفة ومحمد ، كما قال فيمن قال: إن رأيت فلاناً فلم أعلمك بذلك فعبدني حر ، فراه أول ما رآه مع الرجل الذي قال له ذلك ، لم يحدث عندهما ؛ لأن العلم يستحيل فيمن قد علمه ، فكذلك الإتيان [يستحيل فيمن هو معه ، فيصير كمن قال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز ، ولا ماء فيه] .

قال: ولو أن رجلاً قال: إن لقيتك فلم أسلم عليك ، (فإن سلم ساعة يلقاه)^(١) وإلا حدث ، وكذلك إن استعرت دابتك فلم تعرني ، قال: لأن هذا جواب إنما هذا على (لم) المجازاة يداً بيد ، وليس هذا مثل قوله: إن دخلت الدار فإن لم^(٢) أكلم فلاناً ، فهذا متى ما كلمه برّ .

قال: وقد يجيء في ذلك أمور تشبهه بكون (فإن لم) مثل (فلم) ، [فحمل]^(٣) ذلك على [مُعْظَم]^(٤) معاني كلام الناس^(٥) .

ولو أن رجلاً قال: إن أتيتني فلم آتك ، أو إن زرتني فلم أزرك ، أو أكرمتني فلم أكرمك ، فهذا على الأبد ، وهو في هذا الوجه مثل (فإن لم) ؛ وذلك لأن الزيادة لا تتعقب الزيادة في الغالب ، فالمقصود منها وجود الفعل .

(١) في أ (فالسلم ساعة يلقاه) .

(٢) في أ (فلم أكلم) .

(٣) في ب (فاحمل) ، والمثبت من أ .

(٤) في النسختين (عظم) ، والمثبت بحسب السياق .

(٥) انظر: البدائع ٣/٣٥ ، ٥٧ .

قال: فإن قال: إن أتيتني فلم آتكَ فهو على وجهين: قد يكون إن لم آتكَ قبل إتيانك، وقد يكون بعد [إتيانك]، وقد يجيء من ذلك أمر بيّن يعرف أنه قبل، وأمر بيّن يعرف أنه بعد، وحال مشتبهة تحتل الأمرين، فإن كان في ذلك معاني كلام الناس فهو على [معظم] (١) ذلك، فإن لم يكن في ذلك معنى يستدل به فهو على ما نوى، وهو على قبل وبعد، أي ذلك فعل إن لم يكن له نية أجزاء هذا في المشتبه الذي لا يعرف [١/٢٤٩] فيه معنى، فأما الذي يعرف أنه قبل، أو أنه بعد، فهو على [الذي] يعرف في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى إذا لم تكن له [نية]، فإن نوى خلاف ما يعرف، لم يدّين في الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى [وفسرنا الظاهر منه قبل كقوله: إن خرجت من باب الدار ولم أضربك، وما ظاهره بعد كقوله: إن أعطيتني كذا ولم أكافئك بمثله، والمحمّل إذا قال: إن كلمتُك ولم تكلمني، فهذا يحتمل أن يكون قبل وبعد، فأيهما فعل ولم يكن للحالف نية برّ، وإن نوى أحد الفعلين فهو على ما نوى، وإن كان قبل ذلك [فنطق]، فكان هذا جواباً له فهو على الجواب (٢).

٢٢٠٧ - فِصْل: [العطف على الشرط بأو]

وإن عطف على الشرط بـ(أو) فقال: عبده حر إن دخل هذه الدار أو هذه، فأَيّ الدارين دخل عتق عبده.

وكذلك لو آخر الجزاء (٣) فقال: إن دخلتُ هذه الدار أو هذه الدار فعبدني

(١) في النسختين (عظم)، والمثبت بحسب السياق.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، ٣/١٤، ١٥.

(٣) في أ (الجواب).

حر ، وكذلك لو أعاد الفعل مع أو فقال: عبده حر إن دخل هذه [الدار] أو دخل هذه الدار؛ وذلك لأن حرف أو إذا دخل بين نفيين يتناول كل واحد منهما على الانفراد ، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطْعَمُ مِنْهُمْ عَائِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] قال ابن سماعة: قال محمد: إذا قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار أو هذه الدار وإن دخلت هذه [الدار] فعبدي حر ، فإن اليمين على أن تدخل إحدى الأوليين ، وتدخل الثالثة ؛ فأَيُّ الأوليين دخلت ثم دخلت الثالثة حنث ؛ وذلك لأنه جمع الثالثة إلى إحدى الأوليين ، فكانتا شرطاً .



بَابُ (في) إذا جعل ظرفاً



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لعبده أو لامرأته: أنت حر في كذا، أو أنت طالق في كذا، فإن كان ذلك الشيء الذي أوقع الطلاق فيه موجوداً وقع الطلاق والعتاق، كان العبد والمرأة فيه أولم يكونا، فإذا كان ذلك الشيء غير موجود، لم يقع شيء من ذلك حتى يوجد.

والأصل في هذا: أن (في) للظرف، فإما أن يدخل على ظرف أو على فعل، والظرف على ضربين: ظرف زمان وظرف مكان، فإن أدخلها على ظرف مكان وقع الطلاق في ذلك المكان وفي غيره، مثل أن يقول: أنت طالق في الدار، أو في مكة، فتطلق في سائر المواضع وإن لم تكن في الدار ولا في مكة؛ لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان، فإذا أوقعه عليها في مكان وقع في سائر الأماكن.

وأما ظرف الزمان، فإن كان ماضياً وقع الطلاق في الحال مثل أن يقول: أنت طالق في أمس أو في العام الماضي؛ وذلك لأن الإنسان لا يملك إيقاع الطلاق [٢٤٩/ب] في زمان ماضٍ إلا أنه وصفها في الحال بطلاق وقع عليها فيما مضى، وهي ممن توصف به في الحال [فيقع الطلاق] ^(١) عليها.

وكذلك إن كان ظرف الزمان حاضراً، وقع في الحال مثل أن يقول: أنت طالق في هذا الوقت أو في هذه الساعة؛ لأن الطلاق قد وصفه بصفة موجودة

(١) في ب (فوقع)، والمثبت من أ.

فوق ، وإن كان الزمان مستقبلاً لم يقع عليها طلاق حتى يأتي ، كمن قال: أنت طالق في غد أو في^(١) الشهر الآتي ؛ لأن الطلاق يجوز أن يختص بوقت دون وقت ، فإذا وصفه بزمان لم يقع قبله ، وأما إذا أدخل حرف الظرف على الفعل صار شرطاً كقوله: أنت طالق في دخولك الدار وفي قيامك ؛ لأن الفعل لا يكون ظرفاً ، وهذه الحروف التي هي الأدوات يقوم بعضها مقام بعض ، فكأنه قال: أنت طالق مع قيامك ومع دخولك ، قال الله تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩] أي: مع عبادي .

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال لها: أنت طالق في ذهابك إلى مكة ، فهذا على الذهاب ؛ لأنه أدخل (في) على فعل فصار شرطاً ، وكذلك بذهابك ؛ لأن^(٢) الباء للإصاق ، فاقتضت إصاق الطلاق بالفعل .

ولو قال: أنت طالق في الشمس ، وهي في الظل كانت طالقاً مكانها ؛ لأن الشمس ليس بفعل فيكون شرطاً ، فأما أن يقول ليست بمكان ، فتكون ظرفاً فلغا ذكرها ، أو يقول المراد به: في مكان الشمس ، والمُطَلَّقة في مكان مُطَلَّقة في كل مكان .

ولو قال: أنت طالق في صومك ، كانت طالقاً حتى يطلع الفجر ؛ وذلك لأن الصوم فعل فصار شرطاً ، وهو عبارة عن الإمساك مع النية في زمان مخصوص من شخص مخصوص ، وهذا المعنى موجود في الجزء الأول ، فوجد [به] الشرط .

قال: ولو قال: في صلاتك ، لم تطلق حتى ترقع وتسجد سجدة ؛ لأن

(١) في أ (في شهر كذا) .

(٢) في أ (لأنه قرنه بالباء ، والباء للإصاق) .

الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة ، فما لم يوجد جنسها لم تستحق الاسم ، فلا يقع الطلاق .

قال: ولو قال لها: في حيضك أو في طهرك ، فإن كان موجوداً وقع وإلا لم يقع ؛ وذلك لأن الحيض والطهر فعل الله تعالى ، والطلاق إذا عَلَّقَهُ بفعل الله تعالى توقف على وجوده .

ونظير مسائل الباب ما قال محمد في الجامع: إذا قال: أنت طالق في ثلاثة أيام ، طلقت حين تكلم^(١) ؛ وذلك لأنه جعل الأيام ظرفاً ولا يمكن أن يكون كلها ظرفاً للإيقاع ، فصار [الظرف جزءاً] منها ، وقد وجد عقيب كلامه .

قال: ولو قال في مجيء ثلاثة أيام ، وقال ذلك عند [١/٢٥٠] طلوع الشمس ، لم يحتسب بهذا اليوم ، فإذا طلع الفجر من اليوم الرابع منذ يوم حلف طلقت ؛ وذلك لأنه عَلَّقَ الطلاق بمجيء الأيام الثلاثة ، وذلك لا يوجد إلا بمجيء كل واحد منها ، ومجيء اليوم يكون بطلوع الفجر .

ولو قال في مُضِيِّ ثلاثة أيام ؛ لم تطلق حتى يكون مثل تلك الساعة في اليوم الرابع ، وكذلك مُضِيِّ يوم ، وكذلك الحلف بالليل حتى يمضي ثلاثة أيام ولياليها إلى الساعة التي حلف ؛ وذلك لأن مضي الأيام عبارة عن انسلاخها ، فإذا كان مثل تلك الساعة من اليوم الرابع ، فقد تمت ثلاثة أيام^(٢) فوقع الطلاق .

وقال محمد في الجامع: إذا قال إن شتمتك في المسجد فعبدي حر ، فإنه

(١) نقلها الكاساني عن محمد في البدائع ٢٦/٣ .

(٢) في أ (تمت يمينه) .



يحنث إذا كان الشاتم في المسجد ، كان المشتوم في المسجد أو لم يكن ، فإن قال: إن ضربتك^(١) [في المسجد] ، فمتى كان المفعول به في المسجد حنث وإلا لم يحنث ؛ وذلك لأن الشتم^(٢) طريقه طريق الأقوال فهو غير متصل بالمفعول ، فاعتبر وجود الشاتم في المسجد ، فأما القتل والضرب فهو عبارة عن وقوع الفعل بالمفعول ، فإن كان في المسجد تناوله الاسم وإلا فلا^(٣) .

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف إن قال: والله لا أدل على صيد في الحرم فدل عليه ، والدال خارج الحرم والصيد في الحرم فهو حانث ؛ وذلك لأن الامتناع في الدلالة لحرمة الصيد ؛ وذلك لا يكون إلا في صيد الحرم .



(١) في أ (لأضربنك) .

(٢) في أ (اسم الشتم) .

(٣) انظر: الجامع الكبير ص ٣٢ .



بَابُ

الشرط يحلف به فلا يتعلق اليمين بلفظه ويتعلق على معنى الكلام المقصود إليه

قال معلى: سألت^(١) محمداً عن رجل حلف بطلاق امرأته ليضربنها حتى يقتلها، أو قال: حتى ترفع ميتة ولا نية له، قال: إذا [ضربها] ضرباً شديداً كأشد الضرب برّ في يمينه؛ وذلك لأن العادة [قد جرت] أنهم يريدون بهذا القول شدة الضرب دون الموت، ومن حكم الأيمان أن تحمل على العادة دون الحقائق^(٢)، ألا ترى أن العادة عرف طارئ على اللغة، فوجب حمل اللفظ عليه، وقد قال الشافعي: إن الأيمان محمولة على الحقائق، وهذا ليس بصحيح لما بينا: أن العرف اصطلاح حادث، فالظاهر أن المتكلم يقصد بكلامه ذلك، يبين هذا أن الغريم يقول لغريمه إذا اقتضاه: والله لأجرّنك على الشوك.

إنما يعني بذلك: شدة المطل، ولا يقول أحد إنه يحمل على الحقيقة لوجود العرف بخلافها.

وقد قال مالك: إن الأيمان محمولة على ألفاظ القرآن.

وهذا [٢٥٠/ب] ليس بصحيح؛ لأن من حلف لا يجلس في سراج، فجلس في الشمس لم يحنث، وإن كان الله تعالى سماها في القرآن سراجاً^(٣)، ولو حلف

(١) في أ (سمعت).

(٢) في أ (المعاني).

(٣) ﴿وَجَعَلَ الْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجًا﴾ [نوح: ١٦].

لا يجلس على بساط فجلس على الأرض لم يحنث ، وإن كان الله تعالى سماها [في القرآن] بساطاً^(١) ، ولو حلف لا يمس وتداً فمسّ جبلاً لم يحنث ، وإن كان الله تعالى سمّى الجبال أوتاداً^(٢) .

وقال محمد: فإن حلف ليضربنها حتى يغشى عليها ، أو [حتى] تبول ، (فما لم يوجد ذلك لم يبر في يمينه)^(٣) ؛ وذلك لأن هذا المعنى يحدث عند الضرب في الغالب ، وقد جعله غاية ، فما لم يوجد لم يبر في يمينه ، وليس كذلك الموت والقتل ؛ لأنه لا يقصد بالضرب غالباً ، فإذا قصد الحالف لم يذكر الضرب وذكر القتل ؛ فهذا لم يعتبر وجوده .

قال: ولو حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل ، [ولا نية له] فمعنى ذلك: أن يضربه كلما شكى [إليه] بحق أو باطل ، [فإن لم يفعل فهو حانث] ولا يكون الضرب في هذا عند^(٤) الشكاية إلا أن يعني ذلك ، وإن لم يعن ذلك لم يحنث حتى يموت العبد أو المولى ؛ وذلك لما بينا أن اليمين محمولة على العرف ، ومعلوم أنه [لو] أراد ضربه عند كل حق وباطل ، لزمه ضربه أبداً ؛ لأنه لا يخلو من فعل حق أو باطل ، وهذا غير مراد باليمين^(٥) فحملت على الشكاية للعرف .

فأما قوله: إن الضرب لا يحمل على الفور ؛ لأن اليمين إذا وقعت على

(١) ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ بِسَاطًا ﴾ [نوح: ١٩] .

(٢) ﴿ أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ مِهْنًا ۖ وَالْجِبَالَ أَوْتَادًا ﴾ [النبا: ٦ - ٧] .

(٣) في أ (قال هذا لا يبر في يمينه حتى يضربها فيغشى عليها أو تبول) .

(٤) في أ (إلا عند) .

(٥)

الفعل لم [تختص] ^(١) بزمان دون زمان ، فما دام يرجو [شرط البرّ] لم يحنث إلا أن يعني الحال ، فيكون قد شدد على نفسه .

قال: فإن شكى إليه فضربه ثم شكى في ذلك الشيء مرة أخرى ، والمولى يعلم أنه في ذلك الشيء أو لا يعلم فذلك سواء ، وليس عليه أن يضربه للشكاية [الثانية] ؛ لأنه قد ضربه فيها مرة ؛ وذلك لأن اليمين لما اقتضت الضرب عند الشكاية لم تتعلق بالفعل الواحد الذي وقعت الشكاية عنه أكثر من [ضرب] واحد ، كما لو قال: إن أخبرني بكذا فلك درهم ، فأخبره به مرة بعد مرة ، لم يجب إلا درهم واحد .

٢٢٠٨ - فصل: [ما يُراد به التشديد لا التكرار]

قال معلى: سألت ^(٢) محمداً عن رجل حلف ليقتلن فلاناً ألف مرة ، فقتله ثم قال: إنما نويت أن آتي على نفسه بالقتل ، قال: أدينه في القضاء ؛ وذلك لأن العادة [جرت] أنهم يريدون بهذا تشديد القتل ولا يريدون تكراره ، والمعتبر في اليمين العادة .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: إن لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة ، فهذا على أن يضربها ضرباً يوجعها فإذا [١/٢٥١] فعل ذلك فقد برّ ؛ وذلك لأن المراد بهذا اللفظ أنه يتركها لا حية سليمة ولا ميتة ، وهذا يكون في الضرب الشديد .

وقال محمد فيمن حلف بالطلاق: لقد سمع فلاناً يطلق امرأته ألف مرة ،

(١) في ب (يخصص) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (سمعت محمداً في رجل) .

وقد سمعه طلقها ثلاثاً، فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن حكم الثلاث حكم الألف في الإيقاع [والتحريم]، ولو قال: امرأته طالق إن لم يكن لقي فلاناً ألف مرة، وقد لقيه مراراً كثيرة إلا أن ذلك لا يكون ألف مرة، وإنما أراد كثرة اللقاء ولم يرد العدد، فإنني أدينه؛ لأن هذا يذكر في العادة على طريق التكثير دون العدد المحصور.



بَاب

الرجل يحلف فيخرج من يمينه بنيته بعض ما حلف عليه بصفة أو جنس

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب: أن من ذكر لفظاً عاماً ونوى تخصيص ما في لفظه، صُدِّق فيما بينه وبين الله تعالى ولم يصدق في القضاء؛ وذلك لأن المتكلم بالعموم قد نوى^(١) به الخصوص، فإذا نوى ذلك صارت النية دلالة على التخصيص، كالدلالة الشرعية على تخصيص العموم، إلا أنه لا يصدق في القضاء؛ لأن الظاهر من اللفظ العموم، فإذا نوى غير الظاهر لم يصدق، فأما إذا نوى تخصيص ما ليس في لفظه فلا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الخصوص يتبع الألفاظ دون المعاني، فما ليس له لفظ^(٢) لا يصح تخصيصه، [ومتى ما]^(٣) نوى حقيقة كلامه صدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وإن كان ذلك خلاف الظاهر؛ لأن الحقيقة أحد الظاهرين فإذا نواها صُدِّق فيها.

قال هشام عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في رجل قال: إن أكلت فعبدي حر، وهو ينوي طعاماً بعينه فأكل غيره، فإن عبده يعتق [ولا يُدَيِّنُ] في القضاء [ولا] فيما بينه وبين الله تعالى؛ وذلك لأن يمينه على الأكل، والمأكول ليس في لفظه، فقد نوى ما ليس في لفظه فلم يصدق، وهذا يدل من قول أبي حنيفة أن

(١) في أ (يريد التخصيص).

(٢) في أ (ليس في لفظه).

(٣) في ب (وأما من) والمثبت من أ.

التخصيص في الأحوال والمعاني لا يصح ، خلاف ما قاله أبو بكر الرازي .

قال: ولو قال إن أكلت طعاماً فعبدي حر ، وقال: عنيت اللحم أو الخبز فأكل غيره ، فإن أبا حنيفة قال: لا يصدق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وكذلك قال أبو يوسف إذا قال: والله ، وهو قول محمد ؛ وذلك لأنه خصص ما في لفظه فعملت نيته [ب/٢٥١] فيما بينه وبين الله تعالى ولم تعمل في القضاء ؛ لأنه خصص العموم وذلك خلاف الظاهر .

قال أبو الحسن: وأصل هذا: أنه إذا ذكر الفعل ولم يذكر المفعول فيه ، فنوى بعض المفعول فيه دون بعض ، لم يُدَيَّنْ في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، وإذا ذكر المفعول فيه في كلامه ثم قال: نويت بعضه دون بعض دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء ، وذلك على ما قدمنا .

قال أبو الحسن: فأما التخصيص في الصفة [فإن] بشراً حكى عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا أكلم هذا الرجل وهو قائم ، يعني: ما دام قائماً ولم يتكلم بالقيام ، كانت نيته باطلة ، وحنث إن كلمه ؛ وذلك لأنه نوى تخصيص الحال وذلك ليس في لفظه ، ولو حلف لا يكلم هذا القائم يعني ما دام قائماً ، وسعه فيما بينه وبين الله ؛ لأنه خصص ما في لفظه ، وكذلك إذا قال: والله لأضربن فلاناً خمسين ، وهو ينوي بسوط بعينه فبأي^(١) [سوط ضربه خمسين] ، فقد خرج من يمينه والنية باطلة ؛ وذلك لأنه نوى تخصيص ما لا لفظ له .

ونظير هذا ما حكى ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل حلف: والله لا يتزوج امرأة ، وهو ينوي كوفية أو امرأة بصرية ، قال: ليس في هذا نية فيما بينه

(١) في أ(كل).

وبين الله تعالى ولا في القضاء ، ولو قال : والله لا أتزوج [امرأة] ، يعني امرأة كان أبوها يعمل كذا وكذا ، فهذا كله لا يجوز فيه النية ، ولو قال : لا أتزوج امرأة ، يعني [امرأة] عربية أو حبشية ، قال : هذا جائز هذا جنس قد نواه ؛ وذلك لأن صفة المرأة ليس في لفظه فلا يعمل تخصيصه فيها ، فأما الجنس فقوله : لا أتزوج امرأة يعني لكل امرأة ، فيعمل نيته في جنس دون جنس^(١) .

وقال ابن سماعة عن محمد في رجل قال : والله لا أتزوج امرأة على ظهر الأرض ، ينوي امرأة بعينها ، قال : يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمل أن يريد بهذا امرأة موصوفة بصفة ، فلا يكون اللفظ عاماً فيرجع إلى نيته في التخصيص .

قال : ولو قال : لا أشتري جارية ونوى مولدة فإن نيته باطلة ؛ لأن هذا ليس بتخصيص جنس ، وإنما هو تخصيص صفة ، ولم يذكر في الباب مثال الأصل الثالث : وهو [أنه] إذا نوى حقيقة كلامه ، وذلك مثل أن يقول : والله لا أتزوج النساء ، فيمينه محمولة على الواحدة ، فإن قال : أردت جنس النساء صدق في القضاء ، وكذلك إذا قال : لا أشرب [١/٢٥٢] الماء ، وقال : أردت جنس الماء ؛ وذلك لأننا حملنا اليمين على الأقل ؛ لأن الجنس لا يمكن استيعابه ، فإذا نوى الجنس فقد نوى حقيقة الكلام وهو أمر ظاهر فتقبل^(٢) نيته فيه .



(١) انظر : البدائع ٦٨/٣ .

(٢) في أ (فتعمل) .



بَاب

الرجل يعلق الطلاق أو العتاق بما يحتمل الحال أو الاستقبال



قال بشر عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته وهي حائض: إذا حضتِ فأنت طالق، أو قال وهي مريضة: إذا مرضتِ فأنت طالق، فهذا على حيض مستقبل ومرض مستقبل^(١)، فإن قال: عنيت ما يحدث من هذا الحيض فهو كما نوى؛ وذلك لأن ظاهر^(٢) اللفظ يقتضي حدوث الحيض وحدث المرض، وذلك لا يكون إلا فيما يستقبل منه، فتناولت يمينه حيضة مستقبلة ومرضاً مستقبلاً.

قال: فإن قال عنيت بما يحدث من هذا الحيض وما يزيد من هذا المرض، فهو كما نوى؛ لأن الحيض ذو أجزاء يحدث حالاً فحالاً، وكذلك المرض، فإذا نوى جزءاً حادثاً من ذلك صدق، فإن قال: إن حضتِ غداً فأنت طالق، وهو يعلم أنها حائض، فهذا على هذه الحيضة إذا دام الحيض بها إلى أن ينشق الفجر من الغد بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثالثة أو أكثر؛ وذلك لأنه إذا علم بحيضها استحال أن يعني بيمينه حدوث حيضة أخرى في غد؛ لأن ذلك لا يمكن، فلم يبق إلا أن يريد استمرار^(٣) هذه الحيضة، وإنما اعتبر أن تكون تلك الساعة تمام الثالثة أو أكثر؛ لأن الحيض إذا انقطع فيما دونها فليس بحيض، فلا يوجد شرط اليمين.

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٢٩٧.

(٢) في أ (الظاهر).

(٣) في أ (استمرار الدم من هذه).

قال: فإن كان لا يعلم بحيضها، فهو على حيض مستقبل، ويُدَيَّن في القضاء؛ لأنه إذا لم يعلم بحيضها، فالظاهر أنه قصد حدوث الحيض.

قال أبو الحسن: وكذلك قال في هذه الوجوه في المرض، وكذلك المحموم قال إن حممت، أو المصدوع قال إن صدعت، أو مشتك لبعض جسده [فهو على هذا الوجه]، وكذلك الرعاف، وهذا على ما قدمنا أنه معنى ذو أجزاء، فإذا نوى ما يتجدد من أجزائه صدق.

قال: وإن كان صحيحاً فقال: إن صححتُ فامرأتي طالق^(١)، طلقت امرأته حين سكت، وهو كبصير قال: إن أبصرت، أو كسميع قال: إن سمعت؛ لأن الصحة هي الأصل، وليست بمعنى يحدث، فيتعلق اليمين بوجودها وقد وجدت، قال: فأما القائم والقاعد والراكب فهو على الركوب والقيام والجلوس، إذا مكث ساعة بعد اليمين حنث، وهذا يريد به إذا قال القائم: إن قمت، والقاعد إن [٢٥٢/ب] قعدت، والراكب إن ركبت؛ وذلك لأن البقاء على هذه الأفعال يسمى باسم الابتداء، فقد وجد ما تناوله الاسم عقيب اليمين، وكذلك السكنى إذا لم يأخذ في النقلة؛ لأن البقاء على السكنى يسمى سكنى.

قال: فأما الدخول إذا حلف وهو داخل أن لا يدخل، فلا يكون إلا على دخول مستقبل، وإن نوى الذي هو فيه لم يحنث؛ لأن الدخول هو الانفصال من خارج إلى داخل، وهذا المعنى لا يوجد في البقاء، وكذلك إذا حلف لا يخرج وهو خارج؛ لأن الخروج الانفصال من داخل إلى خارج، وهذا لا يوجد في البقاء، وكذلك الحبل إذا قال للحبلى: إذا حبلت، تناولت اليمين حبلاً مستقبلاً؛

(١) في أ (فكان صحيحاً حين سكت، فامرأته طالق).



لأن الحَبْل هو ابتداء العلق ، فأما الضرب والأكل فهو على الحادث ، فكل شيء أكله بعد يمينه أو ضربه بعد يمينه فهو حانث ؛ لأن الضرب ذو أجزاء كل جزء منه ابتداء ، فأما اللبس فهو مثل الركوب ؛ لأن البقاء عليه يسمى لبساً ، يوضح ذلك أنه يقول : لبست يوماً وركبت يوماً ، ولا يقول دخلت الدار يوماً .

وقال في الأصل : إذا قال لامرأته : أنت طالق ما لم تحيضي أو ما لم تحبلي وهي حبلى أو حائض في حال الحلف ، فهي طالق حين سكت إلا أن يكون ذلك منها حين سكت ؛ لأنه جعل حدوث الحيض والحبل شرط البر ، فما لم يوجد عقيب اليمين حنث ، فإن كان يعني ما هي فيه من الحيض ، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لما بينا أن الحيض ذو أجزاء فصح أن يسمي ما يحدث من أجزائه باسم الابتداء ، فأما في الحبل فلا يصدق ، لأنه ليس بمعنى ذي أجزاء ، وإنما هو معنى واحد ، ألا ترى أن ما يتزايد من الحيض حيض ، والحبل ليس بمعنى يتزايد ، فلا يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء .





بَابُ الحلف على التزويج بشروط مختلفة



قال الشيخ رحمته الله: هذا الباب ذكره أبو الحسن في جامعه فأوردناه للحاجة إلى ما فيه من المسائل .

قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال: إن تزوجت امرأة بعد امرأة فهي طالق، فتزوج واحدة ثم اثنتين في عقدة فإنه وقع الطلاق على إحدى الآخرين؛ لأنه قد تزوج امرأة بعد امرأة، وإن كان معها غيرها فقد وقع الطلاق على إحداهما فكان له ^(١) التعيين، ولو تزوج امرأتين في عقدة ثم تزوج امرأة بعدهما [٢/٢٥٣] طلقت الآخرة؛ وذلك لأنه قد تزوجها بعد امرأة، والأوليان كل واحدة منهما لا توصف أنها بعد الأخرى، فكانت الآخرة هي المستحقة للشرط .

ولو قال: إن تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج صبية طلقت؛ لأن الغرض باليمين الامتناع من النكاح وهذا يفيد الجنس، فصار قوله امرأة كقوله: أنثى .

وقال ابن سماعه عنه: إن قال إن تزوجت امرأتين في عقدة فهما طالقان، فتزوج ثلاثاً في عقدة فإنه تطلق امرأتان من نسائه يوقع على اثنتين من الثلاث؛ لأنه قد تزوج باثنتين، وإن كانت معهما ثالثة، وليس إحداهن بالطلاق بأولى من الأخرى فرجع إلى تعيينه .

(١) في أ (إليه) .

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره في رجل قال: والله لا أُزوّجُ ابنتي الصغيرة، [ثم أمر رجلاً] فزوّجها [أو زوّجها] رجل بغير أمره، فأجاز، قال: هو حانث لأن حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فتعلقت بالمجيز، ولو حلف لا يزوج ابناً له [صغيراً] فأمر رجلاً فزوجه، ثم بلغ الابن وأجاز، أو زوجه رجل فأجاز الأب ورضي الابن لم يحنث؛ وذلك لأن حقوق العقد لما لم تتعلق بالعاقد، تعلقت بالمجيز فنسب العقد إليه.

وقال هشام عن محمد في نوادره: في رجل حلف بطلاق امرأته ثلاثاً أن لا يزوج بنتاً له صغيرة، فزوجه رجل من أهله أو غريب والأب حاضر ذلك^(١) المجلس حيث زوجت، إلا أنه ساكت حتى قال الذي زوج للذي خطب: قد زوجتكها، وقال الآخر: قد قبلت، والأب ساكت، ثم قال بعد ما وقع^(٢) العقد وهو في ذلك المجلس: قد أجزت النكاح، فزعم محمد أنه لا يحنث؛ لأن الذي زوج غيره وأجاز هو، وكذلك إذا حلف على أمته؛ وذلك لأن الإجازة لا تسمى نكاحاً وهو حلف على التزويج، فإذا فعل ما لا يتناوله الاسم لم يحنث.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل تزوج امرأة بغير أمرها [وزوجه وليها]^(٣)، ثم حلف المتزوج أن لا يتزوجها أبداً، ثم بلغها فرضيت بالنكاح، أو كان زوّجها رجل^(٤) منه وهو لا يعلم، ثم حلف بعد ذلك أنه لا يتزوجها، ثم بلغه النكاح فأجاز، لم يحنث في أحد الوجهين؛ لأنه لم يتزوج بعد

(١) في أ (في).

(٢) في أ (عقدة النكاح).

(٣) في الأصل (زوجه ولها)، والمثبت من أ.

(٤) في أ (أو كان الزوج زوجها وهو لا يعلم).

يمينه ، إنما أجاز نكاحاً قبل يمينه أو أجازته المرأة ، وهذا صحيح على ما قدمنا :
أن شرط يمينه التزويج المستقبل [ب/٢٥٣] والإجازة ليست بتزويج .

قال ابن سماعة عن محمد: لو قال لا أتزوج فلانة بالكوفة فزوّجها أبوها
إياه بالكوفة ، ثم أجازت ببغداد كان حائثاً ، وإنما جاز الساعة بإجازتها النكاح
الذي كان بالكوفة ، وكذلك قال في الجامع الكبير ، وهذا على ما بيّننا أن الإجازة
ليست بنكاح ، وإنما النكاح الإيجاب والقبول ، فإذا حصّلا بالكوفة وانضم إليهما
الإجازة ، فقد وجد شرط الحنث فحنث .

قال ابن سماعة عن محمد في رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق ،
فصار معتوهاً فزوجه^(١) إياها أبوه ، قال: هو حائث ؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق
بالمعقود له فهو المتزوج فحنث .

وقال مُعَلَّى: [سمعت] ^(٢) محمداً عن امرأة حلفت أن لا تزوج نفسها من
فلان ، فزوّجها رجل منه بأمرها فهي حائثة ، وكذلك لو زوجها رجل فرضيت ،
وكذلك لو كانت بكرةً فزوّجها أبوها فسكتت ؛ وذلك لأن العقد لما جاز برضاها
وحقوقه تتعلق بها صار كأنها عقدت ، وهذه الرواية مخالفة لرواية هشام .

وكذلك لو حلف: لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يشتري ويبيع ، فإنه إن
سكت كان حائثاً في يمينه ؛ وذلك لأن السكوت إذن منه فكأنه أذن بالنطق .

وروى بشر ومُعَلَّى عن أبي يوسف: أنه [قال]: لا يحنث ؛ لأن السكوت

(١) في أ (فزوجها إياه) .

(٢) في ب (سألت) ، والمثبت من أ .

ليس بإذن ، وإنما هو إسقاط حقه عن المنع من تصرف العبد.

قال: فإن حلف لا يسلم لفلان شفعة، فبلغه أنه اشترى داراً هو شفيعها فسكت، قال: هذا لا يحنث؛ وذلك لأن الساكت ليس بمسلم وإنما يسقط حقه لتفريطه في طلبه.

قال عمرو عن محمد: في رجل حلف لا يزوج عبده فزوج العبد نفسه ثم أجاز المولى: فإن المولى يحنث، ولو حلف الأب أن لا يزوج ابنته فزوجها عمها وأجاز الأب لم يحنث؛ وذلك لأن غرض المولى باليمين أن لا يعلق برقبة عبده حقوق النكاح، وهذا المعنى موجود وإن أجاز، فأما الأب فغرضه أن لا يفعل ما يسمى نكاحاً، والإجازة ليست بنكاح.

قال عليّ وبشر عن أبي يوسف: [في رجل] حلف أن لا يؤخر عن فلان حقه شهراً^(١)، فلم يؤخره شهراً، وسكت [من يقاضيه] حتى مضى الشهر: لم يحنث، وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن التأخير هو التأجيل، وترك التقاضي ليس بتأجيل.

قال: ولو أن امرأة حنثت لا تأذن [١/٢٥٤] في تزويجها وهي بكر، فزوجها أبوها فسكتت، فإنها لا تحنث، والنكاح لها لازم؛ لأن السكوت ليس بإذن وإنما أقيم مقام الإذن بالسنة.



(١) في أ (حلف أن لا يؤخر حقه من فلان).

بَابُ الرجل [يعطف] على اليمين بعد السكوت



قال الشيخ رحمته الله: الأصل في هذا الباب: ما روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا عطف على يمين بعد السكوت [بما يوسع على نفسه لم يقبل قوله، كما لا يقبل في الاستثناء بعد السكوت] وإن عطف بما يشدد على نفسه جاز؛ لأنه يملك الإيقاع، واليمين التي لم تكن حلف بها، فإذا ثبت هذا الأصل:

قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف في رجل قال: **إِنْ دَخَلْتُ فَلَانَةَ الدَّارِ** فهي طالق، ثم سكت سكتة ثم قال: وهذه يعني امرأة له أخرى، فإنها تدخل في اليمين؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: وهذه طالق إن دخلت هذه الدار [وفي هذا تشديد على نفسه فيُقْبَلُ، وكذلك إن قال بعدما سكت: وإن دخلت هذه الدار، فإنها تطلق إن دخلت الدار الأخرى]؛ وذلك لأنه عطف على الشرط، وهذا يقتضي وقوع الطلاق على الأولى بدخول كل واحدة من الدارين، وفي هذا تشديد على نفسه [فيقبل]، وكذلك لو قال: هذه طالق ثم سكت ثم قال: وهذه، [فإنها تطلق، وكذلك العتق لو] قال لعبدته: أنت حر ثم سكت ثم قال: وهذا؛ وذلك لأنه جمع بينهما في الإيقاع، وهذا تشديد على نفسه^(١).

قال: ولو قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار ثم سكت، ثم قال: وهذه، يعني داراً [له] أخرى، فليس له ذلك، فإن دخلت الأولى طلقت؛ وذلك لأن

(١) في ب (وإن عطف بما يشدد) والمثبت من أ.



العطف يقتضي زيادة في شرط اليمين الأولى، ألا ترى أنه إذا علق الطلاق بدخول دارين لم يقع بإحدهما، وهو لا يملك تغيير شرط اليمين بعد السكوت؛ و[ذلك] لأن في هذا توسعة على نفسه، فلا يجوز بعد السكوت كالاستثناء.



بَابُ

الرجل يحلف على فعل فيقع الحلف على الصحيح منه والفاقد أو على الصحيح دون الفاسد أو على التام منه والناقص



قال ابن سماعة عن أبي يوسف إذا قال الرجل: عبدي حر إن وهبت لفلان شيئاً، أو تصدقت عليه، [أو أعرتة، أو نحلتة، أو أعطيته، أو أقرضته، ثم وهب له أو تصدق عليه] أو أقرضه أو أعطاه أو نحله أو أعاره، فلم يقبل ذلك المحلوف عليه، فإن الحالف يحنث، وكذلك قال محمد في الجامع [الكبير في الصدقة والهبة والنحلي والعارية، وكذلك قال أبو حنيفة في الجامع] الصغير في الهبة^(١)، وقال زفر: لا يحنث في الهبة حتى يقبل الموهوب له ويقبض.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رواية أخرى في القرض: أنه لا يكون قرضاً إلا أن يقبل ذلك منه المستقرض.

وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره: أنه إذا أقرضه فلم يقبل فليس بمقرض.

أما الهبة والعارية والصدقة فوجه قولهم: أن الهبة من الواهب وليس من الموهوب له، وللمعار عوض مقصود، فصار المقصود فيها من جهة الواهب والمعير، وقد فعل ذلك، وإنما يحتاج إلى القبول [ليستحق]^(٢) به ما هو من جهة الآخر، فإذا لم يكن من جهته شيء لم يعتبر قبوله في استحقاق الاسم فحنث.

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٦٩.

(٢) في ب (يستحق)، والمثبت من أ.

وجه قول زفر: أن الهبة لا تتم إلا بالقبول ، فالحلف يقتضي الأمرين كالبيع ، فأما القرض فوجه قول أبي يوسف: أنه يحنث من غير قبول ؛ لأن [صحة القرض] ^(١) لا تقف على تسمية العوض كالهبة .

وجه الرواية الأخرى: أن القرض ^(٢) تمليك بعوض كالبيع ، وقد قال أبو يوسف في هذه الرواية: لو حلف لا يستقرض من فلان شيئاً فاستقرضه فلم يقرضه ، قال: فهو حانث ، وفرق بين القرض والاستقراض ؛ وذلك لأن الاستقراض طلب القرض فهو كالسوم في البيع .

٢٢٠٩ - فصل : [الحنث فيما لم يحصل القبول]

قال أبو الحسن: وإذا حلف على عقد فيه بدل مثل البيع والإجارة ، ففعل ما حلف عليه ولم يقبل الآخر ، فإنه لا يحنث ؛ وذلك لأن المقصود بالبيع حصول العوضين ؛ وذلك لا يسلم إلا بالإيجاب والقبول ، فما لم يوجد القبول لم يحصل غرض البائع بالبيع ، فلم يحنث ، قال: فإن وقع العقد وقبل - والعقد صحيح [في البيع] أو فاسد يملك به إذا قبض - حنث الحالف ؛ وذلك لأن اسم البيع يتناول الصحيح والفساد ، ألا ترى أن العرب وضعت الاسم لهذا النوع من العقد ، وهي لا تعرف الأحكام ، وإن كان الاسم تناول الفساد ، والغرض من التمليك يحصل به كما يحصل بالصحيح ، حنث في يمينه ، فأما إذا كان مما لا يملك به كالبيع بالميتة والدم لم يحنث ؛ لأنه لا يحصل فيه الغرض من التمليك .



(١) في ب (الصحة العوض) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (أنه) .

٢٢١٠ - فَصْل: [الحنث في بيع فيه خيار]

قال: فإن باع بيعاً فيه خيار للبائع أو للمشتري، حنث في قول محمد، ولم يحنث في قول أبي يوسف، لأيهما كان الخيار، لأبي يوسف: أن شرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد، فهو كالإيجاب بغير قبول.

لمحمد: أن اسم البيع يتناول ما شرط فيه الخيار، والملك يتعلق به إذا انضم إليه معنى آخر كالبيع الفاسد [مع القبض]

قال محمد: سمعت أبا يوسف قال فيمن قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر، فاشتراه على أن [١/٢٥٥] البائع بالخيار، فمضت (المدة)^(١) ووجب البيع [لم]^(٢) يعتق؛ وذلك لأن [اسم الشراء قد ورده، وليس في ملكه، فانحلت اليمين، فلا يعتق بعد ذلك بوقوع الملك، وليس كذلك لو كان الخيار للمشتري؛ لأن اسم الشراء لا يتناول]^(٣) ما شرط فيه الخيار، وإنما صار مشترياً بسقوط الخيار، والعبد في ملكه فعتق عليه

٢٢١١ - فَصْل: [الحلف بعدم الزواج أو الصلاة]

وإذا حلف لا يتزوج أو لا يصلي، فهو على الصحيح في ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، [إلا أن يعني غير الصحيح]؛ وذلك لأن النكاح لا يملك فساده كما لا يملك تصحيحه، والغرض من النكاح الملك فإذا لم يوجد في الفاسد لم يحنث، وليس كذلك البيع؛ لأن الغرض منه الملك، وذلك يوجد

(١) في أ (الثلاثة).

(٢) في ب (يعتق)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (اسم البيع عنده ما شرط)، والمثبت من أ.

في الفاسد، و[على هذا] الغرض بالصلاة: التقرب إلى الله تعالى، وذلك لا يوجد في فاسدها، فاخصت اليمين بالصحيح.

قال محمد: ولو تدبر الكلام تدبراً فقال: عبده حرّ إن كان اشترى أو تزوج أو صلّى فهو على الصحيح منه والفساد؛ وذلك لأن الماضي لا يقصد منه الملك والقربة، وإنما الغرض الإخبار، والاسم موجود في الصحيح والفساد [معاً] فتناولهما جميعاً، فإن عنى بذلك الصحيح دُيِّنَ في القضاء؛ لأن الظاهر من الصلاة والنكاح الصحيح، وإنما حملنا اليمين على الفساد؛ لأنه [لا] غرض في الماضي يحتضن الصحيح، فإذا نواه فقد نوى ظاهر كلامه فيصدق.

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً قال: والله لأبيعن أم ولدي، أو هذه المرأة الحرة، أو هذا الحر المسلم، فباعهم بيعاً فاسداً، برّ في يمينه.

وقال أبو يوسف: في الرجل الحر المسلم مثل ذلك، وخالف في أم الولد والحرة، فقال: اليمين على أن يرتدا فيسبياً، أما الرجل الحر المسلم فلا يتصور عليه إلا بيع باطل، فعلم أن اليمين تناولت ذلك، فأما المرأة فأبو حنيفة يقول: إنه تباع في الحال بيعاً مجازاً، وتباع بعد السبي بيعاً صحيحاً، فالحال أخص باليمين فحملت عليه.

وأبو يوسف يقول: إذا أمكن حمل اليمين على الحقيقة كان ذلك أولى من حملها على المجاز، وهذا نظير اختلافهم في العبد إذا قال: كل عبد أملكه فهو حر.

٢٢١٢ - فصل: [الحث بالعقد بالفساد]

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف في رجل قال: إن كنت تزوجت اليوم امرأة

فعبدي حر ، وقد تزوج [في ذلك اليوم تزويجاً] فاسداً ، قال: لا يحنث ، (وإن قال: إن لم أكن تزوجت اليوم امرأة فعبدي حر ، وقد تزوج في ذلك اليوم تزويجاً فاسداً ، قال: حنث) (١) ، وكذلك رجل صَلَّى ركعتين بغير وضوء [٢٥٥/ب] ، وقال: إن كنت صليت اليوم ركعتين فغلامي حر ، وهو يعني أن صلاته ليست بصلاة ، قال: لا يعتق غلامه ، ولو قال: إن لم أكن صليت اليوم ركعتين فغلامي حر ، ولا نية له ، عتق غلامه ، فكأنه اعتبر لفظة اليمين ، فإذا كانت على الإثبات اختصت بالصحيح ، وإن كانت في الماضي فإن كانت بلفظ النفي تناولت الفساد والصحيح ، وقالوا فيمن قال: والله لأتزوجن هذه المرأة اليوم ولها زوج ، فهذا على أن يتزوجها تزويجاً فاسداً ؛ وذلك لأنه لا يملك أن يعقد عليها عقداً صحيحاً ، فتناولت يمينه الفساد .

٢٢١٣ - فَصَّلْ: [الحنث بالصلاة والصوم]

قال أبو الحسن: ولو حلف لا يصلي فكبَّر ودخل في الصلاة ، لم يحنث حتى يركع ويسجد سجدة استحساناً ، والقياس أن يحنث (٢) .

وجه القياس: أن اسم المصلي يتناول الداخل في الصلاة ، ألا ترى أنهم يقولون فلان قد صَلَّى .

ووجه الاستحسان: أن الصلاة عادة تشتمل على أفعال مختلفة ، فما لم يوجد جنسها لم يوجد الاسم ، فلا يحنث .

قال: ولو قال والله لا أصلي صلاة [أو أصليّن صلاة] ، فإنه لا يحنث حتى

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٦٩ .



يصلي ركعتين ؛ لأنه لما ذكر المصدر اقتضى ذلك ما هو صلاة في الشرع ، وذلك لا يكون أقل من ركعتين .

وقد قالوا فيمن حلف لا يصلي الظهر ، أنه لا يحنث حتى يتشهد بعد الأربع ؛ وذلك لأن الظهر عبارة عن أربع ركعات ، فما لم يوجد جميعها لم يحنث .

قال : ولو حلف لا يصوم فأصبح ينوي الصوم ثم أفطر حنثاً^(١) ؛ وذلك لأن الصوم هو الإمساك مع النية في زمان مخصوص ، وهذا المعنى موجود في الجزء الأول [في كونها صوماً] وما بعده تكرر مثله ، فلا يعتبر كما لا يعتبر تكرر مثل الركعة الأولى [في كونها صلاة] ، ولو حلف لا يصوم صوماً ، لم يحنث حتى يصوم يوماً ؛ لأنه ذكر المصدر فاقضى ذلك صوماً شرعياً ؛ وذلك لا يكون في أقل من يوم ، وكذلك لو حلف لا يصوم يوماً ، ولو حلف لا يحج حجة ، أو قال : لا أحج ولم يقل حجة ، لم يحنث حتى يطوف طواف الزيارة ؛ لأن الحجة عبارة عن أجناس من الفعل فتناولت اليمين جميعها ؛ وذلك لا يوجد إلا بأكثر الطواف ، قال : فإن جامع فيها لم يحنث ؛ لأن المقصود من الحج القرية ، فتناول اليمين الصحيح كالصلاة .

قال : ولو حلف لا يعتمر ، فأحرم وطاف أربعة أشواط حنثاً ؛ وذلك لأنه قد وجد ما هو ركن في العمرة ، [٢٥٦/أ] فصار كوجود أركان الحج^(٢) .



(١) انظر : الجامع الصغير ص ٣٦٩ .

(٢) انظر : الأصل ، ٣٦٥/٢ .

بَابُ الرجل يحلف أن لا يحلف

قال الشيخ رحمه الله: أصل هذا الباب أن الحلف في الشرع جملة تتضمن شرطاً وجزءاً، يقصد بها الامتناع إذا لم تجر العادة بخلاف ذلك، وقد بينا هذا.

وقد قالوا فيمن قال لامرأته: إن شئتِ فأنتِ طالق، أنه ليس بحالف؛ لأن هذا تفسير التخيير، والتخيير ليس بحلف بدلالة أن النبي ﷺ خير نساءه.

وقد روي عن بعض الصحابة مسنداً وموقوفاً: «ملعونٌ من حلف بالطلاق ومن حلف به»^(١) وهذا يمنع من أن يكون تخييره حلفاً.

وقد قالوا فيمن قال لامرأته: إذا حضتِ حيضةً فأنتِ طالق ليس بحلف؛ لأن هذا تفسير طلاق السنة، ولو قال لها: أنت طالق للسنة^(٢) لم يكن حالفاً، وكذلك إذا أتى بتفسيره.

ولهذا قالوا لو قال لها: إذا حضتِ فأنتِ طالق كان حالفاً؛ لأنه يقتضي وقوع الطلاق في الحيض، وذلك ليس بتفسير لطلاق السنة.

وقد قالوا فيمن طلق امرأته طلاقاً مؤقتاً فقال: أنت طالق غداً أو رأس الشهر فليس بحالف؛ لأنه طلاق موصوف ولم يعلقه بشرط، وقد قال الشافعي: إن الحلف ما تعلق بشرط يقدر على الامتناع منه، فإن قال: إذا طلعت الشمس أو

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء ٢/٢٨٢. (ولم أعثر عليه عند غيره).

(٢) وفي الجامع الكبير: «... لم يقع عليها حتى تطهر». ص ٧١.

جاء غد فأنت طالق^(١) ، فليس بحلف ؛ لأنه لا يقدر على الامتناع من هذا الشرط . وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه أخرج كلامه مخرج الامتناع فكان حالفاً ، وإن لم يدخل ذلك في قدرته .

قال أبو الحسن : الحلف عندنا ما تعلق بشرط يقع به الحنث بوجود الشرط ، كان ذلك في المجلس الذي حلف فيه أو غيره ، فأما ما يقع بالجواب عنه [خارجاً عن] المجلس ، أو كان معلقاً بوقت فليس بحلف ، وقد بينا هذا وقد فسره بقوله : إن أكلت أو شربت أو قطرت^(٢) السماء أو جاء غد فعبدني حر أو امرأتي طالق ، وهذا حلف^(٣) على ما قدمنا .

وأصل آخر يعتبر في الباب : وهو أن المحلوف به من جاء بعد حرف الجواب ، ومن جاء بعد حرف الشرط فليس بمحلوف عليه ، ألا ترى أن من قال لعبده : إن دخلت الدار فامرأتي طالق^(٤) ، فهو حالف بطلاق امرأته ؛ لأنها جاءت بعد حرف الجواب ، وليس بحالف بعقوب العبد ؛ لأنه دخل في الشرط .

وقال مُعَلَّى عن أبي يوسف : إن قال أنت طالق في نفر الحاج أو ذبح الناس فهو يمين ؛ لأنه أدخل حرف الظرف على [الفعل]^(٥) فصار شرطاً .

ولو قال في الأضحى لم يكن يميناً ؛ لأنه أدخل حرف الظرف على الوقت ، فصار مطلقاً بصفة .

(١) انظر : التنبيه للشيرازي ١/١٧٨ .

(٢) في أ (أمطرت) .

(٣) في أ (وهذا على ما بينا) .

(٤) ولعل العبارة الملائمة للمسألة بحسب ما يقتضيه السياق (إن أعتقتك فامرأتي طالق) .

(٥) في ب (وقت الفعل) ، والمثبت من أ .

قال: وإذا قال: والله لا أحلف بطلاق عَمْرَةَ، فالحلف بطلاقها أن يدخل في الجواب، فإذا قال بعد ذلك: إن دخلت زينب الدار فَعَمْرَةَ طالق حنث، ولو قال: إن دخلت عَمْرَةَ الدار فزينب طالق لم يحنث، وهذا على ما قدمنا أن المحلوف [به] من جاء بعد حرف الجواب دون من دخل في الشرط

٢٢١٤ - فَصْل: [وقوع الطلاق إن حلف بالطلاق]

ومن مسائل هذا الباب

ما ذكر في جامع الكبير فيمن قال لامرأته: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، كرر ذلك ثلاثاً، وقعت عليها تطليقتان وانعقدت يمين إن كانت مدخولاً بها؛ وذلك لأنه لما قال لها أول مرة، فقد انعقد عليها يمين شرطها أن يحلف بطلاقها، وجوابها أن يقع الطلاق عليها، فلما قال لها ثانياً: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، فقد وجد شرط اليمين الأولى؛ لأنه حلف بطلاقها، ألا ترى أنها دخلت في الجواب فوقع عليها تطليقة، فانحلت اليمين الأولى وانعقدت الثانية، فلما قال لها ثالثاً، فقد وجد شرط اليمين الثانية، فوقع عليها [تطليقة] أخرى وانحلت اليمين الثانية، وانعقدت [اليمين] الثالثة فإن أعاد القول رابعة وقعت عليها تطليقة ثالثة، وانعقدت عليها يمين أخرى؛ لأن الطلاق قد يقع بتمام الكلام، واليمين تنعقد قبل وقوع الطلاق^(١).

٢٢١٥ - فَصْل: فيما يصل الرجل بكلامه فيكون قطعاً للاستثناء عن اليمين أو لا يكون

قال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: إن خرجت من الدار

(١) انظر: فتاوى السغدي ١/٣٨٦.

فأنت طالق ثلاثاً فاعلمي ذلك ، إلا بإذني ، أو إن شاء الله ، فإنها لا تطلق ، وهذا كلام واحد ؛ وذلك لأن قوله فاعلمي ذلك يقتضي تعلق الكلام الثاني بالأول بحرف العطف ، فصار كلاماً واحداً فعمل فيه الاستثناء .

ولو قال اعلمي ذلك أو اذهبي انقطع الاستثناء ؛ لأنه لم يعلقه بالكلام الأول فصار كلاماً مبتدأً فقطع الاستثناء ، وينبغي على قول أبي حنيفة : أن يقع الطلاق في الفصلين على أصله فيمن قال أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله .

قال ابن سماعة عن محمد : فيمن قال لامرأته (أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار)^(١) أو قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن دخلت الدار ، لم تطلق إلا بالدخول ، وعليه اللعان ؛ لأن قوله يا زانية ، صفة [٢٥٧/أ] لها فهو كقوله : أنت طالق يا زينب ويا قائمة فلا يفصل ، ولا يجوز أن يكون في حكم من علق القذف بالشرط ؛ لأن القذف جعله صفة للمطلقة ، وصفات المطلقة لا تقف على الشرط ، وإنما يقف الطلاق^(٢) .

وقال محمد في الجامع الكبير : إذا قال لها أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار ، فدخلت الدار وقع الطلاق ، ولا حد ولا لعان ، فجعله في حكم [القذف المعلق]^(٣) بالشرط فلا يكون قاذفاً .

(وقال بشر عن أبي يوسف : قال أبو حنيفة)^(٤) : وذلك لأن اللعان تعلق

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ ، وموقعها في أ (قال لامرأته : أنت طالق يا زانية ثلاثاً) .

(٢) نقله الكاساني في البدائع ٢٩/٣ ؛ البحر الرائق ٣/٤ .

(٣) في ب (المعلق للقذف) ، والمثبت من أ .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ .

بقذفه وبانت بدخول الدار، فسقط اللعان من طريق الحاكم، فلم يجب الحد.

وقال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق يا زانية ثلاثاً؛ قال: لا حدّ عليه ولا لعان، وكذلك قال أبو يوسف، فلم يفصلاً بقوله يا زانية بين الإيقاع والعدد؛ لأنه صفة لها فوجب اللعان بقذفه، وبانت بقوله ثلاثاً، فسقط اللعان من طريق الحكم.

قال: وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال لها - ولم يدخل بها -: أنت طالق ثلاثاً، أو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، فماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن دخلت الدار، فهذا باطل لا يلزمه به طلاق؛ لأن الطلاق يقع بآخر الكلام^(١) وقد حصل ذلك وهي أجنبية.

قال: ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا عمرة فماتت قبل أن يقول يا عمرة فالطلاق لها لازم؛ لأن قوله يا عمرة ليس بشرط ولا عدد، فلا يقف الوقوع عليه، فإذا وقع الطلاق بقوله أنت طالق لم ينهه الموت.

قال: وقال أبو حنيفة: لو قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق يا زانية ثلاثاً، فهي ثلاث، ولا حد ولا لعان.

وقال أبو يوسف: هي طالق واحدة وعليه الحد.

لأبي حنيفة: ما قدمنا أن قوله يا زانية [قذف]^(٢) فلا يفصل بين العدد والإيقاع، فيقف الوقوع على آخر الكلام، فيصير قاذفاً في حال الزوجية، فيجب

(١) في أ (لأن الوقوع يقف بآخر الكلام).

(٢) في ب (برا)، والمثبت من أ.

عليه اللعان ، وإذا بانت سقط اللعان من طريق الحكم .

لأبي يوسف: أن قوله يا زانية لما لم يكن شرطاً ، فصل بين الطلاق والعدد فبانت بقوله أنت طالق ، وصار قاذفاً لأجنبية ، فيجب عليه الحد .

قال أبو يوسف: ألا ترى أن أبا حنيفة قال: لو قال لها أنتِ طالق [طالق] ثلاثاً ، لم يلزمها إلا واحدة ، فقوله يا زانية (٢٥٧/ب) كلام قد تعلق به حد أشد من ذلك ، فهو أولى أن يفصل ، قال: ولو كان قال لها: أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار ، كانت طالقاً ولا حد ولا لعان ؛ لأن قوله يا زانية لما فصل بين الشرط والإيقاع ، تعلق القذف بدخول الدار ، فلم يكن قاذفاً ، قال أبو يوسف: ولا يُشبه هذا المدخول بها: إذا قال لها أنت طالق يا زانية ثلاثاً ، أنها تبين بثلاث ولا حد ولا لعان ؛ لأنه لو قال لها أنت طالق وسكت ، فقليل له: كم ؟ فقال: ثلاثاً ؛ كانت ثلاثاً ، فكذلك إذا فصل بقوله يا زانية ، لا يكون أكثر من الفصل سكوته .

٢٢١٦ - فصل: فيما يخرج الحالف عن يمينه أو لا يخرج

قال الشيخ رحمته الله: جملة هذا الفصل مبنية على أن حكم^(١) الحالف إذا وقع في اليمين بكناية أو ذكر المحلوف عليه ، كان الداخل فيها بكناية خارجاً من الشرط ، وإن كان بغير [كناية]^(٢) دخل إلا أن يكون الحلف وقع على بعض الحالف أو المحلوف عليه ، فلا يدخل في اليمين على وجه ، وهذا الأصل على ظاهر الرواية .

وإن كان قد روي عن أبي يوسف خلاف فيه ، فإذا ثبت هذا .

(١) في أ (ذكر) .

(٢) في ب (إذنه) ، والمثبت من أ .

فإذا قال: إن دخل داري هذه أحد، أو ركب دابتي، أو ضرب غلامي، ففعل ذلك الحالف لم يحنث؛ لأن قوله (أحد) نكرة، وقد صار الحالف [بالإضافة معرفة]^(١) فلا يدخل تحت النكرة، وكذلك لو قال لرجل: إن دخل دارك هذه أحد، أو لبس ثوبك، أو ضرب غلامك، فضربه المحلوف عليه لم يحنث؛ لأن المحلوف عليه [معرفة] فلا يدخل في النكرة، (فإن ضربه الحالف حنث؛ لأنه ليس بمعروف، فجاز أن يدخل تحت النكرة)^(٢).

ولو قال: إن ألبست هذا القميص أحداً، فلبسه المحلوف عليه لم يحنث؛ لأنه صار معرفة بالمخاطبة، فإن ألبسه المحلوف عليه الحالف حنث؛ لأنه نكرة فدخل تحت النكرة.

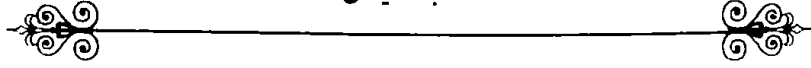
ولو قال: إن مسَّ هذا الرأس أحد وأشار إلى رأسه، لم يحنث إن فعل ذلك الحالف أضافه بكناية أو لم يضيفه، وإن فعله غيره حنث؛ لأن إضافة الرأس إليه بالخلقة أكثر من إضافته بحرف الإضافة.

وإن قال: إن كلم غلام عبد الله بن محمد أحد فعبدي حر، فكلمه الحالف وهو غلامه حنث؛ لأنه أضافه إلى نفسه بصريح ولم يضيفه بكناية وليس بجزء منه فدخل في اليمين.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال (٢٥٨/أ) لآخر: والله لا يدخل دارك هذه اليوم أحد، فهذا على غير رب الدار، إن دخل غير رب الدار حنث، وإن دخل رب الدار لم يحنث، وإن دخلها الحالف بنفسه حنث، وهذا

(١) في ب (معروفاً بالإضافة)، والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.



على ما قدمنا أنه أضاف الدار إليه بكناية ولم يدخل في اليمين .

وقال ابن سماعة عنه في [رجل] ^(١) إذا قال: والله لا يدخل داري هذه أحد، أو قال: والله لا يدخل هذه الدار أحد ^(٢)؛ قال: هذا كله على غيره وليس عليه، وهذا على خلاف ما قال محمد، وخلاف الرواية الأولى عن أبي يوسف؛ لأنه إذا قال لا يدخل هذه الدار أحد، فالحالف وصاحب الدار كل واحد منهما نكرة، فدخل في اليمين على ما قدمناه.

ووجه هذه الرواية: أنه جعل صاحب الدار معرفة بملكها، وإن لم تكن مضافة إليه كقوله: هذا الرأس، وهذا الذي ^(٣) استثناه في الأصل.

٢٢١٧ - فصل: فيمن حلف على شيء فقال آخر عليّ مثل ذلك

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: لو أن رجلاً طلق امرأته، فقال آخر: عليّ مثل ذلك، فإن هذا لا يلزم الثاني، وكذلك لو قال: عليّ مثل هذا الطلاق؛ وذلك لأن قوله عليّ [مثل ذلك] إيجاب للطلاق على نفسه، وذلك مما لا يصح إيجابه.

قال: ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخل هذه الدار، فقال آخر: عليّ مثل ذلك إن دخلها، فإن دخلها الثاني لم يلزمه طلاق امرأته؛ لأنه أوجب على نفسه الطلاق إن دخل الدار، والطلاق [لا يحتمل الإيجاب والإلزام؛ لأنه] ^(٤) ليس بقربة ليجب بالنذر، فإن أراد بهذا الإيجاب اليمين فليست بطلاق حتى

(١) في ب (موضع)، والمثبت من أ.

(٢) في أ زيادة (أو قال هذه الدار بأحد).

(٣) في أ (وهذه الرواية التي استثناه في الأصل).

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٥٩/٥؛ إذ النص منقول بلفظه فيه.

يطلق ، فإن لم يفعل حتى يموت أحدهما حنث ؛ لأن النذر إذا أريد به اليمين صار كأنه قال : والله لأطلقنها .

قال : ولو قال : عبدي حر إن دخلت هذه الدار ، فقال آخر : عليّ مثل ذلك إن دخلت هذه الدار ، فدخل الثاني لم يعتق عبده ؛ وذلك لأنه أوجب عليّ نفسه بدخول الدار عتقاً غير معين ، فكان له الخروج منه بشراء عبد يعتقه ، فلم يجز أن يتعلق العتق بعبده ، وإذا لم يتعلق به لم يلزمه عتق في ذمته ؛ لأن ذلك ليس بمثل لما أوجب الحالف ، ولو أن رجلاً قال : لله عليّ نسمة إن دخلت هذه الدار ، فقال آخر : عليّ مثل يمينك إن دخلت ، فهذا لازم للأول ولازم للثاني ، وأيهما دخل لزمه نسمة ؛ لأن الأول أوجب عتقاً في ذمته ، وذلك مما يجب بالنذر ، فإذا أوجب [٢٥٨/ب] الآخر مثله وجب عليه ، وليس كذلك الفصل الأول ؛ لأنه أعتق ولم يوجب ، ولا يكون عليّ الثاني إيجاب ؛ لأنه ليس بمثل له ، ولو قال : كل مال لي هدي ، فقال آخر : وعليّ مثل ذلك ، لزمه أن يهدي جميع ماله ، سواء كان أقل من مال الأول أو أكثر إلا أن يعني بمثل قدره ، فيلزمه مثل ذلك إن كان مال الثاني أكثر منه ، ويلزمه في ذمته تمام مال الأول إن كان مال الثاني أقل ؛ لأن إطلاق الإيجاب ينصرف إلى هدي جميع ماله كما أوجب الأول ، فإذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه .

فإن قال رجل : كل مال أملكه إلى سنة فهو هدي ، فقال آخر : عليّ مثل ذلك ، لم يلزمه شيء ؛ لأن الثاني لم يضيف الهدي إلى الملك ، فلا يثبت الإضافة بالإضمار .

٢٢١٨ - فَصْل : [في قول الرجل : الطلاق عليّ واجب أو لازم]

قال محمد في الأصل : إذا قال رجل عليّ المشي إلى بيت الله ، وكل مملوك

لي حُرٌّ، وكل امرأة لي طالق إذا دخلت الدار، فقال رجل آخر: وعليّ مثل [جميع] ما جعلت عليّ نفسك [من هذه الأيمان] ^(١) إن دخلت الدار، ثم دخل الثاني الدار فإنه يلزمه المشي، ولا يلزمه العتاق والطلاق، ثم قال: ألا ترى أنه لو قال عليّ طلاق امرأتي، فإن الطلاق لا يقع عليها، وهذا يستدل به عليّ أن من قال: الطلاق عليّ واجب أو لازم، لا يقع طلاقه.

وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال: الطلاق لي لازم، [أنه] يقع طلاقه لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق.

وكان محمد بن سلمة يقول: إن الطلاق يقع به بكل حال.

وحكى الهندواني عن علي بن أحمد ^(٢) [عن] نصير بن يحيى عن محمد بن مقاتل أنه قال: المسألة على الخلاف، قال أبو حنيفة: إذا قال الطلاق لي لازم، أو عليّ واجب، لم يقع ^(٣).

وقال محمد: يقع في قوله لازم، ولا يقع في قوله واجب.

وحكى ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره في رجل قال: ألزمت نفسي طلاق امرأتي، أو ألزمت نفسي عتق عبدي هذا، قال: إن نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع، وإلا لم يلزمه.

وكذلك لو قال: ألزمت نفسي طلاق امرأتي هذه إن دخلت الدار، أو عتق

(١) ما بين المعقوفتين (في الموضوعين) زيدت من الأصل ٣٦٨/٢.

(٢) في ب (أحمد بن نصير)، والمثبت من أ.

(٣) نقل الكاساني المسألة بكاملها نصاً ٨٩/٥.

عبدى هذا ، فدخل الدار وقع العتاق والطلاق إن نوى ذلك ، وإذا لم ينو فليس بشيء .^{٥٠٤}

لأبى حنيفة: أن الطلاق لا يصح إيجابه ، فلم يتعلق بالتزامه حكم ، فسقط .
لمحمد: أن العادة [جرت] أنهم يذكرون لفظ اللزوم في الإيقاع ، فوقع بالعادة ، ولا عادة في الإيجاب ، فلم يقع [١/٢٥٩] به شيء .^{٥٠٤}

لأبى يوسف: أن الظاهر من الأمرين^(١) النذر ، ويحتمل أن يريد به التزام حكم الطلاق الواقع ، فوقف ذلك على النية (بمنزلة كنايات الطلاق)^(٢) .

٢٢١٩ - فصل: فيمن عقد على غيره يمينا فأجازها المعقود عليه

قال ابن سماعة عن أبى يوسف: إذا قال رجل: امرأة زيد طالق ثلاثاً ورقيقه أحرار ، وعليه المشي إلى بيت الله إن دخل هذه الدار ، فقال زيد: نعم ، كان حلفه بذلك كله ؛ وذلك لأن (نعم) جوابه لا يستقل بنفسه ، فما خرجت عليه مُضْمَر فيها ، قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾ [الأعراف: ٤٤] تقديره نعم [وجدنا ، ويقرأ الشهود على المشهود عليه كتاب الوثيقة ، ويقولون: نشهد عليك بما فيه ، فيقول ، نعم] اشهدوا علي بما فيه من البيع .

قال: ولو لم يكن قال نعم ولكنه قال: قد أجزت ذلك ، فهذا لم يحلف على شيء ؛ لأن قوله قد أجزت ذلك ليس بإيجاب ولا التزام ، فلا يلزمه به شيء .^{٥٠٤}

فإن قال: قد أجزت ذلك على إن دخلت الدار وقال: قد ألزمت نفسي ذلك

(١) في أ (من الإلزام والإيجاب) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .



إن دخلت الدار ، وكان لازماً له ؛ وذلك لأنه التزم ما أشار إليه بقوله ذلك ، فلزمه .
ولو أن رجلاً قال : امرأة زيد طالق ، فقال زيد : قد أجزت ، لزمه الطلاق ،
وكذلك لو قال : قد رضيت ما قال ، أو ألزمته نفسي ؛ وذلك لأن هذا ليس بيمين
وإنما هو إيقاع ، فوقف على الإجازة ، وأما اليمين فتحتاج إلى الالتزام ليجوز على
الحالف ، فلا بد من لفظ الالتزام .

ولو أن رجلاً قال : إن بعث هذا المملوك من زيد فهو حر ، فقال زيد : قد
أجزت ذلك^(١) أو رضيت ذلك ، ثم اشتراه لم يعتق ؛ لأن الحالف أعتق عبده
بشرط ، فوجد الشرط في غير ملكه ، فلم يحنث ، ولا يتعلق بالإجازة حكم ؛ لأن
البائع لم يوقع^(٢) اليمين ، وإنما حلف في ملك نفسه .

ولو كان البائع قال : إن اشتري زيد هذا العبد فهو حر ، فقال زيد : نعم ، ثم
اشتراه زيد عتق عليه العبد ؛ لأن البائع لما لم يعقد اليمين في ملك نفسه وإنما
أضافها إلى ملك المشتري ، صار عاقداً ليمين موقوفة أجازها من وقعت عليه ،
فتعلق بها الحكم .



(١) في أ (لك) .

(٢) في أ (يوقف) .



بَابُ الرجل يحلف لا يبدأ فلاناً بكلام أبدأ



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل لآخر: والله لا ابتداءك^(١) بكلام أبدأ، فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه معاً، لم يحنث الحالف في قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الابتداء: وجود الشيء قبل غيره، فإذا وجد الكلامان معاً فلم يبدأ [هو] بالكلام، فلا يحنث [ب/٢٥٩].

قال محمد: وكذلك لو قال: عبدي حر إن كلمته قبل أن يكلمني؛ لأنه لما كَلَّمَهُ مع كلامه إياه، فليس أحد الكلامين قبل الآخر^(٢).

٢٢٢٠ - فَصْل: [الحنث في الغاية بـ(حتى)]

ولو قال: عبدي حر إن كلمتك حتى تكلمني، فتكلما معاً، لم يحنث عند أبي يوسف، وقال محمد: يحنث.

لأبي يوسف: أن الحالف منع نفسه أن يكلم المحلوف عليه قبل كلامه، ولم يوجد ذلك فهو كقوله: إن بدأتك.

لمحمد: أن حتى للغاية، فاقتضت أن يكون كلام المحلوف عليه غاية لانحلال اليمين، فإذا كلمه قبل الغاية حنث.

(١) في ب (ابتداءك).

(٢) انظر: الأصل ٣٥٧/٢.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: والله لا أكلمك إلا أن تكلمني؛ [فتكلما معاً]؛ لأن (إلا أن) إذا دخلت على ما يتوقف بمنزلة حتى، قال تعالى: ﴿لَا يَزَالُ بُنْيَانُهُمُ الَّذِي بَنَوْا رِيبَةً فِي قُلُوبِهِمْ إِلَّا أَنْ تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ١١٠].

قال أبو الحسن: وكذلك سائر الأفعال التي يحلف عليها، فهي على هذا المثال؛ وذلك لأن الحكم يتعلق بلفظ الشرط، فلا فرق بين أن يدخل على كلام أو فعل، وهذا مثل أن يحلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان وحلف الآخر على مثل ذلك، فدخلا جميعاً، لم يحنثا عند أبي يوسف، وحنثا عند محمد.



بَابُ الحلف على الأكل والشرب

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأكل شيئاً ولا يشرب شيئاً، فإنما يكون أكلاً بأن يوصل [الحالف]^(١) إلى جوفه ما يتأتى فيه المَضغ والهَشْم بفيه، مهشوماً [أوصله] أو غير مهشوم، مثال الخبز والفاكهة والتمر [وسائر ما يتأتى فيه المَضغ والهَشْم بالفم]، وسواء مَضَغَه ثم بَلَعَه أو بلعه غير ممضوغ.

قال: والأصل في ذلك: أن الأكل والشرب فعلان مختلفان، قال الله تعالى: ﴿كُلُوا وَاشْرَبُوا﴾ [البقرة: ٦٠] والمعطوف^(٢) غير المعطوف عليه، فإذا حلف لا يأكل [فأوصل]^(٣) إلى جوفه ما يتأتى فيه الأكل، فقد فعل ما يتناوله الاسم، فحنث في يمينه، ولا فرق بين أن يمضغه أو يتلعه من غير مضغ؛ لأن الأكل قد يكون على الوجهين جميعاً، [فأما الشرب بأن]^(٤) يوصل إلى جوفه ما لا يتأتى فيه الهشم في حال وصوله مثل الماء والنيذ والعسل المخوض والسويق المخوض واللبن وغير ذلك؛ لأن هذا يسمى شرباً في العادة، فحنث في يمينه^(٥).



(١) في ب (الحلف)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (والعطف).

(٣) في ب (فما وصل)، والمثبت من أ.

(٤) في الأصل كانت العبارة: (بأن الشرب فأما)، والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٥) انظر: الأصل ٣١٤/٢؛ المبسوط للسرخسي ١٥٨/٨.

٢٢٢١ - فِصْلُ : [الحلف بما لا يتأتى فيه المضغ بنفسه]

فإن حلف لا يأكل شيئاً وهو مما لا يتأتى فيه المضغ بنفسه فأكله مع غيره فهو على وجهين: إن كان مما يؤكل بالخبز غالباً حنث، مثل أن يحلف لا يأكل هذا اللبن، فأكله بخبز أو تمر، أو يحلف لا يأكل هذا [١/٢٦٠] العسل فأكله كذلك؛ لأن هذا يسمى أكلاً في العادة، وكذلك الخَلُّ لأنه من جملة الإدام، فإن صب على ذلك الماء ثم شربه، لم يحنث في قوله (لا آكل) وحنث في حلفه أن لا يشرب؛ لأن هذا شرب وليس بأكل.

قال: وكذلك لو حلف لا يأكل هذا الخبز فجفَّفة ثم دقه وشربه [بماء] لم يحنث؛ لأن هذا شرب، والشرب غير الأكل، فإن أكله مبلولاً أو غير مبلول حنث؛ لأن الخبز يؤكل على هذه الصفة في العادة، وكذلك السويق إن شربه بالماء فهو شارب وليس بأكل.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل حلف لا يأكل هذه البيضة أو لا يأكل هذه الجوزة فابتلعها، قال: قد حنث، وهذا على ما بيَّنا: أن الأكل هو إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف مضغ أو لم يمضغ.

قال: وإن حلف لا يأكل عنباً أو رماناً (فمصه ورمى ثقله وبلع ماءه)^(١) لم يحنث في الأكل ولا في الشرب؛ لأن هذا ليس بأكل ولا شارب؛ وإنما يسمى ذلك مَصّاً.

قال: وإن عصر ماء العنب فلم يشربه فأكل قشره [وحصرمه] فإنه يحنث؛

(١) في أ (فجعل يمصّه ويرمي ثقله وبلع ماءه).

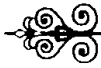
وذلك لأن العنب اسم لتلك الجملة فذهاب الماء منها لا يخرجها من أن يكون آكلًا له، ألا ترى أنه إذا مضغ العنب ابتلع الماء وليس بأكل بابتلاع الماء، ويصير آكلًا بابتلاع ذلك، فدل على أن هذا أكل للعنب.

وقال هشام عن محمد: في رجل حلف لا يأكل سُكَّرًا، فأخذ سكرة فجعلها في فيه وجعل يبلع ماءها حتى ذابت، قال: لم يأكل، وهذا صحيح لأنه حين أوصلها إلى جوفه وصلت وهي مما لا يتأتى فيه المضغ، (وكذلك روى الفضل بن غانم عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يأكل رمانة، فمَصَّ رمانة، قال: لا يحنث) (١)(٢).



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣١٦/٢، ٣١٧.



بَاب

الحلف على الذوق



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الذوق حقيقته أن يوصل الشيء إلى فيه فيستطعمه^(١) أو يجد طعمه من غير أن يتطعمه؛ وذلك لأن الذوق [مَعْرِفَةٌ]^(٢) طعم المذوق، وهذا المعنى موجود فيما ذكره، فكل أكل فيه ذوق، والذوق ليس بأكل، فإذا حلف لا يذوق طعاماً، فتطعمه بفمه حنث.

فإن قال: أردت [بقولي لا أدوقه] لا آكله، دین فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء، وسواء كان المحلوف عليه مأكولاً أو مشروباً؛ وذلك لأنه قد يذكر الذوق ويراد به الأكل والشرب.

(يقول القائل: ما ذقت اليوم شيئاً، وما ذقت إلا الماء، ويريد [ب/٢٦٠] به الأكل والشرب)^(٣)، فإذا نوى ذلك، لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى حتى يأكل أو يشرب، ولا يُصَدَّق في القضاء؛ لأنه عدل عن الظاهر^(٤).

قال هشام: سألت محمداً عن رجل حلف لا يذوق في منزل فلان طعاماً ولا شراباً، فذاق منه شيئاً أدخله فاه ولم يصل إلى جوفه، قال محمد: فهذا على

(١) في أ (فيطعمه).

(٢) في ب (معروفة)، والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في أ (عن ظاهر كلامه).

الذوقِ إلا أن يكون تقدمه كلام، قلت: فإن كان قال له المحلوف عليه: تغدَّ عندي^(١) اليوم، فحلف لا يذوق في منزله طعاماً ولا شراباً، قال محمد: هذا على الأكل ليس على الذوق، وهذا [يدل] على ما بيَّنا: أن حقيقة الذوق معرفة طعم المذوق بفيه ولهواته، وقد يستعمل ذلك في الأكل والشرب، فإذا تقدم دلالة حالٍ، خرج الكلام عليها فحملت اليمين على الأكل الذي اقتضته الدلالة، وأما إذا تمضمض للصلاة وقد حلف لا يذوق الماء لم يحنث؛ لأن المقصود التطهير وليس المقصود معرفة الطعم، فإذا لم يسم ذلك ذوقاً [في] العادة لم يحنث^(٢).



(١) في أ (معي).

(٢) انظر: الأصل ٣٢٨/٢، ٣٢٩.

بَابُ الرجل يحلف لا يأكل طعاماً

—•••••—

قال أبو الحسن: الطعام ما أكل بنفسه، أو كان معتاداً أن يؤكل مع غيره، فإذا حلف الرجل لا يأكل طعاماً فأكل خبزاً أو لحماً أو فاكهة أو تمرّاً حنث؛ وذلك لأن الطعام في الأصل كلُّ ما^(١) يتطعم، وقد اختص في العرف ببعض الأشياء دون بعض، ألا ترى أنهم لا يسمون الهليلج طعاماً، وكذلك السَّقْمُونِيَاءَ^(٢)، وإذا اختص الاسم ببعض المطعومات، وجب اعتبار العرف فيه، وفي العادة أن الإدام يسمى طعاماً فحنث فيه.

قال: فإن حلف لا يأكل من طعام فلان، فأخذ من خَلِّه أو زيتته أو [من] كامخه أو [من] [ملحه]^(٣) فأكله بطعام نفسه حنث؛ لأن هذا مما جرت العادة بأكله مع الخبز إداماً له فهو طعام.

وقد قال النبي ﷺ: «نعم الإدام الخَلُّ»^(٤).

قال: فإن أخذ من نبيذ فلانٍ أو مائه فأكل به خبزاً لم يحنث؛ وذلك لأن

(١) في أ (ما).

(٢) «السقمونيا: نبات يستخرج منه دواء مسهل للبطن ومزيل لدوده». معجم الوسيط (سقم).

(٣) في ب (لحمه)، والمثبت من أ.

(٤) «رواه الطبراني في الأوسط والصغير، وفيه زكريا بن حكيم الحبطي، وهو ضعيف جداً، من حديث أنس رضي الله عنه، ورواه الطبراني أيضاً بطريق آخر، وفيه من هو ضعيف عند جميع الأئمة». كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد ١٧٦/٦.

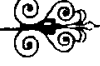
العادة لم تجر بأكل ذلك بالخبز فلا يسمى طعاماً.

قال أبو يوسف: الخَلُّ طعام، والنبيد والماء شراب.

وقال محمد: الخل والملح طعام، وهذا، على ما قدمنا: أن الطعام ما يؤكل بنفسه، أن يؤكل مع غيره^(١).



(١) انظر: الأصل ٣١٦/٢.



بَاب

الرجل يحلف على الشيء فيتغير عن حاله



قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل حلف لا يأكل من هذا الكُفْرَى شيئاً فصار بُسْراً، أو حلف [١/٢٦١] لا يأكل من هذا البُسْر شيئاً فصار رطباً أو تمرّاً، فإن أبا حنيفة قال: لا يحنث.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن، فأكل من جبن صنع منه أو مَصْل، أو أَقْط، أو شيراز.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه البيضة، فصارت فرخاً فأكل من فرخ خرج منها، أو حلف لا يذوق هذه الخمر، فصارت خلاً. [فإن أبا حنيفة قال: لا يحنث] وكذلك قال أبو يوسف.

والأصل في هذا: أن اليمين إذا تعلقت بعين بقيت ببقاء الاسم وزالت بزواله إلا في الحيوان. هكذا كان أصحابنا [يستثنون]^(١)، ويحترزون بذلك عمن حلف لا يكلم هذا الشاب فصار شيخاً، أو لا يأكل من لحم هذا الحمل فصار كبشاً، أنه يحنث في الوجهين [جميعاً]، وهذا إنما قالوه على طريق البيان وإلا فلا يحتاج إليه في الحال؛ لأنه إذا قال لا أكلم هذا الشاب فصار شيخاً، فاسم العين لم يزل وإنما زالت الصفة، وتغير الصفة في الأعيان لا يعتبر، وإنما يعتبر زوال الاسم، وكونه شاباً أو حملاً صفة وليس باسم.

(١) في ب (يفتون)، والمثبت من أ.

قالوا: متى كانت اليمين مطلقة اعتبر فيها الصفة المعتادة ولم يعتبر بقاء الاسم، فربما عبّر عن هذه الجملة بأن الصفة في العين لغو وفي الغائب شرط، [والاسم شرط] فيهما.

وإنما قلنا: إن اليمين في العين تبقى بقاء الاسم؛ لأنه عقد يمينه على العين المسماة وتغير الصفات لا يؤثر فيها ولا في المقصود بها، فعلى أي وجه وجد الفعل حنث.

فأما الحيوان: فالغرض من قوله لا أكلم هذا الشاب الاستخفاف به، وذلك لا يختص بكونه شاباً، وكذلك المقصود من قوله لا آكل هذا الحَمَل الامتناع من لحمه، وهذا المعنى موجود وإن صار كَبْشاً، يبين هذا أنه لو قال: والله لا أكلم صاحب هذا الطيلسان، فباعه ثم كلمه حنث؛ لأن امتناعه من كلامه لا يجوز أن يكون لملكه الطيلسان، فلم يبق إلا أن يكون حلف على العين وعرفها بالإضافة.

فأما اليمين المطلقة فيعتبر فيها الصفة؛ لأنه ليس هناك عين مشار^(١) إليها، فصارت الصفة هي المقصودة، فكانت شرطاً في اليمين.

قال أبو يوسف في الفصول المتقدمة: إن نوى ما يكون من ذلك حنث؛ لأنه شدد على نفسه.

قال: ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الجدي، فأكل من لحمه بعد أن صار نَيْساً، أو حلف [أن] لا يجامع هذه الصبية فجامعها بعد ما صارت امرأة، فإنه يحنث.

قال أبو يوسف: ولا يشبه الحيوان [ب/٢٦١] ما ذكرنا؛ لأن هذا هو ذاك بعينه،

(١) في أ (يشار).

وما ذكرناه قبله قد تغير فخرج عن تلك الحال ، وهذا على ما قدمنا^(١).

٢٢٢٢ - فَصْل : [الأيمان محمولة على العادة]

قال: وإذا حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه ولم تكن له نية حنث ؛ لأن الدقيق هكذا يؤكل ، وذلك لأن الدقيق في أكله حقيقة غير متعارفة وهو أن يَسْفَهُ^(٢).

ومجازه متعارف: وهو أن يأكل مِمَّا يتخذ منه ، فتحمل اليمين على المجاز المتعارف ؛ لأن الأيمان عندنا محمولة على العادة.

قال: فإن نوى أن لا يأكل [هذا] الدقيق بعينه لا يحنث ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه^(٣).

٢٢٢٣ - فَصْل : [فيمن حلف أن لا يأكل من هذه الحنطة]

ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة ، يعني: أن [لا] يأكلها حَبًّا كما هي ، فأكل مما يخبز منها أو من سويقها لم يحنث ، وإن [لم] تكن له نية ، فهو كذلك عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث.

قال: وجملة هذا أن عند أبي حنيفة إذا كان لليمين حقيقة متعارفة ومجاز متعارف ، فإن اليمين تحمل على الحقيقة ولا تحمل على المجاز ، وإن كانت

(١) انظر: الأصل ٢/٣٢٠، ٣٢١.

(٢) «سَفِفْتُ الدواء وغيره من كل شيء يابس... وهو أكله غير ملتوت...». المصباح (سفف).

(٣) انظر: الأصل ٢/٣١٩.

الحقيقة غير متعارفة والمجاز متعارف ، حملت على المجاز المتعارف .

وقالا: يحمل اليمين عليهما [إذا كانا متعارفين] .

لأبي حنيفة: أن الحقيقة: هي اللفظ المستعمل في موضوعه ، والمجاز^(١): معدول عن موضوعه ، ومستحيل أن يكون اللفظ في حالة واحدة مستعملاً في موضوعه ومعدولاً عنه ، وإذا لم يجر حمله عليهما وقد تساويا في العرف كانت الحقيقة أولى ؛ لأنها أصل الكلام ، وليس كذلك إذا كانت الحقيقة غير متعارفة ؛ لأن اليمين تحمل على المعتاد ، فإذا تعذر ذلك في الحقيقة [حملت] على المجاز إذا ثبت هذا .

قال أبو حنيفة: الحنطة يعتاد أكلها كما هي مطبوخة [في هريسة وغيرها] مَقْلُوة^(٢) ، فكان حمل الاسم على الحقيقة أولى .

وجه قولهما: أن الاسم يصلح للأمرين والإرادة لا تتنافى ، فيحمل عليهما كلفظ العموم .

وقد ذكر محمد في الأصل عنهما: ما يدل على أنه يحنث بأكل الحنطة ؛ لأنه قال: إن اليمين تقع على ما يصنع الناس .

وذكر عنهما في الجامع الصغير^(٣): ما يدل [على] أنه يحنث ؛ لأنه قال عن أبي حنيفة: لو أكل الحنطة حنث ، وقالوا: لو أكل الخبز أيضاً حنث ، فأما السوق

(١) في أ «والمجاز: هو المستعمل في غير موضوعه ومعدول به عنه» .

(٢) حنطة مَقْلِيَّةٌ وَمَقْلُوةٌ: إذا قَلَى بالمقلاة . انظر: المغرب (قلي) .

(٣) في الجامع الصغير: «ولو حلف لا يأكل هذا الدقيق ، فأكل خبزه حنث ، ولو حلف لا يأكل هذه الحنطة ، لم يحنث حتى يقضمها» ص ٣٥٥ (مع شرح الصدر الشهيد) .

فلا يحنث عند أبي حنيفة بأكله على أصله: أن اليمين تحمل على الحقيقة .

وقد ذكر في الأصل في السويق أبا حنيفة وأبا يوسف ، فمن أصحابنا [١/٢٦٢] من قال: إنه غلط ، فإن أبا يوسف يقول: إنه يحنث ، ومنهم من قال: إن أبا يوسف فصل بين الخبز والسويق ؛ لأن الخبز يسمى حنطة على وجه المجاز ، فيقال خبز الحنطة ، والسويق لا يسمى بذلك^(١) .

٢٢٢٤ - فُصِّلَ : [شرطية الاسم في الحاضر والغائب]

ولو حلف لا يأكل ولا نية له ، فأكل قصباً أو بُسراً مطبوخاً أو رطباً ، فإنه لا يحنث إلا أن ينوي ذلك ؛ لأن اسم التمر لا يتناوله ، وقد بينا أن الاسم شرط في الحاضر والغائب ، فإن عني ذلك [فقد]^(٢) شَدَّدَ على نفسه ، ونظير هذا ما قال محمد في الأصل: إذا حلف لا يأكل بُسراً^(٣) فأكل بُسراً مُذَنَّباً^(٤) حنث ، وهذه أربع مسائل:

إذا حلف لا يأكل بُسراً فأكل مُذَنَّباً^(٥) ، أو حلف لا يأكل رُطباً فيه بسر [يسير] فإنه يحنث في قولهم ، وهذا إذا وافق اسم المأكول اسم المحلوف عليه ؛

(١) انظر: الأصل ٣١٩/٢ ، ٣٢٠ .

(٢) في ب (فقال) ، والمثبت من أ .

(٣) «البُسْرُ: أوله طَلَع ، ثم خَلال - بالفتح - ، ثم بَلَح - بفتحيتين - ، ثم بُسْرٌ ، ثم رُطْبٌ ، ثم تَمْرٌ ، الواحدة بُسْرَةٌ ، والجمع بُسْرَات - بضم السين - . مختار الصحاح (بسر) ، والمقصود بالبسر هنا: ثمر النخل قبل أن يصير رُطباً .

(٤) «مُذَنَّبٌ - بكسر النون - وقد ذَنَّب: إذا الإرطاب من قَبْلِ ذَنَبه: وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة . المغرب (ذنب) .

(٥) انظر: الجامع الصغير ص ٣٥٦ .

لأنه وجد شرط حنثه [إذا كانت] ^(١) الغلبة للذي حلف عليه ، فأما إذا حلف لا يأكل رُطْباً فأكل بُسْراً مذنباً ، أو حلف لا يأكل رطْباً ، فأكل رطْباً فيه بسر ، فإن في قول أبي حنيفة ومحمد يحنث ، وقال أبو يوسف : لا يحنث .

وجه قول أبي حنيفة : أنه أكل الرطب [مع] ^(٢) غيره ، فصار كمن جمع بين رطبة وبسرة ؛ ولأنه أكل جزءاً من الرطب ، واليمين على ترك الأكل يستوي فيه القليل والكثير .

وجه قول أبي يوسف : إن اسم الرطب لا يتناول [المذنب] ، فلا يحنث بأكله كالتمر ^(٣) .



(١) في ب (إن الغلبة) والمثبت أ .

(٢) في ب (وغيره) والمثبت من أ .

(٣) انظر : الأصل : ٣٢٠/٢ .

بَابٌ في هذا المعنى في غير الأكل



قال أبو الحسن: قال بشر عن أبي يوسف في رجل حلف لا يدخل داراً بعينها، فهدمت تلك الدار وبني [في] موضعها داراً أخرى، فإن أبا حنيفة قال: إن دخلها حنث، وكذلك إن دخلها وهي مهدومة، وكذلك قال أبو يوسف، وهذا على ما بينا: أن اليمين إذا تعلقت بعين بقيت ببقاء الاسم، واسم الدار يتناول المبنية والمهدومة.

ألا ترى أنه عبارة عما أحاطت به الدائرة، والعرب تسمي موضع النزول داراً ولا بناء فيها، ويسمون الآثار دياراً فيقولون: ديار عاد، وقال لبيد: (عفت الديار محلّها فمقامها)^(١)، وإذا كان الاسم باقياً بعد الهدم وبعد بناء دار أخرى، بقيت اليمين.

قال: ولو كانت اليمين على^(٢) بيت، فهدم ثم بني غيره في موضعه فدخله لم يحنث، مهدوماً كان أو بعد أن بني؛ وذلك لأن هدم البيت يزيل الاسم [عنه]، ألا ترى أنه عبارة عن موضع البيت المسقف المبنى، وذلك لا يكون بعد الهدم، فلم يتناوله الاسم.

قال: ولو كانت اليمين على فسطاط^(٣) مضروب في موضع، فقلع [ب/٢٦٢]

(١) من معلقة لبيد، والشطر الثاني (بمنى تأبد غولها فرجامها) كما في جمهرة أشعار العرب ١/١٠٩.

(٢) في أ (ولو حلف لا يدخل بيتاً بعينه فهدم).

(٣) «الفِسطاط - بضم الفاء وكسرها - بيت من الشَّعر، والجمع فساطيط». المصباح (فسط).

فضرب في موضع آخر فدخله حنث، وكذلك القبة من العيدان، وكذلك [درج]^(١) من عيدان [بدار] أو منبر؛ وذلك لأن الاسم في هذه الأشياء لا يزول بنقلها من مكان إلى مكان.

قال: ولو حلف لا يجلس على هذه الإسطوانة وهي مبنية أو إلى هذا الحائط، فهما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث؛ لأن الحائط إذا هدم زال الاسم عنه، وكذلك الإسطوانة فبطلت اليمين، فإذا عادت [عاد حائط آخر لم يحلف عليه]، فلم يحنث، وكذلك لو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به؛ لأن القلم إذا لم يكن مبرياً لم يسم قلماً، وإنما يسمى أنبوباً، فإذا كسر زال الاسم فبطلت اليمين، وكذلك لو حلف على مقص فكسره ثم جعل مقصاً غير ذلك؛ لأن الاسم زال بالكسر، وكذلك كل سكين وسيف [وقدّر]^(٢) كسر ثم صنع مثله.

قال: ولو نزع مسمار المقص ولم يكسره ثم أعاد فيه مسماراً آخر حنث؛ وذلك لأن الاسم لم يزل بزوال المسمار، وكذلك إن نزع نصاب السكين وجعل مكانه نصاباً آخر؛ لأن السكين اسم للحديد.

قال: ولو حلف على قميص لا يلبسه، أو قباء محشو أو مبطن أو جبة مبطنة أو محشوة، أو قلنسوة أو خفين، فنقض ذلك كله ثم أعاده، فإن هذا يحنث؛ وذلك لأن الاسم يتناوله بعد النقض، [يقال]^(٣): قميص مفتوق، وجبة

(١) في ب (كرخ)، والمثبت من أ.

والدرج: السُّلْم رتبة، الواحدة درجة، «ويسمى بها هذا المبنى من خشب أو مدّر مركباً على حائط أو نحوه، تسمية الكل باسم البعض». المغرب (درج).

(٢) في أ (قلب)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (فقال)، والمثبت من أ.

مفتوقة^(١)، وتغير الصفة مع بقاء الاسم لا تبطل اليمين على [العين]^(٢).

قال: وكذلك السرج^(٣)، ولو حلف لا يركب هذه السفينة، فنقضها ثم استأنف عملها بذلك الخشب، فركبها لم يحنث؛ لأنها لا تسمى سفينة بعد النقص، وزوال الاسم يبطل اليمين^(٤).

ولو حلف لا ينام على هذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه وخاطه ونام عليه، حنث؛ لأنه لا يزول الاسم عنه بالفتق^(٥)، ولو حلف لا يلبس شقة خزّ بعينها، فنقضها وغزلت وجعلت شقة أخرى، فلبسها لم يحنث؛ لأنها إذا نقضت صارت خيوطاً وزال الاسم المحلوف عليه.

قال: وإذا حلف لا يدخل داراً فهدمت، وجعلت بستاناً أو حماماً أو مسجداً، فدخله لم يحنث؛ وذلك لأن الاسم زال بالبناء، ألا ترى أنه يسمى حَمَاماً ولا تسمى داراً، وزوال الاسم يبطل اليمين، وكذلك لو حلف على قميص لا يلبسه فقطعه جبة محشوة فلبسه، لم يحنث؛ لأن الاسم زال فزال اليمين.

ونظير مسائل [هذا] الباب ما قالوا: فيمن حلف لا يقرأ في هذا المصحف [١/٢٦٣] فخلعه ثم أَلَفَ ورقه [وجدد دفتيه]^(٦) ثم قرأ فيه حنث؛ وذلك لأن اسم

(١) العبارة هنا في البحر الرائق (واليمين المنعقدة على العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقاء اسم العين) ٣٢٦/٤؛ إذ المسألة بنصها في البحر الرائق.

(٢) في ب (العتق)؛ والمثبت من أ.

(٣) في البحر الرائق (ولو حلف لا يركب بهذا السرج فنقضه ثم أعاده) ٣٢٦/٤.

(٤) في أ (فقد زال الاسم فبطلت اليمين).

(٥) في أ (لأن فتق الفراش لا يزيل الاسم عنه).

(٦) في ب (وخرز دفتيه)، والمثبت من أ.

المصحف باقي وإن فرقه .

قال: ولو حلف على نعل لا يلبسها فقطع شراكها وشركها بغيره ثم لبسها حنث ؛ لأن اسم النعل يتناولها بعد قطع الشراك .

ولو حلفت امرأة لا تلبس هذه المِلْحَفَة ، فخيّط جانبها فجعلت درعاً وجعلت لها جيّباً ثم لبستها لم تحنث ؛ لأنها درع وليست بملحفة .

قال: فإن أعيدت ملحفة ، فلبستها حنث ؛ وذلك لأنها عادت ملحفة بغير تأليف ولا زيادة ولا نقصان فهي على ما كانت عليه .

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه طائفة ، فدخلها لم يحنث ؛ لأن اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها .

ولو قال: مسجد بني فلان ثم زيد فيه ، فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث ، وكذلك الدار ؛ وذلك لأنه عقد يمينه على الإضافة وذلك موجود في الزيادة^(١) .



(١) ذكرها الكاساني بنصها في البدائع ٣/٣٨٠ .



بَاب

الرجل يحلف على الشيء فيغلب عليه غيره



قال بشر عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيئاً فصَبَّ فيه ماء فذاقه، فهذا على وجهين: إذا كان اللبن [هو] الغالب حنث؛ لأنه يسمى لبناً وإن كان فيه ماء، [وإن كان الماء هو الغالب، وقد ذهب طعم اللبن ولونه لم يحنث؛ لأن هذا ماء]، وكذلك لو حلف لا يذوق من هذا النبيذ فصَبَّ فيه خَلاً، وكذلك الماء المالح إذا صب في [الماء العذب] فإن كان المحلوف عليه هو الغالب حنث، وإن كان ليس بغالب وكان يستبين لونه أو طعمه، حنث إن ذاقه، وإن كان لا يستبين له لون ولا طعم وكان الغالب الأكثر، فلا يحنث، فاعتبر أبو يوسف ظهور اللون أو الطعم غالباً كان أو مغلوباً.

[وذكر محمد هذه المسألة في الأصل فقال]^(١): إن كان مغلوباً لم يحنث، فظاهره يقتضي عليه الأجزاء^(٢).

لأبي يوسف: أن اللون والطعم إذا كانا باقيين فالجملة تنسب إلى ذلك، ألا ترى أنه يقال لبن مغشوش وخل مغشوش، فحنث بتناوله، وإذا لم يبق له لون ولا طعم زال الاسم، وإنما يقال: ماء فيه لبن وماء فيه خل فلم يحنث.

لمحمد: إن الحكم يتعلق بالأكثر، والأقل تبع فسقط حكم [التبع]^(٣).

(١) في ب (ومحمد قال)، والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣٢٧/٢.

(٣) في ب (الأول)، والمثبت من أ.

قال أبو يوسف: فإن كان طعمهما واحداً أو لونهما واحداً فأشكل عليه ، فالقليل المخالط لما حلف عليه يحيط العلم أنه [ليس بغالب] ^(١) حنث ، وإن كان الذي لم يحلف عليه كثيراً غالباً لا يشك في ذلك منه ، لم يحنث إن ذاقه ، وإن كان [أمراً] ^(٢) بين ذلك ، فشك فيه ولا يدري ، فالأخذ في ذلك بالثقة [ب/٢٦٣] أفضل ، والقياس أن لا يحنث حتى يعلم أن الذي حلف عليه [هو] الغالب ، ولكن لا يؤخذ في هذا بالقياس (إذا دخل الشك كُفِّرَ حتى يستيقن ، فإذا استبان لم يحنث . وجه) ^(٣) القياس : أنه إذا احتمل الحنث وغير الحنث ، لم تثبت الكفارة بالشك .

وجه الاستحسان: أن الموجب والمسقط لما تساويا ، كان الموجب أولى ؛ لأنه يؤدي إلى براءة الذمة بيقين .

قال أبو الحسن: وكذلك رواية الأصل في حد الغلبة ، وهذا الذي ذكره إنما قاله في الأصل في غير المائع في السويق إذا لُتَّ بالسمن ، وأما المائع فلم يذكر هذا فيه ^(٤) .

٢٢٢٥ - فصل: [اختلاط المحلوف عليه بجنسه]

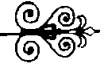
فأما إذا اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه إذا اختلط بلبن آخر ، قال أبو يوسف: هذا [هو] كالجنسين إذا غلب غير المحلوف عليه لم

(١) في ب (أنه الغالب) ، والمثبت من أ .

(٢) في ب (ما) ، والمثبت من أ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) انظر: الأصل ٢/٣٢٠ ، ٣٢١ .



يحنث ، وقال محمد: يحنث وإن كان مغلوباً .

لأبي يوسف: أن المحلوف عليه مغلوب ، فلم يحنث به كما لو اختلط بغير جنسه .

[لمحمد]: أن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه ، وإنما يصير مستهلكاً بغير جنسه ، فصار كأنه غير مغلوب .

وروى مُعَلَّى عن محمد: في ^(١) رجل حلف لا يأكل سمناً ، فأكل سويقاً ملتوتاً بسمن ولا نية له ، قال: إن كان يستبين السمن في السويق وكان إذا عصر سأل السمن حنث ، وإن كان على غير ذلك لم يحنث [وإن] ^(٢) كان يجد طعمه .

وقد ذكر في الأصل هذه المسألة ، وذكر أن أجزاء السمن إذا كان يستبين في السويق ويوجد طعمه حنث ؛ وذلك لأنه إذا استبان فليس بمستهلك فكأنه أكله بنفسه ، وإذا لم يستبين فقد استهلك أجزاءه فلم يعتد به ، والذي اعتبره محمد في [الانحصار] ^(٣) فكأنه يقول: إذا أمكن أن يتميز أجزاء السمن فليس بمستهلك ، وإذا لم يمكن ذلك فهو مستهلك ^(٤) .

وقال معلّى عن محمد: في رجل حلف لا يشرب من هذه الخمر فصبها في ماء فغلب عليها ^(٥) حتى ذهب لونها وطعمها فشربه لم يحنث ، وهذا مثل قول أبي يوسف .

(١) في (فيمن حلف) .

(٢) في ب (وإنما) ، والمثبت من أ .

(٣) في ب (الانفصال) ، والمثبت من أ .

(٤) انظر: الأصل ، ٣٢١/٢ .

(٥) في أ (على الخمر) .

قال: ولو حلف على قدر ذلك من ماء زمزم [أن] لا يشرب منه شيئاً، فصب عليه ماء من غيره كثيراً قدر الماء الذي غلب على الخمر أو أكثر فشربه، فإنه يحنث، وهذا على ما بينا من أصله أن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه.

قال: ولو أخذ ذلك الماء المحلوف عليه فصبه في بئر أو في حوض عظيم لم يحنث؛ لأنني لا أدري لعل عيون البئر تغور بما صبَّ فيها، ولا أدري لعل اليسير من الماء الذي صب في الحوض العظيم لم يختلط به كله، ولو حلف لا يشرب هذا الماء العذب، فصَبَّه في ماء ملح [أ/٢٦٤] فغلب عليه ثم شربه لم يحنث، فجعل الماء مستهلكاً بجنسه إذا كان على غير صفته.

قال: وكذلك لو حلف لا يشرب لبن ضأن، فخلط بلبن معز، فإنه يعتبر الغلبة؛ لأنهما نوعان كالجنسين.

قال أبو الحسن: وإذا [حلف لا يشرب] ^(١) لبن هذه الشاة معزٍ أو ضأن ثم خلط بغيره من لبن الضأن أو معزٍ، حنث إذا شربه، ولا يعتبر الكثرة والغلبة.

قال أبو الحسن: لأنه ليس في يمينه ضأن ولا معز، وهذا صحيح؛ لأن اليمين وقعت على [اللبن] ^(٢)، واختلاطه بلبن آخر لا يخرج عن كونه لبناً، واليمين في المسألة الأولى وقعت على لبن الضأن، فإذا غلب عليه لبن المعز استهلك من صفته فيه.

قال محمد - مستشهداً على الفرق بين المسألتين - : ولا تشبه الشاة إذا حلف عليها بعينها حلفه على لبن المعز، ألا ترى أنه لو قال: والله لا أشتري رطباً

(١) في ب (قال لا أشرب)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (لبن)، والمثبت من أ.

فاشترى كِبَاسَةً^(١) بُسِرَ فِيهَا رَطْبَتَانِ أَوْ ثَلَاثًا لَمْ يَحْنَثَ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا هُوَ لِلْغَالِبِ .
ولو قال: والله لا أشتري هذه الرُّطْبَةَ لِرَطْبَةٍ فِي كِبَاسَةٍ ، ثم اشترى الكِبَاسَةَ
حَنَثَ .

ونظير هذا ما ذكر ابن سماعة عن محمد في رجل قال: والله لا أكل مما
يجيء به فلان ، يعني: مما يجيء به من طعام أو لحم أو غير ذلك مما يؤكل ،
فدفع الحالف إلى المحلوف عليه لحماً ليطبخه ، فطبخه وألقى فيه قطعة من كرش
بقر ، ثم طبخ القدر فأكل الحالف من المرق ، قال محمد: لا أراه يحنث إذا ألقى
فيه من اللحم ما لا يكون بطبخ وحده ويتخذ منه مرقه تقل عن ذلك ، وإن كان
مثل ذلك يطبخ ويكون له مرقه فإنه يحنث ؛ وذلك لأنه جعل اليمين على اللحم
الذي يأتي به فلان وعلى مرقه ، ألا ترى أن المرق لا تكون إلا بدسم اللحم الذي
جاء به ، فإذا اختلط به لحم لا يكون له مرقه لقلته ، [فلم]^(٢) يأكل مما جاء به
فلان ، وإذا كان مما ينفرد بالطبخ ويكون له مرق ، والمرق جنس واحد ، فلا يعتبر
فيه الغلبة وحنث به .

وقد قال محمد: فيمن قال لا أكل مما يجيء به فلان ، فجاء فلان بلحم
فشواه وجعل تحته خبزاً للحالف ، فأكل الحالف من جواربه حنث .

وكذلك لو جاء المحلوف عليه بحمّص فطبخه ، فأكل الحالف من مرقه وفيه
طعم الحمّص حنث ، وكذلك لو جاء برطب فسال منه رُبٌّ فأكل منه ، أو جاء
بزيتون فعصر فأكل من زيتته حنث^(٣) .

(١) «الكِبَاسَةُ: عنقود النخل ، والجمع كبائس» . المصباح (كبس) .

(٢) في ب (فإن لم) والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ، ٣٢٠/٢ وما بعدها .

بَاب

الرجل يحلف لا يأكل الشيء فيقع على بعضه أو جميعه



[٢٦٤/ب] قال ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا آكل من ثمرة هذا البستان، وفيه نخل تحصى، أو لا آكل من ثمرة هذا النخل وهي عشر أو ثلاث، أو لا آكل من ثمرة هاتين النخلتين أو من هاتين الرطبتين، أو من هذه الثلاث التفاحات، أو من هذين الرغيفين، أو لا أشرب من لبن هاتين الشاتين، فأكل بعض ذلك أو شرب بعضه، فإنه يحنث؛ وذلك لأن (من) للتبعض فاقتضت يمينه المنع من تناول الجملة وأبعاضها، فإذا أكل أو شرب البعض حنث.

قال أبو يوسف: ولو قال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين ولم يقل من، فإنه لا يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة؛ وذلك لأنه حلف عليهما فلا يحنث بفعل أحدهما، فإذا شرب جزءاً من لبن كل واحدة منهما حنث؛ لأن الإنسان لا يمكنه أن يستوفي جنس لبن الشاة فانعقدت يمينه على البعض، كقوله: لا أشرب ماء البحر.

قال: وإن كان لبن قد حُلب فقال: والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين للبن بعينه، فإن كان لبناً يقدر على شربه (في) (١) مرة واحدة، لم يحنث بشرب بعضه، وإن كان لا يستطيع شربه في مرة واحدة، فإنه يحنث بشرب بعضه؛ وذلك لأنه إذا استطاع شربه دفعة، فحقيقة اليمين يقتضي شرب الجميع، وقد أمكن ذلك

(١) في أ (شربه مرة)، ونحوها فيما يأتي في المسألة.



فحمل على الحقيقة ، فإذا لم يكن شربه في دفعة حملت يمينه على [الجزء]^(١) كماء البحر ، وعلى هذا إذا قال لا آكل هذا الطعام وهو لا يقدر أن يأكله دفعة .

ونظير هذا ما قالوا: فيمن قبض من رجل ديناً عليه ، فوجد فيه درهمين زائفين فقال: والله لا آخذ منهما شيئاً ، فأخذ أحدهما حنث ؛ لأن (من) للتبعيض .

وقال ابن رستم عن محمد: إذا قال والله لا آكل لحم هذا الخروف^(٢) فهذا على بعضه ؛ لأنه لا يمكن استيعابه بالأكل مرة .

وقال في الأصل فيمن قال: لا آكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث في الاستحسان ؛ لأن ذلك القدر لا يعتد به [ولا يمكنه الاحتراز عنه ؛ لأنه يقال]: إنه آكل رمانة في العادة ، وإن ترك [حبة أو حبتين] منها^(٣) ، [فإن ترك] نصفها أو ثلثها أو أكثر مما يجري في العرف أن يسقط من الرمانة لم يحنث ؛ لأنه ليس بأكل لجميعها .

قال: ولو قال والله لا أبيعك لحم هذا الخروف^(٤) أو هذه الخابية [من] الزيت ، فباع بعضها لم يحنث ؛ لأن البيع يمكن أن يأتي على الكل ، فحملت اليمين على الحقيقة [١/٢٦٥] .

وقد قال ابن سماعة فيمن قال: [والله] لا أشتري من هذين الرجلين ، فإنه

(١) في ب (الجنس) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (الجزور) .

(٣) قال في الأصل: «ولو حلف ليأكلن هذه الرمانة ، فأكلها إلا حبة أو نحوها ، كان قد برّ ولم يحنث ؛

لأن هذا معاني كلام الناس...» . ٣٢٠/٢ ، ٣٢١ .

(٤) في أ (الجزور) .

لا يحنث حتى يشتري منهما، ولا يشبه هذا قوله: لا آكل من هذين الرغيفين؛ لأن (من) يمكن حملها في الأكل^(١) على التبعض ولا يمكن حملها في الشراء على التبعض؛ لأن البيع لا يتبعض فلم يبق إلا أن يحمل على [ابتداء] الغاية.

وقد قال في الجامع: والأصل فيمن حلف لا يتزوج النساء، ولا يكلم بني آدم، أنه على الواحد؛ لأن الاستيعاب لا يمكن.

قال محمد: فإن كان يعني بقوله أن يكلمهم جميعاً لم يحنث أبداً، ولم يذكر أن ذلك في القضاء أو فيما بينه وبين الله تعالى، وكان أصحابنا يقولون: إنه مصدق في القضاء؛ لأنه نوى الجنس الذي هو حقيقة الكلام.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يدين في القضاء؛ لأنه نوى غير ظاهر كلامه.



(١) في أ (في الرغيفين).

بَابُ الرجل يحلف لا يأكل من كسب فلان



قال أبو الحسن: الكسب ما صار للإنسان بفعله، أو بقبول مثل البيع والشراء، والإجارة، والهبة، والصدقة، والوصية؛ لأن ذلك أجمع إنما يكون بقبوله من صار له فهو مكتسبه، فأما الميراث فلا يكون كسباً؛ وذلك لأن كسب فلان ما له صنع في اكتسابه؛ وذلك لا يكون إلا فيما يملكه بفعله كالقبول في العقود وأخذ المباحات، فأما الميراث فيدخل في ملكه بغير فعله، فلا يضاف إليه بأنه كسبه، فلا يحنث به.

قال: ولو مات المحلوف عليه وقد كسب شيئاً، فورثه رجل فأكل الحالف منه حنث؛ لأن الوارث يملك على حكم ملك الميت، فما في يده كسب الميت، فحنث الحالف بأكله.

قال: ولو انتقل عنه إلى غيره بغير الميراث لم يحنث؛ لأنه الآن قد صار كسب الثاني؛ وذلك لأن المشتري والموصى له لا يملك الشيء على حكم ملك [الميت] الأول.

وقال أبو يوسف في الميراث: هو كسب الأول حتى يحدث [فيه] كسب آخر؛ لأنه إذا حدث كسب آخر، بطلت الإضافة الأولى وثبتت الإضافة الثانية.

قال أبو يوسف: وكذلك إذا قال لا آكل مما تملك [أو مما ملكت] أو من ملكك، فإذا خرج من ملك المحلوف عليه إلى ملك غيره، فأكل منه الحالف لم

يحنث ؛ لأن الملك^(١) إذا تجدد على الملك بطلت الإضافة الأولى وصار ملكاً للثاني .

قال: وكذلك إذا حلف لا يأكل مما يشتري فلان أو مما يُشترى له ، فاشترى المحلوف عليه لنفسه أو [٢٦٥/ب] لغيره ، فأكل منه الحالف حنث ، فإن باعه المحلوف عليه من غيره بأمر المشتري له ، ثم أكل منه الحالف لم يحنث ؛ لأن الشراء إذا طرأ على الشراء بطلت الإضافة الأولى المحلوف عليها ، وتجددت إضافة أخرى لم يتناولها اليمين .

فأما قوله: إن ما اشتراه لغيره ولنفسه سواء ؛ فلأن حقوق العقد تتعلق بالمشتري فالإضافة إليه دون المشتري له .

قال: وكذلك لو حلف لا يأكل من ميراث فلان شيئاً ، فمات فلان ، فأكل من ميراثه حنث ، فإن مات وارثه فأورث ذلك الميراث يأكل منه الحالف لم يحنث ، ونسخ الميراث الآخر الميراث الأول ، وهذا على ما بينا أن الميراث إذا طرأ على الميراث بطلت الإضافة الأولى^(٢) .

٢٢٢٦ - فصل: [أثر تغير الملكية في الحلف]

ومما يجري مجرى مسائل الباب: ما قالوا فيمن حلف لا يأكل مما زرع فلان ، فباع فلان زرعه ، فأكله الحالف عند المشتري حنث ؛ وذلك لأن الإضافة لا تبطل بالبيع ، فإن بذره المشتري وزرعه فأكل الحالف من هذا الزرع فإنه لا يحنث ؛ وذلك لأن الإضافة بالزرع إنما تكون إلى الثاني دون الأول ، وعلى هذا لو حلف لا يأكل

(١) في أ (عين) .

(٢) أورد المسألة بكاملها: الكاساني في البدائع ٦٤/٣ .

من طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه فلان ، فتناسخته الباعة ثم أكل منه الحالف ، فإنه يحنث ؛ [لأنه] ^(١) [يقال: هو] ^(٢) من خبز فلان ومن طبيخه وإن باعه .

وكذلك لو حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان ، فنسج فلان ثوباً وباعه ؛ لأن البيع لا يبطل الإضافة .

قال: ولو كان ثوب خز فنقض ([ثم غزل] ونسج) ^(٣) ثم لبسه الحالف ، لم يحنث ؛ لأن النسج الثاني أبطل الإضافة الأولى .

قال: ولو حلف لا يشتري ثوباً مسّه فلان فمسّه فلان ، وتناسخته الباعة فإنه يحنث إذا اشتراه ؛ لأن الإضافة بالمس لا تبطل بالبيع ، فصار كأنه قال: لا أشتري ثوباً كان فلان مسّه .

وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره: في رجل حلف أن لا يأكل هذه الدراهم فاشترى بها طعاماً فأكله حنث ، وإن أبدلها بغيرها واشترى بما أبدل طعاماً فأكله ، لم يحنث ؛ لأن الدراهم ^(٤) لا يمكن أكلها ، فاليمين على المعتاد فيها: وهو أن يأكل ما اشترى بها ، فإذا أبدلها واشترى بالبدل ، فليس بمشترٍ بتلك الدراهم ، فلا يحنث .

(وكذلك إذا حلف لا يأكل من تمر هذا العبد ، فاشترى بثمره طعاماً فأكله) ^(٥) .

(١) في ب (وهو) ، والمثبت .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٤٦/٣ .

(٣) في البدائع هنا (ونسجه آخر) .

(٤) في البدائع (لأن الدراهم بعينها لا تحتمل الأكل) ٤٧/٣ .

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ .

ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيئاً وأبوه حي ، فمات أبوه فورث منه مالاً فاشترى به طعاماً فأكله [١/٢٦٦] ففي القياس: لا ينبغي أن [لا] ^(١) يحنث ولكني أستحسن أن يحنث ؛ وذلك لأن الطعام المشتري ليس بميراث ولكنهم استحسنوا ؛ لأن المواريث هكذا تؤكل ، واليمين على العادة ، فإن اشترى بالميراث شيئاً فاشترى بذلك الشيء طعاماً فأكله لم يحنث ؛ لأنه يشتري بكسبه وليس بمشترٍ بميراثه .

وقال أبو يوسف في الميراث بعينه: إذا حلف عليه فغيره واشترى به ، لم يحنث لما قدمنا .

قال: فإن كان قال: لا آكل ميراثاً يكون لفلان ، فكيفما غيره وأكله حنث ؛ لأن اليمين المطلقة تعتبر فيها الصفة المعتادة ، وفي العادة أنهم يقولون لما ورثه ^(٢) الإنسان: إنه ميراث ، وإن غيره .

وقال مُعَلَّى عن أبي يوسف: إذا حلف لا يطعم فلاناً مما ورث من أبيه شيئاً ، فإن كان ورث طعاماً فأطعمه ^(٣) منه حنث ، فإن اشترى بذلك الطعام طعاماً فأطعمه منه لم يحنث ؛ لأن اليمين وقعت على الطعام الموروث ، فإذا باعه بطعام آخر فالثاني ليس بموروث ، وقد أمكن حمل اليمين على الحقيقة فلا تحمل على المجاز ، وإن كان ورث دراهم فاشترى بها طعاماً فأطعمه حنث ؛ لأنه لا يمكن حمل اليمين على الحقيقة فحملت على المجاز .

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من البدائع ، وهو الصحيح .

(٢) في أ (لما في يدي الإنسان) .

(٣) في أ (فأكل منه) .

وقال هشام: سمعت محمداً يقول: في رجل معه دراهم حلف أن لا يأكلها فاشترى بها دنانير أو فلوساً، ثم اشترى بالدنانير أو بالفلوس [فاكهة]^(١) فأكلها، قال: يحنث.

قال: فإن حلف لا يأكل هذه الدراهم فاشترى بها عَرَضاً ثم باع ذلك العرض بطعام فأكله لم يحنث؛ وذلك لأن العادة في قوله لا أشترى بهذه الدراهم، الامتناع من إنفاقها، في الطعام والنفقة تارة تكون بالابتياح بها وتارة بتصرفها لما ينفق، فحملت اليمين على العادة، فأما ابتياح العروض بالدراهم فليس بنفقة في الطعام عادة، فلم تحمل يمينه عليه، وهذا خلاف ما حكاه عن أبي يوسف.

وقال ابن رستم عن محمد: فيمن قال والله لا آكل من طعامك وهو يبيع الطعام، فاشترى منه فأكل حنث؛ وذلك لأن العادة أن هذه اليمين [تعقد] على المنع بالابتياح.

قال محمد: ولو قال^(٢): والله ما آكل من طعامك هذا الطعام بعينه، فأهداه له فأكله قال: لا يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث [على قول محمد]^(٣).

وهذا فرع على اختلافهم فيمن قال: لا أدخل دار فلان هذه، فباعها فلان ثم دخلها، والمسألة تجيء فيما بعد.

قال محمد: ولو حلف لا يأكل من طعامه فأكل من طعام مشترك [٢٦٦/ب]

(١) في ب (فأكله) وأضيفت الزيادة من أ.

(٢) في أ (حلف لا آكل).

(٣) في ب (في قولي)، والمثبت من أ.

بينهما حنث ؛ لأن كل جزء من الطعام يسمى طعاماً ، فقد أكل من طعام المحلوف عليه .

وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يأكل من غلّة أرضه ولا نية له ، فأكل من ثمن الغلة حنث ؛ لأن هذا في العادة يقال: إنه [يراد به] من استغلال الأرض ، فإذا نوى أكل نفس ما يخرج منها [فأكل من ثمنه] ، دُيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء . وهذا على أصله فيمن حلف لا يشرب الماء ونوى الجنس ، فإنه لا يصدق في القضاء ، فأما على الرواية الظاهرة فيصدق ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه .

وقال محمد في الجامع الكبير: إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً فأكل من ثمرها أو جُمَارِها ، أو طَلَعِها ، أو بُسْرَها ، أو دِبْسِها فإنه يحنث^(١) ؛ وذلك لأن النخلة [لا يتأتى^(٢) أكلها ، فحملت] اليمين على ما يتولد منها ، [والدبس: اسم لما يسيل من الرطب ، لا المطبوخ منه .

ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئاً ، فأكل من عنبه ، أو زبيبه ، أو عصيره ، حنث ؛ لأن المراد: هو الخارج من الكرم ؛ إذ عين الكرم لا تحتمل الأكل كما في النخلة ، بخلاف ما^(٣) لو نظر إلى عنب فقال (عبده حر إن أكل)^(٤) من هذا العنب ، فأكل من زبيبه أو عصيره لم يحنث ؛ لأن العنب يتأتى أكله ، فلم

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٧٧ .

(٢) في أ (لا يتأتى أكلها فحملت) .

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ، ٦٤/٣ ؛ إذ السياق يدل على سقوطها من النسخ ، والمسألة بكاملها ذكرها الكاساني مصرحاً: (قال القدوري) .

(٤) في أ (عبدي حر إن أكلت) .



تحمل اليمين على ما يتولد منه .

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الشاة شيئاً ، فأكل من لَبِنِهَا أو زُبْدِهَا أو سَمْنِهَا لم يحنث ؛ لأن الشاة مأكولة في نفسها ، فحملت اليمين على أجزائها ولم تحمل على ما يتولد منها .

قال محمد: ولو أكل من ناطف جعل من تمر النخلة أو [نبيد نبد من تمرها] ^(١) لم يحنث ؛ لأن [كلمة] (من) للابتداء ، وقد خرج هذا عن حال الابتداء بحدوث الصنعة فيه ، فلم يتناوله اليمين ^(٢) .



(١) في ب (نبيدها) ، والمثبت من أ .
 (٢) انظر: الأصل ، ٣/٣١٩ وما بعدها .

بَابُ

الرجل يحلف على ما يضيفه إلى غير ملك أو نسب أو غير ذلك



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأكل طعام فلان، ولا يشرب شراب فلان، ولا يدخل دار فلان، ولا يلبس ثوب فلان، ولا يركب دابة فلان، فهذا على ما يكون في ملك فلان يوم يفعل ما حلف عليه، كان الذي أضافه إلى ملك فلان في ملكه يوم حلف أو لم يكن، هذا قول محمد في الزيادات وهي رواية الأصل، ورواية هشام عن أبي يوسف^(١).

وقال أبو يوسف: إن نوى ما في ملكه يومئذٍ، فيسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ولا يسعه في القضاء.

قال محمد في الزيادات: فإن كان في ملكه يوم حلف ثم خرج من ملكه لم يحنث.

قال: وهذا بمنزلة قوله: لا أكلم عبد فلان، قال: فإن قال لا أكلم زوج فلانة أو امرأة فلان، أو صديق فلان، أو ابن فلان، أو أخ فلان، ولا نية له، فهذا على ما كان^(٢) يوم حلف إن زال عن ملكه أو لم يزل، فلا يكون على زوج يحدث ولا^(٣) ولد يحدث.

(١) انظر: الأصل، ٣١٦/٢.

(٢) في (ما يكون).

(٣) في أ (أو ولد).



وقال في نوادر ابن سماعه: هما سواء [١/٢٦٧] ولا يحمل على ما يستفاد^(١)، وإنما يحمل على ما في ملكه.

ففرق في الزيادات [بين إضافة النسب وإضافة غيره، وسوى بينهما في النوادر].

وجه ما ذكر في الزيادات]: أنه عقد على عبد مضاف إلى فلان بالملك، أو إلى دار مضافة إليه بالملك، وقد وجد هذا عند الدخول فحنث في يمينه، وأما الزوج والزوجة والابن فأضافتهم إضافة نسب، فالمقصود أعيانهم، فتعقد اليمين على الموجود، كما لو ذكرهم بأسمائهم. وأما رواية النوادر: فحمل (الجميع على ما في ملكه يوم الحلف)^(٢)؛ لأن [حقيقة الإضافة]^(٣) تقتضي ما كان موجوداً في الحال، وما سيوجد ليس بحقيقة؛ ولأنه عقد على الدار وعرفها بالإضافة، [فصار] كمن عقد على الابن وعرفه بالإضافة، وإنما قال في رواية الزيادات: إن الزوجية إذا زالت ثم كلمها حنث؛ لأن المقصود باليمين المحلوف عليه دون المضاف إليه، فلم يعتبر بقاء الإضافة.

والذي قال أبو يوسف: إن نوى ما في ملكه لم يصدق في القضاء؛ فلأن ظاهر اليمين تقتضي ما يضاف إليه عند الفعل، فإذا نوى خلاف ذلك لم يصدق في القضاء.

وقد روى علي بن الجعد ومحمد ابن أبي رجاء، عن أبي يوسف خلاف ذلك^(٤)، وقال ما معناه: إن اليمين إذا عقدها على الإضافة فيما يتجدد الملك فيه

(١) في أ (يستفيد).

(٢) في أ (فحمل على جميع من في ملكه يوم حلف).

(٣) في ب (الحقيقة الإضافة)، والمثبت من أ.

(٤) في أ (هذا).

حالاً فحالاً في العادة، فإن اليمين تقع على ما يكون في ملكه يوم فعل^(١)، كالطعام والشراب والدهن، وما لا يتجدد الملك فيه في كل حال وإنما يستدام ملكه، فاليمين على ما كان في ملكه يوم حلف، كالدار والعبد والثوب؛ وذلك لأن الطعام يحدث في ملكه في كل حال، ولا يستدام ملكه، فعلم أن المقصود باليمين ما يملكه عند الفعل^(٢)، فأما الدار^(٣) والعبد فيستدام الملك فيهما [فلا يتجدد]، فما يتجدد وليس بمقصود فلا يحنث به.

٢٢٢٧ - فصل: [الإضافة مقصودة في الأيمان]

وأما إذا قال: لا أدخل داراً لفلان، ولا أأكلم عبداً لفلان، فهو على ثلاثة أوجه: أحدها: يحنث في قولهم، وهو أن يدخل داراً كانت على ملك فلان عند اليمين وبقيت على ملكه إلى حين الفعل^(٤) فحنث؛ لأن الإضافة موجودة في الحالين.

[والوجه الثاني]^(٥): لا يحنث في قولهم^(٦)، وهو أن يدخل داراً يملكها وقت اليمين ولا يملكها وقت الفعل^(٧)؛ لأنها لا تضاف إلى فلان وقت الدخول، والإضافة مقصودة باليمين.

-
- (١) في أ (يوم حلف).
 - (٢) في أ (عند الحنث).
 - (٣) في أ (الدور).
 - (٤) في أ (الحنث).
 - (٥) في ب (وفي وجه)، والمثبت من أ.
 - (٦) في أ (في الحالين).
 - (٧) في أ (الحنث).



والوجه الثالث: على الخلاف، وهو أن يدخل داراً في ملكه عند الدخول^(١) ولم تكن في ملكه عند اليمين، فيحنت عند أبي حنيفة ومحمد لوجود الإضافة. وقال أبو يوسف: لا يحنت؛ لأن ملك الدار لا يتجدد، فاليمين تنعقد فيها على ما [٢٦٧/ب] كان وقت اليمين.

٢٢٢٨ - فصل: [اليمين باقية ببقاء الإضافة]

وأما إذا قال: لا أكلم عبد فلان هذا، أو لا أدخل دار فلان هذه، أو لا أركب دابة فلان هذه، أو لا ألبس ثوب فلان هذا، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: اليمين باقية ببقاء الإضافة، فإذا زالت سقطت إلا أن يعني سكنى هذه الدار خاصة.

وقال محمد: يحنت وإن زال ملك فلان، إلا أن يعني ما دامت ملكاً لفلان.

وجه قولهما: أن الدار والثوب والدابة لا يمتنع منها لمعنى يعود إلى أعيانها، وإنما يمتنع منها تركاً لمبايعة مالكها، فصار كأنه قال: ما دامت (في ملك فلان)^(٢)، وكما لو أطلق الإضافة من غير تعيين، وكذلك العبد لا يعاد لمعنى يعود إليه، وإنما يمتنع من كلامه لأجل مولاه، وليس كذلك زوجة فلان وأبو^(٣) فلان؛ لأنهم يعادون ويوالون لأنفسهم، فعلم أنهم قصدوا باليمين والإضافة على وجه التعريف.

وجه قول محمد: أن اليمين المعينة مخالفة لليمين المطلقة، أصله: إذا قال لا أكلم زوجة فلان هذه.

(١) في أ (الحنث).

(٢) في أ (ملكاً لفلان).

(٣) في أ (ابن).

وقال محمد في الزيادات: إذا حلف لا يركب دواب فلان، أو لا يلبس ثيابه، أو لا يكلم غلمانه، فاشترى فلان دواباً فركب منها ثلاثاً، حنث.

وكذلك لو قال: لا آكل أطعمة فلان، ولا أشرب أشربة فلان، كان هذا على ثلاثة أطعمة وعلى ثلاثة أشربة؛ وذلك لأن قوله دواب فلان أو أطعمة فلان، عقد على الإضافة، فيدخل فيه ما يستفيد من الملك كقوله: عبداً لفلان، وإنما حمل اليمين على ثلاثة؛ لأن ظاهر لفظه الجمع وأقله ثلاثة، فإن قال: أردت جميع ما في ملكه من الأطعمة لم أدينه في القضاء؛ لأنه عدل عن ظاهر كلامه، فإن قال: لا أكلم إخوة فلان، فهذا على من كان يوم الحلف، وهذا على ما قدمناه.

وقال أبو يوسف: إن كان ذلك مما يحصى، فاليمين على جميع ما في ملكه؛ لأنه صار مُعَرَّفاً بالإضافة ويمكن استيعابه، فهو كالمعرف بالألف واللام.

قال: وإن كان لا يحصى إلا بكتاب حنث بالواحد منهم؛ لأن الجنس يتعذر استغراقه به، فيحنث بأدناه كقوله: لا أتزوج النساء.

٢٢٢٩ - فَصْل: [إلحاق الفرع بالأصل في الأيمان]

ومما يشبه مسائل الباب ما قال خلف بن أيوب: سألت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج بنت فلان، أو بنتاً لفلان، فولدت له بنتٌ فتزوجها، أو قال: والله لا أتزوج من بنات فلان ولا بنات له ثم ولد له، أو قال: والله لا أشرب من لبن بقرة فلان ولا بقرة له، ثم اشترى بقرة فشرب من لبنها، أو قال لصبي صغير: والله لا أتزوج [١/٢٦٨] من بناتك، فبلغ وولد له، فتزوج منهن أيحنت أم لا؟ أو قال: لا آكل من ثمر شجر فلان ولا شجرة لفلان، ثم اشترى شجرة فأكل من ثمرها.



قال: أما إذا حلف لا يتزوج بنت فلان، أو لا يشرب من لبن بقرة فلان، أو لا يأكل من ثمر شجرة فلان، فلا يحنث في شيء [منها]^(١)، وأما إذا قال: لا أتزوج بنتاً من بنات فلان أو بنتاً لفلان، فإنه يحنث وتلزمه اليمين في قول أبي حنيفة. وأما أنا فأقول: لا يحنث؛ لأنه حلف يوم حلف على ما لم [يخلق]^(٢).

قال خلف: وسألت الحسن فقال مثل قول أبي حنيفة.

لأبي حنيفة: أن قوله لا أتزوج بنت فلان، يقتضي بنتاً موجودة في الحال؛ لأنه لم يعقد اليمين على الإضافة.

وإذا قال: بنتاً لفلان، فقد عقد اليمين على الإضافة، فيعتبر وجودها يوم الحنث كقوله: عبداً لفلان.

وأما أسد: فاعتبر وجود المحلوف عليه لينعقد عليه اليمين، فما كان معدوماً لم يصح الإضافة فيه، فلم يحنث.

قال خلف: سألت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج امرأة من [أهل] هذه الدار، وليس للدار أهل، ثم سكنها قوم فتزوج منهم، قال: يحنث في قول أبي حنيفة، ولا يحنث في قولي، وهذا على ما قدمنا من اعتبار الإضافة.

٢٢٣٠ - فُصِّلَ: [إضافة الدار بالسكنى]

وقد قالوا: فيمن حلف لا يدخل دار فلان، فدخل داراً [يسكنها]^(٣) فلان

(١) في (ب) (من هذا)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (يحلف)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (سكنها)، والمثبت من أ.

بملك أو إجارة أو عارية فهو سواء ، ويحنت في يمينه ، وذكر ذلك أبو يوسف .

وذكر محمد في الأصل : في المستأجر ؛ وذلك لأن الدار تضاف بالسكنى إلى المستأجر والمستعير ، كما تضاف إلى المالك .

فأما إذا حلف لا يدخل داراً لفلان فدخل داراً له قد أجرها لغيره .

فروى هشام عن محمد : أنه قال : لا يحنت في يمينه ؛ لأن هذه الدار تضاف إلى الساكن [بالسكنى] ، فتسقط إضافة المالك .

قال : فإن قال : لا أدخل حانوتاً لفلان ، فدخل حانوتاً له قد أجره ، فإن كان فلان ممن له حانوت يسكنه ، فإنه لا يحنت بدخول هذا الحانوت ؛ لأنه يضاف إلى ساكنه ولا يضاف إلى مالكه .

قال : وإن كان المحلوف عليه لا يعرف بسكنى حانوت ، حنت بدخول هذا الحانوت ؛ لأنه إذا لم يعرف بسكنى حانوت ، فالمقصود إضافة المالك وهي موجودة وإن أجر .

[ألا ترى] ^(١) أنه لو حلف لا يدخل حانوت الأمير ، أن هذا على [الحوانيت] ^(٢) التي أجرها الأمير ؛ لأن الأمير لا يضاف إليه الحانوت بالسكنى ^(٣) .



(١) في ب (قال إلا) ، والمثبت من أ .
(٢) في ب (الحنوت) ، والمثبت من أ .
(٣) انظر : الأصل ٣٠٢/٢ - ٣٠٦ .

بَابُ الرجل يحلف لا يأكل فاكهة



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب: أن الفاكهة عند أبي حنيفة كل ما يقصد بأكله التفكه دون الشبع [ب/٢٦٨] ، وعندهما: الفاكهة ما يتفكه به .

ويتعين الخلاف بينهم في الرمان ، والعنب ، والرطب :

(قال أبو حنيفة: ليس بفاكهة ؛ لأن الرمان لا يقصد أكله وإنما يمص ، وكذلك العنب والرطب) ^(١) [لا] يؤكل للشبع ^(٢) .
وقال أبو يوسف ومحمد: كل ذلك فاكهة ^(٣) .

لأبي حنيفة قال تعالى: ﴿ فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ﴾ [الرحمن: ٦٨] فعطف النخيل والرمان على الفاكهة ، وقال في آية أخرى: ﴿ فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبًّا ﴿١٧﴾ وَعِنَبًا وَقَضْبًا ﴿١٨﴾ وَزَيْتُونًا وَنَخْلًا ﴿١٩﴾ وَحَدَائِقَ غُلْبًا ﴿٢٠﴾ وَفَاكِهَةً وَأَبًّا ﴿٢١﴾ [عبس: ٢٧ - ٣١] فعطف الفاكهة على العنب والرطب والرمان ، والعطف غير المعطوف عليه ، ولأن الآية خرجت مخرج الامتنان ، والحكم إذا امتن بالشيء مرة [لا يعيد المنة] به ، فدل على أن

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) وهذا اختلاف زمان ، ففي زمانه لا يعدونها من الفواكه ، فأفتى بحسب ذلك ، وفي زمانها عدت منها ، فأفتيا به . كما في فتح القدير ١٣٠/٥ .

ذلك لم يدخل في الفاكهة، وربما قال أصحابنا: إن الفاكهة عنده ما كان فاكهة [يابسة] ورطبة^(١).

وقد أجمعوا: أن الزبيب والتمر وحبّ الرمان ليس بفاكهة، فرطبه لا يكون فاكهة؛ ولأن الرطب يؤكل للشبع فلا يكون فاكهة كالتمر.

وجه قولهما: أن هذا مما يتفكه به في العادة كسائر الفواكه، وربما قال أصحابنا: المعتبر فيه ما يسمى [بائعته] فاكهاني.

وجملة هذا: أن الأيمان محمولة على العادة، فإن سمي هذا في العادة فاكهة فالجواب ما قالاه.

قال أبو الحسن: ثمر الشجر كله فاكهة، وكذلك ثمر النخل، وكذلك الأعناب كلها في قول أبي يوسف ومحمد، وكذلك قال أبو حنيفة: إلا ثمر النخل، وما يخرج الكرم والرمان فإنه عنده ليس بفاكهة، وقد بينا الخلاف في ذلك.

فأما ما سواه من ثمر الشجر كالتفاح والسفرجل والكمثرى والإجاص والمشمش، والخوخ، والتين فهو فاكهة؛ لأنّ هذا مما يؤكل للتفكه (دون الشبع، ولأنّ ما يجفف منه ويابس فاكهة، وكذلك البطيخ؛ لأنه يؤكل للتفكه)^(٢) ولا يقصد به الشبع.

قال محمد: والتوت فاكهة لأنه يتفكه به.

(١) انظر: الأصل، ٣١٧/٢.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وقال هشام عن محمد: فإن صار الرطب تمراً، والعنب زبيباً، والرمان حباً، فأكل منه لم يحنث؛ لأن التمر والزبيب إدام، وليس بفاكهة في العادة، وكذلك حب الرمان يطبخ كما تطبخ المأكولات، فأما القثاء والخيار [والجَزْر] والبقلاء الرطب فليس بفاكهة؛ لأن القثاء والخيار والبقلاء من جملة الحبوب فلا يؤكل ذلك للتفكه.

وقال في الأصل: إن عنى بقوله لا آكل فاكهة العنب والرطب والرمان، فأكل من ذلك شيئاً حنث؛ وذلك لأنه شدد على نفسه، ولأن هذه الأشياء مما يتفكه بها، وإن لم يطلق عليها [٢٦٩/أ] الاسم.

وقال محمد: بُسّر السكر والبسر الأحمر فاكهة؛ لأن ذلك مما يتفكه به.

وقال أبو يوسف: اللوز والعنّاب فاكهة، رطب ذلك من الفاكهة الرطبة، ويابس من الفاكهة اليابسة؛ لأن ذلك يؤكل على وجه التفكه.

قال: والجوز رطبه فاكهة^(١) ويابس إدام^(٢).

وقال في الأصل: وكذلك الفاكهة اليابسة يدخل فيها الجوز واللوز وأشباه ذلك^(٣).

وروى معلى عن محمد: أن الجوز اليابس ليس بفاكهة؛ لأنه يؤكل مع الخبز غالباً، فأما رطبه فلا يؤكل إلا للتفكه.

(١) في أ (رطبه ويابس إدام).

(٢) في البدائع ٦١/٣؛ والبحر الرائق ٣٥٢/٤، عن القدوري.

(٣) انظر: الأصل ٣١٨/٢.

والذي ذكر في الأصل أنه فاكهة ؛ فلأن رطبه ويابسه يجري مجرى واحداً ؛ لأنه لا يقصد به الشبع ، فصار كسائر الفواكه .

وقال معلى عن محمد: في رجل حلف لا يأكل من الثمار شيئاً ولا نية له قال: هذا على الرطب واليابس ، فإن أكل تيناً يابساً أو لوزاً يابساً حنث ، فجعل الثمار كالفاكهة ؛ لأن أحد الاسمين^(١) كالأخر .

قال معلى: فقلت لمحمد: فإن حلف لا يأكل من فاكهة العام أو من ثمار العام ولا نية له ، قال: إن حلف في أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب ، وإن أكل من فاكهة ذلك العام شيئاً يابساً لم يحنث ، وكذلك الثمر ، وإن حلف في غير وقت الفاكهة^(٢) الرطبة ، كانت يمينه على اليابسة من فاكهة ذلك العام ، وكان ينبغي في القياس إن كان في وقت الفاكهة الرطبة أن يحنث في الرطب واليابس ؛ لأن اسم الفاكهة يتناولهما ، وإنما استحسن ؛ لأن العادة في قولهم فاكهة العام ، إذا كان في وقت الرطب أنهم يريدون به الرطب دون اليابس ، فإذا مضى وقت الرطب فلا يجوز أن يكون اليمين إلا على اليابس فحملت عليه^(٣) .



(١) في أ (لأنه أحد الاسمين ، فصار كالأخر) .

(٢) في (الفاكهة) فقط .

(٣) انظر: البدائع ٦١/٣ ؛ الأصل ٣١٨/٢ .

بَابُ الرجل يحلف لا يأكل لحماً



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يأكل لحماً؛ فأبي لحم أكل من سائر الحيوان غير السمك فإنه يحنث، مُحَرَّمَةٌ وغير مُحَرَّمَةٌ، طبيخاً أكله أو مشوياً أو صفيفاً^(١)، أو على أي حال أكله؛ وذلك لأن اللحم عبارة عن أجزاء الحيوان الذي يعيش في البر، فوقع الاسم على الجميع، والمُحَرَّمُ والمباح سواء؛ لأن التحليل والتحرير أحكام، فلا يغير الاسم الموضوع في الأصل.

قال: فإن أكل لحم ميتة، أو خنزير، أو إنسان، أو لحم شاة ترك ذابحها التسمية على ذبحها عمداً، أو أكل ذبيحة مجوسي، أو أكل لحم صيد ذبحه [ب/٢٦٩] مُحَرَّمٌ، حنث؛ لأن الاسم يتناول الجميع محرماً كان أو مباحاً؛ [وذلك]^(٢) لا يختلف باختلاف صفات اللحم وما عولج به؛ لأن اسم اللحم موجود في الجميع.

فأما لحم ما يعيش في الماء من السمك وغيره، فإنه لا يحنث به؛ لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناولها، ألا ترى أن القائل يقول: ما أكلت اللحم مذكراً وكذا يوماً وإن كان أكل سمكاً، ومن حكم الاسم أن يحمل على الإطلاق دون الحقيقة، ولا معتبر في ذلك بتسميته لحماً طرياً في القرآن؛ لأن الأيمان لا تحمل

(١) «والصفيف - في كتاب الأيمان -: اللحم القديد المجفف في الشمس». المغرب (صفه).

(٢) في ب (وكذلك)، والمثبت من أ.

على لفظ القرآن، ألا ترى أن من حلف لا يركب دابة فركب كافراً، [لا] (١) يحنث، وإن كان الله تعالى قال: ﴿إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [الأنفال: ٥٥] ولو حلف لا يخرب بيتاً فَخَرَّبَ بيت العنكبوت لم يحنث، وإن كان الله تعالى قال: ﴿وَإِنَّ أَوْهَنَ الْبُيُوتِ لَبَيْتُ الْعَنْكَبُوتِ﴾ [العنكبوت: ٤١].

قال أبو الحسن: وكذلك إن أكل من سائر ما يكون في الجوف فإنه يحنث، إلا شحم البطن، فإنه لا يحنث إلا أن يكون نواه، وإنما يعني بهذا الكرش والكبد والفؤاد والكلى والرئة والأمعاء والطحال (٢)؛ وذلك لأن [هذه الأشياء] (٣) تباع مع اللحم وتتخذ منها ما يتخذ من اللحم، وهذا الجواب على عادة أهل الكوفة في زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فأما البلاد التي لا يباع فيها هذا مع اللحم فلا يحنث به، فأما شحم البطن فليس بلحم، ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم، فإن نواه فقد شدد على نفسه فيحنث.

وكذلك الألية لا يحنث بأكلها؛ لأنها ليست بلحم، وإنما هي من جنس الشحم (٤).

قال: فإن أكل شحم الظهر أو ما هو على اللحم حنث؛ وذلك لأن هذا يقال له لحم سمين ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم.

وقال في الأصل: إن أكل لحم غنم أو إبل أو بقر حنث، وهذا على

(١) في ب (يحنث) فقط، والمثبت من أ، والسياق يدل عليه.

(٢) كما في البدائع عن الكرخي نصاً ٥٨/٢.

(٣) في ب (هذا)، والمثبت من أ.

(٤) في أ (اللحم).

ما قدمنا^(١).

قال: وكذلك [لحم] رؤوس الحيوان ما خلا السمك؛ لأن الرأس عضو من الحيوان، فلهمة كلحم سائر الأعضاء، وليس هذا كمن حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً، فإنه لا يحنث؛ لأنه لا يسمى مشتري لحم، وإنما يقال: اشترى رأساً.

قال: ومن حلف لا يأكل شحماً فأكل شحم الظهر، لم يحنث عند أبي حنيفة، وحنث عند أبي يوسف ومحمد.

وقال في الجامع الصغير: في رجل حلف لا يشتري شحماً قال: فأى شحم اشترى لم يحنث إلا أن يشتري شحم البطن، وكذلك لو حلف لا يأكل شحماً^(٢).

لأبي حنيفة: أن شحم الظهر لا يطلق عليه اسم الشحم، وإنما يقال له: لحم سمين ويتخذ منه ما يتخذ [١/٢٧٠] من اللحم، والمعتبر عنده في الأيمان: إطلاق العرف والعادة.

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمَنا عَلَيْهِم شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوِ الْحَوَايَا﴾ [الأنعام: ١٤٦] والاستثناء من [جنس] المستثنى منه.

وقد قالوا: فيمن حلف لا يشتري شحماً ولا لحماً فاشترى ألية لم يحنث؛ لأنها ليست بلحم ولا شحم.

وقال ابن سماعه عن محمد: إذا حلف لا يأكل لحماً فهو على لحوم الطير

(١) انظر: الأصل، ٣١٥/٢.

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٥٤.

والبهائم ، وإن أكل سمكاً لم يحنث ، وكل شيء يسكن الماء فهو بمنزلة السمكة .
وقال عمرو عن محمد: فيمن يأمر رجلاً أن يشتري له شحماً فاشترى شحم
الظهر ، قال: لا نجوز على الأمر ، وهذا يدل أن إطلاق الاسم لا يتناوله كما قال
أبو حنيفة رحمه الله تعالى .



بَابُ الرجل يحلف لا يأكل إداماً



قال الشيخ رحمه الله: أصل هذا الباب أن الإدام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: كل ما يصطبغ به مع الخبز في العادة: كاللبن، والزيت، والمرق، والخل، والعسل. وروى العسل عمرو بن أبي عمرو عن محمد عن أبي حنيفة، وما لا يصطبغ به فليس بإدام عند أبي حنيفة مثل: اللحم، والشوي، والجبن، والبيض، وهو قول أبي يوسف في رواية الأصل^(١)، وروي عنه في الإملاء وغيره: أن ما يؤكل بالخبز مثل اللحم وغيره فهو إدام.

وروى عنه ابن سماعة: أن الجوز اليابس إدام، وقال محمد: ما كان الغالب عليه أن يؤكل بالخبز مثل الجبن واللحم فهو إدام.

لأبي حنيفة: أن الإدام في اللغة مأخوذ من الموافقة، يقال: آدم الله بينكما، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة وقد تزوج امرأة: (هل نظرت إليها؟ قال: لا، قال: لو نظرت إليها كان أحرى أن يؤدم بينكما)^(٢).

وقالت العرب: البييضُ [لا يُؤدِمَنَّ إلا مُؤدَمًا]^(٣) يعني: لا يوافق إلا من وافقهن، وإذا كان كذلك فكل ما احتاج في الأكل إلى موافقة غيره فهو إدام، وما

(١) انظر: الأصل، ٣١٦/٢.

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٨٧)؛ والنسائي في الكبرى (٥٣٤٦)؛ وابن ماجه (١٨٦٥)؛ وابن حبان في الصحيح ٣٥١/٩؛ والحاكم في المستدرک، ١٧٩/٢، وغيرهم.

(٣) أورده الجوهري في الصحاح، وقال: «أي لا يُخْبِنُ إلا مُحَبِّبًا» (أدم).

أمكن إفراده بالأكل فليس بإدام، وإن أكل مع الخبز كما لو أكل الخبز مع الجبن لم يكن إداماً.

وجه قولهما: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «سيد إدام أهل الجنة اللحم وأخذ لقمة بيده وتمره بيده الأخرى وقال: هذه إدام هذه»^(١)؛ ولأن بائع هذه الأشياء يسمى إدامياً، ومن أكلها يقال: أنه قد اتدم.

وقال محمد: التمر والجوز ليس بإدام؛ لأن التمر يمكن إفراده بالأكل في الغالب، والجوز يتفكه به.

وقال: والبطيخ ليس بإدام؛ لأنه لا يؤكل غالباً [بالخبز]^(٢)، والبقل ليس بإدام في قولهم؛ لأن بائعه لا يسمى إدامياً، فأكله لا يقال له مؤتدم.

وسئل [ب/٢٧٠] محمد عن رجل حلف لا يأكل خبزاً مآدوماً، قال: الخبز المآدوم الذي يثرد فيه ثرداً يعني في المرق والخل وما أشبهه؛ لأن ذلك يصير صفة له وتابعاً، فقليل له: فإن ثرد في ماء وملح، فلم ير ذلك مآدوماً؛ لأن العرف معتبر، ومن أكل خبزاً بماء، لم يسم مؤتدماً في العادة.

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف: وإنما تسمية هذه الأشياء على ما يعرف أهل تلك البلاد في كلامهم^(٣).

(١) أخرجه ابن ماجه (٣٣٠٥) بإسناد ضعيف، كما قال العراقي في المغني عن حمل الأسفار ٦٥١/١؛ أورده الشوكاني في الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعية وقال: «رواه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعاً، وفي إسناده سليمان بن عطاء، يروي الموضوعات عن شيخه سلمة بن عبد الله الجهني، وقال ابن حجر لم يتبين لي الحكم على هذا المتن بالوضع، وأن مسلمة غير مجروح، وسليمان بن عطاء ضعيف» ١٦٧/١.

(٢) في ب (غالباً)، والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٣١٧/٢، ٣١٨.

بَابُ الرجل يحلف لا يأكل طبيخاً

قال الشيخ رحمته الله: الطبخ عبارة عما يطبخ باللحم خاصة دون غيره؛ لأن هذا [الذي] يسمى في العرف طبيخاً، ألا ترى أنهم لا يقولون لمن أكل الباقلاء أنه أكل الطبخ، [وإن كان طبخ] ^(١)، والطبخ: هو اللحم يجعل في الماء ويطبخ ليسهل أكله، فإن نوى بقوله: لا آكل طبيخاً، ما يطبخ من اللحم وغيره حنث؛ لأنه طبخ في الحقيقة، وإنما لم يحمل عليه [الاسم]؛ لأنه ليس بمطلق فيه، فإذا نواه فقد شدد على نفسه، فإن لم يكن له [نية]، فإنما يقع هذا على اللحم، واللحوم كلها سواء.

قال: والقياس في هذا أن يحنث في اللحم وغيره؛ لأنه طبخ في الحقيقة، إلا أنهم اعتبروا العرف ^(٢).

قال: وكذلك إذا حلف لا يأكل شواءً وهو ينوي كل شيء يشوي، فأبي ذلك أكل فإنه يحنث، وإن لم تكن نيةً فإنما يقع ذلك على اللحم؛ وذلك لأن الشواء ما يجعل في النار ليسهل أكله، وذلك موجود في كل نوع إلا أن العرف يختص باللحم، ألا ترى أن الشواء اسم لبائع اللحم المشوي، ويقولون لم يأكل الشواء وإن أكل الباذنجان المشوي، فوجب أن يحمل الاسم على المعتاد، فإن أكل سمكاً مشوياً لم يحنث.

(١) في ب (وإن كان مما يطبخ)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (الاسم).



وكذلك إن أكل سمكاً مطبوخاً في اليمين على الطبيخ؛ لأن الاسم غير مطلق فيه. ذكر ذلك ابن سماعه في نوادره عن محمد.

قال: وإن أكل (١) قَلِيَّة (٢) يابسة أو لوناً من الألوان لا مرق فيه لم يحنث؛ لأنه يقال: لحم مقلي، ولا يقال: مطبوخ إلا لما طبخ في الماء.

قال: فإن طبخ في اللحم طبيخاً له مرق، فأكل من لحمه أو مرقه حنث؛ لأنه يقال: أكل الطبيخ وإن لم يأكل لحمه، ولأن المرق فيه أجزاء اللحم.

وقال الحسن بن زياد: في رجل حلف لا يأكل طبيخ فلان، فأكل لحماً طبخه له مرق، أو أكل من مرقه، فإنه يحنث، وهذا على ما بينا.

قال ابن سماعه في اليمين على الطبيخ، قال: ينبغي أن يكون على الشحم أيضاً؛ لأنه قد (٣) يسمى طبيخاً في العادة.

قال: فإن طبخ عدساً بَوَدَك (٤) فهو طبيخ، وكذلك إن طبخه بشحم أو ألية، فإن طبخه بَسْمَن [١/٢٧١] أو زيت لم يكن طبيخاً.

قال: ولا يكون الأرز طبيخاً، ولا العدس بالسمن ولا بالزيت، ولا يكون الطباهج (٥) طبيخاً، ولا الجوذاب.

(١) في أ (كان).

(٢) «القَلِيَّةُ من الطعام جمعه: قلايا» وهي: ما يُقَلَّى من الطعام ونحوه. انظر: مختار الصحاح؛ المعجم الوجيز (قلى).

(٣) في أ (لأنه يسمى).

(٤) «الْوَدَكُ: دَسَم اللحم». مختار الصحاح (ودك).

(٥) «الطَّبَاهَجُ - فتح الهاء - : طعام من لحم وبيض». المغرب (طبهج).



قال: ألا ترى أنه لو شوى جَزَرًا^(١) أو بصلاً وقد حلف على المشوي لم يحنث، ولو شوى الألية أو الشحم فأكله حنث.

قال داوود بن رشيد عن محمد: في رجل حلف لا يأكل من طبخ امرأته، فسخت له قدرًا قد طبخها غيرها لا يحنث؛ لأن [الطبخ]^(٢) هو الفعل الذي يسهل به أكل اللحم، وذلك موجود في الفعل الأول دون الثاني^(٣).



(١) في أ (جوازًا).

(٢) في ب (الطبخ)، والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٣١٧/٢.

فهرس الموضوعات

- باب طلاق المُكْرَه وما في معناه..... ٥.....
- ٦..... ١٦٥٥ - فصل: طلاق السكران.....
- ٩..... باب الرجل يطلق إحدى امرأته بغير عينها.....
- ١٦..... باب الرجل يطلق امرأة من نسائه بعينها ثلاثاً ثم يجهلها.....
- ١٩..... باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول.....
- ٢٣..... ١٦٥٦ - فصل: إذا لم يُسم المهر في العقد وطلّقها قبل الدخول.....
- ٢٤..... ١٦٥٧ - فصل: استحقاق الزوجة للمتعة.....
- ٢٥..... ١٦٥٨ - فصل: في تحديد المستحقة للمتعة.....
- ٢٦..... ١٦٥٩ - فصل: أوجه المتعة.....
- ٢٦..... ١٦٦٠ - فصل: المتعة على قدر حال الرجل أو المرأة.....
- ٢٧..... ١٦٦١ - فصل: تقدير المتعة.....
- ٢٧..... ١٦٦٢ - فصل: الخلاف في تقدير المتعة.....
- ٢٨..... ١٦٦٣ - فصل: الضابط في دفع المتعة.....
- ٢٩..... باب ما تستحق به جميع المهر.....
- ٣٠..... ١٦٦٤ - فصل: الخلوة التي يستقر بها المهر.....
- ٣٢..... ١٦٦٥ - فصل: أثر وجود الصبي في الخلوة.....
- ٣٢..... ١٦٦٦ - فصل: أثر موت الزوج في استقرار المهر.....
- ٣٣..... ١٦٦٧ - فصل: أثر قتل الزوجة نفسها في المهر.....
- ٣٣..... ١٦٦٨ - فصل: في قتل المولى الأمة.....
- ٣٤..... ١٦٦٩ - فصل: في قتل الأمة نفسها.....
- ٣٤..... ١٦٧٠ - فصل: سقوط المهر بعد الوجوب.....

- ١٦٧١ - فصل: أثر الخلوة بالرتقاء في المهر ٣٤
- باب الرجل يطلق امرأته قبل الدخول وقد وهبت له الصداق قبل قبضه أو بعده ٣٧
- ١٦٧٢ - فصل: هبة المهر للزوج بعد قبضها ٣٧
- ١٦٧٣ - فصل: هبة نصف مهرها الذي لم تقبض ٣٨
- ١٦٧٤ - فصل: الأرش بوجود العيب في المهر ٣٩
- ١٦٧٥ - فصل: رجوع الزوجة فيما وهبته له من المهر ٣٩
- ٤٢ - باب الخلع ٤١
- ١٦٧٦ - فصل: الخلاف في الخلع ٤١
- ١٦٧٧ - فصل: حقيقة الخلع ٤٢
- ١٦٧٨ - فصل: نية الطلاق في الخلع ٤٢
- ١٦٧٩ - فصل: افتقار الخلع إلى الإيجاب والقبول ٤٣
- ١٦٨٠ - فصل: متى يحل للزوج أخذ العوض في الخلع ٤٤
- ١٦٨١ - فصل: أخذ أكثر مما أعطاهما في الخلع ٤٤
- ١٦٨٢ - فصل: كل ما كان مهراً في عقد النكاح كان عوضاً في الخلع ٤٥
- ١٦٨٣ - فصل: حصول الخلع بشيء مجهول ٤٦
- ١٦٨٤ - فصل: الخلع على ما في بيتها ٤٧
- ١٦٨٥ - فصل: الخلع على ما في بطون الغنم والفروع ٤٧
- ١٦٨٦ - فصل ٤٧
- ١٦٨٧ - فصل: الخلع على ما في يدها ٤٨
- ١٦٨٨ - فصل: اشتراط السلطان في الخلع ٤٨
- ١٦٨٩ - فصل: العدة من الخلع ٤٨
- ١٦٩٠ - فصل: الطلاق على مال ٤٨
- ١٦٩١ - فصل: الخلع على حكم الزوج أو الزوجة ٤٩
- ١٦٩٢ - مسألة: سقوط حقوق النكاح بالخلع ٥٠
- ١٦٩٣ - مسألة: طلب الطلاق ثلاثاً بألف فطلقها واحدة ٥١

- ١٦٩٤ - فصل: صورة من الطلاق على مال ٥٢.....
- ١٦٩٥ - فصل: صورة من الطلاق على مال ٥٣.....
- ١٦٩٦ - فصل: صورة من الطلاق على مال ٥٣.....
- ٤٣ - باب الإيلاء..... ٥٥.....
- ١٦٩٧ - فصل: حلف الزوج على أربعة أشهر..... ٥٦.....
- ١٦٩٨ - فصل: عزيمة الطلاق..... ٥٦.....
- ١٦٩٩ - فصل: اليمين المانعة من المواقعة..... ٥٧.....
- ١٧٠٠ - فصل: مدة إيلاء الأمة..... ٥٧.....
- ١٧٠١ - فصل: في الفيء في الأمة..... ٥٨.....
- ١٧٠٢ - فصل: اليمين التي تكون إيلاءً..... ٥٨.....
- ١٧٠٣ - فصل: ما يكون مولياً من الأيمان..... ٥٨.....
- ١٧٠٤ - فصل: الإيلاء بعدم مماسة الجلد الجلد..... ٥٩.....
- ١٧٠٥ - فصل: في فرقة الإيلاء..... ٥٩.....
- ١٧٠٦ - فصل: عود الإيلاء باليمين..... ٥٩.....
- ١٧٠٧ - فصل: وقوع الإيلاء بعد وقوع الطلاق..... ٦٠.....
- ١٧٠٨ - فصل: الإبانة بعد الإيلاء..... ٦٠.....
- باب اليمين التي يكون الحالف بها مولياً..... ٦١.....
- ١٧٠٩ - فصل: المختلف من العبارات في الإيلاء..... ٦٥.....
- ١٧١٠ - فصل: الإيلاء بلفظ (حرام)..... ٦٦.....
- ١٧١١ - فصل: التشبيه في الإيلاء..... ٦٦.....
- ١٧١٢ - فصل: الإيلاء بشرط المستقبل..... ٦٧.....
- ١٧١٣ - فصل: الإيلاء بالحلف بشيء غير الله تعالى..... ٦٨.....
- ١٧١٤ - فصل: قول الزوج: لا أقربك سنة إلا يوماً..... ٦٩.....
- ١٧١٥ - فصل: المعتبر في الإيلاء المدد..... ٧٠.....
- ٤٤ - باب الفيء..... ٧٢.....

- ٧٣..... فصل: صفة الفيء من الإيلاء
- ٧٤..... فصل: في زوال المانع قبل مضي المدة
- ٧٤..... فصل: الفيء فيما إذا كان آلى الزوج في حال الصحة ثم مرض
- ٧٤..... فصل: الفيء باللسان
- ٧٥..... فصل: إيلاء المريض وفيئه
- ٧٦..... باب إيلاء الذمّيّ والمسلم يرتد بعد إيلائه
- ٧٦..... فصل: الحلف بالطلاق أو العتاق
- ٧٧..... فصل: حكم إيلاء الذمي
- ٧٨..... فصل: إيلاء الرجل ثم ارتداده
- ٧٩..... باب الرجل يولي من جماعة نسائه
- ٧٩..... فصل: الإيلاء من امرأتين
- ٨٠..... فصل: الإيلاء بالغاية
- ٨١..... فصل: ما يكون به مولياً
- ٨٣..... باب الرجل يُحرّم امرأته على نفسه أو غير امرأته أو هما
- ٨٥..... فصل: تحريم غير المرأة
- ٨٥..... فصل: فعل القليل مما حلف
- ٨٥..... فصل: تحريم الشيء على نفسه
- ٨٦..... فصل: قول الزوج: نسائي عليّ حرام ولم ينو الطلاق
- ٨٦..... فصل: قول الرجل: كلُّ جِلِّ عليّ حرام ولا نية له
- ٨٧..... فصل: قول الرجل: كلُّ جِلِّ عليّ حرام ونوى امرأته
- ٨٩..... فصل: قول الرجل أنت عليّ كالدّم والميتة
- ٩٥..... باب الظهار
- ٩٢..... فصل: ظهار الكافر
- ٩٣..... فصل: ظهار الصبيّ والمجنون
- ٩٣..... فصل: أثر صحة الظهار على الزوج

- ١٧٣٧ - فصل: في صريح الظهار ٩٣
- ١٧٣٨ - فصل: تشبيه امرأته بما يحرم عليه ٩٤
- ١٧٣٩ - فصل: تشبيه امرأته بنت أجنبية قبلها بشهوة ٩٥
- ١٧٤٠ - فصل: تشبيه امرأته بامرأة محرمة عليه ٩٦
- ١٧٤١ - فصل: قول الرجل: أنا منك مظاهر ٩٦
- ١٧٤٢ - فصل: ما يترتب بالظهار من أحكام ٩٦
- ١٧٤٣ - فصل: مطالبة المرأة بالتكفير عن الظهار ٩٦
- ١٧٤٤ - فصل: ما يمنع للمظاهر من امرأته ٩٧
- ١٧٤٥ - فصل: المظاهر لم يكن ناوياً بالظهار ٩٧
- ١٧٤٦ - فصل: دعوى الرجل الإخبار بالماضي كذباً ٩٧
- ١٧٤٧ - فصل: الكفارة فيما ظاهر من أربع نسوة ٩٨
- ١٧٤٨ - فصل: الظهار مراراً من امرأته في مجلس ٩٨
- ١٧٤٩ - فصل: وطء المظاهر قبل أن يكفر ٩٩
- ١٧٥٠ - فصل: ارتداد المظاهر عن الإسلام ٩٩
- ١٧٥١ - فصل: مظاهر المرأة من الزوج ١٠٠
- ١٧٥٢ - فصل: قول الرجل: أنت عليّ كالدّم أو الميتة ١٠٠
- ١٧٥٣ - فصل: الظهار لمدة معلومة ١٠١
- ١٧٥٤ - فصل: فيمن قال لامرأته أنتِ عليّ كأمي ١٠٢
- ١٧٥٥ - فصل: في قول الرجل: أنتِ عليّ حرام كأمي ١٠٢
- ١٧٥٦ - فصل: قول الرجل: أنت عليّ حرام كظهر أُمي ١٠٣
- باب كفارة الظهار ١٠٤
- ١٧٥٧ - فصل: كفارة الظهار ١٠٥
- ١٧٥٨ - فصل: الوطء قبل التكفير ١٠٦
- ١٧٥٩ - فصل: الكفارة بعق بعض الرقبة ١٠٦
- ١٧٦٠ - فصل: وقاع المظاهر في خلال الصوم ١٠٦

- ١٧٦١ - فصل: وقاع المظاهر في الشهرين ناسياً ١٠٦
- ١٧٦٢ - فصل: الصفات التي لا تجزئ في الكفارة ١٠٧
- ١٧٦٣ - فصل: ما لا يجزئ من العتق عن الكفارة ١٠٩
- ١٧٦٤ - فصل: الكفارة بعتق عبد مشترك ١٠٩
- ١٧٦٥ - فصل: صفة الكفارة بالطعام ١١٠
- ١٧٦٦ - فصل: إعطاء الكفارة لمساكين الكفار ١١٠
- ١٧٦٧ - فصل: الكفارة بعتق عبد ذمي ١١٠
- ١٧٦٨ - فصل ١١٠
- باب الرجل يطلق امرأته ثلاثاً متى تحل له ١١٢
- ١٧٦٩ - فصل: في حلّ البائنة لزوجها الأول ١١٢
- ١٧٧٠ - فصل: الوطء في رفع التحريم ١١٣
- ١٧٧١ - فصل: في الحلّ بوقاع الصبيّ ١١٤
- ١٧٧٢ - فصل: في الحلّ بوطء الزوج الثاني في حيض ١١٤
- ١٧٧٣ - فصل: في الحلّ بنكاح الزوج النصراني الثاني ١١٤
- ١٧٧٤ - فصل: كون الزوج الثاني عبداً ١١٥
- ١٧٧٥ - فصل: كون الزوج الثاني مشلولاً ١١٥
- ١٧٧٦ - فصل: في إحصان زوجة المحبوب ١١٥
- ١٧٧٧ - فصل: أثر النية في التحليل ١١٦
- ١٧٧٨ - فصل: أثر شرط الإحلال في التحليل ١١٦
- ١٧٧٩ - فصل: زواج البائنة مع إخبارها بأنها تزوجت ثانياً وطلّقت ١١٧
- ١٧٨٠ - فصل: اختلاف الزوجين في دخول الثاني بالمرأة ١١٧
- ١٧٨١ - فصل: في الدخول بالعقد الفاسد ١١٨
- ١٧٨٢ - فصل: بينونة الأمة بطلقتين ١١٨
- ١٧٨٣ - فصل: التحليل بوطء المولى بملك اليمين ١١٨
- ١٧٨٤ - فصل: التحريم الذي لا يرتفع بالوطء ١١٩

- ١١٩..... فصل: هدم الطلاق بالوطء الثاني
- ١٢٠..... باب الطلاق في المرض
- ١٢٢..... فصل: التوارث مع بقاء حقوق النكاح
- ١٢٢..... فصل: الميراث إذا تزوجت البائنة
- ١٢٢..... فصل: المرض المؤثر في أحكام الطلاق
- ١٢٤..... فصل: الميراث إذا جاءت الفرقة من المرأة
- ١٢٤..... فصل: زوجان لا يتوارثان، فطلق الزوجة ثلاثاً
- ١٢٤..... فصل: الميراث في طلاق المريض إذا أوجبت المرأة البيونة
- ١٢٥..... فصل: الفرقة وقعت في مرض الزوج بسؤال المرأة
- ١٢٥..... فصل: ميراث المرأة إذا كان سبب الفرقة من الزوج المريض
- ١٢٦..... فصل: الميراث إذا أعلن الطلاق بفعل أجنبي
- ١٢٧..... فصل: تفويض الصحيح الأجنبي بالطلاق وإيقاعه في مرض الزوج
- ١٢٧..... فصل: قول الصحيح: أنت طالق رأس الشهر
- ١٢٨..... فصل: أثر الميراث إذا وقعت الفرقة في المرض
- ١٢٨..... فصل: أثر انتهاء مدة الإيلاء أثناء المرض
- ١٢٨..... فصل: الميراث في حال القذف والملاعنة في المرض
- ١٢٩..... فصل: الميراث في حال ردة المرأة وموتها
- ١٣٠..... فصل: الميراث في حال اختيار المرأة نفسها أثناء أجل المريض العنّين
- ١٣٠..... فصل: الميراث إن مات الزوج مريضاً بعد سنتين من الطلاق
- ١٣١..... فصل: فيمن قال في الصحة لزوجتيه إحداكما طالق اثنتين
- ١٣١..... فصل: فيمن قال في الصحة لزوجتيه - إحداهما أمة -: إحداكما طالق اثنتين
- ١٣٢..... فصل: الميراث عند فوات شرط البر
- ١٣٤..... باب فرقة العنّين
- ١٣٧..... فصل: الوطاء الواحد يستقر به المهر

- ١٨٠٧ - فصل: خيار المرأة تحت العنين ١٣٧
- ١٨٠٨ - فصل: إقامة المرأة مع العنين بعد مضي الأجل ١٣٧
- ١٨٠٩ - فصل: احتساب الأيام المانعة من السنة المقدره ١٣٨
- ١٨١٠ - فصل: في تأثير وصول العنن إلى غير زوجته ١٣٩
- ١٨١١ - فصل: مرافعة المرأة زوجها المحبوب ١٣٩
- ١٨١٢ - فصل: الخيار لمن علمت أن الزوج عنين ١٤٠
- ١٨١٣ - فصل: أثر اتفاق عيوب الزوجين في الأجل ١٤٠
- ١٨١٤ - فصل: وجود العيوب في الزوجين ١٤٠
- ١٨١٥ - فصل: حمل المرأة بعد الفرقة بالعنة ١٤١
- ١٨١٦ - فصل: ثبوت إبطال حكم الفرقة ١٤٢
- ١٨١٧ - فصل: التمديد في أجل العنين ١٤٢
- ١٨١٨ - فصل: فرقة العنين طلاق ١٤٢
- ١٨١٩ - فصل: الخيار في كون زوج الأمة عنيماً ١٤٣
- ١٨٢٠ - فصل: القسّم بين النساء ١٤٣
- ٤٦ - باب اللعان ١٤٥
- ١٨٢١ - فصل: ممن يجب عليهم اللعان ١٤٦
- ١٨٢٢ - فصل: شروط اللعان ١٤٧
- ١٨٢٣ - فصل: بطلان اللعان بين الزوجين ١٤٨
- ١٨٢٤ - فصل: في صفة اللعان ١٥٠
- ١٨٢٥ - فصل: وقوع الفرقة باللعان ١٥١
- ١٨٢٦ - فصل: فرقة اللعان تطليقة ١٥٢
- ١٨٢٧ - فصل: اجتماع الزوجين بعد اللعان ١٥٣
- ١٨٢٨ - فصل: حصول الفرقة قبل إتمام اللعان ١٥٤
- ١٨٢٩ - فصل: ابتداء الحاكم باللعان بالمرأة ١٥٥
- ١٨٣٠ - فصل: عدم وقوع الفرقة بعد اللعان ١٥٥

- ١٨٣١ - فصل: طلاق الزوج بعد القذف قبل اللعان..... ١٥٧
- ١٨٣٢ - فصل: الزواج بعد الطلاق والقذف الذي لم يلاعن ١٥٧
- ١٨٣٣ - فصل: الامتناع من التلاعن..... ١٥٧
- باب اللعانِ بنفي الولدِ..... ١٥٩
- ١٨٣٤ - فصل: شرط نفي الأب لولده ١٥٩
- ١٨٣٥ - فصل..... ١٦١
- ١٨٣٦ - فصل: النسب الذي لا ينفيه اللعان ١٦٢
- ١٨٣٧ - فصل: نفي ولد من لا لعان بينهما ١٦٢
- ١٨٣٨ - فصل: حصول العلق بالولد في حال لا لعان بينهما ١٦٢
- ١٨٣٩ - فصل: في نفي ولد الحرة وتصديقها له ١٦٣
- ١٨٤٠ - فصل: إقرار بالولد الأول ونفي الثاني في حال ولادة ولدين معاً ١٦٣
- ١٨٤١ - فصل: نفي الولدين ثم موت أحدهما..... ١٦٤
- ١٨٤٢ - فصل: نفي الولدين حيث ولدت أحدهما ميتاً ١٦٥
- ١٨٤٣ - فصل: قول الزوج هما ابناي..... ١٦٥
- ١٨٤٤ - فصل: نفي الزوج الولد الميت ١٦٦
- ١٨٤٥ - فصل: فيمن طلق رجعيًا فجاءت بولد لأقل من سنتين بيوم فنفاه ١٦٦
- ١٨٤٦ - فصل: فيمن طلق بائنًا فجاءت بولد لأقل من سنتين وولد لأكثر ١٦٧
- باب نفي الحمل ١٦٨
- باب الشهادة في اللعان..... ١٧١
- ١٨٤٧ - فصل: الشهادة على المرأة بالزنا رابعهم الزوج ١٧١
- ١٨٤٨ - فصل: الزوج قذفها وشهد سواه ثلاثة ١٧١
- ١٨٤٩ - فصل: دَرءُ الحَدِّ عن الشُّهُودِ وعن الزوج اللعان..... ١٧٢
- ١٨٥٠ - فصل: ادعاء المرأة على زوجها أنه قذفها بالزنا ١٧٢
- ١٨٥١ - فصل: الوكالة في اللعان وتثبيت الشهادة ١٧٣
- باب كيفية اللعان في نفي الولد ١٧٤

- ١٧٦ ٤٧ - باب الحضانة
- ١٧٨ ١٨٥٢ - فصل: أحقية الأم والجدة في حضانة الغلام
- ١٧٩ ١٨٥٣ - فصل: من لا حق له من النساء في الحضانة
- ١٧٩ ١٨٥٤ - فصل: سقوط حق الحضانة
- ١٨٠ ١٨٥٥ - فصل: عود حق الحضانة
- ١٨٠ ١٨٥٦ - فصل: الحضانة في حال استغناء الغلام بنفسه
- ١٨٠ ١٨٥٧ - فصل: الحضانة إذا لم يكن للجارية قريب من النساء
- ١٨١ ١٨٥٨ - فصل: الفاسق والماجن من العصابة في الحضانة
- ١٨٢ ١٨٥٩ - فصل: الحضانة إذا كثرت الحاضنات
- ١٨٢ ١٨٦٠ - فصل: حضانة أم الولد والزوجة الأمة
- ١٨٢ ١٨٦١ - فصل: حضانة أهل الذمة
- ١٨٣ ١٨٦٢ - فصل: حضانة المرتدة
- ١٨٣ ١٨٦٣ - فصل: الحضانة في حال بلوغ الغلام والجارية
- ١٨٤ باب المرأة تخرج بولدها إلى بلد آخر
- ١٨٥ ١٨٦٤ - فصل: طلب الأم نقل الابن إلى بلدها
- ١٨٦ ١٨٦٥ - فصل: نقل الأم ولدها إلى دار الحرب
- ١٨٦ ١٨٦٦ - فصل: تخير الولد بين الأب والأم
- ١٨٨ ٤٨ - باب الرضاع
- ١٨٨ ١٨٦٧ - فصل: تعلق التحريم بالرضاع
- ١٩٢ ١٨٦٨ - فصل: الرضاع الموجب للتحريم
- ١٩٤ ١٨٦٩ - فصل: التحريم في قليل الرضاع وكثيره
- ١٩٦ ١٨٧٠ - فصل: الحد الفاصل في رضاع الصغير
- ١٩٧ ١٨٧١ - فصل: الرضاع بعد الفطام في مدة الرضاعة
- ١٩٩ ١٨٧٢ - فصل: السقوط والوجور رضاع
- ١٩٩ ١٨٧٣ - فصل: وقوع التحريم بلبن الميتة

- ١٨٧٤ - فصل: حقن الصبي باللبن..... ٢٠٠
- ١٨٧٥ - فصل: أثر قطر اللبن من الأذن..... ٢٠٠
- ١٨٧٦ - فصل: أثر اختلاط اللبن بغيره في الرضاع..... ٢٠١
- ١٨٧٧ - فصل: أثر اختلاط اللبن بالدواء أو بالدهن..... ٢٠١
- ١٨٧٨ - فصل: أثر خلط اللبن بالماء..... ٢٠٢
- ١٨٧٩ - فصل: اختلاط اللبن بلبن الشاة..... ٢٠٢
- ١٨٨٠ - فصل: أثر اختلاط لبن امرأتين في الرضاع..... ٢٠٢
- ١٨٨١ - فصل: ما يحرم بالرضاع..... ٢٠٣
- ١٨٨٢ - فصل: أثر بقاء لبن الزوج الأول في الرضاع..... ٢٠٤
- ١٨٨٣ - فصل: التحريم الطارئ بالرضاع على النكاح..... ٢٠٦
- ١٨٨٤ - فصل: في الشهادة بالرضاع التي يفسخ بها النكاح..... ٢١٠
- باب النفقة على الزوجة..... ٢١٣
- ١٨٨٥ - فصل: النفقة على الزوجة الصغيرة..... ٢١٥
- ١٨٨٦ - فصل: النفقة على المريضة..... ٢١٥
- ١٨٨٧ - فصل: النفقة على الزوجة المحبوسة في دين..... ٢١٥
- ١٨٨٨ - فصل: النفقة على الرتقاء..... ٢١٧
- ١٨٨٩ - فصل: النفقة على الزوجة التي جُنَّتْ أو كَبُرَتْ بعد الدخول..... ٢١٨
- ١٨٩٠ - فصل: النفقة على الزوجة التي خرجت للحج..... ٢١٩
- ١٨٩١ - فصل: النفقة إذا كان المنع بفعالها..... ٢٢٠
- ١٨٩٢ - فصل: نفقة الأمة المزوجة..... ٢٢٠
- ١٨٩٣ - فصل: نفقة زوجة العبد..... ٢٢١
- ١٨٩٤ - فصل: سكنى الزوجة..... ٢٢٣
- ١٨٩٥ - فصل: نفقة الزوجة الذمية..... ٢٢٣
- ١٨٩٦ - فصل: النفقة والسكنى في النكاح الفاسد..... ٢٢٤
- ١٨٩٧ - فصل: النفقة على المعتدة..... ٢٢٤

- ١٨٩٨ - فصل: نفقة أم الولد المعتدة ٢٢٦
- باب قدر النفقة ٢٢٧
- ١٨٩٩ - فصل: نفقة الخادم ٢٢٨
- ١٩٠٠ - فصل: نفقة الخادم مع عسر الزوج ٢٢٨
- ١٩٠١ - فصل: القول في اختلاف الزوجين في العسر واليسر ٢٢٩
- ١٩٠٢ - فصل: ما يفرض على الزوج المعسر من النفقة ٢٣٠
- ١٩٠٣ - فصل: استدانة الزوجة على الزوج الغائب ٢٣٠
- ١٩٠٤ - فصل: فرض نفقة الزوجة من أمانة الزوج ٢٣٢
- ١٩٠٥ - فصل: طلب الزوجة النفقة أثناء غياب الزوج ٢٣٣
- ١٩٠٦ - فصل: سماع القاضي لبيئة الزوجية لفرض النفقة ٢٣٤
- ١٩٠٧ - فصل: من يشملهم النفقة بالقضاء ٢٣٤
- ١٩٠٨ - فصل: بيع العروض والعقار في النفقة ٢٣٥
- ١٩٠٩ - فصل: حبس الزوج لدفع النفقة ٢٣٦
- ١٩١٠ - فصل: ملازمة أصحاب الحقوق الخصم ٢٣٨
- ١٩١١ - فصل: ادعاء الزوج بإيفاء الحق ٢٣٨
- ١٩١٢ - فصل: الحبس مع عدم القدرة على الأداء ٢٣٩
- ١٩١٣ - فصل: مطالبة الزوجة بالنفقة السابقة ٢٤٠
- ١٩١٤ - فصل: موت الزوج قبل أن يعطيها النفقة ٢٤٠
- ١٩١٥ - فصل: في رجوع ورثة الزوج لسلف الزوجة قبل مضي الوقت ٢٤١
- باب النَّفَقَةِ عَلَى ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ ٢٤٢
- ١٩١٦ - فصل: على من تجب نفقة ذوي الأرحام؟ ٢٤٣
- ١٩١٧ - فصل: نفقة ذوي الأرحام الأغنياء ٢٤٣
- ١٩١٨ - فصل: نفقة ذوي الأرحام سوى الابن والأب ٢٤٥
- ١٩١٩ - فصل: النفقة بين الوالد وابن ابنه ٢٤٦
- ١٩٢٠ - فصل: النفقة على فقير له عمّ وخال ٢٤٨

- ١٩٢١ - فصل: في نفقة غلام له أب محتاج زمن قرابة ٢٤٩
- ١٩٢٢ - فصل: حبس الوالد في نفقة ولده ٢٥٠
- ١٩٢٣ - فصل: نفقة صبي صغير فقير أعتقه مولاه ٢٥١
- ١٩٢٤ - فصل: حدّ الغنى الذي يجب فيه النفقة ٢٥١
- ١٩٢٥ - فصل: على من ينفق من مال الغائب ٢٥٢
- ١٩٢٦ - فصل: ما يباع على غائب للنفقة ٢٥٣
- ١٩٢٧ - فصل: النفقة مع اختلاف الدين ٢٥٤
- ١٩٢٨ - فصل: نفقة الولد الحر على الأب العبد ٢٥٥
- ١٩٢٩ - فصل: الأمور الموضوعة للكفاية ٢٥٥
- ١٩٣٠ - فصل: إجبار المرأة على إرضاع ولدها ٢٥٦
- ١٩٣١ - فصل: نفقة الولد من الجارية المشتركة ٢٥٧
- ١٩٣٢ - فصل: النفقة في مال المفقود ٢٥٧
- ٤٩ - كتاب العدة ٢٥٩
- ١٩٣٣ - فصل: العدة في النكاح الفاسد ٢٦٠
- ١٩٣٤ - فصل: عدة أم الولد ٢٦٠
- ١٩٣٥ - فصل: عدة النكاح الفاسد ٢٦١
- ١٩٣٦ - فصل: عدة الحامل ٢٦١
- ١٩٣٧ - فصل: عدة الأمة ٢٦١
- ١٩٣٨ - فصل: عدة الأمة الحامل ٢٦٢
- ١٩٣٩ - فصل: العدة بالشهور ٢٦٢
- ١٩٤٠ - فصل: عدة من وضعت ولدين ٢٦٤
- ١٩٤١ - فصل: عدة من أسقطت الحمل ٢٦٤
- ١٩٤٢ - فصل: مدة عدة الحمل ٢٦٥
- ١٩٤٣ - فصل: عدة الكتابية تحت مسلم ٢٦٦
- ١٩٤٤ - فصل: عدة الذمية تحت ذمي ٢٦٦

- ٢٦٧..... ١٩٤٥ - فصل: عدة المهاجرة
- ٢٦٧..... ١٩٤٦ - فصل: في الخلوة التي توجب العدة
- ٢٦٨..... ١٩٤٧ - مسألة: عدة المطلقة ثلاثاً في مرض الموت
- ٢٦٨..... ١٩٤٨ - فصل: عدة المطلقة طلاقاً رجعيّاً
- ٢٦٩..... ١٩٤٩ - مسألة: عدة زوجة الصبي حال الحمل
- ٢٧٠..... ١٩٥٠ - فصل: عدة من بلغها طلاق زوجها أو موته
- ٢٧١..... باب انتقال العدة
- ٢٧٣..... ١٩٥١ - فصل: تداخل العدتين
- ٢٧٤..... ١٩٥٢ - فصل: انتقال العدة وتغيرها
- ٢٧٨..... ١٩٥٣ - فصل: عدة الأمة في حال موت الزوج والمولى
- ٢٧٩..... ١٩٥٤ - فصل: تداخل عدة الزوج والمولى على أم الولد
- ٢٨٠..... ١٩٥٥ - فصل: شراء الرجل زوجته وإعتاقها
- ٢٨٠..... ١٩٥٦ - فصل: شراء الأمة بعد الطلاق والاستبراء
- ٢٨١..... ١٩٥٧ - فصل: شراء المكاتب زوجته ثم موته مع ترك وفاء
- ٢٨٢..... ١٩٥٨ - فصل: شراء المكاتب ولده مع أمه ثم مات وترك وفاءً
- ٢٨٣..... ١٩٥٩ - فصل: زواج المكاتب بنت مولاه ثم موتها
- ٢٨٤..... باب ما يلزم المعتدة في عدتها
- ٢٨٥..... ١٩٦٠ - فصل: خروج المتوفى عنها زوجها من البيت
- ٢٨٦..... ١٩٦١ - فصل: الموضع الذي تؤمر المعتدة الاعتداد فيه
- ٢٨٦..... ١٩٦٢ - فصل: اضطرار خروج المعتدة من البيت
- ٢٨٧..... ١٩٦٣ - فصل: سكنى المعتدة
- ٢٨٧..... ١٩٦٤ - فصل: السكنى في نصيبها من البيت
- ٢٨٧..... ١٩٦٥ - فصل: سكنى وبيتوتة المعتدة
- ٢٨٨..... ١٩٦٦ - فصل: سكنى الأمة للعدة
- ٢٨٩..... ١٩٦٧ - فصل: خروج الأمة المبوءة منزلاً

- ٢٨٩..... فصل: خروج الصغيرة في عدتها من البيت
- ٢٩٠..... فصل: نفقة النصرانية أثناء العدة
- ٢٩٠..... فصل: خروج أم الولد إذا مات سيدها
- ٢٩١..... باب ما تجتنب المعتدة في عدتها
- ٢٩٢..... فصل: المقصود بالإحداد
- ٢٩٣..... فصل: الإحداد على الصغيرة والكافرة
- ٢٩٣..... فصل: الإحداد على الأمة والمكاتبة
- ٢٩٤..... فصل: الإحداد على المطلقة الرجعية
- ٢٩٤..... فصل: الإحداد على أم الولد إذا أعتقها مولاه
- ٢٩٥..... باب المطلقة تسافر في عدتها
- ٢٩٦..... فصل: المطلقة البائن تسافر في العدة
- ٢٩٦..... مسألة: طلاق الرجل امرأته في السفر
- ٢٩٩..... باب المعتدة متى يلحق نسب ولدها
- ٣٠٠..... فصل: المبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين
- ٣٠٢..... فصل: ثبوت نسب الولد من المتوفى عنها زوجها
- ٣٠٣..... فصل: اعتراف المعتدة بانقضاء عدتها، ثم أتت بولد
- ٣٠٣..... فصل: الصغيرة المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد
- ٣٠٤..... فصل: ثبوت النسب بشهادة النساء
- ٣٠٤..... فصل: ثبوت النسب من المعتدة
- ٣٠٥..... فصل: أثر إقرار الزوج بالحبل في ثبوت النسب
- ٣٠٥..... فصل: أقل المدة التي تصدق المرأة فيها بانقضاء العدة
- ٣٠٧..... فصل: أقل المدة التي تصدق فيها النفساء
- ٣٠٩..... ٥٠- كتاب العتاق
- ٣١٢..... باب اللفظ الذي يقع به العتاق الصحيح وما في معناه
- ٣١٥..... فصل: إضافة الحرية إلى جزء من أجزاء البدن

- باب اللفظ الذي لا يقع به الحرية إلا أن يريد ما ٣١٦
- ١٩٨٨ - فصل: في وصفه بالحرية ٣١٧
- ١٩٨٩ - فصل: في وصفه بما يحتمل الحرية ٣١٧
- ١٩٩٠ - فصل: في عبارات تتضمن معنى القرية ٣١٧
- ١٩٩١ - فصل: عبارات لا تصلح للعتق ٣١٨
- باب ما لا يقع به الحرية وإن نوى ٣٢٠
- ١٩٩٢ - فصل: نفي السلطان في العتق ٣٢٠
- ١٩٩٣ - فصل: نفي اليد في العتق ٣٢٠
- ١٩٩٤ - فصل: وقوع العتق بكناية الطلاق ٣٢١
- ١٩٩٥ - فصل: هل التشبيه يقتضي المشاركة في الحكم؟ ٣٢١
- ١٩٩٦ - فصل: الإثبات يقتضي العتق ٣٢٢
- باب العتق بدعوى النسب ٣٢٣
- ١٩٩٧ - فصل: في قول من لا يولد لمثله هذا ابني ٣٢٤
- باب التدبير ٣٢٧
- ١٩٩٨ - فصل: في ألفاظ التدبير ٣٢٧
- ١٩٩٩ - فصل: في كتابة المُدبِّر ٣٣٠
- ٢٠٠٠ - فصل: زوال ملك المولى عن المدبر بغير الموت ٣٣٠
- ٢٠٠١ - فصل: في التدبير بالعتق المعلق ٣٣١
- ٢٠٠٢ - فصل: في عتق المدبر من الثلث ٣٣١
- ٢٠٠٣ - فصل: في اكتساب المدبرة ومهرها ٣٣٢
- ٢٠٠٤ - فصل: في سريان التدبير في أولاد المدبرة ٣٣٢
- ٢٠٠٥ - فصل: في ولاء المدبر ٣٣٢
- ٢٠٠٦ - فصل: في التدبير بالمال ٣٣٣
- ٢٠٠٧ - فصل: تعليق العتق بالموت مع شرط آخر ٣٣٣
- ٢٠٠٨ - فصل: الحالات التي لا يكون العبد فيها مدبراً ٣٣٤

- ٢٠٠٩ - فصل: تعليق العتق بالموت والتكفين ٣٣٤
- ٢٠١٠ - فصل: تعليق العتق بالموت إلى سنة ٣٣٦
- ٢٠١١ - فصل: وقت قبول التدبير ٣٣٧
- ٢٠١٢ - فصل: تعليق الحرية بالتمليك ٣٣٨
- ٢٠١٣ - فصل: تحمل جنایات المدبّر ٣٣٩
- باب الاستيلاء ٣٤٠
- ٢٠١٤ - فصل: في إثبات أم ولد ٣٤٠
- ٢٠١٥ - فصل ٣٤١
- ٢٠١٦ - فصل: ولادة الأمة من رجل ولداً ٣٤١
- ٢٠١٧ - فصل: ثبوت نسب ولد مملوكة من مالکها ٣٤٢
- ٢٠١٨ - فصل: ثبوت نسب ولده من أمته ٣٤٢
- ٢٠١٩ - فصل: قول الرجل: حمل هذه الجارية مني، ولم تكن حاملاً ٣٤٤
- ٢٠٢٠ - فصل: حكم أم الولد ٣٤٤
- ٢٠٢١ - فصل: زوال الملك زوال العتق ٣٤٦
- ٢٠٢٢ - فصل: تضمين أم الولد ٣٤٦
- ٢٠٢٣ - فصل: تضمين الغصب لأم الولد ٣٤٧
- ٢٠٢٤ - فصل: في ضمان جنایة القتل ٣٤٧
- ٢٠٢٥ - فصل: عتق أمهات الأولاد من مال المولى ٣٤٨
- ٢٠٢٦ - فصل: نسب ولد أم ولد ٣٤٨
- ٢٠٢٧ - فصل: كيفية نفي الولد ٣٤٨
- ٢٠٢٨ - فصل: نسب الولد بعد التحريم ٣٤٩
- ٢٠٢٩ - فصل: في الاستمتاع بأم ولد ٣٥٠
- ٢٠٣٠ - فصل: زوال فراش المولى ٣٥٠
- ٢٠٣١ - فصل: ادعاء ولد الأمة من رجلين ٣٥٠
- باب العبد بين رجلين فيعتق أحدهما نصيبه ٣٥٢

- ٢٠٣٢ - فصل: العبد بين الشركاء ٣٥٨
- ٢٠٣٣ - فصل: في المملوك بين ثلاثة ٣٥٨
- ٢٠٣٤ - فصل: في تضمين الشريك ٣٥٩
- ٢٠٣٥ - فصل: عبد بين رجلين أعتقه أحدهما ٣٦٠
- ٢٠٣٦ - فصل: الاختلاف في قيمة العبد المعتق ٣٦٢
- ٢٠٣٧ - فصل: إعتاق أحدهما نصيب صاحبه ٣٦٣
- ٢٠٣٨ - فصل: المعتق جارية حامل ٣٦٣
- ٢٠٣٩ - فصل: كون شريك المعتق في العبد صيباً ٣٦٤
- ٢٠٤٠ - فصل: الصلح مع الذي لم يعتق على أكثر من نصف قيمته ٣٦٤
- ٢٠٤١ - فصل: موت المعتق المريض في مرضه ٣٦٦
- ٢٠٤٢ - فصل: عبيدين بين رجلين أحدهما قال: أحكما حر ٣٦٦
- باب العبد يكون بين رجلين فيشهد أحدهما على الآخر بالعتق ٣٦٨
- ٢٠٤٣ - فصل: شهادة كل واحد على صاحبه بعتق العبد ٣٦٩
- ٢٠٤٤ - فصل: عبد بين رجلين حلف أحدهما بعتقه بشرط ٣٧١
- ٢٠٤٥ - فصل: في عبيدين بين رجلين ، قيل لأحدهما: أنت حر بشرط ٣٧٢
- ٢٠٤٦ - فصل: عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ مدة ٣٧٣
- باب الرجل يعتق أحد عبديه بغير عينه ٣٧٥
- ٢٠٤٧ - فصل: تعلق الحرية فيما إذا أعتق أحد عبديه ٣٧٥
- ٢٠٤٨ - فصل: بيان الجهالة إلى المولى ٣٧٦
- ٢٠٤٩ - فصل: التسمية تعريف كالإشارة ٣٧٧
- ٢٠٥٠ - فصل: مخاصمة العبد مولاه في الحرية الموقعة ٣٧٧
- ٢٠٥١ - فصل: في اختيار إيقاع العتق على أحد العبيدين ٣٧٧
- ٢٠٥٢ - فصل: العتق في حال انقطاع خيار المولى ٣٧٨
- ٢٠٥٣ - فصل ٣٧٩
- ٢٠٥٤ - فصل: إخراج المولى أحدهما عن ملكه بوجه من الوجوه ٣٧٩

- ٣٨١..... فصل: اختيار حرية إحدى الأمتين ٢٠٥٥
- ٣٨٢..... فصل: ٢٠٥٦
- ٣٨٢..... فصل: إعتاق إحداهما بعد قوله إحداهما حرة ٢٠٥٧
- ٣٨٢..... فصل: باع الأمتين في صفقة واحدة ٢٠٥٨
- ٣٨٣..... فصل: إعتاق أحد المأسورين في الحرب ٢٠٥٩
- ٣٨٥..... فصل: عتق المشتري للعبد فيما لو باعها صفقة واحدة ٢٠٦٠
- ٣٨٦..... فصل: قول المولى: أحد عبيدي حر ثلاثاً، لثلاثة أعبد ٢٠٦١
- ٣٨٧..... باب الرجل يعتق أحد أمتيه فتلد كل واحدة منهما ولداً أو يجني عليهما ٢٠٦٢
- ٣٨٨..... فصل: قطع رجل يد كل واحد منهما معاً، أو إحداهما بعد الأخرى ٢٠٦٣
- ٣٨٩..... فصل: أثر ولادة إحدى الأمتين في عتق الأخرى ٢٠٦٣
- ٣٩٠..... باب الرجل يقول لعبده ولشيء لا يقع عليه العتق: أحكما حر ٢٠٦٤
- ٣٩١..... فصل: الرجل جمع بين عبده وبين من يوصف بالحرية ٢٠٦٤
- ٣٩١..... فصل: فيمن له ثلاثة أعبد وقال لاثنين: أحكما حر ٢٠٦٥
- ٣٩٣..... فصل: المسألة السابقة في حال المرض ٢٠٦٦
- ٣٩٤..... باب عتق ما في البطن ٢٠٦٧
- ٢٠٦٧ - فصل: إذا قال لها سيدها: ما في بطنك حر، ثم ضربها رجل فألقت جنيناً ميتاً ٣٩٥
- ٣٩٥..... فصل: المسألة السابقة، ولكنها ولدت ولدين ٢٠٦٨
- ٣٩٥..... فصل: قوله لأمتيه: ما في بطن إحداهما حر ٢٠٦٩
- ٣٩٦..... فصل ٢٠٧٠
- ٣٩٧..... باب العبد يكون بين رجلين فيدبره أحدهما ٢٠٧١
- ٣٩٩..... فصل: تدبير أحدهما وإعتاق الآخر للعبد ٢٠٧٢
- ٤٠٠..... فصل: في تدبير أحدهما وإعتاق الآخر معاً ٢٠٧٣
- ٤٠٠..... فصل: في تدبير أحدهما وإعتاق الآخر معاً ٢٠٧٣
- ٤٠٢..... باب الجارية تكون بين رجلين فتأتي بولد فيدعيانه أو أحدهما ٢٠٧٣

- ٤٠٢..... فصل: وجوب العقر وثبوت النسب مع شبهة الملك ٢٠٧٤
- ٤٠٣..... فصل: استواء اليسار والإعسار في الضمان ٢٠٧٥
- ٤٠٣..... فصل ٢٠٧٦
- ٤٠٣..... فصل: نسب الولد فيما إذا اشترى الأمة وهي حامل ٢٠٧٧
- ٤٠٤..... فصل: دعوى الولد فيما إذا حملت الجارية على ملكهما ٢٠٧٨
- ٤٠٥..... فصل: ادعاء أكثر من اثنين في الولد ٢٠٧٩
- ٤٠٦..... فصل: ثبوت النسب مع اختلاف لإنصاء في الجارية ٢٠٨٠
- ٤٠٧..... فصل: الدّعوة بين الحر والعبد في الولد ٢٠٨١
- ٤٠٧..... فصل: في الدّعوة بالولد إذا كان أحد الشريكين مسلماً والآخر ذمياً ٢٠٨٢
- ٤٠٨..... فصل: الدعوة بين الحر والمكاتب في الولد ٢٠٨٣
- ٤٠٨..... فصل: الدعوة بين عبد مسلم وحر كافر في الولد ٢٠٨٤
- ٤٠٩..... فصل: الدعوة بين ذمي ومرتد في الولد ٢٠٨٥
- ٤٠٩..... فصل: سبق أحد الشريكين في الدعوة ٢٠٨٦
- ٤٠٩..... فصل: تنمة المسألة السابقة ٢٠٨٧
- ٤١٠..... فصل: دعوة المولى في ولد جارية مكاتبه ٢٠٨٨
- ٤١٠..... فصل: تداخل القيمة والعقر في الجارية المشتركة ٢٠٨٩
- ٤١٠..... فصل: ضمان قيمة الولد ٢٠٩٠
- ٤١٠..... فصل: الحرّية والولاء في الولد ٢٠٩١
- ٤١١..... فصل: ثبوت لاستيلاء ووجوب العقر ٢٠٩٢
- ٤١١..... فصل: في رجلين اشترى زوجة أحدهما فجاءت بولد بعد شهر ٢٠٩٣
- ٤١٢..... فصل: ولد من جارية بين مكاتب وحر، فأدعى المكاتب الولد ٢٠٩٤
- ٤١٢..... فصل: النسب فيما إذا وطئ الأب جارية ابنه بنكاح ٢٠٩٥
- ٤١٣..... فصل: دعوة أحد الأخوين ولد أمة اشترىه حاملاً ٢٠٩٦
- ٤١٤..... باب دعوة الأب ولد جارية ابنه
- ٤١٥..... فصل: شبهة الملك في ثبوت النسب ٢٠٩٧

- ٤١٥..... ٢٠٩٨ - فصل: هل الاستيلاء يثبت النسب؟
- ٤١٥..... ٢٠٩٩ - فصل: الاستيلاء حرمة متعلقة بالنسب
- ٤١٦..... ٢١٠٠ - فصل: ثبوت نسب الأب من أم ولد لابن
- ٤١٧..... ٢١٠١ - فصل: تصديق الابن الأب في ولد المدبرة وأم الولد
- ٤١٧..... ٢١٠٢ - فصل: ثبوت النسب في انتقال الملك
- ٤١٧..... ٢١٠٣ - فصل: دعوة الأب بالولد بعد خروج الجارية من ملك الابن
- ٤١٨..... ٢١٠٤ - فصل: دعوة الأب المرتد ولد جارية ابنه
- ٤١٩..... ٢١٠٥ - فصل: دعوة الأب ولد جارية ابنه مع اختلاف الدين
- ٤١٩..... ٢١٠٦ - فصل: دعوة الأب ولد جارية ابنه الميتة
- ٤١٩..... ٢١٠٧ - فصل: دعوى الجد في ولد أمة حفيده
- ٤٢٠..... ٢١٠٨ - فصل: دعوة الجد ولد الجارية حفيده مع كون أبيه مرتدًا
- ٤٢٠..... ٢١٠٩ - فصل: جارية بين الأب وابنه فجاءت بولد فادَّعياها
- ٤٢١..... ٢١١٠ - فصل: دعوة الابن والأب والجد ولد جارية بينهم
- ٤٢٢..... باب الأمة تكون بين رجلين فيقرُّ أحدهما أنها أم ولد لصاحبه
- ٤٢٣..... ٢١١١ - فصل: جارية بين شريكين فجاءت بولد فادعى أحدهما بِنَوْتَه
- ٤٢٤..... ٢١١٢ - فصل: جارية بين شريكين فادعى أحدهما أن شريكه دبَّرها
- ٤٢٥..... ٢١١٣ - فصل: شهادة كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير
- ٤٢٥..... ٢١١٤ - فصل: عبد بين رجلين فقال أحدهما: هذا ابني وابنك فصدقه الآخر
- ٢١١٥ - فصل: جارية بين رجلين ، فادعى أحدهما أن ولدها ابنه والآخر أنها ابنته
- ٤٢٧..... ٢١١٦ - فصل: من مسائل دعوى الولد
- ٤٢٩..... ٢١١٧ - فصل: دعوة المولى ولد جارية المكاتب
- ٤٣١..... باب مِلْكِ ذِي الرَّحْمِ الْمَحْرَمِ
- ٤٣٢..... ٢١١٨ - فصل: صفة ذي الرحم المحرم
- ٤٣٣..... ٢١١٩ - فصل: عتق ذي الرحم المحرم متعلق بالملك

- ٤٣٣..... ٢١٢٠ - فصل: عتق أهل الذمة بصلة الرحم الكامل
- ٤٣٣..... ٢١٢١ - فصل: حربي أعتق عبداً حريباً بدار الحرب
- ٤٣٤..... ٢١٢٢ - فصل: العتق المعلق بالنسب كالموقع
- ٤٣٥..... ٢١٢٣ - فصل: العتق فيما إذا اشترى المملوك ولده
- ٤٣٧..... ٢١٢٤ - فصل: الدخول في العقد إذن
- ٤٣٨..... ٢١٢٥ - فصل: شراء الأب والأجنبي الابن صفقة واحدة
- ٤٣٨..... ٢١٢٦ - فصل: حلف الرجل بعتق عبد إذا ملكه فاشتراه هو وآخر
- ٤٣٩..... ٢١٢٧ - فصل: إذن الإنسان لغيره في عتق نصيبه
- ٤٣٩..... ٢١٢٨ - فصل: الضمان لمن وجد منه الإتلاف
- ٤٤٠..... ٢١٢٩ - فصل: مسائل ملحقة بالبَاب
- ٤٤٢..... باب الرجل يعتق كل مملوك يملكه
- ٤٤٢..... ٢١٣٠ - فصل: كل مملوك يملك فهو حر
- ٤٤٤..... ٢١٣١ - فصل: حقيقة الملك والإضافة
- ٤٤٤..... ٢١٣٢ - فصل: تناول اسم المملوك الحمل
- ٤٤٥..... ٢١٣٣ - فصل: تناول المملوك الذكر والأنثى
- ٤٤٥..... ٢١٣٤ - فصل: تناول (كل مملوك) ما يملكه في المستقبل
- ٤٤٥..... ٢١٣٥ - فصل: العتق فيما إذا قال الرجل: كل مملوك أملكه اليوم فهو حر
- ٤٤٦..... ٢١٣٦ - فصل: المعتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه الساعة فهو حر
- ٤٤٦..... ٢١٣٧ - فصل: العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر
- ٤٤٧..... ٢١٣٨ - فصل: العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة
- ٤٤٨..... ٢١٣٩ - فصل: تعليق العتق بشرط
- ٤٤٩..... ٢١٤٠ - فصل: العتق المتعلق بتقديم الشرط
- ٤٤٩..... ٢١٤١ - فصل: العتق إذا علقه بمن يملكه يوم الدخول
- ٤٥٠..... ٢١٤٢ - فصل: العتق إذا أضاف الحرية إلى المشتري في السنة
- ٤٥١..... ٢١٤٣ - فصل: العتق إذا جعل كلام فلان شرطاً لوقوع الحرية

- ٢١٤٤ - فصل: تعليق المكاتب بحرية العبد الذي يشتريه ٤٥٢
- ٢١٤٥ - فصل: العتق إذا أضاف الحرية إلى ملك ٤٥٣
- ٢١٤٦ - فصل: قول الرجل: لله عليّ عتق نسمة أو طعام مسكين ٤٥٣
- ٢١٤٧ - فصل: العتق فيما إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي ٤٥٤
- ٢١٤٨ - فصل: العتق فيما إذا قال: إن اشتريت فملكك ٤٥٥
- باب الرجل يعتق ما تلد الأمة ٤٥٦
- ٢١٤٩ - فصل: العتق فيما إذا قال: ما في بطنك حر ٤٥٦
- ٢١٥٠ - فصل: العتق فيما إذا قال لعبد: كل ولد يولد لك فهو حر ٤٥٧
- ٢١٥١ - فصل: العتق فيما إذا قال: إذا ولدت ولدًا فهو حر، فولدت ولدًا مَيِّتًا ٤٥٧
- ٢١٥٢ - فصل: قول السيد: أول عبد يدخل عليّ فهو حر ٤٥٩
- ٢١٥٣ - فصل: العتق فيما إذا قال: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرّة ٤٦٠
- ٢١٥٤ - فصل: العتق فيما قال: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا فأنت حرّة، أو
جارية، فالجارية حرّة، فولدت غلامًا وجارية ٤٦١
- باب العتق على مال ٤٦٢
- ٢١٥٥ - فصل: العتق في العتق المعلق بشرط ٤٦٤
- ٢١٥٦ - فصل: العتق إذا أدى العيد من مال اكتسبه قبل القول ٤٦٤
- ٢١٥٧ - فصل: العتق إذا أدى من مال اكتسبه بعد القول ٤٦٥
- ٢١٥٨ - فصل: الرجل يقول لعبد: إن أديت إليّ ألفًا فأنت حر ٤٦٦
- ٢١٥٩ - فصل: قول المولى لأمه: إن أديت إليّ ألفًا، فأنت حرّة ٤٦٦
- ٢١٦٠ - فصل: قول العبد للمولى: حطّ عني مائة ٤٦٦
- ٢١٦١ - فصل: الحكم في الملك الثاني في العتق المعلق بشرط ٤٦٦
- ٢١٦٢ - فصل: فيمن قال لعبد في مرضه: إذا أديت إليّ ألفًا فأنت حر ٤٦٧
- باب العتق الذي يقع بقبول المال قبل أدائه ٤٦٨
- ٢١٦٣ - فصل: أداء ما شرط من الوصف والجنس للعتق ٤٦٩
- ٢١٦٤ - فصل: فيما إذا استحق عليه العوض رجع بالقيمة ٤٧٠

- ٤٧١ ٢١٦٥ - فصل: فيما إذا باع المولى العبد من نفسه بعوض
- ٤٧١ ٢١٦٦ - فصل: اختلاف المولى والعبد فيما وقع به العتاق
- ٤٧١ ٢١٦٧ - فصل: فيما إذا أعتق الرجل نصف عبده على عوض
- ٤٧٢ ٢١٦٨ - فصل: العتق على مالين
- ٤٧٣ باب الخيار في العتق
- ٤٧٤ ٢١٦٩ - فصل: شرط الخيار في الكتابة
- ٤٧٥ باب الرجل يخير عبده في العتق
- ٤٧٦ باب الاستثناء في العتاق
- ٤٧٧ ٢١٧٠ - فصل: استثناء الواحد من العشرة
- ٤٧٩ ٥١ - كتاب الأيمان
- ٤٨١ ٢١٧١ - فصل: يمين الغموس
- ٤٨٢ ٢١٧٢ - فصل: يمين اللغو
- ٤٨٤ ٢١٧٣ - فصل: المؤاخذة في اللغو
- ٤٨٥ ٢١٧٤ - فصل: اليمين الغموس والمنعقدة تؤخذ في القسم
- ٤٨٥ ٢١٧٥ - فصل: اليمين ماضٍ ومستقبلٍ
- ٤٨٦ باب اللفظ الذي يوجب الحنث في اليمين به الكفارة
- ٤٨٨ ٢١٧٦ - فصل: ألفاظ القسم
- ٤٨٩ ٢١٧٧ - فصل: الحلف بأسماء الله تعالى التي لا يشاركه فيها غيره
- ٤٩٠ ٢١٧٨ - فصل: الحلف بأمانة الله تعالى
- ٤٩٠ ٢١٧٩ - فصل: الحلف بقوله: ووجه الله تعالى
- ٤٩١ ٢١٨٠ - فصل: الحلف بـ(لا إله إلا الله) و(باسم الله) لا أفعل كذا
- ٤٩١ ٢١٨١ - فصل: إرادة اليمين باللفظ
- ٤٩٢ باب القسم والشهادة والحلف
- ٤٩٤ ٢١٨٢ - فصل: الحلف بـ(يمين الله عليّ)
- ٤٩٤ ٢١٨٣ - فصل: الحلف بذمة الله أو عهده

- ٢١٨٤ - فصل: الحلف بقوله: (هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا) ٤٩٤
- ٢١٨٥ - فصل: الكفارة في ضربَي الأيمان ٤٩٥
- ٢١٨٦ - فصل: الحلف بقوله: (هو يهودي إن فعل كذا لشيء قد فعله) ٤٩٥
- ٢١٨٧ - فصل: الحلف بقوله: (عزمت) ٤٩٦
- باب الحلف بغير الله ٤٩٧
- ٢١٨٨ - فصل: الحلف بالقرآن وبالمصحف وبالسماء والشمس ونحوها ٤٩٨
- ٢١٨٩ - فصل: الحلف بقوله: (وحق الله، أو غضب الله وسخطه) ٤٩٩
- باب تكرير اسم الله في الحلف ما يكون منه يميناً واحدة وما يكون يمينين ٥٠١
- ٢١٩٠ - فصل: اليمين على نية المستحلف أو الحالف ٥٠٣
- باب معرفة شروط الأيمان ٥٠٥
- باب عطف الشروط بعضها على بعض ٥١٠
- ٢١٩١ - فصل: إعادة حرف العطف مع الفعل في الشرط والجزاء ٥١١
- ٢١٩٢ - فصل: عطف حرف الشرط أو الفعل جميعاً ٥١٢
- ٢١٩٣ - فصل: تأخير الطلاق والجمع بين الشرطين ٥١٣
- ٢١٩٤ - فصل: اشتراط دخول الدار وكلام فلان ٥١٤
- ٢١٩٥ - فصل: انعقاد اليمين بدخول الدار ٥١٥
- ٢١٩٦ - فصل: إدخال الصفة على من دخل عليه كل ثم العطف ٥١٦
- ٢١٩٧ - فصل: الاستثناء بعد عطف اليمين على اليمين ٥١٩
- ٢١٩٨ - فصل: الطلاق بالتعليق على الشرط ٥٢١
- باب (لو) إذا جعلت شرطاً ٥٢٣
- باب (لولا) إذا جعلت شرطاً ٥٢٥
- باب آخر تكرار الشرط إذا علق به جزاء واحد ٥٢٦
- ٢١٩٩ - فصل: فيما يخرج الحالف مخرج الشرط ٥٢٨
- ٢٢٠٠ - فصل: ما تقتضي حرف الواو من العطف والجمع ٥٣٠
- باب الباء إذا جعلت شرطاً ٥٣٢

- ٥٣٣..... فصل: تعليق انعقاد اليمين المؤقتة بآخر الوقت
- ٥٣٤..... فصل: وقوع الخروج بعد الإذن إلا أنها لم تسمع
- ٥٣٧..... فصل: سقوط اليمين بأمر واحد
- ٥٣٨..... فصل: سقوط اليمين بزوال الحال
- ٥٤١..... باب آخر الشرط يدخل عليه الفعل فيكون صفة له
- ٥٤٣..... فصل: في التخيير بين يمينين أو بين إيقاع ويمين
- ٥٤٦..... فصل: في الشروط تكون على الفور أو يتأخر
- ٥٥١..... فصل: العطف على الشرط بأو
- ٥٥٣..... باب (في) إذا جعل ظرفاً
- ٥٥٧..... باب الشرط يحلف به فلا يتعلق اليمين بلفظه ويتعلق على معنى الكلام المقصود إليه
- ٥٥٩..... فصل: ما يُراد به التشديد لا التكرار
- ٥٦١..... باب الرجل يحلف فيخرج من يمينه بنيته بعض ما حلف عليه بصفة أو جنس
- ٥٦٤..... باب الرجل يعلق الطلاق أو العتاق بما يحتمل الحال أو الاستقبال
- ٥٦٧..... باب الحلف على التزويج بشروط مختلفة
- ٥٧١..... باب الرجل يعطف على اليمين بعد السكوت
- باب الرجل يحلف على فعل فيقع الحلف على الصحيح منه والفاسد أو على الصحيح دون الفاسد أو على التام منه والناقص
- ٥٧٣.....
- ٥٧٤..... فصل: الحنث فيما لم يحصل القبول
- ٥٧٥..... فصل: الحنث في بيع فيه خيار
- ٥٧٥..... فصل: الحلف بعدم الزواج أو الصلاة
- ٥٧٦..... فصل: الحنث بالعقد الفاسد
- ٥٧٧..... فصل: الحنث بالصلاة والصوم
- ٥٧٩..... باب الرجل يحلف أن لا يحلف
- ٥٨١..... فصل: وقوع الطلاق إن حلف بالطلاق

- ٢٢١٥ - فصل: فيما يصل الرجل بكلامه فيكون قطعاً للاستثناء عن اليمين أو لا يكون ٥٨١
- ٢٢١٦ - فصل: فيما يخرج الحالف عن يمينه أو لا يخرج ٥٨٤
- ٢٢١٧ - فصل: فيمن حلف على شيء فقال آخر عليّ مثل ذلك ٥٨٦
- ٢٢١٨ - فصل: في قول الرجل: الطلاق عليّ واجب أو لازم ٥٨٧
- ٢٢١٩ - فصل: فيمن عقد على غيره يميناً فأجازها المعقود عليه ٥٨٩
- باب الرجل يحلف لا يبدأ فلاناً بكلام أبداً ٥٩١
- ٢٢٢٠ - فصل: الحنث في الغاية بـ (حتى) ٥٩١
- باب الحلف على الأكل والشرب ٥٩٣
- ٢٢٢١ - فصل: الحلف بما لا يتأتى فيه المضع بنفسه ٥٩٤
- باب الحلف على الذوق ٥٩٦
- باب الرجل يحلف لا يأكل طعاماً ٥٩٨
- باب الرجل يحلف على الشيء فيتغير عن حاله ٦٠٠
- ٢٢٢٢ - فصل: الأيمان محمولة على العادة ٦٠٢
- ٢٢٢٣ - فصل: فيمن حلف أن لا يأكل من هذه الحنطة ٦٠٢
- ٢٢٢٤ - فصل: شرطية الاسم في الحاضر والغائب ٦٠٤
- باب في هذا المعنى في غير الأكل ٦٠٦
- باب الرجل يحلف على الشيء فيغلب عليه غيره ٦١٠
- ٢٢٢٥ - فصل: اختلاط المحلوف عليه بجنسه ٦١٢
- باب الرجل يحلف لا يأكل الشيء فيقع على بعضه أو جميعه ٦١٥
- باب الرجل يحلف لا يأكل من كسب فلان ٦١٨
- ٢٢٢٦ - فصل: أثر تغير الملكية في الحلف ٦١٩
- باب الرجل يحلف على ما يضيفه إلى غير ملك أو نسب أو غير ذلك ٦٢٥
- ٢٢٢٧ - فصل: الإضافة مقصودة في الأيمان ٦٢٧
- ٢٢٢٨ - فصل: اليمين باقية بقاء الإضافة ٦٢٨



- ٦٢٩..... فصل: إلحاق الفرع بالأصل في الأيمان . ٢٢٢٩
٦٣٠..... فصل: إضافة الدار بالسكنى..... ٢٢٣٠
٦٣٢..... باب الرجل يحلف لا يأكل فاكهة.....
٦٣٦..... باب الرجل يحلف لا يأكل لحماً.....
٦٤٠..... باب الرجل يحلف لا يأكل إداماً.....
٦٤٢..... باب الرجل يحلف لا يأكل طبيخاً.....
٦٤٥..... فهرس الموضوعات



أبْنُفَيْسَ
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

شَيْخُ
مَخْتَصَرِ الْكَلِمَاتِ

تَأَلِيفُ
أَبِي الْحُسَيْنِ الْقُدُورِيِّ
أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ الْبَغْدَادِيِّ الْحَنْفَلِيِّ
(٥٤٢٨ هـ)

تَحْقِيقُ
د. عَبْدِ اللَّهِ نَذِيرٍ أَحْمَدَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ
عُضُوهُنِيَّةَ التَّدْرِيسِ بِجَامِعَةِ الْمَلِكِ عَبْدِ الْعَزِيزِ

الْجُزْءُ الْخَامِسُ

شَيْخ

مختصر الكافي

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

أسفلة

لنشر نفييس الكتب والرسائل العلمية

دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي، حولي - شارع المثني - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦

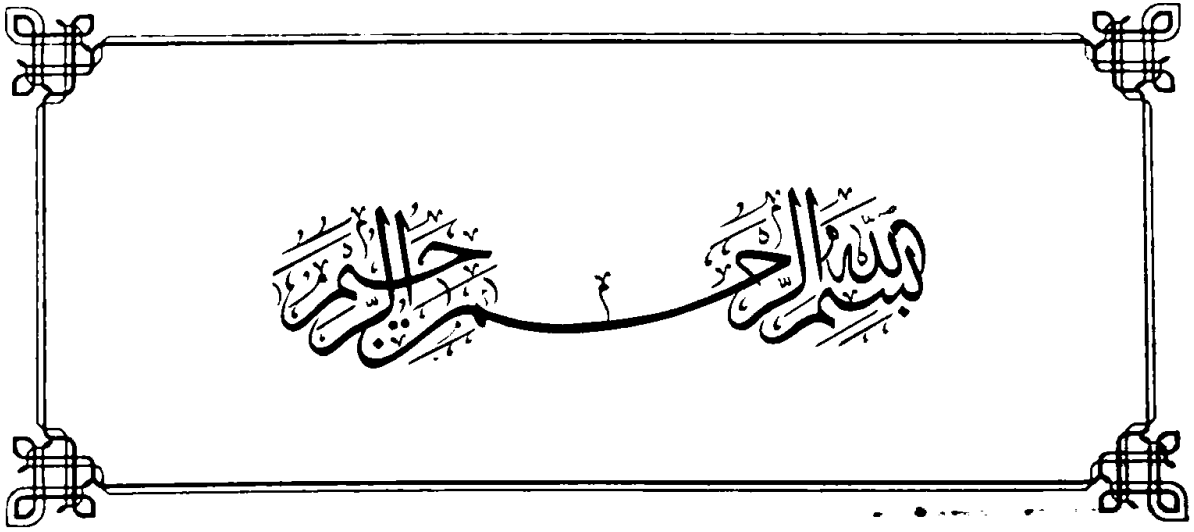
فرع المصاحف، ت: ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء، الناصر مول، تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الضحجيل، البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض، المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦٥٥٧٧٦٥١٣٨

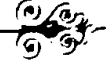
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥٩٤٤٠٥٥٥٩

 z.zahby74@yahoo.com    [imamzahby](https://www.instagram.com/imamzahby)



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

.....



بَابُ الرجل يحلف لا يأكل الحلواء



قال الشيخ رحمه الله تعالى: أصل هذا الباب: أن الحلواء عندهم كل حُلُوٍ ليس في جنسه حامض، وما كان في جنسه حامض فليس بحلواء، والمرجع في ذلك إلى العادة.

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأكل من الحَلْوَاءِ شيئاً، فأكل الخبيص^(١) أو العسل أو السكر أو الناطف^(٢)، وأشباه ذلك، حنث، وكذلك روى معلى عن محمد: إذا أكل سكرًا أو عسلًا أو تينًا رطبًا أو يابسًا؛ لأن هذا ليس من جنسه حامض، فخلص معنى الحلواء فيه.

قال: ولو أكل عنبًا حلواءً، أو بطيخًا حلواءً، أو رمانًا حلواءً، [أو تفاحًا حلواءً]، أو إجابًا حلواءً، لم يحنث؛ وذلك لأن هذا يكون في جنسه ما ليس بحلو، فلم يخلص معنى الحلواء فيه.

وكذلك الزبيب ليس من الحلواء؛ لأنه في جنسه ما هو حامض.

قال: ولو حلف لا يأكل حلاوة فهو مثل الحلواء، وهذا على ما قدمنا^(٣).



(١) «الخبيص: الحلواء المخبوصة من التمر والسمن، وجمعه: أخبِصَة». المعجم الوجيز (خبص).

(٢) «والنَّاطِف: نوع من الحَلْوَى، يسمى القَبِيْطِي». المصباح (نطف).

(٣) انظر: الأصل، ٣٢٣/٢.



بَاب الرجل يحلف على أجناس تختلف من المأكول



قال أبو الحسن: إذا حلف لا يأكل بيضاً وهو ينوي بيض كل شيء [من] السمك وغيره؛ فأى ذلك أكل حنث، وإن لم تكن له نية فهو على بيض الطير كله: الإوز، والدُّرَّاج، [والدَّجَّاج] ^(١) وغيره، ولا يحنث إذا أكل بيض السمك؛ وذلك لأن اسم البيض يتناول بيض الطير وبيض السمك، فإذا نوى الجميع فقد نوى ما يحمله الاسم، فأما [إن] لم تكن له نية فاليمين تحمل على إطلاقها، وإطلاق البيض يتناول ماله قشر، فحملت اليمين على الإطلاق.

٢٢٣١ - فصل: [الحلف بعدم أكل الرؤوس]

قال: ولو حلف لا يأكل رأساً وهو ينوي الرؤوس كلها (من السمك والغنم وغيرها، فأى ذلك أكل حنث؛ لأن اسم الرؤوس) ^(٢) يتناول الجميع، فإن لم تكن له نية فهو على رؤوس البقر والغنم خاصة.

وقال بشر عن أبي يوسف: إذا حلف لا يأكل رأساً ولا يشتريه ولا نية له، فإنما ذلك على رؤوس الغنم.

وقال أبو حنيفة: رؤوس الإبل والبقر (مثل رؤوس الغنم) ^(٣).

(١) «والدُّرَّاج: نوع من الطير يدرج في مشيه»، كما في الوجيز (درج)، وفي أ (الدجاج).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (الغنم).

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وهذا قول أبي حنيفة الأول [٢٧١/ب] ثم رجع ، فقال: يحمل على البقر والغنم .

وقال أبو يوسف ومحمد: اليمين اليوم على رؤوس الغنم خاصة ؛ لأنها هي التي تباع وعليها يقع معنى كلام الناس .

قال: والأصل في هذا أن اسم الرؤوس عام في كل الحيوان ، ومعلوم أن الحالف لم يرد ذلك ، ألا ترى أنهم إذا قالوا: فلان أكل رؤوساً^(١) لم يريدوا بذلك رؤوس الجراد والعصافير ، فثبت أن المراد بعض ما يتناوله الاسم ، فوجب اعتبار الإطلاق ، وذلك يتناول ما يكبس في التنانير ويباع في العادة .

فشاهد أبو حنيفة رضي الله عنه الكوفة وهم يكبسون رؤوس الإبل والبقر والغنم ، فحمل اليمين على ذلك ، (ثم شاهدهم وقد تركوا رؤوس الإبل واقتصروا على البقر والغنم ، فحمل اليمين على ذلك)^(٢) .

وأبو يوسف ومحمد: دخلا بغداد وقد ترك الناس البقر واقتصروا على رؤوس الغنم ، فحملا اليمين على ذلك^(٣) .

٢٢٣٢ - فصل: [ما يتناول إطلاق الاسم في الحلف]

وإذا حلف لا يأكل تمراً فأكل قسباً^(٤) لم يحنث ، وكذلك لو أكل بُسراً مطبوخاً ؛ لأن إطلاق اسم التمر لا يتناوله ، فإن كان نوى ذلك حنث ؛ لأنه جنس

(١) في أ (الرؤوس) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) انظر: الأصل ، ٣١٧/٢ .

(٤) القسب: تمر يابس يتفتت في الفم ، صلب النواة . انظر: المغرب (قسب) .



التمر في الحقيقة ، ولهذا لا يجوز بيعه بالتمر إلا متساوياً .

قالوا: وإذا حلف لا يأكل حَبًّا فأَيُّ حَبٍّ أكل من سمسَم أو غيره ، فإنه يحنث بكل شيء يقع عليه اسم الحب مما يأكل الناس ، فإنه يدخل في يمينه ويقع به الحنث ؛ وذلك لأن الحَبَّ اسم للحبوب التي تؤكل في العادة ، فوجب حمل الاسم على جميعها .

قال: فإن عني شيئاً من ذلك بعينه أو سمّاه حنث فيه ، ولم يحنث في غيره ؛ وذلك لأنه نوى تخصيص ما في لفظه ، فصدق فيما بينه وبين الله تعالى^(١) .

٢٢٣٣ - فَصْلُ: [الحلف بأن لا يأكل خبزاً]

قالوا: وإذا حلف لا يأكل خبزاً ولا نية له ، فهو على خبز الشعير والحنطة ، فإن أكل من خبز لوزنيخ أو أشباه ذلك لم يحنث ، إلا أن يكون نواه ، فإن أكل خبز الأرز أو الذُّرَّة فإن كان من أهل بلاد ذلك طعامهم حنث ، وإن كان من أهل الكوفة ونحوها ممن لا يأكل ذلك عامتهم لم يحنث ، إلا أن ينوي ذلك ؛ وذلك لأن الخبز اسم مطلق لخبز الحنطة والشعير ، فأما خبز القطائف^(٢) فلا يتناوله الاسم على الإطلاق ، فلا يحمل عليه .

فأما الأرز ففي البلاد التي يعتاد أكله فيها يطلق عليه الاسم ، فتحمل اليمين عليه ، وفي البلاد التي لا يعتاد أكله فيها لا يطلق عليه الاسم ، فلا يحنث بأكله .

(١) انظر: الأصل ، ٣٢٤/٢ .

(٢) «القطائف: رقائق من عجينة البر مقوَّسة كالأهلة صغيرة ، تحشى بالبندق وأشباهه ، وتقلّى في السمن أو الزيت ، وتُحلّى بالسكر...» . المعجم الوجيز (قطف) .

قال: وإذا حلف لا يأكل تمرًا فأكل حَيْسًا^(١) حنث؛ لأنه التمر بعينه لم يغلب عليه شيء؛ وذلك لأن الحَيْسَ [تمر] ينقع في اللبن فهو حال ما يؤكل تمر على صفته [١/٢٧٢] فحنث.

قال ابن رستم عن محمد: في رجل حلف لا يأكل بقلًا فأكل كُرَّاثًا حنث، وكذلك لو أكل من صنف وترك ما سواه؛ وذلك لأن اليمين على البقل لا يتناول جميعه؛ لأنه لا يمكن استيعابه، فيحمل على أدناه، فأى جنس أكل منه حنث.

قال: وإن أكل بصلاً لم يحنث، يابساً كان أو رطباً إلا أن يسمى بقلًا؛ وذلك لأنه لا يسمى بقلًا في العادة^(٢).

٢٢٣٤ - فَضْلُ: [الحلف بأن لا يأكل حراماً]

ومما يشبه مسائل الباب ما روى الفضل بن غانم عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يأكل [طعاماً]^(٣) فاضطر إلى ميتة فأكل منها، لم يحنث.

قال أبو الحسن: وهو عندي قول محمد، وروى ابن رستم عن محمد: أنه يحنث؛ لأنه طعام مباح في حال الضرورة كالطعام المباح في غيرها.

ووجه الرواية الأخرى: أن إطلاق الاسم لا يتناول (ولو غصب [خبزاً])^(٤) أو لحمًا فأكله، يحنث لعرف الناس^(٥).

(١) «الحَيْسُ: تمر يخلط بسمن وأقط، ثم يدلك حتى يختلط». المغرب (حيس).

(٢) انظر: الأصل، ٣٢٥/٢.

(٣) في ب (حراماً).

(٤) في ب (حرًا)، والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.



وقال ابن رستم عن محمد: فيمن حلف لا يأكل حراماً فاشترى (بدرهم)^(١)
غصباً (ممن)^(٢) غصب من إنسان طعاماً، فأكله لم يحنث؛ لأن إطلاق الحرام ما
كان محرماً لحق الله تعالى، وهذا محرّم لحق آدمي.



(١) ساقطة من أ.
(٢) في أ هنا (أو).

بَابُ الرجل يحلف على الغداء والعشاء



قال الشيخ رحمه الله تعالى: أصل هذا الباب أن الغداء والعشاء: عبارة عن الأكل يقصد به الشبع في العادة، فيعتبر في ذلك العادة به في كل بلد، فما كان غداء عندهم انعقدت عليه اليمين.

وكذلك^(١) قالوا في أهل الحضر إذا حلفوا على ترك الغداء فشربوا اللبن لم يحنثوا؛ لأنهم لا يتناولون ذلك للشبع في العادة، ولو حلف البدوي فشرب اللبن حنث؛ لأن ذلك غداء في العادة [عند أهل البادية]^(٢).

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يتغدى، فأكل غير الخبز من أرز أو تمرٍ أو غيره حتى شبع، لم يحنث، (ولم يكن ذلك غداء، وكذلك إذا أكل لحمًا بغير خبز لم يحنث)^(٣) في قول أبي يوسف ومحمد، وقالوا: ليس الغداء في مثل [أهل] الكوفة والبصرة إلا على الخبز؛ لأن الخبز من (غدائهم على ذلك)^(٤) فإن كان الرجل من أهل البادية فحلف لا يتغدى وغداؤهم اللبن، فشرب شربة من لبن حنث، ولو كان بالكوفة لم يحنث، وهذا على ما قدمنا أن الأيمان تعتبر فيها العادة، فما كان غداء معتاداً عند الحالف حنث.

(١) في أ (ولهذا).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) ما بين القوسين سقطة من أ.

(٤) في أ هنا (معاشهم) فقط.



وقد روى هشام عن أبي يوسف: في أكل الهريسة والأرز أنه يحنث، وقال الفضل بن غانم عن أبي يوسف: في الهريسة^(١) والفالودج^(٢) والخبيص أنه لا يحنث |ب/٢٧٢| إلا أن يكون ذلك غداءه، وغداء كل بلد على ما يعرفون.

وهذا على ما قدمنا أن المعتبر بعادة الحالف فيما يحلف عليه.

قال: والغداء من طلوع الفجر إلى الزوال؛ وذلك لأن الغداء عبارة عن أكل [الغدوة]^(٣)، وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة، والعشاء من الزوال إلى نصف الليل؛ وذلك لأنه مأخوذ من أكل العشاء، وأول أوقات العشاء ما بعد الزوال، وقد روي أن النبي ﷺ صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين، يريد به الظهر أو العصر، [وفي عرف ديارنا العشاء: ما بعد وقت صلاة العصر]^(٤)، وأما [السُّحور]^(٥) فما بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر؛ لأنه مأخوذ من السحر، وهو قريب (إلى الفجر)^(٦)، ولم يذكر [في ظاهر الرواية]^(٧) مقدار العشاء والغداء.

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن قال لأمته إن لم تتعش^(٨) الليلة

(١) «الهريسة: فعيلة بمعنى مفعولة»، «وهي نوع من الحلوى يُصنع من الدقيق والسمن والسكر» المصباح؛ المعجم الوسيط (هرس).

(٢) «الفالودج - الفالوذ -: حلواء تعمل من الدقيق والماء والعسل ومواد أخرى». المعجم الوجيز (فلج).

(٣) في ب (العرف)، والمثبت من أ.

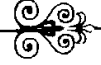
(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٦٩/٣؛ إذ النص بلفظه مذكور في البدائع.

(٥) في ب (السحر)، والمثبت من أ.

(٦) في أ (من السحر).

(٧) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٦٩/٣؛ إذ النص بلفظه مذكور فيه.

(٨) العبارة جاءت في أ (إن تعشيت... لا يحنث)، وهنا بالنفي، فالغرض من السياقين ما يعد عشاء عادة.



فعبدي حر ، فأكلت لقمة واحدة لم تزد عليها ، فليس هذا بعشاء .

قال^(١) : ويحنت حتى تأكل أكثر من نصف شعبها ، وهذا صحيح ؛ لأن من أكل لقمة يقول في العادة ما تغديت وما تعشيت ، فإذا أكل أكثر أكله سمي ذلك غداء في العادة .

وروى مُعَلَّى عن محمد : فيمن حلف ليأتيه غدوة ، فإذا أتاه بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار فقد برّ وهو غدوة ؛ لما بينا أن هذا وقت الغداء .

قال : ولو قال ليأتيه ضحوة فهو من بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار ؛ لأن هذا وقت صلاة الضحى .

قال محمد : وإذا حلف لا يَتَصَبَّحَ ، فالتصبح عندي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الأكبر ، فإذا ارتفع الضحى الأكبر [ذهب]^(٢) وقت التصبح ؛ وذلك لأن التصبح يقع في الصباح فيفيد زيادة على ما يفيد الإصباح .

وروى مُعَلَّى عن محمد : فيمن حلف لا يكلمه [إلا]^(٣) السحر ، قال : إذا دخل ثلث الليل الأخير فَلْيُكَلِّمَهُ ؛ وذلك لأن وقت السحر ما قرب من الفجر .

قال هشام عن محمد : والمساء مساءان^(٤) :

(١) الزيادة من أ .

(٢) في ب (فهو) ، والمثبت من أ .

(٣) في ب (إلى) ، والمثبت من أ .

(٤) المشهور في اللغة ، هو : أن المساء من الزوال إلى نصف الليل ، ومنه إلى الزوال : صَبَاحٌ ، كما نقله ثعلب ، «وقال الليث : المساء : بعد الظهر إلى صلاة المغرب» ، وهو قول ابن القوطية أيضاً ، ويؤيد ذلك قوله تعالى : ﴿ فَسَبِّحْ لِلَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴿١٠٣﴾ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَعَشِيًّا =



أحدهما: إذا زالت الشمس ، ألا ترى أنك تقول: إذا زالت الشمس كيف أمسيت؟

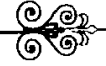
والمساء الآخر^(١): إذا غربت الشمس ، فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ، كان ذلك على غيبوبة الشمس ؛ لأنه لا يمكن حمل اليمين على المساء الأول ، فحملت على الثاني^(٢).



= وَجِئْنَ تَطْهَرُونَ ﴿ [الروم: ١٧، ١٨] ، حيث عطف ﴿ وَعَشِيًّا ﴾ على ﴿ تُمْسُونَ ﴾ و ﴿ تَصْبِحُونَ ﴾ ، العشي: صلاة العصر ، والمساء: صلاة المغرب والعشاء ، والصبح: صلاة الفجر . انظر: مجموعة التفاسير (البيضاوي ، والنسفي ، والخاربة ، وابن عباس) ٣٨/٥ ؛ تهذيب اللغة للأزهري (مسي) .

(١) في البدائع (الأخير) .

(٢) البدائع للكاساني ٦٩/٣ .



بَاب

الحلف على الشرب من الأنهار والأواني



قال أبو الحسن: فإذا حلف الرجل لا يشرب من دجلة أو من الفرات فإن أبا حنيفة قال: لا يحنث حتى يكرع في الدجلة والفرات كرعاً مباشراً [1/273] الماء بفيه، فإن أخذ من [ماء] ذلك النهر بيده أو بإناء واستقي له فشرب منه لم يحنث. وقال أبو يوسف ومحمد: إن شرب بإناء أو اغترف بيده أو كرع حنث.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والأصل في هذا: أن عند أبي حنيفة أن اليمين إذا كانت لها حقيقة متعارفة ومجاز متعارف، حملت على الحقيقة المتعارفة دون المجاز [المتعارف]، وعلى قولهما يحمل عليهما، وقد بينا هذه المسألة، ومعلوم أن الكرع من الدجلة هو الحقيقة، وذلك متعارف يفعله كثير من الناس، والمجاز متعارف وهو أن يأخذ منها بإناء [أو بيده] فحملت عنده على الحقيقة، وعندهما على الأمرين، ومن أصحابنا من قال: إن أبا حنيفة شاهد العرب^(١) بالكوفة وكانوا يفعلون هذا ظاهراً معتاداً، فحمل اليمين عليه، وهما شاهدا الناس بعد ذلك لا يفعلون [ذلك] إلا نادراً، فلم يخص اليمين به.

٢٢٣٥ - فصل: [فيمن شرب مما تفرع من دجلة حيث حلف لا يشرب من دجلة]

قال: فإن شرب من نهر يأخذ من دجلة أو من الفرات، لم يحنث في قولهم

(١) في أ (العرف).

جميعاً، روى هذا محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف في الجامع الكبير^(١)، ورواه ابن رستم عن محمد، وهذا إذا لم يذكر الماء؛ لأن النهر الذي يأخذ من دجلة إذا شرب منه، فقد زالت الإضافة إلى دجلة؛ لانتقالها إلى (نظيرها)^(٢)، فصار كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز أو من هذا الجُبِّ، فجعل ما فيه في جُبِّ آخر أو [في] كوز آخر، [لا يحنث]، وهذه المسألة تشهد لأبي حنيفة عليهما؛ لأن اليمين اختصت عندهم جميعاً بدجلة دون ما انتقل إليه ماؤها.

٢٢٣٦ - فَصَّل: [الحلف بأنه لا يشرب من الفرات أبداً، ثم شرب من نهر مفرع عن الفرات]

فأما إذا ذكر الماء فقال: لا أشرب من ماء الفرات أبداً وكرع في نهر يأخذ من الفرات، حنث في قولهم [جميعاً] في رواية محمد في الجامع الكبير، وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وروي عنه أنه فرق بين الأنهار والأواني في هذه المسألة فقال: إن شرب من ماء الفرات (نفسه بإناء أو غيره حنث، وإن شرب من نهر أخذ من الفرات)^(٣) لم يحنث.

قال بشر عنه: [إذا حلف]^(٤) لا يشرب من ماء الفرات أو ماء الفرات ولم يقل (من) فهو سواء، والجواب فيه واحد إذا شرب من نهر يأخذ من الفرات حنث، وإذا حلف لا يشرب [ماء] من الفرات، فهذا على أن يستقى له من نفس الفرات، أما رواية الجامع [الكبير] فلأنه عقد اليمين على الماء ولم يعقدها على

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٢٩.

(٢) في أ (غيرها).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في ب (إذا)، والمثبت من أ.

النهر ، وماء الفرات موجود في النهر الذي يأخذ من الفرات فيحنت ، وليس كذلك المسألة الأولى ؛ لأنه عقد على نفس النهر دون الماء^(١) .

وأما أبو يوسف فقال: إذا حلف لا يشرب من ماء الفرات [٢٧٣/ب] فشرّب بإناء حنت ؛ لأن العادة أن يشرب منه على هذه الصفة ، فإذا شرب من نهر يأخذ منه ، فالماء يضاف إلى النهر الثاني دون الأول ، فلم يحنت به .

وأما رواية بشر فوجهها: أنه إذا قال: لا أشرب من ماء الفرات أو ماء الفرات ، فقد عقد على الماء فيحنت ، وإن كان في نهر آخر ، فإذا قال: ماء في الفرات فقد عقد على النهر^(٢) ، فإذا شربه من نهر آخر ، فلم يشربه من الفرات .

وقد روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: فيمن حلف لا يشرب ماء من دجلة ولا نية له ، فشرّب بإناء لم يحنت حتى يضع فاه في داخله ، وذلك لأنه لما وَسَطَ (مِنْ) ، صارت اليمين على النهر ، فلم يحنت إلا بالكرع^(٣) .

وقد روى مُعَلَّى عن محمد: فيمن حلف لا يشرب من نهر ، فجري ذلك النهر إلى الدجلة ، فأخذ (يدخل)^(٤) في دجلة من ذلك الماء فشربه لم يحدث ، لأنه قد صار من ماء دجلة ؛ وذلك لأن الإضافة إلى النهر الأول زالت بحصول الماء في دجلة .

[وقال أبو يوسف]: قال أبو حنيفة: لو حلف لا يشرب من هذا الحُب^٥

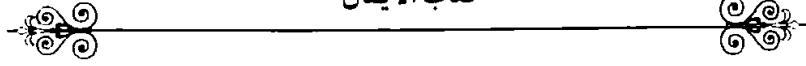
(١) انظر: الجامع الكبير ص ٢٩ .

(٢) في أ (الفرات) .

(٣) انظر: الأصل ، ٣٢٩/٢ .

(٤) في أ (قدحًا) .

(٥) «الحُبُّ - بالضَّمِّ - الخابية ، فارسي معرب» كما في مختار الصحاح (حب) .



فاغترف من مائه في إناء آخر ، فشرب لم يحنث حتى يضع فاه في الحب نفسه .

وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث . وهذا على ما قدمنا أن حقيقة الشرب من الحُب أن يضع فاه عليه ، وذلك معتاد فحملت اليمين على الحقيقة [المتعارفة] دون المجاز المتعارف ، وعلى قولهما يحمل عليهما .

فأما إذا حلف لا يشرب من ماء هذا الحُب ، فأخذ بإناء فشرب ، حنث في قولهم [جميعاً] ؛ لأنه عقد اليمين على الماء وهو موجود ، فإن حول الماء إلى حُب آخر لم يحنث ؛ لأن الإضافة زالت عن الحُب الأول وانتقلت إلى [الحُب] الثاني ، وهذا على قياس ما قالوا في ماء النهر إذا انتقل إلى نهر آخر .

وقد ذكر أبو الحسن في الكتاب عن أبي يوسف: إذا حلف لا يشرب ماء هذا الحُب فحول إلى حُب آخر فشرب منه حنث ، وهذا على الرواية التي قال فيها: إن ماء الفرات إذا صار إلى نهر آخر فشرب منه حنث^(١) .

قال: ولو قال: لا أشرب ماء من هذا الحُب ، فحول الماء منه إلى حُب آخر فشرب منه لم يحنث ؛ لأن العقد على الحُب دون الماء .

وقد قالوا: فيمن حلف لا يشرب [من]^(٢) هذه البئر أو من مائها فاستقى منها وشرب حنث ؛ لأن الحقيقة غير متعارفة ، فحملت اليمين على المجاز .

وقالوا: فيمن حلف لا يشرب من ماء المطر ، فمدَّت دجلة من [ماء] المطر لم يحنث بشربه ؛ لأنه انتسب إلى الدجلة إذا جرى فيها ، وتزول إضافته إلى المطر .

(١) هنا في ب زيادة (وهذا على الرواية) .

(٢) الزيادة من أ .

فإن شرب من ماء وادٍ سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك ، أو شرب من ماء [أ/٢٧٤] مطرٍ مستنقع في قاع ، حنث ؛ لأنه لم يضاف إلى نهر ، فبقيت إضافته بحالها إلى المطر .





بَابُ

الرجل يحلف بما لا يقدر على فعله



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب: أن اليمين عَقْدٌ من العقود، والعقد ينعقد إذا كان المعقود عليه موجوداً أو متوهماً، فإذا لم يكن موجوداً ولا متوهماً لم ينعقد، ألا ترى أن بيع الأعيان المباحة جائز منعقد؛ لأن المعقود عليه موجود، وبيع المدبّر منعقد؛ لأن المعقود عليه متوهم دخوله في العقد إذا حكم الحاكم بجوازه، وإن كان ذلك بغير فعل العاقد، وبيع الربح ليس بمنعقد؛ لأن المعقود عليه لا يتوهم دخوله في العقد.

وكذلك اليمين تنعقد على الفعل المقدور عليه، والذي يتوهم دخوله تحت القدرة، ولا ينعقد على ما ليس بمقدور ولا متوهم، ألا ترى أن اليمين إنما تنعقد لغير فيها أو يحنث، وما لا يقدر عليه لا يتصور فيه الأمران.

وإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة ومحمد وزفر: فيمن حلف لِيَشْرَبَنَّ الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه، فإنه لا يحنث؛ وذلك لأنه ليس هناك معقود عليه موجود ولا متوهم، فلا يتناوله اليمين فلم تنعقد، ولأنه لا يتصور فيها ترقب البر والحنث، فلم تنعقد، كاليمين على الماضي، وليس هذا كمن حلف ليصعدن السماء أو ليلمسها^(١) أو لِيَقْلِبَنَّ الحجر ذهباً؛ لأن هذه الأفعال متوهم وجودها، ألا ترى أنها تدخل تحت قدرة قادر، وقد صعد الأنبياء إلى السماء، والملائكة

(١) في أ (ليمستها).

عليهم السلام يصعدون في كل وقت، وإنما تنقص قدرة غيرهم، فإذا كانت اليمين يتوهم وجود المحلوف عليه فيها انعقدت، وليس كذلك إذا حلف ليقتلن فلاناً وهو ميت؛ لأنهم قالوا: إن كان لا يعلم بموته فهي كمسألة الكوز؛ لأنه عقد يمينه على الحياة التي (يعرفها، وقد فاتت قبل يمينه، وعدم المعقود عليه يمنع انعقاد اليمين، وإن كان يعلم بموته فإنما عقد يمينه على الحياة التي)^(١) يخلقها الله تعالى فيه، وذلك أمر متوهم فانعقد عليه اليمين، فإن قيل: فهلا انعقدت اليمين في مسألتنا على [ما] يخلقه الله تعالى في الكوز، وذلك متوهم، قلنا: يكون غير الماء المحلوف عليه، فلا يتناوله اليمين.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والذي ذكرناه في اليمين على القتل رواية الجامع الصغير^(٢)، وقد روى أبو يوسف ضد ذلك فقال: إن كان لا يعلم بموته حنث، وإن [كان] يعلم [لم يحنث]، وقال أبو يوسف في الوجهين جميعاً يحنث.

ووجه ذلك: أنه إذا لم يعلم بموته فقد عقد [اليمين] على موهوم، وإذا علم بموته فقد عقد اليمين والمعقود [ب/٢٧٤] عليه غير موهوم، وقد كان قول محمد في هذه المسألة مثل قول أبي يوسف ثم رجع فقال: دخل عليّ في قولي شيء: وهو أن قوله لأشربنّ الماء الذي في هذا الكوز، كقوله: لا تركت^(٣) شربه، فإذا لم يكن فيه ماء فليس بتارك [لشربه] الماء، وإنما يكون تاركاً إذا [كان] فيه ماء، أرأيت لو قال: إن لم أحول ما في هذه القدح أكون محولاً^(٤) وليس فيه

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٦٨.

(٣) في أ (أترك).

(٤) في أ (تحولاً).



شيء ، (روى ذلك ابن رستم عن محمد) (١).

وقال أبو يوسف: يحنث في الحال؛ لأن عدم الماء يوجب تأكيد شرط الحنث، ولهذا لو طرأ على اليمين المنعقدة حنث فيها، وما أوجب تأكيد شرط الحنث فهو بوقوع الحنث أولى، وأما إذا وقت اليمين فقال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه، فهو كذلك في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر.

وقال أبو يوسف: يحنث الساعة قبل غروب الشمس، أما على أصلهما فلا أن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت، فكأنه قال عند غروب الشمس: والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز، فلا تنعقد يمينه.

وقد كان أصحابنا يقولون: إن عند أبي يوسف أن اليمين المؤقتة تنعقد في الحال، فعلى هذا الأصل كأنه قال: لأشربن الماء الساعة ولا ماء فيه فحنث في الحال، والذي روي عن أبي يوسف في اليمين المؤقتة: أن انعقادها يتعلق بآخر الوقت، فيجوز أن يكون عنه روايتان، ويجوز أن يفصل فيقول: إن اليمين المؤقتة التي يتوهم فيها البر (يقف انعقادها على آخر الوقت، وهذه اليمين لا يترقب فيها البر) (٢) فيتعجل الحنث فيها.

٢٢٣٧ - فصل: [اليمين بفقدان المعقود عليه]

وأما إذا قال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز وفيه ماء فانصب، حنث عندهم جميعاً؛ لأن اليمين تناولت معقوداً عليه [موجوداً] فانعقدت ثم عدم شرط

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

البر فحنث فيها، فإن وَقَّتْ فقال: اليوم، فانصبَّ لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد، وحنث عند أبي يوسف، ولم يذكر في الجامع الكبير والصغير متى يحنث عنده.

وروى ابن سماعه وهشام عنه: أنه يحنث عند غروب الشمس.

فوجه قولهما: أن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت، ألا ترى أنها لو انعقدت في الحال لم يكن للتوقيت فائدة، وهذا الوجه معترض؛ لأن فائدة التوقيت اختصاص البر بزمان بعينه، ولو لم يوقت كان على جميع العمر، ويجوز أن يقال إن قوله (لأشربن الماء) بمنزلة قوله (لا تركت شربه اليوم)^(١) وإنما يتحقق الترك بآخر جزء من الزمان، فكان [أ/٢٧٥] هو المقصود باليمين فانعقدت فيه، فصار كأنه قال: عند غروب الشمس لأشربن الماء الذي في هذا الكوز، ولا ماء فيه، فلا ينعقد يمينه عندهما، ويحنث فيها على قول أبي يوسف.

٢٢٣٨ - فَصْل: [انعقاد اليمين على المتوهم]

قال: وإذا قال: والله لأصعدنَّ السماء ولأحولنَّ هذا الحجر ذهباً، فإنه يحنث عندهم جميعاً، وكذلك [كل] ما جاز أن يقدر الله على فعله^(٢)، وهذا على ما بينا أن اليمين تنعقد على المتوهم، وهذا معنى متوهم فتنعقد اليمين عليه، وليس للبر وقت منتظر؛ لأن الله تعالى لم يجر العادة أن يفعل [ذلك] في غير زمن الأنبياء، فحنث في يمينه لتحقق عدم شرط البر.

قال: فإن كان قال في يمينه اليوم، حنث عند غروب الشمس في قول أبي

(١) في أ (لا أترك شربه).

(٢) في أ (أن يوصف الله بالقدرة عليه).



حنيفة ومحمد ، و [في] قياس قول أبي يوسف : أن يحنث الساعة .

أما على قولهما : فلأن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت فلا يحنث قبل ذلك ، وعلى أصل أبي يوسف : إذا لم يؤقت في اليمين اليوم حنث في الحال ، كمن قال : [والله لأشربن^(١)] الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه .

قال أبو يوسف في رجل حلف ليشربن ماء دجله كله اليوم .

قال : قال أبو حنيفة : لا تطلق^(٢) اليوم حتى يمضي الوقت ، وقال أبو يوسف : تطلق^(٢) الساعة ؛ [لأنني علمت أنه لا يقدر على ذلك ، وهذا على ما بيناه]^(٣) ، ولو قال في يمينه غداً لم تطلق^(٢) حتى يمضي غد في قول أبي حنيفة ؛ لأن الانعقاد يتعلق بآخر الوقت عنده ، فأما أبو يوسف فقال : تطلق^(٤) في أول جزء من أجزاء [الغد] ؛ لأن شرط البر غير منتظر ، فكأنه قال لها : أنت طالق في غد^(٥) .

٢٢٣٩ - فصل : [الحلف بفعل ما لا يقدر على فعله]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا حلف أن يفعل ما لا يقدر على فعله مثل قوله : والله لأصعدن السماء ، أو لأحيين هذا الميت ، فهو آثم في يمينه ؛ وذلك لأن اليمين إنما تنعقد للوفاء والتزام فعل المحلوف عليه أو تركه لحق الله تعالى ،

(١) في ب (لا أشرب) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (يحنث) .

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ .

(٤) في أ (لا يحنث) .

(٥) قول أبي حنيفة كما نقله المؤلف ، كأنه مأخوذ من موقع آخر ، ووضع هنا لقياس الشرب على الطلاق ؛ ولو نظّر باعتبار اختلاف النسخ ، فإن النسختين متفقتان في قوله : (أنت طالق في غد) .

فإذا حلف ليحنث فهو تارك لتعظيم الاسم فيأثم في ذلك .

وروى الحسن بن زياد عن زفر فيمن قال: والله لآتين مكة اليوم، وهي مسيرة شهر، أو قال: والله لأمسن السماء اليوم، أو لأحيين هذا الميت اليوم، أنه أثم في ذلك ولا كفارة عليه، فكأنه لم يعقد اليمين إلا على ما يجوز أن يوجد فيه شرط البر، ولم يعتبر التوهم، وجعل هذا كقوله: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه .

٢٢٤٠ - فَصْل: [الحنث في اليمين بالغاية]

وإذا قال: والله لا أكلمك حتى يأذن لي فلان، أو قال: لا أفارقك حتى تعطيني حقي، فمات فلان قبل أن يأذن، أو برئ من المال قبل أن يفارقه^(١)، فإن اليمين ساقطة عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف: يحنث إذا فارقه، وفوّت ما جعله غايةً وبقاؤه واحداً .

فذكر أبو الحسن [٢٧٥/ب] اليمين المطلقة، ثم المؤقتة من طريق اللفظ، ثم المؤقتة بالغاية .

ووجه ذلك: أن (حتى) غاية فهو كالتوقيت فيتعلق الانعقاد بآخر أجزائها فكأنه قال: إن فارقتك وهناك إذن متروك، أو دين متروك [لم يقبض]^(٢) (أو كلمتك وهناك إذن متروك)^(٣)، فقد فارقه ولا إذن ولا دين [فلا تنعقد]^(٤) يمينه

(١) في أ (يرئ من المال ثم فارقه) .

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) في ب (ينعقد)، والمثبت من أ .



لعدم شرط المحلوف عليه، وعلى قول أبي يوسف تأكد شرط الحنث فحنث فيها.

وعلى هذا روى معلى عن محمد: فيمن حلف ليوقين فلاناً اليوم، فأبرأه الطالب لم يحنث في قول أبي حنيفة وقولنا؛ لأن اليمين تنعقد في آخر الوقت، فكأنه قال: عند غروب الشمس لأوفين فلاناً، ولا شيء له، وعلى قول أبي يوسف يحنث.

قال: فإن اشترى الطالب من الحالف بماله شيئاً في ذلك اليوم، فهو بارٌّ في قولهم؛ لأنه وفاه حقه، ألا ترى أنه يشتري بدراهم في الذمة ثم يصير (قصاصاً، فكأنه استوفى في نفس الحق) (١).



(١) ساقطة من أ.

بَابُ الرجل يحلف على فعل فلان فيفعله فلان وغيره

—•••••—

قال أبو الحسن: أصل هذا الباب: أن ينظر فإذا كان المحلوف عليه غير مقدر، ففعل ما حلف عليه [المحلوف] ^(١) عليه وغيره، حنث الحالف، وإن كان مقدرًا لم يحنث، وهذا صحيح؛ لأنه إذا لم يكن مقدرًا فكل جزء منه يتناوله الاسم وقد فعله المحلوف عليه، وإذا كان مقدرًا فبعضه لا يتناوله الاسم، فلم يحنث بفعله.

قال أبو يوسف ومحمد: في رجل حلف لا يأكل من طبخ فلان، فطبخ المحلوف عليه وآخر شيئاً فأكل منه الحالف حنث؛ لأن كل جزء من الطبخ طبخ وكل جزء من الفعل [طبخ، فقد أكل] ^(٢) الحالف [ما طبخه] ^(٣) فلان فحنث، فإن قال: لا آكل من قَدَّرِ طبخها فلان، فأكل [ما] طبخها لم يحنث؛ لأن كل جزء من القَدْرِ ليس بقَدْرِ، والمحلوف عليه إنما طبخ بعضها، فلم يحنث الحالف.

وقال أبو يوسف: وكذلك إذا حلف لا يأكل من خُبْزِ خَبْزِه ^(٤) فلان، فخبز فلان وآخر؛ لأن كل جزء من الخبز خبز، وكذلك لو حلف لا يأكل من رمان اشتراه فلان، فأكل مما اشتراه فلان وغيره حنث؛ لأن كل جزء من الرمان رمان،

(١) في ب (المعقود) والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٤) في أ (من خبز فلان) فقط.

وقد اشتراه المحلوف عليه ، فإن قال: لا آكل من رمانة اشتراها فلان (وفلان)^(١) لم يحنث ؛ لأن كل واحد منهما مشتري لبعضها ، وبعض الرمانة لا يسمى رمانة .

قال: وكذلك إذا قال: لا ألبس من نسج [نسجه فلان]^(٢) ، فلبس ثوباً من نسجه ونسج غيره حنث ؛ لأن كل جزء من الفعل يسمى نسجاً ، ولو قال: ثوباً من نسج فلان ، فلبس ثوباً نسجه فلان وغيره ، لم يحنث ؛ لأن كل واحد منهما نسج بعض الثوب ، ولو قال: لا آكل من خبز فلان ، أو خبزاً لفلان ، حنث إذا كان [١/٢٧٦] لفلان شرك في ذلك الخبز أو لم يكن ؛ لأن كل جزء من الخبز خبز ، ولو قال: لا آكل رغيفاً لفلان فأكل رغيفاً [بين]^(٣) فلان وآخر لم يحنث ، لأن بعض الرغيف ليس برغيف .

قال أبو الحسن: والخابز: هو الذي يضرب في التنور ، دون الذي يصنعه ، يريد بذلك الذي يعجنه ويبسطه ؛ لأن الخَبْز هو [الضرب]^(٤) في التنور وما سواه في الخَبْز من مقدماته .

قال: [والطباخ]^(٥) الذي يوقد النار دون الذي ينصب القدر ويصب الماء ويلقي الأبرار ويهيمئ لذلك ما تحتاج إليه ؛ وذلك لأن الطبخ هو الفعل الذي يتيسر معه الأكل ، وما قبل ذلك من مقدمات الطبخ فلا يتناوله الاسم .

قال: وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ، فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها

(١) ساقطة من أ .

(٢) الزيادة تقتضيها السياق ، ولعلها سقطت من النسخ .

(٣) في ب (من) ، والمثبت من أ .

(٤) في ب (الوضع) ، والمثبت من أ .

(٥) في ب (الطابخ) ، والمثبت من أ .

حنث ؛ وذلك لأن كل جزء من الثوب ملبوس ، وفي جملته غزل فلانة^(١) .

وقد قالوا: فيمن حلف لا يلبس غزل فلانة ، أن ذلك على ما يتخذ من الغزل ؛ لأن الحقيقة في ذلك غير متعارفة ، ألا ترى أن الغزل لا يلف على البدن ، فحملت اليمين على [المجاز] المتعارف .

وقال في الأصل: فإن نوى أن يلبس الغزل نفسه ، لم يحنث إذا لبسه ثوباً ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه^(٢) .

ولو قال: لا ألبس ثوباً من غزل فلانة ، فلبس ثوباً أكثره من غزلها لم يحنث ؛ وذلك لأنه لم يلبس ثوباً من غزلها ، وإنما بعضه من غزلها ، ولو نسج غزل كل واحدة منهما في موضع من الثوب لم يحنث ؛ لأن غزل كل واحدة منهما بعض الثوب ، وإن كان الثوب كله من غزلها إلا موضع شبر^(٣) لم يحنث ؛ لأن ذلك بعض الثوب وليس من غزلها .

قال هشام عن محمد: إذا قال ثوباً ، لم يحنث إذا كان فيه جزء من ألف جزء من غزل غيرها .

(١) العبارة في الأصل مختلفة: «إذا حلف الرجل لا يلبس ثوباً من غزل فلانة ، فلبس ثوباً من غزلها وغزل أخرى ، فإنه لا يحنث ؛ لأن الثوب كله ليس من غزلها إذا شركتها الأخرى... ، وكل شيء من هذا يشرك المحلوف عليه آخر ، فإن الحالف لا يحنث» . ٣٣١/٢ ؛ وقال السغددي في فتاواه: «... لم يحنث في قول الفقهاء ، ومن قول أبي عبد الله: لا يحنث حتى يلبس ثوباً من غزلها على حدة» . ٤٠١/١ .

(٢) وهذه العبارة لم أجدتها في الأصل ، وهي تعارض المذكور سابقاً .

(٣) في أ (يسير) .

ونظير مسائل هذا الباب

٢٢٤١ - [في الرجل يحلف بأن لا يخبز لفلان ، فيضرب غيره في التنور]

قال: ما روى مُعَلَّى عن محمد: في رجل حلف لا يخبز لفلان ، فخبز الحالف وضرب الخُبْزَ آخِرُ في التنور ، فإنه لا يحنث ، إنما يخبز الذي يضرب في التنور .
وقال هشام عن محمد: فيمن حلف لا يكسر لفلان رغيفاً ، فكسر عشرة أرغفة بين فلان وآخر ، لم يحنث ؛ لأنه ليس فيها لفلان رغيف .

وقال معلّى عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يأكل طعاماً لفلان ، ثم اشترى طعاماً فأكل منه الحالف لم يحنث ، وكذلك لو حلف لا يأكل من ماله شيئاً وبينهما ألف درهم ، فأخذ منها درهماً فاشترى به شيئاً ، فإنه لا يحنث بأكله ؛ وذلك لأن مالا يتفاوت^(١) إذا استهلك أحد الشريكين بعضه صار مستهلكاً لنصيبه خاصة ، فلم يكن أكلاً مال المحلوف عليه ، فلم يحنث ، وليس كذلك ما يتفاوت ؛ لأنه إذا استهلك منه شيئاً كان النصيبين جميعاً [ب/٢٧٦] ؛ ولهذا قالوا - في الطعام المشترك - : إنه يجوز لأحدهما أن ينتفع ببعضه بغير إذن شريكه ، ولا يجوز ذلك فيما يتفاوت^(٢) .



(١) في أ (ما يتفاوت) .

(٢) انظر: الأصل ٣١٨/٢ ، ٣١٩ .

بَاب

ما يقع عليه اسم الثوب فيما قدمنا ذكره في اليمين



قال أبو الحسن: وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ثوباً، فقطع بعضه فلبسه، فإن كان لا يكون ما قطع إزاراً أو رداءً لم يحنث، فإن بلغ ذلك حنث وإن قطعه سراويل فلبسه حنث؛ وذلك لأن لبس الثوب إنما يقال فيما يستر به العورة وأدنى ذلك الإزار، وما دونه ليس بلبس ثوب، ولذلك^(١) لا يجزئ في الكفارة، ولو حنث بهذا القدر لحنث إذا اتخذ من غزلها إزاراً، وهذا لا يقوله أحد.

قال: وكذلك إن كان الحالف امرأة فلبست خماراً أو مقنعة، لم تحنث إذا [كان] حلفها على ثوب، وإنما يريد بذلك الخمار الذي لا يبلغ مقدار الإزار، فإذا بلغ مقدار الإزار حنث بلبسه [وإن لم يستر به العورة]^(٢).

قال: وكذلك إن لبس الحالف عمامة لم يحنث إلا أن يلفقه، فيكون إزاراً أو رداءً أو يقطع من مثلها قميصاً أو درعاً أو سراويل، فإنه يحنث؛ وذلك لأن العمامة إذا لم تبلغ مقدار الإزار [فلا بسها لا يسمى لابس ثوب]^(٣) فلم يحنث في يمينه، فإذا بلغت مقدار الإزار أو الرداء، فقد لبس ما يسمى ثوباً إلا أنه لبسه في موضع من بدنه مخصوص، فهو كما لو لبس القميص على رأسه.

قال: وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوباً، لم يحنث في التَّكَّةِ

(١) في ب (وكذلك) والمثبت من أ.

(٢) في ب (إذا ستر العورة)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (فليس لابسها كلبس ثوب)، والمثبت من أ.

والزَّرُّ والعُرْوَةُ واللَّبَبَةُ رواية عن محمد؛ وذلك لأن هذا [ليس] بلبس في العادة ولا يقال لمن كان عليه لا بس^١.

وقال أبو يوسف: إن لبس رقعة في ثوبه شبراً في شبر حنث؛ لأن هذا عنده في حكم الكبير^(١) فصار لا بساً له.

وقال محمد: إذا حلف لا يلبس ثوباً لا يحنث في العمامة والمقنعة ويحنث في السراويل [والإزار] وأراه ثوباً، وهذا على التفصيل الذي قدمناه.

وقد قالوا: إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزلها، فلبس ثوب خَزٌّ غزله حنث؛ لأن ذلك ينسب إلى الثوب، فإن لبس كساء من غزلها سُداه قطن، فإن كان يسمى ثوباً، حنث، وإلا لم يحنث.

وقالوا: فيمن حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان، فنسجه غلमानه، فإن كان فلان يعمل بيده، لم يحنث إلا أن يلبس من عمله^(٢)، وإن كان فلان لا يعمل بيده، حنث من قَبْلِ أن هذا نسجه، وهذا صحيح؛ لأن حقيقة النسج ما فعله الإنسان بنفسه، فإذا أمكن حمل اليمين على الحقيقة لم يحمل على المجاز، وإذا كان فلان لا ينسج بيده، فلا يجوز أن يقصد باليمين [١/٢٧٧] الحقيقة، فبقي أن تحمل على المجاز وهو الأمر بالعمل.

وروى بشر عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يلبس شيئاً من السواد، قال: هذا على ما يلبس مثله، ولا يحنث في التكة والزر والعروة؛ لأن ذلك ليس بلبس^(٣).

(١) في أ (الكثير).

(٢) في ب (نسجه).

(٣) انظر: الأصل، ٣٢٩/٢، ٣٣١؛ والبدائع ٧٠/٣.

بَابُ آخِرٍ فِي اللِّبْسِ

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يلبس قميصاً أو سراويل أو رداءً، فائتزر بالسراويل أو القميص أو الرداء لم يحنث، وكذلك [إذا] اعتمَّ بالسراويل، حتى يتقمص بالقميص ويلبس السراويل ويتردى بالرداء.

روى هذا بشر وابن سماعة عن أبي يوسف، وكذلك قال محمد، وهذا على ما قدمنا أن اليمين إذا كانت مطلقة اعتبر فيها الصفة المعتادة، والمعتاد في لبس القميص ليس هو [التعمم]^(١) والاتزار فلا يحنث، ولو حلف لا يلبس هذا القميص أو هذا الرداء أو هذا السراويل، فعلى أي حال لبس ذلك حنث، وإن اتزر بالرداء أو ارتدى بالقميص [أو اعتمر] فلف القميص على رأسه، وكذلك إن حلف أن لا يلبس هذه العمامة فألقاها على عاتقه، وهذا على ما قدمنا أن اليمين إذا تعلقت بعين اعتبر فيها وجود الاسم على أي [صفة]^(٢) كان، وهذا لبس إلا أنه ليس بمعتاد، فحنث به.

قال: وإذا حلف لا يلبس حريراً فلبس حريراً [مصمماً، أو ما لُحِمتَه]^(٣) حرير حنث، فإن كانت اللحمية غير حرير وسَدَاهُ حرير^(٤) لم يحنث؛ [وذلك] لأن الثوب

(١) في ب (التعميم)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (وجه)، والمثبت من أ.

(٣) «اللحمة من الثوب: خيوط النسيج العرضية، يلحم بها السدى، والسدى خلاف اللحمية: وهو ما يمد طولاً في النسيج، الواحدة سَدَاءٌ». المعجم الوجيز، والوسيط (لحم، وسدى).

(٤) الزيادة من أ، حيث سقطت من ب.

ينسب إلى اللحمة دون السدى ؛ لأنها هي الظاهرة منه ، والسدى ليس بظاهر .

قال : ونظير مسائل هذا الباب ما قال في الجامع : فيمن حلف لا يلبس قميصين فلبس قميصاً ثم نزعه ثم لبس آخر ، فإنه لا يحنث حتى يلبسهما معاً ؛ لأن العادة في ذلك أنه يقال : لبس قميصين إذا جمع بينهما ، واليمين المطلقة يعتبر فيها المعتاد ، ولو قال : والله لا ألبس هذين القميصين ، فلبس أحدهما ثم نزعه ولبس الآخر حنث ؛ لأن اليمين هاهنا تعلقت بعين ، فاعتبر فيها الاسم دون المعتاد .

وقد قالوا : فيمن حلف لا يلبس شيئاً ولا نية له ، فلبس درعاً من حديد ، أو درع امرأة ، أو خفين ، أو قلنسوة ، فإنه يحنث في لبس [أي] ^(١) ذلك ؛ لأنه حلف لا يلبس شيئاً ، وهذا كله يتناوله اسم اللبس ، ولو حلف لا يلبس سلاحاً فتقلد سيفاً أو تنكب قوساً أو ترساً لم يحنث ؛ لأن هذا ليس بلبس ، [ألا ترى أنه] ^(٢) يقال [فلان] تقلد السيف ، ولو لبس درعاً من حديد أو غيره حنث ؛ لأن السلاح هكذا يلبس .

وقالوا : فيمن حلف لا يلبس قطناً فلبس ثوب قطن حنث ؛ لأن القطن لا يلبس بنفسه ، فحملت اليمين على المجاز وهو ما يتخذ منه ، فإن لبس قباء ليس بقطن وحشوه قطن لم يحنث ، إلا أن يعني الحشو ؛ لأن الحشو ليس بملبوس فلا تتناوله اليمين [إلا أن ينويه] .

ولو لبس ثوباً [٢٧٧/ب] من قطن وكتان حنث ؛ لأن اليمين على القطن يتناول

(١) في أ (في أي ذلك ما لبس) .

(٢) في ب (لأنه يقال تقلد) ، والمثبت من أ .

ما يتخذ منه وبعض الثوب يتخذ منه .

وقد روى بشر عن أبي يوسف: في رجل حلف ليقطعن من هذا الثوب قميصاً وسراويل ، فقطعه قميصاً فلبسه ما شاء الله ، ثم قطع من القميص سراويل فلبسه ، فإنه يَبْرُ في يمينه ؛ لأن القميص يسمى ثوباً فقد قطع السراويل ، واسم الثوب لم يزل ، فلا يحنث في يمينه .

ولو حلف على قميص ليقطعن منه قِباءً وسراويل فقطع منه قِباءً فلبسه أو لم يلبسه ، ثم قطع من القِباء سراويل ، فإنه [قد] حنث في يمينه حين قطع القميص قِباءً ؛ لأنه قطع السراويل مما لا يسمى قميصاً ، ويمينه اقتضت أن يقطع السراويل من قميص لا من قِباءً .

وقال في الزيادات: إذا قال عبده حر إن لم يجعل من هذا الثوب قِباءً^(١) وسراويل ولا نية له ، فجعله كله قِباءً وخاطه ، ثم نقض القِباءً وجعله سراويل ، [فإنه] لا يحنث إلا أن يكون عنى أن يجعل من بعضه هذا ومن بعضه هذا ، وهو على الحالة الأولى وهذا على ما قدمنا .

وقال عمرو عن محمد: في رجل حلف لا يلبس هذا الثوب فقطعه سراويلين فلبس سراويل بعد سراويل ، قال محمد: لا يحنث .

قال محمد: إذا صار سراويلات خرج من أن يكون ثوباً ؛ وذلك لأن لبس الثوب يقتضي لبس جميعه دفعة ، (فإذا لبس فإطلاق)^(٢) اسم الثوب لا يتناول

(١) هنا في الأصل زيادة: (وخاطه) فحذفت ، حيث أورد الكاساني الرواية بلفظها بدون هذه الكلمة ، والسياق يدل على ذلك . ٧٠/٣ .

(٢) في أ (إذ إطلاق اسم الثوب) .



السراويل ، فلم يحنث بلبسه ؛ لأن اليمين إذا تعلقت بعين في غير الحيوان بقيت ببقاء الاسم .

وقال ابن أبي رجاء عن محمد: سمعت أبا يوسف قال: فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة فلبسها لم يحنث ؛ لأن القلنسوة لا تسمى ثوباً ، وإن قطعه قميصاً ففضلت منه فضلة عن القميص رقعة صغيرة يتخذ منها لَبَبَةٌ وما أشبه ذلك ، فإنه يحنث ؛ وذلك لأن هذا القدر لا يعتدّ به ، فكان لا بساً ، كمن حلف لا يأكل رمانة فأكلها إلا حبة ، ولو اتخذ من الثوب جوارب فلبسها لم يحنث ؛ لأن اسم الثوب زال عنها^(١) .



(١) انظر: الأصل ، ٣٣٠/٢ وما بعدها .

بَابُ الحلف على الكلام



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يكلم فلاناً أبداً، أو لم يقل أبداً، فاليمين على الأبد في أي وقت كلمه في ليل أو نهار، أو في أي مكان أو على أي حال حنث؛ وذلك لأن اليمين وقعت على النفي، والنفي لا [يختص] ^(١) بحال ولا بزمان كنهى صاحب الشرع، فوجب أن تحمل على التأييد، فإن ذكر الأبد فهو تأكيد لما اقتضاه الكلام.

قال: فإن نوى شيئاً دون شيء لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، يعني إن نوى يوماً أو وقتاً أو بلداً أو منزلاً؛ لأنه خصص ما ليس [أ/٢٧٨] في لفظه، فلا يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء.

قال: ولا يحنث حتى يكون منه كلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها، فإن كان موصولاً لم يحنث مثل أن يقول: إن كلمتك فانت طالق فذهبي أو فقومي، فإنه لا يحنث [بقوله] ^(٢) فقومي؛ لأنه متصل باليمين، قال ذلك أبو يوسف؛ وذلك لأن قوله (لا أكلم) أو (إن كلمتك) تنعقد على الكلام المقصود، وذلك ما يستأنفه بعد تمام الكلام، فأما ما هو [من] تمام الكلام - وإن كان كلاماً في الحقيقة - فليس بمقصود باليمين، فلا يحنث به، (وإذا قال: إن كلمتك فانت

(١) في ب (يتخصص)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (في قوله)، والمثبت من أ.

طالق فاذهبي ، فقله (فاذهبي) إنما هو تمام الكلام فلا يحنث به^(١) .

وقد قالوا: إنه إذا جاء بحرف العطف فليس بكلام مبتدأ مثل أن يقول: فاذهبي واذهبي ، فإن أراد بقوله فاذهبي الطلاق ، فإنها تطلق بقوله فاذهبي ويقع عليها تطليقة باليمين ؛ لأنه صار كلاماً مستأنفاً فليس له تعلق بالجملة الأولى ، فيحنث به .

قال: فإن كان في الحال التي حلف عليها^(٢) ما يدل على تخصيص اليمين كانت خاصة مثل أن يكون قال له رجل: كلم لي زيدا اليوم في كذا ، فيقول: والله لا أكلمه ، أو قال: ستكلمني اليوم بما أكره ، فيقول: والله لا أكلمك ، فيكون هذا على اليوم دون غيره ؛ وذلك لأن دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام فخصت عموم كلامه ، فحملت اليمين على اليوم خاصة (وعلى هذا قالوا)^(٣): إذا قال: ائتني اليوم ، فقال: امرأته طالق إن أتيتك ، فهذا على اليوم ، وكذلك إذا قال: ائتني في منزلي فحلف بالطلاق لا يأتيه ، فهو على المنزل ، وهذا [ما]^(٤) لم [يطل]^(٥) الكلام بين دلالة التخصيص وبين اليمين ؛ لأنهم قالوا: إذا قال [لو]^(٦) لم تلقني في المنزل وقد أشاءت في تركك لقائي ، وقد أتيتك غير مرة [فلم ألقك] فقال الآخر: امرأته طالق إن أتاك ، فهذا على الأبد وعلى كل منزل ؛ لأن الكلام كثر

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في أ (فيها) .

(٣) في أ (وهذا على ما قالوا) .

(٤) الزيادة من أ .

(٥) في النسختين (يبطل) ، والمثبت من البدائع ٤٧/٣ ، والعبارة بنصها فيه ، وقال في آخره: «فإن

طال ، كانت اليمين على الأبد» .

(٦) الزيادة من أ .

فيما بين ابتدائه بذكر المنزل وبين الحلف، فانقطعت اليمين عنه، وصارت كالمبتدأة، فإن نوى هذا الإتيان في المنزل ديّن فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء؛ لأنه وجد في الحال ما يحتمل أن يكون اليمين انصرفت إليه وإن كان غير ظاهر (١).

٢٢٤٢ - فصل: [هل يعد الفتح على قراءة الإمام كلاماً؟]

ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه فسها الإمام، فسبح فيه الحالف، أو [فتح] (٢) عليه بالقراءة لم يحنث؛ وذلك لأن هذا لا يسمى كلاماً في الإطلاق وإن كان كلاماً في الحقيقة، ألا ترى أن الكلام [٢٧٨/ب] يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها.

وقد قالوا: فيمن حلف لا يتكلم فصلّي، فالقياس: أن يحنث؛ لأن التكبير والقراءة كلام، والاستحسان: أن لا يحنث؛ لأنه غير مراد باليمين؛ ولأنهم يقولون: فلان لم يتكلم في صلاته، وإن كان قرأ فيها.

قال: ولو فتح عليه في غير الصلاة حنث؛ لأنه كلام وإنما لم يحمل عليه اليمين إذا وقع في الصلاة بدلالة، فإذا وقع في غيرها حمل على القياس، فإن كان الإمام هو الحالف والمحلوف عليه خلفه، فسلم لم يحنث؛ لأن السلام في الصلاة ليس بكلام كتكبيرها والقراءة فيها.

وإذا مرّ الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه فسلم عليهم حنث؛ وذلك لأنه مكلّم لجماعتهم بالسلام، فإن نوى القوم دونه لم يحنث فيما بينه

(١) انظر: الأصل، ٣٥٧/٢؛ البدائع ٤٦/٢، ٤٧.

(٢) في ب (فسخ)، والمثبت من أ.

وبين الله تعالى؛ لأنه إنما يكون مكلماً له بالقصد ولم يقصده ولا يدّين في القضاء؛ لأن الكلام في الظاهر للجماعة، وما نواه لا يَطَّلَع عليه الحاكم.

قال: ولو نَبَّه الحالف المحلوف عليه من النوم، حنث وإن لم ينتبه؛ لأنه مكلم له وقد وصل الكلام إلى سمعه، وهناك مانع من الفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل.

قال: وإن دَقَّ عليه الباب فقال: من هذا؟ أو مَنْ أنت؟ فحنث؛ لأنه مكلم له بالاستفهام^(١).

قال: وإذا دعاه أو كَلَّمه وهما في مكانين، فإن كان [مثل ذلك]^(٢) يسمع حنث، وإن كان في موضع لا يسمع في مثله؛ لبعدهما بينهما لم يحنث؛ لأن الموضع إذا كان قريباً وصل الصوت إلى سمعه (وإن لم يفهم)^(٣)، فإذا كان بعيداً [فالصوت] لا يصل إليه فلا يكون مكلماً؛ ولهذا يُعَدُّ مَنْ فعل هذا هاذياً، ولا يعد من فعل الأول كذلك.

قال: ولو حلف لا يتكلم فقرأ في الصلاة أو سَبَّح أو كَبَّر لم يحنث، وكذلك جميع الذكر يفعله في الصلاة، وقد بينا القياس والاستحسان في ذلك.

وقد قالوا: فيمن حلف لا يكلم إنساناً فكَلَّم غيره وهو [لا] يقصد أن يسمع لم يحنث؛ لأنه لم يقصده بالكلام، وإن حلف لا يكلم امرأته فدخل داره وليس فيها غيرها فقال: من وضع هذا، أو أين هذا؟ حنث؛ لأنه مكلم لها حين استفهم

(١) انظر: تبين الحقائق، فقد أورد المسألة باللفظ، ١٣٦/٣.

(٢) في ب (ذلك مثله)، والمثبت من أ.

(٣) في أ (وإن لم يتميز له للغفلة).

وليس هناك غيرها.

قال: [فإن] كان في الدار غيرها لم يحنث؛ لأنه يحتمل أن يكون استفهم من سواها، (فإن قال: ليت شعري من وضع هذا؟ لم يحنث؛ لأن هذا مخاطبة لنفسه وليس بمكلم لها)^{(١)(٢)}.



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣٥٧/٢.

بَابُ الحلف على الكلام المؤقت



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل ليلاً: والله لا أكلم فلاناً يوماً، أن اليمين من [١/٢٧٩] حين حلف إلى أن تغيب الشمس من الغد، فدخل في يمينه بقية الليل، فإن كلمه فيما بقي من الليل، أو من الغد حنث في يمينه؛ وذلك لأن اليمين إذا تعلقت بوقت مطلق فابتدأؤها عقيب اليمين، ألا ترى أن الله تعالى حكم بصحة الإيلاء وأجمعت الأمة عليه، وصفته^(١): أن يحلف على ترك الوطاء أربعة أشهر فصاعداً، فلو لم يختص اليمين بعقيب السبب لم يكن مولياً، كمن حلف لا أقربك أربعة أشهر في عمري، ولأن كل حكم تعلق بمدّة لا على طريق القرينة اختص بعقيب السبب كالإجارة، وإذا ثبت هذا كانت اليمين على عقيب الحال فيدخل بقية الليل [فيها].

قال: وكذلك لو حلف بالنهار لا يكلمه^(٢) ليلة، فإنه يحنث بكلامه من حين حلف إلى طلوع الفجر، وهذا على ما بينا، فإن حلف في بعض النهار لا يكلمه يوماً، فاليمين على بقية اليوم والليلة المستقبلية إلى مثل تلك الساعة التي حلف فيها من الغد، وكذلك إذا حلف في بعض^(٣) الليل لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة إلى أن يجيء مثلها من الليلة المقبلة، فيدخل النهار الذي بينهما في ذلك؛

(١) في أ (وصورته).

(٢) في أ (لا يكلم فلاناً ليلة).

(٣) في أ (ليلاً).

لأنه حلف على [يوم منكر] (١) فلا بد من استيفائه (٢)، ولا يمكن استيفاء يوم إلا بإتمامه من اليوم الثاني فدخل الليل على طريق التبع .

قال: فإن قال في بعض اليوم: والله لا أكلمك اليوم، فاليمين على باقي اليوم، فإذا غربت الشمس سقطت اليمين؛ وذلك لأنه حلف على زمان معين فلا يمكن نقل اليمين إلى غيره، فتعلقت بما بقي منه، فإن قال: والله لا أكلمك اليوم ولا غداً، فاليمين على بقية اليوم وعلى الغد، ولا تدخل الليلة التي بينهما في اليمين، روى ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن [لا] إذا دخلت بين [نفيين] (٣) تناولت كل واحد منهما على الانفراد بدلالة قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ﴾ [البقرة: ١٩٧] فاقتضت [اليومين] (٤) جميعاً، فلا يدخل الليل؛ لأنه أفرد كل واحدٍ منهما بيمين، ألا ترى أن تقديره لا أكلمك اليوم ولا أكلمك غداً، فلا يدخل الليل في ذلك، قاله ابن سماعة عنهما .

ولو قال: والله لا أكلمك اليوم وغداً، إذا دخلت الليلة التي بين اليوم والغد في يمينه؛ وذلك لأنها يمين واحدة؛ لأن الواو للجمع فكأنه قال: لا أكلمك يومين .

وروى بشر عن أبي يوسف: أن الليل لا يدخل؛ لأنه عقد على النهار وليس بنا ضرورة إلى إدخال الليل فلم يدخل .

قال: فأما إذا قال: والله لا أكلمك يوماً ولا [ب/٢٧٩] يومين، فهو مثل قوله:

(١) في ب (على ليلة منكراً)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (استيعابه) في الموضعين .

(٣) في ب (يومين)، المثبت من أ.

(٤) في ب (اليمين) والمثبت من أ.

لا أكلمك ثلاثة أيام في قول أبي يوسف ومحمد ، وكذلك رواه بشر عن أبي يوسف ، وذكر محمد في الجامع الكبير: أنه على يومين ، فإن كلمه اليوم الثالث لم يحث .

وجه الرواية الأولى: أنه عطف اليومين على اليوم ، والعطف غير المعطوف عليه فاقضى يومين غير الأول .

وجه رواية محمد: أن كل واحد منهما يمين منفردة ، فكانت الثانية عقيب السبب كالأولى ، فصار على اليوم الأول يمينان ، وعلى اليوم الثاني يمين واحدة . وقال بشر عن أبي يوسف: ولو قال والله لا أدخل الدار يوماً ويوماً ، فهو مثل حلفه على يومين ، ولا يشبه قوله لا أدخلها اليوم وغداً ؛ وذلك لأن قوله يوماً [ويوماً] عقد على زمان منكر ، فصار كقوله: يومين ، وقوله: اليوم وغداً عقد على زمان معين ، لا ضرورة بنا إلى إدخال الليل فيه ، فلا يدخل .

قال أبو الحسن: فإن قال: والله لا أكلم زيداً يوماً ، والله لا أكلمه يومين ، والله لا أكلمه ثلاثة أيام ، فالיום الأول من حين فرغ من اليمين الثالثة عليه ثلاثة أيمان ، واليوم الثاني عليه يمينان الثانية والثالثة ، واليمين الثالث عليه يمين واحدة وهي الثالثة ؛ وذلك لأن كل يمين ذكرها تختص بعقب السبب ، فكانت اليمين الأولى على يوم عقيب اليمين ، و[اليمين] الثانية على يومين عقيب اليمين ، و[اليمين] الثالثة على ثلاثة أيام عقيب اليمين ، فعلى اليوم الأول ثلاث أيمان ، وعلى الثاني يمينان ، وعلى الثالث واحدة^(١) .

(١) انظر: الأصل ، ٣٣٨/٢ ، ٣٦٠ ، ٣٦٧ .

٢٢٤٣ - ونظير مسائل [هذا] الباب

ما روى دواد بن رشيد عن محمد فيمن قال: والله لا أكلمك اليوم سنة أو لا أكلمك اليوم شهراً، فعليه أن يدع كلامه في ذلك اليوم شهراً وفي ذلك اليوم سنة حتى تكمل كلما دار ذلك اليوم في ذلك الشهر أو في السنة التي حلف عليها؛ وذلك لأن اليوم الواحد لا يكون شهراً ولا سنة، فعلم أن المراد باليمين أنه لا يكلمه في مثله شهراً أو سنة.

فإن قال: لا أكلمك اليوم عشرة أيام وهو في يوم السبت، فهذا على سبتين؛ لأنه لا يدور في عشرة أيام أكثر من سبت واحد، وكذلك لو قال: لا أكلمك يوم السبت يومين كان على سبتين؛ لأن السبت لا يكون يومين ولا يدور سبتان في يومين، فعلم أن المراد به ما بين^(١) ذلك، [وكذلك] لو قال: لا أكلمك يوم السبت ثلاثة أيام، كان كلها يوم السبت لِمَا بَيَّنَّا.

ولو قال: لا أكلمك يوماً ما أو لا أكلمك يوم السبت يوماً، فله أن يجعله [في] أي يوم شاء؛ لأنه عقد على يوم [١/٢٨٠] شائع في الأيام، فكان له تعيينه متى شاء.

وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال: لا أكلمك يوماً بين يومين ولا نية له، قال: [فكّل]^(٢) يوم بين يومين وهذا عندي بمنزلة قوله: لا أكلمك يوماً، فيكون على يوم من ساعة حلف.



(١) في أ (مرتين).

(٢) في ب (فكان)، والمثبت من أ.

٢٢٤٤ - فَصْلٌ : [اليمين على الأوقات المبهمة]

ولم يذكر أبو الحسن اليمين على الأوقات المبهمة ، وهذه المسائل مذكورة في الأصل وفي غيره .

قال : وإذا حلف لا يكلم فلاناً زماناً ، أو حيناً ، أو الزمان أو الحين ، ولا نية له ، فإنه على ستة أشهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ؛ وذلك لأن الحين يعبر به عن الوقت القريب قال الله تعالى : ﴿ فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾ [الروم: ١٧] وأراد بذلك صلاة الصبح والعصر ، ويعبر بذلك عن أربعين سنة ، قال الله تعالى : ﴿ هَلْ أُنَبِّئُ عَلَى الْإِنْسَانِ حِينَ مِّنَ الدَّهْرِ ﴾ [الإنسان: ١] ويعبر به عن ستة أشهر قال الله تعالى : ﴿ تُؤْتِي أُمَّهَاتُكُمْ حِينَ بِيْأَذْنِ رَبِّهِنَّ ﴾ [إبراهيم: ٢٥] قال ابن عباس : [أراد به] النخلة ؛ لأن بين إطلاعها [وبين] انتهاء ثمرتها ستة أشهر^(١) ، وكل واحد منهما مأكول ، ولا يجوز أن تحمل اليمين على الوقت اليسير ؛ لأن من أراد ذلك امتنع منه بغير يمين ، ولا يحمل على أربعين سنة ؛ [لأن من أراد ذلك قال : لا أكلمك أبداً ، فلم يبق إلا أن يحمل على ستة أشهر]^(٢) .

وروي عن ابن عباس : أنه حملها على ذلك ، والزمان يذكر ويراد به بما يراد بالحين ، فصار أحدهما كالآخر ، فإن كانت للحالف نية فهو على ما نوى ؛ لما بينا أن اللفظ محتمل للجميع ؛ إلا أنهم قالوا يصدق في الوقت اليسير إذا قال حيناً ؛ لأنه عبارة عن الوقت اليسير بدلالة قوله : ﴿ فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ ﴾ [الروم: ١٧] ولا يصدق في الزمان .

(١) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز)، ص ١٠٥٥ .

(٢) الزيادة من أ .

ومن أصحابنا من قال: لا يصدق في الزمان على الوقت اليسير؛ لأنه لم يثبت استعمال اللفظ فيه.

وقد ذكر أبو الحسن في الجامع عن أبي حنيفة^(١): أنه يدين في الزمان والحين في كل ما نوى من قليل أو كثير، وذكر عن أبي يوسف: أنه لا يدين فيما دون ستة أشهر في القضاء.

٢٢٤٥ - فَصْل: [اليمن بأن لا يكلمه دهرًا]

وأما إذا قال: لا أكلمك دهرًا أو الدهر، فقال أبو حنيفة: إن كانت له نية فهو على ما نوى، فإن لم تكن له نية فلا أدري ما الدهر.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قال: دهرًا فهو [على] ستة أشهر، وإذا قال: الدهر فهو على الأبد، ومن أصحابنا من قال: لا خلاف في الدهر أنه الأبد، وإنما قال أبو حنيفة: إذا قال دهرًا لا أدري ما هو.

وقد روى بشر، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: في قوله: دهرًا، أو الدهر، أنهما سواء^(٢).

لأبي حنيفة: أن الدهر يعبر به عن أشياء مختلفة قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١] فجعل الحين بعض الدهر، وقال النبي ﷺ: «لا تسبوا الدهر فإن الله هو الدهر»^(٣) يعني: هو خالق [ب/٢٨٠] الدهر.

(١) في أ (في الجامع أنه قال يدين).

(٢) انظر: مختصر القدوري، ص ٥١٥.

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح (٢٢٤٦، ٢٢٤٧).



وروي عن النبي ﷺ أنه قال حاكياً أن الله تعالى يقول: «استقرضت من عبدي فما أقرضني، وشتمني عبدي وهو لا يدري، يسب الدهر فيقول وادهراه وإنما أنا الدهر»^(١) فإذا لم يثبت أنه عبارة عن شيء معين رجع فيه إلى نيته، فإن لم تكن له نية وقف فيه، ولا عيب^(٢) على العالم أن يقول فيما لم يثبت عنده: لا أدري.

وقد روي عن ابن عمر أنه سُئِلَ عن شيء فقال: لا أدري، وحق لابن عمر أن يقول لشيء لا يدري لا أدري.

وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لا يستحي جاهل أن يتعلم ما لا يعلم، ولا يستحي عالم إذا سُئِلَ عما لا يعلم أن يقول: لا أعلم^(٣).

وسئِلَ النبي ﷺ عن أفضل البقاع فقال: لا أدري، فلما نزل عليه جبريل سأله فخرج إلى السماء ثم هبط فقال: «سألت ربي عن أفضل البقاع فقال: المساجد، وأفضل أهلها من جاءها أولاً وانصرف آخرها، وشر أهلها من جاءها آخرها وانصرف أولاً»^(٤).

وجه قولهما: أن الدهر يذكر كما يذكر الحين، يقول ما رأته مذ دهر وما

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک، ٥٧٩/١ وصححه؛ وابن خزيمة في صحيحه، ١١٣/٤؛ والبخاري (٧٠٥٣)؛ ومسلم (٢٢٤٦) نحوه.

(٢) في أ (عتب).

(٣) الأثر رواه أبو نعیم في الحلیة ٧٦/١؛ والبيهقي في شعب الإيمان ١٢٤/٤؛ وابن عبد البر في جامع العلم وفضله ٩٠/١.

(٤) أخرجه القزويني في التدوين، في أخبار قزوين، ٣٦٢/٣؛ وأورده المتقي الهندي في كنز العمال، وعزاه للرافعي «عن عثمان بن صهيب عن أبيه» ٢٦٦/٧.

رأيته مذ حين ، فكان أحدهما كالآخر ، فإذا أدخل عليه الألف واللام صار عبارة عن جميع الزمان .

٢٢٤٦ - فُصِّلَ : [الحلف في وقت مبهم]

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: إذا قال يوم أدخل هذه الدار فعليّ كذا ، ولا نية له في ليل ولا نهار ، فإن دخلها ليلاً أو نهاراً حنث ؛ وذلك لأن اليوم إذا أضيف إلى الفعل تناول وقتاً مبهماً قال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبرُهُ ﴾ [الأنفال: ١٦] ولم يرد به النهار دون الليل .

قال: فإن نوى النهار دُين في القضاء ، وقال بشر عن أبي يوسف: لا أدينه ، وروى محمد عنه: أنه يدينه .

لنا: أن حقيقة اليوم عبارة عن بياض النهار ، ومن نوى حقيقة كلامه صدق .

لأبي يوسف: أن اللفظ في الظاهر للوقت ، فإذا نوى غير الظاهر لم يصدق في القضاء ، وقد قالوا فيمن قال: ليلة يقدم فلان فأنت طالق ، فقدم [فلان] نهاراً لم تطلق ؛ لأن الليلة لم تستعمل في الوقت المبهم فتحمل على سواد الليل خاصة ، وإنما استعملوا الليالي إذا ذكرت على طريق الجمع في الوقت المبهم ، فقالوا:

لِيَالِي لاقينا جُذامَ وِحْمِيراً^(١)

٢٢٤٧ - فُصِّلَ : [فيمن قال: لا يكلمه الجمعة]

قال محمد في الجامع الكبير: إذا قال: والله لا أكلمك الجمعة ، فله أن

(١) البيت لزفر بن الحارث الكلابي ، شرح التصريح ، لخالد الأزهري ، ٢٤٩/١ .

يكلمه في غير الجمعة ، وكذلك لو قال: لا أكلمك جُمعاً ، كان له أن يكلمه في غير يوم الجمعة^(١) .

وروى بشر عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يدخل هذه الدار الجُمع ولا نية له ، فهذا على جمع الأبد؛ وذلك لأن الجُمع جَمع ليوم الجمعة ، ولو حلف لا يكلمه يوم الجمعة لم يتناول غيره ، فكذلك إذا جمع اليوم ، يبين ذلك إن نذر صوم الجُمع ، لم يلزمه صوم ما بينهما .

وقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في قوله: لا أكلمك الجُمع ، إنه على عشر جمع ، وإن قال: جُمعاً [١/٢٨١] فهو على ثلاث .

وقال أبو يوسف ومحمد: في جمع مثله وفي الجمع [بالتعريف] على الأبد . لأبي حنيفة: أن جُمع ثلاثة ، فإذا دخل عليها الألف واللام اقتضى ذلك جنس ما يسمى جُمعاً ، وذلك عشرة ، وما زاد عليها يقال إحدى عشرة جمعة فوجب أن يحمل اليمين على العشرة^(٢) .

وجه قولهما: أن [الألف و] اللام للجنس أو للعهد ، وليس هاهنا جمع معهود ، فيحمل على جنس الجمعة ، وذلك في الأبد ، وعلى هذا إذا قال: لا أكلمك الأيام ، فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: سبعة أيام .

لأبي حنيفة: أن الألف واللام للجنس فيقتضي ذلك جنس ما يسمى أياماً

(١) الجامع الكبير ، ص ٦٤ .

(٢) انظر: مختصر القدوري ، ص ٥١٥٠ .

وذلك عشرة أيام ، وما زاد عليها يقال أحد عشر يوماً .

وجه قولهما: أن اللام للعهد ، والمعهود في الأيام أيام الأسبوع فتحمل اليمين عليها ، وأما إذا قال: لا أكلمك أياماً فقد ذكر في الجامع الكبير: أنه على ثلاثة أيام في قولهم ؛ لأن أدنى الجمع ثلاثة ، وقد ذكر لفظ جمع ، وذكر في كتاب الأيمان إذا قال: لا أكلمك أياماً أنه على عشرة أيام عند أبي حنيفة وسوى بينه وبين الأيام ، والصحيح ما في الجامع الكبير ، وعلى هذا: إذا قال لا أكلمك الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبي حنيفة ؛ لما ذكرنا أن جنس ما يسمى شهوراً عشرة .

وعلى قولهما: يحمل على اثني عشر شهراً لأنها الشهور المعهودة ، ولو حلف لا يكلمه السنين فهو على عشر سنين [عند أبي حنيفة ، وعندهما: على الأبد ؛ لأنه لا عهد في السنين] ولو قال: لا أكلمك سنين فهو على ثلاث سنين في قولهم^(١) .

٢٢٤٨ - فَصْل: [الحلف بأن لا يكلمه عاجلاً]

وقال أبو حنيفة: إذا حلف لا يكلمه عاجلاً ولا نية له ، فهو على أقل من شهر ؛ وذلك لأن الشهر في حكم الكثير ؛ لأنه يجعل أجلاً في الدين ، فصار بعيداً وما دونه عاجل ، ولو قال: والله لأهجرنك ملياً فهذا على شهر وأكثر ، فإن نوى أقل من ذلك لم يدين في القضاء ؛ لأنه جاء في تفسير قوله (ﷺ): ﴿ وَأَهْجُرْنِي مَلِيًّا ﴾ [مریم: ٤٦] أي: طويلاً ، وهذا يقتضي ما زاد على الشهر ، ولو قال: لا أكلمك أياماً كثيرة فهذا على عشرة أيام في قياس^(٢) قول أبي حنيفة^(٣) .

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٦٤ .

(٢) في أ (في قول) .

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٥١٥ .

وقال أبو يوسف مثله ؛ لأنه أدخل الكثرة على اسم الجمع ، فصار كإدخال لفظ الجنس ، ولو قال : والله لا أكلمك كذا وكذا يوماً فهو على أحد وعشرين [يوماً] ؛ لأنه أقل عدد يعطف على عدد تفسيره يوماً ، ولو قال : كذا كذا فهو أحد عشر يوماً ، ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوماً فهو على ثلاثة عشر [يوماً] ؛ لأن البضع من ثلاثة إلى [تسعة]^(١) فيحمل على أقلها .

قال أبو يوسف : ولو حلف لا يكلمه عمراً فهو مثل الزمان [والحين ؛ لأنه ليس له مقدار بعينه ، وإنما يعبر عن قطعة مبهمه من الزمان] .

وقال بشر عن أبي يوسف : فيمن حلف لا يكلم رجلاً الشتاء ، فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو والفراء ، وآخر ذلك إذا ألقوها في البلد الذي [٢٨١/ب] حلف فيه .

وكذلك الصيف : يعني من حين إلقاء الحشو إلى لبسه ، والفصل : إذا استثقل الناس ثياب الشتاء واستخفوا ثياب الصيف ، وإذا حلف لا يكلمه الربيع فهذا في آخر الشتاء وفي مستقبل الصيف إلى أن يبس البقل يعني : العشب ، وإذا حلف لا يكلمه الخريف فهو فصل ما بين الصيف والشتاء .

وقال خلف بن أيوب : سألت محمداً عن رجل حلف لا يكلم رجلاً إلى الموسم ، قال : يكلمه إذا أصبح يوم النحر ؛ وذلك لأنه أول الموسم .

وقال أبو يوسف : يكلمه إذا زالت الشمس من يوم عرفة : لأنه قد فرغ [من] ركن الحج في هذا الوقت ، وقال عمرو عن محمد : غُرّة الشهر ورأس الشهر : أول

(١) في ب (سبعة) ، والمثبت من أ .

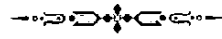
ليلة ويومها ، وأوله : إلى ما دون النصف ، وآخره إذا مضى خمسة عشر .

وقد روي عن أبي يوسف فيمن قال : لله عليّ أن أصوم أول يوم من آخر الشهر ، وآخر يوم من أول الشهر ، فعليه صوم يوم خامس عشر وسادس عشر ، لأن الخامس عشر آخر أوله ، وسادس عشر أول آخره (١) .



(١) انظر: الجامع الكبير ص ٦٢ ، ٦٤ ؛ الأصل ٣٤٨/٢ وما بعدها .

بَابُ الحلف على كلام أحد الرجلين أو أحد الوقتين



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل: والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً، أو قال والله لا أكلم فلاناً ولا فلاناً، فكلم أحدهما حنث؛ لأن لفظة (أو) إذا دخلت بين [نفيين] ^(١) تناولت كل واحد منهما على الانفراد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَطْعَمْنَهُمْ إِثْمًا أَوْ كُفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] ولفظة (لا) إذا دخلت بين نفيين تناولت كل واحد منهما قال الله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] قال: فإن قال: والله لا أكلم فلاناً وفلاناً لم يحنث حتى يكلمهما؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: لا أكلمهما، واليمين إذا تعلقت بشرطين لم يحنث بأحدهما، فإن قال: والله لا أكلم فلاناً وفلاناً أو فلاناً، فإن كَلَّمَ أحد الأولين لم يحنث ما لم [يكلمهما جميعاً]، وإن كَلَّمَ الثالث [ولم يكلم أحد الأولين] حنث؛ وذلك لأنه منع نفسه من كلام الأولين أو الثالث، فأَيُّ الأمرين فعل حنث، وإن قال: والله لا أكلم هذا [أو] هذا وهذا، فإن كلم الأول حنث، وإن كلم أحد الآخرين لم يحنث؛ وذلك لأنه خير نفسه بين الأول والآخرين



(١) في ب (شيئين)، والمثبت من أ.

بَاب

الإشارة والخبر والإظهار والإفشاء والكلام وما في معنى ذلك



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل: عبده حر إن أظهر شرك فلان أو أفشى
شرك فلان، أو حلف ليكتمن سره أو ليسترنه أو ليخفينه، وكتب إلى فلان بذلك
فانتهى إليه الكتاب، أو بكلام أو برسالة، أو سأله فلان عن ذلك، فقال: أكان من
الأمر، فأشار الحالف برأسه أي: نعم، فهو حانث؛ لأن الغرض بهذه اليمين
الامتناع من إظهار السر، وذلك يظهر بالكتابة والإشارة والرسالة، كما يظهر
[١/٢٨٢] بالكلام، فوعدت اليمين على جميع ذلك.

قال محمد: فإن كان ينوي الكلام [بالكتابة]^(١) دون الإيماء ديين في ذلك؛
وذلك لأن الإخفاء والكتمان إذا كان يزول بالكلام والإشارة، فقد خصص ما في
لفظه، فيدين فيما بينه وبين الله تعالى.

قال: ولو حلف لا يعلم فلاناً بمكان فلان، فقال له المحلوف عليه: أفلان
في موضع كذا^(٢) فأوماً برأسه أي نعم، وهو في ذلك الموضع فهو حانث؛ لأن
الإعلام هو أن يفعل ما يقع لفلان به العلم الظاهر، وليس المراد به حقيقة العلم،
وذلك يحصل بالإشارة، فإن نوى الخبر بالكتاب أو الكلام ديين على ما قدمنا،
ولو كان [مكان] الإعلام في هذه المسألة الإخبار، لم يحنث إلا بكتاب أو رسالة

(١) في ب (والكتاب)، والمثبت من أ.

(٢) في أ زيادة (وكذا).



أو كلام، ولا يحنث بالإيماء؛ لأن الخبر ما يحتمل الصدق والكذب، وذلك لا يوجد في الإشارة، فإن عنى أن لا يخبره بالإيماء ولا غيره، حنث إن أوماً؛ لأنه شدّد على نفسه في نيته.

قال: ولو حلف لا يخبره بمكان فلان، فذهب به حتى أوقفه على رأس فلان وأشار إليه ولم يخبره بكلام، لم يحنث، لما بينا أن الإشارة ليست بخبر.

قال: ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه، فكتب أو أشار لم يحنث؛ لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام وإنما تقوم مقامه، ألا ترى أن الله تعالى أنفذ إلينا كتاباً وليس بمكلم لنا، قال: فإن سئل عنه، فقال: نعم، فقد تكلم؛ لأن نعم لا تستقل [كلاماً] بنفسها، والسؤال مضمّر فيها، فقد أتى بكلام يدل على المراد.

قال: ولو حلف على شيء مما قدمت لك، ف قيل للحالف أما فلان [إنا نذكر] ^(١) أمكنة أو أشياء من الأسرار، فإن لم تتكلم بمكان فلان ولا بسره فقل لنا: ليس [كما تقولون] ^(٢)، وإن تكلمنا بسره أو بمكانه فاسكت ولا تقل شيئاً! فقال: نعم، فذكر له أشياء من الأماكن أو الأسرار، فقال: ليس كما تقولون، ثم ذكر له السر بعينه أو المكان بعينه فسكت، فليس هذا بإظهار ولا إفشاء ولا إعلام، ولا يحنث في شيء مما وصفت لك، وكذلك لو حلف لا يدلهم [ف فعل] ^(٣) مثل ذلك، فليس هذا بدلالة؛ لأن الحالف حلف على فعل نفسه، ولم يوجد منه فعل الإفشاء ولا الإظهار ولا الدلالة وإنما استدلواهم، ويمينه لا تتناول فعلهم.

(١) الزيادة من أ؛ وفي البدائع (نَعُدُّ عَلَيْكَ) ١١٨/٨.

(٢) في ب (كذلك)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (بفعل)، والمثبت من أ.

ولو أوماً برأسه أو أشار إليهم كانت هذه دلالة، إلا أن يعني^(١) بالدلالة الخبر باللسان أو بالكتاب، فيكون على ما عني؛ وذلك لأن الدلالة تتناول الأفعال كما تتناول الأقوال، ألا ترى أن أفعال الله تعالى دلالة عليه، وقوله دليل على الأحكام، فحمل لفظ الدلالة عليهما، فإن نوى أحدهما فقد خصص ما في لفظه.

قال: والبشارة مثل الخبر؛ لأنها خبر [ب/٢٨٢] بصفة وهو ما يتغير عنده بشرة الوجه، فلا يتناول إلا الكلام أو الكتاب^(٢).

قال: وكذلك [الإقرار] لو حلف لا يقر لفلان بحق، فهو مثل الخبر، ولا يحنث بالإشارة؛ لأن الإقرار خبر عن الماضي أو الحال.

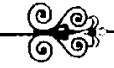
قال: ولو حلف: والله لا أستخدم فلانة، فاستخدمها بكلام أو أمرها بشيء من الخدمة^(٣) أو أشار إليها بالخدمة إشارة، أو أوماً إليها، فقد استخدمها وهو حانث؛ لأن الاستخدام استدعاء الخدمة، فكلُّ فعل يستجلب به خدمتها فهو استخدام ويحنث به.

قال: فإن كانت هذه الأيمان كلها وهو صحيح ثم خرس، فصار لا يقدر على الكلام، كانت [أيمانه] في هذا كله على الإشارة والكتابة في جميع ما وصفت لك، إلا في خصلة، أن تقول: لا أتكلم بسر فلان، فلا يحنث حتى يتكلم؛ وذلك لأن الكلام من [العباد] حروف منظومة تدل على معنى، وذلك لا يوجد في الإشارة، فأما الخبر والإفشاء والإظهار فلا يوجد في الأخرس إلا

(١) في أ (بنوي).

(٢) انظر: الأصل، ٣٥٣/٢.

(٣) في أ (من خدمته).



بالإشارة فحنث بها.

قال: وكل شيء من هذا حنثناه فيه بالإشارة والإيماء، فقال: أشرت أو أومأت وأنا لا أريد الذي حلفت عليه، فإن كان فعل ذلك جواباً لشيء مما سئل عنه مما حلف عليه، لم يصدق في القضاء؛ وذلك لأن الإشارة فيها احتمال، فإن كانت هناك دلالة حال، زال الاحتمال، وإن لم تكن رجع إلى نيته.

قال: وإذا قال: والله لا أعلمه، أو لا أبشّره، أو لا أخبره، فكتب إليه بذلك، أو أرسل رسولاً، فإنه يحنث في ذلك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَبَشِّرْهُ بِعُلْمٍ حَلِيمٍ﴾ [الصفات: ١٠١] وإنما أرسل إليه بذلك، وقد أخبرنا الله تعالى عن الأمم الماضية بالكتاب، فدل على أنه بشارة وخبر، وكذلك أعلمنا به الأحكام، فدل على أن الكتاب^(١) إعلام.

وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال: والله لا أقول لفلان كذا، قال: فهو عندي مثل الخبر والبشارة، ألا ترى أن رجلاً لو قال: والله لا أقول لفلان صَبَّحَكَ اللهُ بخير ثم أرسل إليه رسولاً فقال: قل لفلان يقول لك فلان: صَبَّحَكَ اللهُ بخير، فإنه حانث، ألا ترى أن القائل هو المرسل، وأن الرسول غير قائل ذلك لفلان، [لو كان هو]^(٢) الذي حلف عليه لم يحنث، ألا ترى أن الرجل يقول: قال الله تعالى لنا في كتابه كذا، فأما إذا قال والله لا أكلم فلاناً بهذا الأمر، فهذا على الكلام بعينه، لا يحنث بكتاب ولا رسول، ألا ترى أنك لا تقول كلمنا الله تعالى بكذا.

وقال في الأصل: إذا قال: أي غلmani حدثني فهو على المشافهة؛ لأن ما

(١) في أ (أن بالكتاب يكون إعلام).

(٢) في ب (أو كان هذا).

سوى الكلام ليس بحديث .

وقال في الأصل: إذا قال أيّ عبيدي بَشْرني بكذا فهو حر فبَشْرُوه [١/٢٨٣] جميعاً عَتَقُوا؛ لأن كلَّ واحد منهم مبشر، ألا ترى أن كل واحد منهم أخبر بخير تغيرت عنده بشرة الوجه، [قال الله تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُ بِعَلَمٍ حَلِيمٍ﴾ [الصفات: ١٠١]، ولو بشره واحد بعد واحد لم يعتق الثاني؛ لأنه مخبر وليس بمبشر؛ لأن البشرة لا تتغير عند خبره .

فإن أرسل إليه أحدهم رسولاً فقال الرسول: إن عبدك فلان يخبرك بكذا، عَتَقَ العبد؛ لأن المرسل هو المبشر، وإن أخبره الرسول ولم يصف ذلك إلى العبد، لم يعتق العبد؛ لأنه لا تعلق له بالخبر^(١) .

وقال هشام: أخبرني محمد قال: سألتني هارون أمير المؤمنين عن إنسان حلف لا يكتب إلى فلان فأمر غيره فكتب، فقلت له: أما إذا كان سلطاناً يأمر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب، فإنه يحنث .

وهذا صحيح؛ لأنه إذا كان لا يباشر الكتابة فيمينه على الغالب من حاله وهو الأمر .

قال هشام: قلت لمحمد: فما تقول إذا حلف لا يقرأ لفلان كتاباً، فنظر في كتابه حتى أتى على آخره، وفهمه ولم ينطق به . قال: سألت هارون أبا يوسف وقد كان ابتلي بذلك، فقال: لا يحنث، قال محمد: ولا أرى أن ذلك، ثم ندم محمد فقال: لا أقول فيه شيئاً .

(١) انظر: الأصل ٣٥٣/٢ .

وقال هشام في توضيح آخر ، قال محمد: زعم أبو يوسف أنه لم يقرأه [وأنا بريء من ذلك] ^(١).

وقد روى خلف بن أيوب ، وداود بن رشيد ، وابن رستم عن محمد: أنه يحنث .
وحكى ابن رستم عنه قال: قال أبو يوسف يقرأ في نفسه ولا يتكلم بلسانه ،
قال محمد: هو حانث ؛ لأن معاني كلام الناس هكذا .

لأبي يوسف: أن القراءة ليست عبارة عن التفكير ، وإنما هي تحريك اللسان
بالحروف ، ألا ترى أن الله تعالى أوجب علينا القراءة في الصلاة ، فلو لم نحرك
بها ألسنتنا لم يجز ، وقد أجمعوا: أنه لو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها
ولم يحرك لسانه ، لم يحنث .

لمحمد: أن اليمين محمولة على العادة ، وفي العادة إنما يراد بهذه اليمين
الامتناع من الوقوف على ما في الكتاب ، فحنث بذلك ، وليس كذلك اليمين على
قراءة القرآن ؛ لأن الغرض من قراءته الثواب ، وذلك يكون بتحريك اللسان .

وقال هشام عن محمد: إذا قرأ الكتاب إلا سطرًا ، قال: كأنه قرأه ، قال:
قلت: فإن قرأ نصفه ؟ قال: [لا] ^(٢) ، يعني: لم يقرأه .

قال محمد: إذا قرأ المعاني يعني: التي يحتاج إليها ، فكأنه قد قرأه ؛ لأن
الغرض الوقوف على ما فيه .

قال: وإذا حلف لا يقرأ سورة ، [فقرأها] وترك منها [نحو] الحرف حنث ،

(١) في ب (وإن أمر حتى يقرأ) ، والمثبت من أ .

(٢) في ب (لأنه) ، والمثبت من أ .

وإذا كان كآية طويلة لم يحنث ؛ لأن ترك الحرف لا يغير معنى السورة .

وقال ابن رستم عن محمد: [قال]: لا أبلغك مثل لا أخبرك ، وكذلك [لا] أذكرك بشيء ، [ولا أذكر لك] ^(١) شيئاً ، فإنه يحنث في الكتاب .

قال: [ب/٢٨٣] الذكر والإخبار والإعلام والإبلاغ على الكتاب ، والقول والكلام على الكلام ، قال عمرو: سألت محمداً: عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتمثل بنصف بيت ، قال: لا يحنث ، [قال] قلت: فإن كان نصف البيت بيتاً من شعر آخر ، قال: لا أدري ما هذا ، لا يحنث ؛ لأن الشعر ما ظهر فيه النظم ، وذلك لا يكون إلا في بيت ^(٢) .

قال: وسألت محمداً: عن رجل فارسي حلف أن ^(٣) يقرأ (الحمد) بالعربية فقرأها فلحن ، فقال: لا يحنث ، وإن حلف رجل فصيح أن ^(٤) يقرأ (الحمد) بالعربية ، فقرأها فلحن حنث ؛ إذا لم يكن لأحدهما [نية] ؛ لأن [العربي] ^(٥) إنما أراد بيمينه أن يقرأ بموضوع العرب ، وذلك المَعْرَب دون الملحون ، فأما [العجمي] ^(٦) فإنما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون يعد من العربية ^(٧) .



- (١) في ب (أو أذكرك) ، والمثبت من أ .
- (٢) هنا عبارة (هذا لا يكون إلا في بيت) مكررة في أ .
- (٣) في أ في الموضعين هنا (لا) بالنفي .
- (٤) في أ في الموضعين هنا (لا) بالنفي .
- (٥) في ب (العجمي) والمثبت من أ .
- (٦) في ب (العربي) ، والمثبت من أ . هكذا النص في البدائع ، ٣/٥٥ ، ٥٦ . والسياق يدل على صحة ذلك .
- (٧) انظر: الأصل ٣٥٣/٢ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٣٥/٧ وما بعدها .

بَابُ الحلف على الدخول



[٢٨٣/ب] قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يدخل داراً أو بيتاً أو مسجداً أو حماماً، فالدخول هو: الانفصال من خارج ذلك الشيء إلى داخله، وليس المكث فيه دخولاً.

لو حلف لا يدخل داراً وهو فيها، فمكث فيها بعد يمينه، لم يحنث، ألا ترى أنه لو دَخَلَ الدار يومَ الخميس فمكث فيها إلى يوم الجمعة فقال: والله ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة، وإنما دخلتها يوم الخميس، برّ في يمينه.

والأصل في ذلك: أن الدخول ما ذكر من الانفصال من خارجه إلى داخله، والبقاء على الدخول لا يسمى دخولاً، ألا ترى أنك لا تقول: دخلتها يوماً، ولو كان البقاء يسمى باسم الابتداء جاز أن يضاف إلى الوقت الممتد، ألا ترى أن البقاء على الركوب لما سُمِّي ركوباً، والبقاء على اللبس لما سُمِّي لبساً، جاز أن يقول: ركبت يوماً ولَبِسْتُ يوماً.

قال: وسواء دخلها راكباً أو ماشياً أو محمولاً بأمره؛ وذلك لأن اسم الدخول يتناول الجميع، وقد قالوا فيمن حلف لا يدخل، فأمر غيره فأدخله، حنث؛ لأن فعل الدخول بأمره، فصار كما لو دخلها راكباً، وأما إذا احتمله غيره فأدخله بغير أمره لم يحنث؛ لأنه ليس بداخل، وإنما هو مدخل.

وروى محمد بن أبي رجاء، عن محمد، عن أبي يوسف أنه قال: إذا احتمله

غيره وهو يهوى ذلك ، لم يحنث ؛ لأنه ليس بفاعل للدخول ، واليمين منعقدة على الفعل دون الإرادة .

واختلف أصحابنا المتأخرون إذا احتمله غيره وهو يقدر على الامتناع فلم يمتنع ، فمنهم من قال: يحنث ؛ لأنه لما لم يمتنع مع القدرة صار كأنه فعل الدخول ، ومنهم من قال: لا يحنث ، وهو الصحيح ؛ لأنه ليس بداخل وإن كان ترك الممانعة .

قال: وسواء دخلها من بابها أو غيره ؛ لأنه عقد [يمينه] على الدخول ، فالباب وغيره سواء ، فإن نزل إلى سطحها حنث ؛ لأن سطح الدار منها ، ألا ترى أن الدار ما أحاطت [أ/٢٧٨] به الدائرة .

قال: ولو قام على حائط من حيطانها حنث ؛ لأن الحائط مما يدور عليه الدائرة ، فهو كسطحها .

قال: ولو قام على ظلِّ لها شارع أو كنيف شارع ، فإن أبا يوسف قال: إن كانت الظلة مسكناً للدار المحلوف عليها حنث ، يعني إذا كانت مفتوحة إليها ؛ لأنها كبيت من بيوتها ومنسوبة إليها .

قال: فإن قام على أُسْكُفَّة^(١) الباب تحت الطاق فهو على وجهين ، إن كان الباب إذا أغلق كانت الأُسْكُفَّة خارجة منه ، لم يحنث ؛ لأنها خارج الدار ، ألا ترى أن الباب ينغلق على ما في الدار ، وإن كان الباب إذا أغلق كانت الأُسْكُفَّة داخل الباب حنث ، كما يحنث في سائر بقاع الدار .

(١) «الأُسْكُفَّة: عتبة الباب». المعجم الوجيز (سكف).

قال: وإن أدخل الحالف إحدى رجلية ولم يدخل الأخرى، لم يحنث؛ لأننا لو جعلناه داخلياً بإحدى رجلية جعلناه خارجاً بالأخرى، فلا يكون في وقت واحد داخلياً وخارجاً، وقد روي عن بريدة أنه كان مع النبي ﷺ في المسجد فقال له: «إني لأعلمك آية لم تنزل على نبي بعد سليمان بن داود» قال: فقلت: ما هي؟ فقال: «لا أخرج من المسجد حتى أعلمكها» قال: فلما أخرج إحدى رجلية قلت: لعله قد أنسي، فقال: «بم تفتح القراءة؟» فقلت: بيسم الله الرحمن الرحيم، فقال: «هي هي»^(١)، فدل أنه لم يخرج بإخراج إحدى رجلية، ومن المتأخرين من أصحابنا من قال: هذه المسألة [موضوعة] على أن داخل الدار وخارجها سطح واحد، فإن كانت الدار منهبطة فأدخل إليها إحدى رجلية حنث؛ لأن أكثره حصل فيها.

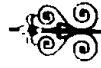
قال: وإن أدخل رأسه ولم يدخل قدميه، لم يحنث، وكذلك إن تناول منها شيئاً بيده، لم يحنث؛ وذلك لأن هذا ليس بدخول، ألا ترى أن السارق إذا فعله بيده، [لم يجب عليه القطع]^(٢).

قال: وإذا حلف لا يدخل داراً، فدخل خراباً قد كان داراً فذهب بناؤها، لم يحنث.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار، فذهب بناؤها بعد يمينه ثم دخلها، حنث في قولهم، وهذا على ما قدمنا أن اليمين المطلقة يعتبر فيها الصفة المعتادة، وإذا

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى وقال: «إسناده ضعيف» ٦٢/١٠؛ والدارقطني في سننه، ٣١٠/١؛ وقال الذهبي: «في سننه سلمة بن صالح الأحمر، واه» تنقيح التحقيق في أحاديث التحقيق ١٤٥/١.

(٢) في ب (لم يقطع)، والمثبت من أ.



تعلقت بعين يعتبر فيها بقاء الاسم ، والدار الخراب تسمى داراً .

وقال أبو يوسف: إذا قال: والله لا أدخل هذا المسجد ، فهدم فصار صحراء ثم دخله ، فإنه يحنث ، قال: وهو مسجد وإن لم يكن مبيناً ؛ وذلك لأن المسجد عبارة عن موضع السجود ، وذلك موجود في الخراب .

ولو حلف: لا يدخل هذا البيت أو بيتاً ، فدخله ولا بناء فيه ، لم يحنث ؛ لما قدمنا أن البيت اسم للبناء [المبني المسقف] ؛ ولهذا^(١) تسمى العرب الأخبية بيوتاً ، فإذا زال البناء زال الاسم .

قال: فإن دخل مسجداً ، أو بيعة ، أو كنيسة ، أو بيت نار ، أو دخل الكعبة ، أو حماماً ، أو دهليزاً ، [ب/٢٧٨] أو ظلة باب دار ، لم يحنث ؛ وذلك لأن المساجد لا تسمى بيوتاً ، والمعتبر في الأعيان الاسم المعتاد ، ولا يقال: إن الله تعالى سماها بيوتاً في قوله تعالى: ﴿ فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تَرْفَعَ ﴾ [النور: ٣٦] ؛ لأن المعتبر في الأيمان بالاسم المعتاد دون تسمية القرآن .

قال: ولو دخل صُفَّةً حنث ، وهذا على عادة أهل الكوفة ؛ لأن الصفة عندهم بيت بصفة: وهو الذي يسمى ببغداد بيت الجاري يسمونه بالكوفة صفة مُجَنِّحة ، وإذا كان بيتاً عندهم حنث ، فأما الصفة المعروفة في البلاد فلا يحنث بدخولها ؛ لأنها لا تسمى بيتاً .

قال: ولو حلف لا يدخل صُفَّةً فدخل بيتاً لم يحنث ؛ لأن الصفة عندهم بيت بصفة ، فلا يحنث فيما لا يوجد فيه تلك الصفة^(٢) .

(١) في أ (لا تسمى) .

(٢) شرح مختصر الطحاوي ٤٣٤/٧ ، ٤٣٥ .

قال أبو يوسف: فإن حلف لا يدخل من باب هذه الدار أبداً، فدخل من غير الباب لم يحنث؛ وذلك لأنه حلف على عين^(١) بصفة، وهو دخولها من الباب.

قال: فإن نقب للدار باب آخر، فإن أراد أن يدخل منه فاليمين على وجوه ثلاثة: إن قال: من هذا الباب لم يحنث بالدخول من المحدث؛ لأنه حلف على باب معين، فلا يحنث بغيره.

وإن قال: من باب الدار وعنى ذلك الباب، دُين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء؛ لأنه حلف على باب [مضاف إلى الدار]^(٢)، وذلك عام في الموجود والمحدث، فإذا نوى أحدهما فقد خصص ما في لفظه، وإن لم يكن له نية فدخل من الباب المحدث حنث؛ لأنه باب مضاف إلى الدار كالباب الأصلي.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل حلف لا يدخل لفلان داراً أو حانوتاً، فدخل داراً أو حانوتاً لفلان، والساكن فيه غير فلان المحلوف عليه، قال محمد: يحنث، إلا أن يقول: الدار أو الحانوت الذي فيه فلان؛ وذلك لأنه حلف على دار يملكها فلان، وذلك موجود فيما يسكنه وفيما لا يسكنه.

قلت: فإن حلف لا يدخل دار فلان ولا حانوته، قال: هل كان قبل هذا كلام؟ قلت: لا، قال: محمد: فإن هذا على داره التي يسكنها كانت له أو كان فيها ساكناً، فأما الحانوت فإن كان للمحلوف عليه حانوت هو فيه فهو كقوله: لا أدخل حانوتاً لك، وهذه المسألة قد بيناها فيما مضى، وذكرنا أنه عقد على دار تضاف إلى فلان، وذلك موجود في إضافة السكنى، وذكرنا في الحانوت أن فلاناً

(١) في أ (يمين).

(٢) في ب (معتاد للدار) والمثبت من أ.

إن كان ممن يسكن الحوانيت فهو على ما يسكنه ، وإن كان ممن لا يسكن فهو على ما يملكه .

قال: وإن حلف لا يدخل دار فلان ، فدخل داراً بين فلان وبين آخر ، فإن كان فلان فيها ساكناً حنث ، وإن لم يكن ساكناً لم يحنث ؛ لأنه إذا كان ساكناً [أضيفت] ^(١) إليه وإن لم يملك [١/٢٧٩] نصفها ، فإذا ملك أولى ، فإذا كان لا يسكنها فالدار مضافة إليهما ، فلا يحنث بدخولها .

قال: فإن حلف لا يزرع أرض فلان ، فزرع أرضاً بين فلان وبين آخر حنث ؛ لأن كل جزء من الأرض يسمى أرضاً ، ولبعض الدار لا يسمى داراً .

قال هشام: قلت لمحمد: فإن حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له ، فدخل داره وفلان فيها ساكن ، قال: لا يحنث ، حتى يدخل البيت ، فإن كانت نيته أن لا يدخل بيته ، يعني مسكنه قال: يحنث ؛ وذلك لأن البيت عبارة عن موضع المبيت ، وذلك لا يوجد في صحن الدار ، فإن نواه فقد شدد على نفسه .

وقال ابن رستم: قال محمد في رجل حلف لا يدخل دار رجل بعينه مثل دار عمرو بن حريث وغيرها من الدور المشهورة (بأربابها ، فدخل الرجل ، وقد كان باعها عمرو بن حريث أو غيره) ممن تنسب قبل اليمين إليه ، ثم دخلها الحالف بعد ذلك ، حنث ؛ لأن الدار المشهورة تضاف إلى أربابها على طريق النسبة لا على طريق الملك ، فزوال الملك لا يوجب زوال اليمين .

قال: وإن كانت هذه اليمين على دار من هذه الدور التي ليست لها نسبة

(١) في ب (انصرف) والمثبت من أ .

تعرف بها ، لم يحنث في يمينه ؛ لأن الإضافة هاهنا يراد بها الملك دون النسبة ، فإذا زال الملك زالت الإضافة .

وقال ابن رستم ، عن محمد في رجل حلف لا يدخل هذه الحجرة فكسرت الحجرة فدخلها ، قال : لا يحنث ، وليست الحجرة كالدار ؛ لأن الحجرة اسم لما حجر بالبناء ، فهي كالبيت ، فإذا انهدمت زال الاسم .

وقال ابن رستم ، عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار فلان ، فصعد السطح ، قال : يحنث ، إلا أن يكون نوى صحن الدار ، فلا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى ؛ وذلك لأنهم قد يذكرون الدار ويريدون الصحن دون غيره ، فقد نوى ما يحتمله كلامه .

ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه حنث ؛ لأن سطح المسجد منه ، ولهذا لا يبطل الاعتكاف بانتقال المعتكف إليه ، فإن كان فوق المسجد مسكن فلا يحنث ؛ لأن ذلك ليس بمسجد ، ولو انتقل المعتكف إليه بطل الاعتكاف بانتقاله إليه .

٢٢٤٩ - ونوع آخر من الدخول : [دخول الدار مجتازاً]

قال أبو الحسن : وإذا حلف [الرجل] لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً ، فإن ابن سماعة روى عن أبي يوسف : أنه إن دخل وهو لا يريد الجلوس ، فإنه لا يحنث ؛ لأنه عقد على كل دخول واستثنى دخولاً بصفة ، وهو ما يقصد به الاجتياز ، وقد حصل ذلك ، فلم يحنث .

قال : فإن دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده ، حنث ؛ لأنه دخل

على غير الصفة المستثناة، فإن دخل لا يريد الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس، لم يحنث؛ لأنه لم يحنث بدخوله [٢٧٩/ب]، فإذا بدا له بعد ذلك، فلم توجد الصفة المحلوف عليها؛ لأن البقاء على الدخول ليس بدخول، فلا يحنث به.

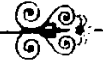
وقال في الأصل: إذا حلف لا يدخل هذه الدار إلا عابر سبيل، فدخلها ليقعد فيها أو ليعود مريضاً فيها أو ليطعم فيها، ولم يكن له نية حين حلف، فإنه يحنث، ولكن إن دخلها مجتازاً ثم بدا له فقعد فيها، لم يحنث؛ لأن عابر سبيل هو المجتاز، فإذا دخلها لغير اجتياز حنث.

قال: إلا أن ينوي لا يدخلها يريد النزول فيها، فإن نوى ذلك فإنه يسعه؛ لأنه قد يقال: دخلت عابر سبيل بمعنى لم أدم على الدخول، ولم أستقر، وقد نوى ما يحتمله كلامه.

وقال هشام، عن محمد، عن أبي حنيفة: في رجل حلف لا يطأ هذه الدار بقدمه فدخلها راكباً، قال: يحنث؛ لأن هذا إنما هو على الدخول، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد؛ وذلك لأن المراد باليمين ليس هو مباشرة قدمه الأرض، ألا ترى أنه لو كان في رجله حذاء نعل حنث، فعلم أن المراد [به] الدخول.

وقال ابن سماعة، عن محمد: في رجل حلف إن وضع قدمه في هذه الدار فعبده حر، فدخلها راكباً فإنه يعتق، وهو قول أبي حنيفة؛ وهذا لما بينا، فإن كان نوى أن لا يضع قدمه ماشياً فهو على ما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه [في الأصل] ^(١).

(١) الزيادة من أ.



وقال في الأصل: إن دخلها راكباً أو ماشياً عليه حذاء أو لا حذاء عليه، فإنه يحنث، وهذا على ما بينا^(١).

٢٢٥٠. ومما يلحق بمسائل هذا الباب: [دخول حانوت من حلف لا بدخل دار فلان]

ما روى هشام، عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يدخل دار فلان فدخل حانوتاً مشرعاً من هذه الدار إلى الطريق، وليس له باب في الدار، فإنه يحنث؛ لأنه من جملة ما أحاطت به الدائرة.

قال هشام: وسألت أبا يوسف: إن دخل بستاناً في تلك الدار؟ قال: لا يحنث، وهذا محمول على بستان متصل بالدار، وأما إذا كان في وَسَطِهَا فإنه يحنث بدخوله؛ لأنه مما أحاطت به الدائرة، هكذا روي عن محمد.

وقال ابن سماعه، عن محمد في نوادره: في رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سَرَباً^(٢) فبلغ داره، وحفر تحت دار فلان حتى جاوزها، فدخل الحالف ذلك السَّرْبَ ومضى فيه تحت دار فلان، قال: لا يحنث، إلا أن يكون من هذه القناة مكان مكشوف إلى الدار يستقي منه أهل الدار، فدخل الحالف القناة وبلغ ذلك المكشوف، فإنه يحنث، وإن لم يبلغه لا يحنث، ولو كان المكشوف [شيئاً] قليلاً لا ينتفع به أهل الدار وإنما هو للضوء فمر الحالف بالقناة حتى بلغ ذلك الموضع فليس بحانث؛ وذلك لأن القناة تحت الدار إذا لم يكن منها منفذ لم يُعَدَّ

(١) انظر: الأصل ٣٠٦/٢ - ٣٠٨.

(٢) «السَّرْبُ - بفتحين - بيت في الأرض، فإن كان له منفذ، سُمِّيَ: نَفَقًا». كما في المغرب (سرب)؛ وفي المعجم الوجيز: «السَّرْبُ: حفير تحت الأرض لا منفذ له». (سرب).

من الدار، ألا ترى أن المقصود [١/٢٨٠] (١) بدخول داره إمّا لكرامة أو هتك حرمة، وذلك لا يوجد فيما لا منفذ منه، فإن كان هناك منفذ يستسقى منه الماء فبلغ إليه فهو كمن دخل في بئر في داره، وإن كان لا ينتفع به إلا للضوء لم يصر داخلاً في الدار، فلا يحنث.

قال: ولو اتخذ فلان سَرَباً تحت داره وجعله بيوتاً، وجعل لها أبواباً إلى الطريق، فدخلها رجل قد حلف لا يدخل دار فلان، فإنه حانث؛ وذلك لأن السَّرَبَ تحت الدار من بيوتها.

قال: ولو عمد فلان إلى بيت من داره أو بيتين فسَدَّ أبوابها من [قَبْل] داره، وجعل أبوابها إلى دار الحالف على دخول الدار، فدخل الحالف هذين البيتين، فإنه لا يحنث؛ لأنها صارت منسوبة إلى [الدار] الأخرى، فلم يحنث بها.

وقال ابن سماعه [عن محمد]: في سِرْدَاب (٢) يكون بابه إلى دار محتفرة في دار أخرى: إنه من الدار التي مدخله إليها وبابه إليها؛ وذلك لأنه بيت من بيوتها.

قال ابن سماعه عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يدخل بغداد فانحدر من الموصل في سفينة فَمَرَّ ببغداد، قال: لا يحنث، فإن خرج فمشى على الجسر حنث، وإن قدم إلى الشَّطِّ ولم يخرج لم يحنث، ولم يكن مقيماً إن كان أهله ببغداد، وإن خرج إلى الشط حنث.

وقال ابن سماعه عن محمد، إذا انحدر في سفينة من الموصل إلى البصرة

(١) ملاحظة: هنا بداية ل ٢٨٥.

(٢) قال الفيومي: «السَّرْدَاب: المكان الضيق يُدْخَلُ فِيهِ». المصباح (سردب)؛ وفي المعجم الوجيز:

«السَّرْدَاب: بناء تحت الأرض يُلْجَأُ إِلَيْهِ مِنْ حَرِّ الصَّيْفِ، وَجَمْعُهُ سَرَادِيبٌ». (سرد)



فمر في وَسَطِ الدَّجَلَةِ ، قال: هو حانث .

لأبي يوسف: أن دخول البلد يكون بالاستقرار فيه ، وموضع الدجلة ليس بموضع الاستقرار ، فلا يقصد بالدخول .

ومحمد يقول: إن الدجلة من البلد ، ألا ترى أنه لو عقد عليها جسراً كان من البلد ، وكذلك إذا حَصَلَ في هذا الموضع وهو في السفينة^(١)(٢) .



(١) في أ (في ذلك الموضع في سفينة) .

(٢) انظر: الأصل ٣١٠/٢ ، ٣١١ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٧/٧ .

بَابُ الحلف على السكنى

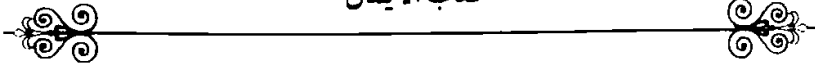
—•••••—

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يسكن هذه الدار [قال]: فالسكنى أن يسكنها بنفسه، وينقل إليها من متاعه ما يتأث به ويستعمله في منزله، فإذا فعل ذلك فهو ساكن، وهو حانث [في يمينه]؛ وذلك لأن السكنى هي للكون في المكان على طريق الاستقرار والمداومة، وذلك يكون بما يسكن به في العادة، ألا ترى أن من جلس في المسجد وبات فيه لم يكن ساكناً للمسجد، ولو أقام فيه بما يتأث به وصف بسكنى المسجد، فوجب اعتبار ذلك في اليمين.

قال: وإن كان فيها ساكناً وحلف لا يسكن فيها، فإنه لا يبتر حتى ينتقل عنها بنفسه وأهله وولده الذين معه، ومتاعه، ومن كان يأويها لخدمته والقيام بأمره في منزله، فإن لم يفعل ذلك و[لم] يأخذ في النقلة من ساعته وهي ممكنة، حنث. والكلام في هذا في فصلين: أحدهما: أنه إذا حلف لا يسكن فانتقل بأهله ومتاعه في الحال، لم يحنث، وقال زفر: يحنث.

وعلى [ب/٢٨٠] هذا الخلاف، إذا حلف الراكب [أن لا يركب]، فنزل في الحال، وإذا حلف اللابس أن لا يلبس فنزع في الحال.

وجه قولهم: أن اليمين تعقد على ما يمكن الاحتراز منه، ولا تعقد على ما لا يمكن الاحتراز منه، ألا ترى أن الإنسان يحلف ليبر لا ليحنث، ومعلوم أن ما بين الحلف والنزول والانتقال لا يمكن الاحتراز منه، فكانت اليمين على ما سواه.



وجه قول زفر: أنه قد وجد عقيب اليمين جزءاً من السكنى [وإن قلّ] لو حصل [ذلك] من الحالف على السكنى وليس هو في الدار، حنث، فكذلك إذا حصل ممن هو فيها.

والفصل الثاني: إذا انتقل بنفسه ولم ينقل متاعه وأهله، قال أصحابنا: يحنث، وقال الشافعي: لا يحنث^(١).

لنا: أن السكنى إنما تكون بما يسكن به [في] العادة على ما بيننا، فإذا حلف على نفيها اقتضى إزالة ما صار به ساكناً، فإذا لم يفعل حنث؛ لأن قوله: لا أسكن هذه الدار [أي: لا أسكنها] تنزهاً عنها وصيانة لنفسه وكراهة لها، وذلك مما يقصده الإنسان في أهله كما يقصده في نفسه، فكانت اليمين عليهما.

وقد تكلم الشافعي محتجاً في هذه المسألة [قال]: إذا خرجت من مكة وخلفت دفتراً بها أفأكون ساكناً بمكة؟ وهذا غلط؛ لأن الدفاتر لا يسكن بها في البيوت، فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنى.

وعلى أن من أصحابنا من قال: إذا حلف لا يسكن هذه الدار، فخرج منها وفيها أهله أو متاعه، حنث؛ لأنه يسمى ساكناً، ألا ترى أنه يقال للرجل وهو في السوق: أين تسكن؟ فيقول: في موضع كذا، فدل على أنه ساكن وإن لم يكن فيها.

قالوا: ومن حلف لا يسكن في بلد فخرج منه وترك أهله فيه لم يحنث، لأنه لا يقال لمن بالبصرة [أنه] ساكن بالكوفة، أما إذا انتقل بنفسه وأهله ومتاعه وترك

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٩٣؛ رحمة الأمة ص ٢٠٠.

من أثنائه شيئاً يسيراً ، فإن أبا حنيفة قال : يحنث ، وقال أبو يوسف : إذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتاً ولا بعض الدار ، لا يحنث ، [ولست أجد] ^(١) في هذا حداً ، وإنما هو على الاستحسان ، وعلى ما يعرفه الناس .

وكان أصحابنا يقولون : معنى قول أبي حنيفة : إذا ترك شيئاً يسيراً ، يعني : ما يعتد به في التأث ، ويسكن بمثله ، فأما إن خلف فيها وتداً أو مكنسة ، لم يحنث .

لأبي حنيفة : أن اليمين لما اقتضت خروجه من الدار وإخراج ما صار به ساكناً ، فمتى بقي منه شيء فلم يوجد شرط البر بكماله ، فحنث .

لأبي يوسف : أن اليسير من الأثاث غير معتد به ، ألا ترى أنه لا يسكن ^(٢) بمثله ، فصار كالوتد .

٢٢٥١ - فصل : [الحنث إذا منع من التحول والخروج]

قال : فإن منع من التحول وأن يخرج بنفسه ، ومنعوا متاعه وأوثقوه وقهروه ، فإنه لا يحنث وإن أقام على ذلك أياماً ؛ وذلك لأن البقاء على السكنى يجري مجرى الابتداء ، ومعلوم أن من حلف [١/٢٨١] لا يسكن هذه الدار ، فحمل إليها مكرهاً لم يحنث به ، وكذلك البقاء إذا كان بإكراه لم يحنث به ؛ لأنه ليس بساكن ، وإنما هو مسكن .

وقال محمد : إذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فمكث في طلب منزل أياماً ثلاثاً ^(٣) فلم يجد ما يستأجر ، وكان يمكن أن يخرج من المنزل

(١) في ب (وليست أحد) والمثبت من أ .

(٢) في أ (لا يصير ساكناً) .

(٣) في أ (قليلة) .

أو يضع متاعه خارجاً من الدار، قال: لا يحنث؛ لأن هذا من عمل النقلة؛ وذلك لأن النقلة محمولة على العادة، والمعتاد أن ينتقل من منزل إلى منزل، فأما أن يلقي متاعه على الطريق فليس بمعتاد؛ ولأنه مادام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال، كما لو خرج يطلب من يحمل^(١) رحله.

قال محمد: إن كان الساكن موسراً وله متاع كثير وهو يقدر على أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل، وجعل ينقل بنفسه الأول فالأول فمكث في ذلك سنة، قال: إذا كان النقل^(٢) لا يغير، فإنه لا يحنث؛ وذلك لأن الحنث يقع بالاستقرار في الدار، ومن تشاغل بالانتقال فليس بمستقر؛ ولأنه لا يلزمه الانتقال على أسرع الوجوه، ألا ترى أن الانتقال المعتاد لا يحنث به وإن كان غيره أسرع منه.

قال: فإن تحول ببدنه وقال ذلك أردت، وقد كان حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها فهو كما نوى؛ وذلك لأنه إذا حلف [لا يسكن هذه الدار]^(٣) لم يكن ساكناً إلا بنفسه وأثائه، فإذا قال: أردت السكنى بنفسي فقد شدد على نفسه.

قال: فإن كان الحلف [وُجد] وهو ساكن وقال: نويت الانتقال ببدني، دُين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء؛ لأنه نوى غير ظاهر كلامه، فلم يصدق في القضاء^(٤).

قال: وإذا كان رجل ساكناً مع رجل في دار، فحلف أحدهما لا يساكن

(١) في أ (ينقل).

(٢) في أ (التقلان).

(٣) الزيادة من أ.

(٤) انظر: الأصل، ٣٠٢/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٢٥/٧ وما بعدها.

صاحبه ، فإن أخذ في النقلة وهي ممكنة على المكان وإلا حنث ، والنقل على ما وصفنا لك إذا كان ساكناً في الدار فحلف لا يسكنها ؛ وذلك لأن المساكنة أن يجمعهما منزل واحد ، فإذا لم ينتقل في الحال فالبقاء على المساكنة مساكنة ، فحنث .

قال : فإن وهب الحالف متاعه للمحلوف عليه ، أو أودعه ، أو أعاره ثم خرج في طلب منزل ، فلم يجد منزلاً أياماً ولم يأت الدار التي فيها صاحبه ، قال محمد : إن كان وهب المتاع وأقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود إليه ، فليس بمساكن له ، وكذلك إن أودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود إلى ذلك المنزل ، وكذلك العارية ؛ لأنه إذا وهب المتاع وأقبضه وخرج ، فليس بساكن بنفسه ولا بماله ، وإذا أودعه فليس بساكن له ، وإنما هو في يد المودع ، وكذلك إذا أعاره فلم يحنث .

قال : ولو كان له في الدار زوجة فأرادها على الخروج ، فأبت [٢٨١/ب] وامتنعت وحرّض على خروجها واجتهد فلم [تخرج] ^(١) ، فإنه لا يحنث إذا كانت هذه حالها ؛ وذلك لأنه لو بقي في الدار مكرهاً لم يحنث لعدم اختياره للسكنى ، وإذا بقي فيها ما يسكن به بغير اختياره فهو كذلك .



(١) في ب (تفعل) والمثبت من أ .

بَابُ السكنى في الأماكن



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يساكن فلاناً، فساكنه في دار أو بيت أو غرفة، حنث؛ وذلك لأن المساكنة هي القرب والاختلاط، فإذا سكننا في موضع يصلح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه، فحنث.

قال: فإن ساكنه في دار، هذا في حجرة وهذا في حجرة، أو هذا في منزل وهذا في منزل، حنث، إلا أن تكون داراً كبيرة.

قال أبو يوسف: مثل دار الرقيق ونحوها، ودار الوليد بالكوفة، فإن هذا لا يحنث، وكذلك كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل.

وقال هشام عن محمد: إذا حلف لا يساكن فلاناً ولم يسم داراً، فسكن هذا حجرة وهذا حجرة لم يحنث، إلا أن يساكنه في حجرة واحدة.

قال هشام: قلت [لمحمد]: فإن حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة منها وهذا حجرة، قال: يحنث.

لأبي يوسف: أن المساكنة هي الاختلاط والقرب، فإذا كانا في حجرتين في دار صغيرة بالقرب موجود، فهو كبيتين من دار، وإذا كانا في حجرتين من دار عظيمة، بالقرب لا يوجد، فهو كدارين في محلة.

لمحمد: أن الحجرتين المختلفتين كالدارين، بدلالة أن السارق من أحدهما

إذا نقل إلى الأخرى قطع ، وليس كذلك إذا حلف لا يساكنه في دار ؛ لأن اليمين على أن يجمعهما دار واحدة ، وقد جمعهما ، وإن كانا في حجرها .

فأما إذا سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت ، وقد حلف لا يساكنه ولم يسم داراً ، حنث في قولهم ؛ لأن بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد ، ألا ترى أن السارق إذا نقل من أحد البيتين إلى الآخر [لم] ^(١) يقطع .

وقال أبو يوسف: فإن ساكنه في حانوت في السوق يعملان فيه عملاً أو يبيعان تجارة ، فإنه لا يحنث ، وإنما اليمين على المنازل التي إليها المأوى وفيها الأهل والعيال ، وأما حوانيت البيع والعمل فليس اليمين عليها ، إلا أن ينويها أو يكون كلامٌ بينهما قبل اليمين يدل عليها ، فتكون اليمين على ما تقدم من كلامهما ومعانيهما ^(٢) ؛ وذلك لأن السكنى عبارة عن المكان الذي يأوي إليه الناس في العادة ، ألا ترى أنه لا يقال: فلان يسكن السوق وإن كان يتجر فيها ، فإن جعل السوق مأواه قيل إنه يسكن السوق ، فإن كان هناك دلالة تدل على أنه أراد باليمين ترك المساكنة في السوق ، حملت اليمين على [١/٢٨٢] ذلك ، فإن لم يكن هناك دلالة ^(٣) فقال: نويت المساكنة في السوق أيضاً ، فقد شددَ على نفسه .

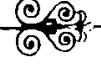
قال: وإذا حلف لا يساكن فلاناً بالكوفة ، ولا نية له ، فسكن أحدهما في دار والآخر في دار أخرى في قبيلة واحدة ، أو محلة واحدة ، أو درب ، فإنه لا يحنث ، حتى يجمعهما السكنى في دار ؛ وذلك لأن المساكنة هي المقارنة ^(٤)

(١) الزيادة من أ .

(٢) في أ (على ما يقع من كلامهما ومقاصدهما) .

(٣) في أ (نية) .

(٤) في أ (المعاونة) .



والمخالطة، وذلك لا يوجد إذا كانا في دارين، فأما ذكر الكوفة فلتخصيص اليمين لها، حتى لا يحنث بمساكنته في غيرها.

فإن قال: نويت أن لا أسكن الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة، حنث؛ لأنه شدد على نفسه، وكذلك إن حلف لا يساكنه في الدنيا، فاليمين على المساكنة في دار واحدة على ما بينا.

قال: ولو أن ملاحاً حلف لا يساكن فلاناً، فساكنه في سفينة مع كل واحد منهما أهله ومتاعه واتخذها منزلاً، فإنه يحنث، وكذلك أهل البادية إذا جمعهم خيمة، فإن تفرقت الخيام لم يحنث وإن تقاربت؛ لأن السكنى محمولة على العادة، وعادة الملاحين السكنى في السفن، وعادة البادية السكنى في الأخبية^(١)، فيحمل يمينهم على عاداتهم^(٢).



(١) في أ (الخيام).

(٢) انظر: الأصل ٣٠٢/٢ وما بعدها.

بَابُ

[الحلف بالإيواء والبيتوتة]

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأوي^(١) مع فلان أو لا يأوي في مكان، أو دار، أو بيت، فالإيواء: الكون ماكثاً في مكان، ومع فلان في مكان قليلاً كان المكث أو كثيراً، ليلاً كان أو نهاراً، وهو قول أبي يوسف الأخير وقول محمد إلا أن يكون نوى أكثر من ذلك يوماً أو أكثر، فيكون على ما نوى.

روى هذا ابن رستم: في رجل حلف بالطلاق لا يأويه وفلاناً بيت؛ وذلك لأن الإيواء عبارة عن المصير في الموضع، قال الله تعالى: ﴿سَأْوَىٰ إِلَىٰ جَبَلٍ يَعْصِمُنِي مِنَ الْمَاءِ﴾ [هود: ٤٣] يعني: ألتجىء، وذلك [موجود]^(٢) في قليل الوقت وكثيره.

وقد كان قول أبي يوسف الأول: إن الإيواء مثل البيتوتة، وأنه لا يحنث حتى يقيم في المكان أكثر الليل؛ لأنهم يذكرون الإيواء كما يذكرون البيوتة، فيقولون: فلان يأوي في هذه الدار، كما يقولون: يبيت فيها.

فأما إذا نوى أكثر من ذلك، فالأمر على ما نوى؛ لأن اللفظ محتمل، ألا ترى أنهم يذكرون الإيواء ويريدون به السكنى والمقام.

وقد روى ابن رستم عن محمد في رجل قال: إن آواني وإياك بيت أبداً،

(١) الإيواء من «أوى إليه: التجأ وانضم، وآواه غيره إيواءً، ومنه قوله: فإن آواه سقف». المغرب (أوي).

(٢) في ب (من مردود)، والمثبت من أ.

أنه على طرفة عين في قول أبي يوسف الآخر، وقولنا: إلا أن يكون نوى أكثر من ذلك يوماً أو أكثر.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا حلف لا يؤوي فلاناً، وقد كان المحلوف عليه في عيال الحالف ومنزله، فلا يحنث الحالف إلا أن يعيد المحلوف عليه مثل ما كان عليه، وإن لم يكن المحلوف عليه في عيال الحالف، فهذا على نية [٢٨٢/ب] الحالف، إن نوى أن لا يعوله فهو كما نوى، وكذلك إن [حلف] ^(١) أن لا يدخله عليه بيته [فهو كما نوى] ^(٢)؛ وذلك لأن قوله: لا آويه يذكر ويراد به ضمه إلى نفسه في منزله، وقد يريد به القيام بأمره، فإن كان في اللفظ دليل على عكسه وإلا رجع ^(٣) إلى نيته.

قال: فإن دخل المحلوف عليه بغير إذنه فرآه فسكت، لم يحنث، وذلك لأنه حلف على فعل نفسه، وإذا لم يأمره لم يوجد فعله.

قال عمرو عن محمد: الإيواء عندي الكينونة ^(٤) والسكنى، فإن نوى المبيت فهو على ذهاب الأكثر من الليل، وإن لم ينو شيئاً فهو على ذهاب ساعة.

قال أبو الحسن: وإذا حلف أن لا يبيت مع فلان، أو لا يبيت في مكان كذا، فالمبيت بالليل حتى يكون ذلك منه أكثر من نصف الليل، وإن كان أقل، لم يحنث، وسواء نام في الموضع أو لم ينم؛ وذلك لأن البيوتة عبارة عن الكون

(١) في ب (نوى) والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في أ (رجعنا).

(٤) في أ (البيوتة).

بالمكان (أكثر الليل)^(١)، ألا ترى أن الإنسان يدخل على غيره ليلاً ويقيم عنده قطعة من الليل فلا يقال: بات عنده، فإن أقام أكثر الليل قيل: بات عنده، ويقال: بات فلان في منزله وإن كان في أول الليل في غيره، ولا يعتبر بالنوم؛ لأن اللفظ لا يقتضيه، كما لا يقتضي اليقظة، فلم يكن شرطاً فيه.

قال ابن رستم عن محمد: في رجل حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية الليل، قال: لا يحنث؛ وذلك لأن البيتوتة إذا كانت أكثر الليل فقد حلف على ما ليس بموجود، فلم تنعقد يمينه^(٢).



(١) ساقطة من أ.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٥٠٩.

بَابُ الحلف على الخروج



قال أبو الحسن: الخروج من الشيء: هو الانفصال من داخله إلى خارجه، وهو عكس الدخول، فإذا حلف لا يخرج من شيء فاعتبره بالدخول على ما بيّنت لك في الدخول، فإذا كان انفصاله من موضع إلى الشيء المجلوف عليه دخولاً فيه، فانفصاله من الموضع الذي يكون به داخلًا إلى الموضع الذي يتدئ منه الدخول خروج، وهذا في البلدان، والدور والمنازل، والسفن، والأخبية والفساطيط والخيم؛ وذلك لأن الخروج هو الانفصال من داخل إلى^(١) خارج، فإذا حصل ذلك وقد حلف عليه، تناولته اليمين.

فإن حلف لا يخرج إلا على صفة، فاعتبر تلك الصفة عند الانفصال، كما لو حلف لا يدخل إلا على صفة، أن تلك الصفة تعتبر حال الدخول.

قال: والخروج من الدور المسكونة: أن يخرج [١/٢٨٣] الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما يفعل إذا حلف أن لا يسكن، وإذا كان الحلف على الخروج من البلدان والقرى، فهو على خروج الحالف بيده خاصة؛ وذلك لأن حلفه على الخروج من الدار لكرائها، ومن كره شيئاً لنفسه كرهه لأهله، فأما يمينه على الخروج من البلد فقد حمله على الخروج بيده خاصة؛ لأنه يقال: خرج من البلد وإن [كان] فيه عياله، ويقال: لم يخرج من الدار إذا كان فيها عياله [ووثّقه]^(٢)، وقد خرج منها لحاجة [سفرًا وغيره]، وهذا يشهد لقول من قال من أصحابنا أن من حلف

(١) في أ (من داخل الشيء إلى خارجه).

(٢) «الثقل - بفتحيتين - متاع المسافر وحشمه، والجمع: أثقال». المغرب (ثقل).

لا يسكن في بلد فخرج بنفسه دون عياله ، برّ .

وقد ذكر هذا الفصل في الخروج ابن سماعة ، عن أبي يوسف ومحمد ، في الرقيات ، وقال هشام : سمعت أبا يوسف قال : إذا قال : والله لا أخرج - وهو في بيت - من الدار فخرج إلى الدار لم يحنث ، إلا أن يكون نيته ألا يخرج من البيت ، فإذا خرج من الدار حنث .

فإن قال : نويت بالخروج إلى مكة ، أو خروجاً من البلد ، فإنه لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ؛ وذلك لأن البيت والدار في حكم البقعة الواحدة ، فاليمين على الخروج المطلق ، يقتضي الخروج منها .

فإن قال : أردت الخروج من البيت ، فقد شددت على نفسه ، وإن قال : أردت الخروج إلى مكة ، فقد خصص ما ليس في لفظه ، ألا ترى أنه خصص الجهات التي يقع إليها الخروج .

وعلى هذا قال محمد في الجامع الكبير : لو قال : إن خرجت فعبدي حر ، وقال : عنيت السفر إلى بغداد دون ما سواها ، لم يُدَيَّن^(١) في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى تخصيص^(٢) الجهات ، وذلك ليس في لفظه .

وقال هشام : سألت محمداً عن رجل حلف لا يخرج من الرّي إلى الكوفة ، فخرج من الرّي يريد مكة وطريقه على الكوفة ، قال محمد : إن كان حين خرج من الرّي نوى أن يمر بالكوفة فهو حانث ، وإن كان حين خرج نوى أن لا يمر بها ثم بدا له بعد ما خرج ، فصار من الرّي في الموضع الذي يقصد فيه الصلاة أن يمر

(١) في أ (يصدق) .

(٢) في أ (التخصيص) .

بالكوفة فمر بها ، لم يحنث ؛ وذلك لأنه لما نوى أن يخرج إلى مكة ويمر بالكوفة فقد نوى الخروج إلى الكوفة وإلى غيرها ، فيحنث ، [وإذا نوى أن لا يمر بالكوفة ، فلم ينو الخروج إليها ، وما بعد ذلك ليس بخروج ، فلا يحنث] ^(١)

وإن كانت نيته أن لا يخرج إلى الكوفة خاصة ليس إلى غيرها ، ثم بدا له في الحج فخرج ونوى أن يمر بالكوفة ، قال محمد: هذا لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى تخصيص ما في لفظه .

وقال [٢٨٣/ب] ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا إلى المسجد فأنت طالق ، فخرجت تريد المسجد ، ثم بدا لها فذهبت إلى غير المسجد لم تطلق ؛ وذلك لأن الخروج حصل إلى المسجد ، فصار مستثنىً من اليمين ، فإذا [خرجت ، ثم] قصدت غير المسجد [فهو بقاء على الخروج] ، فالبقاء على الخروج ليس بخروج ، فلم يحنث .

وقال عمرو: سألت محمداً عن رجل حلف ليخرجن من الرقة ، ما الخروج؟ قال: إذا جعل البيوت خلف ظهره ؛ وذلك لأن من حصل في هذا الموضع جاز له القصر ، فعلم أنه خرج من البلد .

وقال عمرو: وسئل محمد عن رجل قال لامرأته: إن خرجت في غير حق فأنت طالق ، فخرجت في جنازة والد أو أخ ، قال: لا تطلق ، وكذلك كل ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، وكذلك خروجها إلى العرس أو خروجها فيما يجب عليها ؛ وذلك لأن الحق ليس يراد به الواجب في العادة ، وإنما يراد به ما يستحق في العادة ، وهذا مستحق في العادة ^(٢) .

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٣١١/٢ وما بعدها .

بَابُ

الرجل يحلف لا يدخل على فلان



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يدخل على فلان، ولم يسم شيئاً، فدخل عليه بيته، فإنه يحنث إذا كان يقصده بالدخول، فإن لم يقصده لم يحنث، وكذلك إن دخل عليه بيت رجل آخر؛ وذلك لأنه يكون داخلاً عليه بالقصد إليه، فإذا دخل وهو لا يقصده فليس بداخل عليه؛ ولأنه حلف لا يدخل عليه استخفافاً به وتركاً، لا كرامة، وهذا لا يكون إلا مع القصد.

وقد ذكر أبو الحسن في هذا الباب، عن ابن سماعة في نوادره ضد هذا، فقال في رجل قال^(١): والله لا أدخل على فلان بيتاً، فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولا يعلم به الحالف، فإنه حانث بدخوله؛ وذلك لأنه حلف على الدخول عليه، والعلم (بشرط الحنث)^(٢) ليس بشرط في الحنث، كمن حلف لا يكلم زيداً وكلمه وهو لا يعرفه، إلا أن ظاهر المذهب ما قدمناه.

قال: ولو علم أنه فيه فدخل ينوي الدخول على القوم غيره، لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى؛ [وذلك] لأنه ليس بداخل عليه إذا قصد غيره، إلا أنه لا يصدق في القضاء؛ لأن الظاهر دخوله على الجماعة، وما في اعتقاده لا يعرفه الحاكم.

(١) في أ (ولو قال رجل والله).

(٢) سقطت من أ.

قال أبو الحسن: فإن دخل عليه في مسجدٍ أو ظلَّةً، أو سقيفة^(١)، أو دهليز^(٢) دار، لم يحنث؛ وذلك لأن دخول المسجد ليس بدخول عليه، لأن المقصود هو الدخول المعتاد الذي يدخل الناس بعضهم على بعض، وذلك يكون في البيوت خاصة، فإن دخل عليه في فسطاط أو خيمة أو بيت [٢٨٤/١] شعر، لم يحنث، إلا أن يكون الحالف من أهل البادية؛ وذلك لأن الدخول المعتاد في غير أهل البادية إنما يكون في البيوت والدور، والدخول في البادية يكون على العمدة^(٣)، فحمل ذلك على العادة.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا حلف لا يدخل على فلان هذه الدار، فدخل الدار وهو في بيت في الدار، قال: فإنه لا يحنث؛ لأن فلاناً ليس في الدار، وإن كان في صحن الدار حنث؛ وذلك لأنه لا يكون داخلياً عليه إذا لم يكن يشاهده، ألا ترى أن السَّقَاءَ يدخل دار الأمير فلا يقال إنه دخل على الأمير.

قال: فإن قال: والله لا أدخل على فلان هذه القرية، فدخل القرية، فإنه لا يحنث؛ وذلك لأنه إنما يكون داخلياً عليه إذا دخل في بيته، وتخصيص القرية حتى لا يقع الحنث بالدخول عليه في غيرها.

وقال ابن رستم عن محمد: إذا قال: والله لا أدخل على فلان، ولم يذكر بيتاً ولا غيره، فدخل عليه فسطاطاً أو داراً حنث، وهذا محمول على أن عادة فلان أن يدخل عليه في الفسطاط، وإلا لم يحنث [كما في الباب الأول، فإن

(١) «والسقيفة: الصُّفَّة، وكل ما سُقِّف من جناح وغيره». المصباح (سقف)؛ وفي المعجم الوجيز: «السقيفة: العريش يستظل به». (سقف).

(٢) «الدهليز: المدخل بين الباب والدار». المعجم الوجيز (دهل).

(٣) «والعمُد جمع عمود، ويقال لأصحاب الأخبية: أهل عمود وعمود وعماد». المصباح (عمد).

دخل عليه في حَمَّام، أو في مسجد، أو في الكعبة، فإنه لا يحنث [؛ وذلك لأن المقصود باليمين الامتناع من الدخول في الموضع الذي يكرم الناس بالدخول عليه فيه، وهذا لا يوجد في الحَمَّام والمساجد.

قال محمد: ولو دخل على فلان بيته وهو يريد [رجلاً زائراً عنده] ^(١) لم يحنث، فإن دخله وهو يريده أو لا نية له حنث؛ وذلك لأنه إذا نوى الدخول على غيره فلم يقصده بالدخول فلا يحنث، وإن أطلق الدخول فهو داخل على كل من في الدار، فحنث، وهذا كالسلام إذا حلف لا يسلم على رجل فسلم على جماعة وهو فيهم، حنث، وإن لم يرده بالنية، لم يحنث ^(٢).



(١) في ب (إجلالاً زائراً غيره) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣٠٦/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٣٤/١.

بَابُ الحلف على اقتضاء الدراهم



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل ليأخذنَّ من فلان حقه، أو ليقتصن من فلان حقه، فأخذ منه بنفسه، أو أمر من أخذها منه، أو أخذها من ضامن عنه، أو محتال عليه بأمر المطلوب، برَّ؛ وذلك لأنه إذا أخذ من وكيله أو كفيله بأمره فقد أخذ منه، ألا ترى أن حقوق القضاء لا تتعلق بالفاعل، وتتعلق بالآمر.

قال: فإن قبض من رجل لم يأمره المطلوب، أو محتال عليه، أو ضامن بغير أمره، حنث في يمينه ولم يبرَّ؛ وذلك لأن القبض ليس من المحلوف عليه، ألا ترى أن الدافع لا يرجع عليه بما أعطاه، فلم يوجد شرط البر فحنث.

وكذلك لو كان الحالف الذي عليه المال، [فقال] ^(١): ليعطين فلاناً حقه، فأعطاه بنفسه، أو برسول، أو أحاله، أو أمر من ضمنه له فأخذه ^(٢) الطالب، برَّ الحالف في يمينه لما بيَّن أن حقوق الدفع لا تتعلق بالدافع، فتتعلق بالآمر، فكأنه دفع بنفسه.

ولو كان ذلك بغير أمره [ب/٢٨٤] حنث الحالف؛ لأن الدفع المحلوف عليه لم يوجد، ألا ترى أن الدافع لا يرجع عليه.

فإن قال الحالف في هذين الوجهين: أردت أن يكون ذلك بنفسي، كان كما

(١) في ب (فحلف) والمثبت من أ.

(٢) في أ (وقبضه).

قال ، فإن لم يفعل بنفسه حنث ؛ لأنه شدد على نفسه .

فإن كان المطلوب حلف أن لا يعطيه ، فأعطى على أحد هذه الوجوه حنث ، فإن قال : إنما أردت أن لا أعطيه أنا بنفسى ، لم يُدَيِّن في القضاء ، ودَيِّن (١) فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن العطاء بفعله وفعل غيره سواء في القصد ، فيتناولهما اليمين ، فإذا نوى غير الظاهر لم يصدق في القضاء .

ولو أخذ به ثوباً أو عوضاً فقبض العوض فهو بمنزلة قبض المال ؛ وذلك لأنه يصير مستوفياً بأخذ العوض ، كما يصير مستوفياً بأخذ نفس الحق .

قال : ولو كان الطالب حلف ليأخذنَّ ماله منه ، أو ليقبضنَّه ، أو ليستوفيه ، ولم يوقت ، فأبرأه من المال ، أو وهبه له حنث في يمينه ؛ وذلك لأن شرط البر فأت في يمين منعقدة ، ألا ترى أن البراءة ليس بقبض ولا استيفاء .

قال : لو كان وقتاً وقتاً ، فقال : اليوم ، أو إلى كذا وكذا ، فأبرأه قبل ذلك أو وهبه له ، لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد إذا جاوز ذلك الوقت ، ويحنث عند أبي يوسف ؛ لأن اليمين الموقَّتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت ، فكأنه قال : في آخر الوقت لأقضيه دينه ، ولا دين له [عليه] ، فلا تنعقد اليمين عندهما ، وتنعقد عند أبي يوسف ، ويحنث .

قال : فإن قبض الدين فكان زيوفاً أو بهرجة فهو قبض ، ويبرّ من حلف على القبض أو على الدفع ؛ لأنها من جنس الجياد ، ألا ترى أنه يجوز أخذها في ثمن الصرف ، فوقع بها الاقتضاء .

(١) في أ (ولا فيما) .



وإن كانت ستوقه فليس هذا بقبض ؛ لأنها ليست من جنس الدراهم ، ولا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف .

وكذلك لو ردّ الثوب الذي أخذ عن الدين بعيب أو استحق ، كان قد برّ في يمينه ، وهذا قبض ؛ لأن المعيب قد صحّ قبضه عن الحق ، وإنما يفسخ قبضه بعد الاستيفاء ، والمستحق يصح قبضه ، وإنما يبطل فيه القبض لعدم الإجازة .

وقد قالوا: إذا اشترى بدينه بيعاً فاسداً وقبضه ، فإن كان في ثمنه^(١) وفاء بالحق فهو قابض لدينه ، ولا يحنث ، وإن لم يكن فيه وفاء ، حنث ؛ لأن المضمون في البيع الفاسد القيمة دون المسمى .

ولو غصب الحالف مالاً مثل دينه ، برّ ؛ لأن الاقتضاء يقع به ، وكذلك لو استهلك له دنانير أو عروضاً ؛ وذلك لأن القيمة تجب في ذمته ، فتصير قصاصاً .

وقال محمد: إذا قال: إن لم أترن من فلان ما لي عليه [٢٨٥/أ] ، أو [قال]: إن لم أقبض ما لي عليه في كيس ، أو قال: إن لم أقبض ما لي عليه دراهم ، أو بالميزان ، أو قال: إن لم أقبض دراهم فضا من الدراهم التي لي عليه ، فأخذ بذلك عوضاً أو شيئاً مما يوزن من الزعفران أو غيره ، فهو حانث ؛ وذلك لأنه لما ذكر الوزن وذكر الكيس والدراهم وقعت يمينه على جنس حقه ، فإذا أخذ عوضاً عنه ، حنث^(٢) .



(١) في أ (قيمه) .

(٢) انظر: الأصل ٣٣٥/٢ .

بَابُ الحلف على الاستخدام



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يستخدم جارية^(١) قد كانت تخدمه ولا نية له، فجعل الخادمة تخدمه من غير أن يأمرها، حنث؛ وذلك لأنه مستخدم لها بالمعنى وإن لم يستخدمها [بالعبارة]^(٢)، ألا ترى أنه باقٍ على استخدامها السابق.

وليس كذلك إذ حلف على جارية^(٣) لا يملكها فخدمته بغير أمره، أنه لا يحنث؛ لأنه لم يستخدمها بالنطق ولا بالمعنى، فلم يحنث في يمينه.

[وعلى هذا]^(٤) ينبغي أن يقال: إذا نهى خادمته عن خدمته ثم خدمته بغير أمره لم يحنث؛ لأنه قطع استخدامها السابق بالنهي، فصارت خادمة له بغير استخدام.

قال: ولو حلف لا تخدمه فلانة، فخدمته بأمره أو بغير أمره وهي خادمة أو خادم غيره، حنث؛ لأنه عقد على فعلها، ولم يعقد على فعل نفسه، وفعلها موجود، وكل شيء من عمل بيته فهو خدمته^(٥)؛ لأن الخدمة عبارة عن عمل

(١) في أ (خادمًا).

(٢) في ب (بالعيان) والمثبت من أ.

(٣) في أ (خادمًا).

(٤) في ب (على) والمثبت من أ.

(٥) في أ (عمل البيت فهو خدمة).

البيت الذي يحتاج إليه في الغالب .

قال: ولو حلف لا يستخدم خادماً لفلان فسألها وضوءاً أو شراباً أو أوماً بذلك إليها، ولم يكن له نية حين حلف، حنث إن فعلت ذلك أو لم تفعل، إلا أن يكون عنى حين حلف أن يستعين بها فتعينه، فلا يحنث حتى تعينه؛ وذلك لأنه عقد على فعل نفسه، وهو الاستخدام، وقد فعل ذلك، وإن لم تجبه .

فإن عنى^(١) أن تخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه، فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى .

قال: وإذا حلف لا يخدمني خادم لفلان، فهو على الجارية والغلام، والصغير الذي يخدم والكبير في ذلك سواء؛ لأن اسم الخادم يجمع الذكر والأنثى، والصغير والكبير، إذا كان الصغير ممن يقدر على الخدمة^(٢) .



(١) في أ (نوى) .

(٢) انظر: الأصل ٣٤٣/٢ - ٣٤٥؛ المصباح (خدم) .



بَابُ

الرجل يحلف لا يشتري شيئاً يسميه فيقع اليمين على جميع ما سمي أو على بعضه



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يشتري ذهباً ولا فضة، فما اشترى من دنانير، أو دراهم، أو آنية، أو تَبْرٍ^(١)، أو مصوغ حلية، أو غير ذلك مما هو ذهب أو فضة، فإنه يحنث في قول أبي يوسف، وقال محمد مثله إلا في الدراهم والدنانير، فإنه لا يحنث.

لأبي يوسف: أن اسم الذهب [والفضة] يقع على المضروب وغيره؛ بدلالة قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤]، وأراد [٢٨٥/ب] به الأمرين، ولأن الضرب صفة فيها، كما لو اتخذ آنية أو حلياً.

وجه قول محمد: أن الدراهم والدنانير لهما اسم يخصهما، فاسم الذهب والفضة لا يتناولهما على الإطلاق، فلم يحمل عليهما.

قال: ولو حلف لا يشتري حديداً فهو على مضروب ذلك وتبره، سلاحاً كان أو غير سلاح بعد أن يكون حديداً.

وقال محمد: لا يحنث إذا اشترى شيئاً من الحديد لا يسمي بئعه حداداً، وإن اشترى شيئاً يسمي بئعه حداداً، حنث.

لأبي يوسف: أن الحديد جنس يتناول المعمول وغير المعمول.

(١) «التَّبْر»: ما كان غير مضروب من الذهب والفضة» كما في المغرب (تبر).

وجه قول محمد: أن الإبرة لا يتناولها اسم الحديد على الإطلاق، ولا يسمى بائعها حداداً، وإنما لها اسم يخصها، فلم تدخل في اليمين.

قال أبو يوسف في باب الذهب والفضة: فإن كانت له نية دُين فيما بينه وبين الله تعالى، والنية في هذا واسعة؛ لأنه خصص ما في لفظه، وقال في باب الحديد: لو قال: عنيت التبر فاشتري إناء، لم يحنث، ولو قال: عنيت قممماً^(١) فاشتري سيفاً، أو إبراً، أو سكاكين، أو شيئاً من السلاح لم يحنث، ويدين في القضاء. وهذا الذي قاله بعيد؛ لأن الاسم [عنده]^(٢) عام، فإذا نوى شيئاً منه فقد عدل عن ظاهر العموم، فلم يصدق في القضاء، وإن صدق فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال محمد في الزيادات: لو حلف لا يشتري حديداً ولا نية له فاشتري درع حديد، أو سيفاً، أو سكيناً، أو ساعدين، أو بيضة^(٣) لم يحنث، وإن اشترى شيئاً [غير مضروب]^(٤)، أو إناء من آنية الحديد، أو مسامير، أو أقفالاً، أو كانون^(٥) حديد، حنث، وإن اشترى إبراً أو مسالماً، لم يحنث.

قال: لأن الذي يبيع السلاح والإبر والمسال لا يسمى حداداً، والذي يبيع

(١) «الْقُمُومُ: إناء صغير من نحاس أو فضة أو خزف صيني يجعل فيه ماء الورد». المعجم الوجيز (قمم).

(٢) في ب (عقده) والمثبت من أ.

(٣) والساعدان ثنية ساعد: «وهو من اليد ما بين المرفق والكف، ثم سُمي بها: ما يُلبس عليها من حديد أو صفر أو ذهب». المغرب (سعد).

«والبيضة: بيضة النعامة، وكل طائر، ثم استعيرت لبيضة الحديد؛ لما بينهما من الشبه الشكلي»، وهي المقصود هنا، والتي تعرف ب: الحُوْدَة. المغرب (بيض).

(٤) في ب (غيره مضروباً) والمثبت من أ.

(٥) «الكانون: الموقد يطبخ عليه». المعجم الوجيز (كنن).

ما وصفت لك يسمى حداداً.

وقال أبو يوسف: إن اشترى باب حديد، أو كانون حديد، أو إناء حديد مكسوراً، أو نصل سيف مكسوراً، حنث، وهذا حديد، ألا ترى إلى كلام العرب: [كَبَل] ^(١) في الحديد، وجاءونا مدججين في الحديد، وقوله ﷺ: «لا قود إلا بحديدة، ومن قتل بحديدة قتل» ^(٢)، وقول الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥].

قال أبو يوسف: ولو حلف لا يشتري صُفْراً فاشترى طست صُفْرٍ ^(٣)، وكوز، أو توراً ^(٤)، حنث؛ لأن أيمان الناس في هذا على الآنية لا على التبر، فإن اشترى تبراً، حنث.

وقال محمد: وإن اشترى إناء، حنث؛ لأن الناس يسمون الذي يبيع ذلك صفاراً.

قال محمد: وإن اشترى فلوساً لم يحنث؛ لأن الفلوس ليست من الصفر في كلام الناس.

قال أبو الحسن: فإذا حلف لا يشتري شيئاً ما، فاشترى غيره، فدخل المحلوف عليه في البيع على وجه التبع، لم يحنث، وإن لم يكن تبعاً حنث، وهذه مثل أن يحلف لا يشتري صوفاً فاشترى شاة على ظهرها [١/٢٨٦] صوف؛

(١) في ب (كل) والمثبت من أ.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه مرفوعاً كما ذكر الزيلعي في نصب الراية، ٣٤١/٤.

(٣) «الصُّفْر - بالضم - نحاس يعمل منه الأواني» وقيل: بالكسر. مختار الصحاح (صفر).

(٤) «الكوز: إناء بعروة يشرب به الماء». المعجم الوجيز (كوز).

«والتور: إناء صغير يشرب فيه ويُتوضأ منه». المغرب (تور).



[لأن الصوف يدخل في العقد بغير تسمية] ^(١)، فلم يكن مقصوداً به .

وكذلك لو حلف لا يشتري آجرًا ^(٢)، أو خشباً، أو قصباً، فاشترى داراً فإنه لا يحنث ؛ لأن البناء يدخل [فيه] بغير تسميته ، فلم يكن مقصوداً بالعقد .

ولو حلف لا يشتري ثمرة نخل ، فاشترى أرضاً فيها نخل وفي النخل ثمر ، وشرط المشتري الثمرة فإنه يحنث ؛ لأن الثمرة معقود عليها لا على وجه التبع ، ألا ترى أنه لو لم يسمها لم تدخل في البيع .

وكذلك لو حلف لا يشتري بقلًا ، فاشترى أرضاً فيها بقل ، واشترط المشتري البقل ، فإنه يحنث ؛ لما بينا أن البقل دخل بالتسمية لا على طريق التبع .

قال : وإن كان الاسم [لا] ^(٣) يقع عليه ، لم يحنث ، مثل أن يحلف لا يشتري لحمًا فاشترى شاة حية ، فإنه لا يحنث ؛ لأن العقد لم يتناول لحمها ، ألا ترى أنه محرم ^(٤) لا يجوز العقد عليه .

وكذلك إن حلف لا يشتري زيتاً فاشترى زيتوناً ؛ لأن العقد لم يقع على الزيت ، ألا ترى أنه ليس في ملك البائع .

وعلى هذا قالوا فيمن حلف لا يشتري قصباً ولا حوصاً ، فاشترى بورياً أو زنبيلًا من حوص ، لم يحنث ؛ لأن الاسم لا يتناوله ، وكذلك لو حلف لا يشتري جدياً فاشترى شاة حاملاً بجددي ، أو حلف لا يشتري مملوكاً صغيراً فاشترى أمةً

(١) العبارة في ب: (لأن الصوف لا يدخل في العقد بالتسمية) ، والمثبت من أ .

(٢) «الآجرُ: اللبنُ إذا طُبَّحَ - بمد الهمزة والتشديد أشهر - ، الواحدة آجرَةٌ» . المصباح (آجر) .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) أي: أن لحم الشاة الحية مُحَرَّمٌ . كما في البدائع ٨٢/٣ .

حاملاً ، وكذلك لو حلف لا يشتري لبناً فاشترى شاة في ضرعها لبن ، وكذلك لو حلف لا يشتري دقيقاً فاشترى حنطة .

وقالوا: لو حلف لا يشتري شعيراً ، فاشترى حنطة فيها شعير لم يحنث ؛ لأن الشعير ليس بمعقود عليه ، وإنما دخل في البيع على وجه التبع ، وليس كذلك إذا حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها شعير ؛ لأن الأكل فعل ، فإذا وقع في العينين لم يتبع إحداهما الأخرى ، وأما الشراء فهو عقد ، فبعض العين مقصود بالعقد ، وبعضها غير مقصود .

وقد كان قول أبي يوسف الأول: إذا حلف لا يشتري صوفاً فاشترى شاة عليها صوف ، أنه يحنث ، ولو حلف لا يشتري لبناً فاشترى شاة في ضرعها لبن ، لم يحنث ؛ قال: لأن الصوف ظاهر فتناوله العقد ، واللبن باطن فلم يتناوله [العقد] ، ثم رجع فسوى بينهما .

قال أبو الحسن: وإذا حلف لا يشتري دهنًا ، فهو على كل دهن جرت عادة الناس أن يدهنوا به ، وإن كان مما ليس في العادة أن يدهنوا به مثل الزيت والبر ، ودهن الخروع ، ودهن الكارع ، لم يحنث ؛ وذلك لأن الدهن عبارة عما يدهن به ، والأيمان محمولة على العادة ، فحملت اليمين على ما يقصد به الأدهان المطيبة .

قال: وإن حلف لا يدهن بدهن ولا نية له ، فادهن بزيت ، حنث ، وإن ادهن بسمن ، لم يحنث ؛ لأن الزيت لو طبخ بالطيب صار دهنًا ؛ فعلم أنه من جملة الأدهان ، فأجراه بمجراها من وجه ، ولم [ب/٢٨٦] يجره مجراها من وجه ، فقال: إن اشتراه لم يحنث ، وإن ادهن به حنث ، فأما السمن فلا يُدهن به بحال ، فلم يحنث في الوجهين ، وكذلك دهن الخروع والبر .

قال: ولو اشترى زيتاً مطبوخاً ولا نية له حين حلف، فإنه يحنث؛ لأن الزيت المطبوخ باللبان والزنبق^(١) دهن يدهن به كسائر الأدهان.

قال: وإذا حلف لا يشتري بِنَفْسَجَا أو خَيْرِيَا^(٢)، أو حلف لا يشمههما، فهو على الدهن والورق في البابين جميعاً، وقد ذكر في الأصل: إذا حلف لا يشتري بنفسجاً، أنه على الدهن دون الورق، وهذا على عادة أهل الكوفة أنهم إذا أطلقوا البنفسج أرادوا به الدهن، فأما الآن في غير الكوفة فالاسم للورق، فيحمل عليه. وقد حملة أبو الحسن عليهما، وهذا رواية عن أبي يوسف على أصله: أن اليمين تحمل على الحقيقة والمجاز.

وأما الحِنَاءُ والوَرْدُ فهو على الورق دون الدهن، إلا أن ينوي الدهن فيدين فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء إن كان ذلك يحنث به؛ وذلك لأن الورد والحناء يطلق على الورد دون الدهن، فحملت اليمين على الإطلاق.

وقد ذكر في الجامع الصغير: أن البنفسج على الدهن، والورد على [ورق الورد]^(٣)، وجعل في الأصل الخيري مثل الورد والحِنَاءِ، فحملة على الورد.

قال: ولو حلف لا يشتري بزراً، فاشترى دهن بزر حنث، فإن اشترى حباً لم يحنث؛ لأن الإطلاق يتناول الدهن دون الحب^(٤).

(١) «الزنبق: نبات من الفصيلة الزنبقية، له زهر طيب الرائحة». المعجم الوجيز (زنبق).

(٢) «الْبِنْفَسَجُ: نبات زهري عطر الرائحة، تتخذ زهوره للزينة».

«الخَيْرِي: نبات له زهر، وغلب على أصغره، ويدخل في الأدوية». المعجم الوجيز (بنفسج)، (خيري).

(٣) في ب (الورق) والمثبت من أ.

(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٧٠.

بَابُ

الرجل يحلف لا يقعد على الشيء

—•••••—

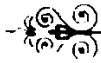
قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يجلس على الأرض، فإنه لا يحنث إلا أن يجلس على الأرض وليس بينه وبينها شيء غير ثيابه، فإن كان بينه وبين الأرض حصير، أو بوري، أو بساط، أو كرسي، أو شيء بسطه، لم يحنث؛ وذلك لأن الجالس على الأرض من باشر الأرض، ولم يحل بينه وبينها ما هو منفصل عنه، ألا ترى أنهم يقولون: جلس على الأرض وإن حال بينه وبينها ثيابه، فإذا حال بينهما ما هو منفصل عنه قالوا: جلس على بساط^(١) أو حصير، والمعتبر في الأيمان العادة.

قال: وإن حلف لا يجلس على هذا الفراش، أو هذا الحصير، أو هذا البساط، فجعل عليه مثله، ثم جلس، لم يحنث؛ لأنه ينسب إلى الجلوس على الثاني دون الأول، ألا ترى أن الطَّنْفَسَةَ^(٢) إذا جعلت على البوري لم يقل إنه جلس على البوري، وكذلك إذا جعل الفراش على الفراش، أو البساط على البساط.

وخالف أبو يوسف في الفراش خاصة، فقال: إذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشاً آخر ونام عليه، حنث؛ لأنهما مقصودان بالنوم، ألا ترى أنه يفعل ذلك لزيادة [أ/٢٨٧] التوطئة.

(١) في أ (على البساط أو الحصير).

(٢) «الطَّنْفَسَةُ: البساط، والجمع طنفس». المعجم الوجيز (طنفس).



واتفقوا أنه إذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قَرَامًا^(١) أو محشياً (كلاهما واحد)^(٢)، حنث؛ لأن ذلك لا يمنع أن يقال: نام على الفراش.

قال: وإن حلف لا يجلس على هذا السرير أو هذا الدكان، أو لا ينام على هذا السطح، فجعل فوقه مصلى أو فراشاً أو بساطاً، ثم جلس عليه، حنث؛ لأنه يقال: جلس الأمير على السرير، وإن كان فوقه فراش، ويقال: نام على السطح وإن كان نام على فراش.

قال: فلو جعل فوق السرير سريراً، أو بنى فوق الدكان دكاناً، أو فوق السطح سطحاً، لم يحنث؛ لأن الجلوس يضاف إلى الثاني دون الأول.

قال محمد: وإن كان نوى مباشرته ليس فوقه شيء لم يُدَيَّن في القضاء، يعني: إذا حلف لا ينام على السرير فنام على فراش فوق السرير؛ لأنه نوى غير ظاهر كلامه.

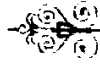
ولو قال: والله لا أنام على ألواح هذا السرير، أو ألواح هذه السفينة، ففرش على ذلك فراشاً، لم يحنث؛ لأنه لم ينم على [الألواح]^(٣).

وقال في الأصل: إذا حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها وفي رجله خف أو نعل يحنث؛ لأن المشي على الأرض هكذا يكون، ألا ترى أنه لم يحل بينه وبين الأرض ما هو منفصل عنه، وإن مشى على بساط، لم يحنث؛ لأنه يقال: مشى على البساط، وجاء في الشعر:

(١) «القَرَام: الستر الرقيق، وبعضهم يزيد: وفيه رَقْم ونُقُوش». المصباح (قرم).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (ألواح ذلك) والمثبت من أ.



نحن بناتُ طارقٍ ❁ نمشي على النَّمارِقِ (١)

قال: ولو مشى على سطح حنث؛ لأنه لا يقال: هذه أرض السطح، ويقال لمن [نام] على السطح [لم تنام] على الأرض (٢).



(١) البيتين لزرقاء الإيادية، كما في تاج العروس (طرق).

وفي اللسان: لهند بنت بياضة (طرق)، كذا في الدرر اللوامع للشنقيطي ١/١٤٧.

(٢) انظر: الجامع الكبير ص ٦٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٨٩.



بَاب

الرجل يحلف لا يفعل الشيء فيأمر به غيره



قال أبو الحسن: مسائل هذا الباب على ضربين: كل ما يتعلق حقوقه بالفاعل إذا حلف لا يفعله فأمر به غيره، لم يحنث، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة؛ وذلك لأن حقوق هذه العقود لما تعلقت بعاقدها دون الأمر بها، لم تضاف إلى الأمر، وإنما تضاف إلى الفاعل، فصار الحالف كأنه قال: لا ألتزم حقوق هذه العقود، ولم يلتزمها بالأمر.

ولهذا قالوا: إن الوكيل إذا كان هو الحالف، حنث؛ لأنه التزم حقوق العقد.

قالوا: إلا أن يكون الحالف سلطاناً لا يتولى العقود بنفسه، فيمينه على الأمر؛ لأنه إنما يمتنع عما يفعله في العادة، والذي يفعله هو الأمر.

والقسم الثاني: ما لا يتعلق حقوقه بالعاقده، وإنما يتعلق بالأمر، أو ما لا حق له: كالنكاح، والطلاق، والعتاق، والكتابة، والصرف، والهبة، والصدقة، والكسوة، والاقضاء، والقضاء، والخصومة، والشركة إذا قال: لا أشرك [رجلاً] فأمر من يشاركه، والذبح كذلك.

فإذا حلف لا يفعل هذه الأشياء ففعلها بنفسه أو أمر غيره، حنث؛ وذلك لأنها تضاف إلى الأمر دون [ب/٢٨٧] الفاعل، ألا ترى أن الوكيل لا يقول:

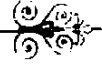
تزوجت ، وإنما يقول: [زوّجت] ^(١) فلاناً ، وطلقت امرأة فلان ، وإذا كانت الإضافة إلى الأمر ، والحقوق تتعلق به فيما له حقوق ، صار الأمر كالفاعل يحنث به .

واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الصلح: فروى بشر بن الوليد عنه أن من حلف لا يصالح [فوكّل] ^(٢) بالصلح لم يحنث ؛ لأن الصلح عقد معاوضة كالبيع ، وروى ابن سماعة عنه: أنه يحنث ؛ لأن الصلح [إسقاط للحق كالإبراء] ^(٣) .

فإن قال فيما لا يتعلق حقوقه بالفاعل: نويت أن [أتولى] ^(٤) ذلك بنفسي ، فإنه قال في الجامع الصغير: يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، ولا يدين في القضاء ^(٥) ؛ لأنه نوى غير ظاهره ، ألا ترى أن الفعل يضاف إليه على وجه واحد . وقال أبو يوسف ومحمد: إذا حلف لا يتصرف في عبده أو [لا] يذبح شاته ، فأمر إنساناً ففعل ، حنث ، ولو قال: عنيت أن [أتولى] ^(٦) ذلك بنفسي ، فلا شيء عليه في القضاء ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه .



-
- (١) في ب (زوجك) والمثبت من أ .
 (٢) في ب (بوكيل) والمثبت من أ .
 (٣) في ب (المفرط حق كالبراءة) والمثبت من أ .
 (٤) في ب (آلي) والمثبت من أ .
 (٥) حيث قال: «صدق ديانة ولم يصدق قضاء» . الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٦٩ .
 (٦) في ب (آلي) والمثبت من أ .



بَاب

الرجل يحلف بصدقة ماله ثم يحنث



قال أبو حنيفة وأبو يوسف - في رجل حلف يهدي ما يملك ، أو صدقة ما يملك إن فعل كذا ، ثم فعله ، قال : يمسك بعض ماله ويمضي بقية ماله فيما حلف به ، فإذا أفاد مالا أنفذ مقدار ما حبس في تمام ما لزمه ؛ وذلك لأن الملك عبارة عن كل ما يملك ، وهذا موجود في كل جنس ، وفي القليل والكثير ، إلا أنه يمسك مقدار قوته ؛ لأنه لو تصدق به يحتاج [أن يُصَدَّقَ عليه ، فيتضرر]^(١) بذلك ، فجاز له أن يصرف ذلك القدر إلى نفقة^(٢) نفسه ، فإذا اكتسب مالا تصدق بمثله ؛ لأنه انتفع به مع وجوب إخراجه عن ملكه في الصدقة ، فكان عليه عوضه ، كمن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة فيه .

وقد قالوا : إنه يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه إلى أن يكتسب .

قال : وإذا قال : مالي صدقة إن فعلت كذا ، فحنث فهو على الأموال التي تجب فيها الزكاة ، وما لا يكون فيه زكاة فإنه لا يدخل في ذلك ، وهذه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وهو استحسان ، والقياس : أن يلزمه في الجميع ؛ لأن المال عبارة عما يتموّل به ، كالمالك الذي هو عبارة عما يملك ، فجريا مجرّئ واحدًا .

(١) في ب (ويستضر به) والمثبت من أ .

(٢) في أ (منفعة) .

وجه الاستحسان: أن النذر المعلق بالمال معتبر بالحقوق التي أوجبهها الله تعالى متعلقة بالمال: وهي الزكاة، وذلك يتعلق بجنس دون جنس، وكذلك النذور محمولة على أصولها، فيلزمه أن يتصدق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسوائيم، ولا يلزمه [1/288] أن يتصدق بدور السكنى وثياب البدن، والأثاث، والعوامل، والعروض التي لا يقصد بها التجارة، ولا يلزمه أن يتصدق بأرض الخراج؛ لأنه لا زكاة فيها، ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه؛ لأن ذلك مما يتعلق به الزكاة إذا انضم إليه غيره، فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر.

ولهذا قالوا: إنه إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دينٌ مُحِيطٌ به، لزمه أن يتصدق به، فلو قضى به دينه، لزمه التصدق بمثله؛ لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وإن لم تكن واجبة.

وقد قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة إذا حلف لا يملك مالا ولا نية له، وليس له مال تجب فيه الزكاة، أنه لا يحنث؛ لأن إطلاق اسم المال لا يتناول ذلك.

قال أبو يوسف: ولا أحفظ عن أبي حنيفة إذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك، وأراه يدخل في نذره، وهذا صحيح؛ لأنه شدد على نفسه.

قال أبو يوسف: ويجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب، ولا أحفظه عن أبي حنيفة، وإنما [قسته على] (1) قوله، وإذا كانت له ثمرة عشرية، أو غلة (2) عشرية تصدق بها في قولهم؛ لأن هذا مما (3) يتعلق به حق الله وهو العشر.

(1) في ب (نسبته إلى) والمثبت من أ.

(2) في أ (نخلة).

(3) في أ (مال).

وقال أبو حنيفة: لا تدخل الأرض في النذر.

وقال أبو يوسف: يتصدق بها.

لأبي حنيفة: أن حق الله تعالى لا يتعلق بها، وإنما يتعلق بالخارج منها.

لأبي يوسف: أنها من جملة الأموال النامية التي يتعلق حقوق الله تعالى بها^(١).

٢٢٥٢ - فَصْل: [لزوم الوفاء بالنذور المعلقة بالشروط]

وهذه المسائل مَبْنِيَّةٌ عَلَى أن النذر المعلق بالشرط يلزم الوفاء به في رواية الأصول، وروى عامر، عن علي بن معبد، عن محمد بن الحسن: أنه رجع عن ذلك، وقال يجزئ فيه كفارة يمين.

وروي عن عبد العزيز بن خالد قال: قرأت على أبي حنيفة كتاب الأيمان، علما انتهيت إلى هذه المسألة قال: قف فإن من رأيي أن أرجع إلى الكفارة، قال: فخرجت حاجاً، فلما رجعت وجدت أبا حنيفة قد مات، فأخبرني الوليد ابن أبان أن أبا حنيفة رضي الله عنه رجع إلى الكفارة، وهو قول الشافعي^(٢).

وقد اختلف الصحابة في هذه المسألة: فقال عمر وعائشة رضي الله عنهما: عليه الكفارة، وقال ابن عباس وابن عمر وابن الزبير: عليه الوفاء به^(٣).

وجه الرواية المشهورة قوله تعالى: ﴿يُؤْفُونَ بِالَّذِرِ﴾ [الإنسان: ٧] فمدحهم على

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٢١/٧.

(٢) انظر: الأم للشافعي ص ٤٣٣ (بيت الأفكار)؛ المنهاج ص ٥٥٣؛ رحمة الأمة ص ٩٦.

(٣) انظر: فتاوى ابن تيمية، ٣٦/٣٣.



الوفاء بالنذر، وقوله ﷺ: «من نذر نذراً سماه فعليه الوفاء به»^(١)، ولأن كل نذر لو أطلقه لزمه الوفاء به، فإذا علقه بشرط لزمه الوفاء به.

أصله: إذا قال: إن شفى [ب/٢٨٨] الله مريضى، واحتج أبو يوسف في ذلك، فقال: إن القول بالكفارة يؤدي إلى وجوب الكثير بإيجاب القليل، ووجوب [القليل] بإيجاب الكثير، ألا ترى أنه إذا قال: إن فعلت كذا فعلي صوم سنة، أو إطعام ألف مسكين، لزمه صوم ثلاثة أيام أو إطعام عشرة مساكين، ولو قال: إن فعلت كذا فعلي صوم يوم أو إطعام مسكين، لزمه إطعام عشرة أو صوم ثلاثة أيام.

وجه الرواية الأخرى: أن هذا النذر يقصد به الامتناع كاليمين التي تقصد بها الامتناع، (فيكون موجباً للكفارة)^(٢)^(٣).



(١) أخرجه بلفظ: (من نذر نذراً لله يطيقه، فليف به) أبو داود (٣٣٢٢)؛ وابن ماجه (٢١٢٨)؛ والبيهقي في الكبرى ٤٥/١٠؛ وأورده النووي في المجموع ٤٨٢/٦.
 (٢) ساقطة من أ.
 (٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٢١/٧.

بَابُ الحلف على الركوب



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يركب دابة فهو على الدواب التي يركبها الناس في حوائجهم في مواضع إقامتهم، فإن ركب بعيراً أو بقرة، لم يحنث، وقد كان القياس أن يحنث في ركوب كل الحيوان؛ لأن الدابة عبارة عما يدب على [وجه] الأرض، قال الله تعالى: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦]، وقال: ﴿إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [الأنفال: ٥٥]، إلا أنهم استحسنوا وقالوا: تحمل اليمين على ما يركبه الناس في الأمصار لقضاء الحوائج غالباً؛ وهو الخيل، والبغال، والحمير؛ لأننا نعلم أنه لم يقصد ركوب كل حيوان، فحمل على ما يركب في العادة، والفيل، والبعير، والبقرة لا تركب لقضاء الحوائج في الأمصار غالباً.

فإن نوى بيمينه الخيل خاصة دُين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء؛ لأنهم قد يذكرون الدابة ويريدون بها الخيل، إلا أن الظاهر ما ذكرناه.

قال: فإن حلف لا يركب فرساً فرساً فرساً، أو حلف لا يركب برذوناً فرساً لم يحنث؛ لأن الفرس عبارة عن العربي، والبرذون عن [العجمي] ^(١)، فصار كمن حلف لا يكلم رجلاً عربياً فكلم عجمياً لم يحنث.

قال: ولو حلف لا يركب ولا نية له، وقال: نويت الخيل لم يصدق فيما بينه

(١) في ب (الشهري) والمثبت من أ.

وبين الله تعالى؛ لأنه حلف على الركوب وخصص المركوب، وذلك ليس في لفظه، فإن حلف لا يركب الخيل فركب برذوناً أو فرساً حنث؛ لأن الاسم يعمُّهُمَا، قال النبي ﷺ: «الخيال في نواصيها الخير إلى يوم القيامة»^(١)، والمراد به الجميع.

قال: ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها فمكث على حاله ساعة واقفاً أو سائراً، حنث؛ وذلك البقاء على الركوب يسمى ركوباً، وكذلك لو حلف لا يلبس وهو لابس، أو لا يجلس على هذا الفراش وهو جالس، فإن [نزل]^(٢) عقيب يمينه، لم يحنث، وهذا خلاف زفر وقد قدمناه.

قال: ولو حلف [أ/٢٨٩] لا يركب دابة لفلان، فركب دابة لعبد فلان وعليه دين أو لا دين عليه، فإنه لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث في قول محمد.

أما إذا كان عليه دين فهو لا يملكها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هي مضافة إلى العبد دون المولى، [يقال إنها لعبد فلان]، وأما إذا لم يكن عليه دين فهي مضافة إلى العبد، فلم يحنث.

وأما محمد فقال: هي [على] ملك المولى على الحقيقية، فحنث بركوبها قال: ولو حلف لا يركب مركباً ولا ينوي شيئاً، فركب في سفينة أو محمل، أو دابة بإكاف أو سرج، حنث؛ وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿أَرْكَبُوا فِيهَا بِسْمِ اللَّهِ مَجْرِيهَا وَمُرسَلَهَا﴾ [هود: ٤١]، فسمى ذلك ركوباً، والسفن تسمى مراكب، وكانت اليمين عامة، فأما الركوب بالسرج والإكاف، فيحنث به؛ لأنه يسمى راكباً^(٣).

(١) أخرجه البخاري (٢٦٩٤، ٣٤٤٤)؛ ومسلم (١٨٧١).

(٢) في ب (ترك) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢/٣٤٥ - ٣٤٧.

بَابُ الرجل يحلف لا يكسو فلاناً

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يكسو فلاناً شيئاً ولا نية له، فكساه قَلَنْسُوءَةً أو خُفَّيْنِ أو جَوْرَبَيْنِ أو نَعْلَيْنِ، حنث؛ لأنه مما يكسى؛ وذلك لأن الكسوة عبارة عن كل ما يكتسى به، وذلك موجود في القليل والكثير؛ ولأنه حلف على نفي الفعل، فحنث بوجود اليسير [منه]، كقوله: لا آكل ولا أشرب.

وروى عمرو عن محمد: إذا حلف لا يكسو امرأته فبعث إليها مقنعة، قال: لا يحنث، فجعل الكِسْوَةَ عبارة عما تجزئ في كفارة اليمين، وأجرى ذلك مجرى قوله: لا ألبس ثوباً، فما حنث به هناك حنثه به هاهنا.

قال: ولو حلف لا يكسو فلاناً ثوباً، فأعطاه دراهم يشتري بها ثوباً لم يحنث؛ لأنه لم يكسه، وإنما وهب له دراهم وشاوره فيما يفعل بها، ولو أرسل إليه [بثوب] كسوة حنث؛ لأن الحقوق لا تتعلق بالرسول، وإنما تتعلق بالمرسل^(١).

(١) انظر: الأصل ٢/٢٩٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٢٧، ٤٢٨.



بَابُ

الرجل يحلف لا يفعل كذا مادام كذا



قال هشام: سألت أبا يوسف عن رجل حلف لا يكلم فلاناً مادام بالري ، فخرج من الري ثم عاد إليها فكلمه فيها ، قال: لا يحنث .

وكذلك لو حلف لا يكلمه مادام في هذه الدار ، فخرج المحلوف عليه من الدار بعياله وأثائه ثم عاد ، ثم كلمه ، لم يحنث .

وكذلك قال محمد: إذا قال: ما كان فلان فيها ، فخرج من الدار بأهله وأثائه^(١) ثم عاد إليها ، ففعل ما حلف عليه ، لم يحنث .

وكذلك لو حلف فقال: والله لا أكلمه مادام عليه هذا الثوب ، أو ما كان عليه هذا الثوب ، أو مازال عليه هذا الثوب .

والأصل في هذا: أن قوله مازال ، ومادام ، وما كان: غايةٌ ، ومن حكم الغاية أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها ، فإذا وجدت زالت اليمين ، فلم يحنث بفعل المحلوف [٢٨٩/ب] عليه .

فإن قال: لا أكلمك وعليّ هذا الثوب ، فنزعه ثم لبسه فكلمه ، حنث ، وكذلك إن قال: إن دخلت هذه الدار وهذا فيها ، فخرج منها ثم عاد إليها ثم دخلها ، حنث ؛ وذلك لأن قوله (وعليّ هذا الثوب) صفة ، فمتى كلمه والصفة موجودة ، حنث .

(١) في بدلاً عن (أثائه): (بنفسه).

بَابُ الرجل يحلف على التوقيت في نفي الفعل وإثباته



قال: الأصل في هذا الباب: أن من حلف على نفي الفعل في زمان مقدر، حنث بوجود الفعل في جزء منه؛ لأن اليمين لما انعقدت على النفي صار^(١) شرط البر عدم الفعل في جميع المدة، فإذا فعل في بعضها لم يوجد شرط البر فحنث. وأما إذا حلف على إيقاع فعل في زمان مُوقَّتٍ، فهو على وجهين: إن كان يمكن وجود الفعل في كل الوقت فهو على ذلك، ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، فاقضى ذلك وجود الصوم في جميعه.

وإن كان الفعل لا يمكن أن يدوم في جميع المدة، فاليمين على المداومة عليه على الوجه الممكن؛ لأن الإنسان يحلف على ما يقدر على الاحتراز منه.

قال أبو الحسن: قال هشام سألت محمداً عن رجل قال: والله لأصومنَّ الأبد، قال: هي على الأبد؛ لأنه حلف على إيجاد^(٢) الفعل في مدة، فاقضى وجوده في جميعها.

فإن قال: والله لا أسكن هذه الدار الأبد، قال: هذا على أن يسكنها ساعة فحنث؛ لأنه عقد على نفي الفعل، فإذا وجد اليسير منه، حنث به.

(١) في أ (كان).

(٢) في أ (إيجاب).

بيّن ذلك أن الله تعالى أمرنا بأفعال، ونهانا عن أفعال، فوجب علينا أن نفعل كل المأمور به، ووجب علينا أن ننتهي عن جميع ما نهى عنه، وعن كل شيء منه، فإن قال: والله لأسكنها الأبد، فهذا على أن يسكنها الأبد؛ لأنه عقد يمينه على وجود الفعل.

فإن قال: والله لأجالس فلاناً الأبد، فجالسه حتى يعرف بمجالسته، يعني إلى الممات؛ وذلك لأن الإنسان لا يمكنه أن يجالس غيره أبداً من غير مفارقة، فعلم أن المراد باليمين مداومة المجالسة [به] في الأوقات التي يجالس في مثلها من غير إعراض عن مجالسته.

فإن قال: والله لأكلمن فلاناً الأبد، قال: هذا على أن لا يمتنع من كلامه إذا التقيا؛ وذلك لأنه لا يقدر على مداومة الكلام أبداً، فحملت اليمين على إبطال الكلام إذا تلاقيا.

فإن قال: والله لا أكلم فلاناً الأبد، قال: إذا كلمه حنث؛ لأنه عقد^(١) على نفي الفعل، فحنث بوجود جزء منه، فإن عنى أن لا يكلمه الأبد دُين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه، إلا أنه غير الظاهر، فإن كانت نيته حين قال: لله عليّ أن أصوم الأبد، أن يصوم يوماً واحداً من الأبد، أو حين [i/٢٩٠] قال: [والله] لا أصوم، قال: فهو على ما نوى، قال هشام: يعني فيما بينه وبين الله تعالى، وهذا على ما بينا أنه ترك الظاهر^(٢).



(١) في أ(حنث).

(٢) انظر: الأصل ٣٠٢/٢، ٣٠٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٣٥/٧.



بَابُ

الرجل يحلف لا يفعل كذا بالكوفة

والفعل يقع بسببين يكون أحدهما بالكوفة والآخر بغير الكوفة



قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال: والله لا أقتل فلاناً [بالكوفة]، أو قال: والله لا أتزوج فلانة بالكوفة، فضربه الحالف ببغداد فمات بالكوفة، أو زوجته ولي المرأة وهي كبيرة ببغداد، فبلغها بالكوفة فأجازت، حنث في اليمينين^(١) جميعاً^(٢).

وكذلك الوقت، لو قال: لا أفعل ذلك يوم الجمعة، فأجازت يوم الجمعة أو مات يوم الجمعة، حنث الحالف.

ولو كان حلف ليفعلن ذلك بالكوفة أو يوم الجمعة، فكان ما ذكرنا برّ في يمينه؛ وذلك لأن القتل فعل مُتَعَدُّ يتضمن الغير، فلا يصح أن يوجد اسم القاتل إلا بوجود المقتول، ومعلوم أنه صار مقتولاً بالكوفة، أو في يوم الجمعة، فصار القاتل قاتلاً حينئذٍ، ولو جعلناه قاتلاً بالجرح لم يكن المفعول مقتولاً، وهذا لا يصح.

وأما النكاح فهو عبارة عما يقع به الاستباحة، وذلك موجود عند الإجازة، فجرى [العقد] الذي لا يتعلق به الاستباحة مجرى الإيجاب من غير قبول.

(١) في أ (الوجهين).

(٢) انظر: الأصل ٢/٢٩٨، ٢٩٩.



قال: وكذلك البيع، إذا اشترى عبداً بغير إذن مولاه، ثم بلغ المولى فأجاز، فإنه مشترٍ يوم أجاز المولى.

وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد: أنه بائع يوم باع، ومشتري يوم اشترى، وقال في القتل كما قال أبو يوسف.

لأبي يوسف: أن الأحكام لا تتعلق بالعقد الموقوف، وإنما تتعلق بالإجازة، فصار العقد كالإيجاب.

لمحمد: أن المَلِكَ عند الإجازة يتعلق بالعقد، كما يتعلق عند إسقاط الخيار.

قال أبو الحسن: ويحتاج أن يكون السبب والمسبب جميعاً بعد اليمين، ويقع الفعل في اليوم المحلوف عليه، أو في المكان المحلوف عليه، فإن كان السبب قبل اليمين، لم يحنث، وإن وقع المسبب في غير الوقت، لم يحنث.

ومعنى هذا: أنه إذا حلف لا يقتل فلاناً، فالحنث يتعلق بشرطين: أن يوجد الجرح بعد اليمين، والموت في الوقت المحلوف عليه، فأما إذا حلف لا يقتل فلاناً يوم الجمعة، وقد كان جرحه قبل يمينه فمات من تلك الجراحة يوم الجمعة، لم يحنث؛ لأن اليمين تنعقد على ما يمكن الاحتراز عنه، وهو لا يقدر على الاحتراز من جراحة سبقت، فانعقدت اليمين على جراحة مستقبلية.



بَاب

الحلف على الفعل أن يفعل في وقت فيخرج الوقت قبل فعله



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل: عبده [٢٩٠/ب] حر إن لم أدخل هذه الدار اليوم، أو غير ذلك من الأفعال، فمضى الوقت ولم يفعل ما حلف عليه، فإنه يحنث بعد مضي الوقت بلا فصل، ولا يحنث في شيء من الوقت.

وكذلك إن صار في آخر الوقت بحال يعلم أنه لا يقدر معها أن يفعل، فإنه لا يحنث حتى يخرج الوقت؛ وذلك لأن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت، فإذا تعذر الفعل قبل الانعقاد، لم يحنث به، وإذا لم يتعذر، انعقدت اليمين في آخر الوقت وعدم شرط البر، فحنث.

ولو كان الفعل غير مؤقت فقال: والله لأدخلن هذه الدار أو لأفعلن كذا ولم يذكر وقتاً، فصار في حال يعلم أنه لا يعيش، حنث في آخر أجزاء من الحياة.

وكذلك كل فعل يعلم أنه فاته فعله، فهو يحنث حين يعلم أنه قد عجز عن ذلك الفعل؛ وذلك لأن اليمين المطلقة منعقدة في الحال، فإذا فات شرط البر فيها، حنث.

وعلى هذا قالوا فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن لم آتِ البصرة، فمات قبل أن يأتيها: وقع الطلاق عليها في آخر جزء من [أجزاء] حياته؛ لأن شرط البر تعذر حينئذ في يمين منعقدة، فوقع الطلاق وورثته؛ لأنه في حكم المطلق في

المرض إذا كانت مدخولاً بها.

ولو ماتت هي والمسألة على حالها لم يقع الطلاق؛ لأن شرط البر لم يتعذر بموتها، ولو كان قال لها: أنت طالق إن لم تأتِ البصرة، فمات الزوج قبل أن تأتيها، لم يقع الطلاق؛ لأن شرط البر منتظر، فإن ماتت هي قبل الزوج وقع الطلاق عليها في آخر جزء من [أجزاء] حياتها، ولم يرث الزوج منها؛ لأنه أسقط حقه بالطلاق^(١).



(١) انظر: الأصل ٣٥٤/٢ وما بعدها.

بَابُ فِي الْهَدْمِ



قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال: والله لأهدمنّ هذه الدار، قال: فإن هدم سقوفها برّ؛ لأنه لا يقدر أن يزيل عنها اسم الدار بالهدم، ألا ترى أنه إذا هدم جميع بنائها سميت داراً، فحملت اليمين على الكسر.

قال محمد: إذا حلف لينقضنّ هذا الحائط أو ليهدمته اليوم، فنقض بعضه أو هدم بعضه، ثم لم يهدم ما بقي حتى مضى اليوم، حنث.

قال: والهدم عندنا: أن يهدمه حتى يبقى منه ما لا يسمى حائطاً؛ وذلك لأن الحائط يمكن هدمه حتى يزول الاسم عنه، فانعقدت اليمين على ذلك، [قال]: فإن نوى هدم بعضه صدّق؛ لأن ذلك يسمى هدماً، بمعنى الكسر.

قال: ولو حلف ليكسرنّ هذا الحائط فكسر بعضه برّ؛ لأنه يقال: حائط مكسور، فلم يعتبر [ما لم يزيل] ^(١) اسم الحائط عنه ^(٢).



(١) في ب (ما يزيل).

(٢) انظر: الأصل ٣٠٧/٢، ٣١٠.

بَابُ الحلف على المعرفة



قال أبو الحسن: من عرف إنساناً بوجهه ولم يعرف اسمه، فحلف أنه لا يعرفه: برّ في يمينه [ولم يحنث؛ وذلك] [١/٢٩١] لأن المعرفة هي معرفة العين والاسم والنسب بدلالة: ما روي أن النبي ﷺ سأل رجلاً عن رجل فقال: «هل تعرفه؟» قال: نعم، فقال: «هل تدري ما اسمه؟» قال: لا، قال: «فإنك لا تعرفه»^(١)، ولأنه إن كان يعرفه من وجه فإنه لا يعرفه من وجه، فلم يكن عارفاً به في الحقيقة.

قال خلف بن أيوب، عن محمد: في رجل تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري ما اسمها، (فحلف أنه لا يعرفها)^(٢)، قال: لا يحنث؛ قال: لأن المعرفة قد بيّنا أنها على العين والاسم والنسب.

قال: ولو أن رجلاً ولد له مولود فأخرجه إلى جار له ولم يكن سمّاه بعد، فحلف جاره هذا أنه لا يعرف هذا الصبي، قال: هذا [يحنث]^(٣)؛ لأن معرفة الصبي هكذا تكون؛ وذلك لأن قبل التسمية لا يمكن معرفة اسمه، ويجوز له أن يشهد بنسبه في هذه الحال، ويستحيل أن يشهد بنسبه وهو لا يعرفه.

(١) أورده محمد بن الحسن في مبسوطه ٣/٣٨٨؛ وأورده أبو نعيم بصيغة أخرى، حلية الأولياء، ١٩٧/٢.

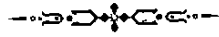
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (لا يحنث) والمثبت من أ.



بَاب

الرجل يحلف على الشيء فيكون بعضه على ما حلف عليه وبعضه على غير ما حلف عليه



قال ابن سماعه وبشر وعلي، عن أبي يوسف ومحمد بن أبي رجاء، عن محمد، عن أبي يوسف في رجل حلف فقال: إن كانت هذه الحملة حنطة فامرأته طالق ثلاثاً، فإذا هي حنطة وتمر، فإنه يبر ولا يحنث.

قال ابن أبي رجاء: وهو قول محمد؛ وذلك لأن شرط الحنث أن يكون الحملة حنطة، فإذا كان بعضها حنطة فوجود بعض شرط الحنث لا يقع به الحنث.

وقال أبو يوسف: إن قال: إن كانت هذه الحملة إلا حنطة فامرأته طالق ثلاثاً، فكانت تمراً وحنطة، فإنه قد حنث، وإن كانت حنطة كلها برّ، قال: محمد بن رجاء: قال محمد: لا يحنث.

لأبي يوسف: أنه عقد على [كل] حملة واستثنى منها حملة واحدة، وهي أن تكون حنطة، فإذا كانت غيرها، حنث.

لمحمد: أن قوله إلا حنطة استثنى من اليمين، والمستثنى لا يعتبر وجوده؛ لأنه خارج عن اليمين، وهذا كما قال في الجامع: إن كان لي إلا عشرة دراهم فامرأته طالق، فكان له أقل من عشرة، لم يحنث؛ لأن العشرة مستثناة فلا يعتبر وجودها^(١).

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٤٣.

قال ابن سماعه وبشر، عن أبي يوسف في رجل حلف: إن كانت هذه الحملة إلا حنطة، فكانت حنطة وتمرّاً، فإن كان الحلف بطلاق أو عتاق أو حَجّ أو عُمرّة، أو قال: [على] كذا، حنث، وإن كانت بالله لزمه الكذب فيها، ولا كفارة عليه؛ وذلك لأن هذا حلف على أمر موجود [أو لأنه يمين على الماضي، فكانت غموساً، فلا كفارة عليه]^(١)، فإن كان بطلاق أو عتاقٍ أو نذر لزمه، وإن كان بقسم لم ينعقد يمينه.

وكذلك إن حلف فقال: إن كانت الحملة سوى حنطة أو غير [٢٩١/ب] حنطة، فهو مثل الباب الأول؛ وذلك لأن سوى وغير من ألفاظ الاستثناء ك: إلا.



(١) الزيادة من أ.

بَابُ يَجْمَعُ مَسَائِلَ شَتَّى لَمْ يَذْكُرْهَا أَبُو الْحَسَنِ

—•••••—

قال أصحابنا: إذا قال: والله لأكلمنك أحد يومى، أو لأخرجن أحد يومى، أو قال: أحد اليومين، أو قال: لأخرجن أحد أيّامى، فهذا كله على أقل من عشرة أيام، إن كلمه قبل العشرة أو خرج قبل العشرة، لم يحنث، ويدخل في ذلك الليل والنهار؛ [وذلك] لأن هذا يذكر على طريق التقريب، ولا يراد به يومان بأعيانهما، وما دون العشرة في حكم الزمان الحاضر.

فإن قال: والله لأخرجن أحد يومى هذين، فهذا على يومه ذلك والغد؛ لأنه أشار إلى اليومين، والإشارة تقع إلى مُعَيَّن.

٢٢٥٣ - فَصْل: [الحنث في الاستثناء]

وإذا حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً هذه السنة إلا يوماً، فإن جمع كلامهما في يوم، فله استثناءؤه؛ لأن اليوم الذي يكلمهما فيه خارج عن اليمين، فإن [كلم] (١) أحدهما في يوم والآخر في يوم، حنث؛ وذلك لأن المستثنى أن يجمع كلامهما في يوم واحد، فإذا كلمهما في غير اليوم المستثنى، حنث، فإن كلم أحدهما ثم كلمهما في يوم، لم يحنث؛ وذلك لأن اليوم الذي كلمهما فيه مستثنى، والحنث يقع في غيره بكلامهما لا بكلام أحدهما، فإن كلمهما في يوم آخر لم يحنث؛ لأن الاستثناء وقع على يوم منكر وكلمهما فيه، فكأنه قال: إلا يوماً أكلمهما فيه.

(١) في ب (كلمه) والمثبت من أ.

ولو استثنى يوماً معروفاً فكلم أحدهما فيه والآخر في الغد، لم يحنث؛ لأنه لا يحنث في غير اليوم المستثنى إلا بكلامهما.

وقال محمد: إذا قال: لا أكلمهما إلا يوماً، لم يحنث بكلامهما في يوم واحد، فإن كلمهما في يوم آخر، حنث؛ لأنه لم يستثن إلا يوماً واحداً، وقد وجد، فصارت اليمين بعده مطلقة.

وروى هشام عن محمد: إذا قال: لا أكلمهما إلا شهراً إلا يوماً أو غير يوم، أنه على ما نوى، وإن لم يكن له نية فله أن يتحرى أي يوم شاء؛ لأنه استثنى يوماً منكراً، فكل يوم من الشهر يصلح للاستثناء.

فإن قال: نقصان يوم، فهذا على تسعة وعشرين يوماً؛ لأن نقصان الشيء يكون من آخره.

٢٢٥٤ - فصل: [تخصيص العام في الحنث]

روى الفضل بن غانم عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يأكل حراماً، فاضطر إلى ميتة فأكلها، قال: لا يحنث، وقال معلى عن أبي يوسف: هو حانث في اليمين، وإثمه موضوع [عنه].

وجه الرواية التي قال يحنث، وهو المشهور من قولهم^(١): إن اليمين قد تناولت الميتة، بدلالة أنه لو أكلها في غير حال الضرورة حنث، فإذا أبيحت للضرورة لم تخرج من كونها محلوفاً عليها، كالفعل المكروه عليه.

وجه الرواية الأخرى: أن [١/٢٩٢] الميتة عند الضرورة كالطعام المباح،

(١) في أ (عنهم).

فصارت كسائر الأطعمة .

قال خلف بن أيوب: سألت أسد بن عمرو عمّن حلف لا يأكل حراماً فأكل لحم كلب ، أو قرد ، أو حدأة ، أو غراب ، قال: إن قال: لم أعنه ديتته ، وإن عناه حنث ؛ وذلك [لأنّ] إطلاق التحريم يتناول ما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وما دليله مقطوع به ، وهذا لا يوجد في هذه اللحوم .

قال خلف: وسألت الحسن فقال: هذا كله حرام ؛ لأن الدلالة قد دلت على تحريمه ، فلا يعتبر بالاختلاف .

وقد روى مُعَلَّى عن أبي يوسف ومحمد: فيمن حلف لا يركب حراماً ، قال: هذا على الزنا ؛ لأن الركوب المحرم بمعنى يعود إلى عينه ، هو الزنا .

قال محمد: وإن كان الحالف خصياً أو مَجْبُوباً ، قال: هذا على القبلة الحرام وما أشبهها .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يطاء امرأة وَطئاً حراماً ، فوطئ امرأته وقد ظاهر منها ، أو وهي حائض ، قال: لا يحنث ، إلا أن ينوي ذلك ؛ لأن إطلاق التحريم لا يتناول التحريم العارض ، كما لا يتناوله وطاء المريضة .

٢٢٥٥ - فَضْلُ: [لزوم الغريم حتى يستوفيه]

وقالوا: إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه ، فاشترى منه شيئاً على أن البائع بالخيار ثم فارقه ، حنث ؛ لأن الثمن لم يستحق على المشتري ، فلم يصر مستوفياً .

قال: فإن أخذ به رهناً أو كفيلاً من غير براءة المكفول عنه ثم فارقه ، فإنه

يحنث ؛ لأن الحق في الذمة بحاله ، فإن هلك الرهن قبل الافتراق (برّ في يمينه ؛ لأنه صار مستوفياً من طريق الحكم ، وإن هلك بعد الافتراق)^(١) لم يبر ؛ لأنه فارقه قبل الاستيفاء .

وقال أبو يوسف في رجل له على امرأة دين ، فحلف أن لا يفارقها حتى يستوفي ، ثم تزوّجها عليه وفارقها ، وكانت عقدة النكاح جائزة ، فإنه قد برّ في يمينه ؛ لأنه وجب في ذمته مثل دينه ، وصار قصاصاً ، وإن كان بالنكاح فاسداً ولم يدخل بها ، حنث ؛ وذلك لأن المهر لا يجب بالنكاح الفاسد ، فلم يصر مستوفياً ، فإن دخل بها قبل أن يفارقها ومهر مثلها مثل الدين أو أكثر ، لم يحنث ؛ لأن المهر وجب عليه بالدخول ، فصار مستوفياً ، فإن كان العقد صحيحاً فوقعت الفرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارقها ، لم يحنث ؛ وذلك لأن الدين سقط بالعقد ، وإنما عاد له بدين بالفرقة بعد انحلال اليمين ، فلا يحنث .

وقالوا: إذا حلف ليزنّ ما عليه ، فأعطاه عدداً فكانت وزانه ، حنث ؛ لأنه حلف على الوزن ولم يفعل الوزن .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال: والله لا أقبض ما لي عليك إلا جميعاً ، وله [عليه] عشرة دراهم ، وعلى الطالب لرجل خمسة ، فأمر [ب/٢٩٢] الذي له [عليه] الخمسة هذا الحالف ، أن يحتسب المطلوب بالخمسة التي عليه ويجعلها قصاصاً ، ودفع [فلان] المطلوب إلى الحالف خمسة ، فكأنه قال: إذا كان متواتراً فهو جائز ؛ وذلك لأن الاستيفاء دفعه يقع على القبض في حالة واحدة وإن تفرق الوزن ، ألا ترى أن الدين يكون مالاً كثيراً ، فلا يمكن وزنه (في كفة)^(٢) واحدة .

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) في أ (دفعه) .

وقد روى ابن رستم، عن محمد فيمن قال: والله لا آخذ مالي عليك إلا ضربة [واحدة]، فوزن خمسمائة وأخذها، ثم وزن خمسمائة وأخذها، قال: قد أخذها ضربة؛ لأن هذا لا^(١) يعد متفرقاً، قال: وكذلك لو جعل يزنها درهماً درهماً.

قال محمد في الجامع: إذا كان له عليه ألف [درهم] فقال: عبده حر إن أخذ [تها] منك اليوم درهماً دون درهم، فأخذ منه خمسمائة^(٢) ولم يأخذ ما بقي، لم يحنث؛ لأن يمينه على أخذها متفرقة في اليوم، ولم يأخذها، وإنما أخذ بعضها^(٣).

ولو قال: عبده حر إن أخذها^(٤) اليوم منك درهماً دون درهم، فأخذ منها خمسة دراهم، ثم لم يأخذ ما بقي حتى غربت الشمس، حنث حين أخذ الخمسة؛ لأن يمينه على أخذ بعضها متفرقاً.

ولو قال: عبده حر إن أخذها اليوم درهماً دون درهم، فأخذ في أول النهار بعضها وفي آخره الباقي، حنث؛ لأنه قد أخذها في يومه متفرقة.

وقال أصحابنا: إذا حلف لا [يفارق غريمه حتى]^(٥) يستوفي ماله عليه، فهرب أو كابره على نفسه أو منعه منه إنسان كرهاً حتى ذهب، لم يحنث الحالف؛ لأنه حلف على فعل نفسه، ولم يوجد منه مفارقة.

ولو كان قال: لا تفارقني حتى آخذ مالي عليك حنث؛ لأنه حلف على فعل

(١) في أ (يعد).

(٢) في أ (خمسة).

(٣) انظر: الجامع الكبير ص ٤٤.

(٤) في أ (إن أخذت منها).

(٥) في ب (لا يفارقه على يستوفي) والمثبت من أ.

الغريم وقد وجد [منه] (١).

٢٢٥٦ - فَصَّل: [تحرير أول عبد يشتريه]

وإذا قال: أول عبد أشتريه فهو حر، فالأول الواحد المنفرد الذي ليس قبله عبدٌ مشترى، فإن اشترى بعد يمينه عبداً آخر، عتق؛ وذلك لأنه استحق الأول وهو المنفرد الذي لا يتقدمه غيره، فإن اشترى عبداً ونصف عبد عتق العبد الكامل؛ لأن العبد منفرد عن [نصف] عبد في الشراء، ألا ترى أن نصف العبد لا يسمى عبداً، فهو كما لو اشترى عبداً وثوباً.

وليس كذلك إذا قال: أول كَرٍّ أشتريه صدقة، فاشترى كُرّاً ونصفاً، لم يتصدق بشيء؛ لأن الكَرَّ ليس بأول، ألا ترى أننا إذا عزلنا كُرّاً فالنصف الباقي مع نصف المعزول يسمى كُرّاً، فلم يكن هذا أولاً.

فإن كان أول ما اشترى عبدين لم يعتق واحد منهما، ولم يعتق ما يشترى بعدهما؛ لأن كل واحد منهما ليس بمنفرد، فلا يكون أولاً، وما بعدهما ليس بسابق فلا يستحق الصفة.

فإن قال: آخر عبد أشتريه فهو [٢٩٣/١] حرٌّ، فهذا على أن يشترى عبداً واحداً منفرداً بعد غيره؛ لأن الآخر في الزمان هو المنفرد الذي تقدمه غيره، وليس كذلك القديم سبحانه [وتعالى أنه] يوصف بالأول والآخر؛ لأنه كان موجوداً ولا زمان، وإنما يوصف بالأول لتقدمه الأشياء، وبالآخر لبقائه بعدها، ويعرف الآخر (٢)

(١) انظر: الأصل ٢/٣٥٨، ٣٥٩.

(٢) في أ (ذلك).

بموت الحالف ، فإذا مات قبل أن يشتري غيره^(١) استحق الاسم ، وما لم يمت لا يعلم أنه الآخر ؛ لجواز أن يشتري غيره ، ولا يدخل الأول في هذه اليمين ؛ لأنه استحق اسم الأول فلا يستحق اسم الآخر في الزمان .

واختلف أصحابنا متى يعتق هذا العبد الآخر ؟ فقال أبو حنيفة : إذا مات [الحالف] حكمت بعثته [من] يوم اشتراه ؛ لأنه استحق صفة الآخر عند الشراء ، وإنما لم أحكم بوقوع العتق لجواز أن يزول عنه الصفة ، فإذا لم تزل عتق في تلك الحالة .

وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق في آخر جزء من [أجزاء] حياته ؛ لأنه لم يصر آخرًا إلا عند عجز المولى عن شراء غيره .

وفائدة هذا الخلاف : أن عند أبي حنيفة يعتق من جميع المال ، وعندهما : من الثلث .

فإن قال : أوسط عبد أشتريه حرّ ؛ فالأوسط واحد ما قبله من العدد مساوٍ لما مده ، وهذا أيضاً يعرف بموت الحالف ، ولا يكون الأول ولا الآخر أوسطاً أبداً ، ولا يكون الأوسط إلا في وتر ، ولا يكون في شفع ، فإذا اشترى عبداً ثم عبداً ثم عبداً ، فالثاني هو الأوسط ، وإن اشترى رابعاً خرج الثاني من أن يكون أوسط ، فإن اشترى خامساً صار الثالث هو الأوسط ، فإن اشترى سادساً خرج من أن يكون أوسط ، وعلى هذا كلما صار العدد شفعاً فلا وسط له ، وكل مَنْ حصل في النصف الأول خرج من أن يكون وسطاً^(٢) .

(١) في أ (شيئاً عتق ما استحق الاسم) .

(٢) انظر : الجامع الكبير ص ٥١ .

٢٢٥٧ - فُصِّلَ: في الأيمان يكذب بعضها بعضاً

قال بشر عن أبي يوسف فيمن قال: والله ما دخلت هذه الدار، ثم قال: عبده حر إن لم يكن قد دخلها، فإن عبده لا يعتق ولا كفارة عليه في اليمين، وهذا قول محمد، (ثم رجع أبو يوسف) (١)؛ وذلك لأنه لما قال: والله ما دخلتها، فإن كان صادقاً فلا كفارة [عليه]، وإن كان كاذباً فهي يمين الغموس، وإن كان جاهلاً فهي يمين اللغو فلا كفارة فيها، ولا يعتق عبده؛ لأن الحنث في اليمين الأول ليس مما يحكم به الحاكم حتى يصير الحكم به [إكذاباً للثانية] (٢)، فلا يعتق العبد.

فإن كانت اليمين الأولى يعتق أو طلاق، حنث في اليمينين جميعاً في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد، ثم رجع أبو يوسف فقال: إذا قال بعدما حلف بالأولى: أوهمت أو نسيت، وحلف بطلاق آخر وعتاق أنه دخلها، لزمه الأول ولم يلزمه الآخر [٢٩٣/ب].

وجه قوله الأول: أنه أكذب نفسه في كل واحدة من اليمينين بالأخرى، واعترف بوقوع ما حلف به، فحنث.

وجه قوله الآخر: أنه أكذب نفسه في اليمين الأولى بالآخرة، ولم يكذب نفسه في الثانية بعدما عقدها، فالإكذاب قبل عقدها لا يتعلق به حكم فلا يحنث فيها، وإن رجع وحلف ثالثاً لم يعتق الثالث وعتق الثاني؛ لأنه أكذب نفسه بعدما حلف عليه (٣).

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (أخذاً بالثانية) والمثبت من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٢٤/٧ وما بعدها.

٢٢٥٨ - فَصْلُ : [الاستثناء بإن شاء الله في الحلف بالطلاق]

قال أصحابنا: إذا حلف بطلاق أو عتاق واستثنى بإن شاء الله ، سقطت اليمين ، وقد بينا ذلك .

قالوا: وكذلك إذا قال: ما شاء الله ، أو فيما شاء الله ، وكذلك لو قال: بقضاء الله ، أو بقدر الله ، أو بما أحب الله ، أو بما أراد الله .

ولو قال: إن أعاني الله ، أو بمعونة الله ، يريد بذلك الاستثناء فهو مستثنى فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الوقوع لا يحتاج إلى إعانة ، فلم يتعلق ذلك بشرط ، إلا أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى .

(ولو قال: لا أكلمك إن يسر الله ، كان مستثنياً ، ولو قال بتيسير الله ، فهذا محال ، وإن نوى به الاستثناء كان مستثنياً فيما بينه وبين الله تعالى) (١)(٢) .

٢٢٥٩ - فَصْلُ : [الحلف بالبيع بسعر معين ثم البيع بأقل من ذلك]

روى بشر عن أبي يوسف: إذا حلف لا يبيع عبده إلا بعشرة فباعه بخمسة ودينار ، حنث ؛ لأنه منع نفسه من كل بيع واستثنى بيعاً بصفة ، وهو أن يكون بعشرة ، فإذا لم يوجد عشرة ، حنث ، فإن باعه بعشرة ودينار ، لم يحنث ؛ لأنه صار بائعاً بالعشرة وإن كان معها غيرها .

وروى هشام عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا أبيعك هذا الثوب بعشرة حتى تزيدني ، فباعه بتسعة ، قال: لا يحنث في القياس ، وفي الاستحسان يحنث ،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٢٢/٧ وما بعدها .

وبالقياس نأخذ .

وجه القياس: أنه حلف أن لا يبيعه بالعشرة حتى يزيده عليها ، فإذا باعه بتسعة فلم يبيعه بالعشرة ، فلا يدخل ذلك في اليمين .

وجه الاستحسان: أن قوله: لا أبيعك بعشرة حتى تزيدني ، المراد في العادة: لا أبيعك إلا بأكثر من عشرة .

وقال مُعَلَّى عن محمد: إذا حلف لا يبيع هذا الثوب بعشرة إلا بزيادة ، قال: إن باعه بأقل من عشرة أو بعشرة ، فإنه حانث ، وهذا بمنزلة قوله: إلا بزيادة على العشرة ؛ لأنه منع نفسه من كل بيع واستثنى بيعاً واحداً: وهو الذي يزيد ثمنه على العشرة .

ولو قال: حتى أزداد ، فباعه بعشرة ، حنث ، وإن باعه بأقل أو أكثر ، لم يحنث ؛ لأنه حلف على بيع بصفة ، وهو أن [يبيع] ^(١) بعشرة ، فإذا باع بتسعة لم يوجد المحلوف عليه .

ولو قال: عبده حر إن اشتراه باثني عشر ، فاشتراه بثلاثة عشر وبائني عشر ودينارٍ حنث ؛ لأنه مشتري بما حلف عليه وإن كان معه [١/٢٩٤] زيادة .

٢٢٦٠ . فَصَّلْ : [تعلق اليمين على المشي إلى بيت الله تعالى]

قال أصحابنا: إذا قال: إن فعلت كذا فعلي المشي إلى بيت الله ، أو الكعبة ، أو مكة ، فالقياس: أن لا يلزمه شيء ، والاستحسان: أن يلزمه حجة أو عمرة .

وجه القياس: أن المشي ليس بقربة ، والقربة في الإحرام ، وذلك ليس في لفظه .

(١) في ب (يقع) والمثبت من أ .



وجه الاستحسان: ما وري أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله حافية حاسرة، فذكر عقبة ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «مرها فلتركب ولتهد شاة وتحرم إن شاءت بحجة وإن شاءت بعمره»^(١)، ولأن هذا اللفظ يذكر في العادة ويراد به إيجاب الإحرام، فصار المعتاد كالمنطوق، والإحرام يكون بالحج أو بالعمرة، فلزمه أحدهما.

وقد قال أصحابنا: إنه يلزمه في ثلاثة ألفاظ بلا خلاف: إذا قال: [عليّ] المشي إلى مكة، أو بيت الله؛ لأن العادة جرت بإيجاب الإحرام بهذين اللفظين، وكذلك الكعبة؛ لأنها هي بيت الله.

واختلفوا في قوله: إذا قال إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام.

قال أبو حنيفة: لا يلزمه شيء؛ لأن العادة لم تجر بالإيجاب بهذا اللفظ، فبقي على أصل القياس، وقالوا: يلزمه؛ لأنها بقعة تشتمل على البيت كمكة.

ولم يوجبوا عليه [شيئاً] في لفظين بالإجماع: إذا قال: عليّ الذهاب إلى مكة، أو الركوب، أو السفر [لم يلزمه شيء]؛ وذلك لأن العادة لم تجر بإيجاب الإحرام بهذا اللفظ؛ ولأنه لم يذكر لفظاً يتضمن زيادة صفة في الإحرام، وإذا ذكر المشي فقد ذكر زيادة صفة.

وإذا ثبت أنه يلزمه الإحرام فإن خرج^(٢) ماشياً، لزمه المشي حتى يطوف طواف الزيارة؛ لأنه فرغ من أركان الإحرام، وإن ركب فعليه شاة؛ لما روي أن

(١) أخرجه أبو داود بلفظ (بدنة) (٣٣٠٣)، وبلفظ (هديا) (٣٢٩٦)؛ والترمذي (١٥٣٦)؛ وابن ماجه بلفظ آخر (٢١٣٤).

(٢) في أ (أحرم).

النبي ﷺ قال لعقبة بن عامر: «إن الله غني عن غني أختك، قل لها تركب، ولتهد شاة، ولتحرم إن شاءت بحجة وإن شاءت بعمرة»^(١).

٢٢٦١. فَصَّل: [النذر بنحر ولده]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا نذر بنحر^(٢) ولده، لزمه ذبح شاة استحساناً، وقال أبو يوسف: لا يلزمه شيء.

وجه قولهما: أن ذبح الولد في الشرع عبارة عن ذبح شاة، بدلالة أن الله تعالى أمر إبراهيم ﷺ حين نذر ذبح ولده أن يفني بنذره ثم أمره بذبح شاة، وقال: ﴿قَدْ صَدَّقْتَ الرُّيَا﴾ [الصافات: ١٠٥]، فدل على أن الأمر بالذبح تناول ما قام مقامه، وقد أمرنا الله تعالى بالافتداء بإبراهيم فقال: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَّتْهُمْ أَفْتِدَةٌ﴾ [الأنعام: ٩٠]، وقال: ﴿وَاتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا﴾ [النساء: ١٢٥]، وروي أن النبي ﷺ قال: «أنا ابن الذبيحين»^(٣) يعني إسماعيل ﷺ حين نذر إبراهيم ﷺ ذبحه، وأباه عبد الله حين نذر عبد المطلب ذبحه، فسميا ذبيحين حين ذبح [عنهما] ما قام مقامهما.

وقد روي أن رجلاً سأل ابن عباس [٢٩٤/ب] فقال: إني نذرت نحر ولدي، فقال: عليك مائة بدنة، واسأل ذلك الشيخ، فأشار إلى مسروق بن الأجدع، فأتاه

(١) انظر: الأصل ٣٦٦/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٥/٧.

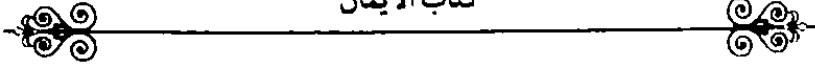
(٢) في أ (ذبح).

(٣) أخرجه أبو القاسم في تاريخ دمشق، ٢٠٥/٦، ٢٠١/٥٦.

قال الزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار: (غريب) ١٧٧/٣، وفي كشف الخفاء: «.. قال

الزيلعي وابن حجر في تخريج أحاديثه: لم نجده بهذا اللفظ، وفي المقاصد رواه الحاكم، وساق

الرواية ثم قال: «والحديث حسن، بل صححه الحاكم والذهبي لتقويه بتعدد طرقه» ٢٣٠/١.



فسأله ، فقال: عليك شاة ، فقال ابن عباس: وأنا أرى مثل ذلك^(١).

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: « لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم »^(٢)؛ ولأنه نذر ما لا يلزمه الوفاء به ، فصار كنذر المعصية .

وأما إذا نذر نحر عبده فقال أبو حنيفة: لا يلزمه شيء ؛ لأن القياس أن لا يلزمه بحال ، وإنما تركنا القياس في الولد للأثر ، فما سواه على أصل القياس .

قال محمد: يلزمه شاة ؛ لأنه أملك لعبده منه لابنه [وأكثر ولاية عليه من ولده]^(٣).

وأما إذا نذر نحر نفسه: فروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يلزمه شيء لما ذكرنا في العبد .

وروي عن محمد: أنه يلزمه شاة ؛ لأن ما جاز أن يلزمه عن ابنه ، جاز أن يلزمه عن نفسه: كالأضحية [وصدقة الفطر]^(٤).

٢٢٦٢ . فُصِّلَ : [الحلف بالمعصية]

قال أصحابنا: إذا حلف على معصية ، لزمه أن يحنث وعليه الكفارة ، وقال الشعبي: لا شيء عليه .

لنا ما روي في حديث عبد الرحمن بن سمرة أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها ، فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه» ،

(١) انظر: تفسير ابن عطية ، ص ١٥٨٥ (ابن حزم) .

(٢) أخرجه مسلم (١٦٤١) .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) الزيادة من أ .

وحكي أن أبا حنيفة سأل الشعبي عن هذه المسألة فقال: لا كفارة عليه، فقال أبو حنيفة: أليس جعل الله تعالى الظهار منكراً من القول وزوراً وأوجب فيه الكفارة، فقال [له] الشعبي: أنت من الأوابين.

٢٢٦٣ - مَسْأَلَةٌ: [تعليق طلاق الأمة بموت المولى]

وإذا تزوج الرجل بأمة فقال: إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين، فمات المولى وهو وارثه لا وارث له غيره، طلقت اثنتين وحرمت عليه عند أبي يوسف، وقال محمد: لا تطلق ولا تحرم.

لأبي يوسف: أن شرط الطلاق الموت، فيقع الطلاق^(١) عقيب، وعقيب الموت يزول ملك الميت وينتقل إلى الوارث في الحالة الثانية، فيصادف الطلاق النكاح؛ لأن الملك لا يقع في الحالة الثانية، فيقع الطلاق وتحرم، فلا تحل له [أن ينكحها]^(٢) وإن ملكها.

لمحمد: أن عقيب الطلاق النكاح غير مستقر؛ [لأنه يفضي إلى الزوال، والطلاق لا يقع إلا في نكاح مستقر]^(٣).

قال الزوج: إذا مات مولاك فأنت حرة، فلم تعتق في قولهم؛ لأنه عتق في غير ملك، ولا مضاف إلى ملك.

فإن قال: إذا مات مولاك فملكك فأنت حرة، ثم مات المولى والزوج وارثه عتقت؛ لأنه عتق مضافاً إلى الملك.

(١) في أ (فيقع عقيب الموت).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) في ب (فأجاز) والمثبت من أ.



(فإذا قال: إذا مات مولاك فملكك فأنت طالق، لم يقع الطلاق في قولهم؛ لأنه إذا ملكها زال النكاح)^(١).

٢٢٦٤ - فُصِّل: [تعليق الحرية بموت فلان]

وإذا قال الرجل لأتمته: إذا مات فلان فأنت حرة، ثم باعها من فلان، ثم تزوّجها، ثم قال لها: إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين، ثم مات المولى وهو وارثه، قال أبو يوسف: يقع الطلاق، ولا يقع العتاق، وقال محمد: لا يقعان [١/٢٩٥] جمعياً، وقال زفر: يقع العتاق ولا يقع الطلاق.

أما وقوع الطلاق على قول أبي يوسف: فقد بينا وجهه، وأما امتناع وقوع الطلاق عند محمد: فقد بيناه.

وأما العتق فقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع؛ لأن عند أبي يوسف عقيب الموت لا يملكه الوارث، فقد علق العتق بحالة لا يملكها فيها، وكذلك يقول محمد.

وأما زفر فيقول: [علق]^(٢) على العتق في ملكه، ووجد الشرط في الملك، فما بين ذلك لا يعتبر، كمن قال لأتمته: إن دخلت الدار فأنت حرة، ثم باعها، ثم اشتراها فدخلت الدار [عتقت]^(٣).

[تمّ كتاب الأيمان، فله الحمد والامتنان، والصلاة [والسلام] على نبيه محمد وآله. يتلوه كتاب الإجازات]^(٤).

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (عقد) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة من أ.

(٤) ما بين المعقوفتين، زيدت من أ.

[٥٢] كتاب الإِجَارَاتِ

قال رحمه الله تعالى: الإِجَارَةُ عقد على المنافع بعوض، وهو خلاف النكاح؛ لأنه عقد على استباحة منافع البُضْعِ بعوض، والعقد على المنافع على ضربين: عقد بعوض يسمى إجارة، وعقد بغير عوض: وهو العارية، والوصية بالمنافع.

والأصل في جواز الإجارة قوله تعالى حكاية عن شعيب رضي الله عنه: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، وما ثبت في شرائع من قبلنا فهو لازم لنا، إلا أن يدل دليل على نسخه^(١)، ولأن النبي صلى الله عليه وآله بُعث والناس يستأجرون ولم ينكر ذلك، وقال رضي الله عنه: «من استأجر أجييراً فليعلمه أجره»^(٢)، ومرّ على رافع بن خديج وهو في حائط فأعجبه فقال: «لمن هذا؟» فقال: لي استأجرته، فقال رضي الله عنه: «لا تستأجره بشيء منه»^(٣)، فلو كان العقد لا يجوز بكل حال، لما كان للتخصيص معنى.

ولأن المنافع على ضربين: منافع البُضْعِ، و[منافع] غير البُضْعِ، فإذا جاز العقد على أحدهما جاز على الآخر، ولا يقال: إنه عقد على المعدوم، وعلى ما لا يملك الإنسان؛ لأن ملك الأصل الذي يتولد منه المنافع جعل كملكها في باب

(١) انظر: تفسير ابن عطية، ص ١٤٤٠.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى مرفوعاً ١٢٠/٦؛ وأبو حنيفة في مسنده رواية أبي نعيم الأصبهاني ٨٩/١؛ من مرسل إبراهيم. انظر: نصب الراية ١٣١/٤.

(٣) أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الآثار، ص ١٧٢.

جواز العقد^(١)، ألا ترى أن المنافع لا توجد سوى المنافع التي تحدث على ملكه .
 وذكر أبو الحسن حديث أبي هريرة وأبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ:
 «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، وإنما ذكر هذا الخبير ليستدل به على جواز
 الإجارة، وعلى أن البدل فيها يجب أن يكون معلوماً، وعلى أن البدل في الإجارة
 في حكم الثمن في البيع؛ لأنه ﷺ قال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم»^(٢)،
 وقال في الإجارة: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، وهذا خبر طويل ذكره
 محمد، وإنما اختصره أبو الحسن وذكر منه ما يخص الإجارة .

وذكر حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أعط الأجير أجره قبل
 أن يجف عرقه»^(٣)، وهذا يدل على جواز الإجارة، وعلى أن الأجرة لا تجب
 بالعقد، وإنما تجب بإيفاء العمل؛ لأنه أمر بتسليم^(٤) الأجرة عند الفراغ من
 العمل، فلو كان الوجوب [ب/٢٩٥] يتعلق بالعقد لأمر بتسليم الأجرة حين
 الوجوب؛ لأنه هو المقصود .

وذكر حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم
 القيامة، ومن كنت خصمه خصمته: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً
 وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى عمله منه ولم يوفه أجره»^(٥)، قال:

(١) في زيادة (عليها) .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٢٤)؛ ومسلم (١٦٠٤) .

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)؛ والبيهقي في الكبرى ١٢٠/٦؛ «ورواه الطبراني في الأوسط، وفيه
 شرقي بن قطامي، وهو ضعيف» كما في مجمع الزوائد، ٩٨/٤ .

(٤) في أ (بإيفاء) .

(٥) أخرجه البخاري (٢١١٤) .

وهذا الخبر يدل على جواز الإجارة، وأن الأجر لا يجب بالعقد؛ لأنه ذمّه على تأخيرها عند الفراغ من العمل، فدل على أن ذلك ابتداء الوجوب.

فأما قوله: «رجل أعطى بي ثم غدر» فمعناه: من أعطى [الذمة] ^(١) برسول الله ﷺ؛ ولهذا كان إذا بعث سرية قال في وصيته: «فإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تفعلوا، ولكن أعطوهم ذممكم وذمم آبائكم، فإنكم إن تخفروا ذممكم وذمم آبائكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة رسوله» ^(٢).

وأما قوله: «رجل باع حراً فأكل ثمنه»: فإنما [ذكر] ^(٣) البيع والثلث على وجه المجاز، بمعنى أنهما قصدا البيع وسميا [بديلاً] على أنه ثمن، وإلا فالبيع باطل ولا ثمن له.

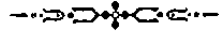


(١) في ب (الذمام) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه مسلم (١٧٣١) في حديث طويل من حديث بريدة رضي الله عنه.

(٣) في ب (أراد) والمثبت من أ.

بَاب جامع في الإجازات



قال أبو الحسن: الإجارة عقد على منافع الأعيان، فمنها ما يشترط للمستأجر الانتفاع به، ومنها ما يشترط على المستأجر العمل فيه، وفي كل ذلك لا بد من أن يقع العقد فيه على مستأجرٍ معلوم وأجرٍ معلوم ووقت معلوم، [فيما وقع على الوقت، ومسافة معلومة فيما وقع على المسافة، وعمل معلوم]^(١) فيما وقع على وقت العمل.

قال: وهذا التقسيم صحيح؛ لأن العقد إما أن يقع على ما ينتفع به، مثل استئجار الدُّورِ والمنازل والحَوَائِثِ والضِّيَاعِ، وسائر العقارات، وعبيد الخدمة، والدواب للركوب والحمل، والثياب، والحلي للُّبْسِ، والأواني والظروف للاستعمال، فالعقد جائز في هذا كله.

وما ذكرناه من الدلالة على جواز الإجارة قد دلّ عليه، وقد دلّ على إجارة العقار حديث رافع بن خديج، وقد دلّ على إجارة الحيوان ما روي أن رجلاً قال للنبي ﷺ: إني أكره إبلي إلى مكة، فهل لي من حج؟ فنزل قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾^(٢) [البقرة: ١٩٨]، فالإجارة في هذا كله واقعة على منافع العين المستأجرة.

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) الحديث ذكر هنا مختصراً، وقد رواه بطوله أبو داود (١٧٣٣) من حديث أبي أمامة، وسؤاله ابن عمر، وجوابه؛ ورواه أحمد في المسند ١٥٥/٢؛ ومحمد بن الحسن في الأصل ٤٢٧/٣.

وأما القسم الثاني: فهو استئجار الصُّنَّاع على الأعمال، كالقَصَّار والخَيَّاط، والصَّبَّاع، والنَّجَّار، والإسكَّاف، والبنَّاء، وسائر من يشترط عليه العمل من سائر الأعمال، فهذا مستأجر على إيقاع العمل في الأعيان، وقد دلَّ على جواز هذه الإجارة عموم الأخبار التي قدمناها، وقوله ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، ولأن الناس يعقدون هذه العقود في سائر الأعصار من غير نكير.

قال: ومن استؤجر (على شيء من هذه الأعمال)^(١) فلم يشترط عليه أن يعمل بيده، فله أن يعمل بنفسه [١/٢٩٦] وأجرائه؛ وذلك لأن المعقود عليه هو العمل، وذلك موجود في فعله وفعل غيره؛ ولأن عمل أجرائه يقع له فكأنه عمل بنفسه.

وليس كذلك إذا اشترط عليه عمله بنفسه؛ لأن العقد وقع على منفعة من عين، فلا يجوز تسليمها من عين أخرى: كمن استأجر بعيراً بعينه للحمل لم يجبر على أخذ غيره، ولو استأجر على الحمل ولم يعين بعيراً، [جاز للمؤاجر أن يسلم أي بعير شاء]^(٢)(٣).



(١) في أ (لهذه الأعمال).

(٢) في ب (كان للمؤجر أن يسلمه إليه أي بعير شاء) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤٢٦/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٨٣ وما بعدها.

بَابُ التسليم فيما وقع عليه عقد الإجارة



قال أبو الحسن: ما وقع عليه عقد الإجارة من عمل أو عين ينتفع بها فهو المبتدئ بتسليمه قبل الأجر منتفعاً به، كان ما وقع العقد عليه [عيناً] أو عملاً؛ وذلك لأن الأجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق، وإنما تجب فيه باستيفاء العمل، أو بوجود التسليم على صفة مخصوصة [فما لم يوجد] ذلك، لم يجز حبس المنافع المعقود عليها ببدل، لم يجب تسليمه، كمن باع عبداً بثمن مؤجل، لم يجز له حبسه بالثمن.

فأما إذا شرط في عقد الإجارة تعجيل البدل وجب تعجيله عندنا، وكان للمؤجر حبس ما وقع عليه العقد (كما وجب حبس المبيع)^(١) إلى أن يستوفي الثمن، [وذكر الحسن في جامعه: أن المنافع والأجرة كالثمن، فكما وجب حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، كذلك يجب حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة المعجلة]؛ ولأن في تسليم المنافع قبل قبض الأجرة ضرراً بالمؤجر، ألا ترى أنه يصير أسوة الغرماء، فحل محلّ البيع، ولا يقال: إن الحبس لا فائدة فيه؛ لأنه إذا عقد على مدة حاضرة، فكل ما حبس بطل العقد في المدة التي تمضي؛ لأن هذا لا يمنع من ثبوت الحبس فيما لا يبطل بالحبس، كمن آجر دابة مسافة معلومة، ولأن هذا يبطل بمن باع ما لا يبقى مثل السمك وما أشبهه للبائع حبسه، وإن كان ذلك يؤدي إلى إبطال العقد بتلفه، ولأن المنافع لا يمكن تسليمها في

(١) ما بين القوسين سقطت من أ.

الحال، فلو لم يلزمه تعجيل الأجرة لبطل الشرط^(١).

٢٢٦٥ - فَصَّل: [تملك الأجرة في الإجارة]

قال: والأجرة لا تملك بعقد^(٢) الإجارة، وإنما تملك بأحد معاني ثلاثة: إما أن يشترط تعجيلها في نفس العقد، وإما أن يعجل بغير شرط، وإما بوقوع ما الأجرة [بدل عنه]^(٣).

وقال الشافعي: [تجب]^(٤) الأجرة بإطلاق العقد^(٥).

لنا: أنه مال في مقابلة منفعة، فلا تستحق بنفس العقد، كالربح في المضاربة، ولا يلزم المهر لأنه في مقابلة الاستباحة، ولأنها معاملة لا توجب تسليم أحد البديلين في الحال، فلا يوجب تسليم البديل الآخر بعد المجلس.

أصله: البيع المشروط فيه الخيار لهما والبيع الفاسد، ولا يلزم التسليم؛ لأن تسليم رأس المال لا يجب في المجلس^(٦).

وهذه المسألة مبنية: على أن المنافع لا تملك بالعقد؛ لأنها معدومة، والملك من صفة الموجود؛ ولأنها [إنما]^(٧) تحدث في ملكه، فلا يملك قبل

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩١.

(٢) في أ (بنفس).

(٣) في ب (تدل عليه) والمثبت من أ.

(٤) في ب (تعجيل الأجرة) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الأم ص ٦٤٨ (بيت الأفكار). قال الدمشقي في رحمة الأمة: «فمذهب الشافعي وأحمد:

أنها تُستحق بنفس العقد» ص ٣٤٥.

(٦) في أ (بعد المجلس).

(٧) في أ (نماء).



حدوثها كالثمن ، وجواز التصرف في المنافع المعدومة لا يدل على ملكها ، لكن للضرورة ، ألا ترى أنه لو لم يجز العقد [٢٩٦ب] عليها مع عدمها لم تجز إجارة أبدأ ، ولا [يستدل بجواز]^(١) عقد المستأجر عليها على الملك ؛ لأنه إنما جاز عقده عليها لأنه يملك التصرف فيها [فهو كالموجود]^(٢) .

وإذا ثبت أن المنافع لا تملك بالعقد ، فكل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك البدل الآخر ، كالهبة بشرط العوض ، والبيع المشروط فيه الخيار .

وإذا ثبت أن الأجرة لا تملك بإطلاق العقد ، فإن شرط تعجيلها ملكت بالشرط ؛ لأن الشرط يغير مقتضى إطلاق العقد ، ألا ترى أن التأجيل إذا شرط في الثمن يتغير موجب العقد من الحلول ، وكذلك إن عجل المستأجر [الأجر] ؛ لأن العقد سبب في استحقاق الأجرة ، فإذا عجلها بعد وجود سببها استحققت بالتعجيل ، كالدين المؤجل يعجله ، وأما إذا استوفى المعقود عليه فقد ملك العوض ، فاستحقاق ملك العوض في مقابلته .

قال : فإن وقع الشرط في عقد الإجارة أن لا يسلم الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإجارة ، فذلك جائز ، وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة الأول : (إن الأجرة لا تجب إلا في آخر المدة ، فإذا شرط ذلك فقد شرط موجب العقد ، فأما على قوله الثاني : الأجرة)^(٣) تجب حالاً فحالاً ، فقد شرط تأجيل الأجرة ، والأجرة

(١) في ب (يدل جواز) والمثبت من أ.

(٢) في ب (كالمؤاجر) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

كالثمن ، فإذا جاز التأجيل في أحدهما جاز في الآخر^(١) .

٢٢٦٦ . فُصِّلَ : [الأجرة في الإجارة التي تقع العقد على المدة]

وأما إذا لم يشرط في العقد شيئاً ، فكان قول أبي حنيفة الأول : أن الأجرة لا تجب إلا بعد مضي المدة في الإجارة التي تقع على المدة : مثل استئجار الأرض سنة ، أو عشر سنين ، ولا تجب تسليم الأجرة إلا بعد مضي جميع المدة ، وبه قال زفر ، ثم رجع فقال : يسلم الأجر حالاً فحالاً ، كلما مضى يوم يسلم أجرته .

وإذا وقعت الإجارة على مسافة : مثل من يستأجر بعيراً إلى مكة ذاهباً وجائياً ، فكان قوله الأول أنه لا يلزمه تسليم الأجرة حتى يعود ، وهو قول زفر ، ثم رجع فقال : يسلم حالاً فحالاً .

قال أبو الحسن : تسلم الأجرة لكلِّ مرحلة إذا انتهى إليها ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد .

وروي عن أبي يوسف : فيمن استأجر بعيراً إلى مكة ، أنه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الأجرة بحسابه استحساناً ، قال أبو الحسن : وهذا قوله الآخر .

وجه قول أبي حنيفة الأول : أن الإجارة إذا وقعت على مدة جملة واحدة ، فالمعقود عليه ينتفع به بكامل المدة ، ولا يلزم تسليم البدل إلا بعد الفراغ : كمن استأجر خياطاً يخيط له ثوباً ، فنخاط بعضه لم يستحق الأجرة حتى يفرغ منه ، وكذلك إذا استأجر إلى مكة لم ينتفع [بقطع بعض المسافة]^(٢) دون بعض ،

(١) انظر : شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٨٧ .

(٢) في ب (بعض المدة) والمثبت من أ .

فوقعت الأجرة على انتهاء العمل ، كالصَّبَاغِ والقَصَّارِ .

وجه قوله الآخر وهو المشهور من قولهما: أن كل يوم ينفرد بالانتفاع عن الآخر ، فلم يقف تسليم [١١/٢٩٧] البذل [على] جميع المنافع ، ولأنه ملك المبدل ، فاستحق عليه ما في مقابلته ، وقد كان يجب أن يلزمه تسليم الأجرة ساعة فساعة ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: يوماً فيوماً ؛ لأن إيجاب التسليم في كل ساعة يؤدي إلى الضرر ، ألا ترى أنه إذا تشاغل بوزن الأجرة ونقدها^(١) مضى زمان [وجبت به] ^(٢)أجرة ، فإن طالب بها فاشتغل بدفعها انقضى^(٣) زمانه في دفع الأجرة ، فقالوا: يطالبه يوماً فيوماً ؛ ولأن اليوم مقصود بالانتفاع ، وأخذ بدله لا يؤدي إلى الضرر .

وكذلك إذا سار في الطريق [لو]^(٤) طالب بالأجرة في كل حال انقطع بتسليمها عن السير ، فقال أبو الحسن: يطالبه في كل مرحلة ؛ لأن ذلك سير مقصود ، ولا يشق المطالبة ببذله ، فهو كالיום في إجارة الدار .

وجه قول أبي يوسف الآخر: أن السير إلى ثلث الطريق أو إلى نصفه منفعة مقصودة ، ألا ترى أن من الناس من يركب مع جَمَّال نصف الطريق ثم ينتقل إلى غيره ، فكان ذلك هو المقصود من المنفعة ، فإذا وُجِدَ لزمه تسليم بدله^(٥) .



(١) في أ (أو بَعْدَهَا) .

(٢) في ب (وجب له) .

(٣) في أ (اتصل) .

(٤) في ب (أو) والمثبت من أ .

(٥) انظر: الأصل ٤٤٨/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٨٩/٣ وما بعدها .

بَابُ تَصْرِيفِ الْمُؤَاجِرِ فِي الْأُجْرَةِ

قال أبو الحسن: فإذا وقع عقد الإجارة ولم يشترط تعجيل الأجرة ولم يتسلم ما وقع عليه [العقد] حتى أبرَّ المؤاجرُ المُستأجرَ منه، أو وهبه، أو تصدَّق به عليه، فإن ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف الآخر، عينا كان الأجر أو ديناً، ولا يكون ذلك [نقضاً للإجارة] (١).

وقال محمد: إذا كان ذلك ديناً جاز.

لأبي يوسف: أن الأجرة لم تملك بالعقد على ما بيَّنا، فإذا أبرَّ منها أو وهبها، فقد أبرَّ من حق لم يجب، والبراءة من الحقوق قبل وجوبها لا يصحُّ، وليس كذلك الدين المؤجل؛ لأنه قد ملك واستحق، والتأجيل لتأخير المطالبة، ولأننا لو جَوَّزنا [البراءة] (٢) لا ينتفع المستأجر بما استأجر من غير بدل يستحق في مقابلته، وهذا إخراج له من حكم الإجارة، ويصير في معنى العارية والوصية، ولم يدخل في هذا العقد، وإنما لم تبطل الإجارة بقبول البراءة؛ لأنها لم تقع، فوجودها وعدمها سواء.

لمحمد: أن العقد سبب في وجوب الأجرة، وإسقاط الحقوق عند وجود أسبابها جائز كالبراءة من الدين المؤجل، والعفو عن القصاص بعد [وجود

(١) في ب (بقضاء الإجارة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الإجارة) والمثبت من أ.

الجراحة^(١)، وأما إذا كانت الأجرة عيناً من الأعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع، فإن قَبِلَ المستأجر الهبة بطلت الإجارة، وإن رَدَّها لم تبطل؛ لأن الأجرة المعينة في حكم المبيع؛ لأنها عين مملوكة في مقابلتها ما هو في حكم الأعيان، وهبة المبيع قبل القبض إذا قَبِلَهَا البائع يبطل البيع، فكذلك هذا.

وأما إذا رَدَّ المستأجر [ب/٢٩٧] الهبة لم تبطل الإجارة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبول، فإذا رَدَّها بطلت، وكان لم تكن.

٢٢٦٧ - فَصْل: [مصارفة المؤاجر المستأجر بالأجرة]

قال أبو يوسف: إذا صارف المؤاجر المستأجر بالأجرة وأخذ بها ديناراً، فالعقد باطل، وكان قوله الأوَّل أنه جائز، وهو قول محمد.

لأبي يوسف: أن الأجرة لم تجب بالعقد، وإنما يتعلق وجوبها بعقد الصرف، وما [وجب]^(٢) بعقد الصرف ولم يوجد فيه التقابض في المجلس بطل العقد فيه، كمن باع ديناراً بعشرة دراهم فلم يتقابضا؛ ولأنه يشتري الدينار بدراهم في [ذمته]^(٣)، ثم يجعلها قصاصاً بالأجرة ولا أجره له، فيبقى ثمنه الصرف في ذمته، فإذا افترقا قبل قبضه بطل العقد.

لمحمد: أن الصرف لما لم يجز إلا ببدل مستحق، صار دخولهما^(٤) في الصرف كشرط تعجيل الأجرة، ولو شرط تعجيلها ثم تصارفاً جاز، فكذلك إن

(١) في ب (بعد الجرح) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وجد) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الذمة) والمثبت من أ.

(٤) في أ (فيه كتعجيل الأجرة).

لم يشرط ، ألا ترى أنه لو أخذ بالدين المؤجل ديناراً جاز ، فكأنه شرط التعجيل ثم [تصارفا به ، كذلك هذا] (١) .

وحكى أبو الليث عن بعض أصحابنا طريقة أخرى في هذه المسألة ، فقال : من أصل أبي يوسف أن الأجرة لا تملك بالعقد عيناً كانت أو ديناً ، ومن أصل محمد أنها (٢) إذا كانت عيناً لم تملك ، وإذا كانت ديناً تملك بالعقد ؛ وذلك لأن المستأجر يملك المطالبة بالمنفعة ، فملك عليه الدين [الذي] في مقابلتها وإن تأجل ، كما يملك الثمن المؤجل في البيع .

قال : وليس كذلك العين ؛ لأنه لا يجوز أن يملك ملكاً مؤجلاً ؛ لأن التأجيل في الأعيان لا يصح ، وإذا كان من أصله أن الأجرة قد ملكت ، جاز [التصرف] (٣) بها كالدين المؤجل .

وهذا الأصل ليس بمروي عن محمد ، وإنما قاله هذا القائل لنصرة هذه المسألة ، وقد بيّنا وجهها من غير إثبات أصل لا رواية فيه .

٢٢٦٨ - فَصْل : [شراء المؤاجر من المستأجر عيناً بالأجرة]

وإن اشترى المؤاجر من المستأجر عيناً من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم [جميعاً] ؛ لأن العقد على الأعيان لا يقتضي قبض البدل في المجلس ، فجاز العقد وإن كانت الأجرة غير واجبة .

قال : ولو أخذ بالأجرة رهناً أو كفيلاً جاز في قولهم [جميعاً] ؛ لأن الرهن

(١) في ب (صارت به) والمثبت من أ .

(٢) في أ (أن الأجرة) .

(٣) في ب (الصرف) والمثبت من أ .

يجوز بدين لم يجب ، كما يجوز بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار ، والكفالة تجوز بدين لم يجب ، كما يجوز بالدرك .

قال: ولو وهب بعض الأجرة أو أبرأه منه جاز في قولهم .

[فأما على قول محمد فظاهر؛ لأن الهبة تجوز في الجميع فكذلك في البعض]^(١) ، وأما على أصل أبي يوسف: فهبة البعض حظ يلحق بالعقد ، فيصير كالموجود في حال العقد ، [وهبة الجميع لا تلحق بالعقد]^(٢) ، فيثبت^(٣) في الحال ، وليس هناك حق واجب [وإنما تحصل الأجرة في الثاني] فلا يصح .

قال: وإذا وجب الأجر بمضي الوقت فهو دين ، فلا باس بذلك ، يعني البراءة والهبة والصرف ؛ لأنه دين [واجب ، فصار] كسائر الديون [١/٢٩٨]^(٤) .



(١) الزيادة من أ وساقطة من ب .

(٢) في ب (وهذا لجميع ما يلحق بالعقد) والمثبت من أ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ٤٤٨/١ .

(٣) ساقطة من أ .

(٤) انظر: الأصل ٤٥٣/٣ .

بَابُ صفة تسليم [الأجرة]



قال أبو الحسن: وإذا وقع عقد الإجارة صحيحاً على مدة أو مسافة معلومة ، وجب تسليم ما وقع عليه العقد من ذلك تسليمًا دائمًا باقياً في طول مدة الإجارة لا مانع من الانتفاع به ، فإن عرض في بعض المدة أو بعد قطع بعض المسافة ما يمنع من الانتفاع بالمستأجر ، سقط الأجر عن المستأجر بقدر مدة المنع ، ولزم فيما كان قبل ذلك .

وهذه الجملة تشتمل على مسائل:

منها: أن العقد إذا وقع على مدة مطلقة كان ابتداءؤها عقيب العقد ، وقال الشافعي: لا تصح الإجارة حتى يكون ابتداء المدة عقيب العقد ، وإنما يكون عقيب العقد بالشرط^(١).

لنا: أنه حكم تعلق بمدة لا على طريق القرية ، فكان ابتداءؤها عقيب السبب ، كمدة الإيلاء ، وكمن حلف لا يكلم رجلاً شهراً ، وليس كذلك إذا أوجب صوم شهر؛ لأنه حكم تعلق بمدة على طريق القرية ، ولأنه إذا أطلق المدة [و]^(٢) لم يجعل عقيب السبب ، لم يكن مدة بأولى من مدة ، فأدى ذلك إلى إبطال العقد ، فوجب أن [يحمل]^(٣) على الوجه الذي يصح معه العقد .

(١) انظر: المهذب للشيرازي ١٨/٣ (دار القلم).

(٢) في ب (لو لم) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يجعل) والمثبت من أ.

والمسألة الثانية: أن المدة المعقود عليها تكون متوالية من حال العقد إلى انقضائها؛ لأننا لو لم نجعلها كذلك صارت مدة مجهولة، فوجب حمل العقد على ما يصح [العقد] عليه.

والمسألة الثالثة: أن التسليم يجب على المؤاجر في طول المدة المعقود عليها، وفي جميع المسافة، فإن حدث مانع بعد التسليم سقطت الأجرة عن المستأجر: كمن استأجر داراً ليسكنها، أو عبداً لخدمته شهراً، أو دابة ليركبها إلى الكوفة، فيسكن أو يستخدم بعض المدة، أو يركب بعض المسافة، ثم يغضب الدابة غاصب، أو العبد، أو يحدث بهما ما يمنع من الانتفاع بهما من مرض أو إباق، أو يغضب الدار، أو تغرق حتى لا يمكن الانتفاع بها، وكالزرع ينقطع عنه الشرب، والرحى تنقطع عنها الماء، فإن الأجر ساقط في مدة ذلك، ولازم فيما مضى؛ وذلك لأن المنافع لا تصير مسلمة بتسليم العين التي تحدث منها؛ لأنها معدومة، والتسليم من صفات الوجود، وإنما تحدث المنافع على ملك المؤاجر حالاً فحالاً، ولا يصير المستأجر متسلاً لها كذلك، فإذا حدث المانع فقد تعذر تسليم المنفعة قبل القبض، فسقط البديل كتعذر تسليم المبيع قبل القبض^(١).

٢٢٦٩ - فصل: [الاختلاف في تسليم الأجرة]

فإن اختلفا بعد انقضاء [مدة] الإجارة، فقال المستأجر: لم تسلم إليّ ما أجرنتني، وقال المؤاجر: قد سلّمت، فالقول: قول المستأجر مع يمينه؛ وذلك لأن المؤاجر يدعي دخول الشيء في ضمان المستأجر، فالقول قول من ينفي الضمان، كمن ادعى عليه الغصب [٢٩٨/ب] فجحد [ذلك]، وكل من جعلنا القول

(١) انظر: الأصل ٤٤٩/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٠/٣ وما بعدها.

قوله فيما يلزمه فيه الخصومة ، والشيء مما يصح بدله ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن أقام المؤاجر البينة أنه سَلَّمَ ، قُبِلت بينته واستحق الأجر ؛ لأنه أقام البينة على الضمان .

٢٢٧٠ . فُصِّل : [النظر إلى حال الشيء إذا وجد المانع في الاستلام]

فإن اتفقا أنه سَلَّمَها في أول المدة أو أول المسافة ، فقال المستأجر : عرض لي ما يمنعني من الانتفاع به ، وادّعى مرضاً أو غصباً أو إباقاً ، وجحد ذلك المؤاجر ، فإنه ينظر إلى حال الشيء الذي وقعت عليه الإجارة في وقت ما اختصما ، فإن كان المانع موجوداً في المستأجر فالقول : قول المستأجر مع يمينه البتة ، وإن لم يكن موجوداً في وقت خصومتها فالقول : قول المؤاجر مع يمينه على علمه ، والبينة بينة المستأجر ؛ وذلك لأنهما إذا اختلفا في دوام التسليم ، فوجب تحكيم الحال ، فإن كان المانع موجوداً فالظاهر يشهد للمستأجر ، فالقول قول من يشهد له الظاهر ، وإن لم يكن هناك مانع ، [فالظاهر]^(١) يشهد للمؤاجر ، فكان القول قوله .

ولا يقال : إن المنافع دخلت في ضمان المستأجر بالتسليم ، فلا يقبل قوله في سقوط الضمان ؛ لأن المنافع لا تصير مسلمة بالتسليم الأول ، فلا يكون اعترافه بالقبض اعترافاً بقبض جميع المنافع .

وإنما استحلف المستأجر على البتات ؛ لأنه يدّعي عليه فعله وهو التسليم ، ومن حلف على فعل نفسه حلف على البتات ، وإنما استحلف المؤاجر على العلم ؛ لأنه يحلف على فعل غيره ، وهو المنع ، ومن حلف على فعل غيره استحلف على

(١) في ب (فالشاهد) والمثبت من أ .

العلم كاليمين في القسامة .

٢٢٧١ - فصل : [المنع عَرَضَ بعد القبض]

فإن اتفقا أن المنع كان قد عرض بعدما قبض ، فقال المستأجر : كان المنع في المدة حين قبضت إلى أن بقي من المدة يوم أو يومان ، وقال المؤاجر : كان المنع يوماً واحداً ثم زال ، فالقول قول : المستأجر في ذلك ؛ لأنهما اتفقا على أن المنافع لم يدخل جميعها في ضمان المستأجر ، فكان القول قوله في مقدار ما ضمنه ؛ ولأنهما اتفقا على زوال القبض الأول ، فالقول قول المستأجر في القبض الثاني .



بَاب

متى يصح تسليم العامل ويخرج من ضمانه



قال أبو الحسن: كل من استؤجر على عمل في شيء، أو عمل شيء، وذلك الشيء في يده، مثل الصَّبَاغِ والخَيْاطِ والقَصَّارِ والصائغِ والتَّجَّارِ وسائر الصُّنَاعِ، فعمله ذلك مضمون عليه ما دام في يده بالأجر المسمى له، لا يبرأ منه إلا بتسليمه إلى صاحبه، فإن لم يسلمه حتى هلك، بطل أجره، ويكون العمل مضموناً بالأجر.

قال: وجملة هذا أن المستأجر على عمل في شيء أو عمل شيء [فهو] على وجهين:

أحدهما: أن يكون المعمول فيه في يده، والثاني: أن يكون في يد المستأجر. فإذا كان المعمول فيه في يده، فهو على وجهين: [١/٢٩٩] إن كان لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار، فالعمل مضمون عليه، فإن هلك في يده قبل التسليم سقط الأجر، وما لم يكن لعمله [تأثير في العين]^(١) كالحمال والملاح، وجب الأجر إذا فرغ من العمل، وإن لم يُسَلَّم.

وقالوا: ما لم يحط المتاع من رأسه لم يجب الأجر؛ [لأن] الحطَّ من تمام العمل؛ وإنما كان كذلك لأن العمل الذي له أثر [في العين كالمعقود عليه]^(٢)،

(١) في ب (في العين أثر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (كالعين المعقود عليها) والمثبت من أ.

ألا ترى أن البدل في مقابلة ذلك الأثر، فصار كالمبيع إذا هلك قبل التسليم سقط بدله.

وأما ما لا أثر له، فليس هناك عين معقود عليها، وإنما يصير الحَمَّالُ مسلماً للمنفعة حالاً فحالاً، فإذا انتهت فقد وَفَّى العمل، فلم يبق منه شيء يجب بدله، وهلاك العين لا يسقطه.

وقد قالوا: في كل عمل له أثر في العين، للعامل أن يحبس العين حتى يستوفي، كما للبائع حبس المبيع [حتى يستوفي الثمن]، وما ليس له أثر لا يثبت فيه حق الحبس؛ لأن العمل المعقود عليه ليس بموجود في العين، فلم يجز حبسها، كما لا يجوز حبس الوديعة بالدين.

وأما ما يوقعه من العمل في عين في يد المستأجر، فقد ذكره في الباب الذي يلي هذا.

قال محمد: فإن حبس الحَمَّالُ المتاع في يده فهو غاصب؛ وذلك لأنه لا أثر لعمله في العين حتى يثبت له الحبس، وإنما العين أمانة في يده، فإذا حبسها بدينه صار غاصباً كالوديعة.

وقال أبو يوسف في الحَمَّال: يطلب أجره بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه، فليس له ذلك، وهذا على ما بيننا أن الوضع من تمام العمل^(١).



(١) انظر: الأصل ٥٦١/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٨، ٣٩٩.

بَابُ مَا يَكُونُ الْأَجْرُ مُسْلِمًا لَهُ مَعَ الْفَرَاغِ مِنْهُ

—•••••—

قال أبو الحسن: إذا استأجر رجلاً ليعني له بناءً في داره، أو فيما هو في يده، أو يعمل له سَابِاطًا، أو جَنَاحًا^(١)، أو يحفر له [في ذلك] بئرًا، أو قناةً، أو نهراً، أو ما أشبه هذا، فعمله العامل فلم يفرغ منه حتى انهدم البناء، أو انهارت البئر، أو سقط السَابِاط، فله أجر ما عمل بحصة ذلك؛ لأن ذلك صار في يد المستأجر قبل هلاكه.

وإن استأجره على عمل شيء من ذلك في غير ملكه، ولا ما هو في يده، فلا أجر له حتى يفرغ منه وَيُسَلَّمَهُ إليه؛ وذلك لأنه إذا استأجره على عمل في منزله صار مسلماً العمل إليه جُزْءًا فجزءًا، فوجب عليه بدله [بالفراغ منه]، فلم يسقط بالهلاك.

وقد قالوا في البئر: إذا حفر بعضها ثم انهارت ووجب [له من الأجر]^(٢) بحساب ما حفر؛ لأنه سلم تلك المنافع بنفس العمل، فأما إذا كان الحفر والبناء في غير ملكه فلم يصير مسلماً له بالعمل، فما لم يخل [بينه وبين المستأجر]^(٣) لم يصير قابضاً له، فإذا أفسد قبل ذلك سقط بدله^(٤)، كهلاك المبيع قبل القبض.

(١) «السَابِاط: سقيفة تحتها ممر نافذ، والجمع سوابيط». المصباح (سبط).

والجناح: ويقصد هنا بالجناح: الرَّوْشَنُ: الشُّرْفَةُ: هي «بناء خارج من البيت يُسْتَشْرَفُ منه على ما حوله». انظر: المعجم الوجيز (جناح، روشن، شرف).

(٢) في ب (عليه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بين المستأجر وبينه) والمثبت من أ.

(٤) في أ (أجره).



وقال الحسن: إذا أراه موضعاً من الصحراء يحفر فيه بئراً، فهو بمنزلة ما [ب/٢٩٩] في ملكه ويده، وقال في آخر الكلام: وهذا قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد: لا يكون قابضاً إلا بالتخلية، وإن أراه الموضع.

والصحيح ما قاله محمد؛ لأن الموضع وإن عينه لم يصر في يده، فلا يكون مسلماً له بنفس العمل، وليس كذلك إذا كان في ملكه؛ لأن ملكه يده، فيصير متسلاً للمنافع حالاً فحالاً.

وجه رواية الحسن: أنه لما عيّن الموضع يثبت يده عليه بالتعيين، فصار كفنائته وملكه.

قال: وإن كان في غير ملكه وقد عمل بعضه والمستأجر قريب من العامل، فخلّي بينه [وبين العمل] ^(١)، فقال المستأجر: لا أقبضه منك حتى تفرغ ^(٢)، كان قابضاً وعليه الأجر، وهذا عطف على رواية الحسن؛ لأن التعيين كالمملك، وأما على ما قال محمد فلم يصر مسلماً بالعمل، فللمستأجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمم البئر؛ لأنه لا ينتفع ببعض عملها دون بعض ^(٣).

٢٢٧٢. فصل: [ما يعتبر من تمام عمل العامل]

وإذا استأجره ليضرب له لَبْنًا في ملكه، فإن رَبَّ اللَّبْنِ لا يكون قابضاً حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: حتى يشرجه ^(٤).

(١) في ب (وبينه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (تقبض).

(٣) انظر: الأصل ٥٨٢/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩١.

(٤) «وتشريح اللَّبْنِ: تنزيده وضم بعضه إلى بعض». المغرب (شرح).

لأبي حنيفة: أنه استؤجر على عمل اللبن ، فإذا جف وأقامه فقد وجد ما يتناوله اسم اللبن ، فاستحق الأجرة ، فتشريحه كنقله إلى مكان البناء ، فلا يلزم المستأجر ، وليس كذلك إذا ضربه ولم يقمه ؛ لأن اسم اللبن لا يتناوله ، ألا ترى أنه أرض ما لم يقلبه عن مكانه .

وجه قولهما: أن العادة أن ضراب اللبن هو الذي يشرح ليؤمن عليه الفساد ، فكان ذلك من تمام العمل ، كما خراج الخبز من التنور .

وقال: فإن هلك اللبن قبل الحد الذي حدّه كل واحد منهما في قوله ، فلا أجر له ؛ لأنه هلك قبل تمام العمل ، وإن كان بعده ، فله الأجر ؛ لأن العمل قد تم فصار مسلماً [له] ؛ لأنه في ملكه ، فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل .

قال: فإن كان ذلك في غير يده و[لا] ملكه ، لم يكن له الأجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة ، ومشرّجاً عندهما ؛ لأنه لم يحصل في يده ، فلا بد من التخلية بعد الفراغ من العمل^(١) .

٢٢٧٣ - فُصِّل: [ما يضمنه الأجير المشترك]

ومما يلحق بهذا الباب ما رواه ابن سماعه عن محمد: في رجل استأجر خبّازاً ليخبز له قفيزاً من دقيق بدرهم ، فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل أن يخرج ، قال: هو ضامن ، وكذلك لو ألزقه^(٢) في التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق ، فإنه ضامن ، وهذا على أصل محمد في تضمين الأجير المشترك ، إلا أن الذي يحتاج إليه في هذا الباب أنه لا أجرة له ؛ لأنه هلك قبل تمام العمل ، ألا

(١) انظر: الأصل ٥٨٣/٣ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٤/٣ .

(٢) في أ (الصقه) .



ترى أن الأجرة يستحقها [بالعمل: وهو الخبز]^(١)، وقبل إخراجه من التنور ليس بخبز، فهو كهلاك اللبن قبل أن [يقيمه]^(٢).

قال: [١/٣٠٠] وإذا أخرجته من التنور ووضعته وهو يخبز في منزل المستأجر فقد فرغ، فإن احترق من غير جنايته فله الأجر، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة؛ لأنه فرغ من العمل فصار مسلماً له بإخراجه من التنور؛ لأنه في ملك المستأجر، وهلاك الشيء من غير عمل الأجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده.

فأما على قول من يضمن الأجير المشترك، فإنه ضامن له دقيقاً مثل الدقيق الذي دفعه إليه، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزاً وأعطاه الأجر؛ وذلك لأن قبض الأجير عندهما مضمون، فلا يبرأ منه بوضعه في منزل مالكة، كما لا يبرأ من ضمان المغصوب بذلك.

فإذا وجب عليه الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار: إن شاء ضمنه دقيقاً وأسقط الأجر؛ لأنه لم يسلم له العمل، وإن شاء ضمنه خبزاً [وأعطى الأجر؛ لأن العمل صار]^(٣) مسلماً له، فوجب عليه الأجرة.

قال: ولا أضمنه القصب والحطب ولا الملح؛ لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه، [ووجب عليه الضمان وهو رماد وما يذوب]^(٤) فلا قيمة.

قال: وكذلك الخياط يخيط له في منزله قميصاً، فإن خاط بعضه لم يكن له

(١) في ب (بالخبز) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يتمه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (وصار العمل) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.

أجر؛ لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعض، فلا يلزم الأجرة إلا بتمامه، فإذا فرغ منه ثم هلك، فله الأجرة في قول أبي حنيفة؛ لأنه صار مسلماً للعمل عنده.

فأما على قولهما: فالعين مضمونة لا يبرأ من ضمانها إلا بتسليمها إلى مالكها^(١)، فإذا هلك الثوب: فإن شاء ضمنه قيمته صحيحاً (غير مخيط)^(٢) ولا أجرة له، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الأجرة على ما قدمنا.

قال: ولو استأجر حَمَّالاً ليحمل له دَنًّا^(٣) من السوق إلى منزله، فحملة حتى إذا بلغ به باب الدار الذي استأجره كسره إنسان، فلا ضمان على الحَمَّال في قول أبي حنيفة، وله الأجرة من قَبْلِ أنه وقَّاه العمل إلى الموضع الذي بلغ، وهذا على [ما قدمنا] أن من لا أثر لعمله يصير مسلماً للمنافع حالاً فحالاً.

وقال محمد في الأصل في الحَمَّال: إذا وقع في بعض الطريق فانكسر ما حملة، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته في ذلك الموضع واحتسب له من الأجرة بحساب ما حمل، وإن شاء ضمنه قيمته من الموضع الذي حملة ولا أجرة له؛ وذلك لأن التلف حصل من عمله، وهو وقوعه، وما تلف بعمل الأجير المشترك مضمون في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، إلا أن المنافع لم تسلم بكمالها، فصار ذلك عيباً فيها، فإن شاء رضي بها وضمنه قيمته في ذلك الموضع وأعطاه الأجرة، وإن شاء فسخ العقد فيها حين لم يكمل على مقصودها، وضمنه القيمة في الموضع الذي حمل منه^(٤).

(١) في أ (صاحبها).

(٢) ساقطة من أ.

(٣) «الدَّنُّ: كهيئة الحُبِّ إلا أنه أطول منه وأوسع رأساً، والجمع دِنَانٌ»، كما في المصباح، والحُبُّ - بالضم -: الخابية: هي الوعاء الضخم. انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (دَنُّ، حَبُّ).

(٤) انظر: الأصل ٥٨٤/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٢، ٣٩٣.

بَابُ ضمان أجير المشترك

—•••••—

قال أبو الحسن: الأجير [ب/٣٠٠] المشترك: القَصَّار، والصَّبَّاغ والخَيَّاط، والصَّائِغُ، وكل من يستحق الأجر بعمله دون تسليم نفسه، فإذا سَلَّمَ إليه ما استؤجر عليه وقبضه، فهو أمانة في يده عند أبي حنيفة وزفر، ورواية الحسن بن زياد، وهو قول حماد بن أبي سليمان.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو مضمون عليه بالقبض إلا من شيء غالب لا يحتاط^(١) من مثله، مثل حريق غالب، (أو عدو مكابر، أو سارق كذلك)^(٢).

قال: أما الكلام في حد الأجير المشترك، فهو على [كل] من يستحق الأجر بعمله، ومعنى قولنا: مشترك: أن عمله لا يختص بواحد دون آخر^(٣)، وله أن يعمل لمن يشاء.

فأما وجه قول أبي حنيفة: في أنه لا ضمان عليه فيما هلك بغير فعله، وهو أحد قولي الشافعي: أنها عين قبضها بإذن مالكها لا على وجه التملك والوثيقة، فصار كالوديعة^(٤)، ولأن قبضه لو تعلق به الضمان لاستوى فيه ما يحترز عنه وما لا يحترز كالغاصب، ولأنها عين خلصت في يده لإيقاع العمل فيها، كما يحصل

(١) في أ (يتحفظ).

(٢) في أ (أو غرق أو مكابرة أو سرق).

(٣) في أ (لواحد دون واحد).

(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٥٦٠/٣.

في يد الأجير الخاص .

وجه قولهما - وهو استحسان - : ما روي عن عمر رضي الله عنه : (أنه ضمن الأجير احتياطاً لأموال الناس) ، ولأن الغالب عليهم الخيانة ، فلو لم يضمنوا هلكت الأموال ، وهذا لا يصح .

فأما الحريق الغالب واللصوص الغالبون فلا تهمة فيه ؛ [فلهذا لم] ^(١) يضمنوا .

٢٢٧٤ - فُضِّلَ : [التلف من عمل الأجير المشترك]

فأما ما تلف من عمل الأجير المشترك مثل القَصَّار إذا دَقَّ الثوب فتخرق ، أو ألقاه في التنور فاحترق ، والملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، والحمال إذا سقط وفسد ما حملة ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إنه مضمون عليهم ، وقال زفر : لا ضمان عليهم ، وقال الشافعي في القول الذي قال لا ضمان عليه فيما هلك : إنه لا يضمن ما كان من فعله ، وفي القول الذي قال هو ضامن : يضمن ^(٢) في الوجهين [جميعاً] ^(٣) .

لنا : أن العمل مضمون عليه بدلالة أنه يجبر عليه ويستحق الأجر في مقابلته ، وما تولد من العمل المضمون مضمون ، أصله من ألقى رجلاً في بئر فمات ، أو جرحه فَسَرَتِ الجراحة إلى النفس ، فليس كذلك ما تلف بعمل الأجير الخاص ؛ لأن العمل ليس بمضمون عليه ، ألا ترى أنه يستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم

(١) في ب (فلم) والمثبت من أ .

(٢) في أ (ضمته) .

(٣) قال الشيرازي : «لا ضمان عليه ، .. وهو الصحيح ، قال الربيع : كان الشافعي رضي الله عنه يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ، ولكنه لا يفتي لفساد الناس» . المهذب ٥٦١/٣ .

يعمل ، وكذلك من استعان برجل في دَقِّ الثوب فعمله ليس بمضمون ؛ لأنه لا يدل عنه .

ولا يلزم البَزَاغ^(١) والحَجَّام ؛ لأن العمل ليس بمضمون عليهما ؛ بدلالة أنه لا يجبر عليه إذا امتنع منه ، ولأننا لا نعلم أن الموت تولد من البزغ ، ونعلم أن التخریق تولد من الدَّقِّ ، ولأن التخریق حصل من قبل تسليم العمل إلى صاحبه ، فكان مضموناً عليه ، والتلف يحصل بالبزغ والحجامة بعد تسليم العمل ؛ لأن الحجام إذا جرح فقد وَقَّى العمل ، والبَزَاغ في العادة يبزغ بالمبزغ ، [١/٣٠١] والسَّائِسُ^(٢) مع الدابة ، ونظير مسألتنا ما تلف من الثوب بعد تسليمه إلى صاحبه .

ولأن القَصَّار مأذون في [دَقِّ] القسارة ، [وهو الدَّق المصلح للثوب دون المفسد]^(٣) ، فكان عمله على شرط السلامة ، والبزغ جراحة ، فيستحيل أن يبزغ على شرط السلامة ؛ لأن ذلك لا يكون ، ولأن الخرق لا يكون إلا بالتجاوز في الدق عمّا يعتاد ، والموت يكون [في البزغ] المعتاد ، وذلك مأذون فيه ، [وإن تجاوز الموضوع المعتاد ، فهو ضامن كالقصاص إذا تجاوز]^(٤) فلم يجاوز الموضوع المعتاد ، فلا يضمن كالقصاص إذا لم يتجاوز .

وجه قول زفر: أنه مأذون في العمل كالأجير الخاص ، وكمن استعان برجل يدق له ثوباً فخرقه^(٥) .

(١) البَزَاغ من «بزغ البيطار الدابة: شقها بالمبزغ ، وهو مثل مشرط الحجام» المغرب (بزغ) .

(٢) «السَّائِسُ: راتض الدواب ومُدْرِيهَا ، وجمعه: سُوَّاس» . المعجم الوجيز (ساس) .

(٣) في ب (وهي المصلحة للثوب دون المفسدة) والمثبت من أ .

(٤) الزيادة من أ .

(٥) انظر: الأصل ٥٨٢/٣ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٧/٣ .

٢٢٧٥ - فُضِّلَ : [التلف بغير عمل الأجير]

وإذا كان صاحب المتاع معه راكباً في السفينة ، أو راكباً على الدابة التي عليها الحمل فعطب الحمل ، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك ؛ وذلك لأن متاعه في يده ، والضمان عندهما إنما يجب باليد ، فمادام [الشيء] في يد صاحبه لا يضمن كالغصب .

وكذلك إذا كان صاحب المتاع والمكاري رَاكِبَيْنِ على الدابة أو سَائِقَيْنِ أو قَائِدَيْنِ ، قال أبو الحسن : وهذا عندي قياس قول أبي يوسف ؛ وذلك لأن الشيء في أيديهما ، فلم ينفرد الأجير باليد ، فلا يلزمه ضمان اليد ، وهذا فيما تلف بغير عمل الأجير ، فأما ما تلف بعمله مثل المَلَّاح إذا جنحت السفينة ، أو [الْحَمَّال إذا] انقطع الحبل ، أو المكاري إذا عثرت الدابة من سوقه ، فهو ضامن ؛ لأن هذا متولد من عمله ، فلا يعتبر [فيه] انفراده باليد ، وإن كان حَمَّالاً يحمل بنفسه وِرَبَّ المتاع يمشي معه فعثر ؛ ففسد المتاع ، ضمن ، وهذه رواية عن أبي يوسف ومحمد ؛ وذلك لأن هذا متولد من عمله فلا فرق بين أن يكون صاحبه حافظاً أو غير حافظ .

قال بشر عن أبي يوسف : إن سُْرِقَ المتاع من رأس الحمال فلا ضمان عليه ؛ لأن صاحب المتاع لم يخلِّ بينه وبينه ، وإنما هو في يده فلا يضمنه الحَمَّال باليد .

قال : وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً ، فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سياقه أو قوده ، ولا [يضمن] بني آدم من وجه الإجارة ؛ [وذلك] لأن ضمان الآدمي بالأسباب يجري مجرى الجنابة ، وذلك تتحملة العاقلة ، ولا يجوز [أن تتحمل العاقلة ما

يتعلق بالعقود كالأثمان وأجرة الإجارة^(١).

قال: فإذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار: إن شاء ضَمَّته قيمته في الموضع الذي سَلَّمه إليه، وإن شاء في الموضع الذي فسد أو هلك فيه، وأعطاه الأجرة إلى ذلك الموضع.

وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد؛ لأن القبض عندهما مضمون، والفعل مضمون، فله أن يضمه [بالقبض]^(٢)، وله أن يضمه بالإتلاف [ب/٣٠١].

فأما على أصل أبي حنيفة: قال بِشْر بن غِيَاث: ينبغي أن لا يثبت الخيار؛ لأن الضمان عنده إنما يجب بالعمل المفسد، فأما العقد فلم يوجب ضماناً، فكيف يضمه في حال العقد.

والجواب عن هذا: أن القبض وإن لم يقع مضموناً عنده، فالعقد هو الموجب للضمان بالعمل، فصار للعمل تأثير في إيجاب الضمان، فكذلك كان له أن يضمه في ذلك الوقت؛ لأن الصفقة في المنافع تفرقت عليه، فكان بالخيار بين أن يلتزمها وبين أن يفسخ العقد فيها، وهذا لا يكون إلا بالتخيير في حال الضمان.

وقد روي عن محمد: أن بيت الأجير إن احترق بسراج ضمن؛ لأن هذا مما يمكن حفظه، ألا ترى أنه لو علم [به] لأطفأه، وإنما الحريق الذي لا يضمن فيه؛ الحريق الغالب الذي لا يقدر على استدراكه لو علم به ابتداءً.

ومما يلحق بمسائل الباب ما قالوا في الطعام: إذا كان^(٣) في سفينتين

(١) في ب (أن يحمل ما يجب بالعقود كالأثمان والأجرة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (بالعقد) والمثبت من أ.

(٣) في أ (بين).

وصاحبه في إحداهما مقرونتان أو غير مقرونتين ، إلا أن سيرهما جميعاً وحسبهما جميعاً ، فلا ضمان على الملاح فيما هلك من ذلك .

وكذلك القَطَار إذا كانت عليه الحمولة ورب الحمولة على بعير [منها] ، فلا ضمان على الحَمَال ؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك ، ألا ترى أنه هو الحافظ له .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف : في رجل استأجر حَمَّالاً ليحمل له قَرَقاً^(١) من سمن ، فحملة صاحب الفرق والحَمَّال جميعاً ليضعه على رأس الحَمَّال فوقع فانخرق الزَّق وذهب ما فيه ، قال أبو يوسف : لا يضمن ؛ وذلك لأنه لم يسلمه إليه ، وإنما هو في يده ، والحمال يضمن بالتسليم .

قال : ولو حملة إلى بيت صاحبه ثم أنه أنزله الحمال من رأسه وصاحب الفرق فوقع من أيديهما ، فالحمال ضامن ، وهو قول محمد الأول ، ثم رجع فقال : لا ضمان على الحمال .

لأبي يوسف : أن الضمان وجب على الحمال بثبوت يده [عليه] ، فلا يبرأ إلا بالتسليم ، فإذا خطأه جميعاً فيد الحَمَّال لم تزل ، فلا يزول الضمان .

لمحمد : أن الشيء قد وصل إلى يد صاحبه ، فلا يتعلق به الضمان ، كما لو حملاه ابتداءً ليرفعاه إلى رأس الحمال [فهلك] .

وقال بشر في نوادره ، عن أبي يوسف : في قصار استعان بصاحب الثوب

(١) الفَرَق - بفتحين - : إناء يأخذ ستة عشر رطلاً ، وذلك ثلاثة أصوع على قول أبي يوسف .
المغرب ، (فرق) .



ليدقه معه فتخرق ، فلا يدري من أي الدقين [تخرق] ، وقد كان صحيحاً قبل أن يدقاه ، قال: على القصار نصف القيمة .

وقال ابن سماعة عن محمد: كل الضمان على القصار حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه أو [من] دقهما .

لأبي يوسف: أن التلف يجوز أن يكون من فعل القصار ، ويجوز أن يكون من فعل صاحب الثوب ، فوجب النصف على القصار على اعتبار الأحوال .

لمحمد: أن الثوب في ضمان القصار [١/٣٠٢] بالقبض ، فما حدث فيه من ضمانه ، إلا أن يعلم أنه من فعل غيره .

وقال هشام عن محمد: فيمن دفع إلى رجل مصحفاً ليعمل فيه ، ودفع الغلاف معه ، أو دفع سيفاً إلى صقيل^(١) ليصقله بأجر ودفع الجفن معه ، قال محمد: يضمن المصحف والغلاف ، والسيف والجفن^(٢) ؛ وذلك لأن السيف لا يستغني^(٣) عن الجفن ، وكذلك المصحف عن الغلاف ، فصارا كالشيء الواحد .

قال: فإن أعطاه مصحفاً يعمل له غلافاً ، أو سكيناً يعمل لها [نصاباً]^(٤) ، فضاع المصحف أو السكين ، لم يضمن ؛ لأنه لم يستأجره على إيقاع العمل فيهما ، وإنما استأجره على غيرهما^(٥) .

(١) صَقِلَ السيف والمرأة: جَلَاهُ، وَالصَّقِيلُ: صَانِعُهُ. انظر: المعجم الوجيز (صقل).

(٢) «وَجَفَنَ السيف: غَلَفَهُ، وَالجمع جفون، ويجمع على أجفان». المصباح (جفن).

(٣) في أ (يستقل).

(٤) في ب (قصاباً) والمثبت من أ.

«وَنَصَابَ السَّكِّينَ: مَا يُقْبَضُ عَلَيْهِ». المصباح (نصب).

(٥) انظر: الأصل ٥٨٣/٣ .

بَابُ ضمان الأجير الخاص

—•••••—

قال أبو الحسن: الأجير من يستحق الأجر بالوقت دون العمل، كرجل استأجر رجلاً ليخدمه شهراً بخمسة دراهم، أو ليقصر^(١) معه، أو ليخيط معه، أو ليعمل عملاً من الأعمال.

وإنما يسمى خاصاً؛ لأنه لا يصح أن يعمل في المدة إلا لمن استأجره، وحده: الذي يستحق البذل بتسليم نفسه في المدة، عمل أو لم يعمل.

وحكمه: أن ما [هلك] في يده لا ضمان عليه فيه.

أما على قول أبي حنيفة: فلأنها عين قبضها بإذن مالکها على وجه التمليك والوثيقة.

وأما على أصلهما: فلأنهما استحسنا في تضمين الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس، والأجير الخاص يسلم نفسه في العادة ولا يتسلم المال، فما هلك من عمله فلا ضمان عليه فيه؛ لأن العمل ليس بمضمون عليه، بدلالة أنه يستحق البذل من غير عمل، وما يتولد من فعل غير مضمون لم يكن مضموناً، وإن تعمد الفساد في شيء من ذلك ضمن كما يضمن المودع إذا تعدى؛ لأنه مؤتمن في المال والتصرف كالمودع، وعلى هذا أجير القصار والصباغ إذا استؤجروا مشاهرة، لم يضمنوا لمن استأجرهم إلا^(٢) ما تعدوا فيه.

(١) من قصر الثوب: دقه وبيّضه. انظر: مختار الصحاح (قصر).

(٢) في أ (إلا بعد ما تعدوا فيه).

ويضمن القَصَّار والصَّبَاغ ؛ لأنَّ عملهم [وقع] له ، فكأنه عمل بنفسه ، ولا يرجع عليهم بما يضمن ؛ لأنه إذا ضمن ملك [العين] ، فكأنه استعمل أجيراً خاصاً في ماله [فلم يضمنه] .

٢٢٧٦ . فَصَّل : [الضمان فيما إذا سرق بعد عمل الأجير]

وقد قالوا في الأجير المشترك: إذا فرغ من العمل ثم سُرق ما عمل [فيه] ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، ولا أجر له ؛ لأن عمله له أثر في العين [فصار]^(١) كالعين المبيعة ؛ ولهذا ثبت له حق الحبس فيه ، فإذا تلف قبل التسليم سقط البدل .
وقال أبو يوسف ومحمد: الأجير ضامن ، والمستأجر بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمته معمولاً ويغرم الأجر ، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وهذا على ما بيَّناه .

فأما الجَمَّال والحَمَّال إذا بلغ الغاية ثم سُرق ما حمَّله ؛ فله الأجر عند أبي حنيفة ولا ضمان عليه ؛ لأن العمل لا أثر له [في العين] فصار مُسَلِّماً حالاً فحالاً .

وقال ابن سماعة ، عن محمد: في رجل دفع ثوباً إلى خياط يخيطة بدرهم [٣٠٢/ب] قميصاً ، فخاطه ثم جاء رجل ففتقه [قبل أن يقبض رب الثوب] ، فلا أجر للخياط ؛ وذلك لأن المنافع تلفت [قبل التسليم] ، فسقط بدلها ، قال: ولا أجبر الخياط على أن يعيد العمل ؛ لأنه فرغ من العمل المعقود عليه وانقضى العقد ، فلا يلزمه (العمل ثانياً)^(٢) .

(١) في ب (فهو) والمثبت من أ .

(٢) في أ (العقد تاماً) .

وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب فعليه أن يعيده؛ لأنه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها، فكأنه لم يعمل، وإذا فتقه الأجنبي فقد أتلّف المنافع بدلالة أنه يلزمه الضمان.

وقالوا في المّالّاح إذا حمل الطعام إلى موضع، فردّ السفينة إنسان فلا أجر للملاح، وليس عليه أن يعيد السفينة، فإن كان هو الذي ردّها لزمه إعادة الحمل إلى الموضع الذي شرط عليه، وإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر فيه رب الطعام على قبضه [منه، فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على حمله وقبضه]، فيكون له أجر مثله فيما زاد من هذا المسير؛ وذلك لأننا لو جَوّزنا للمّالّاح تسليمه في مكان لا ينتفع به، تلف [الطعام]^(١) على صاحبه، فأمكن إيفاء حقهما: بأن يكلف الملاح حمله بالأجر إلى أقرب المواضع التي يمكن القبض فيها.

قالوا: ولو اكرئى بغلاً إلى موضع فركبه، فلما سار بعض الطريق جَمَحَ به فردّه إلى موضعه الذي خرج منه، قال: فعليه الكراء بقدر ما سار؛ لأن الراكب صار مستوفياً للمنافع بنفسه، فلا يسقط عنه الضمان بعد التسليم.

وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في رجل استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة ليجيء بعياله، فذهب فوجد بعضهم قد مات، فجاء بمن بقي، قال: له من الأجر بحسابه^(٢).

وعن أبي حنيفة: في رجل استأجر رجلاً ليذهب بكتاب إلى البصرة إلى

(١) في ب (المال) والمثبت من أ.

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥١٧.



فلان ويجيء بجوابه ، فذهب فوجد فلاناً قد مات فرَدَّ الكتاب ، قال : لا أجر له .
وقال محمد : له الأجر في الذهاب ، أما إذا استأجره ليحمل [عِياله] فالمقصود
ليس هو الذهاب والعود ، وإنما المقصود الحمل ، فإذا مات بعضهم سقط حصته .
وأما وجه قول أبي حنيفة في الكتاب : فلأنه لما عاد به فقد نقض المنافع
التي فعلها^(١) ، فصار كمن استأجر على حمل طعام إلى البصرة إلى فلان ، فحملة
فوجده قد مات فردّه [فلا شيء له] ، ولأن المقصود ليس هو حمل الكتاب ،
وإنما المقصود إيصاله إلى فلان ، ولم يوجد ذلك .

لمحمد : أن العمل في الذهاب [إلى البصرة] قد أوقعه على الوجه الذي
أمره به ، فاستحق حصته ولم يوقع العود على الوجه المأمور به ، (فلم يجب له به
أجر)^(٢) ، ولا يجوز أن يقال : إنه نقض المنافع برَدَّ الكتاب ؛ لأن الكتاب لا حمل
له ولا مؤونة فلا يصير برده ناقضاً [للعمل] .

وليس كذلك الطعام ؛ لأن له مؤونة في الحمل ، فإذا رده نقض ما أوقعه من
المنفعة .

٢٢٧٧ . فَصَّلْ : [ضمان الأجير المشترك فيما ليس بمأذون فيه]

وقالوا في الأجير المشترك : إذا كان خاصاً فوطئ على ثوب من القصاراة
فخرقه ضمن ؛ لأن [١/٣٠٣] هذا العمل ليس بمأذون فيه ، ولو وقع من يده سراج
فأحرق ثوباً من القصاراة ، فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على الغلام ؛ لأن

(١) في أ (صلحها) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .



الذهب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه .

ولو دقّ هذا الغلام ثوباً فانفلت الكيّدين من يده فخرق ثوباً من القصاره فالضمان على الأستاذ؛ لأن هذا من عمل القصار، فإن كان ثوباً وديعة عند الأستاذ، فالضمان على الغلام؛ لأن القصار لم يسلطه على عمل هذا الثوب، وكذلك لو وقع من يده سراج عليه فأحرقه .

وقال في الأصل: لو أن رجلاً دعا قوماً إلى منزله، فمشوا على بساطه فتخرق، لم يضمنوا، وكذلك لو جلسوا على وسادة؛ لأنه مأذون في هذا العمل، فما يتولد منه ليس بمضمون، ولو وطئوا إناءً من آنيته ضمنوا؛ لأن هذا لا يؤذن في وطئه، وكذلك لو وطئوا ثوباً لا ييسط مثله .

قال: ولو قلبوا^(١) إناءً بأيديهم فانكسر لم يضمنوا؛ لأنه مأذون لهم في استعماله، ولو كان رجل منهم متقلداً سيفاً فخرق السيف الوسادة لم يضمن؛ لأنه مأذون له في الجلوس على هذه الصفة .

قال: فلو جفف القصار ثوباً على جبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته، فلا ضمان على القصار، والضمان على سائق الحمولة؛ وذلك لأنه جانٍ في السوق، ألا ترى أن المشي في الطريق بشرط السلامة [مأذون فيه لا غير]، فلا يلزم القصار ضمان ذلك، ولزم السائق^(٢) .



(١) في (وطنوا).

(٢) انظر: الأصل ٥٦٧/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٨/٣.

بَاب إِجَارَةِ الْعَقَارِ

—•••••—

قال أبو الحسن: إذا استأجر الرجل داراً أو حانوتاً، أو غير ذلك من العقار غير المزارع مدة معلومة بأجر معلوم، فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى، [وجعل المتاع فيها]^(١) أو غيره، وأن يُسْكِنَ فيها من أَحَبَّ، ويؤاجرها ويعيرها، غير أنه لا يجعل فيها حَدَّاداً ولا قَصَّاراً ولا ما يضر بالبناء، ولا تفسد الإجارة، إلا أن لا يسمى ما يعمل فيها^(٢).

والأصل في ذلك: أن منافع العقار للسكنى غير متفاوتة إذا لم يكن فيها ما يوهن البناء، وذلك مستثنى، فصارت المنفعة معلومة، (فلا يحتاج إلى تسمية نوعها؛ ولأنها تصير)^(٣) بالعادة، ألا ترى أن من اكرى دكاناً في صف البزازين فالظاهر أنه بزاز، وإن كانت [المنافع] غير متفاوتة لم يحتج إلى تسميتها.

وليس له أن يجعل فيها قَصَّاراً، ولا حَدَّاداً، ولا طَحَّاناً، إلا أن يسمى ذلك؛ [لأن] هذا يوهن البناء ويزيد على مقدار منفعة السكنى، ولا يجوز إلا بتسمية.

وإنما كان له أن يسكنها بنفسه وبغيره؛ لأن المنفعة لا تتفاوت بزيادة السكان، إلا تفاوتاً قريباً [ب/٣٠٣] غير معتد به، وله أن يؤاجر؛ لأنه يملك المنفعة،

(١) في ب (ويجعل فيها متاعاً) والمثبت من أ.

(٢) في أ (إن لم يسم).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

فجاز أن يعقد على ملكه ، وله أن يعير ؛ لأنها منافع [تحدث] على ملكه ، فجاز أن يبيحها لغيره .

وأما إذا استأجر أرضاً للزراعة لم يجز [العقد] حتى يسمي ما يزرع فيها ، أو يجعل له أن يزرع ما شاء ؛ لأن منافع الزراعة تختلف ، فلم يجز العقد مع جهالة المعقود عليه^(١) .

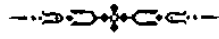


(١) انظر: الأصل ٤٦٣/٣ وما بعدها .



بَاب

الأوقات التي يقع عليها [عقد] الإجارة



قال أبو الحسن: إذا استأجر الرجل داراً يوماً، أو شهراً، أو سنةً، وذكر مدة من المدد، فابتداء المدة من حين وقع العقد، وهذا على ما بينا أنه حكم تعلق بمدة مطلقة لا على طريق القرية، فكان ابتداءؤها عقيب السبب، كالإيلاء.

وقد قال أصحابنا: إن العقد يجوز على سنةٍ، وعلى ما زاد عليها إذا كانت المدة معلومة.

وقال الشافعي في أحد قوليهِ: لا تجوز الإجارة أكثر من سنة، وفي القول الآخر على قولين: أحدهما: لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة^(١)، والآخر: يجوز أبداً^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَابًا﴾ [القصر: ٢٧]؛ ولأن ما جاز أن يكون أجلاً في الدين، جاز أن يكون أجلاً في الإجارة، كالسنة الواحدة.

وقد قال أصحابنا: (إذا أجر داره سنين معلومة)^(٣) بأجرة معلومة، جاز وإن

(١) في أ (ثلاث سنين).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١٢٦؛ وقال النووي في منهاج الطالبين: «يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالباً...» ص ٣١١ (دار المنهاج)؛ قال العثماني: «وهو الراجح من مذهب الشافعي»
رحمة الأمة ص ٣٤٦.

(٣) في أ (إذا استأجر داراً).

لم يبين أجرة كل سنة .

وقال الشافعي على القول الذي جَوَّز الإجارة أكثر من سنة: لا يجوز حتى يبين حصة كل سنة .

لنا: أنها مدّة معلومة ذكر لها أجرة معلومة ، فجاز وإن لم يبين أجرة كل جزء منها كالسنة الواحدة إذا لم يبين كل شهر^(١) .

٢٢٧٨ - فصل: [الإجارة وقعت في بعض الشهر لسنة]

فإذا آجر شهراً أو شهوراً ووقعت الإجارة في بعض الشهر ، فله الشهر ثلاثون يوماً ؛ وذلك لأن الشهر في الإطلاق عبارة عن استهلال الهلال وعن العدد ، ولا يمكن اعتبار الهلال في مسألتنا ، فلم يبق إلا اعتبار العدد .

وأما إذا آجر شهوراً فروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الشهور كلها بالأيام ، وهو قول أبي يوسف ، وقال في الأصل: إذا استأجر سنة مستقبلة أولها هذا اليوم ، وهذا اليوم لأربعة عشر مضت من الشهر ، فإنه يسكن بقية هذا الشهر ، وأحد عشر [شهراً] بالأهلة ، وستة عشر يوماً من الشهر الباقي حتى يستكمل اثنا عشر شهراً منها: بالأيام شهر وأحد عشر شهراً بالأهلة^(٢) .

وروى ابن رستم عن محمد مثل ذلك .

وجه رواية الأصل: أن إطلاق الشهور يقتضي الأهلة ، وذلك لا يمكن في الشهر الأول ، ويمكن فيما بعده ، فما أمكن فيه حمل على الظاهر ، وما لم يمكن

(١) انظر: الأصل ٤٦٢/٣ وما بعدها .

(٢) الأصل ٤٦٤/٣ .



حمل على الأيام؛ ولأن كل جزء [١/٣٠٤] من الإجارة كالمعقود عليه عقد مبتدأ، فصار عند تمام الشهر كأنه عقد الإجارة، فيكون بالأهلة.

وفرق بين هذا وبين العدة في إحدى الروايتين؛ لأن كل جزء من العدة ليس بعدة مبتدأة، ولأن العدة تجب لحق الله تعالى، فاعتبر فيها الاحتياط، بزيادة العدد، والإجارة حق للآدمي فلا يثبتها بالاحتياط.

ووجه الرواية الأخرى: أن ابتداء الإجارة لما اعتبر بالأيام اعتبر بقيتها بذلك؛ لأنها تثبت على وجه واحد؛ ولأنه يكمل الشهر الأول بالأيام [لأن اليوم يكمل من الثاني، والشهر يكمل] من الثاني، فإذا كمل صار أول الشهر الثاني بالأيام فيكمل من الثالث.

٢٢٧٩ - فصل: [الإجارة لوقت مستقبلة]

وإذا عقد الإجارة على وقت ولم يأت بعد، فالإجارة جائزة، وهو قول أبي يوسف ومحمد والحسن، وهذا مثل أن يقول في رمضان: أجرتك هذه الدار سنة، أولها غرة المحرم.

وقال الشافعي: إذا عقد (عقداً ممتداً)^(١) على مدة مستقبلة ولم يجعل أولها عقيب العقد [فالعقد فاسد، وإن عقد على مدة معلومة ثم أراد أن يعقد ما بعد تلك المدة] مع غير [المستأجر]^(٢) لم يجز، وإن عقد مع المستأجر ففيه قولان^(٣).

لنا: أن كل مدة جاز أن يعقد عليها الإجارة مع غيرها، جاز أن يعقد عليها

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (العقد للمستأجر) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤٦٤/٣؛ المهدب ٥١٨/٣؛ المنهاج ص ٣٠٨.

منفردة من [أخرى] ^(١) كالشهر الذي يلي العقد؛ ولأن كل حكم جاز أن يعلق على مدة عقيب السبب، جاز أن يعلق على مدة لا يتعقبه كالإيلاء؛ ولأنه أحد نوعي الإجارة فجاز شرط تأخير ^(٢) المنفعة فيه، كما لو كانت الإجارة على [باقي المدة] ^(٣).

قال محمد: إن أراد المؤاجر بيع الدار، فللمستأجر أن يمنعه من ذلك، يعني: إذا أراد بيعها قبل [مضي] ^(٤) وقت الإجارة؛ وذلك لأنه يمنع بالبيع من تعيين حق المستأجر فيها، وقد استحق ذلك بالعقد، فلم يجز له إبطاله من غير عذر.

قال: وتسليم ذلك كله أن يُخَلِّي بينه وبينه، ولا مانع من الانتفاع به؛ لأن التسليم الذي يستحق على العاقد هو التخلية التي يتمكن معها [الآخر] ^(٥) من القبض، على ما بيناه في البيع، فأما قبض المستأجر فلا يقدر عليه المؤاجر، فلا يستحق عليه.

٢٢٨٠ - فَصَّلْ: [ما يصح به الإجارة من الأثمان]

قال: وما صحَّ به الشراء من الأثمان فهو كذلك في الإجارة، وما لا فلا ^(٦)، وإنما اعتبر الأجرة بالثمن؛ لأن النبي ﷺ أجزأهما مجزئاً واحداً، فقال في السلم

-
- (١) في ب (أجنبي) والمثبت من أ.
 - (٢) في أ (تأجيل).
 - (٣) في ب (ما في الذمة) والمثبت من أ.
 - (٤) في ب (قبل حضور) والمثبت من أ.
 - (٥) في ب (الأخذ) والمثبت من أ.
 - (٦) في أ (وما لم يجز في الشراء فلا يجوز أيضاً في الإجارة).

«من أسلم فليسلم في كل معلوم أو وزن معلوم»، وقال في الإجارة: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»^(١).

وقد قالوا في الأجرة: إذا كانت مكيلاً أو موزوناً بغير عينه فلا بد من معرفة جنسه، وصفته، ونوعه، وقدره، والمكان [٣٠٤/ب] الذي يسلمه فيه على قول أبي حنيفة؛ لأنه يختلف باختلاف الأماكن لما يلزم عليه من الحمل والمؤونة.

وقالوا: لا يحتاج إلى تسمية المكان، وتسليم ذلك عند الأرض المستأجرة، فاعتبرا تسليم البديل في المكان الذي ملك فيه المعقود عليه.

وقد قالوا في جواز التصرف في الأجرة: إذا وجبت ما قالوا في جواز التصرف في الثمن، فإن لم يجب فعلى الخلاف الذي قدمناه.

وقالوا: إذا كانت الأجرة عيناً لم يجز التصرف فيها قبل القبض، كما لا يجوز التصرف في المبيع، فأجروا أحد العقدين مجرى العقد الآخر.



(١) سبق تخريجه.



بَابُ

الإجارة تقع على أحد شرطين أو أحد شيئين

—•••••—

قال أبو الحسن: إذا وَقَع عقد الإجارة على أحد شيئين وسمى لكل واحد منهما أجراً معلوماً فذلك جائز، كرجل قال لآخر: قد آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم، أو هذه الأخرى بعشرة دراهم، أو كان هذا القول في حانوتين، أو عبيدين، أو مسافتين مختلفتين، فقال: قد آجرتك هذه الدابة إلى واسط، أو إلى الكوفة بكذا، فذلك [كله] جائز عند أصحابنا جميعاً.

وكذلك إن خيَّره بين ثلاثة أشياء، فإن ذكر أربعة لم يجز، وعلى هذا في أنواع الخياطة والصبغ، إن ذكر ثلاثة جاز، ولا يجوز فيما زاد عليها قياساً على البيع.

وقال الشافعي: العقدان جميعاً فاسدان^(١)، وهو الظاهر من قول زفر.

لنا: أن الإجارة [قد] سُمِحَ فيها في باب الحظر والجهالة، (والحظر والجهالة)^(٢) أجرياً في العقود مجرى واحداً، فإذا جاز أحدهما جاز الآخر؛ ولهذا المعنى لم يجوزوا البيع في أحد عبيدين إلا بشرط الخيار، وجوزوا العقد في إحدى المنفعتين من غير شرط الخيار؛ ولأن الأجرة عندنا لا تجب بالعقد، وإنما تجب بالعمل، فإذا قَبِل^(٣) في أحد العملين صار البذل^(٤) معلوماً عند

(١) انظر: المهذب ٥٢٠/٣.

(٢) زيادة في ب.

(٣) في أ (أخذ).

(٤) في أ (العمل).

وجوبه ، فجهاالته قبل ذلك لا تؤثر .

وعلى الشافعي : أنه خَيْرَه بين عمليين معلومين كل واحد منهما ببدل معلوم ، فوجب أن يصح كما لو قالوا : إن رددت الآبق من الكوفة فلك درهم ، وإن رددته من موضع كذا فلك كذا ، وهذا قد وافقونا عليه ، وسمّوه جُعلاً له ؛ ولأنه خَيْرَه بين منفعتين يصح إفراد كل واحدة [منهما] بالعقد ، فصار كما لو قال : إن خطت هذا الثوب فبدرهم ، وإن خطت هذا الآخر فبدرهمين ، وعملهما سواء ، أو قال : إن سرت على هذه الدابة إلى موضع كذا فبدرهم ، وإن سرت إلى موضع كذا فبدرهمين ، والمسافة سواء .

٢٢٨١ - فَصَّل : [خيار الأجير بين منفعتين معلومتين]

قال : وإذا دفع إلى خياط ثوباً فقال : إن خطته فارسياً [١/٣٠٥] فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، (أو قال لَصَبَاغ : إن صبغته بعصفر فلك درهم ، وإن صبغته بزَعْفَرَان فلك درهمان)^(١) ، فذلك أيضاً جائز ؛ وذلك لأنه خَيْرَه بين منفعتين معلومتين ؛ ولأن الأجرة لا تجب إلا بالعمل ، وحين يتدئ بالعمل بأحد العمليين تتعين الأجرة .

وقد قال زفر : العقد فاسد ؛ لأن المعقود عليه مجهول .

٢٢٨٢ - فَصَّل : [الإجارة بالخيار بين منفعتين معلومتين]

فإن قال : قد أجرتك هذه الدار شهراً على أنك إن قعدت فيها حداً فأجرها

(١) ساقطة من أ .

عشرة، وإن بعث فيها البتر فبخمسة^(١)، فالإجارة جائزة في قول أبي حنيفة الأخير.

وقال أبو يوسف ومحمد: الإجارة فاسدة.

لأبي حنيفة: أنه خيره بين منفعتين معلومتين، فصار كالخياطة الرومية والفارسية.

لهما: أن الأجرة لا تجب بالسكنى، وإنما تجب بالتخلية، وحال التخلية لا يُدرى أيهما يسكن، فكان البدل مجهولاً عند وجوبه، فلم يصح العقد، وليس كذلك الرومي والفارسي؛ لأن البدل يجب بابتداء العمل، فلا بد من أن يبتدئ بأحد العاملين، فيتعين البدل معلوماً عند وجوبه.

وعلى هذا الخلاف: كل ما كان أجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به، فهو باطل عندهما، وعند أبي حنيفة: العقد جائز، وأي المنفعتين استوفى وجب عليه أجر ذلك ما سمى، فإن أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة، فعليه أقل المسميين^(٢)؛ وذلك لأن الزيادة إنما تستحق باستيفاء منفعة زائدة، ولم توجد ذلك، فوجب بالتخلية أقل الأمرين.

٢٢٨٣ - فُضِّل: [الجمع بين شرط فاسد وصحيح في عقد واحد]

قال محمد: وإذا استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة، وإلى الكوفة بعشرة، فإن كانت المسافة إلى القصر نصف الطريق إلى الكوفة، فالإجارة

(١) في أ (وإن قعد فيها بزراً فأجرها خمسة).

(٢) في أ (التسميتين).



جائزة، وإن كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة، وهذا على أصله؛ لأن المسافة إذا كانت النصف فحال ما يسير^(١) يصير البدل معلوماً؛ لأنه إن سار إلى القصر أو إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر خمسة، وأما إذا كانت المسافة [إلى القصر] أقل أو أكثر من النصف، فحال ما يسير [تصير] الأجرة مجهولة؛ لأنه إن سار إلى القصر فالأجرة خمسة، وإن سار إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر بحصته من المسافة، وجهالة الأجر عند سبب وجوبها يفسد العقد عنده.

فأما على أصل أبي حنيفة: فالعقد جائز في الوجهين [جميعاً]؛ لأنه سمي منفعتين معلومتين لكل واحدة منها بدل معلوم.

قال: ولو استأجر خياطاً يخيط له ثوباً، فقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك [٣٠٥/ب] نصف درهم، فالشرط الأول عند أبي حنيفة صحيح، والثاني فاسد.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان [جميعاً] جائزان.

وقال زفر: باطلان، وهو قول الشافعي^(٢).

أما اليوم الأول فلأنه سمي منفعة معلومة وبدلاً معلوماً، ففساد الشرط الثاني لا يؤثر فيه، كمن عقد إجارة صحيحة وإجارة فاسدة.

وعلى الشافعي: أنه سمي عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً، فلا يفسد بضم شرط منفعة أخرى [إليه]، كما لو قال: إن رددت الآبق اليوم فلك درهم، وإن رددته

(١) في أ (فحال ما يسير البدل معلوماً).

(٢) انظر: المهذب ٣/٥٢٠.

غداً فلك [نصف درهم] (١).

وأما [الشرط] (٢) الثاني ، فوجه قول أبي حنيفة: أن العقد الأول قد صحّ وموجبه أجر المثل إن لم يقع الوفاء به ، فإذا شرط في اليوم الثاني [نصف درهم] فقد نفى موجب العقد الأول ، والعقد إذا صح لم يجز نفى موجبه ، وليس كذلك الخياطة الرومية والفارسية ؛ لأن العقد الأول قد صح ولم ينف موجبه بالشرط الثاني ؛ لأنه لو خاطه فارسياً وقد شرط [عليه] رومياً لم يستحق شيئاً ، فلما لم ينف موجب الأول صح الثاني .

وجه قولهما: أن العمل في كل واحد من اليومين فيه [غرض صحيح] ، ألا ترى أن الإنسان يقصد أن يتعجل الثوب ليتجمل به ، أو يبيعه ، وإذا اختلف الغرض في يومين صار كالنوعين [من العمل] .

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة إذا خاطه في اليوم الثاني: فقال في إحدى الروايتين: له أجر مثله ، لا يزداد على ذلك ولا ينقص عن نصف درهم ، وهذه رواية الأصل والجامع الصغير ، ورواية محمد في الإملاء وإحدى الروايتين عن ابن سماعه ، عن أبي يوسف في نوادره ، وإحدى روايتي ابن سماعه أيضاً ، عن محمد في نوادره (٣) .

وروى ابن سماعه ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة في نوادره رواية أخرى: أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزداد على نصف درهم ، وهي الرواية

(١) في ب (كذا) والمثبت من أ .

(٢) في ب (العقد) والمثبت من أ .

(٣) في أ ذكر رواية محمد فقط .

الصحيحة، ووجهها: أن الإجارة الفاسدة تجب فيها أجر المثل، لا يزداد على المسمى، والمسمى في [اليوم] الثاني نصف درهم، فأما الدرهم فهو مسمى في اليوم الأول، وذلك عقد أجر، فلا يعتبر به.

ووجه رواية الأصل: أن العمل في اليومين عمل واحد، وقد رضي الخياط بالدرهم مع تعجيل العمل، فلا يزداد عليه مع التأخير، وقد بذل صاحب الثوب نصف درهم فلا ينقص منه.

٢٢٨٤ - فصل: [تكملة المسألة السابقة في الجمع بين الشرطين]

فإن خاط في اليوم الثالث، روى ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة: أن له أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم، [لأن صاحب الثوب لم يرض] وقالوا: له أجر مثله لا يجاوز به درهم.

والصحيح عن أبي حنيفة: أنه لا يجاوز به نصف درهم؛ لأن صاحب الثوب لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر [١/٣٠٦] من نصف [درهم]، فإذا أخره إلى الثالث أولى^(١)، والذي ذكره من قولهما خلاف ما في الأصل، والصحيح عنهما: أنه ينقص من نصف درهم مثل الرواية الأخرى عن أبي حنيفة.

٢٢٨٥ - فصل: [اشتراط الأجر في اليوم الأول ونفيه في الثاني]

قال: فإن قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطه غداً فلا أجر لك، فإن محمداً قال في إملائه: إنه إن خاطه في اليوم الأول فله الدرهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم؛ وذلك لأنه نفى [موجب] العقد

(١) في أ (فإلى بعد الغد أولى).

الأول (حين لغنى الثاني ، فوجب له أجر المثل)^(١) ، كما لو شرط [بغير عوض فوجب] عوضاً آخر ، [ولا يجوز أن] يقال: إن المنفعة لا [تتقوم] إلا بالشرط ، وقد شرط أن لا عوض لها في اليوم الثاني ؛ لأنه نفى بهذا الشرط^(٢) موجب العقد الأول ، ونفيه لا يصح ؛ ولأنه استأجره بغير عوض ، فهو^(٣) كمن باع بغير عوض أن القيمة واجبة .

٢٢٨٦ - فصل : [ربط استحقاق المسمى بالوفاء بالشرط]

وقال محمد في إملائه^(٤) : قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً دفع إلى خياط ثوباً يقطعه ويخيطه قميصاً على أن يفرغ منه في يومه هذا ، أو اكترى منه إبلاً إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة ، فكل بعير بعشرة دنانير ، ولم يزد على هذا ، فالإجارة جائزة ، فإن وُفِيَ بالشرط أخذ الأجرة التي شرط ، وإن لم يفِ بالشرط فله أجر مثله لا يزداد على ما شرط ، وهذا قول أبي يوسف وقولنا ؛ وذلك لأنه لما ابتداء بذكر العمل والمسير ، صار هو المقصود بالعقد ، وذكر المدة من بعده لتعجيل العمل .

فإن عَجَّلَه فقد وُفِيَ بالشرط واستحق المسمى ، وإن لم يعجله ولم يفِ بالشرط ، فكان له أجر المثل .

وقال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا استأجر الدابة إلى الكوفة

(١) في أ (حين أسقط الآخر في اليوم الثاني ، وإنما جعل العمل في اليوم أجر المثل) .

(٢) في أ (العقد) .

(٣) في أ (فصار) .

(٤) في أ (المضاربة) .

أيامًا مسماة فالإجارة فاسدة، وكذلك إذا قال: استأجرتك اليوم لتخيط هذا الثوب، أو لتخبز قفيز دقيق، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة، وجائز عندهما^(١).

لأبي حنيفة: أنه لما ابتدأ بالمدة صارت مقصودة، وقد ذكر العمل وهو مقصود، فجمع في العقد بين أمرين يجوز أن يكون كل واحد منهما معقودًا عليه، وحكهما مختلف في العقد، ألا ترى أن العقد على المدة يقتضي وجوب الأجرة من غير عمل، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجرة [عند وجود العمل] به^(٢).

ولأنه إذا استأجره عشرة أيام على أن يحمله إلى مكة، فإن حمله في أقل منها فقد بقي بعض المدة المعقود عليها، وإن حمله في أكثر منها فقد استعمله في مدة لم يعقد عليها، وهذا يوجب فساد العقد.

وليس كذلك الفصل الأول الذي حكاه محمد في الإملاء؛ لأنه عقد [٣٠٦/ب] على العمل؛ لأنه ابتدأ بذكر المدة بشرط التعجيل.

لهما: أن العمل هو المقصود، وإنما ذكر المدة لشرط التعجيل، فلا يفسد ذلك العقد.



(١) في أ (وقال أبو يوسف ومحمد: جائز).

(٢) في ب (به) فقط، والمثبت من أ.

بَابُ

أُنِّي يجب تسليم الدابة المستأجرة

—•••••—

قال أبو الحسن: وإذا اكرئ الرجل دابة يركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً، فمضى الوقت فليس عليه أن يسلمها إلى صاحبها بأن يمضي بها إليه، وعلى الذي أجرها أن يقبض من منزل المستأجر؛ وذلك لأن الدابة في يد المستأجر أمانة يمسكها لمنفعة المؤاجر، وهي سلامة الأجر [له]، ولم يكن عليه الرد، كالوديعة.

فإن أمسكها أياماً فهلكت [في يده] لم يضمنها؛ لأنه لم يتعد في إمساكها، كالمودع، (فإن حملها إلى منزله فأمسكها حتى عطبت ضمن؛ لأنه تعدى في حملها إلى غير موضع العقد)^(١).

وأما الوديعة فلا يلزم المؤدع ردها؛ لأنه تبرع بالحفظ، فلا يلزمه أن يتبرع بالرد، وأما [العارية]^(٢) فعلى المستعير الرد؛ لأنه أمسكها لمنفعة نفسه، وقد تبرع عليه المالك بمنفعتها، فكان الرد إلى يده عليه.

وكذلك المغصوب؛ لأن الغاصب أزال يد المالك بغير حق^(٣)، فكان عليه رد اليد على الوجه الذي أزال.

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (المعير) والمثبت من أ.

(٣) في أ (عوض).



قال: وإن كان قد استأجره من موضع مسمى في المصر ذاهبًا وجائياً، فإن على المستأجر أن يأتي بها ذلك الموضع الذي قبضها فيه؛ وذلك لأن انتهاء الإجارة إلى هذا الموضع، فلزمه أن يصير إليه ليس لأجل الرد، ولكن [لأجل المسافة]^(١) التي تناولها العقد.

فإن حملها إلى منزله أو أمسكها حتى عطبت ضمن قيمتها؛ لأنه تعدى في حملها إلى غير موضع العقد، فإن [قال]^(٢) المستأجر أركبها من هذا الموضع إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلي، فليس على المستأجر أن يردها إلى منزل المؤاجر؛ لأن الإجارة انقضت لما عاد إلى منزله، وبقيت أمانة في يده لم يتبرع [المالك] بتسليمها كالوديعة^(٣).



(١) في ب (للمسافة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (كان) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٥٣٥/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٤.



بَاب

ما يستأجر فيحدث فيه ما يوجب الفسخ [أو لا يوجب]



قال أبو الحسن: وإذا استأجر الرجل عبداً لخدمته، أو دابةً يركبها، أو داراً [يسكنها]، فحدث بذلك عيب يضر بالانتفاع [بما استأجر]، فالمستأجر بالخيار: إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ، فإن مضى على ذلك فعليه الأجر تاماً لا ينقص منه شيء؛ وكذلك إن كان الحدث سقوط بيت منها فمضى على الإجارة، فعليه جميع الأجر.

[قال]: والأصل في ذلك أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة فهو على ضربين: أحدهما: أن لا يؤثر ذلك في المنافع، فلا يثبت الخيار كالعبد المستأجر إذا ذهب إحدى عينيه، فذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط [١/٣٠٧] شعره.

وكالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في السكنى؛ وذلك لأن العقد على المنفعة دون العين، وهذا النقص حصل في العين دون المنفعة، والنقص في غير المعقود عليه لا يثبت الخيار.

فأما إذا كان النقص يؤثر في المنافع كالعبد إذا مرض، والدابة إذا [دَبِرَتْ] ^(١)، والدار إذا انهدمت بعض بنائها، فالمستأجر بالخيار؛ لأن كل جزء من [المنفعة كما] لمعقود عليه عقد ابتداءً، فحدث العيب به يوجب الخيار؛ لأن المنافع تحصل في قبض المستأجر حالاً فحالاً، فما حدث من عيب بها فهو

(١) في ب (بزغت) والمثبت من أ. يقال: «دَبِرَ الحيوان دَبْرًا: أصيب ظهره بقروح». الوجيز، (دبر).



حادث قبل القبض ، فيثبت [له] الخيار كالمبيع إذا عاب قبل القبض .

[وإذا ثبت] ^(١) أن للمستأجر الخيار فاستوفى المنفعة ، فقد رضي بالمعقود

عليه مع العيب ، فيلزمه جميع البدل كالمشتري إذا رضي بالمبيع المعيب .

قال: فإن بنى المؤاجر ما سقط في الدار فلا خيار للمستأجر؛ لأن العيب

زال ، والخيار إذا ثبت للعيب ، ولم يفسخ العقد حتى زال العيب سقط الخيار .

وقال: فإن كان المؤاجر غائباً فحدث [له] ما يوجب الفسخ ، فليس

للمستأجر أن يفسخ ذلك ؛ لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور المتعاقدين ، أو

من قام مقامهما .

قال: وإن سقطت الدار كلها فله أن يخرج ، كان صاحب الدار شاهداً أو

غائباً ، وهذه المسألة تكلم أصحابنا فيها على طريقتين : فمنهم من قال: إن الإجارة

تنفسخ بوقوع الدار وانقطاع الماء عن [الرحا] ^(٢) ، وانقطاع الشرب عن الأرض

إذا كان [لا] ^(٣) يمكن أن يزرع عذباً ، واستدل من قال بهذه الطريقة ^(٤): لأنه يجوز

له الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر ، فلو لم يكن انفسخت وقف الفسخ على

حضوره ، والدليل على ذلك أن منفعة الدار بعد سقوطها قد بطلت ، ألا ترى أنه

لا يمكن أن ينتفع بها الجنس الأول من الانتفاع ، وإنما ينتفع بها بوجه آخر وهو

أن يضرب فيها خيمة ، وتَلَفُّ المعقود عليه يوجب فسخ العقد .

(١) في ب (وإذا لم يثبت) والمثبت من أ .

(٢) في ب (الدكان) والمثبت من أ .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) في أ (بهذه المسألة) .

ومن أصحابنا من قال: إن ذلك العيب لا يوجب فسخ العقد؛ لأنهم قالوا في كتاب الصلح: إذا صالح على سكنى دار فانهدمت، لم يفسخ الصلح.

وروى هشام عن محمد: فيمن استأجر بيتاً وقبضه ثم انهدم، فبناه الآجر، [فقال المستأجر] بعدما بنى الآجر: لا حاجة لي فيه. قال محمد: ليس للمستأجر ذلك، وكذلك لو قال المستأجر: [آخذه وأبى الآجر]^(١)؛ لأن للمستأجر أن يقول: أنا أرضى أن يكون معي أرض البيت، وهذا نص في أن الإجارة لم تنفسخ.

ووجه ذلك: أن الدار بعد الهدم يمكن الانتفاع بها بالسكنى، بأن يضرب فيها خيمة، وما دام [ب/٣٠٧] شيء من المعقود عليه بحاله لم يفسخ العقد.

والصحيح: أن العقد قد انفسخ؛ لأن هذا الضرب من الانتفاع ليس هو الجنس المعقود عليه، فلا يعتبر بقاؤه، والذي قاله في البيت إذا بناه فليس يمتنع أن يكون الفسخ مُراعى، فإذا عاد البناء عاد العقد، كالشاة ماتت في يد البائع بطل البيع فيها، فإن دبغ جلدها بقي العقد فيه.

وقد قال محمد في السفينة إذا نقضت فصارت ألواحاً ثم بناها: لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر؛ لأن العقد انفسخ فيها، والألواح تابعة للصناعة، بدلالة أن الغاصب يملك الخشب^(٢) إذا عمله سفينة فصارت كسفينة أخرى، وعرضة الدار لا تتبع البناء، فإذا بناها فهي تلك الدار بعينها.

وقد قال محمد: فيمن استأجر رحا ماءً سنة، فانقطع الماء بعد ستة أشهر، فأمسك الرحا حتى مضت السنة، فعليه الأجر لستة أشهر ولا شيء عليه فيما

(١) في ب (أجره وإلى الأجر)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (السفينة).

بقي ؛ لأن الرحا بطلت منفعتها فانفسخ العقد .

قال: فإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن ، فعليه من الأجرة بحصته ؛ لأنه بقي جزء من المعقود عليه له حصة بالعقد ، فإذا استوفاه لزمه حصته^(١) .

٢٢٨٧ - فصل: [استيفاء بعض المعقود عليه دون بعض]

فإن كان لِمَا آجره الدار سَلَّمَهَا إِلَّا بَيْتًا مِنْهَا ، ومنعه رب الدار أو غيره بعد ذلك منه ، فلا أجر على المستأجر في البيت ؛ وذلك لأنه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض ، فسقط حصة ما لم يستوف .

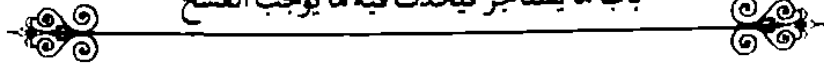
قال: وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بدون البيت ، وأن يفسخ الإجارة إن حدث ذلك بعد قبضه ؛ وذلك لأن الصفقة في المنافع تفرقت عليه ، وتفرقت الصفقة يثبت الخيار .

قال: وتطمين الدار وإصلاح ميازيبها ومائها من بنائها على رب الدار دون المستأجر ؛ لأنها على ملكه ، وإصلاح الملك على مالكة ، ولا يجبر على ذلك ؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه ؛ ولأن هذا عيب بالمعقود عليه فلا يلزم العاقد إزالة العيب ، وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤاجر ؛ وذلك لأنه عيب بالمعقود عليه .

وإن كان استأجرها وهي كذلك ورآها فلا خيار له ؛ لأنه عقد على معيب مع علمه بالعيب .

قال: وإصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ، ولا يجبر على

(١) انظر: الأصل ٤٦٥/٣ ، ٥٧٤ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٢ وما بعدها .



ذلك ؛ وإن كان امتلاً من فعل المستأجر ، وهذا على ما قدمنا .

وقد قالوا في المستأجر إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه ، فعليه أن يرفعه ؛ لأنه حدث بفعله ، فصار كمتاع وضعه فيها ، فإن كان امتلاً خلاؤها ومجراها من فعله ، فالقياس : أن [١/٣٠٨] يلزمه نقله ؛ لأنه حدث بفعله ، والاستحسان : أن لا يلزمه ؛ لأن العادة أن كل ما كان معيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار ، فحملوا ذلك على العادة .

قال : فإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك لم يحتسب له بما أنفق ؛ لأنه أنفق على ملك غيره بغير أمره ، (ولا ولاية له عليه) (١)(٢) .

٢٢٨٨ - فصل : [منع المؤاجر تسليم الدار حتى مضى بعض المدة]

وإذا استأجر داراً شهراً فسمي ، فلم يسلم إليه الدار حتى مضى بعض المدة ، ثم أراد أن يسلم الدار فيما بقي من المدة ، فله ذلك ، وليس للمستأجر أن يأبى ذلك ، ويجبر على قبض الدار .

وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر (٣) فمنعه [إياها] (٤) ثم أراد أن يسلمها فذلك له ؛ لما قدمنا أن كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقداً مبتدأً ، وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحد العقدين لم يؤثر في الآخر (٥) .

(١) في أ (ولا إذن من له ولاية عليه) .

(٢) انظر : الأصل ٤٦٦/٣ .

(٣) في أ (رب الدار) .

(٤) في ب (أياماً) والمثبت من أ .

(٥) انظر المصدر السابق نفسه .



قال: فإن استأجر دارين فسقطت إحداهما، أو منعه مانع من إحداهما، أو حدث بإحداهما عيب ينقص السكنى فله أن يتركهما جميعاً؛ وذلك لأنه عقد عليهما صفقة واحدة، ففرقت الصفقة عليه، فله الخيار.



بَاب اختلاف المؤجر والمستأجر في عقد الإجارة

قال أبو الحسن: وإذا استأجر الرجل من رجل داراً، أو دابة أو غير ذلك، فاختلفا بعد وقوع العقد قبل أن يتصرف المستأجر فيما استأجر، والإجارة واقعة على [الصحة وإن] (١) اختلفا في الأجر، فقال المستأجر: بخمسة، وقال المؤجر: بعشرة، فإنهما يتحالفان وتفسخ الإجارة، ومن نكّل عن اليمين منهما لزمه دعوى صاحبه، ومن أقام منهما بينة قبلت بينته، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المؤجر.

فإن اختلفا في المدة، أو في المسافة، أو فيما وقع عليه العقد، فقال المستأجر: [استأجرت شهرين بعشرة، وقال المؤجر: شهراً واحداً بعشرة، أو قال]: استأجرت إلى الكوفة بعشرة، وقال الأجر: إلى القصر [بعشرة]، فهو مثل الأول في التحالف والنكول وإقامة البينة، فإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة المستأجر.

قال: والأصل في ذلك: أن الاختلاف إذا وقع في البدل في الإجارة، أو في المبدل قبل استيفاء المنافع، تحالفاً؛ وذلك لقوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة بعينها، تحالفاً» (٢)، وهذا يقتضي أن من باع عيناً

(١) في ب (صحة فاختلفا).

(٢) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد، ٢٩٤/٢٤، وورد الحديث بالفاظ مختلفة.

انظر: السنن الكبرى للبيهقي، ٣٣٣/٥؛ والدارقطني ٢٠/٣؛ والمعجم الكبير، ١٧٤/١٠؛ نصب الراية، ١٠٥/٤.

بمنفعة واختلفا فيها تحالفا؛ لأن الاختلاف وقع في عقد معاوضة ليس فيه معنى التبرع، فلحقه الفسخ، فيثبت فيه التحالف كالبيع.

ولا يقال: إن التحالف في البيع استحسان، فكيف [قسم] ^(١) عليه؛ لأننا بينا أن خبر التحالف فيه [٣٠٨/ب] اقتضى نوع من الإجارة، وإذا ثبت التحالف بذلك الخبر في نوع ثبت في كل نوع؛ لأن أحداً لا يفصل بينهما، ولأن كل من أثبت التحالف في البيع أثبته في الإجارة.

وعندنا يقاس على المخصوص إذا اجتمعوا على القياس عليه، ولم يبين أبو الحسن من يبدأ به في اليمين.

وقد قال أصحابنا: إن الخلاف إذا وقع في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر، وإذا وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر، فكأنهم ابتدؤا بيمين من لا يقضى ببيئته مع بيئته الآخر؛ ولأن اليمين تطلب لفائدة النكول، فإذا اختلفا في الأجرة فنكول المستأجر دخل في باب الفائدة، فالابتداء به أولى [وإذا اختلفا في المنفعة فنكول المؤجر دخل في باب الفائدة، فالابتداء به أولى] ^(٢).

قال: فإن نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر؛ لأن النكول بذل، وبذل الأجرة والمنافع يجوز من طريق الحكم.

فإن أقام أحدهما بيئته قضي بها؛ لأنها بيئته قابلها الدعوى فهي مقدمة عليها، فإن أقاما البيئتين والخلاف في الأجرة فبيئته المؤجر أولى؛ لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الخلاف في المنافع فبيئته المستأجر أولى؛ لأنها تثبت الزيادة.

(١) في ب (تستمر) والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

قال: فإن ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر، وادعى المستاجر فضلاً فيما يستحقه على المؤاجر، فقال المؤاجر: أجرتك إلى القصر بعشرة، وقال المستاجر: إلى الكوفة بخمسة، أو قال: أجرتك الدار شهراً بعشرة، وقال المستاجر: استأجرتها شهرين بخمسة، فهما أيضاً في التحالف والنكول كما ذكرنا، وفي إقامة أحدهما البينة.

فإن أقاما جميعاً البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذي يستحقه بعقد الإجارة، فيكون إلى الكوفة بعشرة، وشهرين بعشرة؛ وذلك لأنهما اختلفا في العوض، والخلاف في كل واحد منهما يوجب التحالف، ففيهما أولى، فإن أقام أحدهما بينة فهي مقدمة على الدعوى، فإن أقاما بينة: فبينة المؤاجر تثبت زيادة الأجرة، وبينة المستاجر تثبت زيادة المنفعة، فتقبل بينة كل واحد منهما في الزيادة التي تضمنت.

قال: فإن لم تكن بينة، وقد سار بعض الطريق، أو ركب بعض المسافة، كان القول قول المستاجر فيما مضى مع يمينه، ويتحالفان وتفسخ الإجارة فيما بقي؛ وذلك لأن كل جزء من [المنفعة]^(١) كالمعقود عليه عقداً مبتدأً، فصار ما بقي من المدة كالمنفرد^(٢) بالعقد، فيتحالفان فيه، وليس كذلك إذا هلك بعض المبيع على قول أبي حنيفة؛ لأن كل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه عقداً ابتداءً، وإنما الجملة مملوكة بعقد واحد، فإذا تعذر الفسخ في الهالك سقط فيما بقي^(٣).

(١) في ب (الإجارة) والمثبت من أ.

(٢) في أ (كالمفرد).

(٣) انظر: الأصل ٤٧٤/٣، ٤٧٥.

٢٢٨٩ . فُصِّل: [ثبوت التحالف في المبيع الهالك]

||٣٠٩| قال: وإن كان اختلافاً بينهما بعد مضي وقت الإجارة وبعد بلوغ الغاية التي استأجر إليها، فالقول قول المستأجر مع يمينه، ولا يمين على المؤاجر؛ وذلك لأن التحالف يثبت الفسخ، والمنافع [التي استوفيت معدومة]^(١)، لا يمكن فسخ العقد فيها^(٢)، فلم يثبت التحالف الموضوع للفسخ.

وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف: أن التحالف لا يثبت في المبيع الهالك، فأما محمد: فأثبت التحالف في المبيع الهالك ولم يثبت في المنافع المتلفة؛ لأن البيع إذا فسخ بالتحالف بقيت العين متقومة بنفسها في يد المشتري، فيقضي عليه بقيمتها، ولو انفسخت الإجارة بالتحالف بقيت المنافع مستوفاة بغير عقد، فلا تقوم.

فلو ثبت التحالف أسقط عوضها، فكان الرجوع إلى قول المستأجر أولى، وإنما يرجع إلى قول المستأجر؛ لأنه المستحق عليه، والخلاف إذا وقع في الاستحقاق، فالقول قول المستحق عليه.

قال: فإن كان الأجر من نوعين، فقال المستأجر: استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة، وقال الأجر: بدينار، فهو في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة كما ذكرت لك، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر؛ لأن الأجرة تستحق بقبول المستأجر، فقد تعارضت البينتان في قول إحداهما له والأخرى عليه، فالتى عليه أولى.

(١) في ب (معدومة) فقط، والمثبت من أ.

(٢) في أ (عليها).

قال: وإن كان اختلافهما بأن قال المؤاجر: آجرتك [هذه] الدابة إلى القصر بدينار، وقال المستاجر: إلى الكوفة بعشرة دراهم، وأقاما البينة، فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم؛ وذلك لأنهما اختلفا في أجرة الدابة إلى القصر، وأقام المؤاجر البينة أنها دينار، وأقام المستاجر البينة أنها خمسة دراهم، فالبينة بينة المؤاجر على ما قدمنا، ثم ادعى المستاجر الإجارة من القصر إلى الكوفة بخمسة؛ لأن القصر نصف الطريق، وجحد المؤاجر ذلك، فالبينة المثبتة للإجارة أولى من النافية؛ فلذلك قضي بها إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم.

وقد روى ابن سماعه عن أبي يوسف: في رجل استأجر من رجل داراً سنة، فأقام المستاجر البينة: أنه استأجرها أحد عشر شهراً منها بدرهم وشهراً بتسعة، وأقام ربُّ الدار البينة: أنه آجره إياها بعشرة، قال: فإني آخذ بينة رب الدار؛ وذلك لأنه يدعي فضل أجرة في أحد عشر شهراً وقد أقام على ذلك بينة، فتقبل بينته، والشهر الثاني عشر قد أقرَّ المستاجر للمؤاجر فيه بفضل الأجرة [مما ادَّعى] ^(١)، فإن صدقه على ذلك وإلا سقط [الفضل] بتكذيبه.

٢٢٩٠. فصل: [وقوع عمل الأجير على غير وجه المأمور به]

ومن نوع الاختلاف [بين المستاجر والمؤاجر] مما لم يذكره أبو الحسن

[٣٠٩/ب]:

إذا اختلف الخياط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قِبَاءً، وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قَمِيصًا، فالقول قول رب الثوب ^(٢) عندنا،

(١) في ب (عما يدعي) والمثبت من أ.

(٢) في الأصل زيادة (مع يمينه).

والخياط ضامن ، فإن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله .

وقال ابن أبي ليلى: القول قول الخياط .

وقال الشافعي في اختلاف العراقيين: مثل قولنا ، وفي موضع آخر: يتحالفان^(١) ، فإذا حلفا سقط الضمان عن الخياط ، وسقط الأجر .

لنا: أن الإذن مستفاد من جهة صاحب الثوب ، فكان القول قوله في صفة الإذن ؛ ولأنه لو قال: لم آذن في القطع كان القول قوله ، فكذلك إذا قال: لم آذن في القباء ، فالقول قوله .

وجه قول ابن أبي ليلى: أن صاحب الثوب اعترف بالإذن [في القطع] ، وادعى زيادة صفة ليسقط بها الأجرة ، فلا يقبل قوله ، وليس هذا بصحيح ؛ لأن صاحب الثوب لم يعترف للخياط بالأجرة ، فلا يجوز إثبات الضمان عليه بغير اعترافه .

فأما الكلام على الشافعي: فلأن التحالف موضوع للفسخ ، ولا يمكن الفسخ هاهنا ، فلا معنى لإثبات التحالف ؛ ولأن صاحب الثوب يدعي على الخياط الغصب ، والخياط يدعي الأجر ، وذلك لا يثبت فيه التحالف .

وإنما قلنا: إن لرب الثوب تضمين الخياط قيمة الثوب ؛ لأنه لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط متصرفاً في ثوبه بغير أمره ، ومن قطع ثوباً لغيره وخاطه بغير أمره ، ضمن قيمته .

وإنما قلنا: إن لصاحب الثوب أخذ القباء ؛ لأنه آذن في القطع والخياطة ،

(١) انظر: المهذب ٥٦٦/٣ .

وقد فعلها الخياط على غير الوجه المأمور به ، فقد وجد المعقود عليه مع تغير الصفة ، فكان لصاحب الثوب الرضا به .

وقد كان أصحابنا يقولون: إن منافع القميص والقباء متقاربة ، ألا ترى أنه يمكن الانتفاع بالقباء على الوجه الذي [يمكنه الانتفاع] بالقميص ، وإنما تختلف الأغراض فيهما ، فقد وجد المعقود عليه مع العيب ، وكانوا يقولون: [إنه] لو قطعه سراويل لم يجب له أجره^(١) ؛ لأنه نوع آخر من المنفعة ، فلم يوجد المعقود عليه ، إلا أن الرواية بخلاف هذا .

وروى هشام ، عن محمد: في رجل دفع إلى رجل شَبَهًا^(٢) ليضرب له طستًا موصوفة معروفة ، فضربها كوزًا ، قال: إن [شاء] ضَمَّنَه مثل شَبَهه ويصير الكوز [للعامل]^(٣) ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل عمله فيما عمل ، لا يجاوز به ما سُمي ، وهذا مخالف لما كانوا يقولون ، وإن كان ظاهرًا .

ووجه هذا: أن العقد وقع على الضرب ، والصياغة صفةٌ ، وقد فعل المعقود عليه وخالف في صفته ، فيثبت للمستعمل الخيار .

وإنما وجب في [١/٣١٠] هذه المسائل أجر المثل ؛ لأن المستعمل لم يرض بدفع المسمى إلا على منفعة موصوفة ، ولم تسلم له بكمالها .

وإنما لا يجاوز به المسمى ؛ لأن الصائغ رضي به بدلاً عن المنفعة المقصودة ، فلا يجوز أن يستحق فيما دونها أكثر منه^(٤) .

(١) في أ (لم يجب به الأجر) .

(٢) «الشَّبه» - بفتحين - من المعادن ما يُشبه الذهب في لونه وهو أرفع الصُّفْر» .

(٣) في ب (للفاعل) والمثبت من أ .

(٤) انظر: الأصل ٥٦٢/٣ .

٢٢٩١ - فُصِّلَ: [فِيمَنْ دَفَعَ غَزْلاً لِيَنْسِجَهُ ثَوْباً عَلَى صِفَةٍ فَنَسِجَهُ عَلَى صِفَةٍ أُخْرَى]

قال محمد في الأصل: في رجل أسلم غزلاً إلى حائك ينسجه له سبعا في أربع، فعمله أكبر من ذلك أو أصغر، فإن الرجل بالخيار: إن شاء ضمنه مثل غزله وسَلَّمَ له الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر، إلا في النقصان، فإنه يعطيه من الأجر بحساب ذلك لا يجاوز به ما سَمِيَ.

وكذلك لو شرط عليه صفيقا فجاء به رقيقا، أو شرط [عليه] رقيقا فجاء به صفيقا، وهذه المسألة بين جوابها ابن سماعة في نوادره عن محمد، فقال: إذا أمره ثمان في ثمان، فنسجه ستا في ثمان، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء سَلَّمَ له الثوب وضمَّنه مثل غزله، وإن شاء أخذه وأعطاه بحساب ثلاثة أرباع الأجر الذي سمَّاه؛ وذلك لأن غرض صاحب الثوب لم يسلم له، ألا ترى أنه ينتفع بالثوب الطويل ما لا ينتفع بالقصير، فكان له الخيار، فإن اختار الأخذ فقد عمل ثلاثة أرباع المسمى، فكان له ثلاثة أرباع الأجر، كمن استأجر رجلا يضرب له لبنا معدودا، فضرب بعضه وفات وقت الضرب، استحق من الأجر بحساب ما عمل.

ويجوز أن يقال في مسألة الثوب: له أجر مثله لا يجاوز به ثلاثة أرباع ما سَمِيَ، ويفرق بينه وبين اللَّبَنِ؛ لأن العمل: الأذرع مع غيرها زيادة قيمة لا توجد إذا انفردت، وليس كذلك اللَّبَنِ؛ لأنه لا يعلق بعضه ببعض، وأما إن وقاه الذرع وأفسد الصفة فجاء به رقيقا وقد أمره بالصفيق، أو جاء به صفيقا وقد أمره بالرقيق، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمَّنه مثل غزله، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر

(مثله ، لا يجاوز به ما سمى) ^(١) ؛ لأنه أتى بالمعقود عليه وخالفه في صفته ، فيثبت للعاقد الخيار .

وأما إذا وقى بالذرع والصفة وزاد فيه ، فقد روى هشام ، عن محمد : أن صاحب الثوب بالخيار : إن شاء ضَمَّنَه مثل غزله وصار الثوب للصانع ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ، ولا يزيد للذرع الزائد [شيئاً] ، وإنما يثبت الخيار ؛ لأن الصفة تغيرت عليه ، ألا ترى أنه قد يحتاج إلى الثوب القصير ولا يحتاج إلى [الثوب] الطويل ؛ ولأنه إذا زاد في طوله استكثر من الغزل ، فإن أخذه فلا أجر له في الزيادة ؛ لأنه تطوع بعملها بغير أمر صاحب الثوب ^(٢) .

وروى ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف : في رجل أمر [٢١٠/ب] رجلاً أن ينزع له ضرساً متأكلاً بأجر [معلوم] ، فنزع ضرساً متأكلاً ، فقال الأمر : [إنما] أمرتك بغير هذا بهذا الأجر ، وقال المأمور : بل أمرتني بالذي نزعته ، فإن أبا حنيفة قال في ذلك : القول قول الأمر مع يمينه ، وكذلك لو أمره بقطع شيء من جسده ، أو ببطّ قرحة ، أو يحجم عبداً له ، أو يخنه ، فقال الأمر : أمرتك [بغير هذا] ^(٣) ، وقال المأمور : بهذا ، فالقول قول الأمر مع يمينه لما قدمنا أن الأمر يستفاد من جهة الأمر خاصة ، فالقول قوله في صفته .

وقال في الأصل : في رجل دفع إلى صبّاغ ثوباً ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما وصفه له بالعُصْفُرِ ، ثم اختلفا في الأجر ، فقال الصبّاغ عملته ^(٤) بدرهم ،

(١) في أ (الأجر) فقط .

(٢) في أ (الغزل) .

(٣) في ب (بهذا) والمثبت من أ .

(٤) في أ (صبغته) .

وقال رب الثوب بدانقين^(١)، فإن قامت لهما بينة أخذت ببيّنة الصَّبَاغِ، فإن لم تقم بينة، فإني أنظر إلى ما زاد العُصْفُرُ في قيمة الثوب، فإن كان درهماً أو أكثر أعطيته درهماً بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين، وإن كان ما زاد في الثوب من العصفر أقل من دانقين، أعطيته دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغته إلا بدانقين؛ وذلك لأن الصباغ إذا حلف ما صبغته بدانقين والعصفر يساوي درهماً، فهو عين مال حصل في ثوبه بأمره، فوجب عليه قيمته لا يزداد على درهم؛ لأن الصباغ رضي بإسقاط الزيادة، وإن كانت قيمته دانقين، وحلف رب الثوب ما صبغته إلا بدانقين، سقط دعوى الصباغ، فوجب على صاحب الثوب قيمة الصبغ لا ينقص من دانقين؛ لأنه بذل^(٢) ذلك، ولأن الصبغ يجري مجرى السلعة المستهلكة من وجه، وهو أنه لا يمكن نقله من الثوب، [ويجري] مجرى العين القائمة من وجه؛ لأنه عين لها قيمة^(٣).

فلو ألحقناه بالهالك لكان القول قول صاحب الثوب، ولو ألحقناه بالسلعة القائمة لكان القول قول الصباغ، ([فحكمننا]^(٤) بالصبغ، واستحلّفناهما بتعيين البينة جميعاً)^(٥).

وإن كان يزيد [الصبغ] في الثوب نصف درهم، أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف [بالله] ما صبغه بدانقين؛ لما بينا أن الدعوى إذا سقطت وجب قيمة

(١) «الدَّانِقُ: معرب، وهو سدس درهم» المصباح (دثق).

(٢) في أ (رضي بذلك).

(٣) انظر: الأصل ٤٤١/٢، ٤٤٢.

(٤) في ب (فحملنا) والمثبت من أ.

(٥) العبارة في أ (فحكمننا الصبغ فاستحلّفناهما جميعاً لمكان الشبهين).

الصبغ ، وكذلك كل صبغ له قيمة ، فإن كان الصبغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه .

وكذلك كل صبغ ينقص الثوب ؛ لأنه لا يمكن القضاء للصبغ بدعواه ، ولا يمكن الرجوع إلى قيمة الصبغ ؛ لأنه لا قيمة له ، فيرجع إلى قول المستحق عليه .

وقال في الأصل : إذا دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه صبغاً مسمى أو شرط ليصبغه بزعفران أو بَبَقْمٍ^(١) [١/٣١١] أو أسود ، فخالف فصبغه بغير ما سمي إلا أنه من ذلك الصبغ ، فلرب الثوب : أن يضمّنه قيمة الثوب أبيض [وسلم له الثوب]^(٢) ، فإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمّي ، وهذا على ما بيّنا .

قال : فإن اختلف الصَّبَاغ ورب الثوب ، فقال رب الثوب : أمرتك بالعصفر ، وقال الصَّبَاغ : [لا بل] بالزعفران ، فالقول قول رب الثوب في قولهم .

ولو أعطى صباغاً ثوباً ليصبغه بعصفر بربع الهاشمي بدرهم ، فصبغه بقفيز عصفر وأقرّ رب الثوب بذلك ، فإن رب الثوب بالخيار : إن شاء ضمّنه قيمة ثوبه ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فيه مع الأجر ، وهذا على وجهين :

إن كان صبغه أولاً بربع الهاشمي ، يعني بربع القفيز ، ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز ، فصاحب الثوب بالخيار : إن شاء ضمّنه قيمة ثوبه ، وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر المسمّى وما زاد الثلاثة الأرباع القفيز في الثوب ؛ وذلك لأنه وفّى بالمعقود

(١) «البَقْمُ» - بتشديد القاف - : صبغ معروف ، وهو العَندَمُ «معرب . انظر : المصباح ، مختار الصحاح (بقم) .

(٢) في ب (ويسلمه له) والمثبت من أ .

عليه حين أفرده [بالربع] ^(١) ثم صبغه بعد ذلك صبغاً متعدياً، فإذا رضي صاحب الثوب بأخذه فقد سلم له الصبغ المعقود عليه، فوجب عليه المسمى وما زاد الصبغ الثاني في الثوب، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغاً بربع القفيز ^(٢)، فوجب ^(٣) له الأجر؛ لأن الصبغ في حكم المقبوض من وجه؛ لأنه حصل في ثوبه ولم يكمل القبض فيه؛ لأنه لم يصل إلى يده، فكان له فسخ القبض لتغيير الصفة المقصودة، وله أن [يأخذه] ^(٤) ويضمن الأجر.

وإن كان صبغه ابتداءً بقفيز، فله ما زاد الصبغ ولا أجر له؛ لأنه لم يوف العمل على الوجه المأذون فيه؛ ولأن العمل في مسألتنا تابع للصبغ، لولا ذلك لم تجز الإجارة، وإذا كان تابعاً وقد ضمن قيمة الصبغ لم يضمن [الأجرة للعمل] ^(٥) التابع له.

وليس ذلك كما لو دفع إليه خُفًّا لينعله من عنده، ثم اختلفا أنه يضمن ما زاد النعل في الخف والأجر؛ لأن العمل هناك غير تابع للنعل ^(٦)؛ لأنها عين مال قائم؛ فلذلك ضمن [الأميرين] ^(٧)، وهذا التفصيل الذي كان أصحابنا يذكرونه، قد ذكره الحاكم عن أبي يوسف في المنتقى.

وروى ابن سماعة عن محمد خلافة، فقال: إذا أمره أن يصبغ ثوبه بمنّ من

(١) في ب (بالصبغ) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بربع العصفر).

(٣) في أ (وغرم).

(٤) في ب (يضمنه) والمثبت من أ.

(٥) في ب (الأجر) والمثبت من أ.

(٦) في أ (للعمل).

(٧) في ب (الأرض) والمثبت من أ.

عُصْفَرٍ بدرهم ، فصبغه بمنوين ضربة^(١) واحدة ، لم يصبغه بمن ثم بمن ، قال : رب الثوب بالخيار : إن شاء ضمّنه قيمته أبيض ، وإن شاء أخذه وغرم له درهماً ، وما زاد المن العصفر في ثوبه ، قال ابن سماعه : قلت لمحمد : ولم يضمن المسمى [وهو لم] ^(٢) يصبغه بالمن أولاً ؟ قال محمد : لأن لصاحب الثوب أن يقول : أنا عاينت الصباغ [ب/٣١١] فاستأجرته ليصبغه بمن بدرهم ، وهو يساوي خمسة ، فلا أعطيه قيمة ذلك المن ، وقد رضي بالمسمى ، وهذا يقتضي التسوية في الجواب بين أن يصبغه متفرقاً أو مجتمعاً^(٣) .

٢٢٩٢ - فَصْل : [الاختلاف بين الأمر والصانع]

ومن هذا النوع : إذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ، ثم اختلفا . قال في الأصل : في رجل أسلم غزلاً إلى صانع وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من غزل [من عنده] ، فقال : قد زدته ، وقال رب الثوب : لم يزده ، قال : فالقول قول رب الغزل مع يمينه ، والصانع مُدَّعٍ ، فإن أقام بينة أخذت بيته ، وإن لم تكن له بينة حلف صاحب الغزل على علمه ، فإن حلف برئ ، وإن نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل ؛ وذلك لأن الصانع يدعي على رب الثوب الضمان ، فالقول قوله في نفيه ، ويحلف على علمه ؛ لأنه يمين على فعل الغير .

ولو اتفقا أن غزل المستعمل من ، وقال الصانع : قد زدت فيه رطلاً فوُزن الثوب فوجد منوين ، فقال رب الثوب : الزيادة من الدقيق^(٤) ، فالقول قول الصانع

(١) في أ (دفعه) .

(٢) في ب (ولو لم) والمثبت من أ .

(٣) انظر : الأصل ٤٣٥/٣ ، ٥٦٢ ، ٥٨٣ .

(٤) في الأصل هنا زيادة : (وقال الحائك : بل هو من الغزل والدقيق) .

مع يمينه ، ويجبر الرجل على أن يعطيه عوض الغزل إذا لم يعلم أن الدقيق يزيد فيه مثل ما قال رب الثوب ؛ وذلك لأن رب الثوب يدّعي خلاف الظاهر ، ألا ترى أن وزن الدقيق لا يكون مثل وزن الغزل ، فإن كان الثوب مستهلكاً ولم يقر المستعمل أن فيه ما قال الصانع ، فالقول قول رب الثوب^(١) ؛ لأن الصانع يدّعي عليه الضمان ، والظاهر يشهد له ، فلم يقبل قوله^(٢) .

وقال هشام عن محمد: في رجل دفع إلى صانع عشرة دراهم فضة ، فقال: زد عليها درهمين قرضاً عليّ ، فصغّه قلباً وأجرك درهمٌ ، فصاغه وجاء به محشواً ، فقال الصانع قد زدتُ عليه درهمين ، وقال رب القلب: لم تزد شيئاً ، قال محمد: يتحالفان ، ثم الصانع بالخيار: إن شاء دفع إليه القلب وأخذ منه أجره خمسة دوانق ، وإن شاء دفع عشرة دراهم فضة وأخذ القلب .

أما التحالف فليس هو الموضوع للفسخ ، ولكن الصانع يدّعي على صاحب القلب القرض ، وهو يجحد ، فيستحلف ، وصاحب القلب يدعي على الصانع استحقاق القلب بغير شيء ، وهو يجحد ، فيستحلف ، وإذا سقط دعوى الصانع في القلب حكماً بأن الوزن عشرة ، وإنما بذل له درهماً لصياغة اثني عشر درهماً ، فيلزمه للعشرة خمسة دوانق ، وللصانع أن يحبس القلب ويعطيه مثل فضته ؛ لأنه لم يرض أن يستحق عليه بغير عوض القرض^(٣) وهو في يده ولا يستحق بغير رضاه .

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل دفع إلى نداف^(٤) ثوباً يندف عليه

(١) في الأصل هنا زيادة (مع يمينه على علمه . . .) .

(٢) انظر: الأصل ، ٤٣٦/٣ .

(٣) في أ (المقرض) .

(٤) «النداف: الذي يندف القطن ، وندف القطن ندفاً: نقشه بالمندف ليرق فهو: مندوف ونديف» =

قطناً ، وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ، ثم أن ١١/٣١٢ صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين إستاراً^(١) من قطن ، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر إستاراً من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص إن رأيت ، فلم تزد إلا خمسة أساتير ، وقال النداف: دفعت إليّ عشرة [وأمرتني أن أزيد عشرة وقد زدتها]^(٢) فرد .

قال: القول قول النداف ، وعلى صاحب [الثوب]^(٣) أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن كما ادّعى ؛ وذلك لأن صاحب الثوب لا يدعي على النداف مخالفة ما أمره به ، إلا أنه يدعي أنه دفع خمسة عشر إستاراً ، فالقول قول النداف في مقدار [ما قبض]^(٤) فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب .

وإن كان صاحب الثوب قال: [قد] دفعت إليك خمسة عشر [إستاراً] وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر ، وقال النداف: دفعت إليّ عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة ، وقد زدت عشرة ، فصاحب الثوب في هذا بالخيار: إن شاء صدّقه ودفع إليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه ، وإن شاء أخذ [مثل] قيمة ثوبه وعشرة أساتير قطن ، وكان الثوب للنداف ؛ لأن النداف يزعم أنه فعل ما أمر ، وصاحب الثوب يدعي الخلاف ، فالقول قوله فيما أمره به ، والقول قول النداف في مقدار ما قبض .

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل أعطى رجلاً ثوباً ليقطعه قِباءً محشواً

= المعجم الوجيز (ندف) .

(١) «الإستار: وزن أربعة مثاقيل ونصف» كما في المعجم الوجيز (ستر) .

(٢) في ب (فرد بها) والمثبت من أ .

(٣) في ب (القباء) والمثبت من أ .

(٤) في ب (مقداره) والزيادة من أ .

ودفع إليه البطانة والقطن ، فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والأجر ، فإن الثوب ثوب رب الثوب ، والقطن قطنه ، غير أن رب الثوب قال: البطانة ليست بطانتي ، فإن القول في ذلك: قول الخياط مع يمينه البتة إن هذه بطانته ، ويلزم رب الثوب [ويسع] أن يأخذ البطانة ويلبسها ؛ وذلك لأن البطانة أمانة في يد الخياط ، فالقول قوله فيها ، فإن كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها ، وإن كانت غيرها فقد رضي الخياط بدفعها إليه بدل بطانته ، فحل له لبسها .

وروى بشر وابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن أعطى حمالاً متاعاً ليحمله من موضع إلى موضع بأجر معلوم ، فحمله ، ثم اختلفا فقال رب المتاع: ليس هذا متاعي ، وقال الحَمَّال: هو متاعك ، فالقول قول الحمال مع يمينه ، ولا ضمان عليه ، ولا يكون على الأمر الأجر إلا أن يصدقه ويأخذه ؛ وذلك لأن المتاع في يد الحَمَّال أمانة ، فالقول قوله ، فلا يلزم صاحب المتاع الأجر ؛ لأنه لم يعترف باستيفاء المنافع ، فإن صدقه فقد رجع عن قوله ، فوجب عليه الأجر .

قال: والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء ، إلا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح .

لو حمله طعاماً أو زيتاً ، فقال الأجير [ب/٣١٢] هذا طعامك بعينه ، وقال رب الطعام: كان طعامي أجود من هذا ، فإن هذا يفحش أن يكون القول قول رب الطعام ، ويبطل الأجر ، ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر إن كان قد حمله .

فأما إذا كان نوعان مختلفان فلا أجر للحمال حتى يصدقه فيأخذه .

وإنما قال: إنه يقبح في الجنس الواحد ؛ لأن صاحب الطعام يجوز أن يأخذ

العين عوضاً عن طعامه ؛ لأن الحمال قد بذل ذلك ، فإذا حصل [له] العوض سلمت له المنفعة ، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا بالتراضي بالبيع ، فما لم يصدقه فلا يستحق عليه الأجر .

وقال هشام عن محمد: في رجل أمر إنساناً ينقش في فص اسمه ، فغلط فنقش اسم غيره ، فإنه يضمن الخاتم ؛ وذلك لأنه فوت الغرض^(١) من الخاتم ، وهو الختم به ، فصار كالمستهلك له .

قال: وإذا أمر رجلاً أن يحمّر له بيتاً فخضره ، [فإن]^(٢) محمداً قال: أعطيه ما زاد الخضرة فيه ؛ وذلك لأنه استأجره على الحمرة ، فإذا عمل الخضرة فهو عمل لم يستأجره عليه ، فلا يستحق الأجرة ؛ ولكن يستحق قيمة الصبغ ما زاد في البيت^{(٣)(٤)} .



-
- (١) في أ (غرضه) .
 (٢) في ب (قال) والمثبت من أ .
 (٣) في أ (الصبغ الذي زاد فيه) .
 (٤) انظر: الأصل ٤٤٠/٣ وما بعدها .

بَابُ الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ

—•••••—

قال أبو الحسن: إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولاً في نفسه، أو في أجره، أو [في] مدة الإجارة، أو في العمل المستأجر عليه، فالإجارة فاسدة، وكل جهالة [تدخل في البيع فتفسده من الجهالة] ^(١) فكذلك هي في الإجارة.

والأصل في هذا قوله ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» ^(٢)، فشرط في الأجرة أن تكون معلومة، كما شرط في البيع أن يكون معلوماً، فدلّ على أنهما يجريان في نفي الجهالة مجرى واحداً؛ ولأن الإجارة معاوضة لا تصح إلا بتسمية العوض كالبيع.

٢٢٩٣ - فُضِّلَ: [فِي إِجَارَةِ الْمُشَاعِ]

قال: ولا تجوز إجارة المشاع ^(٣) فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر، إلا أن يكون المستأجر شريكاً في العقار، فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة.

(١) في ب (تفسد البيع) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٢٠/٦؛ وعبد الرزاق في مصنفه مرفوعاً. كما في نصب الراية ١٣١/٤؛ وأبو حنيفة في مسنده ٨٩/١.

(٣) المشاع - من شاع يشوع شيوعاً - من «شاع اللبن في الماء: إذا تفرق وامتزج به، وقيل: سهم شائع، كأنه ممتزج لعدم تميّزه». والدار المشاع ونحوها مما يملك: «كان مشتركاً لم يقسم، يقال: اشترى حصته على الشيوع». المصباح؛ المعجم الوجيز (شاع).

وجملة هذا: أن إجارة المشاع من غير الشريك باطلة عند أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: جائزة، وبه قال الشافعي^(١).

لأبي حنيفة: أن المنافع المستأجرة لا يمكن استيفائها إلا بالمهاياة^(٢)، والمهاياة ليست من حقوق الإجارة؛ لأنها عقد بنفسها، [ومتى لم]^(٣) يتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها إلا بمعنى لا يقتضيه العقد، لم يجز إجارته، كمن استأجر عبداً أبقاً.

وليس كذلك إذا أجز من شريكه؛ لأنه يقدر على استيفاء المنافع بغير مهاياة، فجاز العقد معه وإن لم يجز مع غيره.

كما تجوز إجارة المغصوب [١/٣١٣] من الغاصب، ولا تجوز من غيره؛ ولأن ما أجره غير متميز ما لم يؤاجره، فأشبهه إذا أجز أحد عبيدين؛ ولأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بما أجره إلا بالانتفاع بما لم يؤاجره، [فصار كمن أجز عبداً بعبدين].

وجه قولهما: أن ما جاز من الشريك جاز من غيره، كالبيع.

وكان الشيخ أبو طاهر الدبّاس يقول: إن الإجارة في المشاع إنما لا تجوز إذا أجز الرجل بعض ملكه؛ لأنه يهايع المستأجر، فتكون الدار في يد المستأجر مدة وفي يد المؤاجر مدة، ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الأجر مع كون الشيء في يده.

(١) انظر: المهذب ٥١٥/٣.

(٢) المهاياة (بإبدال الهمزة ألفاً): لغة من التهايو، تفاعل، «وهو أن يتواضعوا على أمر يتراضوا به، وحقيقته: أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة، ويختارها». المغرب (هيا)؛ وفي معجم لغة الفقهاء: «الاتفاق على قسمة المنافع على التعاقب، فتكون العين المشتركة لهذا شهراً، ولهذا شهراً مثلاً».

(٣) في ب (ومن لا) والمثبت من أ.

فأما إذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز؛ لأن المستأجر يُهاجر غير المؤاجر، وليس يمتنع أن تكون الدار في يد غير المستأجر وأجرتها عليه، كما لو أعارها أو أجرها.

إلا أن أبا الحسن روى في جامعه نصًّا عن أبي حنيفة: [أن إجارة المشاع في الوجهين لا تجوز، وإنما استوى في الإجارة عند أبي حنيفة] ما يقسم وما لا يقسم؛ لأن المنافع من إجارة المشاع لا يقدر على استيفائها إلا بالمهاياة، وهذا المعنى موجود في الوجهين [جميعاً].

وعلى هذا قالوا: لا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم؛ لأن المانع من العقد: أن قبض المرتهن يصير مستحقاً في الثاني بمعنى قارن العقد، وهذا المعنى في الوجهين.

وقالوا في الهبة: يجوز في المشاع الذي لا يقسم، ولا يجوز فيما يقسم^(١)، لأن المانع من [هبة]^(٢) ما يقسم: أن الهبة لو صحت لطالب الموهوب الواهب بالقسمة، فيلزمه بضمان الأجرة، والهبة لا تجوز أن تؤدي إلى إيجاب الضمان على الواهب للموهوب [له] فيما وهب، وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يقسم.

وأما إجارة المشاع من الشريك فقد روى زفر عن أبي حنيفة: أنها لا تجوز؛ لأن ما لا يجوز مع غير الشريك لا يجوز مع الشريك، كالرهن والهبة، والمشهور أنها جائزة [لما بينا]؛ لأن الشريك يستوفي المنافع من غير مهاياة، وأما الرهن فلا يجوز من الشريك؛ لأن الشريك يمسك العين يوماً رهنًا ويوماً غير رهن،

(١) في أ (في الهبة لا يجوز في المشاع الذي يقسم، ويجوز فيما لا يقسم).

(٢) في ب (هذا) والمثبت من أ.

فيصير قبضه مستحقاً كالأجنبي ، وعلى هذا قالوا في الهبة من الشريك لا تجوز؛ لأن المانع من الهبة للأجنبي إن قبضه [يحصل] في مشاع يحتمل القسمة ، وهذا المعنى موجود في قبض الشريك [فلم يجز] ^(١) .

٢٢٩٤ - فَصْل : [إجارة الرجلين من رجل ثم موت أحدهما]

وإذا أجز الرجلان داراً من رجل فمات أحد المؤجرين ، بطلت الإجارة في نصيبه ، والإجارة في نصيب الحي صحيحة على حالها ، وكذلك لو استأجر رجلان من رجل واحد فمات أحدهما ، وإنما جَوَّزنا إجارة الاثنين من الواحد ؛ لأن المنافع تدخل في ملكه جملة ، فيستوفيهما من غير مهياة .

وكذلك جَوَّزنا رهن الاثنين من الواحد [٣١٣/ب] ، وهبة الاثنين من الواحد ، أما إجارة الواحد من الاثنين ، فتجوز أيضاً ؛ لأن المنافع تخرج من ملك المؤاجر جملة ، ثم المهياة تثبت إذا انقسمت المنافع في ملك المستأجرين ، ولا يصير ذلك من شروط العقد ، وإنما هو من حقوق ملكهما ، فلذلك جوزوا رهن الواحد من الاثنين ؛ لأن الرهن وثيقة ، فجميعه وثيقة لكل واحد منهما ؛ ولهذا إذا قضى [الراهن] ^(٢) دين أحدهما لم يكن له أخذ بعض الرهن .

وأما هبة الواحد من الاثنين فلا يجوز عند أبي حنيفة ؛ لأن المانع الإشاعة المؤثرة في القبض ، فإذا وهب الواحد من اثنين فقد وجدت الإشاعة في القبض ، وهو المعنى الذي يقع به الملك ، فإذا قارنه ما يؤثر فيه يمنع من وقوع الملك ، كالشروط الفاسدة إذا قارنت البيع .

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٠٤/٣ وما بعدها .

(٢) في ب (الرهن) والمثبت من أ .

٢٢٩٥ - فَصْل: [بطلان الإجارة نصيب الميت من المؤاجرين]

فأما بطلان [الإجارة]^(١) بموت من يقع العقد له ، فهو قول أصحابنا ، وقال الشافعي : لا ينقض^(٢) .

لنا : أنه عقد يقصد به المنفعة حال [الحياة] ، فوجب أن لا يبقى بعد موت من عقد له كالنكاح ؛ ولأنه معنى ينقضي بانقضاء المدة ، فوجب أن ينقطع بموت المستحق ، كالأجال والعواري ، وإذا ثبت أن الإجارة بطلت في نصيب الميت منهما ، لم تبطل في نصيب الآخر في الرواية المشهورة .

المهياة إذا وجبت لم تستند إلى العقد ، وإنما تستند إلى الحال التي انقسمت المنافع فيها ، [والمانع]^(٣) من العقد كون المهياة مشروطة فيه ؛ ولأن ما يمنع منه الإشاعة إذا حصلت [الإشاعة] في حال البقاء لم تمنع ، كمن وهب داراً ورجع في بعضها ، وعلى هذا قالوا في الرهن في الرواية المشهورة : أن الإشاعة [لا] تؤثر في حال البقاء .

وروي عنهم : أن الإشاعة في حال البقاء تبطل الإجارة ؛ لأن المستأجر لا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلا بالمهياة التي ليست من حقوق الإجارة .

٢٢٩٦ - فَصْل: [استئجار نصيب في دار غير مسمى]

قال في الأصل : قال أبو حنيفة : إن استأجر نصيباً في دار غير مسمى فإنه

(١) في أ (العقد) .

(٢) انظر : المذهب ٥٥٧/٣ .

(٣) في ب (والمنافع) والمثبت من أ .

لا يجوز، وقالوا: يجوز إذا علم النصيب بعد ذلك، وقد ذكر في آخر الشفعة فيمن باع نصيباً من دار ولم يسمه لم يجز البيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز^(١).

أما أبو حنيفة: فبنى مسألة الإجارة على مسألة البيع، وقال: إن المبيع مجهول والمؤاجر مجهول، وجهالة المعقود عليه تمنع من صحة العقد، وبناءه على أصل آخر: وهو أن إجارة نصيب معلوم عنده لا يجوز، فالمجهول أولى.

فأما أبو يوسف: فالإشاعة عنده لا تمنع [١/٣١٤]، وهذه الإشاعة^(٢) لا تمنع البيع على أصله، فلا تمنع الإجارة.

وأما محمد: ففرق بين الإجارة والبيع؛ لأن الأجر لا يجب بالعقد، وإنما يجب باستيفاء المنفعة، فإذا عرف مقدار النصيب فاستوفى [منفعته، فالمعقود]^(٣) عليه معلوم عند وجوب البدل، وليس كذلك البيع؛ لأن البدل يجب بعقده، فإذا كان مجهولاً عند العقد لم يجز.

٢٢٩٧. فَصَّلْ: [بيع ذراع من دار]

ولا يجوز عند أبي حنيفة: أن يستأجر من عَقَار مائة ذراع، ولا من أرض جريباً أو جريبين إذا كانت أكثر من ذلك، ويجوز عندهما، وهذا فرع [على] اختلافهم في البيع.

فعند أبي حنيفة: لا يجوز بيع ذراع من دار؛ لأنه عبارة عن بقعة معينة،

(١) انظر: الأصل ٣/٣٧٨.

(٢) في أ (الجهالة).

(٣) في ب (منفعة المعقود) والمثبت من أ.

وليس بقعة أولى من بقعة ، وبقاع الدار مختلفة ؛ ولأن هذه إجارة مشاع فلا يصح .
فأما على قولهما : فالبيع جائز ؛ لأن الذراع عندهما كالسهم ، وكذلك إجارة
الذراع تجوز كما تجوز إجارة السهم^(١) .

٢٢٩٨ - فُصِّلَ : [استحقاق الماء بالإجارة]

ولا تجوز إجارة ماء في نهر ، ولا بئر ، ولا قناة ، ولا عين ، فإن استأجر
القناة أو العين أو البئر مع الماء لم يجر أيضاً ؛ وذلك لأن استئجار الماء عقد على
عين ، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة إلا تابعة للعمل .

وأما إذا استأجر النهر لم يجر أيضاً ؛ لأنها منفعة لا يمكن سكنها كالهواء ،
ولأن المقصود منه العين ، قد بيّنا أن الأعيان لا تستحق بالإجارة بأنفسها .

ولا تجوز إجارة المراعي ؛ لأن الحشيش عين ، والأعيان لا تستحق
بالإجارة ، ولأنه على أصل الإباحة ، فليس المؤاجر به^(٢) أحق من المستأجر ،
ولا تجوز إجارة الآجام^(٣) التي فيها الماء ، فإن استأجرها مع الماء فهو أفسد
وأخبث ، وهذا على ما بيّنا أن الماء لا يستحق بالإجارة ؛ لأنه عين ، ولأنه على
أصل الإباحة .

والبقعة التي فيها الماء لا يجوز استئجارها ؛ لأنه لا يمكن سكنها .

(١) انظر: الأصل ٥٠٠/٣ .

(٢) في ب (المؤاجر أولى به) .

(٣) والآجام من الأجمة: الشجر الملتف . انظر: المصباح (أجم) .

ولا تجوز إجارة القصب ولا صيد الآجام^(١)؛ لأن هذه أعيان فلا تستحق بالإجارة، ولأن السمك والقصب على أصل الإباحة، فلا يكون المؤاجر أولى من المستأجر.

قال: ولو استأجر نهراً ليسوق^(٢) فيه الماء إلى أرض له يسقيها لم تجز الإجارة، أرأيت^(٣) لو استأجر ميزاباً ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر ألم يكن هذا فاسداً^(٤)؟

وذكر هشام عن محمد: فيمن استأجر موضعاً من أرض معروفة مؤقتاً ليسيل فيه ماؤه، قال: [هو جائز]^(٥).

وجه الرواية المشهورة: أن العقد يقع على مجهول؛ لأن مقدار ما يسيل من الماء يقل ويكثر، وبعضه أضرب على النهر والمسيل^(٦) من بعض، فلم تجز [الإجارة].

لمحمد: أن المانع من استئجار [المسيل]^(٧) جهالة البقعة، ألا ترى أنه لا يدري أن يسيل من سطحه، فيجوز أن يأخذ مكاناً يسيراً، ويجوز أن

(١) وذلك من قولهم: بيع السمك في الأجمة، ويريدون البطيخة التي هي منبت القصب أو اليراع. كما في المغرب (أجم).

(٢) في أ (ليسيل).

(٣) في أ (ألا ترى أنه).

(٤) في أ (كان هذا فاسداً).

(٥) في ب (جاز) والمثبت من أ.

(٦) في أ (على النهر في السيل).

(٧) في ب (السيل) والمثبت من أ.



يأخذ كثيراً، فإذا عَيَّنَ الموضع زالت الجهالة، فجاز العقد.

قال: ولو استأجر ميزاباً يركبه في داره كل شهر بشيء مسمى كان جائزاً؛ وذلك لأن الميزاب لا يختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه ولا بقلته، فجاز إجارته.

قال: ولو استأجره وهو في الحائط ليسيل فيه الماء، لم يجز، وهذا كله رواية عن أبي يوسف؛ وذلك لأن الحائط يضر به قليله وكثيره^(١).

وقال في الأصل: إذا استأجر نهراً يابساً ليجري فيه الماء إلى أرضه أو رحاله، إنه لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وهذا على ما قدمنا^(٢).

قال: وكذلك لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءاً؛ وذلك لأن مقدار ما يصب فيها من الماء^(٣) مجهول، والضرر يختلف بقلته وكثرته^(٤).

قال: ولو استأجر بكرةً ودلواً ليسيقي غنمه لم يجز؛ فإن استأجر ذلك شهراً جاز؛ وذلك لأن مقدار ما يسيقي الغنم مدته مجهولة، فلا يجوز العقد عليها، فإذا سمى شهراً فالعقد يقع على مدة معلومة، وذلك يجوز.

قال أبو الحسن: وكذلك لو استأجر شرباً من نهر أو مسيل ماء في أرض، وقد بينا ذلك.

قالوا: إن استأجر حائطاً ليضع عليه جذوعاً أو يبني عليه ستر^(٥) أو يضع

(١) في أ (قلة الماء وكثرته).

(٢) ذكرها الكاساني نقلاً عن الأصل ١٨٠/٤.

(٣) في أ (من الوضوء).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٤٣/١٦.

(٥) يعني ستر السطح التي حوله.



فيه ميزاباً لم يجز .

قال: وإن استأجر في الحائط موضع كُوَّة^(١) ليدخل عليه الضوء أو موضعاً من الحائط ليوتد فيه وتداً ، لم يجز .

والأصل في ذلك: أن كل بقعة لا يمكن الانتفاع بها للسكنى ، فلا يجوز استئجارها كالهواء .

وقال الشافعي: يجوز استئجار الحائط ليضع عليه الخشب^(٢) .

لنا: أنها بقعة لا تصلح للسكنى ، فلا يجوز إيجارها ، كما لو استأجر كوة يدخل فيها الضوء ؛ فلأن الخشب يختلف بما يحمل عليه من الثقل ، وكذلك الشثرة ، وذلك يضر بالحائط ، فصار مجهولاً ، فلم يجز .

قال: ولو استأجر نخلاً أو شجراً ليبسط عليه ثيابه ، لم يجز ؛ لأنها بقعة لا يمكن سكنها ، فلم يصح إيجارها .

ولو اشترى ثمرة نخل أو شجر أو أطراف رطبة ، ثم استأجر النخل أو الشجر لتبقية^(٣) ذلك فيه ، أو استأجر الأرض كذلك^(٤) ، فإن ذلك لا يجوز .

وكذلك [كل] ما استأجر له الأرض مما [يفصل] بينه وبين الأرض مما لم

(١) الكُوَّة: «ثقب البيت» كما في المغرب ؛ وفي المعجم الوجيز: «الخرق في الجدار يدخل منه الهواء أو الضوء ، والجمع كُوِّي» . (كوي).

(٢) انظر: المهذب ٥١٥/٣ .

(٣) في أ (لتبقى ذلك عليه) .

(٤) في أ (لذلك) .

يقع عليه عقد الإجارة، ولا ملك له على الفاصل بينهما، [لم يجز] ^(١)، فإن كان ما بينه وبين الأرض [للمستأجر] ^(٢) فهو جائز؛ وذلك لأنه إذا [اشتري] ^(٣) الثمرة أو استأجر الشجر لسقيه الثمرة، فقد استأجر بقعة لا يمكن سكتها، وكذلك لو استأجر الأرض، [لم يجز]؛ لأن النخلة تصير مستأجرة، والنخل لا يجوز دخولها في الإجارة.

وكذلك [١/٣١٥] إذا [اشتري] ^(٤) أطراف الرطبة ^(٥) فاستأجر الأرض؛ لأن أصل الرطبة ليس على ملكه، فقد حال بين ملكه وبين الأرض ملك المؤاجر، واستأجر بقعة مشغولة بمال المؤاجر، لا يصح.

ولو اشترى نخلة فيها ثمرة على أن يقلعها، ثم استأجر الأرض [لتبقيتها] ^(٦) فيها جاز، (وكذلك لو اشترى الرطبة بأصلها ليقلعها ثم استأجر الأرض فبقاها فيها جاز) ^(٧)؛ لأن الأرض مشغولة بمال المستأجر؛ وذلك لا يمنع الإجارة، كما لو استأجر ما هو في يده.

قال محمد: وإن استعار الأرض في ذلك كله فهو جائز؛ لأن العارية إباحة للمنافع، ليس بعقد يتعلق به استحقاق، فإذا أباح المالك ملكه الذي

(١) الزيادة من أ.

(٢) في ب (المستأجر) والمثبت من أ.

(٣) في ب (استأجر) والمثبت من أ.

(٤) في ب (استأجر) والمثبت من أ.

(٥) أي: دون أصلها، ثم استأجر الأرض لإبقاء الرطبة. كما في الفتاوى الهندية ٤/٤٧٤.

(٦) في ب (فبقاها) والمثبت من أ.

(٧) ما بين القوسين ساقطة من أ.

يحل الانتفاع به جاز^(١).

٢٢٩٩. فُصِّل: [استئجار ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر]

قال [أبو الحسن]^(٢): وإن استأجر أرضاً فيها رطوبة سنة، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: الإجارة فاسدة، فإن [قلع]^(٣) رب الأرض الرطبة ثم قال للمستأجر اقبض الأرض بيضاء، فإن هذا جائز في قول أبي يوسف [وهو] قياس قول أبي حنيفة؛ وذلك لأنه استأجر ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر، وهو قطع الرطوبة، فصار كمن اشترى جذعاً في سقف، فإن قلع الرطوبة فقد زال [المعنى] المانع من صحة العقد، فجاز العقد، كما لو قلع الجذع وسلمه.

قال: فإن اختصما قبل ذلك فأبطل الحاكم الإجارة ثم قلع الرطوبة بعد ذلك، لم يصح؛ وذلك لأن العقد كان مراعى، فإذا زال [المعنى] المفسد مع بقاء المراعاة صحّ، وإن أبطله الحاكم زالت المراعاة وانفسخ العقد، ولا يصح بعد ذلك إلا باستئناف.

قال: فإن مضى من مدة الإجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما، ثم قلع الرطوبة [بعد ذلك]، فالمستأجر بالخيار: إن شاء قبضها على تلك الإجارة وطرح عنه أجر ما لم يقبض، وإن شاء لم يقبض^(٤)؛ وذلك لأن العقد على الأرض مدة يقف بعضها على بعض، ألا ترى أن الزراعة يمكن في وقت ولا يمكن في وقت،

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٠٤/٣، ٤٠٥؛ الفتاوى الهندية ٤٤٧/٤.

(٢) في ب (أبو يوسف) والمثبت من أ.

(٣) في ب (قطع) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ترك).



وتختلف بالتقديم والتأخير ، فإذا رضي بمدة سَمَّاهَا فمضى بعضها تغير عليه صفة العقد ، فكان له الخيار .

وليس كذلك الدار إذا لم يسلمها بعض المدة ؛ لأن السكنى فيها لا تقف في بعض الأيام على بعض [ولا تختلف] ؛ فلذلك لم يكن له خيار .

قال: ولو استأجر طريقاً في دار ليمرَّ فيها وقتاً معلوماً لم يجز في قياس قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف [ومحمد]: ذلك جائز ، وهذا فرع على اختلافهم في إجارة المُشاع ؛ لأن البقعة المستأجرة غير متميزة من بقية الدار .

وقال في الأصل: إذا استأجر علو منزل لبني عليه ، فإن هذا لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة ، ويجوز في قياس قول أبي يوسف ومحمد^(١) .

لأبي حنيفة [ب/٣١٥] أن العلو يختلف البناء عليه ؛ [لأنه إذا قلّ لم يضر] فإذا كثر استضر ، فصار المعقود عليه مجهولاً ، وليس كذلك إذا استأجر أرضاً لبني عليها ؛ لأنها لا تختلف بكثرة البناء وقلته .

لهما: أن البناء يصير معلوماً بالعادة .

قال: ولو استأجر ظهر بيت [لبيت]^(٢) عليه شهراً ، أو ليضع متاعه عليه جاز ؛ لأن هذه بقعة يمكن سكنها ، فجاز استئجارها^(٣) .

وقد ذكر في بعض نسخ الأصل: إذا استأجر سطح بيت لبيت عليه لم يجز ،

(١) ذكرها الكاساني في البدائع (نقلاً عن الأصل) ٤/١٨٠ .

(٢) في ب (ليني) والمثبت من أ .

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٤٣/١٦ .

والصحيح أنه ليُمَرَّ عليه ، وكذلك هو في بعض النسخ .

٢٣٠٠ - فَضْل : [أخذ الأجرة على البيع والشراء]

قال : ولا يجوز عندهم جميعاً : أخذ الأجرة على البيع والشراء ؛ وذلك لأن الشراء والبيع لا يقدر على إيقاعه بنفسه حتى ينضم إليه فعل غيره ، ومن استؤجر ليعمل عملاً لا يقدر أن يعمله بنفسه ، لم تصح الإجارة ، كمن استأجر رجلاً ليحمل له خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها .

وأما إذا استأجره شهراً ليبيع له أو يشتري جاز ؛ لأن العقد يقع على المدة دون العمل ، والمدة معلومة ، فإن استأجره ليبيع ويشتري فباع واشترى ، فله أجر مثله ؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد .

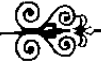
٢٣٠١ - فَضْل : [وقوع العقد على منفعة مجهولة]

وإذا استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها ، أو استأجر عبداً [يوماً] ولم يسم ما استأجره له ، فإن اختصموا في ذلك حين وقعت الإجارة فسخت الإجارة^(١) ، وإن مضى الوقت فعليه الأجر المسمى استحساناً ؛ وذلك لأن العقد وقع على منفعة مجهولة ، ألا ترى أن الدابة تختلف منافعها باختلاف المحمول عليها ، وجهالة المعقود عليه يوجب فساد العقد ، فإن اختلفا ، فسخ^(٢) العقد ؛ لأنه ليس ما يلتمس أحدهما أولى من الآخر^(٣) ، فإن حمل عليها فالقياس أن يجب أجر المثل ؛ لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد ، والاستحسان يجب المسمى ؛ لأنه

(١) في أ (العقد) .

(٢) في أ (فسد) .

(٣) في أ (ما يلتمسه أحدهما بأولى مما يطلبه الآخر) .



لما حمل عليها تَعَيَّنَ ذلك ، فكأنه تَعَيَّنَ بالعقد^(١)(٢) .

٢٣٠٢ - فَصْلُ : [إجارة الدراهم والدنانير]

قال : ولا تجوز إجارة الدراهم و[لا] الدنانير ولا تَبْرَهُمَا ، وكذلك تَبْرُ النُّحَاسِ وَالرَّصَاصِ^(٣) ، وكذلك لو استأجر حنطة ليعير بها مكيلاً ، أو استأجر زيتاً ليعير به أرطالاً أو [أمناً]^(٤) .

أما إجارة ذلك مطلقاً فلا يجوز ؛ لأن الإجارة تقع على المنفعة المقصودة من الأعيان^(٥) ، والمنفعة المقصودة من المكيلات والموزونات استهلاك أعيانها ، والإجارة لا تقع على الأعيان .

وأما إذا استأجرها ليعير بها ميزاناً أو مكيلاً ، فقال محمد في الأصل : يجوز ، وقال أبو الحسن : لا يجوز ، وهو قول الشافعي^(٦) .

لنا : أنها منفعة معلومة يحل استيفؤها من العين مع بقائها ، فجاز العقد عليها كسائر المنافع ؛ ولأنها عين سباح الانتفاع بها ، فإذا استأجرها ليزن بها جاز ، كالحجر .

قال : وكان شيخنا أبو عبد الله يقول : ما ذكره محمد في الكتاب [١/٣١٦]

(١) في أ (تعينت المنفعة ، فكأنها تعينت بالعقد) .

(٢) انظر : الأصل ٥٢٤/٣ .

(٣) في أ (الحديد) مكان الرصاص .

(٤) في أ (أمناً) .

(٥) في أ (من المكيلات والموزون) .

(٦) في أ (المخالف) .

وانظر : المهذب ٥١٣/٣ .

محمول على أنه استأجرها ليعير بها (ميزاناً بعينه ، أو مكيالاً بعينه) (١) ، وما ذكره أبو الحسن محمول على أنه استأجرها ليعير بها (ميزاناً) (٢) غير معين .

وجه ما ذكره أبو الحسن: أن هذه منفعة [غير] (٣) مقصودة من العين ، فإذا لم يجز استئجار العين للمنفعة المقصودة منها ، فما ليس بمقصود أولى .

٢٣٠٣ - فَصْل : [الجهالة اليسيرة في الإجارة]

قال هشام: سألت محمداً عن الإطلاء بالنَّوْرَةِ (٤) ، إذا قال: أطلّيك بدانق ولا يعلم ما يطليه في غلظ ذلك [وثخنته] (٥) ، قال: هو جائز ؛ وذلك لأن مقدار النورة معلوم بالعادة ، ولأن الناس يعقدون على ذلك مع الجهالة في سائر الأعصار من غير تكبير .

[مسائل في هذا الباب مشهورة]

٢٣٠٤ - فَصْل : الاستئجار بطحن قفيز من حنطة بجزء من دقيقها]

قال محمد في الأصل: إذا استأجر رجلاً ليطحن له قفيزاً من حنطة بربع من دقيقها ، أو يعصر له قفيز سمس بمَنٍّ من دهنه ، لم يجز ؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن قفيز الطحان» (٦) ، وقال في حديث رافع بن خديج: «لا

(١) في أ (مكيالاً معيناً) .

(٢) في أ (مكيالاً) .

(٣) الزيادة من أ .

(٤) «النَّوْرَةُ: أخلاط من أملاح الكلسيوم والباريوم تستعمل لإزالة الشَّعْر» . المعجم الوجيز (نور) .

(٥) في ب (وغايته) والمثبت من أ .

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٣٣٩/٥ ؛ الدارقطني ، ٤٧/٣ ؛ وأورده ابن حجر في الدراية عن

البيهقي والدارقطني ... قال: «وفي إسناده ضعف» ١٩٠/٢



تستأجرها بشيء منها» ، ولأن جواز هذا العقد يؤدي إلى فسادها ؛ لأنه يصير شريكاً بأول جزء من العمل ، فيعمل بعد ذلك فيما هو شريك فيه ، فلا يصح استحقاق الأجرة بعمله^(١) .

٢٣٠٥ . فصل : [الاستئجار على تعليم القرآن وتعليم الصنائع]

وقد ذكرنا ما ذكره أبو الحسن في الباب وما يتعلق به ، ونحن نلحق به .

قال : ولا يجوز الاستئجار على تعليم القرآن ولا تعليم الصنائع ؛ لما روى عبد الرحمن بن شبل الأنصاري ، أن النبي ﷺ قال : «اقرأوا القرآن ولا تغلوا فيه ، ولا تأكلوا به»^(٢) ، وروي أن أبي بن كعب أقرأ رجلاً فأعطاه قوساً ، فسأل النبي ﷺ عن ذلك فقال : «أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار» ، قال : لا ، قال : «فرده»^(٣)^(٤) ؛ ولأن العقد تناول عملاً لا يقدر على إيفائه بنفسه ، فلم يجز ، كما

(١) وأضاف الكاساني : «لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر ، فيكون عاملاً لنفسه» . البدائع ١٩٢/٤ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، ١٦٨/٢ ؛ والطبراني في الأوسط ، ٨٦/٣ ؛ وأحمد في المسند ، ٤٢٨/٣ ؛ وأورده الهيثمي مع غيرها من الروايات وقال : «ورجال الجميع ثقات» ٣١٤/٤ .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى ١٢٥/٦ ؛ وقال ابن حجر : «والحديث رواه ابن ماجه والرويانى فى مسنده والبيهقى...» وتكلم فى سنده . التلخيص الحبير ٧/٤ .

(٤) ذهب إلى عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم : الإمام أبو حنيفة ، والمتقدمون من الحنفية ، والإمام أحمد في رواية عنه ، وبها أخذ أكثر أصحابه .

قال قاضيخان : «وإن استأجر رجلاً لتعليم القرآن ، لا تصح الإجارة عند المتقدمين ، ولا أجرة له» . فتاوى قاضي خان ٣٢٥/٢ . انظر : الكافي لابن قدامة ٣٠٣/٢ ، ٣٠٤ ؛ الإنصاف للمرداوي ٤٥/٦ .

وذهب بعض المتأخرين من الحنفية : إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم ، وهو قول المالكية والشافعية ، والإمام أحمد في رواية ، وقول ابن حزم ، مع تفاصيل لبعض . =

لو استأجره على حمل شيء لا يقدر على حمله .

= قال صاحب الاختيار لتعليل المختار: «ولا تجوز الإجارة على الطاعات، كالحج، والأذان، والإمامة، وتعليم القرآن والفقهاء، وبعض أصحابنا من المتأخرين قال: يجوز على التعليم». ٥٩/٢ .

وقال ابن عبد البر: «ولا بأس بأجرة المؤدبين المعلمين للقرآن إذا كان معلوماً في الشهر». الكافي ٧٥٥/٢ .

وقال النووي: «لا تصح إجارة مسلم لجهاد، ولا عبادة تجب لها نية، إلا حج وتفرقة زكاة، وتصح لتجهيز ميت ودفنه، وتعليم القرآن». منهاج الطالبين ٣٤٤/٢ .

وقال ابن قدامة: «وما يختص أن يكون فاعله من أهل القرية - وهم المسلمون -، كالحج، وتعليم القرآن، ففيه روايتان: إحداهما: يجوز الاستئجار عليه». الكافي ٣٠٣/٢ .

وقول ثالث: وهو التفريق في الجواز وعدمه بين حالة وأخرى:

فذهب متأخرو الحنفية إلى القول بجوازه وعدمه بين حالة وأخرى:

فذهب متأخرو الحنفية إلى القول بجواز أخذ الأجرة عند الضرورة؛ [خشية ضياع القرآن]، وعليه الفتوى عندهم. انظر: البناية للعينى ٣٤٢/٩؛ حاشية ابن عابدين ٥٥/٦ .

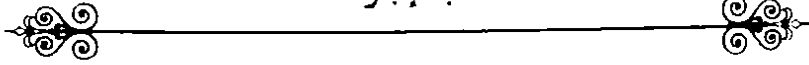
وفي وجه لمذهب الحنابلة بجواز أخذ الأجرة عند الحاجة، وهو اختيار ابن تيمية. انظر: الفروع لابن مفلح ٤٣٥/٤؛ والاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ١٥٣ .

وأما القول بجواز أخذ الأجرة عند عدم الاشتراط، ومنعها عند الاشتراط، فقد نقله ابن قدامة وغيره عن الحسن، وابن سيرين، وطاووس، والشعبي، والنخعي. المغني ١٣٦/٨ .

«وقال بعض العلماء إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن إذا كان في المسلمين غيره ممن يقوم به، حل له أخذ الأجرة عليه؛ لأن فرض ذلك لا يتعين عليه، وإذا كان في حال أو في موضع لا يقوم به غيره، لم تحل له أخذ الأجرة، وعلى هذا يؤول اختلاف الأخبار فيه». كما قال الخطابي، ونقل عنه النووي في التبيين ص ٣٥ .

ما تقدم من الأحكام في أخذ الأجرة على تعليم القرآن، ذلك إذا كانت الأجرة من غير بيت المال، وأما ما يُعطى من بيت مال المسلمين على تعليم القرآن والعلوم الشرعية، جائز عند جماهير الفقهاء

قديمًا وحديثًا. انظر: المغني لابن قدامة ١٣٧/٨، ١٣٩؛ وحاشية القليوني على المنهاج ٢٩٦/٤؛ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٣٦/١ .



وقالوا فيمن استأجر عبداً وشرط على المستأجر طعامه: لم يجز، وكذلك لو استأجر دابة وشرط على المستأجر علفها؛ لأن مقدار ذلك مجهول، [والبديل المجهول لا] ^(١) يجوز العقد به.

وقال محمد في الأصل: إذا دفع إليه أرضاً ليغرسها على أن الأرض بينهما (والغرس بينهما) ^(٢) فالعقد باطل، فإن غرسها فالغرس لصاحب الأرض وعليه قيمة الغرس وأجر مثل الغارس؛ وذلك لأنه باع نصف الأرض بنصف الغرس، واستأجره على العمل فيه، فصار البيع مشروطاً في الإجارة، والإجارة مشروطة في البيع، وإنما كان الغرس لصاحب الأرض؛ لأنه عقد عليه عقداً فاسداً وقبضه بحصوله في أرضه وملكه.

وقالوا في الإجارة على الإقامة والأذان: إنها لا تجوز؛ [٣١٦/ب] لقوله ﷺ لعثمان بن أبي العاص: «واتخذ مؤذناً لا يأخذ على الأذان أجراً» ^(٣)، ولأن هذا من شرطه أن يكون قرابة لفاعله، فلا يجوز [أخذ] الأجر عليه كالصلاة والصيام. وقال: إذا استأجر ليغزو عنه لم يجز؛ لأن الأجير إذا حضر الواقعة [والعدو]، فما يفعله فرض عليه، فلا يجوز أن يأخذ أجرته من غيره.

وقد روي أن النبي ﷺ قال: «مثل من يغزو من أمتي ويأخذ الجعل عليه

(١) في ب (فلا) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک، ٣١٤/١؛ وأبو داود (٥٣١)؛ والنسائي في المجتبى (٦٧٢)؛ وابن خزيمة في صحيحه، ٢٢١/١؛ وأحمد في المسند، ٢١/٤؛ والبيهقي في الكبرى ٤٢٩/١؛ وقال الزبلي: «أخرجه أصحاب السنن بطرق مختلفة، فأبو داود...، وأخرجه النسائي وابن ماجه عن أشعث بن سوار...، وقال الترمذي: حديث حسن». نصب الراية ١٣٠/٢.

كأم موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه أجرًا»^(١)(٢).

٢٣٠٦ . فُصِّلَ : [فيما أجر الوصي نفسه للوصي]

قال في الأصل : لو أجر الوصي نفسه للوصي^(٣) لم يجز ، وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد ؛ لأن عندهما^(٤) لا يجوز عقد الوصي مع نفسه في حق الصغير .

فأما على قول أبي حنيفة فيجوز إذا باع منه أو اشترى ما فيه الحظ للصغير ، إلا أنه يقول : إذا أجر نفسه من الصبي^(٥) فقد جعل المنافع التي ليست بمال مالا ، فلم يكن في ذلك حظ للصغير [لنفسه] ، فلا تجوز ، فأما إذا استأجر الصغير فينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها ؛ لأنه يملك العقد في حق بنفسه ، (وقد جعل المنافع التي ليست بمال مالا ، فيجوز .

فأما الآن إذا أجر نفسه للصغير أو استأجر الصغير لنفسه جاز ؛ لأنه يملك العقد في حقه بنفسه^(٦) ، وإن لم يكن [له نفع]^(٧) كما لو اشترى من ماله بمثل القيمة ، أو باعه ، فكذلك الإجارة .

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٧/٩ ؛ وأبو داود في المراسيل ٢٤٧/١ ؛ والبخاري في التاريخ الكبير ، ٣٨/٨ ؛ وأورده العراقي في المغني عن حمل الأسفار ، وعزاه لابن عدي من حديث معاذ ، وقال : «مستقيم الإسناد ، منكر المتن» ٢١٣/١٠ .

(٢) انظر : الأصل ٤٣٦/٣ ، ٤٣٧ .

(٣) في أ (لليتيم) .

(٤) في أ (أصلهما) .

(٥) في أ (الصغير) .

(٦) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٧) في ب (لنفع) والمثبت من أ .

٢٣٠٧ - فَصْل: [إجارة الصبي نفسه]

وقال في الأصل: في الصبي إذا آجر نفسه، لم يجز؛ لأن الإجارة طريقها طريق الأقوال، والصبي محجور عليه في أقواله، فإن عمل فالقياس أن لا يجب له الأجر؛ لأن المستأجر كان ضامناً له، والأجر والضمان لا يجتمعان، إلا أنهم استحسنا فقالوا: له الأجر؛ لأنه لما سَلِمَ من الضمان صار كأنه لم يكن، والصبي مأذون في اجتلاب النفع لنفسه، كما لو قَبِلَ الهبة.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن استأجر حانوتاً بنصف ما يربح فيه، قال: الإجارة فاسدة؛ لأنه بدل مجهول.

وروى بشر عن أبي يوسف: في رجل دفع إلى رجل دابة ليعمل عليها بالنصف، قال: إن [تقبل]^(١) الطعام عليها كان الأجر كله [للمتقبل]^(٢)، ولهذا أجر مثل دابته؛ لأنه استحق الأجرة بعقده، واستوفى منفعة الدابة [بعقد فاسد، وإن تقبل ليحمل عليها، فالأجر لصاحب الدابة]^(٣)، وله أجر مثله.

وكذلك قال محمد؛ وذلك لأنه آجر دابته بأمره ووفاه منافعها بعقد فاسد، فكان له الأجرة.

٢٣٠٨ - فَصْل: [الاستئجار مشاهرة]

قال الفضل بن غانم: سمعت أبا يوسف قال: لا بأس أن يستأجر القاضي

(١) في ب (نقل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (للتناقل) والمثبت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

رجلاً مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه ، وإن كان غير مشاهرة فالإجارة فاسدة ؛ [وذلك] لأنه إذا استأجره مشاهرة ، فالعقد [١/٣١٧] يقع على المدة عمل أو لم يعمل ، والمدة معلومة ، وإذا استأجره على الضرب فذلك مجهول ، فلا يجوز ؛ ولأن إقامة الحدود فرض .

وقال محمد في السَّير الكبير: إذا استأجر الإمام رجلاً ليقتل المرتدين والأسارى ، لم يجز عند أصحابنا ، وإن استأجره ليقطع اليد جاز ، ولا فرق بينهما عندي ، والإجارة فيهما جائزة ، وإنما عنى بأصحابه: أبا حنيفة وأبا يوسف .

لهما: أن القتل يقع الضرب فيه مع التجافي عن المضروب ، وفيه مباح ومحظور ، ألا ترى أنه إذا ضربه من غير تعذيب ولا عدول عن العنق كان مباحاً ، وإن [عذب] ^(١) كان محظوراً ، وذلك لا [يمكن تمييزه من غيره] ^(٢) ، فلم يجز العقد .

وليس كذلك ما دون النفس ؛ لأن قطعه يكون بإمرار السكين ، وذلك عمل معلوم كذبح الشاة يقع بإمرار السكين ، ولا يلزم تشقيق الحطب ؛ لأن ذلك وإن وقع مع التجافي فجميعه مباح .

وربما قال أصحابنا: إن القتل إخراج الروح ، وذلك من غير فعله ، ولا يصح الاستئجار عليه ، ولا يلزم الذبح ^(٣) ؛ لأن الاستئجار على قطع [الحلقوم و] العروق لا على خروج الروح .

(١) في ب (عدل) والمثبت من أ .

(٢) في ب (يتميز له مع التجافي) والمثبت من أ .

(٣) في أ (ولا يلزم الاستئجار على الذبح ؛ لأن ذلك) .

لمحمد: أن القتل هو ضرب العنق، وذلك عمل معلوم كذبح الشاة وقطع اليد.

وقال ابن رستم، عن محمد في رجل قال لرجل: اقتل هذا الذئب، أو هذا الأسد، أو هذا الخنزير، ولك درهم [أو بدرهم]، فقتله، قال: له أجر مثله، ولا أجاوز به درهماً، والأسد والذئب للمستأجر؛ وذلك لأن قتل الذئب والأسد يقع^(١) وليس هو في يده، فالعمل مجهول لأجل المعالجة، والاستئجار على عمل مجهول لا يصح، وإذا وفاه المنفعة وجب [له] أجر المثل، وإنما كان الصيد للمستأجر؛ لأن قتل الصيد سبب لتملكه، وعمل الأجير يقع للمستأجر، فكأنه هو الذي فعل^(٢).

٢٣٠٩ - فُضِّلَ: [أجرة من حمل خمراً]

قال عمرو عن محمد: فيمن استأجر حَمَّالاً يحمل له خمراً، فله الأجر في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف [ومحمد]: لا أجر له.

لأبي حنيفة: أن العقد لا يتعين لحمل الخمر، ألا ترى أنه لو أمره لحمل مثلها خلا جاز، وإذا لم يتعين العقد في [حمل] الخمر، صار كأنه استأجره على حمل أرطال [مسماة] مطلقة؛ ولأن حمل الخمر جائز لإراققتها، ومن [استؤجر]^(٣) على حمل عين يجوز حملها، جازت الإجارة، كالاستئجار على حمل جلد الميتة.

لهما: أن حمل الخمر معصية لقول النبي ﷺ^(٤): «لعن حاملها والمحمول

(١) في أ (نفع).

(٢) انظر: البدائع ١٨٥/٤.

(٣) في ب (استأجر) والمثبت من أ.

(٤) في أ (بدلالة أنه ﷺ).

إليه»^(١) ، والاستئجار على المعاصي لا يجوز^(٢) .

قال محمد: ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين ، فاستأجر والده من يحمله إلى موضع يدفنه فيه غير الموضع الذي مات فيه ، قال أبو يوسف: لا أجر له .

وقلت أنا: إن كان الحَمَّال الذي حمله [يعلم]^(٣) أنه جيفة فلا أجر له [٣١٧/ب] ، وإن لم يعلم فله الأجر ، وهذا إنما يعني به إذا استأجروا من ينقله من بلد إلى بلد .

فأما إذا استأجروا من ينقله إلى مقبرة [في] البلد جاز ؛ ولأن [ذلك] دفع [لأذيته]^(٤) عنهم ، وأما [من بلد] إلى بلد آخر فوجه قول أبي يوسف: أن الجيفة إنما يجوز نقلها لدفع أذيتها ، فأما من بلد إلى بلد فلا يحتاج إلى ذلك لدفع الأذية ، فصار كنقل الميتة من بلد إلى بلد .

لمحمد: أن الأجير إذا علم أنها جيفة ، فقد نقل ما لا يجوز له نقله ، فلا يستحق الأجر ، وإذا لم يعلم فقد غرّوه بالتسمية ، والغرور يوجب الضمان .

[قال]: وسألت محمداً عن الرجل يستأجر القوم للعب واللهو ، قال: لا أجر لهم ، وهذا كالمُغْنِي والنائحة ؛ لأن ما [يفعلونه]^(٥) معصية ، والاستئجار

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه بسند ضعيف ، ١٥٩٥/٤ .

(٢) انظر: البدائع ١٩٠/٤ (نقلًا عن الأصل) .

(٣) في ب (يعمل) والمثبت من أ .

(٤) في ب (الأذية) والمثبت من أ .

(٥) في ب (ما يتعلق به) والمثبت من أ .

على المعاصي لا يجوز .

وقال ابن رستم عن محمد: لا بأس بأجرة الكنّاس ، رأيت لو استأجره ليخرج له حماراً ميتاً أما يجوز ذلك ؛ ولأن نقل هذه النجاسات يحتاج إليها لدفع أذيتها ، فلو لم يجر الاستئجار عليها أضر ذلك بالناس .

وقال أبو حنيفة: أكره أن يستأجر الرجل امرأة حرة ليستخدمها ويخلو بها ، وكذلك الأمة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ؛ وذلك لأن الخلوة بالأجنبية منهي عنها ، والاستخدام لا يؤمن معه الاطلاع عليها .

قال: وإذا استأجر الرجل امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى ، فإنه لا يجوز ؛ وذلك لأن خدمة البيت تلزم المرأة فيما بينها وبين الله تعالى ؛ بدلالة أن النبي ﷺ جعل على فاطمة رضي الله عنها ما كان من خدمة البيت ، وعلى عليّ ما كان من وراء البيت^(١) . وإذا كان [ذلك] يلزمها لم يجر أخذ الأجرة عليها .

ولا يقال: لو لزمها أجبرت عليه ؛ لأنه يلزمها فيما بينها وبين الله تعالى كالعبادات ؛ ولأن خدمة البيت نفع لها وللزوج ، فكأنه استأجرها على شيء مشترك^(٢) .

قال: ولو استأجرت امرأة زوجها ليخدمها بأجر مسمى ، فهذا جائز ، وكذلك

(١) أورده ابن حجر في فتح الباري ٥٠٧/٩ تحت (باب خادم المرأة) ؛ «وحكى ابن بطال أن بعض الشيوخ قال: لا نعلم في شيء من الآثار أن النبي ﷺ قضى على فاطمة بالخدمة الباطنة ، وإنما جرى الأمر بعينهم على ما تعارفوه من حسن العشرة ، وجميل الأخلاق ، وأما أن تجبر المرأة على شيء من الخدمة ، فلا أصل له...» كما في عمدة القاري ٢١/٢١ .

(٢) وزاد الكاساني: «والاستئجار على عمل ينتفع به الأجير غير جائز» . ١٩٢/٤ .

لو استأجرته لرعي غنمها ؛ لأن خدمة البيت لا تلزم الزوج ، فقد استأجرته على ما لا يجب عليه .

ولو استأجرها لرعي غنمه جاز ؛ لأن ذلك العمل لا يجب عليها .

وإذا استأجر الرجل ابنه وهو بالغ ليخدمه في بيته فليس عليه أجر ؛ لأن خدمة الأب واجبة على الابن ، فقد استأجره على ما هو [واجب] ^(١) عليه .

وإن كان الابن هو الذي استأجر الأب للخدمة فإن ذلك لا يجوز ، فإن عمل كان له الأجرة ؛ لأن الابن مأمور بتعظيم أبيه ، وفي استخدامه استخفاف به .

قال : ولو كان الابن مكاتباً فاستأجره أبوه لخدمته وهو حر غني عن خدمته ، أو محتاج [إليه] فهذا جائز ، وعليه الأجر ؛ لأن المكاتب لا يلزمه خدمة الأحرار ، فصار كالأجنبي .

ولو كان الأب من أهل الذمة والابن مسلم ، أو الابن كافر والأب مسلم ، لم يجز ذلك في [١/٣١٨] الخدمة ؛ لأن الولد مأمور بتعظيم أبيه مع اختلاف الدين .

وإن كان الولد عبداً والأب حراً فاستأجره من مولاه كان جائزاً ؛ وذلك لأن العبد لا يلزمه خدمة غير المولى .

وإن كان الأب عبداً والابن حراً فاستأجره [من] مولاه ليخدمه ، أبطلت ذلك ولم أجره ؛ لأن الأب لا يجوز أن يخدم ولده وإن كان عبداً .

قال : وإذا استأجر الذمّي المسلم ليخدمه فهو جائز ، وأكره للمسلم خدمة

(١) في ب (مستحق) والمثبت من أ .

الذمي ؛ وذلك لأن الاستخدام استدلال ، ولا ينبغي للمسلم أن يذل نفسه للكافر ،
فأما جواز العقد ؛ فلأنه معاوضة ، فجاز مع اختلاف الدين كالبيع .

قال : وإذا استأجر (الذمي من المسلم)^(١) بيعةً يصلي فيها ، فإن ذلك لا
يجوز ، وكذلك لو استأجر ذمي من ذمي ؛ لأن هذا استئجار على معصية^(٢) .

وقد ذكر في الأصل : أن من أجر داره من ذمي ليتخذها مُصَلِّي ، فإن كان
ذلك في المصر لم يجز ، وإن كان في السواد جاز ؛ لأن السواد في وقت أبي
حنيفة كان لأهل الذمة .

وكان أبو بكر [الرازي]^(٣) يقول : المسألة محمولة على أن ذلك لم يشرط
في العقد ، فوقع العقد على منافع مطلقة ، والبلاد كانت لهم ، فكانوا لا يمنعون
من اتخاذ البيع في السواد ، فأما الآن فالسواد للمسلمين ، فلا يجوز اتخاذ مصلي
فيه لم يكن ، وإنما يبقون^(٤) على ما أُقِرُّوا عليه بالأمان ، لأن النبي ﷺ قال : «لا
خصي في الإسلام ولا كنيسة»^(٥) .

قال : وإذا استأجر المسلم من المسلم مسجداً يُصلي فيه ، فإن هذا باطل لا

(١) في أ (المسلم من الذمي) .

(٢) انظر : المبسوط ٣٨/١٦ .

(٣) في ب (الداري) والمثبت من أ .

(٤) في أ (يقرون) .

(٥) أخرجه بلفظه البخاري في التاريخ الكبير ، ٢٦٩/٥ ؛ وأما باللفظ الأخير فالروايات كثيرة ، أورد
الزيلعي الحديث عن البيهقي في سننه عن ابن عباس مرفوعاً ، وقال : ضعفه ؛ وروى ابن عدي
أيضاً عن عمر رضي الله عنه مرفوعاً ، وأعله بسعيد بن سنان ، قال ابن عدي : «إن عامة ما يرويه غير محفوظ ،
وأسند تضعيفه عن أحمد وابن معين» . انظر : الروايات : التخليص الحبير ، ١٢٩/٤ ؛ نصب
الراية ، ٤٥٣/٣ .

يجوز؛ وذلك لأنه استأجر موضعاً يؤدي فيه عبادة، فصار كمن استأجر موضعاً من عرفات يقف فيه؛ ولأنه استأجر بقعة لعمل شرط الأجرة عليه (يفسده، فلا يجوز الاستئجار له) (١).

قال: ومن استأجر فحلاً لينزیه فإن هذا باطل (٢)؛ (لأن النبي ﷺ نهى عن عسب التيس) (٣)، ولم يرد به نفس العمل، فلم يبق إلا أن يريد به أخذ الأجرة عليه. وقال أبو يوسف: فيمن استأجر ثياباً ليسطها في بيت [ليزّن بها] ولا يجلس عليها، قال: الإجارة فاسدة؛ لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس بمنفعة مقصودة [عادة] (٤).

وقال عمرو عن محمد: في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر [للاجر] لها؛ وذلك لأن قود الدابة [للتزين] ليس باستيفاء منفعة [مقصودة] (٥). ولو استأجر كلباً معلماً ليصيد به أو بازيّاً فلا أجر له؛ وذلك لأن المنفعة المعقود عليها لا يمكن إجبار الكلب عليها ليستوفي منه، [وتحصل في يده] فلا يصح العقد عليها (٦).

(١) في أ (فلم يجز). انظر: المبسوط ٣٨/١٦.

(٢) انظر: المبسوط ٤١/١٦.

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٦٩٨)؛ والطحاوي في مشكل الآثار، ١٨٦/٢ بلفظه؛ وأورده الزيلعلي وقال: غريب بهذا اللفظ، ومعناه أخرجه البخاري، وأبو داود، والترمذي، والنسائي...، عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل». ١٣٥/٤؛ أخرجه البخاري (٢١٦٤).

(٤) الزيادة ما بين المعقوفتين (بالموضعين) من البدائع ١٩٢/٤.

(٥) المرجع السابق نفسه.

(٦) وذكر الكاساني العلة: «... لأنه استئجارٌ على العين وهو العبد، وجنس هذه المسائل تخرج عن الأصل». البدائع ١٧٥/٤.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل استأجر شاة لترضع جدياً أو صبيّاً، قال: لا يجوز؛ وذلك لأن لبن الشاة له قيمة، والعقد وقع عليه وهو مجهول، فلا يجوز؛ ولأن الإجارة لا تستحق بها الأعيان [ب/٣١٨] إلا على وجه التبع، وليس كذلك الآدمية؛ لأن لبنها لا قيمة له، فالعقد يقع على الخدمة، واللبن تبع فلا يؤثر جهالته^(١).

قال هشام عن محمد: لو أن رجلاً استأجر قوماً يحملون [له] جنازة أو يغسلون ميتاً، قال: إن كان في موضع لا يجدون من (يغسله غيرهم)^(٢) فلا أجر لهم، وإن كانوا في موضع فيه مجمع الناس فلهم الأجر؛ لأن هذا من فروض الكفاية، فإذا لم يكن إلا هم فقد استأجرهم على ما هو فرض عليهم، فلا يجوز، وإذا كان هناك غيرهم لم يتعين عليهم الفرض فجازت الإجارة^(٣).

٢٣١٠ - فَصْل: [ما تجب في الإجارة الفاسدة]

وقد قال أصحابنا: إن الإجارة الفاسدة تجب فيها أجر المثل؛ وذلك لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة، فأما الفاسدة فتجب فيها قيمة المعقود عليه لقوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ»^(٤)، فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا وكس ولا شطط.

(١) انظر: تبين الحقائق ٥/١٢٩.

(٢) في أ (يغسل غير هؤلاء).

(٣) أورده أصحاب الفتاوى الهندية (نقلًا عن التجريد للقدوري) ٤/٤٥٢.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢) وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (١٨٧٩)

كلهم: (فنكاحها باطل، ثلاثاً)؛ وابن حبان في صحيحه (مرتين) ٩/٣٨٤. انظر بالتفصيل: نصب

الراية ٣/١٨٤، ١٨٩، ١٩٠.

(وقد روي أن أبا يوسف سئل عن هذه المسألة فجعل ينفض كفه في وجه السائل ويقول: (لا وَاكْس ولا شَطَط))^(١).

وقال أصحابنا: الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من أجر المثل ومن المسمى، وقال زفر: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وبه قال الشافعي^(٢).

وهذا مبني على أصلنا: أن المنافع لا قيمة لها إلا بعقد، أو شبهة عقد، وقد قوموها بعقد بمقدار التسمية، فما زاد على ذلك أسقطوا قيمته، فلا تجب قيمته من غير عقد ولا شبهة.

وليس كذلك الأعيان؛ لأنها مقومة بأنفسها، فإذا سقط البدل المسمى صار كأنها أتلفت بغير عقد.

وعلى الشافعي أن البدل في العقود بدلان: مسمى^(٣) وقيمة، فإذا جاز أن يرد المسمى إلى القيمة، جاز أن ترد القيمة إلى المسمى، وإنما يرد المسمى إلى القيمة في المريض إذا اشترى أو استأجر بأكثر من القيمة وعليه دين.

وجه قول زفر: أن ما وجب بدله بالعقد الصحيح، فبالفساد وجبت قيمته بكمالها كالأعيان.



(١) ساقطة من أ.

(٢) انظر: المهذب ٥٤٧/٣.

(٣) في أ (مستحق).

بَاب الرجل يستأجر من رجل ما له فيه شركة

—•••••—

قال أبو حنيفة: في رجلين بينهما طعام استأجر أحدهما من صاحبه دابة، على أن يحمل نصيبه من الطعام إلى مكان كذا، والطعام غير مقسوم، فحمل كل الطعام^(١) إلى ذلك الموضع، قال: لا أجر له.

قال ابن سماعة عن محمد: في طعام بين رجلين ولأحدهما سفينة، فأرادا أن يخرجوا [ذلك] الطعام من بلدهما إلى بلد آخر، فاستأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه لحصته بعشرة دراهم، فهو جائز، [وكذلك لو أرادا أن يطحنا الطعام، فاستأجر نصف الرحا التي لشريكه]، وكذلك لو استأجر أنصاف جوالقه ليحمل فيها هذا الطعام إلى مكة، فهو جائز.

وجملة هذا: أن كل شيء [١/٣١٩] لا يستحق فيه الأجرة إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة إذا استأجر أحد الشريكين الآخر لم يجز، مثل أن يستأجره لينقل الطعام بنفسه، أو بغلامه أو بدابته، أو لقسارة الثوب^(٢).

وكل ما يستحق [فيه] الأجرة من غير إيقاع [عمل في العين المشتركة]^(٣) فالإجارة جائزة، مثل أن يستأجر منه داراً يحرز فيها الطعام، أو جوالقاً أو

(١) في أ (ذلك الطعام كله).

(٢) البدائع ٤/١٩٠.

(٣) في ب (إيقاع العمل في الماء، المشترك) والمثبت من أ.

سفينة أو رحاً.

والفرق بينهما: أن ما لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل ، لا يمكن إيقاع العمل في العين المشتركة ؛ لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤاجر ، وإذا لم يوف [العمل] المعقود عليه ، لم تجب الأجرة .

فأما الدار والسفينة فلا يجب الأجر فيهما بإيقاع العمل في العين ، وإنما يجب بوضع العين في الدار وفي الجوالق ، وإيقاع عمل في السفينة وفي الرحا ، فأمكن التسلم في المعقود عليه ، فوجبت الأجرة^(١) .



(١) انظر: البدائع ٤/١٩٠؛ الفتاوى الهندية ٤/١٥٧.



بَاب

أجرة المنافع بالمنافع وهي متفقة أو مختلفة



قال: الأصل في [هذا] الباب: أن المنفعة إذا عقد عليها بمنفعة من جنسها لم يجز عندنا، وإن كان بغير جنسها جاز، وقال الشافعي: يجوز في الوجهين جميعاً^(١).

لنا: أنها منفعة عقد عليها بجنسها، فلم تصح التسمية ككنكاح الشغار، ولأن المنافع لا تملك بالعقد، ولا يمكن تسليمها إلا حالاً فحالاً، فإذا عقد عليها بجنسها فقد وجد [النساء]^(٢) في الجنس، فلا يجوز عندنا، وبهذه العلة علل محمد أنه قال: وهذا كبيع [القوهي بالقوهي]^(٣) نسيئاً.

وليس كذلك إذا اختلف جنس المنفعة؛ لأن النساء وجد في الجنسين، ولا ربا فيهما، فصار كالمروي [بالمهروي]^(٤)، فإن قبل النساء ما شرط في العقد، فأما ما تأخر قبضه من غير شرط فليس بنسيء.

فالجواب [عنه]: أن الإجارة إذا وقعت على مدة معلومة أو عمل معلوم، فالتأخير مشروط بالعقد، ألا ترى أن أنه لا يمكن تسليمها إلا حالاً فحالاً.

(١) انظر: المهذب ٥٢٠/٣.

(٢) في ب (الفساد) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الفيومي بالفيومي) والمثبت من أ، كما في المبسوط ١٣٩/١٥؛ والهداية ٢٤٣/٣.

(٤) في ب (بالمهروي) والمثبت من أ.

قال أبو يوسف [ومحمد]: إذا استأجر عبداً ليخدمه شهراً بخدمة أمة، فإن أبا حنيفة قال: هذا فاسد لا يجوز إجارة خدمة بخدمة، ولا سكنى بسكنى، ولا زراعة أرض بزراعة أرض أخرى، وهذا على ما بينا أن النساء لا يجوز في الجنس^(١).

قال: فإن خدماً أحدهما ولم يخدم الآخر فليس عليه أجر.

قال أبو الحسن: ولا أحفظ سقوط الأجر في العمل المتفق إلا في رواية عن ابن الجعد وبشر بن الوليد عن أبي يوسف، وليس عن غيره خلاف هذا. [وقد ذكر في الأصل: أن الواجب أجر المثل، وهذا هو الظاهر]^(٢)؛ لأنه استوفى المنافع بعقد فاسد، والمنافع مقومة بالعقد وإن لم يذكر لها بدل، كمن استأجر ولم يسم عوضاً، فإذا سمى عوضاً^(٣) [٣١٩/ب] وهو المنفعة أولى.

ووجه هذه الرواية: أنه لما جعل^(٤) المنفعة بإزاء المنفعة ولا قيمة لها فقد رضي ببذل المنافع بما لا قيمة له، فلم يجز تقويمها؛ ولأنها منفعة بجنسها كالمهياة، وقد قالوا في عبد مشترك تهاياً الشريكان فيه، [فخدم]^(٥) أحدهما يوماً ولم يخدم الآخر أنه لا أجر عليه.

قال أبو الحسن في الجامع: وإذا كان عبد واحد بين اثنين فأجر أحدهما

(١) في أ (الجنسين).

(٢) في ب (والظاهر أن له أجر المثل) والمثبت من أ.

(٣) في أ (بدلاً).

(٤) في أ (سمى).

(٥) في ب (ليخدم) والمثبت من أ.

نصيبه من صاحبه يخيط معه شهراً على أن يصوغ نصيبه معه الشهر الداخل ، فإن هذا لا يجوز في العبد الواحد .

وإن اختلف العمل من قبل أن النصيبين في العبد الواحد فقد اتفقت الصفة كخياطة عبد بخياطة عبد ، [لا يجوز] ، وإنما يجوز في العاملين المختلفين إذا كانا في عبيدين ؛ وذلك لأن العبد المشترك [إذا] أجره أحدهما للآخر [منفعته] (١) مدة بمدة مثلها ، فهذا مهياة ، ألا ترى أنهما فعلا ما يستحق عليهما بغير إجارة ، والمهياة من حكمها أن تقع على المنافع المطلقة ، فأما أن يعين أحد الشريكين على الآخر المنفعة ، فلا يجوز ذلك .



(١) في ب (لمنفعة) والمثبت من أ .

بَاب

الرجل يستأجر الدابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره

—•••••—

قال أبو الحسن: إذا استأجر الرجل دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره، فإنك تعتبر ذلك: فإن كان [فيما حمل] ضرر على الدابة في خفة الحمل وثقله، اعتبرت الخفة والثقل، فإن كان ما حمل في ثقل ما استأجر له الدابة أو أخف، فليس بمخالف وعليه الأجرة، وإن كان أثقل فهو مخالف وضمن ولا أجر عليه، وإن حمل ما استأجر وزاد فيه من جنسه مثل أن يستأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فحمل عليها أحد عشر قفيزاً، فإن سلمت فلها ما سمى من الأجر، وإن عطبت فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءاً من الدابة، وعليه الأجر الذي سمى.

[قال]: والأصل في هذا: أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد واستوفى تلك المنفعة أو مثلها^(١) أو أقل منها جاز، فإن استوفى أكثر منها لم يجز؛ وذلك لأن التعيين في المعقود عليه يثبت حكمه إذا كان له فائدة، فإذا لم تكن [فائدة] سقط التعيين، ألا ترى أنه لو استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة زيد، فحمل [عليها] قفيزاً من حنطة عمرو وهما متساويان في الثقل^(٢) جاز؛ لأن الضرر على الدابة واحد، فإذا استأجرها ليحمل [عليها] حنطة، فحمل مكيلاً آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها جاز؛ لأنه استوفى مثل ما سمى.

(١) في أ (أدون منها).

(٢) في أ (في الصفة).

وكذلك من^(١) استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض، فإن [١/٣٢٠] استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة فحمل قفيزاً من شعير جاز؛ لأن ضرر الشعير أقل من ضرر الحنطة بحقه، فقد استوفى أقل مما شرط.

وعلى هذا إذا استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً، فزرع نوعاً آخر ضرره أقل من ضرر المسمى، فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من شعير فحمل قفيزاً من حنطة ضمن؛ لأنه أكثر [ضرراً] مما شرط، واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها، وليس باستحقاق لما زاد عليها.

وأما ما يختلف منفعته لا للثقل كمن استأجر دابة ليحمل عليها مائة من قطن، فحمل عليها مثل وزنه حديداً أو أقل ضمن؛ لأن الضرر هاهنا ليس للثقل، لكن للجنس، ألا ترى أن القطن ينبسط على [ظهر] الدابة والحديد مجتمع في مكان واحد، وعلى هذا إذا استأجرها ليركبها، فركبها^(٢) من هو مثله في الثقل أو أخف [منه] يضمن؛ لأن اختلاف الركوب^(٣) ليس هو بالثقل، وإنما هو [للحدق]^(٤) بالركوب، ألا ترى أن ثقل البدن الذي يحسن الركوب لا يضر بالدابة، والخفيف الذي لا يحسن يضر بها.

وأما إذا حمل عليها ما سمي وزيادة مثل من استأجرها [ليحمل عليها]^(٥)

(١) في أ (لو).

(٢) في أ (فأركبها).

(٣) في أ (الراكب).

(٤) في ب (للخرق) والمثبت من أ.

(٥) في ب (لحمل) والمثبت من أ.

عشرة أقفزة حنطة ، فحمل أحد عشر [قفيزاً] ، ضمن بقدر الزيادة ، ووجبت عليه الأجرة ؛ لأن تلف الدابة بالثقل ، [والثقل منقسم عشرة] ^(١) أجزاء مأذون فيها ، وجزء واحد غير مأذون فيه ، فيضمن بقدر ذلك ^(٢) .

وعلى هذا قال أصحابنا: في حائط بين شريكين أثلاثاً مال إلى الطريق ، فأشهد على أحدهما دون الآخر ، فسقط [الحائط] على رجل فقتله ، فعلى الذي أشهد عليه بقدر نصيبه ؛ لأنه مات من ثقل الحائط ، وهو أثلاث ، ولو وقعت منه آجراً فقتلت رجلاً ، فعلى الذي أشهد عليه نصف ديته وإن كان نصيبه في الحائط أقل من النصف ؛ لأن التلف ليس بالثقل ، وإنما هو بالجرح ، ويسير الجراحة ككثيرها ، فصار كرجل جرح رجلاً جراحتين وجرحه آخر جراحة واحدة ، فمات من ذلك ، كان الضمان نصفين .

وأما إذا استأجر دابة ليركبها [فركبها] وأركب معه غيره ، فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ، ولا يعتبر بالثقل لما بيننا أن الدابة لا تتلف بثقل الراكب ، وإنما تتلف لقلّة [هدايته و] معرفته بالركوب ، فصار تلفها بركوبهما كتلفها بجراحتهما ، وركوب أحدهما مأذون والآخر غير مأذون ، فيضمن نصفها ، وهذا إذا كانت الدابة يمكن أن يركبها اثنان .

وإن كان لا يمكن ، فعليه جميع قيمتها ؛ لأنه تعمد إتلافها .

وعليه في مسألة الطعام إذا حمل أكثر [منه الأجر المسمّى] ؛ لأنه استوفى [٣٢٠/ب] المنفعة المعقود (عليها ، وإنما تعدى في الزيادة ، ولا أجرة في الزيادة ؛

(١) في ب (ينقسم فعشرة) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥٢٤/٣ وما بعدها .

لأنه استوفى المنفعة^(١) بغير عقد.

فأما إذا استأجرها لركوبه فأركبها غيره، أو يحمل قطعاً فحمل الحديد، فلا أجر عليه؛ لأنه ما^(٢) استوفى المنفعة المعقود عليها.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إن استأجر [حماراً]^(٣) بإكاف فأسرجه ونزع الإكاف، فلا ضمان عليه؛ وذلك لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف^(٤)، ألا ترى أنه يأخذ من ظهر البهيمة أقل.

قال: ولو استأجر^(٥) حماراً عارياً فأسرجه ثم ركبته كان ضامناً، وقد فصل أصحابنا هذا فقالوا: إذا استأجره ليركبه إلى خارج المصر لم يضمن؛ لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف، فلما آجره كذلك، فقد أذن له من طريق المعنى.

قال: وإن استأجره [ليركبه في المصر] وهو من ذوي الهيئات، فله أن يسرجه؛ لأن مثله لا يركب بغير سرج، وإن كان من أدوان الناس فأسرجه ضمن؛ لأن مثله يركب في البلد بغير سرج، والسرج أثقل على الدابة.

قال: فإن استأجر حماراً بسرج فأسرجه بغيره، فإن كان [سرجاً] يسرج الحمار بمثله، فلا ضمان عليه، وإن كان لا يسرج بمثله الحمير فهو ضامن،

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (لم يستوف).

(٣) في ب (داراً) والمثبت من أ.

(٤) «السرج: رَحْلُ الدابة، وجمعه سروج». المعجم الوجيز (سرج).

«الإكاف: البرذعة، والجمع أكُف». المعجم الوجيز (أكف).

(٥) في أ (تكارى).

وذلك لأن السَّرَجِينَ^(١) لا يتفاوتان إذا كانا من نوع واحد، فإن كان [سَرَجًا] كبيراً [مثل] (٢) سروج البراذين فإنه يتلف الحمار فيضمن.

قال: وكذلك إذا لم يكن عليه لجام فألجمه، فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام، وكذلك إن أبدله؛ وذلك لأن الحمار لا [يُحَلَّق] باللجام وغيره ولا يتلف به، فلا يضمن بالجامه.

وأما إذا استأجر حماراً بسرج فأوكفه فقد ذكر في الأصل قال: يضمن بقدر ما زاد الإكاف على السرج، وقال في الجامع الصغير: يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة، وفي قولهما: يضمن بحساب الزيادة^(٣).

لأبي حنيفة: أن الإكاف لا يخالف السرج في الثقل، وإنما يخالفه لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ [منه] السرج؛ ولأن الدابة التي لم تألف الإكاف يضر بها، والخلاف إذا لم يكن للثقل وجب به جميع الضمان، وليس كذلك إذا أبدل السرج [بسرج] بأثقل منه، أو الإكاف بإكاف أثقل منه؛ لأن التفاوت هاهنا من ناحية الثقل، فيضمن بقدر الزيادة.

لهما: أن الإكاف والسَّرَج كل واحد منهما يركب به في العادة، وإنما يختلفان [لثقل الإكاف]^(٤)، فوجب أن يضمن بقدر الثقل.

قال: ولم يذكر أبو الحسن إذا تعدى المستأجر [في الإجارة] ثم أزال

(١) «السَّرَجِينَ: الزَّبَلُ - كلمة أعجمية -، وأصلها سِرْكِين بالكاف، فعربت إلى الجيم والقاف، فيقال: سِرْكِين أيضاً». المصباح (سرج).

(٢) في ب (من) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥١٩.

(٤) في ب (لثقل) والمثبت من أ.

التعدي ، وقد قال أصحابنا: فيمن استأجر دابة [١/٣٢١] إلى الكوفة فركبها إلى القادسية ثم ردها إلى الكوفة ، فعليه أجرها إلى الكوفة ، ولا أجر عليه إلى القادسية ، فهو ضامن [للدابة] حتى يردها [إلى الكوفة سالمة ، فإن ردها إلى] صاحبها [فلا ضمان عليه] ، فإن تلفت في يده ضمن .

وقال زفر: إذا ردها إلى الكوفة سالمةً [ثم تلفت] فلا ضمان عليه^(١).

وجه قولهم: أن يد المستأجر لنفسه وليست للمؤاجر ، بدلالة أنه يمسك العين لاستيفاء منفعة يختص بها كالمستعير ، وقد قالوا في المستعير: إذا تعدى ثم أزال التعدي لم يبرأ من الضمان ، وليس كذلك المودع إذا تعدى ثم أزال التعدي ؛ (لأنه يمسك الشيء لمنفعة المودع ، فيده قائمة مقام يده ، فإذا أزال التعدي)^(٢) صار كأنه رد العين إلى يد وكيل المالك^(٣).

وقد اعترض عيسى على مسألة الإجارة فقال: يجب أن يزول الضمان ؛ لأن المستأجر إذا لحقه ضمان رجع به على المؤاجر ، فدل على أن يده كيديه ، وصار من هذا الوجه كالمودع الذي يرجع بالضمان ، وفارق المستعير ؛ لأن المستعير لا يرجع على المعير بالضمان .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن المستأجر لا يرجع لما ظنه [عيسى] ، وإنما يرجع لأنه غره بعقد فيه بدل ، والغرور^(٤) يعتبر سبباً لوجوب الرجوع .

(١) انظر: الأصل ٥٢٦/٣ .

(٢) ساقطة من أ .

(٣) في أ (المودع) .

(٤) «الغرر: هو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا» . المغرب (غرر) .

وقد روي عن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة من الكوفة إلى [الحيرة] (١) ذاهباً وجائياً، فتجاوز [الحيرة] ثم رجع إلى الكوفة فهو ضامن، وكذلك قال محمد: فيمن استأجر دابة إلى الكوفة ذاهباً وجائياً فبلغ القادسية ثم رجع إلى الكوفة، وهذا صحيح على ما قدّمنا أن يد المستأجر لا تقوم مقام يد المالك، فَرَدَّهَا إلى اليد الثانية بالإجارة لا يسقط عنه الضمان.

وقد روى ابن سماعة عن محمد: فيمن استأجر دابة أياماً معلومة يركبها في المصر، فخرج عليها من المصر ثم رَدَّهَا في تلك الأيام إلى المصر، فنفقت في يده لم يضمن، وصار ذلك بمنزلة من استودع الدابة فركبها بغير أمر صاحبها ثم رَدَّهَا، وهذه الرواية عن محمد مخالفة للرواية التي ذكرناها، فلا بد أن يكون قوله في المسألتين واحداً؛ لأنه لا فرق بينهما، ووجهه ما ذكرناه في طعن عيسى.

ويقول أيضاً: إن المستأجر لا يلزمه ضمان الرد كالمودع، وليس كذلك المستعير؛ لأنه يلزمه ضمان الرد، وقد قال أبو يوسف ومحمد: فيمن استأجر دابة إلى مكان بعينه، فلما سار بعض الطريق ادعاها لنفسه وجحد أن يكون استأجرها، وصاحب الدابة يدعي الإجارة، قالوا: إن نفقت من ركوبه فلا ضمان عليه، وإن نفقت قبل أن يركبها ضمن، وإن انقضت المسافة فجاء بها يردّها على [٣٢١/ب] صاحبها فتلفت ضمن، فجعله ضامناً بالجحود حتى لو تلفت الدابة ضمنها، وأسقطا عنه الضمان بالركوب، حتى لو تلفت من الركوب لم يضمنها، وهذا يقتضي أن يكون يد المستأجر قائمة مقام يد المؤاجر.

وقد علَّل محمد لهذا فقال: لأنه ليس لرب الدابة أن يأخذها منه، فلم يكن

(١) في ب (الحنين) والمثبت من أ.

الجحود مانعاً من حق عليه ، وليس كذلك المودع إذا جحد ؛ لأن لصاحبها أن يأخذها [منه] ، فإذا جحد [ها] فقد منعها منه .

وعلل المسألة في موضع آخر فقال: لأن صاحب الدابة أبرأه من الضمان حين ادعى الأجرة .

وعللها في مكان ثالث فقال: هذا فسخ^(١) ؛ لأن كل مستأجر يجحد الإجارة ويدعي الرقبة فيسقط عن نفسه الأجر ، فأما إذا انقضت المدة فيد المستأجر لا تقوم مقام يد المؤاجر ، وهو جاحد ، فليزمه الضمان إذا تلفت .

وقد قال محمد في الموضع الذي علل المسألة [بأن] قال: ليس لصاحبها أخذها ، قال: لو انكسرت أو ضعفت حتى لا يمكن ركوبها ضمن قيمتها مكسورة وعاطبة ؛ لأن الرد قد وجب ، فتعلق بالجحود الضمان .

وقد قال ابن سماعة عن محمد: في صاحب الدار إذا قال للغاصب: هذه داري فاخرج منها ، فإن نزلتها فهي عليك كل شهر بمائة ، فجحدها على حاله ، ثم أقام صاحبها بينة بها بعد شهر: فلا أجر له .

قال: وهذا إنما يكون إذا كان الساكن مُقَرَّراً فقال له: اخرج منها ، فإن لم تخرج فهي إجارة عليك كل شهر بكذا ، وهذا صحيح ؛ لأن الجاحد لا تقوم يده مقام يد المالك ، وإنما يدعي [اليد] لنفسه ، والإجارة لم تصح فيما قبل ، وإنما يجعل رضاه بالسكنى رضاه بالإجارة ، ولا يثبت ذلك مع الجحود .

وليس كذلك إذا كان مقراً ؛ لأنه لما سكن مع الاعتراف بالملك ، صار راضياً بما سمى من الأجرة .

(١) في أ(قبيح) .

بَابُ فسخ الإجارة بالعدر

قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعًا: إذا وقع عقد الإجارة صحيحًا فليس لواحد من المتعاقدين أن يفسخها قبل مضي وقتها إلا من عذر.

وإنما قلنا: إن الإجارة عقد لازم خلاف ما حكى عن شريح؛ لأنه عقد معاوضة يتعلق به اللزوم كالبيع، والدليل على أنها تفسخ بالعدر خلاف ما قاله الشافعي^(١)؛ [لأنه]^(٢) لا يمكنه استيفاء المعقود عليه على ما أوجبه العقد، فكان له الفسخ كما لو استأجر [عبدًا فأبق، أو استأجر] رجلاً يقلع ضرسه فسكن وجعه؛ ولأن المؤاجر أحد متعاقدي الإجارة، فجاز أن يثبت الخيار في فسخها بسبب [فلسه]^(٣).

أصله: إذا أفلس المستأجر؛ ولأن إمساك المستأجر مع بقاء العقد [١/٣٢٢] أحد موجبي العقد، كردها بعد انقضاء العقد، فإذا جاز مخالفة أحد موجبيها بالعدر: وهو أن تنقضي الإجارة وفي الأرض زرع أمسكها المستأجر، كذلك يجوز أن يخالف الموجب الآخر بالعدر، فلا يمسكها مع بقاء العقد^(٤).

قال: والعدر في المستأجر: [أن يحدث] ما يمنع الانتفاع به أو ينقص

(١) انظر: المسألة في الأم ص ٦٤٩.

(٢) في ب (أنه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (فاسد) والمثبت من أ.

(٤) في أ (الإجارة).

الانتفاع به ، وهذا الذي ذكره من نوع العيوب ، وليس من نوع العذر ، والفسخ به ثابت بالاتفاق ، مثل أن ينهدم بيت من الدار أو يسقط^(١) .

قال: وكذلك لو أراد المستأجر أن ينتقل عن البلد ، فله أن ينقض الإجارة في العقار وفي غيره مما لا توجب له الإجارة إخراجه معه ؛ وذلك لأنه إذا أراد الانتقال لحقه ضرر بالبقاء على العقد ، وليس بمستحق عليه استيفاء المنفعة بالضرر .

وكذلك إذا اكترى حانوتاً لعمل ما ، فيدع ذلك العمل أو التجارة وينتقل إلى غيره ؛ وذلك لأن الإنسان لا ينتقل من عمل [إلى عمل] إلا لرغبة عنه ، فلو أبقينا الإجارة مع انتقاله عن العمل ، لم تسلم له المنافع ، وإن منعناه عن الانتقال أضربنا به .

وكذلك إن أفلس ؛ لأن المفلس لا ينتفع بالدكان ، فيلزمه الأجرة من غير أن تسلم له منفعة .

قال: فإن أراد أن ينتقل عنه ليعمل ذلك [العمل في غيره ، لم يكن له ذلك ، وكذلك إن]^(٢) وجد أرخص منه أو أوسع عليه (لم يكن له أن يفسخ)^(٣) ؛ لأن هذا يتمكن من استيفاء المنفعة من غير ضرر ، وإنما ينتقل لزيادة المنفعة ، وهو قد رضي بالمقدار الموجود منها .

قال: وكذلك ليس للمؤاجر أن يفسخ الإجارة إذا وجد زيادة على الأجرة

(١) انظر: الأصل ٥٥١/٣ .

(٢) في ب (أو) والمثبت من أ .

(٣) ساقطة من أ .

التي أجرها بها ، وإن كانت أضعافاً ؛ وذلك لأنه عقد معاوضة ، فالغبن فيه لا يثبت الخيار ؛ ولأنه رضي بمقدار من الأجرة ، فيلزمه ما رضي به .

قال : فإن كان ما استأجره لا يصل إلى الانتفاع [به] إلا بأن يستهلك ماله ، أو يدخله ضرر في [بدنه]^(١) أو [في] ملكه ، فله أن يفسخ الإجارة : مثل أن يستأجر رجلاً ليقصر له ثياباً ، أو يقطعها ، أو يخيطها ، أو ينقض [له] داره ، أو يقطع شجرة أو نخلة ، أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو نجارة ، أو حفر ، أو ليحتجِم ، أو ليَقْصِدَ ، أو يَقْلَعُ ضِرْساً [له] ، أو ليزرع أرضاً ، ثم بدا له أن لا يفعل ، فله في ذلك أن يفسخ الإجارة ، ولا يجبر على شيء من ذلك ؛ وذلك لأن القِصَارَةَ والخِيطَةَ نقص عاجل في المال بالقطع والغسل ، فله أن يمتنع منه ، ونقض الدار وقطع الشجر والنخل إتلاف لماله ، فإن كان [ب/٣٢٢] يفعل لغرض ، فإذا بدا له فقد زال ذلك الغرض ، فلم يجز استهلاك المال من غير غرض^(٢) .

وأما البناء فهو استهلاك للآلة ، وإنما يفعل لغرض ، فإذا بدا له فقد زال الغرض ، وكذلك الحفر إتلاف لجزء من الأرض .

فأما الحَجَامَةُ والفِصْدُ وقَلْعُ الضَّرْسِ فهو إتلاف لجزء من البدن ، [وفعله]^(٣) لغير غرض معصية ، فإذا بدا له لم يجز [أن يجبر عليه] لعدم الغرض ، وقد قال في المنتقى : إن الحجّام يجبر على العمل ؛ لأنه يمكنه إيفاء العمل من غير ضرر يلحقه ، وأما الزراعة فهي إتلاف للبذر ؛ فلا يجبر عليها مع كراهته .

(١) في ب (يده) والمثبت من أ .

(٢) انظر : الأصل ٥٥١/٣ .

(٣) في ب (ولعله) والمثبت من أ .

قال: وكذلك إن استأجر إبلاً إلى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج، فله ذلك، ولا يجبر على السفر؛ لأن في ذلك ضرراً عليه، فلا يلزمه استيفاء المنفعة مع الضرر، وعلى هذا كل من استأجر دابة ليسافر [بها] ثم قعد عن السفر، فله الفسخ.

وكذلك من استأجر داراً في المصر وخادماً يخدمه في المصر ثم أراد السفر، فله الفسخ؛ لأن تركه السفر مع العزم عليه فيه ضرر، وتبقيّة الإجارة مع مفارقة المصر ضرر (١).

وقد قالوا: إن الجمال إذا قال للحاكم: إن هذا لا يريد أن يترك السفر، وإنما يريد فسخ الإجارة، قال له الحاكم: انتظره، فإن خرج [فقُد] الجمال معه، فإذا فعلت ذلك، فلك الأجر (٢).

فإن قال صاحب الدار: هذا لا يريد سفراً ولكنه يقول ذلك ليفسخ الإجارة، استحلفه بالله أنه يريد السفر الذي عزم عليه؛ لأنه لا يقبل [قوله] في سبب الفسخ إلا مع يمينه.

وقالوا: لو خرج من المصر فرائخ ثم رجع، فقال صاحب الدار: إنما أظهر الخروج لفسخ الإجارة، وقد عاد، استحلفه الحاكم: بالله لقد خرجت قاصداً إلى هذا الموضع الذي ذكرت؛ لأن المؤاجر يدعي أن الفسخ وقع لغير عذر، وعزم المسافر (٣) وقصده لا يعلم إلا من جهته، فكان القول قوله مع يمينه.

(١) انظر: الأصل ٥٥٢/٣.

(٢) في أ (فإذا فعل ذلك ملك للأجر).

(٣) في أ (المستأجر).

فأما الجمال إذا بدا له في الخروج، فليس له فسخ الإجارة؛ لأن خروجه مع الجمال ليس بمستحق [عليه]، فعوده لا يكون عذراً، وخروج المستأجر مستحق [عليه] فعوده يكون عذراً.

قال محمد: لا يكون للمؤاجر عذر في فسخ الإجارة في الإبل إلا من دئنين فادح يلحقه لا يجد قضاءه إلا من ثمن الإبل، وكذلك العقار يؤاجر الرجل فلا يكون له عذر في فسخ الإجارة إلا بأن يلحقه دين كما وصفنا؛ وذلك لأن الدين في تبقية الإجارة معه ضرر، ألا ترى أن القاضي يحبسه فلم يلزمه إيفاء المنفعة مع الضرر.

ولا يقال: إن القاضي لا يجوز [1/٣٢٣] أن يحبسه وهو لا يقدر على القضاء؛ لأن القاضي لا يصدقه أنه لا مال له غيره.

قال: وإن أراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد آجر عقاراً له، فليس ذلك بعذر؛ لأن استيفاء منفعة [العقار] مع غيبته لا ضرر عليه فيه.

وقال أبو يوسف: إن مرض المؤاجر أو أصاب إبله داءً، فله أن يفسخ إذا كانت بعينها، أما إذا أصاب الإبل داء فاستعمالها مع ذلك فيه ضرر على مالكاها لم يستحق بالعقد، فثبت له الفسخ، وكذلك ثبت للمستأجر؛ لأن المنافع تنقص بمرض الإبل، فصار ذلك عيباً [في المعقود عليه] (١).

وأما إذا مرض الجمال فظاهر رواية الأصل يقتضي أن لا يكون عذراً؛ [وقد ذكر الحسن في إملائه: أنه يكون عذراً]؛ لأن خروجه مع الجمال ليس بمستحق

(١) في ب (فيها) والمثبت من أ.

[عليه] ، فمرضه إنما يمنع خروجه .

وجه هذه الرواية: أن الجَمَّال يقوم على جِماله بنفسه ، فإذا مرض لم يتم غيره مقامه إلا بضرر ، وليس كذلك إذا بدا له في الخروج ؛ لأنه يقدر على الخروج ، فإذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم مقامه غيره .

٢٣١١ - فصل: [أثر موت المستأجر أو المؤاجر في الإجارة]

قال: فإن مات المستأجر أو المؤاجر بطلت الإجارة ، وقد بيّنا هذه المسألة [فيما مضى] .

قال الشيخ: وجملة هذا: أن كلَّ من وقع له عقد الإجارة إذا مات بطلت لإجارة ، ومن لم يقع له العقد لم يبطل بموته وإن كان عاقداً ؛ وذلك لأن من وقع له العقد إن كان المؤاجر: فإنما اقتضى العقد استيفاء المنافع من ملكه ، فلو بقيناه بعد موته استوفيت من ملك غيره ، وهذا خلاف مقتضى العقد ، وإن كان [ذلك] المستأجر: فإن العقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله ، فلو بقيت الإجارة بعد موته استحققت الأجرة من مال غيره ، وهذا خلاف مقتضى العقد .

(وليس كذلك العاقد إذا لم يقع العقد له كالوكيل ؛ لأن العقد لم يوجب استحقاق المنافع ولا الأجرة من ملكه ، فموته لا يغير موجب العقد)^(١) .

وكذلك الولي في الوقف إذا عقد ثم مات ؛ لأن العقد لم يقع له ، فموته لا يغير حكمه ، وليس هذا كمن زوج أمته ثم مات ؛ لأن عقد النكاح لا يقع على المنافع ، وإنما يقع على ملك الاستباحة ، وذلك يملك بالعقد دفعة ، وإنما استوفى

(١) ساقطة من أ .

الزوج ما ملكه [بالعقد] ، فلا يتغير موجب العقد بموت المولى .

قال: فإن وقعت الإجارة على شيء بعينه فهلك ، بطلت الإجارة ؛ وذلك لأن المعقود عليه تلف ، وتلف ما تعين بالعقد يبطل العقد^(١) .

قال: [فإن وقعت الإجارة على دواب بعينها فحكمها ما بيننا] ، فإن وقعت الإجارة على دواب بغير عينها استأجر [ب/٢٢٣] دواباً وإبلاً ليحمل عليها هذا المتاع ، فالإجارة جائزة ، فإن سلّم إليه دواباً قبضها فماتت ، فعلى المؤجر أن يأتيه بغيرها ليحمل المتاع ، وليس له أن يفسخ الإجارة بموت ما سلّمه .

والأصل في جواز استئجار إبل بغير عينها: أن المنافع معلومة ، فيجوز العقد عليها وإن لم يعين ما يستوفي منه ، كما يجوز^(٢) العقد على صبغ الثوب وإن لم يشترط عمل الصبغ بنفسه ؛ ولأن هذا مما يدعو إليه الحاجة ، ألا ترى أن المسافر إذا استأجر دابة بعينها فماتت في الطريق بغير حمولة ، فاضطر إلى أن يعقد على دابة بغير عينها ؛ ليلزم الجمال أن يقيم له عوضاً عنها ، وإذا دعت الحاجة إليه جاز ، فإذا هلك [ما سلّمه إليه] فقد هلك ما لم يقع عليه العقد ، ألا ترى أنه وقع على منافع في الذمة ، وإنما سلّم العين ليقوم منافعها مقام ما في ذمته ، فإذا هلكت بقي ما في ذمته بحاله ، فكان عليه أن يعين غيرها .

٢٣١٢ . فُضِّل: [موت أحد الطرفين قبل انقضاء الإجارة]

قال: وإذا مات أحدهما قبل انقضاء الإجارة وفي الأرض المستأجرة زرع

(١) انظر: الأصل ٥٥٣/٣ .

(٢) في أزيادة (لا) .

لم يستحصد ، فللمستأجر ولورثته أن يدعوا ذلك في الأرض ، ويكون عليهم ما سمي من الأجرة ؛ وذلك لأن العقد قد انفسخ بالموت ، وفي قلع الزرع ضرر ، وأمكن أن^(١) يوفى الحقان من غير ضرر ، فيبقى الزرع حتى يستحصد ، ويحصل المالك الأجرة ، وإيفاء الحقين أولى من إسقاط أحدهما .

وقد كان القياس : أن يجب أجر المثل ؛ لأن العقد ارتفع ، وإنما تستوفى المنافع بحكم العقد ، فصار كاستيفائها بعد انقضاء المدة .

واستحسنوا وأوجبوا المسمى ؛ لأنه لما وجب تبقية الزرع بعوض ، كان إثبات العوض الذي وقع التراضي به أولى .

وأما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يستحصد ، ترك إلى بلوغه بأجر المثل ؛ لأن الترك^(٢) لما وجب ولا تسمية في هذه المدة ، لم يكن إلا إيجاب القيمة ، وليس هذا كما إذا انقضت المدة وفي الأرض غرس أو رطوبة ؛ لأنه لا مدة لانتهائها ، فكان في تبقيتها ضرر بالمالك ، وأما الزرع فلقطعه غاية فأمكن التبقية من غير ضرر .

٢٣١٣ - فَصْل : [ترك العامل عمله قبل الوفاء بعمله]

قال : وإذا آجر صانع من الصناعات أو عامل من العمال لنفسه لعمل أو صناعة ثم قال : قد بدا لي أن أترك هذا العمل وانتقل إلى غيره ، قال محمد : ليس له ذلك ، ولو كان حجّامًا فقال : قد أنفت من عملي وأريد تركه لم يكن له ذلك ،

(١) في أ (إيفاء الحقين) .

(٢) في أ (البدل) .

ويقال له: أوف العمل وانتقل إلى ما شئت من العمل [١/٣٢٤]؛ وذلك لأن العقد قد لزمه، ولا عار عليه فيه؛ لأنه من أهل تلك الحرفة، وإنما يريد أن يترفع عنها، ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل^(١).

قال محمد: وإن كان ذلك العمل ليس من عمله ولا صنعته أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به، أو كانت امرأة فأجرت نفسها ظئراً وهي ممن تعاب بذلك، فلاهلها أن يخرجوها [من ذلك العمل]، وكذلك إن أبت هي أن ترضع؛ وذلك لأن من لم يكن من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها لحقته عارها، فإذا أراد الترك فهو لا يقدر على إيفاء المنافع^(٢) إلا بضرر.

وكذلك الظئر إذا لم تكن ممن ترضع مثلها، فلاهلها الفسخ؛ لأنهم يُعَيَّرُونَ بذلك، ألا ترى أنه يقال في المثل: تجوع الحرة ولا تأكل بثديها، فإذا لم تكن تبقية العقد إلا بضرر الأهل كان لهم أن يفسخوا العقد، وكذلك إذا أبت هي؛ لأن العار يلحقها، فلم تقدر على تسليم المنفعة إلا بضرر.

ولا يقال فهلاً كان ذلك كمن رَوَّجَتْ نفسها بغير كُفٍّ لم يكن لها الفسخ، وإن ثبت ذلك لأوليائها؛ لأن النكاح لا يفسخ إلا للأعدار وقد لزمها العقد، والإجارة تفسخ بالأعدار وإن لزمته.

قال: فإذا أجر شيئاً اشتراه ثم اطلع على عيب فله رده بالعيب، وتفسخ الإجارة؛ لأنه لا يقدر على البقاء [عليها] إلا بضرر، وهو التزام البيع المعيب، وقد قالوا في العبد المستأجر للخدمة إذا كان سارقاً، فهو عذر في الفسخ؛ لأن

(١) انظر: الأصل ٣/٥٥٠.

(٢) في أ (العمل).

المنافع لا تستوفى إلا بضرر .

وقالوا فيمن اكرى إبلًا إلى مكة ذاهبًا وجائيًا، فمات الجمال في بعض الطريق، فللمستأجر أن يركبها إلى مكة وعليه المسمى؛ [وذلك] لأن في فسخ الإجازة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر؛ لأنه لا يجد من يحمله، وإلحاق الضرر بالورثة إذا كانوا غيبًا؛ لأن المنافع تسقط عوضها، فكان في تبقية الإجازة منفعة لهما، فإذا وصل إلى مكة دفعها إلى الحاكم؛ لأنه لا ضرر عليه في فسخ الإجازة في هذه الحال؛ لأنه يقدر أن يستأجر من جمال آخر، ثم ينظر الحاكم في الأصلح، فإن رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة فعل ذلك، وإن رأى أيضاً الإجازة إلى الكوفة فعل ذلك؛ لأنه منصوب للاحتياط، وقد يكون الأحوط أحد الأمرين دون الآخر .

قالوا: والأفضل إذا كان المستأجر ثقة أن يمضي القاضي الإجازة، والأفضل إذا كان غير ثقة أن يفسخها، فإن فسخها وقد عجل المستأجر الأجرة سمع القاضي بيته عليها، وقضى الأجرة من ثمنها؛ لأن الإجازة [ب/٣٢٤] إذا انفسخت فللمستأجر إمساك العين حتى يستوفي جميع الأجرة، فلم يجز أخذها منه من غير أجرة، ويقام القاضي مقام الغائب، فينصب له خصماً ويسمع البينة عليه^(١).

وقال هشام عن أبي يوسف: في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف، فأبى الجمال أن يقيم معها، قال: هذا عذر، وأنقض الإجازة؛ وذلك لأنها لا تقدر على الخروج مع ترك الطواف، فلا يمكن إلزام الجمال أن يقيم مدة النفاس؛ لأن

(١) انظر: الأصل ٥٥٢/٣ .

ذلك قدر لم تجر العادة به ، ففسخت الإجارة لدفع الضرر عنهما ، فإن كانت ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل ، أُجبر الجمال على المقام معها ؛ لأن هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج .

وقال هشام عن محمد: فيمن استأجر أرضاً سنة يزرعها شيئاً ذكره ، فزرعها فأصاب الزرع آفة من بردٍ أو غيره ، فذهبت وقد تأخر وقت زراعة ذلك النوع ، فلا يقدر أن يزرع ، قال: إن أراد أن يزرع شيئاً غيره مما ضرره على الأرض أقل من ضرره أو مثل ذلك فله ذلك ، وإلا فسخت الإجارة وألزمته أجر ما مضى ؛ وذلك لأنه إذا لم يقدر على زراعة النوع الذي قصده ففي تبقية الإجارة ضرر عليه .

قال: وإذا نقص الماء عن الرحا حتى صار يطحن أقل من نصف طحنه فذلك عيب^(١) ؛ لأنه لا يقدر على البقاء على العقد إلا بضرر ، وهو نقصان الانتفاع المعتاد .



(١) في أ (عذر).

بَابُ الصبي يؤاجر الأب أو غيره



قال أبو الحسن: إذا كان للصبي أب فأجره في عملٍ من الأعمال فهو جائز، [وكذلك الجد]، وكذلك وصي الأب ووصي الجد؛ [وذلك] لأن الأب يلي على الصبي بنفسه كولاية على نفسه، فإذا ملك أن يؤاجر نفسه فكذلك يملك أن يؤاجر ابنه، ولأن في ذلك منفعة؛ لأنه يجعل منافعه التي ليست بمالاً.

قال: ولا يجوز إجارة غيرهم له إذا كان له أحد ممن ذكرنا؛ لأن هؤلاء لهم ولاية عليه، ومن سواهم من أقاربه كالأجانب، فإن لم يكن له أب (ولا جد أب أب)^(١)، ولا وصي أب، ولا وصي جد، فأجره ذو رَجْمٍ مَحْرَمٍ منه وهو في حجره [جازت الإجارة]^(٢) في قولهم؛ لأنه إذا كان في حجره فله عليه ضرب من الولاية، ألا ترى أنه يُربيه ويؤدبه، وفي إيجاره في الصنعة نوع من التأديب^(٣).

فإن كان في حجر ذي رَجْمٍ مَحْرَمٍ فأجره ذو رَجْمٍ آخر هو إليه أقرب كصبي في حجر عمه وله أم فأجرته الأم، فقال أبو يوسف: يجوز إيجارتها، وقال محمد: لا يجوز.

لأبي يوسف: أنه لما جاز أن يؤاجر بالرحم، فمن هو [أقرب إليه]

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (جاز) والمثبت من أ.

(٣) في أ (وفي إيجارته في الصنائع ضرب من التأديب).

في الرحم أولى ، ألا ترى أنه لما عقد عليه بالأبوة كان الأب أولى من الجد .

لمحمد: أن هؤلاء لا ولاية لهم ، وإنما يعقدون إذا كان في حجرهم ؛ لِمَا لهم من ولاية التربية ، فإذا لم يكن في حجرهم فهم كالأجانب .

قال محمد: وللذي آجره أن يقبض الأجرة ؛ لأنه هو الذي تولى العقد ، وقبض الأجرة من حقوق العقد .

قال: وليس له أن ينفقها عليه ؛ لأنها مال الصبي ، فلا يجوز إنفاقها إلا بولاية ، وكذلك إذا وهب له هبة فله أن يقبضها ، وليس له أن ينفقها على الصبي ؛ لأن في قبض الهبة منفعة للصبي ، وهو مأذون في اجتلاب المنافع إليه ؛ ولأن الصبي لو قبضها جاز ، فقبض من هو في حجره كقبضه ، فأما النفقة من ماله فلا تجوز إلا بولاية .

قال: وإذا بلغ الصبي في هذا كله فله الخيار: إن شاء أمضى الإجارة ، وإن شاء فسخ ؛ وذلك لأن في البقاء على الإجارة بعد البلوغ ضرراً عليه ، ألا ترى أنه يأنف من خدمة الناس ، وقد قال أبو حنيفة: أرأيت لو تفقه فولي القضاء أكنت أتركه يخدم الناس وقد آجره أبوه ، فهذا قبيح ؛ ولأن المنافع تستوفى من ملكه حالاً فحالاً ، فإذا بلغ استوفيت بعقد لم يعقده ، فصار كأن الأب عقد عليها ابتداءً بعد البلوغ .

قال: وللأب وللجد ووصيهما إجارة عبد الصغير وعقاره ؛ وذلك لأن لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع ، فكذلك بالإجارة ، فأما غير هؤلاء ممن هو في حجره فلا يجوز أن يؤجر عبده ؛ لأنه تصرف في المال ، فلا يستحق بغير ولاية كبيع المال .

وقال ابن سماعه عن محمد: أستحسن أن يؤاجروا عبده؛ لأنهم يملكون إجارته، ومن وليّ عليّ الصغير في نفسه، ولي في عبده، وكذلك أستحسن أن ينفقوا عليه ما لا بد له منه؛ لأن في تأخير ذلك ضرراً، ولهم أن يفعلوا ما [يعود نفعه إلى] ^(١) الصغير.

قال: وكذلك أحد الوصيين يملك أن يؤاجر اليتيم في قول أبي حنيفة، وقال في قياس قول أبي حنيفة: ولا يؤاجر عبده، [وقال محمد: يؤاجر عبده].

أما أبو حنيفة فقال: إن لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخشى الضرر بتأخيره، وفي ترك إجارة الصبي ضرر؛ لأنه لا يتأدب، وليس كذلك إجارة عبده.

وأما محمد فقال: من ملك التصرف عليه ملك عليّ عبده.

قال: وإذا آجر عبده سنة، فلما مضت ستة أشهر أعتقه، فهو بالخيار: إن شاء مضى عليّ الإجارة، وإن شاء فسخها.

أما جواز العتق: [فلأنه عليّ ملكه، وعتق المكلف في ملكه جائز؛ ولأن حق المستلم يؤثر في المنع] في التسليم، فلأن العتق لا يقف عليّ إمكان التسليم [كعتق الآبق]، وأما الخيار: فلأنه ملك نفسه بالحرية بعد تمام العقد في منافعه، فصار [ب/٣٢٥] كالأمة المزوجة إذا أعتقت.

قال: فإن فسخ بطل ما بقي من الإجارة، وكان أجر ما مضى للمولى؛ لأنه عوض منافع استوفيت من ملكه بعقده، وإن مضى عليّ الإجارة وأجازها، فليس

(١) في ب (عاد ينفق عليّ) والمثبت أ.

له بعد ذلك أن ينقضها^(١)؛ وذلك لأنه كان بالخيار بين فسخ العقد و[بين] إمضائه، فإن اختار العقد سقط الفسخ، فلم يعد إلا بسبب آخر، وأجر ما بقي من المدة للعبد؛ لأنه بدل منافع على ملكه.

(قال: وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى؛ وذلك لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقدة)^(٢)، وإن كان المولى قبض الأجرة [سلفاً] ثم أعتق العبد فاختار المضي على الإجارة، فالأجرة كلها للمولى؛ وذلك لأنه ملكها بالتعجيل، وثبت حق الفسخ للعبد، فإذا لم يفسخ استحقت الأجرة على الوجه الذي اقتضاه [العقد]^(٣).

قال: وإن كان المولى أذن للعبد أن يؤجر نفسه سنة، فأجرها ثم أعتقه بعدما مضى ستة أشهر، فالعبد بالخيار، وهذا والأول سواء؛ (لأن عقده بإذن المولى كعقد المولى، إلا أن الذي يقبض الأجرة من المستأجر العبد؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة)^(٤).

٢٣١٤. فصل: [المكاتب آجر عبده ثم عجز]

ولو آجر المكاتب عبده ثم عجز، فالإجارة باقية عند أبي يوسف، وقال محمد: انتقضت، فلو استأجر عبداً ثم عجز، بطلت الإجارة في القولين.

لأبي يوسف: أن [كسب]^(٥) المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه، وهو

(١) في أ (يفسخها).

(٢) في أ هنا عبارة (جاز العقد عليها بإجازته نصاً، كمن آجر عبد غيره فأجاز الملك العقد).

(٣) في ب (القبض) والمثبت من أ.

(٤) ساقطة من أ.

(٥) في ب (اكتساب) والمثبت من أ.

أخص بالتصرف فيه مع بقاء الكتابة، فإذا عجز استقر ملك المولى فيه، فكان ملك المكاتب [إذا] استقر بالعتق؛ ولأن المكاتب استفاد التصرف بأمر المولى.

فإذا عجز مَلِك المولى كسبه، والعقد عليه بأمره، فكأنه أذن له [إجارة ملكه، وليس كذلك إذا استأجر لأنه أذن له] في أن يستأجر بأجرة من كسبه، وقد فات الكسب، فلم يجز أن يستحق الأجرة من مال المولى.

لمحمد: أن المولى يستحق كسب المكاتب لبطلان تصرفه بالعجز، كاستحقاق الوارث مال الميت لبطلان تصرفه بالموت، فتبطل الإجارة.



بَابُ إِجَارَةِ الظَّرِيرِ

—•••••—

قال في الأصل: في جواز إجارة الظئر^(١) قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وهذا مذكور في المطلقة؛ ولأن النبي ﷺ استرضعت له حليلة السعدية فأرضعته في بني سعد^(٢)، وبُعث والناس على ذلك فأقرهم عليه؛ ولأن الناس يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير.

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في حكم هذا العقد، فمنهم من قال: إن العقد [١/٣٢٦] يقع على المنافع: وهي خدمة الصبي والقيام به، واللبن [يدخل] على طريق التبعية؛ [لأن اللبن عين من الأعيان، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة إلا على وجه التبعية] كالصبغ، ومنهم من قال: إن العقد يقع على اللبن، والخدمة تبع؛ بدلالة أنها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الأجر وإن حصلت الخدمة. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لا يمتنع أن يقع العقد على خدمة^(٣) مخصوصة: وهي خدمة الرضاع، فإذا أرضعته بلبن الشاة لم توجد المنافع على الصفة المشروطة، هذا [كالصبغ] إذا [أصبغ الثوب]^(٤) لونا غير المشروط.

- (١) الظئر - بهمزة ساكنة -: «الحاضنة والحاضن أيضاً»، كما في المغرب؛ وفي المعجم الوجيز: «الظئر: المرضعة لغير ولدها، ويطلق على زوجها أيضاً، والجمع: أظآر». (الظئر).
- (٢) انظر: الإصابة في تمييز الصحابة ٩٧/٢؛ الاستيعاب ١٧٣٩/٤؛ البدر المنير ٢٨٣/٨.
- (٣) في أ (وجه).
- (٤) في ب (إذا صبغته)، والمثبت من أ.

وقد نص محمد على الطريقة الأولى فقال مستدلاً على أن لبن الآدمية لا يجوز بيعه: أن الإجارة تقع عليه، فلو كان له قيمة لم تستحق بالإجارة، فلما استحق دل على أن العقد وقع على الخدمة واللبن تبع، ألا ترى أن لبن الشاة لما كان مقوماً لم يجز استئجارها للشرب ولا للرضاع.

وقد ذكر أن استئجار الزوجة على رضاع ولدها لا يجوز، وكذلك المطلقة الرجعية، فأما المبتوتة فقال: يجوز استئجارها، وقال الحسن: لا يجوز.

قال: ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها، وقد بينا هذه الفصول في باب الرضاع، وقد قالوا: إن الأب لو استأجر الأم لإرضاع ابنها من مال الولد وللولد مال، جاز؛ وذلك لأن المانع من استئجارها أنها مستحقة للنفقة عليه، وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة، فلا تستحقها من وجهين، فإذا [كان] العقد يقع للصغير ولا نفقة [لها] عليه، جاز استئجارها كالأجنبية، روى هذه المسألة ابن رستم عن محمد^(١).

قال: وإن استأجر لولده من ذوات الرِّحْمِ المَحْرَمِ الآتي [لها] لبن حضانة جاز؛ وذلك لأنه لا نفقة لهنَّ على الأب، ولا يلزمهن خدمة البيت كالأجانب.

قال: وإذا استؤجرت الظئر فيبغى أن تستأجر على وقت معلوم، وما جاز في استئجار العبد للخدمة جاز في الظئر، وما بطل في ذلك بطل في الظئر، إلا أن أبا حنيفة استحسّن في الظئر [أن يستأجرها] بطعامها وكسوتها، وإن لم يوصف من ذلك شيء، ويكون لها الوَسَطُ [من ذلك]، وهي تجري مجرى النفقة من وجه^(٢).

(١) انظر: المسألة: الأصل ٤٦٠/٣.

(٢) انظر: الأصل ٤٥٧/٣.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، وبه قال الشافعي^(١).

وجه القياس: أنه بدل عن [المنفعة]، فلم يصح مع الجهالة كالبديل في سائر الإجازات.

وجه الاستحسان قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهذا مذكور في المطلقات؛ [وذلك لا يكون إلا على وجه الأجرة، ولهذا جعله على الوارث بقوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾]، ولأنها نفقة يجبر عليها الأب لتربية الولد، فجاز أن يكون طعاماً غير [٣٢٦/ب] موصوف كنفقة الولد؛ ولأن الإجارة نوع عقد يقصد به المنفعة، فجاز أن يكون سبباً لاستحقاق طعام وكسوة غير موصوف كالنكاح والمضاربة، وعكسه البيع؛ ولأن الظئر من جملة أهل البيت، فيستكف الناس من تقدير ما تأكل كما يستكفون من تقدير ذلك [للأهل]، فدعت الحاجة إلى جوازه غير مقدر.

وإنما ثبت لها الوسط منه؛ لأن البديل إذا ثبت في الذمة مطلقاً وجب الوسط منه كالمهر والدية.

قال: وليس لها أن تؤاجر نفسها من غير الأولين؛ وذلك لأنها في حكم الأجير الخاص، ومن استؤجر^(٢) للخدمة، لم يجز أن يخدم غيره.

قال: والذي يجب عليها بعقده الإجارة: الرضاع، والقيام بأمر الصبي فيما يصلحه من رضاعه، وغسل ثيابه، وما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فهو

(١) انظر: المهذب ٥٢٥/٣.

(٢) في أ (ومن استأجر رجلاً ليخدمه، لم يكن له أن يخدم غيره).

على الظئر، وطعام الصبي على أهله، وعليها أن [تهيئه] ^(١)؛ وذلك لأن العقد [إنما وقع] على القيام [بأمر الصبي] ^(٢)، وذلك إنما يكون: بإرضاعه، وطبخ طعامه، وغسل ثيابه، فكان ذلك عليها، وإنما جعل الدهن والريحان عليها والطعام عليهم؛ لأن المعاملة في بلده ^(٣) كانت كذلك، وقد قالوا في توابع العقود التي لا تشترط: إن المرجع فيها إلى عادة كل بلد ^(٤).

وعلى هذا قالوا فيمن استأجر رجلاً ليضرب له لبناً أن الزنبيل والملبن على صاحب اللبن؛ لأن العادة هكذا جرت عندهم، وإذا كانت [العادة] في بلد آخر بخلاف ذلك حُمِل على العادة.

وقد قالوا في الخياط: إن السلوك ^(٥) عليه؛ لأن العادة بذلك جرت، وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب: إنه على صاحب الثوب.

قالوا: وإن كان أهل بلد يعملون غير ذلك، فهو على ما يتعاملون به، وقالوا فيمن استؤجر على حفر قبر: إن حشي التراب عليه إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به، وتشريح اللبن على اللبان، وإخراج الخُبز من التتور على الخباز؛ لأن هذا من تمام العمل.

وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في عرس ^(٦): [إن إخراج المَرَقَة من القدر] ^(٧)

(١) في ب (توضيئه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (بالصبي) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الكوفة).

(٤) انظر: الأصل ٤٥٨/٣.

(٥) السَّلْكُ: الخيط الذي يخاط به. انظر: المغرب؛ المعجم الوجيز (سلك).

(٦) «العُرسُ: الزَّفاف والتزويج، والجمع: أعراس». المعجم الوجيز (عرس).

(٧) في ب (فإخراج المرق) والثبت من أ.

عليه ، وإن طبخ قَدْرًا خاصة ففرغ منها ، فله الأجر ، وليس عليه من إخراج المرق شيء ، وهذا مبني على العادة .

وقالوا في رجل تكارئ دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله ، فلما انتهى إليه أراد ربها أن يحمل المكارى ذلك ، فيدخله منزله فأبى المكارى ، قال أبو حنيفة : عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه ، فإن أراد أن يصعد بها إلى السطح والغرفة ، فليس ذلك عليه ؛ إلا أن يكون اشترطه ، ولو كان حملاً على ظهره فعليه إدخال ذلك ، وليس عليه [1/٢٢٧] أن يصعد به إلى علو البيت إلا أن يشرط .

وإذا تكارئ دابة فالإكاف على صاحب الدابة ، فأما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل [تلك] الصنعة ، وكذلك اللجام .

وأما السرج فعلى رَبِّ الدَّابَّةِ ، إلا أن تكون سُنَّةَ البلد بخلاف ذلك ، فيكون على سنتهم ، فقد بنو^(١) هذه المسائل على التوابع التي لا تشترط ، يرجع فيها إلى العادة .

قال : وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إذا لم يشترطوا ذلك عليها ، ولها أن تأخذه^(٢) إلى منزلها ؛ لأنهم استحقوا عليها العمل ، ولم يستحقوا العمل في مكان مخصوص .

قال : وهي مؤتمنة فيه وفيما عليه من كسوة أو حلي ، فإن سرق منه شيء لم تضمن ؛ لأنها أجير خاص ، فلا تضمن إلا لمخالفة ، فأما الثياب والحلي فقد

(١) في أ (بينوا بهذه المسائل) .

(٢) في أ (أن تذهب) .

حصل في يدها بأمر مالكة من غير تمليك ولا وثيقة^(١).

قال: وليس للظئر ولا للمسترضع أن تفسخ الإجارة إلا من عذر؛ لما بيننا أن عقد الإجارة لازم لا يفسخ إلا بعيب أو عذر.

قال: والعذر لأهل الصبي أن لا يأخذ الصبي من لبنها، أو يكون تقياً من لبنها؛ لأنه إذا لم يأخذ لم تُسَلَّم المنفعة المقصودة [للصبي]، وكذلك إذا تقياً؛ لأنه يستضر به، وإذا حبلت فهو عذر؛ لأن لبن الحامل يضر بالصبي، أو تكون سارقة؛ لأنهم يخافون على متاعهم ويستضرون بالبقاء على العقد، أو تكون فاجرة بينة الفجور؛ لأنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي، وإن أرادوا سفراً بصبيهم فأبت أن تخرج معهم فهذا عذر؛ لأننا لو أئزمناهم ترك السفر أضررنا بهم، قال: فإن مَرَضَتْ فلها أن تفسخ ولهم أن يخرجوها؛ لأن الصبي يستضر بلبن المريضة، وهي تستضر بالإرضاع، فثبت الفسخ لهما.

قال: وللزوج أن يخرجها من الرضاع إن لم يكن سلم الإجارة، فمن أصحابنا من قال: هذا على وجهين:

إن [كان] ممن يشتهه أن ترضع زوجته فله الفسخ؛ لأنها تلحق به ضرر، وإن كان ممن لا يشتهه ذلك، لم يكن له الفسخ؛ لأنه عقد على منافع بضعها، ولم يعقد على منافع بدنها.

ومن أصحابنا من قال: له الفسخ في الوجهين؛ لأنها إن أرضعت [الصبي] في بيتهم فله منعها من الخروج من منزله، وإن أرضعت في بيتها فله أن يمنعها

(١) انظر: الأصل ٤٥٧/٣.

من إدخال الصبي إلى بيته .

قال: وإن كانوا يؤذونها بألسنتهم كفوا عنها، فإن لم يكفوا كان لها أن تخرج؛ لأن الأذية ظلم فوجب عليهم تركه، وإن لم يكفوا [عنها] لم تقدر على البقاء على العقد إلا بضرر، فثبت لها الفسخ.

قال: وليس يحل لهم أن يمنعوا زوجها من غشائها مخافة الحبل؛ وذلك لأن الوطاء حق للزوج، فلا يجوز المنع منه^(١).

قال: وكل ما يضر بالصبي [ب/٣٢٧] فلهم أن يمنعوا [ها منه؛ لأن]^(٢) من ذلك نقص في الرضاعة، وإن أرضعته بلبنها أو لبن غيرها فلها الأجر كاملاً؛ لأن عمل غيرها يقع لها، فكأنها هي المرضعة، فإن أرضعته بلبن شاة، أو غذته بطعام حتى مضت المدة فلا أجر لها؛ لأن المستحق عليها بالعقد ما يسمى رضاعاً، فإذا فعلت ما ليس من جنسه لم تستحق العوض.

قال: وليس للرجل أن يجبر المرأة على رضاع ولدها بائنة كانت أو غير بائنة لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]؛ ولأن الرضاع مؤنة للصبي كالنفقة.

قال: وإن استأجر [خادم امرأته على رضاع ولدها]^(٣) فخادمها بمنزلتها، ما جاز فيها جاز في خادمها، وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها؛ لأنها هي المستحقة لمنفعة خادمها، فصار كمنفعتها.

(١) انظر: الأصل ٤٥٨/٣ .

(٢) في ب (منه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (على رضاع خادم أمة) والمثبت من أ.

فإن [استأجر] ^(١) مكاتبتهما جاز بكل حال ؛ لأنها لا تملك منافع المكاتبه ، فهي كالأجنبية ، وأما مدبرتها [كأمتها ؛ لأنها] ^(٢) تملك منافعها .

قال : وإذا استأجر الأب الظئر لولده وأبت أمه أن تأخذه فقالت : ترضعه الظئر عندي ، قيل للأب : استأجر للصبي من ترضعه عندها ؛ لأن الحضانه حق لها ، فلم يكن ^(٣) للأب إسقاط حقها ، وإذا كانت الظئر من ذوات الرّجيم المَحْرَم اللاتي لهن الحضانه [لا تعرف إلا بالإرضاع] ^(٤) ، فإن أرادت أن تدع الرضاع ، فهذا عذر لها لما بينا أنه يلحقها بالبقاء على العقد شئين ^(٥) .

قال : وإن أخذت الظئر صبياً آخر فأرضعته مع الأول ، فقد أساءت وأثمت إن كانت قد أضرت بالصبي ، ولها الأجر على الأولين والآخرين جميعاً ؛ وذلك لأنها إذا أرضعت [بلبنها] صبيين أضرت بأحدهما لنقصان اللبن ، وقد استحق عليها كمال الرضاع ، وإنما استحققت الأجرة ؛ لأنها فعلت ما يتناوله الاسم .

قال : فإن استأجرت ظئراً أخرى فأرضعته ، فلها الأجر استحساناً .

وجه القياس : أن العقد وقع على عملها ، ومن استأجر أجيراً يعمل بنفسه ، لم يجز أن يقيم غيره مقامه .

وجه الاستحسان : أن عمل الظئر الثانية يقع للأولى ، فكأنها هي التي عملت .

(١) في ب (كانت) والمثبت من أ .

(٢) في ب (فإنها) والمثبت من أ .

(٣) في أ (يملكها) .

(٤) في ب (لا تعود بالرضاع) والمثبت من أ .

(٥) انظر : الأصل ٤٦٠/٣ .

قال: وإذا التقط الرجل لقيطاً استأجر له ظئراً، فالأجر عليه، وهو متطوع؛ وذلك لأنه لا ولاية له عليه، فلا يملك إيجاب الدين في ذمته.

ورضاع اليتيم على من يجب عليه نفقته لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]؛ ولأنه مؤنة الصغير كنفقته، فإن [كان] اليتيم لا وارث له، ولم يتطوع عليه أحد بشيء، فرضاعه على بيت المال؛ لأنه من المسلمين، فنفقته في بيت المال إذا لم يكن له من يقوم بنفقته^(١).

فإن مات الظئر انتقضت الإجارة؛ لأن المعقود عليه تلف، وإن مات [١/٣٢٨] الصبي انتقضت؛ لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة.



(١) انظر: الأصل ٤٥٦/٣ وما بعدها.

بَابُ الاستصناع



قال أبو الحسن: الاستصناع^(١) ما شرط في العقد عينه، وعمله على الصانع، فكأنه جعله عقداً على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

ومن أصحابنا من قال: إنه عقد على مبيع في الذمة.

والصحيح ما قاله أبو الحسن؛ لأن العمل مشروط في العقد كما شرط في الإجارة، فكان مقصوداً به؛ ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، فلما انفرد هذا العقد باسم انفرد بمعنى، وما ذلك المعنى الذي انفرد به إلا أنه عقد على العين والعمل.

واحتج من قال بالقول الآخر: إن [الصانع]^(٢) لو أحضر عيناً عملها قبل العقد جاز، ولو اقتضى العقد العمل لم يجز إلا على عمل مستقبل كالإجارة. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه إذا أحضر عيناً فرضي بها المستصنع فليست التي وقع عليها العقد، ولكن جاز التمليك بتراضيهما.

وقد كان القياس أن لا يجوز؛ لأنه عقد على مبيع في الذمة في غير السلم، كما [لو لم يشترط]^(٣) فيه العمل، وقد نهى النبي ﷺ (عن بيع ما ليس عند

(١) الاستصناع: طلب صنع الشيء.

(٢) في ب (المانع) والمثبت من أ.

(٣) في ب (لو شرط) والمثبت من أ.

الإنسان)^(١)، وإنما استحسنوا؛ لأن الناس يعملون ذلك^(٢) في سائر الأعصار من غير نكير، وقال عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئاً»^(٣)؛ ولأن هذا العقد أخذ شَبَّهًا من عقدين جائزين، فهو جائز، أحدهما: السَّلَم؛ لأنه عقد على مبيع في الذمة، والآخر: الإجارة؛ لأنه شرط فيه العمل، وما أخذ شَبَّهًا من أصليين جائزين فهو جائز، [كالكتابة والهبة بشرط العوض]^(٤).

وقد قالوا: إن الاستصناع يجوز فيما جرت [به] العادة أن يستصنعه الناس كالقلنسوة والخف والآنية؛ لأننا جوّزنا ذلك لفعل الناس، فجاز ما اعتادوه؛ ولهذا لم يجز [استصناع الثياب عند الحاكة]^(٥)؛ لأن العادة لم تجر بذلك.

وقالوا: إن العقد ليس بلازم فيه، ولكل واحد منهما أن يمتنع منه؛ لأن القياس يقتضي فسادَه، وإذا فسد لم يلزم^(٦)، وإنما استحسنوا في جوازه لعمل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس، فإذا أحضر الصانع العين على الصنعة المشروطة، فللمستصنع الخيار عند أبي حنيفة ومحمد.

(١) أخرجه أبو داود بلفظ (عندك) (٣٥٠٤)؛ والترمذي (١٣٣٤)، وقال: «حديث حسن صحيح»؛

والنسائي في (المجتبى) (٤٦١١)؛ وابن ماجه (٢١٨٨)، وغيرهم.

(٢) في أ (تعاملوا به).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ٨٣/٣؛ والطبراني في الكبير ١١٢/٩؛ وأورده ابن حجر في الدراية

وقال: «لم أجده مرفوعاً، وأخرجه أحمد موقوفاً على ابن مسعود بإسناد حسن، وكذلك أخرجه

البيزار والطيالسي والطبراني...» ١٨٧/٢.

(٤) زيدت من أ.

(٥) في ب (الاستصناع في الباب) والمثبت من أ.

(٦) في أ (لم يجز).

وقال أبو يوسف: يأخذه ولا خيار لهما.

لهما: أن الخيار كان ثابتاً لهما، فلما أحضر الصانع العين، [فقد] أسقط خياره، فبقي خيار الآخر بحاله كالبيع المشروط فيه خيار للمتبايعين إذا أسقط أحدهما خياره.

لأبي يوسف: أنه عقد على مبيع في الذمة، فلا يثبت فيه خيار الرؤية كالسَّلَم [ب/٣٢٨].

قال أبو يوسف: ولأن الصانع أفسد متاعه، وقطع جلده، فإذا جاء بالعمل على الصفة المشروطة، لم يكن للآخر الامتناع من أخذه والإضرار به.

قال: وليس كذلك إذا قطع الجلد ولم يعمل بعد، فقال المستصنع: لا أريده؛ لأننا لا^(١) نعلم أن العقد يقع على الصفة المشروطة؛ [فلذلك] ^(٢) جاز الفسخ.

وقال في الأصل: للصانع أن يبيعه قبل أن يراه المستصنع لما بيننا أن العقد ليس بلازم، فإذا رآه ورضيه فليس له أن يبيعه؛ لأن العقد تمّ بإسقاط الخيار.

قال أبو يوسف: فإن باعه الصانع وأراد المستصنع أن ينقض البيع فليس له ذلك؛ لأن الخيار عنده قائم ما لم يحضره، فإذا استهلكه قبل ذلك، صار كالبايع إذا استهلك المبيع.

قال: فإن ضرب للاستصناع أجلاً، فهو بمنزلة السَّلَم عند أبي حنيفة، يحتاج أن يقبض بدله في المجلس ولا خيار لواحد منهما إذا أسلم ما شرط عليه

(١) في أ (نعلم).

(٢) في ب (وكذلك) والمثبت من أ.

على صفته .

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بِسَلْمٍ .

لأبي حنيفة: أنه جاء بمعنى السَّلْم ، وهو المبيع في الذمة مع الأجل ، ومعنى العقد كعبارة العقد [وصريحه] ، أصله: إذا عقد البيع بلفظ التملك ؛ ولأن الأجل يذكر لتأخير المطالبة ، وذلك لا يكون إلا في عقد يجب فيه المطالبة ، وما ذاك إلا السلم ؛ ولأنه إذا استصنع ما لا يجوز استصناعه وشرط [فيه] الأجل كان سلمًا بلا خلاف لوجود معنى السلم ، فكذلك ما يجوز استصناعه .

وجه قولهما: أن الأجل يذكر لتعجيل العمل ، ولا يقصد السلم ، فلم يجز إخراج العقد عن موضوعه بالاحتمال^(١) .

٢٣١٥ . فُضِّلَ : [الإجارة الموقوفة]

[قال]: ولم يذكر أبو الحسن حكم الإجارة الموقوفة ، والإجارة عندنا تقف [على] الإجارة كما تقف على البيع والنكاح ؛ لأنهما عقد له مجيز حال وقوعه .

فأما كيفية الإجارة: فإن أجاز العقد قبل العمل جاز ، وكانت الأجرة للمالك ؛ لأن العقد جاز بإجازته ، فصار كأنه عقد ابتداءً بأمره ، وأما إذا أجازته بعد استيفاء المنفعة لم يجز بإجازته ، وكانت الأجرة للعاقد ؛ وذلك لأن الإجارة تلحق بالعقد إذا كان يصح الابتداء به عند الإجارة ، [ولا يجوز ابتداء العقد على منافع قد عُدَّتْ ، فلم يجز أن يلحقها الإجارة]^(٢) .

(١) انظر: الأصل ٤٣٤/٣ وما بعدها .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب ، وزيدت من أ .

وقد قالوا فيمن غصب عبداً فأجره سنة للخدمة ، فعمل بعض المدة ، وفي رجل أجر غلاماً أو داراً ، ثم أقام رجل البيعة أنه له ، وقال : قد أجزت ما آجرت ، قال : [إن] كانت انقضت الإجارة ، فالأجر للغاصب ، وإن كان في نصف المدة فالأجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول أبي يوسف .

وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب وأجر ما بقي للمقضي له .

لأبي يوسف : [1/329] أنه إذا بقي بعض المدة فلم يبطل العقد لبقاء المعقود عليه ، فجاز أن يلحقه الإجارة كالأبتداء .

لمحمد : أن كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقداً مبتدأً ، فما مضى من المنفعة كعقد استوفى [منافعه] ، فلا تلحقه الإجارة .

وقد قال محمد : فيمن غصب أرضاً فأجرها للزراعة ، فأجاز صاحب الأرض الإجارة ، فأجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقي للمالك ، وهذا على ما قدمنا .

قال : فإن أعطاها مزارعة فأجازها [صاحب الأرض] جازت ، وإن كان الزرع قد سئبل ما لم يسمن ، ولا شيء للغاصب من الزرع ؛ لأن المزارعة لا ينفرد بعضها^(١) عن بعض ، [فكانت كالشيء الواحد]^(٢) ، فإذا أجاز العقد قبل الاستيفاء ، فكأنه [أجازته]^(٣) ابتداءً ، وأما إذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة ، فلم يلحق العقد إجارة .

آخر كتاب الإجازات

(١) في أ (لا ينفرد بعض عملها) .

(٢) في ب (وكانت كشيء واحد) .

(٣) في ب (آجره) والمثبت من أ .

٥٣ | كتاب الشركة



قال الشيخ رحمه الله تعالى: الأصل في جواز الشركة^(١) ما روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ فقال: أتعرفني؟ فقال: «وكيف لا أعرفك وقد كنت شريكى، نعم الشريك، لا يداري ولا يماري»^(٢)، ولأنه ﷺ بُعث والناس يشتركون فلم ينكر ذلك [عليهم]، وهذا فعل المسلمين من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا [من غير نكير].

والشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود.

فشركة الأملاك على ضربين: أحدهما: ما كان بفعلهما، مثل أن يشتريا أو يستوهبا أو يوصى لهما فيقبلا، والآخر: بغير فعلهما، مثل أن يرثا.

وكلا الفصلين حكمهما واحد: وهو أن كل واحد منهما كالأجنبي في نصيب صاحبه، لا يجوز له التصرف فيه إلا بإذنه.

وأما شركة العقود فهي على أربعة أقسام: مُفَاوِضَةٌ، وَعِئَانٌ، وشركة صَنَائِعٍ وتسمى بشركة الأبدان، وشركة وُجُوهُ.

فأما المفاوضة: فقد قيل: إن اشتقاقها من التفويض؛ لأن كل واحد منهما

(١) الشركة في اللغة: هو الخلط، وفي الشرع: عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح.

الجوهرة ص ٣٦٧. وقيل: هي اجتماع شخصين فأكثر في استحقاق وتصرف.

(٢) أخرجه المقدسي في المختارة، ٣٩٧/٩؛ والنسائي في الكبرى، ٨٦/٦؛ ورواه أبو داود وغيره

بعضه، وله طريق تأتي في البر، رواه أحمد والطبراني في الكبير، ورجاله رجال الصحيح كما

في مجمع الزوائد، ٩٤/١.

فوّض إلى الآخر التصرف على كل حال ، وقيل إنها مشتقة من المساواة ، ومنه قول الشاعر:

لا يصلحُ الناسُ فَوْضِي ولا سَرَاةَ لهم ❦ ولا سَرَاةَ إذا جُهِّأَ لهم سادُوا^(١)
فلما كانت المفاوضة تقتضي التساوي في المال والتصرف والضمان ؛
سميت بذلك^(٢).

وقد قال أصحابنا: إنها عقد جائز ، وقال مالك: لا أعرفها^(٣) ، وقال الشافعي:
عقد فاسد .

فأما قول مالك: لا أعرفها ؛ فإن كان لا يعرف الاسم فقد بينا اشتقاقه في
اللغة ، وإن كان لا يعرف الحكم فالدليل على جوازه قوله عليه الصلاة [ب/٣٢٩]
والسلام: «تفاوضوا فإنه أعظم للبركة»^(٤) ، ولأن المفاوضة تشتمل على الوكالة
والكفالة ، وكل واحد منهما يجوز على الانفراد ، فإذا اشتملت عليها الشركة
جازت ، ألا ترى أن الوكالة لما جازت على الانفراد واشتملت العنان عليها جاز ،

(١) البيت لأفوه الأودي ، كما في الشعر والشعراء لابن قتيبة ٢٢٣/١ .

(٢) المفاوضة لغة: المساواة والانتشار ، وشرعاً: «هي ما تَصَمَّنَتْ وكالة وكفالة ، وتساويا مالاً وتصرفاً
وديناً» . انظر: المصباح: التعريفات (شرك) ؛ المبسوط ١١/١٥٢ .

(٣) قال ابن جزى: «أجاز مالك شركة العنان والمفاوضة» ، والظاهر أن الخلاف في صورة المفاوضة:
فأبو حنيفة جعل المفاوضة في جميع ما يملكه من ذهب وفضة ، ولا يصح زيادة مال أحدهما في
المفاوضة ، ويرى مالك بجواز الزيادة في مال أحدهما دون صاحبه . انظر: مختصر المزني ١٠٩ ؛
المهذب ٣/٣٣٦ ؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٠ ، ٣١١ ؛ رحمة الأمة ص ١٣٢ ؛ مختصر
القدوري ص ٢٤٦ .

(٤) قال ابن حجر: «حديث فاضوا... لم أجده ، وروى ابن ماجه من حديث صهيب رفعه: (ثلاث فيهن
البركة ، البيع إلى أجل ، والمفاوضة...)» . الدراية ، ١٤٤/٢ . انظر: نصب الراية ، ٣/٤٧٥ .

ولأن العقود على ضربين: شركة وغير شركة، فإذا جاز أن يشترط في غير الشركة التساوي في المال المعقود عليه؛ جاز أن يشترط في الشركة.

وقول الشافعي: إنها ضرب من القمار، فليس بكلام علينا، إنما ظن أنا نقول بقول [سفيان] الثوري، وهو أن ما ورث أحد المتفاوضين بينه وبين شريكه، ولسنا نقول بذلك (١).

٢٣١٦ - فُضِّلَ: [شركة العنان]

وأما شركة العنان فاشتقاقها من قولهم: عَنَّ له الشيء، إذا ظهر. [وقال امرؤ القيس:

فَعَنَّ لَنَا سِرْبٌ [كَأَنَّ نِعَاجَهُ] (٢) عَذَارَى دَوَارٍ فِي مُلَاءٍ مُذَيَّلٍ (٣)
فلما جعل كل واحد من الشريكين للآخر أن [يشترى] (٤) فيما يعن له ويظهر؛ سميت الشركة عِنَانًا.

وقد قيل: إنها مأخوذة من عِنان الدابة؛ لأن الفارس يمسكه بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى فيما شاء، وكذلك شريك العنان يشارك في بعض ماله ويتصرف في بقية ماله كما يشاء.

وقد قال أبو عاصم النبيل: العِنَان كلمة تطرّف بها أهل الكوفة ليس لها أصل في اللغة.

(١) انظر: الأصل ٦٢/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٣/٣ وما بعدها.

(٢) في ب (لهن لعاجر) والمثبت من أ.

(٣) ذكره ابن قتيبة في الشعر والشعراء ١٠٥/١.

(٤) في ب (يشترك) والمثبت من أ.

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن يعقوب ذكر في شركة العنان في الإصلاح ، ولأننا بيّنا اشتقاقها .

وقال النابغة :

وشاركنا قريشاً في ثقاها ❁ وفي أحسابها شرك العنان^(١)
والدليل على جوازها أنها مشتملة على الوكالة ، والوكالة جائزة^(٢) ، ولأن الناس يعدونها في سائر الأعصار من غير نكير ، [فهو إجماع]^(٣) .

٢٣١٧ - فصل : [شركة الصنائع]

وأما شركة الصنائع^(٤) ، فكالقصارين والصباغين والخياطين إذا اشتركوا على أن يتقبلوا الأعمال جاز ذلك عندنا ، وإنما سميت شركة الأبدان ؛ لأنها تقع على العمل بالبدن ، وهي شركة جائزة عندنا ، وقال الشافعي : لا تجوز^(٥) .

لنا : أن الناس يعقدونها في سائر الأعصار من غير نكير ؛ ولأنه نوع شركة تنفرد باسم خاص له موضوع ، فكان فيه ما هو جائز كشركة العنان^(٦) .

(١) البيت للنابغة الجعدي كما في الصحاح (عنن) .

(٢) شركة العنان : أن يشترك اثنان في شيء خاص معلوم «دون سائر أموالهما ، كأنه عنّ لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه» . المغرب ؛ الصحاح (عنن) .

(٣) انظر : الأصل ٤٩/٤ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٦/٣ وما بعدها .

(٤) شركة الصنائع ، وتسمى : شركة الأعمال أيضاً : «وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعاً معيناً من العمل أو أكثر ، أو غير معين لكنه عام ، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة ، وذلك كالخياطة ، والصبغة ، والبناء ، وغير ذلك» . معجم المصطلحات الاقتصادية ، ص ٢٠٣ .

(٥) انظر : المهذب ٣/٣٣٥ .

(٦) انظر : الأصل ٤/٥٠ ، ٥١ .

٢٣١٨ - فَصْل: [شركة الوجوه]

وأما شركة الوجوه: فهو أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا وبيعا، فما ربحا كان بينهما^(١)، وإنما سميت شركة الوجوه؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجه عند الناس، وهو عقد جائز عندنا، وقال الشافعي: لا تجوز^(٢).

لنا: أن الناس يعقدونها في سائر الأعصار من غير نكير؛ ولأنها شركة تنفرد باسم خاص كشركة العنان^(٣).

٢٣١٩ - فَصْل: [وجوه استحقاق الربح في الشركة]

والربح عندنا في الشركة [١/٣٣٠] يستحق: إما بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان، ولا يستحق بغير ذلك، بدلالة أن من قال لرجل: تصرف في مالك على أن لي بعض ربحه لم يجز؛ لأنه ليس له مال ولا ضمان ولا عمل.

والدليل على أن المال والعمل يستحق بكل واحد منهما الربح: أن المضاربة أجمعوا على جوازها، ورب المال يستحق الربح فيها بماله، والمضارب بعمله.

وأما الدليل على استحقاق الربح بالضمان، (فنهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن)^(٤)، وفي هذا تنبيه أن ما يضمن^(٥) يطيب [له] ربحه؛ ولأن الحَمَال إذا

(١) شركة الوجوه: «وتسمى: شركة المفاليس: وهو أن يشترك الرجلان بغير رأس مال، على أن يشتريا بالنسيئة وبيعا، وسميت بهذا الاسم على معنى أن رأس مالهما وجههما...». المبسوط ١١/١٥٢.

(٢) انظر: المهذب ٣/٣٣٦؛ رحمة الأمة ص ١٣٢.

(٣) انظر: الأصل ٤/٥٠؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٩.

(٤) أخرجه الربيع في مسنده، ٣٥٠/١؛ والطبراني في مسند الشاميين، ٤/٧٨؛ وقال ابن حجر: «صححه ابن حبان والحاكم والنسائي من طريق عطاء...». الدراية، ١٥١/٢.

(٥) في أ (ضَمَن).

تقبل عملاً [وتقبل عنه أجرأؤه] ^(١) بأقل من ذلك طاب له الفضل ، وإنما استحقه بالضمنان .

قال أبو الحسن: الشركة تكون على ثلاثة وجوه: شركة بالمال ، وشركة بالأعمال ، وشركة بالوجوه ، وفي كل وجه منها شركة العنان ومفاوضة .

فأما المال: فيصح فيه الأمران بلا شبهة .

وأما العمل والوجه: فإذا شرط فيهما الكفالة صارت [شركة] مفاوضة؛ لأنها اشتملت على الوكالة والكفالة والتساوي فيما وقعت فيه ^(٢) الشركة ^(٣) .

٢٣٢٠ - فصول: [شرط المال في الشركة]

قال: والشركة بالأموال لا تكون إلا بمال حاضر [عندنا] عِنَانًا كانت [الشركة] أو مُفَاوِضَةً ، ولا تصح بمال غائب ولا دَيْنٍ ، هذا قول أصحابنا جميعاً؛ وذلك لأن الشركة من شرطها أن تقع على جنس الأثمان ، ولا تتم إلا في عين كالصرف ، ولأنها تقف على القبض ، فلا تصح في دين ولا مال غائب كالقرض .

ومعنى قول أبي الحسن: إن الشركة لا تصح بمالٍ غائبٍ ولا دين: [إنما] يعني بذلك عند الشراء ، وليس يعني به عند العقد؛ لأنه إذا لم يوجد ذلك عند العقد جاز .

[ألا ترى أنهم] قالوا: لو دفع رجل إلى رجل ألف درهم فقال: أخرج مثلها

(١) في ب (ونقله) والمثبت من أ .

(٢) في أ (عليه) .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٥٢/٣ .

واشتر بهما وبع ، [فما] ^(١) ربحت كان بيننا ، فأقام البينة أنه أخرج ألفاً واشترى بهما جاز ، ولم يوجد المال العين من الجهتين عند العقد [وإنما وجد عند الشراء ، وجوزوا الشركة ؛ وذلك لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء ، فاعتبر وجود المال] في الحال التي يتم العقد فيها ^(٢).

٢٣٢١ - فُضِّلَ : [الأموال التي تصحُّ بها الشَّرْكَة]

قال : الأموال التي تصح بها عقود الشركة : الدراهم والدنانير ، فهي في قولهم جميعاً ، وقال أبو يوسف ومحمد : وتصح بالفلوس أيضاً .

أما الدراهم والدنانير فتجوز الشركة فيها بالإجماع ؛ ولأنها تقع على وجه يصح التوكيل فيها ^(٣) ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لرجل : اشترِ بألف من مالك على أن ما تشتريه بيننا ، وأنا أشترى بألف من مالي على أن ما أشتريه بيننا جاز ذلك ، والشركة تنعقد على الوكالة .

٢٣٢٢ - فُضِّلَ : [الشركة بالجنسين]

وقد قال أصحابنا إلا زفر : إذا كان لأحدهما دراهم ولآخر دنانير جازت الشركة .

وقال زفر : لا تجوز ، وهو قول الشافعي ^(٤).

لنا : أن الوكالة تصح على الوجه الذي تضمنته الشركة ، ألا ترى أن من قال

(١) في ب (فإن) والمثبت من أ .

(٢) انظر : الأصل ٤/٥٣ ، ٦٢ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٥٦ .

(٣) في أ (به) .

(٤) انظر : مختصر المزني ص ١٠٩ ؛ المهذب ٣/٣٣٢ .

لرجل: اشتر بالفك متاعاً [ب/٣٣٠] على أنه بيننا، وأنا أشتري بمائة دينار متاعاً على أنه بيننا، جاز ذلك، وهذا مقتضى الشركة، ولأن ما جاز في الوكالة المنفردة فجوازه في الشركة أولى.

[ألا ترى] أن الوكالة بشراء المجهول لا تصح، والشركة تقتضي توكيلاً بمجهول [ويصح]، ولأنه عقد يختص بالأثمان، فجاز على دراهم من أحد العاقدين ودنانير من آخر، كالصرف.

وجه قول زفر: [أن] الشركة بالجنسين تؤدي إلى جهالة الربح؛ لأن رأس المال يستوفى بالقيمة، فصار كالشركة بالعروض، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه يمكن أن يستوفي كل واحد منهما مثل رأس المال بعينه من غير قيمة، فلا يؤدي ذلك إلى الجهالة.

وعلى هذا قال أصحابنا: إذا كان دراهم أحدهما بيضاء و [دراهم] الآخر سوداء أو غلة، جازت الشركة، وقال زفر: لا تجوز.

لنا: أن الناس في سائر الأعصار يشتركون بالأموال وإن اختلفت صفتها، ألا ترى أنه يكون في مال أحد الشريكين من المكسرة أكثر مما في مال الآخر بيسير^(١)، ولا يمنع ذلك مانع؛ ولأن التوكيل يجوز فيها على الوجه [الذي] اقتضته الشركة.

٢٣٢٣ - فصل: [الخلط في مال الشركة]

وهذا نوع على أن الخلط ليس بشرط في صحة الشركة عندنا، [وقال زفر:

(١) في أ (بكثير).

لا تصح الشركة إلا بخلط المال خلطاً لا يتميز أحدهما عن الآخر، وهذا قول الشافعي^(١)، وروي عن زفر أنه قال: الخلط [شرط في المفاوضة، وليس بشرط في العنان.

لنا: أن الخلط سبب إذا حصل في ملك الغير أوجب الضمان، فلا يكون من شرط [صحة] الشركة كالأستهلاك، ولأن التوكيل يجوز في المالكين وإن لم يختلطا، والشركة تشتمل على التوكيل [فيجوز].

وجه قول زفر: أن الشركة مأخوذة من الاختلاط، وذلك لا يكون مع تمييز المالكين، ولأنهما ما لم يختلطا فما هلك من كل واحد من المالكين هلك من [ماله خاصة]^(٢)، والشركة تقتضي أن يكون الهلاك من مالهما، وهذا ليس بصحيح.

أما قوله: إن الشركة مأخوذة من الاختلاط فصحيح، إلا أنها من اختلاط الربح، وذلك موجود وإن اشترى^(٣) بمال كل واحد منهما على حدة؛ لأن الزيادة تحدث على الشركة.

وإنما قوله: إن ما يهلك يكون من نصيب أحدهما [خاصة]؛ فلأن الشركة لا تتم إلا بالشراء، فإذا اشترى تمت الشركة، فصار الهلاك من كل واحد من المالكين من مالهما جميعاً، فما كان قبل تمام الشركة لا يعتبر.

وأما الذي روى الحسن عن زفر: أنه فرق في الخلط^(٤) بين المفاوضة

(١) انظر: المهذب ٣/٣٣٣.

(٢) في ب (من مال صاحبه) والمثبت من أ.

(٣) في أ (اشترى).

(٤) في أ (المخالطة).

والعنان؛ لأن المفاوضة من شرطها المساواة، فإذا لم [يختلطاً]^(١) جاز أن يزيد أحد المالين على الآخر، وإذا خلطاً كانت الزيادة في المالين، فلم تفسد الشركة، وأما العنان فلا يفسدها زيادة أحد المالين، فلم يعتبر فيها الخلط [١/٣٣١]، وقد ذكر الطحاوي عن زفر: أنه اعتبر الخلط في الفصلين^(٢).

٢٣٢٤ - قَصْل: [الشركة بالتبر]

وأما الشركة بالتبر فقد جعل التبر في الشركة كالعروض، وجعله في الصرف كالأثمان؛ لأنه قال: إذا اشترى به فهلك لم ينسخ العقد، وهذا على حسب عادة الناس في التعامل، فإن تعاملوا به فهو كالأثمان، فتصح الشركة فيه، وإن لم يتعاملوا به فهو كالعروض.

وأما الفلوس، فالمشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الشركة والمضاربة لا تجوز بها.

وقال محمد: إذا كانت نافقة جاز، وذكر أبو الحسن: أبا يوسف مع محمد معاً.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المضاربة بالفلوس جائزة.

قال: وقال أبو يوسف: تجوز الشركة بالفلوس، ولا تجوز المضاربة بها.

وجه [قولهما] المشهور: أن الفلوس تارة تكون ثمنًا، وتارة تكون مبيعًا، فصارت كالحنطة.

(١) في ب (يختلط) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٦٣/٤، ٢٧٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٥٨/٣.

لمحمد: أنها إذا كانت نافقة فهي ثمن ، فصارت كالدرهم والدنانير .

وأما فرق أبي يوسف بين الشركة والمضاربة ؛ فلأنهما إذا اشتركا بالفلوس فكسدت لم يؤد ذلك إلى جهالة الربح ؛ لأن رأس المال ينقسم على عددها عند الشراء بها ، فيصير المال كله بينهما على [تلك الأجزاء]^(١) .

أما المضاربة ، فلا بد من [ارتجاع]^(٢) رأس المال ، فإذا كسدت أخذ رأس المال بالقيمة ، وذلك مجهول فلم يصح .

٢٣٢٥ - فُصِّلَ : [الشركة بالمكيلات والموزونات والمعدودات]

وأما الشركة بالمكيلات والموزونات - التي ليست بأثمان - والمعدودات فلا تجوز قبل الخلط في قولهم ؛ لأنها متعينة بالعقد كالعروض ، ولأن التوكيل لا يصح فيها على عموم الأحوال ، ألا ترى أنه لو قال: بع حنطتك [على] أن ثمنها بيننا لم تجز ، والشركة تقتضي الوكالة بالتصرف في جميع الأحوال ، فأما إذا خلط المكيل وهو من جنس واحد ، فقال أبو يوسف: لا تصح الشركة فيه ، وإنما صار شركة أملاك [واختلاط] .

وقال محمد: صحَّت الشركة بالخلط .

ويظهر الخلاف بينهما: إذا كان المكيل نصفين ، وقد شرطا أن يكون الربح أثلاثاً ، فخلطاه واشترى [به] .

قال أبو يوسف: الربح على قدر المالين ، وقال: محمد: على ما شرطا .

(١) في ب (ذلك أجزاء) والمثبت من أ .

(٢) في أ (استرجاع) .

لأبي يوسف: أن العروض تارة تكون ثمنًا ، وتارة تكون مبيعًا كالفلوس ؛ ولأن الشركة لا تقع فيها إلا وهي عين ، وهي [مع التعيين] في هذه الحالة ليست بضمن ، فجواز أن تكون ثمنًا في حال أخرى لا يعتبر كالفلوس الكاسدة ؛ ولأن حال المكيل بعد الخلط أبعد منه قبله ؛ بدلالة أن الحنطة والشعير قبل أن يختلطا يجوز أن يكون [ب/٣٣١] كل واحد منهما ثمنًا ، فإذا اختلطا لم يجز ذلك ، فإذا لم تجز الشركة في مسألتنا قبل الخلط فبعده أولى .

لمحمد: أن الوكالة التي تقتضيها الشركة تصحُّ فيها ، وهي مما تكون ثمنًا بحال ، فصارت كالدرهم والدنانير ، وليس [كذلك] قبل الخلط ؛ لأن الوكالة التي تقتضيها الشركة لا تصح فيها ، ولا يلزم العروض ؛ لأنها ليست بضمن بحال^(١) .

٢٣٢٦ - فَصَّلْ : [الشركة بالعروض]

وأما الشركة بالعروض فلا تجوز عندنا ، وقال مالك: تجوز^(٢) .

لنا: أن التوكيلات فيها على الوجه الذي تضمنته الشركة لا يصح ، ألا ترى أن من قال لغيره: بع عرضك على أن ثمنه بيننا ، لم يجز ، فإذا لم تجز الوكالة لم تنعقد الشركة ، ولأن الشركة فيها يؤدي إلى جهالة [الربح] عند القسمة ، ألا ترى أن رأس المال قيمتها ، وذلك يعلم بالحزر والظن ، وعقد الشركة المقصود منه مراعى ، فما أدى إلى جهالة الربح في الثاني يعتبر حال العقد^(٣) .

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٥٨/٣ .

(٢) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٠ .

(٣) انظر: الأصل ٦٢/٤ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٥٩/٣ .

٢٣٢٧ - فَصْل: [الربح في شركة الوجوه]

قال أبو الحسن: وأما شركة الوجوه: فأن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما على أن ما اشتريا بينهما نصفين، أو أثلاثاً، أو أرباعاً ويبيعا ذلك، فما كان فيه من ربح فعلى قدر أملاكهما فيما اشتريا، والوضعية على ذلك.

وقد بينا جواز هذه الشركة، فأما كون الربح على قدر المشتري؛ فلأن الربح يستحق بالضمان، والذي ضمنه كل واحد منهما من الثمن مقدار ما شرط له من المبيع، فما زاد على ذلك لا ضمان له فيه، فلا يستحق ربحه^(١).

٢٣٢٨ - فَصْل: [اختلاف الأعمال في شركة الصنائع]

قال: وأما الشركة بالأعمال كالصنائع والعُمال يشتركون في ذلك، فيشترك الصبَّاغَانِ وَالْحَيَّاطَانِ وَالْقَصَّارَانِ على أن يتقبلا الأعمال ليعملا بها على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا، وقد بينا ذلك.

قال: وسواء اختلفت أعمالهما أو اتفقت، وقال زفر: لا يصح إذا اختلفت الأعمال.

لنا: أن كل واحد منهما إنما استحق الربح بالضمان، فإذا وَكَّلَ شريكه أن يتقبل لهما فالعمل مضمون عليهما، والربح يستحق بالضمان؛ ولأن الشركة تجوز عندنا على الملك المختلف، فكذلك على العمل المختلف، [فهو بناء عليه]^(٢).

وعند زفر: الشركة في المال المختلف لا تجوز، فكذلك في العمل المختلف.

(١) انظر: مختصر القدوري (مع الترجيح والتصحيح) ص ٢٤٨.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.

بَاب شركة المفاوضة



- ومعناها: الاختلاط والاستواء - .

قال أبو الحسن: إذا تفاوض الرجلان بالمال واشتركا فيه شركة مفاوضة، فشرط صحتها: [أن تكون] في جميع التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازماً [١/٣٣٢] للآخر، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل [له]، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه، ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال في قدرها وفي قيمتها، ويتساويان في الربح، وإن تفاوتتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عِناً.

قال: والأصل في هذا ما بينا: أن المفاوضة مأخوذة من المساواة، فلا بد من التساوي في المال الذي تقع [عليه] الشركة، ولا يكون لأحدهما مال تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة؛ لأن أحدهما متى انفرد بمال تصح فيه الشركة دون الآخر زال معنى التساوي^(١).

فإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح الشركة فيها: مثل العروض، والعقارات، جازت الشركة؛ لأن ذلك مما لا تنعقد الشركة عليه، والتفاضل فيه لا يمنع صحتها، كالتفاضل في الزوجات والأولاد.

(١) انظر: مختصر القدوري (مع الترجيح والتصحيح) ص ٢٤٦.

وكذلك إذا كان لأحدهما ديون؛ لأن الدين لا تصح الشركة فيه، فالتفاضل فيه لا يمنع صحتها.

وأما اشتمالهما على الوكالة في جميع التجارات؛ فلأنها تنعقد عامة في التجارات، وما دخل في الشركة فكل واحد منهما وكيل فيه، وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فيما يلزمه من الحقوق ما يتجران فيه؛ لأن المفاوضة قد انفردت باسم عن العنان، فلا بد أن تنفرد بمعنى.

ولا يجوز أن يكون ذلك المعنى العموم؛ لأن العنان يجوز أن تنعقد على كل التجارات، فلم يبق إلا أن يكون اختصت بالكفالة، وإنما كان كل واحد [منهما] وكيلًا للآخر فيما وجب له وعليه؛ لأن تصرف كل واحد منهما أجري مجرى تصرف الآخر، فكأن كل واحد منهما تولى العقد.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أن المفاوضة لا تصح إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير؛ لأن المساواة فيها تعلم بالظن والحزر، والمشهور عنه جواز ذلك؛ لأنهما من جنس الأثمان.

وأما إذا كان لأحدهما ألف بيض وللآخر ألف سود، وبينهما فضل قيمة في الصرف، لم تصح المفاوضة في الرواية المشهورة؛ لأن أحد المالين يزيد على الآخر في القيمة، فصار كزيادة [في] الوزن.

وروى إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف: أن أحد الألفين إذا كان أفضل من الآخر جاز، وكانت مفاوضة؛ لأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة لها، فكأنهما على صفة واحدة، وأما إذا تفاوضا [والمال

متساويان] ^(١) ثم زاد أحد المالين على الآخر قبل الشراء [٣٣٢/ب] فإن المفاوضة منتقضة، وهذا يتصور في الشركة بالدراهم والدنانير إذا تساوت قيمتهما في حال العقد واختلفت بعده؛ لأن عقد الشركة يقف تمامه على الشراء، فما وجد قبل الشراء كالموجود في حال العقد، ألا ترى أن تمام البيع لما وقف على القبض كان هلاك المعقود عليه قبل القبض كعدمه في الابتداء.

قال محمد: وكذلك إن اشترى بأحد المالين وزاد الآخر؛ وذلك لأن الشركة لم تتم [فيما] ^(٢) يشتره، فصار كأن الزيادة قد حصلت في الابتداء، فإن زاد المال المشتري [به] في قيمته فالمفاوضة بحالها؛ وذلك لأن هذه الزيادة تحدث على ملكهما؛ لأنهما ربحا في المال المشتري، فلا يفضل أحدهما على الآخر.

قال محمد: القياس إذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه أن تنتقض المفاوضة؛ لأن الألف الذي اشترى به ^(٣) على ملك صاحبه، وقد ملك نصف ما اشترى له الآخر، فصار ماله أكثر، فانتقضت المفاوضة؛ إلا أنهم استحسنوا فقالوا: لا تبطل؛ لأن الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن ديناً فلم يفضل في المال.

وكل موضع عدم شرط من شروط المفاوضة - وذلك الشرط لا يعتبر في شركة العنان - فالشركة عنان؛ وذلك لأنهما أتيا بمعنى العنان وعبراً عنها بالمفاوضة، ولا معتبر بالعبارة؛ لأن فقد هذا الشرط يبطل ما يقف صحته على

(١) في ب (والحال متساوي) والمثبت من أ.

(٢) في ب (ما لم) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الألف التي لم يشتر بها).

وجوده والذي تقف عليه المفاوضة ، وأما [شركة العنان]^(١) فلا تقف عليه ، فصارا شريكين غير مفاوضة ، فكان عِنَانًا .

وأما التساوي في الربح ، فلأنّ التفاضل إذا وجد فيه أدّى إلى بطلان المفاوضة لزيادة مال أحدهما على الآخر ، فإن ورث أحد المفاوضين مالاً عِينًا تصح فيه الشركة مثل الدراهم والدنانير والفلوس ، وصار ذلك في يده ، بطلت المفاوضة وصارت عِنَانًا ؛ لأن العقود التي المقصود فيها مراعاة ما يطرأ عليها كالموجود في الابتداء .

وإن ورث عروضاً أو ديوناً لم تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون ؛ لأنه فاضله^(٢) فيما لا تصح الشركة فيه ، فصار كالاتداء .

وقال الحسن عن أبي حنيفة: لا تصح الشركة إلا بلفظ المفاوضة ، وقال أبو الحسن: وهو [عندي قول] أبي يوسف ومحمد .

وكان أصحابنا يقولون في وجه ذلك: إن العامة لا يقفون على شروط المفاوضة ، فإذا لم يتلفظوا به لم تصح ؛ لعدم معناها .

وأما إذا كان العاقد لها يقدر على استيفاء معناها ، صَحَّحَتْ وإن لم يذكر المفاوضة ؛ لأن العقود [عندنا] لا تعتبر بألفاظها [١/٣٣٣] ، وإنما تعتبر معانيها .

وتفسير شركة العنان: قال أبو الحسن: شركة العنان أن تكون في جميع التجارات أو بعضها ، لما بيّننا أنه ليس من شرطها العموم ، فيجوز أن تنعقد خاصة

(١) في ب (العنان الشركة) والمثبت من أ .

(٢) في أ (تفاضل) .

وعامة ، كالوكالة .

قال: وما لزم أحدهما في تجارتهما من ثمن بيع تولاه أو [أجرة] أجير استأجره ، وكل مداينة وليها [أحدهما] أو دين أقرَّ به ، فهو لازم له خاصة دون شريكه ؛ وذلك لأنها لا تتضمن الكفالة ، وإنما تتضمن الوكالة ، وما يجب على الوكيل بتصرفه لا يطالب به الموكل .

قال: وله أن يرجع على صاحبه بما يخصه من ذلك إذا كان ذلك معروفاً ؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن الآخر ، وما يلزم الوكيل بحكم [الموكل] رجع على الموكل به ، فإن كان لا يعرف ذلك لم يصدق على شريكه إذا أنكر ذلك ؛ لأنه ادعى ديناً عليه لا يعلم سببه إلا بقوله .

قال: ويستحلف ؛ لأنه ادعى عليه [ديناً] ، فالقول قوله مع يمينه .

قال: ولا يكون أحدهما خصماً عن الآخر ، ولا وكيلاً عنه بعقد الشركة ؛ وذلك لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في الشراء والبيع ، والموكل لا يكون خصماً عن وكيله .

قال: ولا بأس أن يتفاضلا في رأس المال ، ويتساويا في الربح ، وهذه المسألة المذكورة في الباب الذي يلي هذا^(١) .



(١) انظر: الأصل ٦٢/٣ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٣/٣ وما بعدها .

بَابُ

شركة العنان



قال أبو الحسن: إذا اشترك الرجلان ورأس مالهما جميعاً دراهم أو دنانير، أو جاء أحدهما بدراهم والآخر بدنانير يتساويان في ذلك أو يتفاضلان، فاشتركا بذلك على أن يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله تعالى من ذلك بينهما على قسمة [المال] ^(١)، ولم يقولا مفاوضة، فذلك جائز، وهي شركة عنان؛ وذلك لأن الشركة إنما تكون مفاوضة بلفظ المفاوضة، أو بذكر معانيها ولم يأتيا بذلك، فكانت الشركة عِنَانًا.

قال: ولا بأس أن يشترط أحدهما [للآخر] فضلاً عن ربح ماله إذا كانا شرطاً أن يعملوا بالمال جميعاً.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله ^(٢).

لنا: أن الشركة [تستحق الربح فيها بالعمل والمال بدلالة المضاربة، فإذا اشتركا ومالهما متفاضل وتساويا في الربح، فقد شرط لأحدهما زيادة ربح لأجل عمله وذلك جائز؛ ولأن الربح إذا جاز أن يستحق] بالمال على الانفراد [وبالعمل على الانفراد]، جاز أن يستحق بهما في حالة واحدة، كشريك العنان إذا أخذ

(١) في ب (ما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: المهذب ٣/٣٣٣، ٣٣٥.

مالاً مضاربة وأذن له في خلطه [بماله]^(١)، وليس هذا كالمشركين في الماشية إذا شرطاً لأحدهما^(٢) فضلاً في أولادها وألبانها؛ لأن نماء الحيوان المشترك لا يجوز أن يستحق إلا [بالمالك]^(٣)، وربح المال يجوز أن يستحق بغير [المالك] بدلالة المضاربة.

وجه قول زفر: أن هذه الشركة لو صحّت لاستحق الشريك [ب/٣٣٣] زيادة ربح بعمله في المال المشترك؛ وذلك لا يجوز، كما لا يستحق [الأجرة] بعمله فيه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن حكم الربح لا يعتبر بالأجرة، ألا ترى أنه لو اعتبر بها لوجب أن يشترط مدة معلومة، وعملاً معلوماً، فلما لم يعتبر ذلك في استحقاق الربح - وإن اعتبر ذلك في استحقاق الأجرة - دل على اختلافهما.

فإن قيل: إن هذا العقد فيه معنى المضاربة عندكم؛ لأن تقديره كأن أحدهما قال: اعمل في مالي وربحه لي، وأعمل في مالك وربحه بيننا، ومن شرط المضاربة: أن تبطل إذا شرط عمل رب المال فيها، وقد جوّزتم هذه الشركة وإن شرطاً عملهما.

والجواب: أن المضاربة أمانة، وتتمام الأمانة يقف على التخلية بين الأمين وبينها كالوديعة، فإذا شرط عمل رب المال لم توجد التخلية، فلم تصح، وأما الشركة: فكل واحد منهما أمين في المال، [فشرط عملهما لا يبطل]^(٤) معنى الأمانة، كالمودعين والمضاربين لرجل واحد إذا أذن لهما في أن يشتركا،

(١) في ب (بها) والمثبت من أ.

(٢) في أ زيادة (للآخر).

(٣) في ب (بالمال) والمثبت من أ.

(٤) في ب (لم توجد) والمثبت من أ.

[فتصرف] كل واحد منهما قائم مقام [تصرف] رب المال، وشرط عمله لا يفسد المضاربة.

فإذا ثبت هذا قال أصحابنا: إذا شرط عملهما استحقا الربح على ما شرطاً، وإن عمل أحدهما؛ لأن معنى قولنا: إن الربح يستحق بالعمل، ليس المراد به وجود العمل، وإنما المراد به شرط العمل، ألا ترى أن المضارب لو استعان برب المال فعمل، استحق الربح؛ لأن العمل مشروط عليه وإن لم يعمل، فكذلك في مسألتنا.

وإن شرط العمل على الذي شرط له فضل الربح جاز؛ لأنه عامل في ماله فربحه له، وعامل في مال شريكه ببعض ربحه، والربح يستحق بالعمل، [فأما إذا شرط الفضل لأقلهما عملاً]^(١) خاصة لم يصح؛ وذلك لأنه شرط [فضل الربح] عن مال بغير عمل ولا ضمان، والربح لا يُستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان^(٢).

٢٣٢٩ - فَصْل: [رأس مال الشركة]

وإن اشتركا ورأس مالهما شيء من المكييل أو الموزون جنساً واحداً وَقَدْرًا واحداً وصفةً واحدة، لم تجز الشركة عندهم جميعاً.

وقد بيّنا هذه المسألة، وبيّنا حكمها إذا اختلطا، والخلاف بين أبي يوسف

ومحمد.

(١) ما بين القوسين (فأما إذا شرط التخلية فلم يصح، وأما الشركة فكل واحد منهما أمين في المال، فشرط عملهما يبطل العمل على أقلهما ربحاً) تكرار لعبارة سابقة قبل أسطر، وزيادة مقحمة في غير موضعها، وعبرة أسائغة.

(٢) انظر: الأصل ٦٤/٤ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٦/٣ وما بعدها.

فأما إذا اشتركا ولأحدهما حنطة وللآخر شعير لم تجز الشركة ؛ لأن الجنس الواحد لا تصح الشركة فيه قبل الخلط ، فالجنسان أولى .

فأما إذا خلطا لم تصح الشركة في قولهم جميعاً ؛ لأن الحنطة إذا خلطت بالشعير [١/٣٣٤] خرجت من أن تكون ثمناً ، ألا ترى أن مستهلكها يلزمه قيمتها ، ولا يلزمه مثلها .

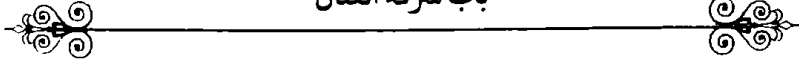
٢٣٣٠ - فَصْلُ : [الربح على قدر رأس المال]

قال أبو يوسف في الشركة بالحنطة إذا خلطها ، وقال أبو يوسف ومحمد : في الشركة بالعروض ، وبالحنطة [والشعير] إذا اشتركا فيها : فلكل واحد منهما ما اشترى قدر قيمة متاعه ، فإن كانت القيمة سواء فهو نصفان ، وإن كانت مختلطة^(١) فعلى حساب ذلك .

وقال محمد في الإملاء : إذا اشتركا فيما لا يجوز فيه الشركة ، فاشترى بذلك متاعاً ثم باعاه ، ثم أرادا القسمة ، فإن كانت الشركة بعروض أو بشيء لا يكال ولا يوزن ولا يباع عدداً ، فرؤوس أموالهما قيمة ذلك يوم اشترى ، والربح بينهما على قدر ذلك .

وقال في كتاب الشركة في الأصل : إذا كان رأس المال شيئاً مما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ فاشترى به متاعاً على أن لكل واحد منهما بحصة ماله ، ونقداً ذلك ثم باعاً ذلك بدراهم ، أو كان رأس المال عروضاً فاشترى متاعاً ثم باعاه بألف درهم ، فإنما يقتسمان الدراهم على قيمة العروض يوم اشترى ، وإن كان مما يكال

(١) في أ (مختلفة) .



أو يوزن أو يعد ، أخذ كل واحد منهما قدر رأس ماله يوم يقتسمان .

وقال بشر عن أبي يوسف: فيما لم تجز الشركة^(١) عليه إذا ابتاعا به عبداً فهو بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما .

فحصل من هذا ، أن الشركة إذا وقعت بما لا مثل له اعتبر قيمته يوم الشراء ؛ لأنه انتقل إلى العين ، وصار رأس مال بالشراء ، ولا يجوز أن يثبت مثله في المال ؛ لأنه لا مثل له فيثبت قيمته ، وأما المكيل والموزون والمعدود والذي لا يتفاوت فيثبت مثله في المال .

وإذا باعا ما اشترى بالدراهم صار ذلك ديناً فيها ، فوجب استرجاعه من المال .

وقد [طعن بعض]^(٢) أصحابنا على قول محمد في الأصل: إنه يعتبر قيمته يوم القسمة ؛ لأن الكيل صار ديناً في المال ، فإذا باعا المال بالدراهم فكأنما باعا مكيلاً مشتركاً ، فيقسم الثمن على قدر ذلك عند البيع .

والذي قال محمد عند القسمة فمحمول على أن القيمة لم تتفاوت فيما بين حال البيع وحال القسمة^(٣) .

٢٣٣١ - فَصْل: [ضياع مال أحد الشريكين قبل الخلط]

فإذا اشترك الرجلان بمال فلم يخلطاه على أن يشتريا ويبيعا ، فما كان من

(١) في أ (لم تجز فيه الشركة) .

(٢) في ب طمس والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ٥٢/٤ ، ٥٣ .



ربح فبينهما، فضع مال أحدهما قبل الشراء فقد انقضت الشركة، فإن اشترى الآخر بالمال الباقي شيئاً، كان ما اشتراه لنفسه [أيهما كان المشتري].

قال وجملة هذا: أن الشركة على ضربين:

أحدهما: أن يشترط أن الربح فيما اشترى على [ب/٣٣٤] سهام معلومة، مثل مسألتنا، فإذا هلك أحد المالين قبل الشراء انتقضت الشركة، فإن اشترى الآخر بماله فهو له خاصة؛ وذلك لأن الشركة تَعَيَّنَتْ في المالين، فإذا هلك أحدهما قبل الشراء بطلت الشركة فيه، وبطلت في المال الآخر؛ لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه إلا بشرط أن يشركه في ماله، فإذا بطلت الشركة كان ما يشتره بماله له خاصة.

والضرب الثاني: أن يشترط أن كل ما يشترى بينهما، [والربح بينهما]، فهلك أحد المالين ثم اشترى الآخر بماله فالشركة باطلة، والمشتري بينهما على ما شرطاً، وللمشتري أن يرجع على شريكه بحصته من [الثلث]^(١)، وهما شريكان في المشتري شركة أملاك، لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه؛ وذلك لأنهما ذكرا الشركة وصرحا بالوكالة بقولهما: إن ما يشتره كل واحد بينهما^(٢)، وهلاك أحد المالين قبل الشراء تبطل الشركة، فتبقى الوكالة المستفادة بصريح الأمر، فإذا اشترى كان مشتركاً بحكهما لا بحكم الشركة، ومن وكل رجلاً بشراء شيء على أن يكون بينهما فاشتراه فهو على ما شرطاً، وعلى الأمر حصته من الثلث، وليس لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيب الآخر، كما ليس

(١) في ب (الاثنين) والمثبت من أ.

(٢) في أ (منهما).

لهما فيما ملكاه بالميراث^(١).

وليس كذلك الفصل الأول؛ لأنه لم يصرح فيه بالوكالة، وإنما استفيدت بحكم العقد، فإذا بطل العقد بطلت، وهذه المسألة توجد مختلفة الجواب لاختلاف سؤالاتها، فكل موضع وضعوها على شركة مجردة أبطلوا [الوكالة]^(٢) بهلاك المال، وكل موضع وضعوها على التصريح بالوكالة [في الشركة] لم تبطل الوكالة ببطلان الشركة، فإذا عرفت القسمة^(٣) لا تجد فيما ذكره اختلافًا.

٢٣٣٢ - فصل: [الشراء بأحد المالكين ثم هلاك الآخر]

وأما إذا اشترى بأحد المالكين ثم هلك الآخر فما اشترياه بينهما، وإن كانا لم يصرحا في العقد بالوكالة؛ وذلك لأنه اشترى مع بقاء الشركة [فملك]^(٤) المشتري، فهلاك المال بعد ذلك لا يعتبر حكم الملك.

واختلف الحسن ومحمد في هذا الفصل، فقال الحسن: المشتري بينهما شركة أملاك، لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر؛ لأن الشركة انتقضت بهلاك أحد المالكين، والتصرف إنما يثبت بحكم الشركة.

وقال محمد: لا تنتقض، وما اشترياه على الشركة، فأيهما باعه فبيعه جائز، فإن ربحا فيه أو وضعها فيه وضيعة اقتسما الثمن على رؤوس المال؛ وذلك لأن الشراء وقع مع بقاء [١/٣٣٥] الشركة في المشتري، فهلاك المال بعد

(١) انظر: الأصل ٦١/٤.

(٢) في ب بياض والمثبت من أ.

(٣) في أ (القسمتين).

(٤) في ب (بمال) والمثبت من أ.

تمام الشركة لا يؤثر فيها.

٢٣٣٣ - فَصْلُ: [الضمان بالهلاك في يد الشريك]

قال أبو يوسف: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم فقال: اشتر بها بيني وبينك نصفين، والربح لنا، والوضيعة علينا، فقبل ذلك وقبض المال على هذا الشرط، فضاع مَنْ عنده قبل أن يشتري شيئاً، فلا ضمان عليه، وليس هذا بقرضٍ عليه، إنما هذا شركة، فإذا اشترى بالمال ثم هلك فعلى الأمر ضمان نصف المال، وعلى المشتري مثل ذلك.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا هلك الألف قبل أن يعمل بها، فالقابض ضامن نصف المال.

لأبي يوسف: أنه دفع المال إليه على وجه الشركة، وأذن له في أن يشتري به لهما، فما هلك من يد الشريك لا يلزمه ضمانه، وليس كذلك إذا اشترى ثم هلك؛ لأنه لما اشترى لزمه نصف الثمن ديناً، وقضاه من مال الأمر، فكان عليه مثله.

لمحمد: أن الشراء بمال الغير على أن الربح للمشتري لا يكون إلا بطريق القرض، فقد أقرضه نصف الألف وأقبضه ذلك؛ فإذا هلك هلك من ضمانه.

يبين ذلك بما اتفق [عليه] أبو يوسف ومحمد: أن الأمر لو قال للمأمور: اشتر بألفي على أن جميع الربح لك، فأقبضه الألف فهلك قبل الشراء كان مضموناً عليه؛ لأنه لا يستحق [جميع] الربح، إلا أن يكون المال قرضاً، فكذلك إذا شرط هذا في بعض الألف.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: في هذه المسألة مثل قول أبي يوسف .

وقد قالوا: إن شركة العنان تصحّ بين الرجال والنساء؛ لأنها تتضمن الوكالة، وتوكيل أحدهما للآخر جائز، وكذلك تصحّ بين الأحرار والعبيد، وبين العبيد المأذون لهم، وكذلك الصبي المأذون والمكاتب؛ لأن توكيل هؤلاء ووكالتهم جائزة.

وتصحّ أيضاً بين المسلمين وأهل الذمة؛ لأنه ليس من شرطها التساوي في المال، وكذلك يجوز عدم التساوي في التصرف، وليس بين المسلم والكافر [إلا] الاختلاف [في] التصرف.



بَاب ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يَعْمَلَه في المال



قال أبو الحسن: ولكل واحد من شريكي العنان أن يبيع مال الشركة بالنقد والنساء؛ وذلك لأن الشركة إذْ نُعِمَ عام في البيع، وذلك يشتمل على النقد والنساء؛ ولأن الوكيل بالبيع يملك عندنا أن يبيع بالنسيئة، وتصرف الشريك أعم من تصرف الوكيل وأقوى، فهو بجواز ذلك أولى.

قال: ويشتري أيضاً؛ يعني: بالنقد والنساء، وهذا على وجهين:

إذا [ب/٣٣٥] كان في يده مال خاص للشركة جاز أن يشتري بالنساء، وكذلك إن كان عنده مكيل أو موزون، فاشترى بذلك الجنس شيئاً؛ لأن الشريك وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة.

فأما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير، واشترى بدراهم أو دنانير فالمشترى له خاصة دون شريكه؛ وذلك لأننا لو صححنا شراءه على الشركة صار مستديناً على مال الشركة [والشركة شركة عنان]، والشريك والمضارب لا يملكان الاستدانة إلا أن يؤذن لهما في ذلك، وليس هذا كما لو كان المال المشتري به في أيديهما مثله؛ لأن هذا ليس باستدانة.

بيان ذلك: أنه إذا اشترى بألف وليس ذلك عنده صار مستديناً على شريكه، فيؤدي إلى أن يصير مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، وإذا كان في يده مثل ذلك المال لم يؤد إلى هذا، [فجاز].

وقد حكى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: إذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز، وقال زفر: لا يجوز.

لأبي حنيفة: أن الدراهم والدنانير قد أجريا مجرى الجنس الواحد، فكأنه اشترى بجنس ما في يده.

وأما زفر: فلا يجوز الشركة في الدراهم والدنانير ويجعلهما في حكم الجنس، فصار كالمشترى بالدراهم وعنده عروض.

قال: وله أن يبضع؛ وذلك لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم أن يبضعوا، ولأن له أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض، فإذا دفعها بضاعة فقد استعمل فيها بغير عوض، فهو أولى.

قال: وله أن يودع؛ لأن ذلك من عادة التجار، ولأنه يجوز أن يستحفظ المودع بأجر، فإذا استحفظه بغير أجر [فهو] أولى.

قال: وله أن يدفع مال الشركة مضاربة، ذكره محمد في الأصل عن أبي حنيفة^(١).

وقال الحسن عن أبي حنيفة: [إنه] ليس له ذلك.

وجه رواية الأصل: أنه يملك أن يستأجر المضارب للعمل في المال ببدل مضمون في الذمة، فإذا دفعه مضاربة استعاد عمله بغير أجر مضمون فهو أولى.

وجه رواية الحسن: أن المضاربة [شركة]^(٢) وليس لشريك العنان أن

(١) انظر: الأصل ٦١/٤.

(٢) في ب (شركتين) والمثبت من أ.

يشارك إلا أن ينص له على ذلك . وهذا ليس بصحيح ؛ لأننا لو جوّزنا له أن يشارك [لاستفاد] ^(١) بحكم العقد مثل العقد ، وتوابع العقد ما هو دونه ، والمضاربة دون المشاركة ، فجاز أن يستفاد بمقتضى الشركة ، وإن لم يستفد بمقتضاها الشركة [١/٣٣٦] التي هي مثلها ، تبين ذلك أنهم قالوا في المضارب : ليس له أن يدفع المال مضاربة بإطلاق المضاربة ، وله أن يوكل ؛ لأن الوكالة دون المضاربة ، فجاز أن يستفاد بحكمها وإن لم يستفد بها مثلها ، وعلى هذا لم يجز للوكيل أن يوكل بإطلاق الوكالة ؛ لأنه لا [يستفيد] بحكم العقد مثل العقد .

قال : يجوز أن يعمل في المال الذي بشركتهما كل شيء يجوز للمضارب أن يعمل ؛ وذلك لأن تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم ، فما كان ^(٢) للمضارب أن يعمل فلا يجوز للشريك أولى .

قال : ولأحدهما أن يوكل بالشراء والبيع ؛ لأن الشركة تنعقد على عادة التجار ، ولأننا لو لم نجوز له أن يوكل ضاق الأمر عليه ؛ ولأن التجار لا يتمكنون من جميع التصرفات بأنفسهم ؛ لأن الوكالة أخص من الشركة ، فجاز أن يستفاد بحكمها ^(٣) .

٢٣٣٤ - فصل : [ارتهان أحدهما بدين عليهما]

قال محمد في كتاب الرهن : [إذا رهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليهما لم يجز ، وصار ضامناً للرهن] ، ولو ارتهن بدين لهما أو أداناه وقبض ،

(١) في ب (لاستأذنه) والمثبت من أ .

(٢) في أ (جاز) .

(٣) انظر : الأصل ٤/٦١ ، ٦٢ .

لم يجوز على شريكه ، وهذا إنما يريد به إذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدتهما ؛ وذلك لأن الرهن للإيفاء ، فكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره ، فكذلك لا يملك الرهن ، وكذلك [إذا] ارتهن بدين [أدناه] ؛ لأن الارتهان للاستيفاء ، وهو لا يملك أن يستوفي ثمن ما عقده شريكه لنفسه .

قال : فإن هلك الرهن في يده ، وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ، ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ، ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن ، وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين ؛ وذلك لأنه قبض الرهن بعقد فاسد ، وفاسد الرهن يتعلق به الضمان كما يتعلق بصحيحه .

فإذا هلك في يده صار مستوفياً للدين ، ومن استوفى ديناً مشتركاً بغير إذن شريكه ، كان لشريكه أن يرجع على الغريم بنصيبه ، ويرجع الغريم على القابض بما قبض ؛ لأنه سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ، ولم يملك ذلك ، وإن شاء الشريك رجوع عليه بنصف دينه ؛ وذلك لأن هلاك الرهن استيفاء للدين من طريق الحكم ، وأحد الشريكين إذا استوفى نصيبه من دين مشترك كان لشريكه أن يشركه فيما قبض ويرجع القابض بمثله ، فإن أشركه في مسألتنا في مقدار نصيبه ثبت للمرتهن الرجوع بمثل ما استحق ، وفي ذمته مثله ، فصار مستوفياً له ، فثبت لشريكه المشاركة فيه ، وثبت له الرجوع بمثله ، وعلى هذا حتى يستوفيا^(١) [ب/٣٣٦]

الدين .

وقد طعن عيسى في هذه المسألة وقال : يجب أن لا يضمن الشريك نصيب

(١) في أ (يستوفي الدين) .

شريكة؛ لأن محمداً قال: لو قال رجل [لرجل]: أعطني رهناً بدين فلان الذي عليك، فإن أجازته جاز، وإن لم يجزه فلا ضمان على القابض، فإن أعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن^(١).

وهذا ليس باعتراض؛ لأنه لما أخذ رهناً لغيره وشرط أن لا ضمان صار عدلاً [له]، وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب عليه الضمان، فأما في مسألتنا فإنما قبضه للاستيفاء، والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون.

قال أبو الحسن: وإن اشتركا شركة مبهمة، فلكل واحد منهما أن يبيع بالنقد والنسيئة، وأن يأخذ رهناً، وذلك كله جائز عليه وعلى شريكه، وإنما يعني بالشركة المبهمة: المطلقة.

فأما البيع بالنقد والنسيئة، فقد بيناه، وأما أخذ الرهن فإذا ولي العقد جاز له أن يرهن ويرتهن؛ لأنه يملك الإيفاء والاستيفاء، وليس كذلك المسألة المتقدمة؛ [لأنهما وضعاً على أنهما]^(٢) وليا العقد، ولا يملك أحدهما أن يستوفي نصيب شريكه ولا أن يوفيه.

وأما الحوالة فلأنها [تمليك مال]^(٣) بمال، والشريك يملك هذا في حق شريكه؛ ولأنه من عمل التجار.

قال: ويجوز أن يوكل كل واحد منهما وكيلاً بالبيع والشراء، أستحسن ذلك، وأدع القياس فيه.

(١) انظر: الأصل ٩٥/٤.

(٢) في ب (لأنه وضعها على أنها) والمثبت من أ.

(٣) في ب (تملك عليه) والمثبت من أ.

[وجه القياس: أن الشريك رضي برأيه ولم يرض برأي غيره].

وجه الاستحسان: أن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم أن يوكلوا [ويبضعوا] ويستأجروا من يعمل في المال.

قال: وإذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة، فليس لأحدهما أن يوكل ببيعه، وإن وَّكَّلَ لم يجر في حصة صاحبه؛ لأن شركة الأملاك كل واحد من الشريكين في نصيب الآخر كالأجنبي، ألا ترى أنه لم يأذن له في التصرف ولا ولاية له عليه، فلم يجر له التصرف في ماله مع عدم الولاية والإذن.

قال أبو الحسن: وإذا باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن، وكذلك كل دَيْنٍ وليه أحدهما فليس للآخر قبضه، وللمديون أن يمتنع من دفعه؛ وذلك لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقدة؛ ولأن المديون لم يلتزم الحقوق للمالك، وإنما التزمها للعاقدة، [فلم يجر أن يلزمه للمالك ما لم يلتزمه إلا بتوكيل العاقدة]، فإن دفع إلى الشريك برئ من نصيبه، ولم يبرأ من حصة المداين، وهذا استحسان.

والقياس: إذا قبض الموكل لا يبرأ الدافع؛ لأن حقوق العقد لا تتعلق به كالأجنبي.

وجه الاستحسان: أنا لو فسخنا هذا [العقد] ^(١) احتجنا إلى إعادته في الحال [١/٣٣٧] ألا ترى أن المديون يلزمه دفعه إلى العاقدة، فَيَتَعَيَّنُ في يده للموكل، فيرده إليه فلا معنى لفسخ القبض وإعادته في الحال.

(١) في ب (القبض) والمثبت من أ.

قال: وليس لواحدٍ منهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه، والخصومة للذي باع، وعليه ليس على الذي لم ينل من ذلك شيء، ولا يسمع بينته فيه، ولا يستحلف، وهو والأجنبي في هذا سواء.

وذلك لما بينا أن الخصومة من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد.

قال: وإن قبض الذي باع الثمن أو المبيع أو وكل بذلك، جاز عليه وعلى شريكه؛ لأن شريكه^(١) قائم مقامه، فصار قبضه كقبضه.

قال: فإن وكل أحدهما وكيلًا ودفع إليه مالاً وأمره بأن ينفق على شيء من تجارتهما، والمال من الشركة فذلك جائز؛ لما بينا أن الشريك يملك التوكيل، فصار تصرف وكيله كتصرفه.

قال: وإن أخرج الشريك الآخر الوكيل، فقد خرج منها إن كان في تقاضي أو بيع أو شراء أو إجارة؛ وذلك لأن كل واحد من الشريكين يملك التصرف في حق شريكه الآخر بالتوكيل، فكذلك بالعزل؛ ولأن الشريك وكيل لشريكه، وإذا وكل كان لمؤكِّله أن يعزل وكيله.

فإن كان وكله في تقاضي [ما باعه] فليس للآخر إخراجه؛ وذلك لأنه لا يملك أن يوكل بتقاضي ما باعه شريكه، فلا يملك أن يعزل [وكيله] عنه؛ ولأن هذا التوكيل لم يستفده الشريك بحكم الوكالة، وإنما استفاده بالعقد، وشريكه لا يمكنه عزله عن حقوق العقد.

قال: وليس لأحدهما أن يكاتب عبداً من تجارتهما، ولا يعتقه على مال؛

(١) في أ (وكيله).

لأن الشركة تنعقد على التجارة، والمكاتبه والعتق ليسا من التجارة؛ ولهذا لا يملكهما المأذون.

قال: وليس لأحدهما أن يُزوّج عبداً ولا أمة في قول أبي حنيفة ومحمد، أما تزويج للعبد فلا يجوز في قولهم، ولا يملك أحد في حق عبده^(١) إلا أن يأذن بصريح الإذن؛ لأنه ضرر لا منفعة فيه، وأما تزويج الأمة فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه ليس من التجارات، وتصرف الشريك خاص في التجارات، ويجوز عند أبي يوسف؛ لأن تصرفه عام كتصرف الأب، وقد بينا هذا في النكاح.

قال: وإذا باع أحدهما [وأخر الآخر] لم يجز على صاحبه، أما في نصيب شريكه فلا يجوز؛ لأنه لا يملكه ولا ولي عقده، وأما في نصيب نفسه فلا يجوز عند أبي حنيفة على أصله في الدين المشترك: أن [أحد الشريكين لا يملك تأخير نصيبه منه^(٢)].

وقال أبو يوسف ومحمد: يملك.

[١/٢٤٠]^(٣) [وجه قول أبي حنيفة: أن تأخير نصيبه يؤدي إلى قسمة الدين حال كونه في الذمة، ألا ترى أن معنى القسمة: أن ينفرد أحد الشريكين بنصيبه على وجه لا يثبت للآخر فيه حق، وهذا المعنى موجود في التأخير، فإذا لم يجز قسمة الدين، لم يجز تأخيره، وليس كذلك إذا أبرأ أحدهما من نصيبه؛ لأن البراءة إتلاف لنصيبه، والدين فيها معنى القسمة، ألا ترى أن القسمة سلامة

(١) في أ (غيره).

(٢) انظر: الأصل ٧٧/٤ وما بعدها.

(٣) من هنا سقط من ب، والمثبت من أ.

نصيب أحدهما له مع ثبوت حق الآخر فيه ، فأما إتلاف أحدهما نصيبه ، فهو
كطعام مشترك أحرق أحدهما نصفه .

وجه قولهما: أن التأخير إسقاط للمطالبة كالبراءة .

وأما إذا أدانا جميعاً ، ثم أّخر أحدهما ، فتأخيره عند أبي حنيفة لا يجوز في
نصيب شريكه ؛ لأنه لا يملكه ولا تولى العقد فيه .

ولا يجوز في نصيب نفسه ؛ لما في ذلك من قسمة الدين ، وعلى قولهما:
[٢٤٠/ب] يجوز تأخيره في نصيبه ، كما يجوز أن يُبرئ منه ، ولا يجوز في نصيب
شريكه .

فأما إذا عقد أحدهما ثم أّخر العاقد ، فتأخيره جائز عند أبي حنيفة ومحمد
في النصيبين جميعاً ، أما في نصيبه ؛ فلأنه مالك له ، وأما في نصيب شريكه ؛
فلأنه هو العاقد ، والمطالبة من حقوق العقد ، فتعلق بالعاقد .

وعلى قول أبي يوسف: يجوز في نصيبه ، ولا يجوز في نصيب شريكه ؛
لأن من أصله أن الوكيل بالبيع لا يملك تأخير الثمن ولا البراءة منه .

وإذا ثبت من أصل أبي حنيفة ومحمد: أن تأخير العاقد لنصيب شريكه
جائز ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه يملك أن يُقايِل البيع ثم يبيعه نسيئةً ، فإذا لم يقايِله
وأّخر الدين ، جاز .

وليس كذلك الوكيل بالبيع ؛ لأنه لا يملك أن يقابل ، ويبيع بالنساء ، فإذا
أّخر ضمن .

وإن استقرض أحدهما مالاً لزمهما ؛ وذلك لأن الاستقراض تمليك مال

بالعقد ، كالصرف ، فيثبت في حقه وحق شريكه .

قال : وإن أقرّ بدين لم يجز على صاحبه ؛ وذلك لأن شركة العنان لا تتضمن الكفالة ، والإقرار يلزم المُقرّر ، فلا يُصدّق على إيجاب الحق على شريكه .
وليس لأحدهما أن يقرض ؛ لأن القرض تبرع ، وهو لا يملك التبرع في حق شريكه .

وإن أقرّ بجارية في يده من تجارتهما أنها لرجل ، لم يجز في نصيب شريكه ، وجاز في نصيبه ، وإن كان قال له : اعمل برأيك ؛ لأن تصرف كل واحد منهما لا يجري مجرى تصرف الآخر ، فلم يصح إقراره في نصيب شريكه كالوكيل .

وكذلك إن قال له : اعمل برأيك ؛ لأن هذا القول يفيد عموم التصرف فيما اشتملت الشركة عليه ، والإقرار لم يدخل في الشركة .

قال : ولا يملك أن يُقرض على شريكه إلا أن يأذن له إذناً مصرّحاً أن يقرض ؛ لأن القرض لما لم يشتمل عليه الشركة لم يدخل تحت قوله : اعمل فيه برأيك ، فلم يجز حتى يُصرّح بالإذن فيه .

قال : وما استأجر أحد شريكي العنان لشيء من تجارتهما ، فهو جائز ، والأجر على المُستأجر خاصة ، لا يطالب الآخر به ، ويرجع على شريكه بنصفه ؛ وذلك لأن الإجارة من التجارة ، ألا ترى أن المأذون يملكها ؛ ولأن المنافع أُجريت مجرى الأعيان ، فصار الاستئجار كالشراء ، والمطالبة عليه ؛ لأنها تتعلق بالعاقدة ، ويرجع على شريكه بنصفه ؛ لأنه وكيله في العقد .

قال : وإذا أقال أحد شريكي العنان فيما باعه الآخر ، جازت الإقالة ؛ لأنه

يملك الشراء على الشركة ، والإقالة فيها معنى الشراء .

قال : وإن اشترى أحدهما بغير مال الشركة لم يلزم صاحبه ، وهذا قد بيّناه ؛
لأنه يصير مستديناً على المال ، ولم يأذن له في الاستدانة .

قال أبو يوسف : وليس لواحد منهما أن يسافر بالمال بغير إذن صاحبه .

والصحيح من قول أبي حنيفة : أن لشريك العنان ، والمبضع ، والمضارب ،
والمودع أن يسافروا .

وروي عن أبي حنيفة : أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافر ، وهو قول
أبي يوسف .

وروي عنه : أن له أن يسافر إلى موضع لا يبيت عن منزله .

وروي عنه : أنه يسافر بما لا حمل له ولا مؤونة ، ولا يسافر بما له حمل
ومؤونة .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد : أن الشركة إذن في التصرف الذي يحصل به
الربح ، وذلك يكون في السفر والحضر ، فاقضى عموم الأمر جوازهما ؛ ولأنه
مؤتمن في المال كالمودع ، ولا شبهة في المودع أنه لا يلتزم بحفظ الوديعة على
أن يقعد عن أسفاره .

وجه قول أبي يوسف : أن السفر بالمال خطر ، فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه .

والذي فرّق بين البعيد والقريب ؛ فلأنه إذا كان لا يبيت عن منزله ، فهذا في
حكم المصر ومَحَالّه .

والذي فرّق بين ما له حمل وبين ما لا حمل له ، أن ما له حمل إذا احتاج شريكه إلى ردّه لزمه مؤونة في الرد ، وما لا مؤونة له لا يوجد فيه ذلك .

وقد ذكر أبو الحسن وقال : فإن اشتركا في الأشياء كلها وليس في شيء بعينه ، وهي مُفَاوِضَةٌ أو عِنَان في الشراء والبيع بالنقد والنسيئة ، فلهذا أن يسافر في بيع من بيع الشركة له حمل ومؤونة أو لا حمل له بغير إذن شريكه .

قال هذا عطف على قول أبي يوسف ؛ وذلك لأنهما إذا عقدا الشركة عامة ، فقد فوّض إليه الرأي على العموم ، فكأنه قال له : اعمل برأيك .

وقد قالوا جميعاً في الشريك ورب المال إذا قال : اعمل برأيك : أن له السفر ؛ لأنه فوّض إليه الرأي في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة .

قال أبو الحسن في الجامع عطفاً على هذه المسألة ، قال : وكل شيء من هذا خرج فيه الشريك أو المضارب إلى موضع البيع الذي يشتري فيه ، فلا ضمان عليه .

وليس هذا كالسفر ، وإنما يعني بهذا : إذا اشتركا في نوع من الأموال يبتاع في موضع مخصوص ، فسافر الشريك لا يبتاعه ؛ لأن الشركة تقتضي المعتاد من ذلك النوع ، فكأنه أذن في السفر إليه .

قال أبو يوسف عطفاً على قوله : ليس لأحد الشريكين أن يسافر ، فإن سافر أحدهما فهلك ، فلا ضمان عليه إذا كان لا حمل له ولا مؤونة ، وإذا كان له حمل ومؤونة فهو ضامن ، وهذا على الرواية التي جوّز له السفر أحدهما دون الآخر .

قال : وما لم يكن فيه مؤونة ، فاشترى به في السفر أو باع ، فربح أو وضع ،

فإنه يجب في القياس أن يكون الربح له ، ولكنني أدع القياس ، فإن عطب كان ضامناً ، وإن سلم كان الربح بينهما .

وكذلك ما سافر به من متاع الشركة مما له حمل ومؤونة ، فباعه ، فتوى الثمن أو توى المتاع من قبل أن يبيعه ، فهو ضامن ، فإن سلم فالربح بينهما على الشركة ، وهذا يتفرع على الرواية الأخرى التي سوي فيها بين الأمرين في المنع من السفر .

فوجه القياس : أنه صار ضامناً بالسفر ، والضمان ينافي الأمانة ، فكان الربح له كالغاصب .

وجه الاستحسان : أنه لما سلم حكماً بزوال الضمان ، فكأنه لم يكن ، ولأننا ضمناه للخطر بالمال ، فإذا سلم فقد زال المعنى الموجب للضمان .

وهذا نظير ما قالوا في المستأجر إذا تعدى في الحمل وسلمت الدابة : فالقياس : أنه لا يلزمه الأجرة ؛ لأنه غاصب [٢٤١/أ] بالتعدي ، والأجر والضمان لا يجتمعان ، إلا أنهم استحسنا : إذا سلم أن يجب الأجر ؛ لأن المعنى الموجب للضمان قد زال ، فكأنه لم يكن .

وإذا سافر الشريك بالمال وقد أذن له في السفر ، أو قيل له : اعمل برأيك ، أو كانت الشركة مطلقة على الرواية التي جوزوا السفر ، فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من رأس المال ، وروى ذلك الحسن عن أبي حنيفة ، وقال محمد : هذا استحسان ؛ لأن نفقته من مال الغير لا يجوز إلا بصريح الإذن ، وإنما استحسنا ؛ لأن السفر إذا كان لأجل مال الشركة ، فالعادة أن الإنسان لا يلتزم نفقته من ماله لربح يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون ،

وإنما ينفق في العادة من المال ، فصار المعتاد كالمنطوق به .

قال محمد: وإن ربح حَسَب النفقة من الربح وإن لم يربح ، كانت النفقة من رأس المال ؛ لأن النفقة جزء تالف من المال ، فإن كان هناك ربح فهو منه ، وإلا فهو من الأصل .

قال الحسن عن أبي حنيفة: ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه هو وما اشتراه صاحبه مرابحة على ما اشتراه ؛ وذلك لأن كل واحدٍ منهما وكيلٌ بالشراء لصاحبه وبالبيع ، ومن وُكِّل بالبيع جاز أن يبيعه مرابحة .

فإن باع أحدهما متاعاً من شركتهما ، فرُدَّ عليه بعيب فقبَلَهُ بغير قضاء قاضي ، جاز ذلك عليهما ؛ لأن كل واحدٍ منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة ، وقبول المبيع بغير قضاء في حكم شراءٍ مبتدئاً .

وكذلك لو حَطَّ من ثمنه أو أخر ثمنه ، يعني: لأجل العيب ؛ لأن العيب يوجب الرد ، ويجوز أن يكون الصُّلح والحط أنفع من الرد ، فكان له ذلك .

قال: وكذلك لو احتال بثمنه على رجل ، جاز ؛ لأن الحوالة تمليك مالٍ في الذمة بمثله ، كالصرف .

وإن حَطَّ أحدهما عن غريم لهما شيئاً من غير عيب ومن غير أن يخاف منه ، جاز نصف الحط في حصته ، ولم يجز على صاحبه ؛ لأن الحط بغير عيب تبرع ، وتبرع الإنسان يجوز في مال نفسه ، ولا يجوز في مال شريكه .

وكذلك لو وهب ؛ لأن الهبة صريح تبرع ، وذلك لا يجوز في ملك الغير .

قال: ولو أقرَّ أحدهما بعيب في متاع باعه ، جاز عليه وعلى صاحبه .

قال: وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ، وبه نأخذ ؛ وذلك لأن الشريك لا يلزمه الجحود إذا كان يعلم بالعيب ، فإذا أقر به لم يكن مُفَرِّطاً .

وقد قالوا في الوكيل إذا أقر بالعيب ، فردّ [بقضاء] ^(١) القاضي عليه ، كان له أن يخاصم الموكَّل ؛ لأنه لا يملك الشراء في حقه ، وقوله غير مقبول إن كان العيب كان في يده ، فأما الشريك فليس بمتعدِّ في الإقرار ، وهو يملك الشراء في حق شريكه ، فلذلك لزمهما .

قال: فإن قال كل واحدٍ منهما لصاحبه: اعمل في ذلك برأيك ، جاز لكل واحدٍ منهما أن يعمل في ذلك كله فيما يقع في التجارة: من الرهن ، ودفع المال مضاربة ، والسفر بالمال ، والارتهان ، وأن يخلطه بماله ، وأن يشارك فيه ؛ وذلك لأنه فوّض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة ، فإذا فعل ما هو من التجارة ، جاز على العموم ؛ ولأننا إنما لا نجوز له أن يُشارك ؛ لأنه بالشركة يوجب في مال شريكه حقاً لغيره ، فإذا فوّض إليه الرأي فقد رضي بذلك .

وأما الهبة والقرض وما كان إتلافاً للمال ، أو تملكاً له بغير عوض ، فإن ذلك لا يجوز ، إلا أن ينص عليه بعينه ؛ لأن هذا ليس من التجارة ، وهو إنما فوّض إليه الرأي في التجارة خاصة .

وقد قالوا: إن الشريك إذا لم يقل له: اعمل برأيك ، لم يجوز له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصّ ؛ لأن الخلط إيجاب حق في المال ، فلا يجوز إلا في القدر الذي رضي به مالك المال .

وقالوا: إن شارك أحد الشريكين رجلاً شركة عنان ، فما اشتراه الشريك ،

(١) هنا في النسخة طمس قدر كلمة ، والمثبت ما يدل عليه السياق .

فنصفه له ونصفه بين الشريكين ؛ وذلك لأنه لا يملك الشركة في حق الشريك ، ويملك التوكيل ، وفي مضمون الشركة التوكيل ، فإذا اشترى الشريك ، كان نصف ما اشتراه بينهما ، فإذا اشترى الشريك الذي لم يشارك فيما اشتراه بينه وبين شريكه نصفين ، ولا شيء للأجنبي منه ؛ لأنه لم يوكله ، فبقي ما اشتراه على حكم الشركة .

قال الحسن: وإذا شارك أحد الشريكين شركة عنان رجلاً شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه ، لم تكن مفاوضة ، وكانت شركة عنان ؛ لأن المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان ، ألا ترى أن المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال ، وذلك لا يصح في حق شريكه ، فكان ذلك فسخاً للشركة ، وهو لا يملك الفسخ مع غيبته .

وإن كان ذلك بمحضر من صاحبه ، صحّت المفاوضة ، وكان ذلك إبطالاً لشركة العنان ؛ لأنه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه ، فإذا فعل ما يقتضي الفسخ ، كان فسخاً .

وقالوا: إذا أخذ أحد شريكي العنان مالاً مضاربة ، فهو له خاصّة ؛ لأن المضارب يستحق الربح في مقابلة عمله ، فانفرد به ، كما لو آجر نفسه .

قال: وإذا قال أحد الشريكين للآخر: اعمل برأيك ، فليس له أن يزوّج ، ولا أن يكتاب ؛ لأن ذلك ليس من التجارة ، وهو إنما جعل إليه عموم التصرف في التجارة .

قالوا: ولا يستولد جارية من المال ؛ لأن في ذلك إبطالاً للشركة ، وهو إنما جعل إليه عموم التصرف في الشركة ، لا في إبطالها^(١) .

(١) انظر: الأصل ٦٢/٤ وما بعدها .

بَاب

ما يجوز لأحد المتفاوضين أن يعمله في مال المفاوضة



قال أبو الحسن: كل ما ذكرت لك أنه يجوز لشريك العنان أن يفعله ، فذلك جائز للمفاوضين ، ويجوز على شريكه ؛ وذلك لأن المفاوضة أعمّ من العنان ، فما جاز لشريك العنان من التصرف ، فجوازه للمفاوض أولى .

وعلى هذا ، كل ما كان شرطاً في صحة شركة العنان ، فهو شرط في صحة شركة المفاوضة ؛ لأن المفاوضة أعمّ من العنان ، فهي تقتضي شروط العنان وزيادة .

وكل ما فسدت به شركة العنان ، فهي مفسدة لشركة المفاوضة ؛ لأن المفاوضة لا يُفسدها ما لا يفسد العنان ؛ فلأن يفسدها ما يفسد العنان أولى .

ويجوز للمفاوض أيضاً ما لا يجوز لشريك العنان ، فمّا يختص به المفاوض أن يجوز إقراره بالدين عليه وعلى شريكه ، ويطلب المُقرُّ له أيهما شاء ؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر [٢٤١/ب] ، فيلزم المُقرُّ بإقراره ، ويلزم شريكه بكفالاته .

وكذلك ما وَجَبَ على كلِّ واحدٍ منهما من كل واحدٍ منهما من دين بسائر العقود التي تكون من التجارة: من الشراء ، والبيع ، والاستئجار وغير ذلك من سائر ما يضمنه أحدهما من الأموال بالغصوب ، والبيوع الفاسدة ، والخلاف في الودائع ، والعواري ، والاستهلاكات ، والإجازات .

أما ما لزم أحدهما بالعقود التي تكون من التجارة ، فذلك دين لزم بسبب

الشركة ، وكل واحدٍ منهما كفيل عن الآخر فيما يلزمه بسبب الشركة .

ولهذا قالوا: إن البينة تُسَمَّعُ في ذلك على الشريك الذي لم يَلِ العقد ؛ لأن الدين لازم له كما هو لازم لشريكه ؛ ولأنه كفيل عن شريكه ، والبينة بالدين تُسَمَّعُ على الكفيل كما تسمع على المفكول عنه .

فأما البيع الفاسد ، فهو مما اشتملت عليه الشركة ، ألا ترى أن الأمر بالبيع يقتضي الصحيح والفاسد ، وأما الغصب فإنه يلزم الشريك ضمانه عن شريكه ، وروى الحسن بن أبي مالك وعَلِيّ بن الجَعْد عن أبي يوسف: أن الغصب والاستهلاك لا يلزم إلا فاعله دون شريكه ، وكذلك الإقرار بذلك .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن ضمان الغصب يجري مجرى ضمان البيع الفاسد ؛ لأن الضمان متعلق بالقبض ؛ ولأنه يدل عمّا ملك بالفعل ويصح الاشتراك فيه ، كالبدل في البيع .

وجه قول أبي يوسف: أنه ضمان يتعلق بالفعل ، فأشبه ضمان الجناية .

وأما الخلاف: في الودائع ، والعواري ، والرهنون ، والإجازات ، فهو كضمان الغصب ؛ لأنه يلزم بالتعدي في ملك الغير .

فأما إذا كفل أحدهما بمالٍ عن غيره ، فذلك لازم لشريكه عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه .

وجه قول أبي حنيفة: أن الكفالة تمليك مال بمال بنفس العقد ، كالصّرف .

وجه قولهما: أن الكفالة تبرّع كالهبة والصدقة والقرض .

وأما إذا كفل أحدهما بنفسٍ لم تؤخذ جنائياً في بني آدم لم يلزم شريكه ؛ لأن الجنائية ليست من التجارة ؛ ولأنه مال لزم بدلاً عما لا يصح الاشتراك فيه ، وكذلك إن تزوج امرأة على مهر ، لم يلزم ذلك شريكه ؛ لأن المهر بدل عما لا يصح فيه الاشتراك .

وأما إذا جنى أحدهما على دابةٍ أو ثوبٍ ، لزم شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأنه يملك المجني عليه بالضمان ، وذلك مما يصح فيه الاشتراك .

قال : ويجوز لأحدهما أن يكتب عبداً للتجارة ، أو يأذن له في التجارة ؛ وذلك لأن تصرف كل واحد منهما عام فيما عاد نفعه إلى المال ، كتصرف الأب في مال الصغير .

وقال ابن رستم عن محمد : وكل ما يجوز أن يفعله الإنسان فيما لا يملكه ، فالمفاوض فيه أجوز أمراً^(١) .

وإنما يعني بذلك : أن الأب إذا جاز له التصرف في مال ابنه بشيء ، فجوازه للمفاوض أولى ، والكتابة والإذن يملكهما الأب في مال ابنه .

قال : ولا يجوز أن يعتق شيئاً في عبادة التجارة على مال ؛ لأن العتق صريح التبرع ، ألا ترى أنه يتعجل العتق بمال يجوز أن يسلم ويجوز أن لا يسلم ؛ ولهذا لا يملك الأب في مال ابنه .

قال : ولا يزوج العبيد ؛ لأن تزويج العبيد ضرر لا نفع فيه ؛ لأن المهر والنفقة تجب في رقبتة ، وولده لغيره وينتقص من قيمته ، فلا يملكه الإنسان في مال غيره .

(١) انظر : الأصل ٧٧/٤ وما بعدها .

قال: ويجوز أن يزوّج الإمام؛ لأن تزويج الإمام فيه منفعة، ألا ترى أنه يسقط عنه نفقتها، ويستحق مهرها وولدها، وتصرفه عام في كل ما عاد نفعه إلى المال، فيجوز.

قال: ويجوز أن يدفع المال مضاربة؛ لأنه يملك أن يستأجر من يعمل بأجر مضمون، فلأن يملك أن يستعمله بمالٍ غير مضمون أولى.

قال: ويجوز أن يشارك شركة عنان عند أبي يوسف ومحمد، ولا يجوز في رواية الحسن؛ لأن شركة العنان أخص من المتفاوضة، فجاز أن يُستفاد بمقتضاها كما يُستفاد المضاربة بمقتضى العنان؛ ولأن الأب يملك ذلك في مال ابنه، فكذلك يملك المتفاوض على شريكه.

وجه رواية الحسن: أنه يوجب للشريك حقاً في مال شريكه، وذلك لا يجوز إلا بإذنه، وأما إذا فاض أحدهما رجلاً، جاز عليه وعلى شريكه في قول محمد. ذكره في الأصل.

قال أبو يوسف: لا يجوز، وكذلك في رواية الحسن.

وجه قول أبي يوسف: أن العقد لا يُستفاد بما اقتضاه مثله، وإنما يُستفاد به ما هو دونه.

وجه قول محمد: أن تصرف كل واحد منهما عام، فصار كتصرف الآخر.

قال: ويجوز أن يرتهن ويرهن على شريكه؛ لأن كل واحدٍ منهما يملك أن يستوفي ما باعه الآخر، فكذلك يملك أن يرتهن؛ لأن الرهن للاستيفاء، ويلزم كل واحد منهما أن يوفي ما على الآخر، فكذلك يجوز أن يرتهن؛ لأن الرهن للإيفاء.

قال: ويجوز أن يقبض كل واحد منهما ما أدانه، أو أدانه صاحبه، أو أدانه جميعاً، أو وجب لهما على رجل من غضب أو كفالة؛ لأن كل واحد منهما كفيل ووكيل للآخر، فيملك أن يستوفي في حقه، وكل واحد منهما تصرفه كتصرف الآخر.

قال: وما وجب عليه، فلصاحب الحق أن يأخذ كل واحد منهما به؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر، فيطالب بحق الكفالة.

قال: وكل واحد منهما خصم عن الآخر، يطالب بما على صاحبه، ويقام عليه البينة، ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارات، وذلك لما بيننا أن الكفيل خصم فيما يدعي على المكفول عنه، ويُستحلف على علمه؛ لأنها يمين على فعل الغير.

قال: وإذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله، أو كسوة، أو ما لا بدّ له منه، فذلك جائز، وهو له خاصة دون صاحبه، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء، وهذا استحسان.

والقياس: أن يكون المشتري بينهما؛ لأنه مما يصح الاشتراك فيه، فصار كسائر الأعيان.

وجه الاستحسان: أن الضرورة تدعو إلى شراء القوت والكسوة؛ لأنه مما لا بدّ منه، فصار مستلزم المفاوضة بالضرورة، فاخصّ به المشتري.

قال: وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك، إلا أنهم قالوا: إن الشريك يرجع على شريكه

بنصف ثمن ذلك ؛ لأنه يقضي دينه من ماله فيرجع به عليه .

قال: وليس له أن يشتري جارية للوطء ، ولا للخدمة بغير إذن الشريك ؛ لأن الجارية مما يصح فيه الاشتراك ، ولا ضرورة به إلى الانفراد بملكها ، فصار كسائر الأعيان ، فأما الطعام والكسوة ففيه ضرورة ، فأخرجت من الشركة . [١/٢٤٢]

قال: وإن اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه ، فهو له خاصة ، ولم يذكر في كتاب الشركة الاختلاف .

وذكر في الجامع الصغير فقال عند أبي حنيفة: لا يرجع عليه بشيء من الثمن ، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه بنصف الثمن^(١) .

وجه قول أبي حنيفة: أن الجارية داخلة في الشركة ؛ بدلالة أنها لو لم تدخل استوى فيها الإذن وعدم الإذن ، كالطعام المشترك ، وإذا دخلت في الشركة فإذنه في الشراء لا يخلو: إما أن يكون لجواز الشراء ، أو للانفراد بها ، أو لتملكها .

ولا يجوز أن يكون لجواز الشراء ؛ لأنه تملك بغير إذن ، ولا يجوز أن يكون للانفراد بها ؛ لأنه لا ينفرد بها وإن أذن ، فلم يبق إلا أن يكون للتملك ، فكأنه قال: اشتر جارية بيننا ، وقد ملكتك نصيبي فيها ، فيكون هذا هبة متعلقة بالشراء ، وإذا اشترى وقبض ، صحّت الهبة .

وجه قولهما: أن الجارية مشتراة على الشركة ، والإذن في الشراء لجواز الانفراد بها بعد الشركة ، فلا يثبت سقوط الثمن من غير حاجة إليه .

قال: وإن شترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه ، فاستولدها ، ثم استحقت ،

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٤٤٩ .

فعلى الواطئ العقر، يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء؛ لأن هذا ضمان وجب بسبب البيع، والضمان الواجب بسبب البيع يلزم كل واحد منهما كالثمن.

وليس كذلك المهر في النكاح الصحيح والفاسد؛ لأنه مال لزم بسبب النكاح، فلا يدخل في الشركة.

ولو أقال أحدهما في بيع باعه الآخر جاز عليهما؛ لأنه يملك الشراء على الشركة، والإقاله في معنى الشراء؛ ولأن الإقالة يملكها شريك العنان، فالمفاوض أولى.

وإذا مات أحد المتفاوضين، أو تفرقا، لم يكن للذي لم يل المداينة أن يقبض الدين؛ لأن الشركة بطلت بالموت، ألا ترى أنها وكالة، والوكالة تبطل بموت الموكل؛ لبطلان أمره، وتبطل بموت الوكيل؛ لتعذر تصرفه.

وإذا بطلت الشركة، بطلت الوكالة التي في مضمونها، فلم يجز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر إذا لم يكن هو الذي ولي العقد، ويجوز قبضه في نصيب نفسه؛ لأنه موكل فيه، وقبض الموكل يجوز استحساناً.

وأما الذي ولي المداينة، فله أن يقبض الجميع؛ لأنه يملك ذلك بعقد المداينة، فلا تبطل بفسخ الشركة، كما لا تبطل بالعزل.

وإذا أجر أحد المتفاوضين نفسه في خياطة أو عمل من الأعمال، والأجر بينهما نصفان، وكل كسب اكتسبه أحدهما فهو بينهما نصفان، وهذا على وجهين:

إذا أجر نفسه على عمل يصير مضموناً عليه بالعقد، صار ذلك العمل مضموناً على شريكه بالكفالة، فكانت الأجرة بينهما.

فأما إذا أجر نفسه في عمل لا يكون مضموناً عليه ، فالأجرة له خاصة ، مثل أن يؤجر نفسه يخدم رجلاً ؛ لأن العمل ليس بمضمون عليه ، فلا يستحق شريكه الأجرة مع عدم الضمان .

وقال أبو حنيفة: وإذا قضى أحدهما ديناً كان عليه قبل المتفاوضة ، فهو جائز ؛ لأنه إذا قضى صار المقضي ديناً على القاضي ، ثم يصير قصاصاً من طريق الحكم ، وهو يملك المداينة بحكم الشركة ، فلذلك جاز القضاء .

ولا تنتقض المتفاوضة ؛ لأن مال أحدهما العين لم يزد على مال الآخر ، وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين ؛ لأنه قبض مالاً للشريك أن يملكه إياه ، ويرجع على شريكه بحصته منه ؛ لأنه قضى دين نفسه من مال غيره ، فإن استرجع ذلك بطلت المتفاوضة ؛ لأن ملكه زاد على مال شريكه .

قال: فإن رهن به أمة من المتفاوضة ، وهو خمسمائة وقيمتها ألف ، فإن ماتت في يد المرتهن ، ذهبت بخمسمائة ، ولا يضمن ما بقي ؛ لأنه مودع في مقدار الأمانة من الرهن ، وللمفاوض أن يودع .

وكذلك وصي أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه قيمتها ألف ، فماتت في يد المرتهن ، ذهبت بأربعمائة ، ويكون ذلك ديناً للورثة على الوصي ، وهو أمين في الفضل .

وكذلك الأب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه ؛ وذلك لأن الأب والوصي يملكان الوديعة ، وما زاد على مقدار الدين في الرهن أمانة ، فيصير كالوديعة .

وقال الحسن: قال أبو حنيفة: لو أقرض أحد المتفاوضين مالاً ، وأعطاه

رجلاً ليأخذ به سفتجة^(١)، كل ذلك جائز عليهما، ولا يضمن توي المال أو لم يتور.

وفي قياس قول أبي يوسف: أن الذي أقرض وأعطى السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك، وهذا فرع على اختلافهم في الكفالة؛ لأن الكفيل في حكم المقرض، فإذا جاز ذلك عند أبي حنيفة في حق الشريك، جاز القرض، وعلى قول أبي يوسف: لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع، فكذلك القرض.

وقالوا: في أحد المتفاوضين إذا استأجر إبلاً إلى مكة ليحج، أو ليحمل عليها متاعه من بيته، فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالأجر؛ لأن المعقود عليه مما يجوز دخوله في الشركة، ألا ترى أنه لو بدا له في حمل متاعه، فحمل عليهما متاع الشريك، جاز، وإذا دخل ذلك في الشركة كان البديل عليهما.

ولو أجر أحدهما عبداً له ورثه، لم يكن للشريك أن يقبض الأجرة؛ لأنها بدل عما لم تدخل في الشركة، فلم يملك قبضه كالدين الذي وجب له من الميراث^(٢).



(١) السفتجة: هي دفع شخص ماله في بلد لشخص آخر ليقبضه من وكيله في بلد آخر، درءاً لخطر الطريق ومؤنة الطريق. وتعرف اليوم: بالحوالة المالية. وهذا المعروف في كتب الفقه. وفي معجم الوجيز: «السفتجة في الاقتصاد: حوالة صادرة من دائن، يكلف منها قرينه دفع مبلغ معين في تاريخ معين لإذن شخص ثالث، أو لإذن الدائن نفسه، أو لإذن الحامل لهذه الحوالة. وجمعها سفاتج». (السفتجة).

(٢) انظر: الأصل ٩٠/٤ وما بعدها.



بَابُ من يجوز له شركة المفاوضة



قال أبو الحسن رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى: وإذا اشترى الرجلان - وأحدهما حرّ مسلم، والآخر عبد أو مكاتب أو وصي مأذون في التجارة - شركة مفاوضة، لم يصح، وكانت شركة عنان؛ لأن المفاوضة تقتضي التساوي في المال والتصرف، والعبد والمكاتب لا يساويان الحر في التصرف؛ لأن تبرعهما لا يجوز، وتبرع الحر جائز، وكفالتهما لا تصح، وإذا لم يتساويا في التصرف لم تجز الشركة.

وكذلك العَبْدَانِ وَالصَّيِّانِ وَالْمُكَاتِبَانِ إذا اشتركوا؛ لأن المفاوضة تقتضي الكفالة، وكفالة هؤلاء لا تصح، وإنما كانت الشركة عناناً؛ لأنه... (١) قد فيها شرط لا يُعتبر في العنان، فبطل معنى المفاوضة وبقي معنى العنان.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا تصح المفاوضة بين المسلم والذميّ، وقال أبو يوسف: تصحّ.

وجه قولهما: أن المسلم والذمي لا يتساويان في التصرف؛ إذ الذمي يتصرف في الخمر والخنزير دون المسلم، وعدم التساوي في التصرف يمنع جوازها.

وجه قول أبي يوسف: أن الخمر والخنزير مستثنى من شركتهما، وهما

حاران تجوز كفالتهما ووكالتهما كالمسلمين. [٢٤٢/ب]

(١) كلمة غير مقروءة.

وأما المسلم والمرتد فلا تجوز الشركة في قولهم . هكذا ذكر أبو الحسن ،
ورواه عيسى .

وقال محمد في الأصل : قياس قول أبي يوسف أن يجوز .

فأما على أصل أبي حنيفة ؛ فلأن المرتد موقوف التصرف ، وملكه موقوف
فلم يساو المسلم في الملك ولا في التصرف ، فلم تجز شركتهما .

وأما محمد فقال : كُفِرَ أحد الشريكين يمنع صحة المفاوضة كالذمي .

وأما أبو يوسف يُفَرِّق بين المُرتد والذمي ؛ لأن مِلْكَ المرتد معرض للزوال ،
وتصرفه ناقص ، ألا ترى أن حاكماً لو حكم ببطلان تصرفه وزوال ملكه نفذ
حكمه ، وإذا انتقض ملكه وتصرّفه حل محل المكاتب .

وأما إذا شارك المسلم مرتدّاً ، فلا يجوز . ذكره أبو الحسن ، وهذا ظاهر
على أصل أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن الكفر عندهما يمنع من انعقاد الشركة ، كالكفر
الأصلي .

فأما أبو يوسف ، فالكفر عنده لا يمنع ، وإنما لم يجز في المرتد لنقصان ملكه
وتصرفه ، وهذا لا يُوجد في المرتد ؛ لأنها لا تقتل ، فكان الواجب أن تجوز الشركة .

ويجوز أن يقال : إن الردة تمنع صحّة المفاوضة ، كالرجل .

وأما إذا تفاوض الذمّيان ، جازت مفاوضتهما وإن اختلف دينهما ؛ لأنهما
يتساويان في تمام الملك والتصرف ، وتصح كفالتهما كالمسلمين ، واختلافهما
في الدين غير مؤثر ؛ لأنه لا يوجب اختلاف التصرف .

وأما إذا تفاوض المرتدان ، أو اشتركا شركة عنان ، فذلك موقوف عند أبي حنيفة على أصله: أن عقود المرتد موقوفة ، فإن أسلم جاز عقدهما ، وإن قُتلا على ردتها أو لحقا وحكم بلحاقهما ، بطل تصرفهما .

فأما على قولهما: فشركة العنان جائزة ؛ لأن عقودهما تامة جائزة .

فأما المفاوضة فينبغي أن لا تجوز ؛ لأن عند أبي يوسف نقصان الملك يمنع المفاوضة ، وملكهما ناقص ؛ لأن الحاكم لو حكم بزواله نفذ حكمه ، فصارا كالمكاتبين .

وأما محمد فمن أصله: أن المرتد كالمريض في عقوده ، وكفالة المريض لا تصح إلا من الثلث ، والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق .

وأما إذا شارك مسلم مسلماً ، ثم ارتد أحدهما ، فإن قتل أو لحق فحكم بلحاقه ، بطلت الشركة ، وإن رجع مسلماً قبل ذلك فهما على الشركة ؛ لأنه إذا قتل أو لحق بدار الحرب فحكم بلحاقه ، زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد ، فكأنه مات ، فتبطل شركته ، وإن أسلم زالت المراعاة في ملكه ، فكأن الردة لم تكن .

ولهذا قال أبو حنيفة: إن المرتد منهما إذا أقرّ ثم قتل ، لم يلزمه إقراره ، ولم يلزم شريكه ؛ لأن الملك يحكم بزواله من حين الردة ، فقد أقر بعد بطلان الشركة^(١) .

فأما على قولهما: بإقراره جائز على شريكه ، وكذلك بيعه وشراؤه ؛ لأن

(١) انظر: الأصل ٤/٨٧، ١٠٨ .

الشركة عندهما بطلت بالقتل والحكم ، فما قبل ذلك الشركة باقية ، فينفذ تصرفه وإقراره .

قال: ويكره للمسلم أن يُشارك الذمي ؛ لأنه يعقد عقوداً لا تجوز في الإسلام ، فيحصل الكسب من وجهٍ محظور على المسلم ؛ ولهذا كرهوا توكيل المسلم للذمي^(١) .



(١) انظر: الأصل ٤/٨٨، ٨٩، ١٠٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٣ .

بَابُ شركة الوجوه



قال أبو الحسن: إذا اشترك الرجلان على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما، على أن ما اشتريا أو أحدهما فهو بينهما نصفان، أو شرطا أن لأحدهما من ذلك الثلثين، وللآخر الثلث، أو أرباعاً، أو كيفما شرطا وقوع الملك في المشتري بينهما، فهو جائز، والربح بينهما على قدر ملكهما فيما اشتريا، ولكل واحد منهما حصة ملكه، لا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح صاحبه شيئاً.

وقد بينا جواز هذه الشركة، وأنها منعقدة على الضمان، والضمان يستحق به الربح، فمقدار ما ضمن كل واحد منهما بالعقد له ربحه.

فإن شرط له أكثر من نصيبه لم يجز؛ لأنه شرط ربح له من غير مال ولا ضمان، وذلك لا يجوز.

فإن قيل: يجوز أن يكون فضل الربح شرطاً لفضل العمل.

قيل له: العمل الذي يستحق به الربح في الشركة، إنما يكون إذا انعقدت على العمل في مال معلوم، كالمضاربة وشركة العنان، وفي مسألتنا لم يشترط العمل في مال معين، فلم يجز استحقاق الربح بالعمل، كرجل قال لرجل: أنا أدفع إليك ألفاً مضاربة على أن تعمل بالنصف، ولم يعينها، لم تجز المضاربة؛ لأنه لم يشترط العمل في مال بعينه.

قال: وهما في جميع ما يجب لهما، وما يجب عليهما، وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه، وما لا يجوز بمنزلة شريكي العنان؛ لأنهما أطلقا الشركة، والشركة المطلقة تقتضي العنان.

فإن اشتركا بوجههما شركة مفاوضة، فذلك جائز؛ لأنهما ضمّا إلى الوكالة الكفالة، وذلك جائز، إلا أنه لا بدّ من التساوي فيما يتاعانه؛ لأن المفاوضة تمنع من التفاضل^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٩.

بَابُ الشركة بالأعمال



قال عليه السلام: قد بينا جواز شركة الصنائع مع [اتفاق] ^(١) الصنعة واختلافها، فإذا أطلقت فهي عنان، وإن شرطاً فيها المفاوضة، فهي مفاوضة؛ لأنهما ضمّاً إلى الوكالة الكفالة، وذلك جائز.

فإن عمل أحدهما دون الآخر، والشركة عنان أو مفاوضة، فالأجر بينهما على ما شرطاً؛ لأن العمل استحق عليهما بالعقد، فإذا انفرد به أحدهما معيناً لصاحبه في نصف العمل، والأجر لمن لزمه العمل بالعقد، كالقصار إذا استعان برجل في القسارة.

قال: وإن شرط لأحدهما فضل عن صاحبه، وعملهما واحد أو متفرق، فاشترط لأحدهما الثلثين، أو ثلاثة أرباع، وللثاني ما بقي، فهو جائز على ما شرطاً إذا كانا قد شرطاً العمل جميعاً، وعمل بعد ذلك الذي شرط الكثير أو لم يعمل، وهذا إنما يصح في شرط الزيادة.

وإذا شرطاً التفاضل في ضمان ما يقبلانه، فاستحق زيادة الأجر بزيادة الضمان، فأما أن يستحق الربح على التفاضل والعمل متساوي، فلا يجوز؛ لما قدمنا في شركة الوجوه؛ لأن العمل إنما يستحق به الربح إذا شرط في مال بعينه.

وحكي عن أبي الحسن أنه علل لهذه المسألة فقال: المنافع غير مقومة إلا

(١) في الأصل (اختلاف)، والمثبت بحسب ما يقتضيه السياق.



بعقد ، والشريك قد قوّمها بمقدار ما شرط لنفسه ؛ فلذلك لم يستحق الزيادة عليها .

قال أبو بكر: لا يجوز أن يستحق الفضل بالعمل ، وإنما يستحق بزيادة الضمان ، ألا ترى أن عمل أحدهما لو كان أفضل من عمل الآخر ، فشرط أدونهما عملاً الثلثين ، جاز ذلك ، فعلم أن زيادة [١/٢٤٣] الأجر يستحق بفضل الضمان ، لا بفضل العمل .

قال: فأما الوضعية فلا تكون بينهما إلا نصفين على قدر عملها ، وإن كانا شرطا أن ما يتقبلان من شيء فثلثاه على أحدهما بعينه ، وثلثه على الآخر ، والوضعية نصفان ، فالقبالة^(١) بينهما على ما شرطا ، والربح على ما شرطا ، واشتراطهما الوضعية باطل ، وهي على قدر ما شرطا ، على كل واحد منهما من القبالة .

وقياس القبالة شركتهما بالأموال العين على ما وصفت لك ؛ وذلك لأن الربح إذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضعية على قدر ذلك ، ألا ترى أن المال يجوز أن يستحق فيه الربح بالشرط ، أولى أن تكون الوضعية على قدر الضمان .

قال محمد في إملائه: ولا يشبه شركتهما في القبالة شركتهما بالدين ؛ لأنهما حين تقبلا لم يلزمهما مال بضمانه ثمناً للقبالة ، فلا يقاس على الشراء بالدين ، وإنما يقاس فيما يتقبلانه من أعمال شركتهما بالمال العين في جميع ما وصفت لك ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا .

وهذا القول من محمد يدل على أن ما قاله أبو الحسن: أن زيادة الشرط في

(١) القبالة: من «القبيل: الكفيل ، والجمع قبُل وقُبلاء ، وَمَنْ تَقَبَّلَ بِشَيْءٍ وَكَتَبَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ كِتَابًا ، فَاسْمُ ذَلِكَ الْكِتَابِ الْمَكْتُوبِ عَلَيْهِ: الْقَبَالَةُ» . المغرب (قبل) .

شركة الصنائع تستحق بفضل العمل كما تستحق في شركة العنان ، وإن كان ذلك مفارقاً لشركة الوجوه التي تستحق فيها الربح بالضمان .

قال بشر عن أبي يوسف في كتاب المضاربة: ولو أن شريكين اشتركا في عمل يعملانه ، كل واحد منهما له عمل غير عمل صاحبه ، فمرض أحدهما ، أو بطل ، أو سافر ، فما عمل الآخر فهو بينهما ، وكذلك ما عمل المسافر ؛ لأن ما تقبله كل واحد منهما يجب عمله عليهما ، فإذا انفرد أحدهما بالعمل كان معيناً للآخر .

قال: ولو شرط لأحدهما ثلثي الكسب ، وللآخر الثلث على أن العمل عليهما نصفان ، أو على أن العمل عليهما ثلثان أو ثلث ، فالشركة جائزة ، ما خلا أن يشترط العمل نصفين ، والأجرة والكسب أثلاثاً .

قال: ولو اشتركا ولم ينسبا العمل إلى نصفين ، واشترطا الكسب أثلاثاً ، فهو جائز ؛ وذلك لأنهما لما اشترطا العمل نصفين والكسب أثلاثاً فقد شرط لأحدهما بدل عمل الآخر ، وذلك لا يصح .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا دفع رجل إلى أحدهما عملاً ، فله أن يأخذ بذلك العمل أيهما شاء ، ولكل واحدٍ منهما أن يطالبه بأجرة العمل ، وإلى أيهما دفع صاحب العمل برئ ، وعلى أيهما وجب ضمان العمل كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر ، وإن لم يتفاوضا ولكن اشتركا شركة مبهمة ، وهذا استحسان .

وقال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا جنت يد أحدهما ، فالضمان

عليهما جميعاً ، يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك .

وجه القياس : أن هذه الشركة شركة عِنَان ، فما لزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر ، وما يثبت لكل واحدٍ منهما بعقده ، لا يطالب به الآخر .

وجه الاستحسان : أن هذه الشركة مقتضاها الضمان ، ألا ترى أن العمل الذي يتقبله أحدهما مضمون على الآخر ؛ ولذلك يستحق الأجر ، وإذا كان الضمان مقتضاها أجروها في باب ضمان العمل ، واقتضاء البذل مجرى المفاوضة ، ولم يجعلوها مفاوضة من غير هذا الوجه ؛ لأنهم قالوا في الدين إذا أقر به أحدهما من ثمن صابون ، أو أشنان ، أو عمل من علم الفعلة ، وكذلك أجر أجير ، أو بيت لمدة قد مضت ، فإنه لا يصدق على صاحبه إلا بيئته ، ويضمن ذلك خاصة ولا يرجع عليه بيئته أو إقرار من صاحبه إذا كان ذلك مُستهلكاً ، وكانت المدة قد مضت في الإجارة .

وإن كانت الإجارة لم تمض ، أو المبيع لم يستهلك ، لزمهما جميعاً بإقراره وإن جحد شريكه ، فدل على أنهم جعلوهما كشريكي العنان في هذا الوجه ، وأجروها مجرى المتفاوضين في لزوم العمل والمطالبة بالأجر لما قدمنا .

وقال أبو يوسف : إن ادَّعي على أحدهما ثوب عندهما ، فأقرَّ أحدهما وجحد الآخر ، جاز على الآخر ، ويدفع الثوب ، ويأخذ الأجر ، وليس هذا بقياس ، وإنما هذا استحسان ؛ لأنهما ليسا بمتفاوضين ، فيصدق كل واحد منهما على صاحبه أنهما شريكان شركة عنان ، ولكن ندع القياس في هذا ونستحسن .

وجه القياس : أن الثوب في أيديهما ، فإذا أقرَّ أحدهما وجحد الآخر ، فقد

أقرَّ أن المُدَّعى فيما في يده دون ما في يد شريكه ، كشريكي العنان إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما .

وجه الاستحسان: أن كل واحد منهما لما لزمه كل العمل ، كان له المطالبة بالأجر ، وعليه المطالبة بالعمل ، ويلزمه ما حدث من عمل شريكه ، صار كالمتفاوضين ، فإذا أقر أحدهما لزم الآخر .

وقال ابن سماعه عن محمد: لا يقبل إقرار أحدهما على الآخر ، ويجوز فيما في يد المقر ، وفي الشيء الذي أقر به خاصة دون ما في يد صاحبه منه ، إن كانت الشركة نصفين ، صدق في نصف ما أقر به .

وهذا الذي قاله محمد هو القياس ؛ لأن الشيء في أيديهما ، وشركتهما عنان ، وإنما استحسن في ضمان العمل والمطالبة بالأجر ، فما سوى ذلك باقٍ على أصل القياس^(١) .



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٥٠/٣ وما بعدها .

بَابُ الشركة الفاسدة



قال أبو الحسن: وإذا اشترك الرجلان في الشيء المباح يملكه من أخذه بالأخذ: مثل الصيد، والحطب، والحشيش، وما يكون في الجبال من الثمار، ومن المعادن في التراب وما أشبهه، على أن يصيدا، أو يحتطبا، أو يحتشا، أو يسقيا الماء ويبيعانه، على أن ما أصابا من ذلك فبينهما، فالشركة فاسدة، ولكل واحد منهما ما أخذ ملكاً له، وثمنه أو ربحه ووضيعة عليه؛ وذلك لأن كل واحد منهما ملك ما أخذه بالأخذ، فليس لشريكه عليه سبيل^(١).

ولأن الشركة تنعقد على ما تنعقد عليه الوكالة، ولو وكَّلَ رجل رجلاً يصطاد له، لم تصح الوكالة، فكذلك لا تجوز الشركة.

ولأن كل واحد منهما يريد أن يستحق كسب الآخر من غير مال، ولا ضمان، ولا عمل، وذلك لا يجوز.

وإذا لم تصح الشركة، كان لكل واحد منهما ما أخذ؛ لأنه ملكه بالأخذ، فإن أخذ كل واحد على الانفراد وخلطاه وباعاه، فإن كان مما يُكَّال أو يُوزن، قُسم الثمن بينهما على قدر الكيل الذي لكل واحد منهما أو الوزن.

وإن كان لا [ب/٢٤٣] يُكَّال ولا يُوزن، قُسم الثمن بينهما، يضرب كل واحد

(١) انظر: الأصل ٤/١١٣.

منهما بقيمة الذي له ؛ لأن المكيل والموزون غير متفاوت والثلث بدل عنه ، فاستحق كل واحد منهما من الثلث بمقدار ملكه .

وإن كان مما لا يكال ولا يوزن ، وهو متفاوت ، قسم الثلث على قيمته .

فإن لم يُعَرَف الكيل والوزن والقيمة ، فكل واحد منهما يُصَدَّقُ فيما يدَّعي إلى النصف من ذلك ، فإن ادَّعى أكثر من النصف فعليه البينة ؛ وذلك لأنه في أيديهما ، والتساوي في اليد يقتضي التساوي في الملك .

فإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله أو جمعه ، فله أجر مثله لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك في قول أبي يوسف .

وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ .

وإنما وجب الأجر ؛ لأن الأخذ في المباح قَدَّمْنَا أنه سبب للملك ، وقد استوفى منفعة الأجر بعقد فاسدٍ ، فكان له أجر المثل .

قال أبو يوسف: لا يجاوز به المُسَمَّى ؛ لأنه رضي بذلك ، فسقط ما زاد عليه ، كمن قال لرجل: بع هذا الثوب على أن لك نصف ثمنه ، فباعه ، كان له أجر المثل لا يتجاوز به نصف الثمن .

وجه قول محمد: أن الأجر لا يزداد على المُسَمَّى ؛ لأنه لما رضي بالتسمية وهي قدر معلوم ، أسقط ما زاد عليه ، ونصف الحطب في مسألتنا ليس بمعلوم حتى يكون مسقطاً لما زاد عليه من أجر مثله ؛ ولهذا يستحق أجر المثل وإن لم يجمع ما له قيمة .

قال: وإن كان لهما كلب فأرسله جميعاً ، كان ما أصاب بينهما ؛ لأنهما

تساويا في سبب الاستحقاق .

ولو كان الكلب لأحدهما ، أو كان في يده فأرسله جميعاً ، كان ما أصاب الكلب لصاحبه خاصّة ؛ لأن إرسال غير المالك لا يعتد به مع إرسال المالك ، فصار كأن المالك أرسله بنفسه .

فإن كان لكل واحد منهما كلب ، فأرسل كل واحد منهما كلبه ، فأصابا صيداً واحداً ، كان بينهما نصفين ؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق .

فإن أصاب كلب كل واحد منهما صيداً على حدة ، كان له خاصة ؛ لأنه ملك بفعله ، فاخصّص به دون غيره^(١) .



(١) انظر: الأصل ١١٣/٤ وما بعدها .

بَابُ الرجلان يشتركان في الحمل على الإبل أو غيرها



قال أبو الحسن: وإذا اشترك الرجلان ولأحدهما بغل ولآخر بعير، فاشتركا على أن يؤاجرا ذلك، فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فأجراهما جميعاً بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم، فإن هذا فاسد لا يجوز، ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير.

وإنما فسدت هذه الشركة؛ لأن الوكالة لا تصح على هذا الوجه^(١)، ألا ترى أن رجلاً لو قال لرجل آخر: أجر بعيري على أن أجرتهُ بيننا، لم يصح، فكذلك الشركة؛ ولأن الأعيان لا تصح الشركة فيها، فكذلك منافعها.

وإذا فسدت الشركة فالإجارة صحيحة؛ لأنها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم، ومن حكم الإجارة أن يقسم الأجر على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين.

ولو تقبلاً حمولة معلومة بأجر معلوم، ولم يؤاجر البغل والبعير، فحملاً الحمولة على ذلك، فالأجر بينهما نصفان؛ وذلك لأن الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد، فكان البديل بينهما على قدر الضمان، وقد تساويا في الضمان، ولا معتبر لزيادة حمل البعير على البغل، كما لا يعتبر في شركة الصنائع بكثرة عمل أحدهما أو بكون أحدهما أحق من الآخر.

(١) انظر: الأصل ١١٦/٤.

قال: ولو أجر البعير بعينه، كانت أجرته لصاحبه دون صاحب البغل، وكذلك لو أجر البغل بعينه، كان الأجر لصاحب البغل دون صاحب البعير؛ لأن العقد وقع على منافع البعير بإذن مالكه، فكان الأجر له.

قال: وإن كان الآخر أعانه على الحمولة والنقل، كان للذي أعانه أجر مثله لا يجاوز به نصف الأجر الذي أجرا به في قول أبي يوسف.
وقال محمد: أجر مثله بالغاً ما بلغ^(١).

وإنما وجب على صاحب البعير الأجر؛ لأنه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد، والمنافع تتقوم بشبهة العقد.

ومن أصل أبي يوسف: أنه لا يجاوز بأجر المثل المسمى، معلوماً كان أو مجهولاً، وقد رضي الشريك بنصف الأجرة.

فأما محمد فقال: إن كان المسمى مجهول القدر، فله أجر مثله بالغاً ما بلغ، وقد بينا هذا في شركة الاحتطاب.

قال: ولو أن قصاراً له أداة القصارين، وقصاراً له بيت، اشتركا على أن يعملوا بأداة هذا في بيت هذا، على أن الكسب بينهما نصفان، كان هذا جائزاً، وكذلك [الصاغة]^(٢) والخياطون، والصبّاغون؛ وذلك لأن الكسب هاهنا بدل عن العمل، وقد صار العمل مضموناً عليهما، فبدله لهما، وأحدهما معين للآخر بنصف الآلة، والآخر معين له بنصف الدكان.

(١) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) في النسختين (الصناع) والمثبت من الأصل ١١٦/٤.

ونظيره في المسألة المتقدمة أن يتقبلا الحمولة ثم يحملاها على بهائمهما .
ولو أن رجلين اشتركا ولأحدهما دابة وللآخر إكاف وجوالقات ، فاشتركا
على أن يؤجرا الدابة على أن أجرها بينهما نصفان ، كانت الشركة فاسدة ، وأجر
الدابة لصاحبها ، وللرجل معه أجر المثل في قولهم^(١) .

أما فساد الشركة ؛ فلما قدمنا .

وأما الأجر ، فهو بدل عن منافع الدابة ، فكان لصاحبها ، وقد استوفى منافع
آلة الآخر بعقد فاسد ، فكان عليه أجر مثلها .

قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً دفع [دابة] إلى رجل ليؤجرها على أن الأجر
بينهما كان ذلك فاسداً ، والأجر لصاحب الدابة ، وللآخر أجر مثله ، وكذلك
السفينة والبيت ؛ لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح ، فلم تصح الشركة ،
والأجرة لصاحب الدابة ؛ لأن العاقد عقد على ملك الغير بأجرة ، وللآخر أجر
مثله ؛ لأن صاحب الدابة استوفى منفعه بعقد فاسد .

ولو كان دفع إليه الدابة لبيع عليها البزّ أو الطعام على أن الربح بينهما
نصفان ، كان فاسداً ، والربح لصاحب المتاع ، ولصاحب الدابة أجر مثلها ،
وكذلك البيت ؛ لأن الكسب حصل للعاقد بعقده وبربح ماله ، فكان له ، وقد
استوفى منافع الدابة بعقد فاسد ، فكان عليه أجرها^(٢) . [أ/٢٤٤]



(١) انظر: الأصل ١١٧/٤ .

(٢) انظر: الأصل ١١٧/٤ ، ١١٨ .

بَاب

الرجل يقول للرجل ما اشتريت من شيء فبيني وبينك



قال أبو الحسن: أصل هذا الباب: أن ينظر ما عقدها بينهما، هل يوجب أن يكون فيما اشترى منزلة الشريكين في البيع والشراء؟ فإن كان يوجب ذلك، وليس يحتاج إلى توقيت وقت في ذلك، ولا صنف في المتاع، ولا قدر من المال.

فإن كان ما عقدا على غير هذا الوجه، إنما قصدا أن يكون ما اشترى بينهما خاصة بعينه، ولا يكون فيه بمنزلة شريكي التجارة، وإنما يكون الشيء المشتري بينهما كما يكون إذا ورثاه أو وهب لهما، فلا بد من أن يذكر وقتاً أو صنفاً أو قدراً من الصنف أو رأس المال، فإن لم يذكر شيئاً من ذلك، لم يجز ما عقدا عليه^(١).

وهذه الجملة التي ذكرها أبو الحسن صحيحة؛ لأن الشركة لا تفتقر إلى تسمية ما يشترى، ولا إلى بيان قدره؛ لأنها تقع عامة، فإن خصاً شيئاً اختصت، وإن أطلقا كانت على عمومها.

وإذا كان مقتضاها العموم لم يفتقر إلى التخصيص الذي ليس هو مقتضاها، وأما الوكالة، فمن حكمها أن تقع خاصة.

ولهذا قالوا فيمن قال: وَكَلْتُكَ في هذا المال، كان وكيلاً في الحفظ دون التصرف؛ لأننا لما لم نثبت العموم أثبتنا أدنى ما يقتضيه اللفظ، وهو الحفظ.

(١) انظر: الأصل ٤/٦٠، ٦١.

ثم الوكالة على ضربين: إذا لم يفوض إلى الوكيل الرأي عاماً، فلا بد من تسمية جنس ما وكله به، ومع الجنس أيضاً إما الصفة أو مقدار البدل، وكان القياس أن لا يجوز حتى يذكر مع الجنس الصفة والتمن، ولكنهم استحسنوا وقالوا: إن قدر الثمن يعلم بصفة في المبيع، والصفة تعلم به، فقام أحدهما مقام الآخر.

والنوع الثاني من الوكالة: إذا فوّض إلى الوكيل الرأي مطلقاً فيما يشتريه، مثل أن يقول: ما اشترت لي من شيء فهو جائز، فلا بد من ذكر الوقت، مثل أن يقول: اليوم، أو شهر كذا، أو سنة كذا، أو يذكر مبلغ الثمن فيقول: ما اشترت لي من شيء بكذا، أو يذكر نوع ما يشتريه فيقول: ما اشترت لي من البز، أو من الدقيق؛ لأن هذه الوكالة لما فوّض الرأي فيها إلى الوكيل جرت مجرى الشركة في احتمال الجهالة، إلا أنها وكالة، ومن حكم الوكالة الخصوص، فلو جوّزناها مطلقة من غير تخصيص جعلناها شركة من كل وجه، فأعطوها الشبه من الأصلين، فقالوا: إذا وَقَّت المدة، أو سَمَّى النوع، أو الثمن، فقد وقعت خاصة من وجه، فجازت، وإن أطلق، لم يصح.

قال بشر: سمعت أبا يوسف يقول لرجل: ما اشترت اليوم من شيء فيني وبينك، فقال: نعم، قال أبو حنيفة: هذا جائز، وكذلك قال أبو يوسف: وكذلك إن وَقَّت مالا ولم يوقت يوماً، وكذلك إن وَقَّت صنفاً من الثياب وسمّى عدداً ولم يُسم ثمناً ولا يوماً، فهذا جائز.

فإن قال: ما اشترت من شيء فهو بيني وبينك، ولم يسم ثمناً ولا يوماً، فإن أبا حنيفة قال: لا يجوز، وكذلك قال أبو يوسف؛ وهذا على ما بينا؛ لأنه لما

ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود، علم أنها وكالة، فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما قدمنا.

قال: إلا أن يشتركا فيقولوا: ما اشترينا، أو ما اشتري أحدنا من تجارته، فهو بيننا، فهذا جائز؛ وذلك لأنهما لما جعلتا ما يشتريه كل واحد بينهما، علم أنهما أرادا الشركة؛ لأن العادة لم تجر أن يوكل الوكيل الموكَّل، فعلم أنها شركة، فلم تفتقر إلى الخصوص.

وقال بشر عن أبي يوسف في رجل قال لآخر: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك، فقال: نعم، قال: هذه شركة غير مُسمَّاة ولا معلومة، فإن قال: ما اشتريت اليوم من شيء، أو وقت شهرًا أو سنةً، أو وقت البيع فقال: ما اشتريت من الحنطة إلى كذا أو كذا فبيني وبينك، فهذا جائز.

وكذلك إن قال: فإننا شريكان، أو قال: أشركني فيه، أو قال: فهو لي ولك، وهذا على ما بينا أنها وكالة، فلا بد فيها من ضرب من التخصيص.

وإن سمى صنفاً من النوع، ولم يُوقت مُدَّةً من الأيام، ولا وقتاً، فسمى من ذلك النوع فقال: ما اشتريت من الحنطة من قليل أو كثير فهو بيني وبينك، ولم يوقت ثمنًا، ولا كيلًا، ولا أيامًا، فإن هذا لا يجوز.

وكذلك الدقيق في جواز الوكالة أن يُبين مدة معلومةً، أو مالاً مسمىً، أو نوعاً، فذكر قدرًا منه، فإن لم يذكر لم يصح.

وكذلك ذكر في المسألة الأولى: إذا وَّقتَ صنفاً من الثياب وسمى عددًا ليدخل الخصوص فيما وَّكله فيه، فتفارق الشركة.

وقال محمد في الأصل: إذا اشترك الرجلان بغير مالٍ على أن ما اشتريا اليوم فهو بيننا، فخصّصاً صنفاً من الأصناف، أو عملاً، أو لم يخصاً، فهذا جائز، وكذلك لو لم يوقتا للشركة وقتاً، كان هذا جائزاً؛ لأنهما لما جعلاً ما يشتريه كل واحد منهما بينهما، عَلِمَ أنها شركة، وليست بوكالة؛ لأن الوكالة في العادة لا تقع في الطرفين، والشركة لا تفتقر إلى التخصيص.

فإن أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه، فكل ما اشترى من شيء فهو بينهما؛ وذلك لأن الشركة لما صحّت صار كل واحد منهما وكيلاً للآخر فيما يشتريه، فإذا أشهد أنه يشتريه لنفسه، فهذا إخراج له من الوكالة بغير محضر من الموكل، فلا يخرج^(١).



(١) انظر: الأصل ٦١/٤.

بَابُ الرجل يشتري الشيء فيقول له الآخر: أشركني فيه



قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل شيئاً، فقال له آخر: أشركني فيه، فهذا بمنزلة البيع والشراء إن كان قال له: أشركني قبل أن يقبض ما اشترى، فقال: قد أشركتك، فذلك لا يجوز؛ لأنه باع قبل القبض.

وإن كان بعد القبض، جاز ولزمه نصف الثمن إن كان علم بالثمن، وإن كان لم يعلم، فهو بالخيار: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك^(١).

والأصل في هذا: أن قوله: أشركني، التماس للبيع، بدلالة أن أبا بكر لما اشترى بلالاً قال له النبي ﷺ: «الشركة يا أبا بكر»^(٢)، فقال: قد أعتقته يا رسول الله، فدلَّ على أن الشركة تملك حتى منع منها العتق؛ ولأنه لما قال: أشركني، فكأنه قال: ساوِني فيما ابتعته، ولا يساويه فيه إلا أن ينتقل إليه نصفه بنصف الثمن، فإن أشركه فيه قبل أن يقبض وهو مما ينقل ويحوَّلُ فذلك باطل؛ لأن بيع ما يُنقل ويحول قبل القبض لا يجوز.

[٢٤٤/ب] وإن كان بعد القبض وقد عرف مقدار الثمن جاز؛ لأنه بيع بثمان معلوم، وإن لم يعرف مقدار الثمن، فهو بالخيار.

ومن أصحابنا من قال: البيع فاسد، فإذا عرف مقدار الثمن زالت الجهالة

(١) انظر: الأصل ٤/٥٨، ٥٩.

(٢) رواه أبو القاسم في تاريخ دمشق ٤٤٢/١٠؛ والبصري في الطبقات الكبرى ٣/٢٣٢.

المفسدة للبيع ، فكان بالخيار .

ومنهم من قال: البيع جائز ؛ لأن الثمن في نفسه وإن جهله المشتري ، كما أن بيع ما لم يره جائز ؛ لأنه معلوم في نفسه وإن جهله المشتري ، فإذا وقف على قدره واستفاد علماً بالبدل ، لم يكن عالماً به ، ثبت له الخيار ، كما يثبت للمشتري إذا رأى ما اشتراه ولم يكن رآه .

فإن كان قبض نصفه ولم يقبض النصف ، فقال رجل : أشركني في هذا الكر بنصف الثمن ، وهو مسمى قد عرفاه جميعاً ، ففعل ، فإن الشركة لا تجوز فيما لم يقبض ، وتجاوز فيما قبض ، ويكون للشريك نصف المقبوض إن شاء ؛ لأنه لما شاركه في الكر ، فقد أشركه فيما قبض وفيما لم يقبض ، وفيما لم يقبض لا يصح الاشتراك فيه ، وفيما قبض يصح ذلك فيه ، فكان شريكاً في المقبوض ، وله الخيار ؛ لأن الصفقة تفرقت عليه .

ولو كان كُرًّا بين رجلين ، فسأل أحدهما رجل الشركة ففعل ، كان ذلك جائزاً إن أجاز شريكه ، فله النصف كاملاً ، وإن لم يجز ، فلهذا المشترك نصف النصف إن شاء ؛ وذلك لأن قوله : أشركني في هذا الكرُّ ، يقتضي تملك النصف من النصفين ، فإذا أجاز الشريك جاز ، وإن لم يجز ، بطل الاشتراك في نصيبه وبقي في نصيب العاقد .

ولا يجوز أن يقال: فهلا أوقعتم العقد على جميع نصيب العاقد ؛ وذلك لأننا لو فعلنا هذا لم يكن أشركه ، وإنما أفرده بملكه ، والاشتراك يقتضي التساوي ، وليس هذا كما لو باع أحد الشريكين نصف الكر أنه يكون بائعاً لحصته ؛ لأن البيع لا يقتضي بقاء حقه ، فإذا لم يجز في نصيب شريكه نفذ في نصيبه ، والاشتراك

يقتضي تبقية حقه .

قال أبو يوسف: لو أن رجلاً في بيته حنطة يدعيها كلها، فأشرك رجلاً في نصفها، فلم يقبض حتى احترق نصف الطعام، فإن شاء المشترك أخذ نصف ما بقي، وإن شاء ترك، وكذلك البيع في هذا الوجه؛ لأن الشركة والبيع وقعا على نصف الكر، فما هلك هلك على الحقين، وما بقي بقي على الحقين، وله الخيار إذا كان ذلك قبل القبض؛ لأن الصفقة تفرقت عليه.

قال: وإذا استحق نصف الطعام، اختلفت الشركة والبيع: فكان البيع على النصف الباقي، وكان الاشتراك في النصف الباقي بينهما، وللمشترك الخيار؛ وذلك لأن الاستحقاق بين أن الطعام كان مشتركاً في الأصل، وقد بينّا أن الطعام المشترك إذا أشرك أحدهما فيه، كان للمشترك نصف نصيبه وإن باعه، وإن باعه نصفه كان بائعاً لجميع نصيبه، فكذا هذا.

وإذا اشترى الرجلان عبداً، فأشركا فيه رجلاً بعد القبض، فالقياس: أن يكون للرجل النصف، والاستحسان: أن يكون له الثلث، ذكره في الأصل، وبه نأخذ.

وجه القياس: أن كل واحد منهما لو أشركه على الانفراد استحق نصف نصيبه، فكذلك إذا أشركاه معاً.

وجه الاستحسان: أن الشركة تقتضي المساواة، فإذا قالا له: أشركناك، فكأنهما قالا له: ساويناك، فيقتضي أن يكون نصيب كل واحد منهما كنصيب الآخر. وليس كذلك إذا أشركه واحد بعد واحد؛ لأن كل واحد ساواه في نصيبه،

فاستحق النصف .

ولو أشرك أحد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه ، فأجاز شريكه ذلك ، كان للرجل النصف ، وللأولين النصف ؛ وذلك لأن الإشارك في النصيبين لما انفرد به كل واحدٍ منهما: هذا بالعقد ، وهذا بالإجازة ، صار كما لو أشركاه منفردين .

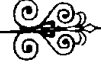
ولو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يبين في كم أشركه ، ثم أشركه الآخر أيضاً في نصيبه ، فإن للرجل نصف العبد ، ولكل واحد من الأولين الربع ؛ وذلك لأن الشركة لما اقتضت المساواة لم تفتقر إلى ذكر النصيب الذي أشركه فيه ، وحملت على الإطلاق للتساوي .

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف في نوادره: في رجلين اشترى عبداً ثم أن أحدهما قال لرجل: قد أشركتك في العبد ، فقبل ، فأجاز شريكه الشركة ، قال: يكون للمشارك ثلث نصف هذا ، وثلث نصف هذا ، فيكون العبد بينهم أثلاثاً ، فإن أبي صاحبه أن يجيز ذلك ، فإنه يكون للمشارك ثلث ما بقي في يد المشارك ، وهو سدس العبد .

وهذا خلاف رواية الأصل ؛ لأنه سوى بين أن يُشركاه معاً أو يشركه أحدهما ويجيز الآخر ؛ لأن الإجازة تستند إلى العقد ، فكأن العاقد أشرك بوكالة صاحبه .

ولو قال: أشركني في نصف هذا العبد ، فأشركه ، فأجاز ذلك شريكه ، فإن له نصف ما في يد هذا ، ونصف ما في يد هذا .

فإن لم يُجِزْ صاحبه ، كان نصف ما يد المشارك للمشارك ؛ لأن قوله: أشركني في نصفه ، فكأنه قال: أشركني بنصف رقبتة ، فإذا أجاز الشريك ، كان على



النصف من النصيبين ، وإن لم يجز كان على نصف أحدهما .

قال أبو يوسف: ألا ترى أن رجلاً لو اشترى عبداً فقال لرجل: قد أشركتك في نصفه ، فإن له النصف ، وكذلك لو قال: أشركني في هذا العبد كان له النصف ، فقد جعل قوله: أشركتك في نصف هذا العبد ، كقوله: بنصف هذا العبد .

ولو قال أحدهما: قد أشركتك في نصفي ، فإن له نصف ما في يده وهو الربع ؛ لأن (في) هاهنا لا تحتمل معنى (الباء) ، فحملت على المساواة في النصف .

وقال محمد: إذا اشترى رجل عبداً ، فقال له رجل: أشركني فيه ، فقال: قد أشركتك ، ثم لقيه آخر فقال: أشركني ، فقال: أشركتك ، فإن كان علم بمشاركة الأول ، فله نصف نصيب الذي أشركه: وهو الربع من جميع العبد ، وإن كان لا يعلم ، فله نصيب الذي أشركه كله ، فيكون نصفه للأول ، ونصفه للثاني ؛ وذلك لأنه إذا علم بمشاركة الأول فقوله أشركني في هذا العبد ينصرف إلى ما يملكه ، وهو النصف ، وإذا لم يعلم فقوله أشركني في هذا العبد ، يقتضي الشركة في بيع العبد ؛ وذلك لا يكون إلا بتمليك جميع ما بقي .

قال: وإذا قال الرجل لآخر: اشتر جارية فلان بيني وبينك ، فقال: نعم ، ثم لقي المأمور آخر ، فقال: اشتر جارية فلان بيني وبينك ، فقال: نعم ، ثم اشتراها المأمور: فهي بين الأمرين ، ولا شيء للمأمور في الجارية ؛ وذلك [١/٢٤٥] لأن الأول وكله بشراء نصف الجارية ، فلما قبِلَ الوكالة في الثاني في النصف ، انصرف ذلك إلى النصف الآخر ؛ لأنه لا يملك عزل نفسه عن الوكالة بغير محضر من الموكل ، فصارت الجارية للأمرين .

قال: ولو لقيه ثالث فقال: اشتر جارية فلان بيني وبينك ، فاشتراها بعد أمر الثلاثة ، كانت الجارية بين الأولين نصفين ، ولا شيء للثالث ؛ لأن قبوله الوكالة من الثالث عزل لنفسه في حق الأولين ، وهو لا يملك ذلك ، فسقطت الوكالة الثالثة .

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف: في شريكين شركة عنان في الرقيق ، فأمر أحدهما صاحبه أن يشتري عبد فلان بينه وبين المأمور ، ثم أمر رجل أجنبي المأمور بشراء ذلك العبد ، فقال: اشتره بيني وبينك ، فقال: نعم ، فاشتراه ، قال: فالنصف للأجنبي ، والنصف للشريكين ؛ وذلك لأن الشريك إذا وكله أجنبي أن يشتري له شيئاً صحّت الوكالة ؛ لأن الشركة لم تقتض الوكالة في شيء بعينه ، وإذا أمر أحدهما الآخر بشراء شيء بعينه ، فهذا الأمر لغو ؛ لأنه مستفاد بالشركة ، فإذا أمر أجنبي بابتياعه ، فكأنه أمره ولم يأمر شريكه بشيء ، فيكون المشتري على ما شرطاً^(١) .



(١) انظر: الأصل ٥٦/٤ وما بعدها .

بَاب

الدين يكون بين رجلين فيقبض أحدهما نصيبه هل يشركه الآخر أم لا؟



قال أبو الحسن: وإذا كان دين بين رجلين على رجل من ثمن بيع عبد بينهما باعاه، أو ألف بينهما أقرضاه، أو استهلك له ثوباً، أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه، فقبض أحدهما نصيبه أو بعضه، فلآخر أن يشركه، فيأخذ منه نصف ما قبضه بعينه، كان أجود من الدين أو مثله أو أردأ منه، وليس للقابض أن يمنعه نصف العين بأن يقول: أنا أعطيك مثل نصف الدين.

قال عليه السلام: الأصل في هذا: أن الدين المُشْتَرَك هو الثابت للشريكين بسبب واحد، فإذا قبض أحدهما شيئاً منه، فالمقبوض من النصيبين؛ لأننا لو جعلناه من أحدهما قسمنا الدين حال كونه في الذمة، وقسمة الدين لا تجوز، وإذا كان المقبوض من الحقين، كان للشريك أن يأخذ نصف المقبوض بعينه.

فإن كان أجود من حقه فالجودة لا يُعتدّ بها في الجنس الواحد، ألا ترى أن من عليه الدين الرديء إذا أعطاه الجيّد أجبر صاحب الدين على قبضه، فصار كأنه قبض نفس الحق، فليس له أن يعطيه غيره.

فإن كان المقبوض أردأ، فلم يسلم له من دينه إلا هذا القدر، فلم يلزمه ضمان غيره.

والدليل على أن قسمة الدين لا تصح ؛ لأن القسمة تمييز الحقوق ، وذلك لا يتأتى فيما في الذمة .

ولأنهما لو اقتسما الأعيان من غير تمييز لا يصح ، ألا ترى أن صُبْرَةَ طعام بين شريكين لو قال أحدهما للآخر: خذ هذا الجانب ولي هذا الجانب الآخر ، لم تصح القسمة ؛ لعدم التمييز ، فكذلك القسمة فيما في الذمة ؛ لأنه لم يتميّز .

ولأن القسمة فيها معنى التمليك ؛ لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما في يد الآخر ، وتمليك الدين لغير مَنْ في ذمته لا يجوز .

قال: ولو أخرج القابض ما قبض من يده ، بأن وهبه أو قضاه من دين عليه ، أو استهلك على وجه من الوجوه ، فللشريك أن يُضمَّنه مثل نصف ما قبض ، وليس له أن يأخذ من الذي هو في يده إذا كان موجوداً ؛ لأن الشريك قبضه اقتضاء من حقه ، فلشريكه فسخ قبضه على ما بيَّنا ، فإذا أخرج من ملكه سقط الفسخ فيه ، كالمقبوض على وجه بيع فاسد إذا خرج من ملك القابض ، ويضمن مثل نصفه ؛ لأنه استهلكه مع تعلق حق الغير به ، فكان عليه ضمانه .

وما قبض الشريك من شريكه ، فإنه يكون للقابض قدر ذلك ديناً على الغريم ، ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك .

فإن كان الدين ألف درهم بينهما ، فقبض أحدهما خمسمائة ، فجاء الشريك وأخذ نصفها ، يكون للقابض مما بقي على الغريم مائتان وخمسون ، وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت ؛ لأنه لما قبض النصف قضى من حقه ، فشاركه

شريكه فيه ، استحق قبضه في نصف ما قبض ، فيبقى دينه بحاله .

قال: ولو أن أحد الشريكين لم يقبض شيئاً ، ولكن أبرأ من حصته ، كانت البراءة جائزة ، ولم يكن عليه لشريكه شيء ، ولا يضمن أحدهما شيئاً ، إلا أن يستهلكه بعد أن يقبضه ؛ وذلك لأن البراءة إتلاف لحقه من الدين ، والمتلف لنصيبه من مال مشترك لا يضمن لشريكه شيئاً ؛ ولأنه إنما يضمن لسلامة نصيبه له ، ولم يسلم ؛ ولأن البراءة تبرع ، والتبرع لا يوجب الضمان على المتبرع .

فإن أبرأه أحدهما من مائة ، ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر ما لكل واحد منهما على الغريم ، فيكون المقبوض بينهما على تسعة ؛ لأن أحدهما لما أبرأه من مائة ، بقي له أربعمائة ، ولشريكه خمسمائة ، فضربا في المقبوض بتسعة أسهم على قدر ما بقي لهما .

قال: وكذلك إن كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسموا ؛ لأن القسمة تقع على قدر حق المقتسمين ، فإن اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما من مائة ، فالقسمة ماضية ، ولا تنقص براءته بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه ؛ لأنهما اقتسماه وملكهما سواء ، فصحت القسمة ، وزوال المساواة بعدها لا يؤثر فيها .

قال: ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ، ولكن اشترى بنصيبه ثوباً ، فللشريك أن يضمه نصف ثمن الثوب ، ولا سبيل له على الثوب ؛ لأنه إنما اشترى بثمن في ذمته ، ثم جعل ما في ذمته قصاصاً بدينه ، فكأنه قبض نصف الدين ، فلا يكون له على الثوب سبيل .

فإن اجتمعا على الشركة في الثوب فذلك جائز ؛ لأن الثوب على ملك

القابض ، وقد وجب عليه نصف ثمنه ، فإذا سلم نصفه بذلك ورضي شريكه ، فكأنه باع نصف الثوب منه .

فإن لم يشتر بحقه شيئاً ، ولكن صالحه من حقه على ثوب ، وقبض ، ثم طالبه شريكه بما قبض ، فإن القابض بالخيار: إن شاء سلم إليه نصف الثوب ، وإن شاء أعطاه مثل ربع الدين بنصف ما أخذ عنه للثوب ، والخيار في ذلك إلى القابض ؛ وذلك لأن الصلح لا يقتضي الضمان على المصالح ، ألا ترى أنه عقود التبرع ، فهو كالهبة والبراءة ، إلا أن المقبوض سلم له عن الدين المشترك ، فكان له أن يسلم نصفه إلى الشريك ، وله أن يقول: إنما التزم لكل نصف حقلك من الدين ؛ لأنه لا حق لك فيما زاد على ذلك .

قال: وإن شاء الشريك الذي لم يحدث في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبض ، ويرجع بدينه [٢٤٥/ب] على الذي عليه الدين ؛ وذلك لأنه يقول: إن ديني ثبت عليك بعقد المداينة ، فتسليمك إلي غيري لا يسقط مالي في ذمتك .

قال: فإن سلم له ذلك ، ثم توى الدين على الغريم ، فله أن يرجع على الشريك ، فيكون الحكم بينهما في كل وجه من هذه الوجوه كما ذكرت لك ، إذا لم يسلم إلا وجهاً واحداً إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه نصف ما قبض من الدراهم بعينها ، لم يكن له ذلك ، وكان له أن يعطيه مثلها ؛ وذلك لأن المقبوض في الأصل كان من حق مشترك ، وإنما سلم المقبوض ليسلم له ما في الذمة ، فإذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض بحاله ، إلا أنه ليس له أن يرجع في عين الدراهم ؛ لأنه أجاز تملك القابض بها ، فسقط حقه عن عينها ، وإنما حدد ضمان آخر لتوي ماله ، فيثبت ذلك الضمان في ذمة القابض كسائر الديون .

فإن أّخر أحدهما نصيبه ، لم يجرز تأخيره في قول أبي حنيفة ، وجرز في قولهما ، وقد بيّنا هذه المسألة .

وقد فرّع على قولهما ، فقال: إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه ، لم يكن للذي أّخر أن يُشركه فيه حتى يحل دينه ، فإن حلّ فله أن يشركه في قولهم جميعاً إن كان قائماً ، وإن كان مُستهلكاً ضمن حصته منه ؛ وذلك لأن الأجل يمنع ثبوت المطالبة ، فلا يكون له حق في المقبوض ، فإذا حل صار كأنه لم يزل حالاً ، فثبت له الشركة .

فإن لم يقبض الآخر شيئاً حتى حلّ دين الذي أّخر ، عاد الأمر كما كان ، وما قبض أحدهما من شيء شركه الآخر ؛ لأن الدين لما حل سقط الأجل ، فصار كما كان .

وقال محمد تفریعاً على أصله في هذه المسألة: إن الغريم لو لم يُعجل الذي لم يؤخر شيئاً ، ولكن عجل الذي أّخر مائة درهم ، كان للشريك أن يقاسمه ، فيكون بينهما نصفين ؛ لأنّ الدين عندهما تميّز بالتأخير ، فصار المعجل من حق الذي أّخر خاصة ، فيضرب فيه بجميع حقه ، وشريكه بجميع حقه ، فيقتسمانها نصفين .

ثم يرجع هذا القابض للمائة على الغريم بخمسين ؛ لأنه عجل له مائة ، واستحقها بالقبض ، فاستحق عليه شريكه نصفها ، فصار كاستحقاق الأجنبي ، فإذا أخذها قسمها وشريكه عشرة أسهم ، لشريكه منها تسعة ، ولهم سهم واحد ؛ لأن هذه الخمسين مأخوذة من نصيب شريكه لا من نصيبه ، ألا ترى أنها بدل ما استوفاه للشريك ، فيتضاربان فيها بقدر الحق المعجل دون المؤجل ، وقد بقي

لشريكه أربعمائة وخمسون ، وبقي له من جملة ما عجل له خمسون ، فاجعل كل خمسين سهماً ، فيكون ذلك عشرة أسهم .

واختلفت الرواية عن أبي يوسف : في دين بين شريكين على امرأة تزوجها أحدهما على نصيبه من الدين ، فروى بشر بن الوليد عنه : أن شريكه يرجع عليه بنصف حقه من ذلك ، وروى بشر عنه أيضاً : أنه لا يرجع ، وهي رواية محمد عنه ، وهو قول محمد .

وجه الرواية الأولى : أن المهر صار مضموناً في ذمته بالعقد ، ثم صار قصاصاً بدينه كالبديل في البيع .

وجه الرواية الأخرى : أن المهر ليس في مقابلته بدل مضمون ، ولا يسلم للشريك ما يمكن المشاركة فيه ، فلم يضمن لشريكه كما لو أبرأ .

وأما إذا استأجر أحد الشريكين بنصيبه ، فإن شريكه يرجع عليه في قولهم ؛ لأن الأجرة في مقابلته بدل مضمون بالعقد كالبيع .

قال بشر في روايته : فإن شج الطالب المطلوب مَوْضِحَةً ، فصالحه على حصته ، لم يلزم لشريكه شيء ؛ لأن الصلح عن الجناية ليس في مقابلته بدل مضمون ، ولا سلم له ما تصح المشاركة فيه .

وأما إذا استهلك الطالب على المطلوب مالاً ، فصارت قيمته قصاصاً بدينه ، أو اقترض منه شيئاً ، فلشريكه أن يرجع عليه ؛ لأن هذا اقتضاء للدين ، فصار كالقبض بالمباشرة .

وكل دين وجب للمطلوب على أحد الطالبين قبل أن يكون عليه الدين ، ثم

يصير عليه الدين لهما ، فيكون ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين عليه ، فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه ؛ لأنه قضى دينه ولم يقبض ، والضمان يتعلق بالاقضاء .

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: ولو أن أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبداً للمطلوب ، فوجب القصاص ، فصالح المطلوب على خمسمائة درهم ، كان ذلك جائزاً ، وبرئ من حصة القاتل من الدين ، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة .

وكذلك لو تزوج على خمسمائة مرسلة ، أو استأجر بخمسمائة مرسلة ؛ لأنه إذا صالح على مال في ذمته ، أو تزوج على مال في ذمته ، صار الدين قصاصاً به ، فهو في حكم المقبوض ، فيضمن .

وليس كذلك إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به ؛ لأن العقد لم يقع على مال في الذمة ، ولم يسلم له ما يصح فيه الاشتراك .

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك ما لا ليس فيه وفاء ، اشتركا بالحصص ؛ لأن الدين يمنع من انتقال الملك إلى الورثة ، فلا يسقط دين الوارث ، فيضرب بدينه كالأجنبي .

ولو أعطى المطلوب أحدهما رهناً بحصته ، فهلك الرهن عنده ، فلشريكه أن يضمه ؛ لأن هلاك الرهن استيفاء للحق من طريق الحكم ، فصار كاستيفاء بمباشرة .

ولو غضب أحد الشريكين من المطلوب عبداً ، فمات عنده ، فلشريكه أن

يضمنه ؛ لأنه صار ضامناً لقيمة العبد بهلاكه .

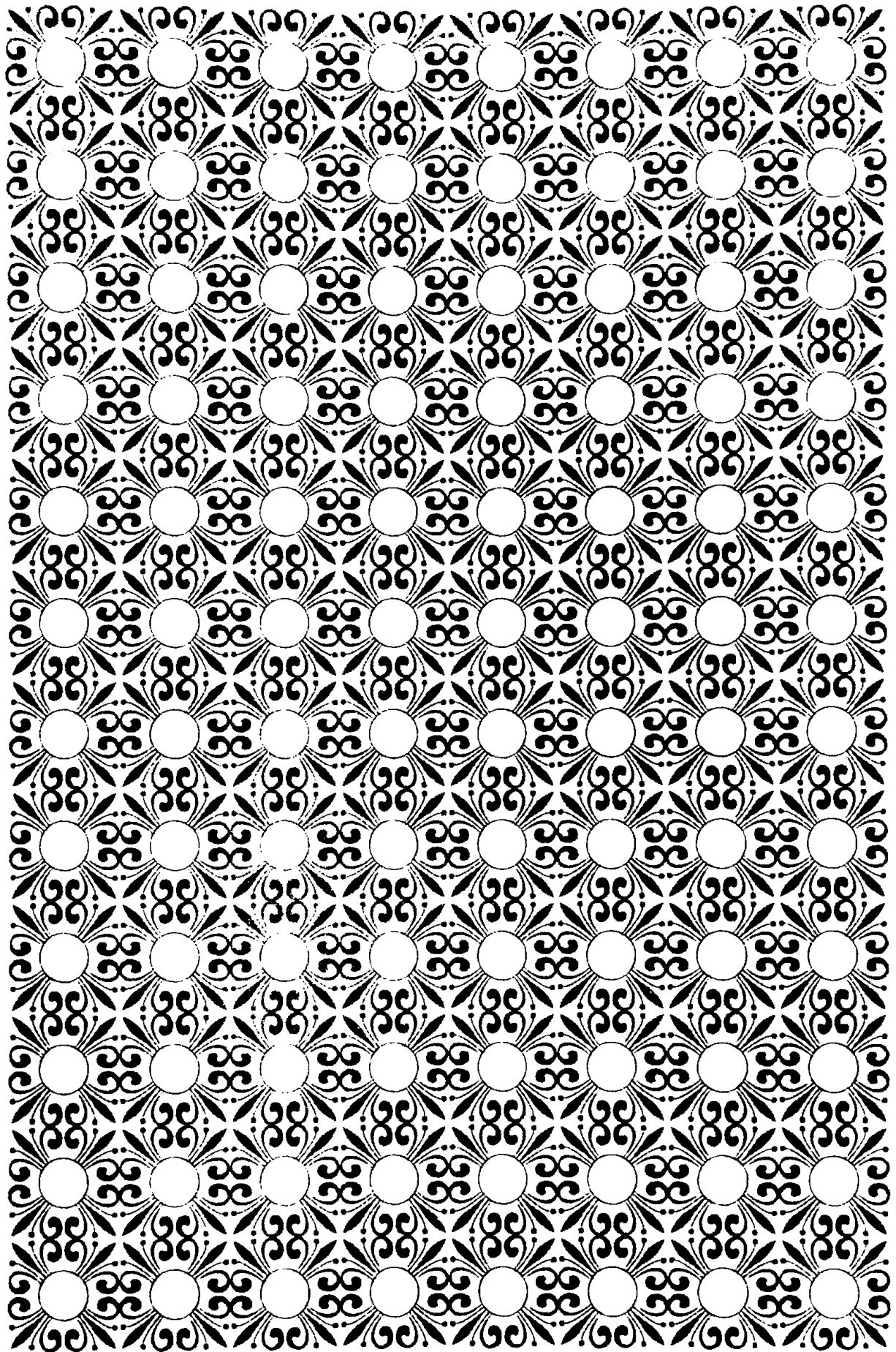
ولو ذهبت إحدى عيني العبد بأفة من السماء ، ففي ضمان الغاصب ، لم يرجع شريكه عليه بشيء ، وليس كذلك الرهن إذا ذهبت عينه بأفة من السماء ؛ لأنه ردّ المقبوض ، فلم يلزمه ضمان القبض ، ولو سلم له ما يمكن المشاركة فيه ، فلم يضمنه شريكه .

وقالوا: إذا قبض عبداً ببيع فاسد ، فمات في قبضه ، أو باعه ، أو أعتقه ، ضمن لشريكه كما يضمن في الغصب ، فإن ذهب عينه فردّه لم يضمن لشريكه شيئاً ، وحسب ذلك عليه من حصة الدين ، فضمنه إذا وجب للضمان بالقبض ، فإذا ردّ المقبوض ناقصاً لم يلزمه شيء لشريكه^(١) .

تم كتاب الشركة والله الحمد والمنة ، والصلاة على محمد وآله

ويتلوه كتاب المضاربة

(١) انظر: الأصل ٩٠/٤ وما بعدها .



[٥٤] كِتَابُ الْمُضَارَبَةِ



قال عليه السلام: المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، ومنه سُمي المضارب ؛ لأنه يستحق الربح بالعمل والسعي ، وأهل المدينة يُسمونها مُقَارَضَةً ^(١).

والأصل في جوازها: أن النبي صلى الله عليه وسلم بُعث والناس يعقدونها ولم ينكر ذلك ، كما لم ينكر سائر العقود .

وروي عن عبد الله بن عباس قال: كان العباس بن عبد المطلب عليه السلام إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرًا ، ولا ينزل وادياً ، ولا يشتري به ذات كبدٍ رطبة ، وإن فعل شيئاً من ذلك ضمن ، قال: فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه ^(٢).

وروي عن حكيم بن حزام أنه كان إذا دفع مالاً مضاربة اشترط هذا .

وعن عمر بن الخطاب عليه السلام أنه دفع مال اليتيم مضاربة .

وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر قدما العراق وأبو موسى أمير بها ، فقال: لو كان عندي فضل أكرمتكما ، ولكن عندي مال لبيت المال ، أدفعه إليكما فابتاعا به متاعاً واحملاه إلى المدينة فبيعاه وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين ، فلما قدما المدينة فقال لهما عمر: هذا مال المؤمنين ، فاجعلا ربحه لهم ، فسكت

(١) القراض والمقارضة «وصفته: أن يدفع رجل مالاً لآخر ليتجر به ، ويكون الربح بينهما حسبما يتفقان عليه ؛ من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك ، بعد إخراج رأس المال» . قوانين الأحكام

الشرعية ص ٣٠٩ .

(٢) أورده الكاساني في البدائع ٦/٧٩ .

عبد الله ، فقال عبيد الله: ليس لك ذلك ، لو هلك منا لضمننا ، فقال بعض الصحابة: يا أمير المؤمنين ، اجعلهما كالمضاربين في المال ، لهما نصف الربح ولبيت المال النصف ، فرضي عمر^(١) ، وهذا يدل على جواز المضاربة عندهم .

وروي أن عبد الله بن مسعود دفع مالا مضاربةً إلى عتريس بن عرقوب ، وقال له: لا تُسلف مالنا في الحيوان^(٢) .

وعن عثمان رضي الله عنه أنه كان يعطي مال اليتيم مقارضة .

وروى نافع عن ابن عمر: أنه دفع مال يتيم مضاربة .

وعن القاسم بن محمد قال: كنا في حجر عائشة رضي الله عنها ، وكان لنا عندها مال ، فدفعته مضاربةً ، فبارك الله لنا فيه .

وعن الشعبي: أن الحسن بن علي رضي الله عنه دفع مال اليتيم مضاربة .

وعن الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه قال: الربح على ما اصطلحوا عليه ، والوضيعة على المال .

وهذا إجماع من الصحابة على جوازها ، ولا خلاف في ذلك^(٣) .

ومن أصحابنا من قال: إن القياس يقتضي فسادها ؛ لأنه استتجار بأجر مجهول ، وإنما تركنا القياس للسنة والإجماع .

(١) أورده الكاساني في البدائع ٧٩/٦ .

(٢) أورده الزيلعي بأن (دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالا مضاربة ، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب... قال في التنقيح: فيه انقطاع) . نصب الراية ٤٦/٤ .

(٣) انظر الآثار: الآثار لأبي يوسف ص ١٨٦ ؛ والآثار لمحمد بن حسن ص ١٧١ ؛ والأصل ١١٩/٤ وما بعدها ؛ شرح معاني الآثار للطحاوي ٦٣/٤ ؛ المغني لابن قدامة ١٣٥/٥ .

وأبو بكر الرازي كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إن هذا أصل من الأصول ، فلا يقال إنه يخالف القياس ، وإنما يقال هذا في مسائل الاجتهاد .

والمضاربة تشتمل على أحكام مختلفة ، فإذا دفع المال فهو أمانة في حكم الوديعة ؛ لأنه قبضه بإذن المالك لا على طريق البدل والوثيقة ، وإذا اشترى به فهو وكالة ؛ لأنه تصرف في مال الغير بأمره ، فإذا ربح صار شريكه ؛ لأنه ملك جزءاً من المال .

وإذا فسدت المضاربة صارت إجارة ؛ لأن الواجب فيها أجر المثل ، وذلك يجب في الإجازات ، فإن خالف المضارب صار غاصباً ؛ لأنه تعدى في ملك غيره^(١) .

قال أبو الحسن: المضاربة جائزة عند المسلمين جميعاً بالدرهم والدنانير ، واختلفوا في غيرهما من سائر الأموال ، هل يجوز بها عقد المضاربة أم لا^(٢) ؟

فقال أبو حنيفة ومحمد والحسن بن زياد: هي أيضاً جائزة بالفلوس إذا كانت نافقة بين الناس يتعاملون بها في تجارتهم .

وقال أبو يوسف: لا تجوز المضاربة بالفلوس على حال ، وهو المعمول عليه من قوله ، رواه أصحاب الإملاء عنه ، ومحمد في إملائه .

وروى عنه محمد في كتاب المضاربة الكبيرة خلاف ذلك ، وقد بينا هذه المسألة في كتاب الشركة ، وذكرنا أن إحدى الروايتين عن أبي حنيفة أنها لا

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ، ٣/٣٦٩ .

(٢) انظر: الأصل ٤/١٢٢ .

تجوز؛ لأن محمداً ذكر في المضاربة الكبيرة وفي الجامع الصغير قال: لا تجوز المضاربة إلا بالدرهم والدنانير عند أبي حنيفة، وروى الحسن عنه جوازها^(١). وقال عمرو بن أبي عمرو: سألت محمداً عن قول أبي حنيفة، قال: لا أحفظه. فأما الرواية التي قال أبو حنيفة: إن المضاربة بها لا تجوز؛ فعلى أصله: أنها تتعين كالعروض، والرواية التي قال تجوز المضاربة؛ لأنها لا تتعين في الشراء والبيع إذا لم يقابل جنسها، فصارت كالدرهم^(٢) والدنانير. والصحيح من قول أبي يوسف: إن المضاربة لا تجوز؛ لأن من مذهبه أنها تتعين بكل حال.

قال: فأما محمد فعنده أنها لا تتعين كالدرهم^(٣).

وأما ما عدا هذا من سائر الأموال مما يكال أو يوزن، أو الأمتعة، أو الرقيق، أو سائر الحيوان، فإن ذلك لا يجوز، وكذلك تَبْر الذهب والفضة، وتَبْر كل شيء، فإن المضاربة لا تجوز.

قال رضي الله عنه: فقد ذكر في المضاربة لا تجوز، وأجراه في الصرف مجرى الدرهم، وهو مبني على وقوع التعامل به.

فأما الزيوف والنبهجة، فتجوز المضاربة بها، ذكره محمد؛ لأنها لا تتعين بالعقد كالحياد، فأما الستوقة، فإن كانت لا تروج فهي كالعروض، وإن كانت

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٠٠.

(٢) «الدينار: نوع من النقود الذهبية زنة الواحد منها عشرين قيراطاً = ٧٢ حبة = ٤,٢٥ غراماً». معجم لغة الفقهاء (الدينار).

(٣) انظر: الأصل ٤/ ١٣٧ وما بعدها.

تروج ، فهي كالفلوس .

وقد ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: أن المضاربة لا تجوز بالدرهم النجارية يعني الغطرية ؛ لأنها ربما تكسد عندهم .

قال: ولو أجزت المضاربة بها ، لأجزت بمكة بالطعام ، لأنهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس .

وأما المضاربة بالعروض ، فلا يجوز عندنا ، وقال مالك: يجوز^(١) .

لنا: (نهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن)^(٢) ، ومعلوم أن المضارب إذا باع العروض لم تكن مضمونة عليه بالبيع ، ألا ترى أنها لو هلكت لم يضمنها ؛ ولأن قيمة العروض تختلف ، واختلافها يؤدي إلى جهالة الربح ، وذلك لا يجوز ؛ ولأنه لو قال: بع ثيابي على أن ثمنها لك لا يجوز ، كذلك إذا جعل له جزءاً من الثمن .

وليس كذلك الدراهم والدنانير ؛ لأنه لو قال: اشتراها على أن جميع ما تشتريه لك ، جاز ، كذلك إذا جعل له جزءاً منه .

وقد قالوا: إنه لو دفع إليه عروضاً فقال له: بعها واعمل بثمرها مضاربة ، فباعها بدراهم أو دنانير ، وتصرف فيها جاز ؛ لأنه [لم يضيف]^(٣) المضاربة إلى

(١) بل قال القاضي عياض: «ولا يجوز القراض بشيء من العروض والحيوان» المعونة ١١٢١/٢ . انظر: المدونة ٤٧/٤ ؛ التفريع ١٩٤/٢ .

(٢) هذا الجزء ضمن حديث (نهى عن بيع وسلف...) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً ، «أخرجه أصحاب السنن الثلاثة... وصححه ابن حبان والحاكم» كما قال ابن حجر في

الدراية ١٥١/٢ ؛ والآثار لأبي يوسف ١٨٢/١ .

(٣) في الأصل (طمس) والسياق يدل على المثبت .



العروض ، وإنما أضافها إلى الثمن ، والتمن تصح به المضاربة .

فإن باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة على أصله: أن الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بالأثمان وغيرها ، إلا أن المضاربة فاسدة ؛ لأنها صارت مضافة إلى الحنطة والشعير .

فأما على أصل أبي يوسف ومحمد: فالبيع لا يجوز ؛ [٢٤٦/ب] لأن من أصلهما: أن الوكيل بالبيع لا يبيع بغير الأثمان .

ولا تجوز المضاربة عند أصحابنا جميعاً بدين ، وهذا على وجهين: أحدهما: أن يكون الدين لرب المال على رجل ، فيقول له: اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف ، فإن اشترى هذا المضارب وباع ، فجميع ما اشترى وباع له ربحه وعليه وضيعته ، والدين في ذمته بحاله عند أبي حنيفة ، وهذا على أصله: فيمن وكل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته ، لم يجز ؛ لأنه لا يصح أن يُبرئ الإنسان مما في ذمته بفعله .

فأما على أصل أبي يوسف ومحمد: فإن ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته ، والمضاربة فاسدة ، ذكر ذلك محمد .

وأما جواز الشراء والبيع على أصلهما: أن من وكل رجلاً يشتري له بدين في ذمته ، جاز الشراء ، وبرئ من الدين .

وأما بطلان المضاربة ، فلأن الشراء وقع للموكل ، فصارت المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض ، فلا تصح .

وأما إذا قال: اقض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربةً جاز ؛

وذلك لأنه أضاف المضاربة إلى المقبوض ، وذلك يصير أمانةً في يده ، وهذا مقصود مقتضى المضاربة .

وأما إذا قال رَبُّ المال للغاصب أو للمؤدَع أو المبضع : اعمل بما في يدك مضاربةً بالنصف ، جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن .

وقال زفر: لا يجوز ذلك في الغصب ؛ لأنه مضمون في يده .

وجه قول أبي يوسف: أنه أضاف المضاربة إلى الأثمان ، وذلك يجوز الوكالة به ، فكذلك المضاربة .

وجه قول زفر: أن المضاربة تقتضي كون المال أمانةً في يد المضارب ، والغصب مضمون عليه ، فلم يوجد فيه معنى المضاربة ، فلا يصح .

قال أبو الحسن: لا تصح المضاربة إلا بمال عين يكون مقبوضاً في يد المضارب لا يد لدافعه عليه ، مالكاً كان الدافع أو غير مالك ، إذا كان ممن يجوز عقد مضاربه في المال .

وإنما اعتبر في صحة المضاربة قبض المضارب للمال ؛ لأنها أمانة ، فلا تتم إلا بالتسليم كالوديعة^(١) .

وإنما لم تصح مع بقاء يد ربّ المال في المال ؛ لأن المضاربة فارقت الشركة في الاسم ، فلا بد أن تفارقها في المعنى ، والشركة تصح مع بقاء يد الشريكين ، فاختصت المضاربة بأن شرط فيها زوال يد ربّ المال .

(١) انظر: الأصل ٣٤٢/٤ .

وقد قالوا: بأن يد المالك إذا شرط بقاؤها في المال، فسدت المضاربة، عاقداً كان المالك أو غير عاقد، مثل الأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربةً وشرط عمل الصغير؛ وذلك لأن الصغير مالك للمال، فبقاء يده فيه تمنع من صحة المضاربة كالكبير.

وكذلك من يستحق الربح بماله إذا شرط عمله مع المضارب كأحد المتفاوضين، أو شريكي العنان إذا دفع مالاً مضاربة، وشرط عمل شريكه مع المضارب؛ لأن الشريك يستحق الربح بماله كالدافع.

فأما العاقد إذا لم يكن مالكا للمال، فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب، فإن كان ممن يجوز أن يأخذ المال مضاربةً، لم تفسد المضاربة بذلك، كالأب إذا دفع مال الصغير وشرط أن يعمل مع المضارب بجزء من الربح؛ لأنه لو أخذ مال الصغير مضاربةً جاز، فصار كالأجنبي.

وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ المال مضاربة، فشرط عمله، فسد العقد، مثل المأذون يدفع المال مضاربةً ويشترط عمله مع المضارب؛ لأن المأذون وإن لم يكن مالكا للمال، فلا يصح أن يأخذه مضاربةً، فصار كالمالك له.

فأما إذا شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه، فالمضاربة فاسدة؛ لأن المولى يستحق الربح بالمال.

فإن كان عليه دين، فالمضاربة جائزة؛ لأن المولى على قول أبي حنيفة لا يملك هذا المال، فصار كالأجنبي.

فأما المكاتب إذا شرط عمل مولاه، لم تفسد المضاربة؛ لأن المولى لا يملك

أكساب مكاتبه ، فهو كالأجنبي .

وعلى هذا ، إذا دفع إلى رجل مالاً مضاربة ، وأمره أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال ، فالمضاربة فاسدة ؛ لأن المضارب ولي العقد وهو ممن لا يجوز أن يأخذ مضاربة ، ورب المال يستحق الربح بالمال .

وقالوا في المضارب إذا دفع المال إلى ربّ المال مضاربة بالثلث ، فالمضاربة الثانية فاسدة ، وما كان من الربح فهو بين رب المال والمضارب على ما شرطاً في المضاربة الأولى ، ولا أجر لرب المال ؛ لأن ربّ المال لا يجوز أن يأخذ مال نفسه مضاربة ، فصار كأنه تصرف بأمر المضارب لا على وجه المضاربة ، فيكون مُعيناً للمضارب ، ولا أجر له ؛ لأنه عمل في ملك نفسه .

قال أبو الحسن : فإن وقع عقد المضاربة على الوجه الذي لا يجوز ، فعمل المضارب فربح ، كان الربح كله لرب المال أو لمن يستحق رأس المال ، وللمضارب أجر مثله فيما عمل ؛ وذلك لأن التسمية إنما تجب مع صحة العقد ، فإذا فسد العقد سقط المسمى ، كالبيع الفاسد والنكاح الفاسد إذا سقطت التسمية ، فربّ المال يستحق الربح ؛ لأنه نماء ماله ، وإنما يستحق المضارب بعضه بالشرط ، وقد بطل الشرط ، وللمضارب أجر^(١) مثله ؛ لأنه [استوفى]^(٢) منافع بعقد فاسد^(٣) .

قال أبو يوسف : لا يجاوز به القدر الذي شرط للمضارب ، وقال محمد : له

(١) إلى هنا ساقطة من ب ، والمثبت من أ .

(٢) في ب (وقع) والمثبت من أ .

(٣) انظر : الأصل ٢٢٢/٣ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٦٨ .

أجر مثله بالغاً ما بلغ ، وقد بيّنا هذا في شركة الاحتطاب ، وقال أبو يوسف : لا أجر له إذا لم يربح ، رواه عنه محمد ، ورواه ابن سماعه في نوادره عنه ، وهو خلاف ما في الأصول^(١) .

وجه ما في الأصل : أن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة ، والإجارة يجب فيها الأجر رَبِحَ المستأجر أو لم يربح .

لأبي يوسف : أن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من الصحيحة ، ومعلوم أن المضارب إذا لم يربح لم يستحق شيئاً مع صحة المضاربة ، فمع فسادها أولى . قال : وكل مضاربة صحيحة فللمضارب ما شرط [له] ، فإن لم يربح شيئاً فلا شيء له ؛ وذلك لأن التسمية صَحَّتْ ، فالمستحق من المال مُعَيَّنٌ وهو الربح ، فإذا لم [يحصل] لم يجب شيء .

وقد ذكر في كتاب المضاربة : أن المضاربة الفاسدة إذا هلك المال في يد المضارب لم يضمن .

وروى ابن سماعه ، عن محمد أنه قال : يضمن ، فيجوز أن يكون ما في المضاربة قول أبي حنيفة على أصله : أن الأجير المشترك لا يضمن .

وما رواه ابن سماعه على أصل أبي يوسف ومحمد في ضمان الأجير ، والمضاربة الفاسدة : صارت إجارة ؛ بدلالة وجوب أجر المثل ، والمضارب فيها على حكم الأجير المشترك ؛ لأنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل .

ويجوز أن يكون ما في الأصل قولهم ، وتكون المضاربة فاسدةً ، وإن

(١) انظر : الأصل ٢٢٣/٣ .

صارت في حكم الإجارة من وجه فهي معتبرة بالمضاربة الصحيحة ، وإذا لم
يضمن [المضارب] في الصحيح لم يضمن في الفاسد ، ألا ترى أن البيع الصحيح
لما تعلق به الضمان تعلق بالفاسد . والله تعالى أعلم^(١) .



(١) انظر: الأصل ٢٣٤/٤ وما بعدها.

بَابُ ما يجوز أن يشترط من الربح وما لا يجوز

قال أبو الحسن: ولا يجوز أن يشترط في المضاربة لرب المال ولا للمضارب إلا قدرًا معلومًا مشاعًا في جميع الربح على الأجزاء، وإن شرطاً^(١) من ذلك نصفًا أو ثلثًا أو ربعًا أو أقل من ذلك [أو أكثر]^(٢).

والأصل في هذا: أن الربح في المضاربة لا يصح إلا أن يكون مشاعًا بين رَبِّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ؛ لأنها نوع من الشركة، والربح في الشركة لا يكون إلا مشاعًا.

قال: فإن شرط قدرًا معلومًا على غير الأجزاء لم يجز، مثل أن يشترط [لأحدهما] مائة درهم من الربح أو أقل من ذلك أو أكثر، والباقي للآخر، فإن ذلك لا يجوز، والمضاربة فاسدة في قولهم.

(وكذلك إن شرط أحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم، أو إلا مائة فإنه لا يجوز، والمضاربة فاسدة)^(٣) في قولهم [أ/٣٣٨].

والأصل في هذا: ما روي أن النبي ﷺ سئل عن المزارعة إذا شرط لأحدهما ما على الربيع الساقى، أو ما على الماذيانات، فأبطل المزارعة^(٤)،

(١) في أ (فيشترط).

(٢) انظر: الأصل ١٣١/٤، ١٣٢.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) الحديث أخرجه مسلم (من حديث رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: =

وكان المعنى فيه أنهما قطعاً ذلك الشركة عن جزءٍ من النماء؛ ولأن هذا يؤدي إلى قطع الشركة في الربح، ألا ترى أنهما إذا شرطاً لأحدهما النصف ومائة، جاز أن يكون الربح ما بيّن، فيستحق المشروط له كل الربح، وإذا شرط له النصف إلا مائة، جاز أن يكون النصف مائة فلا يستحق المشروط منه شيئاً.

وأما إذا شرطاً دراهم مسمّاة فهذه إجارة؛ لأن العمل يبدل معلوم إجارة، والإجارة لا تصح مع جهالة العمل والمدة.

وأما فساد المضاربة: فالشروط الفاسدة فيها على ضربين:

إذا أدّت إلى جهالة الربح أفسدت؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.

وإذا لم تؤدّ إلى جهالة الربح صحت المضاربة وبطل الشرط، مثل أن يشترط الوضعية عليهما؛ وذلك لأن الوضعية جزءٌ هالك من المال، فلا يجوز أن يلزم غير رب المال؛ إلا [أنه] ^(١) لا تؤدي إلى جهالة الربح، فلم تفسد المضاربة.

والدليل على أنها لا تفسد بالشروط إذا لم تكن في المعقود عليه: أن صحتها تقف على القبض، فلا تبطل بالشروط كالهبة والرهن؛ ولأنها وكالة، والوكالة لا تبطلها الشروط.

فإذا ثبت هذا: فشرطهما أن تكون الوضعية بينهما لا تؤثر في جهالة الربح،

= لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي ﷺ على الماذيانات وإقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به (١٥٤٧).

(١) في ب (إلا أن) والمثبت من أ.

فلا تفسد [المضاربة].

وقد ذكر محمد في المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة، صحّت المضاربة بالثلث وبطل الشرط^(١).

وقال في المزارعة: إذا دفع إليه أرضه بثلث الخراج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر، فالمزارعة باطلة.

فمن أصحابنا من قال: المسألة على روايتين: [رواية] كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة؛ لأن المشروط للمضارب من المشاهدة معقود عليه، وقد قطع عنه الشركة، ورواية المضاربة: تقتضي أن تصح المزارعة.

والوجه فيه: أنه عقد على ربح معلوم وجزء من الخارج معلوم، ثم ألحق به شرطاً فاسداً، فبطل الشرط كسائر الشروط.

والصحيح: الفرق بين المسألتين؛ لأن المزارعة إجارة بدلالة أنها لا تصح إلا [بمدة]^(٢) معلومة، فالشرط الفاسد في البديل يفسدها، والمضاربة ليست بإجارة؛ بدلالة أنها لا تفتقر إلى ذكر المدة، فلذلك لم يفسدها الشرط.

وعلى هذا الأصل قال محمد: فيمن دفع ألفاً مضاربة^(٣) على أن الربح بينهما نصفان، على أن يدفع إليه رب المال أرضه يزرعها سنة، أو على أن يسكنه

(١) انظر: الأصل ٢٩١/٤، ٢٩٢.

(٢) في ب (بشهر) والمثبت من أ.

(٣) في أ (في رجل دفع إليه مال مضاربة).

داره سنة ، فالشرط باطل ، والمضاربة جائزة ؛ لأنه ألحق بها شرطاً لا يقتضيه .

ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة ، أو يسكنه داره سنة^(١) ، فسدت المضاربة ؛ [وذلك] لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره [الدار و] الأرض ، فصار حصة العمل مجهولة بالعقد ، فلم يصح العقد .

وروى المَعْلَى عن أبي يوسف: في رجل دفع مالاً إلى رجل مضاربةً على أن يبيع في دار رب المال ، أو على أن يبيع في دار المضارب ، (كان جائزاً) .

ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب^(٢) فهذا لا يجوز ؛ وذلك لأنه لما شرط البيع [في] إحدى الدارين فإنما خص البيع بمكان دون مكان ، ولم يعقد على منافع الدار ، وإذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة له .

ولم يتعرض أبو يوسف للفساد في المضاربة ، وإنما ذكر الفساد ، فينبغي أن يكون في الشرط^(٣) .



(١) في أ (أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة) .

(٢) ساقطة من أ .

(٣) انظر: الأصل ٢٩١/٤ وما بعدها .

بَاب

المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر



[ب/٣٣٨] قال: أصل هذا الباب ما قدمنا أن رب المال يستحق الربح؛ لأنه نماء ماله، فلا يفتقر (في ذلك إلى شرط)^(١)؛ ولهذا إذا فسد الشرط كان جميع الربح [له]، والمضارب لا يستحق إلا بالشرط؛ ولهذا إذا فسد الشرط لم يستحق شيئاً من الربح؛ لأن الربح [نماء من مال غيره]، وإنما يستحقه في مقابلة عمله، والعمل لا يتقوم إلا بالعقد.

وإذا ثبت هذا [الأصل]، قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لرجل: خذ هذا الألف على أن لك نصف الربح أو ثلثه، ولم يزد على هذا، فالمضاربة جائزة، وللمضارب ما شرط له، وما بقي لرب المال؛ وذلك لأن المضارب هذا الذي يفتقر إلى التسمية ليستحق بها، وقد سُمّي له، وما بعد ذلك مسكوت عنه، فيستحقه رب المال بماله.

فإن قال: خذ هذا المال مضاربة على أن لي نصف الربح ولم يزد على هذا، فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، ولكنها تجوز استحساناً، ويكون للمضارب النصف.

وجه القياس: أن رب المال سُمّي لنفسه النصف وسكت عن ذكر النصف، وما سكت عنه فهو لرب المال، فلم يحصل^(٢) للمضارب قدرًا معلومًا من الربح،

(١) في أ (في استحقاقه إلى المشروط).

(٢) في أ (يجعل).

فلم تصح المضاربة .

وجه الاستحسان: أن الربح في المضاربة من حكمه أن يكون بينهما ، فإذا سمى نصيب نفسه وسكت عن الباقي ، فكأنه سمى الباقي للمضارب ، ألا ترى أن الله تعالى لما جعل المال للأبوين ثم بين نصيب الأم ، علماً أن الباقي للأب .

قال: فإن قال: على أن لي النصف [من] الربح^(١)، ولك ثلثه ولم يزد على هذا، فالثلث للمضارب، والباقي لرب المال؛ لأنه سمى للمضارب مقداراً معلوماً، ولنفسه قدرًا معلوماً وسكت عن سدس [الربح]^(٢).

وقد بينا أن المسكوت عنه لرب المال إلا في مسألة الاستحسان .

وقد قالوا في المضاربة إذا قال رب المال: على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا، جاز [ذلك]؛ وذلك لأنه [بين] ^(٣) كلمة القسمة، وهي تقتضي المساواة إذا لم يبين فيها مقداراً، قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّهَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، ففهم من ذلك التساوي، بدلالة قوله تعالى في آية أخرى: ﴿لَهَا شَرِبٌ وَلَكُمْ شَرِبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥].

قال: ومن هذا النوع ما لم يذكره أبو الحسن: إن شرط جزءاً من الربح لغير المضارب ورب المال^(٤). والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب .



(١) في ب (نصف) والمثبت من أ.

(٢) في ب (المال) والمثبت من أ.

(٣) في ب (اليقين) والمثبت من أ.

(٤) المسألة هذه ذكرت في أ ببداية (باب الربح...) الآتي .

بَابُ الربح يشترط فيه لثالث غير رب المال والمضارب



قال أبو الحسن: أصله أن ينظر إلى ما شرط للثالث، فإن كان لو صحَّ استحق الثالث دونهما كان الشرط باطلاً، وإن كان ما شرط للثالث لو صحَّ كان ذلك للمضارب جاز ذلك.

وقالوا: إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من ذلك [من شيء] فللمضارب ثلثه ولعبد المضارب ثلثه ولرب المال ثلثه، فهذا جائز، فما ربح فالثلثان للمضارب، والثلث لرب المال؛ وذلك لأن عبد المضارب إذا لم يكن عليه دين فالمشروط له مشروط للمضارب؛ لأنه هو الذي يملكه، فكأنه شرط للمضارب الثلثين.

قالوا: وكذلك لو شرط للمضارب الثلث، ولرب المال الثلث، ولعبد رب المال الثلث جاز؛ لأن ما شرط لعبد رب المال إذا لم يكن عليه دين مشروط لمولاه، فكأن رب المال شرط لنفسه الثلثين.

وعلى هذا قالوا: لو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب، أو لقضاء دين رب المال [جاز]؛ لأن المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط [له].

وأما إذا شرط الثلث لابن المضارب [أو لزوجته فالمضاربة جائزة، وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال؛ وذلك لأن ابن المضارب] لا يجوز أن يستحق من غير مال ولا عمل، فصار المشروط له مسكوتاً عنه، وما سكت عنه

من الربح فهو لرب المال ؛ لأن ابن المضارب لا يجوز أن يستحق من [الربح] .
وأما إذا شرط لثالث الربح لعبد رب المال وعليه [١/٣٣٩] دين ، فلا يخلو : إما
أن يشترط عمله أو لا يشترط ، فإن شرط عمله فهو عند أبي حنيفة كالأجنبي ؛ لأن
المولى لا يملك اكتسابه ، وإن لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال ؛ لأنه
لا يجوز أن يستحق ربحاً في المضاربة من غير عمل ولا مال ، فصار المشروط له
كالمسكوت عنه .

وعلى قولهما : إذا كان عليه دين فما شرط [له] فهو مشروط لمولاه عمل
أو لم يعمل .

وأما إذا شرط لعبد المضارب الثلث وعليه دين ، فإن شرط عمله جاز عند
أبي حنيفة ؛ لأن المضارب لا يملك كسبه ، فصار كالأجنبي ، وإن لم يشترط عمله
(فما شرط له فهو لرب المال)^(١) ؛ لأنه مسكوت عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد : للمضارب ؛ لأنه يملك كسبه كما يملك لو لم
يكن عليه دين^(٢) .



(١) في أ (فلرب المال) فقط .

(٢) انظر : الأصل ٢٣٤/٤ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٦٩ .

بَابُ ما يكون مضاربة بغير لفظها



قال أصل هذا الباب: إن العقود لا يقف انعقادها على عبارة بعينها ، وإنما يقف على ذكر معانيها ؛ ولهذا يعقد البيع بلفظ التملك ، والنكاح أيضاً بلفظ الهبة ، وكذلك المضاربة لا يقف عقدها على لفظها إذا أتى بمعناها .

وقد بينا أن المفاوضة تنعقد بالمعنى ، والذي روى الحسن أنها لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة ؛ فلأن العادة أن العامة لا تستوفي معانيها .

قال أبو الحسن: إذا دفع الرجل إلى رجل مضاربة أو مالاً مقارضة ، أو معاملة فهو مضاربة ؛ لأن المضاربة صريح اللفظ ، والمقارضة صريح بلغة أهل المدينة ، والمعاملة عامة في البيع والشراء ، وهذا معنى المضاربة .

وكذلك إذا قال: خذها واعمل بها على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان ، أو على أن لك ثلثه أو عُشره ولم يزد على هذا ، فهذا جائز ، وهي مضاربة ؛ لأن قوله: فاعمل فيها عام في البيع والشراء .

فإذا قال: خذ هذه الألف فابتع^(١) بها متاعاً بما كان من فضل ولك النصف ، ولم يزد على هذا القول ، فهو جائز ، والمال مضاربة ؛ [وذلك لأن الفضل لا يحصل إلا بالبيع والشراء ، وهذا معنى المضاربة] .

فإن قال: خذ هذا المال فاشتر به هَرَوِيًّا بالنصف ، أو رقيقاً بالنصف ، ولم

(١) في أ (وابتغ).

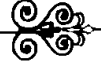
يزد على هذا شيئاً، فاشترى كما أمره، فهذا فاسد، وللمشتري أجر مثله فيما اشترى، وليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال؛ وذلك لأن قوله: اشترى بالنصف استتجار على الشراء بأجر مجهول، وذلك لا يصح، ولا يكون مضاربة؛ لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع، فلم يأت بمعنى المضاربة.

وقوله: هذا فاسد، يعني الشرط، فأما الوكالة فهي جائزة، والمشتري للآمر وللوكيل أجر مثله؛ لأن الموكل استوفى منفعه بعقد فاسد، وليس له أن يبيع ما اشترى؛ لأنه وكله بالشراء دون البيع، فصار المشتري للموكل، فلا يجوز [بيع غيره فيه] ^(١) إلا بإذنه، فإن باع منه شيئاً بغير أمره فبيعه باطل، وهو ضامن لقيمته إن لم يقدر عليه؛ وذلك لأنه تعدى في ملك الغير، فإن أجاز رب المال البيع والمتاع قائم، أو لا يدري ما حاله، فالبيع جائز، والثلث لرب [المال]؛ وذلك لأن البيع [في المتاع] لم ينفذ لحقّه، فإذا أجاز له، وإنما شرط قيام البيع؛ لأن المتلف لا يجوز ابتداء العقد، فلا تلحقه الإجازة، فإن كان لا يعلم حاله جاز العقد؛ لأن الأصل بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه، فإن علم أنه هلك فالإجازة [باطلة؛ لأن المبيع الهالك لا يجوز نقل الملك فيه، فلا تلحقه الإجازة].

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم على أن يشتري بها ويبيع، فما ربح فهو بينهما، فهذه مضاربة، لا ضمان على المدفوع إليه المال ما لم يخالف، وهذا على ما بينا أنه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة.

قال: ولذلك لو شرط عليه أن الوضيعة عليّ وعليك، فهذه مضاربة [٣٣٩/ب]

(١) في ب (بيعه) والمثبت من أ.



والربح بينهما ، والوضعية على رب المال ؛ لما بيّنا أن شرط الوضعية شرط فاسد ، فلا يفسد المضاربة .

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف : لو أن رجلاً دفع إلى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربةً ولا بضاعةً ولا قرضاً ولا شركة ، وقال : ما ربحت فيها فبيننا ، فهذه مضاربة ؛ لأن الربح لما لم يحصل إلا بالشراء والبيع ، صار التماس الربح إذناً فيهما ، وهذا معنى المضاربة .

وقد قال محمد في الأصل : إذا قال [خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً ، فما كان فيه من فضل فلك النصف ، إنها مضاربة] استحساناً .

وجه القياس : أنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع .

وجه الاستحسان : أن الفضل لا يكون إلا بالبيع ، فكأنه أذن فيه .

قال : ولو قال : خذ هذا المال بالنصف ، كان مضاربة استحساناً .

وجه القياس : أنه لم يذكر الشراء والبيع .

وجه الاستحسان : أن الأخذ لا يستحق عليه العوض ، فلم يبق إلا أن يكون

شرط العوض عن عمل ، فلا يصح استحقاق النصف إلا بالشراء والبيع ، فحمل عليه .

وليس كذلك إذا قال : ابتع هروياً بالنصف ؛ [لأنه ذكر عملاً^(١)] يجوز أن

يشترط عليه أجراً ، فلذلك حمل على الإجارة ولم يحمل على المضاربة .

(١) في ب (لأن ذلك عمل) والمثبت من أ .

وقال محمد: إذا دفع مالا مضاربة على أن جميع الربح لرب المال فهو بضاعة؛ لأن التصرف في المال على أن ربحه لرب المال إنما يكون في البضاعة، فهذه بضاعة غير أنه عبّر بالمضاربة.

قال: ولو قال: على أن كل الربح لك، فهذا جائز، وهو قرض لا يستحق جميع [الربح]، فلما شرط له ذلك، علم أنه أقرضه المال ليصبح استحقاق ربحه. والله تعالى أعلم^(١).



(١) انظر: الأصل ١٢٢/٤ وما بعدها.

بَابُ ما للمضارب أن يعمله في المضاربة

قال أبو الحسن: إذا دفع الرجل إلى رجل مالا مضاربة على: أن الربح بينهما نصفان ولم يزد على هذا، فهذه مضاربة مطلقة، وله أن يشتري به ما بدا^(١) له من سائر التجارات؛ وذلك لأن مقتضى المضاربة العموم، ألا ترى أنهما عقدا على الربح، وذلك لا يحصل إلا بالشراء والبيع، فكأنه أمر بذلك، ولو أمر كان أمره عاما؛ ولأن المضاربة لو لم تقتض العموم بإطلاقها لم تصح إلا خاصة، كالوكالة.

قال: وله أن يدفعه بضاعة؛ وذلك لأن العقد وقع على عادة التجار، ومن عادتهم أن يبضعوا؛ ولأن المضارب يملك أن يستأجر من يعمل في المال بعوض، فإذا أبضع فقد جعل العمل بغير عوض فهو أولى.

وله أن يودع؛ لأن هذا من عادة التجار، ولأن تصرفه عام كالأب والوصي، وله أن يستأجر الأجراء؛ وذلك لأنه لا يتوصل إلى الربح إلا بالعمل، وقد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه، فلا بد له من الأجراء، ولأن هذا عادة التجار.

وله أن يستأجر البيوت ليجعله فيها؛ لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا بذلك، وهو مأذون في حفظ المال، ويستأجر السفن والدواب والرجال لحمله؛ لأن الربح يحصل بنقل المال من موضع إلى موضع، ولا يمكنه نقله بنفسه.

وله أن يبيع بالنسيئة والنقد؛ لأن الأمر [بالبيع] عام، ولأن الوكيل يملك

(١) في أ (ما شاء).

ذلك ، وتصرفه^(١) أعم ، وله أن يوكل بالبيع والشراء ؛ لأن الإذن [على] عادة التجارة ، ولأن الوكالة أخص من المضاربة ، فجاز أن يستفاد من مقتضاها^(٢).

قال: (وكل ما كان للمضارب أن يفعله ، فله أن يوكل بذلك ؛ لأنه يملك التصرف بأمر عام ، فملك أن يوكل به كالشريك)^(٣) ، وكل ما يجوز للمضارب أن يفعله بعد نهى رب المال أو بعد موته ، فله أن يوكل به ؛ وذلك لأنه [قد] استفاد بمقتضى المضاربة ، فصار حقاً من حقوقه ، حيث لم ينزل عنه بالعزل ، فجاز توكيله فيه لحقوق نفسه .

وما لم يجر فعله للمضارب لم تجز وكالته على رب المال ؛ (لأن ما لا يملك فعله بنفسه ، فلا أن لا يملكه وكيله أولى)^(٤).

قال: وله أن يرهنه بدين عليه في المضاربة [٣٤٠/أ] من مال المضاربة ، وأن يرتهن بدين له منها على رجل ؛ لأن الرهن للإيفاء ، والارتهان للاستيفاء ، وهو يملك ذلك بعقد عام .

وإن استدان على المضاربة لم يجر ذلك على رب المال ؛ لأن ما يبتاعه المضارب ، قيمته [مضمون]^(٥) له على رب المال ، ألا ترى أنه إذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم ، رجع عليه المضارب بمثله ، ولم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال ، فلو جوّزنا الاستدانة لزمه ضمان ما لم يرض بضمانه ، وهذا لا يصح .

(١) في أ (وتصرف المضارب) .

(٢) انظر: الأصل ١٥٣/٤ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٤) العبارة في أ (لأنه لا يملك فعله بنفسه ؛ فلا أن لا يملك توكيله أولى) .

(٥) في ب (مضمن له) والمثبت من أ .

قال: فإن رهن به من متاع المضاربة شيئاً ضمنه ؛ لأنه لما لم يجوز أن يستدين على [رب] المال صار مستديناً لنفسه ، والدين عليه ، فلا يجوز أن يرهن به مال المضاربة ، كما لا يملك إيفاء منها .

قال: فإن كان رب المال أذن له أن يستدين ، كان الدين عليهما نصفين ، فإن أذن له أن يرهن فرهن رهناً فهلك وقيمته والدين سواء ، كان على المضارب نصف قيمته .

قال: والأصل في هذا [الباب]: إن رب المال إذا أذن للمضارب أن يستدين على المال ، فما يستدينه شركة بينهما^(١) شركة وجوه ، فإذا أطلق الاستدانة كان ما يشتري^(٢) بينهما نصفين ، ألا ترى أن المشتري بالدين لا يجوز أن يكون مضاربة ؛ لأنها لا تصح إلا في مال عين ، فلم يبق إلا بأن يكون شركة وجوه ، وإطلاق الشركة يقتضي التساوي ، ولا فرق بين أن يكون الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثاً ؛ لأن هذه شركة على حيالها ، فلا تبتنى على حكم المضاربة .

وقد بينا أن شركة الوجوه لا يتفاضلان في ربحها إلا أن يشترط التفاضل في الضمان ، فإن شرطاً أن المشتري أثلاث كان الربح كذلك ، وإن أطلقا فالمشتري نصفان ، فلا يجوز أن يتفاضلا في الربح .

وإذا ثبت أن هذه شركة وجوه فقد صار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة ، فلا يملك المضارب أن يرهن مال المضاربة إلا بإذن رب المال ، فإن أذن له رب

(١) في أ (فهما شريكان شركة الوجوه).

(٢) في أ (ما اشترى).



المضاربة أن يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهنه بدينه ، فإذا هلك صار ذلك مضموناً عليه . والله تعالى أعلم^(١) .

٢٣٣٥ - فَصْل : [رهن المضارب بعد نهي رب المال عن العمل]

قال: وليس للمضارب أن يرهن بعد نهي رب المال له عن العمل والمضاربة ، ولا بعد موته ؛ وذلك لأن النهي والموت يبطلان المضاربة إلا في التصرف الذي يؤدي إلى أن ينض^(٢) به ، رأس المال ؛ لأن رب المال لا يملك عزل الوكيل عن ذلك .

ولهذا قالوا: إن المضارب [بعد] النهي أو الموت يملك أن يبيع ما بيده من العروض ؛ لأن بالبيع ينض^(٢) رأس المال ، ولا يملك أن يشتري ؛ لأن بالشراء لا ينض^(٢) ، وإنما هو تصرف على المضاربة ، وقد انعزل عن ذلك^(٣) .

إذا ثبت هذا: فالرهن تصرف لا ينض^(٢) به رأس المال ، فلا يملكه .

قال: وإذا باع شيئاً فأخر على المشتري الثمن جاز ، وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن الوكيل بالبيع عندهما يملك ذلك ، فالمضارب أولى ؛ إلا أنهما قالوا في الوكيل: إذا أخر ضمن ، والمضارب لا يضمن ؛ لأن المضارب يملك أن يستقيل ثم يبيع بالنساء ، فكذلك يملك أن يؤخر ابتداءً ، فلا يضمن ، والوكيل لا يملك أن يقايل^(٤) ثم يبيع بالنساء ، فإذا أخر ضمن .

(١) انظر: الأصل ١٤٦/٤ وما بعدها .

(٢) «نض^(٢): أهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير: النض والناض ، إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً» ، والمال النض^(٢): هو المال الصامت . انظر: المصباح ، مختار الصحاح (نض^(٢)) .

(٣) انظر: الأصل ٢٦٤/٤ .

(٤) من إقامة العقد أو البيع ، أي: رفعه برضا المتعاقدين . انظر: المصباح (قيل) .

فأما أبو يوسف فقال: لا يجوز تأخير الوكيل، ويجوز تأخير المضارب؛ لأن المضارب يملك أن يشتري السلعة^(١) أو يستقيل فيها، ثم يبيعها نساء، فكذا يملك أن يؤخر ثمنها، والوكيل لا يملك ذلك.

قال: فإن احتال بالثمن على رجل، والمحتال عليه مؤسراً كان أو معسراً فهو جائز؛ وذلك لأن الحوالة^(٢) من عادة التجار؛ لأنهم ربما تمكنوا من اقتضاء المحتال عليه أكثر مما يمكن اقتضاء المحيل، وليس هذا كالوصي إذا احتال بمال اليتيم؛ [لأن] ذلك إن كان أصلح [٣٤٠/ب] جاز، وإلا لم يجز؛ لأن تصرف الوصي لليتيم على وجه الاحتياط [فما لا احتياط فيه]^(٣) لا يجوز، وتصرف المضارب على عادة التجار، فما اعتادوه [جاز].

قال محمد: وله أن يستأجر أرضاً بيضاء ويشتري ببعض المال طعاماً فيزرعه فيها، وكذلك [له] أن يقلبها ليغرس فيها نخلاً أو شجراً [أو رطاباً]، فذلك كله جائز، والربح على ما شرط؛ لأن الإجارة من التجارة، وهو مالك للتجارة، ولأن الاستئجار من عادة التجار، فجاز للمضارب.

قال: ولو أخذ المضارب نخلاً أو شجراً [أو رطاباً]^(٤) معاملة على أن ينفق على ذلك من المال، لم يجز على رب المال وإن كان قال: اعمل [في ذلك] برأيك حين دفع إليه المال؛ [وذلك] لأن هذا عقد على منافع المضارب، فصار

(١) في أ (يشتري الجارية ويستقيل فيها).

(٢) الحوالة من التحول والانتقال: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى. أي: من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. انظر: المغرب؛ المصباح (حول).

(٣) في ب (والاحتياط عليه) والمثبت من أ.

(٤) «والرُطْبُ وزان قُفْل - المرعى الأخضر من بقول الربيع» كما في المصباح (رطب)



كما لو أجر نفسه للخدمة ، ولا يعتبر ما شرط من الإنفاق ؛ لأن ذلك تابع للعمل ليس بمعقود عليه كالخيوط في إجارة الخياطة ، والصَّبْغُ في الصَّبَاغَةِ .

قال: وكذلك إن قال له: اعمل في ذلك برأيك حين دفع إليه المال ؛ لأن هذا [يفيد]^(١) تفويض الرأي في المضاربة ، والمضاربة تصرف في المال ، وأما منافع المضارب فلا يجوز أن يستحق بدلها رب المال .

قال: ولو أخذ أرضاً مزارعة على أن يزرعها ، فما خرج من ذلك كان نصفين ، فاشترى طعاماً ببعض المال فأنفق بقيته عليه ، قال محمد: [فإن] هذا يجوز إن كان قال له اعمل برأيك ، وإن لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز ؛ وذلك لأنه يوجب حقاً لرب الأرض في مال رب المال ، فصار كأنه شارك بمال المضاربة ، والمضارب لا يملك الشركة بالإطلاق ، وإذا قال له: اعمل برأيك ملك ، كذلك هذا^(٢) .

وقد قال أبو الحسن: إن الأرض والبذور والبقر إن كان من قبيل رب الأرض ، والعمل على المضارب ، لم يكن ذلك على المضاربة ، وكان للمضارب خاصة ، وهذا على ما بينا أنه عقد على منافع نفسه ، وبدل المنافع لا يدخل في المضاربة ، وكذلك لو شرط البقر على المضارب ؛ لأن العقد [وقع] على منفعة ، والآلة تبع لم يقع عليها عقد .

٢٣٣٦ - فَصْلُ: [دفع المضارب أرضاً بغير بذر مزارعة]

فإن دفع المضارب أرضاً بغير بذر مزارعة جاز ، سواء قال له: اعمل برأيك

(١) في ب (عقد) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ١٦٠/٤ وما بعدها .

أو لم يقل ؛ [وذلك] لأنه لم يوجب شركة في مال رب المال ، وإنما هو في حكم المؤاجر لأرضه ؛ ولهذا قالوا فيمن [آجر] ^(١) أرضاً ليزرعها ببذره فدفعها إلى غيره مزارعة ، جاز ، و[لو] لم يقل له رب الأرض اعمل فيها برأيك . والله أعلم .

٢٣٣٧ - فَصْلُ : [بيع المضارب عبيد المضاربة]

قال أبو الحسن: وللمضارب أن يبيع عبيد المضاربة إذا لحقهم دَيْنٌ كان المولى حاضراً أو غائباً؛ وذلك لأن البيع في الدين يملكه من يملك بيع العبد، ورب المال لا يملك البيع، وإنما يملكه المضارب، فلا معنى لاعتبار حضور رب المال.

قال: وليس للمضارب في قول أبي حنيفة ومحمد أن يزوّج عبداً ولا أمة من مال المضاربة، وهذه المسألة قد بيناها في موضعها، وذكرنا قول أبي يوسف: أنه يزوج الأمة ولا يزوج العبد.

وقال ابن رستم عن محمد: ليس للمضارب أن يتزوج بأمة من المضاربة ولا يزوجها؛ [وذلك] لأنه لا يملك أن يعقد على مال المضاربة لنفسه، كما لا يملك أن يشتري شيئاً منها لنفسه.

قال: فإن تزوج أمة من المضاربة بإذن رب المال فهو جائز، وقد خرجت من المضاربة؛ وذلك لأن مال المضاربة إذا لم يكن فيه ربح فلا ملك للمضارب فيه، فجاز أن يتزوج بإذن رب المال، كما يتزوج بسائر جواريه.

وأما خروج الجارية من المضاربة؛ فلأن العادة أن من تزوّج امرأةً حفظها

(١) في ب (أخذ) والمثبت من أ.



وسترها ، والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتريين ، فلما اتفقا على التزويج كان ذلك رضاً منهما [١/٣٤١] بفسخ المضاربة فيها .

قال : ويلزم رب المال مقدار قيمتها من المال .

قال : ومعنى هذا : أن ذلك القدر يحتسب عليه من رأس المال ؛ لأنه لما أخرج من المضاربة صار كأنه استرجعه .

وقد قال الحسن عن أبي حنيفة : إن المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة ؛ [وذلك] لأن التزويج ليس من التجارة ، وتصرفه خاص في التجارة ، وينبغي أن يكون هذا قولهم ؛ لأن عند أبي يوسف وإن جاز له أن يزوج الأمة لم يجز^(١) له تزويج العبد .

قال : وليس للمضارب - إذا لم يقل له اعمل برأيك - أن يدفع المال إلى غيره مضاربة ، ولا [يشارك به] ، ولا يخلط بماله ولا مال غيره في قولهم ؛ لأن العقد المطلق لا يستفاد بمقتضاه مثله ، وإنما يستفاد ما هو دونه ، والمضاربة مثل المضاربة ، فلا يملكها^(٢) بمقتضاها ، كما لا يملك الوكيل أن يوكل .

وأما الشركة فهي أعمّ من المضاربة ، فأولى أن لا يكون من أحكامها ، فأما خلط المال ؛ فلأنه^(٣) ثبت في مال رب المال حقاً لغيره ، وذلك لا يجوز إلا بإذنه .

وأما إذا قال : اعمل برأيك ، فقد فوّضَ إليه الرأي في التصرف الذي يفعله التجار ، فجاز أن يفعل ذلك ؛ لأنهم قد يفعلونه .

(١) في أ (ليس له) .

(٢) في أ (يستفاد) .

(٣) في أ (فإنه يثبت) .

وقد قالوا في الرواية المشهورة: إنَّ للمضارب أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة؛ [وذلك] لأنه من عادة التجار.

وروى ابن رستم عن محمد: أنه لا يملك ذلك بإطلاقها؛ لأن الإذن في التجارة أعم من المضاربة، فلا يجوز أن يستفاد بإطلاق [العقد] ما هو أكثر منه.

قال: وليس له أن يعتق على مال؛ لأن العتق صريح التبرع، فلا يملكه الإنسان في مال غيره إلا بإذنه، وليس له أن يكتب؛ لأن الكتابة ليست من التجارة، وتصرفه خاص في التجارة^(١).

قال: ولا يقرض؛ لأن القرض تبرع، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «قرض مرتين كصدقة مرة»^(٢) والتبرع لا يجوز في ملك الغير.

قال: ولا يأخذ سفتجة؛ لأن السفتجة استدانة، وهو لا يملك الاستدانة، وكذلك لا يعطي سفتجة؛ لأن دفع السفتجة إقراض، وهو لا يملك القرض.

وقال محمد عن أبي حنيفة: ليس له أن يقرض ولا يأخذ سَفْتَجَةً حتى يأمره بذلك بعينه، فيقول له: خذ السفاتج وأقرض إن أحببت، فأما إن قال له: اعمل في ذلك برأيك وإنما هذا على البيع والشراء، والشركة، والمضاربة، وخلط المال، وهذا قول أبي يوسف وقولنا؛ وذلك لأن قوله: (اعمل برأيك) استفاد به عموم التصرف في التجارة، ولا يملك به التبرع ولا الاستدانة؛ لأن التبرع ليس من عمل المضاربة، وإنما فوّض إليه الرأي في عمل المضاربة.

(١) اظر: الأصل ٢٦١/٤، ٢٦٢.

(٢) أخرجه البزار من حديث ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ: (يعدل صدقة مرة) ٤٤/٥؛ ونحوه أخرجه ابن ماجه (٢٤٣٠).

فأما الاستدانة فقد بينا أنها شركة وُجُوهُ، وهو إنما فَوَّضَ إليه الرأي في المضاربة خاصة، فأما في عقد آخر لا تعلق له به، فإنه [لا] يدخل في ذلك.

قال: وللمضارب أن يسافر بالمال وإن لم يقل له: (اعمل فيه برأيك) في قول أبي حنيفة في رواية محمد والحسن بن زياد، وهو قولهما أيضاً، وكذلك روى محمد عن أبي يوسف، وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أنه ليس له أن يسافر بالمال.

وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة: إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهلها، فإن أبا حنيفة قال: ليس له أن يسافر بالمال، وإن كان الدفع في [مصر]^(١) غير الكوفة، فللمضارب أن يخرج به حيث شاء.

أما وجه الرواية المشهورة: [٣٤١/ب] فلأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض؛ وذلك يقتضي السفر، ولأنها إذن عام في التصرف فلا يختص بمكان دون مكان^(٢).

وجه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة: فلأن السفر بالمال خطر، فلا يجوز إلا بإذن المالك، أو ما يدل على الإذن، فإذا دفع إليه المال في بلدهما ولم يأذن له في السفر، ولا وجد ما يدل على الإذن، فأما إذا دفع إليه المال في غير بلدهما، فالعادة أن الإنسان يأخذ المضاربة ولا^(٣) يلتزم ترك وطنه، فصار دفع المال رضاً بالرجوع إلى الوطن، فتضمنت المضاربة السفر، فجاز أن يسافر حيث شاء.

(١) في ب (غير مصر في) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ١٤٧/٤ وما بعدها.

(٣) في أ (لا يأخذ المضاربة ويلتزم).

وقد بيّنا من قول أبي يوسف الفرق بين الموضع الذي لا يثبت فيه عن وطنه وبين ما يثبت ، وبين الرواية [التي فرق فيها بين ما له^(١)] حمل [ومؤونة ، وبين] ما لا حمل له في الشركة ، فالمضاربة على ذلك .

قال : وإذا اشترى المضارب بالمال متاعاً أو لم يشتر ، ثم نهاه رب المال أن يخرج من المصر الذي اشتراه فيه ، فليس له أن يخرج من ذلك البلد ، فإن أخرجه ، فهو ضامن .

وكذلك إن مات رب المال فسافر بالمال وهو عين أو متاع وقد علم بالموت أو لم يعلم ، فهو سواء ، وهو بمنزلة نهى رب المال وعلم المضارب بالنهي .

فقال الشيخ رحمه الله تعالى : وجملة هذا أن المضاربة المطلقة إذا خصصها ربُّ المال بعد العقد ، فإن كان المال بحاله لم يشتر المضارب به شيئاً ، أو كان مالاً عيناً قد باع به ما اشتراه فتخصيصه جائز ، كما لو خصص المضاربة في الابتداء ؛ لأنه يملك العزل في هذه الحالة ، فلذلك يملك النهي عن بعض مقتضى العقد ؛ لأن ذلك عزل عن بعض ما جعل إليه^(٢) .

وأما إذا اشترى [المضارب] بالمال متاعاً ، فكل شيء استفاده المضارب بإطلاق المضاربة ليس لرب المال أن ينهيه عنه ، فإن نهاه لم يتعلق بنهيه حكم في هذا المتاع حتى ينصّ ثمنه .

وهذا مثل أن يقول : لا تبع بالنسيئة ؛ وذلك لأن المضاربة قد تمت بالشراء ،

(١) في ب (فيما بينما له) والمثبت من أ .

(٢) انظر : الأصل ٢٠٩/٤ ، ٢٦١ ، وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٧٠/٣ وما بعدها .

فلو أراد العزل عن البيع لم يجز، فكذلك إذا أراد العزل عن مقتضى البيع لم يجز.

فأما السفر، فعلى الرواية التي قال إنه يسافر بإطلاق العقد إذا نهاه عن السفر بعدما اشترى المتاع لم يعمل نهيه؛ لأن ذلك قد ملكه بحكم العقد، فلا يملك عزله عنه^(١) مع تمام العقد.

وعلى الرواية التي قال: لا يملك السفر بإطلاق العقد وإنما يملك بتفويض^(٢) رب المال، فإذا عزله عنه جاز؛ لأن هذا ليس بمقتضى العقد، وإنما استفاده بأمر آخر انضم إلى العقد، فجاز عزله عنه.

وعلى هذا إذا كان قال له: اعمل برأيك، ثم نهاه عن الشركة وخلط المال، جاز نهيه؛ لأن ذلك لم يستفده بإطلاق المضاربة.

فأما إذا مات رب المال فقد انعزل المضارب من طريق الحكم، فهو كالعزل بالقول، فلا يملك الشراء المبتدأ، ويملك بيع ما اشترى؛ لينض رأس المال، كما يملك البيع [بعد العزل]^(٣).

فأما إذا مات رب المال لم يكن له أن يسافر؛ لأن الأمر الذي استفاد به التصرف بطل، وليس هذا كالنهي عن السفر؛ لأن النهي لا يبطل أمر رب [١/٣٤٢] المال، وإنما رب المال يبطل به تصرف المضارب، فلا يملك [ذلك] فيما تم العقد فيه.

(١) في أ (بعد).

(٢) في أ (بتفويض الرأي).

(٣) في ب (بعزله) والمثبت من أ.

وقد قالوا: إن المضارب إذا خرج بالمال بعد الموت إلى مصر رب المال لم يضمن استحساناً؛ وذلك لأن رأس المال يجب عليه تسليمه إلى الورثة، فلا بد من رده إلى مصرهم.

وإنما استوى في الموت العلم والجهل؛ لأنه عزل من طريق الحكم.

وقال بشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: إذا كان المال قائماً بعينه - يعني: مال المضاربة - [فله أن] ^(١) يمنع من البيع بنسيئة، وكذلك لو نهاه أن يعمل به، وكل ما نهاه قبل أن يعمل بالمال فيشتري به متاعاً، فنهيه جائز، وهذا [يدل] على ما بينا أن العقد لم يتم، فجاز له التخصيص، كما يجوز له العزل.

قال: فإذا اشترى به متاعاً قال أبو يوسف: ليس لرب المال أن يمنع المضارب من بيعه بنسيئة، ومن شخوصٍ بالمتاع إلى بلد، ولا أن يأخذ على يده في شيء ينقص ما كان في أصل المضاربة، ولا أن يمنعه من [البيع] ^(٢) يكون الفضل فيها، أرأيت مضارباً أخذ مالاً مضاربة على أن يبيع بالنقد والنسيئة، ويتجر في أنواع التجارات، وفي البلدان، فاشترى طعاماً ببلد فلما قبض ونقد أراد أن يحرزه إلى مدينة السلام لما بلغه من غلاء السعر، فقال رب المال: لا تحرزه، فقد احتجت إلى مالي، فبعه وأعطنيه، فليس ذلك لرب المال.

وللمضارب الأمر العام المعروف بين الناس، ليس له في ذلك ضرر ولا ما لا يعمل به التجار في مثل ذلك، ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه، ولا أن يحمل ذلك في السفر المخوف الذي [يتحاماه] ^(٣) التجار، إنما هذا على ما

(١) في ب (فإنه) والمثبت من أ، ويدل عليه ما بعده.

(٢) في أ (التبرع) والمثبت من ب.

(٣) في ب (قد تجافاه) والمثبت من أ.

يعمل التجار ويعرفه الناس .

وهذا على ما قدمنا أن ما استفاده بإطلاق المضاربة لا يملك رب المال نهيه عنه فيما اشتراه ، فأما الأجل الذي لا يبيع الناس إليه والسفر في الطريق المخوف ؛ فلأن ذلك لا يملك بإطلاق العقد ، فلذلك لم يجز له .

وقال الحسن بن زياد: إذا دفع إليه مالا مضاربة ، وقال له: اعمل برأيك ، [ثم قال: لا تعمل برأيك] فنهيه صحيح ، وإذا كانت المضاربة مطلقة ثم قال بعد ذلك: لا تبع بنسيئة ، أو قال: لا تخرج به من المصر ، أو قال: لا تبع منه شيئا من فلان ، أو قال: لا تشتريه البز ، أو لا تشتري الدقيق ، أو لا تشتري جارية ، ولا دارا ، لم يكن نهيه نهيا ، وكان للمضارب أن يفعل ذلك ؛ لأن قوله (اعمل فيه برأيك) قد بيّن أنه أمر آخر انضم إلى المضاربة ، فجاز العزل عنه ، وأما البيع [بالنسيئة] ^(١) والبيع ممن شاء وابتياح ما شاء مستفاد بإطلاق المضاربة ، فلا يملك العزل عنه بعد تمامها ، وهذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء .

قال: وإذا دفع الرجل إلى رجلين مالا مضاربة وقال لهما: اعملا في ذلك برأيكما ، أو لم يقل ، فليس لأحدهما أن يبيع ولا يشتري بغير إذن صاحبه ، ولا يعمل أحدهما شيئا مما للمضارب الواحد أن يعمله ؛ لأن رب المال رضي برأيهما ، ولم يرض برأي أحدهما ، فصار كالوكيلين ، ولأنه وإن كان فوّض الرأي [والاختيار] إليهما ، فإنما فوّضه على الاجتماع ، ولم يفوضه على الانفراد .

قال: وإن أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم ، رواه محمد في المضاربة الكبيرة ؛ وذلك لأنه فوّض الرأي إليهما وقد نفذ العقد برأيهما ،

(١) في ب (بذلك النسيئة) والمثبت من أ .

فكأنهما عقدها .

قال: فإذا دفع الرجل إلى الرجل مالا مضاربةً، وأجاز ما صنع في ذلك، فاشترى به خمراً أو خنزيراً أو ميتة، أو مُدَبَّرًا أو أمَّ [٣٤٢/ب] ولد، أو مُكَاتَّبًا، وهو يعلم أو لا يعلم، فقبض ذلك ودفع الدراهم، فهو ضامن للدراهم التي دفع؛ وذلك لأن الإذن في الشراء على المضاربة، فيقتضي شراء ما يمكن بيعه؛ لأن الربح لا يحصل إلا بالبيع، وهذه الأشياء لا يجوز بيعها، فلم يتضمنها الإذن، فإن اشتراها المضارب كان مشترياً لنفسه .

قال: وإذا اشترى [بيعاً] ^(١) فاسداً مما يملك إذا قبض فليس بمخالف، وهو ^(٢) على المضاربة؛ لأن الإذن في الشراء عام في الصحيح والفاسد، فما ^(٣) يمكن بيعه بعد ابتياعه فقد دخل تحت الأمر، فلا يكون مخالفاً .

قال: وإذا اشترى عبداً بما لا يتغابن الناس [في مثله] فهو مخالف، قال له: اعمل برأيك أو لم يقل؛ وذلك لأن المضارب وكيل بالشراء، فلا يجوز شراؤه إلا بما ^(٤) يتغابن في مثله؛ لأنه تصرف من طريق الحكم، كالوصي، وقوله: اعمل برأيك قد بينا أنه ينصرف إلى عموم من الرأي فيما يدخل في المضاربة، ولا ينصرف إلى [التبرع والمحاباة] ^(٥) .

قال: وإذا باع بما لا يتغابن الناس فيه فهو جائز في قياس قول أبي حنيفة،

(١) في ب (بيعها) والمثبت من أ .

(٢) في أ (وما اشترى) .

(٣) في أ (فيما أمكن) .

(٤) في أ (لما لا يتغابن) .

(٥) في ب (المبيوع والمحاباة تبرع) والمثبت من أ .

ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد ، وهذا فرع على مسألة الوكالة .

فأبو حنيفة يقول: إن الوكيل بالبيع يتصرف من طريق الأمر ، والأمر عام .

وهما يقولان: الوكالة محمولة على العادة .

وأما إذا باع بنقصان يتغابن فيه جاز في قولهم ؛ لأننا لا نتيقن الحظ ، ألا

ترى أن ذلك يدخل بين تقويم المقومين ، فكأنه باع بمثل القيمة .

قال أبو الحسن: إذا قال له: اعمل برأيك ، فله أن يعمل جميع ما في هذا

الباب: غير القرض ، وأخذ السفاتج ، والاستدانة على المال ، والشراء بما لا

يتغابن الناس فيه ، فإنه لا يجوز حتى ينص على ذلك بعينه واسمه ، وهذا على ما

بيننا . والله أعلم^(١) .



(١) انظر: الأصل ١٥٠/٤ وما بعدها .

بَابُ المضاربة الخاصة



قال [أبو الحسن]: وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن يعمل بها بالكوفة، فليس [له] أن يعمل بها في غيرها؛ وذلك لأن (على) من ألفاظ الشروط، والإذن في التصرف إذا كان بشرط وجب اعتباره؛ ولأن هذا التخصيص فيه زيادة [فائدة]، لأن السفر [فيه] خطر، فإذا لم يرض به رب المال لم يجز.

قال: ولا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة؛ [لأنه إذا لم يملك أن يخرج بنفسه، لم يملك الأمر بذلك، فإن أخرجها من الكوفة] ضمن إذا اشترى بها وباع، وما اشترى فهو لنفسه، له ربحه وعليه وضيعته؛ لأنه تصرف على غير الوجه المأذون، فصار كالمبتدئ بالتصرف في ملك الغير.

قال: وإن لم يشتري بها شيئاً حتى ردها إلى الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله؛ وذلك لأنه مؤتمن في المال، وإنما ضمن بالتعدي [فإذا ردها قبل الشراء] فقد أزال التعدي، فصار كالمودع إذا تعدى ثم أزال التعدي، [ولو اشترى ببعضه وردّ البعض، فما اشترى فهو له، وما ردّ رجوع على المضاربة، فإن اشترى في المصر وباع في المصر، كان ما اشترى في المصر مردوداً على المضاربة]؛ وذلك لأنه لو اشترى بالجميع كان الشراء له، ولو ردّ الجميع [كان ما اشترى]^(١) للمضاربة، فإذا اشترى ببعضه وردّ بعضه، كان

(١) في ب (فاشترى به، كان) والمثبت من أ.

للبعض حكم الجميع .

قال: وإن دفع إليه على أن يعمل في سوق الكوفة ، فعمل بالكوفة في غير سوقها ، فهو جائز على المضاربة استحساناً .

وجه القياس: أنه شرط العمل في مكان بعينه ، فلم يجز [العمل] في غيره ، كما لو شرط بلداً بعينه فعمل في غيره .

وجه الاستحسان: أن البلد الواحد كالبقعة الواحدة ، فالتخصيص بسوق منه لا فائدة فيه ، [وكل أمر لا فائدة فيه] [أ/٣٤٣] يلغو .

قال: [فإن قال]: اعمل به في سوق الكوفة ، ولا تعمل به إلا في سوق الكوفة ، فعمل في غير السوق فباع واشترى فهو ضامن ؛ وذلك لأنه حجر عليه في غير السوق ، [وهو يملك الحجر ، فلم يجز تصرفه ، وليس كذلك الفصل الأول ؛ لأنه لم يحجر عليه في غير السوق] ، وإنما خصَّ السوق ، والتخصيص يثبت إذا كان فيه فائدة .

وإذا قال: خذ هذا المال لتعمل به في الكوفة ، لم يجز العمل في غيرها ؛ لأن (في) حرف ظرف ، فقد جعل الكوفة ظرفاً للتصرف الذي أذن فيه ، فلا يجوز في غيرها ، وكذلك إذا قال: فاعمل به بالكوفة ؛ لأن الفاء تعلق ما قبلها بما بعدها ، فصار العمل بالكوفة هو المأذون فيه ، وكذلك إذا قال: خذ هذا المال بالنصف بالكوفة ؛ لأن الباء تلحق الصفة بالموصوف ، فلم يجز أن يتصرف على غير الصفة المأذون فيها .

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة ، فله أن يعمل بالكوفة

وحيث ما بدا له ؛ لأن الواو للاستئناف ، فقد أذن إذناً مطلقاً ، وشاوره فيما يعمل في المال ، فلم يختص الإذن به^(١).

وإذا قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام ، [أو قال: اشتر به الطعام ، أو قال: تشتري به الطعام] ، أو قال: في الطعام ، [فذلك كله سواء ، والطعام هو الحنطة والدقيق ، وليس له أن يشتري غير ذلك ؛ لما بيننا أن (على) حرف شرط ، والأمر إذا تعلق بشرط وجب اعتباره ، والفاء تعلق ما قبلها بما بعدها ، وإذا قال: تشتري به الطعام ، فهذا تفسير الإذن فيختص به ، وإذا قال: في الطعام] ، ففي حرف ظرف ، فإذا دخلت على [ما]^(٢) يكون ظرفاً صارت شرطاً ، وإنما قلنا: إن الطعام الحنطة ودقيقها ؛ لأن في العادة لا يراد بالطعام كل ما يطعم به ، إنما يراد ما [يطلق]^(٣) عليه الاسم ، وذلك هو الحنطة دون غيرها ، وأما دقيقها فلأن المقصود به ما يقصد بها ؛ ولأنه كان يسمى طعاماً عندهم على الإطلاق ، والمعتبر فيه ما يتناوله الاسم في كل بلد .

قال: وكذلك كل جنس يذكر من التجارات على هذا اللفظ لما بيننا أن اللفظ يفيد التخصيص ، فإذا اختص الإذن ، فإن اشترى غيره ، كان ما اشترى له ، فكأنه ابتداء التصرف بغير أمره .

قال: وله أن يشتري ذلك [الصنف]^(٤) في المصر وغيره ، وأن يبضع فيه ، ويعمل في ذلك الضرب خاصة جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة ؛

(١) انظر: الأصل ١٤٧/٤ .

(٢) في ب (ما لا يكون) والمثبت من أ .

(٣) في ب (ينطبق) والمثبت من أ .

(٤) في ب (النصف) والمثبت من أ .

وذلك لأن اللفظ يفيد العموم، فإذا دخله التخصيص من وجه بقي العموم في باقيه على ما كان عليه.

قال: وإذا عطف بالواو في هذا كله فقال [له]: اعمل كذا وكذا فهو مطلق^(١)، وهذا القول منه مشورة، وقد بيّنا ذلك.

وإذا قال له: على أن تشتري من فلان وتبيع منه، فهو على فلان خاصة لا يتعداه؛ لأن هذا التخصيص فيه فائدة، وهو الثقة بفلان، وكل تخصيص فيه فائدة يثبت حكمه.

فإذا قال: على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع، فاشتري وباع من رجل بالكوفة ليس^(٢) من أهلها فهذا جائز؛ لأن هذا التخصيص لا فائدة فيه إلا ترك السفر، فكأنه قال: على أن تشتري ممن بالكوفة.

وكذلك إذا دفع إليه مالا مضاربة في [٣٤٣/ب] الصرف على أن يشتري من [الصَّيَارِفَةَ]^(٣) ويبيع، كان له أن يشتري [من] غير [الصَّيَارِفَةَ]^(٤) ما بدا له من الصرف؛ لأن التخصيص بالصيارفة لا فائدة فيه إلا تخصيص البلد أو النوع، فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء.

قال: وإذا دفع إليه مالا مضاربة ثم قال له [بعد ذلك: اشتر البزَّ وبه]^(٥)،

(١) في أ (فهي مطلقة).

(٢) في أ (من غير).

(٣) في ب (الصارف) والمثبت من أ.

(٤) في ب (الصارف) والمثبت من أ.

(٥) في ب (هذا لك، اشتر به البز ومع) والمثبت من أ.

فله أن يشتري البز وغيره، وهذا محمول على أنه نهاء بعد الشراء، وقد بيّنا أن ما استفاده بإطلاق المضاربة إذا خصّه بعد العقد، فإن كان المال عيناً جاز تخصيصه، وإن كان قد اشترى به لم يعمل به تخصيصه، إلا أن يبيعه بمال عين، فيؤثر التخصيص عند ذلك، ولا يجوز أن يشتري إلا ما قال.

قال: وإذا دفع إليه مالاً مضاربة على أن يشتري ويبيع بالنقد، فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد؛ لأن هذا التخصيص فيه فائدة، فتعلق الأمر به.

فإن قال: بع بنسيئة ولا تبع بالنقد، فباع بالنقد جاز؛ لأن هذا أنفع من النسيئة، والتخصيص الذي لا فائدة فيه لا يثبت، وهذا كما لو قال: بع بعشرة فباع بأكثر منها. والله ﷻ أعلم بالصواب وإليه المآب^(١).



(١) انظر: الأصل ١٤٨/٤ وما بعدها.

بَابُ

اختلاف رب المال والمضارب

(على أي شرط قبيل المال)^(١)



قال الشيخ رحمه الله تعالى: أصل هذا الباب: أن مقتضى المضاربة العموم على ما قدمنا، فإذا اختلفا فالقول: قول من يدعي العموم منهما؛ لأنه يدعي مقتضى العقد، والمدعي للخصوص يدعي زيادة شرط، فلا تقبل دعواه، فإن [اتفقا على أن العقد وقع خاصاً فالقول: قول رب المال؛ لأنهما] اتفقا على العدول عن ظاهر العقد، وأنه وقع على الخصوص، فصار كالوكالة الخاصة إذا اختلفا فيها أن القول قول الموكل.

قال ابن سماعه وعلي بن الجعد عن أبي يوسف: إذا اختلف المضارب ورب المال في التجارة، فقال رب المال: أمرتك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها، وقال المضارب: ما سميت لي تجارة بعينها، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: القول قول المضارب مع يمينه؛ وذلك لأنه ادعى مقتضى العقد، وادعى رب المال العدول عن مقتضاه، فلم يُقبل قوله، وعلى المضارب اليمين؛ لأن القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة، وهذا مما يصح بذله.

وقال الحسن: القول قول رب المال، ومن أصحابنا من قال: إنه قول زفر؛ لأن الأمر مستفاد من جهة رب المال، فالقول قوله كيف أمر.

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

قال: فإن قامت لهما بينة على ما قالا ، فالبينة بينة المضارب .

إذا زادوا في الشهادة حرفاً واحداً ، فقالوا: نشهد أنه أعطاه إياه مُضَارِبَةً في كل تجارة ، ولو لم يشهدوا بهذا الحرف وقالوا: أعطاه مضاربة ، فالبينة بينة رب المال ؛ وذلك لأنهم إذا شهدوا بمطلق المضاربة ، فشهود رب المال قد شهدوا بشرط زائد ، فشهادتهم [أ/٣٤٤] أولى ، وإذا شهد شهود المضارب: أنه دفع إليه في كل شيء ، فقد شهدوا بزيادة لفظ لم يشهد به الآخرون .

قال: والشهادة في هذا^(١) الوجه على زيادة الحروف والمعاني ، وهذا يدل على أن الأخبار المتعارضة ترجح بالزيادة في اللفظ .

قال: فإن لم يختلفا في أنواع التجارة ، واختلفا في [الكون]^(٢) دون ما سواها ، فهو كذلك ، يعني: في المنع من السفر ؛ لأن المضاربة تقتضي إطلاقها في الرواية المشهورة للسفر .

فإذا ادَّعى رب المال أنه نهاء عن السفر ، فقد عدل عن إطلاق العقد ، فلا يقبل قوله ، فأما على قول من قال إنَّ المضارب لا يسافر ، فالقول قول رب المال ؛ لأنه يدَّعي مقتضى إطلاق العقد ، والمضارب^(٣) يدعي زيادة شرط فيه .

قال: فإن قال رب المال: دفعت إليك المال مضاربة في البز ، وقال المضارب: في الطعام ، فالقول: قول رب المال ، وهذا في قولهم ؛ [وذلك] لأنهم اتفقوا على خصوص العقد وزوال إطلاقه ، فلم يجز الرجوع إلى ما يقتضيه

(١) في أ (في هذه الوجوه).

(٢) في ب (كور) والمثبت من أ .

(٣) في أ (والمدعي).

الإطلاق ، فكان القول قول من [استفيد] ^(١) الإذن من جهته ، فإن أقاما بينة (كانت بينة المضارب أولى) ^(٢) ؛ وذلك لأنه يثبت شرطاً زائداً تنفيه بينة رب المال ، والبينة [المثبتة] أولى .

وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الإذن ، وقد وقتتا ، فالوقت الآخر ^(٣) أولى ؛ لأن الشرط الثاني ينقض الأول ، فكان الرجوع إليه أولى . والله ^(٤) أعلم بذلك .



(١) في ب (استفاد) والمثبت من أ .

(٢) في أ (فالبينة بينة المضارب) .

(٣) في أ (الأخير) .

(٤) انظر: الأصل ٤/٣٥٤ ، ٣٥٥ .



بَابُ نَفَقَةُ الْمُضَارِبِ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: لا نفقة للمضارب في المال إذا عمل به في مصره^(١)، وإن أنفق على نفسه من مال المضاربة شيئاً فهو ضامن [له]^(٢)؛ لأن القائل في النفقة أحد قائلين:

إما من قال: لا يجوز أن ينفق بحال إلا بإذن رب المال.

ومن قال: ينفق في السفر دون الحضر، فصار الحضر إجماعاً.

فإذا أنفق ضمن؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٣).

قال: وإن سافر بالمال للعمل به، فنفقته فيما يكتري لركوبه، ونفقته على نفسه من كسوة أو طعام يأكله، أو أجير يخدمه، أو ثوب يلبسه، أو فراش ينام عليه، أو ماء يشربه، أو علف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه، أو غسل ثيابه [في المال]، وكذلك من شراء دابة ليركبها، روى هذا بشر بن الوليد

(١) في أ (المصر).

(٢) انظر: الأصل ١٧٩/٤.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند من حديث عمرو بن يثربي، ٥، ٧٢؛ والبيهقي في الكبرى، ١١٣/٥؛ وقال الهيثمي: «ورجال أحمد ثقات» مجمع الزوائد ٤/١٧٢. انظر: التلخيص الحبير، ٤٥/٣.

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وليس بين أصحابنا خلاف في هذه الجملة .

والأصل في جواز النفقة من المال: أن العادة أن الإنسان لا يسافر في مال غيره إلا طلباً للفائدة ، فتعجيل^(١) النفقة من ماله لربح يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون ، (لا يجوز)^(٢) ، وإنما ينفق من المال ، فصار المعتاد كالمأذون فيه بالنطق ؛ ولأن سفره لأجل المال لا على وجه التبرع من غير بدل مضمون ، فكانت نفقته فيه ، وليس كذلك في الحضر ؛ لأن إقامته ليست لأجل المضاربة إذا كان مقيماً قبلها ، فلم تكن نفقته في [٣٤٤/ب] المال .

وليس هذا [كالأجير]^(٣) ؛ لأنه يعمل ببدل مضمون ، فيحصل له العوض ، وقد لا يحصل ، فجعلت نفقته في المال حتى لا يستضر بالإنفاق [على نفسه] من مال نفسه ، وليس هذا كالمبضع ؛ لأنه تبرع بالعمل من غير منفعة ، فلم يثبت له النفقة مع إسقاطه لحقه .

وقد روى ابن سماعة عن محمد: في الشريك إذا سافر بالمال أنه^(٤) ينفق من المال ، وهذا صحيح على ما بيناه في المضارب .

وإذا ثبت أن النفقة في المال ؛ أنفق ما لا بد له منه في سفره ؛ لأن الإذن مستفاد بالعادة ، فيثبت منه مقدار ما جرت به العادة دون غيره .

قال: وكل دواء يشتريه المضارب أو أجرة لحجامة فهو ضامن [له من] ماله ،

(١) في أ (فيتعجل) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) في ب (كالأجنبي) والمثبت من أ .

(٤) في أ (لا ينفق) .

وكذلك النورة ، وقال الحسن: ذلك في المال في قياس قول أبي حنيفة .

وجه ما [ذكر] في الكتاب: أن النفقة إذا ثبتت في العادة ثبت المعتاد منه دون غيره ؛ ولهذا إذا قضى القاضي بالنفقة قضى بالطعام والكسوة ، ولم يقض بالدواء والحجامة ؛ ولأن [كل] ما كان قادراً [بإذن]^(١) لا يجوز أن يثبت بالعادة^(٢) .

وجه قول الحسن: أن كل [مال]^(٣) تثبت فيه نفقة الإنسان كان فيه الدواء والحجامة كمال نفسه .

قال: وكذلك الدهن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: الدهن في المال .

وجه قولهما: أن الدهن ليس بمعتاد ، ولا تدعو إليه الضرورة ، فصار كالطيب .
وجه قول محمد: أن الدهن يستعمل [لمنفعة]^(٤) في البدن غير نادر كالطعام والشراب .

وقال الحسن: ينفق على نفسه في سفره في كسوته وأدمه ، وإن احتجم أو اطلّى أو اختضب أو أكل منه فاكهة مثل ما يصنع التجار ، كان ذلك له في قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ، وبه نأخذ .

قال أبو الحسن: رواية الحسن في الحجامة [والطلاء]^(٥) خلاف ما رواه

(١) في ب (ولأن ما كان قادراً لا يجوز) .

(٢) انظر: الأصل ١٨٠/٤ .

(٣) في ب (ما) والمثبت من أ .

(٤) في ب (لنفقة) والمثبت من أ .

(٥) في ب (الإطلاق) ، وفي أ (الإطلاء) . والمثبت هو المناسب للعبارة .

الآخرون ، وليس في الخضاب وأكل الفاكهة رواية عن أبي يوسف ولا محمد أعلمها^(١) ، والظاهر أن الخضاب كالحجامة ؛ لأنه غير معتاد في الرجال ، وأما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والأدوم .

قال بشر عن أبي يوسف في نوادره: سألت أبا يوسف عن اللحم؟ فقال: كما كان يأكل؛ وذلك لأنه من المأكول المعتاد .

قال أبو الحسن: وسبيل النفقة عندهم جميعاً أن يحتسب من الربح إذا كان في المال ربح ، فإذا لم يكن في المال ربح فهو من رأس المال ؛ وذلك لأن النفقة جزء هالك من المال ، فإن كان هناك ربح كان منه ، كما لو هلك بسبب من السماء .

قال أبو الحسن: وما أنفقه من ماله مما له أن ينفقه من مال المضاربة على نفسه ، فهو دين في المضاربة ؛ وذلك لأن الإنفاق من المال وتدييره إليه ، فإذا أنفق من مال نفسه رجع فيه ، كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه ، فإن هلك المال لم يرجع [أ/٣٤٥] بشيء على رب المال .

قال محمد: ذلك في المضاربة ؛ وذلك لأن النفقة واجبة على رب المال [من مال]^(٢) مخصوص ، فإذا هلك لم يلزمه الضمان ، كالزكاة الواجبة إذا هلك المال ، وكجناية العبد إذا مات العبد .

قال: وإن خرج من المصر يوماً أو يومين ، فله النفقة من مال المضاربة ، قال ذلك محمد في كتاب المضاربة عن نفسه وعن أبي يوسف ؛ وذلك لأن الخروج من المصر حصل لأجل المال ، فصار كالخروج للسفر .

(١) في أ (علمنا) .

(٢) في ب (في المال) والمثبت من أ .

قال: وإذا خرج المضارب بالمال مسافراً فأقام في مصر من الأمصار للشراء والبيع، ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً فله النفقة ما لم يتخذ الموضع الذي هو فيه دار إقامة، فلا تبطل نفقة المضارب بعد السفر بالمال إلا بإقامته في مصره أو مصر يتخذه دار إقامه؛ [وذلك] لأن إقامته في مصره ليس لأجل المال؛ وكذلك إذا اتخذ بلداً^(١) وطناً، وإقامته فيه للوطن لا للمال، فصار كالوطن الأصلي، فأما إذا نوى الإقامة ولم يتخذ المصر دار إقامة، وإقامته فيه لأجل المال، فجاز أن ينفق منه^(٢).

قال: [وإذا اتخذ المضارب داراً]^(٣) بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قدم الكوفة مسافراً، فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة، فإذا خرج مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة، ثم لا ينفق [من المال] ما دام بالبصرة، فإذا خرج من البصرة أنفق من المال حين يخرج إلى أن يأتي الكوفة، وما كان مقيماً بالكوفة حتى يعود إلى البصرة؛ [وذلك] لأنه كان مقيماً بالكوفة قبل المضاربة، (فإذا أخذ المال بإقامته بالكوفة ليس لأجل المال، فلا ينفق منه)^(٤)، فإذا خرج منها فخروجه لأجل المال، فينفق منه، إذا دخل البصرة وهي وطنه بإقامته لأجل ذلك الوطن، لا لأجل المال، فإذا عاد إلى الكوفة فوطنه بها كان وطن إقامة، فبطل بالسفر، فقد عاد إليها وليست له بوطن، وإقامته فيها لأجل المال، فكان له النفقة فيه.

(١) في أ (وطناً آخر).

(٢) انظر: الأصل ٤/١٨٢.

(٣) في ب (وإذا أخذ المضارب مالاً) والمثبت من أ.

(٤) ساقطة من أ.

قال: وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل ، ففي مال المضاربة حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته ، فنفقتهم في المال ؛ وذلك لأن نفقتهم كنفقة نفسه ، ألا ترى أنه لا يتوصل إلى السفر إلا بهم^(١) .

قال: إلا أن يكون معه عبيد لرب المال [بعثهم معه يعينونه ، فلا نفقة لهم في المال ، ونفقتهم على رب المال] خاصة ؛ وذلك لأن عبد رب المال يجري مجراه ، ومعلوم بأن رب المال إذا أعان^(٢) المضارب في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة وكذلك عبده ، (وأما عبد المضارب فهو كالمضارب ، والمضارب إذا عمل في المال أنفق منه ، وكذلك عبده)^(٣) .

قال: وكل ما أطلقناه للمضارب من النفقة على نفسه وما يحتاج إليه ، فهو نفقة بالمعروف على الأمر المعروف بين التجار ، فإن تجاوز ذلك ضمن [ب/٣٤٥] الفضل ؛ لأنه مأذون بالعادة ، فاعتبر المقدار المعتاد دون غيره .

قال: وسواء سافر برأس المال أو بمتاع من المضاربة ؛ لأن السفر في الوجهين لأجل المال .

قال: وكذلك لو سافر فلم يتفق له [شراء]^(٤) متاع من حيث قصد فعاد بالمال ، فذلك سواء ، ونفقته ما دام مسافراً في مال المضاربة ؛ [وذلك] لأن التجارة تقع على هذا الوجه ، ألا ترى أن الإنسان قد يتفق له الشراء في وقت دون

(١) انظر: الأصل ١٨٠/٤ .

(٢) في أ (إذا كان يعين المضارب) .

(٣) ساقطة من أ . انظر: الأصل ١٨٤/٤ .

(٤) في ب (فشرى) والمثبت من أ .

وقت ، في مكان دون مكان ، وإذا كان هذا عمل التجارة لم يضمن النفقة .

قال: وإن سافر المضارب بماله ومال رب المال أو بمالين لرجلين ، فنفقته على المالين بالحصص ؛ لأن السفر لأجلهما ، فكانت النفقة فيهما ، فإن كان أحد المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة^(١) لرجل آخر ، فنفقته في مال المضاربة ؛ لأن البضاعة تبرع بالعمل ، فلم يكن سفره لأجلها .

قال: إلا أن يتفرغ لعمل البضاعة فينفق من مال نفسه ؛ وذلك لأنه تارك للعمل في المضاربة .

قال: وليس على رب البضاعة^(٢) شيء ، إلا أن يكون أذن له في النفقة ؛ لأنه تبرع بأخذها فلم يكن له نفقة كالمودع .

قال: ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له في ذلك ، فالنفقة على الحصص ؛ لأن السفر لأجل المالين^(٣) .

قال: وإن رجع المسافر إلى مصره ومعه من الثياب التي اشتراها لكسوته أو غير ذلك من طعام أو غيره ، رَدَّهُ في المضاربة ؛ لأنه أذن له في النفقة من ملك غيره لأجل سفره ، فإذا انقطع السفر زال الإذن ، فما بقي يعود إلى أصله .

قال: وإذا انفسخت المضاربة [وفيها]^(٤) ديون على الناس ، فإن كان في

(١) البضاعة: السلعة ، وكل ما يُتَّجر فيه . والغرض هنا: هي السلعة يضعها صاحبها عند آخر ؛ لبيعها دون أن يأخذ على ذلك أجراً . انظر: المغرب ؛ المصباح ؛ معجم لغة الفقهاء (بضع) .

(٢) في ب العبارة (على رب المال البضاعة) والمثبت من أ .

(٣) انظر: الأصل ١٨٦/٤ .

(٤) في ب (والمال) والمثبت من أ .

المال ربح ، أجبر المضارب على التقاضي ، وإن لم يكن فيه فضل لم يجبر على التقاضي ، وقيل للمضارب أجل رب المال على الغرماء ؛ وذلك لأنه إذا كان هناك ربح فقد حصل له ربح عوض عن العمل ، فلزمه إتمام العمل (كما يلزم الأجير) ، وأما إذا لم يكن هناك ربح [فلم يحصل له عوض عن العمل]^(١) ، فلا يجبر على إتمام العمل ، كما لا يجبر الوكيل ؛ ولأنه إذا كان هناك ربح فالمضارب شريك في المال ، ولو قبض نصيب نفسه خاصة كان لرب المال أخذه منه ؛ لأن رأس المال مقدم على الربح ، فلا يزال كذلك (كلما أخذ شيئاً أخذه)^(٢) منه حتى يستوفي رأس المال ، ثم كلما (أخذ شيئاً أخذ حصته منه)^(٣) ، فيؤدي [ذلك] إلى أن يلزمه قبض الجميع ، وهذا لا يوجد مع عدم الربح ؛ إلا أن حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون المالك ، فلم يقدر رب المال على المطالبة إلا بالحوالة ، فيلزمه أن يحيله بالمال حتى يستوفي^(٤) حقه .

قال: وإذا دفع الرجل [إلى الرجل] مالا مضاربة فاسدة ، فسافر بها المضارب فلا نفقة له ؛ لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة ، ألا ترى أن الواجب فيها الأجر ، والأجير لا ينفق من المال^(٥) .



(١) في ب (فلم يسلم له منفعة) والمثبت من أ .

(٢) في أ (كلما أخذه هذا الآخر منه) .

(٣) في أ (أخذه ، أخذه بحصة منه) .

(٤) في أ (حتى لا يقوى حقه) .

(٥) انظر: الأصل ١٧٩/٤ وما بعدها .

بَابُ اِخْتِلَافِ رَبِّ الْمَالِ وَالْمُضَارِبِ فِي رَأْسِ الْمَالِ وَالرَّيْحِ

قال أبو الحسن: وإذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح، فقال رب المال: رأس مالي ألفان وشرطتُ لك ثلثُ الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، وفي يد المضارب ألف^(١) درهم يقر أنها مال المضاربة، فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف، والقول قول رب المال أنه شَرَطَ له ثلثُ الربح، وهذا قول أبي حنيفة الأخير، وهو قول أبي يوسف ومحمد^(٢).

وكان قوله الأول: إن القول قول رب المال في الأمرين جميعاً، وهو قول زفر، وإنما جعلنا القول قول المضارب في مقدار [أ/٣٤٦] رأس المال؛ لأنه اختلاف في مقدار المقبوض، فالقول قول القابض [كالغاصب]، ولأنه لو قال: لم أقبض شيئاً، كان القول قوله، فكذلك إذا اعترف بشيء دون شيء.

وإنما كان القول في شرط الربح قول رب المال؛ لأن شرط الربح يستفاد من جهته، فالقول قوله فيه؛ ولأنه لو قال: لم أشرط لك ربحاً، وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله، فكذلك إذا أقر بشيء دون شيء.

وجه قوله الأول: أن الربح مستفاد من [رأس]^(٣) المال، وقد اتفقا [على]

(١) في أ (ألفا).

(٢) انظر: الأصل ٢٢٢/٤، ٢٢٣.

(٣) في ب (أصل) والمثبت من أ.

أن جملة المال مضاربة ، فادّعى المضارب استحقاقاً فيه ، ونفاه المالك ، فالقول قوله .

وليس كذلك إذا قال المضارب: بعض هذه الألفين لي خلطته بها ، أو [هي] بضاعة في يدي ؛ لأنهما لم يتفقا أن الجميع مال المضاربة ، ومن كان في يده شيء فالقول قوله فيه .

وإذا ثبت هذا ، قلنا في مسألتنا: يحكم أن رأس المال ألف ، ونجعل للمضارب ثلث الألف الآخر ، ولا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ، ولا [يقبل] قول المضارب في زيادة شرط الربح .

وعلى قول زفر: يأخذ رب المال الألفين جميعها .

قال: فإن كان في يد المضارب ثلاثة آلاف والمسألة على حالها ، أخذ رب المال ألف درهم واقتسما ما بقي من المال أثلاثاً .

وقال زفر: يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الأخرى ، وقد بينّا هذا .

قال: وإذا كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقرّ ، فالقول قول المضارب عندهم جميعاً ؛ وذلك لأن زفر يقبل [قول ربّ المال في استحقاقه ، وما اعترف المضارب أنه مال المضاربة .

فأما أن يقبل] قوله في إيجاب الضمان على المضارب ، فلا .

قال: فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف ، فقال: ألف رأس المال ، وألف ربح ،

وألف وديعة ، أو مضاربة لآخر ، أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر ، أو عَلَيَّ أَلْف [درهم] دين ، فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها ؛ [وذلك] لأن من في يده شيء ، فالظاهر أنه له إلا أن يعترف به لغيره ، ولم يعترف لرب المال بهذه الألف ، فكان القول قوله فيها .

وقال : من جعلنا القول قوله في هذا الباب ، فهو مع يمينه ؛ لأننا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة ، ومن أقام بينهما بينة على ما ادعى من فضل قبلت^(١) بينته ؛ لأن رب المال إذا أقام البينة على زيادة رأس المال فقد [أثبتت] بينته زيادة (استحقاق ، وإذا أقام المضارب بَيِّنَةً على شرط الربح فقد [أثبتت] بينته زيادة)^(٢) شرط .

ونظير هذا ما قال محمد : إذا قال رب المال شرطتُ لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم ، وقال المضارب : بل شرطت لي الثلث ، فالقول قول المضارب ؛ لأنهما اتفقا على شرط الثلث ، وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها إلا فساد العقد ، فلم يقبل قوله ، وإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال ؛ لأنه أثبت زيادة شرط .

ولو قال رب المال : شرطتُ لك الثلث إلا عشرة ، وقال المضارب شرطت لي الثلث ، فالقول قول رب المال ؛ لأنه أقرَّ له ببعض الثلث ، والمضارب يدعي تمام الثلث ، فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح ، فإن أقاما بينة فالبينة بينة المضارب ؛ لأنه أثبت زيادة في الشرط .

(١) في أ (فالبينة بينته) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

ولو قال رب المال: شرطتُ لك [النصف من] ^(١) الربح، وقال المضارب: شرطت لي مائة درهم أو لم تشرط شيئاً ولي أجر المثل، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي أجراً مضموناً في ذمته، وهو ينفي ذلك، فالقول [ب/٣٤٦] قوله، فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب [بيّنة] أنه لم يشرط له شيئاً من ذلك، فالبينة بينة رب المال؛ لأنها [مثبتة للشرط] ^(٢)، وبينة المضارب نافية، ولو أقام المضارب بينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى؛ لأنه أثبت بها أجر ^(٣) المثل مضموناً، وأثبت شرطاً في مقابلة الشرط الذي أثبتته رب المال، فكانت البينة الموجبة للضمان مع [تساوي البيئتين] ^(٤) في إثبات الشرط أولى.

قال: وقد جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة، إلا في هذا الفصل، إذا أقام رب الأرض والبذر البينة أنه شرط للعامل نصف الخارج، وقال العامل: شرطت لي مائة قفيز، فالبينة بينة الدافع، وفي المضاربة البينة بينة المضارب.

والفرق [بينهما]: أن المزارعة عقد لازم؛ بدلالة أن من لا بذر من جهته لو امتنع من العمل أجبر عليه، فإذا كان العقد لازماً فالبينة المصححة له أولى، فأما المضاربة فليست بلازمة؛ لأن العامل لو امتنع من العمل لم يجبر، فلم ترجح البينة بالتصحيح، فرجحت بإيجاب الضمان.

(١) في ب (نصف نصف) والمثبت من أ.

(٢) في ب (ثبت الشرط) والمثبت من أ.

(٣) في أ (أجرًا).

(٤) في ب (التساوي) والمثبت من أ.

ولو قال رب المال: دفعتُ إليك بضاعة، وقال المضارب: مضاربة بالنصف أو بمائة درهم، فالقول قول رب المال؛ لأن الربح يستفاد بشرطه، فالقول قوله أنه لم يشترط؛ ولأن المضارب يدّعي استحقاقاً في مال غيره، فالقول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: أقرضتني المال فالربح لي، وقال رب المال: دفعتُ إليك مضاربة أو بضاعة، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي عليه التمليك، فإن أقاما بينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها تثبت التمليك، ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة، ثم أقرضه.

ولو قال المضارب: دفعتُ إلي مضاربة، وقال رب المال: أقرضتك، فالقول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا أن الأخذ بإذن المالك، ورب المال يدعي على المضارب الضمان، فالقول قوله في نفيه، فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال، وذلك لأنها تثبت الضمان^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٢٢/٤ وما بعدها.

بَابُ الاستدانة على المضاربة



قال أبو الحسن: وإذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، وأمره أن يعمل في ذلك برأيه أو لم يأمره، فليس له أن يشتري للمضاربة بأكثر من الألف التي هي رأس المال في يده؛ لأن الفضل [بينهما] يكون ديناً، وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه فيه، وهذا على ما قدمنا أن الاستدانة لا تجوز من [المضاربة]^(١) إلا أن ينص عليها رب المال.

وأما إذا قال: اعمل برأيك، أفاد هذا [القول] عموم الرأي في القدر المدفوع [إليه] دون غيره، فإذا اشترى بأكثر من الألف صار مستديناً على المال، وذلك لا يجوز.

قال: فإن اشترى سلعة بأكثر من الألف، كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة، وحصة ما زاد على الألف للمضارب [خاصة] له ربح ذلك، وعليه وضيعته، والزيادة دين عليه في ماله؛ وذلك لأنه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة، ويملك الشراء لنفسه، فإذا جمع بين الأمرين [كان]^(٢) ما اشتراه بمقدار الألف للمضاربة، كما يجوز في حال الانفراد، وكان ما اشتراه من الزيادة له كما لو اشتراه في حال الانفراد، وهو يملك

(١) في ب (المضارب) والمثبت من أ.

(٢) في ب (جاز) والمثبت من أ.



بالمضاربة أن يشتري سلعة ، ويملك أن يشتري بعضها^(١) .

ولا يقال: هذا يؤدي إلى خلطه مال المضاربة بماله ؛ وذلك لأن هذا خلط من طريق الحكم ، فلا يوجب [١/٣٤٧] الضمان ، كما لو اشترى نصف عبد ثم باعه هو والبائع ، لم يضمن باختلاط الثمن ، وإن كان لو خلط المال ابتداءً لم يجز .

قال: وإذا قبض المضارب رأس المال وهو ألف درهم ، فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير والفلوس من سائر الأشياء مما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ ، ولا بثوب موصوف إلى أجل ؛ وذلك لأن الشراء بغير الأثمان استدانة على المال ، ألا ترى أنه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤدي ، والاستدانة لا تجوز .

وأما إذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير ، أو [كان في يده] دنانير فاشترى بدراهم ، فالقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ؛ لأنه اشترى بجنس ليس في يده ، [فلم يجز]^(٢) كما لو اشترى بالعروض ، وإنما استحسنا فقالوا: يجوز ذلك ؛ لأن الدراهم والدنانير قد أجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد ، ألا ترى أنهما الأثمان ، وبهما يقضى في النفقات والأروش [وقيم]^(٣) المتلفات ، ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر ، فصارا كالشيء الواحد ، فكأنه اشترى بجنس [ما]^(٤) في يده .

وأما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا ، والاستحسان أن تكون كالدراهم على

(١) انظر: الأصل ٣٥٠/٤ .

(٢) في ب (فصار) والمثبت من أ .

(٣) في ب (وقيمة) والمثبت من أ .

(٤) في ب (هو) والمثبت من أ .

قول من [جوز] ^(١) المضاربة بها؛ لأنها ثمن كسائر الأثمان.

وعلى قول أبي يوسف: لا تجوز المضاربة بها كالعروض، فلا يجوز الشراء بها إذا لم يكن في يده مال، وكذلك إن اشترى بخلاف صفة رأس المال: بأن اشترى بدراهم بيض، ورأس المال سود، أو بصحاح ورأس المال غلة؛ فذلك جائز.

وكذلك إن كان رأس المال بيضاً فاشترى بسود، وإن كان [رأس المال] صحاحاً فاشترى بغلة، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك لأنه إذا جاز أن يشتري بالدنانير وفي يده الدراهم فالشراء ^(٢) بالدراهم وفي يده دراهم تخالف صفتها أولى ^(٣).

قال: وقال محمد إذا اشترى بما صفته أنقص من [صفة رأس المال] ^(٤) جاز.

قال أبو الحسن: ولم أجد عنه إذا اشترى بأزيد من صفته شيئاً، وقال زفر: لا يجوز إذا اشترى بخلاف صفة رأس المال، فإن كان محمد يشترط أن يشتري بما صفته أنقص؛ فلأن ^(٥) في يده ذلك القدر وزيادة، وإذا اشترى بأكمل فليس في يده القدر الذي اشترى به، فلا يجوز، والظاهر من مذهبهم جواز ذلك؛ لأن تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس.

(١) في ب (جرب) والمثبت من أ.

(٢) في أ (فإذا اشترى) (أولاً).

(٣) هذه أسماء لأجناس الدراهم التي كانت متداولة في السوق.

(٤) في ب (صفته) والمثبت من أ.

(٥) في أ (فإن) والمثبت من ب.



قال: وإذا كان رأس المال ألف درهم، فاشترى سلعة بألف، أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك ألف [درهم]، فقد بطل أن يشتري بعد ذلك على الألف شيئاً بألف أخرى أو غير ذلك، وقد خرجت الألف الأولى من المضاربة لما صار فيها من الدين؛ وذلك لأن الأولى صارت مستحقة بالثمن الأول، فلو اشترى بعدها صار مستديناً على المال.

قال: فإن اشترى بها أولاً عبداً بخمسمائة، فقد خرجت خمسمائة [من المضاربة]، فلا يجوز أن يشتري بعد ذلك إلا بقدر خمسمائة، وكذلك كل دين يلحق رأس المال؛ وذلك لأن الخمسمائة صارت مستحقة من رأس المال، فلو اشترى بأكثر مما بقي كان مستديناً على المال، وهذا لا يصح.

قال: وإذا باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة، فحصل في يده أموال من صنوف الأموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الأموال، ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس، فليس له أن يشتري متاعاً بثمن ليس في يده مثله في جنسه وصفته وقدره، [٣٤٧/ب] وذلك مثل أن يشتري عبداً بكرٌ حنطة موصوفة جيدة أو وَسَطٍ، فإن كان الشراء بوسط من الحنطة وفي يده وسط من الحنطة فالشراء جائز على المضاربة، وإلا لم يكن للمضاربة، وكان للمضارب.

وكذلك لو كان في يده من الحنطة أجود مما اشترى [به] أو دونه^(١)؛ وذلك لأنه إذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستديناً على المال، (فلا يجوز).

وليس اختلاف الصفة هاهنا كاختلاف الصفة في الدراهم؛ لأن اختلاف

(١) في أ (أو أدون).

الجنس في الدراهم لا تؤثر؛ لأنه يسهل النقل فيها، فكذلك اختلاف الصفة واختلاف الجنس هاهنا مؤثر؛ فكذلك اختلاف الصفة.

قال: وإن كان في يد المضارب جارية أو ثوب أو شيء من العروض يساوي ألفاً أو أكثر فاشترى بخمسمائة وقال: أبيع هذه العروض وأؤدّي ثمنها فيما اشتريت، لم يجز ذلك، وكان ما اشترى دون المضاربة، وسواء كان ثمن المشتري حالاً أو إلى أجل؛ وذلك لأنه لما اشترى بما ليس في يده صار مستديناً على المال^(١)، وهو لا يملك ذلك.

قال: فإن باع ما في يده بألف، [وحصل]^(٢) ذلك في يده قبل حلّ الأجل، لم ينتفع بذلك؛ لأن الخلاف كان في حال الشراء، فلزمه [فيه] الثمن، وصارت السلعة له؛ وذلك لأنه لما لم يملك الشراء ابتداءً وقع العقد له، ولا يتغيّر بعد ذلك من ملكه إلى المضاربة.

فصار الحاصل من مسائل الاستدانة: أن المضارب لا يملكها إلا بإذن رب المال بصريح الإذن، فإذا لم^(٣) يأذن له لم يكن ما يستدينه على المضاربة، وكان شركة وجوه على ما قدمناه^(٤).

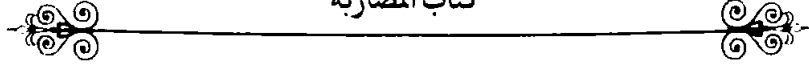
وقد قالوا على هذا: لو قال [له]: استقرض علي ألفاً وابتغ بها على المضاربة، فاستقرض، كان ما استقرضه على نفسه، حتى لو هلك في يده قبل أن

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (وجعل) والمثبت أ.

(٣) في أ (أذن).

(٤) انظر: الأصل ٤/٣٤٢، ٣٥١.



يدفعه إلى رب المال لزمه ضمانه ، ولم يرجع به على رب المال ، فإن اشترى به كان المشتري بينهما ، ورجع على رب المال بحصته .

فكأنه قال له: اشتر بما لك [متاعاً بيننا ، فأما إذا لم يأذن له في الاستدانة ، فليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال ولا بغير] جنس الأثمان ، فإن اشترى بثمان [وليس] في يده ثمن غيره جاز استحساناً ، وإن اشترى بقدر رأس المال ولم يسلمه حتى اشترى شيئاً آخر ، لم يكن على المضاربة ؛ لأن رأس المال اشتغل بالدين ، فلم يملك الشراء به ، فصار مستديناً ، ولا يجوز أن يشتري بعدما اشترى برأس المال إلا بالسلعة التي اشتراها ؛ لأنها على المضاربة ، فإذا اشترى بها لم يكن مستديناً على المضاربة^{(١)(٢)}.



(١) في ب (المال) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٣٤٢/٤ وما بعدها .

بَابُ الاستدانة على إصلاح مال المضاربة



قال أصحابنا: إذا اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ، ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو على فتلها ، فهو متطوع في ذلك كله ؛ وذلك لأنه لما ابتاع بجميع رأس المال لم يبق في يده ما يجوز عقده به ، فصار عاقداً لنفسه ، فيكون متطوعاً [به] في حق الغير ، كمن حمل متاعاً لغيره أو قصره .

قال محمد: وكذلك إن صبغها أسود من ماله فنقصها ذلك ، ولم يزد فيها شيئاً ، فلا ضمان [في شيء من ذلك إذا كان رب المال قال له: اعمل في ذلك برأيك أو لم يقل ؛ وذلك لأن أجرة الصبغ لو صار ديناً في المال كان مستديناً] عليه ، وقد بينا أن الاستدانة لا تجوز ، ولا يصير شريكاً بالسواد ؛ لأنه لم يوجد (١) زيادة في العين ، وإنما نقصها ، ولا يضمن بفعله [نقصه] ؛ لأنه مأذون فيه بعقد المضاربة ، ألا ترى أنه لو كان في يده فضل فصبغ [به] الثياب سوداء فنقصها ذلك لم يضمن ، فكذلك إذا صبغها بمال نفسه .

قال: ولو صبغ المتاع بعُصْفِرٍ أو زَعْفَرَانٍ أو صبغٍ تزيد قيمتها وليس في يده من مال المضاربة [شيء] ، فإن كان لم يقل له: اعمل برأيك فهو ضامن ، ورب المال بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه ، وسلم إليه المتاع ، وإن شاء ترك المتاع حتى يباع ، فيضرب فيه رب [١/٣٤٨] المال بقيمته أبيض ، ويضرب

(١) في أ (يوجب).



المضارب بما زاد الصبغ فيه ، فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة ، وما أصاب ما زاد الصبغ [فهو] للمضارب خاصة ؛ وذلك لأن الصبغ استدانة على المال ، وذلك لا يجوز ، فصار الصبغ من غير المضاربة .

والمضارب إذا خلط ملك نفسه بالمال ولم يقل له : اعمل برأيك ، فضمن وصار كالأجنبي إذا خلط المال .

ولو صبغ الثياب أجنبي كان المالك بالخيار : إن شاء ضمنه قيمتها ، وإن شاء تركها على الشركة وتضاربا بثمانها ، فكذلك هذا .

وأما إذا قال له : اعمل برأيك ، فلا ضمان عليه ؛ لأن له أن يخلط ماله بالمال ، وقد بينا أن الصبغ على ملكه ، فلم يضمن بخلطه ، وصار المتاع بينهما ، إذا باعه قسم الثمن : على قيمة الثوب أبيض ، وقيمة الصبغ ، فما أصاب الثوب ^(١) كان في المضاربة ، وما أصاب الصبغ كان للمضارب ^(٢) .



(١) في أ (ذلك) .

(٢) انظر : الأصل ٤ / ٣٥٠ ، ٣٥١ .

بَاب

ما يلحق مال المضاربة مما يخرج بالحكم من المضاربة أو لا يخرج



قال مُعَلَّى ، عن أبي يوسف: إذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى عبداً بألفين ، فأنفق عليه فهو متطوع في النفقة ؛ [وذلك] لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال ، فالنفقة استدانة على المال ، وهو لا يملك ذلك ، فصار كالأجنبي إذا أنفق على عبد غيره^(١).

قال: إلا أن يكون أمره القاضي بذلك ، فإن كان رفع إلى القاضي فأمره بالنفقة عليه ، فما أنفق فهو عليهما على قدر رؤوس أموالهما .

قال أبو يوسف: وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال إذا حكم بالنفقة ، وإنما صارت النفقة ديناً بأمر القاضي ؛ لأن له ولاية على الغائب في حفظ ماله ، فملك أن يأمره بالاستدانة عليه ، وإنما صار القضاء بالنفقة قسمة ؛ لأن كل ضمان وجب على رب المال [له على المضارب بمقتضى المضاربة لم تكن قسمة ، ولم يبطل به المضاربة ، أصله: وجوب الثمن] على المضارب بالعقد ، ورجوع المضارب بالثمن على رب المال إذا هلك المال بعد الشراء به .

وكل ضمان وجب عليهما أو على أحدهما لا [بموجب]^(٢) المضاربة فهو قسمة ، ألا ترى أن القاضي لا يلزم المضارب ضماناً لأجل نصيبه إلا وقد عيّنه ،

(١) انظر: الأصل ٣٤٦/٤ .

(٢) في ب (توجهه) والمثبت من أ .

وتعين نصيب المضارب لا يصح إلا بعد تعيين رأس المال ، وهذه قسمة .

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى بها جارية قيمتها ألفان ، قال محمد: النفقة على رب المال ، [ويحتسب فيها في] ^(١) رأس المال ^(٢) .

وقال ابن رستم عنه في موضع آخر: يقال لرب المال: أنفق إن شئت واحتسب في رأس المال .

وقال ابن رستم: وروي له عن أبي يوسف واللؤلؤي أنهما قالا: على قدر حصصهما ، وتخرج النفقة من المضاربة .

وقال في الزيادات في هذه المسألة: إنَّ رَبَّ المال يجبر على أن ينفق عليهما من ماله النفقة كلها ، ويكون ذلك في رأس المال .

وقال الحسن في إثر روايته عن أبي حنيفة: إنهما يجبران على الكسوة على قدر أنصباؤهما ، ويكون هذا بمنزلة القسمة .

فحصل من مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف: أن النفقة عليهما .

وقال محمد: النفقة على رب المال .

وجه قولهما: أن نصيب المضارب من العبد على ملكه ؛ بدلالة أن [عتقه] ^(٣) ينفذ فيه ، ولا يجوز أن يلزم رب المال النفقة على ملك غيره ، فإذا قضى

(١) في ب (وتحسب بها) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢٦٦/٤ .

(٣) في ب (عقده) والمثبت من أ.

[القاضي] على كل واحد منهما بنفقة نصيبه ، فقد تعين الربح ورأس المال ، وهذه
قسمة .

لمحمد: أن المضارب لم يتعين له ملك ؛ لأن رأس المال غير متعين ، فكان
العبد على حكم ملك رب المال ، فنفقته عليه ، ويكون من رأس المال ؛ لأن
المضارب لو بقي في يده شيء من المال فأنفق على العبد منه كان محتسباً من
رأس المال ، فكذلك إذا أنفقه رب المال .

وقال محمد في الرواية الأخرى: يقال لرب المال: أنفق إن شئت ، فعلق
ذلك [ب/٣٤٨] باختياره ؛ لأن النفقة زيادة في رأس المال ، ورب المال لا يلزمه
أن يزيد في رأس المال .

وقال محمد في عبد أبق من المضاربة فجاء به رجل وقيمته ألفان ، وليس
في يده [شيء] من المضاربة غير العبد ، قال: الجعل^(١) على رب المال يحتسب
[به] في رأس^(٢) ماله ، فإذا بيع ، استوفى [رب المال] رأس ماله ، والجعل وما
بقي بينهما على ما اشترطا من الربح .

وقال الحسن: الجعل أرباع^(٣) ، وخرج العبد من المضاربة ، فإن أبا
أحدهما أن يعطي الجعل أجبر الذي يأبى على أن يعطي حصته .

والخلاف في الجعل كالخلاف في النفقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه

(١) «والجعل - بالضم -: ما جعل للإنسان من شيء على فعل ، وكذا الجعالة بالكسر ، والجعيلة

أيضاً» . مختار الصحاح (جعل) .

(٢) في أ (في رأس المال من ماله) .

(٣) في أ (الجعل أرباعاً) .

عليهما ؛ لأن العبد على ملكهما ، وقال محمد: على رب المال ، وهو زيادة في رأس المال على ما بينا .

وقال بشر عن أبي يوسف: [أنه] لا يحتسب بالجعل في مال المرابحة ، ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال ، فإن كان هناك ربح فالجعل فيه ، وإلا فهو ضيعة من رأس المال ، وإنما لم يلحق في المضاربة بالمرابحة ؛ لأننا نلحق ما جرت عادة التجار بإلحاقه ، والجعل نادر فلا يلحق بالعادة ما هو غير معتاد ، وإنما يحتسب به فيما بين المضارب ورب المال ؛ [لأنه غرم لأجل المال ، وليس يمتنع أن يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال] ، ولا يلحق رأس المال في المرابحة ، كنفقة المضارب على نفسه .



بَابُ جناية عبد المضاربة



قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول: لو أن رجلاً دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب عبداً قيمته ألفان، فجنى الغلام جناية، فإن فداه المضارب فهو [متطوع]^(١) في جميع الفداء، وإنما فداؤه على رب المال، ولا يجبر المضارب على الفداء، فإن فداه رب المال فإنه يحتسب بذلك [الفداء] في المضاربة، وإن كان رب المال غائباً لم يكن لأصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل، إلا أنهم يستوثقون من الغلام بكفالة إلى أن يقدم المولى.

وقال محمد: ليس لواحد منهما أن يدفع العبد حتى يحضرا جميعاً، فإن كان أحدهما غائباً ففداه الآخر فهو متطوع في الفداء، وإن كانا حاضرين جميعاً قيل لهما: ادفعا أو افديا، فإن دفعا فليس لهما شيء، وإن فديا فالفداء عليهما أرباعاً وقد خرج العبد من المضاربة، وروى الحسن، عن أبي حنيفة مثل قول محمد.

وإنما لم يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء مع غيبة (رب المال؛ لأن الدفع بالجناية ليس من التجارة وتصرفه خاص في التجارة، وليس هذا كعبد العبد المأذون إذا جنى أن العبد يخاطب بالدفع أو الفداء مع غيبة)^(٢) المولى؛ لأن تصرف المأذون يشبه تصرف الحر؛ لأنه يتصرف لنفسه، ولا يرجع بالضمان على

(١) في ب (متبرع) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

غيره، وعبد الحر إذا جنى كان عليه الدفع أو الفداء، فأما المضارب فتصرفه يجري مجرى تصرف الوكيل، والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية.

وليس هذا كما لو أتلّف العبد مالاً (أن المضارب يطالب ببيعه في الدين مع غيبة رب المال)^(١)؛ لأن موجب إتلاف المال البيع، والبيع يملكه المضارب، وعلى هذا لو غاب المضارب وحضر رب المال لم يخاطب بالضمان؛ لأن [المضارب] له حق في المال، ويجوز أن يختار التطوع^(٢) بالفداء ليسلم مال المضاربة، فلم [يلزم]^(٣) لرب المال الدفع مع غيبته؛ ولأنه يدفع عبداً لغيره فيه ملك.

وإذا ثبت أن كل واحد منهما لا يخاطب مع غيبة الآخر، فإذا فدى فهو متبرع؛ لأنه كان يقدر على ترك الفداء، ولا يلزمه شيء بتركه، فصار كالأجنبي [إذا] فدى.

وأما إذا حضرا خوطبا بالدفع أو الفداء عند أبي حنيفة ومحمد، فإن اختار الدفع فالملك لا يتجاوزهما، فيجوز دفعهما، وقد بطلت المضاربة بهلاك المال [١/٣٤٩].

وإن اختار الفداء فهو عليهما؛ لأن المضارب له ملك في العبد، بدلالة أن عتقه ينفذ فيه فكان فداء نصيبه عليه، وقد خرج العبد من المضاربة؛ لأن المضارب لا يلزمه الفداء إلا بتعيين حقه، ولا يتعين حقه إلا بتعيين رأس المال،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (دفع الفداء).

(٣) في ب (يجز) والمثبت من أ.

وهذا قسمه ، فإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك ؛ لأن كل واحد منهما مالك لنصيبه ، فصار كالعبد المشترك .

وليس هذا كعبد الرهن إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى ، أنه يخاطب بحكم الجنایة الراهن والمرتهن ، فإن اختار أحدهما الدفع واختار الآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ، ولزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين ؛ لأن المالك للعبد هناك واحد ، فلم يجوز أن يتبعض موجب الجنایة (كالعبد الذي ليس برهن ، ومالك العبد هاهنا اثنان ، فإذا اختلف اختيارهما لم يتبعض موجب الجنایة)^(١) في حق مالك واحد .

لأبي يوسف: أن نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال [فبقي المال] على حكم ملك رب المال ، فكان هو المخاطب بالجنایة كما يخاطب عنده بالنفقة .

وقد قالوا: إذا غاب أحدهما وقد ادعت الجنایة على العبد ، لم تسمع البينة حتى يحضرا ؛ لأن كل واحد منهما له حق في العبد وتدبير الجنایة ، فلم يجوز سماع البينة عليه مع غيبته ، وإنما أخذ كفيل بالعبد ؛ لأنه لا يؤمن أن يغيب فيسقط حق ولي الجنایة ، ألا ترى أن الحق المتعلق برقبة العبد يسقط بفواتها ، فأما إذا اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف ، فجنى جنایة خطأ ، فتدبير الجنایة إلى رب المال ، وهو المخير بين الدفع والفداء ؛ لأن الرقبة على ملكه لا ملك فيها للمضارب ، فإن اختار رب المال الدفع ، واختار المضارب الفداء فله ذلك ؛ لأنه يستبقي بالفداء مال المضاربة ، وله حق في ذلك .

(١) ساقطة من أ.

وإن دفع رب المال خرج العبد من المضاربة ؛ لأن مال المضاربة تلف ،
[وإن فدى خرج من المضاربة] ؛ لأنه لزمه ضمان في غير مقتضى المضاربة^(١).

٢٣٣٨ - فَصْل : [الجناية على عبد من مال المضاربة]

قال محمد: وإذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبداً يساوي ألفاً
فقتله رجل عمداً فلا قصاص فيه ؛ وذلك لأن رب المال لو اقتص لم يصر مستوفياً
لرأس ماله بالقصاص ؛ لأن القصاص ليس بمال ، ولهذا إذا عفى المريض عن
القصاص كان من جميع المال ، وإذا لم يصر مستوفياً به استوفى رأس المال من
بقية المال ، فإذا استوفاه صار العبد ربحاً ، فيكون قد اقتص من عبدٍ لا ينفرد
بملكه .

ولا يجوز أن يقتص المضارب ؛ لأنه لم يتعين له ملك [فيه] ، ولا يجوز أن
يجتمعا على القصاص ؛ لأن حق كل واحد منهما غير متعين .

ولو كان اشترى بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف ، فقتل ، فرب
المال القصاص ؛ لأنه ملكه ولا حق للمضارب فيه ، ولا يؤدي القصاص إلى تعيين
ملك المضارب في الباقي .

قال: وإن اشترى بألف المضاربة كلها عبداً يساوي ألفين ، فقتله رجل عمداً
لم يكن فيه قصاص وإن اجتمعا على ذلك ، وتؤخذ قيمة العبد من القاتل من ماله
في ثلاث سنين ، ويكون على المضاربة ، يشتري المضارب ويتبع .

وإنما لم يجب القصاص ؛ لأن رب المال لم يتعين ملكه ، ألا ترى أن رأس

(١) انظر: الأصل ٤/٢٥٨، ٢٥٩ .

ماله ليس هو العبد ، وإنما هو الدراهم ، ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه [عن] ذلك حتى يبيع ويدفع إليه من الثمن ، وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال ، وإذا لم يتعين ملكهما [ب/٣٤٩] لم يجب القصاص لواحد منهما وإن اجتمعا^(١) ، وإذا سقط القصاص في دم [العمد] [وجبت الدية]^(٢) في مال القاتل ، وإنما يكون على المضاربة ؛ لأنها بدل عن مال المضاربة كالثمن .

وقال محمد في النوادر: إذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد ألف ، فقتل رجل أحد العبدین عمداً لم يكن لرب المال عليه قصاص ، وعلى القاتل قيمته في ماله ؛ وذلك لأن ملك رب المال لم يتعين فيه على ما بينا .

قال أبو الحسن: وإذا وجب بالقتل القصاص خرج العبد من المضاربة ، وإذا وجب بالقتل مال [على المضاربة] فالمال على المضاربة ؛ وذلك لأن القصاص إذا استوفى هلك مال المضاربة ، وذلك يوجب بطلانها ، وإذا وجبت القيمة فهي بدل عن مال المضاربة كالثمن .

وقد اختلف أصحابنا في قتل العمد إذا ادعى على عبد من المضاربة ، قال أبو حنيفة ومحمد: لا تسمع البينة إلا بحضور المولى ، وقال أبو يوسف: تسمع وإن لم يحضر واحد منهما .

لهما: أن هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد ، فلا تسمع مع غيبة المولى كاستحقاق الملك بجنابة الخطأ .

(١) في أ (ولا باجتماعهما) .

(٢) في ب (وجب بالدية) والمثبت من أ .



لأبي يوسف: أن العبد في القصاص كالحُرِّ؛ بدلالة أنه لو أقر به جاز إقراره مع تكذيب المولى له، فسماع البينة لا يقف على حضور غيره كالحُرِّ.

وقد قالوا جميعاً: لو أقرَّ العبد بقتل عمد، فكذبه المولى والمضارب، لزمه القصاص؛ لأن الإقرار بالقصاص معنى لا يملكه المولى من عبده، وهو مما يملك، فملكه العبد كالطلاق، فإن كان الدم بين شريكين فعفا أحدهما فلا شيء للآخر؛ وذلك لأن الجناية صار موجبها المال، وهي ثابتة بقول العبد، فكأنه أقر بجناية خطأ.

فإن كان رب المال صدَّقه في إقراره وكذَّبه المضارب، قيل لرب المال: ادفع نصف نصيبك أو افده، فإن كان المضارب صدقه وكذبه رب المال، قيل للمضارب: ادفع نصيبك أو افده، وصار كأحد الشريكين إذا أقر في العبد بجناية [الخطأ] فكذبه الآخر.

فأما^(١) وجوب القصاص على عبد المضاربة وإن لم يجب بقتله القصاص؛ فلأن القصاص [إنما] سقط في قتله؛ لأن مستحق الدم غير معين^(٢)، فإذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص ولي المقتول، وهو معين^(٣).



(١) في أ (فإنما).

(٢) في أ (متعين).

(٣) انظر: الأصل ٢٥٧/٤ وما بعدها.

بَابُ

هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعد ذلك



قال أبو الحسن: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربةً فقبضها المضارب، فلم يتصرف فيها حتى هلكت، بطلت المضاربة في قول أصحابنا جميعاً؛ وذلك لأن المضاربة تقف صحتها على القبض، وتتعين فيما وقعت عليه كالوديعة، فإذا تعينت في المال بطل العقد بهلاكها، (والقول قول المضارب في هلاكها)^(١) وإن لم يعلم ذلك؛ لأنه أمين في المال كالمؤدع، والقول قوله مع يمينه؛ لأن الخصومة تلزمه في ذلك، فكان القول قوله مع يمينه.

قال أبو الحسن عن أبي حنيفة: فإن استهلك الألف التي قبضها المضارب وهي رأس المال، أو أنفقها أو أعطها رجلاً فاستهلكها، لم يكن له أن يشتري عليها شيئاً للمضاربة؛ وذلك لأنه صار ضامناً للمال بالتعدي، ومن حكم المضارب أن يكون أميناً.

قال: فإن أخذها من الذي استهلكها، كان له أن يشتري بها على المضاربة؛ وذلك لأنه لما أخذ العوض عنها، صار كأنه أخذ ثمنها.

وقال ابن رستم عن محمد: لو أقرضها المضارب رجلاً فرجعت الدراهم إليه بعينها، رجعت على المضاربة؛ لأنه ضمنها بالتعدي ثم أزال التعدي، فزال الضمان المتعلق به، فإن أخذ مثلها لم ترجع على المضاربة؛ لأن الضمان استقر

(١) ساقطة من أ.

فيها بفوات عينها، وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان .

وقال أصحابنا جميعاً: إذا اشترى المضارب بالألف جارية ولم ينقدها البائع حتى هلكت الألف، إن الجارية [أ/٣٥٠] على المضاربة، ويرجع على رب المال بألف فيسلمها إلى البائع .

وكذلك إذا هلكت الثانية التي قبض، رجع بمثلها على رب المال؛ وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم إلى البائع، ويكون ما دفعه أولاً رب المال من رأس المال، وما غرمه كله رأس المال؛ وذلك لأن المضارب يتصرف لرب المال، فما يلحقه من الضمان بتصرفه يرجع به عليه كالوكيل، فإذا أخذ مثله فهلك رجع عليه، والوكيل إذا رجع هلك في يده رجع بمثله، فإن هلك [ثانياً] في يده لم يرجع .

والفرق بينهما: أن الوكيل إذا اشترى، فقد انتهت الوكالة ووجب له دين على الموكَّل، فإذا استوفاه كان مضموناً عليه، فإذا هلك هلك في ضمانه، فلم يرجع، وفي المضارب^(١) لا تنتهي المضاربة بالشراء، فما هلك يرجع به على المضاربة؛ ولهذا يحتسب به من رأس المال، فلم يكن مضموناً عليه، فإذا هلك رجع بمثله كالأول، ويكون زيادة في رأس المال؛ لأنه غرم لزم رب المال بسبب المضاربة .

قال: وإذا قبض المضارب الألف الأولى فعمل بها، فصار في يده ألفان ثم اشترى بهما جارية قيمتها ألفان، فهلكت الألفان قبل أن ينقدها، فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة، ويغرم المضارب في ماله خمسمائة، وهي حصته

(١) في أ (المضاربة) والمثبت من ب .

من الربح ، فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة خارجاً عن المضاربة ، وثلاثة أرباعها على المضاربة ، ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع [ألف]^(١) وخمسمائة ؛ لأن المضارب لما اشترى بالألفين فقد اشترى الجارية أرباعاً ، ألا ترى أن رأس المال ألف ، وحصه رب المال من [الربح]^(٢) خمسمائة ، وحصه المضارب خمسمائة ، فما اشتراه لرب المال يرجع به عليه ، وما اشتراه لنفسه فضمامه عليه ، وإذا ألزمه القاضي ضمان نصيبه من الربح فقد عيّنه ؛ وذلك لا يكون إلا بالقسمة ، فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه ، وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة ، فصار ذلك زيادة في رأس المال .

فإن بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف ، فألف منها للمضارب بحصته من ملكها ، وثلاثة آلاف على المضارب لرب المال ، منها ألفان وخمسمائة رأس ماله ، وبقي ربح خمسمائة ، فيكون بينهما نصفين .

وقال ابن سماعه عن محمد: في مضارب اشترى جارية بألفي درهم ، ألف منها ربح وقيمتها ألف ، فضاعت الألفان قبل أن يدفعها إلى البائع: أن على المضارب الربع وهو خمسمائة ، وعلى رب المال ألف وخمسمائة ، وهذا على ما بينا .

قال: ولو كانت الجارية تساوي ألفين ، والشراء بألف وهي المضاربة ، فضاعت ، غرمها رب المال كلها .

(١) في ب (ألفان) والمثبت من أ .

(٢) في ب (الألف) والمثبت من أ .



قال أبو الحسن: إنما اعتبر محمد المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن، وهذا صحيح؛ لأن الشراء إذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال، وإنما يظهر الربح في الثاني، فيكون الضمان على رب المال.

قال محمد: ولو اشترى جارية تساوي ألفين بأمة تساوي ألفاً، وقبض الذي اشترى ولم يدفع أمته حتى ماتتا جميعاً في يده، فإنه يغرم قيمة التي اشترى [وهي ألفان]^(١)؛ وذلك لأن من اشترى أمة بأمة فهلك رأس المال قبل القبض فالمضمون عليه قيمة الجارية [التي اشترى] دون قيمة ما خرج من ملكه، وإذا كان المضمون ألفين فكأنه اشترى بألفين فيضمن ربعها.

ولو كانت قيمة [الجارية] التي اشترى ألفاً، والأمة التي كانت عنده ألفين، قبض التي اشتراها ولم يدفع أمته [٣٥٠/ب] حتى ماتتا جميعاً في يده، فإنه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف، يرجع بذلك على رب المال؛ لأن المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها، ولا فضل في ذلك عن رأس المال.

وهذا إنما يجوز أن يشتري جارية قيمتها ألف بألفين إذا كان رب المال قال له: اشترِ بالقليل والكثير، وإلا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم.

وقال ابن سماعة [عن محمد] في موضع آخر في نوادره: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف، فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد ألف، ولم ينقد المال

(١) في ب (عليه من ذلك خمسمائة) والمثبت من أ.

حتى ضاع ، قال : فغرم ذلك كله على رب المال ، ويكون رأس المال أربعة آلاف ؛ وذلك لأن المضارب لم يتعين له [ربح] ملك في واحد من العبيد ، ألا ترى أن كل واحد منهم يجوز أن يكون رأس المال ، ولهذا لا ينفذ عتقه فيهم ، فرجع بجميع ثمنهم .

وقد علَّلَ محمد لهذا فقال : من قبل أن المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد ، وهذا ترك لما ذكره أبو الحسن : أن المعتبر ما ضمنه المضارب ؛ لأننا إذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال ، فإما أن تكون هذه رواية أخرى عن محمد ، أو يكون شرطاً فيما صار مضموناً على المضارب أن يتعين حقه فيه ، وهاهنا وإن ضمن فإنه لم يتعين حقه فيه .

فأما تعليله لعدم نفوذ العتق فهو موجود فيمن اشترى بألفين جارية تساوي ألفاً ، أنه قد ضمنه وإن لم ينفذ عتقه فيه ، اللهم إلا أن يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراة بألفين [وقيمتها ألفان] علة لوجوب الضمان عليه فيما لا ينفذ عتقه فيه ، عكس العلة ، فلا يلزمه أن يطرده في جميع المواضع .

وقال محمد : إذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهو للمضاربة فنقد المال ، فقال رب المال : (اشتريته على المضاربة ثم ضاع ، وقال المضارب) (١) : اشتريت وأنا أرى أن المال عندي ، فإذا هو قد ضاع قبل ذلك ، فالقول قول المضارب ؛ وذلك لأن الظاهر أن كل من يشتري (٢) مشترياً لنفسه ، فقد ادعى المضارب الظاهر ، وادعى رب المال استحقاق الملك عليه ، وهو غير الظاهر ،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) العبارة في أ (لأن كل مشتري ، فالظاهر أنه يشتري لنفسه) .

فلا يلتفت إلى قوله ؛ ولأن الظاهر يشهد للمضارب وهو هلاك المال .

وقال محمد في المضاربة الكبيرة: إذا اختلفا فقال رب المال: ضاع قبل أن تشتري الجارية، وإنما اشتريتها لنفسك، وقال المضارب: ضاع المال بعدما اشتريت، وأنا أريد أن آخذك بالثمن، ولا يعلم متى ضاع، قال: فالقول قول رب المال مع يمينه، وعلى المضارب البيّنة أنه اشترى [الجارية] والمال عنده، وإنما ضاع بعد الشراء؛ وذلك لأن رب المال ينفي الضمان عن نفسه، والمضارب يدّعي عليه الضمان، فالقول قوله في نفيه؛ ولأن الحال وهي الهلاك يشهد لرب المال، فإن أقاما جميعاً البيّنة، فالبيّنة بينة المضارب؛ لأنه يثبت بيّنته^(١) الضمان، وبيّنة رب المال تنفي ذلك^(٢).



(١) في أ (سبب).

(٢) انظر: الأصل ٣٢٢/٤ وما بعدها.

بَابُ

المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة

قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: إن المضارب إذا دُفِعَ إليه مالٌ مضاربة بالنصف أو أكثر من ذلك أو أقلّ ولم يقل له: اعمل في ذلك برأيك، فليس له أن يدفع إلى^(١) غيره مضاربة؛ وذلك لأن العقد لا يستفاد بحكم مثله [١/٣٥١] وإنما يستفاد ما دونه، ولهذا لم يجز للوكيل أن يوكل، ولأنه يثبت للمضارب الثاني شركة في المال لم يرض بها رب المال فلا يجوز.

قال: فإن قيل له: اعمل في ذلك برأيك، فله أن يدفع المال مضاربة إلى غيره؛ لأنه لما فوض إليه الرأي في التصرف، فالمضاربة بما قدره، فيجوز؛ ولأن له أن يشارك في المال إذا قيل له: اعمل برأيك، وله أن يبضع، فإذا دفع مضاربة فقد أثبت [للمضارب]^(٢) شركة في المال وهو يملك ذلك^(٣).

قال: وما [شرط]^(٤) الأول للثاني فإنما يكون في نصيب الأول، ولا يجوز أن يشترط من نصيب رب المال شيئاً، وهذا على وجهين:

أحدهما: يدفع إليه مضاربة على أن ما رزق الله من شيء فهو بينهما نصفان، أو ما كان من ربح، فإذا دفع المضارب مضاربة فهو على ثلاثة أوجه:

(١) في أ (الألف).

(٢) في ب (المضارب) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢٣٤/٤.

(٤) في ب (شرك) والمثبت من أ.

[إمّا] أن يشترط للمضارب الثاني أقل مما شرط له ، مثل أن يشترط له الثلث جاز ؛ لأنه يملك نصف الربح ، فإذا عقد على بعض ما يستحق جاز عقده ، ويكون لرب المال نصف الربح ، وللمضارب الثاني الثلث ، وللأول السدس ، ويطيب له ذلك ؛ لأن عمل المضارب الثاني وقع له ، فكأنه عمل بنفسه ، وهذا كئمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم ، فاستأجر من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل ؛ لأن عمل أجيره وقع له ، فكأنه عمل بنفسه .

والثاني: أن يدفع [المضاربة] بالنصف ، فيجوز [ذلك] ؛ لأنه عقد على جميع حقه من الربح ، وهو يملك العقد على حقه ، ويكون الربح بين رب المال والمضارب الثاني نصفين ، ولا شيء للمضارب الأول ؛ لأنه أوجب للمضارب الثاني جميع حقه ، فصار كئمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر من خاطه بدرهم .

والفصل الثالث: إن شرط المضارب الأول للثاني بثلثي الربح ، فتجوز التسمية بينهما ، ويكون لرب المال نصف الربح ، وللمضارب الثاني النصف ، ويغرم المضارب الأول للثاني مثل سدس الربح ، وإنما لم يجز شرطه ؛ للزيادة في حق رب المال ؛ [لأن رب المال] لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح ، فإذا شرط المضارب الأول للثاني الثلثين فقد شرط من حق رب المال السدس ، فلا ينفذ شرطه ، ولا يصير بذلك مخالفاً ؛ لأن المخالفة إنما تكون لو [نفذ]^(١) شرطه في حقه ، فإذا سمى تسمية لم يتعلق بها استحقاق لم يضمن منها ، كئمن باع ملك غيره فهلك قبل تسليمه ، وإنما ضمن المضارب الأول للثاني ؛ لأنه غرّه بالتسمية ،

(١) في ب (فقد) والمثبت من أ .

والغرور في العقود يتعلق به الضمان ؛ ولأنه عقد على ملك غيره ، فدخل في العقد وخرج لعدم الإجازة ، فلزمه مثله ، كمن استأجر بمال غيره^(١) .

ونظير هذا من الإجارة: أن يستأجر على خياطة ثوب بدرهم ، فيستأجر هو من يخيطه بدرهم ونصف ، فإنه يضمن زيادة الأجر .

وأما القسم الثاني من القسمين الأولين : فهو أن يقول رب المال للمضارب : على أن ما زرق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان ، أو على أن ما ربحت من شيء ، فدفع المضارب مضاربة بالثلثين جاز ، (وكان للمضارب الثاني ما شرطه بالثلث بين رب المال ، والمضارب الأول)^(٢) على ما شرط ؛ لأن رب المال فوض إليه الرأي ، وجعل لنفسه نصف ما رزق [الله تعالى] للمضارب ، [وهو]^(٣) نصف ربح المضارب ، فإذا دفع المضارب بالثلثين فذلك مما رآه ، والذي رزقه الله الثلث ، والذي ربحه هو الثلث ، فلم يكن متعدياً في الشرط .

وليس كذلك الفصل الأول ؛ لأن [رب] المال شرط لنفسه نصف جميع الربح ، ونصف جميع ما رزق الله تعالى ، وذلك ينصرف إلى كل الربح .

قال : وإذا لم يقل رب المال للمضارب : اعمل في ذلك برأيك ، فدفع المضارب [ب/٣٥١] المال مضاربة بالنصف ، فذكر ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة : (أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح ، فإذا عمل فربح كان ضامناً حين يربح ، فإن عمل بالمال فلم يربح أو لم يعمل به حتى ضاع من

(١) انظر: الأصل ٤/٢٤٢ ، ٢٤٣ .

(٢) ساقطة من أ . وعبارتها (وكان على ما شرطاً ؛ لأنه فوض) .

(٣) العبارة في أ (وهو نصف الربح) .

يده فلا ضمان عليه .

وروى محمد ، عن أبي يوسف^(١) : أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني ، فإذا عمل ضمن ، ربح [الثاني] أو لم يربح ، وهو قوله .

وروى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف [مثل ذلك] ، قال ابن سماعة: وروى بعض أصحابنا عن أبي يوسف: أنه رجع عن ذلك وقال: هو بمنزلة الوديعة في يده ، فإذا دفعه ضمن ، عمل به الثاني أو لم يعمل ، وهذا قول زفر .

وروى بشر وعلي بن الجعد ، عن أبي يوسف في تعليقه هذه المسألة قال: وإنما ضمن الأعلى لأن الأسفل أوجب [له] شركة في طائفة من المال شائعة فيه غير مقسومة ، وليس له أن يشارك به ولا يخلطه بغيره .

قال أبو الحسن: هذا التعليل من أبي يوسف يدل على أنه قال بقول أبي حنيفة .

لأبي حنيفة: أن المضارب [يملك الإيداع ، ويملك الإبضاع ، فإذا دفعه مضاربة لم يضمن بالدفع ؛ لأن المضارب] الثاني في حكم المودع ، ولم يضمن بالعمل ؛ لأنه ما لم يربح في حكم المبضع ، ولا يجوز أن يضمن بالشرط ؛ لأن مجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان ، فإذا ربح فقد ثبت له حق الشركة في المال ، فصار كما لو خلط المضارب المال بغيره أو شارك به .

وجه قولهما: أن الدفع لا يتعلق به ضمان ؛ لأن المضارب أمين في المال كالمودع ، فإذا تصرف على وجه المضاربة ، فقد حصل [له] العمل في المال على

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

وجه لم يرض به المالك ، فيتعلق به الضمان .

وجه قول زفر ، وهو رواية عن أبي يوسف: أن الدفع على وجه المضاربة لا يملكه المضارب ، فصار كالمودع إذا أودع .

٢٣٣٩ . فُصِّلَ : [الربح فيما إذا ضارب الأول مع مضارب ثانٍ]

وإذا ثبت وجوب الضمان على اختلافهم فيه ، فالمالك بالخيار: إن شاء ضَمَّنَ الأول وإن شاء ضَمَّنَ الثاني ، وهذا ظاهر على قول أبي يوسف ومحمد ؛ لأن الأول تعدى بالدفع ، والآخر تعدى بالقبض ، فصار عندهما كالمودع إذا أودع [غيره] .

فأما على أصل أبي حنيفة: فالضمان يجب على المودع الأول ، ولا يجب على الثاني ؛ لأن الأول ضمن بقبض الثاني ، فلا يجب بالقبض الواحد الضمان على اثنين ، كل واحد منهما يضمن جميع المقبوض ، إلا أنه يقول في مسألة المضاربة: إن المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه ، وهو طلب الربح ، فجاز أن يضمن لذلك ، والمودع الثاني لا يقبض لمنفعة نفسه ، وإنما يقبض لمنفعة الأول ، فإن ضمن المضارب الأول صحت المضاربة بين الأول والثاني ، وكان الربح على ما شرطاً ؛ لأنه لما ضمن ملك بالضمان ، فصار كأن المضارب دفع ملك نفسه .

وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالضمان ؛ لأنه غَرَّهُ بالعقد ، فصار كمودع المودع .

وصحت المضاربة ؛ لأن حاصل الضمان على [المضارب] الأول ، وكأنّ

رب المال ضمنه ، وليس هذا كالرهن إذا غصب من رجل شيئاً فرهنه ، فهلك في يد المرتهن ، فضمنه المالك فاستحق ، رجع على الراهن بالضمان ، ولم يصح الرهن ؛ لأن تضمين المرتهن إبطال لقبضه حين استحق ، وصحة الرهن يتعلق بالقبض^(١) .

فإذا هلك الرهن^(٢) لم يصح مع بطلان قبضه ، وأما المضاربة فتضمين الثاني إبطال للقبض بعد وجوده ؛ وذلك لا يبطل المضاربة .

ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال ، زال قبضه ولم تبطل المضاربة ، ولو رد المرتهن الرهن [على الراهن] بطل الرهن .

وقال ابن سماعه عن محمد: يطيب الربح للأسفل ؛ لأنه يرجع بما ضمن ، ولا يطيب للأعلى في قياس قول [أبي حنيفة ؛ لأن المضارب الأول يستحق الربح برأس المال ، وقد حظر عليه التصرف فيه ، والربح إذا حصل على مال محظور وجب التصديق به ، وأما المضارب الثاني فإنما استحق بدلاً عن عمله ، وليس ذلك بمحظور عليه .

وقال محمد في النوادر: فإذا دفعت إلى رجل مضاربة فاسدة ولم تكن قلت له: اعمل برأيك ، فدفعتها إلى رجل مضاربة بالنصف ، فعمل فيها فربح ألفاً ، فإنه لا شيء للثاني ؛ لأن الثاني إنما هو أجير بنصف الربح ، ولم يضمن له الأول شيئاً من الربح ، وإنما هو أجير له بأجر مثله ، ورب المال يأخذ المال كله وربحه ، ويرجع الأسفل إلى الأول بمثل نصف الربح .

(١) انظر الأصل ٤/٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٢) في أ (فإذا ملك الراهن) .

قال: وهذا على وجوه:

أولها: أن يكون الشرط الأول والثاني جائزين ، وهي المسألة التي قدمناها أن المضارب الأول ضامن ، وتصح المضاربة بينه وبين الثاني .

والفصل الثاني: إذا كانت المضاربة الأولى فاسدة والثانية جائزة ، فلا ضمان على واحد من المضاربين ؛ وذلك لأن المضارب الأول أجير في المال لا حق له في الربح ، فلا ينفذ شرطه فيه ، فلا يلزمه الضمان ؛ لأن الضمان إنما يلزم بإثبات الشركة .

ويكون لرب المال جميع الربح ؛ لأنه ربح في مضاربة فاسدة ، وللمضارب الأول أجر مثله ؛ لأن عمل الثاني وقع له ، فكأنه عمل بنفسه .

وللثاني على الأول مثل ما شرط له من الربح ؛ لأنه عمل بمضاربة صحيحة ، [فاستحق ما سمى له ، وأما إذا كانت المضاربة الأولى جائزة ، والثانية فاسدة] ، فلا ضمان على واحد من المضاربين ؛ لأن المضارب الثاني لا يستحق الشركة في المال ، وإنما له أجر مثله ، وكأنّ المضارب الأول استأجر من يعمل في المال .

وأما إذا كانت الأولى والثانية فاسدتين ، فلا ضمان على واحد منهما ؛ لأن المضارب الأول أجير في المال ، والثاني أجير للأول ، فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله ، واستأجر الأجير رجلاً .

[قال]: وهذه الفصول الأربعة جوابها في الأصل [على الوجوه] ، وقد ذكر أبو الحسن عن ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، على أن للمضارب مائة درهم من الربح ، وما بقي فلرب المال ، فدفعها

المضارب إلى رجل مضاربة بالنصف، قال: فالأول ضامن للمال، ودفعه إلى الثاني جائز، وهي مضاربة بينهما، وهذا يخالف رواية الأصل، والأول هو الصحيح.

ووجه هذه الرواية: أن المضارب يضمن بالدفع على إحدى الروايات عن أبي يوسف، كما يضمن المودع بالإيداع، وهذا موجود في المضاربة الصحيحة والفاسدة^(١).



(١) انظر: الأصل ٤/٢٣٤ وما بعدها.

بَابُ المراجعة بين رب المال والمضارب في بيع أحدهما من صاحبه من المضاربة



قال أبو الحسن: ذكر في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في رجل دفع إلى رجل [ألف] درهم مضاربة، فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة فباعه إياه بألف، فإن للمضارب أن يبيعه مرابحة على خمسمائة^(١)؛ وذلك لأن المضارب اشترى مال رب المال بماله، ألا ترى أنه مالك للمالين، وإنما جاز العقد بينهما لتعلق حق المضاربة بالمال؛ وذلك إنما صار بفعلهما فيكون عقداً في حقهما، ولا يكون عقداً في حق غيرهما، فلذلك باع على أقل الثمنين؛ ولأن المرابحة أمانة وتنفيها التهمة والمضارب متهم في حق رب المال، فإذا أسقط الربح زالت التهمة.

قال: فإن اشترى المضارب عبداً بألف المضاربة، فباعه من رب المال بألف ومائتين، باعه رب المال مرابحة بألف ومائة^(٢) إن كانت المضاربة بالنصف؛ [وذلك] لأن الربح منقسم بين رب المال والمضارب، فحصة المضارب لا تهمة فيها، فكأن رب المال ابتاع ذلك من أجنبي، وحصة رب المال هو ماله [٣٥٢/ب] بعينه [في بعض]، فكأنه اشترى من نفسه فيسقط حقه من الربح^(٣).

(١) الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٤٢٣.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) انظر: الأصل ٤/٢٩٤.

وقال ابن سماعه في نوادره: سمعت أبا يوسف في مسألة المضاربة، وهو آخر ما قال: إذا اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بمائة، ورأس المال ألف في يد المضارب، فإن المضارب يبيعه على مائة، على ما اشترى به.

وكذلك لو اشتراه المضارب بألف وباعه من رب المال بمائة، [باعه رب المال بمائة] يبيعه أبداً على أقل الثمنين؛ وذلك لأن الحط لا تهمة فيه، وإنما التهمة في الزيادة، فما لا تهمة فيه يثبت حكمه، وسقط حكم الزيادة بالتهمة.

وهذا كما قالوا في البائع إذا حطَّ عن المشتري، ثبت الحطُّ في حق الشفيع [حطه في المرابحة]^(١)، ولو زاد [المشتري]^(٢) البائع لم تلحق الزيادة في حق الشفيع، ولا في المرابحة.

وقال: وسمعت أبا يوسف قال: لو أن رب المال اشترى بثلاثة آلاف ثم باعه من المضارب بألف، باعه المضارب على ألف.

وكذلك إن اشتراه بألفين باعه المضارب على ألفين، فإن كان رب المال اشتراه بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة، فإن المضارب يبيعه على خمسمائة وخمسين؛ وذلك لأن المائة الزائدة على الألف ربح، فنصفها للمضارب، وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه، فسقطت الخمسمائة؛ لأنها نصيب رب المال، وسقطت خمسون؛ لأنها حق رب المال من الربح.

ولو اشترى المضارب بستمائة فإنه يبيعه مرابحة بخمسمائة؛ لأنه لا فضل

(١) في ب (والمرابحة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الشراء) والمثبت مز أ.

في ثمنه عن رأس المال ، فصار كله لرب المال ، فيسقط الربح منه ، ويبيع على أقل الثمنين .

قال: ولا يحتسب للمضارب شيئاً من حصته حتى يكون ما نقد أكثر من ألف ، [فيحتسب من حصته نصف ما زاد على الألف ؛ وذلك] لأنه إذا اشترى بمثل^(١) رأس المال أو أقل منه ، وله في المال ربح لم يتعين له في المشتري حق ، فكأنه اشترى ولا ربح في يده .

قال: ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه [من] المضارب بألفين ، فإن المضارب يبيعه بألف وخمسمائة ، ألف رأس المال ، وخمسمائة حصة المضارب من الألفين ؛ وذلك لأن نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة ، فتسقط الزيادة فيها على رأس المال [وهي ألف ، ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ، ونصيب المضارب] خمسمائة ، ورب المال فيها كالأجنبي ، فيبيعه مرابحة على ألف .

ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين ، فباعه رب المال بألف وخمسمائة ؛ لأن الألف رأس مال ، وخمسمائة نصيب المضارب ، ورب المال فيها كالأجنبي ، وخمسمائة نصيب رب المال ، فيجب إسقاطها^(٢) .

قال ابن سماعة: وروي عن أبي يوسف أنه قال أخيراً ، وهو القول الآخر: إن رب المال إن اشترى عبداً بعشرة آلاف ثم باعه من المضارب بمائة ، فباعه المضارب مرابحة على مائة ؛ وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من

(١) في أ (بماله) .

(٢) انظر: الأصل ٢٩٦/٤ .

رب المال بمائة ، باعه رب المال مرابحة على مائة ؛ [وذلك] لأن البيع على أقل الثمنين ، لنفي التهمة ، والواجب في المرابحة نفي مايتهم فيه ؛ ولأنه اشتراه بأقل الثمنين ، فلا يجوز أن يزيد على (الثمن الذي اشتراه)^(١) .

فإن قيل : كيف يجوز للمضارب على قول أبي يوسف الحط ؟

قيل له : إذا باع من رب المال وْحَطَّ ، فقد رضي رب المال بذلك ، وإنما لا يجوز حطه [عند] أبي يوسف ومحمد ؛ لِحَقِّ رب المال .

فأما قول أبي يوسف الأول الذي أشار إليه ابن سماعة ، فهو أن الحَطَّ لا يجوز ؛ لأنه قال : إذا كان رأس المال ألف درهم ، فربح فيها ألفاً ، ثم اشترى بألفين جارية ، فباعها من رب المال بألف وخمسمائة ، فإن رب المال يبيعها مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين [١/٣٥٣] ؛ لأن المضارب حط من الثمن خمسمائة ، نصفها من نصيبه ، ونصفها من مال المضاربة ، وهو يملك الحَطَّ في حق نفسه ، ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد ، فلم يصحَّ حَطُّ نصيب رب المال ؛ فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين .

فينبغي على هذا القول : إذا باع مرابحة أن يقول : قامت علي بكذا ولا يقول اشتريتها بكذا ؛ لأن الزيادة لحقت بالثمن حكماً ، والشراء ينصرف إلى ما وقع العقد به^(٢) .

والصحيح قوله الآخر : لأن الحط في مال المضاربة لا يجوز لحق رب المال ، فإذا اشترى هو فقد رضي بذلك ، فكأنه أذن للمضارب أن يبيع بنقصان لأجنبي .

(١) في أ (على ما اشترى به) .

(٢) في أ (عليه) .

وقال محمد في كتاب المضاربة: لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين ، ألف رأس المال ، وألف ربح ، فإن المضارب يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة ، يسقط من ذلك ربح رب المال ، ويبيع على رأس المال وربح المضارب ، وهذا على ما قدمناه .

قال: ولو كان رب المال إنما اشترى العبد بخمسمائة ، والعبد يساوي ألفين ، فباعه من المضارب بألفين ، فإن المضارب يبيعه مرابحة على ألف ؛ لأن رأس المال خمسمائة ، ونصيب المضارب من المال خمسمائة ، وما سوى ذلك ملك رب المال ، ولا يثبت حكمه .

قال: إلا أن يبين الأمر على وجهه ، فيبيعه كيف شاء ؛ وذلك لأن المانع من البيع بجميع الثمن التهمة ، [فإذا بين زالت التهمة] ، فجاز البيع .

قال: وإذا اشتراه رب المال بألف ، وقيمه ألف ، فباعه من المضارب بألفين ، ألف مضاربة وألف ربح ، فإن المضارب يبيعه على ألف مرابحة ؛ وذلك لأنه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه ، فلم يبق له في المال حصة ، وصار كله مال رب المال ، فباعه على رأس ماله ، [فجاز] .

ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ، والمسألة على حالها ، فإن المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة ؛ لأنه لم يبق للمضارب حصة ، فصار شراء مال رب المال بعضه ببعض ، فيبيعه على رأس المال الأول .

ولو كان رب المال اشتراه بألفين وقيمه ألف ، فباعه من المضارب بألفين ، فإن المضارب يبيعه على ألف ولا يبيعه على أكثر من ذلك ؛ لأن قيمته ألف ،

فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ؛ [وذلك] لأن رب المال لما باعه بألفين ما يساوي ألفاً [فهما متهمان] في حق الغير في العقد ، فصار كأنه أخذ ألفاً لا على طريق البيع ، وباعه العبد بألف ، فلا يبيعه على أكثر من ذلك .

قال: ولو كان العبد يساوي ألفاً وخمسائة ، والمسألة على حالها ، وقد اشتراه بألف وأراد المضارب أن يبيعه مرابحة ، باعه على ألف ومائتين وخمسين ؛ وذلك لأن في العبد ربحاً للمضارب ، ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي ، فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة المضارب من الربح .

فكأنه اعتبر في هذه المسائل إذا اشترى المضارب المبيع بأقل الثمنين فإن كان للمضارب حصة ضمّها إلى أقل الثمنين ، واعتبر حصول حصته في الثمن والمثمن ؛ لأنه قال: إذا اشترى بألفين ما يساوي ألفاً باعه بألف ؛ لأنه لا حصة (١) له في المثمن ، وإن كان له في الثمن حصة ، وأما إذا اشترى رب المال من المضارب فإنه يبيعه على أقل الثمنين ويضمّ إليه حصة المضارب ، ويعتبر حصته في الثمن دون المثمن (٢)(٣) .

٢٣٤٠ - فصل:

ومما يلحق بهذا الباب مما لم يذكره أبو الحسن:

قال محمد في الأصل: إذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم مضاربة ، فباعه من رب المال بألفين ، ثم إن رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف ،

(١) في أ (لأن المثمن لا صحة له فيه) .

(٢) في ب المسألة ذكرت مضطربة ، والمعدل من أ .

(٣) انظر: الأصل ٣٠٥/٤ وما بعدها .

ثم اشتراه المضارب من الأجنبي [بألفين]^(١)، فأراد [ب/٣٥٣] أن يبيعه مرابحة، لم يجز له ذلك في [قياس]^(٢) قول أبي حنيفة، إلا أن يبين الأمر على وجهه، ويبيعه مرابحة على ألفين في قول أبي يوسف ومحمد^(٣).

وهذا فرع على مسألة البيوع: إذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء آخر، فأراد أن يبيعه مرابحة، فإنه يسقط الربح في قول أبي حنيفة.

وفي مسألتنا: قد ربح فيه رب المال ألفي درهم؛ لأن المضارب لما اشتراه بألف وباعه من رب المال بألفين، فنصف ذلك الربح لرب المال، وهو خمسمائة، فلما باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه ألفاً وخمسمائة؛ لأنه قام عليه بألف وخمسمائة مقدار رأس المال، ونصيب المضارب من الربح إذا ضم إلى ذلك فقد ربح ألفين.

فإذا اشتراه المضارب بألفين، وجب أن يطرح [ذلك] الألفين من رأس المال، فلا يبقى شيء؛ فلذلك لم يجز له البيع مرابحة إلا بعد أن يبين.

وأما على قولهما: فالربح في العقد الأول لا يحط من الثاني، فيبيعه على جميع الألفين.

قال: ولو اشترى المضارب عبداً بألف، فباعه من رب المال بألف وخمسمائة درهم، ثم باعه رب المال من أجنبي بألف وستمائة، ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي بألفي درهم، فأراد أن يبيعه مرابحة، باعه على ألف وأربعمائة

(١) في ب (بألف درهم) والمثبت من أ.

(٢) الزيادة من الأصل للشيباني، ٣٩٧/٤، ٣٩.

(٣) انظر: الأصل ٢٩٨/٤.

في [قياس] قول أبي حنيفة ؛ لأن ربَّ المال قد ربح فيه ستمائة ، ألا ترى أن المضارب لما اشتراه بألف ، وباعه من رب المال بألف وخمسمائة ، فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون ، [ونصيب المضارب من الربح أيضاً مائتان وخمسون] ، (فكأنَّ رب المال اشترى بألف ومائتين وخمسين ، رأس المال وحصّة المضارب)^(١) ، فلما باعه [رب المال] بألف وستمائة فقد ربح ثلاثمائة وخمسين ، فقد كان ربح مائتين وخمسين بربح المضارب ، فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن ، فيبقى ألف وأربعمائة^(٢) .

قال: ولو اشترى المضارب عبداً بألف فوَلَاهُ رب المال ، ثم إن ربَّ المال باعه من أجنبي بألف وخمسمائة ، ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي مرابحة بألفين ، ثم إن رب المال حَطَّ عن الأجنبي ثلاثمائة ، فإن الأجنبي يحط عن المضارب أربعمائة ؛ لأن رب المال لما حَطَّ عن الأجنبي ثلاثمائة استند ذلك الحط إلى العقد ، وكأنَّ ذلك المقدار لم يكن ، فيطرح من رأس المال ، وي طرح حصته من الربح ، وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن ، فيحط مع الثلاثمائة ثلثها ، فيصير الحط عن المضارب أربعمائة ، [فإن أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة ، باعه على ألفين ومائتين ؛ لأن ربَّ المال قد ربح أربعمائة] ، ألا ترى أنه باعه من الأجنبي بربح خمسمائة ، ثم حَطَّ عنه ثلاثمائة ، وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً ، مائتين من رأس المال ومائة من الربح ، فلما سقط من الربح مائة بقي الربح أربعمائة ، فلما اشتراه المضارب بألفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه [بألف]^(٣) وستمائة ، فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٢) انظر: الأصل ، ٢٩٨/٤ ، ٢٩٩ .

(٣) في ب (بألفين) والمثبت من أ .

أربعمائة ، فيبيعه على ما بقي (١) .

٢٣٤١ - فصل: في المراجعة بين المضاربين

قال محمد في الأصل: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ، ودفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف ، فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة [من المضاربة ، فباعه من المضارب الآخر بألف ، فأراد الثاني أن يبيعه مرابحة بآعه على خمسمائة] ، وهو أقل الثمنين ؛ لأن مال المضاربين لرجل واحد ، فصار بيع أحدهما مع الآخر في حق الأجنب ، كبيع الإنسان ماله بماله ، فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين .

ولو كان الأول اشتراه بخمسمائة فباعه من الثاني بألفين: [ألف] من المضاربة ، وألف من مال نفسه ، فإن الثاني يبيعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين ؛ لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه بألف ، وقد كان الأول اشترى ذلك [١/٣٥٤] النصف بمائتين وخمسين ، فيبيعه الثاني مرابحة على الألف ؛ لأنه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه ، فصارا كالأجنبي .

وأما النصف الذي اشتراه الثاني بألف للمضاربة ، فقد كان الأول اشتراه بمائتين وخمسين ، وهو مال واحد ، فيبيعه على أقل الثمنين .

ولو كان الأول اشتراه بألف المضاربة ، فباعه من الثاني بألفين للمضاربة: ألف رأس المال ، وألف ربح ، فإن الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة ؛ لأنه يبيعه على أقل الثمنين (وعلى حصته من الربح) (٢) ، وأقل الثمنين ألف ، وحصته

(١) انظر: الأصل ، ٣٠٠/٤ .

(٢) ساقطة من أ .

المضاربة خمسمائة .

ولو كان الأول اشتراه بخمسمائة والمسألة على حالها، باعه الثاني على ألف؛ لأن أقل الثمنين خمسمائة، وحصه ذلك المضارب خمسمائة، فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصته من الربح^(١).



(١) انظر: الأصل، ٣٠٥/٤ وما بعدها

بَاب

ما يجوز للمضارب أن يشتري بمال المضاربة وما لا يجوز



قال أبو الحسن: كل ما اشتراه للمضاربة مما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضه فالشراء لنفسه، وحقوق البيع لازمة له دون رب المال، وإن أدى فيه شيئاً من مال المضاربة ضمنه.

قال الشيخ رحمته الله: وجملة هذا أن المضارب إذا اشترى ما لا يملك بالقبض أو اشترى ما لا يصح بيعه بعد الشراء، فإنه لا يكون على المضاربة [لأن المضاربة] إذن في التصرف الذي يحصل به الربح، وذلك لا يكون إلا بالشراء والبيع، فما لا يملك لا يحصل فيه الربح، وما يملك ولا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح، فلم يدخل ذلك تحت الإذن، فإن اشتراه كان مشترياً لنفسه، فإذا دفع فيه مال المضاربة ضمنه.

قال: وهذا مثل أن يشتري خمرًا أو خنزيرًا أو مدبرًا أو مكاتبًا أو أمًّا ولد أو ميتة أو دمًا؛ وذلك لأن هذه الأشياء لا تملك، وإن قبضها لا تدخل تحت الإذن، فإن اشترى عبدًا أو ثوبًا أو عرضًا من العروض بشيء مما ذكرنا غير الميتة والدم، فالشراء على المضاربة؛ لأن البيع يملك بالقبض، ويجوز بيعه، والإذن في الشراء [يتناول الصحيح والفساد، فأما إذا كان الثمن ميتة أو دمًا، فما اشتراه لا يكون] على المضاربة؛ لأن ذلك لا يملك بالقبض.

قال: وإن اشترى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من رب المال فهو مشتري لنفسه؛ لأن هذا لو

اشتراه على المضاربة عتق على رب المال ، فلم يقدر على بيعه ، فإن اشترى ذا رحم محرم من نفسه ولا ربح في المال ، فالشراء على المضاربة ؛ [لأنه] لا ملك له فيه ، فقدّر على بيعه ، وإن كان في المال ربح فالشراء لنفسه ، وقد عتق عليه ؛ لأنه لا يقدر على بيعه إذا اشتراه للمضاربة وفيها ربح ، ألا ترى أن نصيبه منه يعتق ، وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة^(١).



(١) انظر: الأصل ، ٢٦١/٤ .

بَابُ عتق المضاربة



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: إذا أعتق المضارب عبداً من المضاربة، فإن كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز عتقه في قدر حصته من الربح، وهو كعبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه، فإن لم يكن في قيمته فضل عن رأس المال لم يجز عتقه؛ وذلك لأن العبد إذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه فلم يتعين للمضارب فيه حق؛ لأنه مشغول برأس المال وإن كان هناك مال آخر، ألا ترى أنه لو هلك ذلك المال صار العبد هو رأس المال، وإذا لم يتعين له فيه حق لم يعتق.

وإن كان قيمة العبد أكثر من رأس المال فقد تعين للمضارب فيه حق؛ (لأن المال إذا كان من جنس واحد وهو أكثر من رأس المال)^(١) فحق المضارب فيه معين، فإذا أعتقه نفذ عتقه في نصيبه، وصار كعبد بين شريكين أعتق أحدهما.

قال: وكذلك إن كاتبه فأدّى أو أعتقه على مال فهو مثل ذلك، وإذا لم يكن فيه فضل لم يجز، وإن كان فيه فضل [جاز]، كان كعبد بين رجلين [ب/٣٥٤] أعتقه أحدهما على مال، فإذا [قبل] عتق عليه نصيبه وكان [رب]^(٢) المال بالخيار. وإن كاتبه فلرب المال فسخ الكتابة، وإن أدّى الكتابة قبل أن يفسخ عتق،

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (ربح) والمثبت من أ.

إلا أن رب المال يأخذ مما أَدَّاه المكاتب قدر حصته منه ؛ وذلك لأنه إذا كان فيه فضل فقد تعين حقه في الربح ، فعتقه على مال كعتقه بغير مال ، فنفذ في قدر نصيبه ، وأما الكتابة فلرب المال أن يفسخها قبل الأداء ؛ لأنه تصرف في المال المشترك (تصرفاً) ^(١) يلحقه الفسخ ، ويضر بالشريك ، فكان للشريك دفع ذلك ، كما لو بنى في الدار المشترك .

فإن أدى المكاتب قبل الفسخ فالأداء شرط في العتق ، فصار كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما ، ويرجع رب المال على المضارب بمقدار نصيبه من المؤدى ؛ لأنه كسب عبد مشترك .

قال : وكذلك لو ادعى المضارب عبداً اشتراه أنه ابنه ، لم تجز دعواه إن لم يكن فيه فضل ، فإن كان فيه فضل ، جازت دعواه وعتق ^(٢) ؛ لأن دعواه الملك كعتاق موقع ، فإن كان فيه فضل جازت دعواه وعتق ؛ لأنه يملك العتاق فصَحَّتْ دعواه ، وإن لم يكن فيه فضل فهو لا يملك العتاق ، فلم تنفذ دعواه .

فإن زادت قيمة العبد على رأس المال بعد ذلك جازت دعواه ، وعتق عليه ، وكان كعبد بين شريكين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله ؛ وذلك لأنه لما ادعى السبب ولا ملك له فدعوته موقوفة ، فإذا ازدادت القيمة [على رأس المال] ملك جزءاً منه فنفذت دعوته [فيه] ؛ لأن مَنْ ادَّعى في غير ملكه ثم ملك ، نفذت دعوته .

وليس كذلك إذا أعتق ثم زادت قيمته أن العتق لا ينفذ ؛ لأن من أعتق ملك

(١) في أ (على وجه).

(٢) الجملة في ب مكررة.

غيره ثم ملكه لم ينفذ عتقه فيه ، ولا ضمان على المضارب في ذلك ؛ لأن العبد عتق بغير فعله ، ألا ترى أنه لم يعتق بدعوته ، وإنما عتق بزيادة القيمة ، والعبد المشترك إذا عتق بغير فعل الشريك لم يضمن .

قال : وكذلك إذا اشترى أمة قيمتها ألف ، ورأس المال ألف ، فولدت ولدًا يساوي ألفًا ، فادعى الولد فإنه لا يكون ولده ، ولا تكون أمه أم ولد له ؛ لأنه ليس في أحدهما فضل عن رأس المال .

وكذلك لو كان في يد المضارب عشرون عبدًا قيمة كل واحد ألف ، ورأس المال ألف لم يجز عتقه في واحد منهم ؛ وذلك لأن المضارب لا يتعين له ملك في واحد منهم ؛ لأن كل واحد يجوز أن يكون هو رأس المال ، ولأن حق المضارب لا يتعين في الربح قبل تعيين رأس المال ، وإذا لم يملك شيئًا منهم لم ينفذ عتقه ولا دعوته .

وقد قالوا في هذه المسألة : إن رب المال لو أعتق العبيد نفذ عتقه في جميعهم ؛ لأنه لما لم يتعين للمضارب فيهم ملك بقوا على ملك رب المال ، فإذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا جميعًا ، ويضمن حصة المضارب منهم موسرًا كان أو معسرًا ؛ لأن المضارب وإن لم يملك فقد كان له حق أن يملك ، فأفسده عليه رب المال فيضمن له .

وإنما استوى اليسار والإعسار ؛ لأنه باشر الجميع بالعتق فينفذ فيه ، فصار كأنه أتلف المال ، وليس هذا كضمان العتق ؛ لأنه يختص بنصيبه ، ثم يسري على قول أبي يوسف ومحمد إلى نصيب شريكه حكمًا ؛ فلذلك يختلف فيه اليسار والإعسار .

ومن أصحابنا من بنى مسألة العبدین علی أصل أبي حنيفة: أن الرقيق لا يقسم بعضه في بعض ، فإذا اشترى عبدين قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال (منهما كالجنسين الذي لا يقسم بعضها في بعض ، ومتى كان مال المضارب في جنسين كل واحد منهما مثل رأس المال) اشتغل كل واحد [أ/٣٥٥] منهما برأس المال ، وامتنع أن يتعين للمضارب فيه حق .

وليس كذلك إذا كان المال من جنس واحد ؛ لأن بعضه يقسم في بعض ، فيتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال .

قال أبو الحسن: وكذلك لو كان في يده مع ذلك عشرون ألف درهم ، وذلك لما بينا أن المال إذا حصل من جنسين فلم يتعين رأس المال في أحدهما ، فصار كل واحد من العبيد مشغولاً برأس المال .

وكذلك الدراهم مقدار رأس المال فيها مشغول به ، وما زاد على ذلك يتعين حق المضارب فيه .

وقد قال زفر في مسألة العبدین: إن عتق المضارب ينفذ في نصيبه منهما ؛ لأن رأس المال لا يجوز أن يكون أكثر من ألف ، فما زاد على ذلك حق المضارب متعلق به ، فينفذ عتقه فيه .

والذي ذكره أبو الحسن في الجارية إذا ولدت فادعى المضارب [الولد] ، محمول على أنها علقت قبل أن يشتريها ، فأما إذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسألة يتغير ؛ وذلك لأن المضارب يغرّم العقر ، فإذا قدرنا العقر مائة ، فإن استوفاه رب المال منه نقص رأس ماله ، وصار تسعمائة ، فيتعين للمضارب ملك

فيهما جميعاً، فنفذت دعوته .

وإذا ثبت النسب ضمن [المضارب] قيمة الأم [تمام] تسعمائة حتى يستوفي رب المال تمام رأس ماله، ثم يغرم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الأم، فظهر أن الولد ربح بينهما، فيعتق النصف من المضارب ويسعى في النصف لرب المال، قال عيسى بن أبان: وهذا الجواب هو الصحيح .

وقد ذكر محمد في الأصل مسألة أخرى، طعن عيسى عليها، وهي إذا اشترى جارية بألف تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فادعاه المضارب لم يثبت نسبه، ويغرم العقر، فإن زادت قيمة أحدهما أو ^(١) قيمتهما جميعاً، فإن كانت قيمة الولد زادت حتى صارت ألفي درهم ثبت النسب من المضارب؛ لأنه ملك بعضه فعتق ربه عليه، ولا ضمان عليه؛ لأنه عتق بزيادة القيمة، [ولا فعل له فيه]، ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال، والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقد أو السعاية؛ لأن المضارب لم يظهر له الربح في الجارية ما لم يصل إلى رب المال شيء من المال .

ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الأم فصارت ألفين، فإن الجارية أم ولد، وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال؛ لأن ضمانها ضمان نقل، ولهذا يستوي فيه اليسار والإعسار، فيستوي أن يكون بفعله أو من طريق الحكم، ولا يثبت نسب الولد؛ لأن المضارب لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله .

فإذا زادت قيمتهما جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألفي درهم، فإنه

(١) في أ (قيمتها أو قيمة أحدهما) .

يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له ؛ لأنه قد ملك بعض كل واحد منهما ،
ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ، ألفي درهم ، وعقر مائة درهم ،
وظهر أن رب المال استوفى رأس ماله ، واستوفى من الربح ألف ومائة ، فللمضارب
أن يستوفى من الولد مقدار ألف ومائة ، فيعتق الولد منه بذلك المقدار ، وبقي من
الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما ، لكل واحد أربعمائة وخمسون ، فما أصاب
المضارب عتق ، وما أصاب رب المال يسعى فيه الولد .

قال عيسى : وهذا الجواب خطأ ، والصحيح أن يقال : يضمن المضارب من
الأم ثلاثة أرباع قيمتها ، ويضمن نصف العقر ، وبقي الولد ربحاً بينهما ، فيسعى
في نصف قيمته لرب المال ، ويسقط عنه النصف بحصته للمضارب ، وهذا الذي
ذكره عيسى هو على جواب محمد في المسألة التي قدمناها ، إذا لم تزد قيمة كل
واحد منهما .

وعلى قياس ما قال محمد في مسألة الزيادة يجب أن يقول : إذا لم تزد
قيمتها فينبغي أن يغرم المضارب [٣٥٥/ب] ألف ومائة ، ثم يستوفى المضارب
من الولد مائة ، وبقي تسعمائة بينهما .

فمن أصحابنا من قال : القياس ما أجاب به في المسألة التي قدمناها ، إذا
لم تزد قيمته .

ووجهه : أن المضارب لا يغرم بعدما غرم تمام رأس ماله إلا نصف ما بقي
من الأم ؛ لأن ما بقي ربح بينهما ، فلا يجوز أن يغرم الكل .

والذي أجاب به في مسألة الزيادة : هو الاستحسان ؛ لأنه في غرم تمام قيمة

الجارية [تكثر] ^(١) العتق ، والعتق والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية الرق .

ومن أصحابنا من قال: إنما افرقت المسألتان لوضعهما؛ لأن سبب العتق في مسألة الزيادة قيمة الولد، وفي المسألة الأخرى سبب العتق قبض رب المال إلى العقر، فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه لم يجز أن يجتمع ربحه في الجارية .

وأما في المسألة الأخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال إلى الجارية؛ لأن المضارب قد ملكها .

وقد قيل أيضاً: إن في تلك المسألة إنما قصد تكثير العتق، وفي المسألة الأخرى إذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق؛ لأن الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر، فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق .

وقد قالوا في المضارب: إذا اشترى جارية بألف، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فادعاه رب المال، ثبت النسب وعتق الولد، وصارت الجارية أم ولد له، وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه؛ وذلك لأن دعوته صادفت ملكه، فيثبت النسب، واستندت الدعوة إلى وقت العلوق، ولا قيمة للولد في ذلك الوقت، ولا فضل في المال، فلا يجب عليه القيمة ولا العقر؛ لأنه وطئ ملك نفسه [فلا يلزمه بسبب شيء] ^(٢) .



(١) في ب (الكثير) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل، ٢٤٩/٤ وما بعدها .

بَابُ قِسْمَةِ الْمِضَارِبَةِ



قال أبو الحسن: وإذا دفع الرجل [إلى الرجل] ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح المضارب ألفاً، فاقسما الربح، ورأس المال في يد المضارب، لم يقبضه رب المال، فهلك الألف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح، أو خسرهما المضارب، أو تويت، فإن القسمة الأولى لا تصح، وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس المال، وما قبضه المضارب دين عليه يردده حتى يستوفي رب المال رأس ماله، ولا يصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله.

وذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: «مثل المؤمن مثل التاجر، لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله، كذلك المؤمن، لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه»^(١)، فهذا يدل على أن الربح لا يثبت قبل أن يتعين رأس المال؛ ولأن المال إذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها.

فلو صححنا قسمة الربح لثبت الفرع قبل أصله، وهذا لا يجوز، وإذا لم تصح القسمة؛ فمتى هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال، فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال.

قال: فإن قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً، ثم اقتسما الربح، ثم

(١) أورد نحوه الديلمي في الفردوس، ٤/١٤١. ولم أجده إلا في كتب فقه الحنفية.

رد الألف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف ، فهذه مضاربة مستقبلية ، وإن هلك في يده لم تنقض القسمة الأولى ؛ لأن رب المال لما استوفى رأس المال زالت المضاربة ، وصحت القسمة ، فإذا رد المال فهذا عقد آخر ، فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره .

قال : ولو كان الربح في المضاربة الأولى ألفين ، فاقسما الربح ، فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ، ثم هلك ما يد المضارب ، فإن القسمة باطلة ، وما قبضه رب المال محسوب من رأس ماله ، ويرد المضارب نصف الألف التي قبض ؛ وذلك لأن [المال] لما هلك قبل صحة القسمة صار ما قبضه [١/٣٥٦] رب المال رأس ماله ، فتعين الربح فيما قبضه المضارب ، ومن حكمه أن يكون بينهما فيجب عليه أن يرد نصفه .

وكذلك إن كان قد هلك ما قبضه المضارب فيجب عليه أن يرد نصفه ؛ لأننا قد بينا أنه قابض نصيب رب المال من الربح لنفسه ، فصار ذلك مضموناً عليه ، [وليس كذلك] لو هلك ما قبضه رب المال لم يتعين بهلاكه شيء ؛ لأن ما هلك [بعد] القبض يهلك من ضمان القابض ، فبقاؤه وهلاكه سواء .

قالوا : ولو اقسما الربح ثم اختلفا ، فقال المضارب قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة ، وقال رب المال : لم أقبض رأس المال قبل ذلك ، فالقول قول رب المال ، ويرد المضارب مما قبض لنفسه تمام رأس المال ، يحتسب على رب المال بما قبضه من رأس ماله ، ويتم له رأس ماله بما يرده المضارب ، فإن بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين ؛ وذلك لأن المضارب يدعي إيفاء رأس المال ، ورب المال يجحد ذلك ، والقول قول الأمين في إسقاط

الضمان عن نفسه ، ولا يقبل قوله في التسليم إلى غيره ؛ ولأنه يدَّعي خلوص ما بقي من المال للربح ، ورب المال يجحد ذلك ، فلا يُقبَلُ قول المضارب في الاستحقاق .

فإن أقاما بينة ، فالبينة بينة المضارب ؛ لأنه يثبت إيفاء رأس المال ، ورب المال يجحد ذلك .

فإن قيل : قسمتتهما للربح ظاهرة فيما ادعاه المضارب من إيفاء رأس المال ؛ إذ الربح لا يكون إلا بعد الإيفاء ، قلنا : قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب .

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره : في رجل دفع [إلى رجل] ألف درهم مضاربة صحيحة ، ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته ، والمضارب [يعمل] ببقية المال ويربح فيما يشتري ويبيع ، ثم احتسبا ، فإنهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان ، والربح بينهما نصفان ، ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصاناً من رأس المال ، ولكنهما يحتسبان رأس المال ألفاً من جميع المال ، وما بقي فهو بينهما نصفان ؛ وذلك لأننا لو جعلنا المقبوض من رأس المال أدنى ذلك إلى إبطال المضاربة ؛ لأن رب المال متى استرجع رأس ماله بطلت المضاربة ، وهما لم يقصدا إبطالها ، فلم يبق إلا أن يجعل رأس المال فيما بقي (١) .



(١) انظر: الأصل ، ٢٤٣/٤ وما بعدها .



بَابُ

في جحود المضارب مال المضاربة



[قال أبو الحسن]: قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه، فقال: لم تدفع إلي شيئا، ثم قال: بلى أستغفر الله، قد دفعت إلي ألف درهم مضاربة، ثم اشترى بها بعد ذلك أو ضاعت من المضارب بعد ذلك، فإن اشترى بها فعلى المضاربة، وإن ضاعت قبل أن يشتري فهو ضامن، أما ثبوت الضمان بالجحود فلأنه أمين، فإذا جحد الأمانة ضمن كالمودع؛ ولأن من في يده شيء فالظاهر أنه مالكة، فإذا جحد أن يكون لغيره حكمنا له فيه بحكم الملك، ويستحيل أن يحكم له (في ملك غيره بالملك)^(١) إلا بعد إيجاب الضمان عليه؛ ولأنه بالجحود قد رد الأمر بالحفظ، فصار متمسكا بغير أمر المالك، فضمن^(٢).

وأما إذا اشترى بها مع الجحود فالشراء لنفسه؛ لأنه ضامن للمال، ومن حكم المضارب أن يكون أمينا، فإذا ضمن انتفى حكم المضاربة بوجوب الضمان، وأما إذا أقر بعد الجحود لم يرتفع الضمان؛ لأنه رد الأمر بالجحود، فلا يعود بالإمسك إلا بسبب آخر.

فإن اشترى بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه؛ لأنه [٣٥٦/

ب] ضمن المال بجحوده، فلا يبرأ منه بفعله.

(١) في أ (بملك غيره).

(٢) انظر: الأصل ٣٢٢/٤.

والاستحسان: أن يكون ما اشتراه على المضاربة، وبيراً من الضمان؛ وذلك لأن الأمر بالشراء عام فيما قبل الجحود وبعده، فإذا اشترى فقد زال التعدي حين فعل ما أمر به المالك فيبراً من الضمان، وصار المشتري للمضاربة، [وليس هذا] كما لو قال له: اشتر لي بالدين الذي في ذمتك؛ لأن المضمون في الذمة لا يبرأ منه بفعله، والعين المضمونة يجوز أن يبرأ منها بفعله، ألا ترى أنه لو قال له: اجعلها في موضع كذا، برئ من الضمان بذلك، بخلاف الدين.

وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري بها عبداً فجحده الألف ثم أقرّ بها ثم اشترى جاز الشراء، وكان للآمر، وبرئ الجاحد من الضمان. وإن اشترى بها عبداً ثم أقرّ لم يبرأ من الضمان، وكان الشراء^(١) له، وهذا على ما ذكرنا في المضارب.

قال: ولو [كان] دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه، ثم جحد الألف، ثم اشترى العبد ثم أقرّ بالألف، فإن العبد للآمر؛ وذلك لأن التوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، فبقي أن يكون [الشراء] للآمر، فكأنه أقرّ ثم اشترى.

وليس كذلك المضارب؛ لأنه يملك أن يشتري لنفسه، فلا يحمل على الشراء لرب المال إلا أن يقرّ بالمال قبل الشراء.

وقال أبو يوسف: لو دفع إليه عبداً لبيعه ثم جحده إياه فادّعه لنفسه، ثم أقر له به فباعه، فإن البيع جائز، وهو بريء من ضمانه، وكذلك لو دفع إليه عبداً

(١) في أ (المشتري له).

وأمره أن يهبه [لفلان]^(١) ، فجحده وادعاه لنفسه ، ثم أقر به فوهبه فهو جائز ، وكذلك إن أمره بعتقه فجحده [وادعاه لنفسه]^(٢) ، ثم أقر [به] فأعتقه ، جاز عتقه ؛ وذلك لأن الأمر بالبيع والهبة والعتق عام فيما قبل الجحود وبعده ، فإذا جحد ثم أقر ثم باع فقد تصرف بأمر المالك ، فزال بتصرفه الضمان .

قال ابن سماعه: وينبغي في قياس قوله هذا في الألف إذا أمره أن يشتري بها عبداً بعينه ، أنه إذا أمره أن يبيع له عبداً أو داراً أو يهبه لرجل ، أو يعتقه ، ثم جحد ذلك فادعاه لنفسه ، ثم باع العبد أو وهبه أو أعتقه أو باع الدار ، ثم أقر بذلك بعد البيع ، أنه جائز ، ويلزم الأمر ، وهذا صحيح ؛ لأنه لا يملك أن يبيع [العبد] لنفسه ، وإنما باعه للآمر ، وذلك يسقط الضمان المتعلق بالجحود .

وقال هشام: سمعت محمداً قال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فجاء بألف وخمسمائة فقال: هذه الألف رأس المال ، وهذه الخمسمائة ربح ، ثم سكت ، ثم قال: عَلَيَّ دين فيه لفلان كذا وكذا ، قال محمد: يقبل قول المضارب ؛ لأنه يقول هذا ربح وَعَلَيَّ دين ؛ وذلك لأن المضارب أقر بالدين في حال تملك الإقرار به ، فينفذ إقراره ، وليس يمتنع أن يقول: قد ربحت ولزمني دين ، فيقبل قوله .

قال: ولو جاء المضارب بألفين فقال: ألف رأس المال وألف ربح ، ثم قال: لم أربح إلا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب ، فإن المضارب يغرم الخمسمائة التي جحدها ، ولا ضمان عليه في باقي المال ؛ وذلك لأن الربح أمانة

(١) في ب (إليه) والمثبت من أ .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ؛ والعبارة بنصها في البدائع ٦/١١١ .

في يده ، فإذا جحده صار غاصباً فيضمنه بالهلاك .

ولو قال المضارب لرب المال: قد دفعت إليك رأس مالك ، والذي بقي في يدي ربح ، ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك ولكن هلك ، فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال ؛ لأنه صار جاحداً بدعوى الدفع ، فيضمن بالجحود ، وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك ولكنه هلك ، فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لما بيّنا .

ولو اختلفا في الربح فقال رب المال: شرطتُ لك [٣٥٧/أ] الثلث ، وقال المضارب: شرطت لي النصف ، ثم هلك المال في يد المضارب ، قال محمد: فإن المضارب يضمن السدس من الربح ويؤديه إلى رب المال من ماله خاصة ، ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك ؛ [وذلك] لأننا قد قدمنا أن القول في شرط الربح قول رب المال ، وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث ، وقد ادعى النصف ، ومن ادعى أمانة في يده ضمنها ، فكذلك يضمن سدس الربح^(١) .

وقال الحسن: إذا أقرَّ المضارب أنه قد عمل بالمال وأن في يده عشرة آلاف ، على أن فيها ديناً ألفاً أو ألفين ، فقال ذلك في كلام متصل ، كان القول قوله مع يمينه ، فيدفع الدين منه سمى صاحبه أو لم يسمه ، وإن سكت سكتة ثم أقرَّ بعد ذلك ، وادعى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق .

وكذلك إذا قال: منه وديعة لفلان ألف ، ثم قال: غصبت ذلك ، وهذا قياس قول أبي حنيفة ، وهو مخالف لما ذكره في أول الباب عن محمد .

(١) انظر: البدائع ٦/١١٢ .

ووجهه: أنه إذا قال: في يدي عشرة آلاف ربح، ثم سكت، ثم قال: عَلَيَّ دين ألف درهم، فقد رجع عمّا أقر به؛ لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين، والإقرار إذا صَحَّ لم يقبل رجوع المقر عنه، وليس كذلك إذا [كان] قاله متصلاً؛ لأن الإقرار لم يستقر، فصار كالاستثناء.



بَابُ مضاربة الحرّبي والمرتد

قال أبو الحسن: وإذا دفع المسلم إلى المسلم مالاً مضاربةً ثم ارتد رب المال، فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة، فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة، فإن رجع إلى الإسلام جاز ذلك كله، وكان في جميع أحكام المضاربة كأنه لم يرتد، وكذلك إن لحق بدار الحرب ثم رجع مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه.

(فإن مات أو قُتِلَ على رده أو لحق بدار الحرب فحكم بلحاظه)^(١)، بطلت المضاربة من يوم ارتد، وهذا فرع على أصل أبي حنيفة: أن ملك المرتد مراعى، فإن مات على رده [أو قُتِلَ] أو لحق بدار الحرب، فحكم بلحاظه زال ملكه من حين ارتد، وانتقل إلى ورثته، وصار كأنه في ذلك الوقت، فبطل تصرف المضارب بأمره، وصار كأنه تصرف في ملك الورثة، فإن كان المال يومئذٍ [قائماً] في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك، فما اشترى له، وربحه عليه [وضيعته]، فإنه انعزل عن المضاربة وزال [ملك] الأمر عن المال، فصار متصرفاً في ملك الورثة بغير أمرهم.

وإن كان المال متاعاً أو عروضاً أو غير الدراهم والدنانير من سائر الأموال، فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى يحصل^(٢) رأس المال؛ وذلك لأن المضارب في هذا الحال لا ينعزل بالنعزل، ولا بموت رب المال، وكذلك برده.

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (ينقص).

فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم [أو دراهم ورأس المال] دنانير، فالقياس أن لا يجوز له التصرف؛ لأنها من جنس الأثمان، فكأنها غير^(١) رأس المال، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: إن باعها بجنس رأس المال جاز؛ لأن على المضارب أن يبيع ما في يده حتى يرد مثل^(٢) رأس المال، فصارت كالعروض.

فأما إذا أسلم أو عاد من دار الحرب مسلماً قبل الحكم بلحاظه، جاز تصرف المضارب؛ لأن حكم الردة ارتفع، وصار كأنه لم يزل مسلماً.

وأما على أصل أبي يوسف ومحمد: فالردة لا تؤثر في حكم الأملاك، فتصرف المضارب يجوز بعد الردة، كما يجوز تصرف رب المال، فإن مات [المرتد] رب المال أو قُتِلَ، صار كموت المسلم في بطلان المضاربة، وكذلك [٣٥٧/ب] إن لحق وحُكِمَ بلحاظه؛ لأن الحكم باللحاق يجري مجرى الموت؛ بدلالة أن ماله ينتقل إلى ورثته، فبطل أمره في المال^(٣).

٢٣٤٢ - فصل: [المضاربة في حال ردة المضارب وحده]

فإن كان المضارب هو المرتد ولم يرتد رب المال، فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً؛ وذلك لأن المرتد يقف تصرفه عند أبي حنيفة لوقوف أملاكه، والمضارب يتصرف في منفعه، وملكه ثابت عليها، فصار كالمسلم، إلا أن العهدة في قياس قول أبي حنيفة على رب المال؛ لأنه لما لم يملك التصرف في

(١) في أ (عين).

(٢) في أ (يرد رأس المال).

(٣) انظر: الأصل ٢٦٧/٤ وما بعدها.

المال حتى لا يضرّ بورثته ، كذلك لا يملك التزام العهدة ؛ لأنه يضرّ بهم ، ومن تصرف للغير وهو ممن لا تلزمه عهدة كانت العهدة على الأمر ، كمن وكلّ صبياً محجوراً .

وعلى قولهما: العهدة عليه ؛ لأن تصرفه كتصرف المسلم ، فجاز أن يضمن العهدة بالتصرف .

قال: فإن مات المضارب أو لحق بدار الحرب ، فحكم بلحاقه أو قتل ، بطلت المضاربة ؛ وذلك لأن موته مرتداً كموته قبل الردة ، والحكم بلحاقه كموته في بطلان تصرفه^(١) .

قال: فإن لحق المضارب بدار الحرب بعد ردّته ، فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً ، فله جميع ما اشترى وباع في دار الحرب [ذلك كله له] ، ولا ضمان عليه في شيء من ذلك ؛ لأنه لما لحق بدار الحرب بطلت الأمانة ؛ لأن دار الحرب ليست بدار ائتمان ، ولا يثبت أمر رب المال فيها مع الاختلاف ، فصار متعدياً بالتصرف ، والمرتد إذا تعدّى في دار الحرب في مال المسلمين لم يضمن بالتعدي ، ويكون ما غلب عليه له ، كذلك هذا .

قال: وارتداد المرأة وغير ارتدادها سواء في قولهم جميعاً ، كان المال لها ، وكانت هي العاملة به مضاربة ، والمضاربة صحيحة على حالها حتى تموت أو تلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقتها ؛ وذلك لأن ردة المرأة لا تؤثر في أملاكها ، فلا تؤثر في تصرفها ، فأما إذا ماتت بطلت المضاربة بموتها كما لو ماتت قبل

(١) انظر: الأصل ٤/٢٦٧ .

الرّدة ، وكذلك إذا حكم بلحاقها ؛ لأنه يجري مجرى الموت^(١) .

قال : وإذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان فدفع [الحربي] إلى المسلم مالاّ مضاربة ، أو دفع إليه مسلم مالاّ مضاربة فهو جائز ؛ لأن المستأمن في دارنا كالذميّ ، ومعاملة المسلم مع الذمي مضاربة جائزة ، فإن كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان ، فعمل بالمال فهو جائز ؛ وذلك لأنه دخل إلى دار الحرب وهي دار رب المال ، ولم يوجد بينهما اختلاف ، فكأنهما في دار واحدة .

فإن كان المضارب هو الحربي ، فرجع إلى دار الحرب بإذن رب المال ، فعمل بالمال فذلك جائز ، ويكون على المضاربة ، ويكون الربح على ما شرط إن رجع إلى دار الإسلام مسلماً أو معاهداً أو بأمان استحساناً^(٢) .

وجه القياس : أنه لما عاد إلى دار الحرب بطل أمانه ، وعاد إلى حكم [دار] الحرب ، فبطل [أمر رب المال مع اختلاف الدارين ، فإذا تصرف فقد تعدى بالتصرف ، فملك] ما تصرف فيه .

ووجه الاستحسان : أنه لما خرج بأمر رب المال ، صار كأن رب المال معه ، ولو دخل رب المال معه إلى دار الحرب لم تبطل المضاربة ، كذلك إذا دخل بأمره ، وليس هذا كما لو دخل بغير أمره ؛ لأنه لما لم يأذن له في الدخول انقطع حكم رب المال عنه ، فصار تصرفه لنفسه .

وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان ، فدفع إليه حربي مالاّ

(١) انظر : الأصل ٤/٢٦٧ ، ٢٦٨ .

(٢) انظر : المصدر السابق ٤/٢٧١ .

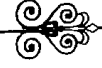


مضاربة ، فربح مائة درهم ، فإن هذا في قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز .
 وإن اشترى المضارب على هذا فربح أو وضع ، فالوضيعة على رب المال ،
 والربح على ما اشترط ، ويستوفي المضارب مائة درهم ، والباقي لرب المال .
 وإن لم يكن في المال من الربح إلا مائة ، فهي كلها للمضارب ، وإن كان
 أقل من مائة فذلك للمضارب أيضاً ، ولا شيء للمضارب على رب المال ؛ لأن
 رب المال لم يشترط المائة [درهم] إلا من الربح [١/٣٥٨] .

فأما في قول أبي يوسف: فالمضاربة فاسدة ، وللمضارب أجر مثله ، وهذا
 فرع على اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب ، وأن المسلم يجوز أن يتوصل
 إلى أخذ مالهم بكل سبب يحصل معه الرضا ، حتى لا يكون خفراً للأمان^(١) .



(١) انظر: المصدر السابق نفسه .



بَابُ

الرجل يدفع مالاً إلى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة وذلك مشاع في المال



قال أبو الحسن: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم، فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة بالنصف، فذلك جائز، فإن ضاع المال في يد المضارب قبل أن يعمل فهو ضامن لنصف المال، وإن لم يضع واشترى [به] وعمل فنصفه مضاربة، ووضيعته على رب المال، وربحه على ما شرطاً، والنصف الآخر كله للمضارب، له ربحه وعليه وضيعته^(١).

والوجه في هذا: أنه لو أقرضه كل المال جاز، ولو أعطاه جميعه مضاربة جاز، فإذا جعل بعضه مضاربة وبعضه قرضاً جاز؛ ولأنه عقد معاوضة مال بمال، فلم يؤثر فيه الإشاعة كالبيع، ولا يلزم هبة^(٢) المشاع بعوض؛ لأن عقدها تبرع وليس بمعاوضة، ولا يلزم الإجارة؛ لأنها ليست بتملك مال بمال.

وأما المضاربة فإنما جازت مع الإشاعة؛ لأن المضارب يتمكن من التصرف إذا ملك بقية المال، كما يملك التصرف إذا كان الجميع مضاربة، وجواز المضاربة موقوف على إمكان التصرف في المال؛ ولأن الشركة مع المضارب لا تمنع من المضاربة، بدلالة أنه إذا ربح صار شريكاً في المال، وجاز تصرفه بعد ذلك على المضاربة، فكذلك يجوز ابتداء تصرفه مع الشركة، [وإذا ثبت]^(٣)

(١) انظر: الأصل ٢٧٧/٤.

(٢) في أ (الهيئة) فقط.

(٣) في ب (والأثبت) والمثبت من أ.

جواز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب ؛ لأنه ربح ملكه ، والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطاً ؛ لأنه ربح مستفاد بمال المضاربة .

قال: ولا يجوز قسمة أحدهما دون الآخر؛ وذلك لأنه مال مشترك ، فلا يملك أحد الشريكين قسمته بنفسه .

قال: ولو كان قال له: خذ هذه الألف على أن نصفها عليك قرض ، وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي ، فإن هذا مكروه ، فإن عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان .

أما وجه الكراهة: فلأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض ، ويكره أن ينتفع المُقرضُ بسبب القرضِ ، وإنما كان الربح بينهما ؛ لأن المضارب ملك نصف المال بالقرض ، والنصف الآخر بضاعة في يده ، فربحه لصاحبه ، وأما الوضعية فهي جزءٌ هالك من المال ، وهو مشترك ، فالوضعية على قدره .

ولو قال: خذ هذه الألف نصفها مضاربة بالنصف ، ونصفها هبة ، وقبضها المضارب على ذلك غير مقسومة ، فالهبة فاسدة ، فإن هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعدما عمل ، فهو ضامن لنصف المال ، وهي الهبة ، فإن عمل في المال فربح ، كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ، ونصف الربح بينهما على ما اشترط ، والوضعية عليهما^(١) .

وإنما فسدت الهبة ؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، فإذا قبضها ملكها بعقد فاسد ، فكان ربحها له ، وإن هلكت ضمنها ؛ لأن الهبة الفاسدة قبضها

(١) انظر: الأصل ٤/٢٧٨ .

[الموهوب له لنفسه على حكم عقد فاسد]^(١) ، وكانت مضمونة عليه كالبيع الفاسد .
قال: ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة ، فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز ، والمال على ما سَمِّيَا من المضاربة والبضاعة ، والوضيعة على رب المال ، ونصف الربح لرب المال ، ونصفه على ما شرطا ؛ لأنه لو دفع جميع المال بضاعة جاز ، ولو دفعه مضاربة جاز ، فإذا جمع بينهما جاز ، والوضيعة على رب المال ؛ لأن المبيع لا ضمان عليه في البضاعة ولا في المضاربة ، وحصّة البضاعة من الربح لرب المال خاصة ، وحصّة المضاربة بينهما على ما شرطا^(٢) .

ولو كان دفع إليه على نصفها وديعة في يد [٣٥٨/ب] المضارب ، ونصفها مضاربة بالنصف ، فذلك جائز ، والمال في يد المضارب على ما سميا ؛ وذلك لأن الوديعة والمضاربة كل واحد منهما أمانة ، فلا ينفي أحدهما الآخر ، إلا أن التصرف لا يجوز إلا بعد القسمة ؛ لأن كل جزء من المال بعضه وديعة وبعضه مضاربة ، والتصرف في الوديعة لا يجوز .

فإن قسم المضارب المال نصفين ، ثم عمل بأحد النصفين على المضاربة ، فربح أو وضع ، فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان: ونصف الربح للمضارب ، ونصفه على ما شرطا ؛ وذلك لأن [قسمة]^(٣) المضارب في المال لا تصح ؛ لأن المالك لم يأذن فيها ، فإذا أفرد بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال المضاربة ، فما كان من حصّة [الوديعة] ، فهو غضب ، وربحه للغاصب ، وما

(١) في ب (بحكم فاسد) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٤/٢٧٨ ، ٢٧٩ .

(٣) في ب (قسمتها) والمثبت من أ .

كان من حصة المضارب فهو على الشرط^(١).

[ومن] هذا النوع إذا دفع إليه متاعاً فباع نصفه من المدفوع إليه بخمسمائة [درهم]، ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان، فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة، ثم عمل بها وبالخمسمائة التي عليه، فربح في ذلك أو وضع، فالوضيعة عليهما نصفان، والربح بينهما نصفان؛ لأن من أصل أبي حنيفة: أن من كان له على أحد دين، فأمره أن يشتري بذلك الدين شيئاً [أو يبيع ففعل]، فالشراء لنفسه ولا يكون للأمر، ويكون الدين على حاله.

وفي مسألتنا: صاحب المال أمره أن يعمل بالدين وينصف [ثمن] المتاع، فما ربح في نصيب^(٢) الدافع هو للدافع، وما ربح في حصة الدين فهو للمدفع إليه؛ لأنه تصرف في مال نفسه، والوضيعة عليهما؛ لأن المال مشترك بينهما، فالهالك بينهما.

وأما في قياس قول أبي يوسف ومحمد: فمقدار ما ربح في الخمسمائة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها، فهو بينهما نصفان على ما شرطنا، وما ربح في [النصف] الذي عليه من الدين يكون الربح لرب المال؛ لأن من أصلهما: أنه إذا أمره أن يشتري بالدين الذي عليه، ويعمل به مضاربة، جاز أمره بالشراء، وتكون المضاربة فاسدة؛ لأنها تقع بالعروض؛ فكذلك ها هنا صارت [المضاربة] جائزة في النصف، فاسدة في النصف.

(١) انظر: الأصل ٢٧٩/٤.

(٢) في أ (نصف).

ولو كانت المسألة بحالها وقد اشترط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين ؛ فإن في قول أبي حنيفة: ثلثا الربح للمضارب على ما شرطاً ، نصف الربح من نصيب المضارب ، وسدسه من نصيب الدافع ، فكأنه قال: اعمل في نصيبك على أن الربح لك ، و [اعمل] في نصيبي على أن ثلثي الربح لي ، وثلثه لك .

وأما في قياس قول أبي يوسف ومحمد: فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ، ونصفه مضاربة فاسدة ، فما ربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال ؛ لأنه مضاربة فاسدة ، وما ربح في النصف الذي [كان ديناً] هو ثمن المتاع ، فالربح بينهما على ما شرطاً ، فصار لرب المال ثلثا الربح ، وللمضارب الثلث .

ولو كان شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث ، فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة ؛ لأن رب المال شرط النصف من نصيب نفسه ، والزيادة من نصيب المضارب ، وشرط الزيادة من نصيب المضارب باطل ، فيكون الربح على قدر المال .

وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد: نصف الربح لرب^(١) المال خاصة ؛ لأن المضاربة فيه فاسدة ، وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر^(٢) .

٢٣٤٣ - فَصْل : [الشركة مع جهالة قدر الربح]

ومما يلحق بهذا الكتاب من المسائل المشهورة التي لم يذكرها أبو الحسن :

قال أصحابنا: إذا دفع [الرجل إلى الرجل] ألف درهم على أنهما شريكان

(١) في أ (على قدر المال) .

(٢) انظر: الأصل ٢٧٧/٤ .

في الربح ، ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك ؛ والربح بينهما نصفان ؛ لأن الشركة تقتضي التساوي ، قال الله تعالى: ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ [النساء: ١٢] .

ولو قال: على أن للمضارب شركاً في الربح ، جاز في قول أبي يوسف ، والربح بينهما نصفان .

وقال محمد: المضاربة فاسدة .

لأبي يوسف: أن الشرك اسم مشتق من الشركة ، وقد اتفقوا أنه لو [ذكر بلفظ الشركة] ^(١) اقتضت المساواة ، فكذلك [إذا ذكر بلفظ الشرك] .

لمحمد: أن الشرك عبارة عن النصيب ، قال الله تعالى [٣٥٩/أ]: ﴿ أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ ﴾ [فاطر: ٤٠] ، فكأنه حصل له نصيبٌ من الربح .

٢٣٤٤ - فَصْل: [مضاربة المريض]

قال أصحابنا: إذا دفع المريض مضاربة على أن للمضارب نصف الربح أو أكثر من ذلك جاز ؛ لأن الربح كسب للمضارب ، فلا يحصل فيه مغابنة في مال المريض ؛ ولأنه لو أقرضه المال كان له جميع الربح ، أو أكثر من ذلك جاز ؛ لأن الربح كسب للمضارب فلا يحصل فيه مغابنة في مال المريض ، ولأنه لو أقرضه المال كان له جميع الربح ، فإذا جعل لنفسه بعضه أولى ^(٢) .

٢٣٤٥ - فَصْل: [ظهور العيب في مال المضاربة]

قال: ولو اشترى المضارب عبداً معيباً قد علم ربُّ المال بعيبه ولم يعلم به

(١) في ب (تلفظ بالشركة) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٢٨١/٤ .

المضارب ، فللمضارب ردّه ؛ لأن حقوق العقد تتعلق به دون رب المال ، فعلم رب المال لا يعتبر ، ولو كان المضارب علم بالعيب ولم يعلم رب المال به لم يكن للمضارب رده ؛ لأن الشراء مع العلم بالعيب رضاً بالعيب ؛ فكأنه أفصح بذلك .

قال : ولو اشترى عبداً معيماً فقال رب المال بعد الشراء : قد رضيت بالعيب ، بطل الرد ؛ لأن الملك لرب المال ، فإذا رضي فقد أبطل حق نفسه .

ولو أن ربَّ المال دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري عبداً فلان بعينه ثم يبيعه ، فاشتراه المضارب ولم يره ، فليس له أن يرده بخيار الرؤية ، ولا بخيار العيب ؛ لأن أمره بالشراء بعد العلم [به] رضاً منه بذلك العيب ، فكأنه قال بعد الشراء : قد رضيت ، وليس كذلك إذا أمره بشراء عبد [غير معيّن] ^(١) ؛ لأنه لا يعلم أنه يشتري العبد المعيب حتى يكون علمه رضي به .

٢٣٤٦ - فَصْلُ : [بيع ربِّ المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أقلّ]

قال أصحابنا : إذا باع ربُّ المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر ، جاز بيعه ، وإن باع بأقل من قيمته بما يتغابن [الناس] فيه أو ما لا يتغابن ، لم يجز بيعه ، إلا أن يجيز [ه المضارب] ؛ لأن بيع رب المال إعانة للمضارب ، وليس من الإعانة إدخال النقص عليه .

وأما إذا باع بالقيمة أو أكثر فالبيع على وجه الإعانة ، وهو مأذون في إعانته من طريق الدلالة ، وإن لم يكن مأذوناً من طريق الإفصاح .

(١) في ب (غير) والمثبت من أ .

وعلى هذا: لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما بإذن رب المال لم يجز إلا بمثل القيمة أو أكثر، إلا أن يجيزه [المضارب] الآخر؛ لأن بيعه بإذن رب المال كبيع رب المال، ولا يقال: إن المضارب الآخر لو أجاز البيع بالنقصان القليل جاز، وهو إنما استفاد التصرف من جهة رب المال؛ وذلك لأن الوصي استفاد الإذن من جهة الميت، ولو باع [الوصي] بنقصان قليل جاز، ولو باع الميت في مرضه بنقصان قليل وعليه دين لم يجز، [كذلك هذا] ^(١) ^(٢).

٢٣٤٧ - فُصِّلَ: [امتناع المضارب من بيع مال المضاربة]

قال: ولو اشترى المضارب متاعاً بمال المضاربة وفيه فضل أو لا فضل فيه، فأبى المضارب أن يبيعه وأراد أن يمسكه حتى يجد ربحه، وأراد رب المال بيعه، فإن المضارب يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال؛ لأن لرب المال ملكاً، وللمضارب حقاً، فإذا [كان] رب المال لو امتنع من البيع لم يكن له ذلك، وهو صاحب الملك، فالمضارب الذي ليس له ملك أولى [أن لا يجوز منعه من البيع]، ولكن يقال له: إن أردت [المنع] ^(٣) فرد عليه ماله، وإن [كان] فيه ربح، قيل له: ادفع إليه رأس ماله وحصته من الربح، ويسلم لك المتاع.

٢٣٤٨ - فُصِّلَ: [عمل الأب في مضاربة ابنه]

قال: وإذا أخذ الرجل لابنه مالاً مضاربة فهو على وجهين:

إن كان الابن لا يعقل البيع فأخذ الأب المال ليعمل لأجل ابنه، فالمضاربة

(١) في ب (لذلك) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢٠٩/٤.

(٣) في ب (المبيع) والمثبت من أ.

للأب ولا شيء للابن من الربح فيه ؛ لأن الربح في المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل ، وليس للابن واحد منهما .

وإن الابن يقدر على العمل ، فالمضاربة للابن [والربح له] ، فإن عمل الأب بأمر الابن فهو متطوع ، وإن عمل بغير إذنه صار بمنزلة الغاصب ؛ لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير أمره فصار كالأجنبي .

٢٣٤٩ - فَصَّلَ : [حقوق المضارب ورب المال في مال المضاربة]

وقالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال وطؤها سواء كان فيه ربح أو لم يكن ؛ لأنه إذا كان فيه ربح فهي مشتركة ، ووطء الجارية المشتركة لا يجوز ، وإن لم يكن فيه ربح فللمضارب حق يشبه الملك ، ألا ترى [٣٥٩/ب] أن رب المال لو مات كان للمضارب أن يبيعها ، فصارت كالجارية المشتركة .

٢٣٥٠ - فَصَّلَ : [انتقاض المضاربة بتصرف المضارب]

قال : وإذا اشترى المضارب جارية ثم اشتراها من رب المال لنفسه جاز ذلك ، وخرجت من المضاربة ؛ لأن الثمن صار ديناً عليه ، والمضاربة أمانة ، فإذا زالت الأمانة وصار المال مضموناً انتقضت المضاربة ، ولو أن المضارب باعها من رب المال ، فالمضاربة على حالها ؛ لأن المال صار ديناً على رب المال ؛ [لأن] رب المال مخير بين دفعه وتركه ، وذلك [لا يبطل] المضاربة كما قبل الشراء أنه مخير : إن شاء ترك المال في يد المضارب ، وإن شاء لم يترك^(١) .



(١) انظر : الأصل ١٤٦/٤ .

٢٣٥١ - فُصِّلَ: [إقرار المريض بمال المضاربة]

وإذا مات المضارب وعليه ديون، ومال المضاربة في يده معروف، فربُّ المال أحقُّ برأس ماله وحصته من الربح، لقوله ﷺ: «من وجد عين ماله فهو أحقُّ به» (١).

[قال]: فإن قال المريض: هذا المال مضاربة في يدي، ولا يعرف ذلك إلا بقوله فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يكون لا دَيْن عليه، أو عليه دَيْن في الصحة، أو دَيْن في المرض.

فإن كان لا دين عليه جاز إقراره؛ لأنه أقرَّ على نفسه بما لا تهمة فيه، وإن كان عليه دين في الصحة لم يصدق، والغريم أحقُّ بالمال؛ لأنه لما مرض وجب للغريم حق الاستيفاء من ماله، فلا يصدق على إبطاله، وإن كان عليه دين في المرض فإنه ينظر: إن كان بدأ المضاربة ثم بالدين فصاحب المضاربة أولى؛ لأن رب المال ملك عين المال بإقراره، فلا يجوز إقراره بعد ذلك في ملك غيره، فإن أقرَّ بالدين ثم بالمضاربة تحاصًّا؛ لأنه أقرَّ بما (٢) تعلق به حق الغرماء، فلم ينفذ إقراره في عينه، فصار مقرًّا بدين آخر.

وإذا أقر المضارب في مرضه أنه ربح ألفاً ولم يوجد ذلك، فلا ضمان عليه في الربح؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى يده، ولو أقرَّ أنه ربح وأن الربح قد وصل إليه

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣١)؛ وأحمد في المسند، ٢٢٨/٢؛ والدارقطني، ٢٨/٣؛ والبيهقي في معرفة السنن، ٤٧٩/٤؛ والحديث أصله في الصحيحين من حديث أبي هريرة مرفوعاً، بلفظ: (من وجد عين ماله عند رجل أفلس، فهو أحقُّ به ممن سواه)، كما قال ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف، ٢٠٠/٢.

(٢) في أ (أقر بمال لم يتعلق).



ثم مات ، فلرب المال أن يأخذه من تركته ؛ لأنه أقرّ بحصوله في يده ، وقد ضيّع الحفظ فيه حين لم يُبيِّنْهُ بِعَيْنِهِ .

٢٣٥٢ - فَصْل : [شفعة رب المال في دار المضاربة]

وقالوا في المضارب إذا اشترى داراً بألف ورب المال شفيعتها بدار له أخرى ، فله أن يأخذها بالشفعة ؛ لأن شراء المضارب إن اعتبر بشراء الأجنبي [فإن لرب المال] ^(١) الشفعة ، وإن اعتبر بشراء رب المال فله فيما يشتريه بنفسه الشفعة ^(٢) .

ولو أن المضارب باع داراً من المضاربة ورب المال شفيعتها فلا شفعة له ، سواء كان في الدار ربح أو لم يكن ، أما حصة رب المال فلأن المضارب باعها بأمره ، فصار كوكيله في البيع ، وأما حصة الربح ، فلأننا لو أوجبنا فيه الشفعة تفرقت الصفقة على المشتري ، ولأن الربح تابع لرأس المال ، فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لم تجب في التبع .

ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعتها بدار أخرى من المضاربة ، فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمان الدار لم تجب الشفعة ؛ [لأن الشفعة وجبت للمضاربة ، والمضاربة لرب المال ، وربّ المال هو البائع ، فلا تجب الشفعة فيما] باعه ، وإن لم يكن في يده وفاء فهو على وجهين : إن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة ؛ لأنه يأخذها لرب المال ، وإن كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة ؛ لأن له في الدار شركة ^(٣) فجاز أن يأخذها لنفسه .

(١) في ب (فلرب) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٢٨٦/٤ .

(٣) في أ (نصيّاً) .

ولو أن أجنبياً اشترى داراً إلى جانب دار المضاربة، فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة، فإن سلم الشفعة بطلت، وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه؛ لأن الشفعة وجبت للمضاربة، والتصرف في المضاربة يملكه المضارب، فإذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال، وإن لم يكن في يده وفاء، فإن كان في الدار ربح فالشفعة وجبت للمضارب ولرب المال جميعاً، فإن سلم أحدهما فلآخر أن يأخذها جميعها لنفسه بالشفعة، كدار بين شريكين وجبت الشفعة [٣٦٠/أ] لهما، وإن لم يكن في [الدار] ^(١) ربح فالشفعة لرب المال خاصة؛ لأنه لا نصيب للمضارب فيها ^(٢).

٢٣٥٣ - فُصِّلَ: [دفع المستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة]

قال أبو يوسف: إذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع، ثم دفع المستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة، والربح كله للدافع، ولا شيء للأجير ^(٣) سوى الأجرة.

وقال محمد: المضاربة جائزة، ولا شيء للأجير ^(٤) في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة فيه.

لأبي يوسف: أنه لما استأجره فقد ملك عمله، وصار كالمملوك له، فإذا دفع مضاربة وشرط للمضارب ربحاً [للعمل الذي] ^(٥) ملكه رب المال، [لم يجز

(١) في ب (المال) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٢٨٦، ٢٨٩.

(٣) في أ (للأجنبي).

(٤) في أ (للأجنبي).

(٥) في ب (بعمل قد) والمثبت من أ.

أن يستوجب المضارب لنفسه ربحاً لعمل قد ملكه رب المال] ؛ ولأن المضارب يعمل لنفسه ، فلا يجوز أن يستوجب الربح والأجر ، ولا يجوز أن يفسخ الإجارة بالمضاربة ، لأن الإجارة أقوى [من المضاربة] ، ألا ترى أنها لازمة والمضاربة غير لازمة ، فلا ينتقض الشيء بما هو أضعف منه .

لمحمد: أنه لما دفع إليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الإجارة ونقضها^(١) ، فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجرة له ؛ ولأن المضاربة شركة ، ولذلك لا تقتصر إلى التوقيت ، ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة وكذلك المضاربة .

والجواب: أن الشريك يستحق الربح بالمال ، والمضارب بالعمل ، ورب المال قد ملك العمل ، فلا يجوز أن يستحق المضارب به الربح ؛ لأن الشريك يعمل لنفسه ، فكأنه امتنع من عمل الإجارة ، فيسقط عنه الأجر بحصته ، والمضارب يعمل لرب المال فبقي عمله به على الإجارة .

٢٣٥٤ - فصول: [المضاربة بالخيار بين عمليين مختلفين]

قال ابن سماعه: سمعت محمداً قال في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فقال: إن اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولي النصف ، وإن اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان ، قال: هذا جائز ، وله أن يشتري أي ذلك [شاء] على ما سمى له رب المال ؛ لأنه خيره بين عمليين مختلفين ، فصار^(٢) كالمخير بين الخياطة الرومية والفارسية .

وقال أبو غسان عن محمد: في رجل دفع إلى رجل [مالاً] مضاربة على أنه

(١) في أ (ورفضها) .

(٢) العبارة مكررة في ب .



إن عمل به في البلد فله ثلث الربح ، وإن سافر به فله نصف الربح [ما حاله] (١)
 إن اشترى متاعاً وهو مقيم فباعه في السفر؟ أو اشترى في السفر فباعه في كوره
 وهو مقيم؟ أرأيت إن كان يعمل بالمال سنة وهو مقيم ، فربح ، ثم عمل به مسافراً
 سنة فربح؟ .

قال: إنما المضاربة في هذا على الشراء [فيه] ، فإذا اشترى في المصر فما
 ربح في ذلك المتاع ، فهو على ما شرط في المصر إن باعه في المصر أو غيره؛
 وذلك لأن الربح يستحقه المضارب بالعمل ، والعمل يحصل بالشراء ، فإذا
 اشترى في المصر تعين أحد العاملين ، فلا يتغير ربحه بالسفر ، وأما إذا عمل
 ببعض المال في السفر ثم عمل في الحضر ، فلكل واحد من المالكين ربحه على
 ما شرطاً .

[تم كتاب المضاربة والله الحمد والمنة

والصلاة والسلام على نبيه المصطفى ، وأهل بيته الذين ارتضى]



(١) في ب (مباحاً له) والمثبت من أ.

[٥٥] كتاب الصّرف

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الصّرف^(١) اسم للعقد الواقع على جنس الأثمان، وهو من جملة البيع، لكنه اختص بأحكام لا تعتبر في البيع، واختص باسم.

والدليل على جوازه: قوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل»^(٢)، وفي حديث ابن عمر أنه سأل النبي ﷺ فقال: «إنا نبيع الإبل بالبيع، فنأخذ مكان الدراهم الدنانير، ومكان الدنانير الدراهم»، فقال: «لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما لبس»^(٣)؛ ولأنه فعل الأمة من غير خلاف.

(١) الصّرف لغة: الفضل والنقل، وفي اصطلاح الفقهاء على: «بيع النقد بالنقد»؛ وفي المطرزي: «... وإنما سمي بيع الأثمان صرفاً؛ إما لأن الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة، أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البديلين من يد إلى يد في مجلس العقد». المغرب؛ أنيس الفقهاء، (صرف).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٧، ٢٠٦٨)؛ ومسلم (١٥٨٤).

(٣) في أ بلفظ (إذا افترقتم وليس بينكم شيء).

والحديث أخرجه أصحاب السنن وغيرهم كما قال الحافظ: «أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من طريق سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير، عنه، ولفظ أبي داود: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء). وهكذا باختلاف عند الآخرين، وقال: «الترمذي والبيهقي لم يرفعه غير سماك». التلخيص الحبير ٢٥/٣.

وقال ابن الملقن: «وقال الترمذي والبيهقي تفرد برفعه سماك، وأكثر الرواة وقفوه على ابن عمر، قلت [ابن الملقن]: هو من باب تعارض الوصل والوقف، والأصح تقديم الوصل». خلاصة البدر المنير ٧١/٢.

والأحكام التي يختص بها عقد الصرف من بين سائر العقود: وجوب التقابض في بدليه في المجلس، وأن يتفرقا وليس لواحد منهما خيار شرط، وأن لا يكون فيه أجل^(١) [٣٦٠/ب].

والدليل على وجوب التقابض في المجلس: قوله ﷺ: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد»^(٢)، وقال: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»^(٣) يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة»، وقال في حديث ابن عمر: «لا بأس إذا افترتكم وليس بينكم لبس»^(٤)، وعن ابن عمر أنه قال في الصرف: وإن استنظرك إلى وراء هذه السارية فلا تنظره.

وأما التأجيل، فلا يجوز في بدل الصرف لما ذكرنا من الأخبار، ولأن التقابض شرط، والأجل [شرط تأخير]^(٥) القبض.

وأما شرط الخيار فيبطل الصرف؛ لأنه يمنع من وقوع الملك بفعل العاقد، [وعدم القبض يمنع]^(٦) من صحة العقد، فما شرط لنفي الملك، أولى [أن يمنع].

قال أبو الحسن بإسناد ذكره، قال: جمع المنزل بين عبادة بن الصامت ومعاوية إما في بيعة، أو قال في كنيسة، وقال عبادة: سمعت رسول الله ﷺ

(١) انظر: الأصل ٥٨٠/٢ وما بعدها.

(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٤، ١٥٨٨).

(٣) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة... وإذا اختلف الأصناف...» نصب الراية ٤/٤؛ وقال نحوه ابن حجر في الدراية، ١٤٧/٢.

(٤) في أ بلفظ (شيء).

(٥) في ب (تأخير) والمثبت من أ.

(٦) في ب (وقد عدم القبض إذا منع).

يقول: «الذهب بالذهب، والورق بالورق، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر»، وقال أحدهما: «الملح بالملح»، ولم يقل الآخر: «سواء بسواء عيناً بعين»، وقال: «فمن زاد وازداد فقد أربى»^(١)، ولم يقلد الآخر.

وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق، والورق بالذهب، والبر بالشعير، والشعير بالبر، يبدأ بيد، كيف شئنا.

وسئل محمد بن سيرين: عن الحديد بالحديد؟ فقال: (الله أعلم، قد كان الرجل يبيع الدرع بالأدرع)^(٢).

وهذا الخبر قد تكلمنا عليه في كتاب البيوع، وذكرنا أنه وإن كان خبر واحد فهو في حيز أخبار الاستفاضة؛ لأن الأمة عملت بموجبه لأجله، فعلم أنه صحيح في الأصل بالإجماع.

وذكر أنه لا خلاف في ثبوت الربا في الأشياء الستة المذكورة في الخبر إلا ما روي عن ابن عباس قال: (لا ربا إلا في النسيئة)^(٣)، وقد تكلمنا عليه وبيننا أن الصحابة لم يسوؤوا له الاجتهاد، فقال علي: (إنك رجل تائه)^(٤) ومشى إليه أبو سعيد الخدري، فقال له: أصحبت رسول الله ﷺ ما لم نصحب؟ فقال: لا، قال: أفسمعت ما لم نسمع؟ قال: لا، قال: فوالله لا آواني وإياك ظل بيت أبداً وأنت على هذا القول، فقال ابن عباس: لا أفتي به بعد هذا أبداً.

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٧)؛ والنسائي في الكبرى بهذا اللفظ (٦١٥٢)؛ وغيرهما من أصحاب السنن.
 (٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٨٧/٥؛ ومعرفة السنن والآثار، ٣٠١/٤.
 (٣) أخرجه أحمد في المسند، ٢٠٩/٥؛ والطبراني في الأوسط، ٣٢٠/٥.
 (٤) إنما قال له علي ذلك في موضع (المتعة) كما ذكر ابن بشكوال في غوامض الأسماء المبهمة، ٨١٥/٢.



وقال الشعبي: حدثني بضعة عشر من أصحاب ابن عباس الخبر، فالخبر منهم: أن ابن عباس لم يمت حتى رجع عن قوله في الصرف.

وقال جابر بن زيد: نزل ابن عباس عن قوله في الصرف والمتعة، وإن لم يحك الخلاف إلا عنه ورجع عن قوله، سقط الخلاف.

فأما قوله [في الخبر]: «وأمرنا النبي ﷺ أن نبيع الذهب بالورق، والورق بالذهب»^(١)، فقد دل على جواز التفاضل بين الجنسين، وقوله: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»، وقوله: «البر بالشعير»^(٢) قد دل على أن البر والشعير جنسان، خلاف ما قاله مالك.

وأما قول ابن سيرين: قد كان الرجل يبيع الدرع بالأدرع، فلا يدل على أن الربا لا يدخل في الحديد؛ لأن الدرع لا يوزن، والحديد يثبت فيه الربا إذا بيع وزناً، وذكر حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب، إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»^(٣)، وهذا يدل على اعتبار المماثلة؛ لأنه منع من الشفوف الذي هو الزيادة، والمراد بذلك الزيادة المتحققة، فأما الرجحان الذي لا يتحقق أنه زيادة فلا يمنع من صحة العقد؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه.

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٦١٥٢)؛ وفي المجتبى (٤٥٦٠)؛ الرواية في البخاري بلفظ آخر (٢٠٦٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٤٩)؛ والترمذي (١٢٤٠)؛ ابن ماجه (٢٢٥٤)؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٨٣/٥.

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٦٨)؛ ومسلم (١٥٨٤).

وقوله: «لا تبيعوا غائباً بناجزاً» يدل على اعتبار التقابض في الحال؛ لأن الغائب لا يمكن قبضه، وذكر حديث عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ [١/٣٦١]: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»^(١)، وهذا يدل [على] وجوب التقابض، وأن النساء في الأثمان ربا؛ لأن الربا اسم شرعي؛ لأنه في اللغة اسم للزيادة، والنساء لا زيادة فيه، فدل على أن الاسم نقل من اللغة إلى الشرع.

وذكر عن مالك بن أوس بن الحَدَثَان أنه أخبره أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال: فرآني طلحة بن عبيد الله وأخذ الذهب يقلبه في يده ثم قال: حتى يأتي خازني^(٢) من الغابة، وعمر يسمع، فقال عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»^(٣)، وهذا يدل على وجوب التقابض قبل الافتراق، سواء كان في المجلس أو لم يكن؛ لأن عمر اعتبر المفارقة، وقد تقابضا في^(٤) المجلس قبل الافتراق.

ذكر حديث ابن عمر قال: كنت أبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب، فقال ﷺ: «إذا بايعت رجلاً فلا تفارقه، وبينك وبينه لبس»^(٥)(٦) وهذا يدل على

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٦).

(٢) في أ (جاريته).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٨٦) بلفظ مختلف.

(٤) في ب (من غير المجلس).

(٥) في أ (شيء).

(٦) أخرجه النسائي في الكبرى (٦١٧٥)؛ وفي المجتبى (٤٥٨٣)؛ وابن ماجه (٢٢٦٢)؛ وأحمد في المسند، ٣٣/٢؛ وقال الهيثمي: «رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح». مجمع الزوائد، ٤/١١٥.

وجوب التقابض ، ويدل على أن الحكم يتعلق بالافتراق لا بالمجلس .

قال أبو الحسن: والصرف اسم يختص بيع الفضة بالفضة، والذهب بالذهب، أو أحد الجنسين بصاحبه، مفردًا كان ذلك أو مجموعًا مع غيره.

قال الشيخ رحمته: قد بيّنا أن الصرف اسم للعقد إذا وقع على جنس الأثمان، فأما قوله: أو مجموعًا مع غيره، فإنما يعني به إذا باع ذهبًا وثوبًا بفضة أو بذهب، فإن حصة الذهب صرف؛ لأنه في مقابلته [ثمنًا]، فيعتبر فيه أحكام الصرف، وحصة الثوب تبع؛ لأن العقد فيه لم يقع على ثمن [من الجنسين]، فيعتبر حكم الصرف في الذهب خاصة، فإذا قبض حصته من الفضة جاز العقد.

وإن لم يقبض حصة الثوب قال: وهو مخصوص من سائر البياعات بثلاثة معاني: لا يفترق المتصارفان إلا عن قبض منهما جميعًا، وأن لا يفترقا لأحدهما خيار، ولا لهما، ولا يكون لهما أجل في البيع، ولا لأحدهما، وقد بيّنا هذه الجملة.

قال: ولو اختصرت فقلت: من شرطه أن يتقابضا قبل التفرق، ويفترقا وليس لأحدهما خيار له حلّ التأجيل في ذلك؛ لأن القبض يسقط الأجل.

فأما الخيار الذي ذكره أبو الحسن، فإنما يريد به خيار الشرط دون الخيار الحكمي: وهو خيار العيب، وخيار الرؤية.

قال: فإن افترقا عن غير قبض منهما، أو تقابضا ولهما أو لأحدهما خيار [أو أجل، فسد البيع، ثم لا يصح ذلك بعد افتراقهما أبدًا؛ وذلك لأنهما إذا افترقا فقد فات شرط صحة العقد: وهو التقابض، فإذا افترقا لأحدهما

خيار^(١)، فقد عدم الملك في أحد البديلين بالشرط، وذلك أكثر من عدم القبض .
فأما الأجل الذي ذكره فلا يتصور أن يتفرقا عن قبض [وهناك أجل]^(٢)؛
لأن من له الأجل إذا قبض سقط الأجل بإقباضه وصحَّ العقد، وإنما رجع بقوله:
إذا كان لأحدهما أجل إلى أصل المسألة لا إلى التقابض .

فأما قوله: إنَّ العقد لا يصح بعد ذلك أبداً؛ فلأن المعنى المفسد لا يمكن
رفعه من العقد: وهو الافتراق من غير قبض، أو من غير ملك؛ لمعنى يعود إلى
الشرط، والمفسد للعقد إذا لم يمكن رفعه من العقد لم يصح العقد إلا بالاستئناف .

قال: فإن شرطاً أو أحدهما الخيار، ثم أبطلا ذلك قبل الافتراق، أو كان
الخيار لأحدهما فأبطله الذي هو له قبل افتراقهما، جاز البيع في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف ومحمد في الاستحسان، والقياس أن لا يجوز العقد بعد وقوعه على
فساد، وبالقياس قال زفر، وقد بيّنا هذه المسألة في البيوع .

قال: فإن كان لأحدهما أجل فيما عليه أولهما، فأبطلا ما لهما من الأجل أو
أبطله صاحب الأجل وهو واحد منهما قبل التفرق، صحَّ البيع بينهما أيضاً استحساناً،
وهذا [٣٦١/ب] قول أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروایتين عن أبي يوسف .

وروي عن أبي يوسف: أن صاحب الأجل إذا أبطل الأجل لم يجز حتى
يرضى صاحبه، وفرق في هذا المعنى بينه وبين الخيار .

وجه قولهما: أن العقد فسد بمعنى ملحق: وهو التأجيل، كما فسد بمعنى

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، وزيدت من أ.

(٢) في ب (وهذا) والمثبت من أ.

ملحق: وهو الخيار، فإذا صح إسقاط من له الخيار خياره وإن لم يرض الآخر كذلك يصح إذا أسقط صاحب الأجل أجله، ويعود العقد إلى الإطلاق.

لأبي يوسف: أن الأجل في الأصل لا يمنع من وقوع الملك، فإذا شرط في الصرف منع من وقوع الملك، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار لهما، لا يصح بإسقاط أحدهما، وليس كذلك الخيار؛ لأنه موضوع في الأصل لنفي الملك، [ويتم الملك بإسقاط صاحب الخيار خاصة، فكذلك إذا شرط في الصرف، فمنع من الملك، صح] العقد بإسقاطه خاصة.

وقد قال أبو يوسف: لو أن رجلاً أسلم دراهم مسماة في طعام معلوم الصفة والكيل إلى غير أجل، فالسلم فاسد، فإن جعل الذي له الطعام أجلاً معلوماً شهراً أو شهرين، لم يجز السلم حتى يقبل المسلم إليه ذلك.

فإن قبل ذلك قبل أن يتفرقا ورضيا بأجل مسمى، فهو جائز إذا كانت الدراهم غير مستهلكة، وهذا ظاهر على أصله؛ لأن ترك التأجيل يفسد السلم كالأجل في الصرف، فلا يصح إلا بتراضيهما، ولم يذكر في هذا الفصل خلافاً.

ويجوز أن يكون قولهم؛ لأن حكم العقد يختلف باختلاف الآجال، ألا ترى أن المسلم إليه يتمكن من دفع السلم في وقت دون وقت، فلا بد من رضاه بمقدار الأجل، واعتبر بقاء الدراهم حتى يكون العقد بحيث يجوز أن يبتدأ.

وقد قالوا فيمن اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة ثم نقده إياها قبل أن يفترقا، فقبضه جائز؛ لأن التعجيل إسقاط للأجل، فكأنهما أسقطاه بالقول قبل الافتراق، قاله عمرو عن محمد.

إذا اشترى ديناراً بخمسة دراهم نسيئة فنقده قبل أن يفترقا [أربعة]^(١)، فالبيع باطل في قول أبي حنيفة في الجميع، وفي قولهما: له أربعة أخماس الدينار جائز. وهذا فرع على اختلافهم في الصفقة إذا تضمنت الصحيح والفاسد: فسد عند أبي حنيفة في الجميع، وعلى قول محمد في الفاسد خاصة.

قال: فإن تفرقا ولأحدهما خيار رؤية أو خيار عيب، أو خيار وجب حكماً بغير شرط بكلام، فالبيع جائز؛ لأن هذا الخيار لا يمنع الملك بالعقد؛ وذلك لأن خيار العيب والرؤية يثبتان من طريق الحكم، فحكمهما أقوى من حكم خيار الشرط، ولهذا لا [يفتقر]^(٢) واحد منهما إلى التوقيت؛ فلذلك لم يفسد العقد؛ ولأن خيار الشرط يؤثر في العقد ليفيد الملك بفعل العاقد، وهذا لا يوجد في خيار العيب والرؤية.

فأما قوله: أو خيار وجب حكماً، وإنما يريد بهذا: خيار الإجازة في البيع الموقوف؛ وذلك لا يمنع من جواز الصرف إذا أجزى؛ لأن المانع من الملك لم يحصل بفعل العاقد، وإنما يثبت حكماً كخيار العيب.

قال: وإن شرط أحدهما أن له خيار الرؤية أو خيار العيب جاز؛ وذلك لأن هذا يثبت من طريق الحكم، فإذا شرطه فقد شرط موجب العقد، وشرط موجب العقد لا يمنع من [صحة العقد]^{(٣)(٤)}.

(١) في ب (أو بعده)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (يفترق) والمثبت من أ.

(٣) في ب (صحته).

(٤) انظر: الأصل ٥٩٦/٢ وما بعدها.

بَابُ حَدِّ التَّفْرِقِ



قال أبو الحسن: إذا تفرق المتعاقدان للصرف بأبدانهما عن مجلسهما ذلك، [فأخذ] كل واحد منهما في جهة، أو قام أحدهما فذهب وبقي الآخر في المجلس، فقد وقع التفرق، فإن كانا لم يتقابضا جميعاً بطل الصرف، وكذلك إن [١/٣٦٢] كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر؛ وذلك لأننا قد بينا أن التقابض قبل الافتراق شرط، فإذا افتراقا قبل ذلك فقد فات شرط صحة العقد، فبطل العقد^(١).

قال: وسواء كان البيع ديناً بدين، أو عيناً بعين، أو عيناً بدين؛ وذلك لأن العقد إن كان على الدراهم والدنانير فهي لا تتعين بالتعيين، وإنما تتعين^(٢) بالذمة، فالتعيين وعدمه سواء.

فإن كان العقد على التبر والآنفة فهي مما تتعين، إلا أنها من جنس الأثمان، فتأكد حكم القبض فيها، وصار التعيين وعدم التعيين سواء؛ ولأن حكم الدراهم والدنانير أقوى في اعتبار التقابض؛ لأنها لا تتعين، فاعتبر التقابض في المجلس لتحصيل التعيين.

وما سوى الذهب والفضة يتعين بالإشارة، فلم يفتقر إلى التقابض ليحصل التعيين، وإذا تأكد حكم القبض في الأثمان تأكد في جنسه، فكان ما يتعين [منه] بالعقد ملحقاً به.

(١) انظر: الأصل ٥٩٩/٢.

(٢) في أ (تعلق).

وأما الحنطة إذا بيعت بعضها ببعض وهي عين لم يعتبر فيها التقابض في المجلس لحصول التعيين الذي شرط القبض^(١) لأجله ، وقد بيّنا هذا في كتاب البيوع .

وإذا كان المكيل بالمكيل ديناً بدين ، فالعقد فاسد تقابضاً أو لم يتقابضاً ؛ وذلك لأن ما وقع عليه اسم البيع مما يتعين جنسه مبيعٌ ، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز ، (لنهيهِ ﷺ لحكيم بن حرام عن بيع ما ليس عنده)^(٢) ، فإن كان أحدهما عيناً والآخر ديناً ، فإن كان الذي وقع عليه لفظ البيع هو العين ، فهو جائز إذا قبض الآخر في المجلس ، فإن افترقا قبل أن يقبض الدين بطل البيع .

وإن كان الذي وقع لفظ البيع عليه هو الدين لم يجز وإن تقابضاً ؛ وذلك لأن لفظ البيع إذا وقع على العين فبدلها ثمن ، والثمن يجوز وإن لم يتعين .

وقد كان القياس أن لا يعتبر قبضه في المجلس ؛ لأنهما افترقا عن عين بدين في غير جنس الأثمان ، وإنما استحسنا لقوله ﷺ : «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل عيناً بعيناً»^(٣) .

وأما إذا وقع لفظ البيع على غير المعين فهو بيع ما ليس عند الإنسان ، فلا يجوز العقد وإن عينه بعد ذلك .

فأما الدراهم والدنانير فيجوز العقد عليهما غير معينة ؛ لأنها لا تتعين ، وإن

(١) في أ (التعيين) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣) ؛ والترمذي (١٢٣٢) ؛ والنسائي في الكبرى (٢٦٠٦) ؛ وابن ماجه (٢١٨٧) .

(٣) لم أجده بلفظ الحنطة ، وورد بغيرها ، كما في مسند أحمد ، ٥٨/٣ ؛ ومسند أبي يعلى ، ٢٩٤/٢ ؛ مجمع الزوائد ، ١١٣/٤ .

عُيِّنَتْ فوجود التعيين وعدمه سواء، ولا فرق بين أن يقع عليها لفظ البيع وهي عين أو دين؛ لأنها لا تكون مبيعة، وإنما هي ثمن بكل حال، فإن قاما عن مجلسهما فذهبا^(١) معاً في جهة واحدة وطريق واحد يمشيان جميعاً، فليس بمتفرقين والبيع بينهما تام على حاله، وأن يكونا تقابضاً، وكذلك إن طال قعودهما في المجلس، أو ناما فيه، أو أغمي عليهما.

وَرَوَى النُّومُ وَالْإِغْمَاءُ بِشَرِّ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَكَذَلِكَ رَوَى إِذَا قَامَا جَمِيعًا فَمَشِيًا جَمِيعًا أَنَّهُمَا عَلَى بَيْعِهِمَا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَعْنَى غَيْرَ مَوْجُودٍ إِذَا مَشِيَا جَمِيعًا.

وقد دل على ذلك ما روي عن عمر أنه قال: (الذهب بالذهب مثلاً بمثل لا تفضلوا بعضها عن بعض، لا يباع منها غائب بناجز، فإني أخاف عليكم الربا، وإن استنظر أن يدخل بيته فلا ينظره)^(٢).

وعن ابن عمر أنه قال: فإن وثب في سطح وثب معه، وليس هذا كخيار المخيرة إذا مشت والزوج معها؛ لأن تشاغلها بالمشي يدل على الإعراض عما جعل إليها، فيبطل خيارها وإن لم تفارق الزوج.

وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل له على رجل ألف درهم، وكذلك الرجل عليه خمسون ديناراً، فأرسل إليه رسولاً فقال: قد بعثك الدينير التي لي عليك بالدرهم التي لك علي، فقال: قد قبلت، لم يكن ذلك شيئاً، وكان باطلاً من قبيل أنهما تصارفا وهما مفترقان، وإن لم يصح هذا العقد لأنه دين بدين، والدين [٣٦٢/ب] بالدين لا يصح في الأثمان، إلا أن يتقابض في المجلس.

(١) في أ (جميعاً من جهة).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٣٥).

وتعليل أبي الحسن بأنهما تصارفا وهما مفترقان يريد بذلك: أنهما لو تبايعا على هذا الوجه غير الدين لم يصح؛ لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول، وإنما تتعلق بالمرسل، فإذا تعاقدنا مع الافتراق قارن العقد ما يفسده لو طرأ عليه، فمنع من صحته.

قال: وكذلك لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار، أو ناداه من بعيد: لم يجز شيء من ذلك لما بيننا أن العقد يقارنه الافتراق المانع من صحته، وليس هذا كالبيع لو أرسل رجل إلى رجل رسولا فقال: قد بعثك عبدي الذي في مكان كذا بكذا درهم، فقبل ذلك، كان البيع جائزا، وكأن الرجل كلمه بالعقد؛ وذلك لأن الافتراق لا يؤثر في البيع، فقام قول الرسول مقام قول المرسل، وحقوق العقد متعلق بالمرسل، فكأنه فارقه عقيب العقد، فلا يفسد العقد.

وقال هشام عن محمد: في رجل قال: اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم، ثم قام الأب قبل أن يزن العشرة، قال: باطل؛ وذلك لأنه هو العاقد، فلا يمكن اعتبار القبض بالافتراق، فاعتبر بالمجلس.

قال [محمد]: وفي العاقدين: لا يبطل إلا بافتراقهما.

وقال هشام عن محمد: في الواحد إذا عقد ونام في مجلسه، قال: إن نام طويلاً فإنه يبطل الصرف، وإن نام يسيراً فهو على صرفه؛ لأن عقد الواحد لما اعتبر فيه المجلس دون الافتراق، صار كخيار المخيرة، فبطل بالنوم الطويل.

وكذلك يجب أن يبطل بما يدل على الإعراض، كما يبطل خيار المخيرة. والله تعالى أعلم^(١).

(١) انظر: الأصل ٥٩٦/٢، ٦٩٨؛ مختصر القدوري ص ١٩١.

بَاب

أحد المتصارفين إذا أخذ بما وجب له كفيلاً أو رهناً أو احتال به على رجل حاضر أو غائب



قال أبو الحسن: إذا احتال أحد المتصارفين بما وجب له على رجل حاضر، أو أخذ به كفيلاً حاضراً أو قبض به رهناً، فالصرف بينهما على حاله، فإن قبض المال من المحتال عليه أو من الكفيل قبل الافتراق، أو هلك الرهن في يد المرتهن قبل الافتراق تمَّ الصرف بينهما^(١).

وروى الحسن عن زفر: أن الكفالة والحوالة بثمن الصرف لا تجوز.

[لنا: قوله] ^(٢) ﴿من أحيل على مليء فليتبع﴾^(٣)، وقوله: «الزعيم غارم»^(٤)، وقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ ولأن العاقد أقام الكفيل والمحال عليه مقام نفسه في الإيفاء، فصار كما لو أمر وكيله بالدفع.

(١)

(٢) في ب (لما قاله) والمثبت من أ.

(٣) «الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة بلفظ: (مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على مليء، فليتبع)، البخاري (٢١٦٦)؛ ومسلم (١٥٦٤).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (١٢٦٥) وقال: «حديث حسن»؛ والبيهقي في الكبرى، ٢/٨٠٤؛ وأحمد في المسند، ٥/٢٦٧؛ «والطيالسي وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، وأبو يعلى، والدارقطني من حديث أبي أمامة...؛ وأخرجه الطبراني في مسند الشاميين... من حديث ابن عباس، في ترجمة إسماعيل بن زياد، وهو ضعيف». الدراية ٢/١٦٣؛ انظر ما قيل في إسماعيل: نصب الراية ٤/٥٧، ٥٨.

وأما الرهن [فلقوله ﷺ]: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ ولأن الرهن للاستيفاء، والاستيفاء واجب، فإذا قبض من الكفيل والمحتال عليه قبل الافتراق قام ذلك مقام القبض من وكيل العاقد، وإذا هلك الرهن صار المرتهن مستوفياً من طريق الحكم، كأنه استوفى بالقبض.

وجه قول زفر: أن ما في الذمة الثانية قام مقام ما في الأولى، فكأنه استوفى بالقبض، أخذ الرهن عوضاً عن ثمن الصرف.

قال: فإن قام المحيل عليه أو الكفيل عن المجلس أو المتعاقدان في المجلس، فالبيع صحيح على حاله، فإن تقابض المتعاقدان أو رجع المحتال عليه أو الكفيل (جميعاً في المجلس)^(١) فأديا المال قبل التفرق صحَّ الصرف؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدين، فذهاب غيرهما لا يؤثر في العقد إذا حصل التقابض في المجلس.

قال: وإن حضر المحتال عليه أو الكفيل في المجلس [جميعاً] معاً، وافترق المتعاقدان أو قام أحدهما عن المجلس فذهب بطل الصرف، والاعتبار بافتراق المتعاقدين، وهذا على ما بينا أن الحقوق تتعلق بهما، فإذا افترقا قبل القبض بطل العقد وإن حضر الكفيل.

قال: وكذلك [١/٣٦٣] لو أمر كل واحد من المتعاقدين رجلاً أن ينقد عنه، فإن قام الأمر عن المجلس فذهب بطل الصرف وإن كان الوكيل حاضراً مع الآخر، وإن قام المأمور بالدفع لم يبطل الصرف؛ لأن الحقوق تعلقت بالعاقد دون الوكيل، فإذا افترق العاقدان بطل العقد وإن حضر الوكيلان بمجلس العقد.

(١) ساقطة من أ.

بَابُ المتصارفين إذا تقابضا ثم رَدَّ أحدهما ما اشترى بعيب أو خيار رؤية أو استحق ما اشترى أو بعضه



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل ديناراً بعشرة دراهم، أو شيئاً من الذهب مصوغاً أو تبراً بدراهم، أو فضة مضروبة أو مصوغة أو تبراً بدراهم مثل وزنها، تقابضا وافتراقاً، ثم وجد القابض الدراهم زيوفاً أو نبهجة أو كاسدة، أو مما يجوز في بعض التجارات دون بعض، وذلك عيب عندهم، فله أن يرد ما وجد من ذلك على غير شرطه؛ لأن العقد يقتضي صحة المعقود عليه، فإذا وجد معيباً تغيّر [عليه] مقتضى العقد، فكان له الخيار.

فإن رده بعد الافتراق بطل الصرف في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: إن استبدله في مجلس الرد جاز، وإن استبدله قبل الافتراق، جاز العقد في قولهم جميعاً.

أما إذا وجد بعض ذلك زيوفاً فالقياس عند أبي حنيفة: أن يبطل العقد [بقدر] ^(١) ما رَدَّ، والاستحسان: أن لا يبطل إن كان يسيراً.

واختلفت الرواية في قدره: فروى مُعَلَّى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن المردود إذا كان أكثر من النصف بطل العقد، وإن كان النصف استبدل، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهشام عن أبي يوسف عنه.

(١) في ب (ما رَدَّ) والزيادة من أ.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أن المردود إذا كان النصف أو أكثر بطل العقد، وهي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف عنه.

وروى بشر بن الوليد وخلف بن أيوب عن أبي يوسف عنه: أنه يستبدل ما بينه وبين الثلث، فإن زاد على الثلث انتقض بحساب ما يرد [وقد بيّنا فصول هذه المسألة في باب السَّلَم].

قال: وما انتقض الصرف فيه في جميع ما ذكرنا، فإنه يكون شريكاً في الدينار دفع عن الدراهم.

وقد طعن عيسى في هذا الفصل وقال: يجب أن يكون شريكاً في أي (١) دينار؛ لأن الدينار لم يتعين بالعقد، ألا ترى أن للعاقدة أن يعطي ذلك الدينار أو غيره، وكذلك لا يتعين بالفسخ، فإن أشركه في دينار مثله جاز، وإن أشركه فيه جاز.

ومن أصحابنا من قال: إن الصحيح ما قاله عيسى، وإنما قوله [إنه] يكون شريكاً في الدينار، معناه: إذا اختار ذلك القابض.

ومنهم من قال: إن رَدَّ الزيوف يوجب فسخ القبض فيها، فيصير كأنهما افترقا قبل قبضهما، فيكون القابض للدينار، قد قبض ديناراً مستحقاً بعضه، والدينار يتعين بالقبض عندنا، وإن لم يتعين بالعقد؛ فكذلك جعله شريكاً فيه.

قال: وإن تجاوز قابض الدراهم بما وجد من ذلك ولم يرده، جاز الصرف بينهما، وكذلك كل ما وجد فيه عيباً من الدنانير والدراهم، [بعد] (٢) أن يكون

(١) في أ (في الدينار).

(٢) في ب (وجد) والمثبت من أ.



الناس يجرونه في المعاملة مجرى الذهب والفضة ؛ وذلك لأن الزيوف من جنس الجياد، وإنما هي معيبة ، والعاقد إذا رضي بالمعقود عليه من العيب جاز ، وإنما لم يفسد العقد بخيار العيب ؛ لأنه يثبت من طريق الحكم ولا يمنع صحة القبض .

وإن وجد بعض الدراهم كذلك قبل الافتراق استبدل في قولهم ؛ لأن القبض يفسخ فيها بالرد ، فيصير كأنه لم يقبض حتى قبض في آخر المجلس ، فإن افتراقا قبل أخذ البدل انتقض فيما رد قليلاً كان [ب/٣٦٣] أو كثيراً ؛ لأن القبض انفسخ في المردود ، فإذا افتراقا فكأنه لم يقبضه في الأصل ، قال : وكذلك إذا رد بعد الافتراق ثم لم يقبض البدل انتقض الصرف فيما رد عند من يجعل الاستبدال بعد التفرق ؛ وذلك لأن عندهما يجوز الاستبدال في مجلس الرد ؛ لأن الافتراق لا يوجد إلا عن تقابض ، فإذا لم يستبدل فقد افتراقا عن المجلس الثاني من غير قبض ، فكأنهما افتراقا عن الأول من غير قبض .

قال : وإن وجد بعض الدراهم ستوقة ، أو رصاصاً ، أو صفراً ، فإن كانا في المجلس لم يتفرقا استبدل عندهم جميعاً .

وإن وجد ذلك بعد الافتراق بطل في قدر ذلك ، قليلاً كان أو كثيراً ؛ لأن الرصاص والستوق ليسا من جنس الدراهم ، فقبضهما لا يقع به الاستيفاء ، فصار كأنه لم يقبض شيئاً ؛ ولهذا قالوا لو يجوز بها لم يجز ، ولا يصح العقد كما لو أخذ عوضاً عن الثمن .

قال : وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية عند أصحابنا جميعاً ، وكذلك سائر الديون التي يقع عليها العقد ؛ وذلك لأنه لا فائدة في ردها بالخيار ؛ لأن العقد لا يفسخ بردها ، وإنما يرجع بمثلها ، ويجوز أن يكون المقبوض مثل

المردود أو أدون ، فلا تستدرك بالرد فائدة ؛ فكذاك لا يثبت الخيار .

قال : وإن كان اشترى شيئاً بعينه إناءً أو تبراً أو حلياً مصوغاً أو ما أشبه ذلك ، وتقابضا وتفرقا ، أو لم يتقابضا ، وكانا في المجلس ، ثم وجد به عيباً فرده انتقض الصرف ، ورجع بما نقد إن كان نقد .

وكذلك إن ردّه بخيار الرؤية قبل القبض أو بعده ؛ وذلك لأن ما تعيّن بالعقد انتقض العقد فيه بالرد ، وإنما يثبت فيه الخيار للرؤية ؛ لأن في ثبوته فائدة ، ألا ترى أن العقد يفسخ برده ، ويرجع بالثمن .

قال : وكذلك إن استحق جميعه ؛ وذلك لأنه إذا استحق ولم يجز المستحق العقد ، بطل العقد ، فإن استحق بعض ما وقع عليه العقد وهو بعينه مما ذكرت لك قبل القبض أو بعده ، فمشتريه بالخيار : إن شاء أخذ ما بقي بالحصة ، وإن شاء ردّه ؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه فيثبت له الخيار .

قال : وإن استحق فلم يحكم به للمستحق حتى أجاز البيع فيه جاز ، وكان الثمن^(١) للمستحق ، يأخذه البائع من المشتري ويسلم إليه إذا كانا لم يفترقا بعد الإجازة ، والاعتبار بفرقة العاقدين دون المجيز ، والقبض واجب للبائع على المشتري دون المجيز ؛ وذلك لأن المستحق إذا أجاز فكان العقد وقع بأمره في الأصل على أصلنا : أن الإجازة تلحق بالعقد ، ويصير العاقد وكيلاً للمجيز ، فتعلق حقوق العقد به ، فيكون هو الذي يلي القبض ، ويفسد العقد بمفارقتة دون [مفارقة] المجيز .

(١) في أ (ثمن ما أجاز) .

وقد روي عن أبي يوسف: أن المستحق إن قال عند الخصومة: إني أقيم
 البينة لأجيز العقد، فحكم له بالملك، جاز العقد بإجازته، وإن لم يقل ذلك لم
 يجز بإجازته؛ لأن المنازعة في الملك [رد للعقد]^(١) الموقوف وإبطال له، ومن
 وقف عليه عقد ففعل ما يستدل به على الفسخ فكأنه قال: قد فسخت^(٢).



(١) في ب (والعقد) والمثبت من أ.

(٢) انظر: مختصر القدوري (مع التصحيح) ص ١٩١.

بَابُ تصرف المتصارفين في ثمن الصرف قبل القبض



قال أبو الحسن: وإذا تباع الرجلان دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير، أو أحدهما بصاحبه، أو إناء فضة بدنانير، أو إناء ذهب بدنانير، ثم إن الذي له الدين أبرأ صاحبه منه قبل قبضه، أو وهبه له، أو تصدق به عليه، فإن قبِلَ الذي عليه الدين ما أبرأه منه أو وهبه له أو تصدق [٣٦٤/أ] به عليه، بطل الدين عنه، وانتقض الصرف؛ لأن البراءة توجب سقوط القبض، والقبض مستحق لحق الله تعالى، فإذا اتفقا على إسقاطه بطل العقد بفواته.

وإن لم يقبل الذي عليه [الدين] البراءة لم يبطل العقد؛ لأنها سبب الفسخ، فلا تثبت بقول أحد العاقدين بعد صحة العقد.

قال: فإن لم يفعل شيئاً من ذلك، ولكنه اشترى به منه عرضاً من العروض، أو شيئاً من المكيل أو الموزون، أو قبض عنه شيئاً من غير جنس الدين، فالبيع فاسد، وثمر الصرف على حاله يقضيه منه ويتم العقد الأول بينهما، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وقال زفر: البيع التالي جائز، ويكون ثمن البيع مثل الدين في ذمة المشتري، فيؤدي [إليه] ثمن الصرف وثمر ما اشترى.

وإنما لم يجز [له] التصرف في ثمن الصرف؛ لأن ذلك إسقاط للقبض، وقد بينا أنه لا يجوز إسقاطه لحق الله تعالى.

وإنما [لم] يفسد الصرف ؛ لأن العقد الثاني لم يصح ، فإذا لم يصح التصرف بقي العقد بحاله .

وأما وجه قولهم في فساد البيع ، فهو ظاهر على طريقة أبي الحسن : أن الدراهم تتعين بالعقد ، وإن لم تملك أعيانها ، فإذا تعينت وهي مما لا يصح العقد بها ، فسد العقد .

ومن أصحابنا من قال : إن الدراهم وإن لم تتعين ، فإن الدين يتعين ؛ لأنه يختلف باختلاف الذمم ، فلا يقدر على دفع مثله ، وإذا تعيّن ثمن الصرف بطل البيع ؛ لأنه لا يجوز أن يكون بمثله^(١) ؛ ولأنه شرط إيفاء الثمن من بدل الصرف ، وذلك شرط فاسد ، فإذا شرط في العقد ، بطل العقد .

وجه قول زفر : أن الدراهم لا تتعين ، وإنما وقع البيع بمثل ثمن الصرف في الذمة ، وجعله قصاصاً ، فإذا لم تصح المقاصّة بقي الثمن بحاله في الذمة ، وهذا على إحدى الروايتين عن زفر في الدراهم أنها لا تتعين .

قال : وإن أخذ عن الدراهم دراهم أجود منها أو أردأ أو مخالفة لها في الصفة ؛ إلا أن ما قبض يجري مجرى الدراهم في المعاملة بينهم جاز ذلك ، وكان قابضاً^(٢) ، وليس بيع [بثمن]^(٣) الصرف ؛ [وذلك] لأن المقبوض من جنس ما وقع عليه العقد وإن خالفه في الصفة ، فكأنه قبض [نفس]^(٤) الحق .

(١) في أ (ثمنًا له) .

(٢) في أ (اقتضاء) .

(٣) في ب (لثمن) والمثبت من أ .

(٤) في ب (نصف) والمثبت من أ .

ألا ترى أن من عليه الدين إذا رضي أن يدفع أجود منه أجبر الذي له الحق على قبضه [عندنا] ، ولو رضي صاحب الدين بقبض الأدون أجبر الآخر على دفعه .

قال: فإن وهب له الثمن فلم يقبل الهبة ، فأبى الواهب أن يأخذها^(١) أجبر على القبض ؛ لأنه^(٢) يريد فسخ العقد بالامتناع من القبض ، وفي ترك الفسخ حق للآخر ، فيجبر الواهب على ما يتم به العقد .



(١) في أ (أن يأخذ ما وهب) .

(٢) في أ (لأنه لا يريد) .

بَابُ

المتصارفين إذا أرادوا أن يجعلوا ثمن الصرف قِصاصًا بدين غيرهِ



قال عليه السلام: الأصل في هذا الباب: أن ثمن الصرف يعتبر فيه ما شرطنا في رأس مال السلم من وجوب الاقتضاء، وامتناع القضاء؛ لأن الاقتضاء يوجب العقد، والقضاء تصرف في ثمن الصرف، وذلك لا يجوز؛ لأن فيه إسقاط القبض المستحق لحق الله تعالى.

وقد بينا أن المقتضى: كل من ثبت عليه الدين أجبر، والقاضي من يثبت عليه الدين أولاً، والاقتضاء: قبض مضمون متأخر عن سبب الحق في مثله، وهذه الأصول قد بيناها في باب السلم^(١).

قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل من الرجل ديناراً بعشرة دراهم، ودفع الدينار ولم يقبض العشرة، وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم دين قبل الصرف، وجب [ذلك] عليه بقرض أو غصب أو من ثمن بيع أو غير [٣٦٤/ب] ذلك، فأراد^(٢) أن يجعل ثمن الدينار قِصاصاً بذلك الدين، فإن اجتمعا على ذلك جاز، وكان قِصاصاً، وإن لم يتجمعا لم يكن قِصاصاً، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في الأصول وغيرها.

وهذه ثلاث مسائل:

(١) في أ (قد مضى في باب السلم مفسرة).

(٢) في أ (وأرادا أو أحدهما أن يجعلوا).

إحداها: لا يثبت القصاص إلا بتراضيهما ، وهي هذه المسألة ، وصورتها: أن يجعلوا ثمن الصرف قصاصاً بدين كان وجب قبله .

فالقياس: أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، والاستحسان: أن يجوز ، وهو قول أصحابنا .

والمسألة الثانية: يثبت القصاص فيها وإن لم يتقاصاً: وهو أن يجب لمن عليه ثمن الصرف على من له الثمن دينٌ بقبض مضمون بعد العقد^(١) في مثل الحق ، فيصير قصاصاً وإن لم يتقاصاً .

والمسألة الثالثة: لا يصير قصاصاً وإن تقاصاً: وهو أن يجب دين بعقد متأخر عن الصرف ، فيجعلوا ثمن الصرف قصاصاً بذلك ، فلا يجوز في قولهم .

أما المسألة الأولى ، فوجه القياس: أن المتصارفين قد وجب بعقدهما التقابض ، فإذا قبض أحدهما الدينار وجعل العشرة قصاصاً بدين سابق فقد تصرف في ثمن الصرف [قبل القبض] وقضى به ديناً عليه ، وفي ذلك إسقاط القبض المستحق لحق الله تعالى ، وذلك لا يجوز ؛ ولأنهم اتفقوا أنه لو وجب دين بعقد بعد الصرف فجعلوا ثمن الصرف قصاصاً به لم يجز ؛ لأنه تصرف في ثمن الصرف ، فكذلك إذا جعلاه قصاصاً بدين وجب [عليه] قبله .

وجه الاستحسان: أنهما لما جعلوا ثمن الصرف قصاصاً بالدين السابق وجب حمل ذلك على الصحة ما أمكن ، ولا يمكن [حمله على الصحة] إلا بأن يكونا أضرباً^(٢) عن عقد الصرف وفسخاه ، وجعلوا الدينار المقبوض بالعشرة

(١) في أ (بعد القبض) .

(٢) في أ (صرفاً) .

الواجبة قبل الصرف ، فكأنهما فعلا ذلك عند قبض الدينار ، فيجوز .

وليس كذلك إذا وجب الدين بعقد متأخر ؛ لأنه لا يجوز أن يفسخ الصرف ويجعل الدينار عند قبضه قصاصاً ، فلم يبق إلا إبطال المقاصة وتبقيّة العقد .

وأما المسألة الثانية ؛ فلأنه لما [وجد] ^(١) بعد عقد الصرف قبض ^(٢) مضمون في مثل ثمن الصرف ، وجد حقيقة الاقتضاء ، فوقع عن مستحقه كالمودع إذا وهب الوديعة لصاحبها ، وقعت عن الرد المستحق ؛ ولأن كل دَيْنَيْنِ من جنس واحد تقابلا في الذمة ، والمقاصة بينهما لا تؤدي إلى فسخ عقد يثبت المقاصة وإن لم يتقاصاً ، كمن له على رجل عشرة دراهم فأعطاه عشرة ولم يقل إنها قضاء .

[قال] : وإنما يتصور القبض المضمون بأن يغصب أحد المتصارفين من الآخر مثل ثمن الصرف أو يقرضه مثله ، ويقبضه إياه .

وليس كذلك المسألة الأولى ؛ لأن القصاص لا يثبت إلا بالمقاصة لما بيننا أن المقاصة تكون بفسخ العقد ، وذلك لا يثبت إلا بالتراضي .

وأما المسألة الثالثة : وهي أن يجب لأحدهما على الآخر دين بعقد متأخر ، فلا يصير قصاصاً بثمن الصرف وإن تراضيا ؛ لأننا لو فسخنا الصرف لم يمكن أن نجعل قبض الدينار قضاءً عن الثمن ؛ لأنه متقدم عليه فلا معنى لفسخ العقد ، وإذا لم يفسخ بطلت المقاصة .

قال أبو الحسن في تفریع المسألة الثالثة : وإن تفاضل ^(٣) الدينار فأراد الذي

(١) في ب (وجب) والمثبت من أ .

(٢) في أ (عقد) والمثبت من ب .

(٣) في أ (وإن تقاصاً) .

له [الأفضل] أن يجعله قِصاصاً بالأدون، جاز له ذلك وإن أبى الآخر؛ [وذلك] لأن الدَّين إنما يصير قِصاصاً إذا تساوى الحق في الصفة، فإذا كان ما وجب بالغصب والقرض أفضل من ثمن الصرف، لم يجز، لم يجز أن يجعله قِصاصاً من غير رضا صاحب الحق؛ لما^(١) في ذلك من إسقاط [١/٣٦٥] الجودة، فإذا رضي بذلك صار قِصاصاً وإن لم يرض الآخر؛ لأن الجودة إذا لاقت جنسها لا قيمة لها، فكأنه أعطاه نفس حقه.

قال: وإن أراد صاحب الأدون أن يجعله قِصاصاً بالأفضل، لم يكن له ذلك إلا برضا صاحب الأفضل؛ لأنه أدون من حقه، فلا يجبر على المقاصة به^(٢) لما في ذلك من إسقاط الجودة، فإذا رضي فقد أسقط الجودة التي هي حق له، فجاز.

وأما إذا وجب على من له ثمن الصرف دين بقرض أو غصب، وهو أدون من ثمن الصرف، فرضي أن يجعله قِصاصاً بثمن الصرف وأبى الآخر، فالظاهر على أصولهم: أنه يصير قِصاصاً؛ وذلك لأن الجودة إذا لاقت جنسها لا قيمة لها، فكان الواجب عليه مثل حقه، وقد أشار محمد في كتاب الصرف: إلى أن ذلك لا يكون قِصاصاً بلفظ متأول، والأشبه ما ذكرناه؛ إلا أنهم^(٣) قالوا فيمن له على رجل دراهم جياذ حالة، فصالحه على أدون منها في الصفة مؤجلة جاز؛ لأن المستحق للجياذ مستحق لما دونها، فكأنه أجل نفس الحق، وهذا يوجب أن يثبت القصاص هاهنا برضا من له الحق خاصة.

(١) في أ (لصاحبه من إسقاط).

(٢) في أ (بدلها).

(٣) في أ (لأنهم) والمثبت من ب.

قال أبو الحسن: وما حكينا في هذا الباب هو الأشهر من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وأكثر الرواة عليه، وهو عندي أقيس، وفي بعضها خلاف رواية واختلاف عبارات تحتمل التأويل، وإنما أراد أبو الحسن بهذه المسألة الثالثة؛ لأن معلى^(١) روى عن أبي يوسف: أن البيع إذا كان بعد الصرف لم يصر قصاصاً وإن تقاصاً مثل المشهور عنهم في الأصل.

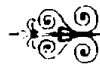
وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في نواذره: في رجل باع ديناراً بعشرة دراهم، ثم اشترى منه ثوباً بعشرة غير العشرة، ثم قاصه فهو جائز، وهذا خلاف المشهور.

ووجهه: أن المقاصة لا يمكن إلا بأن يكونا فسخا الصرف وفسخا البيع وجعلا الثوب بالدينار؛ فيحمل على ذلك كما يحتمل في المسألة الأولى على فسخ الصرف خاصة^(٢). والله أعلم.



(١) في أ (لأن علي بن الجعد).

(٢) انظر: الأصل ٢٢/٣ وما بعدها.



بَاب

شراء الذهب بالذهب والفضة بالفضة مجازفة



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب، مضروبان دراهم ودنانير، أو مَصُوغَانِ حُلِيًّا أو آنيَّةً، أو أحدهما تَبَرُّ والآخر مَصُوغٌ، فذلك كله سواء، لا يجوز إلا مثلاً بمثل، ولا يؤخذ فضل وزن في أحدهما لفضل في الآخر من صياغة أو جودة أو غير ذلك؛ وهذا لقول النبي ﷺ: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل وزناً بوزن، والذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن» ولم يفصل بين أن تتفق الصفة أو تختلف.

وقد روي أن ابن مسعود باع [نفاية]^(١) في بيت المال بنقصان، فنهاه عمر عن ذلك.

وعن أبي صالح السمان قال: سألت علياً عن الدراهم تكون عندي لا تنفق في حاجتي فأشتري بها دراهم تنفق في حاجتي وأهضم^(٢) منها؟ قال: لا، ولكن اشتري بها ذهباً^(٣) ثم اشتر بالذهب دراهم تنفق في حاجتك.

قال: وإذا بيع شيء من الفضة بما ذكرنا بفضة أو من الذهب بذهب ولا يعرف

(١) في الأصل (بقاية) والمثبت من المحلى، ونصه: (... باع نفاية بيت المال زيوفاً وقسيان بدراهم دون وزنها، فنهاه عمر عن ذلك...) ٤٩٩/٨.

(٢) في أ (وأنقصهم).

(٣) العبارة في الطبقات الكبرى: (... ولكن اشتر بدراهمك ذهباً)؛ وقال الزهري: «وكان أبو صالح ثقة كثير الحديث» ٢٢٦/٦.

المتبايعان وزن واحد منهما، أو كانا يعرفان وزن واحد ولا يعرفان وزن الآخر، أو كان أحد المتبايعين يعرف وزنهما ولا يعرفه الآخر، فإن ذلك لا يجوز، فإن وزنا بعد ذلك في المجلس فكانا شراء في الوزن، فالبيع جائز استحساناً، وإن تفرقا قبل الوزن ثم وزنا فكانا سواء [فالبيع فاسد، قال زفر: متمماً وزن ذلك وزن ذلك، فوجدا سواء]^(١) جاز البيع في المجلس عرف ذلك [قبل التفرق] أو بعد التفرق.

وإنما لم يجز البيع مجازفة؛ لأن المماثلة من طريق الوزن مشروطة علينا، والعقد إذا وقع مع [فقد] شرطه لم يصح، وأما إذا وزناه في المجلس فكانا سواء؛ فالقياس أن لا يجوز؛ لأن العقد وقع على [ب/٣٦٥] فساد، فلا يصح بعد ذلك.

وجه الاستحسان: أن حال المجلس في الصرف قد جعل كحال العقد، فصار علمهما بالمماثلة قبل الافتراق كعلمهما في حال العقد، وأما إذا افتراقا ثم علما بالمماثلة لم يصح العقد [عندهم]^(٢)؛ لقوله ﷺ: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل»، ونحن نعلم أنه لم يرد بذلك المماثلة التي [في] علم الله تعالى؛ لأنه لا سبيل إلى علمها^(٣)، فلم يبق إلا أن يكون المراد به المماثلة التي عند المتعاقدين، وذلك [لم]^(٤) يوجد، ولأن العلم بالمماثلة شرط من شروط العقد، فإذا تفرقا قبل وجودها جعل كالاftراق قبل القبض.

[وجه قول زفر: أن]^(٥) الوزن إنما يحتاج إليه للمماثلة، فإذا تبين أنها

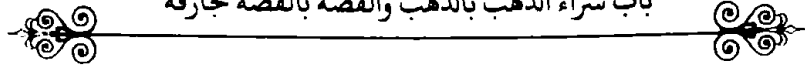
(١) ما بين القوسين ساقطة من ب، وزيدت من أ.

(٢) في ب (عندهما) والمثبت من أ ويدل عليه ما بعدها.


(٣) في أ (معرقتها).

(٤) في ب (لمن) والمثبت من أ.

(٥) في ب (له قران) والمثبت من أ.



حصلت من غير وزن فقد وقع العقد على الوجه المأمور به فجاز .

قال: وإن بيع ذهب بفضة أو فضة بذهب مجازة جاز ذلك ، كانا سواء في الوزن أو أحدهما أكثر من الآخر؛ وذلك لأن المماثلة لا تعتبر في الجنسين؛ لقوله : «وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة»، ولأن التفاضل يجوز بين الذهب والفضة، وليس في المجازة أكثر من تجويز التفاضل .

[قال]: وعلى هذا كل ما يثبت فيه الربا إذا اتفق جنسه لم يجز بيعه مجازة ، وإن اختلف جاز .

قال: ولا يكون بيع المجازة بالمجازة إلا في الأعيان؛ وذلك لأن ما في الذم لا يتصور فيه المجازة، وإنما يتصور ذلك فيما يمكن كيله أو وزنه، وقد ذكر وجوب التقابض في الأثمان، وجواز ترك التقابض في الأعيان، وقد بينا هذا في كتاب البيوع .

[قال]: والقسمة إذا وقعت فيما يثبت فيه الربا كالبيع، لا يجوز مجازة في الجنس الواحد؛ وذلك لأن القسمة على ضربين: أحدهما: تمييز الحقوق وتعديل الأنصبة؛ وهي القسمة إذا وقعت في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت، فإذا اقتسماه مجازة فلم يعلم أن حق كل واحد منهما يميّز لجواز أن يكون ما أخذه أقل من حقه أو أكثر؛ ولأنهما إذا اقتسما مجازة لم يؤمن أن يحصل لأحدهما أكثر مما يحصل للآخر، فإن كان ذلك بيعاً لم يجز، وإن [كان] الفضل هبة لم يجز؛ لأنه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة .



وأما إذا وقعت القسمة في جنسين جازت مجازفة؛ لأن المماثلة لا تعتبر في الجنسين، فيحمل ذلك على البيع، وقد قالوا فيمن باع قُلْبَ فِضَّةٍ محشواً بدراهم لا يعلم وزن الفضة فالبيع باطل، وقال زفر: البيع جائز، إلا أن يعلم التفاضل، ذكر هذه المسألة الحسن.

وجه قولهم: ما قدمنا أن العلم بالمماثلة شرط، فإذا لم يعلم، [لم] يجز.

وجه قول زفر: أن الظاهر من عقود المسلمين أنها تقع جائزة فلا نفسدها إلا بيقين^(١).



(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩١.

بَابُ بِيعِ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ وَبَعْضُهَا أَجْوَدُ مِنْ بَعْضٍ

قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل فضة سوداء بفضة بيضاء، أو الحمراء بالبيضاء، أو الحمراء بالسوداء، أو كان فيها غشٌّ، وكانت إذا خلصت نقصت، فإن كان غشها ذلك نحاساً أو رصاصاً فهو سواء، إذا كان الغالب الفضة فهي فضة في الحكم، لا يصح^(١) إلا بمثلها من الفضة خلصت الفضة أو لم تخلص، وكذلك النحاس تخلط فيه الفضة، فلا يغلب عليه ولا يغيره عن طبع النحاس فهو نحاس، لا يباع بالنحاس^(٢) إلا مثلاً بمثل يداً بيد^(٣).

وكذلك الدراهم البخارية إذا كان الغالب عليها النحاس فهي نحاس، لا تشتري إلا كما تشتري النحاس، وهي بمنزلة الفلوس.

والأصل في هذا: ما بيننا أن الجودة في الفضة لا قيمة لها، فإذا باع البيضاء بالسوداء أو بالحمراء لم تعتبر الجودة فيهما، ووجب اعتبار المساواة.

وكذلك إذا كانت الفضة غالبية على الغش فهي فضة معيبة [٣٦٦/أ] كالسوداء، وكذلك النحاس إذا غلب على الفضة فهو نحاس، فلا يتغير بذلك عن جنسه.

فأما الدراهم البخارية فهي نحاس إذا الغالب عليها ذلك، وقوله إنها (بمنزلة

(١) في أ (يصلح).

(٢) في أ (بالمجلس).

(٣) انظر: الأصل ٦٧/٣.

الفلوس) إنما يريد بذلك: أنهم إذا اعتادوا بيعها عددًا، لم يعتبر فيها فضل الوزن كالفلوس.

قال: وإن كان يتخلص منها الفضة حتى يزول من النحاس ويبقى النحاس على حاله، فاشتراها رجل بأقل مما فيها من الفضة، فإنه لا يجوز حتى يشتريها بأكثر مما فيها، فتكون الفضة بمثلها، والفضل بالنحاس؛ وذلك لأنه أن يصور أن أحدهما يتميز عن الآخر فالفضة غير مستهلكة، ومن باع وغيرها بفضة اعتبرت المماثلة.

قال: فإن كان يحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله، ولا بأس بأن يشتريه من الفضة بأقل من ذلك أو أكثر؛ وذلك لأن الفضة إذا كانت لا تتخلص فهي مستهلكة، فلا يعتبر فيها، فكأنه باع نحاسًا بفضة.

وإن كانت الفضة السوداء يتخلص منها النحاس حتى يعزل وتبقى الفضة على حالها، فلا خير فيها إلا بمثلها من الفضة، وفضل شيء لهذا النحاس؛ لأنهما إذا تتخلص فكل واحدٍ منهما على حياله غير مستهلك في الآخر.

قال: وإن كان النحاس يحترق فيذهب، فهي فضة لا خير فيها إلا مثلاً بمثل؛ لأن النحاس يحترق^(١) فيذهب مستهلكًا، روى هذا كله بشر عن أبي يوسف.

وقال محمد في الجامع الكبير: إن الفضة إذا اختلطت بالنحاس لم يجز أن تحترق الفضة ويبقى النحاس؛ لأن العلماء من الصيارفة وغيرهم قالوا: إن الفضة والصفّر إذا خلطتا لم تتميز الفضة من الصفّر حتى يحترق من الصفّر فيذهب وتبقى

(١) في أ (لأن النحاس إذا لم يتميز صار مستهلكًا).

الفضة؛ لأن الصفر أسرعهما ذهاباً.

قال: فإن كان هذا هكذا وكانت الفضة هي الغالبة، فهي فضة كلها مثل السوداء والحمراء، والمغشوشة^(١) إذا خلصت نقصت ولم يخرج منها شيء، فصار ما يخرج منها خَبَثُ الفضة، فإذا كان كذلك لم يجز بيعها بالفضة الجيدة^(٢) إلا مثلاً بمثل.

قال: وبيع [النهرجة والزيوف بالجياد لا يجوز إلا مثلاً بمثل، وكذلك] النهرجة والزيوف بالزيوف، والنهرجة بالزيوف، فإن ذلك لا يجوز إلا مثلاً بمثل، وزناً بوزن، سواء بسواء، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وروى قول أبي حنيفة الحسن بن زياد؛ وذلك لأن الزيوف والنهرجة الغالب عليها الفضة، فهي في حكم الفضة السوداء^(٣).

قال أبو الحسن: والستوق عندهم مكان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر، فإذا باع الستوقة بالجياد فالبيع يجوز على الاعتبار أن [كان] ما اشترى به الستوقة من الفضة أكثر مما في الستوقة جاز، وكانت الفضة بمثلها والفضل بالنحاس، وإن كانت الفضة الجيدة مثل ما في الستوقة أو أقل، فسد البيع.

قال: وهذا عندي قولهم جميعاً، قاله في الجامع الكبير، ورواه الحسن في كتاب الصرف عن أبي حنيفة، وإنما اعتبرت الفضة التي في الستوق؛ لأنها مخرصة من الغش، يتميز^(٤) كل واحد منهما عن الآخر، فلم يعتبر الغالبة.

(١) في أ (والمعتبر فيه).

(٢) في أ (الجديدة).

(٣) انظر: البدائع ١٩٧/٥.

(٤) في أ (بثمني).

وقال الحسن عن أبي حنيفة: إذا اشترى مائة ستوقه بتسعين درهماً جيداً، قال: فإن كان في الستوقه من النحاس ما له ثمن وكان [ما] فيها من الفضة أقل من وزن تسعين، كان البيع جائزاً.

وكذلك لو اشترى بخمسين [درهماً] وهي مائة وفيها من الفضة أقل من وزن خمسين، وفيها نحاس له ثمن، كان البيع جائزاً؛ وذلك لأن البيع إذا جاز على الاعتبار لم يكن بد من أن يكون للمشتري قيمة، حتى يجعل ما في مقابلته زيادة الفضة.

وقد قال محمد في الجامع: إذا كانت الدراهم ثلاثها صفر وثلاثها فضة لا يقدر على أن يخلص الفضة من الصفر [٣٦٦/ب]، ولا يدري إذا خلصت الفضة من الصفر أتبقى الصفر أو تحترق، فلا بأس أن تباع هذه الدراهم بوزنها، أو بأكثر من وزنها؛ لأنها بمنزلة الفلوس، وإن بيعت بفضة أقل مما فيها من الفضة، [فلا خير فيه؛ لأن الصفر يبقى بغير شيء، وإن لم يدر مقدار ما فيها من الفضة]، فالبيع فاسد حتى يعلم، فإذا كانت الدراهم ثلاثها فضة وثلاثها صفر، فبيعت بمثل وزنها من الفضة البيضاء، جاز ذلك؛ ولا يجوز بيعها بزيادة ولا نقصان، فاعتبر الغلبة في المسألتين.

قال: وإذا كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صُفْر، فبيعت بمثل وزنها من الفضة البيضاء أو بأقل أو بأكثر، فإن كانت الفضة هي الغالبة فلا بأس بأن يباع بمثل وزنها من الفضة، ولا ينبغي أن يباع بأكثر من ذلك، وإن كان ليس شيء [من ذلك] غالب لصاحبه، فلا بأس بأن [يبيع] ^(١) بمثل وزنها من الفضة البيضاء، ولا بأس أن يباع أيضاً بأقل من وزنها من الفضة البيضاء إذا علم أن [الفضة] ^(٢)

(١) في أ (يشترى).

(٢) في ب (الدراهم).

البيضاء أكثر مما فيه من الفضة .

فإن كانت الفضة البيضاء مثل ما فيها [أو] أقل أو لا يدري ، فالبيع فاسد ، وكأنه لما لم يغلب أحد النوعين الآخر اعتبر كل واحد على حiale ، وكأنه باع قطعة فضة وقطعة نحاس .

وقد قال في الدراهم : إذا كان أكثرها فضة ، قال : لا تستقرض إلا وزناً ، ولا تقضى إلا وزناً ، ولا خير في شيء من ذلك عدداً ، فأجراها مجرى الفضة الخالصة ، فإن كان ثلثها صفر وثلثها فضة ، فتبايعوا بها عدداً بغير وزن ، وليس أصلها عندهم الوزن ، فلا بأس بها ، وهي بمنزلة الفلوس ، فإن كان أصلها الوزن فتبايعوا بها عدداً ، فلا خير في ذلك ، إلا أن يقول : أشتري منك بهذه الدراهم بأعيانها هذا الثوب عدداً على غير وزنها ، فإذا قال ذلك ، فهو جائز .

وإن ابتاع بها بغير وزن وهي بغير أعيانها فلا خير في ذلك ؛ لأنه لا خلاف إذا كان [الغالب] ^(١) النحاس ، فهو بمنزلة الفلوس ، فإن اعتادوا بيعها عدداً فقد خرجت [من حد] ^(٢) الوزن ، فإن اعتادوا بيعها وزناً لم يجز أن يشتري بها عدداً لجهالة وزنها ، ألا ترى أن فيها الثقيل والخفيف .

قال : فإن كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صُفراً فلا ينبغي أن يتبايعوا بها ولا يشتروا بها إلا وزناً ، إلا أن يتبايعوا بها بأعيانها ؛ وذلك لأن أحد النوعين لما لم يغلب الآخر اعتبر في البيع الاحتياط ، فلم يجز إلا وزناً . والله تعالى أعلم .



(١) في ب (لأن الغالب إذا كان النحاس) .

(٢) في ب (عن) والمثبت من أ .



بَابُ الإِنَاءِ يَبَاعُ وَزَنًّا فَيَزِيدُ أَوْ يَنْقُصُ



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل قُلْبًا^(١) فضة أو إبريق فضة أو غيره من آنية الفضة المصوغة على أنه مائة درهم بمائة درهم، ثم وزن فوجد وزنه أقل أو أكثر قبل أن يفترقا، فالمشتري بالخيار إذا [زاد] وزنه: إن شاء أخذه بمثل وزنه، وإن شاء تركه، وإن كان ناقصاً فكذلك: إن شاء أخذه بقدر وزنه، وإن شاء تركه.

وكذلك لو قال [له]: قد بعتك هذا الإِنَاءَ على أن وزنه مائة بمائة، كل درهم بدرهم، فهذا والأول سواء^(٢).

قال محمد: وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وهو قياس قول أبي حنيفة، وقال زفر: البيع باطل، وهو قول الحسن.

وجه قولهم: أن الفضة لا يجوز بيعها إلا بمثلها، فلما قال: [بعتك هذا الإِنَاءَ على أنه مائة بمائة، فكأنه قال]: بعتك كل درهم بدرهم، فظن أنه مائة، فصح العقد، ويكون مبيعاً بمثل وزنه، وإنما ثبت الخيار؛ لأن المشتري لم يرض أن يلزمه أكثر من مائة، وإذا ألزمه من طريق الحكم أكثر منها، تغيرت الصفقة عليه، [فله الخيار].

وأما إذا نقص؛ فلأن الإنسان يرغب في الإِنَاءِ إذا كان وزنه مائة، ولا يرغب

(١) «قُلْبُ فضة: أي سوار غير ملوى». المغرب (قلب).

(٢) انظر: البدائع ١٦٢/٥.

إذا نقص عنها ، وكان له الخيار .

وجه قول زفر: أنه لما جعل الثمن مائة والإبريق أقلّ أو الأكثر ، صار العقد ربا ، فلا يتغير بالزيادة والنقصان بعد ذلك .

وأما إذا افترقا ثم وزنه فوجده مائة [١/٣٦٧] وخمسين ، فهو بالخيار: إن شاء أخذ ثلثيه بمائة ، وإن شاء ترك ذلك ؛ لأن الثمن الذي وجب عليه مثل وزنه ، فلما افترقا قبل قبض بعضه ، صحَّ العقد فيما قبض وبطل فيما لم يقبض ، والعقد يجوز أن^(١) ينفذ في بعض الإبريق ، فجاز أن يبقى فيه^(٢) .

وليس هذا كما لو ظهرت الزيادة في الوزن قبل الافتراق ، فقال المشتري: أنا آخذ من الإبريق بوزن المائة ، لم يكن له ذلك ، وقيل له: إما أن تتم الثمن أو^(٣) [تفسخ] العقد ؛ لأن الصفقة لم تتم لعدم القبض ، فإذا أراد المشتري أخذ بعضه فرّق الصفقة على البائع في الإتمام ، وذلك لا يجوز .

وأما إذا تقابضا ثم افترقا فقد تم العقد بالقبض ، والمشتري يفرق الصفقة بعد تمام العقد ؛ ولأن الفسخ ثبت هاهنا من طريق الحكم ، وهناك لو ثبت لثبت بفعل المشتري ، وليس للمشتري أن يدفع الزيادة بعد الافتراق ؛ لأن ثمن الصرف لا يجوز قبضه بعد الافتراق من المجلس .

وأما إن وزنه فوجده ناقصاً: فإن شاء أخذه بالحصة ، وإن شاء ترك ؛ لأنه لا يجوز أن يكون في مقابله أكثر من وزنه ، فما زاد على وزنه مقبوض بغير حق

(١) في أ (أن يتداً) .

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٦/٢٧٣٤ .

(٣) في ب (انفسخ) والمثبت من أ .

فيجب رده، وله الخيار لتغير [الصَّفقة] ^(١) عليه.

قال: فإن وجده زائداً قبل التفرق واختار المشتري أن يأخذ ثلثيه ورضي البائع بذلك جاز؛ لأننا منعناه من تفريق الصفقة لحق البائع، فإذا رضي فقد أسقط حق نفسه [فجاز].

قال: فإن اشترى إناء على أن فيه عشرة دراهم بدينار، فوجد أكثر من عشرة قبل التفرق أو بعده فهو كله له، وإن وجده ناقصاً قبل الافتراق [أو بعده] فهو بالخيار: إن شاء أخذه بالدينار، وإن شاء تركه؛ وذلك لأن التفاضل يجوز بين الذهب والفضة، وليس في الزيادة والنقصان أكثر من التفاضل.

ولا خيار للبائع إذا كان زائداً؛ لأن كل ما في تفريقه ضرر، فالأبعاض فيه صفة، وزيادة الصفة على ما شرط في العقد لا يثبت للبائع خياراً، كمن باع عبداً على أنه أعور فوجده صحيحاً.

فأما إذا وجده ناقصاً فللمشتري الخيار؛ لأن الصفة ^(٢) تغيرت عما شرط بالعقد، فصار كوجود العيب.

قال أبو الحسن: وهذه الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر، وعن أبي يوسف قول غير هذا رواه ابن سماعة عنه في كتاب البيوع، وقد ذكرته في الجامع الصغير ^(٣).

وإنما عنى بذلك ما قال أبو يوسف: فيمن اشترى من رجل قُلبَ فضة بدينار

(١) في ب (الصفة) والمثبت من أ.

(٢) في أ (الصفة تفرقت).

(٣) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٣٥١، ٣٥٢.



على أن فيه عشرة دراهم ، فوجده خمسة عشر قبل أن يتفرقا أو بعدما تفرقا ، فإن هذا والإناء الصفر في القياس سواء ، وليس عليه أن يزيد في الثمن شيئاً .

ولكنني [أدع] ^(١) القياس في الذهب والفضة ، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء سلّم إليه [ثلثيه] بالدينار ، [وكان] للبائع الثلث ، وإن شاء رده وأخذ الدينار ، وهذا قبل التفرقة وبعدها سواء من قبل أن الزيادة لم يقع عليها البيع .

وإنما كان الخيار للمشتري من قبل أن القلب لم يسلم له كله ، فهو بمنزلة عيب وجده فيه .

وجه القياس: ما ذكرنا أن ما في تبغيضه ضرر ، تكون الزيادة والنقصان فيه صفة كذرعان الثوب .

وجه الاستحسان: أن الوزن يتعلق بالعقد على قدره إذا قابله جنسه ، وكذلك إذا قابله غير جنسه كالنقرة ، وليس كذلك إناء الصفر ؛ لأن العقد لا يتعلق على وزنه إناء قابله جنسه ، [وكذلك] إذا قابله غير جنسه .

قال أبو الحسن: ولو أن مكان الإناء نقرة فضة اشتراها على أن فيها عشرة دراهم بعشرة ، أو بدينار ، فوجدها عشرين قبل الافتراق [ب/٣٦٧] أو بعده ، وقد تقابضا ، فله منها عشرة ولا خيار لواحد منهما ؛ [وذلك] لأن النقرة لا ضرر في تبغيضها ، فصارت كالمكيل والموزون ، [ولو باعه طعاماً على أنه قفيز فوجده أكثر ردّ] الزيادة في ذلك ، [كذا هذا] . والله تعالى أعلم .



(١) في ب (ادعي) والمثبت من أ .

بَابُ بيع السيوف المحلاة والآنية وغير ذلك



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل سيفاً محلياً بفضة بدراهم أكثر وزناً مما في السيف من الحلية جاز البيع، وكانت الحلية تبعاً بمثل وزنها، والفضل بالنصل والجفن والحمايل؛ وذلك لأن المماثلة في الفضة مستحقة لقوله ﷺ: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل»، فإذا صارت الفضة بمثلها كانت الزيادة بالنصل والجفن والحمايل، وهذا على أصلنا في أن الثمن يقسم القسمة التي تؤدي إلى تصحيح العقد^(١).

[قال:] فإن [كان] وزن الدراهم المشتري بها السيف مثل وزن الحلية أو أقل فالبيع فاسد؛ لأن المماثلة في الفضة مستحقة، فيصير بائعاً للفضة بفضة، وزيادة النصل والجفن، وذلك لا يجوز.

قال: فإن لم [يعلم]^(٢) أن الثمن مثل الحلية أو أكثر أو أقل حتى افترقا، بطل البيع، وكذلك إذا اختلف الثجار: فقال بعضهم: الثمن أكثر مما فيها، وقال آخرون: هو مثله أو أقل، فإن البيع باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد. وقال زفر والحسن: البيع جائز، حتى يُعلم أن الحلية مثل الثمن أو أكثر.

وجه قولهم: أن المماثلة في الفضة شرط، فإذا لم يعلمه لم يوجد شرط

(١) انظر: الأصل ٥٩٣/٢.

(٢) في ب (يغلب) والمثبت من أ.

العقد فلا يصح ؛ ولأن الجهل بقدرها يجري مجرى بيع الفضة بالفضة مجازفة ، وقد بينا أن ذلك لا يجوز وإن علمنا المماثلة في الثاني .

وجه قول زفر: أن عقود المسلمين محمولة على الصحة ، إلا أن يعلم غير ذلك ، فما لم [يعلم] بالتفاضل فالعقد جائز ، وأما إذا اختلف التجار فليس الرجوع إلى قول بعضهم بأولى من الرجوع إلى قول الباقيين^(١) ، فسقط قولهم ، فلم يصح العقد .

وإن علم بعد العقد قبل التفرق أن الدراهم أكثر من الحلية ، جاز العقد في قولهم ؛ لأن حال المجلس كحال العقد ، فكأنهما علما بالمماثلة في الابتداء .

قال: فإن علم أن الدراهم أكثر من الحلية ثم افترقا قبل أن يتقابضا ، أو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ، فالبيع [منتقض]^(٢) كله إذا كانت الحلية لا تتخلص من السيف إلا بضرر ، وإن كانت تتخلص بغير ضرر بطل البيع في الحلية خاصة ، [وجاز في السيف ؛ لأن بيع السيف دون الحلية أو بيع الحلية دون السيف إذا كان يتخلص بغير ضرر يجوز ذلك] ؛ لأن الافتراق يوجب بطلان البيع في حصة الحلية ؛ لأنه صرف ، ولا يوجب بطلان العقد فيما [سوى ذلك]^(٣) ؛ لأنه ليس بضرر ، فإذا كانت تتميز بغير ضرر ، فابتداء العقد عليها [دون الحلية يجوز ، وكذلك يجوز البقاء ، وإذا كانت لا تتميز إلا بضرر ، لم يجز ابتداء العقد عليها] ، فكذلك لا يجوز البقاء ، وصار كبيع ذراع من ثوب أو جذع من سقف .

(١) في أ (بعض) .

(٢) في ب (متبعض) والمثبت من أ .

(٣) في ب (سواهما) والمثبت من أ .

قال: وإذا كانت الحلية ذهباً والثلثون دنانير، فهو مثل ما وصفت لك إذا كانت الحلية فضة والشراء بالدرهم؛ لأن المماثلة في الذهب بالذهب مستحقة كالفضة بالفضة، وإن كانت [حلية السيف]^(١) ذهباً فاشترى بفضة، أو كانت [الحلية] فضة فاشترى بذهب، [فذلك جائز قليلاً كان الثلثون أو كثيراً؛ لأن المماثلة غير مستحقة بين الذهب والفضة، فانقسم الثلثون على قدر القيمتين]^(٢).

فإن تفرقا في جميع ما ذكرت لك قبل أن يتقابضا أو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، والثلثون دنانير أو دراهم من جنس الحلية أو من غير جنسها، بطل البيع في جميع السيف إذا كانت الحلية لا تتميز من السيف إلا بضرر؛ وذلك لأن التقابض مستحق في بيع الفضة بالذهب كما يستحق في بيع الفضة بالفضة.

قال: وإن وقع البيع بينهما على أن الثلثون مؤجل، وهذا من جنس الحلية أو من غير جنسها، وهو ذهب أو فضة فافترقا على ذلك، بطل البيع في السيف كله، كانت الحلية تتميز بضرر أو بغير ضرر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر.

وقال محمد: إذا كانت [الحلية] لا تتخلص إلا بضرر، بطل البيع كله، وإن كانت تتخلص^(٣) بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية خاصة، وكذلك إن تفرقا ولأحدهما [١/٣٦٨] خيار شرط في البيع.

أما إذا كان لا يتميز إلا بضرر، فقد فسد البيع في الحلية بالتأجيل، والخيار يفسد في السيف [أيضاً]؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد.

(١) في ب (الحلية) والمثبت من أ.

(٢) في ب (انقسم الثلثون قدر القيمتين).

(٣) في أ (تتميز).

وأما إذا كان يتميز (بغير ضرر) فسد العقد فيهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الصفقة تضمنت الصحيح والفاسد، والفساد في نفس المعقود عليه. وأما على قول محمد: فإن الصفقة تضمنت الصحيح والفاسد، وللفاسد قيمة، فصحت في الصحيح، وبطلت في الفاسد.

قال: وإن كان البيع إلى أجل، فنقد المشتري البائع قدر حصة الحلية من الثمن، جاز البيع؛ وذلك لأن تعجيل الثمن إسقاط للتأجيل، والأجل إذا سقط في المجلس صحَّ العقد بإسقاطه.

وقد ذكر محمد في الأصل من فروع هذا الباب: إذا قبض من الثمن مقدار وزن الحلية ثم افترقا، قال: فالقياس أن يبطل البيع، والاستحسان أن يجوز، ويكون المقبوض من حصة الحلية^(١)(٢).

وجه القياس: أن كل جزء من الثمن مقابل لجزء من المبيع، فوجب أن يكون المقبوض عنهما جميعاً؛ لأن حال القبض لا يؤدي ذلك إلى فساد العقد، فإذا صار المقبوض منهما فسد بالافتراق قبل قبض حصة الحلية بتمامها.

وجه الاستحسان: أن حصة الحلية تستحق قبضها في المجلس، وحصة السيف غير مستحقة القبض في المجلس، فإذا نقد مقدار الحلية وجب أن يقع على المستحق، ألا ترى أن من باع ثوباً بعشرين: عشرة مؤجلة، وعشرة حالة، ثم دفع إليه المشتري عشرة، فقال البائع: الذي عجلت [هي]^(٣) المؤجلة، وقال

(١) في أ (القلب).

(٢) انظر: الأصل، ٥٩٣/٢.

(٣) في ب (إلى) والمثبت من أ.

المشتري: المعجلة، فالقول قوله؛ لأن ذلك^(١) هو المستحق، وأمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن، ولا يمكن حمل أمرهما على الصحة إلا بأن [يجعل]^(٢) المعجلة حصّة الصرف.

قال: فإن قال هذا من ثمنها، كان من حصّة الحلية خاصة؛ وذلك لأنه يمكن أن يحمل على وجه يصح؛ لأن اسم الاثني عشر يعبر به عن الواحد، قال الله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللَّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]، وإنما يخرج اللؤلؤ من أحدهما، وقال: ﴿يَمَعَشَرُ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنْكُمْ﴾ [الأنعام: ١٣٠]، وإنما الرسل من الإنس خاصة.

وقال النبي ﷺ لمالك بن الحويرث ولا بن عمّ له: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما»^(٣) وإنما أراد أن يؤذن أحدهما، فإذا احتمل اللفظ ذلك حمل على ما لا يؤدي إلى الفساد بالافتراق^(٤)؛ ولأن قوله: (نقدت هذا من ثمنها)، بمنزلة قوله من جملة الثمن؛ لأن ثمنهما هو جميع الثمن، ولو قال ذلك يصح العقد.

قال: ولو نقد بعض الثمن، وقال: هذا من ثمن النصل أو الجفن خاصة فسد العقد؛ وذلك لأنه قد بيّن وأفصح وأزال الاحتمال، فلم يمكن أن يحمل على الصحة.

ولا يقال: إذا كان حصّة الحلية مستحقة، وجب أن يقع المقبوض عن

(١) في أ (المعجل).

(٢) في ب (يحصل) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه الترمذي (٢٠٥)؛ والنسائي في المجتبى (٦٣٤)؛ والحديث في الصحيحين كما ذكر ابن

حجر في الدراية، ١/١٢١؛ ونصب الراية، ١/٢٩٠.

(٤) في أ (والافتراق).

المستحق وإن جعله عن غيرها، كما لو وهب الوديعة للمودع؛ وذلك لأن المشتري هو المملك للثمن، فكان القول في التملك قوله.

وهذا الفصل لم يذكره محمد، وإنما ذكره أبو بكر الرازي، قال محمد: فإن قال هذا الذي عجلته حصة السيف كان من الحلية، وجاز البيع؛ لأن السيف اسم للجملة، ألا ترى أن الحلية تدخل في بيع السيف على طريق التبعية، فكأنه قال: هذا من ثمن^(١) الجملة؛ ولأن الحلية لما لم يجز أفرادها بالعقد صار كأنه نقد بعض الثمن، وقال هذا حصة يد العبد، فيلغو ذلك.

وليس هذا كمن باع ثوباً وقلباً بعشرة وعَجَّلَ حصة الثوب؛ لأن ذلك يصح إفراده بالعقد، فأمكن تصحيح العقد فيه دون القلب.

وكان [أبو علي] الشاشي يقول: إنه لما جعل [ب/٣٦٨] المعجل من حصة السيف - وذلك لا يمكن؛ لأن العقد لا يبقى فيه مع فساده في الحلية - فكأنه قال: عجلت ما يصح به العقد في السيف؛ وذلك لا يكون إلا بإذن يكون المعجل من الحلية.

وعلى هذا ينبغي أن يكون ما ذكره أبو بكر في حصة النصل محمولاً على أن النصل متميز عن الحلية. والله تعالى أعلم.



(١) في أ (من هذه الجملة).

بَابُ بيع الصرف مَرَابِحَةً



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً: من اشترى دراهم بدراهم وزناً بوزن، أو إناء فضة بدراهم، أو إناء بإناء مثلاً بمثل، وأحدهما أجود من الآخر، أو ذهباً بذهب وزناً بوزن مثله، وتقابضا، لم يجز لأحدهما أن يبيع ما اشترى مَرَابِحَةً على وجه من الوجوه؛ لأن المَرَابِحَةَ نقل ما ملكه بالثمن الأول مع زيادة ربح؛ وذلك [فيه] رباً، فلا يجوز.

قال: وإن اشترى ذهباً بفضة مصوغاً بمصوغ، أو مضروباً بمضروب، أو تبراً بتبر، أو مصوغاً بمضروب، أو تبراً بمضروب، أو كيف يبيع شيء من ذلك بالآخر، وتقابضا، ثم باع أحدهما ما اشترى من الفضة مَرَابِحَةً بالدنانير، أو باع الذي اشترى بالذهب مَرَابِحَةً بالدراهم، فذلك جائز عندهم جميعاً.

قال الشيخ رحمته الله: وهذا على ثلاثة أوجه:

إذا اشترى ذهباً بعشرة دراهم فباعه بربح درهم جاز في قولهم؛ لأن بيع الذهب بأحد عشر [درهماً] يجوز على غير وجه المَرَابِحَةَ، وكذلك على [وجه] المَرَابِحَةَ.

وإن باعه بربح ثوب بعينه جاز في قولهم؛ لأنه باع للذهب بعشرة وثوب، وذلك جائز.

فإن باع الذهب بربح ذهب كأنه قال: أبيعك هذا الدينار الذي اشتريته بعشرة

بربح قيراطين ، لم يجز [البيع] في قول أبي يوسف ، وجاز في قول محمد ، وكذلك إن باع العشرة بالدينار وربح قيراطين جاز .

وإن باعها بربح درهم لم يجز عند أبي يوسف ، وجاز عند محمد .

لأبي يوسف: أنه باع الدينار بربح قيراطين ، كانت القيراطان بمثلها من [الذهب] الدينار ، والعشرة [تبقية الدينار أن يكون بعضها رأس مال وبعضها ربحاً ، فيصير ما سمياه ربحاً] رأس مال ، وما سمياه رأس مال بعضه ربح ، وما اشتراه بالدرهم لا يجوز أن يجعله رأس ماله ذهباً ، فلم يصح العقد .

لمحمد: أن المراهجة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ، فكأنه باعه الدينار بعشرة دراهم وقيراطين ، ولو باع ذلك ولم يذكر المراهجة جاز .

قال: وعلى هذا: كل ما يدخل فيه الربا إذا اشتراه بجنسه لم يجز بيعه مراهجة ولا مواضعة ؛ لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل .

وقال محمد في الأصل: إذا اشترى سيفاً محلي بفضة بمائة درهم ، وحليته خمسون [درهماً] ، وتقابضا ، فهو جائز^(١) ، فإن باعه مراهجة بربح عشرين [درهماً] أو بده دوازده^(٢) ، أو بربح ثوب بعينه ، فإن ذلك لا يجوز ، والبيع باطل ؛ لأن من حكم المراهجة أن ينقسم الربح على جميع الثمن ، فيصيب كل جزء من الثمن جزءاً من الربح ، فإذا كان كذلك أصاب الحلية بعض الربح ، فصار ذلك ربا ، فبطل البيع فيها وبطل في السيف ؛ لأنه لا يتخلص إلا بضرره .

(١) انظر: الأصل ، ٦٠٢/٢ .

(٢) في أ (بده يازده) والمراد (بده دوازده): (عشرة باثنتي عشرة) بالفارسية .



ولا يقال: هلا جعلتم الربح في مقابلة السيف والجفن حتى يؤدي ذلك إلى صحة العقد؛ وذلك لأنهما دخلا في عقد مرابحة، فلو فعلنا^(١) ذلك صار بعض العقد مرابحة وبعضه تولية^(٢)، وهما لم يدخلا في التولية؛ ولأنه باع بربح ده^(٣) دوازدة، فإذا جعلنا الربح في حصة السيف كان بده ده^(٤)، وهما لم ينويا ذلك.

ولا يقال: فهلا أثبتتم حصة السيف والجفن من الربح وأسقطتم حصة الحلية.

قلنا: لأن البائع لم يرض أن يملك عليه السيف إلا بقدر من الثمن، فلم يجز أن يستحق بأقل منه.

وليس هذا كما لو باع السيف مساومة ابتداءً بمائة وعشرين؛ لأنه [أ/٣٦٩] لم يجعل لكل جزء من المعقود^(٥) عليه حصة من الربح، فأمكن أن يحمل العقد على وجه الصحة، ويجعل في مقابلة الفضة مثلها، والباقي في مقابلة السيف.



(١) في أ (نقلنا).

(٢) المُرَابِحَة - بضم الميم -: بيع السلعة بما اشتراها به مع زيادة ربح معلوم.
أو: «هي البيع بزيادة على الثمن الأول»، كما في التعريفات للجرجاني (المرابحة).
والتولية: هو البيع الذي يُحدّد فيه رأس المال نَفْسُهُ ثَمناً بلا ربح ولا خسارة.
أو: «هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل»، كما في التعريفات للجرجاني (التولية).

(٣) في أ (ده يازدة).

(٤) في أ (بده دوازده)، ويعني (بده ده): عشرة بعشرة.

(٥) في أ (من المبيع).

بَابُ الزيادة في ثمن الصرف أو الحطّ عنه

قال أبو الحسن: إذا اشترى الرجل من الرجل قُلبَ فضة فيه عشرة بعشرة، وتقابضا وتفرقا، ثم لقيه بعد ذلك فحطّ عنه البائع درهماً أو زاده المشتري درهماً، فقبل الآخر ذلك، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: الحطّ والزيادة فاسدة^(١)، والعقد الأول صحيح.

وقال محمد: الزيادة (فاسدة)، [والعقد الأول صحيح]، والحط جائز، وأجعلها هبة مبتدأة^(٢)، فإن أبى الذي حطّ أو وهب أن يسلم ما حطّ كان له ذلك، ولم يجبر عليه.

وهذه المسألة فرع على اختلافهم في الزيادة الفاسدة إذا ألحقت بالعقد لحقت عند أبي حنيفة وأفسدت العقد؛ لأن العقد في ملكهما، فإذا [ألحقاً] به زيادة فاسدة صار كأنهما ذكرا ذلك في حال العقد، وإنما وقفت الزيادة والحط على القبول عنده لما في ذلك من فسخ العقد، فلا يملكه أحد [المتعاقدين] إلا برضا الآخر.

وأما أبو يوسف فمن أصله: أن الزيادة الفاسدة لا [تلحق العقد] ولا تتعلق بها حكم، فسقطت هذه الزيادة، وكذلك الحطّ.

(١) في أ (باطل).

(٢) في أ (مستقبلة).

وأما محمد: فوافق أبا يوسف في الأصل ، وخالفه في هذه المسألة ، فقال: إذا زاده فالزيادة لا يمكن حملها على وجه صحيح ، فبطلت ، وأما الحطّ فإذا كان في إلحاقه فساد العقد جعل هبة مبتدأة [كحطّ] جميع الثمن ، (وهذا ليس بصحيح ؛ لأن حط جميع الثمن إنما يجعل هبة مبتدأة ، ولا يلحق بالعقد ؛ لأن إلحاقه يخرج عن كونه بيعاً)^(١) ، وإلحاق الحط في مسألتنا لا يخرج العقد عن كونه صرفاً .

وإذا ثبت [من أصل محمد] أن الحط هبة مبتدأة ، فإن قبضها جاز ، وإن لم يقبضها ، لم يجبر عليها ؛ لأن الهبة لا يتعلق الاستحقاق بعقدها .

قال: ولو باعه عشرة دراهم بدينار ، أو قلب فضة وزنه عشرة دراهم بدينار ، وتقابضا ، وتفرقا أو لم يتفرقا حتى زاد أحدهما صاحبه وقبل الذي زيد^(٢) الزيادة ، فذلك جائز ، فإن قبضت^(٣) الزيادة قبل أن يتفرقا جاز ذلك ، وكانت [الزيادة] كأنها في أصل البيع ؛ لأن التفاضل يجوز في بيع الفضة بالذهب [والذهب بالفضة] ، فليس في الزيادة أكثر من التفاضل ، ويعتبر فيها القبض في مجلس الزيادة ؛ لأنها ثمن الصرف .

فإذا وجبت لم يجز الافتراق إلا بعد قبضها ، فإذا افتراقا قبل أن يقبض الزيادة انتقض البيع في حصة الزيادة ، وقسم ما زاد فيه على الزيادة وعلى الذي بيع به أول مرة ، فجاز الذي بيع به أول مرة بحصته من الثمن وبطلت الزيادة ، ورجعت

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب ، ومكانه: (فكذلك هذا الحط يكون بيعاً) .

(٢) في أ (رده) .

(٣) في أ (قسمت) .

حصة الزيادة إلى صاحبها، وكأن البيع وقع عليهما جميعاً، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر.

وقال محمد: هذا كله قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الزيادة لحقت بالعقد فصارت ثمناً، وإذا لم يقبض في المجلس بطل العقد في حصتها، فكأنهما تبايعا بالجملة ابتداءً، فقبض بعضها دون بعض.

وليس هذا كالفصل الأول في قول أبي حنيفة؛ لأن الزيادة لم تصح، فإذا لحقت بالعقد بطل جميعه، وفي مسألتنا قد صحَّت الزيادة، وإنما فسدت بالتفرق، ففساد بعض العقد بعد صحته لا يوجب فساد جميعه.

قال: فلو لم يزد واحد منهما صاحبه ولكن حطَّ أحدهما عن صاحبه من ثمن الدينار درهماً، أو من ثمن القُلبِ قيراطاً، فالحط جائز لازم في قولهم [جميعاً]، كان قبل التفرق أو [٣٦٩/ب] بعده، ويرد الذي حط ما حط، وذلك له لازم، ويجبر عليه إذا كان قد قبض الثمن؛ وذلك لأن الحط يؤدي إلى التفاضل، وذلك جائز بين الذهب والفضة، فلحق بالعقد، وتعلق به الاستحقاق، وكأن العقد وقع على ما سواه، فقبض العاقد مقدار المحطوط بغير حق، فيجبر على رده.

قال: وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار؛ وذلك لأن في تبويض الدينار ضرراً، فإذا حط بعضه صار كأنه اشترى منه بما بقي.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل اشترى من رجل سيفاً بمائة درهم وحليته خمسون درهماً، ونقده المائة وتفرقا، ثم لقيه مشتري السيف فزاده ديناراً في الثمن، ثم دفعه إليه قبل أن يفارقه أو

بعدهما فارقه ، فإنه جائز .

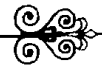
قال محمد: لأنه لما زاد الدينار كانت الزيادة في النصل والجفن والحمائل ؛
وذلك لأن الزيادة تلحق بالعقد، فتصير كالموجودة فيه، ولو باعه ابتداءً
بالأصل^(١) والزيادة جاز، لذلك إذا ألحق الزيادة [به] في الثاني .

وليس هذا كبيع المرابحة والمواضعة ؛ لأن ذلك يقسم على جميع رأس
المال ، فلو ألحقناه بالسيف خاصة لصار بعض العقد مرابحة ، وبعضه تولية ؛
فلذلك لم يجز^(٢) . والله تعالى أعلم .



(١) في أ (بالأجل) .

(٢) انظر: الأصل ٥٠٢/٢ .



بَابُ الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه



قال: جملة ما ذكره في هذا الباب يدور على ما ذكرناه في باب الربا: وهو أن فساد العقد عند وجود التفاضل يتعلق بزيادة كيل مع الجنس، أو وزن مع الجنس، فإذا وجد الوصفان جميعاً حرم التفاضل والنساء، وإذا عداً جاز التفاضل والنساء، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر جاز التفاضل وحرم النساء إلا في مسألة الاستحسان، وهو إسلام الدراهم في الموزونات، فإنهم جوزوا ذلك للإجماع.

وإذا خرج البيع من الوزن لم يثبت فيه الربا، وهذا كالحديد والصفير إذا ضربا آنية، (ولم يعتاد الناس بيعها وزناً، فأما الفضة والذهب إذا ضربا آنية) فإن الربا فيهما ثابت؛ [لأنهما] لا يخرجان بذلك عن الوزن في العادة، وقد كان أصحابنا يقولون: إن ما خرج منها [بالصنعة] عن حد الوزن سقط فيه التفاضل كالخواتيم الصغار [النيسابورية] وكالتمويه في الحديد والصفير الذي لا يتخلص [منه] ^(١).



(١) انظر: مختصر القدوري ص ١٨٥، ١٨٦.

بَابُ بَيْعِ جَنْسَيْنِ مِنَ الْوِزْنِ بِجَنْسَيْنِ مِنْهُ أَوْ بِأَحَدِهِمَا

—•••••—

قال عليه السلام: أصل هذا الباب أن قسمة أحد البديلين على الآخر لا فائدة له إلا بتحصيل أحكام العقد: وهي الرد بالعيب والرجوع إلى الثمن عند الاستحقاق، ووجوب الشفعة فيما فيه الشفعة؛ فإذا كان العقد [مما] لا ربا فيه: قسم ما في أحد الجنسين على الآخر، فإن كان ذلك مما لا يتفاوت، قسم البديل فيه على [الأجزاء] ^(١)، وإن كان متفاوتاً قسم على [القيمة] ^(٢)^(٣).

وأما ما فيه الربا: فإنه يقسم على الوجه الذي يصح معه العقد، ولا يقسم على الوجه الذي يفسد؛ لأن القسمة إنما بطلت لتحصيل أحكام العقد، ولا تحصل أحكامه إلا مع صحته، فلم يجوز أن يقسم قسمة بطلت بها الأحكام، فيبطل بها العقد وأحكامه.

وإذا كان كذلك، فالقسمة فيما فيه الربا على ضربين:

أحدهما: قسمة الاعتبار: وهو أن يبيع الجنس بجنسه وغير جنسه، (فلا يجوز العقد حتى يكون الجنس المفرد أكثر من جنسه) ^(٤) الذي في مقابلته، فيجعل الجنس بمثله في الوزن إن كان موزوناً، وفي الكيل إن كان مكيلاً،

(١) في ب (الآخر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الوجه) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٦٧/٣.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

والفضل بالجنس الآخر ، وهذا كبيع عشرة دراهم بخمسة ودينار .

وقال الشافعي : لا يصح هذا البيع .

لنا : أن كل عين [أ/٣٧٠] جاز بيعها بجنسها ، جاز بجنسها وبغير جنسها كالثياب ؛ ولأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والجواز ما أمكن [حمل عقودهم على الجواز] (١) أولى من حملها على الربا والبطلان .

قال : والنوع الآخر من القسمة المخالفة بين المبدلين : وهو أن يبيع جنسين فيهما الربا بجنسيهما وهناك تفاضل ، مثل درهمين ودينار بدينارين ودرهم ، ومُدِّي حنطة ومُدِّ شعير بمُدِّي شعير ومد [حنطة] ، فالعقد جائز عندنا ، ويجعل كل جنس في مقابلة الجنس الآخر .

وقال الشافعي : البيع باطل (٢) .

لنا : أن كل جنسين (٣) جاز [بيع كل واحد منهما ، جاز] وإن اختلفت مقدارهما ، كالجص والنورة بالجص والنورة ، وكالحديد والصفير [بالحديد والصفير] .

قال أبو الحسن : قال مُعَلَّى عن أبي يوسف : قال أبو حنيفة : إذا باع مائة درهم ودينار بألف درهم فهو جائز لا بأس به ، وقال ابن أبي ليلى : لا خير في هذا البيع ؛ لأنه خداع ، قال أبو يوسف : أخذ بقول أبي حنيفة .

وهذا يدل على ما بينا من قسمة الاعتبار ؛ لأن المائة تجعل بمائة من

(١) في ب (وذلك) والمثبت من أ .

(٢) انظر : المهذب ٧٢/٣ .

(٣) في أ (شيئين) .

الألف، ألا ترى أن المساواة في الفضة مستحقة بالشرع لقوله ﷺ: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل»، فيبقى الدينار بتسعمائة درهم، فيجوز بيعه.

وأما ابن أبي ليلى فلم يسلك طريق الشافعي في هذه المسألة، وإنما قال: لا يجوز هذا البيع؛ لأن الإنسان في العادة لا يقصد شراء دينار بتسعمائة، فعلم أنه جعل جميع أحد البدلين في مقابلة البدل الآخر.

وقال [عمرو بن أبي عمرو]: سألت محمداً عن تصارف الناس الفلوس التي تدخل مع الدراهم، قال: هو في الحكم جائز، وأنا أكرهه، قال: قلت: ما قول أبي حنيفة فيه؟ قال: قال أبو حنيفة: لا بأس به، وإنما أراد بهذه الدراهم التي أكثرها نحاس؛ لأن الفلوس لا تصرف مع الدراهم، فإذا باع هذه الدراهم بجنسها متفاضلاً جاز؛ لأن النحاس يجعل بالفضة، والفضة بالنحاس.

وأما محمد [فإنه] كره ذلك؛ لأنها إذا جازت مع الدراهم وجوزنا التفاضل فيها ألفت الناس التفاضل في هذا [النوع]^(١)، فاستعملوه فيما لا يجوز.

قال: وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم وديناراً باثني عشر درهماً وتقابضا، فهو جائز، عشرة بمثلها وديناراً بالفضل، وهذا على ما بينا في قسمة الاعتبار.

قال: وإذا اشترى ديناراً ودرهمين بدرهمين ودينارين وتقابضا فهو جائز، ويكون الدينار بدرهمين، وديناران بدرهمين، وهذه قسمة المخالفة بين البدلين، وقد بيناها^(٢).

(١) في ب (البيع) والمثبت من أ.

(٢) وذكر السرخسي بلفظ (لو اشترى ديناراً أو درهماً بدينارين أو درهمين، فهو جائز). المبسوط

قال: ولو استحق الدينار الذي مع الدرهمين [رجع بالدرهمين] اللذين مع الدينارين، ولو استحق الدرهمان اللذان مع الدينارين يرجع بالدينارين اللذين مع الدرهمين؛ وذلك لأن القسمة من طريق الشرع لما أوجبت المخالفة بين البديلين صار كأنهما سميا ذلك.

قال: ولو اشترى ثوباً ونُقرة^(١) فضة بثوب ونُقرة فضة، فالثوب بالثوب، والفضة بالفضة، فإن كان في واحد منهما فضل فهو مع الثوب بذلك الثوب؛ وذلك لأن المماثلة في الفضة مستحقة، فحمل العقد على المستحق.

قال: فإن تقابضا قبل أن يتفرقا جاز [ذلك]، وإن تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة، وجاز من ذلك الثوب بما في مقابلته؛ لأن حصة الفضة بالفضة صرّف، فيبطل بالتفرق، وحصة الثوب بيع فلا يبطل بالتفرق.

قال: ولو باع رجل ثوباً وديناراً بثوب ودرهم، فالثوب بحصته من الثوب [٣٧٠/ب] والدرهم، والدرهم والثوب الآخر بحصته من الثوب والدينار؛ وذلك لأن القسمة على الحصص لا تؤدي إلى إبطال العقد، فإن افترقا قبل أن يتقابضا بطل في حصة الذهب من الفضة، وحصة الفضة من الذهب، ولزم الثوبان كل واحد منهما بحصته، ولا خيار في ذلك؛ لأن حصة الذهب بالفضة عقد صرف، فيبطل بالافتراق، وحصة الثوب عقد بيع فلا يبطل بالافتراق، ولا خيار لهما في الثوب؛ لأن بطلان العقد في الصرف حصل بفعلهما: وهو الافتراق.

قال: ولو اشترى سيفاً محلياً بثوب وعشرة دراهم، ونقد العشرة والثوب ولم يقبض السيف حتى افترقا، فإن البيع وقع وهو جائز، فلما افترقا قبل أن يقبض

(١) «النُقرة: القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال: نُقِرَ فضة على الإضافة للبيان». المغرب (نقر).



كل واحد منهما انتقض البيع كله ؛ لأنه شيء واحد ، فلا يجوز بعضه دون بعض ، وهذا على ما قدمنا أن الحلية إذا لم تتخلص إلا بضرر ، لم يجز أن يبتدأ العقد في السيف دونها ، فكذلك لا يجوز بقاء العقد .

قال أبو الحسن : وسبيل الحديد بالحديد ، والصُّفْرُ بالصُّفْر ، [والشَّبَه بالشَّبَه] ، والنُّحَاس بالنُّحَاس ، والرِّصَاص بالرِّصَاص ، وهذا السبيل نجريه مجرى الذهب والفضة ؛ لأن الربا يجري في هذه الأجناس ، والقسمة إنما يراعى فيها زوال الربا .

قال في الأصل : إذا اشتري رجل من رجل مثقال فضة ومثقالاً من نحاس بمثقالٍ من فضة وثلاثة مثاقيل حديد ، كان جائزاً ، فتكون الفضة بمثلها ، ويكون ما بقي من الفضة والنحاس بذلك الحديد .

وكذلك مثقال صُفْر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص ، فالصفر بمثله ، والرصاص بما بقي .

ولو باعه مثقال [نحاس] ^(١) ومثقال حديد ، بمثقال حديد ومثقال رصاص جاز ، وحديد هذا بحديد هذا ، ورصاص هذا بنحاس هذا ، وهذا كله من الفضة والذهب في هذه الوجوه سواء ، غير ^(٢) أن ما سوى الفضة والذهب إذا كان عيناً بعين فافترق من غير قبض ، جاز البيع .

قال : وهذا على ما قدمنا من وجوب القسمة على الوجه المؤدي إلى نفي الربا ، وإنما يعتبر التقابض في الصرف بكل حال ، ولا يعتبر فيما سواه إذا كان المعقود عليه عيناً ^(٣) . والله تعالى أعلم .

(١) في ب (صفر نحاس) والمثبت من أ .

(٢) في أ (سواء يستويان ، ما سوى الفضة) .

(٣) انظر : الأصل ٦٧/٣ ، ٦٨ ، التجريد ٥/٢٣٦٠ .

بَابُ آخِرُ مِنَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ



قال أبو الحسن: وإذا اشترى الرجل إناء فضة إبريقاً^(١)، أو طشتاً، أو حلياً^(٢) أو غير ذلك من المصنوع، وهو فضة بفضة أو ذهب، فتقابضا، ثم وجد المشتري بما اشترى عيباً، فله أن يرده ويرجع بالثمن؛ وذلك لما قدمنا: أن العقد يقتضي صحة المعقود عليه، فإذا وجده معيباً فقد تغير مقتضى العقد، فوجب الرد.

قال: وإن هلك في يد المشتري أو حدث به عيب آخر، رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهباً؛ وذلك لأنه إذا حدث به عيب تعذر الرد من طريق الحكم، ألا ترى أنه خرج من ملك البائع معيباً بعيب واحد، فلا يجوز أن يرده معيباً بعيبين، وكذلك إذا هلك تعذر الفسخ فيه، وتعذر الرد من طريق الحكم يوجب الأرش، وإيجابه ليس فيه أكثر من التفاضل، [أ/٣٧١] وذلك يجوز في الذهب^(٣) بالفضة.

قال: وإن كان الثمن فضة دراهم أو غير ذلك لم يرجع بشيء؛ لأنه لو رجع بالأرش لأدى إلى بيع الفضة بأقل من وزنها، فإذا تعذر الرد ولم يجرأ أخذ الأرش، سقط الحق.

(١) في أ (أو). «والإبريق: وعاء له أذن وخرطوم ينصب منه السائل». المعجم الوجيز (برق).

(٢) في أ (قلباً) موضع (حلياً).

(٣) في أ (في الذهب والفضة).

قال: فإن قال البائع: أنا [أقبله] ^(١) بعيه فله ذلك، فيقال للمشتري: إن شئت فأمسكه ولا شيء لك، وإن شئت رده وخذ الثمن، وسواء في هذا الوجه إن كان الثمن ذهباً أو فضة؛ وذلك لأن المنع من الرد مع حدوث العيب منع حق البائع، وإذا رضي فقد أسقط حقه، فصار كأنه لم يحدث هذا العيب، فيقال للمشتري: إن شئت فأمسك المبيع ولا شيء لك، وإن شئت فرده.

قال: فإن رده عليه بقضاء قاضٍ ثم افترقا قبل أن يقبض الثمن، فالرد صحيح على حاله، وله أن يأخذ الثمن من البائع.

وإن كان الرد بغير قضاء قاضٍ لم [ينبغ] ^(٢) للمشتري أن يفارقه حتى يقبض الثمن، فإن فارقه قبل ذلك بطل الرد، وكان ^(٣) البيع الأول كما كان؛ لأن الرد إذا كان بقضاء فهو فسخ؛ بدلالة أن الشيء دخل في ملكه بغير قبوله ولا رضاه، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود.

وأما إذا كان الرد بغير قضاء فقد دخل الشيء في ملكه بقبوله ورضاه، فهو [كعبد مشترك] ^(٤) بينهما، ولهذا لا يملك الرد على بائعه، فيعتبر فيه التقابض.

قال في الأصل: إذا اشترى الرجل سيفاً محلياً بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا، وتفرقا، ثم وجد بالسيف عيباً في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته، فله أن يرد بأي ذلك ما كان، فإن رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاضٍ، فإنه ينبغي [له] أن لا يفارقه حتى يقبض الثمن، فإن لم يقبله منه إلا بقضاء قاضٍ، لم يضره أن يفارقه

(١) في ب (أقبله) والمثبت من أ.

(٢) في النسختين (يتبع) والمثبت يقتضيه السياق.

(٣) في أ (وعاد).

(٤) في ب (كعقد مبتدأ) والمثبت من أ.

قبل قبض الثمن ، وهذا على ما بينا^(١) .

قال: فإن تقا [يلا]^(٢) البيع وقد وجد عيباً أو لم يجد ، فالإقالة^(٣) جائزة إن تقابضا قبل الافتراق ، وإن افترقا قبل القبض بطلت الإقالة ، وهذا على قولهم جميعاً ، والإقالة والبيع عندهم في هذا المعنى سواء^(٤) .

وأما على قول أبي حنيفة: فلأن الإقالة فسخ في حقهما ، بيع في حق الغير ، فيعتبر فيها التقابض لحق الله تعالى ؛ لأن [يها]^(٥) في حقه بيع .

وأما على قول أبي يوسف: فالإقالة عنده بيع بكل حال ، فهو أولى أن يعتبر التقابض .

وأما محمد فعنده: الإقالة إذا وقعت بجنس الثمن الأول ، [فهو] فسخ ، إلا أنهما متهمان في حق الله تعالى ، فيعتبر التقابض لإزالة التهمة .

قال: فإن تقايلا والمبيع إناءً ، فباعه الذي ملكه بالإقالة قبل أن يقبضه من المشتري أو غيره ، لم يجز ذلك في قول أبي يوسف ، رواه بشر بن الوليد عنه .

وقال محمد في الجامع الكبير: إذا باعه من المشتري جاز ، وإن باعه من غيره لم يجز^(٦) .

(١) انظر: الأصل ، ٥٩٦/٢ .

(٢) في ب (تقابلا) والمثبت من أ .

(٣) فالإقالة: عبارة عن رفع العقد برضا المتعاقدين . انظر: أنيس الفقهاء للقونوي ص ٢١٢ .

(٤) انظر: الأصل ، ٣٩٧/٢ .

(٥) في ب (لأنهما) والمثبت من أ .

(٦) انظر: الجامع الكبير ص ٢١٤ .



وهذا فرع على اختلافهم في الإقالة، فعند أبي يوسف: أنها بيع، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ومن غيره، وعلى أصل محمد: أن الإقالة فسخ، والإبريق مضمون في يد المشتري بنفسه، فجاز بيعه منه، كما يجوز بيع المغصوب من الغاصب، ولا يجوز من غيره.

٢٣٥٥ - فُصِّل: [شراء جنس بجنس آخر، وعلم بعد التقابض أن الثمن زيوف]

قال: وإذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم وتقابضا، ثم علم أن العشرة زيوف وقد أنفقها وهو لا يعلم، فلا شيء له على بائع العشرة في قول أبي حنيفة ومحمد، وله في قول أبي يوسف: أن يرد عشرة زيوفاً مثل التي قبض، ويرجع [عليه] بعشرة جياذ [ثمن] ^(١) الدينار.

وهذه المسألة فرع: على من له على رجل [٣٧١/ب] عشرة [دراهم] جياذ، فقضاه رديئة وهو لا يعلم، فقبضها وأنفقها، قال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء؛ لأنه لو ردَّ مثل الزيوف ورجع بالجياذ، وقع الفسخ على غير ما وقع عليه العقد، وذلك لا يصح، ولا يمكن الرجوع عليه بالنقصان لما في ذلك من الربا، وإن تعذر الفسخ ولم يجب الأرش سقط الحق.

وإذا ثبت هذا الأصل قال في مسألتنا: الصرف يقع على دراهم [مثلها] في الذمة، وإنما يقضي بما يدفع ما في ذمته، فصار كمن قضى ديناً عليه بزيوف [جاز].

وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: إن حق صاحب الدين في الوزن والجودة، وقد استوفى حقه في الوزن ولم يستوف حقه في الجودة، ولا يمكن (ذلك) ^(٢)

(١) في ب (تم) والمثبت من أ.

(٢) في أ (استيفاؤه).

إلا برد مثل المقبوض والرجوع بحقه .

والظاهر من هذا: أن محمداً مع أبي يوسف ، وقد ذكره أبو الحسن مع أبي حنيفة ، فإما أن يكون عنه روايتان ، أو يكون هذا غلط في النقل ؛ لأنه لا يمكن الفرق بين المسألتين .

قال: ولو علم أن الدراهم ستؤقّة^(١) بعد الافتراق وقد هلكت في يد مشتريها ، فعليه قيمتها والصرف باطل ويرجع بالدينار ؛ [وذلك] لأن الستوقة لا يقع بها الاقتضاء في [ثمن]^(٢) الصرف ، وقد افترقا من غير قبض ، فبطل الصرف ووجب رد الدينار ، وصار القابض للستوقة قابضاً لها من غير حق ، فيجب عليه قيمتها ؛ [وذلك] لأنه لا مثل [لها] .

قال: ومما يلحق بهذا الباب ، ما لو قالوا في رجل اشترى من رجل ديناراً بعشرة دراهم وأقرّ بائع الدينار باستيفاء ثمن الدينار ، ثم جاء بدرهم فذكر أنه زائف ، وأنه مما قبض من ثمن الدينار ، [وأنكر]^(٣) مشتري الدينار ذلك ، فالقول قول المشتري ؛ وذلك لأنه لما أقر باستيفاء الثمن والثمن من جنس الجياد ، صار مقرراً باستيفاء الجيد^(٤) ، فلا يقبل رجوعه عن إقراره .

وقد قالوا: إنه لو أقام بينة أن هذا الدرهم الزائف من جملة المقبوض لم

(١) «السُّتُوقُ - بالفتح - : أردأ من البهرج ، وعن الكرخي: السُّتُوقُ عندهم ما كان الصُّفْرُ أو النحاس هو الغالب الأكبر». المغرب (ستق). انظر: مختار الصحاح (ستق).

(٢) في ب (غير) ، والمثبت من أ .

(٣) في ب (وأمكن) والمثبت من أ .

(٤) في أ (الجياد) .

تقبل بينته ؛ لأنه أكذبها^(١) بإقراره ، ولو لم يكن قد أقرَّ باستيفاء ثمن الدينار ، ولكنه أقر بأنه قبض عشرة دراهم كان القول قوله في الزيوف ؛ لأن الدراهم اسم للجياذ والزيوف [وغيرها] ، وحقه دراهم بصفة ولم يقر باستيفاء الصفة ، فإن جاء بدرهم سَتُوقةٍ يرده ، لم يقبل قوله ؛ لأنه ليس من الدراهم ، وقد أقرَّ بقبض الدراهم .

وقد قالوا: إنه إذا أقرَّ بقبض حقه لم يُصدِّق في ردِّ الزيوف ؛ لأنَّ حقه الجياذ ، ومن اعترف بقبض الجياذ لم يقبل قوله في رجوع عن ذلك ، وكذلك إذا أقر أنه قبض الثمن ؛ لأن الثمن هو الجياذ^(٢) .

وقال ابن سماعه عن محمد: في رجل اشترى من رجل ديناراً بعشرة دراهم وتقابضا ، ثم استحق رجل نصف الدينار ، فإنه يرجع بنصف الدراهم ، ويكون للمشتري نصف الدينار ، ولا يكون له خيار في رد النصف الباقي ؛ لأنه لا ضرر في هذا ، وكذلك نُقْرة الفضة .

وكذلك لو وجد بائع الدينار نصف الدراهم ستوقة ؛ وذلك لأن الشركة في الدراهم والدنانير تعد عيناً ، ألا ترى أنها تنقسم بغير عزم [إذا لم تكن الشركة في جملتها عيناً] ، فكذلك في [أجزائها]^(٣) .

قال: ولو اشترى رجل [من رجل] إناء فضة وزنه عشرة دراهم وقيمته خمسة عشر لصياغته بعشرة دراهم ، وتقابضا ، ثم استحق نصف الإناء فإن مشتريه

(١) في ب (آحادها) والمثبت من أ .

(٢) انظر: الأصل ٩٣/٣ ، ٩٤ .

(٣) في ب (آحادها) والمثبت من أ .

بالخيار: إن شاء رد النصف الباقي ورجع بالثمن ، وإن شاء رجع بنصف الثمن وأمسك الباقي ؛ وذلك لأن الشركة في الإناء عيب ، فله أن يختار إمساك النصف بعينه ، وله أن يردّه^(١) .

وقال هشام عن أبي [٣٧٢/أ] يوسف: إن باع دراهم بدينار فقال: قد برئت إليك من كل عيب بهذه الدراهم ، فوجد فيها ستوقاً ، قال: لا يبرأ ، وإن وجد فيها زائفاً بُرئَ ؛ لأن الستوقة من غير جنس الدراهم ، وهو إنما يبرأ من عيب بالدراهم ، فالزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ، فيبرأ من عيبها بالشرط .

وقال هشام عن محمد: في رجل في كفّه دراهم ، [فقال] للصيرفي: أبيعك هذه الدراهم - وأراها إياه - بدينار ، فرضي بذلك وتقابضا وافترقا ، ثم قال الصيرفي: في دراهمك زيوف ، قال: يبدلها له ؛ وذلك لأن رؤية العين لا تسقط خيار العيب فيها وإن أشار في العقد إلى عين الدراهم ، فإنما يقع عندنا على دراهم في الذمة ، فكأنه أطلق الدراهم ، فيستحق الجياد ، قال محمد: كان ينبغي أن يقول: هي زيوف ؛ لأنه إذا قال ذلك ، فقد تبرأ من عيبها .

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل اشترى من رجل دنانير بدراهم وقبض الدنانير ، فباعها من رجل آخر ودفعها إليه وقبض الدراهم منه ، ثم وجد بالدنانير عيباً فردّها على بائعه الأوسط ، فقبلها البائع الأوسط بغير قضاء قاضٍ ، جاز له أن يردّها بذلك العيب على بائعه الأول ، ولا يشبه الصرف في هذا العروض ؛ وذلك لأن الدنانير لا يقع العقد على أعيانها ، وإنما يقع على مثلها في الذمة ، ثم تقبض العين قضاء عمّا في الذمة ؛ بدلالة أنه لو ردّها بعيب في المجلس

(١) انظر: الأصل ٩٣/٣ .

[لم] يفسخ الصرف ، فإذا لم يملك المقبوضة بالعقد ، وإنما يملك بالقبض ، انفسخ القبض فيها بالرد ، فعادت إلى الملك الأول ، فكان لمن عادت إليه أن يردّها ، وليس كذلك العروض ؛ لأنها تملك بالعقد ، فإذا ردّها بغير قضاء لم ينتقل الملك فيها بالرد ، وإنما ينتقل بالتراضي ، وذلك عقد مبتدأ بينهما .

يبيّن ذلك : أن بائع العروض إذا امتنع من قبولها بالعيب ، لم تعد إلى ملكه إلا بقضاء ، وبائع الدراهم تعود إلى ملكه بالرد من غير تراضٍ .

وقال في الأصل : فيمن اشترى إناء فضةٍ ولم يشترط أن فضته جيدة ولا رديئة ، فإذا هو غير فضة ، فإنه لم يقع بينهما [ملك ولا] بيع ، [ويرد ذلك] (١) ؛ لأن عدم جنس المعقود عليه يوجب فساد العقد .

قال : ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر هو الذي أفسدها ، فهو بالخيار ؛ لأن الجنس موجود وبه عيب .

قال : فإن كانت الفضة رديئة من غير غش فيها ، فليس له أن يردّها (٢) ؛ لأن الرداءة من غير غشٍ ليس بعيب ، وإنما هو جنس فلا يوجب الرد .



(١) انظر : الأصل ٩٥/٣ .

(٢) المصدر السابق نفسه .

بَابُ فِي بَيْعِ الْفُلُوسِ

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: الفلوس^(١) والدرهم والدنانير أثمان الأشياء، لا تتعين في البيع وإن شرط المتبايعان، ويكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته، ولا يجبر واحد منهما على تسليم ما شرط من العين، إن شاء أعطى العين، [وإن شاء أعطى مثلها، وليس للمشتري منه أن يجبره على تسليم] العين إليه، والخيار في ذلك إلى البائع دون المشتري؛ [وذلك] لأن الفلوس النافقة لا فائدة في تعيينها، فصارت كالدرهم والدنانير، وإذا لم تتعين فالعقد بالخيار: إن شاء سلّم ما أشار إليه، وإن شاء سلّم غيره، وإن هلك لم يفسخ العقد بهلاكها؛ لأنه لم يقع عليها.

قال: فإن افترقا قبل أن يقبض أحدهما، وقد شرط كل واحد منهما عيناً بطل البيع؛ لأنهما افترقا عن دين بدين، وهذا على ما قدمنا أن العقد لا يتناول أعيانها^(٢).

قال: وإن هلك ما عيّن كل واحد منهما قبل القبض والافتراق، فالبيع على حاله، وكذلك إن استحقه مستحق أو ردّ كل واحد منهما ما اشترى بعيب قبل القبض والافتراق، فالبيع [ب/٣٧٢] على حاله؛ وكذلك لأن المستحق لم يقع

(١) الفلّس: عملة يتعامل بها، مضروبة من غير الذهب والفضة، وكانت تقدر بسدس الدرهم، وهي تساوي اليوم جزءاً من ألف من الدينار في العراق وغيره، «وجمعه في أفلس، وفي الكثرة فلوس».

المعجم الوجيز؛ المصباح (فلس).

(٢) انظر: الأصل ٧/٣، ٨.

العقد على عينه ، فاستحقاقه يبطل القبض فيه ، فيبقى ما في الذمة لحاله .

قال: فإن تقابضا وتفرقا ثم استحق ما في يد أحدهما أو رده بعيب ، فهو كذلك يرجع بمثله ، والبيع صحيح على حاله ؛ وذلك لأنه استحق أحد المقبوضين ، فقد افترقا عن عين بدين ، والافتراق عن عين بدين في الفلوس جائز ؛ لأن التقابض فيها ليس بشرط كالصرف ؛ لأنها ليست من جنس الدراهم والدنانير ، [والتقابض في المجلس يختص بذلك .

قال: كانت الفلوس بيعاً بالدراهم] ، أو كانت الدراهم بيعت بالدنانير ، أو الدنانير بيعت بالدراهم ، فهو سواء في جميع ما ذكرت لك ما خلا الدراهم بالدراهم أو بالدنانير ، فإن ذلك صَرَفٌ لا بد من أن يتقابضا [جميعاً] قبل أن يتفرقا . وإنما يعني أنهما سواء في عدم التعيين ، وأن العقد لا يبطل بالهلاك والاستحقاق قبل القبض .

فأما التقابض فيعتبر في الصرف على ما قدمنا ، ولا يجب في الفلوس لأنها بمنزلة العروض .

قال: فإن كانت الفلوس بعضها ببعض وفي أحدهما فضل عن الآخر ، فلا يصح البيع فيهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن يكون الكل عيناً بعين ، وإن كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فإنه لا يجوز ، روى ذلك ابن سماعه وبشر بن الوليد و[حبان]^(١) بن بشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف .

وقال محمد: لا يجوز بيع الفلوس متفاضلة ، وإن شرط عيناً بعين ؛ لأنها لا تتعين إذا عينت .

(١) في ب (حسان) والمثبت من أ . كما في الجواهر المضية ، ٣١/٢ .

والكلام في هذه المسألة يقع في فصلين:

أحدهما: إذا باع فِلسًا بفلسين بأعيانهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ،
وقال محمد: لا يجوز.

لهما: إن في تعيينها فائدة إذا لاقت جنسها ، وهو ما يتعلق بالتعيين من
صحة العقد ، فصارت كالعروض .

لمحمد: أنها [أثمان] ^(١) ، فلا تتعین كالدرهم .

وأما إذا باع فِلسًا بفلسين بغير أعيانهما ، لم يجر في الرواية المشهورة
عنهم ^(٢) ، وروي عن أبي يوسف: أنه يجوز .

وجه قولهم المشهور: أنها إذا لم تتعين وقع العقد على غير فلوس في الذمة ،
والدينان إذا التقيا في الذمة من جنس واحد صار أحدهما قصاصاً بالآخر ، ومتى
صار أحد الفلوسين قصاصاً بالآخر بقي الفلوس الآخر مأخوذاً بغير حق ، فلا يجوز .

وجه قول أبي يوسف: أن ما جاز التفاضل فيه إذا كان عيناً ، جاز وإن لم
يتعين كالمعدودات .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا باع فِلسًا بفلسين بأعيانهما فهلك بعضها
انفسخ العقد [فيه] ؛ لأنها تعينت عندهما حتى صَحَّ العقد ، والتعيين يوجب فسخ
العقد بالهلاك ، فكذلك إن ردت بعيب أو استحقت يبطل البيع ، وإن كان باع
بعضها ببعض غير متفاضل لم ينفسخ العقد بهلاكها ؛ لأنها لا تتعين عند

(١) في ب (اسمان) .

(٢) انظر: الأصل ١١/٣ .

التساوي ؛ إذ لا فائدة في تعيينها ، وإذا لم تتعين لم يبطل العقد بهلاكها .

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف : في رجل اشترى من رجل فلساً بفلسين : كان جائزاً بعينه أو بغير عينه^(١) ، فإن تقابضا قبل أن يتفرقا فهو جائز ، وإن افترقا قبل أن يتقابضا بطل ؛ لأنه دين بدين ، فلا يجوز ، فإن قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فهو جائز ، ويصير الآخر ديناً ؛ وذلك لما بيننا أن التقابض غير معتبر في الفلوس ، (إلا أنها إذا لم تتعين في العقد فقد افترقا عن دين بدين ، والافتراق عن دين بدين لا يجوز ، فإذا قبض أحدهما فقد افترقا عن عين بدين ، وذلك جائز)^(٢) .

قال : وله أن يدفع إليه [أ/٣٧٣] الفلوس الذي أخذ منه ؛ لأنّ عليه فلساً وهذا فلس ، فله أن يدفعه وهو صحيح ؛ لأن العقد لم يقع على هذا الفلس المقبوض ، وإنما وقع [على] فلس في الذمة ، فصار كمن اشترى فلساً بفلس ثم استقرض من البائع فلساً فسلمه إليه^(٣) .

وقد روى محمد في الإملاء : إذا اشترى رجل من رجل فلوساً وتقابضا ، على أن كل واحد منهما بالخيار فيما باع وفيما اشترى وتفرقا على ذلك ، فالبيع فاسد ؛ [وذلك] لأن القبض معتبر ، وشرط الخيار يمنع صحة القبض ؛ لأن كل واحد منهما لا يملك ما قبضه .

وإن تقابضا وأحدهما بالخيار ثلاثة أيام فيما باع ، والآخر لا خيار له ، فالبيع

(١) وفي رواية محمد في الأصل : (بأعيانهما) ، ١٢/٣ .

(٢) في العبارة : (. . . إلا أنها لم تتعين بالعقد ، فقد افترقا عن عين بدين ، والافتراق عن عين بدين في غير الصرف جائز) .

(٣) في أ (فلوساً وسلم إليه) .

جائز؛ وذلك لأن شرط الخيار يمنع صحة القبض في أحد البدلين، وقد بيّنا أن الفلوس لا يعتبر فيها القبض في البدلين، وإنما يعتبر في أحدهما حتى لا يفترقا عن دين بدين.

قالوا: فلو كان أحدهما قبض ما اشترى والآخر لم يقبض، واشترط أحدهما الخيار ثلاثة أيام ثم افترقا على ذلك، فإن كان الذي قبض ما اشترى هو الذي اشترط الخيار، فالبيع جائز فيما بينهما؛ لأنه قد ملك ما قبض، فكأنه قبضه بغير خيار.

وإن كان الذي اشترط الخيار هو الذي لم يقبض ما اشترى، فالبيع فاسد؛ لأنه إذا اشترط الخيار (ولم يقبض؛ فالآخر)^(١) لم يملك ما قبض، فيحصل الافتراق عن دين بدين.

قال: وهذا ينبغي أن يكون على أصل محمد خاصة: في أن الخيار المشروط للمشتري [لا يمنع دخول المبيع في ملكه على قوله وقول أبي يوسف، فأما على قول أبي حنيفة، فالخيار المشروط] [يمنع الملك في البدلين]^(٢)، فيمنع صحة القبض هاهنا، وينبغي على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في بيع فلس بفلسين بأعيانهما أن يجوز شرط الخيار؛ لأنها تعينت عندهما [بالتعيين، فصار كسائر الأعيان، فيجوز أن يشترط الخيار فيهما]^(٣).

وقد ذكر ابن شجاع عن الحسن عن زفر: فيمن اشترى من رجل مائة فلس

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (للمشتري يمنع دخول المبيع في ملكه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بالعقد) والمثبت وما بعده من أ.



بدرهم وليس عند البائع [فلوس]^(١)، أن البيع باطل .

وإذا اشترى مائة فلس بعينها بدرهم نسيئة أو نقداً أن البيع جائز ، قبضها قبل أن يفترقا أو لم يقبض ، فإن استحقت قبل أن يقبضها أو بعدما قبضها ، انتقض البيع فيها .

وإن اشترى فلوساً بعينها بدرهم بعينه فاستحقت الفلوس انتقض العقد ، فإن استحق الدرهم كان على المشتري درهم مكانه ، وهذا مقتضى من مذهب زفر ، أن الفلوس كالعروض تتعين بالعقد ولا يجوز بيعها بغير عينها في غير السلم .

وقد قال زفر: في رجل اشترى من رجل شيئاً من الفاكهة بفلوس بعينها ، أن البيع جائز ، ويجبر على أن يدفع الفلوس بعينها ، وإن استحقت الفلوس أو كانت كاسدة^(٢) كان عليه بدلها .

وهذا خروج عن أصله ؛ لأنه كان يجب أن [لا] يجبر على دفعها بعينها إذا لم يبطل العقد بهلاكها ، وقد أنكر هذا القول ابن شجاع للمعنى الذي ذكرنا .

وقال زفر في رجل قال لآخر: أبيعك هذه الدراهم بمائة فلس بغير أعيانها ، إن البيع فاسد . فكان المحصل من قول زفر: أن الفلوس كالحنطة إذا عينت تعينت ، وإذا كان في مقابلتها العروض ولم تعين كانت ثمناً ، وإن جعل في مقابلتها الدراهم المعينة كانت مبيعة .



(١) في ب (فلس) والمثبت من أ .

(٢) في أ (ردية) .



بَاب

الاستقراض وما يجوز منه وما لا يجوز



قال أبو الحسن: كل ما يكال أو يوزن مما على مستهلكه مثله إذا استهلكه فقرضه جائز، الدراهم والدنانير والفلوس، والحنطة والشعير والأرز، وسائر الحبوب، وكذلك الأدهان، والزعفران، والقطن والكتان، وسائر ما يباع موازنة ومكايلة بالقفيز والرطل، فقرضه جائز، وكذلك ما يُعَدُّ مما لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً، [مثل الحيوان والبيض].

قال الشيخ رحمته الله: وجملة هذا: أن كل ما يجب على مستهلكه مثله، فقرضه جائز؛ لأن القرض يوجب ضمان الشيء بمثله، فما كان له مثل فضمن القرض فيه ممكن، فجاز إقرضه، وما لا يجب على مستهلكه مثله، لا يوجب الضمان [ب/٣٧٣] الذي يقتضيه القرض [فيه]، فلم يصح إقرضه.

وقد قال أصحابنا: إن قرض الحيوان لا يجوز، وقال الشافعي: يجوز إلا الجواري^(١).

لنا: أنه لا يجب على مستهلكه مثله، فلا يصح قرضه، كالجواري، والذي روي (أن النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً)^(٢) فإنما استقرض ذلك على بيت المال بدلالة أنه شرط صلى الله عليه وسلم رده من الزكاة، ويجوز أن يكون استسلفه عليها.

(١) انظر: المهذب ٣/١٨٥.

(٢) أخرجه مسلم بلفظ: (استسلف من رجل بكراً...) (١٦٠٠).

والأصل في جواز القرض قوله ﷺ: «قرض مرتين صدقة مرة»^(١)، وروي أنه ﷺ اقترض دراهم فردها وأرجح في الوزن، فقال له المقرض: إنها أرجح من حقي، فقال: «هكذا نزن»^(٢)، وهو فعل المسلمين من غير خلاف.

قال: [وكل قرض جرّ منفعة فإنه لا يجوز؛ لما روي عنه ﷺ أنه قال]: «كل قرض جرّ منفعة فهو رباً»^(٣)؛ ولأن القرض تملك الشيء بمثله، فإذا جرّ منفعة صار كأنه استزاد في التملك الذي يتعلق به الربا، وذلك لا يجوز؛ ولأن المقصود منه التبرع، والمنفعة تخرجه عن موضوعه، وإنما تكره المنفعة التي يوجبها عقد القرض، مثل أن يقرضه غلة على أن يرد صحاحاً؛ وذلك لأن هذا لو صحّ وجبت المنفعة بالقرض، وذلك ممنوع منه، وأما إذا لم يشترط المنفعة فأعطى الذي عليه الحق أجود مما أخذ، فلا بأس؛ لأن المنفعة لم يوجبها القرض وإنما تبرع بها المقرض فهو كالرجحان الذي دفعه ﷺ في بدل القرض.

وقد روي عن ابن عمر (أنه كان يستقرض، فإذا خرج عطاءه [أعطى أجود مما أخذ]^(٤)).

(١) أخرج البزار في مسنده عن ابن مسعود مرفوعاً بلفظه ٤٤/٥؛ وأورده الديلمي في الفردوس من حديث أنس رضي الله عنه ٢٢١/٣؛ وابن المبارك من قول علقمة. الزهد لابن المبارك ٢٦٧/١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة عن علقمة موقوفاً، ٤٧٢/٤؛ والبزار في مسنده مرفوعاً ٤٤/٥، ٦٤.

(٣) أورده العجلوني في كشف الخفاء وقال: «رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن علي رفعه، قال في التمييز: وإسناده ساقط، والمشهور على الألسنة: كل قرض...» ١٦٤/٢؛ ولكن روى معناه موقوفاً عن ابن مسعود، وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وابن عباس، وفضالة بن عبيد رضي الله عنه، كما روي عن عدد من التابعين. انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٣٤٩/٥؛ ونصب الراية للزيلعي ٦٠/٤؛ والتلخيص الحبير لابن حجر ٣٤/٣.

(٤) روي نحوه عن الأسود بن يزيد، كما أخرجه ابن حبان في صحيحه ٤١٨/١١؛ والهيثمي في موارد الظمان ٢١٨/١.

وروي (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أقرض أبي بن كعب مالاً، فأهدى إليه رطباً فردّه، فقال له أبي: إن هذا مالك ابعث من يأخذه، فقال عمر: ردّ إلينا هديتنا^(١). فردّ الهدية لما ظنّ أن ذلك لأجل القرض، فلما علم أنه غير متعلق بالقرض أخذها.

والذي حكى أن أبا حنيفة أقرض رجلاً مالاً، ثم جاء يقبضه، فلم يقف في ظل حائطه ووقف في الشمس حتى أخرج إليه المال.

فلا أصل له؛ وأبو حنيفة أفقه من ذلك؛ لأن الوقوف تحت ظل الحائط ليس بمنفعة بالملك، ولا أوجبها القرض، ولو منع من ذلك لمنع من الجلوس في سراجة؛ لأنه انتفاع به، وهذا لا شبهة فيه.

فإن أقرضه شيئاً مما يجوز فيه القرض إلى أجل شرطه في نفس القرض، فالأجل باطل، والمال حال، وكذلك إن أقرضه بغير أجل ثم أخذ بعد ذلك بما أقرض، فالتأخير باطل، وله أن يأخذه به حالاً؛ وذلك لأن العين المردودة في القرض قد جعلت في الحكم كأنها نفس العين المأخوذة، لولا ذلك لكان تملك دراهم بدراهم لم تقبض في المجلس، وإذا جعلت كالعين والتأجيل في الأعيان لا يصح؛ ولأن التأجيل يبطل معنى التبرع فيها، فيصير كمن باع دراهم بدراهم نساءً، وإذا ثبت أن التأجيل لا يجوز ابتداءً، لم يلحق به؛ لأن الأجل الملحق في حكم المذكور في حال العقد.

(١) الأثر أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٤٢/٨؛ والبيهقي في الكبرى ٣٤٩/٥. ويتضح بهذا بأن

المنفعة إذا كانت مشروطة في الإقراض، فهو قرض جرّ منفعة، وإن لم تكن مشروطة، فلا بأس

به. انظر: المبسوط ٣٥/١٤.

وقد قال أصحابنا: إن السفاج الذي يعمل بها التجار مكروهة ؛ لأنه يقترض دراهم بمثلها وينتفع بإسقاط الخطر في الطريق ، فيصير في حكم القرض الذي يجبر منفعة .

وروي عن زينب امرأة عبد الله أنها قالت: أعطاني رسول الله ﷺ جداد خمسين وسقاً من تمر خبير ، وعشرين وسقاً من شعير ، فقال لي عاصم بن عدي: أعطيك تمرًا هاهنا وأوفه^(١) تمرك بخبير ، فقالت: حتى أسأل عن ذلك ، فسألت عمر بن الخطاب فنهانا عنه ، وقال: كيف بالضمان فيما بين ذلك^(٢) .

والذي روي عن ابن عباس (أنه كان يقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة)^(٣) ، وعن ابن الزبير مثل ذلك ، فيحتمل أن يكون استقرض قرضاً مطلقاً ، ثم كتب السفتجة ، وهذا لا يكره أن يأخذ المال على أن يؤديه في موضع كذا ، فتصير المنفعة مشروطة في العقد .

ويجوز أن يكون ابن عباس فعل ذلك على أصله: أن الربا لا يثبت إلا في النسيئة ، ثم رجع عن ذلك .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: روى معلى عن أبي يوسف: أن قرض الخبز فاسد ، وكذلك قال أبو يوسف: لا خير في قرض الخبز عندنا .

(١) في المبسوط للسرخسي ٣٥/١٤ (وأخذ) ؛ والمغرب (وأتوفي) ٣٦٣/٢ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٥٨/٤ ؛ قال السرخسي: إن هذا إن كان بطريق البيع ، فاشترط إيفاء بدل له حمل ومؤونة في مكان آخر ، مبطل للبيع ، وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة ، وذلك لا يجوز ، وإن كان بطريق الاستقراض ، فهذا قرض جرّ منفعة ، وهو إسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤونة الحمل ، ونهى رسول الله ﷺ عن قرض جرّ منفعة ، وسماه ربا . انظر: المبسوط ٣٥/١٤ .

(٣) أورده الكاساني في البدائع ٣٩٥/٧ .

وروى ابن رستم عن محمد عن أبي حنيفة: أنه كان لا يجيز السلم في الخبز، ويكره قرضه؛ لأنه لا يقام على حدة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قوله: إنه^(١) لا يقام على حدة دلالة على أن قرض الخبز وزناً لا يجوز، ولا اختلاف عن أبي حنيفة أن السلم في الخبز لا يجوز.

وروى هشام عن محمد: أنه لم يرَ بقرض الخبز بأساً.

وقال هشام في نوادره: سألت محمداً عن قرض الخبز وزناً فرأيته كره^(٢) ذلك واستعظمه، وقال: لا بأس بقرضه عدداً.

أما السلم في الخبز فلا يجوز في قولهم؛ [وذلك] لأنه يختلف بالعجن والنضج وكيفية الخبز، ومنه الثخين ومنه الخفيف، وفي كل واحد من ذلك غرض مقصود، فلا يجوز السلم [فيه] مع التفاوت.

وأما القرض: فوجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن السلم أوسع [باباً] من القرض؛ بدلالة أن الثياب يجوز السلم فيها، ولا يجوز قرضها، فإذا لم يجز السلم في الخبز فالقرض أولى.

لمحمد: أن العادة قد جرت باستقراض الخبز من غير نكير، فجوّزه للعادة^(٣).

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب، والمثبت من أ.

(٢) في أ (نفر).

(٣) انظر: الهداية ٦٦/٣؛ والبدائع ٢١١/٥.

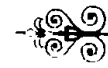


قال هشام: أخبرنا عبد الكريم الجرجاني ، عمّن ذكره عن إبراهيم: أنه سأله عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغر منه أو أكبر ، فقال: لا بأس به .

فأما الذي ذكره هشام عن محمد: أنه استعظم قرضه وزناً ، فقد حمله أبو الحسن على أنه استعظم قول من قال: لا يجوز إلا وزناً؛ لأن العادة قد جرت بالعدد ، فإذا جاز عدداً فالوزن أولى .

وإن حملنا قول محمد على ظاهره ، فلأن القياس يمنع من جواز إقراضه ، وإنما تركنا القياس للعادة ، ولم تجر العادة باقتراضه وزناً ، وإنما جرت باقتراضه عدداً ، فَجَوَّزَ من ذلك مقدار ما جرت به العادة [والعادة لم تجر به وزناً] .





بَاب

استقراض الفلوس والدرهم المحمول عليهما مثل البخارية والطبرية واليزيدية وغير ذلك



قال أبو الحسن: وإذا استقرض الرجل من الرجل دراهم بخارية أو طبرية أو يزيدية، أو فلوساً في الحال التي تتفق فيها، ثم كسدت، فإن بشر ابن الوليد قال: سمعت أبا يوسف قال: عليه في قياس قول أبي حنيفة مثلها، ولست أروي ذلك عنه، ولكني أرويه في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت.

قال أبو الحسن: لم يختلف عن أبي حنيفة في قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها، قال بشر وقال أبو يوسف: [أ/٣٧٤] عليه [قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أمثالها.

وقال محمد: عليه [قيمتها إذا كسدت في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد.

لأبي حنيفة: أن القرض يقتضي ضمان المقرض بمثله، ورد المثل ممكن، فلم يجز العدول إلى قيمته؛ ولأن الكساد يوجب [تغيير سعرها] (١)، وهذا المعنى لا يوجب الانتقال إلى قيمتها، كما لو رخصت، ولأن كساد الفلوس يخرجها عن كونها ثمنًا، ولا يمنع من ابتداء استقراضها، فإذا جاز أن يستقرضها بعد الكساد ابتداءً فلأن يجوز البقاء أولى.

وجه قولهما: أن الكساد يخرجها من حكم جنسها؛ بدلالة أنها كانت أثمانًا

(١) في ب (تسعيها) والمثبت من أ.

فصارت بمنزلة العروض ، فتعذر الرد على الوجه الذي وقع عليه القرض ، فوجب القيمة .

ثم اختلفا في وقت القيمة بحسب اختلافهم فيمن غصب ما له مثل من الفواكه وانقطع من أيدي الناس ، قال أبو يوسف: تجب قيمته يوم غصبه ، وقال محمد: آخر ما انقطع .

وهذه المسألة [تجيء] في موضعها ، فإذا ثبت من قول أبي حنيفة في قرض الفلوس ما ذكرنا فالدرهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة ، والطبرية واليزيدية هما التي يغلب الغش عليها ، فتجري مجرى الفلوس ؛ فلذلك قاسها أبو يوسف على الفلوس ، قال: ولو أن رجلاً استقرض من رجل دراهم بخارية ببخارى ، والدراهم ببخارى مختلفة ، فهو جائز ، وله عليه في القرض مثل ما [قبض]^(١) ، فإن التقيا في بلد لا يقدر على البخارية [أجله] في القرض قدر المسافة ذاهباً وجائياً حتى يعطيه مثلها ، ويستوثق منه .

وقال في موضع آخر: إن استقرض [دراهم] بخارية فالتقيا في بلد لا ينفق فيه ، فعليه قيمتها من الذهب .

قال أبو الحسن: المسألة الأولى محمولة على أنهما التقيا في بلد ينفق [مثلها] فيه ولم توجد ، فأجله ، وفي المسألة الأخرى: لا ينفق [فيه] فعليه قيمتها من الذهب ؛ وذلك لأنها إن كانت نافقة فلم تتغير [في الذمة] ، فكان عليه أن ينتظر به إمكان الأداء ، وإذا لم ينفق فقد تغيرت في الذمة ، فانتقل إلى قيمتها .

(١) في ب (قبل) والمثبت من أ .

قال: وهذا الذي ذكره من التأجيل يجب أن يكون برضا صاحب الحق ، فإن لم يرض بذلك كان له القيمة ؛ لأنه يلحقه ضرر بتأخر حقه بعد^(١) وجوبه^(٢) ، فصار كالرطب إذا انقطع فكان الخيار لصاحب الحق: إن شاء أخر حقه ، وإن شاء طالب بالقيمة .

وقال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل استقرض من رجل ألف درهم مكحلة أو مزيفة وهي تنفق بين الناس: إني أكره ذلك ، وأكره إنفاقها ؛ لأنها فساد [وغش]^(٣) للعامة ، وعلى المستقرض مثلها ، فإن نهى عنها وكسدت فعليه قيمتها من الذهب ؛ وذلك لأن المكحلة والمزيفة دراهم فيها غش ، ففي التصرف فيها [تدليس]^(٤) على الناس ، فيكره لذلك .

فإذا كسدت لزمه مثلها في القرض عند أبي حنيفة ، والقيمة عند أبي يوسف ومحمد على اختلافهم في الفلوس ، وقد بينا .

٢٣٥٦ - فصل: [الشراء بفلوس كاسدة]

وإذا اشترى مبيعاً بفلوس كاسدة أو بدراهم طبرية أو بخارية ، أو مكحلة أو مزيفة في موضع لا ينفق ، فالبيع فاسد إذا كانت بغير عينها ، فإن كانت بعينها جاز ؛ لأنها إذا كسدت فهي في حكم العروض ، والشراء بعروض بغير عينها لا يجوز .
وأما إذا اشترى بها وهي نافقة ثم كسدت ، فسد البيع في قول أبي حنيفة ،

(١) في أ (بتأخير حقه ، فعزم بعد وجوده) .

(٢) في أ (غش) .

(٣) في ب (بخس) والمثبت من أ .

(٤) في ب (تليس) والمثبت من أ .

فإن كان المبيع قائماً بعينه^(١) ردّه المشتري على البائع ، وإن كان مستهلكاً وجب قيمته .

وقال أبو يوسف ومحمد: على المشتري قيمة الفلوس ، عند أبي يوسف يوم الشراء ، وعند محمد آخر ما كانت نافقة .

لأبي حنيفة: أن الفلوس إذا كسدت صارت مبيعة بعد أن كانت ثمناً ، وشراء مبيع بغير عينه لا يجوز ، ففسد العقد .

وعلى قولهما: ثبتت في الذمة ، ثم تعذر [٣٧٤/ب] تسليمها فصارت كالفاكهة إذا انقطعت من أيدي الناس .

وقد قالوا: فيمن له على رجل دراهم جياذ ، فأخذ منه مزيفة أو مكحلة ، ورضي بذلك جاز ؛ لأنه حطَّ بعض حقه ، فكأنه أخذ ناقصاً في الوزن .

قال: وأكره أن يرضى بذلك ، وأن ينفقه ، وأن يشتري به وإن بين ذلك ، وكذلك الزيوف والنهرجة والسثوقة أكره إنفاقها وإن بين ، وإن تجاوز فيها البائع والمقتضي من قبل أن في إنفاقها ضرراً على العوام ، وما كان ضرره عاماً فهو مكروه وليس يصلحه تراضي هذين الحاضرين ، من قبل ما يتحرز به من الدُّسَّة^(٢) على الجاهل به ، ومن الفاجر الذي لا يتحرج .

قال أبو يوسف: وكل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس ، فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه . والله أعلم .

(١) في أ (كلها بعينه) .

(٢) والدُّسَّة - بالضم - : الخديعة ، وأصله من الدَّس : وهو الظلمة ، ومنه : «دَسَّ البائع تدليساً: كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه . قاله الخطابي وجماعة» . المصباح (دلس) .

بَابُ الصرف في دار الحرب

—•••••—

قال أبو الحسن: وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، أو كان أسيراً^(١) في أيديهم، أو رجل [أسلم] من أهل دار الحرب في دار الحرب وهو مقيم فيها، فباع أحد مما ذكرنا من أهل الحرب درهماً بدرهمين أو ديناراً بدينارين وكان ذلك نقداً أو نسيئة، فإن البيع جائز عند أبي حنيفة ومحمد، وكذلك الذمي يدخل إليهم بأمان^(٢).

وقال أبو يوسف: لا يجوز للمسلم في دار الحرب إلا ما يجوز في دار الإسلام.

وجه قولهما: ما روى مكحول أن النبي ﷺ قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»^(٣)، والمرسل عندنا من الثقة كالمتمصل في جواز الاحتجاج به، وروي أن النبي ﷺ خطب بمكة فقال: «كل مأثرة ودم كان في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي، وأول دم أضعه دم الحارث بن عبد المطلب، وكل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب»^(٤)، وكان العباس مسلماً أربى بمكة، فأبطل النبي ﷺ من ذلك

(١) في أ (اشترى).

(٢) انظر: الأصل ٧١/٣.

(٣) قال الزيلعي: «غريب، وأسند البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بعض المشيخة عن مكحول عن النبي ﷺ... الحديث، ثم قال الشافعي: وهذا ليس بثابت ولا حجة فيه». نصب الراية، ٤/٤٤.

(٤) والحديث في صحيح مسلم من حديث جابر الطويل؛ وأخرج أبو داود (٣٣٣٤)؛ والنسائي =

ما لم يقبض ولم يتعرض لما قبض ، فدلَّ على أن الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب جائز ؛ ولأن مال الحربي على أصل الإباحة ؛ بدلالة أن من أتلفه لم يلزمه الضمان ، ومن أخذه مَلَكَه ، وإنما منع المسلم من أخذه لما فيه من خفر الأمان ، فإذا عاقدهم فقد تراضوا ، فزال خفر الأمان ، وصار أخذًا لمالهم على حكم الإباحة ، فكأنه أخذه بغير عقد .

وعلى هذا قالوا: إذا أعطى المسلم درهمين بدرهم جاز ؛ لأن التملك^(١) لما لم يتعلق بالبيع صار كأنه وهب للحربي درهمين ، فوهب له الحربي درهماً .
لأبي يوسف: أنه عَقَّدَ لا يجوز بين المسلمين ، فلا يجوز بين المسلم والحربي ، كما لو كانا في [دار الإسلام]^(٢) .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الحربي إذا دخل إلينا بأمان صار ماله محظوراً ، فما يؤخذ منه إنما يؤخذ بحكم العقد ، فلا يجوز فيه التفاضل .

٢٣٥٧ - فَصْلُ : [معاملة المسلم مع المسلم الحربي بالربا]

وأما إذا أسلم الحربي ولم يخرج إلى دار الإسلام حتى بايعه المسلم درهماً بدرهمين جاز عند أبي حنيفة ، [وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز .

وهذا فرع على اختلافهم في حكم ماله ، فعند أبي حنيفة]: أنه على أصل

= في الكبرى (١١٢١٣) ؛ وابن ماجه (٣٠٥٥) ؛ وأخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٥١/٤ ؛ وابن حبان في حديث (طويل) (٣٠٧٤) ؛ والبيهقي في الكبرى ٢٧٤/٥ وغيرهم ؛ والزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار ٤٧٥/٢ .

(١) في أ (الدفع) .

(٢) في ب (دارنا) والمثبت من أ .

الإباحة ما لم يحزره بدار الإسلام ، ولو أتلفه متلف لم يجب عليه الضمان كالحربي .
وعلى قولهما: ماله محذور بالإسلام ، ولو أتلفه متلف وجب عليه ضمانه ،
فصار [كالمسلم] التاجر إذا دخل إلى دار الحرب .

قال: ولو دخل رجلان من المسلمين بأمان إلى دار الحرب ، فباع أحدهما
من صاحبه [1/375] شيئاً^(١) من ذلك لم يجز ؛ (لأن مالهما محذور ، وإذا دخل دار
الحرب فما)^(٢) يأخذه أحدهما من الآخر إنما يأخذه بحكم العقد ، ولا يجوز إلا
كما يجوز في دار الإسلام .

قال: وإن أسلم أهل الحرب أو أسلم الحربي الذي بايع المسلم وخرج إلى
دار الإسلام ، فما كان من ربا مقبوض ، أو بيع فاسد مقبوض من خمر أو خنزير
أو ميتة باعه المسلم ذلك وأخذ أموالهم ، فذلك جائز ما مضى ، وما كان غير
مقبوض بطل البيع فيه .

وكذلك إن صار أهل الدار ذمة للمسلمين ، جاز فيما قبض ، ولم يجز فيما
لم يقبض .

والأصل في ذلك: (أن تحريم الربا لما نزل أجاز النبي ﷺ منه ما قبض ،
وأبطل ما لم يقبض) ، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ
وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُّؤْمِنِينَ ﴾ [البقرة: 278] .

قال ابن جريج: كانت ثقيف قد صالحت النبي ﷺ على أن ما لهم من الربا

(١) في أ (درهما بدرهمين) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ ، ومكانه: (لأنه إنما) .

على الناس فهو لهم ، وما كان للناس من ربا عليهم فهو موضوع ، فلما كان الفتح استعمل عتاب بن أسيد على مكة ، وكانت بنو عمرو بن عوف يأخذون الربا من بني المغيرة ، [وكانت بنو المغيرة] يُربون لهم في الجاهلية ، [ف جاء الإسلام] ولهم عليهم مال كثير ، فأتاهم بنو عمرو يطلبون برباهم ، فأبوا بنو المغيرة أن يعطوهم في الإسلام ، ورفعوا ذلك إلى عتاب بن أسيد ، فكتب عتاب إلى رسول الله ﷺ ، فنزلت : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ [البقرة : ٢٧٨ - ٢٨٨] ، [فكتب بها النبي ﷺ إلى عتاب بن أسيد وقال : « إن رضوا وإلا فأذنهم بحرب »] (١) .

قال ابن جريج : قال ابن عباس : (فأذنوا بحرب) : فاستيقنوا بحرب من الله ورسوله (٢) .

قال : وأهل الذمة في مبايعة أهل الحرب وأهل الإسلام في ذلك سواء ؛ لأن الذمي من أهل دار الإسلام ، فهو مأخوذ بأحكامهم إلا ما خصه الدليل (٣) .

قال : وما بطل من بيوع المسلمين بطل من بيوع أهل الذمة غير خصلتين : بيع الخمر والخنزير ، فإن بيع أهل الذمة ذلك بعضهم من بعض جائز ، كما يجوز [ذلك] في دار الإسلام ؛ وذلك لأن التصرف في الخمر والخنزير استثني لهم بعقد الأمان ، وما سواه حكمهم وحكم المسلمين فيه سواء .

وقد روي أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر : « إما أن تذرُوا الربا أو تأذنوا

(١) أخرجه الطبري بلفظه في تفسيره ، ٢٣/٦ ؛ وذكرها ابن حجر في الإصابة في تمييز الصحابة ٥٥١/٦ .

(٢) تفسير الطبري ، ٢٦/٦ .

(٣) انظر : الأصل ٧٣/٣

بحرب من الله ورسوله»^(١) ، فدلّ على أن الذمي في تحريم الربا كالمسلم ؛ | لما أمرهم بترك الربا| .

قال ﷺ: ومن هذا النوع بيع المولى من عبده إذا لم يكن عليه دين درهما بدرهمين جائز؛ وذلك لأنه يبيع ماله بعضه ببعض ، فلا يكون ما يأخذه بحكم العقد ، فلا يمنع منه ، وإن كان على العبد دين لم يجوز أن يأخذ منه درهمين بدرهم ؛ [لأن حق الغرماء متعلق بماله ، فكأنه أخذ درهماً بغير عوض ، وإن أعطاه درهمين بدرهم] لم يجوز [أيضاً] ؛ لأنه ليس بعقد في الحقيقة^(٢) ، فصار كأنه وهب لعبده درهمين وأخذ منه درهماً ، فلا يجوز ذلك لحق الغرماء .

فأما بيع المولى من مكاتبه فلا يجوز درهماً بدرهمين ؛ لأن المكاتب أحق باكتسابه من المولى ، فصار كالأجنبي .

وقالوا في المتفاوضين: إذا باع أحدهما من الآخر درهماً بدرهمين جاز ؛ لأن ما يشتريه كل واحد منهما يشتريه للشركة ، فكأنه باع المال بعضه ببعض .

وكذلك شريك العنان إذا باع أحدهما من الآخر درهماً بدرهمين من مال الشركة ، فإن كان من غير مال الشركة لم يجوز ؛ لأنهما في غير مال الشركة كالأجبيين ، [فلا يجوز ذلك] . والله ﷻ أعلم .



(١) لم أعثر عليه في كتب الأحاديث والآثار ، وإنما وأورده السرخسي في المبسوط ٥٨/١٤ ؛

والكاساني في البدائع ١٩٣/٥ .

(٢) هنا تكررت كلمة [أيضاً] المضافة من أ .

بَابُ الوكالة في الصرف وما في معناه



قال أبو الحسن: فإذا وَّكَّلَ رجلٌ رجلاً بصرفٍ بيعٍ أو شراءٍ، فإنه لا يجوز من ذلك للوكيل [ب/٣٧٥] إلا ما يجوز له لو كان مشترياً لنفسه في جميع ما ذكرت لك من وجوه الصرف، مما يجوز به الصرف وما يبطل؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل عندنا، فكأنه عقد لنفسه.

قال: وكذلك الحاكم يفعل ذلك ليقيم^(١) أو يُوكِّلُ من يفعل ذلك له، وكذلك أمين القاضي في تركة الميت؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالحاكم وبأمينه، إلا أن الضمان لا يلزمهم، فصاروا في تعلق الحق كالوكيل.

وكذلك الأب يبيع لابنه من أجنبي أو يشتري له، وكذلك الوصي؛ لأن الحقوق تتعلق بهما، وكذلك إذا اشترى الأب من مال ابنه لنفسه، فإنه يجوز من ذلك ما يجوز بين الأجنبيين؛ لأنه لا يملك مال ابنه، ولا يجوز أخذه بغير عوض.

وكذلك المضارب إذا باع من رب المال؛ لأن حق المضارب متعلق بمال المضاربة، فيجعل مالكة كالأجنبي. والله أعلم، [وبالله التوفيق].

[تم كتاب الصرف والله الحمد والمِنَّة، والصلاة والسلام على محمد وآله، يتلوه كتاب الرهن].



(١) في أ (ليتيم).

[٥٦] كتاب الرهن

قال عليه السلام: الرهن في الشرع عقد وثيقة بمال، وبذلك ينفصل عن الكفالة والحوالة؛ لأنهما عقد وثيقة بذمة، وينفصل عن المبيع في يد البائع؛ لأنه وثيقة (وليس بعقد على وثيقة)^(١).

والأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وروت عائشة (أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً بنسيئة ورهنه درعه)^(٢)، وروت أسماء بنت يزيد أنه صلى الله عليه وسلم (مات حين مات ودرعه مرهونة بوسق من شعير)^(٣)، وروى ابن عباس وأنس قالا: (كان للنبي صلى الله عليه وسلم درع عند يهودي، فلم يجد ما يفتكه حتى توفي)^(٤).

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم بُعِثَ والناس يرهنون، فأقرهم على ذلك، ولا خلاف في جواز الرهن في الجملة؛ ولأنه نوع عقد، فكان فيه ما يصح كسائر العقود.

٢٣٥٨ - فَصَّلَ: [الرهن في السفر والحضر]

قال أصحابنا: يجوز الرهن في السفر والحضر، ومن الناس من قال: لا يجوز إلا في السفر.

(١) ساقطة من أ.

(٢) أخرجه البخاري (١٩٩٠) في عدة مواضع؛ ومسلم (١٦٠٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٣٨).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٤٣٩).

لنا: حديث عائشة (أنه ﷺ استقرض بالمدينة من يهودي طعاماً ورهنه درعه)^(١)؛ ولأن كل عقد جاز في السفر جاز في الحضر، كعقد البيع.

وقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فإنما خص السفر؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يتمكن فيه من الشهود، فيستوثق بالرهن، وفي حال الحضر يتمكن من الاستيثاق بالشهود؛ فلذلك لم يذكر الرهن فيه. والله أعلم.

٢٣٥٩ - فَصْل: [القبض في الرهن]

ومن شرط الرهن القبض عندنا، وعند مالك: [يصح بالإ] يجب والقبول.

لنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فجعل القبض من صفات الرهن، وهذا يقتضي أن لا يوجد بغير^(٢) هذه الصفة؛ ولأنه عقد تبرع، بدلالة أن الإنسان لا يجبر عليه، فلا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه كالوصية.

[ولأن^(٣)] الراهن لو مات قبل أن يقبض لم يجبر الورثة على القبض، فلو تعلق الاستحقاق بعقده لزم ورثته كالمبيع. والله ﷺ أعلم.

٢٣٦٠ - فَصْل: [الحياسة في الرهن]

قالوا: ولا يجوز إلا مقبوضاً محوزاً منفصلاً من غيره، غير متعلق بما لم يقع عليه عقد الرهن.

(١) أخرجه البخاري (١٩٩٠)؛ ومسلم (١٦٠٣).

(٢) في أ (أن يوجد معه).

(٣) في ب (ولو أن) والمثبت من أ.

والكلام في الحيازة يقع في الرهن في رهن المشاع ، فعندنا لا يَصِحُّ ، وقال الشافعي : يَصِحُّ .

لنا : أنه عقد وثيقة [أ/٣٧٦] ليس فيه معنى التمليك ، فلا ينعقد في المشاع كالكفالة بالنفس ؛ ولأن يد المرتهن تصير مستحقة في الثاني بمعنى قارن العقد لحق الملك ، فصار كما لو رهنه يوماً ويوماً [لا] ^(١) .

[قال : وهذه] المسألة مبنية على أن استدامة قبض الرهن من حقوق المرتهن ، لا يجوز للراهن الانتفاع به ولا إجارته ،

[قال] : والدليل على ذلك أن المقصود منه الوثيقة ؛ وذلك لا يكون إلا باستدامة القبض بدلالة [أن العادة جرت] ^(٢) أنهم يرهنون ويحبسون الرهن ، ولأنه عقد من شرط صحته القبض ، فكان استدامة القبض حقاً للقبض كالهبة .

وإذا ثبت أن استدامة القبض من حقوق المرتهن فرهن المشاع ينعقد مع تعذر الاستدامة ، فلم ينعقد العقد مع مقارنة ما ينفي المقصود منه .

٢٣٦١ - فَصْل : [رهن المشاع]

وقد [قال أصحابنا] : أن رهن المشاع لا يجوز فيما يقسم وفيما لا يقسم ؛ [وذلك] لأن الإشاعة تؤثر ؛ لأنها تمنع استدامة القبض ، وهذا المعنى موجود في الجميع ، وفرقوا في الهبة بين ما يمكن قسمته وما لا يمكن ؛ لأن المانع من هبة المشاع أن الواهب فرط في التسليم الذي تصح به الهبة ؛ لأنه كان يقدر على

(١) في ب (رهن) والمثبت من أ .

(٢) في ب (العادة) والمثبت من أ .

القسمة ليسلم تسليمًا صحيحًا ، وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يقسم .

وقالوا في رهن المشاع: لا يجوز من الشريك ، وكذلك هبة المشاع ، وجوز [أبو] حنيفة إجارة المشاع من الشريك في الرواية المشهورة ؛ لأن المانع من الرهن عدم استدامة القبض ، وهذا المعنى موجود في الرهن من الشريك ؛ لأن المرتهن يمسكه يومًا رهنًا ويومًا يستخدمه ، وليس برهن ، والمانع من الهبة التفريط في الإقباض ، وهذا موجود في الشريك ، والمانع من الإجارة أن المستأجر لا يتمكن من استيفاء ما اقتضاه العقد إلا بالمهاياة ، وهذا المعنى لا يوجد في الشريك . والله أعلم .

٢٣٦٢ - فصل : [الإشاعة الطارئة في الرهن]

فأما الإشاعة الطارئة ؛ فذكر في كتاب الرهن أنها تمنع من الرهن .

وصورتها: أن يوكل الراهنُ العدلَ ببيع الرهن كيف رأى مجتمعًا ومتفرقًا ، فيبيع بعض العين^(١) ، أو يرهن قلبًا فيه عشرون درهمًا بعشرة دراهم ، فينكسر ، فيضمن المرتهن نصف القلب وهو حصة المضمون ، وتبقى حصة الأمانة رهنًا ، فيقطع حتى لا يكون مشاعًا .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه رجع عن هذا وقال: الإشاعة الطارئة لا تمنع صحة الرهن ، كما لا تمنع بقاء الهبة .

وجه رواية الأصل: أن الإشاعة تؤثر في الابتداء ؛ لأنها تمنع من استدامة قبض المرتهن ، وهذا المعنى موجود في الإشاعة الطارئة ، وليس كذلك الهبة ؛

(١) في أ (الرهن) .

لأن الإشاعة تمنع منها لتأثيرها في القبض ، واستدامة القبض ليس بشرط .

تبيّن الفرق بينهما: أن الواهب لو رجع في بعض الهبة بقيت الهبة في [الباقي]^(١) ، ولو تفاسخ الراهن والمرتهن بعض الرهن وأراد تبقية العقد في الباقي لم يجز .

وجه رواية ابن سماعة: أن حكم البقاء أقوى من حكم الابتداء ، بدلالة أن العدل يبيع الرهن ، فيصير الثمن في ذمة المشتري رهناً ولو رهنه في الابتداء [دينياً لم يجز ، فكذلك لا يمتنع أن يصحّ الرهن في المشاع في حال البقاء ، وإن لم يصح في حال الابتداء] ؛ ولأنه عقد من شرط صحته القبض ، فالإشاعة الطارئة لا تؤثر فيه كالهبة .

قال: ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجر حتى يحوزه ويسلمه إلى المرتهن ، ولا رهن في ذلك دون ثمرته ، ولا رهنهما دون [٣٧٦/ب] الأرض ، [ولا رهن في نخل ولا شجر في أرض دون الأرض ، وكذلك إن زرع أرضاً في أرض دون الأرض] ، أو رهن الأرض دون الزرع .

ولا يجوز رهن الأرض دون ما فيها من شجر أو نخل أو كرم ؛ وذلك لأنه إذا رهن أحدهما دون الآخر فالرهن متصل بما ليس برهن [غير منفصل عنه] ، فلا يجوز كرهن المشاع ، وإذا رهن الأرض دون ذلك فالرهن مشغول بما ليس برهن ، فلا يصحّ القبض فيه ، فلا يصح الرهن .

قال: وإن رهن النخل أو الشجر أو الكرم بمواضعه من الأرض ، جاز ذلك

(١) في ب (الثاني) والمثبت من أ .

عندهم جميعاً ؛ لأنه إذا رهنه بموضعه فقد رهن بقعة محوزة بما فيها من الشجر ، وإنما هي مجاورة لبقية الأرض ، ومجاورة الرهن لغيره لا تمنع صحة الرهن .

قال : وإن كان في ذلك ثمر دخل في الرهن ، وذلك لأن العقد لا يصح على النخل دون الثمر ، ودخوله في العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه ، وقد قصد إلى عقد صحيح ، فدخل فيه ما لا يصح إلا به ، وليس كذلك إذا باع النخل ؛ لأن بيع النخل دون الثمرة [لا] ^(١) يصح ، فلم يكن بنا حاجة إلى إدخال الثمرة بغير تسمية .

قال : وإن رهن أرضاً فيها نخل أو شجر أو كرم وقال : قد رهنتك الأرض دون النخل والشجر والكرم ، فإن الحسن روى عن أبي حنيفة : أن ذلك جائز ، وأما أبو يوسف ومحمد فقالا : الرهن باطل ، ولم يحكيا خلافاً ، (والمشهور : أن الرهن باطل) ^(٢) .

ووجهه : أن الرهن مشغول بما ليس برهن ، فصار كرهن الأرض التي فيها متاع ذلك الراهن .

وقد قال الحسن في روايته : أنه لو رهن الأرض دون البناء لم يصح ؛ لأن الرهن مشغول بالبناء ، وكذلك هو مشغول بالنخل والشجر .

وجه رواية الحسن : أن النخل عبارة عن البذر مع مكانه ، والشجر عبارة عن الخشب بموضعه ، ألا ترى أنه بغير موضعه جذع وليس بنخل ، فكأنه ^(٣) استثنى

(١) في أ (لأن بيعه دون النخل لا يصح) .

(٢) ساقطة من أ .

(٣) في أ (وكذلك إذا استثنى) .

النخل بمكانه من الأرض ، فيصير راهناً لما سواه ، وذلك جائز .

وليس كذلك إذا استثنى البناء ؛ لأنه عبارة عن الأنقاض^(١) دون مكانه ، فيدخل مكانه في الرهن ، وهو مشغول به فلا يصح ، وأما إذا رهن الأرض واستثنى النخل بمواضعه جاز في قولهم ؛ لأنه رهن ما سواه ، وذلك بقعة محوزه [مجاورة] لمكان النخل ، فيصح فيها الرهن .

قال : وإن رهن [بيتاً]^(٢) من دار بعينه أو طائفة من دار جاز عندهم جميعاً ؛ لأنه رهن بقعة محوزة [فجاز] .

قال : وإذا قال : قد رهنتك هذه الدار ، أو هذه [الأرض ، أو هذه] القرية فأطلق القول إطلاقاً ، ولم يخص شيئاً دون شيء ، دخل البناء والشجر والنخل والكرم الذي في الأرض في الرهن ، وكذلك يدخل الزرع والرطوبة [في الأرض] في الرهن .

أما البناء والغرس فيدخل في البيع وإن لم تفتقر صحة البيع إلى دخوله ، فلأن يدخل في الرهن وصحته تقف على دخوله أولى .

وأما الزرع والرطوبة فلا يدخلان في البيع ، ويدخلان في الرهن ؛ لما بيّنا في الثمرة أن الرهن لا يصح دون ذلك ؛ ودخوله فيه لا يخرج من ملك الراهن ؛ فلذلك دخل تصحيحاً للعقد .

قال : وإذا رهن الأرض بما فيها أو الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت إلى

(١) في أ (لأنها عن الأصل دون مكانها) .

(٢) في ب (شيئاً) والمثبت من أ .

ما بقي ، فإن كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده فهو باقٍ على الرهن بحصته من الدين ، وإن كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه يبطل الرهن كله ؛ وذلك لأن الاستحقاق يعلم به أن المستحق لم يدخل في الرهن ، فصار رهنًا لما بقي ، فإن جاز إفراده^(١) بالرهن صح رهنه ، وإلا لم يصح .

قال : ومن هذا النوع [أ/٣٧٧] قال الحسن عن أبي حنيفة : إذا رهنه داراً ، والراهن والمرتهن في جوفها ، فقال : قد سلمتها إليك أو دفعتها إليك رهنًا ، فقال المرتهن : قد قبلت ، لم تكن رهنًا حتى يخرج الراهن من الدار ، فإن خرج من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن إلا أن يقول الراهن : قد سلمتها إليك بعدما خرج منها ؛ [وذلك] لأنهما إذا كانا في الدار فيد الراهن ثابتة فيها ، فلم يصح تسليمه إلى المرتهن ، وإذا لم يصح ذلك التسليم حتى خرج احتاج إلى تحديد تسليم آخر .

قال : وإن كان في الدار متاع قليل أو كثير أو ثياب أو حبٌّ أو شيء مما ينتفع به ثم سلم الدار رهنًا ، وذلك فيها لم يتم الرهن حتى [يفرغ]^(٢) ذلك منها ؛ لأن الدار مشغولة بما فيها ، فيمنع ذلك من تسليمها .

قال : ولو رهنه الدار وما فيها وخلي بينه وبينها وهو خارج منها تمَّ الرهن ؛ [وذلك] لأن ما فيها يصح رهنه ، فإذا دخل في الرهن لم يمنع من صحة القبض في الدار ، ولا يقال : هلا أدخلتم المتاع في الرهن وإن لم يسمَّه طلبًا لتصحيح العقد كما أدخلتم الثمرة والزرع ؛ وذلك لأن الثمرة والزرع في حكم البائع للنخل

(١) في أ (إقراره) .

(٢) في ب (يسرع) والمثبت من أ .

والأرض ، ألا ترى أنه لو باعها بكل قليل أو كثير هو فيها دخل في البيع ، فأما المتاع ليس من حقوقها ، فلا يدخل من غير تسميته .

ولو رهنه دابة عليها حمل لم يتم الرهن حتى يلقي الحمل عنها ويدفعها ؛ وذلك لأنها مشغولة بالحمل ، كمشغل الدار بالمتاع ، فإن رهنه الحمل دون الدابة ودفعها إليه بالحمل كان ذلك رهناً تاماً في الحمل ؛ لأن الرهن ليس بمشغول بغيره ولا [هو] تابع له ، فصار كرهن متاع في دار خلّى بينه وبينه .

قال: فإن رهنه سرجاً على دابة أو لجاماً على رأس الدابة أو رسناً في رأسها ، ودفع إليه الدابة بالسرج واللجام والرسن لم يكن رهناً حتى ينزعه عن الدابة ثم يقبضه ، فيتم فيه الرهن .

قال: وهذا كله على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ؛ [وذلك] لأن السرج واللجام من توابع الدابة ، ولا يصح إفراده عنها بالرهن كثمرّة النخل ؛ ولهذا قالوا: لو رهنه دابة عليها سرج ولجام ورسن وذلك للراهن دخل في الرهن ؛ لأنها من توابعها ، فلا يصح إفرادها بالرهن دونه .

وقال ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف: لو أن رجلاً رهن رجلاً صوفاً على ظهر غنم لم يجز ذلك ، إلا أن يجزّ ويقبض ، وإن كان قبض الغنم والصوف على ظهرها لم يجز الرهن ؛ لأنه متصل بما ليس برهن ، فصار كالثمرّة .

قال: وإن رهنه وعاء من الأوعية وفيه متاع للراهن لم يفرغه وقبضه المرتهن بالمتاع لم يكن رهناً ، ولم يجز ، وهذا كبيت رهنه وهو مملوء طعاماً للراهن .

قال: ولو رهنه ما في البيت ثم خلى بينه وبينه ، فإن حَوَّله^(١) المرتهن فهو قبض ، وإن لم يحوله^(٢) فليس بقبض ، وليس قبض الرهن كقبض الشراء ، وقبض الهبة والصدقة مثل قبض الرهن ، فلم يجعل أبو يوسف التخلية قبضاً في الرهن حتى يوجد النقل والتحويل .

والمشهور عنهم خلاف ذلك ؛ لأن القبض إنما حصل بحكم عقد اعتبرت فيه التخلية ، كقبض المبيع .

لأبي يوسف: أن الاستحقاق في الرهن لما تعلق بالقبض دون ما تقدمه اعتبر فيه النقل والتحويل كقبض الغصب . والله ﷻ أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب ، وصلى الله على سيدنا محمد وسلم . [ب/٣٧٧]



(١) في أ (حمله) .

(٢) في أ (يحملة) .

بَابُ جَعْلُ الرَّهْنِ عَلَى يَدَيِّ عَدْلٍ



[قال أبو الحسن]: قال أصحابنا جميعاً: إن وقع عقد الرهن بين رجلين على أن يجعلاه على يدي رجل عدل بينهما فذلك جائز، وهو مقبوض، وقبض المرتهن وقبض العدل بمنزلة واحدة في صحة الرهن.

وقال ابن أبي ليلى: لا يصح الرهن بقبض العدل، وهو كرهن غير مقبوض. وجه قولهم^(١): أن القبض حق من حقوق المرتهن، فيملك أن يستوفيه بنفسه، ويملك أن يستوفيه بغيره كسائر حقوقه؛ ولأن يد العدل قائمة مقام يد المرتهن؛ (بدلالة أنه يملك فسخها ورد الشيء إلى الراهن، ولا يملك الراهن ذلك، فصار كأنه قبض بنفسه.

وقد قالوا في المبيع إذا جعل على يد عدل أن يد العدل قائمة مقام يد البائع^(٢)، وهما يستويان في المعنى؛ لأن العدل يمسك المبيع لحق البائع حتى يستوفي الثمن، فقامت يده مقام يده، والعدل في الرهن يمسكه لحق المرتهن حتى يستوفي دينه، فقامت يده مقام يده.

وقد روى ابن سماعة عن محمد: أن البائع إذا امتنع من تسليمه المبيع حتى يستوفي الثمن، فاتفقا على وضعه في يدي عدل، قامت يد العدل مقام يد البائع؛

(١) في أ (لنا).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

لأنه لما لم يسلم إلى المشتري لم يرض بإزالة يده عن المبيع ، فإن هلك المبيع انفسخ البيع .

وإن بدل التسليم إلى المشتري ، فاتفقا على وضعه على يد عدل ، قامت يد العدل مقام يد المشتري مثل مسألتنا ، فعلى هذا لا فرق بينهما .

ولا يقال: كيف يكون [يد] ^(١) العدل يد المرتهن ، (ولو أراد أخذ الشيء من يده لم يجز؛ لأن الوصي يقبض لحق اليتيم بيده بدله) ^(٢) ، ولو أراد اليتيم أخذ ذلك من يده لم يجز له [ذلك] .

قال: وكذلك لو شرطاً أن يقبضه المرتهن ، ثم يجعله على يدي رجل آخر؛ لأن يد العدل قامت مقام يد المرتهن ، فجاز أن يجعل ^(٣) بعد قبضه وقبل قبضه .

قال: وكذلك لو جعله على يدي عدل في الابتداء ، وجعله مسلطاً على أن يبيعه ، فذلك جائز ، وللعديل أن يبيعه ويوفي المرتهن الدين ، وليس لواحد منهما فسخ شيء من ذلك ؛ لأن الإذن في البيع توكيل في البيع للعدل من الراهن ، وتوكيله جائز ، كما لو وكله من غير رهن ، وليس للراهن أن يفسخ هذه الوكالة إذا كانت مشروطة في العقد ؛ لأنها لما شرطت فيه صارت من حقوقه ، ألا ترى أن الرهن الموكل ببيعه أوثق من الرهن الذي لم يوكل ببيعه ، وإذا صارت الوكالة من حقوق الرهن لم يكن للراهن إبطالها ، [كما ليس له إبطال القبض] ^(٤) .

(١) في ب (بدل) والمثبت من أ .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

(٣) في أ (يحصل) .

(٤) في ب (كما يملك إبطال القبض) والمثبت من أ .

وقوله ليس لواحد منهما فسخ شيء من ذلك ؛ فلأن الراهن لا يملك الفسخ لما بيننا ، والمرتهن لا يملك ؛ لأن العدل وكيل بالبيع لغيره .

قال : وكذلك لو مات الراهن أو مات المرتهن أو ماتا ، فإن العدل على أمره في إمساك الرهن وبيعه ؛ وذلك لأن الوكالة المشروطة في الرهن من حقوقه ، فلا تبطل بموت الراهن كالقبض ، ولا تبطل بموت المرتهن ؛ لأنه ليس بموكل ، وليس هذا كالوكالة المبتدأة بعد الرهن ؛ لأنها لما لم تشتط فيه لم تكن من حقوقه ، فجاز للموكل العزل عنها .

وهذا كما قالوا في الوكيل بالخصومة : أن المدعي إذا طالب خصمه عند القاضي بوكيل يقيمه ، فنصب له وكيلاً لم يجز للموكل عزله ؛ لأن حق الخصم تعلق بهذه الوكالة ، حتى تثبت بمطالبتة ، فلو كان وكَّله ابتداءً بالخصومة من غير [أ/٣٧٨] مطالبة جاز له عزله حين لم يتعلق بالوكالة حق الخصم .

قال : ولو مات العدل بطل ما جعل إليه من ذلك ، ولم يرق وارثه مقامه في ذلك ولا وصيه ؛ لأن العدل وكيل بالبيع والإمساك ، والوكالة لا تورث ؛ ولأن الموكل رضي [برأيه] ^(١) ولم يرض بوارثه ولا بوصيه .

قال : ولو جعله على يدي عدل وسلطاً رجلاً آخر على بيعه وتسليم ثمنه إلى المرتهن جاز ذلك ؛ لأن الإمساك والبيع كل واحد منهما ينفرد عن الآخر ، فجاز أن يتولاهما واحد ، وأن يتولاهما اثنان .

قال : وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن وسلطه الراهن على بيعه ، وذلك

(١) في ب (به) والمثبت من أ .

شرط في عقد الرهن ، فذلك جائز ، وليس لواحد منهما فسخ شيء من ذلك ، وهذا مثل الوجه الأول ، وقال الشافعي : لا يجوز توكيل المرتهن بالبيع .

لنا : أن ما جاز أن يشرط للعدل جاز للمرتهن كالإمساك ؛ ولأن الموكل المرتهن موكل باستيفاء الدين من ثمن الرهن ، وذلك جائز ، كما لو قال له : بع هذا الثوب - وليس برهن - فاستوف دينك من ثمنه .

قال : وإن لم يشرط البيع في عقد الرهن ، وجعل الراهن للمرتهن البيع أو العدل بعد ذلك فكلاً واحداً منهما [وكيل للراهن]^(١) ، فللراهن أن يفسخ الوكالة ، وكذلك إن مات بطلت الوكالة .

وروي عن أبي يوسف أنه قال في الوكالة الطارئة على عقد الرهن : إنها كالمشروطة في العقد .

وجه قولهم المشهور : أن هذه الوكالة لما انفردت عن العقد صارت وكالة مبتدأة ، فجاز [العزل]^(٢) عنها .

ولأبي يوسف : أنهما ألحقاها بالعقد [والملحق بالعقد] يصير كالموجود فيه .

قال : وليس لواحد من هؤلاء ، ولا للمرتهن أن يتصرف في الرهن بشيء غير الإمساك : لا يبيع ولا يؤاجر ، ولا يعير ، ولا يستخدم ، ولا يخرج عن يده إلى [يد] غيره ، وهو بمنزلة الوديعة في يده ، فما لا يجوز له في الوديعة من

(١) في ب (وكيلاً) والمثبت من أ .

(٢) في ب (العدل) والمثبت من أ .

التصرف فإنه لا يجوز له في الرهن ، وما جاز في الوديعة جاز في الرهن ، وله أن يسلم الرهن إلى زوجته وخادمه ومن في عياله من ولده وأُجْرَائِهِ الَّذِينَ يَتَصَرَّفُونَ فِي مَالِهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُرْتَهَنَ وَالْعَدْلَ يَمْسُكَانِ الرَّهْنَ [بِإِذْنِ] ^(١) الرَّاهِنِ ، وَهُوَ إِنَّمَا أُذِنَ فِي الْإِمْسَاكِ لِلتَّوَثُقِ ، وَلَمْ يُأْذَنَ فِي الْإِسْتِعْمَالِ ^(٢) وَلَا فِي الْإِجَارَةِ ، فَلَمْ يَجْزَ مَا لَمْ يُأْذَنَ فِيهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ لِلْمُودِعِ ^(٣) .

فَأَمَّا الْحِفْظُ مِمَّنْ فِي عِيَالِهِ فَلِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْحِفْظِ ، وَهُوَ يَحْفَظُ هُوَ لَا ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا فِي عِيَالِهِ ، صَارَ [ذَلِكَ] الشَّيْءُ فِي أَيْدِيهِمْ وَإِنْ لَمْ يَسْلَمْهُ إِلَيْهِمْ .

قَالَ : وَإِذَا قَبِضَ الْمُرْتَهَنُ الرَّهْنَ أَوْ الْعَدْلُ ، وَلَمْ يَكُنْ [شَرْطٌ] فِي الرَّهْنِ تَسْلِيْطٌ آخَرَ عَلَى بَيْعِهِ ، ثُمَّ وَكَّلَ الرَّاهِنُ بَيْعَهُ رَجُلًا بَعْدَ وَقُوعِ عَقْدِ الرَّهْنِ ، أَوْ سَلَّطَ عَلَى ذَلِكَ الْمُرْتَهَنُ أَوْ الْعَدْلُ ، فَهُوَ وَكِيْلٌ لِلرَّاهِنِ ، وَلَهُ أَنْ يَخْرُجَهُ عَنْ ذَلِكَ وَيُنْهَاهُ عَنْهُ .

وَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ بَطَلَ مَا جَعَلَهُ الرَّاهِنُ إِلَى الْوَكِيْلِ مِنْ ذَلِكَ ؛ [وَذَلِكَ] لِمَا قَدَّمْنَا أَنَّ الْوَكَالَاتَةَ إِذَا لَمْ تَشْتَرَطْ فِي الرَّهْنِ جَازًا لِلْمُوكَلِّ الْعِزْلَ عَنْهَا ، وَإِذَا بَطَلَتْ بِالْعِزْلِ بَطَلَتْ بِالْمَوْتِ .

قَالَ : وَإِنْ بَاعَ الْعَدْلُ الرَّهْنَ فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ ، وَصَارَ الثَّمَنُ هُوَ الرَّهْنُ ، كَانَ الثَّمَنُ مَقْبُوضًا أَوْ غَيْرَ مَقْبُوضٍ ، فَإِنْ تَوَى عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ بَعْدَ أَنْ قَبِضَهُ الْعَدْلُ تَوَى مِنْ مَالِ الْمُرْتَهَنِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ انْتَقَلَ الْمَلِكُ فِيهِ إِلَى الْمُشْتَرِي ،

(١) فِي ب (بِأَمْرٍ) وَالْمُثَبِّتُ مِنْ أ .

(٢) فِي أ (الاستخدام) .

(٣) فِي أ (الوديعة) .

واستحال أن يبقى رهناً بعد صحة انتقال الملك فيه ، وإنما صار الثمن رهناً ؛ لأنه قام مقام الرهن ، فتعلق [ب/٣٧٨] به من الحكم ما تعلق به ، وليس يمتنع أن يكون رهناً وإن لم يقبض ؛ لأنه قام مقام ما قبض ، فزوال القبض فيه لا يخرج عن كونه رهناً ، كما لو استعار الراهن الرهن .

وأما قوله (إن الثمن إذا توى كان من مال المرتهن) ؛ فلأنه قام مقام الرهن ، فصار هلاكه [كهلاك الرهن ، فيكون من ضمان المرتهن] .

ولا يقال: كيف يكون مضموناً عليه وليس في قبضه ، وهلاً كان كهلاك الرهن في يد الراهن ، أو في يد المستعير من الراهن ؛ وذلك لأن الدين يثبت في ذمة المشتري لحق المرتهن ، فصار كونه في ذمة المشتري لكونه في يد المرتهن أو في يد المودع ، وكذلك إن قتل الرهن فغرم القاتل قيمته أو قتله عبد فدفع به ، فقد صار ما دفع عن العبد [رهناً] ؛ لأنه قام مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق [بالأصل] (١) .

قال: فإن قبض العدل الرهن وهو مسلط على البيع ، فباع وقبض الثمن وسلمه إلى المرتهن ، ثم استحق العبد أو رُدَّ بعيب بقضاء قاضٍ ، فللمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ، والعدل إذا رجع عليه بالخيار: إن شاء رجع على المرتهن وعاد الدين على الراهن ، وإن شاء عاد على الراهن ، وكان ما قبض المرتهن منه بدينه ، قال ذلك أبو يوسف ، إنه مخير في العيب والاستحقاق .

وأما الرجوع [عليه إن شاء رجع] على العدل ؛ فلأن ذلك من حقوق العقد ، وهي عندنا متعلقة بالعاقدة ، فإن كان العدل قبض الثمن وسلمه إلى المرتهن فهو

(١) في ب (به) والمثبت من أ .

بالخيار: إن شاء رجع على المرتهن، وإن شاء [رجع] على الراهن، أما المرتهن؛ فلأنه سَلَّم إليه مالاً حقه يتعلق به، ألا ترى أنه لو لم يسلم إليه تخلص من المطالبة بدفعه إلى المشتري، فصار المرتهن من هذا الوجه كالراهن، وكغاصب الغاصب، إلا أنه لا يرجع عليه (إلا بمقدار ما أعطاه؛ لأن الرجوع إنما يثبت لأجل قبضه، فلو لم يقبض لم يرجع عليه)^(١)، فإذا قبض لزمه مقدار المقبوض.

وأما الرجوع على الراهن فلأن البيع وقع لحقه وبأمره؛ ولأنه أدخل العدل في هذا الضمان، فكان عليه خلاصه، فإن رجع على المرتهن عاد دينه على الراهن؛ لأن القضاء انفسخ وصار كأن لم يكن، وإن رجع على الراهن صحَّ قبض المرتهن؛ لأن المقبوض سلم له، فكأن الاستحقاق في حقه لم يكن، فأما إذا لم يسلم العدل الثمن إلى المرتهن، فلا رجوع له عليه؛ لأن البيع وقع على ملك الراهن وبأمره، فالرجوع عليه، وإنما يثبت له الرجوع على المرتهن لأجل قبضه الثمن، فإذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل.

قال: وإن كان الراهن سَلَّط العدل على بيع الرهن بعد عقد الرهن على غير شرط، كان في عقد الرهن، فهو وكيل الراهن خاصة، وما لزم العدل بالبيع رجع به على الراهن خاصة قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض؛ وذلك لأن التوكيل بعد العقد إنما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن، ألا ترى أن المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع، ولا يمنع الراهن عن عزله، وإذا أوقعت الوكالة خاصة لحق الراهن لم يثبت [له] الرجوع على غيره، وصار كمن وكَّل رجلاً ببيع شيء وأن يقضي بثمنه [ديناً له]، ففعل، ثم لزمه ضمان، لم يرجع به على

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

[المقضي له] (١).

وليس كذلك الوكالة المشروطة في [الرهن] (٢)؛ لأنها لحق المرتهن؛ بدلالة أنه يملك المطالبة بالبيع، ويمنع الراهن من العزل، فإذا وقع البيع لحقه وسلم له عوضه، جاز أن يلزمه الضمان.

وقد قالوا: إن العدل إذا قبض الثمن فهلك في يده كان من ضمان المرتهن؛ لأنه [١/٣٧٩] بدل عن الرهن، فصار هلاكه كهلاك الرهن، وإذا أقر العدل أنه قبض الثمن وسلمه إلى المرتهن فأنكر المرتهن، فالقول قول العدل، وقد بطل دين المرتهن فيما قبض؛ وذلك لأن العدل أمين فيما في يده، والقول قول الأمين في براءة نفسه، ولا يقبل قوله في إيجاب الضمان على غيره، فلا يصدق في تسليمه [الدين] (٣) إلى المرتهن، ويصير كأن الثمن هلك في يده فيسقط الدين من طريق الحكم.

وقد قالوا: إن الرهن إذا كان نخلاً أو شجراً أو حيواناً فما حدث من ذلك من ثمرة أو ولد أو لبن، وكل ما يكون من نفس الرهن مما يكون رهناً مع ما نما منه، فإن للعدل أن يبيعه مع الرهن، وحكمه في ذلك حكمه، وكذلك ما قام مقام الرهن من عبد قتله فدفع به، أو فقأ عينه فدفع بها؛ وذلك لأن الوكالة إذا شرطت في العقد فهي من حقوقه، فتعلقت بالنماء والبدل كما يتعلق الإمساك بذلك.

وقد قالوا في الراهن إذا كان هو العدل في الرهن: فإن كان الرهن لم

(١) في ب (المقبض) والمثبت من أ.

(٢) في ب (العقد) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الثمن) والمثبت من أ.

يقبض^(١) من يده فليس برهن ، وإن كان المرتهن قبضه وجعل الراهن مسلطاً على بيعه فهو رهن ، وبيع الراهن منه جائز ؛ [وذلك] لأن تمام الرهن يتعلق بالقبض ، فإذا لم يقبض لم يصح الرهن .

وأما إذا قبض ثم جعل الراهن مسلطاً على البيع جاز ؛ لأن الراهن يملك بيع ملك نفسه ، وإنما منع منه لحق المرتهن ، فشرط المرتهن يؤثر في إسقاط حقه من البيع^(٢) ، وبيع الراهن لحق الملك لا بالتسليط .

وقد قالوا فيمن رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند محل الدين ، فلم يقبض الرهن حتى حل الدين ، فالرهن باطل ، وبيع العدل جائز ؛ لأن تمام الرهن موقوف على القبض ، ولم يوجد ، والوكالة تنفرد عن الرهن ، فجاز البيع وإن لم يصح الرهن .

وكذلك قالوا فيمن رهن سهماً^(٣) مشاعاً وسلط العدل على بيعه : فالرهن باطل ، والوكالة صحيحة ؛ لأن الوكالة تنفرد عن الرهن ، فبطلان الرهن لا يوجب بطلانها .

وقد قالوا : إذا جعل عدلاً في الإمساك والحفظ وعدلاً آخر في البيع فهو جائز ؛ وذلك لأن الوكالة بكل واحد من الأمرين تنفرد عن الآخر ، فجاز أن يتولاهما اثنان ، ولا يملك الراهن عن العدل ؛ لأن وكالته مشروطة في العقد ، وكذلك إن مات الراهن لم ينعزل .

(١) في أ (فإن الرهن في يده لم يقبض) .

(٢) في أ (المنع) .

(٣) في ب (رهناً) .

وقد قالوا في المرتهن إذا طالب الراهن بحقه فقال الراهن للعدل: بع الرهن وأوفه حقه، فقال المرتهن: لا أريد البيع، وإنما أريد حقي، [فله] ذلك؛ [لأن البيع إخراج العين من الرهن، ونقل حق المرتهن إلى العوض، فله أن يمتنع من ذلك].

وإن طالب المرتهن العدل بالبيع، فقال له الراهن: لا تبع، فأبى العدل أن يبيع، (حبس)^(١) حتى يبيع؛ لأن البيع ثبت لحق المرتهن، وقد طالب بحقه، والراهن لا يملك العزل، فنهيه لا يتعلق به حكم.

وأما العدل فلما قبل الوكالة المشروطة في الرهن، وجب عليه البيع، فلم يجز له الامتناع منه لتعلق حق الغير به.

وقال محمد في الزيادات: إن للعدل أن يبيع بالنقد والنسيئة؛ لأن عموم الأمر بالبيع يقتضي الأمرين، إلا أن يكون الراهن نهاه عند عقد الرهن أن يبيع بنسيئة؛ لأنه حين وكَّله [حينئذ] وكالة خاصة، وإن كان أطلق الوكالة، ثم قال له بعد ذلك: لا تبعه بالنسيئة، فبيعه بالنسيئة جائز؛ لأن إطلاق الأمر اقتضى جواز البيع بالنسيئة، وهو لا يملك تغيير ما اقتضته [٣٧٩/ب] الوكالة.

وقد قال الحسن: لو رهنه رهناً وسلطه على بيعه، ولم يقل عند محل المال، ولم يوقت له وقتاً، كان له أن يبيع الرهن متى شاء، قبل أن يحل المال وبعده؛ لأنه أطلق الأمر بالبيع، ولم يخصه بزمان [دون زمان]، فإن باع قبل أن يحل الدين كان ثمن الرهن رهناً مكانه حتى يحل المال فيقضيه؛ لأن الثمن قام مقام الرهن، والمرتهن لا يملك الاستيفاء، فصار الثمن رهناً.

(١) في أ (أجبر).

وقال بشر بن الوليد عن أبي يوسف: في رجل رهن رهناً من عند تاجر على أن وضعه على يدي سيده، لم يجز الرهن إن كان على العبد دين أو لم يكن، ولو أن المولى هو الذي رهن الرهن بدين عليه، فوضع الرهن على يدي عبده جاز ذلك؛ [وذلك] لأن المولى لا يجوز أن يكون وكيلاً للأجنبي في استيفاء الدين من عبده، كما لا يجوز أن يكون وكيلاً باستيفائه من نفسه وقبض العدل للاستيفاء، ويجوز أن يكون العبد وكيلاً للأجنبي باستيفاء الدين من مولاه؛ لأنه لا يملك مال المولى، فجاز أن يكون قابضاً للرهن الذي يتعلق بقبضه الاستيفاء.

وقد ذكر هذه المسألة ابن سماعة في نوادر محمد عن أبي حنيفة مثله، وقال أبو يوسف: لو أن مكاتباً ارتهن أو رهن، [فجعل الرهن] على يدي مولاه، أو على يدي المكاتب، فإن ذلك يجوز للمكاتب إذا ارتهن أن يجعله على يدي مولاه، وكذلك إذا رهن المولى على أن يكون في يد المكاتب [جاز]؛ لأن كل واحد منهما لا يملك ما في يد الآخر كالأجنيين.

قال: ولو كان للراهن مفاوضاً فجعل الرهن على يدي شريكه المفاوض، فإنه لا يكون رهناً، ولا يكون هذا مقبوضاً؛ لأن يد كل واحد من المتفاوضين كيد الآخر، فكأن الراهن لم يخرج الرهن من يده.

قال: وكذلك شريك العنان في التجارة [إذا رهن] بدين فيها؛ لأن تصرف كل واحد منهما في تجارتها يقع للآخر، فأما إن كان من غير التجارة فهو جائز في المتفاوضين وشريكي العنان؛ [وذلك] لأن كل واحد منهما فيما لا يدخل في الشركة كالأجنيين.

ولو رهن المضارب رهناً في المضاربة بدين فيها، فوضعه على يدي رب

المال لم يكن رهناً، سواء رضي بذلك رب المال أو لم يرض؛ [وذلك] لأن مال المضاربة ملكه، ويد المضارب فيها كيده، فكأنه لم يخرج من يد [الراهن]؛ ولذلك لو كان رب المال هو الراهن بعض متاع المضاربة بدين فيها على أن وضع الرهن على يد المضارب، فإنه لا يكون رهناً؛ لأن تصرف رب المال في مال المضاربة برضى المضارب يقع للمضارب، فكأنه هو [الذي] رهن.

قال: وكذلك رجل اشترى لابن له صغير شيئاً، ورهن رهناً ووضع على يد نفسه، فإن الشراء جائز والرهن باطل؛ لأن حقوق المداينة تتعلق [بالأمر]^(١)، فإذا رهن وبقي الرهن في يده لم يوجد ذلك القبض.

قال: وكذلك الكفيل بالمال يرهن رهناً ويضعه على يدي المكفول عنه، أو يرهن المكفول عنه فيضعه على يدي الكفيل، فهذا كله باطل لا يكون رهناً؛ [وذلك] لأن كل واحد من الكفيل والمكفول عنه لا يجوز أن يكون وكيلاً في قبض الدين من الآخر، فلم يجوز أن يكون عدلاً في الرهن.

وقال أبو يوسف في الجوامع: إذا مات العدل لم يبطل الرهن، ويوضع على يد عدل آخر عن تراض منهما، فإن وقع [فيه] اختلاف وضعه القاضي [١/٣٨٠] على يدي عدل بينهما؛ لأن موت العدل كموت المرتهن، وذلك لا يبطل الرهن، إلا أن الراهن لم يرض بيد المرتهن ولا بيد ورثة العدل، فإن اتفقا على عدل آخر صار الرضا به كالرضا في الابتداء.

وإن اختلفا فقد امتنع من حق عليه، وامتنع المرتهن عن الرضا عمن يدعي الراهن أنه رضي به، فقام القاضي مقامهما؛ [وذلك] لأنه يملك أن يلزم الراهن

(١) في ب (بالأب) والمثبت من أ.

فعل ما عليه من نصب العدل ، ويملك [تغيير] (١) العدل للمرتهن إذا أبى المرتهن الرضا بمن يجوز الرضا به .

قال : وليس لهذا العدل الثاني أن يبيع ؛ لأن الراهن لم يوكله بالبيع ، وإنما وكل الأول .

قال أبو حنيفة : إلا أن يموت الراهن ؛ لأنه إذا مات وُلِّي القاضي عليه في قضاء ديونه .

قال أبو يوسف : أحسن ذلك عندي أن يأمر القاضي - إذا أعذر - في الرفق بالأمر وتأن فإنه يبيعه كما يبيع عبداً له آخر ليس برهن ، هذا أحسن ما سمعنا في ذلك ، وإنما يعني أنه يتأنى بالراهن حتى يقضي دينه ، فإن امتنع ولي عليه في بيع هذا العبد كما [يلي] عليه عند أبي يوسف في بيع أمواله .

٢٣٦٣ - فُصِّلَ : في اختلاف العدل والراهن والمرتهن فيما بيع به الرهن

قال أصحابنا : إذا باع العدل الرهن وأقر الراهن والمرتهن بالبيع ، فقال الراهن : بعته بمائة درهم والدين مائة ، وقال المرتهن : بعته بخمسين أعطيتها ، وصدق العدل الراهن ، فإن القول قول المرتهن مع يمينه ؛ وذلك لأن الرهن خرج من الضمان بالبيع وانتقل الضمان إلى البدل ، فإذا اختلفا في مقدار ما انتقل إليه [من] الضمان ، كان القول قول المرتهن كما لو هلك الرهن واختلفا في قيمته .

ولو قامت لهم بينة كانت البينة بينة الراهن والعدل ؛ وذلك لأنها تثبت زيادة ضمان بنفيه بينة المرتهن .

(١) في ب (تعيين) والمثبت من أ .

ولو لم يقر الراهن بالبيع وقال: مات الرهن في يدي العدل، كان القول قول الراهن إذا كان قيمة الرهن والدين سواء يوم قبض الرهن؛ [وذلك] لأن الرهن مضمون بالقبض، فإذا ادّعى العدل والمرتهن خروجه من الضمان، وانتقال ذلك إلى غيره لم يقبل قولهما.

وقال الحسن بن زياد في كتاب الرهن: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً ارتهن رهناً على أنه مسلط على بيعه، ثم قال: قد بعته وفي الرهن وفاء، فإن أبا يوسف قال: إذا كان الرهن يساوي ألفاً وهو رهن بألف، والمرتهن مسلط [على] بيعه فقال [المرتهن]: قد بعته بألف أو أكثر، فالقول قوله مع يمينه، وإن قال: بعته بتسعمائة لم يقبل قوله، فكأنه ضاع، ولا يرجع على الراهن بالنقصان، إلا أن يجيء ببيّنة أنه باعه، أو يصدقه الراهن أنه باعه.

ولو قال: بعته بألف أو أكثر، وقال المرتهن: لم أبعه إلا بتسعمائة، فالقول قول المرتهن مع يمينه، ويرجع على الراهن بالمائة، وهذا على ما قدمنا أن الرهن مضمون، فإذا ادّعى المرتهن انتقال الضمان إلى الثمن وهو أقل من المضمون، لم يقبل قوله إلا أن يبيّنه أو يصدقه الراهن.

وكذلك لو ادّعى العدل أنه باعه بتسعمائة ولا يعلم ذلك إلا بقوله، وقال الراهن: لم يبعه، لم يكن على العدل إلا تسعمائة مع يمينه، ويصير الرهن كأنه ذهب بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن [إلا] بالمائة [الفاضلة؛ وذلك] لأن العدل مؤتمن، فالقول قوله مع يمينه في براءة نفسه، ولا يقبل قوله في إسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به، ولا في إثبات الرجوع [ب/٣٨٠] على الراهن.

وذكر ابن شجاع عن الحسن بن زفر: في رجل رهن متاعاً يساوي مائتين

بمائة ، وسلط المرتهن على بيعه فاتضع المتاع ، فقال المرتهن: بعته بخمسين ومائة ، وكذبه الراهن ، أن الخمسين والمائة بينهما نصفان .

وكذلك إن قال: بعته بمائة أو أقل أو أكثر؛ وذلك لأن نصف الرهن أمانة ، فالقول قول المرتهن فيه كالمودع ، والنصف الآخر مضمون ، فلا يقبل قوله في إسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به .

وسوى زفر في ذلك بين أن يصدق الراهن على البيع أو يكذب ؛ لأن المرتهن في الوجهين [جميعاً] يدعي بغير الضمان عما وقع عليه القبض ، فلا يصدق .

وقال في الأصل: في رجل رهن عند رجل عبداً على مائة وقيمته مائة ، وجعل المرتهن وكيله^(١) بأن يبيعه عند محل المال ، فأقام المرتهن بينة أنه باعه بتسعين وقبضها ، وأقام الراهن بينة أنه مات في يد المرتهن ، قال: فإني آخذ ببينة المرتهن أنه باعه بتسعين ، وكذلك رواه ابن سماعة ، عن محمد في نواتره .

وقال أبو يوسف في الأمالي: رواية ابن سماعة: البينة بينة الراهن .

وجه ما في الأصل: أن الحاصل من بينة الراهن أن المرتهن لم يبيع [وبينة] المرتهن تثبت البيع ، فكان المثبت أولى .

لأبي يوسف: أن بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيه بينة المرتهن ، فهي أولى .

وقال ابن رستم ، عن محمد: في رجل أسلم إلى رجل في طعام أو ثياب وأخذ رهناً بالسلم فيه ، فإن أوفاه عند محله وإلا باعه ، [فإن باعه] بطعام أو ثياب

(١) في أ (مسلطاً على بيعه) .

أو غير ذلك جاز عند أبي حنيفة، وقال محمد: يبيع [بالدراهم]^(١) والدنانير أو بجنس المسلم فيه.

قال أبو الحسن: فهذا عندي [قياس] قول أبي يوسف.

وهذا فرع على اختلافهم في الوكيل بالبيع: عند أبي حنيفة يبيع بالأثمان وغيرها، وعندهما: لا يبيع إلا بالأثمان، إلا أنهما جوّزا هاهنا بجنس المسلم فيه؛ لأن الغرض من البيع إيفاء الدين، فصار البيع بمثل الدين معلوماً بدليل، فإن باعه بغير جنسه من العروض لم يجز على أصلهما. والله ﷻ أعلم.



(١) في ب (بالراهن) والمثبت من أ.

بَابُ مَا يَجُوزُ الْاِرْتِهَانُ بِهِ

قال أبو الحسن: الرهن جائز بالديون كلها ما كانت ومن أي وجه ثبتت^(١).

قال: وجملة هذا، أن الرهن لا يخلو [إما] أن يكون بدين أو بعين، فإن كان بدين جاز بكل حال، سواء كان الدين من الأثمان أو [من] غيرها، وبأي وجه يثبت من وجوه الضمان؛ لأن الرهن للاستيفاء، والدين يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، فجاز الارتهان به.

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين: ما كان منها مضموناً بنفسه كالغصوب، جاز الرهن بها، والمضمون بنفسه ما يجب عند هلاكه مثله إن كان له مثل، وقيمته إن لم يكن له مثل، وإنما جاز الرهن بذلك؛ لأنه مضمون ضماناً صحيحاً، فأمكن استيفاء المضمون من الرهن [فجاز الرهن] به.

وأما الأعيان المضمونة غيرها فلا يجوز الرهن بها كالمبيع في يد البائع؛ وذلك لأنه لا يجب بهلاكه حق على الضامن يستوفى من الرهن وإنما يبطل بهلاكه البيع ويسقط الثمن، [فعاد] كما ليس بمضمون.

فأما الأعيان التي ليست بمضمونة كالودائع والعواري [أ/٣٨١] والمضاربات والشركة، فلا يجوز الرهن بها؛ لأن مقتضاها الضمان، فما ليس بمضمون لا يوجد معنى الرهن فيه^(٢).

(١) في أ (كانت).

(٢) في أ (لا يوجد فيه هذا المعنى).

قال: ويجوز الرهن بالأعيان المتزوج عليها والمخالع بها والمصالح عليها من دم العمد؛ وذلك لأنها مضمونة بأنفسها، ألا ترى أنها إذا هلكت وجب مثلها إن كان لها مثل، وقيمتها إن لم يكن لها مثل.

وأما إذا تزوج على دراهم بعينها وأعطاهها بها رهناً، لم يجز في قول أصحابنا، وقال زفر: يجوز.

وهذا فرع على اختلافهم في تعيين الدراهم، فعندنا أنها لا تتعين، وإنما يجب مثلها في الذمة، فقد أخذ رهناً بما ليس بمضمون، وعند زفر: أنها تتعين كالثياب.

قال: فإن هلك الرهن وقد أخذ بشيء من هذه الأعيان المضمونة بأنفسها، فإنه يقال لمن في يده تلك العين: سلّم ما في يدك وخذ من المرتهن الأقل من الدين ومن قيمة الرهن.

وذلك لأن الرهن عندنا مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا هلك صار كأنه استوفى ما هو مضمون به.

قال: فإن هلكت الأعيان قبل الرهن فالرهن رهن بقيم تلك الأعيان؛ لأنه هو المضمون، فإذا هلك الرهن بعد هلاك الأعيان هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة العين التي كان^(١) رهناً بها، وعلى ما قدمنا.

قال: وإذا أعطى رهناً بالمبيع، فالرهن باطل، وإن هلك ذهب بغير شيء.

قال: وجملة هذا، أن الرهن على ثلاثة أضرب: رهن جائز: وهو الرهن

(١) في أ (الذي كان عليه رهناً).

بالديون والأعيان المضمونة بأنفسها، ورهن فاسد: كالرهن بالخمير، ورهن باطل: كالرهن بالودائع والأعيان المضمونة بغيرها.

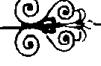
فالصحيح من الرهن يتعلق به الضمان على ما نبينه [من بعد]، والفساد يتعلق به الضمان كما يتعلق بالبيع الفاسد الضمان على ما يتعلق بصحته، والباطل لا يتعلق به الضمان كالبيع بالميتة والدم.

وإذا ثبت هذا، قلنا: الرهن بالبيع باطل؛ لأنه ليس في مقابلته حق مضمون بنفسه، ألا ترى أن المبيع إذا هلك سقط ضمانه، ولا يجوز أن يكون رهناً بالثمن؛ لأن الثمن حق للبائع على المشتري، ولا يجوز [أن يعطي به رهناً]^(١).

قال: فإن هلك الرهن في يد المشتري فالبيع على حاله؛ لأن الرهن لم يقع عليه عقد البيع، فهلاكه لا يؤثر فيه، ولو أعطى المؤاجر رهناً بعيد الإجارة، فالرهن باطل؛ لأنه ليس بمضمون عليه، ألا ترى أنه إذا هلك انفسخت الإجارة، وأما الرهن بالأمانات والودائع والعواري فهو رهن باطل، لا يتعلق به ضمان؛ لأنه ليس في مقابلته حق مضمون، فصار كالبيع بالميتة لما لم يكن في مقابلته عوض.

وقد قالوا في قتل العمد: إذا صالح الولي على عبد أو ثوب بعينه ورهن بذلك رهناً مقبوضاً جاز، وهذا على ما قدمنا أن البدل مضمون بنفسه، فإن كان القتل خطأ فصالحه من ذلك على عبد أو ثوب أو شيء مما يكال أو يوزن بعينه ثم رهنه بذلك رهناً مقبوضاً، لم يجز؛ لأن البدل هاهنا غير مضمون بنفسه، ألا ترى أنه مملوك بسبب يلحقه الفسخ، فإذا هلك انفسخ الصلح، فصار كالبيع. والله أعلم.

(١) في ب (أن يعطيه) والمثبت من أ.



بَاب

ما لا يجوز ارتهانه والارتهان به



قال أبو الحسن: كل ما لا يجوز بيعه برضا المتعاقدين عليه فلا يجوز رهنه ، فلا يجوز رهن حر ولا مُدَبَّر ولا مكاتب ولا أم ولد؛ وذلك لأن الرهن مقبوض للاستيفاء، والدين لا يمكن [٣٨١/ب] استيفاؤه من هذه الأعيان، فلم يجز ارتهانها.

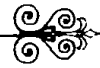
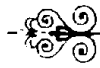
قال: ولا يجوز أن يرتهن المسلم خمراً ولا خنزيراً ولا يرهن، وسواء كان المتعاقدان مسلمين أو أحدهما؛ وذلك لأن الرهن للإيفاء، والمسلم لا [يمكن] (١) أن يوفي دينه من الخمر، والارتهان للاستيفاء، والمسلم لا يمكن أن يستوفي دينه من الخمر (٢)، وإن كان بين المسلم والذمي؛ لأن المسلم إن كان هو المرتهن لم يجز أن يستوفي دينه من الخمر، وإن كان هو الراهن لم يجز أن يوفي بها.

إلا أن الراهن إذا كان ذمياً فالخمر مضمونة على المسلم لحق الذمي، كما يضمنها بالغصب، وإن كان المرتهن ذمياً لم يضمنها لحق المسلم، كما لا يضمنها في الغصب.

قال: ويجوز ارتهان الخمر والخنزير بين أهل الذمة؛ لأنها مال لهم، فالخمر عندهم كالعصير عندنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا، وأما رهن الميتة والدم فلا يجوز من ذمي ولا غيره؛ لأنها ليست بمال، ولا يجوز التصرف فيها.

(١) في ب (يملك) والمثبت من أ.

(٢) العبارات مختلفة بين النسختين هنا، والمؤداة واحدة.



قال: ولا يجوز الرهن بقصاص في نفس أو فيما دونها؛ وذلك لأن الحق لا يمكن استيفاؤه من الرهن، فلا يصح الرهن به، فإن كانت الجنايات خطأ جاز الرهن بأروشها؛ لأنه يمكن استيفاء الأرش من الرهن.

ولا يجوز الرهن بالكفالة في النفس؛ وذلك لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل، ألا ترى أنه إذا هلك لم يلزمه بهلاكه شيء، فلا يصح الرهن به؛ ولأن المضمون هو الإحضار، وذلك لا يمكن استيفاؤه من الرهن.

ولا يجوز الرهن بالشفعة؛ لأن المبيع ليس بمضمون على المشتري للشفيع، بدلالة أنه لو هلك لم يلزم المشتري ضمانه، ولا يصح الرهن بالعبد الذي في رقبته الجنايات على بني آدم، وكذلك العبد الذي في ذمته الديون لا يجوز للغريم أن يأخذ بها رهناً من المولى؛ وذلك لأن الرقبة الجانية ليست بمضمونة على المولى، وكذلك المدينة إذا هلكت لم يلزمه شيء^(١).

قال: ولا يصح الرهن بضمان الدرك، وكذلك لو قال رجل لآخر: ما بايعت فلاناً فثمنه عليّ، فأخذ المقول له من القائل رهناً بذلك قبل المبايعه لم يجز؛ لأن الضمان في المسألتين غير ثابت في الحال، وإنما هو متعلق بشرط، فلا يجوز الرهن بحق غير مضمون.

قال: وكذلك رجل استأجر نائحة أو مغنية، وأعطاهما بالأجر رهناً فضاع في يدها، لم يكن عليها في الرهن ضمان؛ [وذلك] لأن الإجارة لذلك باطلة والأجر غير مضمون، والرهن إذا لم يكن في مقابله شيء مضمون كان باطلاً.

(١) العبارة جاءت في أبصيغة الجمع بهذه الفقرة.

قال: ورهن المشاع والثمرة المعلقة بالنخل وما في هذا المعنى مما قدمنا ذكره قبل هذا الباب ، فإنه إذا هلك ذهب بغير شيء ؛ لأن القبض في هذه المواضع لا يصح ، والرهن إنما يتعلق ضمانه بصحة القبض .

قال: ومن هذا النوع قال محمد في الجامع الكبير: إذا ادعى رجل ألف درهم على رجل [قرضاً] ، فجحدها ثم صالحه من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهناً يساوي خمسمائة فضاع عنده ثم تصادقا على أن ذلك المال كان باطلاً؛ فإن^(١) على الذي هلك الرهن في يده أن يرد على الراهن خمسمائة .

وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره: في رجل ادعى على رجل ديناً^(٢) فرهنه به عبداً فهلك الرهن ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء ، قال: لم يضمن الرهن .

لأبي يوسف: [٣٨٢/أ] أنهما إذا تصادقا على بطلان الدين ، فقد قبض الرهن وليس هناك دين مضمون فلا يتعلق به ضمان .

لمحمد: أنه قبضه بمال^(٣) مضمون في الظاهر ، فصار كالمقبوض بالدين الثابت .

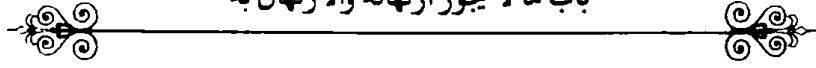
قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل عبداً بألف درهم وقبض العبد ، وأعطى بالألف رهناً يساوي ألفاً ، فهلك الرهن عند المرتهن ، ثم قامت البينة أن العبد حر ، أو استحق العبد ولم يوجد^(٤) ، ضمن المرتهن الرهن ؛ [وذلك] لأنه قبضه

(١) في أ (كان) .

(٢) في أ (عبداً) .

(٣) في أ (بملك) .

(٤) في أ (ولم يوجد حرّاً) .



على مال مضمون في الظاهر ، وهذا على ظاهر رواية الأصل .

قال: ولو اشترى مسلم من مسلم خَلاَّ بدرهم وأخذ منه رهناً بالثمن ، أو اشترى شاة مذبوحة ، وأعطاه بالثمن رهناً ، ثم علم أن [الخل كان خمراً ، وأنَّ] الشاة كانت ميتة ، ضمن المرتهن الرهن ؛ لأنه قبضه على مال مضمون في الظاهر .

ولو قتل عبداً فأعطى بقيمته رهناً فضاع ، ثم علم أن العبد حر ، ضمن المرتهن [الأقلَّ]^(١) من قيمته ومن قيمة الرهن ؛ [وذلك] لأنه قبضه على مال مضمون في الظاهر ، وهذا كله على الرواية الظاهرة في الأصول .

ويجب على قول أبي يوسف: أن لا يضمن ؛ لأنه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة .

ولو ادّعى المودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة ، وادّعى ربها أن المضارب أو المودع استهلكها ، وتصالحا على مال ، وأعطاه به رهناً ، فهلك الرهن في يده لم يضمن في قول أبي يوسف الأول ، ويضمن في قوله الآخر ، وهو قول محمد .

وهذا فرع على [اختلافهم]^(٢) في جواز الصلح بعد ادعاء المودع الهلاك ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: الصلح باطل ، فقد قبض الرهن وليس هناك [مال] مضمون في الظاهر .

وعلى قول محمد: الصلح جائز ، والمال ثابت ، والرهن مضمون .

(١) في ب (الأول) والمثبت من أ .

(٢) في ب (أصلهم) والمثبت من أ .



قال ابن سماعه عن محمد في نوادره: في رجل قال لآخر: قد ضمنت لك مالك على فلان إذا حلَّ ، أو قال: إذا حل مالك على فلان فهو لك عليّ ، قال: إذا أخذ كفيلاً بذلك أو رهناً ، فهو جائز .

[ولو] قال: إذا قدم فلان فأنا ضامن لمالك عليه ، قال: لا يجوز فيه الرهن ويجوز فيه الكفالة ؛ لأن ضمان الدين عند حلوله إضافة للضمان إلى سبب وجوب المطالبة ، ولذلك تأثير في الدين ، فجاز أن يضيف إليه الضمان .

وإذا صحَّ الضمان [بدين] ^(١) ثابت جاز أن يعطي به رهناً أو كفيلاً ، وليس كذلك إذا أعطى رهناً بضمان الدرك ؛ لأن المضمون لم يوجد ، فلم يجر أن يتعلق به الرهن ، وأما قدوم فلان فليس بسبب مؤثر في الدين ، ألا ترى أن الدين لا يجب بقدومه ، ولا يتعلق وجوب المطالبة بذلك ، فلم يجر أن يأخذ به رهناً ، ويجوز أن يأخذ به كفيلاً ؛ لأن القدوم سبب يستهل به الاستيفاء والمطالبة ، فجاز أن تتعلق الكفالة به ؛ ولأن الكفالة أوسع من الرهن ، بدلالة أن الكفالة يجوز أن تقع بما يجب من الدين في الثاني إذا قال: ما بايعت فلاناً ، ولا يجوز أن يتعلق الرهن بذلك . والله ﷻ أعلم .



(١) في ب (بحق) والمثبت من أ .

بَابُ

ما يجب للمرتهن من الحق في الرهن



قال أبو الحسن: وإذا ارتهن الرجل من الرجل رهناً صحيحاً وقبضه، فقد ثبت حق المرتهن فيه، وحقه إمساك الرهن بالدين الذي ارتهنه به؛ وذلك لأن الرهن يقصد به الوثيقة، والوثيقة تقع بالإمساك، وكان [ذلك] من حقوقه؛ ولأنه تقف صحته على القبض، فكان استمرار القبض من حقوق القابض، كالهبة.

قال: وليس له أن يرتهنه بدين آخر ولا يمسكه به إن كان ذلك على الراهن قبل الرهن أو بعده [دين]؛ لأن الدين إنما يتعلق بالرهن بتعليق الراهن [ب/٣٨٢]، وهو لم يرض أن يعلق به إلا مقداراً من الدين سمّاه، فما سوى ذلك فلا يتعلق به، كما لو حصلت العين في يد المرتهن من غير رهن، لم يتعلق دينه^(١) بها.

قال: فإن قضاه بعض الدين الذي رهن به، ثم أراد أن يقبض من الرهن بحساب ما نقد لم يكن^(٢) له ذلك، وللمرتهن حبسه بما بقي من الدين قليلاً كان أو كثيراً؛ لأن الرهن محبوس بالدين، فكان محبوساً بكل جزء منه كالمبيع في يد البائع؛ ولأن الراهن لا يملك تفريق الصفقة على المرتهن في الرهن، وفي أخذ البعض تفريق الصفقة عليه.

قال: فإن مات الراهن وعليه دين غير دين المرتهن، فالمرتهن أحق

(١) في أ (حقه).

(٢) في أ (فليس للراهن ذلك).

[بالرهن]^(١) الذي في يده حتى يستوفي دينه الذي به الرهن ؛ لأن تعلق حقه به أسبق من تعلق حق الغرماء ، ألا ترى أن حق المرتهن يتعلق [بالعين]^(٢) ، وحق الغرماء ينتقل إلى المال بالموت ، فمن سبق حقه إلى المال كان أولى به ؛ ولأن فائدة المرتهن في الرهن يكون أخص به من [سائر] الغرماء ، فلو شاركه الغرماء بطلت فائدة الرهن .

(قال: فإن كان للمرتهن دين آخر ضرب به في مال الميت مع بقية الغرماء)^(٣) ، وإن فضل من ثمن الرهن شيء عن دينه الذي به الرهن ضُمَّ إلى مال الراهن ، وقسم بينه وبين الغرماء بالحصص ، وليس له أن يستوفيه من مال الراهن ؛ [وذلك] لأن ما فضل عن دين المرتهن لا يتعلق حقه به ، فصار بعد استيفائه لدينه كسائر أموال الراهن ، فيصرف في ديونه .

قال: فإن لم يف ثمن الرهن بدين المرتهن رجع بما بقي من دينه في مال الميت ، يضرب به مع الغرماء ؛ [وذلك] لأن ما زاد على مقدار الرهن من دين المرتهن دين لا رهن به ، فساوى الغرماء به في تركة الميت .

وكذلك إن كان له دين آخر شاركهم به ؛ لأن ذلك الدين غير متعلق بالرهن ، فصار كدين لا رهن به ، ولا يملك أن يستوفيه من ثمن الرهن ؛ لأنه غير متعلق به ، فلا يجوز أن ينفرد عن الغرماء بشيء لم يسبق تعلق حقه به .

قال: وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن باستخدام ولا سكنى ولا لبس [ثوب]

(١) في الأصل (بالمرتهن) والمثبت ما يقتضيه سياق العبارة .

(٢) في ب (القبض) والمثبت من أ .

(٣) ساقطة من أ .

ولا ركوب [دابة] ؛ وذلك لأنه يتصرف في الرهن [بإذن] ^(١) المالك ، وإنما أذن له [المالك] في الإمساك دون الانتفاع ، [ولأن] الانتفاع بملك الغير لا يجوز إلا بإذنه .

قال: وكذلك ما [نما] ^(٢) من الرهن من ثمرة أو لبن أو صوفٍ أو شعرٍ أو وبرٍ أو ولد لا سبيل للمرتهن على شيء منه غير إمساكه رهناً مع الأصل ؛ لأن نماء الرهن له ^(٣) حكم الرهن عندنا ، فأكثر أحواله أن يصير كالأصل فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بما يجوز في الأصل .

قال: وليس للمرتهن أن يبيع الرهن في دينه إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه ، أو أذن له فيه ؛ وذلك لأن بيع ملك الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ، ولم يوجد واحد منهما ؛ ولأن المرتهن ثبت حقه بعقد الرهن ، فكان له أن يتصرف فيما اقتضاه العقد من الإمساك ، إلا أن يجعل له الراهن ما زاد على ذلك ، وليس له أن يؤاجر ولا يعير ؛ وذلك لأنه لا يملك الانتفاع فلا يجوز أن يملكه لغيره .

قال: فإن فعل شيئاً من ذلك فسخ ورد إلى يد الراهن رهناً ؛ لأنه عقد باطل ، فإذا لم يجزه المالك فسخ ، ولا يبطل الرهن بهذا التصرف ؛ لأنه تعدد من المرتهن ، فإذا فسخ زال فعاد الرهن بحاله كالمودع إذا تعدى [أ/٣٨٣] في الوديعة ، ثم أزال التعدي .

قال: فإن أعاره المرتهن من الراهن أو الراهن من المرتهن ، فذلك جائز ،

(١) في ب (بأمر) والمثبت من أ .

(٢) في ب (حدث) والمثبت من أ .

(٣) في أ (داخل في حكم الرهن) .

وقد خرج من ضمان المرتهن ولم يخرج من الراهن ، وهو رهن على حاله لكل واحد منهما أن يبطل العارية ويرده إلى الرهن ؛ وذلك لأن المنافع على ملك الراهن ، وإنما [منع] من استيفائها لحق المرتهن ، فإذا أذن المرتهن في ذلك جاز ، وإذا أذن الراهن للمرتهن في استيفائها جاز ؛ لأنه حق لهما ، وقد تراضيا .

وأما خروجه من ضمان المرتهن^(١) فلأن الراهن إذا استعاره زال قبض الرهن ، وهو المعنى الذي تعلق به الضمان ، فزواله يوجب زوال الضمان ، فإذا استعاره المرتهن فقد خرج من قبض الرهن ، وصار في يده عارية ، وقبض العارية^(٢) لا يوجب الضمان عندنا ، وإنما كان لكل واحد منهما أن يبطل العارية ؛ لأنها عقد تبرع فلا يتعلق به الاستحقاق ، فكان للراهن فسخها ، وكذلك المرتهن ؛ لأنه قد صار [في الرهن كالمالك]^(٣) ، وإنما لم يبطل الرهن بزوال قبض المرتهن ؛ لأن الاستحقاق تعلق [به] بالقبض الأول ، فخروجه من يده لا يوجب بطلان حقه كما لو غصبه غاصب من يده .

وقال أبو يوسف في الإملاء: إذا كان الرهن جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده كان للمرتهن أن يأخذها وولدها ، فيكون رهناً معها ؛ [وذلك] لما بينا أن زوال قبض المرتهن لا يمنع من تعلق الاستحقاق بالرقبة ، فيسري ذلك إلى الولد .

قال: فإن أجره الراهن من المرتهن فقد خرج من الرهن ، ولا يعود إلى ذلك أبداً ، [وكذلك] إن أجره الراهن من غير المرتهن وأجازه المرتهن ، أو أجره

(١) في أ (الرهن) .

(٢) في أ (وقبض المستعير غير مضمون) .

(٣) في ب (في كالمال) والمثبت من أ .

المرتهن من غيره وأجازته الراهن ، جازت الإجارة ، وقد خرج من الرهن ولم يعد إلى ذلك أبداً ؛ لأن الإجارة عقد يتعلق به الاستحقاق ، فإذا تراضيا عليه كان إبطالاً للرهن ؛ لأنه لا يصح مع بقاء الرهن ، فكأنهما تفاسخا ؛ ولأن الإجارة عقد يتعلق به الاستيفاء كالرهن .

ولو رهنه الراهن فأجازته المرتهن يبطل الرهن الأول ، فكذلك إذا آجره ، وهذا ينبني على أن الراهن لا يملك أن يؤجر الرهن إلا برضا المرتهن خلاف ما قاله الشافعي ؛ لأن الإجارة عقد يتعلق به استحقاق يد المرتهن كالمبيع ؛ ولأنه عقد يقصد به الاستيفاء كالمبيع .

قال : فإن باعه الراهن فأجازته المرتهن ، أو باعه المرتهن فأجازته الراهن ، خرج العبد من الرهن ، وكان الثمن رهناً مكانه قبض من المشتري أو لم يقبض ، وإن توى على المشتري أو توى بعدما قبض ، توى من مال المرتهن ، وللمرتهن من الحبس في الثمن ما كان له من الحبس في الرهن الذي بيع إلى أن يحل دينه .

قال : وهذا على وجهين ، إن كان البيع مشروطاً في عقد الرهن ، فالثمن رهن ؛ لأن البيع من حقوق الرهن ، فلم يوجب بطلان الرهن كالإمساك ؛ ولأن المرتهن إنما شرط البيع زيادة في التوثق ، فلو أبطل ذلك حقه من الثمن زال المقصود من التوثق ، فلم يجز ، قال الطحاوي في الاختلاف : ولم يحك خلافاً في ذلك .

وأما إذا لم يكن مشروطاً فإنه يوجب انتقال الحق إلى الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن شرط المرتهن في الإجارة أن الثمن رهن فهو رهن ، وإلا فقد خرج من الرهن .

وجه [قولهما]^(١): أن السبب الموجب لسقوط الحق عن الرهن هو الموجب للعوض ، فانتقل حق المرتهن إليه ، كما لو استهلك مُستهلك الرهن ، انتقل الحق إلى القيمة ؛ ولأن حق المرتهن يتعلق برقبة الرهن ، فإذا أجاز البيع انتقل إلى الثمن كالعبد المدبر إذا باعه المولى فأجازه الغرماء .

لأبي يوسف: أن الحق تعلق بالرقبة ، وقد أسقط حقه عنها بالإجازة ، فلم ينتقل [ب/٣٨٣] إلى البدل إلا بالتراضي ، كالعبد الموصى بخدمته إذا باعه الوارث وأجازه الموصى له ، فليس كذلك العبد المدين ؛ لأن الحق الثابت للغرماء هو البيع ، فإذا أجاز له لم يسقط [حقهم] ، والحق الثابت للمرتهن ليس هو البيع ، وإنما هو الإمساك ، والبيع ينافي الإمساك ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن حق الموصى له في المنفعة دون الرقبة ، فإذا أجاز البيع لم ينتقل حقه إلى العوض عن الرقبة التي لا حق له فيها ؛ ولأنه لو أجاز على أن ينتقل حقه إلى الثمن لم ينتقل ، فعلم أن الوصية مخالفة للرهن .

وأما قوله: أن الثمن إذا توى كان من ضمان المرتهن ؛ فلأنه صار رهناً ، فحكمه حكم الأصل ، وإنما جاز أن يكون الثمن في الذمة رهناً وإن كان لا يجوز رهنه ابتداءً ؛ لأن البقاء يجوز فيه ما لا يجوز في الابتداء ؛ ولأن المانع في الابتداء أن القبض مشروط ، وذلك لا يمكن في الدين ، والبقاء يجوز من غير قبض ، فليس في الدين أكثر من تعذر القبض .

وإذا ثبت أن الثمن صار رهناً فإن كان الدين حالاً وهو من جنسه استوفاه به ؛ لأنه وجد جنس حقه ، وإن كان مؤجلاً أمسكه ؛ لأن التأجيل حق للراهن فلم

(١) في ب (محمد) والمثبت من أ .

يجز إسقاطه ، فإذا حَلَّ الدين والثلث من جنسه أخذه قصاصاً لما بيّنا ، وإن كان من غير جنسه وكان المرتهن مسلطاً على بيعه واستيفاء الدَّين ، فله أن يبيع الثلث ويستوفي الدين ؛ وذلك لأن الاستيفاء لا يمكن بغير جنس الحق ، وهو مأذون في الاستيفاء ، فكان له أن يفعل ما لا يقع الاستيفاء إلاَّ به .

قال : وللمرتهن المسلط على البيع أن يبيع بالأثمان والعروض في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يبيع إلا بالأثمان أو بجنس الدين ، وقد بيّنا [هذه المسألة] ^(١) ، فإذا ثبت من أصل أبي حنيفة أن بيعه بالعروض جائز ، كان له أن [يبيعه] ؛ لأنه أذن له في البيع والاستيفاء ، والإذن عام في البيع بجنس الدين وغيره ، فكان له أن يبيعه ^(٢) ؛ لأنه لا يقدر على الاستيفاء إلا بذلك .

قال : وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه إذا كان حالاً ، ولا يمنعه الارتهان [به] من ذلك ؛ لأنه دين واجب ، فجاز له المطالبة به ؛ ولأنه يأخذ الرهن ليتوثق من حقه ، ويتمكن من استيفائه ، فلم يجز أن يكون ذلك مانعاً له من المطالبة .

قال : فإن خاصمه إلى الحاكم أوجب عليه دفع الدين ، فإن امتنع حبسه به ، ولم يمنعه من ذلك كون الرهن في يد المرتهن ؛ لأن الرهن إنما يؤخذ للتوثق ، فلا يبطل الحق الثابت لصاحب الدين .

قال : ويبيع الحاكم الرهن في يد المرتهن في قول أبي يوسف ومحمد ، ولا يبيعه على قياس قول أبي حنيفة ، ولكن الحاكم يحبس الراهن حتى يؤدي الدين

(١) في ب (هذا) والمثبت من أ .

(٢) في ب (بيع العروض) والمثبت والزيادة من أ .

(أو يبيع من الرهن ، فيؤدي دينه) (١) .

وهذا فرع على اختلافهم في الحجر بالتفليس ، فعند أبي حنيفة أن الحاكم لا يبيع مال المفلس ، ولكنه يحبسه حتى يبيعه ، وعلى قولهما (٢) : إذا امتنع من البيع باع عليه الحاكم . والله تعالى أعلم .



(١) ساقطة من أ .

(٢) في أزيادة (بيعه) .

فهرس الموضوعات

- ٥ باب الرجل يحلف لا يأكل الحلواء
- ٦ باب الرجل يحلف على أجناس تختلف من المأكول
- ٦ ٢٢٣١ - فصل: الحلف بعدم أكل الرؤوس
- ٧ ٢٢٣٢ - فصل: ما يتناول إطلاق الاسم في الحلف
- ٨ ٢٢٣٣ - فصل: الحلف بأن لا يأكل خبزاً
- ٩ ٢٢٣٤ - فصل: الحلف بأن لا يأكل حراماً
- ١١ باب الرجل يحلف على الغداء والعشاء
- ١٥ باب الحلف على الشرب من الأنهار والأواني
- ١٥ ٢٢٣٥ - فصل: فيمن شرب مما تفرع من دجلة حيث حلف لا يشرب من دجلة ..
- ٢٢٣٦ - فصل: الحلف بأنه لا يشرب من الفرات أبداً، ثم شرب من نهر مفرع
- ١٦ عن الفرات
- ٢٠ باب الرجل يحلف بما لا يقدر على فعله
- ٢٢ ٢٢٣٧ - فصل: اليمين بفقدان المعقود عليه
- ٢٣ ٢٢٣٨ - فصل: انعقاد اليمين على المتوهم
- ٢٤ ٢٢٣٩ - فصل: الحلف بفعل ما لا يقدر على فعله
- ٢٥ ٢٢٤٠ - فصل: الحنث في اليمين بالغاية
- ٢٧ باب الرجل يحلف على فعل فلان فيفعله فلان وغيره
- ٣٠ ٢٢٤١ - في الرجل يحلف بأن لا يخبز لفلان، فيضرب غيره في التنور
- ٣١ باب ما يقع عليه اسم الثوب فيما قدمنا ذكره في اليمين
- ٣٣ باب آخر في اللبس
- ٣٧ باب الحلف على الكلام
- ٣٩ ٢٢٤٢ - فصل: هل يعد الفتح على قراءة الإمام كلاماً؟
- ٤٢ باب الحلف على الكلام المؤقت
- ٤٥ ٢٢٤٣ - ونظير مسائل هذا الباب

- ٢٢٤٤ - فصل: اليمين على الأوقات المبهمة..... ٤٦
- ٢٢٤٥ - فصل: اليمين بأن لا يكلمه دهرأ..... ٤٧
- ٢٢٤٦ - فصل: الحلف في وقت مبهم..... ٤٩
- ٢٢٤٧ - فصل: فيمن قال: لا يكلمه الجمعة..... ٤٩
- ٢٢٤٨ - فصل: الحلف بأن لا يكلمه عاجلاً..... ٥١
- باب الحلف على كلام أحد الرجلين أو أحد الوقتين..... ٥٤
- باب الإشارة والخبر والإظهار والإفشاء والكلام وما في معنى ذلك..... ٥٥
- باب الحلف على الدخول..... ٦٢
- ٢٢٤٩ - ونوع آخر من الدخول: دخول الدار مجتازاً..... ٦٨
- ٢٢٥٠ - ومما يلحق بمسائل هذا الباب: دخول حانوت من حلف لا بدخل دار
فلان..... ٧٠
- باب الحلف على السكنى..... ٧٣
- ٢٢٥١ - فصل: الحنث إذا منع من التحول والخروج..... ٧٥
- باب السكنى في الأماكن..... ٧٨
- باب الحلف على الخروج..... ٨٤
- باب الرجل يحلف لا يدخل على فلان..... ٨٧
- باب الحلف على اقتضاء الدراهم..... ٩٠
- باب الحلف على الاستخدام..... ٩٣
- باب الرجل يحلف لا يشتري شيئاً يسميه فيقع اليمين على جميع ما سمي أو على بعضه .. ٩٥
- باب الرجل يحلف لا يقعد على الشيء..... ١٠١
- باب الرجل يحلف لا يفعل الشيء فيأمر به غيره..... ١٠٤
- باب الرجل يحلف بصدقة ماله ثم يحنث..... ١٠٦
- ٢٢٥٢ - فصل: لزوم الوفاء بالندور المعلقة بالشروط..... ١٠٨
- باب الحلف على الركوب..... ١١٠
- باب الرجل يحلف لا يكسو فلاناً..... ١١٢
- باب الرجل يحلف لا يفعل كذا ما دام كذا..... ١١٣

- ١١٤ باب الرجل يحلف على التوقيت في نفي الفعل وإثباته
- باب الرجل يحلف لا يفعل كذا بالكوفة والفعل يقع بسببين يكون أحدهما بالكوفة
- ١١٦..... والآخر بغير الكوفة
- ١١٨..... باب الحلف على الفعل أن يفعل في وقت فيخرج الوقت قبل فعله
- ١٢٠ باب في الهدم
- ١٢١..... باب الحلف على المعرفة
- باب الرجل يحلف على الشيء فيكون بعضه على ما حلف عليه وبعضه على غير ما
- ١٢٢ حلف عليه
- ١٢٤ باب يجمع مسائل شتى لم يذكرها أبو الحسن
- ١٢٤ ٢٢٥٣ - فصل: الحنث في الاستثناء
- ١٢٥ ٢٢٥٤ - فصل: تخصيص العام في الحنث
- ١٢٦ ٢٢٥٥ - فصل: لزوم الغريم حتى يستوفيه
- ١٢٩ ٢٢٥٦ - فصل: تحرير أول عبد يشتره
- ١٣١..... ٢٢٥٧ - فصل: في الأيمان يكذب بعضها بعضاً
- ١٣٢ ٢٢٥٨ - فصل: الاستثناء بان شاء الله في الحلف بالطلاق
- ١٣٢ ٢٢٥٩ - فصل: الحلف بالبيع بسعر معين ثم البيع بأقل من ذلك
- ١٣٣ ٢٢٦٠ - فصل: تعليق اليمين على المشي إلى بيت الله تعالى
- ١٣٥ ٢٢٦١ - فصل: النذر بنحر ولده
- ١٣٦ ٢٢٦٢ - فصل: الحلف بالمعصية
- ١٣٧ ٢٢٦٣ - مسألة: تعليق طلاق الأمة بموت المولى
- ١٣٨ ٢٢٦٤ - فصل: تعليق الحرية بموت فلان
- ١٣٩ ٥٢ - كتاب الإجازات
- ١٤٢ باب جامع في الإجازات
- ١٤٤ باب التسليم فيما وقع عليه عقد الإجارة
- ١٤٥ ٢٢٦٥ - فصل: تملك الأجرة في الإجارة
- ١٤٧ ٢٢٦٦ - فصل: الأجرة في الإجارة التي تقع العقد على المدة

- ١٤٩ باب تصرف المؤجر في الأجرة.
- ١٥٠ ٢٢٦٧ - فصل: مصارفة المؤجر المستأجر بالأجرة.
- ١٥١ ٢٢٦٨ - فصل: شراء المؤجر من المستأجر عيناً بالأجرة.
- ١٥٣ باب صفة تسليم الأجرة.
- ١٥٤ ٢٢٦٩ - فصل: الاختلاف في تسليم الأجرة.
- ١٥٥ ٢٢٧٠ - فصل: النظر إلى حال الشيء إذا وجد المانع في الاستلام.
- ١٥٦ ٢٢٧١ - فصل: المنع عرض بعد القبض.
- ١٥٧ باب متى يصح تسليم العامل ويخرج من ضمانه.
- ١٥٩ باب ما يكون الأجر مسلماً له مع الفراغ منه.
- ١٦٠ ٢٢٧٢ - فصل: ما يعتبر من تمام عمل العامل.
- ١٦١ ٢٢٧٣ - فصل: ما يضمنه الأجير المشترك.
- ١٦٤ باب ضمان أجير المشترك.
- ١٦٥ ٢٢٧٤ - فصل: التلف من عمل الأجير المشترك.
- ١٦٧ ٢٢٧٥ - فصل: التلف بغير عمل الأجير.
- ١٧١ باب ضمان الأجير الخاص.
- ١٧٢ ٢٢٧٦ - فصل: الضمان فيما إذا سرق بعد عمل الأجير.
- ١٧٤ ٢٢٧٧ - فصل: ضمان الأجير المشترك فيما ليس بمأذون فيه.
- ١٧٦ باب إجارة العقار.
- ١٧٨ باب الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة.
- ١٧٩ ٢٢٧٨ - فصل: الإجارة وقعت في بعض الشهر لسنة.
- ١٨٠ ٢٢٧٩ - فصل: الإجارة لوقت مستقبل.
- ١٨١ ٢٢٨٠ - فصل: ما يصح به الإجارة من الأثمان.
- ١٨٣ باب الإجارة تقع على أحد شرطين أو أحد شيئين.
- ١٨٤ ٢٢٨١ - فصل: خيار الأجير بين منفعتين معلومتين.
- ١٨٤ ٢٢٨٢ - فصل: الإجارة بالخيار بين منفعتين معلومتين.
- ١٨٥ ٢٢٨٣ - فصل: الجمع بين شرط فاسد وصحيح في عقد واحد.

- ٢٢٨٤ - فصل: تكملة المسألة السابقة في الجمع بين الشرطين ١٨٨
- ٢٢٨٥ - فصل: اشتراط الأجر في اليوم الأول ونفيه في الثاني ١٨٨
- ٢٢٨٦ - فصل: ربط استحقاق المسمى بالوفاء بالشرط ١٨٩
- باب أنى يجب تسليم الدابة المستأجرة ١٩١
- باب ما يستأجر فيحدث فيه ما يوجب الفسخ أو لا يوجب ١٩٣
- ٢٢٨٧ - فصل: استيفاء بعض المعقود عليه دون بعض ١٩٦
- ٢٢٨٨ - فصل: منع المؤاجر تسليم الدار حتى مضى بعض المدة ١٩٧
- باب اختلاف المؤاجر والمستأجر في عقد الإجارة ١٩٩
- ٢٢٨٩ - فصل: ثبوت التحالف في المبيع الهالك ٢٠٢
- ٢٢٩٠ - فصل: وقوع عمل الأجير على غير وجه المأمور به ٢٠٣
- ٢٢٩١ - فصل: فيمن دفع غزلاً لينسجه ثوباً على صفة فنسجه على صفة أخرى ٢٠٦
- ٢٢٩٢ - فصل: الاختلاف بين الأمر والصانع ٢١١
- باب الإجارة الفاسدة ٢١٦
- ٢٢٩٣ - فصل: في إجارة المشاع ٢١٦
- ٢٢٩٤ - فصل: إجارة الرجلين من رجل ثم موت أحدهما ٢١٩
- ٢٢٩٥ - فصل: بطلان الإجارة نصيب الميت من المؤاجرين ٢٢٠
- ٢٢٩٦ - فصل: استئجار نصيب في دار غير مسمى ٢٢٠
- ٢٢٩٧ - فصل: بيع ذراع من دار ٢٢١
- ٢٢٩٨ - فصل: استحقاق الماء بالإجارة ٢٢٢
- ٢٢٩٩ - فصل: استئجار ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر ٢٢٧
- ٢٣٠٠ - فصل: أخذ الأجرة على البيع والشراء ٢٢٩
- ٢٣٠١ - فصل: وقوع العقد على منفعة مجهولة ٢٢٩
- ٢٣٠٢ - فصل: إجارة الدراهم والدنانير ٢٣٠
- ٢٣٠٣ - فصل: الجهالة اليسيرة في الإجارة ٢٣١
- ٢٣٠٤ - فصل: الاستئجار بطحن قفيز من حنطة بجزء من دقيقها ٢٣١
- ٢٣٠٥ - فصل: الاستئجار على تعليم القرآن وتعليم الصنائع ٢٣٢

- ٢٣٥٠٦ - فصل: فيما آجر الوصي نفسه للصبى ٢٣٥
- ٢٣٥٠٧ - فصل: إجارة الصبى نفسه ٢٣٦
- ٢٣٥٠٨ - فصل: الاستئجار مشاهرة ٢٣٦
- ٢٣٥٠٩ - فصل: أجرة من حمل خمراً ٢٣٨
- ٢٣١٠ - فصل: ما تجب في الإجارة الفاسدة ٢٤٤
- باب الرجل يستأجر من رجل ما له فيه شركة ٢٤٦
- باب أجرة المنافع بالمنافع وهي متفقة أو مختلفة ٢٤٨
- باب الرجل يستأجر الدابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره ٢٥١
- باب فسخ الإجارة بالعدر ٢٥٩
- ٢٣١١ - فصل: أثر موت المستأجر أو المؤجر في الإجارة ٢٦٤
- ٢٣١٢ - فصل: موت أحد الطرفين قبل انقضاء الإجارة ٢٦٥
- ٢٣١٣ - فصل: ترك العامل عمله قبل الوفاء بعمله ٢٦٦
- باب الصبى يؤجر الأب أو غيره ٢٧٠
- ٢٣١٤ - فصل: المكاتب آجر عبده ثم عجز ٢٧٣
- باب إجارة الظئر ٢٧٥
- باب الاستصناع ٢٨٤
- ٢٣١٥ - فصل: الإجارة الموقوفة ٢٨٧
- ٥٣ - كتاب الشركة ٢٨٩
- ٢٣١٦ - فصل: شركة العنان ٢٩١
- ٢٣١٧ - فصل: شركة الصنائع ٢٩٢
- ٢٣١٨ - فصل: شركة الوجوه ٢٩٣
- ٢٣١٩ - فصل: وجوه استحقاق الربح في الشركة ٢٩٣
- ٢٣٢٠ - فصل: شرط المال في الشركة ٢٩٤
- ٢٣٢١ - فصل: الأموال التي تصحُّ بها الشركة ٢٩٥
- ٢٣٢٢ - فصل: الشركة بالجنسين ٢٩٥
- ٢٣٢٣ - فصل: الخلط في مال الشركة ٢٩٦

- ٢٣٢٤ - فصل: الشركة بالتبر ٢٩٨
- ٢٣٢٥ - فصل: الشركة بالمكيلات والموزونات والمعدودات ٢٩٩
- ٢٣٢٦ - فصل: الشركة بالعروض ٣٠٠
- ٢٣٢٧ - فصل: الربح في شركة الوجوه ٣٠١
- ٢٣٢٨ - فصل: اختلاف الأعمال في شركة الصنائع ٣٠١
- باب شركة المفاوضة ٣٠٢
- باب شركة العنان ٣٠٧
- ٢٣٢٩ - فصل: رأس مال الشركة ٣٠٩
- ٢٣٣٠ - فصل: الربح على قدر رأس المال ٣١٠
- ٢٣٣١ - فصل: ضياع مال أحد الشريكين قبل الخلط ٣١١
- ٢٣٣٢ - فصل: الشراء بأحد المالين ثم هلاك الآخر ٣١٣
- ٢٣٣٣ - فصل: الضمان بالهلاك في يد الشريك ٣١٤
- باب ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يعمّله في المال ٣١٦
- ٢٣٣٤ - فصل: ارتهان أحدهما بدين عليهما ٣١٨
- باب ما يجوز لأحد المتفاوضين أن يعمّله في مال المفاوضة ٣٣٢
- باب من يجوز له شركة المفاوضة ٣٤١
- باب شركة الوجوه ٣٤٥
- باب الشركة بالأعمال ٣٤٧
- باب الشركة الفاسدة ٣٥٢
- باب الرجلان يشتركان في الحمل على الإبل أو غيرها ٣٥٥
- باب الرجل يقول للرجل ما اشتريت من شيء فبيني وبينك ٣٥٨
- باب الرجل يشتري الشيء فيقول له الآخر: أشركني فيه ٣٦٢
- باب الدين يكون بين رجلين فيقبض أحدهما نصيبه هل يشركه الآخر أم لا؟ ٣٦٨
- ٥٤ - كتاب المضاربة ٣٧٧
- باب ما يجوز أن يشترط من الربح وما لا يجوز ٣٨٨
- باب المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر ٣٩٢

- ٣٩٤ باب الربح يشترط فيه لثالث غير رب المال والمضارب
- ٣٩٦ باب ما يكون مضاربة بغير لفظها
- ٤٠٠ باب ما للمضارب أن يعمله في المضاربة
- ٤٠٣ ٢٣٣٥ - فصل: رهن المضارب بعد نهي رب المال عن العمل
- ٤٠٥ ٢٣٣٦ - فصل: دفع المضارب أرضاً بغير بذر مزارعةً
- ٤٠٦ ٢٣٣٧ - فصل: بيع المضارب عبيد المضاربة
- ٤١٦ باب المضاربة الخاصة
- ٤٢١ باب اختلاف رب المال والمضارب (على أي شرط قبيل المال)
- ٤٢٤ باب نفقة المضارب على نفسه من مال المضاربة
- ٤٣٢ باب اختلاف رب المال والمضارب في رأس المال والربح
- ٤٣٧ باب الاستدانة على المضاربة
- ٤٤٣ باب الاستدانة على إصلاح مال المضاربة
- ٤٤٥ باب ما يلحق مال المضاربة مما يخرج بالحكم من المضاربة أو لا يخرج
- ٤٤٩ باب جنابة عبد المضاربة
- ٤٥٢ ٢٣٣٨ - فصل: الجنابة على عبد من مال المضاربة
- ٤٥٥ باب هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعد ذلك
- ٤٦١ باب المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة
- ٤٦٥ ٢٣٣٩ - فصل: الربح فيما إذا ضارب الأول مع مضارب ثانٍ
- ٤٦٩ باب المرابحة بين رب المال والمضارب في بيع أحدهما من صاحبه من المضاربة
- ٤٧٤ ٢٣٤٠ - فصل:
- ٤٧٧ ٢٣٤١ - فصل: في المرابحة بين المضاربين
- ٤٧٩ باب ما يجوز للمضارب أن يشتري بمال المضاربة وما لا يجوز
- ٤٨١ باب عتق المضاربة
- ٤٨٨ باب قسمة المضاربة
- ٤٩١ باب في جحود المضارب مال المضاربة
- ٤٩٦ باب مضاربة الحربي والمرتد

- ٢٣٤٢ - فصل: المضاربة في حال ردة المضارب وحده ٤٩٧
- باب الرجل يدفع مالاً إلى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة وذلك مشاع في المال ٥٠١
- ٢٣٤٣ - فصل: الشركة مع جهالة قدر الربح ٥٠٥
- ٢٣٤٤ - فصل: مضاربة المريض ٥٠٦
- ٢٣٤٥ - فصل: ظهور العيب في مال المضاربة ٥٠٦
- ٢٣٤٦ - فصل: بيع ربّ المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أقلّ ٥٠٧
- ٢٣٤٧ - فصل: امتناع المضارب من بيع مال المضاربة ٥٠٨
- ٢٣٤٨ - فصل: عمل الأب في مضاربة ابنه ٥٠٨
- ٢٣٤٩ - فصل: حقوق المضارب ورب المال في مال المضاربة ٥٠٩
- ٢٣٥٠ - فصل: انتقاض المضاربة بتصرف المضارب ٥٠٩
- ٢٣٥١ - فصل: إقرار المريض بمال المضاربة ٥١٠
- ٢٣٥٢ - فصل: شفعة رب المال في دار المضاربة ٥١١
- ٢٣٥٣ - فصل: دفع المستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة ٥١٢
- ٢٣٥٤ - فصل: المضاربة بالخيار بين عمليّن مختلفين ٥١٣
- ٥٥ - كتاب الصّرف ٥١٥
- باب حَدِّ التَّفَرُّقِ ٥٢٤
- باب أحد المتصارفين إذا أخذ بما وجب له كفيلاً أو رهناً أو احتال به على رجل حاضر أو غائب ٥٢٨
- باب المتصارفين إذا تقابضا ثم ردّ أحدهما ما اشترى بعيب أو خيار رؤية أو استحق ما اشترى أو بعضه ٥٣٠
- باب تصرف المتصارفين في ثمن الصرف قبل القبض ٥٣٥
- باب المتصارفين إذا أرادا أن يجعلاً ثمن الصرف قِصاصاً بدين غيره ٥٣٨
- باب شراء الذهب بالذهب والفضة بالفضة مجازفة ٥٤٣
- باب بيع الفضة بالفضة وبعضها أجود من بعض ٥٤٧
- باب الإناء يباع وزناً فيزيد أو ينقص ٥٥٢



- ٥٥٦ باب بيع السيوف المحلاة والآنية وغير ذلك.
- ٥٦٢ باب بيع الصرف مرابحة.
- ٥٦٥ باب الزيادة في ثمن الصرف أو الحط عنه.
- ٥٦٩ باب الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه.
- ٥٧٠ باب بيع جنسين من الوزن بجنسين منه أو بأحدهما.
- ٥٧٥ باب آخر من الرد بالعيب.
- ٥٧٨ .. ٢٣٥٥ - فصل: شراء جنس بجنس آخر، وعلم بعد التقابض أن الثمن زيوف.
- ٥٨٣ باب في بيع الفلوس.
- ٥٨٩ باب الاستقراض وما يجوز منه وما لا يجوز.
- باب استقراض الفلوس والدرهم المحمول عليهما مثل البخارية والطبرية واليزيدية وغير ذلك.
- ٥٩٥ .. ٢٣٥٦ - فصل: الشراء بفلوس كاسدة.
- ٥٩٩ باب الصرف في دار الحرب.
- ٦٠٠ ٢٣٥٧ - فصل: معاملة المسلم مع المسلم الحربي بالربا.
- ٦٠٤ باب الوكالة في الصرف وما في معناه.
- ٦٠٥ ٥٦ - كتاب الرهن.
- ٦٠٥ ٢٣٥٨ - فصل: الرهن في السفر والحضر.
- ٦٠٦ ٢٣٥٩ - فصل: القبض في الرهن.
- ٦٠٦ ٢٣٦٠ - فصل: الحيازة في الرهن.
- ٦٠٧ ٢٣٦١ - فصل: رهن المشاع.
- ٦٠٨ ٢٣٦٢ - فصل: الإشاعة الطارئة في الرهن.
- ٦١٥ باب جعل الرهن على يَدَيِّ عَدْلٍ.
- ٦٢٧ ٢٣٦٣ - فصل: في اختلاف العدل والراهن والمرتهن فيما بيع به الرهن.
- ٦٣١ باب ما يجوز الارتهان به.
- ٦٣٤ باب ما لا يجوز ارتهانه والارتهان به.
- ٦٣٩ باب ما يجب للمرتهن من الحق في الرهن.

أَبْنُ فَطْرَةَ
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

شَيْخُ

مَخْتَصَرِ الْكَلِمَاتِ

تَأَلِيفُ

أَبِي الْحُسَيْنِ الْقُدُورِيِّ
أَحْمَدَ بْنَ مُحَمَّدَ الْبَغْدَادِيِّ الْخَنْفِيِّ
(٥٤٢٨ هـ)

تَحْقِيقُ

د. عَبْدِ اللَّهِ نَذِيرٍ أَحْمَدَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ
عُضُوهُيَّةِ التَّدْرِيسِ بِجَامِعَةِ الْمَلِكِ عَبْدِ الْعَزِيزِ

الْجُزْءُ السَّادِسُ

شَيْخ

مختصر الكافي

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

أسفلة

لنشر نفييس الكتب والرسائل العامية

دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي: حوئي - شارع المنني - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦

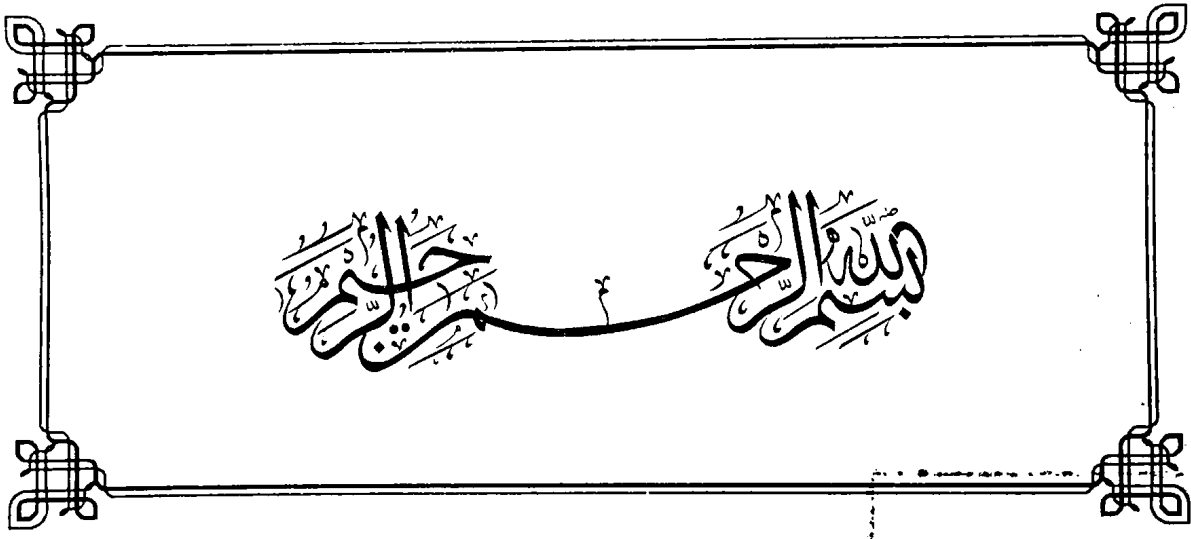
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول، تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٥٥٧٧٦٥١٣٨ - ٠٠٩٦٦

الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

✉ z.zahby74@yahoo.com 📱 📺 📺 Imamzahby



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

10/1/2014

بَابُ ضمان الرهن



قال أبو الحسن: الرهن محبوس بجميع الدين الذي رهن به ، كانت قيمته أقل من الدين أو مثله أو أكثر ، كائناً ما كان الرهن ، كان عيناً واحدة أو أعياناً كثيرة ، مختلفة في الجنس والقيم أو متفقة ؛ وذلك لأن الرهن محبوس للاستيفاء كالمبيع في يد البائع ، فكما ثبت للبائع الحبس بالثمن قليلاً كان أو كثيراً ، فكذلك يثبت للمرتهن .

قال: وليس للمراهن أن يقبض شيئاً من ذلك حتى يؤدي جميع الدين ، فإن أدى بعضاً وأراد [أ/٣٨٤] أن يقبض بعض الرهن مكان ما أدى ، لم يكن له ذلك إذا كان رهناً واحداً بجملة المال ؛ لأنه محبوس للاستيفاء كالمبيع ، ومعلوم أن المشتري لو نقد بعض الثمن لم يكن له أن يأخذ بعض المبيع ، فكذلك الراهن ؛ ولأن في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس ، وهذا لا يجوز .

قال: فإن رهن أعياناً في عقد واحد فسمى لكل عين شيئاً من المال الذي رهنه به ، فذلك جائز ، فإن [أدى]^(١) ما سمي لإحدى الأعيان ثم أراد قبضها [بذلك] ففيه اختلاف نفسه في موضعه ، وقد ذكره في هذا الباب ، وهو أن محمداً ذكر في الأصل: أن الراهن ليس له أن يقبض [بعض]^(٢) الرهن ، وإن كان قد سمي له ديناً منفرداً .

(١) في ب (أراد) والمثبت من أ .

(٢) في ب (بعقد) والمثبت من أ .



وقال في الزيادات: إذا رهن مائة شاة بألف على أن كل شاة رهناً بعشرة، فإن أدّى عشرة دراهم فأراد أن يقبض شاة منها فله أن يقبض.

وروي أن ابن سماعه، عن محمد مثل رواية الأصل.

قال الحاكم: ما ذكره في الأصل قول أبي يوسف، وما ذكره في الزيادات قول محمد.

لأبي يوسف: أنه محبوس بعقد واحد، فلم يجز تفريق الصفقة فيه، وإن أفرد كل عين بتسمية كالمبيع في يد البائع.

لمحمد: أن الرهن لا يكون بعضه شرطاً في بعض؛ بدلالة أنه لو رهن عنده [عبدین فقتل أحدهما] ^(١) جاز، فصار كل عين [من الأعيان] كالمنفردة بالعقد، إلا أنه [إذا سمى ديناً واحداً لم يجز تفريق الصفقة فيه، وإذا أفرد كل عين بتسمية فكأنه] ^(٢) أفردتها بالعقد، وليس كذلك البيع ^(٣)؛ لأن بعضه شرط في بعض، ألا ترى أن المشتري لا يملك القبول في بعض الأعيان دون بعض، فلذلك استوى تفريق الثمن وجمعه.

وكان أبو بكر الرازي ينكر ما قاله الحاكم، ويقول: إن ابن سماعه روى عن محمد مثل ما قال في الأصل، فالمسألة على روايتين عن محمد.

قال ابن سماعه: وكذلك لو رهنهما جميعاً، فقال: هذا رهن بخمسمائة،

(١) في ب (عين فقبل في أحدهما).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٣) في أ (العقد).

[وهذا رهن بخمسائة] فهو رهن واحد لا [يفتك] (١) واحد منهما إلا بأداء جميع المال؛ لأن القبول قبول واحد، فصار العقد واحداً، كما لو كان الإيجاب جملة. والله أعلم.

٢٣٦٤ - فَصْل: [الرهن مضمون بالأقل]

قال: والرهن في ذلك مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين الذي رهن به إذا كان الرهن شيئاً واحداً، فإن كان أشياء متفرقة فكل عين منها مضمونة بالأقل مما بحصتها ومن قيمتها إذا كان الرهن جملة [كان] رهنًا بجميع الدين، فإن كان سمي لكل عين حصة فكل عين منه مضمونة بالأقل من قيمتها ومما سمي لها من الحصة. أما الكلام في ضمان الرهن: فعندنا أنه مضمون، وعند الشافعي: هو أمانة، لا يسقط بهلاكه شيء من الدين (٢).

لنا: حديث عطاء أن رجلاً رهن فرساً على عهد رسول الله ﷺ، فنفق، فذكر المرتهن لرسول الله ﷺ فقال: «ذهب حقه» (٣)، ولا يجوز أن يكون المراد به ذهب حقه في الإمساك؛ لأن ذلك يعلم مشاهدة؛ [ولا حق] (٤) المطالبة برهن آخر؛ لأن ذلك لم يكن حقاً، فلم يبق إلا أن يكون المراد به ذهب حقه من الدين؛ ولأنه عقد على الرقبة، يختص بمال في مقابلتها، فكان مقتضاه الضمان

(١) في (يقبل) والمثبت من أ.

(٢) المهذب ٢١٦/٣؛ رحمة الأمة ص ٢٩٩.

(٣) أورده البيهقي في السنن الصغرى، وقال: «فإنما رواه عطاء عن الحسن مرسلًا، ومراسيل الحسن ضعيفة»، ٢٧٨/٥، وقال ابن حجر في الدراية: «أبو داود في المراسيل من طريق عطاء... وأخرجه ابن أبي شيبة مرسلًا» ٢٥٧/٢.

(٤) في ب (ولأن) والمثبت من أ.



كالبيع ، ولأنه عقد يختص بعين من أحد الجنسين ، ودين من الأخرى ، فاقترضى الضمان كالسَّلَم ، ولأنه مقبوض من جهة الاستيفاء ، والمقبوض على جهة كالمقبوض على حقيقتها ، ألا ترى أن المقبوض على وجه السوم لما قبض على وجه التمليك كان كالمقبوض على حقيقة^(١) التمليك في الضمان .

وقد اعتبر الشافعي هلاك الرهن بموت [٣٨٤/ب] الكفيل ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن التوثق يقع بذمة الكفيل في مقابلة ذمة الغريم ، والتوثق بذمة الغريم لا يوجب أن تكون مضمونة [على صاحب الدين]^(٢) ، فكذلك ذمة الكفيل ، والرهن يتوثق في مقابلة الدين ، ولو قبض الدين كان مضموناً عليه ؛ كذلك إذا قبض ما يتوثق به منه .

ولا يقال: إن قبض المرتهن لو تعلق به الضمان لم يرجع المرتهن على الراهن بما يلزمه من الضمان عند الاستحقاق كما لا يرجع الغاصب ؛ وذلك لأن إمساك المرتهن يقع لمنفعته ولمنفعة الراهن ، بدلالة أن الدين يسقط عن الراهن بتلف الرهن ، فصار كقبض المستأجر ، لما كان فيه منفعة للمؤاجر والمستأجر رجع [المستأجر] بالضمان ، فأما قبض الغاصب فلا منفعة فيه للمالك ؛ لهذا لم يرجع عليه ، ولأن قبض المشتري مضمون عليه وإن تعلق به الرجوع بحكم العقد ، فكذلك المرتهن [مثله] . والله أعلم .

٢٣٦٥ - فَصَّلْ : [كيفية الضمان]

وأما الكلام في كيفية الضمان ، فعندنا أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن

(١) في أ (وجه) .

(٢) في ب (عليه) والمثبت من أ .

الدين ، فإن [كانت] قيمة الرهن ألفين والدين ألفاً فجميع الرهن محبوس بالدين ، ونصفه مضمون ونصفه أمانة ، وإن كان الدين ألفاً و [قيمة] الرهن خمسمائة ، فجميعه رهن بالأقل^(١) ، وهو مضمون بنصفه ، فإن هلك سقط بقدر قيمته [وهذا قول عمر رضي الله عنه ، وقال عليّ رضوان الله عليه : يترادان الفضل ، وقال شريح : الرهن بما فيه] ، ولو كان خاتماً من حديد .

فأما الكلام على [عليّ رضوان الله عليه] فلأن الرهن مضمون بما تعلق به من حق الاستيفاء ، ولا يجوز أن يستوفي ألفين بألف ، فما زاد على قدر الدين لم يوجد فيه معنى الضمان ، فلا يضمن .

وأما [الكلام] على شريح ؛ فلأن الضمان تعلق بالرهن لحق الاستيفاء ، ولا يمكن استيفاء الألف من خمسمائة ، وإنما يستوفي منها بقدرها ، فكان ذلك هو المضمون .

ولا يجوز أن يجعل الرهن كالمبيع في أن هلاكه يسقط الثمن وإن كان أكثر من قيمته ؛ لأن هلاك المبيع يرفع العقد ، فيسقط الثمن لذلك ، وهلاك الرهن لا يسقط سبب المدايئة ، وإنما يصير المرتهن مستوفياً بهلاكه ، فيسقط مقدار ما تعلق به من الاستيفاء . والله تعالى أعلم .

٢٣٦٦ - فُصِّلَ : [ضمان الرهن بالهلاك]

قال : وهذا إذا هلك الرهن بغير فعل الراهن أو بفعل من غيره ، فإن استهلكه المرتهن ، [ضمن قيمة الرهن كله ، وإن استهلكه الراهن ضمن قيمته ، وكان رهناً

(١) في أ (بالألف) .



في يد المرتهن كما كان الرهن حتى يستوفي الدين ، وكذلك إن استهلكه أجنبي ضمن قيمته وكان رهناً مكانه ، أما إذا استهلكه المرتهن [؛ فلأن الاستهلاك غصب ، والمغصوب يضمن قيمته بالغة ما بلغت ؛ ولأن ما زاد على مقدار الدين أمانة ، فإذا استهلكها المرتهن ضمنها كما يضمن المودع .

وأما الراهن إذا استهلك [الرهن] ؛ فلأن حق المرتهن [تعلق بعين] الرهن ، فصار المالك فيه كالأجنبي ؛ فلذلك لزمه الضمان .

قال: وهذا عندنا على وجهين:

إن كان الدين حالاً طوّل الراهن بالدين ولم يطالب بقيمة الرهن ؛ لأن الدين قد وجب فلا معنى لمطالبته بالقيمة ، وإن كان الدين لم يحل أخذت منه القيمة ؛ لأنه أسقط حق المرتهن من الحبس ، فلزمه إعادة حقه ، ولا يمكن ذلك إلا بضمان الرهن ، وقد كان حق المرتهن في الحبس تعلق بالمضمون والأمانة ؛ فلذلك ضمنها للراهن .

وإذا رهنه عبيد أو ثوبين أو كُرّ طعام وكُرّ شعير ولم يسم لكل واحد من ذلك شيئاً من الدين ، جعلته رهناً به ، فسبيل ذلك أن يقسم الدين على قيمة تلك الأشياء ، فما أصاب كل عبد أو كل ثوب أو كل كُر فهو مضمون بالأقل من تلك الحصة ومن قيمة نفسه ؛ وذلك لأن الدين لما كان في مقابلة الرهن والضمان منقسم وجب أن ينقسم على المتفقين [١/٣٨٥] بالأجزاء ، وعلى المختلفين بالقيمة ، [كما ينقسم الثمن على المبيع .

وأما إذا سمّى لكل واحد منهما حصّة من الدين ، لم يعتبر القيمة ، [وكان

كل واحد منهما مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمى له ؛ لأنه جعل في مقابلته مقدار [التسمية] ^(١) ، ولا معتبر بالقيمة كالعين ^(٢) إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً .

وقد تأول أبو الحسن ما رُوي عن عليّ أنه قال: يترادان الفضل ، أن ذلك على حال بقاء الرهن إذا استوفى المرتهن أكثر ^(٣) دينه ؛ لأنه روي عن محمد بن الحنفية ، عن علي قال: إذا كان الرهن بأكثر مما فيه فهلك فهو بما فيه ؛ لأنه أمين في الفضل ، وإذا كان أقل مما رهن به رد الراهن الفضل .

قال أبو الحسن: وإذا أمكن أن تحمل الروايتين عنه على الموافقة كان أولى من المخالفة .

وتأول ما رُوي عن إبراهيم أنه قال: الرهن بما (فيه على أنه محمول على الراهن إذا زادت قيمته ؛ لأنه روي عنه أنه قال: يرد الراهن على المرتهن إذا كان فيه فضلاً) ^(٤) ، يعني حال بقاء الدين .

وذكر حديث معاوية بن عبد الله ، أن رسول الله ﷺ قال: « لا يغلِق الرهن » ^(٥) ، وقال: وروي عن مغيرة أنه قال: سألت إبراهيم عن غلق الرهن فقال: يقول إن لم [أفتك] ^(٦) إلى غد فهو لك .

قال ابن رستم عن محمد: في رجل في يده ثوب رهن ، فقال الراهن: إن لم

(١) في ب (القسمة) ، والمثبت من أ .

(٢) في أ (كالمستعير) .

(٣) في أ (مقدار) .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من الأصل .

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤١) ؛ ومالك في الموطأ (١٤١١) .

(٦) في ب (أجئك) والمثبت من أ .



أعطك حقك في كذا وكذا فهو بيع لك بما لك ، لا يجوز .

وقال في قوله: «لا يعلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه»^(١) قال: فهو هذا .

وروى أبو يوسف بإسناده أن النبي ﷺ قال: «لا يعلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه» ، قال أبو يوسف: وتفسير هذا عندنا والله أعلم: أن الفضل في قيمة الرهن لرب الدين ، ولا يكون مضموناً ولا يعلق ، وإن كان فيه نقصان رجع بالفضل .

وقال أبو عبيد: (لا يعلق الرهن): جاء تفسيره عن غير واحد من الفقهاء ، فذكر حديث إبراهيم ، قال أبو عبيدة: وقد روي عن طاوس نحو هذا ، وكذلك عن مالك وسفيان ، وتأول الشافعي الخبر [لحديث] عَلِيٍّ رضوان الله عليه: أنه إذا هلك رجع المرتهن بدينه .

قال أبو الحسن: وهذا مذهب ليس عليه أهل العلم ، ولا يجوز في كلام العرب أن يقال: إذا ضاع فقد غلق ، وإنما يقال: قد غلق إذا استحقه المرتهن ، فذهب به ، وهذا كان من أفعال أهل الجاهلية ، فردّه رسول الله ﷺ وأبطله بقوله: «لا يعلق الرهن» ، وأنشد:

وفارقتك برهن لا فكاك له ❀ يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا^(٢)

يعني أنها ارتهنت قلبه فمضت به ، فأى تضييع هاهنا .

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک ، ٥٨/٢ بلفظ (له غنمه) ؛ وابن حبان في صحيحه ٢٥٨/١٣ ؛ البيهقي في الكبرى ، ٣٩/٦ .

(٢) أورده السرخسي في المبسوط ٦٦/٢١ ؛ والمرغيناني في الهداية ١٢٧/٤ . قال ابن الجزري في غريب الحديث: «يعني أنها ارتهنت قبله فذهبت به» . ١١٥/٢ .

قال أبو عبيدة: وأما الحديث الآخر في الرهن: «له غنمه وعليه غرمه»^(١)، فمعناه معنى الأول، لا يفترقان يقول: يرجع الرهن إلى ربه، فيكون غنمه له، ويرجع رب الحق عليه بحقه، فيكون غرمه عليه، ويكون شرطهما الذي شرطاً باطلاً.

وهذا كله معناه إذا كان الرهن قائماً بعينه ولم يضع، فإذا ضاع فحكمه غير هذا، وهذا صحيح؛ لأن قوله: (الرهن من راهنه)، يقتضي بقاء الرهن، فإذا هلك لم يكن رهناً في الحقيقة، وإنما يقال: كان رهناً في حكم اللفظ أن يحمل على حقيقته. والله تعالى أعلم.



(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (لا يغلط الرهن) وصححه ٥٨/٢؛ والهيثمى في موارد الظمان ٢٧٤/١؛ والدارقطنى ٣٢/٣ مرفوعاً؛ والبيهقى مرسلأ ٤٠/٦.

بَابُ نَفَقَةِ الرَّهْنِ



قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد والحسن، ولا أعلم عن زفر خلافاً: أن الرهن إذا كان حيواناً فنفقته في مأكله ومشربه على الراهن، وكذلك كسوة الرقيق، وكذلك إن كانت أمة فولدت فأجر الظئر على الراهن، حكاه الحسن.

وكذلك إذا كان الرهن بستاناً فيه شجر ونخل وكرم، وليس فيه ثمرة وهو مما يثمر فسقيه [ب/٣٨٥] وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه على الراهن، وسواء كان في الرهن فضل على الدين أو لم يكن، فذلك كله على الراهن دون المرتهن؛ لأنه ملكه ما كان مضموناً وما لم يكن.

وأما الحفظ في جميع ذلك^(١) فهو على المرتهن، ما كان مضموناً منه وما لم يكن؛ لأن له حبس ذلك كله.

وكذلك إن احتيج إلى استئجار من يحفظه، فعلى المرتهن أن يستأجر من يحفظه، وكذلك المأوى للغنم والبقر على المرتهن دون الراهن.

قال: وهذا عندنا على وجهين:

كل نفقة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته فهي على الراهن، وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه (فات بحادث)^(٢) فهو على المرتهن.

(١) في أ (جميع هذه الوجوه).

(٢) ساقطة من أ.

وإنما قلنا: إن النفقة في المأكل والمشرب والكسوة على الراهن ؛ لأن العين على ملكه ، ومنافعها [مملوكة له] ^(١) ، فكانت نفقتها عليه كالوديعة ؛ ولأنه هو الموجب لهذا الحق في ملكه ، فكانت النفقة عليه كالمؤاجر ، وليس هذا كالعبد الموصى بخدمته أن النفقة على الموصى له ؛ لأن الوارث لم يوجب هذا الحق في ملكه ، ولأن الموصى له أحق بمنافع [هذه] العين من مالكةا من غير منفعة سلمت للمالك ، فكانت النفقة عليه كما يكون على المالك .

وعلى هذا: أجر الراعي لأنه يحتاج إليه لعلف الحيوان ، فهو كالطعام والشراب ، وأما أجره الحافظ فعلى المرتهن ؛ لأن الإمساك من حقوقه ، فوجب أن يكون عوضه عليه ، وكذلك أجره المسكن الذي يحفظه فيه في الرواية المشهورة ؛ لأن الحفظ والإمساك حق له ، فكان ما يلزم فيه من الغرم عليه .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: في الراهن والمرتهن إذا اختلفا في مأوى البقر والغنم والدواب الذي تأوي إليه ، فإن كان عند المرتهن سعة فهو في منزله ، وإن أبى ذلك تكارا ، وكان الكراء على الراهن .

ووجه ذلك: أن من لزمه نفقة الحيوان في مأكله ، لزمه ^(٢) في حفظه وأجره موضعه كالمودع ، وأما ما يلزم لرد العين إلى يد المرتهن فهو جعل الأبق ، وذلك لازم للمرتهن إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء .

وإن كانت قيمة الرهن أكثر ، كان على المرتهن بقدر المضمون ، وعلى الراهن بقدر الأمانة ؛ وذلك لأن الجعل إنما يجب بإعارة يد المرتهن ، وذلك حق

(١) في ب (غير مملوكة له) والمثبت من أ.

(٢) في أ (ملكه).

له ، فكان عليه ، فأما حصة الأمانة فهو فيها كالمودع فيكون على مالكة ، وليس هذا كأجرة المسكن أن جميعها على المرتهن وإن كان في الرهن فضل ، فإنها تلزم لأجل الحبس الذي هو حقه ، وحقه في حبس الأمانة كحقه في حبس المضمون .

وذكر ابن سماعه عن أبي يوسف : أن يجعل في رقبة العبد [إن أذاه] الراهن حسب قضاء من دين المرتهن ، وإن أذاه المرتهن فإنما أصلح رهنه ؛ ودينه على حاله ثابت ، وهذا إذا كانت القيمة والدين سواء فجعل حاصل الضمان في الجعل على المرتهن ، إلا أنه علّق برقبة العبد ؛ لأنه وجب بسبب من جهته وهو الإباق ، فصار كالجنانية .

وأما النفقة التي تجب لرد جزء من العين فهي مداواة الجراحة بالحيوان والقروح ومعالجة الأمراض ، فمن حكمها أن تنقسم ، فما كان في حصة المضمون فعلى المرتهن ، وما أصاب الأمانة فعلى الراهن ؛ وذلك لأن المرتهن يصلح بالنفقة حقه ، ألا ترى أن ما يفوت من الرهن يذهب من دينه ، فإذا عاد سلّم له الدين بكماله ، وإذا كان في ذلك إصلاح حقه كان عليه ، فأما حصة [أ/٣٨٦] الأمانة ، فالمرتهن فيها كالمودع ، فيكون على المالك .

قال أبو الحسن : وما نما من الرهن من ولد أو لبن أو صوف أو شعر أو وبر أو ثمر فهو رهن كله مع الأصل ، والكلام في [هذه المسألة] يأتي في الباب الثاني .

قال : فإن أراد الراهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا أنها عليه فيما نما من الرهن فليس له ذلك ، وللمرتهن أن يمسك جميع ذلك ؛ [وذلك] لأن النماء داخل في الرهن ، فلا يجوز للراهن أن يجعل النفقة فيه كما لا يجوز له أن يجعلها في نفس الرهن .

قال: ويبيع ما يخاف فساده من ذلك بإذن الحاكم، ويمسك الثمن مع جميع الثمار هنا في يده، وتكون النفقة على الراهن في ماله خاصة؛ وذلك لأن الثمر إذا لم يمكن تبقيته - والمرتهن مأمور بحفظه - لم يقدر على حفظه إلا بالبيع، ويبيع بأمر الحاكم؛ لأن الراهن لا يقدر على البيع، فولى الحاكم فيه كما يلي على مال الغائب.

قال: فإن باع المرتهن شيئاً من ذلك بغير أمر القاضي ضمن، وذلك لأنه باع ملك الغير بغير أمره ولا ولاية له عليه.

قال: والخراج على الراهن خاصة؛ لأنه مؤنة تلزم المالك لأجل ملكه، فصارت كالنفقة.

قال: والعُشْرُ في الغلَّة فيما يخرج من الزرع والثمر، يأخذ ذلك الإمام، ويكون ما بقي رهناً على حاله، ولا يفسد ذلك الرهن؛ لأن العشر يتعلق وجوبه بالعين، فقدم على حق المرتهن كحق المستحق، وإنما لا يبطل الرهن في الباقي؛ لأن وجوب العُشْر لا يمنع من ملك الراهن في مقدار العشر، ألا ترى أنه لو باع جاز بيعه، ولو أعطى من غيره جاز، فلم يؤد ذلك إلى الإشاعة في الأصل، وجرى مجرى انتقال الملك بسبب طارئ، وليس كذلك الاستحقاق؛ [لأننا نتبين به] ^(١) عدم الملك في الأصل.

قال: والفداء من الجناية والدين الذي يلحق الرهن كجعل الآبق؛ وذلك لأن جناية المضمون في يد الضامن تجري مجرى جناية الضامن [عليه]، فيكون من ماله، وأما جناية الأمانة فهي كجناية الوديعة، فيكون على الراهن.

(١) في ب (لأنه) والمثبت من أ.



قال أبو يوسف: وإن لم يفد في الجعل ولا في الدين بعته وقضيت الجعل والدين، وما بقي من ثمنه فهو رهن؛ لأن البيع بالدين مستحق، وما فضل عن مقدار الدين فكأنه لم يتعلق [به شيء] ^(١) في الأصل، فيعود إلى الرهن.

قال: وكل ما وجب على الراهن ففعله المرتهن فأداه بغير إذن الراهن فهو متطوع؛ وكذلك ما وجب على المرتهن فأداه الراهن بغير إذنه فهو متطوع؛ لأنه قضى دين غيره بغير إذنه.

وقال: وإن أنفق المرتهن النفقة التي تجب على الراهن بقضاء قاضٍ رجع بها، وكذلك الراهن إذا أخرج من ماله ما يجب على المرتهن بأمر قاضٍ رجع به؛ وذلك لأن القاضي له ولاية على كل واحد منهما، فإذا امتنع من الإنفاق [أضّر بالآخر] ^(٢)، فجاز للقاضي أن يأذن ويجعل ذلك ديناً عليه.

قال: وكذلك إن أمر كل واحد منهما، فإذا امتنع من الإنفاق، فأمر الآخر بالإنفاق، فجاز للقاضي أن يأذن ويجعل ذلك ديناً ^(٣).

قال: وكذلك إن أمر كل واحد منهما صاحبه أن يدفع ما وجب عليه، كان جائزاً ويلزم الأمر ما فعله الآخر؛ لأنه إذا أذن صار الآخر وكيله في الإنفاق، فيرجع عليه بحكم [٣٨٦/ب] الوكالة.

قال ابن شجاع: أخبرني الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: إذا كان الراهن غائباً فأنفق المرتهن بقضاء قاضٍ رجع عليه، وإذا كان

(١) في ب (بدين) والمثبت من أ.

(٢) في ب (فأمر الآخر بالإنفاق) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ، وهي مكررة.

حاضرًا لم يرجع عليه .

وقال أبو يوسف فيهما جميعاً: يرجع [سواءً كان حاضرًا أو غائبًا].

قال: [وهذا فرع على اختلافهم في الحجر، فعند أبي حنيفة: [أن الحاكم لا يلي على الحاضر]^(١)، فيجبره على النفقة، فإذا أذن للآخر لم يصر دينًا عليه؛ لأنه كان يقدر على إيفاء حقه بإلزام من عليه الحق، فإذا كان غائبًا تعذر الحكم عليه، ولذلك ولي عليه في الإذن.

وعلى قول أبي يوسف: القاضي يلي عليه عند الامتناع مع الحضور، فإذا أذن صار ذلك دينًا.



(١) في ب (أن الحاضر لا يلي الحاكم عليه) والمثبت من أ.

بَابُ آخِر



قال أبو الحسن: وإذا رهن رجلان رجلاً بدين عليهما رهناً واحداً، وهو عبد أو عبدان والدين عليهما في صفقة واحدة، أو [كان] على كل واحد منهما دين على حدة، فذلك جائز، فإن أدى أحدهما ما عليه، لم يكن له أن يقبض من الرهن شيئاً، وللمرتهن أن يمسك بجميع الرهن حتى يستوفي جميع الدين؛ وذلك لأن رهن الاثنين من الواحد يحصل القبض [فيه] من غير إشاعة، فصار كرهن الواحد من الواحد، ولا معتبر باختلاف الدين واتفاقه، وإنما المعتبر بإنفاق صفقة الرهن، [ولو رهن بدين واحد عيناً في صفقتين لم يجز؛ لاختلاف^(١) صفقة الرهن، فدلَّ على أن اختلاف صفقة الدين لا يؤثر.

فأما إذا أدى أحدهما فليس له أن يأخذ نصيبه؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الإمساك، وهذا لا يجوز، كما لو كان الراهن واحداً.

قال: وكذلك لو ارتهن رجلان من رجل رهناً بدين لهما عليه هما فيه شريكان، أو لكل واحد منهما دين عليه لا شركة لصاحبه فيه، فإن الرهن أيضاً جائز؛ وذلك لأن المقصود بالرهن الوثيقة، ويمكن أن يجعل الرهن جميعه وثيقة لهذا، وجميعه وثيقة لهذا، فلا يؤدي ذلك إلى الإشاعة، فيصح الرهن.

وليس هذا كهبة الواحد من الاثنين عند أبي حنيفة؛ لأن المقصود بالهبة الملك، ويستحيل أن يكون جميع العين ملكاً لهذا؛ ولهذا فلا بد أن يكون كل

(١) في ب (ألا ترى أن الواحد إذا رهن الواحد رهناً بدينين بيتاً في صفقة جاز) والمثبت من أ.



واحد منهما مالكا للنصف ، فيحصل قبضه في مشاع ، فلا تصح الهبة .

قال: فإن أدّى الراهن إلى أحد المرتهنين ما له عليه ، وأراد أن يقبض بعض الرهن فليس له ذلك ، وللمرتهن الآخر أن يمسك جميع الرهن حتى يستوفي ما له على الراهن ؛ لما بينا أن جميع العين رهن عند كل واحد منهما ، فإذا استوفى أحدهما بقيت العين رهناً عند الآخر بحالها ، وعلى هذا حبس المبيع إذا اشترى الاثنان من الواحد ، فأدّى أحدهما حصته من الثمن ، كان للبائع أن يحبس المبيع بنصيب الآخر ، وإذا اشترى الواحد من الاثنان فأدّى إلى أحدهما لم يكن له أن يقبض نصيبه



بَاب

الرهن يكون منه النماء



قال أبو الحسن: إذا رهن الرجل حيواناً، أو رقيقاً، أو أرضاً فيها شجر، أو كرم، أو نخل، فحدث من الحيوان أو الرقيق ولد [٣٨٧/أ] أو لبن أو صوف أو وبر أو شعر، فذلك كله رهن مع الأصل، للمرتهن حبه حتى يستوفي جميع دينه، ولا سبيل للراهن عليه قبل ذلك، والنماء ليس بمضمون على المرتهن، والأصل هو المضمون، وإن تلف النماء في يد المرتهن ذهب بغير شيء، والرهن على حاله بجميع الدين.

وقال الشافعي: النماء المنفصل لا يدخل في الرهن، وللراهن أخذه والانتفاع

به.

لنا: أن حق المرتهن مستقر في [الرقبة]^(١)، بدلالة أنه ينتقل إلى القيمة، ويثبت للوارث، والحقوق المستقرة في الرقاب^(٢) تسري إلى النماء منها كحق الملك والاستيلاء.

وليس كذلك ولد المستأجرة؛ لأن الحق لا يتعلق بالرقبة، وإنما يتعلق بالمنفعة، وليس كذلك الموصى بخدمتها؛ لأن الحق فيها ليس بمستقر، ألا ترى أنه لا ينتقل إلى الوارث، ولا ينتقل إلى القيمة في الحقيقة أيضاً؛ لأنهم قالوا: لو جنى عليها جناية لا توجب نقصان منفعتها أخذ الورثة أرشها، ولم يثبت للموصى

(١) في ب (العين) والمثبت من أ.

(٢) في أ (العين).

له فيه حق .

وإنما قالوا: ينتقل الحق إلى القيمة إذا قتلت أو نقصت المنافع بالجناية ؛ لأن حقه في خدمتها تعلقت بالتركة ، فصار كما إذا أوصى له بخدمة عبد مطلق ، وليس هذا كولد [الجارية] ^(١) ؛ لأن الحق ليس بمستقر في رقبته ، بدلالة أن للمالك أن ينقله إلى ذمته ويتصرف فيها .

وأما قوله: إن النماء ليس بمضمون على المرتهن ؛ فلأنه دخل في العقد على طريق التبعية ، فلا يسقط بهلاكه شيء ، كولد المبيعة .

قال: ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع [العقد] عليه وعلى ما نما منه يوم يفتك ، هذه حقيقة القسمة ، فما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو على الظاهر إلى أن ينظر ما تؤول إليه قيمة النماء يوم الفكك ، وإنما اعتبر في [القسمة بقيمة] ^(٢) الرهن يوم القبض ؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض ، فتعتبر قيمته عند القبض كالغصب ، والمقبوض على سوم البيع ، فأما النماء [فإنما يتبين] ^(٣) حصته من الضمان بالفكك ، ألا ترى أنه لو هلك قبل ذلك هلك بغير شيء ، فاعتبرت قيمته حين حصلت له الحصنة .

وهذا كما قالوا في نماء المبيع ، أن الثمن ينقسم على قيمة المبيع يوم البيع ؛ لأنه صار مضموناً بالعقد ، وعلى قيمة النماء يوم القبض ؛ لأنه يدخل في ضمان المشتري بالقبض .

(١) في ب (الجناية) والمثبت من أ .

(٢) في ب (قيمة) والمثبت من أ .

(٣) في ب (يصير له) والمثبت من أ .

فأما قوله: وما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو على الظاهر، فإنما يريد به أن المرهونة إذا كانت قيمتها ألف درهم وهي رهن بألف، فولدت ولداً قيمته ألف، فالدين ينقسم في الظاهر نصفين، ويجوز أن تزيد قيمة الولد أو تنقص، فتتغير هذه القسمة^(١) ولا يتغير نقصان قيمة الرهن من سعر ولا بدن ولا زيادة؛ وذلك لأن المعتمد بقيمته يوم القبض، فما حدث بعد ذلك لا [يغير]^(٢) الضمان.

وأما الولد فإنما تعتبر قيمته يوم الفكك، فلذلك تغير حكمه بالزيادة والنقصان.

قال: ويعتبر ذلك: رجل رهن رجلاً أمةً قيمتها ألف درهم بألف درهم، فولدت ولداً يساوي ألفاً، فالدين الآن في الظاهر نصفان، نصف فيها ونصف في ولدها، وهذا على ما بينا.

قال: فإن مات الولد ذهب بغير شيء، وكانت الأم رهناً بجميع الدين؛ لما بينا أن الولد دخل على طريق التبّع، فلا يسقط بهلاكه شيء، فصار بعد الهلاك كأنه لم يكن.

قال: فإن [ماتت]^(٣) بعد موت الولد ذهبت بجميع الدين، وإن ماتت قبل الولد ذهبت [ب/٣٨٧] بنصف الدين، وافتك الراهن الولد بنصف الدين؛ [وذلك] لأنها إذا ماتت بعد موت الولد، فكأن الولد لم يكن، فيسقط الدين بهلاك الأم، وإن ماتت قبله فقد صار للولد حصة بالفكك فيسقط من الدين بقدر قيمة الأم وهو النصف.

(١) في أ (القيمة).

(٢) في ب (تعتبر) والمثبت من أ.

(٣) في ب (لم تمت) والمثبت من أ.



قال: فإن لم يفكه الراهن حتى مات بعد أمه [فقد] ذهب بغير شيء، وصار كأنه لم يكن، وذهبت الأم بجميع الدين؛ [وذلك] لما بيّنا أنه لا حصة للولد قبل الفكك، فإذا مات فكأن لم يكن، فيحكم بأن الأم هلكت بالدين.

قال: فإن لم يمت واحد منهما حتى جاء الراهن يفتك الرهن، وقد نقصت قيمة الأم في السعر أو في البدن، فصارت تساوي خمسمائة، أو زادت فصارت تساوي ألفين وقيمة الولد على حالها، فالولد بنصف الدين على ما كان، والأم بنصفه، ولا يلتفت إلى زيادة قيمة الأم بالشعر ولا غيره؛ وهذا لما بيّنا أن قيمة الأم تعتبر يوم القبض، فما حدث بعد ذلك فلا يعتبر.

قال: فإن كانت الأم على حالها الأولى أو على حالها في نقصان السعر وزيادته، وجاء الراهن يفتك قيمة الولد يومئذٍ خمسمائة لنقصان في السعر أو لعيب دخله في بدنه، عور أو شلل أو مرض: فإن [قيمه في] ^(١) الدين الثلث، وفي الأم الثلثان؛ وهذا على ما بيّنا أن قيمة الولد تعتبر يوم الفكك، فإذا كانت خمسمائة [وقيمة] الأم يوم القبض ألف، انقسم الدين على ذلك، فكان أثلاثاً، ولم يعتبر الاختلاف في غيرها بين الحالتين.

قال: وإن كانت قيمته زائدة يوم الفكك، فصارت ألفين بسعر وبدن، كان في الولد ثلثا الدين، وفي الأم الثلث؛ ذلك لأن الاعتبار في الولد بحال الفكك، فإذا كانت قيمته ألفين وقيمة الأم يوم القبض ألفاً ففي الولد الثلثان، وفي الأم الثلث.

قال: فإن كانت الأم لما ولدت الولد وقيمه مثل قيمتها، اعورت بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها، ذهب من الدين بعورها [ربعه] وقيمه مائتان

(١) في ب (لم تمت) والمثبت من أ.

وخمسون؛ [وذلك] لأن قيمة الولد لما ساوت قيمتها انقسم الدين فيهما نصفين، والعين منها النصف، فذهب نصف ما فيها، وهو ربع الدين.

وإنما استوى في العور أن يكون قبل الولادة أو بعدها؛ لأن نقصان الرهن يوجب الاستيفاء، [والاستيفاء] الفسخ إذا وقع بمباشرة، كمن قبض دينه فوجده زيوفاً فرده، فكذا الاستيفاء إذا وقع^(١) من طريق الحكم يجوز أن يلحقه الفسخ.

فإذا كان كذلك فالاعورار قبل الولادة كالأعورار بعدها [سواء]؛ لأن ما يتعلق [به من] الاستيفاء يجوز أن [يتغير]^(٢) بحدوث الولادة، وليس هذا كالمبيعة؛ لأنهم قالوا: إذا باع جارية بألف تساوي ألفاً فاعورت ثم ولدت ولداً يساوي ألفاً، فإن الولد بثلاث الألف، والأم بسدسها؛ [وذلك] لأنه سقط بالعور نصف الثمن، فلما ولدت ولداً قيمته ألفاً انقسم ما بقي بينهما أثلاثاً.

ولو كانت ولدت ولداً ثم اعورت وذهب بالعور ربع [الثمن]^(٣)؛ لأن ما فيها انقسم بينها وبين ولدها، فذهب بعورها نصف ما فيها^(٤).

وإنما [فارق]^(٥) البيع الرهن إن كان العور قبل الولادة؛ لأن العور يفسخ فيه البيع، وما انفسخ في البيع لا يعود بعد ذلك؛ فلهذا لم يتغير حكمه [أ/٣٨٨] بالولادة، وهلاك الرهن يقع به الاستيفاء، وذلك يجوز أن يتغير.

(١) في أ (إذا يلحقه) والمثبت من ب.

(٢) في ب (يتعلق) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الدين) والمثبت من أ.

(٤) في أ (أصابها).

(٥) في ب (قارب) والمثبت من أ.



قال: فإن مات الولد وقد اعورت الأم قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين؛ لأن الولد صار كأن لم يكن، فيبقى جميع الدين في الأم، فيسقط بعورها نصفه.

قال: فإن اعور الولد لم يذهب بعوره شيء؛ لأنه لو هلك لم يسقط بهلاكه شيء، فكذاك بنقصانه، إلا أن ثلث الدين في الظاهر في الولد؛ لأن قيمته نصف قيمة الأم.

قال: فإن كانت قد اعورت قبل الولادة أو بعدها أو قبل اعورار الولد أو بعده ذهب باعورارها أيضاً ثلث الدين؛ لأن قيمتها يوم العقد ألف، وقيمة الولد يوم يفتك وهو أعور خمسمائة، ففيها ثلثا الدين، فلما اعورت ذهب نصف ذلك، وهذا ثلث الدين، فيفتكها وولدها بثلثي الدين.

قال: وإن ولدت الأمة الرهن ولدين، أو ثلاثة معاً أو واحدهم بعد الآخر، فالقسمة على قيمتها^(١) يوم العقد وعلى قيمتهم يوم الفكك، [وهم] والولد الواحد سواء؛ لأنهم نماء منها، فحكم الجماعة حكم^(٢) الواحد [سواء].

فإن ولدت الأمة ولداً ثم ولدت الولد ولداً، فكأنهما في الحكم ولدان [للأولى]^(٣)، يقسم الدين على ذلك، ولا يقسم على الجدة، وعلى الولد الأول، ثم يقسم ما في الولد الأول عليه وعلى ولده؛ وذلك لأن الولد ليس بمضمون فيتبعه ولده في حكمه، وإنما الأم هي المضمونة، فولد [ها وولد] ولدها تابع لها.

(١) في ب (ثمنها) والمثبت أ.

(٢) في أ (فحكمهم وحكم الولد سواء).

(٣) في ب (كالأول) والمثبت من أ.

قال: فإن رهن أمة بألف قيمتها ألف فولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم إن الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدًا يساوي ألفًا، فذلك جائز، وهو رهن مع الولد خاصة، وما في الولد مقسوم على الولد وعلى العبد الزيادة؛ [وذلك] لأن الزيادة في الرهن جائزة عندنا استحسانًا، والكلام فيها يأتي في باب الزيادة، والولد داخل في الرهن.

فإن زاد فيه جاز كما لو زاد في الأصل، ولا تدخل الزيادة مع الأم؛ لأن الراهن لم يرض بدخولها معها، وإنما رضي بدخولها مع الولد، وليس هذا كولدها؛ لأنه يدخل حكمًا فيلحق بالأصل المضمون في الحقيقة، وهاهنا يدخل شرطًا فيثبت على الوجه الذي شرط.

وإذا ثبت أنه داخل مع الولد خاصة، نظرت إلى قيمة الولد يوم الفكك وقيمة الأم يوم القبض، فقسمت الدين على ذلك، فما أصاب الولد قسمته على قيمته يوم الفكك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها؛ لأنها دخلت في الضمان بالقبض.

قال: وإن مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لما بيّنا أن الولد إذا هلك خرج من العقد [وصار] كأن لم يكن، والزيادة لا تصح إلا مع صحة المزيد عليه، فإذا بطل بطلت.

قال: فإن كانت الزيادة مع الأم فكانت معها دون الولد؛ لما بيّنا أن الراهن لم يرض أن (يدخلها إلا في جملة)^(١) الأصل فيثبت على الوجه المشروط، ويقسم الدين على قيمة الأم يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها، فما أصاب

(١) في أ (أن يؤديها إلا في حكم الأصل).

الأم قسم عليها وعلى ولدها؛ لأن الزيادة لما أدخلت على الأم، فكأنها كانت في أصل العقد [معها]، فتقسم حصتها [عليهما] ويكون الولد داخلاً في حصة [ب/٣٨٨] الأم خاصة.

قال: فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها [خاصة] وتبقى الزيادة والولد مما فيهما؛ لأن موت الأم لا يوجب بطلان العقد فيها، وإنما موتها إتمام للعقد؛ لأن الاستيفاء يقع به، وإذا تم العقد فيها لم تبطل الزيادة عليها.

قال: فإن مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء، وكان العبد زيد في الأمة، ولا ولدها [معها]، ففيه من الدين على قدر قيمته يوم زيد، وقيمة الأم يوم وقع العقد عليها، لأن هلاك الولد يجعله كأن لم يكن، فيسقط حكمه من العقد، وتبقى الأم والزيادة. والله تعالى أعلم.



بَاب في تسليم الرهن عند قبض المال



قال أبو الحسن: وإذا كان لرجل على رجل آخر ألف درهم فرهنه بها جارية، فلما حلَّ المال أراد صاحب المال قبض ماله من الراهن، فأبى الراهن أن يدفع المال حتى يحضر المرتهن الجارية، فذلك للراهن، ويقال للمرتهن: أحضر الرهن، فإذا أحضره قيل للراهن: سلّم الدين أولاً ثم اقبض الجارية، وهذا بمنزلة البيع.

قال: والأصل في هذا أن تسليم الدين يجب تقديمه على تسليم الرهن؛ لأن الرهن وثيقة للاستيفاء، فلو سلمناه قبل الاستيفاء بطل معنى الوثيقة المقصودة منه؛ ولأن من حق المرتهن أن يكون أولى بالرهن من سائر الغرماء، فإذا سلّم الرهن جاز أن يموت الراهن في الحال، فيصير المرتهن أسوة الغرماء، وفي هذا إبطال حقه، إلا أن الراهن لا يلزمه تسليم الدين إلا بعد إحضار الرهن؛ لأنه يجوز أنه قد هلك وسقط الدين ولا يتعين وجوب تسليم الدين إلا بعد إحضار الرهن، ولأنّ الراهن إذا دفع الدين وجب أن يقبض الرهن، فإذا لم يكن حاضرًا تأخر حقه، وهذا لا يصح.

وعلى هذا قال أصحابنا في البيع: إن المشتري يلزمه تسليم الثمن أولاً، إلا أنه لا يسلمه حتى يحضر [البائع] المبيع؛ لجواز أن يكون قد هلك وسقط الثمن، ولجواز أن يكون دخله عيب يثبت للمشتري الخيار.

قال: ولو كان الراهن سلط المرتهن في عقد الرهن على بيع الرهن عند محلّ المال، فباعه المرتهن عند محلّ المال بمائة دينار، وقبضها ليصرفها ويقبض دينه، ثم إن المرتهن أخذ الرهن بماله، فأبى الراهن أن يدفع إليه الألف، وقال: ادفع إليّ المائة دينار والتي قبضت، وقال: لا أدفع الألف حتى تدفع إليّ المائة دينار، فأبى الراهن أن لا يدفع حتى يحضر الدنانير؛ وذلك لأن الرهن تحول من الجارية إلى الثمن، فصارت الدنانير هي الرهن، ولهذا يسقط الدين بهلاكها، فوجب إحضارها وتقديم تسليم الدين على تسليمها على ما بيناه في أصل الرهن.

قال: ولو أن رجلاً قتل الجارية الرهن ولم يكن المرتهن باعها، فقضى القاضي على عاقلة القاتل بقيمتها في ثلاث سنين، وحلّ المال، فطلب المرتهن أخذ دينه من الراهن، فأبى الراهن أن يدفعه إليه حتى يدفع إليه قيمة الجارية، أو يحضر ذلك، فإذا قبض دينه دفع القيمة، والقيمة التي قضى بها القاضي دنانير، فإنه ليس للمرتهن أن يقبض [دينه] حتى يحضر القيمة، فإذا قبض دينه دفع القيمة؛ وذلك لأن القيمة قامت مقام الجارية، فحكمها حكمها؛ ولأنها بدل عنها [٣٨٩/أ] كالثمن.

قال: ولو كانا جعلوا الرهن على يدي عدل، وجعلا للعدل أن يضعه عند من أحب، فاختصما وقد جعله العدل عند رجل، فطلب الذي له المال أخذ المال من الراهن، فأبى الراهن أن يدفع إليه المال حتى يرد عليه الرهن، فإن الراهن يدفع [إليه] المال، ولا يكلف الذي له المال أن يدفع إليه شيئاً لم يدفع^(١) إليه؛ وذلك لأن الراهن لم يرض بيد المرتهن، ولا يجوز أن يلزمه تسليم ما ليس في يده.

(١) في أ (يقبض).

قال محمد: ألا ترى أن المرتهن لو أخذ الجارية من العدل فهلكت في يده ، ضمن قيمتها بالغه ما بلغت ، (فكيف يلزمه)^(١) الحاكم تسليم شيء لو أخذه كان غاصباً .

قال: ولو كانت الجارية في يد المرتهن لم يجعلها على يد عدل ، فالتقى الراهن والمرتهن في بلدٍ آخر وقد حَلَّ المال ، فطالبه المرتهن بدينه ، وأبى الراهن أن يسلم إليه الدين حتى يحضر الرهن ، فإن الراهن يؤمر بدفع المال إلى المرتهن ؛ وذلك لأن المرتهن لا يلزمه أن يسافر بالرهن ، ألا ترى أنه يضمن بالسفر في قول بعض الفقهاء ، [ويلزمهم]^(٢) المؤونة في النقل ، وإذا لم يجب عليه تسليم الرهن هاهنا لم يطالب به .

فأما الدين فإذا حَلَّ لم يختص تسليمه بمكان دون مكان إذا كان مما لا حمل له [ولا مؤونة] ولذلك وجب أدائه .

قال في الكتاب من قبل: أنه لو حمّله وله حمل ومؤونة كان ضامناً ، وهذا على الرواية التي قال أبو يوسف: أن المؤدّع لا يسافر بالوديعة إن كان لها حمل [ومؤونة] .

قال: ولو أن الراهن ادعى أن الجارية قد ماتت وأنه قد برئ من الدين ، وقال المرتهن: لم تمت ، [وهي على حالها] ، فإن المرتهن يحلف البتة ما ماتت ، ولا يقبل منه اليمين على علمه ، وإنما وجب عليه اليمين ؛ لأن الراهن يدّعي الإيفاء والمرتهن يجحد ، واليمين على البتات ؛ لأن الراهن يدّعي عليه الاستيفاء بفعله ،

(١) في أ (قال محمد الحاكم) .

(٢) في أ (ويلتزم) .



ألا ترى أن الرهن إذا هلك صار المرتهن مستوفياً بالقبض ، فلذلك كانت اليمين على البتات .

قال: ولو كانت الجارية على يد عدل فادّعى الراهن أنها قد ماتت ، وقال المرتهن أنها لم تمت ، فإن المرتهن يحلف على علمه في [هذا الوجه و] هذا كله رواية عن محمد ؛ لأن الراهن يدعي على المرتهن الاستيفاء بقبض العدل ، فصار كمن ادعى على صاحب الدين أنه وفّى وكيله ، فيحلف على علمه ، كذلك هذا . والله تعالى أعلم .



بَابُ جناية الرهن



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل عبداً قيمته ألف درهم بألف درهم، فقتل العبد قتيلاً خطأً، فضمان الجناية على المرتهن؛ لأن العبد كله في ضمانه، فيقال للمرتهن: افده من الجناية، فإن فداه صحَّ رهنه، وكان دينه على الراهن على حاله، وليس للمرتهن دفع العبد على حال.

وإنما ابتدئ في الجناية بالمرتهن؛ لأننا لو خاطبنا الراهن في الجناية لجاز أن يختار الدفع، فيمنعه المرتهن من ذلك؛ لأن حقه أن يقول: أنا أفدي حتى أصلح رهنني، فلهذا وجبت البداية به في الخطاب.

فإذا فدى فقد أسقط الجناية عن رقبة العبد، فكأنها لم تكن، فبقي الدين في الرهن على حاله، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء؛ لأن العبد كله مضمون، وجناية المضمون كجناية الضامن.

ولو رجع على الراهن رجع الراهن عليه، وإنما لم يملك المرتهن الدفع؛ لأن الدفع تمليك الرقبة، وهو لا يملك الرقبة.

قال: فإن أبى المرتهن أن يفدي، قيل للراهن: ادفع العبد أو افده بالدية [ب/٣٨٩]؛ لأنه مالك للرقبة، والخطاب بحكم الجناية يتوجه إلى المالك، وإنما بدأنا بالمرتهن لما له في الفداء من الحق، فإذا امتنع من الفداء طوِّب الراهن بحكم الجناية، ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء.



فإن اختار الدفع سقط دينه ؛ لأن العبد استحق بسبب كان في يد المرتهن ، فسقط الدين بالهلاك ، وكذلك إن فداه ؛ لأنه استحق عليه بدل العبد ، واستحقاق البدل كاستحقاق المبدل .

قال: ولو استهلك العبد الرهن مالاً يستغرق رقبته^(١)، فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله ، وإن أبى أن يؤدي قيل للراهن: بعه في دينه ، إلا أن يختار أن يؤدي عنه الدين ، فإن أدى الراهن الدين الذي لزم العبد ، بطل دين المرتهن [عن الراهن] .

وإن لم يؤد بيع العبد في دينه [الذي لحقه] ، فيأخذ صاحب الدين الثمن بدينه ، فإن كان ما أخذ غريم العبد من ثمن العبد مثل دين المرتهن على الراهن أو أكثر بطل دين المرتهن ، وكان ما بقي من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين الغريم استوفى [الغريم]^(٢) دينه ، وما [فضل]^(٣) من ثمن العبد للمرتهن إن كان الدين حالاً ، وإلا أمسك ما فضل من ثمن العبد رهناً في يده إلى أن يحلّ الدين ، فيأخذه قصاصاً بدينه .

وإنما قلنا: إن حق ولي الجناية وحق ولي دين العبد يقدم على حق المرتهن ؛ لأن حقهما يقدم على حق (المالك ، وهو أقوى من حق المرتهن ؛ فلأن يقدم على حق)^(٤) المرتهن أولى .

[وإنما] خوطب المرتهن بأداء الدين ؛ لأننا لو خاطبنا الراهن به جاز أن يختار

(١) في أ (قيمته) .

(٢) في ب (المرتهن ما بقي من دينه) والمثبت من أ .

(٣) في ب (حصل) والمثبت من أ .

(٤) ساقطة من أ .

البيع فيمنعه المرتهن ، ويقول: أنا أُؤدِّي الدين ليحصل^(١) لي الرهن ؛ [فلذلك بدأنا به] ، فإن أدى الدين فقد سقطت المطالبة ، فكأن الدين لم يكن ، فبقي رهنه بحاله ، وإن لم يؤد سقط [حقه وعاد الخطاب بأداء الدين]^(٢) إلى المالك .

فإن باع العبد في دينه ودينه مثل دين المرتهن أو أكثر ، فقد استحقت الرقبة بسبب كان في يد المرتهن ، فسقط دينه ، وإن أدى الدين سقط حق المرتهن ؛ لأن ذلك استحق عليه بسبب كان في يد المرتهن ، فكأن الرقبة^(٣) استحقت .

وأما إذا كان دين العبد أقل من دين المرتهن ، سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد ؛ لأن ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن ، وما بقي من ثمن العبد لا دين فيه ، فيبقى في يد المرتهن رهناً بما بقي من حقه .

فإن كان دينه قد حَلَّ فلا يحبس^(٤) الدراهم بالدراهم ، فيستوفيه ، وإن كان دينه لم يحلَّ يمسك الباقي حتى يحل دينه .

قال: وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين [الغريم]^(٥) ، أخذ الثمن ولم يكن له أن يرجع بما بقي من الدين على أحد حتى يعتق العبد ، فإذا عتق رجع عليه ولم يرجع العبد على أحد بشيء ؛ وذلك لأن المستحق على المولى في ديون العبد رقبة العبد ، إلا أن يختار قضاء الدين ، فإذا استوفيت الرقبة لم يبق عليه حق .

ولا يمكن مطالبة العبد في يد المشتري ؛ لأن الدين سقط عن رقبة فتأخر

(١) في أ (ليخلص).

(٢) في ب (حكمه فصار الخطأ بالدين) والمثبت من أ .

(٣) في أ (الذمة) .

(٤) في أ (فلا معنى كحبس) .

(٥) في ب (العبد) والمثبت من أ .

الباقی إلى حال الحرية ، فإذا أداه العبد لم يرجع به على أحد ؛ لأنه أدى دين نفسه الواجب بفعله .

قال : فإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف ، صار نصف الجنایة في ضمان الراهن ، ونصفها في ضمان المرتهن ، فيقال لهما : اfdیا ، فإن فديا كان العبد رهناً على حاله ؛ [وذلك] لأن نصف العبد مضمون ونصفه أمانة ، وحكم الجنایة في الأمانة [١/٣٩٠] يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع ، وحكمها في المضمون متعلق بالراهن^(١) ؛ فلذلك قيل لهما : اfdیا .

قال : وإن أجمعا على الدفع ، دفعا وبطل دين المرتهن ؛ [وذلك] لأن الرقبة استحقت بسبب كان في يده .

وقوله : دفعا تجوز ؛ لأن الدفع تمليك ، ولا يملكه المرتهن ، وإنما يعني [به أن] المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء ، فدفع الراهن وأضاف الدفع إليهما ؛ لأنه تم باختيارهما ، وإن لم يتم بفعلهما .

قال : وإن تشاحا ، فقال المرتهن : أنا أفدي ، وقال الراهن : أنا أدفع ، فللمرتهن أن يفدي ويمسك العبد ، فإن فداه بالدين فهو متطوع [فيما فدى] فيما كان يلزم الراهن في قول أصحابنا جميعاً ؛ وذلك لأن الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن ، والمرتهن بالفداء يحفظ حقه ولا يسقط حقاً للراهن ، فكان اختياره أولى ، ويكون متطوعاً في حصة الأمانة ؛ [وذلك] لأنه التزم الفداء في حصة الأمانة لحفظ حقه في المضمون ، وقد كان يقدر أن لا يلتزم الفداء حتى يخاطب الراهن [به] ، فلما التزمه صار متبرعاً ، وهذا على الرواية التي يقول فيها : إنه إذا

(١) في أ (بالمرتهن) .

فدى مع غيبة الراهن رجع عليه بحصة الأمانة ، وإذا فدى مع حضوره لم يرجع .
فأما على الرواية الأخرى: فينبغي أن يرجع عليه بحصة الأمانة ؛ لأنه لا
يقدر على إصلاح حقه في المضمون إلا بفداء الأمانة .

قال: فإن قال الراهن: أنا أفدي ، وقال المرتهن: أنا أدفع ، فليس الدفع إلى
المرتهن ، وللراهن أن يفديه ويبطل دين المرتهن ، ويخرج العبد من الرهن ،
ويأخذه الراهن ؛ [وذلك] لأن اختيار المرتهن للدفع مع اختيار الراهن الفداء لا
فائدة فيه للمرتهن ؛ لأن دينه يسقط بالدفع كما يسقط بالفداء ، إلا أنه بالدفع يسقط
حق الراهن عن الرقبة ، وقد يكون للراهن غرض في التزام الفداء حتى تسلم له
الرقبة ، فلم يجز للمرتهن تفويت ذلك الغرض من غير فائدة ترجع إليه .

قال: فإن أبى المرتهن أن يفدي ، وفدى الراهن فإنه يحتسب على المرتهن
نصف الفداء من دينه ، (فإن كان نصف الفداء مثل دينه أو أكثر ، بطل دينه وخرج
العبد من الرهن)^(١) ، وإن كان نصف الفداء أقل من الدين سقط من الدين بقدر
نصف الفداء [من دينه] ، وكان جميع العبد رهناً بما بقي من الدين^(٢) ؛ وذلك
لأن الراهن ليس بمتطوع في الفداء ؛ لأن حكم الجناية يلزمه شاء أو أبى ، وفي
الدفع والفداء إسقاط حق المرتهن على وجه واحد ، [قد يكون] الفداء أنفع إذا كان
أقل من الدين ؛ لأن حق المرتهن يبقى في الفاضل ، فلذلك لم يكن متبرعاً ، ومقدار
الفداء مستحق عليه بسبب كان في يد المرتهن فهو من ضمانه ، وما بقي من دين
المرتهن يحبس به جميع العبد ، كما لو استوفى بعض دينه بالقبض [وبقي بعضه] .

(١) ساقطة من أ .

(٢) في أ (دين المرتهن) .

قال: فإن كان الراهن غائباً والمسألة على حالها، ففداه المرتهن، فليس بمتطوع في قول أبي حنيفة، وإن كان حاضراً فهو متطوع على الراهن، روى ذلك أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة، ورواه أيضاً الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وروى زفر عن أبي حنيفة: أن الراهن إذا كان حاضراً لم يكن متطوعاً.

فأما في قول أبي يوسف ومحمد وزفر والحسن: فالمرتهن متطوع، غائباً كان الراهن أو حاضراً.

وجه رواية [ب/٣٩٠] أبي يوسف: أن الراهن إذا كان حاضراً أمكن استيفاء الجناية منه ومخاطبته بها، ولم يلزم المرتهن حكمها، فإذا فدى فقد تبرع على الراهن فصار كالأجنبي، وليس كذلك إذا كان غائباً؛ لأنه لا يمكن استيفاء الجناية منه، فلم يبق إلا أن يخاطب بها المرتهن، وهو لا يقدر على إصلاح المضمون [منه] إلا بإصلاح الأمانة، فكان مأذوناً في ذلك من طريق الحكم كالمشترين إذا غاب أحدهما فأدى الآخر جميع الثمن، وكصاحب العلو والسفل إذا بنى صاحب العلو.

وجه رواية زفر: أن الراهن إذا كان غائباً لم يخاطب المرتهن بحكم الجناية؛ لأنه غير مالك للرقبة، فإذا التزم الفداء فيما لم يخاطب به كان متبرعاً، وليس كذلك إذا حضر الراهن؛ لأن الخطاب بالجناية توجه إليه، ويجوز أن يدفع فيسقط حق المرتهن، فكان له أن يفدي ليصلح حقه.

وجه قول أبي يوسف ومحمد وزفر: أن المرتهن فدى ملك غيره بغير أمره



كالأجنبي ، ولأنه أصلح بالفداء حق نفسه ، فلم يرجع به على غيره .

قال : وإذا رهن الرجل [عند الرجل] جارية بألف قيمتها ألف ، أو قيمتها ألفان ، فولدت ولداً في يد المرتهن ، فقتل الولد رجلاً خطأ فلا ضمان على المرتهن فيه ، وضمان الجناية على الراهن ، ويقال له : ادفعه أو افده ، فإن دفعه خرج من الرهن ، ولم يذهب من الدين شيء ، وكانت الأم رهناً بجميع الدين .

وإن فداء الراهن فهو رهن مع أمه على حاله ؛ وذلك لأن الولد ليس بمضمون على [المرتهن]^(١) ؛ لأنه لا يسقط بهلاكه شيء من [دينه] ، فصار كعبد الوديعة ، فجنايته على مولاه ، فإن دفعه فقد زال ملكه عنه وبطل الرهن فيه ، فلم يسقط شيء من الدين كما لا يسقط بهلاكه ، وإن فداء سقطت الجناية عنه ، فكأن لم يكن ، فيبقى في الرهن .

وكذلك إن لحقه دين فباعه الراهن [فيه] ، خرج من الرهن ، فإن أدى دينه بقي في الرهن لما ذكرنا ، فإن اختار الراهن في مسألة الجناية الدفع ، فقال المرتهن : أنا أفدي ، أو اختار في مسألة الدين البيع ، فقال المرتهن : أنا أقضي الدين ، فله ذلك ؛ لأن الولد وإن لم يكن مضموناً فهو [في وثيقة المرتهن]^(٢) ، ألا ترى أنه يقوم مقام الأم عند هلاكها ، ويستوفي الدين من ثمنه ، ويكون أحق به من سائر الغرماء ، وكان له أن يصلح حقه في الإمساك بالفداء أو قضاء الدين ، وفي ذلك منفعة للراهن من غير ضرر . وبالله التوفيق^(٣) .

(١) في ب (الراهن) والمثبت من أ .

(٢) في ب (وثيقة) والمثبت من أ .

(٣) انظر : الأصل ، ٢٤٣/٣ وما بعدها .



بَاب

جنایة الرهن بعضه على بعض



قال: الأصل في هذا الباب: أن العبدین إذا كانا رهناً لواحد عند واحد، فلا يخلو إما أن يكونا رهناً بعقد واحد أو بعقدين، فإن كانا بعقد واحد فجنایة أحدهما على الآخر على أربعة أوجه:

جنایة الفارغ على الفارغ هدر، و جنایة المشغول على الفارغ هدر، و جنایة المشغول على المشغول هدر؛ إلا أن الدين في المجني عليه يسقط، و جنایة الفارغ على المشغول تثبت، و ينتقل ما في المشغول من الدين إلى الفارغ، فيصير رهناً مكانه.

وإنما كان كذلك؛ لأن جنایة ملك الإنسان على ملكه لو لم يكن رهناً هدر، ألا ترى أن ماله لو جنى بعضه على بعض فلا فائدة لإثبات حكم الجنایة، وإنما يثبت حكمها [٣٩١/أ] لتعلق حق المرتهن بالرهن؛ لأنه يجعل المالك فيه كالأجنبي؛ ولذلك لو أ تلف الراهن الرهن يضمن، فكذلك يجوز أن يجعل عند الراهن كعبد الأجنبي.

وإذا كانت الجنایة لا حكم لها لولا الرهن، فما كان في إثباته حق للمرتهن يثبت، وما لا حق له فيه تصير كجنایة غير الرهن، فلا يثبت.

وإذا ثبت هذا قلنا: جنایة الفارغ على الفارغ كجنایة عبد الودیعة على عبد الودیعة إذا كان مالکهما واحداً؛ لأنه لا حق للمرتهن في مقدار الأمانة، فلا

يثبت حكم الجناية .

وأما جناية المشغول على الفارغ فلا يثبت حكمها أيضاً؛ لأنه لا فائدة للمرتهن في ثبوتها، فلو ثبت لثبت لحق الراهن، وماله [إذا جنى] بعضه على بعض لا يثبت حكم جنائته، ولا يجوز أن يجعل جناية المشغول على الفارغ كجناية عبد الغصب على عبد الوديعة إذا كان مالكهما واحداً؛ لأن المغصوب مضمون في الحقيقة ضماناً يتعلق به حق التمليك، فصار جناية الغصب كجناية الغاصب .

وأما عبد الرهن فليس بمضمون في الحقيقة، وإنما يسقط الدين بهلاكه حكماً، ولا يتملك بالدين، فصار في حق [المرتهن]^(١) كالوديعة .

[وأما جناية المشغول على المشغول فليس في ثبوتها حق للمرتهن، وقد بينا أن الجناية] لا تثبت لحق الراهن، فسقطت وصار المجنيُّ عليه كالتالف بآفة من السماء، فيسقط ما فيه من الدين .

وأما جناية الفارغ على المشغول فيثبت حكمها، ويصير كعبد الوديعة إذا جنى على عبد الرهن، فيقال للراهن: ادفعه أو اقد؛ وذلك لأن الراهن لو جنى على المشغول [لثبتت جنائته، فكذلك إذا جنى عبده، وإذا ثبت حكم الجناية، انتقل ما في المشغول] إلى الفارغ وقام مقامه .

وأما إذا رهن عبيدين في صفتين، فلا يخلو إما أن يكون فيهما^(٢) فضل عن الدين أو لا يكون، فإن كان فيهما فضل عن الدين فقتل أحدهما الآخر ثبت حكم

(١) في ب (الراهن) والمثبت من أ .

(٢) في أ (قيمتها) .

الجناية، وقيل للراهن: ادفع القاتل مكان المقتول؛ لأنهما لما حُبسا بصفقتين صار الحق المتعلق بأحدهما غير متعلق بالآخر، فكأنهما رهنا عند اثنين.

وليس كذلك إذا كانا في صفقة واحدة؛ لأن الحق المتعلق بأحدهما هو المتعلق بالآخر، ألا ترى أن المالك إذا قضى حصة^(١) أحدهما لم يكن له أخذه.

وأما إذا لم يكن فيهما فضل عن الدين، فقد روى ابن سماعة وعلي ابن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يسقط ما في المجني عليه ولا يثبت حكم الجناية؛ وذلك لأن قيمة كل واحد منهما إذا كانت مثل قيمة الآخر، والدين الذي رهنا به سواء، فلا فائدة في الدفع للمرتهن.

وإذا ثبتت هذه الأصول، قال أبو الحسن: إذا رهن رجل رجلاً عبدين [يساوي] كل واحد منهما ألف درهم بألفي درهم، وقبضهما المرتهن، ثم إن أحد العبدین قتل [العبد] الآخر أو جنى عليه جناية فيما دون النفس، قليل أرشها أو كثير، فإنه لا يلحق الجاني من ذلك شيء، فكأنه مات أو دخل ذلك النقص بغير فعل أحد، فيذهب من دين المجني عليه بقدر ذلك، هذا في قولهم جميعاً؛ وذلك لأن كل واحد من العبدین مشغول بالدين، وقد بيّننا أن جناية المشغول على المشغول لا يثبت حكمها، [إلا أنه] يسقط ما في المجني عليه، كما لو ذهب بأفة من السماء.

قال: وإن كانت قيمة كل واحد منهما ألفاً وهما رهن بألف، فقتل أحدهما الآخر فلا دفع في هذا ولا فداء، ويكون القاتل هنا بسبعمائة وخمسين؛ وذلك لأن كل واحد من هذين العبدین نصفه مشغول (على [٣٩١/ب] نصف فارغ، فإذا

(١) في أ (دين).

قتل أحدهما الآخر فقد جنى النصف المشغول) على نصف مشغول وعلى نصف فارغ، فجنايته على الفارغ هدر، وجنايته على المشغول يسقط بها الدين، فيسقط مائتان وخمسون، وقد جنى النصف الفارغ [على نصف مشغول ونصف فارغ، وجناية الفارغ على الفارغ هدر، وجناية الفارغ] على المشغول يثبت حكمها، فينتقل ما في المشغول إلى الفارغ، فيصير في القاتل [مائتان وخمسون]، فاجتمع في القاتل ما كان فيه [بعقد^(١) الرهن - وهو خمسمائة - ما انتقل إليه بالجناية وهو مائتان وخمسون، فذلك سبعمائة وخمسون، وبطل من الدين مائتان وخمسون^(٢)].

وإنما لم يثبت في هذه الجناية دفع ولا فداء؛ لأنهما جميعاً مال لواحد، ورهن بعقد واحد، فلا فائدة في الدفع، ولا يلزم الرهن الفداء؛ لأنه لو لزمه لحق المرتهن رجع به عليه.

قال: وإن فقاً أحد العبدین عين صاحبه والمسألة على حالها، فنصف الجاني فارغ، وقد سقط من دين المجني عليه نصفه، فيكون الجاني رهناً بستمائة وخمسة وعشرين؛ لأن العين من العبد نصفه في حكم الجناية، وقيمتها خمسمائة، ففيها من الدين مائتان وخمسون، استوفاهما نصف مشغول ونصف فارغ، فجناية المشغول على المشغول والفارغ هدر؛ إلا أن حصة المشغول على المشغول تسقط من الدين بحسابه، وذلك ربع العين، وجناية الفارغ على الفارغ هدر، وجناية الفارغ على المشغول يثبت حكمها، وينتقل ما فيها إلى الجاني، فقد انتقل إلى الجاني نصف ما كان في العين، وهو مائة وخمسة وعشرون، وسقط

(١) في ب (بعد) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل، ٢٣٥/٣.

نصف ما فيها بجناية المشغول على المشغول ، وهو مائة وعشرون ، فصار الفاقئ رهناً بستمائة وخمسة وعشرين ، والمفقوءة عينه رهناً بمائتين وخمسين .

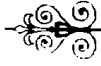
قالوا: ولو ارتهن عبدين كل واحد منهما بخمسمائة ، وقيمة كل واحد منهما ألف ، ارتهن كل واحد منهما على حدة ، فقتل أحدهما صاحبه ، فإنه يخير الراهن والمرتهن: فإن شاء جعل القاتل مكان المقتول وبطل ما كان في القاتل ، وإن شاء فديا القاتل بقيمة المقتول ، فيكون الفداء رهناً مكان المقتول ، والقاتل رهناً على حاله ؛ لأنهما إذا كانا رهنا بعقدين فقد تعلق بكل واحد منهما حق مخالف لحق الآخر ، ألا ترى أن الراهن إذا قضى ما في أحدهما من الدين^(١) كان له أخذه ، فصار كالرهن عند اثنين .

قالوا: ولو أن أحدهما فقاً عين الآخر ، قيل لهما: ادفعا أو افديا بأرش عين الآخر ، فإن دفعاه بطل ما فيه من الدين ، وإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين ، وكان رهناً على حاله ، والفداء رهن مع المفقوءة عينه ؛ [وذلك] لما بينا أن حكم الجناية ثابت ، فكأن عبد الرهن جنى على عبد أجنبي ، فإن اختار الدفع قام مقام المجنبي عليه ، وإن اختار الفداء كان عليهما ؛ لأن نصف العبد مضمون ، ونصفه أمانة^(٢) .

قال: فإن قال المرتهن: لا أفدي في الجناية ، وإنما أدع الرهن على حاله ، فله ذلك ، ويكون الفاقئ رهناً مكانه [على حاله] ، وقد ذهب نصف ما في المفقوءة عينه من الدين ؛ [وذلك] لأن حكم هذه الجناية ثبت لحق المرتهن ، ولا يثبت لحق

(١) في أ (الحق) .

(٢) في أ (بنصف المائة) .



الراهن ، ألا ترى أنه لولا حق المرتهن لم يثبت حكمها ، فإذا لم يطالب المرتهن بحكمها لم يجز أن يثبت لحق الراهن .

قال: فإن قال الراهن: أنا أفدي ، وقال المرتهن: [أ/٣٩٢] لا أفدي ، فإن للراهن أن يفدي بأرش الجناية ، وسقط من دين المرتهن [مما] في الجاني قدر نصف الفداء ، وهذا إنما يكون إذا طالب بحكم الجناية والتمس الدفع ، فاختر الراهن الفداء ، فله ذلك ؛ لأنه ليس للمرتهن أن [يعين^(١)] عليه حكم الجناية ، وهي ثابتة على التخيير .

قال: فإن أبى الراهن الفداء ، وقال المرتهن: أنا أفدي ، والراهن حاضر كان أو غائب ، فهو على ما عرفت في العبد الواحد إذا اختار المرتهن أن يفدي فيما يكون به متطوعاً أو لا يكون ، على اختلافهم في ذلك ؛ [وذلك] لأن للمرتهن حقاً في اختيار الفداء ، ألا ترى أن الراهن إذا دفع سقط أحد [الدينين]^(٢) ، فإذا فدئ المرتهن بقي الدينان جميعاً ، وله حق في ذلك .

فأما الاختلاف الذي ذكره: فهو فيما يرجع به من الفداء في حصة الأمانة على الروائتين اللتين ذكرناهما .

قال: وإن كانت قيمة كل واحد منهما ألفاً وهما رهن بألفين [وهما رهنان] مفترقان ، فقتل أحدهما صاحبه ، فإن دفعاه بالجناية فإنه يقوم مقام المقتول ، وبطل الدين الذي في القاتل ؛ لأن رقبته استحققت بسبب كان في يد المرتهن ، وإن قالوا: نفدي ، فالفداء هاهنا كله على المرتهن ، فإن شاء فداه بألف ، فإذا حلَّ الدين دفع

(١) في ب (يغير) والمثبت من أ .

(٢) في أ ، ب (الدينين) والمثبت مقتضى العبارة .

الراهن ألفاً وأخذ عبده، فكان الألف الأخرى التي عليه قصاصاً بهذه الألف التي فديها إن كان المال واحداً، وإن كان مختلفاً دفع ألفاً وأخذ الفداء؛ وذلك لأن كل واحد منهما مضمون لا^(١) أمانة فيه، فالفداء على المرتهن؛ لأنه يصلح به حقه^(٢)، فإذا قضى الدين فلا معنى لدفع ألفين وأخذ الألف، وهما على صفة واحدة، فيدفع ألفاً ويأخذ العبد القاتل وتصير الألف [بالألف] الأخرى قصاصاً.

قال: وإن كان الرهن حيواناً غير بني آدم فقتل بعضها بفضه فالمقتول بما فيه، ولا يصير على الآخر شيء، وكذلك ما جنى بعضها على بعض من عور أو غير ذلك، ذهب من الدين بحساب ذلك، كأنه ذهب بغير فعل أحد؛ وذلك لأن جنابة البهائم هدر لا يثبت حكمها لقوله ﷺ: «العجماء جبار»^(٣)، وإذا لم يثبت حكم الجنابة صارت كالآفة من السماء، فيسقط بها الدين.

قال: وإن كان الرهن عبداً أو دابة، فقتلت الدابة العبد، أو جنت عليه، فذلك هدر، وكأنه ذهب بغير فعل أحد لما بيننا أن جنابة البهيمة لا يثبت حكمها، وإن قتل العبد الدابة وهما رهن واحد لرجل واحد، فما بطل من دين الدابة بالجنابة، ينتقل إلى العبد على حسب ما فيه من الفراغ على ما وصفت لك؛ لأن جنابة الآدمي يثبت حكمها على الآدمي وغير الآدمي.

وقال ابن سماعة وعلي بن الجعد، عن أبي يوسف: لو أن عبيد رهننا عند رجل، كل واحد منهما بألف، وقيمة كل واحد منهما ألف، وهما لرجل واحد،

(١) في أ (لأنه أمانة).

(٢) في أ (حق نفسه).

(٣) أخرجه البخاري (١٤٢٨)؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين (٢٢٢٤).

[ففقاً]^(١) أحدهما عين الآخر ، فإنه يذهب من المفقوءة عينه نصف الدين الذي فيه ، ولا يلزم الفاقئ جناية في قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف : المرتهن بالخيار : إن شاء طلب الجناية ، فإن دفعه المولى بهذا كانا جميعاً بألف الذي كان في المفقوءة عينه ، وبطل الذي كان في الفاقئ من الدين ، وخير المرتهن أن يدفعه على حاله ، فيكون هذا بألف وهذا بخمسائة ، قال : وهذا إن كان يريد به أنهما رهن واحد .

فقول أبي حنيفة [٣٩٢/ب] ظاهر ؛ لأن جناية المشغول في الرهن الواحد لا يثبت حكمها ، ويسقط من الدين بحسابها ، ويكون جواب أبي يوسف خلاف المشهور .

وإن كان وضع المسألة على رهنين مختلفين ، فقول أبي يوسف ظاهر ؛ لأن للمرتهن حقاً في تبقية أحد الدينين وإسقاط الآخر ، فكذلك كان له المطالبة بالدفع أو الفداء .

فأما جواب أبي حنيفة ، فهو خلاف المشهور ، ووجهه : أن الدين إذا كان مستغرماً لهما وقيمتها سواء ، سقط من الدين بالدفع ما يسقط منه إذا لم يدفع ، فلا يكون في المطالبة [بالجناية] فائدة ، فيسقط حكمها^(٢) . والله تعالى أعلم .



(١) في ب (فقال) والمثبت من أ .

(٢) انظر : الأصل ٢٣٥/٣ وما بعدها .

بَاب

جنابة الرهن على الراهن والمرتهن



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل عبداً بألف درهم وقيمته ألف، فجنى على الراهن في ماله أو نفسه جنابة توجب مالا، فهو هدر في قولهم جميعاً؛ وذلك لأن المولى لا يثبت له على عبده مال، وحكم جنابة الخطأ حكم الدين، ألا ترى أن المولى يملك أن يقر عليه بكل واحد من الأمرين، ولا يقبل إقرار العبد بهما، فإذا لم يثبت أحدهما لم يثبت الآخر.

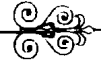
وليس كذلك جنابة العمد؛ لأنها تثبت بإقرار العبد، ولا تثبت بإقرار المولى عليه، فصار المولى معه فيها كأجنبي؛ ولأن الرهن على ملك الراهن، وإنما تثبت جنابته لحق المرتهن؛ لأن تعلق حقه جعل المولى كالأجنبي، ولا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجنابة، فلا تثبت.

وليس هذا كجنابة المغصوب على المولى؛ لأن المغصوب مضمون [ضماناً] يتعلق به التمليك، فصار كعبد الغاصب، والرهن ليس بمضمون في قول أبي (١) حنيفة. والله أعلم.

٢٣٦٧ - فُصِّلَ: [جنابة الرهن على المرتهن]

قال: وإن جنى على المرتهن، فهو هدر في قول أبي حنيفة.

(١) في أ (في الحقيقة).



وقال أبو يوسف ومحمد: جنايته على المرتهن ثابتة إذا كانت في بني آدم، فإن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاها بالجناية إلى المرتهن، وإن شاء المرتهن قال: لا [أطالب بالجناية]^(١)، فيكون رهناً على حاله.

لأبي حنيفة: أنا لو أثبتنا حكم هذه الجناية وطولب الراهن بها رجع بها على المرتهن؛ لأنها حصلت والعبد في ضمانه، فمن حيث يثبت حكم الجناية يسقط؛ ولأن جناية المضمون في يد الضامن كجناية الضامن، أصله: إذا جنى على أجنبي؛ ولأنه لو جنى في مال المرتهن لم يثبت حكم بجنايته بالاتفاق، وكذلك إذا جنى في نفسه؛ لأن موجب كل واحدة من الجنائيتين المال.

ووجه قولهما: أن في ثبوت هذه الجناية فائدة للمرتهن، ألا ترى أن المولى لو اختار [الدفعة]^(٢) فيملك المرتهن العبد، ويجوز أن يكون له غرض في تملكه وإن سقط دينه، ويجوز أن يكون تبقى دينه وإسقاط حكم الجناية أنفع له؛ فلذلك خير بين الأمرين.

وليس كذلك إذا جنى في المال؛ لأنه لا يملك العبد بإتلاف العبد، وإنما يجب له أن يرجع له عليه، ولا فائدة في ذلك^(٣).

٢٣٦٨ - فِصْلُ: [المقدار الذي يثبت فيه حكم الجناية]

قال محمد: وهذا إذا كانت قيمته والدين سواء لا فضل فيه، ولم يذكر قول أبي حنيفة إذا كان في قيمته فضل.

(١) في ب (أطلب) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الفداء) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢٤٢/٣.

وقد روي عنه: أن حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة؛ لأنه ليس في ضمانه، فيصير كعبد الوديعه.

وقال في الرواية الأخرى: لا يثبت حكم الجناية [1/393]؛ لأن مقدار الأمانة رهن في يده، فصار كمقدار المضمون.

وقال محمد: وإن أفسد متاعاً للمرتهن وقيمته ألفان وهو رهن بألف، فطلب المرتهن أن يأخذه بقيمة المتاع، فإنه يعرض على الراهن، إن شاء قضى عنه نصف ذلك الدين وجعل نصفه على المرتهن، وإن كره أن يقضي، يبيع العبد في ذلك كله، فإن بقي شيء بعد فكك [الدين]^(١) أخذ الراهن نصفه، والمرتهن نصفه؛ وذلك لأن القيمة إذا زادت على الدين فالزيادة أمانة، فيثبت حكم جنايتها على المالك^(٢).

فإن اختار المولى قضاء الدين قيل له: اقض نصفه؛ لأن حصة الأمانة ثابتة، وحصة المضمون ليست بثابتة على ما قدمنا من قولهم، فإذا قضى المولى النصف زال الدين فبقي العبد رهناً بحاله، وإن اختار البيع، يبيع العبد.

قال محمد: فإن جنى على المرتهن في نفسه أو رقيقه، قيل لمولاه: ادفعه أو افده، فإن دفعه وقبّله المرتهن بذلك كان عبداً له، وبطل الدين والرهن، وإن فداه كان على الراهن نصف الفداء، ويكون رهناً على حاله؛ لأن المولى [له اختيار الدفع]، وإذا اختار الدفع فقد ملكه المرتهن من غير فكك، وزال ملك الراهن عنه بسبب كان في حال الضمان، فيسقط الدين كما لو دفعه بالجناية إلى أجنبي.

(١) في أ (الراهن).

(٢) في أ (المال).

وليس كذلك إذا باعه الراهن من المرتهن ، أن الدين لا يسقط ؛ لأن ملك الراهن زال عنه بعد الفكك ، ألا ترى أنهما إذا تراضيا بالبيع خرج العبد من الرهن [قبل]^(١) أن ينفذ فيه البيع ، فيصير كما لو تفاسخا الرهن ثم باعه .

وأما إذا اختار الفداء ، فدئ النصف ؛ لأن حصة المضمون لو فداه رجع به على المرتهن ، فلا فائدة لإثبات الفداء ، فلم يبق إلا مقدار الأمانة ، فكان عليه أن يفديه .

قال الحسن ، عن أبي يوسف : في رجل ارتهن جارية تساوي ألفين بألف ، فجنت على المرتهن بِشَجَّةٍ أو قطعت يده ، فإن أبا يوسف قال : نصف الجناية هدر ؛ لأن نصف الجارية كان مضموناً في يد المرتهن ، ويقال للراهن : ادفع النصف الذي كان المرتهن فيه مؤتمناً ، أو افده ، وهذا على ما بينا في إحدى الروايتين ، أن جناية مقدار الأمانة ثابتة .

قال : فإن فداه صار الفداء للمرتهن ، وكانت رهناً على حالها بالألف ؛ لأن الجناية سقطت عن رقبتها ، وإن قال : أنا أدفع ، يدفع النصف للمرتهن بالجناية ، وخرج النصف الآخر من الرهن ، فيأخذ الراهن ذلك النصف فيصير له ، وتصير الألف التي كانت الجارية بها رهناً ديناً للمرتهن على الراهن .

قال الحسن : وفيها قول آخر : إن النصف يكون رهناً على حاله بالألف ، وبه نأخذ .

قال أبو الحسن : والذي حكاه الحسن عن أبي يوسف من بطلان الرهن في

(١) في ب (حتى) والمثبت من أ .

النصف هو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع فقال: هو رهن على حاله، حكى رجوعه ابن سماعه في نوادره، وهذه مسألة الإشاعة في حال البقاء، وقد بينا وجه كل واحدة من الروايتين فيما تقدم.

قال الحسن: قال زفر: إذا جَنَّتْ الجارية على المرتهن فشجته شجة أو قطعت يده، وهي تساوي ألفين، وهي رهن بألف، قيل للمرتهن: أنت بالخيار: إن شئت أبطلت نصف الجناية بالنصف الذي كان رهناً، وقيل للراهن: ادفع النصف أو افده على ما وصفناه، وإن شئت أبطلت الرهن، وقيل للراهن: ادفع الجارية كلها بالجناية أو افدها بجميع الجناية.

وكذلك لو قتلت [الجارية] المرتهن، أو قتلت غلاماً له، أو ابناً له؛ [وذلك] لأن المرتهن له أن يبطل الرهن بغير اختيار الراهن، [٣٩٣/ب] فإذا أبطله صارت الجارية كأنها لم تكن رهناً، فيثبت حكم جنائتها، وإذا لم يبطل الرهن يثبت مقدار الأمانة من الجناية، وسقط مقدار المضمون، فأما ما ذكر من الجناية على ابن المرتهن، فهو موضوع على أن المرتهن هو الوارث، فصار المستحق لأرش الجناية [عليه هو]، فكأن الجناية عليه^(١).

٢٣٦٩ - فَصْل: [توارث جناية الرهن]

وحكى الحسن عن أبي حنيفة: أن جناية الرهن على الراهن أو على من هو وارثه كالجناية عليه، وكذلك الجناية على المرتهن أو من وارثه مثل الجناية عليه.

وقال [محمد] في الأصل: إن جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن

(١) انظر: الأصل ٢٤٢/٣، ٢٤٣.

كالجناية على الأجنبي^(١).

وجه رواية الحسن: أن الوارث هو المستحق للأرث، فصارت الجناية على مورثه كالجناية عليه.

وجه رواية محمد: أن جناية الرهن إنما لم تثبت على الراهن؛ لأنه لا يثبت له دين على عبده، فأما ابن الراهن فيجوز أن يثبت له على عبد أبيه دين، فتثبت جنايته عليه كالأجنبي، وإنما لم تثبت جناية الراهن على المرتهن عند أبي حنيفة؛ لأنه في ضمانه، وهذا المعنى غير موجود في ابنه، فصار كالأجنبي.

قال أبو الحسن: وما رواه الحسن في جناية المضمون من الرهن أنه يبطل في قول أبي يوسف، خلاف ما رواه محمد.

وقال محمد: إذا جنى الرهن على المرتهن ونصفه مضمون قيل للراهن: ادفع أو افده^(٢).

وقال الحسن، عن أبي يوسف: يقال للراهن: ادفع النصف أو افده، فكل واحد منهما روى ما هو قياس روايته عن أبي يوسف.

وقال بشرٌ وعليٌّ، عن أبي يوسف: لو أن رجلاً رهن عند رجل عبداً بألف قيمته ألف، فجنى على مولاه الراهن، أو على عبده، أو أكل له طعاماً، أو أخرج له ثوباً، فإنه لا يلزمه من ذلك شيء.

وقال أبو حنيفة: إذا جنى على المرتهن فهو مثل ذلك إذا كانت قيمته والدين

(١) الأصل ٢٤٢/٣.

(٢) المصدر السابق نفسه.

سواء ، وهذا على ما قدمنا .

وقال أبو يوسف: الخيار في ذلك إلى المرتهن: فإن شاء طلب بالجناية ، فإن دفع المولى العبد بها إليه بطل الدين الذي كان به رهناً ، وإن فداه المولى وكان أكثر الجناية أكثر من قيمته بطل الدين أيضاً وخرج من الرهن ، وإنما أبطل أبو حنيفة جنايته من هذا الوجه .

قال أبو يوسف: وقولي في الأول مثل قول أبي حنيفة ، وإنما جعل الخيار إلى المرتهن ؛ لأن له حَقَّ إسقاط الجناية لبقاء الرهن ، وله حق في المطالبة بها ؛ لأن ما يحصل له بها أنفع من دينه ، فكان الخيار في أحد الأمرين . والله تعالى أعلم^(١) .



(١) انظر: الأصل ٢٤١/٣ وما بعدها .

بَابُ الرهن يُقتل عمداً



قال أبو الحسن عليه السلام: الأصل في هذا الباب أن عبد الرهن إذا قُتل عمداً فليس للراهن القصاص؛ إلا أن يجتمع المرتهن معه على ذلك، فإن اجتمعا فله القصاص عند أبي حنيفة.

وقال محمد: ليس لهما القصاص وإن اجتمعا.

وروى ابن سماعه، عن أبي يوسف مثل ذلك، وروي عنه في موضع آخر: أنهما إذا اختلفا فأدى الراهن الدين قبل إبطال القاضي القصاص فله أن يقبض، فإن اجتمعا على القصاص ففيه القصاص.

وروى هشام، عن محمد، عن أبي حنيفة وأبي يوسف: في عبد الرهن إذا قتل، قالوا: [لا] يقتل القاتل وتؤخذ القيمة، فتكون رهناً مكانه، إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالوا: [ب/٣٩٤] إن اجتمع الراهن والمرتهن على قتل القاتل فلهما ذلك.

وقال محمد: لا قود^(١)، اجتمعا أو لم يجتمعا.

وروى بشر بن الوليد، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: في عبد الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر، فإن اتفق للراهن والمرتهن على القصاص فذلك لهما، وإن اختلفا فلهما القيمة، يكون رهناً مكانه، وهو قول أبي حنيفة

(١) في أ (لا قصاص).

وأبي يوسف .

وجه قولهما: أن الرهن ملك للراهن ، وإنما لم يجز له أن ينفرد بالقصاص لما في ذلك من إسقاط حق المرتهن ، ألا ترى أن له حقًا في أخذ القيمة لتكون رهنًا بدينه ، فإذا [رضي] ^(١) بالقصاص فقد أسقط حق نفسه ؛ ولأن الملك للراهن ، وللمرتهن حق الاستيفاء ، فإذا أسقط حقه بالرضا ثبت القصاص كعبد الإجارة إذا قتل ؛ لما يسقط حق المستأجر بانفساخ العقد فثبت القصاص .

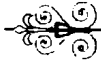
وعلى هذا قالوا في العبد الموصى بخدمته إذا قتل لم يكن للورثة قصاص ؛ لأن للموصى له حق أخذ القيمة يشتري بها عبدًا آخر ، فإذا اجتمع مع الورثة على القصاص فقد أسقط حقه ، [فسقط] ويثبت القصاص ، وليس هذا كعبد المكاتب إذا قتل ، فاجتمع المولى والمكاتب على القصاص ؛ لأن المستحق للملك غير معلوم ، فلم يجز ثبوت القصاص لمجهول .

وجه قول محمد: أن حق المرتهن مستغرق في الرقبة ، وينتقل إلى القيمة ، فيصير [كحق أحد] ^(٢) الشريكين ، فهو لا يملك القصاص ، وكذلك المولى لا يملكه .

وأما قول أبي يوسف: أن المولى والمرتهن إذا اختلفا فأدى الراهن الدين كان له القصاص ؛ لأن حق المرتهن سقط بالاستيفاء ، فلم يبق إلا حق الراهن ، وأما إذا اختلفا فأبطل القاضي القصاص ، ثم قضى الراهن الدين بلا قصاص ؛ لأن حكم القصاص كان مراعى ، فلما قضى القاضي بإبطاله سقط ، فلم يعد إلا بعود سببه .

(١) في ب (مضى) والمثبت من أ .

(٢) في ب (كأحد الشريكين) والمثبت من أ .



فأما قوله: إنهما إذا اجتمعا على القصاص سقط الدين؛ فلأن العبد تلف بسبب كان في يد المرتهن.

وأما قوله في الرواية التي قال: لا قصاص للراهن والمرتهن إذا عفيا ورجع المرتهن على الراهن بدينه؛ فلأن القيمة ملك للراهن، وإنما للمرتهن فيها حق، فلا يملك الراهن العفو؛ لما فيه من إسقاط حق المرتهن، فإذا اجتمعا على العفو، فإنما سقطت القيمة لعفو المولى، ورضا المرتهن له أثر في إسقاط حقه عن القيمة، فصار كما لو وهب الراهن الرهن، فأجاز المرتهن الهبة، لم يسقط دينه، كذلك هذا. والله أعلم^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٤٢/٣، ٢٤٣.

بَابُ عَبْدِ الرَّهْنِ يَقْتُلُ عَمْدًا

(١) قال أبو الحسن: وإذا كان العبد رهناً، فقتل رجلاً عمداً، فإنه يقتل ويبطل الدين الذي كان فيه؛ [وذلك] لأن حق المرتهن لا يمنع وجوب القصاص في الرهن كحق المالك، فإذا اقتصر منه فقد تلف الرهن بسبب كان في يد المرتهن، فيسقط الدين كموت الرهن.

قال: فإن قتل الراهن أو المرتهن عمداً، فإن محمداً قال في الأصل: [هذا لا يشبهه] (٢) الخطأ، وعليه القصاص في الوجهين، ويبطل الدين (٣)، وإنما وجب القصاص للراهن؛ لأنه حق ثبت للمولى على عبده، ألا ترى أن المولى لا يملكه منه، فصار العبد فيه كالأجنبي، وليس كذلك جناية الخطأ؛ [لأن] (٤) موجبها المال، وذلك لا يثبت للمولى على عبده.

وأما وجوب القصاص للمرتهن؛ فلأن حقه أكثر أحواله أن يجعل كحق المالك، فإذا وجب للمالك القصاص فكذلك المرتهن.

وإنما يسقط [ب/٣٩٤] الدين؛ لأن الرهن تلف بسبب كان في يد المرتهن.

والله ﷻ أعلم.

(١) في أ (باب الرهن يقتل آخر عمداً).

(٢) في ب (لا يشبهه هذا) والمثبت من أ.

(٣) الأصل، ٢٤٣/٣.

(٤) في ب (من) والمثبت من أ.

بَابُ الرهن يُجْنَى عليه وهو رهن

قال أبو الحسن: إذا استهلك الرهنَ مستهلك ، [فوجبت قيمته على من استهلكه ، غرم القيمة] ^(١) وقبضها المرتهن ، وكانت في يده رهناً على سبيل ما كان عليه الرهن المستهلك ، وحقوق المرتهن فيها كحقوقه في الرهن المأخوذ ؛ وذلك لأن القيمة قائمة مقام العين ، فتعلق بها من الحق ما يتعلق بالأصل ؛ ولأن الغاصب أزال يد المرتهن ، فكان عليه إعادتها كيد المالك ؛ لأن الرهن حق مستقر في الرقبة ، بدلالة أنه يسري إلى الولد ، ويستحقه الوارث ، فصار كحق المالك .

قال: وإن استهلك المرتهن الرهنَ والدين إلى أجل ، غرم قيمة الرهن ، فكانت في يده رهناً إلى أن يحلّ الدين ، فإن حلّ الدين وهي من جنس الدين ، ومثل له في الصفة قبض المرتهن حقه منها ، فإن بقي شيء من القيمة كان للراهن ؛ وذلك لأن المرتهن أتلف ملك غيره ، ومن أتلف ملكاً تاماً ^(٢) وجب عليه بدله ؛ ولأن الرهن إن اعتبرناه بالأمانات ، فإتلافه يتعلق به الضمان كالوديعة ، وإن اعتبرناه بالمضمونات فإتلافه يؤكد الضمان كالغصب .

وإنما كانت القيمة التي تؤخذ منه رهناً ؛ لأنها بدل عن الرهن كالقيمة المأخوذة من الأجنبي ، وإنما حبسها بالدين المؤجل ؛ فلأن الأجل حق للراهن ، ولا يجوز إسقاطه إلا برضاه .

(١) في ب (فوجب عليه قيمته) والمثبت من أ .

(٢) في أ (بائناً) .

وأما إذا أُجِّلَ الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن حقه منها ؛ لأنه وجد جنس حقه ، فأخذه لا يقف على الرضا ، وإنما رَدَّ الفضل على الراهن ؛ لأنه استوفى حقه ، فصار كما لو استوفى دينه والرهن في يده ، وجب رَدُّه .

قال : وإن عجزت القيمة عن الدين نظرت : فإن كانت قيمة الرهن الأول مثل الدين يوم قبضه المرتهن ، بطل باقي الدين عن الراهن ؛ وذلك لأن الرهن مضمون بالقبض ؛ فإذا تلف في يد المرتهن اعتبرت قيمته يوم القبض ، ولا يقال : إن نقصان السعر في الرهن ليس بمضمون ؛ لأنه لا يضمن مع بقاء عين الرهن .

فأما إذا تلفت العين فالضمان يتعلق بقبضها ، كأنه استوفى مقدار قيمتها يوم القبض ، وإنما لم يجب عليه بالإتلاف إلا قيمته يوم أتلف ؛ لأن الضمان المتعلق بالإتلاف من غير جنس الضمان المتعلق بقبض الرهن ، فاعتبرت القيمة فيه عند الإتلاف ، ووجب فضل القيمة بالقبض السابق بحكم ضمان الرهن .

قال : فإن كانت قيمة الرهن يوم قبضه ما غرم عنه ؛ رجع ببقية دينه على الراهن ؛ وذلك لأنه استوفى جميع الرهن ، فما زاد على مقداره في ذمة الراهن .

قال : فإن كان الدين حَالًا في حال مما استهلك المرتهن الرهن ، وحكم الحاكم عليه بمثل دينه ، كان مقدار الرهن قصاصًا ، فإن فضل له دين رجع به إذا كان ما لزمه من الغرم مثل قيمة الرهن .

وهذا على أصلنا : أن كل دَيْنَيْنِ من جنس واحد التقيا في الذمة ، والمَقَاصَّةُ بينهما لا تؤدي إلى فساد عقد ، صار أحدهما قصاصًا بالآخر وإن لم يتقاصًا ؛ لأنه لا فائدة لأخذ الدين منه ورده إليه في الحال .

قال أبو الحسن: وتفسير ذلك: رجل رهن رجلاً عبداً [ب/٣٩٥] قيمته ألف درهم بألف درهم، فنقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة، ثم قتله قاتل أو غصبه فمات في يده، فعليه قيمته يوم قتله، ويوم غصبه، ولا ينظر إلى قيمته قبل ذلك.

فأما المرتهن فهو ضامن لجميع قيمته، فإذا جنى عليه المرتهن وقد صارت قيمته خمسمائة فغرم خمسمائة، فالعجز في القيمة مضمون على المرتهن بالدين، فقبض الرهن دون الاستهلاك، وباقي العبد مضمون على المرتهن في الوجهين جميعاً، وهذا على ما قدمناه أن ضمان الرهن يتعلق بقبضه.

فأما ضمان الاستهلاك فهو جنس آخر من الضمان، يعتبر فيه القيمة يوم الاستهلاك، ولا يعتبر ما قبل ذلك، فإذا كان المرتهن هو المستهلك فنقصان القيمة مضمون عليه بالرهن خاصة؛ لأن الاستهلاك [لم يحصل فيه، وبقية العبد مضمونة عليه بسببين: بقبض الرهن، والاستهلاك]، ألا ترى أن المستهلك لو كان غيره فتويت القيمة عليه سقط دينه.

قال: وإن قتل العبد الرهن وهو رهن بألفٍ وقيمته ألف عبداً قيمته مائة درهم، فدفع به، قام المدفوع مقام المقتول، ولم يذهب من الدين شيء، ويقال للراهن: أد جميع [الدين] وخذ العبد المدفوع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال زفر: يأخذ الراهن العبد المدفوع ويؤدي قدر قيمته ويبطل عنه الباقي. وقال محمد: الراهن بالخيار، إن شاء أخذ العبد المدفوع وأدى جميع الدين، وإن شاء تركه على المرتهن بالدين الذي رهنه به.

وجه قولهما: أن المدفوع قام مقام المقتول، فكان المقتول بحاله، وقد نقص في السعر فيفتكُّه الراهن بكل الدين.

وأما زفر: فمن أصله أن المقتول لو كان باقياً فنقصت قيمته احتسب نقصانها من دين المرتهن، وأدَّى الباقي، فكذلك المدفوع لما قام مقامه.

وجه قول محمد: أن الرهن مضمون على المرتهن كالغصب، ومعلوم أن العبد المغصوب إذا قتله عبد في يد الغاصب، فدفع به وقيمه ناقصة عن قيمة المقتول، كان للمغصوب منه المطالبة بجميع قيمة عبده، كذلك هاهنا، له أن يلزم المرتهن العبد المدفوع [بجميع دينه] ^(١).

قال: وكذلك لو كان العبد الرهن [لو] نقص في السعر حتى يساوي خمسمائة أو مائة، فقتله عند قيمته مائة، فدفع به، فهذا والأول سواء.

الجواب فيه واحد على ما ذكرت لك من الاختلاف؛ لأن القاتل قام مقام المقتول، وهو ناقص القيمة، فكأن الأول كان باقياً، وقد نقصت قيمته لم يسقط من الدين شيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويسقط عند زفر.

وأما محمد: فقد وافقهما أن المقتول لو كان باقياً ونقصت قيمته لم يسقط شيء من الدين، إلا أنه يقول: إن من حق الراهن أن يقول: قد تغير عين الرهن فلي الخيار لتغير العين، لا لنقصان القيمة.

قال: ولو قتل العبد الرهن وهو رهن بألف، وقيمه ألف بعد أن نقصت فصارت خمسمائة أو أقل من ذلك، فغرم القاتل قيمته يوم قتله على النقصان، أو

(١) في ب (بدينه) والمثبت من أ.

غصبه ، وقد نقصت قيمته في السعر ، فقضي عليه بقيمته ناقصة يوم غصبه دراهم كالدين^(١) ، كانت الدراهم بمثلها من الدين ، وبطل ما بقي من دين المرتهن في قولهم جميعاً ؛ [وذلك] لأن الدراهم لا يجوز أن يستوفى بأكثر منها ، فلم يتعلق بها حق الاستيفاء إلا بقدرها ، فصار الباقي من الرهن تاوياً ، ويسقط به بقية الدين .

وليس هذا كأخذ العبد القاتل ؛ لأن عين العبد يجوز أن يستوفى [ب/٣٩٥] منها جميع الدين وإن كانت ناقصة عنه ، بأن تزيد قيمته ؛ فلذلك يحبس بجميع الدين .

وعلى هذا ، لو قضى بقيمته من غير جنس الدين مثل أن يقضي بالدنانير ، كانت رهناً بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن الدنانير يجوز أن تستوفى منها الدراهم وإن كثرت لزيادة سعرها ، فصارت كالعبد ، فلم يسقط شيء من الدين . والله أعلم^(٢) .



(١) في أ (والدين دراهم) .

(٢) انظر: الأصل ٢٤٦/٣ وما بعدها .



بَاب

الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان



قال أبو الحسن: وإذا ارتهن الرجل عبداً بألف درهم وهو قيمته وقبضه، ثم إن المرتهن أبرأ الراهن من الدين أو وهبه منه، ثم مات الرهن في يد المرتهن ولم يحدث فيه منعاً بعد الهبة والبراءة، فإنه يهلك بغير شيء، ولا ضمان على المرتهن فيه استحساناً، والقياس أن يضمن.

وجه القياس: أن هلاك الرهن يوجب استيفاء الدين، فكأنه أبرأه ثم استوفى؛ ولأن قبض الرهن وقع على وجه الضمان، وكل قبض أوجب الضمان لم [يزل] ^(١) الضمان مع بقاء القبض الموجب إلا بإبراء المالك كالغصب.

ولهذا قالوا: إنه لو أعطى رهناً مكان الرهن الأول ولم يقبض الأول حتى هلك كان مضموناً؛ لأن القبض الموجب لضمانه باقٍ.

وجه الاستحسان: أن الهبة والبراءة ^(٢) لا توجب ضماناً على الواهب والمبرئ لأجلها، ألا ترى أنهم قالوا: لو استحقت العين ^(٣) الموهوبة وقد هلكت في يد الموهوب له، ضمن قيمتها ولم يرجع على الواهب، ولو وهب البائع الثمن للمشتري ثم هلك المبيع في يده لم يضمن، وإذا ثبت أن الهبة والبراءة لا توجب الضمان لأجلها، ومعلوم أن هذا الرهن لو هلك قبل البراءة والهبة سقط الدين

(١) في ب (يترك) والمثبت من أ.

(٢) في أ (لا يجوز أن توجب).

(٣) في أ (الهبة).

بهلاكه ، ولم يضمن المرتهن شيئاً ، ولو ضمنناه لضمنناه لأجل الهبة والبراءة ، وهذا لا يصح ؛ ولأن الرهن إذا تلف في يد المرتهن صار مستوفياً بقبضه لا بهلاكه ، ألا ترى أنه لو قبض وقيمه مثل الدين ثم نقصت قيمته وهلك ، صار المرتهن مستوفياً لجميع دينه ، فاعتبرت قيمته يوم القبض ، فدل على أنه في الحكم كالمستوفي بالقبض ، والبراءة بعد ذلك ، فكأنه استوفى دينه ثم أبرأ ، فلا يتعلق بالبراءة حكم ، ولا يلزمه ضمان .

قال : وكذلك كل وجه بطل فيه الدين عن الراهن بغير قبض من المرتهن ، أو عقد يوجب عليه ضمان الدين ؛ [وذلك لأنه إذا بطل بسبب لا يتعلق به ضمان ، صار كبطلانه بالبراءة ، وإذا أحدث المرتهن] بعد سقوط الدين فيما ذكرنا منعاً في الرهن ، ثم تلف في يده ضمن قيمته كلها ؛ وذلك لأن الدين لما سقط صار مانعاً بغير حق ، فهو كالغاصب ؛ ولأن الرهن بعد البراءة من الدين في حكم الأمانة ؛ بدلالة أنه يهلك بغير شيء ، والأمانة إذا منعها عن صاحبها ضمنها .

٢٣٧٠ - فصل : [الضمان في هلاك الصداق من الرهن]

قال : وكذلك امرأة أخذت رهناً بصداقها ، ثم طلقها زوجها قبل أن يدخل بها ، ثم هلك الرهن في يدها ، فلا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق ؛ [وذهب]^(١) الرهن بما بقي من الصداق .

وكذلك لو ارتدت قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها ، لم يكن عليها ضمان ؛ وذلك أن الطلاق يسقط نصف المهر على وجه لا يتعلق به ضمان ، فصار ذلك كسقوطه بالبراءة . والله أعلم .

(١) في ب (وذلك) والمثبت من أ .

٢٣٧١ - فصل: [حبس الزوجة الرهن بالمتعة]^(١)

قال: فإن تزوجها على غير صداق مسمّى فأخذت منه رهناً، ثم طلقها قبل الدخول بها، بطل مهرها المثل، ووجب لها المتعة، فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة [٣٩٦/] عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر.

وإن هلك الرهن في يدها ولم [يتمتعها بالمتعة]^(٢) هلك بغير شيء، ورجعت على الزوج بالمتعة.

وقال محمد: أستحسن أن يحبس الرهن بالمتعة، وإن هلك في يدها هلك بالمتعة.

وجه القياس: وهو قول أبي يوسف الآخر، ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل، وإنما ذكره أبو الحسن في أن المتعة دين حادث ليس ببديل عن مهر المثل، [ولا جزء]^(٣) منه؛ بدلالة أنهما جميعاً بدلان عن [البضع]، ولا [يجوز أن يكون]^(٤) أحدهما بدلاً عن الآخر؛ [بدلالة أن] أحدهما من جنس الأثمان، والآخر من [جنس] الثياب، فلا يكون جزءاً منه.

والرهن بالدين لا يكون رهناً بدين آخر حادث ليس ببديل عن الأول، ولا بجزء منه، وليس كذلك الرهن بالمسلم فيه إذا تفاسخا أنه يكون رهناً برأس المال

(١) المتعة: اسم من التمتع، ومتعة الطلاق من ذلك، ومتعت المطلقة بكذا: إذا أعطيتها إياه؛ لأنها تنتفع به وتمتع به، والمقصود هنا بمتعة الطلاق: الكسوة التي يرسلها الزوج أو نحوها لمطلقاته بعد الطلاق. انظر: المغرب؛ المصباح (متع).

(٢) في ب (يمنعه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (ولأخذ منه).

(٤) في ب (ولا يكون) والمثبت من أ.

استحساناً؛ لأن رأس المال بدل عن المُسَلَّم فيه، والرهن بالمُبدَل يكون رهناً ببدله، كمن أخذ رهناً بالعين المغصوبة، فتلفت صار رهناً بقيمتها؛ ولأن الرهن بمهر المثل لو صار رهناً بالمتعة لهلك بمهر المثل، ولم يهلك بالمتعة؛ لأن قبضه وقع موجباً لضمان مهر المثل.

ألا ترى أن الرهن بالمسلم فيه لما صار رهناً برأس المال، هلك بالمسلم فيه الذي أوجبه القبض، فلما لم يجعله هالكاً بمهر المثل، دَلَّ على أنه ليس بمضمون. لمحمد - وهو قول أبي يوسف الأول -: أن الرهن مقبوض بموجب العقد، وبموجب العقد مهر المثل قبل الطلاق، والمتعة بعده، فكان رهناً بكل واحد منهما، ألا ترى أن الرهن بالمسلم فيه رهن بموجب العقد، وذلك تارة يكون بالمسلم فيه وتارة برأس المال.

وإنما جعله محمد هالكاً بالمتعة ولم يجعله هالكاً بمهر المثل؛ لأن مهر المثل يسقط بسبب لا يوجب الضمان، فلم يجر أن يصير الرهن مضموناً به، وليس كذلك الرهن بالمسلم فيه إذا هلك بعد الإقالة، أنه يكون هالكاً بالمسلم فيه؛ لأنه يسقط بالإقالة، وهو بسبب موجب للضمان. والله تعالى أعلم.

٢٣٧٢ - فَصْل: [حبس الرهن بقبض المبيع]

قال: ولو أسلم رجل إلى رجل في كُرِّ حنطة سَلَمًا صحيحًا وأخذ بالطعام رهناً ثم تقايلا، كان له في قولهم جميعاً: أن يحبس الرهن برأس المال، [فإن هلك الرهن في يده، هلك بالطعام في قولهم؛ لأن رأس المال] بدل عن المسلم فيه، والرهن بالشيء يجوز أن يكون رهناً ببدله، كالرهن بالعين المغصوبة إذا

هلكت ، كان رهناً بقيمتها ؛ ولهذا قالوا في المستأجر إذا عَجَّلَ الأجرة ثم انتقضت الإجارة: إنه يحبس العين المستأجرة بالأجرة ، وإن كانت قبل الفسخ محبوسة في يده بالمنافع (التي هي المبدل .

وإنما هلك الرهن بالمسلم فيه ؛ لأنه قبضه بضمانه^(١) ، والهلاك يقع على الوجه الذي اقتضاه القبض ، إلا أن يكون سقوط الدين بسبب لا يوجب الضمان .

قال: وكذلك كل بيع انتقض فكان في يد أحد المتبايعين شيء مما قبضه بالعقد ، فله حبسه حتى يأخذ بدله الذي دفعه ، وكذلك إن كان قد أخذ به رهناً قبل الانتقاض ، فله حبس الرهن بالبدل ، فإن هلك الرهن هلك بضمان ما قبضه رهناً لا يبدله على ما وصفت لك في السَّلم .

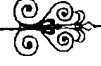
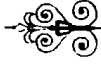
أما انتقاض البيع الذي ذكره فصورته: أن يتقاضى المتبايعان ثم يتفاسخا ، فللمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ؛ لأن حقه مع البائع عند الفسخ كحق البائع معه عند العقد .

وأما قوله: فكذلك [٣٩٦] إن كان أخذ به رهناً قبل الانتقاض ، فكالبائع إذا سَلَّمَ المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا ، كان له أن يحبس الرهن بقبض المبيع ؛ لأنه كان محبوساً ببدله ، وإن هلك في يده هلك بالثمن على ما قدمنا .

٢٣٧٣ - فَصْلُ : [الضمان في موت المرتهن المستعير]

قال وإذا استعار المرتهن من الراهن الرهن ليعمل به عملاً ، فمات قبل أن يأخذ في العمل ، مات على ضمان الرهن ، وكذلك إن مات بعد الفراغ من العمل .

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ .



فإن مات في العمل مات بغير ضمان؛ وذلك لأن يد المستعير مخالفة ليد المرتهن؛ لأن العارية لا يتعلق بقبضها ضمان، والرهن يتعلق بقبضه الضمان، فإذا أذن الراهن للمرتهن، أن يستعمل الرهن فما لم يستعمله فيد الرهن باقية، فإذا هلك هلك على الضمان.

وكذلك إذا استعمله ثم فرغ من العمل فقد زالت يد العارية فعادت يد الضمان، وإذا هلك في حال العمل، فقد [هلك] بعد زوال [حكم] الرهن وقبضه وحدث قبض آخر غير مضمون، فإذا هلك في هذه الحال، هلك على الأمانة.

قال: وكذلك إذا استعاره الراهن من المرتهن لخدمته، أو ليعمل [له] عملاً فإنه يخرج من ضمان المرتهن حين يقبضه أو يستعمله في ذلك العمل.

والرهن في [حال] العارية في الوجهين [جميعاً] خارج من ضمان الرهن غير خارج من عقد الرهن، وحقوق الرهن كلها باقية غير الضمان؛ وذلك لأن الراهن إذا استعاره وقبضه فقد زال القبض الموجب للضمان، [فزال الضمان].

وإنما لم يبطل العقد؛ لأن قبض العارية لا يتعلق به الاستحقاق، وللمرتهن إبطاله متى شاء، ومتى لم يستحق به^(١) المرتهن لم يبطل عقد الرهن.

قال: وكذلك إن أعاره الراهن برضا المرتهن، أو المرتهن برضا الراهن من رجل أجنبي فقبضه فهو خارج من ضمان الرهن، وليس بخارج من عقده، ولكل واحد من الراهن والمرتهن أن يبطل العارية ويرده رهنًا كما كان؛ وذلك لأن المستعير إذا قبض برضا الراهن والمرتهن، فقد زال القبض الموجب للضمان،

(١) في أ (يد).

وحدثت يد أمانة .

فإذا هلك لم يسقط شيء من الدين ، ولا يبطل الرهن لما بيننا أن [يد] المستعير ليست بمستحقة ، وللمرتهن أن يسترجع الرهن [متى شاء] ؛ لأن الإمساك حق له فهو [كالمالك] (١) في إبطال العارية ، وكذلك للراهن أن يطالب برده إلى يد المرتهن ؛ لأن له حقاً في ذلك ، ألا ترى أنه قبل الرد يهلك على الأمانة ، وبعده يهلك على الضمان .

قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال في رجل رهن أمةً بألف قيمتها ألف ، فاستعارها الراهن فهلكت في يده ، فإن الدين عليه على حاله ، ولا يبطل ، وهذا على ما بيننا ، ولو لم تمت حتى ولدت ولدًا يساوي ألفاً ثم ماتت ثم قبضه المرتهن ، فإن المال ثابت على الراهن لا يبطل منه شيء بموت الأم ، والبنت رهن بجميع المال ؛ [وذلك] لأن الأم هلكت بعد زوال ضمان المرتهن (٢) ، فتهلك على الأمانة ، إلا أن عقد الرهن بحاله ، والاستحقاق يتعلق به ، فيتعلق بالولد ؛ فلذلك كان للمرتهن أن يحبس الولد بجميع الدين .

قال: وكذلك لو ولدت البنت بنتاً أخرى تساوي ألفاً فإنهما رهن بجميع المال ، فإن ماتتا لم تحتسب بهما ؛ وذلك لأن الولد ليس بمضمون فلا يتعلق بهلاكه ضمان .

وليس هذا كما لو هلكت الأم في يد المرتهن ، ثم هلك ولدها ؛ لأننا نحكم بانتقال الضمان الذي في الولد إلى الأم ، فكأنها هلكت به .

(١) في ب (أي المالك) والمثبت من أ .

(٢) في أ (الرهن) .

فأما [٣٩٧] أن يسقط بهلاك الولد شيء فلا ، ومتى نقلنا ما في الولد في مسألتنا إلى الأم فقد هلكت الأم غير مضمونة ، فلم يجز أن يسقط بهلاكها الدين .
ولا يسقط بهلاك الولد [شيء] ؛ لأنه تبع ، فبقي الدين بحاله .

قال : ولا يفتك الراهن واحدة منهما دون الأخرى حتى يؤدي المال كله ؛ وذلك لأنهما جميعاً دخلا في الرهن ، والراهن لا يملك تفريق [الصفقة]^(١) على المرتهن .

قال أبو الحسن : وهذه المسألة على صحة ما قلناه أنها تخرج من ضمان الرهن ، ولا تخرج من عقده ، ولو خرجت من [عقد] الرهن لم يكن الولد المولود في يد الراهن ، هي عارية في يده داخلة في الرهن .

وقد حكى أبو عمرو حفص بن صالح ، عن محمد في [مسائل]^(٢) الجملة التي ذكرناها قال : فإذا أعار^(٣) المرتهن الرهن للراهن أو غيره بأمره فقد خرج من ضمان المرتهن ، وهو رهن كما كان ، وله أن يعيده في الرهن إذا شاء عند قاضٍ أو غيره .

وهذا على ما بينا أن العارية لا يتعلق بها الاستحقاق ، والرهن قد تعلق به الاستحقاق ، فكان له أن يعيد [ه إلى] قبضه .

قال : فإن هلك الراهن قبل أن يعيده في الرهن ، فالمرتهن أحق به من بقية

(١) في ب (الصفة) والمثبت من أ . والمراد بتفريق الصفقة : تسليم بعض المعقود عليه دون بعضه الآخر . انظر : معجم لغة الفقهاء (فرق) .

(٢) في ب (مسألة) والمثبت من أ .

(٣) في أ (أعاد) .

الغرماء؛ [وذلك] لأن العارية لا تبطل حكم الرهن، ومن أحكام الرهن أن يقدم المرتهن فيه على الغرماء.

قال: فإن أوجب في الرهن حقاً لغيره كالإجارة والبيع والهبة، فإن ذلك يخرج من الرهن ولا يقدر أن يعيده فيه أبداً إلا بعقد مستأنف، فإن مات الراهن بعد ذلك وعليه دين لغير المرتهن، فهو أسوة الغرماء؛ وذلك لأن هذه العقود إذا تمت تعلق بها الاستحقاق، فإذا رضي المرتهن بها انفسخ الرهن؛ لاستحالة أن يبقى مع انتقال ملك الراهن أو مع استحقاق المستأجر لليد^(١).

وليس كذلك العارية؛ لأن الاستحقاق لا يتعلق بها، فلم يبطل الرهن، وإذا بطل الرهن بهذه العقود ثم انفسخت لم يعد الرهن إلا بعقد وقبض؛ لأنه انفسخ بطريان ما يوجب الاستحقاق عليه. والله تعالى أعلم^(٢).



(١) في أ (إليه).

(٢) انظر: الأصل ١٤٩/٣ وما بعدها.

بَابُ الزِّيَادَةِ فِي الرَّهْنِ



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً في رجل رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ، ثم زاد أمة في الرهن تساوي ألفاً ، فإن الزيادة جائزة عندهم جميعاً ، ويقسم الدين الذي هو رهن به على قيمة الأول يوم قبضه ، وقيمة الزيادة ^(١) يوم قبضت ، (وإن كانت قيمة الزيادة خمسمائة كان في الزيادة ثلث الدين ، وفي الأصل ثلثاه) ^(٢) ، وإن كانت قيمة الزيادة مائتين ، ففيها سدس الدين ^(٣) .

أما جواز الزيادة في الرهن فهو استحسان ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، وما ذكره أبو الحسن أنه قول أصحابنا جميعاً ، يعني به: الثلاثة .

وجه القياس - [وهو قول زفر] -: أن الزيادة توجب تغيير الضمان الذي أوجبه القبض ؛ وذلك لا يجوز مع بقاء القبض كالغصب .

وجه الاستحسان: أن الزيادة تلحق على وجه لو كانت موجودة في الابتداء صحّت ، ألا ترى أنه لو رهن العبد ابتداءً بالدين جاز ، فكذلك إذا ألحق أحدهما بالآخر ، كالزيادة في المبيع .

وليس كذلك الزيادة في الدين ؛ لأنها تلحق على وجه لو كانت موجودة في

(١) في أ (وعلى قيمة الثاني يوم قبض) .

(٢) ساقطة من أ .

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠٠ ، ٢٠١ .

الابتداء لم يصحَّ ، ألا ترى أنها في التسمية منفردة عن الأولى ، فكأنه قال : رهنتك بعض هذا العبد بكذا ، وبعضه بكذا ؛ ولأن الرهن وثيقة فجاز [٣٩٧] أن يلحق به وثيقة أخرى كالكفيل بعد الكفيل بدين [واحد] (١) ؛ ولأن الزيادة في الرهن زيادة فيما وقع عليه العقد ، كالزيادة في المبيع والثلث .

فأما الزيادة في الدين فزيادة فيما لم يقع عليه العقد ، ألا ترى أن الدين يثبت بعقد المداينة لا بعقد الرهن ، والزيادة تلحق بما لم يثبت بالعقد .

[قال] : فإذا ألحقت الزيادة اعتبرت قيمة الأصل يوم قبض وقيمة الزيادة يوم قبضها ؛ لأن كل واحد منهما دخل في الضمان بالقبض ، وينقسم الدين على [قدر] (٢) القيمتين .

قال : ولا يعتبر نقصان قيمة الأول في السعر ؛ وذلك لما بيّنا أن الضمان تعلق بالقبض ، فالمعتبر بالقيمة يوم القبض .

قال : ولو نقص الأصل في بدنه ذهب من الدين بقدر النقصان ، فإن [زاده] (٣) الراهن بعد ذلك رهناً آخر قسمت ما بقي من الدين في الأول على قيمة الباقي منه وعلى قيمة الزيادة [فيه] يوم قبضت ، وكان الدين فيهما على قدر ذلك .

وهذا كرجل رهن رجلاً جارية تساوي ألف درهم بألف درهم ، فاعورّت ثم زاده [الراهن] عبداً يساوي ألفاً فقد ذهب باعورارها نصف الدين ، وبقي فيها خمسمائة ، فتقسم الخمسمائة الباقية من الدين على قيمة الأمة عوراء وعلى قيمة

(١) في أ (آخر) .

(٢) في ب (أقل) والمثبت من أ .

(٣) في ب (زيادة) والمثبت من أ .



العبد الزيادة صحيحاً يوم قبضه ، فيكون في العبد الزيادة ثلثا الخمسمائة ، وهو ثلث الألف إن هلك هلك بثلث الألف ، وإن هلكت العوراء ذهب بهلاكها ثلث الخمسمائة ، وقد ذهب بالعور خمسمائة ؛ وذلك لأن الجارية لما اعورّت سقط نصف الدين بعورها .

فإذا زاد في الرهن فالزيادة فيما بقي من الدين ، فوجب قسمة الباقي - وهو خمسمائة - على ما بقي من الأمة - وهو خمسمائة - وعلى العبد الزيادة ، وهو ألف ، فيكون ما بقي من الدين [فيهما] أثلاثاً .

وليس هذا كما لو ولدت بعدما اعورت ولدًا يساوي ألفاً ، أن الدين يقسم على قيمتها صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكك ، فما أصاب الأم سقط بالعور نصفه ؛ وذلك لأن الولد متولد منها ومن تابع لها ، والزيادة منها يجوز أن تجعل كالموجودة في الأصل ، وليس كذلك الزيادة من غيرها ؛ لأنها غير تابعة لها ، فلم [يعتبر] حكم النقص الحاصل فيها .

وقد قالوا فيما يشاكل هذه المسألة: إذا رهن [رجل من رجل] جارية بألف ، ثم قضى الراهن [المرتهن] خمسمائة ، ثم إن الراهن زاد [المرتهن] في الرهن عبداً قيمته ألف ، فإن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية من الدين ، ويقسم الدين الباقي وهو خمسمائة على قيمة الزيادة وهو ألف ، وعلى نصف قيمة الأمة الأولى ، وهو خمسمائة ، فقسمت الخمسمائة على الزيادة وهي ألف وعلى نصف الأمة وهو خمسمائة ، فتصير الزيادة رهناً بثلثي الخمسمائة ، و[تصير] الأمة رهناً نصفها بثلث هذه الخمسمائة ، ونصفها الآخر كأنه مرهون بخمسمائة .

فإن ماتت الزيادة ماتت بثلثي الخمسمائة ، وإن ماتت الأمة الأولى ماتت

بالخمسمائة التي قضى المرتهن وبثلث الخمسمائة ، فتموت بستمائة وستة وستين وثلثين ؛ وذلك لأن الزيادة بعد قضاء الدين تلحق ما بقي منه ، ولا تلحق بما قضى ، ألا ترى أنه لو قضاه كل الدين ثم زاده كانت الزيادة باطلة ، وإذا ألحقت بما بقي وهو نصف الدين [أ/٣٩٨] صارت الزيادة في نصف الرهن ، فينقسم ما بقي من الدين على قيمة الزيادة يوم القبض ، وعلى قيمة نصف الجارية ، فيجعل في الزيادة ثلثا ما بقي ، وفي نصف الرهن الجارية الثلث .

فأما النصف الآخر من الجارية فقد قضى الراهن ما كان فيه من الدين ، إلا أن ضمانه باقٍ لبقاء القبض ، فبقي مضموناً بالخمسمائة التي اقتضاها القبض الأول ؛ فلذلك قال: إن الجارية إذا هلكت يذهب نصفها بخمسمائة ، ونصفها بثلث خمسمائة .

قالوا: فإن لم يزد الراهن [المرتهن في] الرهن شيئاً حتى قضى [الراهن] المرتهن خمسمائة من الدين ، ثم إن الجارية اعورّت ، فإن المرتهن كأنه استوفى بالاعورار خمسمائة فتصير هذه الخمسمائة التي استوفاه مائتين وخمسين مما كان وقع عليه القضاء ، ومائتين وخمسين مما بقي مما لم يقبض .

فإن زاد الراهن المرتهن في الرهن عبداً قيمته ألف درهم نظرت ، فإذا في الأمة العوراء مائتين وخمسين مما لم يقبض ، وتلحق الزيادة هذه المائتين والخمسين ، فينقسم الباقي وهو مائتان وخمسون على قدر الزيادة وعلى نصف الأمة العوراء ، فيكون المائتان وخمسون بينهما على خمس ، فما أصاب أربعة أخماس مائتين وخمسين فهو [في] الزيادة ، وما أصاب الخمسين فهو في الأمة العوراء . والله تعالى أعلم .

بَاب

الزيادة في الرهن بعد الولادة

قال ابن سماعه عن محمد في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل رهن عند رجل أمةً بألف قيمتها ألف، فولدت ولداً يساوي ألفاً، ثم [إن الراهن] زاده في الرهن عبداً يساوي ألفاً.

قال: فإن العبد يكون رهناً بنصف الألف، ولا يحتسب بالولد؛ وذلك لأن الزيادة تلحق العقد، وتصير كالموجودة فيه، كأنه رهن الأمة والعبد بألف ثم ولدت الأمة، فإن الدين ينقسم على الأمة والعبد، فما أصاب الأمة انقسم فيها وفي ولدها، فصار في العبد الزيادة من الدين خمسمائة، وفي الجارية وولدها خمسمائة، فإن مات الولد لم يلتفت إليه، ولم ينقص مما كان في العبد الزيادة من الدين شيء، ولم يزد فيه.

وكذلك لو لم يمت الولد ولكن زادت قيمته فصار يساوي ألفين، أو ولد للولد ولداً يساوي ألفاً، أو ولدت الأمة ولداً آخر يساوي ألفاً، فإن الدين^(١) في العبد الزيادة لا تتغير؛ وذلك لما بيننا أن الولد داخل في حصة الأم، فلا يتغير بنقصانه ولا بموته ولا بزيادته حكم العبد الذي لم يدخل معه، وإنما يختلف به حكم الأمة، فإن مات عاد ما فيه إليها، وإن زادت قيمته انتقل إليه بعض ما فيها، وإن نقصت قيمته انتقل بعض ما فيه إلى الأم^(٢).

(١) في أ (الوالدين) والمثبت من ب.

(٢) في أ (الأمة).

قال: ولو ماتت الأم وبقي ولدها وقيمته ألف مثل قيمة الأم، فإن الأم تذهب بمائتين وخمسين؛ وذلك لأن الدين انقسم فيها وفي الزيادة نصفين، فأصابها خمسمائة انقسمت فيها وفي ولدها نصفين.

قال: ولو زادت قيمة الأم لم يتغير ما في الزيادة ولم ينقص ولم يزد؛ وذلك لأن قيمة الأم تعتبر يوم القبض، وما [يتجدد]^(١) بعده من الزيادة والنقصان لا يغير حكم القسمة.

[قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وكذلك إن زاده عبداً مع الجارية قبل الولادة ثم ولدت الأمة، فهذا والأول سواء؛ لأن الولد إذا دخل في حصة الأم خاصة، فلا فرق بين حدوثه قبل الزيادة وبعدها]^(٢).

قال: والزيادة في الرهن يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن.

قال [٣٩٨/ب] في الأصل: يجوز استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وقد بيننا هذه المسألة بخلاف زفر. والله أعلم.

٢٣٧٤ - فِصْلُ: [زيادة الرهن في الدين بالزيادة في الرهن]

قال: وإن زاده الرهن في الدين على أن تكون الزيادة في الرهن، فإن ذلك لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وزفر، وقال أبو يوسف والحسن بن زياد: هو جائز.

وجه قولهم: أن الزيادة في الدين تلحق على وجه لا يجوز في الابتداء، ألا ترى أن كل الرهن مشغول بالدين الأول، فإذا زاد مثله انتقل الدين الأول إلى

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

نصف الرهن ، والثاني إلى نصفه ، ولو رهنه ابتداءً نصف العبد بدين ونصفه بدين آخر لا يجوز ، فكذلك في الثاني ؛ ولأن الزيادة في العقود إما تجوز في المعقود عليه ، والدين لم يثبت بعقد الرهن ، وإنما يثبت بالمداينة ، فالزيادة فيه زيادة فيما لم يقع عليه العقد ، فلا تلحق به ، ولهذا جَوَّزوا الزيادة في الرهن ؛ لأنه زيادة في المعقود عليه .

لأبي يوسف: أن الزيادة تلحق بالعقد ، وتصير كالموجود فيه ، فكأنه رهنه ابتداءً بالدين ، ولأن الرهن في مقابلة الدين ، ومضمون كالمبيع والثلث ، فلما جازت الزيادة في الرهن ، كذلك فيما هو مضمون به ، كما جازت في المبيع والثلث . والله أعلم .

٢٣٧٥ - فَصَّلْ: [إلحاق الزيادة بما هو معقود عليه]

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل رهن عند رجل أمة بألف قيمتها ألف ، فجاءت بولد قيمته ألف ، ثم ماتت الأم ، فإن الولد رهن بخمسائة ، فإن زاده الراهن عبداً قيمته ألف ، فإن الولد والعبد رهن جميعاً بخمسائة ، فإن مات العبد افتك الولد بمائتين وخمسين ؛ [وذلك] لأن الزيادة في مسألتنا لاحقة بالولد دون الأم ، ألا ترى أن الأم خرجت من العقد بالموت ، والزيادة إنما تلحق بما هو معقود عليه ولا يبطل العقد فيه ، وإذا دخلت الزيادة مع الولد خاصة انقسم ما فيه على قدر قيمته وقيمة الزيادة ، فكان فيه نصفها ، فإذا مات مات بذلك .

قال: فإن مات الولد ولم يمت العبد ، أخذ العبد بغير شيء ؛ لأن موت الولد لا يتعلق به سقوط شيء من الدين ، وإنما يرجع ما فيه إلى الأم ، فكأنها لم تلد ، فيحكم بأنها ماتت بكل الدين وبطلت الزيادة ؛ لأنها دخلت على ما لا ضمان

فيه ، فيأخذ العبد بغير شيء .

قال محمد: ألا ترى أن الولد لو زادت قيمته فصار يساوي ألفي درهم بعد موت أمه ، أنه يكون فيه وفي العبد الزيادة ستمائة وستة وستون وثلثان أثلاثاً ، في العبد الزيادة ثلث ذلك ، وتكون الأم قد ذهبت بثلث الألف .

وكذلك لو نقص الولد حتى صار يساوي خمسمائة ، كان فيه وفي العبد الزيادة ثلث الألف أثلاثاً ، في العبد ثلثا ذلك ، وفي الولد الثلث .

فكلما نقصت قيمة الولد ، يعتبر ما فيها من الدين ، وكذلك إن زادت قيمته ، [نقص] ^(١) ما في العبد الزيادة من الدين ، وكذلك إن مات الولد ولم يصر فيه شيء من الدين ، صار العبد الزيادة بغير رهن ، يأخذه صاحبه بغير شيء ، وهذا على ما قدمنا أن قيمة الولد في القسمة تعتبر يوم الفكك ، فيزيد ما فيه بزيادة قيمته ، وينقص بنقصانها .

وإنما ذكر محمد هذين الاستشهادين لبيّن أن ما في الولد غير مستقر ، فإذا مات فكأنه لم يكن ، فتبطل الزيادة التي دخلت عليه .

قال: ولو مات العبد الزيادة بعد موت الولد قبل أن يقبضه الراهن لم يكن [أ/٣٩٩] من ضمانه على المرتهن شيء قليل ولا كثير؛ لأنه ليس برهن ، ألا ترى أنه قبضه ولا دين هناك ، ولا يقال: إنه قبضه على دين مضمون في الظاهر؛ لأنه وإن كان كذلك فقد ثبت بهلاك الولد سقوط الدين في الظاهر ، فصار كمن دفع رهناً بدين يظنه عليه ثم تصادقا أن لا دين ، ثم هلك الرهن .

(١) في ب (بعض) والمثبت من أ .

وقال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة في رجل ارتهن جارية بألف تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، ثم إنَّ الراهن زاد المرتهن غلاماً يساوي ألفاً فقال: هذه الزيادة لك مع الأم، كان الغلام رهناً بخمسمائة، وكانت الأم وولدها رهناً بخمسمائة، فإن مات الولد صارت الأم رهناً بخمسمائة، وإن زاد الولد حتى يساوي ألفين صار رهناً بثلثي خمسمائة؛ وذلك لأنه لو أطلق الزيادة لحقت بالأم على ما قدمنا، فإذا اشترط ذلك أولى، فإذا دخلت مع الأم انقسم الدين عليهما، ثم انقسم ما في الأم عليها وعلى ولدها، تحسب قيمته يوم الفكك.

قال: ولو لم يزد الغلام مع الأم، [ولكنه] زاده مع الولد، فقال: هذا زيادة في الولد بما في [غير]^(١) الولد من الدين، ثم زاد الولد حتى صار يساوي ألفين، كان هو والغلام رهناً بثلثي الألف، فإن مات الولد صار الغلام رهناً بغير شيء، ورده على الراهن، وإنما جازت [الزيادة] في الولد؛ لأن له حصة من الدين^(٢) في الظاهر، وللراهن غرض في إدخال الزيادة على الولد دون أمه، فيدخل معه، وانقسم ما في الولد على قيمته وقيمة الزيادة، فإذا مات الولد عاد ما فيه [من الدين] إلى الأم، فصار كأنه لم يكن، فالزيادة دخلت على غير رهن فيسقط حكمها. والله تعالى أعلم.



(١) في ب (عتق) والمثبت من أ.

(٢) في أ (الضمن).



بَابُ رهن الفضة بالفضة



قال عليه السلام: هذا الباب يختص [برهن] كل شيء يقع فيه الربا بجنسه ، وهو مبني على أصول منها:

أنه إذا رهن فضة بفضة ، أو ذهباً بذهب ، أو حنطة بحنطة ، أو شعيراً بشعير ، فهلك الرهن وقيمته مثل الدين ، وقدره كقدره ، هلك بالدين في قولهم ؛ لأن هلاك الرهن يقع به الاستيفاء ، واستيفاء [الدين بهذا الرهن] ^(١) جائز ، فإن كانت قيمته أكثر من قيمة الدين ، وقدره مثل قدر الدين ، [فإن هلك] هلك بالدين في قولهم ؛ لأن من أصل أبي حنيفة: أن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة لها ، فكانه مثل الدين .

وعلى قول أبي يوسف: أن الجودة كزيادة وزن ، ولو كان الوزن زائداً هلك بعضه بالدين ، وبعضه على الأمانة .

وأما إذا كانت قيمته أقل من قيمة الدين فهلك ، ذهب بالدين عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد: يغرم المرتهن بمثله إن كان له مثل ، وقيمته إن لم يكن له مثل من غير جنسه ، ويرجع بالدين .

قال: وهذه المسألة مبنية على اختلافهم فيمن له على رجل دراهم جيد فاستوفى منه رديئة ، وهو لا يعلم فأنفقها .

(١) في ب (الرهن بهذا الدين) والمثبت من أ.

قال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء، وقا [لا]^(١): يرد مثل الزيوف، ويأخذ الجياد.

لأبي حنيفة: أن الفسخ لا يجوز أن يقع على ما لم يقع عليه القبض، كما لا يفسخ العقد على ما لم يقع عليه العقد، ولا يجوز أن يرجع بالنقصان لما فيه من الربا، فلم يبق إلا أن يسقط حقه.

وجه قولهما: أن [٣٩٩/ب] حقه في الوزن والجودة، وقد استوفى أحدهما، فبقي [الحق] الآخر، ولا يمكن استيفاءه إلا بغرامة مثل المقبوض والرجوع بالحق. وإذا ثبت هذا [في مسألة الدين] قال أبو حنيفة: هلاك الرهن استيفاء من طريق الحكم، فهو كالأستيفاء من طريق المباشرة، فلا يرجع بشيء.

[وقالا]^(٢): يغرم ما استوفاه، ويرجع بحقه، فإن قيل: لا تشبه مسألة الرهن بما ذكرتم من قبض الدين؛ لأن تلك المسألة موضوعة على أنه قبض الزيوف وهو لا يعلم، ولو قبضها وهو عالم بها لم يكن له الرجوع، وفي مسألتنا: قبض الرهن أدون من حقه وهو عالم به.

والجواب^(٣): أنه لم يقبض الرهن [ليملك]^(٤) حتى يصير راضياً بالاستيفاء، وإنما قبضه للحبس؛ فلذلك لم يلزم هذا السؤال^(٥).

(١) في ب (قال: لا) والمثبت من أ.

(٢) في ب (قال: لا) والمثبت من أ.

(٣) في أ (قيل له).

(٤) في ب (ليهلك) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الأصل ١٧١/٣ وما بعدها.

٢٣٧٦ - فَصْل: [الضمان بحصول النقص في الرهن]

وأما إذا دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن ، فقد ذكر في الأصل عن أبي حنيفة: أنه يضمن قيمته ، فيكون رهناً ، وإن كان وزنه أكثر من الدين ضمن منه بقدر الدين .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الأمالي وفي نوادره: أنه لا ضمان على المرتهن ، وهي رواية بشر في الأمالي وفي نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وكذلك روى علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة .

وقال محمد في الزيادات: هو قياس قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كانت قيمته مثل الدين ضمنه المرتهن ، وإن كانت قيمته أكثر من الدين ووزنه كوزن الدين فقد اختلفت الرواية عن أبي [يوسف] ^(١) .

وروي عن محمد عن أبي يوسف رواية الأصل: أن الرهن مضمون بالقبض ، كالغصب ، ومعلوم أن الغصب يستوي فيه أن يكون النقص بفعل الغاصب أو بغير فعله ، فكذلك الرهن .

وجه الرواية الأخرى: أن الرهن مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع ، ومعلوم أن النقص إذا حصل بغير فعل البائع لم يضمن ، وكذلك هذا .

وأما وجه رواية محمد عن أبي يوسف: أن الرهن إذا [كان] وزنه مثل الدين

(١) في ب (أبي حنيفة) والمثبت من أ .

وقيمته أكثر، ضمن منه مقدار الدين من قيمته؛ ولأن زيادة الجودة عنده كزيادة الوزن.

وأما وجه رواية بشر عنه: أن الجودة تبع للعين، فإذا كان وزن العين مثل الدين ضمن مثل جميعها، كما لو كانت مثل الدين [في الجودة]. والله أعلم.

٢٣٧٧ - فَصْل: [الضمان إذا كان الرهن مثل الدين أو أجود منه]

وقد قال أبو حنيفة: إن الرهن إذا كان مثل [وزن] ^(١) الدين، وهو أجود من الدين، فجميعه مضمون، ولا اعتبار بالجودة؛ لأنها إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لا قيمة لها.

وقال أبو يوسف: زيادة الجودة كزيادة الوزن؛ لأن لها قيمة، بدلالة أن من كسر إناء مصوغاً ^(٢) ضمن الجودة كما يضمن الوزن.

وأما محمد: فجعل الجودة تابعة للوزن، وجعل المضمون من الوزن، إلا أن يكون الدين أكثر من الوزن، فيجعل المضمون منهما لأجل الضرورة، فلم يتعلق بالتبع حكم عند عدم الحاجة، وعلق به الحكم عند الحاجة إليه. والله أعلم.

٢٣٧٨ - فَصْل: [دخول العيب في الرهن]

وقد قال محمد في الرهن: إذا دخله عيب وجودته مثل الدين أو أكثر، أن للراهن أن يتركه على المرتهن بدينه، ومنع أبو حنيفة وأبو يوسف ذلك؛ لأن قبض الرهن لا يتعلق به التمليك كقبض الوديعة ^(٣)، وليس كذلك قبض الغاصب

(١) في ب (قدر) والمثبت من أ.

(٢) في أ (فضة).

(٣) في أ (المودع).

[٤٠٠/أ]؛ لأنه وقع موجباً للتمليك، فكان للمالك اختيار التمليك عند النقص.

وأما محمد فقال: بأنه ضمان يتعلق بالقبض كالغصب.

وإذا ثبتت هذه الأصول قلنا: إنه لا يخلو إما أن يكون وزن الرهن مثل الدين أو أقل أو أكثر.

فإن كان مثل الدين فلا يخلو أن يكون مثله في الجودة أو أدون أو أجود.

فإن كان وزنه أكثر من الدين فلا يخلو: [إما] (أن تكون قيمته أكثر من وزنه، أو مثل وزنه، أو أقل من وزنه، ومثل الدين أو أقل من الدين أو أكثر)^(١).

فإن كان وزنه أقل من وزن الدين، فلا يخلو: أن تكون قيمته أقل من وزنه، أو أكثر من وزنه، أو مثل وزنه، (ولا يخلو أن يكون)^(٢) أقل من الدين أو مثل الدين، أو أكثر من الدين.

فهذه ثلاثة عشر فصلاً، كل واحد منها لا يخلو الرهن فيه من هلاك أو انكسار^(٣)، فذلك ستة وعشرون فصلاً:

فالقسم الأول: إذا كان وزن الرهن مثل الدين، وقيمه كذلك: وهو أن يكون الدين عشرة، ووزن الرهن عشرة، وقيمه عشرة، فلا يخلو إما أن يهلك أو ينكسر، فإن هلك هلك بالدين في قولهم؛ لأنه مثل وزنه وجودته، فوقع به الاستيفاء، وإن انكسر ضمن قيمته بالانكسار في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة،

(١) عبارة أهنا (.. أكثر من وزنه، أو أقل من وزنه ومثل الدين)، (أو أقل من وزنه وأقل من الدين، أو أقل من وزنه وأكثر من الدين).

(٢) ساقطة من أ.

(٣) في أ (نقص).

وهو قول أبي يوسف .

وقال محمد: للراهن أن يملكه بدينه على الأصل الذي قدمنا .

وإن كان وزنه مثل الدين وقيمته أقل: وهو أن يكون قيمته ثمانية، فإن هلك هلك بالدين عند أبي حنيفة؛ لأن الجودة لا قيمة لها، فيصير مستوفياً للفضة الرديئة بالجيدة، وعلى قولهما: يضمن قيمته من الذهب، ويرجع بدينه .

وأما إذا انكسر ضمن قيمته عند أبي حنيفة في إحدى الروايتين، وهو قول أبي يوسف، ولا يمكن التملك عند محمد؛ لأنه أدون من حق المرتهن، إلا أن يرضى المرتهن بذلك فيكون راضياً بأقل من حقه، (وإذا تعذر التملك عنده لم يبق إلا الضمان)^(١).

وأما إن كانت قيمته أكثر من الوزن مثل أن يكون اثني عشر، فإن هلك هلك بالدين عند أبي حنيفة؛ لأن الجودة لا قيمة لها عنده، وعند محمد: أن الجودة لا اعتبار بها هاهنا؛ لأنها فاضلة عن الدين، فهي أمانة .

وأما على قول أبي يوسف: فالجودة مضمونة كالوزن، [وقد] قيل على قوله: يهلك خمسة أسداسه بالدين، وسدسه بالأمانة، وكان الوزن اثني عشر، وفي هذا شبهة؛ لأنه يصير مستوفياً لثمانية ودانقين بعشرة، وهذا ربا، أم يجاب^(٢) عنه بأن الاستيفاء من طريق الحكم يجوز فيه ما لا يجوز في الاستيفاء بالمباشرة؛ بدلالة أن المسلم فيه لا يجوز أن يستوفى [بغيره]^(٣)، ولو هلك الرهن به صار مستوفياً .

(١) ساقطة من أ .

(٢) في أ (وكان عندنا) .

(٣) في ب (به غيره) والمثبت من أ .



وقد قيل على قوله: يضمن المرتهن خمسة أسداسه القلب من الذهب، ويرجع بدينه حتى لا يؤدي ذلك إلى الربا.

وأما إذا انكسر فله ثلاثة أحوال: إما أن يذهب بالانكسار بعض الجودة، فتبقى قيمته أحد عشر، أو كل الجودة فتبقى قيمته عشرة، أو أكثر من الجودة، فتبقى قيمته ثمانية، وفي جميع الأحوال عند أبي حنيفة يضمن جميعه؛ (لأن المضمون [٤٠٠/ب] عنده الوزن؛ لأن الجودة لا اعتبار بها)^(١).

وعند أبي يوسف في إحدى الروايتين: يضمن [خمس أسداسه؛ لأنه يجعل زيادة الجودة كزيادة الوزن، وفي الرواية الأخرى: يضمن]^(٢) جميعه؛ لأن الوزن مثل الدين، والجودة تبع.

وأما على قول محمد: فإن نقص من قيمته درهم أو درهمان فلا ضمان على المرتهن، ويفتكه الراهن بجميع دينه؛ لأن عنده الجودة الفاضلة عن مقدار الدين أمانة، وإن نقصت القيمة عن الوزن كان للراهن أن يملكه المرتهن بدينه؛ لأنه يدفع إليه أجود من حقه، وله أن يفتكه بجميع الدين ويسقط حكم^(٣) الانكسار.

وقد قيل على قوله: أن له أن يضمنه؛ لأن في التملك إسقاط حقه من الجودة، فصار قوله كقول أبي حنيفة.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الدين عشرة، والوزن ثمانية، وهي خمسة

فصول:

(١) في أ: (لأن المعتبر عنده الوزن والجودة لا معتبر بها).

(٢) ساقطة من ب والزيادة من أ.

(٣) في أ (ضمان).

إن كانت قيمته أقل من وزنه مثل أن يكون ستة ، فإن هلك هلك بثمانية عند أبي حنيفة ، وفي قولهما: يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه ، وهذا على ما قدمنا .

وإن انكسر ضمن قيمته في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف ، فأما محمد فلا يمكنه أن يخيره في التمليك ؛ لأنه لا يجوز أن يملك المرتهن بدينه أدون منه إلا برضاه ، فلا بد من التضمين على قوله .

وأما إذا كانت قيمته مثل وزنه فهلك ، هلك بمثل وزنه في قولهم ، وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: له أن يملكه [بثمنه من الدين] ؛ لأنه مثل الدين في الوزن والجودة .

وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين مثل أن تكون تسعة ، فهلك ، هلك بثمانية عند أبي حنيفة ؛ لأن الجودة لا معتبر بها [عنده] .

وعلى قولهما: يضمن قيمته لحق الراهن حتى لا يستوفي منه [أكثر] (١) من حقه .

وإن انكسر ضمنه قيمته في قولهم ؛ لأن جميعه مضمون ، إلا أن يرضى الراهن أن يجعله بثمانية من دينه (٢) ، فيجوز ذلك عند محمد .

وإن كانت قيمته مثل الدين: وهو أن يكون عشرة ، فالكلام في الهلاك والانكسار كالكلام فيه إذا كانت قيمته تسعة .

وإن كانت قيمته أكثر من الدين: وهو أن يكون اثني عشر ، [فإن] هلك هلك

(١) في ب (أجود) والمثبت من أ .

(٢) في أ (أن يملكه قيمته من دينه) .



بثمانية عند أبي حنيفة ؛ لأن المعبر عنده الوزن .

وأما أبو يوسف فمن أصله : أن المضمون خمسة أسداسه ، فقد قيل يهلك خمسة أسداسه بالدين ، وإن كان أقل من الدين وزناً على ما بيننا في الاستيفاء من طريق الحكم ، وقد قيل عنه : أنه يضمن قيمة خمسة أسداسه من الذهب ، ويرجع بدينه حتى لا يؤدي إلى الربا .

وأما إن انكسر ، فجميعه مضمون عند أبي حنيفة ؛ لأن المعبر الوزن ، وقال أبو يوسف : يضمن خمسة أسداسه ؛ لأن الجودة عنده معتبرة كالوزن ، وعلى رواية بشر : يضمن جميعه ؛ لأن الجودة تبع للوزن ، وأما محمد فقال : إن نقص بالانكسار درهم أو درهمان لم يضمن ؛ لأن ما زاد على الدين أمانة عنده ، وإن نقص أكثر من ذلك ضمن ، إلا أن يختار تملكه بدينه ، إسقاط الجودة .

وأما القسم الثالث : إذا كان وزنه أكثر من الدين وهو أن يكون اثني عشر ، فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك ، ذهب خمسة أسداسه [٤٠١/أ] بالدين ، وسدسه أمانة في قولهم .

وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد : له أن يملكه خمسة أسداسه بالدين ؛ لأنه مثل حقه .

وأما إن كانت قيمته أقل من وزنه وأكثر من الدين ، مثل أن يكون وزنه اثني عشر وقيمه أحد عشر ، فإن هلك هلك بالدين خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ، ولا رواية عنهما في هذا الفصل .

وقد قيل : ينبغي أن يضمن خمسة أسداسه ويرجع بدينه ، وقيل على قياس

قولهما: يهلك بالدين ، وهو غلط ؛ لأننا إن جعلنا جميعه هالكاً بالدين أدّى إلى أن يستوفي أكثر من حقه ، وإن جعلنا بعضه هالكاً بالدين وهو مثل وزنه أدّى إلى استيفاء أقل من حقه .

وأما إن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ؛ لأنه يعتبر بالجودة ، وهكذا يجب أن يكون [على] قول أبي يوسف ؛ لأنه لا جودة في الرهن ، فيعتبر الوزن ، وعلى قول محمد: لا يجوز التملك ؛ لأن الوزن أدون من الدين .

وقد قيل على قياس قولهما: يغرم عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدين^(١) ؛ لأنه قدر المضمون ، وهذا يؤدي إلى إسقاط الوزن ، واعتبار الأمانة في القيمة .

وأما إن كانت قيمته بمثل الدين عشرة فهلك ، هلك خمسة أسداسه بالدين عند أبي حنيفة ؛ لأن المعبر عنده بالوزن ، وقالوا: يغرم خمسة أسداسه ، ويرجع بحقه ، وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ، وعندهما يغرم جميع قيمته ، والتمليك لا يمكن عند محمد .

وقد قيل على قولهما: يغرم خمسة أسداسه ، وأما إن كانت قيمته أقل من الدين ، مثل أن يكون ثمانية ، فإن هلك ذهب خمسة أسداسه بالدين عند أبي حنيفة .

وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه ، وعندهما: يغرم قيمته في الحالين ، وقد قيل: إنه يغرم خمسة أسداسه .

وأما إن كانت قيمته خمسة عشر ، فهلك خمسة أسداسه بالدين عند أبي

(١) في أ (الرهن) .

حنيفة ، وعلى قولهما: يحتمل أن يقال: يضمن خمسة أسداسه أيضاً ؛ لأن محمداً يجعل فضل القيمة إذا لم تدع الضرورة إليها أمانة ، [وقد قيل: إن على قول أبي يوسف] ^(١) يعتبر الوزن ، والجودة تبع ، وقد قيل: إنه يضمن مقدار الدين من القيمة ، و[يجيء] على قول محمد: أن يملكه إن اختار ؛ لأنه أجود من حقه .

وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة خمسة أسداسه ، وعند أبي يوسف: يضمن ثلثه ؛ لأنه يجعل الجودة كالوزن ، وعلى الرواية الأخرى يضمن خمسة أسداسه ، وعند محمد: إن نقص مقدار الجودة لم يعتد به ، وإن نقص من الوزن: فإن شاء ملكه خمسة أسداسه بالدين ، وإن شاء افتكه بجميع الدين ، وإن شاء غرمه قيمة خمسة أسداسه ، حتى لا يسقط حقه في الجودة .

وقد أتت هذه ^(٢) الأحوال على ما ذكره أبو الحسن في الباب ، وبقي الكلام في فصل واحد: وهو أن كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب بالانكسار ملك ما ضمن [منه] بالضممان ، وصار شريكاً في بقية الرهن .

فعلى الرواية التي قال: إن الإشاعة في حال البقاء تبطل الرهن ، يقطع القلب فيعود منه ما ملكه المرتهن ويكون باقيه مع القيمة التي غرمها المرتهن حتى لا يؤدي إلى الإشاعة .

وعلى الرواية التي قال: إن الإشاعة [ب/٤٠١] في حال البقاء لا تؤثر ، لا يحتاج إلى القطع ، ويكون المرتهن شريك الراهن في القلب . والله أعلم .



(١) في ب (وأبو يوسف قد قيل على قوله أنه) والمثبت من أ .

(٢) في أ (وقد أثبت بهذه الفصول) .

بَابُ الرجل يستعير ما يرهن



قال أبو الحسن: وإذا استعار الرجل من الرجل شيئاً ليرهنه ثوباً أو عبداً أو غير ذلك من العروض، فأعاره، فله أن يرهنه بأي شيء من الدين، وبما شاء منه قليلاً كان ذلك أو كثيراً إذا لم يسم له ما يرهنه به، فله أن يرهنه بأي صنف من الدين شاء، وإن سمى له قدرًا من الدين (فليس له أن يرهنه بأقل من ذلك، ولا أكثر، وكذلك إن سمى له صنفاً من الدين)^(١)، فليس له أن يرهنه بصنف غيره.

قال: والأصل في جواز الاستعارة للرهن: أن المالك رضي بتعليق دين المستعير بماله، وهو يملك ذلك [كما يملك] أن يعلقه بذمته بالكفالة، وكما لو أمر عبده أن يتكفل عنه جاز، وفي ذلك تعليق الدين برقبة العبد الذي هو على ملكه؛ فلذلك إذا أذن له أن يرهنه فقد علق الدين برقبته؛ ولأن الرهن للاستيفاء، والمالك يملك أن يأذن للمستعير في إيفاء دينه من ماله.

وإذا ثبت جواز الرهن قلنا: إن أطلق الإذن للمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير، وبأي جنس شاء؛ لأن إذنه في رهنه عام في كل قدر وفي كل جنس، ومن حكم اللفظ أن يحمل على العموم، إلا أن يمنع من ذلك مانع.

فأما إذا سمى له قدرًا لم يجز له أن يرهنه بأكثر منه؛ لأنه لم يرض أن يستوفي من ماله إلا ذلك القدر؛ ولأن [المعير]^(٢) يتوصل إلى أخذ عاريتته لقضاء دين

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (الغير) والمثبت من أ.

المرتهن ، فإذا أذن [له] في مقدار يتمكن من أدائه لم يجز أن يرهن بأكثر [من ذلك] ^(١) ، فلا يتمكن منه .

وكذلك لا يجوز أن يرهنه بأقل من القدر الذي سمى ؛ لأن [المعير] ^(٢) رضي بأن يجعله مضموناً بذلك القدر حتى إذا هلك رجع به ، فإذا جعل مضموناً بأقل منه لم يحصل له الغرض من الضمان .

وكذلك إذا سمى جنساً لم يجز [له] أن يرهنه بغيره ؛ لأنه قد يسهل عليه أن يؤدي جنساً دون جنس ، فلم [يجز أن] يلزمه ما لم يرض به .

قال : فإن رهنه بغير ما سمى من القدر أو من صنف الدين فهو ضامن لقيمة الثوب إذا هلك في يد المرتهن ؛ وذلك لأنه تصرف [في ملكٍ غيره] ^(٣) على وجه لم يأذن له فيه ، فصار غاصباً .

قال : وللمعير أن يأخذه من يد المرتهن ويفسخ الرهن فيه إذا كان معلوماً أنه إعارة من صاحبه ؛ وذلك لأنه لما لم يأذن في هذا الرهن ، صار كأنه [رهن] ملكه بغير أمره ، فله أن يسترده ^(٤) من يد المرتهن .

قال : وكذلك إن استعاره ليرهنه عند رجل بعينه فرهنه عند غيره ؛ لأن المالك رضي بيد مخصوصة ولم يرض بغيرها ، وكذلك لو قال : أرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة ، كان ضامناً لما بينا أنه أذن له في تصرف [مخصوص] بصفة ، فإذا

(١) في ب (منه) والمثبت من أ .

(٢) في ب (الغير) والمثبت من أ .

(٣) في ب (في ملكه) والمثبت من أ .

(٤) في أ (أن يرتجعه) .

تصرف على غير تلك الصفة فكأنه ابتداءً التصرف من غير إذن .

قال: وإذا قبضه المستعير ليرهنه فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه ، وكذلك إن رهنه ثم افتكه [قبل أن يرده] ^(١) فهلك في يده بعد قبضه لم يضمن شيئاً [للمعير] ^(٢) ؛ لأن قبض المستعير ليس بمضمون ، وإنما يتعلق الضمان باستيفاء الدين منه ، ولم يستوف [أ/٤٠٢] منه شيء ؛ ولأن المعير إذن له أن يوفي دينه من ماله ، وإذا لم يوف لم يضمن .

قال: فإن هلك في يد المرتهن وقد رهنه على الوجه الذي استعاره غير مخالف في ذلك ، ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه بهلاك الرهن من الدين ؛ لأنه وفي دينه من مال غيره بأمره ، فكان لصاحب المال الرجوع عليه .

قال: وكذلك لو دخل العبد عيب في يد المرتهن فذهب من الدين بقدر حصة العيب ^(٣) ، ثم افتك الراهن الرهن ، رجع صاحب العبد على الراهن بقدر ما سقط من الدين بذلك العيب ؛ لأنه وفي ذلك القدر من ماله .

قال أبو الحسن: والمعير في هذا بمنزلة رجل أذن لرجل أن يقضي دينه بوديعة له في يده ، فما قضى من دينه بها أو ببعضها رجع به صاحب الوديعة على المودع ، وقد بينا هذا .

قال: فإن عجز الراهن عن فكاكه وافتكه رب العبد ، رجع بما كان الرهن يملك به ، ولا يرجع بأكثر من ذلك ، وهو متطوع فيما زاد على ذلك ، وإنما كان

(١) في ب (وقبضه) والمثبت من أ .

(٢) في ب (للمعير) والمثبت من أ .

(٣) في أ (العبد) .

للمعير^(١) أن يفتك العبد؛ لأنه لا يتوصل إلى ماله إلا بالفكاك، فكان مأذوناً [له] فيه، ولا يكون متطوعاً^(٢)؛ لأنه يتوصل بقضاء دين غيره إلى سلامة ملكه، فصار كالوارث إذا قضى دين الميت [أنه] يرجع به في التركة، وكصاحب العلو إذا بنى السفل، إلا أنه جعل له الرجوع بمقدار المضمون الذي كان يصير المرتهن مستوفياً [له] بهلاك الرهن.

وبيان ذلك: أنه إذا أعاره عبداً قيمته مائة، وأذن له أن يرهنه بمائتين، فافتكه المعير بمائتين، رجع بمائة؛ لأن العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفياً لهذا القدر، ولم يكن للراهن أن يرجع بأكثر [منه]، وكذلك إذا قضى بنفسه لم يرجع بأكثر منه، ويكون متطوعاً في الزيادة التي قضاها.

ولا يقال: فهو لا يتوصل إلى خلاص عبده إلا بقضاء الجميع؛ وذلك لأن استيفاء المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة، فلا يرجع المعير إذا وفى بالمباشرة إلا بما يرجع به إذا وفى من طريق الحكم.

قال: فإن أبى المرتهن أن يقبل الفكاك من رب العبد لم يكن له ذلك؛ وأجبره على أن يقبض منه دينه ويسلم الرهن؛ وذلك لأن [المعير له] حق [القضاء] لتخليص ماله، فلم يكن للمرتهن أن يمتنع منه، كما ليس له أن يمتنع إذا قضاها الراهن، وليس هذا كما لو تبرع رجل بقضاء الدين عن الراهن، أن للمرتهن أن يمتنع من القبض؛ لأنه لا حق للمتبرع في القضاء.

قال: فإن اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن، فقال صاحب العبد:

(١) في أ (للاهن).

(٢) في أ (متبرعاً).

هلك في يد المرتهن ، وقال الراهن : هلك قبل أن أراهنه ، أو بعد ما فككته هلك في يدي ، فالقول قول الراهن مع يمينه ؛ [وذلك] لأن المعير يدعي عليه إيفاء دينه من ماله [وهو ينكر] ، فالقول قوله أنه لم يوف ، كما لو قال [له] : اقض دينك من وديعتي ، ثم قال المؤدع : قد هلكت قبل أن أوفي ، فالقول قوله ، فإن [قيل] هذا صحيح إذا زعم المستعير أنه هلك قبل أن يرهنه ، فأما إذا اعترف بالرهن وادعى الفكك فقد صار الرهن مضموناً [عليه] ، وهو يدعي البراءة من الضمان .

قلنا : ليس بصحيح ؛ لأن المستعير^(١) لا يضمن بالرهن ، إنما يضمن بالهلاك ، وإنما المرتهن هو الذي يضمن بالرهن ، فلم يعترف المستعير بضمان [ثم] ادعى البراءة منه ، وإنما نفى الضمان من [أصله] .

قال : وإذا وكَّلَ الراهن بقبض الرهن من المرتهن رجلاً ، أو وكله برده على المعير ، فإن كان [ذلك] الرجل في عيال الراهن لم يضمن [ب/٤٠٢] ، وإن لم يكن في عياله ضمن إذا قبض إن هلك في يد القابض ، وهو بمنزلة الوديعة في ذلك ؛ لأن المالك رضي بيده ولم يرض بيد غيره ، فإن كان الوكيل في عياله فيده كيده ؛ لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا به ، وإن لم يكن في عياله فالمالك لم يرض بيده ، فيضمن^(٢) .

قال : وليس للمستعير أن يستخدم الرهن ولا يركبه إن كان دابة ، ولا يلبسه إن كان ثوباً ، ولا يستعمل الرهن في شيء غير أن يرهنه وحسب ، ولا يفعل ذلك قبل الرهن ، ولا بعد فكائه ، فإن فعل ضمن ؛ وذلك لأن المعير أذن له في الرهن ،

(١) في أ (الراهن) .

(٢) انظر : الأصل ، ٢٢٥/٣ .

ولم يأذن في غيره من التصرف ، فإذا فعله صار متصرفاً في ملك غيره بغير إذنه .
قال: فإن فعل قبل أن يرهنه [ثم رهنه] بمثل قيمته من الدين ثم قضى المال
وقبضه برئ من الضمان .

وقال في الأصل: [بيراً من الضمان حين رهنه^(١)، وإنما قلنا: إنه] برئ من
الضمان إذا أزال التعدي؛ لأنه في حكم المودع، ألا ترى أنه لم يقبض العين
لينتفع بها، وإنما قبضها ليوفي دينه منها، فصار كمن دفع إلى رجل دراهم وقال:
اقض بها دينك، وإذا كان في حكم المودع زال ضمانه بزوال التعدي، وليس
كذلك إذا استعار العين لينتفع بها؛ لأن يده ليست بقائمة مقام [يد] المالك،
وإنما هي لنفسه، فلا يبرأ بزوال التعدي.

وأما اختلاف الرواية التي ذكرها [فيجوز]^(٢) أن يكون الاختلاف في وضع
المسألة، فإذا تعدى بالركوب فأقام على التعدي حتى رهن وسلم زال الضمان؛
لأنه أزال التعدي وتصرف على الوجه المأذون فيه، والمسألة الأخرى محمولة
على أنه رهن على وجه لم يأذن فيه المالك، فيكون متعدياً بالرهن أيضاً، فلا يبرأ
[به] من الضمان، فإذا فكّه وردّه إلى يده فقد أزال التعدي، فبرئ من الضمان^(٣).

وما ذكره بعد هذا في الباب فقد دخل فيما ذكرنا. والله أعلم.



(١) انظر: الأصل، ٢٢٦/٣.

(٢) في ب (فيجب) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٢٢٢/٣ - ٢٢٧.

بَابُ اختلاف الراهن والمرتهن



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل^(١) جارية ثم اختلفا في الرهن، فقال الراهن: رهنتها عندك بخمسمائة، وقال المرتهن: بألف، كان القول [قول] الراهن مع يمينه، ولم يكن رهناً إلا بخمسمائة، وكذلك إن كان الألف على الراهن فاختلفا على ما وصفت لك؛ [وذلك] لأن الراهن لم يعترف أنه علق بعين الرهن إلا خمسمائة، وادعى المرتهن أنه تعلق بالعين أكثر من ذلك، فالقول قول الأول^(٢) في قدر ما تعلق بملكه؛ لأنه لو قال: لم أرهنها، كان القول قوله، فكذلك إذا قال: رهنتها بقدر دون قدر، كان القول قوله.

فإن قال الراهن: رهنتها منك بجميع الدين الذي لك وهو ألف، وقال المرتهن: ارتهنتها بخمسمائة، والجارية تساوي ألفاً، فإن الحسن روى عن أبي حنيفة: أن القول قول الراهن، ويتحالفان، ويتدان؛ وذلك لأنهما اختلفا فيما وقع عليه العقد، وهو مما يلحقه الفسخ ولا يقصد به التبرع، فصار كالبيع؛ ولأن الراهن لم يرض أن يهلك رهنه إلا بجميع دينه، فله في ذلك غرض صحيح، فلم يجز أن يلزمه العقد على وجه لم يرض به.

قال: فإن هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان على ما قال المرتهن؛ لأنه لم يعترف إلا بمقدار من الضمان، فلم يجز أن يلزمه أكثر منه.

(١) في أ (إذا ارتهن الرجل من الرجل جارية).

(٢) في أ (المالك).

قال أبو الحسن: ولو اتفقا على أن الجارية رهن بألف، واختلفا في قيمة الجارية [٤٠٣/أ] وقد هلكت في يد المرتهن، فقال المرتهن: قيمتها خمسمائة، وقال الراهن: قيمتها ألف، فالقول قول المرتهن مع يمينه.

وكذلك لو كانا ثوبين فهلك أحدهما، كان القول قول المرتهن في قيمة الهالك؛ لأن الضمان يجب عليه بالهلاك، فالقول قوله في قدره كالغاصب.

فإن أقام الراهن بَيِّنَةً على أكثر من ذلك، فالبينة بينته؛ لأنه ادعى زيادة الضمان وأقام عليها البينة، قال: وكذلك إن ادعى المرتهن أنه رهنه هذين الثوبين بألف، وقال الراهن: رهنتك هذا لأحدهما بألف، لم تقبل دعوى واحد منهما على صاحبه، ويحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر؛ لأنهما اختلفا في المعقود عليه، فصار كالاختلاف في البيع.

وقال في الأصل: إذا اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: رهنتك هذا الثوب وقبضته مني وأعطيتني [غيره]^(١)، وأقام البينة على ذلك، وقال المرتهن: بل رهنتهما جميعاً وأقام البينة، فالبينة بينة المرتهن، وهما جميعاً رهن بما ادعى؛ لأنه لا تنافي بين البينتين، ألا ترى أنه قد يرهنه أحدهما ويزيده الآخر^(٢).

وكذلك لو قال الراهن: رهنتك هذا الثوب، وقال المرتهن: رهنتني هذا الآخر، وأقاما على ذلك البينة بالقبض، فإني آخذ ببينة المرتهن؛ لأن الرهن حق للمرتهن، وقد ادّعاه مع جحود الراهن، وأقام البينة، وأثبت له الراهن حقاً آخر ردّ إقراره فيه، فيبطل، وهذا كمن ادّعى على غيره عشرة دراهم وأقام [عليه]

(١) في ب (عشرة) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل، ١٩٥/٣.

البينة ، واعترف الآخر بدينار ، فرد [عليه] اعترافه .

قال: وإن اختلف الراهن والمرتهن ، فقال الراهن: قبضت مني الرهنَ فهلك في يدك ، وقال المرتهن: قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك ، فالقول قول الراهن مع يمينه ؛ لأنهما اتفقا على دخوله في ضمان المرتهن ، وادّعى المرتهن زوال الضمان ، فلا يقبل قوله .

وإذا أقاما جميعاً البينة على ما قالا أخذت ببينة الراهن ؛ [وذلك] لأن بيّنة الراهن تثبت قضاء الدين^(١) ، وبينة المرتهن تنفي ذلك ، فإن قال المرتهن: هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه ، وقال الراهن: هلك في يد المرتهن ، فالقول قول (المرتهن ؛ لأنه لم يعترف بدخول الرهن في ضمانه ، فلم يقبل قول)^(٢) الراهن في إيجاب الضمان ، فإن أقاما البينة أخذت بينة الراهن ؛ لأنها تثبت الضمان ، وبينة المرتهن تنفيه .

وإن قال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين ، وقبضتهما ، وقال الراهن: رهنتك أحدهما بعينه ، فالقول قول الراهن مع يمينه ؛ لأنه لو جحد الرهن أصلاً كان القول قوله ، [كذلك إذا] اعترف بشيء دون شيء كان القول قوله ، فإن أقاما جميعاً البينة أخذت ببينة المرتهن ؛ لأنها تثبت الزيادة في الاستحقاق .

قال: وإن كان العبد رهناً والدين ألف والعبد يساوي ألفاً فاعور ، فقال الراهن: كانت هذه قيمته يوم رهنتك ، وقد ذهب نصف دينك ، وقال المرتهن: بل كانت قيمته خمسمائة يوم رهنتني ، وإنما زاد بعد ذلك ، وإنما ذهب ربع

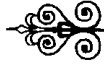
(١) انظر: الأصل ، ٣/١٩٥ .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ .

حقي ، كان القول قول الرهن مع يمينه ؛ لأن الحال تشهد لدعواه ، ومن صدق قوله الظاهر فالقول قوله ، فإن أقام جميعاً البينة على ما ادعياه أخذت ببينة الرهن ؛ لأنها تثبت زيادة من الضمان تنفيها بينة المرتهن ، فهي أولى . والله أعلم (١) .



(١) انظر: الأصل ٣/١٨٠ .



بَاب الرهن يجعل مكانه رهناً آخر



[٤٠٣/ب] قال أبو الحسن: إذا ارتهن الرجل عبداً بألف يساوي ألفاً وقبضه المرتهن، ثم جاء الراهن بجارية تساوي ألفاً فقال: خذ هذه الجارية رهناً مكان العبد، ورد إلي العبد، فقبل ذلك المرتهن، فذلك جائز، والرهن هو الأول ما كانت يد المرتهن قائمة عليه، والثاني أمانة، فإذا قبض الراهن العبد الأول صار الثاني في يد المرتهن، فقد خرج الأول من الرهن، والثاني هو الرهن.

قال: والأصل في جواز نقل الرهن إلى غيره: أن الحق لهما، فإذا تراضيا على إسقاط الحق عن الأول وإثباته في الثاني جاز، ألا ترى أنهما يملكان فسخ الرهن الأول، ويملكان استئناف الرهن الثاني، فكذلك يملكان الجمع بين الأمرين.

وإنما لم يسقط ضمان الأول بالعقد على الثاني؛ لأن البراءة من ضمان الرهن مع بقاء اليد لا تصح، وإذا لم يصح سقوط الضمان بصريح البراءة فبيّننا العقد على غيره أولى، وإنما كان الأول مضموناً وإن^(١) قبض الثاني؛ لأن ضمانه تعلق بذلك القبض، فيبقى ببقاء القبض، وإنما كان الثاني أمانة؛ لأن الراهن لم يرض بجعلهما رهناً، وإنما رضي بأحدهما، فإذا لم يخرج الأول من ضمان الراهن لم يتعلق الضمان بالثاني، وإذا أخذ الراهن العبد الأول صار الثاني هو المضمون؛ لأنهما أقاماه مقام الأول، ونقلنا إليه ما كان فيه، فإذا أزال ضمان

(١) في أ (إلى أن قبض).

الأول تعلق الضمان بالثاني .

قال: ولو [هلكاً]^(١) بعد قبض المرتهن الأمة والأول في يده ، كان الأول [هالكاً]^(٢) بالدين ، والثاني هلك بغير شيء ، ولو ماتت الأمة وحدها ذهبت بغير شيء ، وإن مات العبد ذهب بالدين ، وهذا على ما قدمنا .

قال: فإن قبض الراهن العبد وسَلَّم الجارية ، فماتت في يد المرتهن ، ذهبت بالدين ؛ لأن الضمان انتقل إليها وسقط عن العبد ، فصار هلاكها كهلاك العبد قبل تسلمه^(٣) .

قال: فإن كانت قيمة العبد - وهو الرهن - الأول خمسمائة ، وهو رهن بألف ، وكانت قيمة الجارية ألفاً ، فماتت في يد المرتهن بعدما سلَّم المرتهن العبد إلى الراهن ، فإنها تموت بالألف .

وروى هذا الحسن في نسق روايته عن أبي حنيفة ، ثم قال: وهذا كله على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ؛ لأن الرهن الثاني رهن مستقل ، وليس يبدل عن الرهن الأول ، وإنما لم يصح اجتماعهما في الضمان ؛ لأن الراهن لم يرض بذلك ، فاعتبرت قيمة كل واحد منهما على حياله .

وقد روى هشام ، عن محمد مثل رواية الحسن .

وقال في الجامع الصغير ، عن أبي حنيفة: في رجل رهن [رجلاً] عبداً يساوي

(١) في ب (هلك) والمثبت من أ .

(٢) في ب (رهناً) والمثبت من أ .

(٣) في أ (تسليمه) .



ألفاً بألف، ثم أعطاه عبداً آخر يساوي ألفاً، وقال: خذ هذا مكان ذلك، فأخذه، قال: الأول رهن على حاله حتى يدفعه إلى الراهن، وهو في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول^(١)، وهذا على ما بينا.

قال أبو الحسن: فإن كانت قيمة الأول ألفاً، وهو رهن بألف، فأعطاه عبداً [آخر] يساوي خمسمائة مكان الأول، فقبض الراهن الأول وقبض المرتهن الثاني، فالثاني هو الرهن، وللمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي ألفاً، فإن هلك في يده هلك بخمسمائة؛ لما بيّننا أن الرهن الثاني ليس ببدل عن الأول، وإنما هو رهن مستقل^(٢)، فيضمن [بحسب]^(٣) قيمته. والله أعلم.



(١) الجامع الصغير (مع النافع الكبير)، ص ٤٨٩.

(٢) في أ (مستقبل).

(٣) في ب (بحسب) والمثبت من أ.

بَابُ العبد يعتقه الراهن

قال أبو الحسن: [٤٠٤/أ] وإذا رهن الرجل [عند الرجل] عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل، أو [يساوي] خمسمائة، ثم إن المولى أعتق العبد، فالعبد حر، وقد خرج من الرهن، فإن كان المعتق موسراً فلا شيء على العبد، وإن أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدي المال فلا شيء على العبد من سعاية ولا غيرها.

وإنما جاز عتق الراهن خلاف ما قاله الشافعي؛ لأن الراهن قبل الرهن مالك لعتق العبد، ومن ملك عتق عبد لم يزل ملكه عن عتقه إلا بزوال ملكه عن رقبته، أو بحدوث معنى في المالك يؤثر في صحة قوله؛ ولأنه محبوس للاستيفاء، كالمبيع في يد البائع.

فإذا أثبت جواز العتق، فإن كان المعتق موسراً والدين حالاً طولب بالدين؛ لأنه لا معنى للإلزام قيمة العبد مع حلول الدين، فيطالب بالدين، وإن كان مؤجلاً غرم الراهن قيمة العبد، فكانت رهناً مكانه؛ لأن تعلق حق الغير بملك [الإنسان] يجعل المالك كالأجنبي، بدلالة العبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الوارث، والمأذون إذا لحقه ديون فأعتقه المولى؛ ولأنه بعتقه أبطل حق المرتهن من الوثيقة، ولا يمكن استدراك حقه إلا بالتضمين.

وكذلك إن أعسر المعتق بعد العتق، فلا ضمان على العبد؛ لأن العتق وقع غير موجب للضمان عليه، فلا يجب ذلك في الثاني بتغيير^(١) حال الراهن.

(١) في أ (فيعتبر).

فأما إذا كان المعتق معسراً ، فللمرتهن أن يستسعي العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ؛ لأن الدين كان متعلقاً برقبته ، وقد سلمت له رقبته بالعتق ، فإذا تعذر استيفاء الضمان من الراهن ، لزم العبد ما سلم له كغاصب الغاصب لما سلم له المغصوب لزمه ضمانه .

وليس هذا كالمبيع في يد البائع إذا أعتقه المشتري وهو معسر أنه ليس للبائع أن يستسعيه ؛ لأن الثمن لم يكن متعلقاً برقبة العبد وإن حبس به .

وإنما سقط الثمن بهلاكه ؛ لأن البيع انفسخ ، لا لتعلقه برقبته ، فإذا سلمت الرقبة للعبد وليس هناك دين متعلق بها لم يضمن .

وقد ذكر الحاكم في المنتقى عن أبي يوسف أن قوله الآخر: إن العبد المبيع يسعى إذا كان المشتري معسراً كعبد الرهن ، وإنما ضمن الأقل ؛ لأن الدين إذا كان أقل من قيمته فلا حق للمرتهن إلا فيه ، وإن كانت القيمة أقل فلم يسلم للعبد أكثر من ذلك ، فلم يضمن ما لم يسلمه له .

وأما قوله: إن العبد قد خرج من الرهن [بالعتق] ؛ فلأنه صار حرّاً ، والحر لا يصح فيه الرهن ابتداءً ، فكذلك لا يصح بقاؤه . والله أعلم .

٢٣٧٩ - فصل : [السعاية في الرهن]

قال: وهذا الذي ذكروه من السعاية لا خلاف فيه إذا كان الرهن معلوماً ، فأما إذا قال المولى لعبده: قد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ، ثم أعتقه المولى وهو معسر ، لزم العبد السعاية عندنا .

وقال زفر: لا سعاية عليه .

لنا: أن المولى أقر بتعلق الدين برقبة العبد في حال تملك الرقبة، ويملك تعليق الدين بها بالإقرار، فلا يلتفت إلى تكذيب العبد، وصار هذا كالدين المعلوم، وليس هذا كما لو أعتقه ثم أقرّ أنه كان رهنه؛ لأنه أقر عليه في حال لا يملك رقبته، فلا يملك تعليق الدين [بها]، فلم ينفذ إقراره.

وجه قول زفر: أن المولى لا يملك إيجاب الضمان على العبد بقوله بعد الحرية، كما لو أقرّ بالرهن بعد العتق.

قال: وكل شيء [يسعى]^(١) العبد فيه من ذلك رجع به على المولى؛ لأنه لزمه قضاء دين غيره من طريق الحكم، وهو حر، فيرجع به كما لو لزمه القضاء بالعقد، وليس كذلك إذا تكفل العبد [ب/٤٠٤] عن مولاه ثم أعتقه، فأدى الكفالة؛ [فإنه]^(٢) لا يرجع عليه؛ لأن عقد الكفالة وقع غير موجب للرجوع، فلم يجب بالأداء، كمن تكفل عن رجل بغير أمره.

قال: ولو لم يكن الراهن أعتق العبد ولكن دبّره، فقد خرج العبد من الرهن، وصار مدبراً، وللمرتهن أن يأخذ بدينه كله [أيهما]^(٣) شاء: إن شاء العبد، وإن شاء الراهن، موسراً كان الراهن أو معسراً، وله أن يأخذ العبد بدينه بالغاً ما بلغ.

وإنما جاز تدبيره؛ لأنه لا يلحقه الفسخ كالعتق، وإنما بطل الرهن؛ لأن المدبّر لا يجوز رهنه ابتداءً، فلم يجز بقاء الرهن فيه، فأما الضمان، فلما بيّنا أنه أبطل بتدبيره حق الوثيقة.

(١) في ب (ينبغي) والمثبت من أ.

(٢) في ب (لأنه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (أيهما) والمثبت من أ.

وأما السعاية في المدبر فهي مخالفة للسعاية في [المعتق]^(١) من ثلاثة أوجه:
أحدها: أن المدبر يسعى مع يسار المولى؛ لأن أكسابه على ملكه، فجاز
لصاحب الدين أن يستوفي منها، كما جاز أن يستوفي من سائر أموال الراهن.

والثاني: أنه يسعى في الدين بالغاً ما بلغ؛ لأن أكسابه ملك [لمولاه]^(٢)،
ودين الإنسان إذا قضي من ماله لم يقض بعضه دون بعض، وليس كذلك المعتق؛
لأن كسبه لنفسه، وإنما لزمه أن يسعى في قدر ما سلّم له.

والوجه الثالث: أن المدبر لا يرجع على مولاه، والمعتق يرجع؛ لأن كسب
المدبر للمولى، فقد قضى دينه في ماله، فلا يرجع به عليه، وكسب المعتق
لنفسه، فلذلك يرجع بما يقضي من دينه.

وقد قالوا: إن الرهن إذا دبره الراهن، أو كانت أمة فاستولدها سعت في
جميع الدين إن كان حالاً، وإن كان مؤجلاً لم تسع إلا في مقدار قيمتها؛ لأن
[الدين] المؤجل لا يجب قضاؤه، وإنما يجب رد عوض الرهن ليكون وثيقة في
يد المرتهن، وهذا المعنى موجود في قدر القيمة.

وأما إذا كان حالاً فقضاؤه واجب، فلم يختص القضاء من مال الراهن^(٣)
ببعض الدين دون البعض.

قال: وإذا دبره المولى فقضى القاضي بأن يسعى في الدين كاملاً، والدين

(١) في ب (المولى) والمثبت من أ.

(٢) في ب (العتق) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الغير).

أكثر من قيمة رقبته ، أو لم يقض عليه حتى أعتق المولى بعد التدبير ، فكأنه أعتقه قبل أن يدبره ، ولا يلزمه من الدين إلا مقدار قيمة رقبته ، وما بقي من الدين فهو على مولاه ؛ [وذلك] لأنه لما^(١) أعتقه زال ملكه عن رقبته واكتسابه ، فلم يجز أن يستوفي منه إلا مقدار ما سلم له ، فكأنه أعتقه ابتداءً ، إلا أنه يفارق العتق المبتدأ من وجه : وهو أن ما سعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى ؛ لأنه أذاه من كسب على ملكه .

قال : ولو كان الرهن أمة فحملت فأقرّ الراهن أنه منه وهي حامل ، كان هذا والتدبير^(٢) سواء في جميع ما وصفت لك ؛ لأن الاستيلاد معنى لا يلحقه الفسخ ، فنفذ في الرهن كالعتق ، ويلزمها السعاية في حال اليسار والإعسار ؛ لأن الكسب للمولى .

قال : فإن ولدت بعد ذلك ولدًا والراهن موسرٌ أو معسرٌ لم يكن على الولد من السعاية قليل ولا كثير ؛ [لأنه] لما ثبت نسبه قبل الوضع لم يدخل في الرهن ، فلم يلزمه السعاية ، وليس هذا كما لو ادعاه بعدما ولدته : أن الراهن إن كان موسرًا أخذ منه الدين ، ولم يكن على الولد سعاية ، وإن شاء استسعى الأم .

وإن كان الراهن معسرًا قسم الدين على قيمة الأم [٤٠٥/أ] والولد ، فما أصاب الولد سعى في الأقل منه ومن قيمته ، وسعت الأم فيما بقي بالغًا ما بلغ ؛ وذلك لأن الولد دخل في الرهن بانفصاله ، فلما^(٣) ادعاه عتق بالدعوى ، فصار

(١) في زيادة (فقد) .

(٢) في أ (العتق) .

(٣) في أ (فإذا) .

كأنه أوقع العتق عليه ، فلا يلزمه سعاية مع يسار المعتق ، وإن كان معسراً لزمه أن يسعى في الأقل من قيمته ومن حصته من الدين ؛ لأن ذلك القدر هو المتعلق برقبته .

قال : فإن لم يسع الولد في شيء حتى مات ، فكأنه لم يكن ، وللمرتهن أن يستسعي الأم في جميع الدين ؛ لأن الولد تبع في الرهن ، فإذا هلك عاد ما فيه إلى الأم ، فكأنه لم يكن .

وقال في الجامع الكبير : إذا كان لرجل على رجل ألف درهم ، فرهنه بها عبداً يساوي ألفاً ، فنقص في السعر حتى صار يساوي خمسمائة ، ثم إن الراهن أعتق العبد وهو معسر لا يقدر على أداء الدين ، فإن العبد يسعى في قيمته يوم أعتقه ، وهي خمسمائة ، ويضمن المولى لصاحب الدين خمسمائة ؛ وذلك لأن القدر الذي يسلم للعبد بالعتق هو قدر قيمة عند العتق ، وذلك داخل في ضمان المرتهن ، فلزمه أن يسعى فيه دون ما تعلق به الضمان في الأصل ؛ لأن ذلك لم يسلم له .

قال : ولو لم ينقص العبد في السعر ، ولكنه قتله عبداً قيمته مائة ، فأخذه مكانه ، [فإن الثاني] ^(١) رهن مكان الأول بجميع الدين ، فإن هلك هلك بجميع الدين ، وإن أعتقه الراهن وهو معسر سعى الغلام في قيمته مائة ، لا يسعى في غير ذلك ؛ [وذلك] لأن العبد المدفوع قام مقام المقتول ، فكأن الأول موجود وقد نقص في السعر ، فإذا أعتقه الراهن لم يلزمه إلا مقدار ما سلم له .

قال : وإن كانت أمة رهناً تساوي ألفاً وهي رهن بألفين ، فزادت في بدنها أو في سعرها حتى صارت تساوي ألفين ، فإن المولى لا يفتكها إلا بجميع الدين ،

(١) في ب (فإنه) والمثبت من أ .

ولو هلكت هلكت بألف ، فإذا أعتقها المولى وهو معسر سعت في الألف ، ولا تسعى في غير ذلك ؛ لأن العبد إنما يسعى في مقدار ما يسلم له بالعتق مما دخل في ضمان المرتهن ، والزيادة على القيمة لم تدخل في ضمانه ، ألا ترى أن الأمة لو هلكت زائدة لم تهلك إلا بألف ، فلم يضمن العبد^(١) أكثر من ذلك .

قال: ولو لم تزد قيمتها ولكن ولدت ولدًا يساوي ألف^(٢) درهم ، فأعتقهما المولى وهو معسر ، سعيًا في الألف ، ولم يسعيًا في أكثر من ذلك ، لما بينا أن ما زاد على الألف وإن سلم لهما فليس بمضمون على المرتهن ، فلا يلزمهما ضمانه .

قال: ولو أن الأمة لم تزد ولم تلد ، ولكن قتلها عبد يساوي ألفين ، فدفع بها فأعتقه المولى وهو معسر ، سعى العبد في ألف درهم ، ولا يسعى في أكثر من ذلك ، ولا ينظر إلى قيمته ، وإنما ينظر فيما لزمه ، فيسعى في الأقل من ذلك ومن قيمته ؛ وذلك لأن المدفوع قام مقام المقتول ، فكأنه باقٍ وقد زادت قيمته . والله أعلم .



(١) في أ (العتق) .

(٢) في أ (ألفاً) .

بَابُ الرهن يأذن للمرتهن الراهن في استعماله



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل ثوباً يساوي عشرة دراهم بعشرة دراهم، ثم أذن الراهن للمرتهن في لبسه، فقد خرج الثوب من ضمان المرتهن، وللمرتهن أن يرده إلى يده، فإذا رده إلى يده عاد إلى ضمانه.

أما جواز الاستعمال؛ فلأنه ممنوع منه لحق الراهن، فإذا أذن له فيه جاز، ولا يبطل الرهن لما قدمنا أن يد المستعير ليست بمستحقة، وللمرتهن أن يرده في الرهن^(١)؛ لأن [العارية]^(٢) لما لم يتعلق بها [٤٠٥/ب] الاستحقاق جاز فسخها، فإذا ردها عاد إلى ضمان [المرتهن]^(٣)؛ لأن المعنى المسقط للضمان استعماله على وجه العارية، وقد زال ذلك.

قال: فإن جاء الراهن يفتك الثوب فوجد فيه خرقاً، فقال الراهن: كان هذا في يد المرتهن قبل أن يلبسه أو بعدما لبسه ورده إلى يده، وقال المرتهن: بل حدث هذا الخرق بالثوب في حال لبسي [له]، فالقول في ذلك قول المرتهن مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على خروج الثوب من الضمان بلبس المرتهن، ثم اختلفا فيما عاد إلى ضمانه، فكان القول قول المرتهن في مقدار ما [عاد]^(٤).

(١) في أ (إلى يده).

(٢) في ب (العادة) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الرهن) والمثبت من أ.

(٤) في ب (ضمن) والمثبت من أ.

ولو قال الراهن: لم يلبسه ولكنه تخرق، وقال المرتهن: لبسته فتخرق، فالقول قول الراهن؛ لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان (صحيحاً، ولم يعترف الراهن بخروجه من الضمان)^(١)، فلا يقبل قول المرتهن في ذلك.

قال: وإن أذن الراهن للمرتهن فلم يلبسه حتى حدث به خرق، ذهب قدر الخرق بحصته من الدين؛ [وذلك] لأن ضمان الرهن إنما يزول باللبس الذي يرفع ضمان الرهن، و[ذلك] لم يوجد.

قال: فإن أقام الراهن بينة أنه تخرق في ضمان المرتهن في شيء من هذه الوجوه، وأقام المرتهن بينة أنه تخرق بعد خروجه من الضمان، فالبينة بينة الراهن؛ [وذلك] لأن بينة الراهن تثبت الاستيفاء، وبينة المرتهن تنفي ذلك.

قال: وإذا كان الرهن شاة رهنت بعشرة دراهم، وهي تساوي عشرة، فقال الراهن للمرتهن: احلب الشاة، فما حلبت من شيء فكله فهو لك حلال، فجعل المرتهن يحلبها ويأكل لبنها^(٢)، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك، ويفتكها الراهن بعشرة دراهم، لا يُحط من ذلك شيء عنه؛ لأن اللبن على ملك الراهن، وقد أباح للمرتهن تناوله، والإباحة تجوز أن تتعلق بالشرط كمن قال لغيره: إذا جاء غد فكل طعامي.

وإنما لم يسقط شيء من الدين؛ لأن اللبن تبع، والأتباع إذا تلفت في يد المرتهن من غير تعدٍ لم يسقط بتلفها شيء من الدين.

قال: فإن لم يفتك الراهن الشاة حتى نفقت في يد المرتهن، فإنها تنفق

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (فحلوبها).

بحصتها من الدين ، ويرجع المرتهن على الراهن بحصة اللبن الذي أكله المرتهن من الدين ، يقسم العشرة الدين على قيمة اللبن [الذي أكله المرتهن] ، وعلى قيمة الشاة ، فما أصاب الشاة من الدين بطل من الرهن^(١) ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن ؛ لأن الشاة إذا ماتت صار للبن حصة من الدين ، فإذا أكله المرتهن بإذن الراهن فكأن الراهن أخذه ، فيجب عليه من الدين بقدر حصته .

قال: وكذلك ولد الشاة إذا أذن الراهن للمرتهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس^(٢) .

وكذا روى هذه المسائل الحسنُ عن أبي حنيفة ، كما حكيت عن محمد .
والله أعلم .



(١) في أ (الراهن) .

(٢) انظر: الأصل ١٦٤/٣ .

بَابُ

تصرف المرتهن وما يكون به ضامناً وما لا يكون به ضامناً



قال أبو عمر حفص بن صالح ، عن محمد: في رجل ارتهن من رجل خاتماً فجعله في خنصره ، قال: هو ضامن ؛ لأن هذا لبس ، واليمنى واليسرى في ذلك سواء ، ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه ، وكذلك الطيلسان .

قال: والأصل في هذا: أن المرتهن مأذون في الحفظ غير مأذون في الاستعمال ، ولبس الخاتم [٤٠٦/أ] في الخنصر استعمال له ، وذلك موجب للضمان ، ولبسه في غير الخنصر ليس بلبس ، ألا ترى أنه لا يقصد به في العادة ، فهو حفظ ، فلم يضمن به .

وكذلك الطيلسان إذا لبسه كما يلبسه الطيالسة ، ضمن ؛ لأن هذا استعمال وليس بحفظ ، وإن وضعه على غير الوجه الذي يفعله الناس فليس بلبس ، وإنما هو حفظ .

وقال هشام عن محمد: في رجل رهن عند رجل سيفين أو ثلاثة ، فتقلدها ، قال: لا يضمن في الثلاثة ، ويضمن في السيفين .

قال: أنظر في السيفين وشك ؛ وذلك لأن تقلد السيف الواحد استعمال وليس بحفظ ، وكذلك السيفين ؛ لأن الناس قد يتقلدون بالسيفين في الحرب ، فأما الثلاثة فلم تجر العادة بتقلدها ، فكان ذلك حفظاً .

قال: وسمعت محمداً قال في الخاتم: إذا تختم به في يمينه ضمن ؛ لأن في

الناس من يتجمل بذلك .

وقال محمد: إن لبس في الخنصر اليسرى فوق خاتم عليه ، قال: لا يضمن .

قلت: ولم؟ وربما يتختم الإنسان ، وذكرت له بعض السلاطين ولبسه الخاتم فوق الخاتم ، قال: ذلك يلبسه للتختم .

قال هشام في معنى قوله ، كأنه لا يرى الضمان في ذلك إلا على من كان له سلطان ، والمرجع في هذا إلى العادة ، فإن كان اللابس^(١) ممن يتجمل بلبس الخاتمين ضمن ، وإن كان ممن لا يتجمل بذلك ، فهذا حفظ وليس بلبس ، فلا يضمن . والله أعلم^(٢) .

[تمّ كتاب الرهن والله الحمد والمِنَّة ، والصلاة على خير الأُمَّة] ^(٣) .



(١) في أ (الإنسان) .

(٢) انظر: الأصل ٣/١٥٠ .

(٣) الزيادة أضيفت من أ .

[٥٧] كتابُ الشفعةِ

[١/٢٨٥] قال الشيخ رحمته الله: الشفعة مأخوذة من الضمّ، ومنه الشفع: الذي هو ضد الوتر؛ لأنه ضمّ عددٍ إلى عدد، أو شيءٍ إلى شيء، والشفاعة سمّيت بذلك؛ لأنها ضم المشفوع له إلى أهل الثواب.

فلما كان حق الشفعة يضم به الشفيع الملك المشفوع إلى ملكه، سمّي ذلك شفعة؛ (لانضمام ملك البائع والمشتري إلى ملكه، وكانت من أحكام الجاهلية، فأقرت في الشرع)^(١).

قال: والأصل في وجوب الشفعة قوله رحمته الله: «الشفعة في كل شيء ربع أو عقار»، وقال: «الشفعة للشريك الذي لم يقاسم»^(٢)، وقال: «الجار أحق بشفعة الدار ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»^(٣)، وقال: «الجار أحق بجواره»، ويروى: «بسقبه»^(٤).

ومن أصحابنا من قال: هذه الأخبار وردت بخلاف القياس؛ لأن ملك

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

والشفعة بتوضيح أكثر: «فهي حق تملك العقار المبيع أو بعضه، ولو جبراً على المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن». معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٢٠٧.

(٢) أورده العيني عن عدد من التابعين، ٢٠/١٢.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١٨)؛ ابن ماجه (٢٤٩٤)؛ وأحمد في المسند ٣/٣٠٣، وقد تكلم في بعض رواياته. انظر: الدراية، ٢/٢٠٢؛ نصب الراية ٤/١٧٤.

(٤) وبالرواية الثانية أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٣٩).

«السقب: القرب». النهاية لابن الأثير (سقب).

المُشتري لا يجوز أن يستحق عليه بغير رضاه ؛ ولأننا لو أوجبناها لنفي الضرر عن الشفيع ، أضررنا بالمشتري .

وكان أبو بكر الرازي رحمته الله يُنكر هذه الطريقة ، ويقول : وجوب الشفعة أصل من الأصول مجمع عليه ، فلا يقال : إنه استحسان ، كسائر الأصول المقطوع بها .

٢٣٨٠ - [فصل : الشفعة في العقار وغيرها] ^(١)

وأما الكلام فيما تثبت ^(٢) فيه الشفعة : فإنها تثبت عندنا في العقار خاصة ^(٣) ، وقال مالك : تثبت في السفن أيضاً ^(٤) .

لنا قوله رحمته الله : « لا شفعة إلا في ربيع أو حائط » ^(٥) ؛ ولأن السفن تنتقل وتحول كالعروض ؛ ولأنه لا يخشى فيها التأذي على وجه الدوام كالعروض .

وقول مالك : إنها تسكن كالعقار ، ليس بصحيح ؛ لأن العقار يجب فيه الشفعة سُكن أو لم يسكن ، لخوف التأذي على وجه الدوام .

وقد قال مالك : إن الضيعة إذا بيعت ببقرها ومماليك فيها يعملون ، استحقوا بالشفعة معها . وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الحيوان ليس بعقار ولا يتصل بعقار ، فلا يجب فيه الشفعة ، كما لو أفرد بالبيع ^(٦) .

(١) الزيادة من (م) ، وهذه النسخة الثالثة ، وهي غير كاملة .

(٢) في م (به) .

(٣) انظر : الأصل ٢٢١/٥ .

(٤) بل قول مالك بأنه : « لا شفعة إلا في الدور والأرضين والنخل والشجر » ، وأكد بأنه : « لا شفعة

في دين ولا حيوان ولا سُفن ... » . المدونة ٤٠٢/٥ ؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٣ .

(٥) أخرجه مسلم بلفظ : « الشفعة في كل شرك في أرض أو ربيع أو حائط ... » ، (١٦٠٨) .

(٦) وفي المدونة أنه : « لا شفعة في دين ولا حيوان ... » ٤٠٢/٥ ؛ وقال ابن جزى : « ولا شفعة في =

٢٣٨١ - فَصْل : [السبب الذي يستحق به الشفعة]

قال: وأما الكلام في السبب الذي يستحق به الشفعة ، فإنما يستحق عندنا في الملك المتقل بعقد البيع ، وما في معنى البيع من الصلح والهبة على مال ، ولا يجب في المملوك في مقابلة المنافع ، مثل المهر والأجرة .

وقال الشافعي: تجب الشفعة في ذلك^(١) .

لنا: أنه مملوك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط ، فلا تجب به الشفعة كالمملوك بالوصية والميراث ؛ ولأنه سبب كالهبة لا يستحق [به الجار]^(٢) الشفعة ، فلم يستحق به الشريك كالهبة ؛ ولأنه نقل ملك بالثمن الأول ، فلم يصح في المهر كالمرا بحة والتولية .

٢٣٨٢ - فَصْل : الشفعة في جزء المهر]

وقد قال أبو حنيفة: إنَّ من تزوّج امرأة على دار على أن يرد عليه ألفاً ، فلا شفعة في شيء من ذلك .

وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة في حصة الألف .

لأبي حنيفة: أن إيجاب الشفعة لا يمكن إلا بتقويم البضع ، فينقسم الدار عليه وعلى الألف ، وهذا المعنى مانع من الشفعة ، كما لو كانت الدار كلها مهراً ؛ ولأنه لو استحققت الشفعة في حصة الألف لتبعض الملك تبعيضاً فيه ضرر ، وهذا

= الحيوان والعروض عند الجمهور». قوانين الأحكام ص ٣١٣ .

(١) انظر: الأم ص ٦٣١ . المنهاج ص ٢٩٦ .

(٢) في أ (الجارية) والمثبت من م .



المعنى لا يملكه الشفيع ، كما لا يملك أن يأخذ من المشتري نصيب أحد البائعين .
وجه قولهما: أن حصّة الألف من الدار عقد بيع ، بدلالة أنه يرد بالعيب
اليسير ، ويثبت فيه خيار الرؤية ، فيجب فيه الشفعة كما لو أفرده بالعقد .
وقد قال أصحابنا: إن الشفعة تجب في العقار الذي تجوز قسمته كالحمام
والرّحى والبئر والنهر والدور الصغار .

وقال الشافعي: لا يجب في ذلك شفعة^(١) .

لنا: حديث جابر ، أن النبي ﷺ قال: «الشفعة في كل شيء ربع أو حائط» ؛
ولأن كل عرصة^(٢) تجب فيها الشفعة إذا بيعت بعد هدم البناء يجب قبله ، أصله
الدور الكبار ؛ ولأنه سبب تمليك ما يقسم ، فجاز أن يملك به ما لا يقسم كالبيع .
وهذه المسألة فرع على أن الشفعة عندنا تجب لخوف التأذي على وجه الدوام .
والدليل على هذا الأصل: وجوبها في العقار لهذا المعنى ، وانتفاؤها في
العروض التي لا تبقى على وجه الدوام .

وقال الشافعي: العلة للضرر الذي يلحق الشريك بأجر المقاسمة^(٣) . وهذا
فاسد ؛ لأن هذا المعنى موجود في الشركة في العروض ، ولا شفعة فيها .

قال أبو الحسن رحمته الله: الشفعة واجبة في جميع ما بيع من العقار دون غيره

(١) انظر: الأم ص ١٤٢١ ؛ وقال النووي: «وكل ما لو قُسم بطلت منفعته المقصودة ، كحمام ورحى ،

لا شفعة فيه في الأصح» المنهاج ص ٣١٣ .

(٢) «العرصة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء» مختار الصحاح (عرض) .

(٣) انظر: الأم ص ١٤٢١ .

لستة رسول الله ﷺ، الدور والمنازل، والحوانيت والخانات، والقناة والمزارع والبساتين، والأقرحة والحمامات، وسائر العقار إذا وقع البيع على عَرصةٍ إن كانت في مصر، أو قرية، أو سواد، أو غير ذلك من أراضي الإسلام، إذا كان ذلك مملوكاً يجوز بيع مالكة فيه، وكان البيع بيعاً قاطعاً ليس فيه خيار الشرط.

قال: وهذه الجملة قد دخلت فيما ذكرناه.

والدليل على وجوب الشفعة في جميعها: قوله ﷺ: «لا شفعة إلا في رُبَع أو عقار»، وقوله: «الجار أحق بسقبه»^(١) وهو عام.

وإنما شرط أن يكون المبيع مملوكاً؛ لأن ما ليس بمملوك لا يصح بيعه، فلا تجب فيه الشفعة.

وأما البيع المشروط فيه الخيار للبائع، فلا شفعة فيه؛ لأن خيار البائع يمنع من خروج الشيء من ملكه، والشفعة تجب بخروج الشيء من ملك البائع؛ ولأن البائع لم يزل ملكه عما باع، فصار كوجود الإيجاب منه بغير قبول.

فإن أسقط البائع خياره، وجبت الشفعة؛ لأن الملك وقع بالعقد، فوجبت الشفعة؛ ولأن المانع من وجوبها إنما كان لأن^(٢) البائع لم يرغب عن ملكه، فإذا أسقط خياره، فقد رغب عن ملكه، فوجبت الشفعة. [٢٨٥/ب]

وأما الخيار المشروط [للمشتري]، فلا يمنع من ثبوت الشفعة؛ لأن المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق، وإنما اختلف أصحابنا، هل دخل في ملك المشتري

(١) سبق تخريجه.

(٢) في م (لأجل).

أو لم يدخل ، والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه ؛ بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد ، فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة ؛ لاعترافه بخروجه^(١) عن ملكه ، وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري .

٢٣٨٣ - [فصل: ما لا يمنع الشفعة]

قال: وخيار الرؤية والعيب لا يمنع الشفعة ؛ لأنه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع ، وهذا المعنى هو سبب الشفعة .

٢٣٨٤ - [فصل: الشفعة في البيع الفاسد]

قال: ولا شفعة في [البيع]^(٢) إذا كان فاسداً إن كان مما يملك بالقبض ، (قبض أو لم يقبض)^(٣) ما دام حق البائع في النقص قائماً فيما يملك منه ؛ وذلك لأن البيع الفاسد إذا كان مما لا يملك بالقبض ، فالملك لم ينتقل بالبيع ، وهذا المعنى يمنع من وجوب الشفعة في البيع الصحيح ، ففي الفاسد أولى .

وأما إذا كان مما يملك بالقبض ، فحق الفسخ فيه مستحق لحق الله سبحانه ، وفي إيجاب الشفعة إسقاط الفسخ ، وتقرير البيع الفاسد ، وهذا لا يجوز .

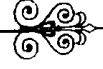
[قال]: فإن سقط حق البائع في التعرض^(٤) ، كان للشفيع أن يأخذ ما يملك منه بقيمته يوم قبض ؛ وذلك لأن البيع الفاسد عندنا يملك المبيع فيه بالقبض ، وإنما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ ، فإذا سقط الفسخ إما لاتصال المبيع

(١) في م (بخروج الشيء).

(٢) في أ (المبيع) والمثبت من م .

(٣) في م (أو مما لا يملك).

(٤) في م (من القبض).



بزيادة، أو بزوال ملك المشتري، فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة، فوجبت الشفعة، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع إذا أسقط خياره.

وإنما وجبت الشفعة بالقيمة؛ لأن البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى، وإنما يملك بالقيمة، والشفعة تجب بمثل العوض الذي لزم المشتري.

قال: فإن باع المشتري لما اشتراه شراءً فاسداً بيعاً صحيحاً، فلا سبيل للبائع على نقض البيع الثاني، والشفيع بالخيار: إن شاء أخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن الذي سمى فيه، وإن شاء نقض البيع الثاني، ويأخذه بالبيع الأول بقيمته؛ وذلك لأن البيع يسقط حق الفسخ، وهذا المعنى يوجب تقرير الشفعة، إلا أنه اجتمع معنيان^(١)، كل واحد منهما يوجب الشفعة، فكان الشفيع بالخيار في الأخذ بأيهما شاء، كما لو اشترى شراءً صحيحاً ثم باع فله الخيار، فإن أخذه بالبيع الثاني، أخذه بالثمن؛ لأن المشتري ملك بالثمن، وإن أخذه بالبيع الأول، أخذه بالقيمة؛ لأن المشتري ملك المبيع بها.

وينفسخ البيع الثاني؛ لأن الشفيع استحق المبيع بسبب سابق لحق المشتري الثاني.

فإن قيل: إذا فسخ البيع الثاني، عاد المبيع الأول على ما كان عليه، فسقطت الشفعة.

فالجواب: إن فسخ البيع الثاني إنما هو بمقتضى الشفعة، فلم يجز أن يسقط به؛ لأن في سقوطها عود البيع الثاني، وذلك يوجب عود الشفعة.

(١) في م (أنه سببان تتعلق الشفعة كل واحد).

[قال]: وكذلك إن بناه المشتري ، فقد بطل حق البائع في النقض في قول أبي حنيفة ، وللشفيح الشفعة .

وقالا: حق البائع في النقض قائم ، ولا شفعة للشفيح .

وهذا فرع على أن المشتري إذا بنى سقط حق الفسخ في البيع الفاسد عند أبي حنيفة ، وسقوط حق البائع يوجب الشفعة .

وعلى قولهما: لا يسقط [حق الفسخ بالبناء]^(١) ، فلا تجب الشفعة ؛ لبقاء حق المالك فيه^(٢) .

٢٣٨٥ - [فصل: الشفعة فيما يملك بغير بدل]

قال: وكل ما ملك بغير بدل ، أو ملك ببدل ليس بمال فلا شفعة فيه .

أما المملوك بغير بدل كالهبة والصدقة ، فلا شفعة فيهما ، وقال ابن أبي ليلى: فيها الشفعة بقيمة الموهوب ، يعني الشقص .

لنا: أنه نقل ملك بغير عوض كالميراث ؛ ولأنه نقل للملك بمثل البدل ، فلا يثبت في الهبة كالمراوحة والتولية .

وأما الميراث ، فلا شفعة فيه ؛ لأن الوارث تملك على حكم ملك الميت ؛ ولهذا يرد على بائعه بالعيب ، فكأن ملك الميت لم يزل .

وأما المملوك بالوصية فلا شفعة فيه ؛ لأنه تمليك يتعلق بالموت ، فلا شفعة

(١) في أ (البناء الفسخ) والمثبت من م .

(٢) انظر: الأصل ٢٦٧/٩ - ٢٦٩ .

فيه كالميراث .

وأما المملوك ببذل ليس بمال ، كالمهر ، وبذل الخلع ، والإجارة ، والصلح من دم العمد [فلا شفعة فيه] ، وقد بينا ذلك في مسألة النكاح .

وأما الهبة على عوض ، فإن تقابضا وجبت الشفعة ، وإن قبض أحدهما دون الآخر ، فلا شفعة .

وقال زفر: تجب الشفعة بالعقد .

وهذا فرع على حكم هذا العقد ، فعندنا: أن عقده عقد هبة ، وجوازه جواز بيع ، فلا يتعلق بعقده الشفعة كما لا يتعلق بالهبة بغير عوض ، فإن تقابضا ، صارت في حكم البيع ، فوجبت الشفعة .

وعلى قول زفر: عقده عقد بيع ، وجوازه جواز بيع ، فيتعلق به الشفعة .

والكلام في هذه المسألة في كتاب الهبة إن شاء الله تعالى .

وعلى هذا الأصل قال أصحابنا: إذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه ؛ لأن هبة^(١) المشاع فيما ينقسم لا يجوز .

وقال زفر: فيه الشفعة ؛ لأن الهبة بعوض عقدها عقد بيع ، فتجوز في المشاع ، قال: وإذا وجبت الشفعة في البيع أو في الهبة بعد التقابض ، فإن كان البذل مما له مثل وجبت الشفعة بمثله ، وإن كان مما لا مثل له وجبت (الشفعة في البيع ، أو في الهبة بعد التقابض بمثله ، فإن كان مما لا مثل له وجبت الشفعة)^(٢) بقيمته .

(١) في م (قسمة) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من م .

وقال أهل المدينة: إذا لم يكن للبدل مثل أخذها بقيمة الدار؛ وذلك لأن الشفيع إنما يستحق المبيع على الوجه الذي استحقه المشتري، فإذا استحقه بمكيل أو موزون أو معدود غير متفاوت، استحق الشفيع بمثل ذلك؛ لأن المثل أعدل من القيمة^(١).

ولو كان البدل مما لا مثل له، فالقيمة فيه أعدل من المثل، فكان للشفيع الأخذ بالقيمة؛ ولأن الشفيع إن أخذها من ملك المشتري، فقد استحق عليه المبيع، وصار كأنه أتلف عليه الثمن، فإن كان له مثل وجب مثله، وإلا وجبت قيمته، كما يجب في الإتلاف.

وإن استحق من يد البائع، فقد أسقط حق البائع من الثمن الذي لزم [على] المشتري، فكأنه أتلفه عليه^(٢).

والذي قاله أهل المدينة فاسد. لأن من اشترى داراً قيمتها ألف [درهم] بعوض قيمته ألفان، فلو أوجبنا الشفعة بقيمة الدار استحققتها على البائع ببدل لم يرض به، وهذا لا يصح.

ولا يقال: فالبائع لم يرض إلا بالعوض، ولم يرض بالقيمة؛ لأن القيمة مثل فيما لا مثل له، وقد استحققت الشفعة بمثل البدل^(٣).

٢٣٨٦ - [فصل: الشفعة في الهبة]

قال: وإن وهب رجل لرجل عقاراً على غير شرط عوض، ثم عوضه بعد

(١) انظر: المدونة ٤٢٢/٥؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٤.

(٢) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب ١٢٧١/٣.

(٣) انظر: الأصل ٢٥٧/٩، ٢٥٩.

ذلك ، فلا شفعة في الهبة ولا فيما عوض عنها ؛ وذلك لأن العوض الملحق بالهبة ليس بعوض عن^(١) الموهوب ، وإنما هو لإسقاط الرجوع ؛ بدلالة أنه لو وهب له عشرة فعوضه بهما خمسة ، جاز ، ولو كان عوضاً عن العشرة لم يجز ، وإذا لم يكن هذا عوضاً عن الموهوب ، لم تجب فيه الشفعة .

٢٣٨٧ - [فصل: الشفعة في العلو دون السفل]

قال: وإذا بيع سفل [عقار]^(٢) دون علوه، [١/٢٨٦] أو علوه دون سفله، أو هما جميعاً، وجبت فيه الشفعة جميعاً، أو كل واحد منهما على انفراده.

وقال أبو يوسف: وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسان، روى ذلك عنه ابن سماعه، وبشر بن الوليد، وعلي بن الجعد.

أما إذا بيعاً جميعاً؛ فلا شبهة فيه؛ لأنه باع العرصه بحقوقها، فتتعلق الشفعة بجميع ذلك.

وأما إذا باع السفل دون العلو، لقوله ﷺ: «لا شفعة إلا في ربيع»؛ ولأن التأذي يخاف فيها على وجه الدوام كالدُّور.

وأما إذا باع العلو؛ فلأنه حق متعلق بالبقعة على التأبید، فهو كنفس [البقعة]^(٣).

والذي قاله أبو يوسف في الاستحسان إنما هو في العلو؛ لأن القياس ألا

(١) في م (غير).

(٢) في أ (علو) والمثبت من م.

(٣) في أ (الشفعة) والمثبت من م.

يجب فيه الشفعة ؛ لأنه لا يبقى على وجه الدوام، وإنما استحسنوا؛ لأن حق الوضع متأبد، فهو كالعرصة.

وقال محمد في الزيادات: إن العلو إذا انهدم، ثم بيع السفلى، فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند أبي يوسف، ولا شفعة فيه عند محمد؛ فأجرى أبو يوسف حق الوضع - وإن لم يكن هناك [بناء] ^(١) - مجرى الملك؛ لأنه حق ثابت على التأييد كنفس الملك.

وقال محمد: الشفعة إنما تجب بالمجاورة، فإذا لم يكن هناك بناء، لم توجد المجاورة، فلم تجب الشفعة.

وذكر محمد بن الحسن في الزيادات: أن من باع علواً فاحترق قبل التسليم بطل البيع، ولم يحك خلافاً، وقال ابن شاهويه: هذا ينبغي أن يكون قوله خاصة.

فأما على قول أبي يوسف: فيجب أن لا يبطل البيع؛ لبقاء حق الوضع، ألا ترى أنه أجراه مجرى العرصة في إيجاب الشفعة فيه.

٢٣٨٨ - [فصل: الشفعة فيما لا يجوز بيعه]

قال: وما كان في العقار مما لا يجوز بيعه، ولا يملك بالبيع على حال، فلا شفعة فيه، مثل بيع الأوقاف والخانات المسبلة، والسقايات، والآبار التي [للسبيل] ^(٢)، فلا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى تسبيله جائزاً أو وقفه، ومن لم ير ذلك جائزاً، فهو وسائر العقارات سواء، وفيه الشفعة؛ وذلك لأن من

(١) في أ (به) والمثبت من م.

(٢) في أ (ليست للسبيل) والمثبت من م.

صحَّحَ الوقف منع من انتقال الملك بالبيع ، فلم تجب فيه الشفعة ، ومن لم يصحح الوقف جَوَّزَ البيع وأوجب فيه الشفعة .

قال: وأجمع المسلمون على بطلان بيع المساجد ؛ وذلك لأنه إذا صُلِّيَ فيها فقد زال ملكه عنها بالإجماع ، (فصار الملك لله تعالى) ^(١) ، فلم يجوز بيعها ^(٢) .

قال: وما بيع من العقار مشاعاً من سائر ما ذكرنا لك مما يجوز بيعه ، ففيه الشفعة ، [وكذلك إن بيع بعض منه معلوم ، ففيه الشفعة] ، ووجوب الشفعة في البعض وفي الكل واحد مشاعه ومتعينه ، وما لا يجوز بيعه فأبعاضه كذلك ؛ وذلك لأن وجوب الشفعة في الشقص المشاع مجمع عليه ، ووجوبها في الجملة مختلف فيه .

قال: من أجاز بيع دور مكة ، ففيها الشفعة ، ومن لم يجوز البيع في الأرض وأجازها في البناء خاصة دون العرصة ، فلا شفعة في ذلك ؛ وذلك لأن من أجاز البيع فقد نقل الملك في البقعة ، فتعلق بها الشفعة ، ومن لم يجوز البيع في البقعة لم ينقل الملك فيها ، فلم تجز ^(٣) الشفعة .

وأما البناء إذا بيع دون الأرض ، فلا شفعة فيه ؛ لأنه مما ينقل ويحول كالعروض .

وقال الحسن عن أبي حنيفة: شراء دور مكة جائز ، وبيعها جائز ^(٤) ، وفيها

(١) ساقطة من م .

(٢) انظر: الأصل ٣١١/٩ .

(٣) في م (تجب) .

(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٥٦ .

الشفعة، وكذلك بيع أراضي الخراج؛ وذلك لأنها مملوكة عندنا؛ لأن عمر رضي الله عنه أقر أهل السواد عليها في أملاكهم، فصح بيعهم، فتجب فيها الشفعة.

قال: وأرض ^(١) الخراج على قول من قال أن عمر وقف السواد، فينبغي أن لا يجوز بيعها، ولا تجب فيها الشفعة.

قال: وأرض القطيعة، والإكارات، والإخادات، والإجازات، إذا باعها صاحب الأرض، فالبيع جائز، وفيها الشفعة، فإن باع الذي له إيجارها أو إكارتها [أو إخذتها]، فالبيع باطل، ولا تتعلق به شفعة.

أما القطائع: فهي المواضع التي أقطعها الإمام من الموات، فملك بالإقطاع، فبيعها جائز.

وأما الإجازات: فهي الأرض المملوكة إذا أجرها أربابها لمن يبني فيها أو يغرس.

[والإكارات] ^(٢): هي الأرض المملوكة يدفعها أربابها إلى الأكرّة فيزرعونها ويعمرونها.

والإخادات: قيل: إنها الأرض يدفعها رجل وهي [خراب] ^(٣) إلى من يعمرها ويستخرجها.

فإذا باع مالك الأرض في هذه الوجوه فبيعه جائز، والشفعة واجبة، وإذا

(١) في م (وأما على قول... فقط).

(٢) في النسختين (والإجازات) والمثبت كما في المغرب.

(٣) في الأصل (تراب) والمثبت كما في المغرب: (هي الأرض الخربة التي يدفعها مالكةا إلى). وفي م (هو الرجل يدفع ملكه الخراب إلى).

باع المستأجر أو الإكار، أو صاحب الإخاذة، فبيعه باطل؛ لأنه لا يملك^(١) البقعة، وإنما له فيها حق العمارة، فلا يصح بيعه.

قال: وبيع الأرض المُحْيَاة بإذن الإمام جائز، وإن كان بغير إذن الإمام لم يجز، روى هذا النمر بن جداد عن الحسن عن أبي حنيفة، وهي رواية الحسن في المجرد وكتاب الشفعة للحسن؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن الإحياء لا يكون إلا بإذن الإمام، فإن أحياءه بإذنه ملكه، فجاز بيعه، وإن أحياءه بغير إذنه لم يملك، فلم يجز بيعه.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فيملكه بالإحياء في الحالين، فيجوز بيعه.

وقال أبو حنيفة: لا^(٢) يجوز بيع دُورِ بغداد، وحوانيت أهل السوق التي للسلطان عليها غلة لا يجوز، وليس فيها شفعة.

قال: وهذه مواضع من بغداد أذن المنصور للناس في بنائها ووضع عليهم خراجاً على عراضها، فلم يملكهم البقعة، فلا يجوز بيعهم [فيها].

قال: وبيع دور الدهاقين التي للدهاقين عليها غلة إذا باعها الذي هو فيها ساكن، لا يجوز؛ [وذلك] لأن الدهقان^(٣) إذا أذن للناس في البناء^(٤) لم يزل ملكه عن البقعة، فلم يجز بيع الساكن فيها.

(١) في م (لأنه يملك).

(٢) في م (يجوز).

(٣) الدهقان: يقال لكل من له عقار كثير. انظر: المغرب (دهق).

(٤) في م (في بناء ملكه، فلم يزل عن البقعة).



قال: وإن باع بناءها لم يجب فيها الشفعة، وهذا على ما بينا.

قال: وإن باع الدهقان الأرض فهو جائز، وفيها الشفعة؛ [وذلك] لأن الدهاقين يملكون البقعة، فيجوز بيعهم [فيها].

قال: وأهل الإسلام في استحقاق الشفعة، وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب، والعبيد المأذون لهم في التجارة، والأحرار، والمكاتبون، والمعتق بعضه، في وجوب الشفعة سواءً، لهم وعليهم.

أما الكافر: فله الشفعة، وقال ابن شبرمة: لا شفعة له، وقد روي أن شريحاً قضى لذمي على مسلم بالشفعة، وكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازه؛ ولأنه حق يتعلق بالمبيع^(١)، فاستوى فيه المسلم والذمي، كالرد بالعيب.

وأما المأذون: فهو في حقوق عقد البيع كالحر، وكذلك المكاتب، وأما المعتق بعضه: فهو مكاتب عند أبي حنيفة، وعندهما حرّ عليه دين.

وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم و[يجب] عليهم من ذلك سواء؛ [ب/٢٨٦] لقوله رضي الله عنه: «الجارُّ أحقُّ بسقبه»^(٢)، ولم يفصل؛ ولأن حقوق البيع يستوي فيها النساء والصبيان، كالردّ بالعيب.

قال: والخصمُ فيما يجب على الصبيان آبائهم، فإن لم يكونوا فأوصياء الآباء، فإن لم يكونوا فالأجداد [فيه] من قبل الأب، فإن لم يكونوا فأوصياء الأجداد، فإن لم يكونوا فالإمام أو الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه؛ لأن

(١) في م (بالبيع).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٩).

الصبي عاجز عن استيفاء حقوقه بنفسه ، فقام وليه مقامه في ذلك ، والذي يلي عليه (١) هم هؤلاء الذين ذكرناهم على الترتيب .

قال: وأهل العدل وأهل البغي في الشفعة سواء ؛ لأن الباغي مسلم (٢) ، فالمعصية لا تسقط حقه كالعتيق ؛ ولأن البغي ليس بأكثر من كفره ، والشفعة تجب للكافر على ما بيناه (٣) .

٢٣٨٩ - [فصل: الشفعة على رؤوس العدد]

قال: والشفعة عند أصحابنا جميعاً على عدد الرؤوس ، قلت الأنصباء أو كثرت ، وكذلك كل ما يجاور به قلٌّ أو كثر ، وقال الشافعي: الشفعة على قدر الأنصباء (٤) .

لنا: قوله ﷺ: «الشفعة للشريك الذي لم يقاسم» ، فعلقها بالاسم ، وقد تساوا في الاسم ؛ ولأن كل واحد منهم لو انفرد استحق الجميع [بالسبب الذي يستحق صاحبه] ، فإذا اشتركا تساويا فيه كالاثنين في الميراث ؛ ولأنهما شفيعان تساويا في استحقاق الشفعة (٥) ، فتساويا في قدر الاستحقاق ، أصله إذا كانت الأنصباء سواء .

٢٣٩٠ - [فصل: الجار المستحق للشفعة]

قال: والجار المستحق للشفعة عندهم جميعاً [الملاصق] (٦) ؛ وذلك لأن

-
- (١) في م (يلي عليهم) .
 (٢) في م (من جملة المسلمين) .
 (٣) انظر: الأصل ٢٦٤/٩ - ٢٦٧ .
 (٤) انظر: الأم ص ٦٣١ ؛ رحمة الأمة ص ١٤٥ .
 (٥) في م (المشفوع) .
 (٦) في أ (الملازق) والمثبت من م لاتفاق ما ذكر بعدها .

الشفيع يستحق الشفعة لاتصال ملكه بالشقص المبيع ، وهذا لا يوجد في غير الملاصق ؛ ولأن الشفعة تثبت له ليزيل الضرر عن نفسه ، ويجعل المِلْكَيْن ملكاً واحداً ، وهذا لا يكون^(١) إلا مع الملاصقة .

[قال]: ولا يستحق الشفعة عندهم بالأبواب وقربها ؛ وذلك لقوله ﷺ: «الجار أحق بسقبة» ، والسقْبُ: القرب ، فمن كان جاراً^(٢) فله الشفعة .

قال: ومن باع داراً وهو شفيعها فلا شفعة له ، لنفسه باعها أو لغيره .

ومن اشترى داراً وهو شفيعها فله الشفعة ؛ وذلك لأن بائع الدار لو وجبت له الشفعة لفسخ بها بيعه ، وهو لا يملك فسخ ما باع .

وأما المشتري ، فوجوب الشفعة له إتمام للشراء ، وهو مأمور بإتمامه .

وعلى هذا ، قال أصحابنا في الوكيل بالبيع إذا باع وهو شفيع: فلا شفعة له ، ولا يأخذه بالشفعة ؛ لأن أخذه بالشفعة إبطال لبيعه ، وهو موكل بإتمامه ، وقائم مقام الموكل .

ولو باع الموكل بنفسه ، لم يجز له أن يأخذه بالشفعة ، فكذلك إذا باع وكيله .

وقد قالوا في الوكيل بالشراء إذا كان شفيعاً فله [أن يأخذ بالشفعة]^(٣) ؛ لأنه ليس في أخذها إبطال للشراء ؛ ولأنه قائم مقام الموكل .

ولو اشترى الموكل لنفسه لم تسقط شفيعته ، فكذلك وكيله .

(١) في م (لا يوجد في غير الملاصق) .

(٢) في م (كان له جوار) .

(٣) في أ (فله الشفعة) والمثبت من م .

وقالوا فيمن باع عقاراً وشرط الخيار لغيره، فأمضى البيع وهو شفيع، أنه لا شفعة له؛ لأنه قائم مقام البائع في إتمام البيع، فلم تجب [له] الشفعة كالبائع. ولو شرط المشتري الخيار لغيره، فأجاز البيع وهو شفيع، فله الشفعة؛ لأنه قائم مقام المشتري في إتمام البيع، فوجبت له الشفعة كالمشتري^(١)(٢).



(١) في م (كما يجب للمشتري).

(٢) انظر: كتاب الآثار لمحمد، ص ١٧٠؛ الأصل ٢٢٠/٩، ٢٢١.

بَابُ مَا يَسْتَحَقُّ بِهِ الشَّفْعَةُ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الشفعة تستحق عند أصحابنا بثلاثة معانٍ: بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع، أو بالشركة في حقوق ذلك، أو بالجوار الأقرب فالأقرب.

أما وجوب الشفعة بالشركة؛ فلقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»^(١)؛ ولأن الضرر يخشى في ذلك على الدوام، وهذا المعنى يثبت [به] للشفيع حق الجمع بين المملكين حتى يصيرا كالمملك الواحد فينفى عنه الضرر.

وأما الشركة في حقوق المبيع، كالشرب والطريق، فيتعلق بها الشفعة عندنا، وقال الشافعي: لا يتعلق بها شفعة^(٢).

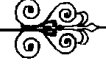
لنا: قوله ﷺ: «الشفعة للشريك الذي لم يقاسم»، وقال: «جار الدار أحق بالدار، ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»^(٣)، وروي عنه أنه قال: «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من غيره»^(٤)، وهذا يدل على ترتيب

(١) أخرجه البخاري بلفظ «في كل مال لم يقسم»، البخاري (٢٠٩٩).

(٢) انظر: الأم ص ٦٣١؛ رحمة الأمة ص ١٤٦.

(٣) أخرجه أبو داود بلفظ: (جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض) (٣٥١٧)، ولفظ: (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها... الحديث) (٣٥١٨)؛ ولفظ الكتاب أخرجه الترمذي (١٣٦٨) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن حبان في صحيحه ٥٨٥/١١؛ والهيثمي في موارد الظمان ٢٨١/١؛ وأحمد في المسند ٣٨٨/٤.

(٤) أخرج نحوه الطحاوي في شرح معاني الآثار، ١٢٥/٤؛ انظر: نصب الراية ١٧٦/٤.



المعنى الذي يتعلق به الشفعة .

وأما الجوار ، فيتعلق به الشفعة عندنا ، وعند الشافعي لا يتعلق به الشفعة^(١) .

لنا: حديث سمرة ، أن النبي ﷺ قال: «جارُ الدار أحق بشفعة الدار والأرض» ، وذكر أبو داود في هذا الخبر: «جار الدار أحق بدار الجار والأرض»^(٢) ؛ ولأنه معنى يملك بالثمن ، فلا يختص بالمشاع كالبيع ؛ ولأن كل سبب جاز أن يملك به بعض الدار ، جاز أن يملك به جميعها ، كالبيع .

ولا يلزم القسمة ؛ لأنه يجوز أن يملك بها جميع الدار إذا تراضوا بقسمة العقار بعضه في بعض ؛ ولأن خوف التأذي على وجه الدوام سببٌ لاستحقاق الشفعة بالملك ، (وهو موجود في الجار)^(٣) ، أصله المِلْك المشترك .

وإذا ثبت أن الشفعة تتعلق بأحد هذه المعاني الثلاثة ، قال أصحابنا: إذا اجتمعت المعاني ، فأولاهم الشريك في نفس المبيع ؛ وذلك لأنه أخص بالضرر من الجار ومن الشريك في الطريق والشرب ، فكان أولى بالشفعة .

ثم الشريك في حقوق المبيع أولى من الجار ؛ لأنه أخص بالضرر من الجار ؛ لمكان شركته في طريقها ، ثم الجار بعد ذلك .

وقد قالوا في الشريك إذا سَلَّمَ الشفعة ، وجبت الشفعة للشريك في الطريق ، فإن سَلَّمها وجبت للجار .

(١) انظر: الأم ص ١٤٢١ ، ١٤٢٢ .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥١٧) .

(٣) ساقطة من م .

وروي عن أبي يوسف: أن الشفعاء إذا اجتمعوا، فسلم للشريك الشفعة، فلا شفعة لغيره.

وجه قولهم المشهور: أن السبب الذي يتعلق به حق الشفعة لكل واحد منهم موجود عند عقد البيع، وإنما تقدم حق بعضهم لتأكد [حقه]، فإذا أسقط حقه، كان لغيره أن يستوفيه، كغريم الصحة^(١) مع غريم المرض، والدَّين الذي به رهن والذي لا رهن به إذا أسقط المرتهن حقه.

وجه قول أبي يوسف: هو أن عقد البيع وقع غير موجب للشفعة للجار، ألا ترى أنه لا يملك المطالبة بها، فلا يثبت حقه إلا بتجديد بيع أصله إذا استحدث جواراً.

وقال بشر بن الوليد، وعلي بن الجعد: سمعت أبا يوسف قال: قال بعض أصحابنا: لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم نصيبه، وقال عامتهم: للجار الشفعة، وكلُّ قد روى حديثاً فيما قال عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه، فكان أحسن ما رأينا في ذلك أن للجار الشفعة من قبل ما يدخل [بين] الجيران بعضهم من بعض من الأذى والشر، فلا نرى - والله أعلم - أن الشفعة وضعت في الأصل إلا لهذا.

وكذلك الشريك الشائع نصيبه في الدار، لم يجعل له الشفعة إلا لما يدخل في ذلك من التضييق لبعضهم على بعض، وسوء الاختلاف^(٢). [أ/٢٨٧]

قال: وليس المنازل والأرضون المؤبّدة كالدابة والمملوك والشاة، لم

(١) في م (كدين الصحة ودين المرض).

(٢) في م (الأخلاق).

يختلف أحد في الرقيق والحيوان والثياب ، أنه لا [شفعة] ^(١) فيها ، وعلى هذا جميع أصحابنا .

وليس الجار الذي يقضى له بالشفعة إلا الملازق ، وهذا قول أبي حنيفة ، وكان ابن أبي ليلى يقول: للجار الشفعة ، ثم رجع عن ذلك ، وقال: لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم ، فيحتمل أن يكون ما حكاه أبو يوسف عن بعض أصحابنا ، أنه أراد به ابن أبي ليلى ، وقد نبّه أبو يوسف على العلة [المذكورة] ^(٢) ، وهي خوف التأذي على وجه الدوام .

وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم: أن شريحاً كان يقضي بالشفعة للجيران بأقرب الأبواب إلى باب الدار ، وقد قال أبو حنيفة بخلاف ذلك ، وقال: الجار الذي يقضى له بالشفعة الملاصق ، وهو الصحيح ؛ لأن قرب الباب وبُعد الباب ليس له تأثير ، وإنما التأثير للضرر ، وذلك موجود في الملاصق دون غيره ^(٣) .

وروى أبو يوسف عن أشعب بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيح ، والشفيح أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

قال أبو يوسف: وتفسير ذلك عندنا - والله أعلم - : أن الشريك الذي لم يقاسم: هو الخليط ، وهو أحق من الشفيح ، والشفيح: الشريك في الطريق والمنازل مقسومة ، والجار الذي لا شرك له في منزل ولا طريق .

(١) في أ (يجب) والمثبت من م .

(٢) في أ (المؤكدة) والمثبت من م .

(٣) انظر: الأصل للشيباني ، ٢١٨/٩ وما بعدها .

وقد روى ابن سماعه عن محمد في تفسير هذا الحديث مثل ذلك ، وقال أبو يوسف في دارٍ بين رجلين ، ولرجل فيها طريق ، فباع أحدهما نصيبه من الدار ، فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك ، ولا شفعة لصاحب الطريق .

وكذلك دار بين رجلين لأحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل [آخر بأرضه] ، فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط ، قال : فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار ، وله الشفعة في الحائط وأرضه ، وأما الطريق في الدار ، فصاحبه شريك في حق المبيع ، والشريك في نفس المبيع أولى من غيره .

وأما الشريك في الحائط فهو أولى بالحائط ؛ لأنه شريك فيه ، وهو جار في بقية الدار ، فكان الشريك فيها أولى منه .

قال : وكذلك دار بين رجلين ، ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر ، فباع الذي له شرك في البئر نصيبه من الدار والبئر ، فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في البئر في الدار ، وله شفعة في البئر ؛ وذلك لأنه شريك في البئر ، والشريك في الدار جار البئر ، فالشريك أولى من الجار ، والشريك في البئر جار في بقية الدار ، فالشريك في الدار أولى منه .

قال أبو يوسف : ليس^(١) له شفعة فيما يسكن إذا كان شريكاً فيما لا يسكن ، بمنزلة الطريق والبئر والحائط ، وهذا صحيح في الحائط والبئر ؛ لأنها ليست من حقوق الدار ؛ لأن الدار لا شرك فيها .

(١) في م (له شفعة) .



فأما الطريق فهي من حقوق الدار ، والشريك فيه شفيح في الدار بالدار ، إلا أن الشريك في الدار أولى بها منه .

قال: وكذلك سفلى بين رجلين ولأحدهما عليه علو بينه وبين آخر ، فباع الذي له نصيب في العلو والسفلى نصيبه من رجل ، فلشريكه في السفلى الشفعة في السفلى ، ولا شفعة له في العلو ، ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ، ولا شفعة له في السفلى ؛ لأن صاحب السفلى شريك فيه ، وجار العلو والشريك في العلو شريك فيه وجار السفلى ، فالشريك أولى من الجار^(١) .

قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أبا يوسف قال: في رجل له مسكن علو في الدار وطريقه فيها ، وبقية الدار لآخر ، فباع صاحب العلو منزله بطريقه ، فأراد صاحب بقية الدار أن يأخذه بالشفعة ، فله ذلك استحساناً ، وليس بقياس من قبل أن العلو لا يعرف له حق في الأرض ، وهو القياس ، ولكني تركت القياس واستحسن الأخذ بالشفعة ؛ لأنه يسكن العلو ، ويبيع ، ويوهب ، ويورث ، ويجوز فيه الوصية ، وليس لصاحب الأصل أن يهدمه ، ولا يحوله عن حاله ، فهو حق لازم له ثابت .

وليس هذا كبناء بناه رجل في أرض غيره ثم باعه ، هذا لا شفعة فيه .
وجه القياس : أن العلو ينقل ويحول ، فلا يبقى هناك [غير]^(٢) محل البناء .
وجه الاستحسان : أن حق الوضع متعلق بالبقعة على التأبيد ، فصار كنفس البقعة .

(١) انظر: الأصل ٢٤٩/٩ .

(٢) في أ (عين ، فحل) والمثبت من م .

قال: ولو أن رجلا له علو في دار، وطريقه في دار أخرى إلى جنبها، فباع صاحب العلو علوه، فأصحاب الدار التي فيها الطريق أولى بالشفعة؛ وذلك لأنهم شركاء في الطريق، وصاحب الدار التي فيها العلو جار، والشريك في الطريق أولى من الجار.

قال: ولو ترك صاحب الطريق الشفعة، وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفلى^(١)؛ (لأن كل واحد منهما جار للعلو، والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة).

قال: فإن كان جار الدار ليس بملاصق، وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار، فصاحب السفلى أولى بالشفعة؛ وذلك^(٢) لأن الجوار هو الملاصقة، (فمن لا ملاصقة)^(٣) له لا يستحق الشفعة بالجوار.

قال: ولو لم يبع صاحب العلو وياع صاحب السفلى، كان لصاحب العلو أخذ ذلك بالشفعة بمنزلة الجوار لا بالشركة؛ وذلك لأنه لا حق له إلا المجاورة، وحق الموضع ليس بشركة كدارين متجاورين لأحدهما خشب على حائط الآخر، أن صاحب الخشب لا يستحقها إلا بالجوار.

قال: ولو بيعت الدار التي فيها الطريق، أخذها صاحب العلو بالشركة في الطريق؛ لأن له فيها معنى زائداً على الجوار، فكان أولى من الجار^(٤).

(١) في م زيادة (أولى بالشفعة).

(٢) ساقطة من ب.

(٣) ساقطة من ب.

(٤) انظر: الأصل، ٢١٨/٩ وما بعدها؛ ٣١٣ - ٣١٥.

بَابُ طَلْبِ الشَّفْعَةِ



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا بيعت الدار ولها شفيح ، فبلغ ذلك الشفيح ، فإن محمداً قال في الأصل: إن لم يطلب مكانه ، بطلت الشفعة ، وهذا يقتضي أن الطلب على المجلس^(١).

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف: إن لم يطلب حين بلغه ، بطلت شفيعته ، وقال في موضع آخر: فلم يُشهد^(٢) ساعته ، بطلت شفيعته .

فهذا يقتضي أن الطلب على الفور ، وهذا قول أبي حنيفة [وأبي يوسف]^(٣).

وقال ابن رستم عن محمد: إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضاً وهو ترك للشفعة ، وهذا يدل على أنها على الفور .

وقال هشام عن محمد في نوادره: إذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادّعاها من ساعته ، فهو على شفيعته ، وهذا [يفيد]^(٤) أنها على المجلس .

قال الشيخ عليه السلام: كان أصحابنا يقولون: إن الإشهاد في إحدى الروايتين على الفور ، وفي الأخرى على المجلس .

(١) الأصل ، ٢٣٣/٩ .

(٢) في م (إن لم يطلب) .

(٣) الزيادة من م .

(٤) في أ (يعيد) والمثبت من م .



وقال ابن أبي ليلى: إن ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفעתه ، وقال الشعبي :
إن تركها بطلت .

وقال شريك: لا تبطل أبداً حتى يُبطلها بقوله .

وقد ذكر أبو الحسن رحمه الله تعالى: أن هذا ليس باختلاف [٢٨٧/ب] رواية ، وإنما هو على المجلس كخيار المخيرة وكخيار القبول ، فكأنه حمل رواية ابن سماعة على أنه لم يتشاغل عن الطلب .

وذكر هشام عن محمد قال: سألت محمداً عن رجل قيل إن فلاناً باع داره وهو شفيعها ، فقال: الحمد لله ، قد ادّعت شفعتها ، أو قال: سبحان الله ، أو قال: الله أكبر ، قد ادّعت شفعتها ، ولقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله ، فبدأه بالسلام قبل أن يدّعي الشفعة ، ثم ادّعاها ، أو قال حين أخبر بالبيع: من اشتراها ، أو بكم باعها ، أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدّعي الشفعة ، ثم ادّعاها ، قال محمد: هو في ذلك على شفעתه .

قلت لمحمد: فمن قال إذا لقيه فسلم عليه ، بطلت شفעתه فأنكر ذلك أشدّ الإنكار .

وقال محمد: إذا بلغه فسكت هنيئاً ، ثم ادعى من ساعته ، فهو على شفעתه .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وما حكاه هشام يدل على صحة ما تأولنا .

وأما وجه الرواية التي اعتبرت الفور: قوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها»^(١) ،

وقوله: «الشفعة كمنشطة عقال ، إن قيّدتها ثبتت ، وإلا ذهبت»^(٢) .

(١) أورده الزيلعي وقال: «غريب ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح» ، ١٧٦/٤ .

(٢) قال ابن حجر في التلخيص: «هذا الحديث ذكره القاضي» ، ٥٦/٣ .

وأما وجه الرواية التي اعتُبر المجلس فيها؛ فلأنه خيار يملك^(١)، فكان على المجلس كخيار القبول والمخيرة؛ ولأنه يرتأى لينظر هل يصلح له [الأخذ] أم لا يصلح، وهذا لا يكون على الفور.

وإذا ثبت أنها على المجلس، وهو أصح الروايتين، كان على شفيعته ما لم يتم أو يتشاغل بغير الطلب كالمخيرة.

فإن قيل: إذا قال: الحمد لله، أو سبحان الله، فهو إعراض.

قيل له: هذا يذكر لافتتاح الكلام، فلم يدل على الإعراض، وكذلك [السلام]^(٢) وتشميت العاطس، ليس بعمل يدل على الإعراض، ولذلك لا يبطل به خيار المخيرة.

وأما قوله: من ابتاعها؟ وبكم ابتاعها؟ فليس بإعراض، وإنما هو سبب للطلب، ألا ترى أنها قد تصلح له بثمن دون ثمن، وبمجاورة^(٣) رجل دون غيره، فالمسألة من ذلك لا تسقط الشفعة؛ لأنها من أسباب الشفعة.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وكان أبو بكر الرازي يقول: إذا بلغه البيع وليس بحضرتة من يشهده، فقال: إني مطالب بالشفعة، ثم نهض إلى من يشهده، لم يبطل حقه^(٤). وهذا صحيح؛ لأن الشفعة إنما تثبت بالطلب، وإنما يشهد؛ لأنه لا يصدق على الطلب بغير بيّنة، فإذا لم يكن هناك من [يشهده طلب]^(٥) الشفعة،

(١) في م (تمليك).

(٢) في أ (التسليم) والمثبت من م.

(٣) في م (وتصلح له محاورة).

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٥٤.

(٥) في أ (يشهد بطلت) والمثبت من م.

حتى لا تسقط فيما بينه وبين الله سبحانه .

وقال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً باع داراً ولها شفيع غائب ، فإن علم بالبيع وهو غائب ، فأشهد حين علم أو وكّل من يأخذ له بالشفعة ، كان على شفيعته ، وكان جائزاً ، وإن لم يشهد ولم يوكل حين بلغه ، ففرط في ذلك ساعة أو يوماً أو أكثر من ذلك ، لم يكن له بعد ذلك شفعة ؛ وذلك لأن حق الشفعة [يثبت] ^(١) بالمطالبة ، والغائب يقدر على الإشهاد على المطالبة ، كما يقدر الحاضر ، فجرياً مجرّئاً واحداً .

وإنما جعل توكيله بمنزلة مطالبته ؛ لأن التوكيل بالمطالبة مطالبة وزيادة ، فقام مقام صريح ^(٢) المطالبة .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى ، وقول أصحابنا في الغائب إذا علم بالشفعة مثل قولهم في الحاضر في صحة الطلب ، ولكن له من الأجل في القدوم من بعد ذلك مقدار المسافة ، فإن لم يقدم ولم يوكل من يأخذ له بالشفعة بطلت شفيعته ؛ وذلك لأن الحاضر إذا أشهد في المجلس كان عليه أن يشهد بعد ذلك على المطالبة البائع إن كان المبيع في يده ، أو يشهد على المشتري ، أو على العقار على ما سنبينه بعده .

فإذا أشهد الغائب في مجلسه ، صار كالحاضر إذا أشهد ، فلا بد له بعد ذلك من مطالبة البائع أو المشتري ، أو الإشهاد عند العقار وقت ^(٣) زواله من المقدار

(١) في أ (يجب) والمثبت من م .

(٢) في م (أن يصرح بالمطالبة) .

(٣) في م (فقدر له مقدار) .

ما يتمكن فيه من المسير حتى يحضر فيطالب أو يحضر وكيله ، فإن لم يفعل ذلك عند الإمكان ، صار كالحاضر إذا أشهد ثم لم يطالب البائع ولا المشتري ، ولا أشهد عند العقار ، ولا طلب عنده فتسقط شفعته^(١) .

قال بشر وعليّ عن أبي يوسف: وإن كان الشفيع غائباً ، فإذا علم ، فله من الأجل بقدر المسافة ، إما أن يقدم أو يبعث وكيلاً في طلبها ، وذلك بعد أن يشهد حين علم أنه على شفعته ، ويسمّي الدار والأرض والموضع بحدوده ، حتى [يستوثق]^(٢) لنفسه .

وقال محمد في كتاب الأصل: إذا اشترى الرجل داراً والشفيع غائب فعلم بالشراء ، فله من الأجل^(٣) بعد أن يعلم على قدر المسير ، فإن مضى ذلك الأجل قبل أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له ، وهذا على ما قدمنا^(٤) .

وإنما شرط أبو يوسف تسمية المبيع وتحديدده ؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم ، فإذا أشهد على الطلب ولم يبيّن المطلوب ، لم يكن للمطالبة اختصاص لمبيع دون مبيع ، فلا يتعلق بها حكم .

قال: وإذا بلغ الشفيع بيع الدار التي هو شفيعها ، فأشهد على طلبه الشفعة ، ثم ترك الخصومة فيها بعد إشهاده ، فإن ابن سماعة قال: إن محمداً سمعته يقول في رجل اشترى داراً فطلب الشفيع الشفعة ، وأشهد على المشتري بذلك ، فهو

(١) انظر: الأصل ، ٢٣٤/٩ .

(٢) في أ (يستوفي) والمثبت من م .

(٣) في م زيادة (بقدر أن يقدم بعد...).

(٤) الأصل ، ٢٣٤/٩ .

على شفيعته أبداً في قول أبي حنيفة ، وقال محمد: أستحسن إذا ترك ذلك شهراً من غير [عذر]^(١) أن تبطل شفيعته ، وهو قول زفر .

وقال بشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: إذا علم فأشهد ثم كف عن الطلب شهراً أو أكثر ، لم يكن له شفعة ، إلا أن يكون القاضي معزولاً^(٢) أو غائباً ، وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ، وبه نأخذ .

وقال النمر عن أبي يوسف: أنه على شفيعته ما لم يمكنه التقدم إلى القاضي بقدر ما يخرج^(٣) رقعته ، قال: وهذا قول أبي يوسف ، وقال زفر: ما بينه وبين شهر .

قال النمر: وروي عن أبي حنيفة أنه على شفيعته أبداً إذا أشهد .

وقال ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف: في الشفيع إذا أشهد على طلب الشفعة ، ثم لم يخاصم ولم يقدّم إلى القاضي في الشفعة في مثل ما نَعُدُّ على التقدم إلى القاضي فيه ، بطلت شفيعته .

وإن أشهد على الشفعة ، ثم تقدم إلى القاضي مرّة أو مرتين فهو على شفيعته .

وقال ابن رستم عن محمد: إذا أشهد ثم سكت شهراً ، بطلت شفيعته إلا من عذر حبس أو مرض لا يقدر أن يوكل ، ولا يصدّق على العذر بقوله ، إلا أن يعلم ذلك .

(١) في أ (عقد) والمثبت من م .

(٢) في م (معتلاً) مكان (معزولاً) .

(٣) في م (يطرح) .

وقال هشام: سألت محمداً عن قول أبي حنيفة فيمن طلب الشفعة عند غير قاض ثم سكت ، قال: كان يقول: هو على شفيعته أبداً ما لم يقل باللسان قد تركتها ، وكذا قول أبي يوسف [أ/٢٨٨] .

قال محمد: وأما في قولي ، فإن سكت بعد الطلب شهراً بطلت الشفعة .

قال هشام: سألت أبا يوسف عن رجل أشهد على شفيعته ثم غاب عنه شهراً وأقام ، فلم يطلبها ، ثم طلبها بعد ذلك ، هل له شفعة ؟ قال: أمّا الغائبُ فلا ، وأما المقيم ، فإذا كان حبسه بعد ارتفاعه إلى الحاكم وإثباته حقه ونحوه ، فهو على شفيعته ، فقلت: فهل يوقت في هذا وقتاً ، قال: لا ، إلا قدر إثباته حقه وارتفاعه إلى الحاكم .

فحصل من هذه الروايات أن عند أبي حنيفة: [أنه] إذا أشهد ، لم تسقط الشفعة بالتأخير ، إلا أن يسقطها بلسانه ، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف .

وقال في الرواية الأخرى: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر على المخاصمة فيه ، بطلت شفيعته ، ولم يوقت .

وقال محمد وزفر: إذا أحرَّ المطالبة بعد الإشهاد شهراً من غير عذر ، بطلت شفيعته .

وقال الحسن: هو قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وجه قول أبي حنيفة: أن المطالبة حق متعلق بعقد البيع ، فإذا استقر بالإشهاد لم يسقط بالتأخير ، كالرد بالعيب .

وجه قول محمد [وزفر]: أن الشفعة تثبت لإزالة الضرر [عن الشفيح] ، فلو جوّزنا له تأخير الخصومة أبداً أضّرّ ذلك بالمشتري ؛ لأنه لا يقدر على البناء ، ولا على الغرس ؛ مخافة أن يأخذها الشفيح (ويهدم عليه ، ويقلع ملكه)^(١) ، فلم يجز إلحاق الضرر بواحد منهما .

وقدّر ذلك محمد بالشهر ؛ لأنه جعل في حكم الكثير ، ألا ترى أنه يجعل أجلاً في الديون ؟ وما سواه جعل في حكم القليل ، فلم يعتد به ، واعتبر شهراً من حين^(٢) العذر ؛ لأن العذر المانع من المخاصمة ليس بتفريط ، فلا تسقط الشفعة . ولم يقدر أبو يوسف التأخير بمقدار ، وإنما جعله على قدر ما يرى القاضي ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال .

والجواب عما قالاه: أن دفع الضرر عن الشفيح يجب وإن أدّى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمشتري ، ألا ترى أن أخذ ملك المشتري بعدما تصرف ضرراً بالمشتري فيجوز لإزالة ضرر الشفيح .

وأما قولهما: إنه لا يقدر على البناء والغرس ، فلا يلزم أبا يوسف ؛ لأن عنده أن الشفيح يأخذه بالثمن ، وبقيمة البناء والغرس ، فلا يمنع من ذلك .

وأما أبو حنيفة يقول: هذا ضرر ، ألزمه المشتري حين دخل في عقد فيه شفيح .

وقال ابن شجاع عن الحسن ، والنمر بن حراز عن الحسن عن أبي يوسف:

(١) ما بين القوسين ساقطة من م .

(٢) في م (من غير عذر) .

إذا اشترى الرجل داراً فبلغ الشفيع ، فعليه أن يشهد إذا بلغه [ذلك] حرّاً كان المخبرُ أو عبداً صبيّاً أو امرأة ، عدلاً كان أو غير عدل ، إذا كان الخبر حقاً .

وكذلك رواه محمد عن أبي يوسف ، وهو قوله ، ورواه هشام عن محمد ، قال : فأما في قياس قول أبي حنيفة : (يخبر بخبره رجلان أو رجل عدل ، وقال ابن شجاع عن الحسن : قال أبو حنيفة وزفر)^(١) : حتى يخبره بذلك رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان عدول ، وهذا نظير قولهم في [المولى إذا بلغه أن عبده قد جنى]^(٢) ، قال أبو حنيفة : اعتبر في الخبر أحد [شرطي]^(٣) الشهادة : إما [العدد]^(٤) ، وإما العدالة .

قال أبو يوسف ومحمد : إذا أخبره واحد فلم يُشهد ، بطلت شفيعته ، وكذلك إذا أخبره بجناية عبده فأعتقه ، صار مختاراً ، عدلاً كان المخبرُ أو غير عدل .

لأبي حنيفة : أن هذا الخبر أخذ شبهاً من أصلين من الشهادة ؛ لأنه يوجب ضماناً على المولى ويسقط حق الشفيع ، وشبهاً من الإخبار ؛ لأنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، فألحق بالشبهين ، (واعتبر فيه قول الواحد ، عدلاً كان أو غير عدل ، كسائر أخبار المعاملات)^(٥) ، فاعتبر أحد الشرطين إما العدد وإما العدالة ، [فلا يلحق بأخبار المعاملات ولا بالشهادات]^(٦) .

(١) ما بين القوسين ساقطة من م .

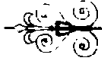
(٢) في أ (في التولي أن عنده حتى) والمثبت من م .

(٣) في أ (شيئين على) والمثبت من م .

(٤) في أ (العدر) والمثبت من م .

(٥) ما بين القوسين ساقطة من م .

(٦) ما بين المعقوفتين زيدت من م .



وفي قولهما: [إنه] من أخبار المعاملات ، فيقبل فيه قول الواحد عدلاً كان أو غير عدل ، كسائر أخبار المعاملات .

وأما الذي رواه الحسن عن أبي حنيفة: من اعتبار أحد شرطي الشهادة ؛ فلأنه يسقط به حق الشفيع ، فلا تُجزر إلا بقول مَنْ يثبت بقوله الحق ، كالشهادة على البراءة .

وقد قالوا في المخيرة إذا بلغها التخيير: لم يعتبر في المخبر أحد شرطي الشهادة ؛ لأن ذلك لا يتعلق به إيجاب ضمان عليها .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المشتري إذا قال للشفيع قد اشتريت ، فسكت ، بطلت شفيعته ، وإن لم يكن للمشتري أحد صفات الشهادة ؛ لأنه ليس بمخبر ، وإنما هو خصم ، والدعوى في الخصومة لا يعتبر فيها العدالة^(١) .



(١) انظر: الأصل ٢٤٠/٩ وما بعدها .

بَابُ أَيْنَ تَطْلُبُ الشَّفْعَةَ؟



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا بيعت الدار في مصر، والبائع والمشتري والشفيع في ذلك المصر، أو في مدينة، أو في قرية، وهم جميعاً حضور في ذلك الموضع الذي فيه المبيع، فإن الشفيع إن قصد إلى الدار المبيعة، أو إلى الأرض، فأشهد عندها وأعلن، كان ذلك جائزاً.

فإن قصد البائع أو المشتري والدار غير مقبوضة فأشهد، صح ذلك.

فإن قبضت الدار، فلا خصومة بينه وبين البائع ولا عُلقة، فإن أشهد عند الدار صحَّ، وإن أشهد عند المشتري صح.

قال الشيخ رحمته الله: والأصل في هذا: أن الشفعة تتعلق بعقد البيع، وتستقر بالإشهاد، (وتملك بالأخذ).

وإنما تعلقت بالبيع؛ لأنها تجب لرغبة البائع عن ملكه، وإنما استقرت بالإشهاد^(١)؛ لأنها حق ضعيف، يسقط بالإعراض عنه، ولا يعلم أنه مطالب وليس بمُعْرَضٍ إلا بالإشهاد، وإنما تملك بالحكم؛ لأنه نقل ملك، فلا بد فيه من التراضي أو حكم الحاكم، وقد بيّنا صفة الإشهاد في المجلس الذي يعلم فيه الشفيع بالبيع، إلا أن المطالبة لا تكون إلا بمطالب، والإشهاد في المجلس إنما

(١) ساقطة من م.

هو حتى يعلم أنه ليس بمعرض ، ثم ^(١) تحصل مطالبة المطلوب بعد ذلك من غير
تشاغل بشيء ^(٢) مع القدرة .

فإن كان المبيع في يده لم يقبض ، فهو بالخيار: بين مطالبة البائع أو
المشتري ، أو الإشهاد عند العقار ؛ لأن الشفيع ثبت له مخاصمة البائع ما دام
المبيع في يده ، فصحت مطالبته .

وكذلك يطالب المشتري ؛ لأن الملك له ، وحقه متعلق به ، وكذا إن أشهد
عند العقار ؛ لأن حقه متعلق بعين العقار ، فكان له أن يشهد على ما تعلق حقه به .

فأما إذا سلم البائع المبيع ، لم يصح الإشهاد عليه ؛ لأنه خرج من
الخصومة ، ألا ترى أنه لم يبق له يد على المبيع ولا ملك ، فصار كالأجنبي .

قال: وإن كان البائع والمشتري عقدا البيع في غير الموضع الذي فيه الدار ،
وعلم الشفيع [٢٨٨/ب] أنهما ببلد آخر ، فليس عليه أن يأتيهما حيث هما ، ويشهد
عند الدار .

قال هشام: سألت محمداً عن رجل باع داراً ، والدار بالكوفة ، والبائع
والمشتري في غير الكوفة ، والشفيع بالكوفة ، قال: على الشفيع أن يأتي الدار
فيشهد عندها ويعلن بطلب الشفعة .

قال: قلت لمحمد: فلو لم يأت الدار عند ذلك ، أتبطل شفيعته؟ قال: نعم ،
قال محمد: وإذا أشهد على الشفعة عند الدار ، فليس عليه أن يتبع المشتري ، ولا

(١) في م (لم) .

(٢) في م (يعني) .

يبعث وكيلاً في طلبه إذا كان غائباً عن المصر، وهذا على ما بيّنا أنه مخير: بين الإشهاد على أحد المتبايعين أو عند العقار، فإذا أشهد^(١) عند العقار فقد استقر حقه، فلا يسقط بترك الإشهاد على أحد المتبايعين.

قال: قلت: فإن كان الشفيع في غير المصر الذي بيعت فيه الدار، قال عليه أن يذهب في طلبها، أو يبعث وكيلاً، فإن لم يفعل بطلت شفيعته؛ وذلك لأن الواجب [إذا أشهد]^(٢) في مجلسه فلا بد [له] من الإشهاد على أحد المتبايعين، أو على العقار؛ لما بيّنا أن المطالبة لا تكون إلا لمطلوب، فإذا لم يطلب، فقد أعرض عنها، فبطلت شفيعته^(٣).

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا صحّ الإشهاد على ما ذكرناه، وأراد أن يقضي له بالدار بشفيعته، فإن كانت الدار لم تقبض، أحضر البائع والمشتري جميعاً، ولا يقضي له [بشفيعته] حتى يحضرا جميعاً، فإذا حضر أحدهما دون الآخر، لم يحكم له.

أما ثبوت مخاصمة البائع؛ فلأن له في الدار يداً مستحقةً، فكانت الخصومة معه [قبلة] ثابتة كالمالك؛ ولأن حق الشفيع يثبت بخروج [البيع]^(٤) من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري، فصار كمن ادعى أنه اشترى هذه الدار قبل هذا المشتري، فيثبت له مخاصمة البائع، إلا أن القاضي لا يحكم بينهما إلا بحضور المشتري؛ لأن القضاء على البائع بالشفعة فسخ لملك المشتري، فلا

(١) في م (فإذا قدر على العقار فأشهد).

(٢) في أ (أن يشهد) والمثبت من م.

(٣) انظر: الأصل، ٢٣٨/٩ وما بعدها.

(٤) في أ (الشيء) والمثبت من م.

يجوز إلا بحضوره أو حضور من قام مقامه ؛ ولأن له حقاً في الحضور ليدلي بحجته ، فتوقف الحكم على حضوره .

وأما إذا كانت الدار قد قبضت ، فالخصم هو المشتري وحده ، فإذا حضره حكم عليه ؛ وذلك لأن البائع لا ملك له ولا يد ، فصار بعد التسليم كالأجنبي ، فلا يعتبر حضوره في صحة الحكم .

قال : وإذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا ، والدار في يد البائع ، انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري ، وسلم الشفيع الثمن إلى البائع ، وكانت عهدة الشفيع على البائع^(١) ، ورجع المشتري على البائع بالثمن إن كان قد نقده .

أما فسخ البيع ، فهو المشهور من قولهم ، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف : أن البيع لا ينتقض^(٢) .

وجه قولهم المشهور : أن حقَّ الشفيع سابق لحق المشتري ، فإذا قضي له بالملك لحق سابق ، انفسخ ملك المشتري ، كما لو قضي للمستحق ؛ ولأن القضاء للشفيع يسقط قبض المشتري ، وما أسقط القبض ، أبطل البيع ، كهلاك المبيع .

وجه قول أبي يوسف : أن الشفعة إنما تجب بسبب الشراء ، فصارت من حقوقه ، وحقوق الشيء لا تنافيه ؛ ولأن الشفعة لما تعلقت بعقد البيع ، لم يجز أن يفسخ بها ؛ لأن ذلك يؤدي إلى سقوطها .

(١) ساقطة من م .

(٢) في م (يتبعض) .



قال أبو يوسف: وقياس قول أبي حنيفة في جواز بيع العقار قبل القبض يقتضي أن لا يفسخ البيع بأخذ الشفيع؛ لأن الشيء مأخوذ من ملكه، فكأنه باعه.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن [قبض] المشتري من المشتري الأول يقوم مقام قبض الأول، فلا يؤدي ذلك إلى إسقاط قبض الأول، وقبض الشفيع لا يقوم مقام قبض المشتري، فيؤدي ذلك إلى إسقاط القبض.

[قال]: وإن أخذ الدار بالشفعة من يد المشتري، فالبيع الأول صحيح، فيدفع الشفيع الثمن إلى المشتري؛ وذلك لأن الملك قد انتقل من ملك المشتري، فلم يوجب ذلك فسخ بيعه، كما لو باعه.

فإن قيل: إذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق لحق المشتري، فإذا أخذ الشيء من يد^(١) المشتري، انفسخ ملك المشتري، كما يفسخ إذا أخذه من يد البائع، (أصله: المستحق إذا أخذ من يد المشتري).

قيل له^(٢): إن أخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسخاً لم يجز أن يقضى عليه إلا بحضور البائع، فلما اتفقوا أنه يقضى على المشتري بالشفعة بغير محضر البائع، دل على أن الأخذ منه ليس بفسخ، ويفارق هذا الاستحقاق؛ لأننا نتبين بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكاً (لما باعه، فإذا لم يجز المستحق بطل البيع، وفي مسألة الشفعة لا نتبين أن البائع لم يكن مالكاً)^(٣)، وإنما فسخنا البيع إذا أخذ من يد البائع لسقوط القبض، وهذا لا يوجد إذا أخذها من المشتري.

(١) في م (ملك).

(٢) في م (الجواب) مكانه.

(٣) ساقطة من م.

وإذا ثبت ما ذكرنا، قلنا: إن كانت الدار أخذت من يد البائع، فالعهدة عليه؛ لأن العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق، والبائع هو القابض للثمن، فكان عليه ردّه؛ ولأن الدفع انفسخ بين البائع والمشتري، وانتقل المبيع من ملك البائع إلى ملك الشفيع، فكانت عهده عليه.

وأما إذا أخذت من المشتري، فالعهدة عليه؛ لأنه [هو] القابض للثمن، فالعهدة عليه؛ ولأن الشيء انتقل من ملكه إلى ملك الشفيع.

وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف: أن المشتري إن كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قُضي للشفيع بالشفعة بمحضر من البائع والمشتري، فإن الشفيع يقبض الدار من البائع، وينقد المشتري الثمن، وعهده عليه.

وإن لم ينقد [المشتري الثمن] يدفع الثمن إلى البائع، وعهده عليه؛ وذلك لأن البائع إذا قبض الثمن لم يبق له حق في إمساك المبيع، والقضاء عنده ليس بفسخ لملك المشتري، وإنما هو استحقاق عليه، فكان الثمن له.

وأما إذا لم يقبض البائع الثمن، فللبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، فلم يتوصل الشفيع إلى أخذ الدار إلا بدفع الثمن إلى البائع.

وقال في الأصل: إذا كان الشفيع بالكوفة حيث الدار والبائع والمشتري بالسواد، فلم يُشهد على طلب الشفعة، وشخص إلى المشتري، فهذا تسليم منه حيث ترك أن يشهد على طلبه.

وكذلك لو كان بحضرة المشتري والبائع، فشخص إلى موقع الدار، ولم يشهد على البائع والمشتري، فهذا تسليم؛ وذلك لأنه يقدر على المطالبة في

مكانه ، فإذا تركها مع القدرة ، بطلت شفعتها ، وإنما يخيّر بين الأشياء الثلاثة إذا جمعها موضع واحد .

قال : وإذا كان في غير مصرِ البائع والمشتري والدار ، فإلى أيّهم شخص يطلب شفעתه إلى المشتري ، أو إلى البائع ، أو إلى الدار ، فهو على شفעתه ؛ وذلك لأنه لا بُدَّ له من المطالبة في إحدى المواضع الثلاثة ، ولا يمكنه أن يجمعها بذهاب^(١) واحد مع اختلافها ، فلم يبقَ إلى أن يقصد أحدها ، فلا تبطل بقصده الشفعة ، كما لو كانوا في مصر واحد ، فقصده أحدهم .

قال أبو الحسن : إن حال بين الشفيع وبين الإشهاد عند الدار ، أو على البائع أو على المشتري أو على أحدهما حائل لا يستطيع [١/٢٨٩] الشفيع أن يصل إلى ذلك معه ، ولا أن يبعث وكيلاً ، فهو على شفעתه إلى أن يزول الحائل المانع له ، ثم يعود الأمر بينهم على ما ذكرنا ؛ [وذلك] لأن ترك المطالبة تسقط الشفعة ، ويدل على الإعراض ، فإذا كان هناك مانع من المطالبة ، فالظاهر أنه ترك^(٢) الطلب لمانع ، فلا تسقط شفעתه^(٣) .



(١) في م (بقصد) .

(٢) في م (فالظاهر أن الإعراض للمانع ، فلا يسقط حقه ، والله أعلم) .

(٣) انظر : الأصل ٢٣٥/٩ وما بعدها .

بَاب ما يحدثه الشفيع مما يبطل شفيعته أو لا يبطلها

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا اشترى الرجل داراً ولها شفيع، [فساوم] ^(١) الشفيع المشتري، أو سأله أن يوليه إياها، أو استأجرها الشفيع من المشتري، أو كانت أرضاً فأخذها مزارعاً، أو كان في الأرض نخل فأخذها الشفيع معاملة، وذلك كله بعد علمه بالشراء، فذلك كله تسليم منه للشفعة.

وكذلك لو راوضه على ذلك مراوضة، ولم يقع بينهما عقد؛ وذلك لأن الشفعة حق ضعيف؛ بدلالة أنه يبطل بالسكوت والإعراض، فما يستدل به من الأفعال على الإعراض يسقط، أصله: خيار المعتقة والمخيرة ^(٢).

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لبريرة: «إن وطئك زوجك، فلا خيار لك» ^(٣)، فجعل تمكينها له من الوطاء دلالة على اختيار تبقية النكاح، فإذا ساوم الشفيع المشتري، فقد التمس الشراء منه، وذلك تقرير لملكه، فبطلت شفيعته.

فأما إذا استأجر، أو أخذ الأرض مزارعة، أو النخل معاملة، فكل متعاقدين دخلا في عقد فدخولهما فيه رضاً بتبقيته، والعقد لا يبقى بينهما إلا مع ترك الشفعة، فصار دخول المشتري مع الشفيع في العقد إسقاطاً للشفعة في مدة الإجارة والمزارعة، فسقط فيما بعدها أيضاً.

(١) في أ (فالزم) والمثبت من م.

(٢) انظر: الأصل ٢٧٤/٩، ١٦٤/١٠، ١٦٥.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٥٠٦/٣.

قال: ولو صالح المشتري الشفيع في الشفعة على دراهم أو عرض فالصالح باطل، ويرد ذلك على المشتري، وتبطل شفيعته؛ وذلك لأن الشفعة لا يصح لأحد أخذ العوض على إسقاطها؛ لأن المشتري يملك المبيع^(١) قبل إسقاط الشفعة وبعد إسقاطها على وجه واحد، فلا يكون في ذلك معنى تملكه المشتري بإزاء العوض، فصار أكل مال بالباطل.

وعلى هذا، قال أصحابنا: إذا قال الزوج للمخيرة: اختاري بألف، أو قال العينية ذلك لامرأته، أو قال: اختاري ترك الفسخ بألف، فاختارت، لم يثبت العوض؛ لأنه ملك بضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد، فصار هذا أكل مال بباطل.

فإذا ثبت أن الشفعة لا يصح أخذ العوض [عن إسقاطها، وسقوطها لا يفتقر إلى العوض، فبطلان العوض فيها] من طريق الحكم لا يمنع من سقوطها، كالمسلم إذا طلق امرأته على خمر، بطلت الخمر من طريق الحكم، ولم يبطل الطلاق.

وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس إذا أبطلها بعوض، فقال في إحدى الروايتين: الكفالة باطلة، والعوض باطل، وسوى بينها وبين الشفعة؛ لأن إسقاط الحق فيها لا يقف على عوض، فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطانها.

وقال في الرواية الأخرى: لا تسقط؛ لأنها حق أقوى من الشفعة، بدلالة أنها لا تبطل بالسكوت والإعراض، وهو لم يرض بإسقاطها إلا بعوض، فإذا لم يسلم له العوض لم يسقط.

(١) في م هنا زيادة (قبل البيع).

قال: وكذلك إن باع الشفيع داره التي تشفع بها بعد شراء المشتري ، وهو يعلم بالشراء أو لا يعلم ، فقد بطلت شفيعته ؛ لأنه يستحقها بالجوار ، وقد زالت المجاورة ، وإن رجعت إلى ملكه وقد فسخ البيع [بعيب] بقضاء أو بغير قضاء ، أو بخيار رؤية ، أو شرط ، فليس له أن يأخذها بالشفعة ؛ لأن شفيعته بطلت ببيعه ، فلا تعود إلا بعود سببها ، وهو البيع .

قال: وإن باع الشفيع داره على أنه بالخيار بعد شراء المشتري ، فهو على شفيعته ما لم يرض بالبيع ؛ لأن ملكه لم يزل عما يشفع به .

[قال]: فإن طالب في مدة الخيار الشفعة ، كان ذلك منه نقضاً للبيع ؛ لأن طلب الشفعة يدل على اختياره تبقية المبيع على ملكه ، وذلك سبب مسقط لخيار البائع .

قال: ولو باع الشفيع الدار بيعاً فاسداً ، وقبض المشتري ، والبيع فاسد من البيوع التي تملك [بالقبض] ، بطلت شفيعته ، فإن نقض البيع الفاسد وردت عليه فلا شفعة له ؛ وذلك لأن البيع الفاسد إذا اتصل به القبض أزال الملك كالصحيح^(١) .

قال: ولو أن الشفيع باع نصف داره ، أو ثلثها ، أو أكثر من ذلك بعد أن يبقى منها شيء ، وما باع شائع ، فله الشفعة بما بقي ؛ وذلك لأن الباقي على ملكه من الدار ، لو كان موجوداً في الابتداء لاستحق به الشفعة ، وكذلك في حال البقاء يستحق به .

قال: ولو باع منها بيتاً أو حجرةً ، وليس ما باع مما يلي الدار التي يطلب

(١) انظر: الأصل ٢٦٧/٩ .

شفيعتها ، فهو على شفيعته ؛ وذلك لأنه يستحق بالجوار ، وهو موجود فيما بقي من الدار .

وإن باع مما يلي الدار ، قال أبو يوسف : وهو على وجهين : إن كانت قد استغرقت حد الدار التي فيها الشفعة فلا شفعة للبائع ، وإن كان بقي من حدها شيء ملازق لما بقي^(١) من الدار ، فهو على شفيعته ؛ لأنه إذا استغرق الحد بالبيع ، فلم يبق له جوار ، فسقطت شفيعته .

وإذا لم يستغرق الحد ، فقد بقي ما لو كان موجوداً في الابتداء استحققت به الشفعة ، فكذاك [في] البقاء .

قال : ولو كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه [من الشركة] الذي يشفع به ، كان له أن يطالب بالشفعة بالجوار^(٢) .

وهي أيضاً رواية الإملاء ، رواها علي بن الجعد عن أبي يوسف ؛ لأنه يستحق الشفعة بسببين ، فإذا باع الشقص فقد بقي السبب الآخر ، وهو مما يستحق به الشفعة في الابتداء ، فكذاك في حال البقاء .

قال ابن الجعد : سألت أبا يوسف في رجل اشترى داراً ولها شفيع ، فقال الشفيع : آخذ نصفها بالشفعة ، فقال له المشتري ، هذا منك تسليم ، قال أبو يوسف : ليس هذا بتسليم .

وقال محمد في مثل هذا : هو تسليم .

(١) في م (ملاصق للدار) .

(٢) انظر : الأصل ٢٢٠/٩ .



وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل اشترى داراً، فأتاه شفيعها فقال: سلم لي نصفها بشفعتي، فأبى المشتري أن يعطيه نصفها، فذلك له، وقد بطلت شفعتي؛ لأن هذا تسليم منه للنصف الذي لم يطلب، فإذا سلم النصف لم يكن له على النصف الآخر سبيل إلا أن يشاء المشتري.

وكذلك لو قال الشفيع: أعطني نصفها وأسلم لك النصف، أو أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف، فإن هذا كله تسليم من الشفيع، إلا أن يكون الشفيع طلب من المشتري الدار كلها بالشفعة، فلم يسلم المشتري له، فقال: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف، أو أعطني نصفها وأسلم لك النصف، فإن هذا لا يكون تسليمًا، [وهذا كله في قول أبي يوسف: لا يكون تسليمًا وإن كان الشفيع قاله مبتدئًا].

[وجه] قول أبي يوسف: أنه سلم الشفعة في النصف بعوض يجوز أن يستحقه بالشفعة، فإذا لم يسلم له لم يصح إسقاطه، كمن طلق امرأته على ألف فلم تسلم له، لم يقع الطلاق.

وليس كذلك إذا سلم الدار على دراهم؛ لأنه أسقط حقه على عوضٍ لا يجوز أن يستحقه بالإسقاط، فصار كالمسلم إذا طلق امرأته على خمر فقبلت، أن الطلاق يقع ويبطل الخمر.

وجه قول محمد: أن الشفيع لما أسقط حقه في النصف، فكأنه ترك المطالبة بشفعتي، فسقطت شفعتي فيه، كما لو ترك المطالبة بالجميع.

فإذا سقطت في النصف، سقطت [ب/٢٨٩] في الباقي؛ لأن [الشفيع] ^(١) لا

(١) في أ (الشفعة) والمثبت من م.

يملك تبعض الصفقة على المشتري .

وليس كذلك إذا أشهد ابتداءً ثم قال ذلك ؛ لأنه ترك المطالبة بالنصف ،
وذلك لا يسقط شفيعته ، كما لو ترك المطالبة بالكل بعد الإشهاد .

قال : وإذا سَلَّم الشفيع الشفعة وهو لا يعلم [بالشراء] ^(١) ، فالتسليم جائز
غائباً كان المشتري أو حاضراً ، بعد أن يكون التسليم بعد البيع ؛ وذلك لأن
التسليم صريح في إسقاط الحق ، فيستوي فيه العلم والجهل ، كالطلاق والعتاق
والبراءة من العيب والدين .

وعلى هذا ، جعل بيع الشفيع لداره إبطالاً للشفعة ، علم بها أو لم يعلم ؛
لأن المعنى الذي به تعلق الاستحقاق زال .

وقال في مساومة الشفيع للمشتري أو استئجاره : إن كان ذلك بعد العلم
سقطت شفيعته ، وإلا لم تسقط ؛ لأنه ليس بصريح إسقاط ، وإنما يستدل به على
الإعراض ، وذلك لا يكون إلا بعد العلم حق يسقط الشفعة ، وإلا لم يسقط .

قال : وإن كان التسليم قبل عقده البيع فالتسليم باطل ؛ لأنه إسقاط حق قبل
وجوبه ، وقبل وجود سبب وجوبه ، إلا أنه لا يُصدَّق أنه لم يعلم ؛ لأنه أسقط
الحق في الظاهر ، وإنما يتصور ذلك إذا صدقه المشتري أنه أسقطه قبل البيع ،
[والله أعلم] ^(٢) .



(١) في أ (بالشفعة) والمثبت من م .

(٢) انظر : الأصل ٢٧٤/٩ وما بعدها .

بَابُ الشَّفِيعِ يُخْبِرُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ فَيَسْلَمُ ثُمَّ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ بِمُخْلَافِهِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا أُخْبِرَ الشَّفِيعُ أَنَّ دَارًا بِيَعَتْ بِأَلْفِ دَرَاهِمٍ، وَهُوَ شَفِيعُهَا، فَسَلِمَ الشَّفِيعَةَ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَكْثَرِ مِنْ أَلْفِ دَرَاهِمٍ، فَالتَّسْلِيمُ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَتْ بِيَعَتْ بِأَقْلَ مِنْ أَلْفٍ، فَالتَّسْلِيمُ بَاطِلٌ، وَهِيَ الشَّفِيعَةُ (١).

قال رحمه الله تعالى: والأصل في ذلك أن الغرض [بالشفعة] يختلف باختلاف الثمن وجنسه، ويختلف باختلاف المشتري، وبصفة المبيع، فيكون للشفيع غرض في بعض الوجوه دون بعض، فإذا سلم على بعض الوجوه، فبان أن الشراء وقع على وجه آخر، [فكأن التسليم وقع بالشرط الذي أخبر به، فإذا لم يكن التسليم واقعاً على الشرط الذي أخبر به، فتبقى له الشفعة بحالها.

وإذا ثبت هذا قلنا: إذا قيل له: إن الدار بيعت بألف، فإنما سلم لأنها لم تصلح له بهذا القدر من الثمن، فإذا كان المبيع بأكثر من ألف، فأولى أن لا تصلح له، وليس كذلك إذا بان أنها بيعت بأقل من ألف؛ لأنه إنما سلم للشفعة بالألف استعظاماً للثمن، فإذا بان أنه أقل، صلحت له الدار به، فكأنه قال: سلمت شفعتي إن كان الثمن ألفاً.

وأما إذا سلم الشفعة وقد أخبر أن الثمن ألف، فإذا هو مائة دينار، فإن كانت

(١) انظر: الأصل ٢٧٥/٩.

قيمتها ألفاً أو أكثر ، صحَّ التسليم ، وإن كانت قيمتها أقل من ألف ، فله الشفعة .

وقال زفر: له الشفعة في الوجهين .

وجه قولهم: أن الدراهم والدنانير في حكم الجنس الواحد ؛ لأنهما أثمان الأشياء ، فوجب أن يعتبر اختلاف القدر فيهما ، كما يعتبر في الجنس الواحد ؛ ولأنه لا ينتقل بنقل أحدهما إلى الآخر ، فلم يجوز أن يكون التسليم لمعنى يعود إلى الجنس ، فلم يبق إلا أن يكون للقدر .

وليس هذا كما لو أخبر أنها بيعت بحنطة فسلم ، ثم بان أنها بيعت بشعير قيمته مثل الحنطة أو أقل ، فله الشفعة ؛ وذلك لأن هذه الأجناس لم تجر مجرى الجنس الواحد ، وتنقل على الإنسان نقل بعضها إلى بعض ، فيجوز أن يكون سلم لأنه لا يقدر على الحنطة ، وعنده شعير ، فيسهل عليه الأخذ به ، فلم يكن ذلك تسليمًا .

وجه قول زفر: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان ، يجب الشفعة بهما ، فإذا سلم في أحدهما لم يكن تسليمًا في الآخر ، كالمكيلات .

وأما إذا بلغه أنها بيعت بألف ، فسلم ، ثم علم أنها بيعت بمكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير ، أو [بمعدود]^(١) غير متفاوت ، فشفعته باقية ، وتسليمه باطل ؛ لأنه يجوز أن يكون سلم لأنه لا يقدر على الدراهم ، ويقدر على الجنس الذي بيعت به ، فكأنه سلم إن كان البيع [وقع] بالدراهم .

وأما إذا بان أن الشراء بعرض من العروض مما لا تجب الشفعة بمثله إنما

(١) في أ (غير معدود) والمثبت من م .

تجب بقيمته ، [فإن كانت قيمته مثل الألف أو أكثر ، فهو تسليم ، وإن كانت أقل فليس بتسليم ؛ لأن العرض لا تجب الشفعة بمثله ، وإنما تجب بقيمته] ، والقيمة من جنس الدراهم ، فكأنه سلم وقد بلغه قدر من الدراهم ، وبان قدر آخر ، فإن كان أكثر صحَّ التسليم ، وإن كان أقل فليس بتسليم .

وأما إذا بلغه أن الثمن عَرَضَ مسلم ، ثم وجد الثمن من صنف آخر مما تجب الشفعة في مثله ، فله الشفعة ؛ لأن الشفيع هاهنا إنما سلمها لأن الجنس الذي بلغه لا يقدر عليه ، ويجوز أن يتيسر عليه جنس آخر .

وأما إذا بلغه أنه اشترى نصف الدار ، ثم علم أنه اشترى جميعها^(١) ، فله الشفعة .

ولو قيل له : إنها اشترت كلها ، فسلم الشفعة ، ثم بان أنه اشترى نصفها ، كان التسليم جائزاً عليه ، وذكر النمر بن حزار ضد هذا ، فقال : إذا قيل له : إنها بيعت كلها ، (فسلم ، ثم بان أن نصفها بيع ، فله الشفعة ، فإن قيل له : إنها بيع نصفها ، فسلم ، فبان أنها بيعت كلها)^(٢) ، فلا شفعة له .

ووجه الرواية الأولى ، وهو المشهور : أنه إذا بلغه بيع النصف ، فإنما أسقط حقه عن النصف ، ولم يسقط حقه عن الباقي ، فلم يجز أن يلزمه إسقاط الحق في بقية الدار ؛ ولأنه سلم في النصف كيلاً يستضر بالشركة ؛ لأنها عيب ، فإذا بيعت كلها فلا عيب ولا ضرر بالشركة ، فتثبت له الشفعة .

وأما إذا سلم الشفعة في جميعها ، فقد سلم في كل جزء منها ؛ ولأنه إذا

(١) في م (اشترت كلها) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م .

سلم مع عدم العيب والضرر بالشركة ، فتسليمه مع وجودهما أولى .

أما وجه رواية النمر: فلأن الإنسان قد يسلم الشفعة في الجميع ؛ لأنه لا يجد مقدار ثمنه ، ويصلح له البعض ؛ لأنه يتمكن من ثمنه .

وأما إذا سلم في البعض ، فقد سلم لعجزه ، فهو عن جميعه أعجز .

وأما إذا أخبر أن المشتري زيد ، فسلم ، ثم علم أن المشتري عمرو ، فهو على شفעתه ؛ وذلك لأن الإنسان قد يصلح له مجاورة واحد ولا يصلح له مجاورة آخر ، فلم يكن التسليم لواحد تسليمًا لغيره ؛ ولأنه أسقط حقه قِبَل زيد ، فبقي حقه قِبَل عمرو بحاله .

وأما إذا أخبر أن المشتري زيد ، فسلم ، ثم بان أن المشتري زيد وعمرو ، أخذ نصيب عمرو وسلم لزيد نصيبه ؛ لأنه لما سلم لزيد الشفعة في جميع الدار كان ذلك تسليمًا لكل جزء منها ، ولم يسلم لعمرو شيئًا ، فجاز له أخذ نصيبه ؛ لأن الشفيع يملك أخذ نصيب أحد الشريكين ، والمشتريين دون الآخر .

وقد قالوا في الشفيع: إذا أخبر أن الدار بيعت بألف فسلم الشفعة ، ثم إن البائع حط عن المشتري خمسمائة ، فقبل الحط [٢٩٠/أ] ، كان للشفيع الشفعة ؛ لأن الحط يلحق العقد عندنا ، والشفيع إنما سلم لكثرة الثمن ، فإذا نقص الثمن في حقه ، صار كما لو بان له أن الثمن كان ناقصًا في الابتداء ، ولو لم يقبل المشتري الحط لم تجب الشفعة ؛ لأن صفة الثمن لا تتغير عن القدر الذي سلم به الدراهم^(١) .

(١) انظر: الأصل ٢٧٤/٩ وما بعدها .

بَابُ الشفيع يُطالب أن يُحكم له بالشفعة كيف ينبغي للحاكم أن يحكم والمال حاضر أو غير حاضر



قال ابن سماعه: سألت محمداً، قلت: أرأيت الشفيع إذا طلب الشفعة، أيقضي له بها القاضي على أن يدفع الثمن من ساعته، أرأيت إن قضى له بالشفعة وأمره أن يدفع الثمن إلى المشتري من ساعته؟ فقال: لا أنفذه إلى يوم أو يومين، أو قال: إلى شهر، فأبى المشتري أن يقبل ذلك، أيفسخ قضاؤه إن كان قضى له بها، أم لا؟ وما القول في ذلك إن كان لم يقض له بها.

قال محمد: ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيعُ المال، فيقضي له بالشفعة، ويدفع إلى المشتري الثمن.

فإن طلب الشفيع أجلاً في المال، أجابه إليه يوماً أو يومين أو ثلاثة، فإن أحضر المال وإلا أبطل شفيعه.

وإن عزل القاضي، فقضى [له] بالشفعة [وقضى له بالثمن] ثم أبى الشفيع أن يدفع الثمن، حبسه في السجن حتى يدفع المال، ولا ينقض الأخذ بالشفعة، ألا ترى هذا بمنزلة الشراء من البائع للمشتري، وقد ذكر في الأصل أن للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع، وكذلك من ورثته إن مات.

وهذا يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن، فيكون ما ذكره محمد قوله وحده، وظاهر رواية الأصل قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وذكر أبو الحسن في هذا الباب عن الحسن، عن أبي حنيفة مثل قول محمد: أن القاضي لا يقضي حتى يحضر الشفيعُ الثمنَ.

وجه قولهما المشهور: أن الثمن إنما يجب بعد انتقال الملك إلى الشفيع، وإنما ينتقل (الملك بالقضاء، فلم يجب على الشفيع إحضار ثمن لم يلزمه، كما لا يجب على المشتري ذلك قبل البيع؛ ولأن البيع ينتقل من المشتري إلى الشفيع كما ينتقل)^(١) من البائع إلى المشتري، فإذا لم يقف انتقال أحدهما على إحضار الثمن، فكذلك الآخر.

ووجه قول محمد: أن الشفعة تجب لإزالة الضرر عن الشفيع، فلم يجز إلحاق الضرر بالمشتري، ولو قضى القاضي قبل إحضار الثمن له بالشفعة، لم يأمن أن يكون الشفيع مفلساً، فيتعجل [ملك]^(٢) الدار ويتأخر الثمن عن المشتري، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك البيع؛ لأن الملك ينتقل فيه برضا البائع، فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه.

وأما قول محمد: إن الشفيع إذا طلب من القاضي أن يؤجله بالثمن، أجله إلى يومين أو ثلاثة؛ فلأن الثلاثة أقصى مدة وضعت في الشرع للارتياح، وهو خيار الشرط، فيؤجله هذا القدر، فإن أحضر فيه الثمن وإلا بطل حق شفيعته؛ لأن في تبقيتها مع تعذر الثمن إضرار بالمشتري.

وأما قوله: إن القاضي إذا عجل، فقضى، يحبس الشفيع في السجن إن امتنع

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في أ (مال) والمثبت من م.

من دفع الثمن ؛ لأنه حق وجب عليه ، فإذا امتنع من أدائه حُبس كما يُحبس المشتري إذا امتنع من أداء الثمن .

قال ابن سماعه: سمعت محمداً قال في رجل اشترى داراً فجاء الشفيع وطلب أخذها بالشفعة ، فقال المشتري: هات الثمن وخذها بشفعتك ، قال: نعم ، أو قال: أتيتك به ، ثم لم يخاصمه الشفيع ولم يأت بالثمن حتى مضى شهر ، قال: أبطل شفعتك ، أستحسن ذلك في شهرٍ .

ولو خاصمه الشفيع إلى القاضي ، فأقرَّ المشتري أنه شفيع ، وقال: هات الثمن وخذها ، فأمره الحاكم أن يدفع الثمن إليه ويأخذ منه الدار ، فله ذلك .
فإن أصر دفعه شهراً أو أكثر من ذلك لم تبطل شفعتك .

وينبغي للقاضي إذا تقدم إليه في هذا: أن يؤجل الشفيع أجلاً ، ويقول له: إذا لم تأت بالثمن إلى هذا الأجل ، فلا شفعة لك .

أمّا إذا لم يخاصم حتى مضى شهراً ، بطلت شفعتك عند محمد استحساناً ، ولم تبطل في قولهما إذا كان أشهد ، وقد قدمنا هذه المسألة .

وأما إذا خاصم في الشهر إلى القاضي ، وطالبه بالشفعة ، فقال القاضي: ادفع الثمن ، فأخره ، لم تبطل شفعتك عند محمد ؛ لأنه يجعل ترك الخصومة في الشهر إعراضاً عن الشفعة ، فإذا خاصم فيها إلى القاضي ، فلم يعرض ، فلا تبطل شفعتك .

وهذا [يوجب] ^(١) أن يؤجل القاضي الشفيع (هذا القدر من الأجل) ^(٢) ،

(١) في أ (يجب) والمثبت من م .

(٢) في م (أجلاً) .



حتى لا يستضر المشتري بتأخير الشفيع ، يعني يومين أو ثلاثة .

وأما إذا ضرب القاضي للشفيع أجلاً ، وقال له : إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا فلا شفعة لك ، فلم يأت به بطلت شفעתه ؛ لأنه لما لم يحضره مع التأجيل ، فقد أعرض عن شفעתه ، فصار ذلك إسقاطاً لها .

ويجوز أن يقال : إن إسقاط الشفعة يتعلق بالشرط ؛ لأنه إسقاط حق ليس فيه معنى المال ، فجاز أن يتعلق بالشرط كالطلاق ؛ ولهذا قالوا في براءة الكفيل : إنها تتعلق بالشرط في إحدى الروايتين .

وقال ابن رستم : عن محمد إذا طلب الشفيع من المشتري الشفعة ، [فقال المشتري : سلّم المال] ، فقال له الشفيع : إن لم أعطك إلى ثلاثة أيام أو أجل رضياً به [فأنا] ^(١) بريء من الشفعة ، فلم يعطه المال في ^(٢) الأجل ، قال : بطلت شفעתه .

وكذلك لو كان القاضي هو أجله ؛ وذلك لأنه علق إسقاط الشفعة بشرط ، وقد بيّنا أن ذلك جائز كالطلاق .

وقال ابن شجاع : إذا لقي المشتري الشفيع فأعلمه أنه قد اشتراها ، وقال : هات ثمنها وخذها ، فمكث ثلاثاً لا يجيئه بالمال ولا يطلب ، بطلت شفעתه ، ولم يصف ابن شجاع هذا القول إلى أحد من أصحابنا ، فيجوز أن يكون قوله ، فإن كان يعني بذلك أن الشفيع لم يشهد ، فحقه لم يستقر ، فإذا أخرج الأخذ فقد دل

(١) في أ (فإذا) والمثبت من م .

(٢) في أ هنا (إلا في الأجل) والمثبت من م .



على الإعراض ، فسقط [حقه] ، وإن كان يعني بذلك إذا أشهد [فقد] قدر ترك
الخصومة ثلاثة أيام ، كما قدرها محمد [بالسفر]^(١) ؛ لأن الثلاثة [الأيام أقصى]
مدة الارتياء ، فيسقط الحق بمضيها كما يسقط الخيار^(٢) .



(١) في م (بالشهر).

(٢) انظر: الأصل ، ٢٧٥/٩ وما بعدها.

بَابُ الدَّارِ تُبَاعُ وَلِهَا شُفَعَاء



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا بيعت الدار ولها شفعاء جماعة بجوارٍ أو شركةٍ، فحضروا جميعاً، فهي بين الشركاء^(١) على عددهم دون أنصبتهم^(٢).

فإن سلّم الشركاء كلهم إلا واحداً، فله أن يأخذ جميع الدار، وكذلك إن سلم بعضهم وبقي بعضهم، فالدار كلها بين مَنْ لَمْ يسلم على قدر عددهم.

فإن سلّم الشركاء [كلهم] فللجيران الشفعة على [قدر] عددهم.

أما كون الشفعة على [عدد]^(٣) الرؤوس؛ فقد بيناه.

وأما إذا أسقط أحدهم^(٤) حقه، فللباقين الشفعة؛ لأن كل واحد منهم لو انفرد، ثبت له حق أخذ الجميع.

وإنما يسقط حقه عن بعضها [أ/٢٩٠] بالمزاحمة، فإذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع بحاله، وهذا كالغرماء إذا تخاصموا^(٥) في التركة، فأسقط بعضهم [حقه]، سلمت التركة للباقيين.

(١) في م (فهي من الدار، فهي من الشركاء على قدر عددهم).

(٢) انظر: الأصل ٢٢١/٩.

(٣) في أ (قدر) والمثبت من م.

(٤) في م (بعضهم).

(٥) في م (تخاصموا).

وعلى هذا، [قالوا] في قاتل الاثنيين: إذا عفا ولي أحدهما فلآخر القصاص؛ لأنَّ حقه ثبت في الجميع .
فإذا [ترك] ^(١) الآخر، فكأنه لم يكن .

وليس هذا كالعبد إذا قتل اثنين خطأ فعفا ولي أحدهما، أن ولي الآخر يبقى حقه في نصف العبد، ويقال لمولاه: إما أن تدفع إليه نصف العبد أو تفديه؛ وذلك لأن جناية الخطأ مال، فإذا تعلقت الجنايات بالرقبة، تضايقت فيها، فيثبت لكل واحد منهما النصف، فإذا سلم الآخر لم يعد حق الباقي، وليس كذلك الشفعة؛ لأنها حق ليس بمال، فهي بدم العمد أشبه .

وأما إذا سَلَّم الشركاء، وقد كان الجيران أشهدوا عند البيع، فلهم الشفعة، وهذا خلاف [قول] أبي يوسف، وقد بيّنا .

فإن كان بعضهم غُيِّباً وبعضهم حضوراً حكم بالدار بين الحاضرين على عددهم، ولا معتبر بمن غاب؛ وذلك لأن الحاضر يثبت له حق في الجميع، وإنما يسقط حقه بالمزاحمة، والغائب يجوز أن يطالب ويجوز أن لا يطالب، فلم يجز إسقاط حق الحاضر بالشك ^(٢) .

قال: وإن جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح ذلك [له]، ويسقط حق الجاعل، وقسمت على عدد من بقي؛ وذلك لأن حق الشفعة لا يصح نقله إلى غير الشفيع، ولهذا يسقط بالموت، ولا ينتقل إلى الوارث، فإذا جعله الشفيع

(١) في أكلمة غير مقروءة، والمثبت من م .

(٢) انظر: الأصل ٣١٣/٩ .

لغيره ، فقد أسقطه ونقله إلى غيره ، فيصح إسقاطه ، ويبطل نقله .

قال : وإذا كان لها شفيعان فحضر أحدهما ، حكم له بجمعها ، فإن حكم له ثم جاء شفيح آخر ، أخذ منه نصف الدار ، فإن جاء ثالث ، فله أن يأخذ من يد كل واحد منهما ثلث ما في يده ، حتى تكون الدار بينهما أثلاثاً على عددهم ؛ وذلك لأن حق الغائب متعلق بالدار ، لا يسقط بغيبته ، وإنما يُقضى بها للحاضر ؛ لأنه لا مزاحم له .

فإذا حضر الغائب كان له المطالبة بحقه ؛ ليساوي الحاضر^(١) فيه .

[قال] : فإن قَدِمَ [الغائب]^(٢) فقال : أنا أخذ النصف فحسب ، وقال الحاضر الذي أخذ الدار كلها : أنا أسلم لك الكل ، فإما أن تأخذ الكل وإما أن تدع ، فله أن يأخذ النصف ، وليس للذي كان حاضراً أن يلزمه أكثر من ذلك ؛ وذلك لأن حكم الحاكم للحاضر إسقاط لحق الغائب عن مقدار نصيب الحاضر ، فإذا أسقط حقه عن النصف ، لم يلزمه أن يأخذ إلا [ما] تعلق حقه به .

وليس كذلك إذا لم يحكم الحاكم ، فترك أحدهما نصيبه ؛ لأن القاضي لم يسقط حق الآخر عما تعلق به ، فإذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع ، فكأنه لم يكن إلا هو ، فلا يجوز له أخذ البعض .

وهذا كما قالوا : في رجلين ادعى كل واحد منهما داراً في يد رجل ، [وأقاما البيّنة أنها لهما]^(٣) ، ثم [لو] أبرأه أحدهما من الدعوى قبل الحكم ، قضى

(١) في م (الآخر) .

(٢) في الأصل (الأول) والمثبت من م .

(٣) في أ (وأقام البيّنة أنها له) والمثبت من م .

القاضي بجميع الدار (للآخر).

ولو حكم بالبينتين^(١) ثم أبرأ أحدهما من الدعوى، لم يكن للآخر إلا النصف؛ لأن حكم الحاكم لهما إسقاط لحق كل واحد منهما عما قضي به للآخر، (إلا أن العين تضايقت للمزاحمة، فإذا سقطت المزاحمة، كان الكل للباقي)^(٢).

قال: وإذا بيعت دار ولها شفيعان، فحضر أحدهما وحكم الحاكم له بها، فاطلع الشفيع على عيب بعد الحكم قبل القبض أو بعد القبض، فرد الدار بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء، ثم قدم الغائب، فليس له أن يأخذ بالبيع الأول إلا نصف الدار.

وإن أراد الغائب أن يأخذها برد الحاضر [لها] ويدع البيع الأول، فإن كان الرد بقضاء قاضٍ، فليس له أن يأخذ بالرد، وإن كان الرد بغير قضاء قاضٍ، فإن شاء أخذها كلها بالرد، وإن شاء أخذ النصف بالبيع الأول؛ وذلك لما بيننا أن الحكم للحاضر إسقاط لحق الغائب عن النصف، فإذا ردها بغير قضاء، فهذا كبيع مبتدأ فيما بينهما، فيثبت للشفيع به الشفعة، وإذا ثبت له [حق الآخر] من وجهين، فإن شاء أخذ بالسبب الأول النصف لسقوط حقه عن النصف الآخر، وإن شاء أخذ بالسبب الثاني الجميع.

[قال]: ولو كان الشفيع الأول خاصم فيها، ثم ظهر على عيب قبل الحكم، فردّها وسلّم الشفعة فيها، ثم حضر الغائب، أخذها كلها إن شاء، وإن شاء ترك؛ وذلك لأن الحاكم لما لم يحكم له بالشفعة، لم يسقط حق الغائب عن شيء منها، فإذا أسقط الحاضر حقه، بقي حق الغائب في الجميع.

(١) في م هنا (الدار) فقط.

(٢) ساقطة من م.

قال: ولو حضر الشفيعان في مسألتنا هذه ، وقد كان رد الشفيع الحاضر بعد الحكم ، أخذ ثلثي الدار بالشفعة ؛ لأن حكم الحاكم إسقاط لحق الغائب عن قدر نصيب الحاضر ، وهو الثلث على ما بينا .

قال: ولو كان الشفيع الحاضر اشتراها من المشتري شراءً ، ثم حضر الغائب: فإن شاء أخذها كلها بالبيع الأول ، وإن شاء أخذها كلها بالبيع الثاني .
أما بالبيع الأول ؛ فلأن الشفعة ثبتت لهما ، فإذا اشترى أحدهما ، فشراؤه إسقاط للشفعة ، فيبقى حق الآخر في الجميع .

وأما الشراء الثاني ؛ فلأن المشتري كان له حق المطالبة بالشفعة ، فلما عدل عنها إلى الشراء كان ذلك إسقاطاً لما تعلق [له] بالعقد الأول ، فلم يثبت له حق الشفعة مع إعراضه عنه .

قال: ولو كان المشتري الأول شفيعاً للدار ، فاشتراها الشفيع الحاضر منه ، ثم قدم الغائب ، فإن شاء أخذ بالبيع الأول نصفها ، وإن شاء أخذ [الدار] كلها بالبيع الثاني ، وشراء الشفيع مثل حكم الحاكم له بالشفعة ، ويسقط ما يخص المشتري من الشفعة ، ولا يكون في قدر ذلك لمن حضر من الشفعاء شفعة هنا ؛ لأن المشتري [الأول] لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بابتياعه معرضاً عنه ، فيثبت له بهذا العقد حق وللغائب ، فلم يكن للغائب أن يأخذ بهذا العقد إلا مقدار ما يخصه بالمزاحمة .

وأما العقد الثاني ، فقد ثبت للشفيع حق الشفعة قبله ، فلما اشترى أسقط حقه عن العقد الأول ، ولم يتعلق بعقده مع إعراضه ، فكان للغائب أن يأخذ بالعقد الثاني كل الدار .



وإنما قالوا: إن شراء الشفيع للدار ابتداءً يسقط حق الشفيع الآخر عن مقدار نصيب المشتري؛ لأن ابتياعه يملك الدار مع ثبوت شفيعته، فهو كحكم الحاكم الموجب لنقل الملك، فيسقط حق الغائب عن نصيب الحاضر.

قال: وإن كان المشتري الأول أجنبياً، اشتراها بألف [درهم]، فباعها من أجنبي بألفين، ثم حضر الشفيع والمشتريان حاضران، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بالبيع الأول، ويسلم الثمن إلى المشتري الأول وكانت عهده عليه، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني وكانت عهده على الثاني؛ وذلك لأن كل واحد من العقدين سبب يثبت به الشفعة، ومن ثبت له حق من أحد وجهين، كان له الخيار في أن يأخذ بأيهما شاء.

[قال]: فإن جاء الشفيع والمشتري [الأول] غائب، فخاصم الثاني وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول، فلا خصومة بينه وبين الثاني في قول أبي حنيفة ومحمد. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: يأخذها من الذي هي في يده من غير أن يحضر المشتري الأول، ويدفع إليه ألف درهم، ويقال له: اطلب صاحبك الذي باعك فخذ منه ألفاً آخر.

وقال محمد: لا خصومة بينهما حتى يحضر الأول، فإذا حضر، رد البيع الأول [٢٩٠/ب] ثم أخذها بالثمن الأول من الأول، وردّ المشتري الأول على المشتري الثاني ما قبضه منه.

وإن أراد الشفيع أن يأخذها بالبيع الثاني، فله أن يأخذها من المشتري الثاني، وهو خصم في قولهم جميعاً، وكذلك رواها الحسن عن أبي حنيفة وزفر.



وقال أبو يوسف^(١): إن الثاني لا يكون خصماً إذا كان الأول غائباً .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد وزفر: أن أخذ الدار بالبيع الأول يتضمن فسخ البيع بين المشتري الثاني والمشتري الأول، وذلك لا يجوز مع غيبة الأول؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز إلا بحضوره أو بحضور من قام مقامه، فلم يبق إلا نفاذ الحكم .

وليس كذلك إذا أراد أخذها بالبيع الثاني؛ لأن الأخذ لا يتضمن فسخ البيع الثاني، وإنما ينتقل الشيء إليه من ملك المشتري، فلذلك كان خصماً فيه .

وجه قول أبي يوسف: أن حق الشفيع سابق لحق المشتري، فصار الشفيع كالمستحق، ولو أن رجلاً اشترى داراً من غائب، فحضر رجل وأقام البينة أنها له، قضي على المشتري مع غيبة بائعه، كذلك هذا .

وإنما قال أبو يوسف: إن الشفيع يدفع إلى المشتري الثاني الألف؛ (لأنها حق لبائعه، وقد ثبت له على بائعه ألفان، فكان له أن يأخذ الألف قصاصاً، ويرجع المشتري الثاني)^(٢) على الأول بألف؛ لأن الملك يُستحق بسبب كان في يده، وسلامة الثمن موقوفة على سلامة المبيع .

قال: ولو كان المشتري لم يبيعها، ولكنه وهبها أو تصدق بها على رجل، وقبضها الموهوب له، ثم حضر الشفيع، فإن ابن سماعة روى عن أبي يوسف: أن للشفيع أن يأخذها من يد الموهوب له والمتصدق عليه، ويدفع الثمن إلى

(١) في م هنا (وهو قوله) .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م .

المشتري ، ولا يكون الثمن للموهوب له ، فإن كان المشتري غائباً ، استوثق من الشفيع في الثمن حتى يقدم المشتري ، فيدفع إليه .

وقال هشام عن محمد في هذه المسألة: يأخذ الشفيع الدار من الموهوب له ، ويأخذ الحاكم الثمن من الشفيع ، فيضعه على يدي عدل حتى يقدم الواهب^(١) .

وكذلك كل تمليك يكون من المشتري في الدار فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار بالبيع الأول في قول أبي يوسف ، ولا يكون الذي في يده الدار خصماً في قول أبي حنيفة ومحمد ؛ وذلك لأن أخذ الدار من الموهوب له فسخ الهبة بينه وبين المشتري ، ولا يجوز فسخ الهبة في حق الغائب إلا بحضور من قام مقامه ، وأبو يوسف [يقول]: حق الشفيع سابق لحق الموهوب له ، فصار كحق المستحق .

فأما الثمن: فلا يجوز دفعه إلى الموهوب له ؛ لأن الهبة انفسخت ، ولا حق للموهوب له على الواهب حتى يأخذ الثمن به ، فعلى رواية ابن سماعة: يستوثق القاضي من الشفيع بكفيل احتياطاً لحق الغائب ، وعلى رواية هشام عن محمد [عن أبي يوسف]: أن القاضي يأخذ الثمن فيجعله على يدي عدل ، وهذا ليس باختلاف رواية ، وإنما هو بحسب ما يرى من المصلحة [للغائب] ؛ لأن في كلا الوجهين فائدة ، ألا ترى أنه إذا استوثق من الشفيع [بكفيل] فالثمن في ضمانه ، فإذا قبضه وجعله على يدي عدل ، فهو في ضمان الغائب ، والمصلحة في ذلك تختلف ، فكان للقاضي اختيار أصلح الأمرين .

وقد ذكر في المنتقى نظير هذه المسائل ، قال: إذا اشترى الرجل داراً بألف

(١) في م (الغائب) .

ثم باعها بألفين ، فعلم الشفيع بالبيع الثاني ، ولم يعلم بالأول ، فخاصم فيها وأخذ شفيعته بالبيع الثاني بحكم أو بغير حكم ، ثم علم بالبيع الأول ، فليس له أن ينقض أخذه ، وقد بطلت شفيعته في البيع الأول .

وكذلك لو باعها صاحبها بألف ، ثم ناقضه المشتري وردها ، ثم اشتراها الشفيع بألفين ، وهو لا يعلم بيعه إياها ، ثم علم به ، لم يكن أن ينقض شراءه ؛ وذلك لأن الدار على ملك الشفيع ، وأخذها بالعقد الأول فسخ لملكه ، فلا يجوز له ذلك إلا من عيب ، كما ليس للمشتري أن يفسخ البيع إلا بحق متعلق بهذا [العقد]^(١) دون غيره ؛ ولأن الأخذ بالشراء الثاني (يسقط الشفعة في البيع الأول لو كان عالمًا به ، فكذلك إذا لم يعلم ؛ لأن نقل الملك)^(٢) المسقط للشفعة يستوي فيه العلم والجهل ، كما لو باع الشفيع ملكه الذي يشفع به .

قال : وإذا اشتراها بألف ، وتقابضا ، ثم زاده في الثمن ألفاً أخرى من غير أن يناقضا [البيع] ، ثم علم الشفيع بالألفين ولم يعلم بالألف ، وأخذها الشفيع بالألفين بحكم أو بغير حكم ، قال : إن كان أخذها بحكم أبطله القاضي ، فله أن يأخذها بألف ، وإن كان أخذها بغير حكم ، لم ينقض ؛ وذلك لأنه ليس هاهنا سبب تتعلق به الشفعة ، إلا سبب واحد ، فقد حكم الحاكم بما لا يجوز به ؛ لأن الزيادة لا تثبت في حق الشفيع ، فكان عليه أن ينقض حكمه .

وأما إذا أخذها الشفيع بغير حكم ، فهذا كالشراء المبتدأ ، فلا يجوز فسخه إلا بسبب في العقد يقتضي الفسخ ، ولم يوجد .

(١) في أ (القدر) والمثبت من م .

(٢) ساقطة من م .

قال: ولو كان المشتري حين اشتراها بألف ناقضه البيع، ثم اشتراها بألفين، ثم علم الشفيع بالبيع الذي هو بألفين، ولم يعلم بالبيع الذي كان بألف، فأخذها بحكم أو بغير حكم، لم يكن له أن ينقض أخذها؛ لأنه اجتمع سببان، كل واحد منهما يوجب الشفعة، فالأخذ بأحدهما إسقاط للآخر.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال الحسن بن زياد: إذا أخرج المشتري الدار من ملكه، فإن جعلها مسجداً، أو مقبرة ودفن فيها، أو صلّى في المسجد جماعة، فليس فيها شفعة لأحد.

وهذه المسألة قد ذكرها في الأصل، وقال: الشفعة فيها واجبة، والوجه فيه: أن حق الشفيع سابق لحق المشتري، وقد بنى [المسجد] مع تعلق حق الغير بالشفعة، فصار كما لو بناها مسجداً ثم استحقت؛ ولأن تعلق حق الآدمي بالبقعة يمنع كونها مسجداً، كحق أحد الشريكين.

وجه قول أبي الحسن: أنه تصرف في ملكه تصرفاً لا يلحقه الفسخ مع ثبوت حق الغير، فأسقط ذلك الحق كمن أعتق عبده المرهون، وكمن اشترى عبداً مأسوراً يثبت لمولاه أخذه [منه]، ولو أعتقه المشتري سقط حق المولى، كذلك هذا.

والجواب: أن هذا غير مسلم؛ لأن من مذهب محمد أن المسجد يلحقه الفسخ إذا خرب ما حواليه ويستغنى عنه، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لو حكم حاكم بمذهب محمد، ثبت^(١) حكمه، فإذا ن المسجد يلحقه الفسخ في قولهم جميعاً؛ فلذلك فارق العتق؛ ولأنهم قالوا: إن حق الغير يمنع حق الشريك

(١) في م (نفذ).

من العتق ، ويمنع من بناء المسجد^(١) .

قال: ولو مات المشتري وأوصى بالدار لرجل ، فللشفيع أن ينقض الوصية ويأخذ الدار بالشفعة من الورثة ، والعهدة عليهم ؛ وذلك لأن حق الشفيع سابق لحق الموصى له ، فصار كالمستحق .

قال: ولو أن رجلاً شرع في داره^(٢) مسجداً وأفرده منها ، وجعل بابها إلى الطريق ، فبيعت [أ/٢٩١] دار إلى جنب المسجد ، لم يكن لمن جعل المسجد أن يأخذها بالشفعة لمجاورة المسجد في قولهم ؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت لمالك^(٣) الشقص ، والمسجد قد زال ملكه الثاني عنه ، فلم يجوز أن يأخذه بالشفعة ولا جوار له .

قال هشام: سألت محمداً عن رجل أوصى بَعْلَةً داره أبداً في المساكين ، جعلها وقفاً ، فبيعت دار إلى جنبها ، فجاء ورثة الميت يدعون شفعتها بهذه الدار ، فلا شفعة لهم ؛ وذلك لأن الوقف المحكوم بصحته قد زال ملك [الواقف]^(٤) عنه ولم يملكه أحد ، فلا يجوز أن يستحق به الشفعة كالمسجد .

قال: وإذا اشترى رجل من رجل نصف دار ، ثم قاسم المشتري البائع ، ثم حضر الشفيع ، فالقسمة ماضية ، ويأخذ النصف مقسوماً أو يدع ، وسواء كانت القسمة بقضاء أو بغير قضاء ، روى ذلك علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي

(١) في م زيادة (ولا يمنع من العتق كما ملك للشريك من المسجد ولا يمنع وقوع العتق) .

(٢) في م (سوى من داره) .

(٣) في م (للملك المشفوع) .

(٤) في الأصل (الموقوف) والمثبت من م .

حنيفة؛ وذلك لأن البائع إذا كان مالكا لجميع الدار، فقد كان يملك أن يقسم ثم يبيع النصف مقسوماً، فلما باعه مشاعاً لا مقسوماً، فقد ملك المشتري ما كان يملكه البائع من القسمة، فصار ذلك من حقوق عقده.

والمشتري إذا تصرف تصرفاً أوجبه العقد، لم يكن للشفيع فسخه، كما لو قبض المبيع، [وإن أراد]^(١) الشفيع أن يفسخ القبض ويرد الدار إلى يد البائع ليأخذها منه، لم يكن له ذلك.

وليس هذا كدار مشتركة بين شريكين باع أحدهما نصيبه وقاسم المشتري الذي لم يبيع، ثم حضر الشفيع، فله أن يفسخ القسمة؛ وذلك لأن البائع لم يكن مالكا للقسمة، ألا ترى أنه كان لا يقدر عليها إلا بحكم أو رضئ، فلما باع لم يوجب للمشتري ما يملك، فصارت القسمة مما استفادها المشتري بحق الملك، لا بحكم العقد، وتصرف المشتري بحكم ملكه يثبت [للشفيع نقضه]^(٢)، كما لو باع أو وهب.

وقد ذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن النصف الذي أصاب المشتري وقع في جانب الدار المشفوع بها، [وهذا التفصيل عائد إلى المسألة الأولى إذا كان مالكا لجملة الدار].

وهذا صحيح؛ لأنه إذا وقع في غير جنسه، وهو لا يقدر على بعض القسمة، فليس بجار، فلا يستحق الشفعة. [والله أعلم]^(٣).

(١) في أ (فأراد) والمثبت من م.

(٢) في أ (الشفيع بعضه) والمثبت من م.

(٣) انظر: الأصل ٢٢٤/٩، ٢٥٧.

بَابُ الشفيع يطلبُ الشفعة في بعض ما وقع عليه العقدُ

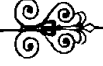
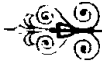


قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال أصحابنا [جميعاً] رحمة الله عليهم: إذا اشترى الرجل داراً بألف درهم صفقة واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض، أو أراد أن يأخذ ما يليه من الدار دون بقيتها، فليس له ذلك، وإنما له أن يأخذ الكل أو يدع؛ وذلك لأن الملك ينتقل إلى الشفيع من المشتري، كما ينتقل من البائع إلى المشتري، فإذا لم يملك المشتري تفريق الصفقة على البائع فيما ثبت حقه فيه، فكذلك الشفيع.

قال: وإذا اشترى الرجل من الرجلين داراً، وقبض أو لم يقبض، فأراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين، فليس له ذلك.

وإن كان البائع واحداً والمشتري اثنين، كان له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر، أيّ النصيبين شاء، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، قاله محمد في إملائه؛ وذلك لأن المشتري الواحد ملك الدار بقبول واحد، فلم يملك الشفيع أخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض، كما لو كان البائع واحداً [والمشتري واحداً؛ ولأنه إذا أخذ بعض الدار، فرق الصفقة على المشتري على وجه يضر بالشركة، وهذا لا يجوز، كما لو كان البائع واحداً].

وأما إذا اشترى اثنان من واحد، فلا ضرر على كل واحد منهما في أخذ نصيب الآخر؛ لأنه قد رضي بضرر الشركة، فلا فرق بين ضرر شركة الشفيع أو



المشترى؛ لأنه يأخذ منه جميع ما ملكه بالعقد، فلا يلحق به ضرر كما لو اشترى وحده.

وقد روي عنهم خلاف هذا: وهو أن الواحد إذا اشترى من اثنين، فإن [أخذ] الشفيع قبل القبض كان له أن يأخذ نصيب أحد البائعين، وإن أخذ بعد القبض، لم يكن له أن يأخذ نصيب أحدهما؛ لأنه إذا أخذ قبل القبض، انفسخ ملك المشتري، فصار الآخر ملك البائع، وقد أخذ جميع ما خرج من ملك البائع، فلم يكن فيه ضرر عليه، وليس كذلك بعد القبض؛ لأنه يأخذ من ملك المشتري فيتبعض عليه الملك، فلا يجوز.

وقالوا: إذا اشترى اثنان من واحد، فإن أخذ الشفيع قبل القبض، لم يكن له أن يأخذ إلا الجميع؛ لأن ملك المشتري ينفسخ، فإن أخذ البعض يفرق الصفقة على البائع، وهذا لا يجوز.

وإن أخذ بعد القبض، جاز أن يأخذ نصيب أحدهما؛ لأنه يأخذ من ملك المشتري فلم يتبعض الملك عليه.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وسواء سمى لكل نصف ثمنًا معلومًا أو كان الثمن جملة بعد أن يكون البيع في صفقة [واحدة]؛ وذلك لأن الحكم يتعلق بتفريق الصفقة، فلا فرق بين ذكر الثمن جملة أو جملتين.

قال: وكذلك إن كان الشراء بوكالة، فوكل رجل رجلين بشراء دار ولها شفيع، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن كان الموكل رجلين والوكيل [رجلاً] واحدًا لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين.

قال ابن سماعه عن محمد: إنما أنظر إلى المشتري [ولا أنظر إلى المشتري] له .

قال محمد: وكذلك لو [اشتري] رجل لعشرة، فليس له أن يأخذ شيئاً دون شيء .

ولو اشتري عشرة لرجل، كان للشفيع أن يأخذ من واحد ويدع الآخرين، أو يأخذ من اثنين أو ثلاثة ويدع البقية .

وكذلك روى هشام عن محمد في نوادره؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون المعقود له، فإذا كان الوكيل واحداً، لم يجز تفريق الصفقة عليه، كما لو اشتري لنفسه، وإن كانوا جماعة والموكل واحداً فحقوق العقد تتعلق بهم دونه، فكأنهم اشتروا لأنفسهم .

وإذا اشتري الرجل دارين صفقة واحدة، فجاء الشفيع لهما جميعاً، فأراد أن يأخذ إحداهما دون الأخرى، فليس له ذلك^(١) .

وقال الحسن عن زفر: هو بالخيار: إن شاء أخذ إحداهما أو [كليهما]^(٢) .

وجه قولهم: أن المشتري مَلَك الدار صفقة واحدة، وتعلق حق الشفيع بهما، فلم يملك أن يُفرد بالآخر بعض ما تعلق به حقه دون بعض كالدار الواحدة .

وقد ذكر أبو الحسن عن محمد: ما يدل على أنه لا فرق بين الدارين

المتلاصقتين أو المتفرقتين .

(١) انظر: الأصل ٢٨١/٩، ٢٨٢ .

(٢) في أ (هما) والمثبت من م .

وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف: أنهما إذا كانتا في مصر واحد أو مصريين فهما سواء.

وجه قول زفر: أن [أخذ] إحدئ الدارين لا يؤدي إلى إضرار بالمشتري بالشركة، فصار كما لو كان شفيع إحداهما.

قال: وإن كان الشفيع شفيعاً لإحداهما دون الأخرى، ووقع البيع عليهما صفقة واحدة، فإن ابن أبي مالك روى عن أبي حنيفة: أنه ليس له إلا أن يأخذ التي تجاورها بالحصة، وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف.

وروى هشام عن محمد: في رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار [ب/٢٩١] يلي إحداهما، قال: فإنه يأخذ التي تليه بالشفعة، ولا شفعة له في الأخرى؛ وذلك لأن حق الشفعة تعلق بإحدئ الدارين دون الأخرى، والصفقة إذا اجتمعت بين ما يتعلق به الشفعة وما لا يتعلق به الشفعة أخذ ما تعلق به الشفعة بالحصة، كما لو اشترى داراً وسيفاً صفقة واحدة.

قال هشام: قلت لمحمد: ما تقول في عشرة أقرحة^(١) متلاصقة لرجل، تلي واحدة منها أرض إنسان، فبيعت العشرة الأقرحة، قال: للشفيع أن يأخذ القراح التي تليه، وليس [له] في بقيتها شفعة.

قلت له: لِمَ؟ قال: لأن كل قراح على حدة، قلت: ليس بينهما طريق ولا نهر، إنما هي مُدَوَّر أو مسناة^(٢)، قال: لا شفعة له إلا فيما يليه؛ وذلك لأن الأقرحة المتميّزة بالمرور كالدور المتجاورة، فلا يثبت للشفيع إلا فيما يجاوره خاصة.

(١) «مفردها القراح - بالفتح -: المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر». مختار الصحاح (قروح).

(٢) «المسناة: ما يبنى للسيل ليردّ الماء». المغرب (سنو).

قال هشام: قلت لمحمد في قرية خالصةٍ لرجل باعها، والقرية عندنا على ما فيها من الدور والأرضين والكرم، قال محمد: لا، ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خاصة.

قلت لمحمد: إن باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وأرضها، وكل واحد منها يلي إنسان؟ قال محمد: للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه.

قلت: فلكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه؟ فأوشك أن يأخذوا حواشي القرية، وذلك أردأ أرضها، ويبقى وسط القرية للمشتري، فلم ينكر ذلك محمد، ورأيته به يقول.

قال الشيخ رحمته الله: قد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة فصول: أحدها: أن القرية اسم للبيوت دون الأقرحة [أو البيوت والأقرحة]، والمرجع في هذا إلى العادة دون غيرها.

والثاني: وجوب الشفعة للمتجاورين في الأقرحة التي تليهم خاصة، وهذا صحيح على ما بينا أن الأقرحة المعتبرة كالدور المختلفة، والمجاورة لبعضها لا تكون مجاورة لنفسها.

والفصل الثالث: أن الشفعاء يأخذون حواشي القرية، وهي أردؤها، ويبقى للمشتري وسط القرية، وهي أجودها، وهذا غير ممتنع؛ لأن الشفيع يأخذ باختياره، فكان له أن يلتزم الضرر أو لا يلتزم.

وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: في رجل اشترى قريةً بأرضها وأرضوها أقرحة متفرقة، ولإحدى الأقرحة جار، قال: يأخذ القرية كلها بالشفعة،



وليس له أن يأخذ القراح ويدع ما سواه .

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أن أبا حنيفة كان يقول فيه: إنه ليس له أن يأخذ إلا القراح التي هي ملازقة [له] ؛ لأن هذه الأقرحة مختلفة .

قال: والذي يجيء على قياسه: أن هذه الأقرحة إذا كانت من ضيعة واحدة ، أو قرية واحدة ، فهي كقراح واحد ودار واحدة ، وهذا يدل على أن قول أبي حنيفة مثل قول محمد أولاً ، ثم رجوع وقال: يأخذ الجميع ؛ لأنه يستتضر بتفريقه ، فصار كالدار الواحدة . [والله تعالى أعلم] .



بَابُ

الرجل يشتري الدار فيهدم بناءها أو يهدم المشتري ثم يجيء الشفيعُ

—•••••—

قال بشر بن الوليد وعليّ بن الجعد: سمعت أبا يوسف يقول: في رجل اشترى داراً فهدم بناءها [أو باعها] ، ثم جاء شفيعها ، فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الأرض ، [فما أصاب الأرض] يأخذها الشفيع بذلك ، هكذا قال أبو حنيفة ، وكذلك لو نزع باب الدار وباعه .

ولو احترق البناء حتى ذهب أو غرق من غير فعله ، فلم يبق منه شيء ، فإن أبا حنيفة [قال] في ذلك: يأخذ الشفيع بجميع الثمن أو يترك .

فإن انهدم البناء فصار على وجه الأرض مهدوماً ، فإن الثمن يقسم على قيمة البناء مهدوماً وعلى قيمة الأرض ، فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها ، ولا سبيل له على البناء إذا زایل الأرض .

أما وجوب الشفعة في البناء المتصل ؛ فلأنه في حكم جزء من العرصة^(١) ، بدلالة دخوله في العقد من غير شرط^(٢) ، وأما إذا هدم فلا شفعة فيه عندنا .

ومن أصحاب الشافعي من قال: إن الشفيع يأخذه مع الدار^(٣) .

(١) «عَرَصَةُ الدار: ساحتها: وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع: عَرَاصٌ». المصباح (عرص).

(٢) في م (تسمية).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ١٢٠؛ المهذب ٣/٤٤٦، ٤٤٧.

وهذا فاسد؛ لأنه منفصل عما تعلق به الشفعة، فلم يكن للشفيع أخذه كالثمن.

وأما إذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه، ولم يهلك^(١)، فإن الشفيع يأخذ الدار بحصتها.

وإن احترق بغير فعل أحد، أخذها الشفيع بجميع الثمن، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أنه يأخذها بجميع الثمن في الجميع، والآخر: أنه يأخذها بالحصّة في الجميع.

أما إذا احترق البناء؛ فلأن حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البائع، ومعلوم أن البناء إذا احترق في يد البائع، كان المشتري بالخيار: إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، فكذلك [الشفيع] هاهنا؛ ولأنه نقص داخل في المبيع بغير فعل الآدمي، فصار كما لو وهى^(٢) البناء، أو تداعى^(٣) الحائط وسقط.

وأما إذا هدمه المشتري، فالأتباع لا حصّة لها بالعقد، ولها حصّة بالقبض؛ ولهذا لو هدم البائع البناء سقطت عن المشتري حصته [وكذلك إذا هدمه أجنبي؛ لأن العوض لما سلم للمشتري]، فكأنه باعه.

وكذلك لو انهدم بنفسه ولم يهلك؛ لأن الشفعة سقطت عنه وهي عين قائمة، فلا يجوز أن يسلم للمشتري بغير شيء، إلا أنه قال في المشتري إذا هدمه

(١) في م (يملك).

(٢) يقال «وهى الحائط: إذا ضعف وهمّ بالسقوط» مختار الصحاح (وهي).

(٣) في م (كسقوط الحائط).



أو هدمه أجنبي: أن الثمن ينقسم على قيمته قائماً؛ لأنه دخل في ضمان المشتري بالإتلاف وهو على هذه الصفة.

وأما إذا انهدم بنفسه، فلم يدخل في ضمان أحدهما، فاعتبرت قيمته على حاله مهدوماً.

وقد ادعى الشافعي على أبي حنيفة في هذه المسألة مناقضة، فقال: قال بعض الناس: إذا هدم المشتري البناء سقطت حصته، وإن احترق لم تسقط، ثم ناقض فقال: إذا غلب الماء على بعض الأرض أخذ المشتري الباقي بحصته^(١).

وهذا غلط؛ لأن الأرض ليس بعضها تبعاً لبعض، فإذا لم يسلم للشفيع، سقطت حصتها بكل حال، والبناء تبع للأرض، فإذا سلم للمشتري سقطت حصته، وإن لم يسلم له لم تسقط.

قال أبو الحسن: ولو أن المشتري الأول باع بناء الأرض بغير أرض، ولم يهدمه حتى طلب الشفيع الشفعة، فإن الشفيع أحق بالأرض والبناء بالثمن الأول.

وينتقض بيع مشتري البناء؛ وذلك لأنه ما دام متصلاً، فحق الشفيع متعلق به، فكان له إبطال تصرف المشتري.

قال: وكذلك النبات والنخل في الأرض، والثمر في النخل، وكل شيء من هذا لم يزايل الأرض، فالشفيع أولى به بالثمن الأول.

وما زايل من ذلك عن الأرض، فإن الثمن يقسم على قيمته مهدوماً، وعلى قيمة الأرض، فإن كان زايل الأرض بفعل المشتري أو بفعل مشتريه منه، قسم

(١) انظر: مختصر المزني ص ١٢٠.

الثلث على قيمته صحيحاً قبل أن يُزايِل ، وعلى قيمة الأرض ، وإن سقط ذلك من غير فعل أحد ، فعلى الشفيع قيمته ساقطاً من الأرض ، ما خلا خصلة واحدة: الثمرة إن كانت أثمرت في يد المشتري ، فصرم الثمر ، فباعه ، فإن الشفيع يأخذ بجميع الثمن ، ولا [يرجع] ^(١) له بحصة الثمن ؛ لأنه لم يكن في أصل البيع .

وإن كان الثمر في أصل البيع ، فهو كما وصفنا في البناء في النخل ، إلا أن الثمرة إذا كانت موجودة حال العقد ، فيفارق البناء من وجه ، [وهي أنها] إذا ذهبت بأفة من السماء ، وسقطت عن المشتري حصتها ؛ لأنها [نفسها] في بقيتها غير تابعة ، ألا ترى أنها لا تدخل فيه إلا بتسمية ، وليس كذلك البناء ؛ لأنه تبع ، ألا ترى أنه يدخل في البيع بغير تسمية ، فإذا هلك لم يسقط في مقابلته شيء ، وكذلك قال في الأصل من الكتاب ، وقد بينا حكم البناء المنفصل ، فالثمره إذا انفصلت مثله .

فأما الثمرة الجارية في يد المشتري ، فلا حصة لها ؛ لأنه لم يقع عليها العقد ، ولا وقع عليها التسليم الموجب بالعقد .

قال: وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الأجنبي إذا هدم البناء ، فلم يقدر عليه ، أخذ الشفيع ذلك بجميع الثمن إن شاء ، [وإن شاء] ترك ، فإن قدر على الأجنبي فأخذ منه قيمة البناء سقط عن الشفيع حصة البناء من الثمن ، وكذلك ما خرج منه يسقط بحساب ما خرج ؛ وذلك لأن الأجنبي لم يقدر عليه ، فلم يسلم للمشتري البناء ولا عوضه ، فصار كأنه تلف بأفة من السماء ، فإذا خرج منه شيء فمقدار ما خرج منه قد سلم له ، فسقط عن الشفيع حصته . [والله أعلم] ^(٢) .

(١) في أ (ولا يدفع) .

(٢) انظر: مختصر القُدوري ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ .

بَابُ

الرجل يشتري الأرض والنخل وفيه ثمرٌ أو يُثمر بعد البيع ثم يجيء الشفيع والأرض والثمرة قائمة أو مستهلكة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل، وشجر فيه ثمر، واشترط ثمرته في البيع، ثم جاء الشفيع والثمرة [قائمة] في النخل والشجر، فله أن يأخذ ذلك أجمع.

قال الشيخ رحمته الله: وقد كان القياس عندهم: أن لا تجب الشفعة في الثمر، وهو قول الشافعي^(١)؛ وذلك لأنها لا تدخل في البيع إلا بتسمية، فصارت كمتاع موضوع، وإنما استحسنوا فقالوا: فيها الشفعة؛ لأنها متصلة بما تعلق به الشفعة، فصارت كالبناء، وليس يمتنع أن يدخل في البيع بالشرط، ويتعلق به الشفعة كالشرب الخارج، والطريق الخارج.

قال: وإن جاء وقد جزره^(٢) البائع أو المشتري، أو رجل أجنبي، فلا شفعة في الثمرة، ويأخذ الشفيع الأرض والنخل والشجر بما يخصها من الثمن، ويسقط عنه ما يخص الثمرة، ويقسم الثمن على قيمة الأرض والنخل والشجر والثمر [من] يوم العقد في ذلك كله، فما أصاب الثمر سقطت حصته عن الشفيع، وقيل

(١) انظر: المهذب ٤٤٧/٣.

(٢) هكذا (جزره) في النسخ، (والجزر) وإن كان يستعمل بمعنى القطع، إلا أن (الجز) تخص بمعنى حصاد قطع الثمار وجزّ التمر، وكان الأولى (جزه). انظر: المغرب؛ المصباح؛ معجم الوجيز (جز)، (جزر).



له: خذ الأرض والنخل والشجر بحصتها إن شئت ؛ وذلك لأن القياس يمنع من تعلق حق الشفيع بها ، وإنما استحسنا ؛ لاتصالها بما تعلقت به الشفعة ، فإذا انفصلت بقيت على أصل القياس .

وإنما سقطت حصتها ؛ لأن العقد وقع عليها ، فلذلك اعتبرت قيمتها [في] يوم القعد .

فإن أخذها الشفيع وبقيت الثمرة في يد البائع ، فإن محمداً قال: تلزم الثمرة المشتري ، ولا خيار له في ردّها ؛ وذلك لأن البائع لم يغيره ، ألا ترى أن المشتري قد علم أن الشفعة واجبة ، فدخل في العقد على هذا ، فلم يثبت له بالتبويض خيار .

[قال]: ولو كان البائع استهلك الثمرة ، أخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتها ، والمشتري في هذا [الوجه] بالخيار: إن شاء أخذ الأرض والنخل بحصتها ، وإن شاء تركه ، وإن شاء ترك لتبويض الصفقة وبطلان البيع في بعضها .

وهذا إنما يريد به: إذا لم يأخذهما الشفيع كان للمشتري الخيار لتبويض الصفقة عليه بفعله .

وليس هذا كالأخذ بالشفعة ؛ لأن التبويض يثبت من طريق الحكم ، وعلى هذا لو استحقت الأرض والنخل دون الثمر كان المشتري بالخيار ، وهذا إنما يتصور في الموصى له بالثمر إذا باع النخل والثمر والأرض ، وثبت للمشتري الخيار ؛ لأن البائع غره بالعقد .

قال: ولو كانت الثمرة قائمة ، فقبضها المشتري وأكلها ، أو باعها ، أو تلفت

في يده على وجه من الوجوه، فأراد الشفيع الأخذ بالشفعة، سقط عن الشفيع في هذه الوجه حصة الثمرة؛ لأن العقد وقع عليها، فإذا لم تسلم للشفيع سقطت حصتها.

قال: ولو كان البيع وقع ولا ثمرة في النخل، ثم أثمر في يد البائع بعد البيع وقبل القبض، ثم جاء الشفيع، فله أن يأخذ الأرض والنخل والثمرة، وليس له أن يأخذ بعضها دون بعض، ويكون عليه جميع الثمن؛ وذلك لأن الثمرة زيادة في المبيع، والزيادة التابعة للمبيع يتعلق بها حق الشفيع كما يتعلق بها حق المشتري.

فإن جزره^(١) البائع، أو المشتري، أو رجل أجنبي، وهو قائم في يد البائع، أو المشتري، أخذ الشفيع أيضاً الأرض والنخل بجميع^(٢) الثمن إن شاء أن يأخذها بالشفعة.

فإن كانت الثمرة ذهبت بغير فعل أحد، احترقت فسقطت، أو أصابها آفة من السماء فهلكت، فلم يبق منها شيء له قيمة، أخذها الشفيع إن شاء بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ وذلك لأن العقد لم يقع عليها، وإنما هي نماء من المعقود عليه، فإذا هلكت فكأنها لم تكن.

قال: ولو كان البائع أو المشتري صرماً الثمر، ثم هلك بعد ذلك بغير فعل أحد، أصابه سئل ذهب به، أو نار فاحترق، فإن أبا يوسف قال: ذلك سواء؛ لأن ذلك قد صار للمشتري ولا شفعة فيه، ولا أبالي هلك بفعل المشتري أو بغير فعله؛ لأن الثمرة لما انفصلت سقط حق الشفيع عنها، فكأنها كانت في الأصل منفصلة.

(١) في م (أحرزه).

(٢) في م (بحصته).



ولو اشترى أرضاً^(١) وثمره منفصلة ، أخذ الشفيع الأرض بحصتها سلمت الثمرة للمشتري أو لم تسلم .

قال: ولو كان [المشتري] قبض الأرض والنخل ولا ثمر فيها ، ثم أثمر في يد المشتري ، ثم جاء الشفيع والثمر معلق في النخل ، فله أن يأخذ الأرض والنخل والثمر بالثمن الأول الذي وقع عليه البيع ، لا يزداد عليه شيء ؛ لأن الثمر نماء من المبيع ، فلا يثبت لأجله زيادة في الثمن ، كزيادة القيمة .

فإن كان المشتري لما حدثت الثمرة في يده جزره ، ثم جاء الشفيع وهو قائم ، أو قد استهلكه المشتري ببيع ، أو أكل ، فإن الشفيع يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن إن شاء ، ولا سبيل له على الثمرة ؛ وذلك لأن الثمرة لم يقع عليها العقد ، ولا التسليم الموجب بالعقد ، وإنما كان الشفيع يأخذه لتعلقه بالنخل ، فإذا انفصل سقط حقه عنه ، ولم يسقط بإزائه شيء من الثمن ؛ لأنه لا حصة له .

وليس هذا كالثمر الحادث في يد البائع ؛ لأنه حدث قبل إتمام البيع ، فدخل فيه ، كما لو حدث قبل القبول .

وفي مسألتنا: حدثت الثمرة بعد تمام البيع ، فلم يدخل فيه ، ولم يكن لها حصة .

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف يقول: في رجل اشترى من رجل أرضاً ونخلاً ولا ثمرة فيه ، فأخذه المشتري فأثمر في يده عنده ، فأكله [٢٩٢/أ] ، (ثم أثمر فأكله)^(٢) ، فجاء الشفيع ، فإنه يأخذه بجميع الثمن .

(١) في م (أرضاً ونخلاً فيه ثمرة غير متصلة) .

(٢) ساقطة من م .

قال ابن سماعة: قال أبو يوسف هذا القول في شهر ربيع الأول من سنة ثلاث وسبعين ومائة، وهو آخر ما سمعته منه، وقد كان يقول: أقسم الثمن على الثمر وعلى قيمة النخل والأرض، فما أصاب الغلة وهي الثمرة، أسقطته من الثمن، ثم رجع فقال: يأخذها بجميع الثمن إن شاء، أو يدع.

وجه قوله الأول: أن حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البائع، ولو حدثت هذه الزيادة^(١) في يد البائع فأكلها، سقطت حصتها من المشتري، كذلك إذا حدثت في يد المشتري، فأكلها. [والله أعلم]^(٢).



(١) في م (الثمرة).

(٢) انظر: الأصل ٢٥٠/٩ وما بعدها.

بَابُ الأرض تشتري وفيها زرعٌ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها زرع يزرعها، فإنه جائز، وللشفيع أن يأخذها بزرعها بالشفعة، ولو لم يعلم الشفيع بالبيع حتى استحصد الزرع، كان له أن يأخذه بالشفعة وهو مستحصد.

فإن حصد المشتري الزرع، ثم جاء الشفيع، فإني أقسم الثمن على قيمة [الأرض وعلى قيمة] الزرع وهو بقل يوم وقع عليه العقد، فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها من الثمن، ولا أقسم الثمن على قيمة الزرع وهو مستحصد، هذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: أقوم الأرض وفيها الزرع، وأقومها وليس فيها [ذلك] الزرع، فما كان [بين] ^(١) ذلك فهو قيمة الزرع، ولا أقوم الزرع وهو بقل محصود.

فأما وجوب الشفعة في الزرع، فهو استحسان؛ لاتصاله بالمبيع، كما بيناه في الثمر.

وقد كان القياس: أن لا يجب فيها شفعة؛ لأنه لا [يدخل في البيع إلا بتسمية] ^(٢) كالمحتاج الموضوع.

(١) في أ (من) والمثبت من م.

(٢) في الأصل (يدخل في البيع إلا بشرط) والمثبت من م.



وأما إذا انفصل ، فلا شفعة فيه ؛ لأنها تجب فيه لاتصالها بالمبيع ، فإذا انفصل سقط عنه الشفعة .

وأما القسمة ، فوجه قول أبي يوسف: أن الزرع داخل في العقد وهو بقل ، فالمعتبر بقيمته يوم دخل في العقد ، فيقسم الثمن على ذلك ، ولا تعتبر زيادته بعد العقد ، كما لا يعتبر بزيادة قيمة الأرض .

وجه قول محمد: أن اعتبار قيمة الزرع بقللاً محصوداً إضرار بالشفيع ؛ لأنه لا قيمة له على هذا الوجه ، فوجب أن تقوّم الأرض مزروعةً وغير مزروعة ، فحصة الزرع ما بين القيمتين ؛ لأن الزرع دخل في العقد على هذه الصفة .

قال محمد: وكذلك الثمر في النخل ، أقوّم النخل وفيه الثمر ، وأقومه وليست فيه ثمرة ، ولا أقوم الثمرة مجذوزة ، وهذا على ما بينا .

قال: ولو أن رجلاً اشترى أرضاً وفيها زرع ، لم يُطلع الزرع ، ثم أطلع الزرع ، فحصده المشتري ، ثم حضر الشفيع ، فإني أقوّم الأرض مبذورة ، وأقومها غير مبذورة ، فيأخذها بما أصاب قيمتها من الثمن غير مبذورة .

وهذا صحيحٌ على أصله ؛ لأن البذر إذا [قوّم]^(١) في الأرض نقصت قيمته ، فوجب أن تعتبر قيمة الأرض مبذورة وغير مبذورة .

وأما على قول^(٢) أبي يوسف: فيقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة البذر في الأرض ، كما قال في الزرع .

(١) في أ (فوق) والمثبت من م .

(٢) في م (أصل) .

بَاب اِخْتِلافِ الشَّفِيعِ وَالْمَشْتَرِي فِي الثَّمَنِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا اشترى [الرجل] داراً [وقبضها أو] نقد الثمن، ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن، فقال المشتري: اشتريتها بألفين، وقال الشفيع: بألف، فالقول: قول المشتري في الثمن مع يمينه^(١)، وعلى الشفيع البينة؛ وذلك لأن الشفيع يدعي استحقاق ملك المشتري بما يذكره من الثمن، فالقول: قول المشتري في الاستحقاق، كالبائع والمشتري إذا اختلفا.

فإن أقام الشفيع بيّنة، قُضِيَ ببيّنته؛ لأنها بيّنة قابلتها الدعوى، فالبينة أولى من الدعوى، وأما إذا أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البيّنة بينة المشتري.

وجه قولهما: أن الشفيع يقيم البينة [على ما لا يتمكن المشتري من دفعه، والمشتري يقيم البينة] على ما يقدر الشفيع على إسقاطه عن نفسه، ألا ترى: أنه إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فكان قبول البينة التي يعلق بها اللزوم أولى، ولا يلزم إذا اختلف الوكيل والموكل في الثمن؛ لأن بيّنة كل واحد منها تلزم الآخر معنى لا يمكنه الخروج منه، فكان المثبت للزيادة أولى.

ولأنهما اتفقا على انتقال الملك إلى المشتري بالثمن، والثمن يثبت بقول المشتري، فقد اجتمعت البيّنتان في قول أحدهما له، والأخرى عليه، [فكانت]

(١) وفي م زيادة (في قول أصحابنا جميعاً).


التي عليه أولى .

ولا يلزم الوكيل والموكل ؛ لأن ابن سماعة روى عن محمد: أن بينة الموكل أولى ؛ لأن البيئتين تعارضتا في قول الوكيل ، فالتى عليه أولى ، فإذا لا فرق بين المسألتين .

وأما على الرواية المشهورة: فالبينة بينة الوكيل ؛ لأن الشيء ينتقل إليه ، ومن جهته ينتقل إلى الموكل ، فصار كالبائع والمشتري إذا اختلفا وأقاما البينة .

والاحتراز على هذه الرواية: أن الملك انتقل إلى الموكل كما انتقل إلى المشتري ، وفي مسألة الشفعة لم ينتقل الملك إلى الشفيع .

وجه قول أبي يوسف: أن بينة المشتري تثبت الزيادة ، فالرجوع إليها أولى ، كبينة البائع ، فإن اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن ، والدار في يد البائع أو في يد المشتري ، ولم ينقد الثمن ، فالقول في ذلك قول البائع مع يمينه إن كان أكثر مما قال جميعاً أو أقل ؛ وذلك لأن البائع إذا ادّعى أنه باع بألفين والمشتري والشفيع قالوا: بألف ، لم يجز استحقاق ملك البائع إلا بقوله ، ويتحالفان ويتدان .

وقد دل على ذلك قوله  : «إذا اختلف المتبايعان ، فالقول ما يقوله البائع» (١) .

(١) أورده السرخسي بهذا اللفظ في المبسوط ٩٩/١٤ ، وفي موضع آخر بزيادة (أو يترادان) ٨١/٢٠ ؛ وبلفظ (إذا اختلف البيعان في البيع والسلعة قائمة كما هي بعينها لم يستهلك ، فالقول ما قال البائع ، أو يترادان البيع) أخرجه الطبراني في الأوسط ١٠٥/٤ ، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن موسى بن عقبة إلا إسماعيل بن عياش» .

وأما إذا قال البائع: بعته بألف، وقال المشتري: بألفين، فالقول ما قاله البائع؛ لأن الأمر إن كان على ما قاله البائع، فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قاله المشتري، فقد حط البائع بعض الثمن، وحطه يثبت في حق الشفيع، وأما إذا قبض البائع الثمن لم يلتفت إلى قوله، وكان القول قول المشتري؛ لأنه قد استوفى حكم العقد، فصار كالأجنبي، فلا يلتفت إلى قوله.

وقد قالوا في البائع إذا قال: بعث الدار بألف وقبضت الثمن، وقال المشتري: بألفين، فإن الشفيع، يأخذها بألف؛ لأن البائع لما بدأ بذكر الثمن تعلقت الشفعة به، فإذا قال بعد ذلك: قبضت الثمن، فهو يريد أن يسقط الحق الذي ثبت للشفيع، فلا يقبل قوله.

ولو كان قال: قد قبضت الثمن وهو ألف، لم يلتفت إلى قوله؛ لأنه لما ابتداء فاعترف بالقبض، لم يبق له حق في العقد، فلم يقبل قوله بعد ذلك، كالأجنبي.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن البائع إذا أقر بقبض الثمن والمبيع في يده، وزعم أنه ألف، وقال المشتري ألفان، فالقول ما قال البائع، ويأخذها الشفيع من يده بألف، ويقال للمشتري اتبع البائع وخاصمه في الألف الأخرى.

وهذا صحيح؛ لأن البائع إنما يسقط قوله بقبض الثمن؛ لأنه لم يبق له حق في المبيع، فصار كالأجنبي، وإذا كان [المبيع] في يده فهو الخصم، فالشفعة مأخوذة من ملكه، فلذلك رجع إلى قوله.

= وعن ابن مسعود قال: قال النبي ﷺ: (إذا اختلف البيعان وليس بينهما بيّنة، فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان). «أخرجه أحمد في المسند، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه وزاد فيه (والبيع قائم بنفسه)»، كما ذكر الشوكاني في نيل الأوطار ٢٢١/٩.

قال: وإذا حَطَّ البائع بعض [٢٩٢/ب] الثمن [بالعقد] ، أو وهبه ، أو أبرأه منه [أخذ الشفيع بما بقي من الثمن ، ولو حَطَّ جميع الثمن أو وهبه] ، أخذ الشفيع ذلك بجميع الثمن ؛ وذلك لأن حط بعض الثمن يلحق العقد ، ويصير كالموجود في حالة العقد ، فيثبت في حق الشفيع .

وأما حَطُّ جميع الثمن ، فلا يلحق بالعقد استحساناً ، فلا يثبت في حق الشفيع ، وقد بيّنا هذه المسألة في البيوع .

وليس هذا كالزيادة في الثمن ، أنها تلحق بالعقد ، ولا يستحق في حق الشفيع ؛ لأن حق الشفيع يثبت في العقد الأول بالثمن الأول فيه ، فإذا زاد في الثمن ثبت حق الشفيع في الثمنين ، وكان له أن يأخذها بأيهما شاء .

قال: فإن هدم المشتري بناء الدار ثم حضر الشفيع ، فاختلفا في قيمة البناء ، فقال المشتري: كانت قيمته ألفاً ، وقال الشفيع: كانت قيمته ألفين ، واتفقا أن قيمة الساحة ألف ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، وأخذ الشفيع الساحة بنصف الثمن ، وإن شاء ترك ذلك ؛ وذلك لأن الشفعة تعلقت بجملة^(١) الثمن ، وإنما وقع الاختلاف في قدر ما يسقط من الجملة ، فالقول قول المشتري فيما يسقط منها ؛ ولأنه اختلاف فيما يلزم الشفيع ، فالقول فيه قول المشتري .

[قال]: وإن اختلفا في قيمة البناء والساحة ، فإن الساحة تقوّم الساعة ، ولا يلتفت إلى قول واحد منهما .

وأما البناء ، فالقول فيه قول المشتري ؛ وذلك لأن الساحة يُمكن الرجوع

(١) في م (بجميع) .



إلى قيمتها، والظاهر أنها على حالها في يوم العقد لم يتغيّر، فكان على القاضي أن ينظر في قيمتها في الحال.

وأما البناء، فقد تغيّر بالهدم عن حاله في وقت العقد؛ فلذلك لم يرجع إلى قيمته.

قال: فإن أقاما بينة، قال أبو يوسف: البينة بينة الشفيع على قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد: - قياس قول أبي حنيفة - إن البينة بينة المشتري عندي.

وقال أبو يوسف عن نفسه: البينة بينة المشتري.

وأما القياس الذي ذكره أبو يوسف: فإن الاختلاف وقع فيما يلزم الشفيع من الثمن، فالبينة بينته فيه، أصله: إذا اختلفا في أصل الثمن.

وأما قياس [قول] محمد: [فلأن] ^(١) أبا حنيفة جعل بينة الشفيع أولى؛ لأنه تعارضت البيّتان في قول المشتري، فالتى عليه أولى من التي له.

وهذا المعنى لا يوجد في قيمة البناء؛ لأنه لم يوجد من واحد منهما اعتراف فيه، فكانت البينة الزائدة أولى.

وجه قول أبي يوسف: أنه اختلاف فيما يلزم الشفيع، فالبينة بينة المشتري، كالاختلاف في نفس الثمن.

قال محمد: ولو اشترى داراً بعرضٍ، ولم يتقابضا، ولم يحضر الشفيع حتى

(١) في أ (فإن) والمثبت من م.

هلك العَرَض الذي هو الثمن ، فقد انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري ، وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يدفع العرض ، فهلك العرض في يد المشتري ، فقد انتقض البيع ، ويقضي القاضي على المشتري برد الدار على البائع ؛ وذلك لأن العرض تعين بالعقد ، وهلاك ما تعين بالعقد يُوجبُ بطلان العقد ، وللشفيع الشفعة ؛ لأن البيع انفسخ بعد انعقاده ، فلا تسقط الشفعة ، كما لو رد المشتري المبيع بعيب بقضاء قاضٍ .

وإن اختلفا في قيمة العرض ، فالقول قول البائع مع يمينه ؛ لأنه لا يجوز أن يستحق ملكه إلا برضاه ، فإن أقام أحدهما البينة ، فالبينة بينته ؛ (لأنها بينة قابلتها الدعوى .

فإن أقاما البينة ، فالبينة بينة البائع ، وهذا على اختلاف القياس عند أبي يوسف: أن قياس قول أبي حنيفة أن البينة بينة الشفيع ؛ لأنه اختلاف فيما يلزمه من الثمن ، فالبينة بينته)^(١) كأصل الثمن .

وعلى قول محمد: إنما جعلت بينة الشفيع^(٢) أولى ؛ لأنها تعارضت البينتان في قول المشتري ، ولم يوجد من المشتري قول في قيمة العرض ، فبقي أن تكون البينة على الزيادة أولى^(٣) .



(١) سقطت من الأصل .

(٢) في م (البينة بينته الشفيع) .

(٣) انظر: الأصل ٢٣٩/٩ وما بعدها .

بَابُ الشفعة للصغير



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا بيعت دار وبجنبها دار لصبي فشفعتها له، وهو صبي في حجر أبيه، أو وصي أبيه، أو جده، أو وصي جده أبي أبيه، أو من ولاه^(١) عليه إمامٌ أو حاكم، فلكل واحد من هؤلاء في حال ولايته أن يطالب بشفعة الصغير، ويأخذ [له] الدار بالشفعة، ويسلم ثمنها من مال الصغير.

أما ثبوت الشفعة للصغير؛ فلأنه حق يتعلق بعقد البيع، كالرد بالعيب؛ ولأن ذلك يثبت لإزالة الضرر، ودفع الضرر عن الصغير واجب كالكبير.

وأما الذي يملك الأخذ فوليُّه الذي يجوز له التصرف في ماله؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك بعوضٍ، فهو كالشراء، فمن ملك أن يشتري للصغير، مَلَكَ أن يأخذ له بالشفعة.

قال: فإن سكت واحد من هؤلاء في حال ما له المطالبة عن طلب الشفعة للصغير، بطلت شفعة الصغير.

وكذلك إن سلم الشفعة بالقول، فهو تسليم جائز، ولا شفعة للصغير إذا بلغ في الوجهين جميعاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر ومحمد وابن أبي ليلى: إن ذلك لا يجوز منه، والصغير على شفעתه إذا بلغ.

(١) في م (ولايته).

وجه قولهما: أن من ملك الأخذ بالشفعة، ملك التسليم، كالشفيع البالغ، ولا يلزم عليه الوكيل بطلب الشفعة؛ لأنه إذا سلمها جاز؛ ولأن الولي لو أخذها بالشفعة ثم باعها بمثل الثمن جاز، فإذا سلمها فقد بقي الثمن على ملك الصغير وأسقط عنه ضمان الدرك في الثمن، فهو أولى بالجواز.

وجه قولهم: أن هذا إسقاط حق الصغير من غير عوض، فلم يجز، كالبراءة من الدين والعفو من دم العمد، وهذا لا يصح؛ لأن هناك إسقاط حق من غير عوض يحصل في ملك الصغير^(١)، فلم يجز.

وفي مسألتنا: [حصل له عوض: وهو تبقية الثمن على ملك؛ فلذلك افترقا]^(٢).

فإذا ثبت هذا، فكل من يملك الأخذ بالشفعة وتسليمها، فإذا سكت عن طلبها كان تسليمًا منه، كالشفيع البالغ [إذا سكت عن الطلب].

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره عن أبي يوسف: في رجل اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها أن له أن يأخذها لابنه بالشفعة، (وإن لم يأخذها وسلم شفعتها لنفسه جاز على الصغير؛ وذلك لأن المشتري للدار يملك أخذها بالشفعة)^(٣)، بدليل الوكيل بالشراء، كذلك في مسألتنا يملك الأخذ.

وأما إذا باع الأب دارًا لنفسه، (لم يكن له أن يأخذها للصغير بالشفعة، وإن بلغ الصغير فهو على شفيعته؛ لأن البائع لا يجوز له أن يأخذ ما باعه بالشفعة،

(١) في م (يجعل للصغير) فقط.

(٢) في الأصل (يبقى الثمن على ملكه، فجاز) والمثبت من م.

(٣) ساقطة من م.

بدلالة الوكيل بالبيع إذا كان شفيعاً ؛ لأنه يكون موجباً ومستوجباً .

وإذا لم يملك الأخذ ، لم يكن سكوته إسقاطاً للشفعة [٢٩٣/أ] ، فبقيت شفعة الصغير إلى وقت تمكنه من المطالبة .

وأما الوصي إذا اشترى داراً لنفسه^(١) ، فسكت عن أخذها للصغير بالشفعة ، والصغير شفيعها ، أو سلّم شفعتها ، فالصغير على شفعتها في الوجهين جميعاً ؛ وذلك لأن الوصي لا يملك أن ينقل ما ابتاعه إلى ملك الصغير إلا بزيادة على القيمة التي لا يتغابن في مثلها ، وإذا لم يملك الأخذ ، لم يكن سكوته تسليماً ، فبقي حق الصغير بحاله .

وهذا القول عن محمد يجب أن يكون تفریعاً على قول أبي حنيفة .

فأما على قوله : فلا تسقط شفعة الصغير بالإسقاط .

وقال ابن سماعه : سمعت أبا يوسف [قال] في صبي طلب الشفعة له ، فجعل القاضي له وصياً ، فسكت الوصي عن طلب الشفعة شهراً ، قال : تبطل شفعة الصغير .

وعلى هذا قال أبو يوسف - وهذا على أصل أبي يوسف - : إن من ملك الأخذ [بالشفعة] ، ملك إسقاطها .

وأما تقدير الشهر ، فهو قول محمد ، ولا يجيء على قول أبي يوسف ، إلا أن تكون هذه رواية أخرى عنه ، أو يكون ذكر أن السكوت عن الطلب شهراً يُسقط الشفعة ، ولا يقصد بذلك التقدير^(٢) .

(١) ساقطة من م .

(٢) انظر : الأصل ٢٦٠/٩ ، ٢٦١ .



بَاب

الوكيل يشتري الدار فيطالب بالشفعة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا وكل الرجل رجلاً يشتري داراً فاشتراها، ثم حضر شفيعها، وقد قبضها المشتري، فالمشتري خصمه في الشفعة، وللشفيع أن يأخذها من يده ويسلم إليه الثمن، وتكون العهدة عليه؛ وذلك لأن الشفعة من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، فصار الوكيل كالمشتري لنفسه.

[قال]: فإن لم يحضر الشفيع حتى سلم الوكيل الدار إلى الموكل، فلا خصومة بينه وبين الشفيع، وخصم الشفيع الموكل؛ وذلك لأن الوكيل إذا سلم، فلا يد له في الدار ولا ملك^(١)، فلا يتوجه إليه الخصومة، كالبائع إذا سلم الدار إلى المشتري.

قال محمد: الوكيل في هذا مثل البائع إذا سلم الدار إلى المشتري، خرج من الخصومة، غير أن البائع لا يكون خصماً حتى يحضر المشتري، والوكيل إذا قبض خصم وإن لم يحضر الموكل؛ وذلك لأن المشتري لم يقم البائع مقام نفسه، فلم يجز له فسخ الملك عليه من غير حضوره، فأما الموكل فقد أقام الوكيل مقام نفسه ورضي به^(٢)، فجاز أن يفسخ الملك بمخاصمته وإن لم يحضر الموكل.

قال: وهذا إذا علم أنه وكيل في الشراء، فأما إذا لم يعلم ذلك فادعى

(١) في م (يملكها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

المشتري أنه وكيل لغيره ، قال ابن سماعه عن أبي يوسف : سمعته يقول في رجل اشترى داراً فطلب الشفيع الشفعة ، فقال المشتري : إنما اشتريتها لفلان ، ولا حق لي فيها ، وقال الشفيع : بل اشتريتها لنفسك ، وإنما تريد أن تدفع شفعتي بهذا ، قال : لا أصدق المشتري ، وأجعله خصماً ، وأقضي عليه بالشفعة ، وكذلك لو قال المشتري قبل أن يشتري الدار : إنما اشتريتها لفلان ، ثم اشتراها ، فإنني لا ألتفت إلى قوله هذا ، وأجعله خصماً ، وأقضي عليه بالشفعة ؛ وذلك لأن الخصومة قد توجهت عليه ، ولو علمنا الوكالة لم تسقط خصومته ؛ لأن حقوق العقد تتعلق به ، كذلك إذا كانت الوكالة غير معلومة .

وقد كان أصحابنا يقولون : إذا قال المشتري قبل أن يخاصم في الشفعة : إنما اشتريتها لفلان ، وسلم الدار إليه ، ثم حضر الشفيع ، فلا خصومة بينه وبين المشتري ؛ لأنه أقر قبل الخصومة ، فصح إقراره ، وخرج بالتسليم من الخصومة . وأما إذا خوصم ، ثم أقر أنه اشتراها لغيره ، وسلمها إليه ، لم تسقط الخصومة عنه ؛ لأنه صار خصماً للشفيع وهو يريد إسقاط حقه بإقراره ، فلا يقبل قوله . قال أبو الحسن عليه السلام : ولو أقام على قوله هذا بيّنة قبل شرائها أنه اشتراها لفلان ، لم تقبل بينته على ذلك .

[وكذلك لو أقام] ^(١) البيّنة : أن فلاناً الذي زعم أنه اشتراها [له] ^(٢) قد وكله بأن يشتري هذه الدار منذ سنة ، فإنني لا أقبل بيّنته ، ولا أدفع بذلك الخصومة . وهذا صحيح ؛ لأن الدار ما دامت في يده ، فهو الخصم ، فإن علمت الوكالة

(١) في أ (وكذا) والمثبت من م .

(٢) في أ (أنه) والمثبت من م .

فلا معنى لإقامة البينة عليها.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال المشتري: أنا أقيم البينة أني أقررت بهذا القول قبل أن أشتري الدار، لم أقبل ذلك منه على الغائب، ولا خصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المُقَرَّر له يريد أخذها منه، فيكون الشفيع خصماً.

وإنما لم يقبل بينته؛ لأنه يثبت بها الملك للغائب بغير حضور، إلا أنه أقر بالملك قبل الخصومة، فيتعلق بإقراره حكم، إذا حكم للغائب بحكم الملك، صار الغائب كالمشتري، والوكيل كالبائع، فلا يفسخ ملك الغائب إلا بحضوره، وهذه الرواية عن محمد مخالفة للمشهور عنهم.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: إذا اشترى الرجل داراً لنفسه أو لغيره، فطلب الشفيع شفيعته، وخاصم المشتري، فله ذلك.

فإن أقر أنه اشتراها لغيره، فإن كان دفعها إلى الذي اشتراها له، فالأمر [هو] خصم للشفيع، ولا خصومة بينه وبين المشتري، وهو في هذا بمنزلة البائع إذا سلم، [وإذا دفع إلى المشتري] ^(١)، فالمشتري هو الخصم للشفيع، [وإن لم يكن دفعها فهو خصم للشفيع] ^(٢)، ولا أعتبر حضور الأمر، وهذه الرواية موافقة للمشهور الذي قدمناه ^(٣).



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م وساقطة من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م وساقطة من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٢٨٥/٩ وما بعدها.

بَابُ

المُشْتَرِي يَبْنِي مَا اشْتَرَى ثُمَّ يَجِيءُ الشَّفِيعُ يَطْلُبُ الشَّفْعَةَ أَوْ الشَّفِيعُ يَبْنِي ثُمَّ تَسْتَحِقُّ الدَّارُ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل داراً، وهي ساحة، فبناها^(١)، ثم جاء شفيعها فطلبها^(٢) بالشفعة، فحكم له بها، فإن المشتري يقال له: اقلع بناءك وسلّم الساحة إلى الشفيع، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، ورواية محمد عن أبي يوسف، ورواية ابن سماعة وبشر وعلي وابن أبي مالك عن أبي يوسف كذلك.

وروى ابن زياد عن أبي يوسف: أن المشتري لا يؤخذ بقلع البناء، ويقال للشفيع، خذ الدار بالثمن وبقيمة البناء أو اترك، وهو قول الحسن والشافعي^(٣).

قال الحسن بن أبي مالك: هذا [كان] قول أبي يوسف الأول، والخلاف في الغرس كالخلاف في البناء.

وجه قولهم: أن الشفيع يستحق بسبب سابق، فصار كمستحق الملك، [فوجب]^(٤) أن يقلع البناء؛ ولأنه تصرف من المشتري يؤدي إلى زيادة البدل في حق الشفيع، فكان للشفيع إبطاله، كما لو باع بأكثر من الثمن الأول؛ ولأن من

(١) في م (فبنى فيها).

(٢) وفي م (يطلب الشفعة).

(٣) انظر: المهذب ٤٥٣/٣.

(٤) في أ (له) والمثبت من م.

تصرف في ملكه بالبيع ثبت لغيره حق الفسخ ، فإذا تصرف فيه بالبناء ، ثبت له حق الفسخ ، كالراهن إذا بنى ، وقد سَلَّمَ الشافعي مسألة الرهن إذا كان قيمة الأرض والبناء أقل من الدين .

وجهُ قول أبي يوسف: أن المشتري بنى في ملك نفسه ، فلم يجوز أن يقلع البناء [٢٩٣/ب] (كمن بنى في ما لا شفعة فيه ؛ ولأننا لو جَوَّزنا قلع البناء لأضررنا بالمشتري ، ألا ترى أنه لا يقدر على البناء والغرس)^(١) مخافة الشفيع ، وإنما أوجبناها لإزالة الضرر عن الشفيع ، فلم يملك الإضرار بالمشتري .

قال: وإذا اشترى الرجل داراً فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ، ثم استحققت الدار ، فإن المستحق يأخذ الدار ، ويقال للشفيع: اهدم بناءك ، ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء إن كان أخذ الدار من يده ، ولا على البائع إن كان أخذ الدار من يده ، وهذه رواية الأصول من غير خلاف .

وروى ابن الوليد عن أبي يوسف: أن الشفيع يَرجع عليه^(٢) بقيمة البناء ، وكذلك روى ابن زياد عنه .

وجه قولهم المشهور: أن الرجوع بقيمة البناء إنما يثبت بالغرور الذي حصل من جهة البائع حين أوجب الملك للمشتري على وجه يتصرف فيه كيف شاء ، والمشتري لم يُغَرِّ الشفيع بإيجاب الملك ، وإنما أخذ الشفيع الدار من يده بغير اختياره ، فلم يكن مغروراً ، وإنما هو الذي غرَّ نفسه ، فلا يرجع على غيره .

وليس هذا كالثمن حيث يرجع عليه ؛ لأن الثمن إنما يرجع به على

(١) ما بين القوسين ساقطة من م .

(٢) في م (على المشتري) .



المشتري؛ لأنه عوض عن المبيع، فإذا لم يسلم له المبيع لم يسلم الثمن للبائع أيضاً، وهذا المعنى موجود في الشفيع.

وعلى هذا قالوا في الجارية المأسورة: إذا اشتراها رجل من أهل الحرب، فأخذها مولاها الأول من يده بالثمن، واستولدها، ثم استحقت، رجع المولى على المشتري من أهل الحرب بالثمن، ولم يرجع عليه بقيمة الأولاد؛ لأن الرجوع بقيمتهم إنما يثبت لأجل الغرور، ولم يثبت.

وكذلك الأب إذا استولد جارية ابنه، ثم استحقت.

وجه قول أبي يوسف: أن كل من ثبت عليه الرجوع بالثمن، يثبت الرجوع عليه بقيمة البناء، كالبائع^(١).



(١) انظر الأصل ٢٤٨/٩.



بَابُ

الشفعة بدارٍ فيها شفعةٌ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا اشترى الرجل داراً وقبضها، ولها شفيع، فهي في ملك المشتري، يجوز تصرفه فيها، كما يجوز في سائر أملاكه، ولا يمنعه وجوب الشفعة فيها من التصرف إلى أن يحكم بالشفعة للشفيع.

قال ابن رستم عن محمد: في رجل اشترى داراً ولها شفيع، فإن الملك للمشتري حتى يأخذها الشفيع بشفعته، وله أن يهدم ويؤاجر وتطيب له الأجرة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وهذا قول أصحابنا جميعاً؛ وذلك لأن الملك انتقل إلى المشتري بالبيع، وإنما يثبت للشفيع حق التملك في ملكه، وذلك لا يمنع من التصرف كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع، أن حق التملك ثابت للمشتري؛ بدلالة أنه يملك بمضي المدة، ولا يمنع ذلك من تصرف البائع، وإن كانت الدار على ملكه جاز تصرفه فيها، وطاب له أجرها كسائر أملاكه.

قال [أبو الحسن]: وإذا اشترى الرجل داراً ولها شفيع حاضر أو غائب، ولم يعلم الحاضر بالبيع حتى بيعت دار أخرى إلى جنب الأولى ملاصقة للدار الثانية، فجاء الشفيع فطلب المشتري، وهو المشتري الأول بالشفعة في الثانية، فإنه يحكم له بذلك، وإن حضر الشفيع فإنه يقضى له بالدار الأولى بجواره، وبمضي الحكم في الثانية [للمشتري]؛ لأنه كان جاراً في حالتي البيع، وحكم له بالثانية، وجواره الأول قائم، [فلا ينتقض أخذه بزوال الجوار بعد الحكم له]؛

وذلك لما بينا أن الملك للمشتري ، فإذا بيعت دار بجنبه ، يثبت له الشفعة بملكه .
فإذا استحقت الدار من يده بالشفعة ، فقد زال ملكه عنها بعد الحكم له
بالشفعة ، وذلك لا يسقط الاستحقاق ، كما لو باع داره المشفوع بها .

قال: ولو كان الأول جاراً للدارين جميعاً ، والمسألة على حالها ، حكم
للأول بالدار الأولى ، وحكم له بنصف الثانية ؛ وذلك لأن الشفيع جار للدار
الثانية ، وكذلك المشتري [جار] فتساويا في جوارهما ، فكان للشفيع نصفها مع
الدار الأولى ، [وللمشتري النصف .

ولا يقال: إن القاضي لما قضى للشفيع بالدار الأولى] فقد زال ملك
المشتري عما يشفع به ، فكيف يزاحم الشفيع في شفعة الدار الثانية ؛ وذلك لأن
شراء المشتري للدار الثانية بحكم الحاكم له بالشفعة [في] نصفها ، وقد كان
مالكاً للمشفوع به في حال شرائه الثانية ، وإنما زال ملكه بالحكم ؛ وذلك بعد
انتقال الشفعة إليه ، يبين ذلك أنهم قالوا في أحد الجارين: إذا اشترى داراً
ملاصقة ، ثم مات وحضر الجار الآخر يطالب الشفعة ، قضى له بالنصف ، ولولا
أنهم جعلوا الشراء كالقضاء بقدر المستحق ، لوجب أن تسقط شفعة الميت
بموته ، وتبقى شفعة الحي ، فيقضى له بجميع الدار .

وكذلك لو اشترى الرجل داراً ملاصقة ، ثم باع داره الأولى ، ثم حضر جار
آخر ، قضى له بالنصف ؛ لأنهم جعلوا شراءه كالحكم له [بقدر المستحق] ، ولولا
ذلك لقضى للجار الثاني بكل الدار ؛ لأنه لا جوار للمشتري في حال الحكم له .

وقال علي بن الجعد وبشر بن الوليد عن أبي يوسف: لو أن رجلاً اشترى



نصف دار، ثم اشترى نصفها الآخر، فخاصم [المشتري الأول]، فقضي له بالشفعة بالشراء وأخذ ذلك، ثم خاصمه، جاز في الشفعتين، فإن الجار أحق بالشراء الأول، ولا حق له في الثاني.

وكذلك لو اشترى نصف الدار، ثم اشترى نصفها؛ وذلك لأنه شريك في النصف الثاني، فهو أولى بشفعته من الجار، واستحقاق النصف الأول لا يسقط الشفعة التي وجبت له؛ لأنها انتقلت إليه بالشراء وصارت كالمحكوم بها.

قال أبو يوسف: وإن كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول، فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول بالشفعة، فالجار أحق بالنصف الثاني من المشتري الأول؛ لأن ملك المشتري الأول أزاله عن النصف قبل انتقال الشفعة إليه، فسقطت شفعته، وبقي حق الجار، فاستحق النصف الثاني بالجواري، كما استحق الأول.

وقد قالوا في رجل ورث داراً فبيعت إلى جنبها دار، فأخذها بالشفعة، ثم بيعت إلى جنب الثانية [دار]، فأخذها بالشفعة، ثم جاء مستحق فاستحق الدار الموروثة، وطلب الشفعة، فإنه يأخذ الدار الثانية، ويكون الوارث أحق بالثالثة من المستحق؛ وذلك لأن الاستحقاق يكشف أن الوارث لم يكن مالكاً حين بيعت الدار الثانية، فقد قضى له بالشفعة بسبب لا يتعلق به الاستحقاق، فيفسخ القضاء.

وأما الثالثة، [٢٩٤/أ] فقد بيعت وهو مالك للدار الثانية التي قضى له بها، وإن ثبت فيها حق الفسخ، فكان أولى بها، وصار في الدار الثالثة كالشفيع في الدار الثانية في مسألتنا.

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً باع نصف دارٍ من رجل ليس بشفيح ، ثم قاسمه بأمر القاضي ، [فقدم] ^(١) الشفيح ونصيبُ البائع بين دار الشفيح وبين نصيب المشتري ، فإن هذا لا يبطل شفعة الشفيح ؛ لأن القسمة تصرف من المشتري ، فلا يبطل به حق الشفيح كبيعته وهبته [وتزويجه عليها] .

ولو كان البائع باع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيح الشفعة الأولى ، ثم طلب الشفيح الأول الشفعة الأولى ، فإن قضى القاضي بالأجرة جعلها بينهما ، وقضى بالأولى للأول ، وإن بدأ فقضى بالأولى للأول ، قضى له بالأخرى أيضاً من قبيل أنه لم يبق في يد المشتري [الأول] حق يأخذ به الشفعة ؛ وذلك لأن القاضي إذا بدأ فقضى بالشفعة الأخرى ، فالمشتري الأول جار لنصيب البائع ، وجار كذلك ، فتساويا في الجوار عند البيع وعند الحكم ، فيقضي بالشفعة بينهما .

وأما إذا بدأ فقضى بالشفعة للأولى ، فقد استحق ملك المشتري قبل القضاء بالشفعة الثانية ، فلم يجز أن يقضي له بشيء ، فقضى به للأول .

وهذا إذا كان المشتري لنصيب البائع غير المشتري الأول ، فأما إذا اشتراه الأول ، فالشفعة الأخرى بينهما ، سواء قضى بها أولاً أو ثانياً ؛ لما بيننا أن الشراء كحكم الحاكم للشفيح ، فزوال ملكه لا يؤثر . [والله أعلم] .



(١) في أ (قم قدم) والمثبت من الفتاوى الهندية ، ١٨١/٥ .

بَاب

المشتري والشفيع يختلفان فيما وقع عليه البيع
هل هو في صَفْقَةٍ أو صَفْقَتَيْنِ؟ أو هل وقع البيع في الكُلِّ أو البَعْضِ؟



قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال في رجل اشترى داراً، فقال اشترت العَرَضَةَ على حدة بألف [درهم]، والبناء بألف، وقال الشفيع: بل اشتريتها كلها بألفين، فالدار لي بنائها، قال: فالقول للشفيع، وكذلك قال محمد؛ وذلك لأن المشتري أقرّ بالشراء في الجميع، وأدعى تفريق الصفقة ليُبطل حق الشفيع عن بعض ذلك، فلا يقبل قوله؛ ولأن تفريق الصفقة صفة زائدة على إطلاق البائع، فالقول من يدعي الإطلاق^(١).

قال أبو يوسف: فإن أقام المشتري البينة أنه اشترى الدار بغير بناء بألف بعدما اشترى البناء بألف، وأقام الشفيع البينة أنه اشترىها معاً صفقة واحدة، ولم يوقتا وقتاً، فالبينة بينة المشتري.

وقال محمد: البينة بينة الشفيع.

وجه قول أبي يوسف: أن بينة المشتري تثبت شرطاً زائداً: وهو تفريق الصفقة، وبينة الشفيع تنفي ذلك، فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى؛ ولأن المشتري أقام البينة على خلاف الظاهر، فكانت بينته أولى، كمن أقام البينة على ما يشهد له الظاهر.

(١) انظر: الأصل ٣٠٩/٩.

وجه قول محمد: أن بينة الشفيع تثبت زيادةً في الاستحقاق، فهي أولى؛ ولأنه يمكن الجمع بين البيئتين لجواز أن يكون باعهما متفرقاً، ثم باعهما في صفقة، فيكون البيع الثاني فسخاً للأول، وتتعلق الشفعة بالثاني، ويجوز أن يكون باعهما [أولاً] بصفقة، ثم باع متفرقاً، فيكون الثاني فسخاً للأول، إلا أن الشفعة لا تسقط بالفسخ.

وقال ابن سماعه في نوادر أبي يوسف: سمعت أبا يوسف قال في رجل اشترى داراً، فطلبها الشفيع، وقال المشتري: اشتريتها وأحدثت البناء فيها، (قال: فالقول قول المشتري، وعلى الشفيع البينة أنه اشتراها وهذا البناء فيها)^(١)؛ وذلك لأن المشتري لم يعترف بشراء البناء، فلم يجز استحقاق [البناء] فيه إلا ببينة.

قال: ولو اشترى رجل دارين ولهما شفيع ملاصق، فقال المشتري: اشتريت واحدة بعد واحدة، فأنا شريكك في الثانية، وقال الشفيع: بل اشتريتهما صفقة واحدة، فلي فيها الشفعة، فالقول قول الشفيع؛ وذلك لأنه اعترف بالشراء فيهما، وهو سبب للشفعة فيهما، وادعى تفريق الصفقة، وذلك معنى مسقط للشفعة عن إحدى الدارين، فلم يقبل قوله إلا ببينة، فإن أقاما بينة، فهو على الخلاف الذي قدمناه.

ولو قال المشتري: وهب لي هذا البيت من هذه الدار بطريقه، واشتريت بقيتها، وقال الشفيع: بل اشتريتها كلها، فإني لا أصدق المشتري على إبطال الشفعة، وأجعل للشفيع الشفعة فيما أقر المشتري أنه شراء، ولا أقضي بالشفعة فيما زعم أنه هبة؛ وذلك لأنه اعترف بالشراء في بقية الدار، وادعى الشفعة بالشركة في الطريق، وذلك سبب لا يعلم، وجوار الجار معلوم، فلا يسقط بقول المشتري.

(١) سقطت من م.

فأما البيت الموهوب ، فلم يعترف المشتري بالشراء فيه ، فلا يجوز إيجاب الشفعة فيه بغير اعتراف .

قال: فإن أقاما بينة ، فإني آخذ بينة المشتري ، وأبطل الشفعة في الدار ؛ وذلك لأن المشتري يقيم البينة على خلاف الظاهر ؛ ولأنه يثبت لنفسه استحقاق الشفعة في الدار ؛ وذلك لأن المشتري يقيم البينة على خلاف الظاهر ؛ ولأنه يثبت لنفسه استحقاق الشفعة ، وبينة الشفيع تنفي ذلك ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ويجب أن يكون قول محمد بخلافه ؛ لأن الشفيع يثبت زيادةً في الاستحقاق .

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل اشترى داراً ، فطلب الشفيع الشفعة ، فقال المشتري: اشتريت نصفها ، ثم نصفها ، فلك النصف [الأول] ، وقال الشفيع: اشتريتها كلها صفقة واحدة ، فالقول قول الشفيع .

(وعلى ما قدمنا ، فإن قال المشتري: اشتريت رُبعاً ثم ثلاثة أرباع ، فلك الربع ، وقال الشفيع: بل اشتريت ثلاثة أرباع ، ثم ربعاً ، قال: فالقول قول الشفيع)^(١) ؛ لأن المشتري يعترف بشراء الثلاثة الأرباع ، وإنما ادعى تقدم ملكه في الربع ، ليستحق شفعتها ، فلا يصدق .

وإن قال المشتري: أخذتها كلها صفقة واحدة ، وقال الشفيع: بل أخذت نصفها ثم نصفها ، فأنا آخذ النصف ، فالقول قول المشتري: يأخذها كلها أو يدع ؛ وذلك لأن المشتري اعترف بثبوت الحق للشفيع في الجميع ، وإنما يريد الشفيع تبعض الصفقة عليه ، فلا يقبل قوله^(٢) .

(١) ما بين القوسين ساقطة من م .

(٢) انظر: الأصل ٢٤٢/٩ .



بَابُ

الشفيع والمشتري والبائع يختلفون بإفساد البيع وصحته والخيار فيه



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: روى ابن سماعة عن أبي يوسف في نواذره، وابن الجعد عن أبي يوسف في الإملاء: في رجل باع من رجل داراً ولها شفيع، وقال البائع: بعثها بألف درهم على أني بالخيار ثلاثاً [ب/٢٩٤] وصدقه المشتري وكذبهما الشفيع وقال: لا، بل كان البيع بتاتاً لا خيار فيه.

قال أبو يوسف: لا شفعة للشفيع في قول أبي حنيفة، وهو قول محمد في الجامع الكبير وغيره.

وقال أبو يوسف: القول قول الشفيع، وله الشفعة.

وروى ابن زياد عن أبي يوسف: أن القول قول البائع والمشتري، ولا شفعة للشفيع.

لهما: أنهما لما اتفقا على خيار البائع، وذلك يمنع من خروج المبيع من ملكه، لم تجب الشفعة؛ ولأنها تجب برغبة البائع عن ملكه؛ ولأنهما لما اتفقا على أنه لم يجر [بينهما] سبب يوجب الشفعة، [صار] كما لو قالوا: لم نتبايع، وكما لو اعترفا بوجود الإيجاب من غير قبول.

لأبي يوسف: أن الأصل في البيع البتات، والخيار طارئ، فمن ادعى

الأصل فالقول قوله ؛ لتمسكه بالظاهر .

قال: فإن اختلفا، فقال البائع: بعت على أني بالخيار، وادّعى المشتري البيع بتاتاً، فإن بشراً وعلي بن الجعد وابن سماعة رووا عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن القول قول البائع مع يمينه ؛ ولا شفعة للشفيع .

وقال أبو يوسف: القول قول المشتري ، وللشفيع الشفعة ، وهو قول ابن أبي ليلى .

قال أبو الحسن: وهو قول محمد ، وهي رواية الأصل من غير خلاف .

وجه قولهم المشهور: أن الأصل في البيع التات ، فمن ادعاه من المتبايعين ، فقد ادعى الظاهر ، ومن ادعى شرطاً زائداً لم يقبل قوله ، كمدّعي الأجل .

وجه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة: أن البائع لم يعترف بخروج الشيء من ملكه ، فلم يجز أن يلزمه البيع من غير اعترافه ، كما لو اعترف بالإيجاب من غير قبول .

قال: وأجمع أصحابنا أن خيار البائع يمنع من وجوب الشفعة ، وخيار المشتري لا يمنع الشفعة في الرواية المشهورة .

قال محمد بن شجاع: أخبرني بشر بن الوليد والحسن بن أبي مالك ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة أنه كان يقول: إذا كان الخيار للبائع ، فالملك للبائع على حاله حتى يجب^(١) البيع ، وإذا كان للمشتري ، فقد وجب الملك للمشتري ، وهذا قول أبي يوسف .

(١) في م (بخير) .

قال ابن شجاع: أخبرني ابن الوليد وابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه رجع عن قوله ذلك، وقال: سواء كان الخيار للمشتري أو للبائع، [فإنه] لا يجب للملك حتى يجيز الذي له الخيار البيع، وينقد الثمن، وإذا وجب الملك للمشتري كان للشفيع الشفعة.

قال الشيخ: أمّا خيار البائع فيمنع وجوب الشفعة، وقد بيّنا ذلك، وأمّا خيار المشتري فلا يمنع الشفعة في الرواية المشهورة؛ لأن من أصل أبي حنيفة أن الملك انتقل عن البائع، والشفعة تجب لهذا المعنى، لا بملك المشتري.

وعلى قولهما: قد انتقل الملك إلى المشتري، فهو أولى بوجوب الشفعة، وهذا قول أبي حنيفة الأول.

فأما وجه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة؛ فلأنه خيار مشروط لأحد المتعاقدين، فيمنع وجوب الشفعة، كخيار البائع؛ ولأن العقد [معرّض] للفسخ لسبب الخيار كالبائع.

قال ابن سماعه عن أبي يوسف في نوادره: سمعت أبا يوسف قال: في رجل باع داراً من رجل، ثم إن البائع والمشتري تصادقا أن البيع كان فاسداً، وقال الشفيع: بلى كان جائزاً، فالقول قول الشفيع، ولا أصدقهما على فساد البيع إذا زعما أن البيع كان فاسداً، كشيء إذا ادّعا أحدهما وأنكره الآخر جعلت القول قول الذي يدّعي الصحة، فإني لا أصدقهما على الشفيع، وأقضي له بالشفعة، [وإذا زعما] ^(١) أن البيع كان فاسداً بشيء، أجعل القول [فيه] قول الذي يدّعي الفساد، فإني أصدقهما، و[لا] أجعل للشفيع الشفعة.

(١) في ب (إذا زعم).

[قال]: وهذا الذي ذكره أبو يوسف، إنما يجيء على قوله خاصةً في أنهما إذا تصادقا على الخيار لم يقبل قولهما في حق الشفيع، فكذلك إذا اتفقا على فساد العقد^(١)، مثل الأجل الفاسد، والخيار الفاسد؛ لأن هذا اختلاف لو حصل بين المتبايعين كان القول قول من يدعي الصحة منهما، فكذلك إذا اتفقا عليه وخالفهما المشتري.

فأما إذا اتفقا على أنهما باعا [بخمر أو خنزير]^(٢) فهذا عقد لا يصح أبداً.

ولو اختلف المتبايعان فيه، قال أحدهما: بعْتُ بدراهم، وقال الآخر: بخمرٍ أو خنزيرٍ، كان القول قول من يدعي الفساد، فكذلك في مسألتنا القول قول المتبايعين.

وقد قال أبو يوسف في هذه المسألة: إذا قال: إني بعْتُ (٣) بألف وورطل خمر، وقال الشفيع: بألف، أن القول قول الشفيع، وهذا على الرواية التي قالوا فيها: إن هذا بمنزلة الشرط الملحق، وأن العقد يصح^(٤) بإسقاطه.

فأما على الرواية التي جعلوه فساداً في نفس المعقود عليه، فيجب أن يكون القول قول المتبايعين، فلا تجب الشفعة.

وأما على قول أبي حنيفة ومحمد: فينبغي أن لا تجب الشفعة في الفصول كلها، سواء كان الفساد المدعى ملحقاً أو في نفس العقد؛ لأنه يجري مجرى

(١) في م (فساد البيع بمعنى ملحق كالأجل).

(٢) في أ (خمرًا أو خنزيرًا) والمثبت من م.

(٣) في م (تبايعنا).

(٤) في م (يفسخ).

شرط الخيار في المنع من الشفعة.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل اشترى داراً، فجاء الشفيع وادعى شفعتها، فقال المشتري: اشتريتها بألف على أن أبيعها بالألف متاعاً، وصدقه البائع، قال محمد: القول قولهما، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف؛ لأنهما [لما] اتفقا على الفساد، فكأنهما اتفقا أنهما لم يتبايعا، وهذا يصحح ما ذكرنا عن أبي حنيفة ومحمد، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

[وقال الحسن عن أبي يوسف]: فإن قال: اشتريتها بألف درهم شراءً صحيحاً، وقال البائع: بل بعته بألف درهم بيعاً فاسداً، كان القول قول المشتري.

وقال الحسن: قال زفر: القول قول الشفيع في هذه المسائل كلها، والبيع بتات صحيح، وللشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ وذلك لأنهما إذا اختلفا في الصحة والفساد، فالقول قول من يدعي الصحة منهما، وإذا صحَّ العقد وجبت الشفعة.

فأما الذي حكاه عن زفر: أن القول قول الشفيع في جميع الوجوه؛ فإنما يريد به إذا اتفق المتبايعان على الشرط المفسد، أو اختلفا فيه.

وأما إذا قال البائع: بعته بخمر، فلا يجوز أن يقول زفر أن الشفعة واجبة؛ لأنه يؤدي إلى استحقاق الملك عنه^(١) ببدل لم يرض به^(٢).



(١) في م (عليه).

(٢) انظر: الأصل، ٢٦٨/٩، ٢٦٩.

بَابُ

الرجلُ يُطالبُ بالشفعة بدارٍ في يده



قال هشام: سألت محمداً عن رجل اشترى داراً، فادعى [شفيعتها] شفعتها بدار في يده، فقال المشتري: هذه الدار التي في يده هي لصيقة هذه الدار، وهي في يد^(١) هذا، ولكنها ليست له، فأخبرنا محمد عن أبي حنيفة قال: على الذي يدعي الشفعة أن يقيم البينة أنها داره.

وقال أبو يوسف: إذا أقر المشتري أنها في يده، أو قامت للشفيح بينة أنها في يده، فإن له الشفعة.

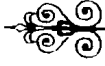
وقال محمد: القياس ما قاله أبو حنيفة.

وذكر ابن شجاع في اختلاف زفر وأبي يوسف عن أبي يوسف: أن القول قول المشتري، ولا تجب الشفعة حتى يقيم الشفيح بينة على الملك.

وقال زفر: القول قول الشفيح، وله الشفعة.

وجه قول أبي حنيفة [٢٩٥/أ] ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: أن الدار إذا كانت في يد الإنسان، فالظاهر أنها ملكه، والظاهر يدفع به الدعوى [ولا يستحق به على الغير، ألا ترى أن المدعى عليه يدفع دعوى المدعى] ولا يستحق الملك بذلك، ولو جعلنا القول قوله لاستحق بالظاهر ملك المشتري،

(١) في م (في يد هذه الدار).



وهذا لا يصح .

وعلى هذا قالوا: في المقدوف إذا زعم أنه حرّ ، وقال القاذف: هو عبد ، لم يجب عليه الحد حتى يقيم المقدوف بينة بالحرية ؛ لأن الظاهر الحرية ، إلا أنه بهذا الظاهر لا يستحق حقاً على الغير .

وكذلك المقطوعة يده إذا زعم أنه حرّ ، فطلب القصاص من القاطع ، فقال القاطع: هو عبد ، لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى .

وكذلك قالوا في المشهود عليه إذا زعم أن الشاهد عبد: لم يقض عليه بظاهر الحرية .

وكذلك إذا زعمت العاقلة أن القاتل عبد ، لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت أنه حر ؛ لأن في الحكم بحريته بغير بينة حكم عليه بالظاهر ، فلم يجز .

وجه قول زفر وإحدى الروایتين عن أبي يوسف: أن اليد موجبة للحكم بالملك ؛ بدلالة أن الشفيع لو مات حكماً بانتقالها إلى ورثته ، ولو باع حكماً بجواز البيع ، فصار ذلك كالبينة .

وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف: في رجل في يديه دار ، أقام رجل عليه البينة أن هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يديه ، قال: فإني أجعلها للذي أقام البينة ، فإن جاء يطلب الشفعة بدار إلى جنبها ، لم أقض له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك ، وهذا يدل أن القضاء باليد مع جهله بنقل الملك هو قضاء بالاستحقاق ، وليس بحكم بالملك ؛ لأن اليد قد تكون يد مالك في الظاهر ، وهي غصب في الباطن . [والله أعلم] .

بَابُ استحقاقِ الشفعةِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا بيعت دار في زقاق غير نافذ، فأهله جميعاً شركاء في الشفعة، وهم أولى من الجيران الملاصقين الذين لا طريق لهم في الزقاق.

فإن سَلَّم الشركاء في الطريق الشفعة، أخذ الجيران الملاصقون، ولا شفعة لجار غير ملاصق ممن لا طريق له في الزقاق؛ وذلك لأن الدرب إذا لم يكن نافذاً فأهله شركاء فيه، والشريك في حق المبيع أولى من الجار.

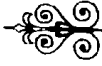
وقد قال محمد: إن أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق إذا كان ملكاً لهم، أو كان فناء غير مملوك، ولا شبهة في المملوك؛ لأنهم شركاء فيه.

فأما الفناء الذي ليس بمملوك، فهم [أحق] (١) به من غيرهم، فصار في حكم الملك، [فوجب به] (٢) الشفعة، فإذا سَلَّم أهل الزقاق، فللجار الشفعة على ما قدمنا من خلاف أبي يوسف.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: قال أبو حنيفة: إذا كان بين الدارين طريق نافذ، فلا شفعة فيها إلا للجار الملاصق؛ وذلك لأن الطريق النافذ ليس بمملوك، فلا يختص به أهله، بل هم وجميع الناس فيه سواء، فصار كالشوارع،

(١) في ب (أخص).

(٢) في أ (فوجب له) والمثبت من م.



وهذا يجب أن يكون في الطريق النافذ إذا لم يكن مملوكًا ، فأما إذا كان مملوكًا ، فهو في حكم غير النافذ في وجوب الشفعة به .

قال محمد: في دار بين شركاء ، اقتسموها وعزلوا منها طريقًا نافذًا بينهم ، ثم باع أحدهم نصيبه ، كان للباقيين الشفعة بهذا الطريق ؛ لأنه ملك لهم وإن كان نافذًا ، ألا ترى أن لهم أن يسدوه ويمنعوا غيرهم من استطراقه ، والنافذ الذي لا يستحق به الشفعة: هو الذي [لا يملك] ^(١) أهله أن يسدوه ؛ لأن حق الجميع متعلق به ، وما تعلق به حق جميع المسلمين ، لم يجب به الشفعة ؛ لأن ذلك يؤدي إلى وجوبها لجميعهم .

قال ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: وكذلك النهر إذا كان بين أقرحة - إلا أن يكون نهرًا صغيرًا ساقية [بين] قوم - فهو بمنزلة الزقاق فيه الدور وليس بنافذ ، فهم شركاء في الشرب ، وفيه الشفعة .

فإن بيع قراح له شرب في الساقية ، وإلى جانبه قراح ليس له في الساقية شرب ، فأصحاب الشرب أولى به وإن كانوا أبعد ؛ لأنهم شركاء في النهر ، وليس هذا بشريك [فيه] .

قال أبو الحسن: وكذلك نهر صغير أو ساقية بين قوم عليها قراحان أو ثلاثة ، أو بساتين ، أو نحو ذلك ، فإنهم جميعًا شركاء في الشفعة ؛ وذلك لأن النهر الصغير يجري مجرى الدرب الذي لا ينفذ ؛ [في أنه حق] ^(٢) مملوك لأهلها ، فتجب الشفعة بالشركة فيه ، والنهر العظيم يتعلق به حق جماعة المسلمين ، ولا يختص به

(١) في أ (يمنع) والمثبت من م .

(٢) في أ (لأنه) والمثبت من م .

بعضهم دون بعض ، فهو كالشارع ، فلا يجب به الشفعة .

فأما الحدّ الفاصل بين الصغير والكبير ، فذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: لست أستطيع أن أجد في هذا حداً ، هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك .

وذكر هشام عن أبي يوسف: في الساقية الصغيرة ، تسقي البستانين والثلاثة ، أو تسقي القطعتين أو الثلاث ، فصاحب الأرض والبستان الذي له الشرب في الساقية أحق بما بيع من الجار الذي ليس له شرب في الساقية .

قال أبو يوسف: ليس في الأرضين التي شربها من العظيم^(١) شفعة ، ولم يجعل أبو يوسف العظيم^(٢) مثل الساقية [بين قوم ، وجعل للبساتين التي على الساقية الصغيرة الشفعة ، ولم يجعل ذلك للعظيم^(٣)] ، فقد جعل أبو يوسف - في رواية هشام - حد الساقية التي يجب بها الشفعة أن يسقي للبستانين أو الثلاثة .

وذكر محمد في رواية ابن رستم: أن النهر الذي يحمل السفن لا شفعة به .

وقال هشام عن محمد في النهر الذي تجري فيه السفن: أن لا شفعة ، وهو بمنزلة الطريق النافذ ، وما لا تجري فيه السفن بمنزلة الطريق الذي لا ينفذ ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد .

قال هشام: قلت لمحمد: فما تقول في نهر لا تجري فيه السفن ، عليه عشرة آلاف جريب ، نصفها لها شرب من هذا النهر [بين مائة إنسان]^(٤) ، والنصف الآخر

(١) في م (للعقم) .

(٢) في م (للعقم) .

(٣) في م (للعقم) .

(٤) في أ (بماية) والمثبت من م .

له أنهار؟ قال: فإن هؤلاء الذين ليس لهم شرب في الأصل، لا شفعة لهم في تلك الأرضين إلا بالجوار، وأما الذين لهم شرب مع أراضيهم، [فهم]^(١) شفعاء، وأخبرني أن أبا حنيفة قال: إذا كان يجري في مثله السفن، فلا شفعة لهم.

قال هشام: وسألت محمداً عن ساقية عليها نحو من ألف جريب أرض بين مائة إنسان، لكل إنسان شيء معلوم، وهو نهر مستوٍ، وإنما لهم شرب النهر يجرونه إلى أرضهم، فباع بعضهم أرضه، فالذي هو ملاصق أحق بالشفعة، أو كلهم فيه شرع^(٢)؟ قال محمد: كلهم شرع^(٣) سواء، فقد أجرى محمد الحكم على جريان السفن؛ لأن ما تجري فيه السفن في حكم [النهر] العظيم، فهو كالدجلة والفرات، و[أما] الذي لا تجري فيه السفن في حكم الصغير، فهو كالزقاق الذي لا ينفذ.

وما ذكره من شركة مائة إنسان، ليس على طريق الشرط، وإنما المعتبر بما ذكره من جريان السفن.

وكان السَّمَّاني يقول: إن حَدَّ النهر الصغير الذي يجب به الشفعة [ب/٢٩٥]، هو ما اشترك فيه مائة فما دونهم، فإن كانوا أكثر من ذلك، فلا شفعة.

وإنما رجع إلى هذه الرواية، وقد بيّنا أن محمداً ذكر هذا مثلاً ولم يجعله حداً.

قال هشام: قلت لمحمد: فإن أبا يوسف قال: إذا كانت الساقية بين ثلاثة أو نحو ذلك، قضيت بالشفعة بالساقية، فإذا كان أكثر من ذلك لم أقض، علم أن

(١) في أ (لهم) والمثبت من م.

(٢) في م (شركاء).

(٣) في م (شفعاء).

محمدًا رضي بقول يعقوب .

قال هشام: قلت لمحمد: فإن كان ينشق من هذا النهر ثم بيع فيه أرض ، فقال: أصحاب التبريع أحق بما فيه من الذين هم قبله ، بمنزلة [سكّة] ^(١) تبريع .

قال محمد في الشفعة [بالسكّة] ^(٢) إذا كانت بتبريع: فقول أبي حنيفة الذي أخبرنا أبو يوسف عنه .

ومعنى السكّة بتبريع: أن يكون الزقاق غير نافذ وفيه معطف زقاق آخر غير نافذ ، فإن بيع في الزقاق المنعرج دارًا ، فأهل هذا الزقاق أحق بشفعتها من أهل الزقاق الأول ؛ لأن هؤلاء شركاء في الطريق الخاص ، ألا ترى أن أهل الزقاق الأول ليس لهم أن يستطرقوا في المعطف ، فإذا انفردوا عنهم بالشركة في طريق كانوا أخصّ بالشفعة .

فإن بيعت دار في الزقاق الأول ، فأهل الزقاق الأول والزقاق المتعرج شركاء في شفعتها ؛ لأنهم تساوا في الشركة في طريق الزقاق الأول ، ألا ترى أنهم يستطرقونه جميعًا ، فتساوا في استحقاق الشفعة ، فالنهر [بناء] على هذا إذا شرع منه ^(٣) آخر ، فبيعت أرض شربها من النهر الشارع ^(٤) ، فأهل النهر الشارع ^(٥) أحق بشفعتها من أهل النهر الكبير ؛ لأنهم يختصون بشرب النهر الشارع ^(٦) ، فإن

(١) في أ (شركة) والمثبت من م .

(٢) في أ (في الشركة) والمثبت من م .

(٣) في م (نزع منه) .

(٤) في م (النازع) .

(٥) في م (النازع) .

(٦) في م (النازع) .

بيعت أرض على النهر الكبير ، كان أهله وأهل النهر الشارع^(١) سواء في الشفعة ؛ لأنهم استووا في استحقاق الشرب في عمود النهر .

قال هشام: سألت محمداً عن قِراح واحد في وسطه ساقية جارية ، منها [شرب]^(٢) هذا القراح من الجانبين جميعاً ، فبيع القراح ، فجاء الشفيعان يدعيان الشفعة ، أحدهما تليه هذه الناحية وحدها من القراح ، والآخر تليه الناحية الأخرى من القراح ، هل يشتركان في القراح كله ، أو تكون الساقية حائلة فيكون لهذا ما يليه إلى الساقية ولهذا ما يليه من الساقية ؟

قال محمد: هما شفيعان في القراح كله ، وليست الساقية بحائلة ؛ لأنها ساقية هذا القراح ؛ وذلك لأن الساقية من حقوق القراح ، فصارت كالحائط الممتد في وسط الدار: فإنه لا يفصل بين جنيها ، بل يستحق الشفيعان جميع الدار على الشركة ، فكذلك هذا .

قال: قلت: فإن كانت هذه الساقية تجوز هذا القراح ويشرب منها ألف جريب خارجاً من هذا القراح ، وكانت هذه الألف الجريب بين مائة رجل ، فجاءوا يطلبون الشفعة مع الجارين ؟ قال محمد: (أصحاب الساقية فيه أحق بالشفعة من الجار)^(٣) ، حتى يكون ذلك شرباً^(٤) كثيراً ؛ وذلك لأنهم إذا اشتركوا في شربها ، استحقوا الشفعة بالشرب ، فكانوا أولى من الجار الذي لا شرب له .



(١) في م (النازع) .

(٢) في أ (بشرب) والمثبت من م .

(٣) ساقطة من م .

(٤) في م (شيئاً) .

بَابُ الشفعة بالحيطان ومسيل الماء



قال بشر وعلي عن أبي يوسف: لو أن رجلاً له مسيل ماء في دار بيعت، كانت له الشفعة بالجوار لا [بالشرب]^(١)، (ليس المسيل بمنزلة الشرب)^(٢).

قال أبو الحسن عليه السلام: إنما يعني بجوار الدار التي لها المسيل؛ وذلك لأن صاحب المسيل يختص بمسيل الماء، وليس للآخر معه مشاركة في شيء، فصار كحائط لصاحب إحدى الدارين في الأخرى، فسالا عنه له^(٣).

ولو أن حائطاً بين داري رجلين، الحائط بينهما، فصاحب الشرك في الحائط أولى بالحائط من الجار، وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما [بالسوية]^(٤).

وذكر النمر بن حراز عن أبي يوسف: أن الشركة في الحائط أولى بجميع الدار.

وحكي عن زفر: أنه يستحق الحائط خاصة، ويساوي الجار في بقية الدار.

قال: وروي عن أبي يوسف مثل ذلك.

(١) في أ (بالشركة) والمثبت من م.

(٢) ساقطة من م.

(٣) في م (قالا عنه مسألتنا).

(٤) في أ (بالنوبة) والمثبت من م.

وجه الرواية [الأولى]^(١): أن صاحب الحائط شريك في بقعة من الدار بعينها، وجار في نفسها، فكان أولى ممّا هو شريك فيه، ومساوٍ للجار في نفسها. وجه الرواية الأخرى: أنه شريك في بعض المبيع، فكان أولى من الجار الذي لا شركة له، كالشريك في الشُّرب والطريق.

وقال بشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: وكذلك البيت في الدار بين رجلين بغير طريق، باع الرجل الدار، فطلب الشريك الشفعة، وطلبها الشريك في البيت، فإن صاحب الشركة في البيت أولى بالبيت، وبقية الدار بينهما نصفان بالشفعة على ما فسرت لك؛ وذلك لأن أحدهما شريك جار في بقية الدار، والآخر شريك في الدار جار للبيت، فاجتمع في كل واحد منهما شركة وجوار، فالشركة أولى.

[قال رحمه الله تعالى]: وهذا الجواب هو الذي يقتضيه ظاهر المسألة، وما أجاب به أبو الحسن في الكتاب لا يصح، إلا أن تحمل المسألة على أن البيت [مشترك]^(٢) وبقية الدار لأحد الشريكين فيه، فباع صاحب الدار^(٣) الدار ونصيبه من البيت، وطلب جارها والشريك في البيت الشفعة، فيكون للشريك في البيت نصف البيت بالشركة، وبقية الدار يتساوى فيها هو والجار.

قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول: إذا كان حائط بين جارين^(٤)، الحائط

(١) في أ (الأخرى) والمثبت من م.

(٢) في أ (المشترك) والمثبت من م.

(٣) في م (صاحب الدار نصيبه من البيت والدار).

(٤) في م (دارين).

بين صاحبي الدار، وفي إحدى هاتين الدارين بيت لرجل، أو كان لرجل فيه نصيب مقسوم، ولصاحب البيت أو لصاحب النصيب [مَمْرٌ] (١) في الدار، فباع شريكهم في الدار الذي هو شريك صاحب الحائط؟ فقال: صاحب الحائط أحق بالشفعة من صاحب النصيب المقسوم ومن صاحب البيت.

وإن كان لهما مَمْرٌ في الدار، [من قِيلَ أن صاحب الحائط شريك فيه للذي باع دون صاحب القسمة]، فهذا على الرواية التي جعل الشريك في الحائط أولى ببقية الدار من الجار، وصاحب البيت جار، فكان الشريك في الحائط أولى منه. قال أبو الحسن: وهذه الرواية عن أبي يوسف أصح عندنا.

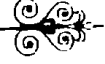
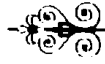
قال هشام: سألت أبا يوسف عن حائط بين دارين عليه بناء، وهو بينهما، وباب إحدى الدارين في سكة لا منفذ لها، وفيها دور، فبيعت الدار التي في السكة التي فيها دور لا منفذ للسكة، لمن الشفعة؟

قال: صاحب الحائط أحق؛ [٢٩٦/أ] لأنه شريك في الدار، فجعل الشركة في الحائط شركة في نفس المبيع، وقدم الشفعة.

وقال هشام: سألت محمداً عن حائط بين دارين، عليه خشب لصاحب هذه الدار، ولصاحب هذه الدار الأخرى، فبيعت إحدى الدارين، فجاء صاحب الحائط يدعي الشفعة، وجاء الجار يدعيها (٢)، ولا يعلم أن الحائط بينهما إلا بالخشب الذي عليه لهما، قال محمد: يسأل المدعي للشفعة بالحائط البينة، بينته

(١) في أ (مَمَّن) والمثبت من م.

(٢) في م زيادة (ولا يعلم أن الجار يدعيها).



أن الحائط بينهما، فإن أقام بينة فهو أحق من الجار؛ لأنه شريك، وإن لم يتم بينة لم أجعله شريكاً؛ وذلك لأن استحقاق الحائط [بالخشب]^(١) ظاهر في الملك، وقد بينا أن الشفعة لا تستحق بالظاهر، وإنما ذكر أبو الحسن هذه المسألة هاهنا ليبيّن من قول محمد: أن الشريك في الحائط أولى بجميع الدار، على أن في لفظ محمد احتمالاً؛ لأن قوله: إنه أحق من الجار، يحتمل أن يكون [أحق] بالحائط، وظاهره يقتضي أنه أحق بالجميع.

قال محمد: وكذلك لو أقرّ البائع قبل البيع أن الحائط بينهما، لم أجعل له بهذا شفعةً، بمنزلة دار في يد رجل أقرّ أنها لآخر، فبيعت إلى جنبها دار، فجاء المُقرُّ له يدعيها بشفعة الدار التي أقرّ له بها، فإنه لا شفعة له بذلك حتى يقيم البينة أن الدار داره، فإذا لم يعلم ذلك إلا بقولهما لم يصدّق على الشفعة؛ وذلك لأن المُقرَّ يجوز أن يكون صادقاً في إقراره، ويجوز أن يكون كاذباً، فلا يمكن^(٢) إيجاب الشفعة على المشتري بالإقرار.

وقد ذكر في المنتقى عن أبي يوسف أنه قال - بعد رجوعه من البصرة - : في رجل بيعت دار إلى جنب داره، وهو شفيعها، وقد عرف القاضي أن الدار التي في يديه [له]، وأنه شفيع الدار، فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة [وقد علم]: إن داري هذه لفلان قد بعته منه منذ سنة، وقال هذه المقالة في وقت يقدر على أخذ الشفعة لو طلبها لنفسه.

قال: لما أقرّ بالدار لرجل فقد نقض [ملكه] على ذلك، وصيرها لغيره،

(١) في أ (الخشب بالشفعة) والمثبت من م.

(٢) في م (يملك).



فلا شفعة له ، ولا للذي أقرّ له ، إلا أن يقيم المقر له البينة على شرائها ، أو هبتها ، وهذا على ما بينا .

وقد ذكر الخصاص في الحيلة في إسقاط الشفعة: أن البائع إذا أقرّ بسهم من الدار للمشتري ، ثم باعه بقية الدار ، أن الجار لا يستحق الشفعة ؛ لأن المشتري شريك بالسهم المقر به .

وكان الشيخ أبو بكر الخوارزمي يخطئ الخصاص في هذا ، ويفتي بوجوب الشفعة للجار في بقية الدار .

قال: لأننا لا نعلم أن البائع صادق فيما أقر به للمشتري ، ويستدل على ما قال بهذه المسألة التي ذكرها محمد في الإقرار بسهم من الحائط أو بالدار ، ويجوز أن يصح قول الخصاص ؛ وذلك لأن الشفيع لا بد أن يعترف بملك البائع فيما باعه حتى يصح أن يطلب شفيعته ، وإذا اعترف بملك البائع بما باعه ، فإن كان مالكا في الظاهر لجميع الدار ، فقد نفذ إقراره للمشتري ، وإن لم يكن مالكا للسهم المقر به ، نفذ إقراره في سهم مما باع ؛ لأنه أقر له بسهم مشاع .

وليس كذلك مسألة الحائط ؛ لأنه يجوز أن يكون لغير البائع ، فلا يكون في مطالبة المشتري بالشفعة ما يوجب تصديق البائع في الإقرار بالحائط .

قال هشام: قلت: فإن أقام الذي يدعي الشفعة البينة أن الحائط لهذا عليه خشب ولهذا ، قال: أجعل^(١) بالبينة الحائط بين هذين ، فإن قالوا: لا ندري ، لم أقبل شهادتهما ؛ وذلك لأنهم لم يشهدوا إلا بما قد علمناه بالمشاهدة ، وهو حق

(١) في م (أسأل البينة أن الحائط لهذين) .

الوضع ، ولا يعلم الملك^(١) بذلك حقيقة ، والبينة إذا لم تفد إلا ما أفاده الظاهر لم تقبل .

قال: فإن كان الحائط بينهما ، وقد علم ذلك ، وبيع في إحدى الدارين نصيب مقسوم ، أو حجرة فيها ، وطريق ذلك في الدارين ، وبابهما واحد ، فادعى صاحب الحائط الشفعة ، وصاحب النصيب المقسوم ، قال محمد: الشفعة لصاحب الحائط ؛ لأنه بينهما غير مقسوم ، فجعل محمد الشريك في الحائط أولى ببقية الدار من صاحب البيت المقسوم ، وهذا مثل رواية أبي يوسف .

وقال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً اشترى حائطاً من جارٍ بأرضه ، ثم اشترى ما بقي [من الدار] ، ثم طلب جار الحائط الشفعة ، فله الشفعة في الحائط ، ولا شفعة له فيما بقي من الدار ، ومشتري الحائط أولى بالشفعة الثانية من قبل أن ملكه قد حال دون ملك الآخر ، فصار أقرب جواراً ؛ وذلك لأن الجار جار للحائط ، فثبت له فيه الشفعة بالجوار ، فإذا باع بقية الدار قبل أن يأخذ الحائط ، فقد حال الحائط بين الجار وبين المبيع فلا تجب له الشفعة .

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في دار بين رجلين ، لرجل فيها طريق ، فباع أحدهما نصيبه من الدار ، فشريكه في الدار أحق بشفعة ذلك ، ولا شفعة لصاحب الطريق فيها ، ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق ؛ وذلك لأن الطريق إذا كان معيناً ، فصاحبه جار لبقية الدار ، فالشريك فيها أولى منه ، وله شركة بموضع الطريق ، فاستحق الشفعة فيه .

قال: وكذلك دار بين رجلين ، ولأحدهما حائط بينه وبين رجل بغير أرضه ،

(١) في م (وذلك لا يعلم به المالك في الحقيقة) .



فباعه الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط ، قال: فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار ، وله شفعة في الحائط وأرضه .

وهذا صحيح على الرواية التي يقول فيها: إن الشريك في الحائط جار في بقية الدار ، فيكون الشريك في الدار أولى منه .

قال: وكذلك دار بين رجلين ، ولأحدهما بئر ماء في الدار بينه وبين رجل آخر ، فباع الذي له الشركة في البئر نصيبه من الدار والبئر ، فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في البئر ، وله الشفعة في البئر ، لا يكون له الشفعة [فيما]^(١) يسكن إذا كان شريكاً فيما لا يسكن ؛ بمنزلة طريق وحائط وبئر ؛ وذلك لأن الشريك في البئر ، شريك في بقعة بعينها ، فكان أولى بها ، وهو جار في بقية الدار ، فالشريك في الدار أولى منه .

فأما تعليقه ، فيقتضي أن الشريك في البئر والحائط ليس بمنزلة الشريك في الطريق ؛ لأنه شريك فيما لا يسكن ، فلا يستحق الشفعة فيما يسكن ، والشريك في الطريق شريك فيما يسكن ، فاستحق الشفعة فيما يسكن .

ومعنى هذا: أن الحائط والبئر منفعتهما تختص بهما [٢٩٦/ب] ، ولا تتعلق ببقية الدار ، فلم يكونا من حقوقهما ، ومنفعة الطريق تتعلق بجميع الدار ، كمنفعة الشرب الذي يتعلق بجميع البستان ، فلذلك كانت الشركة فيه [موجبة للشفعة]^(٢) في الجميع ، وهذا تفريع من أبي يوسف على إحدى الروايتين .

(١) في النسخين (فيها) والمثبت ما يقتضيه السياق .

(٢) في أ (ووجب الشفعة) والمثبت من م .

قال: وكذلك بيت سفل بين رجلين ، لأحدهما عليه علو بينه وبين رجل آخر ، فباع الذي له نصيب في العلو والسفل نصيبه من رجل ، قال: فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ، ولا شفعة له في العلو ، ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ، ولا شفعة له في السفل ، وهذا على ما بيننا: أن كل واحد منهما شريك في شيء ، وجار في شيء ، فكان أولى بالشركة من الجار^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٤٩/٩ وما بعدها.

بَابُ الشفعة في فسخ البيع

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا اشترى رجل من رجلٍ داراً، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ردّ المشتري الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط قبل قبض الدار، أو بعد ذلك، فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، فليس له ذلك.

ولو ردّها بعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، كان كذلك، وإن ردّها بعيب بعد القبض بغير قضاء، أخذها بالشفعة بهذا الرد، وإن كان بقضاء، فلا شفعة له في الرد.

قال: وجملة هذا: أن الشفيع إذا سلّم الشفعة، ثم عاد [المبيع]^(١) إلى البائع على حكم ملك الأول، فلا شفعة له بالعود؛ لأنه أسقط شفيعته عن ذلك الملك، فلا يعود إلا بعود سبب آخر.

وكل موضع عاد إلى البائع بحكم الملك مُبْتَدَأً، كان للشفيع الشفعة، كما لو اشتراها والرد بخيار الرؤية، والشرط موجب عود ملك الأول، وكذلك الرد بالعيب قبل القبض.

فأمّا الرد بالعيب بعد القبض، فيختلف فيه القضاء وغير القضاء، وهذه فصول قد بيّناها في كتاب البيوع.

قال: ولو قال المشتري: البيع بيع إقالة بغير عيب، قبل القبض أو بعده،

(١) في أ (البيع) والمثبت من م.

فإن للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ؛ لأنها عادت إلى البائع على حكم ملك مبتدأ ،
ألا ترى أنها دخلت في ملكه بقبوله ورضاه ، فصار ذلك كالشراء .



بَابُ

[زيادة الشفعة في الشراء بثمان مؤجل]



قال الشيخ رضي الله تعالى عنه: قد بينا الكلام فيما ذكره أبو الحسن رحمه الله تعالى في هذا الكتاب، وقد أخل بمسائل مشهورة، وبمسائل واقعة، نحن نذكرها في هذا الباب وإن كانت مختلفة.

قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: إذا اشترى الرجل داراً بثمان مؤجل، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بثمان حال، وإن شاء انتظر مضي الأجل، فإذا مضى أخذها وليس له أن يأخذها بثمان مؤجل؛ وذلك لأن الأجل لا يثبت إلا بالشرط، ولم يوجد بين المشتري والشفيع شرط أجل، فلم يثبت؛ ولأن الأجل مدة ملحقة بالعقد، كالخيار، ومعلوم أن المشتري لو شرط الخيار لنفسه ثم أخذها الشفيع لم يثبت له خيار؛ لأنه لم يشترط له، كذلك هذا.

وإذا لم يثبت الأجل في حقه كان بالخيار: إن شاء أخذ بثمان حال، وإن شاء انتظر حتى يحل الأجل؛ لأن له أن يقول: لا ألزم الثمن بزيادة صفة لم يقع عليها البيع.

فإن اختار أحدهما بثمان حالاً، كان الثمن للبائع على المشتري إلى أجله؛ وذلك لأن الملك انتقل من المشتري إلى الشفيع، فكأنه باع الدار بثمان حالاً.

وقد روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في هذه المسألة: أن الشفيع يجب أن يطالب عند علمه بالبيع، فإن سكت عن الطلب حتى يحل الأجل فذلك تسليم.

وقال ابن أبي مالك: كان أبو يوسف يقول هذا، ثم رجع فقال: إذا سكت ثم طلب الشفيع عند حل الأجل، فله الشفعة.

وجه رواية بشر: أن الشفعة واجبة بالعقد؛ ولهذا يملك أخذها بثمن حال، وإنما يتأخر الأخذ لأجل صفة الثمن، وإذا ترك الإشهاد عند وجوب الشفعة، بطلت.

وجه رواية ابن أبي مالك: أن الطلب إنما يحتاج إليه للأخذ، فإذا كان [تركه] للأخذ لا يؤثر في شفيعته، فكذلك تركه للطلب.

قال أصحابنا: إذا مات الشفيع قبل أن يقضى له بالشفعة، بطلت شفيعته، وقال الشافعي: للورثة أخذ الدار.

لنا: أنه خيار ملك لاستحقاق ملك بالثمن، فوجب أن لا يورث، كخيار القبول في البيع؛ ولأن كل من لا يستحق الشفعة حال التزام^(١) العقد، لا يستحق بذلك العقد أبداً، كوارث الخيار، فلأن الوارث لم يكن له ملك عند عقد البيع، فلا يثبت له بذلك البيع شفعة كالموصى له.

٢٣٩١ - [فصل: شفعة المولى في دار المأذون]

[قال أصحابنا - يعني أبا حنيفة رحمه الله تعالى -]: وإذا باع المأذون داراً، والمولى شفيعها، فإن كان عليه دين [فللمولى الشفعة؛ لأن المولى في اكتسابه كالأجنبي، وإن لم يكن عليه دين] فلا شفعة للمولى؛ لأن الملك له، والمأذون قائم مقامه في البيع، وصار كبيع وكيله.

(١) في م (انبرام).

وقالوا: إن اشترى المأذون [داراً] وعليه دين، فلمولاه الشفعة؛ لأنه في كسبه كالأجنبي، وإن لم يكن عليه دين، فلا شفعة له؛ لأن الدار على ملكه، ويملك أخذها من غير شفعة، فلا معنى لأخذها بالشفعة.

فأما المكاتب فهو فيما يشتري ويبيع مع المولى كالأجنبي؛ لأنه لا يملك ما في يديه.

٢٣٩٢ - [فصل:]

قال في الأصل: إذا شهد شاهدان: [أن] البائع والمشتري سلّمَا الشفعة للشفيع، وشهد شاهدان أن الشفيع سلّم الشفعة، فإنه يقضى بالدار للذي هي في يديه المشتري^(١) [أو] البائع^(٢)، وهذا كرجلين اختصما في دار كل واحد منهما يزعم أنه اشتراها من الآخذ بضمن مسمى، ولم يذكر خلاف محمد في الأصل، وهذه المسألة تشبه مسألة التهاثر من وجه، وتفارقها من وجه؛ لأن في مسألة التهاثر قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقام كل واحد منهم البينة أنه اشترى من الآخر، فدخول المشتري مع البائع في العقد اعتراف له بالملك، فكأنهما أقاما البينة على إقرار كل واحد منهما [للآخر]، وهذا لا يوجد في تسليم الشفعة للمشتري والمشتري للشفيع؛ لأن التسليم ليس بإقرار بالملك، فثبت الملك لكل واحد منهما في الحال التي يثبتها الآخر، وهذا مثل مسألة التهاثر.

والصحيح: مفارقة هذه، هذه المسألة؛ لعلّة تلك المسألة، والوجه فيها: أنه لما لم يثبت التاريخ حكمنا بتسليمهما معاً، وتسليم المشتري للشفيع يلحقه

(١) في م (أو البائع) فقط.

(٢) الأصل، ٢٣٨/٩.

الفسخ ، وتسليم الشفيع للمشتري لا يلحقه الفسخ ، ألا ترى أن الشفعة بعد التسليم لا تعود أبداً ، فمتى اجتمع ما يلحقه الفسخ ، وما لا يلحقه الفسخ ، كان ما لا يلحقه الفسخ أولى بالجواز ، كرجل أقام البينة أنه اشترى عبداً من مولاه وأقام العبد البينة أن مولاه أعتقه بينهما .

وكان أبو بكر الرازي يقول: هذه المسألة قولهم ؛ لأنني ^(١) لا أثبت خلاف [أ/٢٩٨] محمد من غير رواية ، ويفرق لمحمد بين هذه المسألة وبين مسألة التهاتر ؛ لأنه يحكم في تلك المسألة بأن [الخارج باع من صاحب اليد وسلم إليه ، وأن] صاحب اليد باع من الخارج ولم يسلّم إليه ، ولا يمكنه إثبات التاريخين بين التسليمين ؛ لأنه لا دلالة عليه .

ويجوز أن يسوّي [محمد] ^(٢) بين هذه المسألة وبين تلك المسألة ، ويقال: إنا نحمل الأمر على أن المشتري سلّم للشفيع ، [فملك الشفيع] ثم سلّم [للشفيع] والشيء على ملكه ، فيبطل تسليمه ، أو نحمل الأمر على أن الشفيع سلم أولاً ، ثم سلم له المشتري ، فيكون ذلك كبيع [تم] بتراضيهما .

٢٣٩٣ - [فصل: الشفعة في المصالح عليها]

وقالوا: إذا ادّعى الرجل داراً ، والمدّعى عليه ينكر دعواه ، ثم صالحه من دعواه على دار ، وجبت الشفعة في المصالح عليها ، ولا تجب في المصالح عنها ؛ وذلك لأن المدعى عليه يزعم أن الدار على ملكه لم يملكها بعقد الصلح ، وإنما أسقط عن نفسه الخصومة بما دفع ، فلا يستحق عليه الشفعة ، فأما المدعي ، فيزعم

(١) في م (لثلا يثبت) .

(٢) في أ (لمحمد) والمثبت من م .

أن الدار على ملكه ، وأنه أخذ هذه الدار عوضاً عنها ، فيستحق عليه الشفعة باعترافه^(١) .

٢٣٩٤ - [فصل: كفالة رجلين للمشتري عن البائع وشهادتهما بالتسليم]

قال في الأصل: إذا تكفل رجلان للمشتري عن البائع بالدرك ، ثم شهدا أن المشتري سلم الدار إلى الشفيع ، لم تقبل شهادتهما ؛ لأنهما يبعدان عن أنفسهما ضمان الدرك .

ولو شهدا أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري ، لم تقبل شهادتهما [أيضاً] ؛ لأنهما ضمنا للمشتري تصحيح [البيع]^(٢) ، فصارا كالبائع .

٢٣٩٥ - [فصل: شهادة البائع بتسليم الشفعة]

ولو شهد البائع بتسليم الشفعة لم يجز ؛ لأنه ضمن تصحيح الملك للمشتري .

قال: وإن شهد أبناء البائع أن الشفيع سلم ، فإن كان البائع لم يسلم الدار ، لم تجز شهادتهما ؛ لأنهما يسقطان الحق عن أبيهما ، فإن كان البائع [قد] سلم إلى المشتري ، جازت شهادتهما ؛ لأنه لا منفعة لأبيهما فيها .

فإن قيل: لا تقبل شهادة أبيهما بعد التسليم ، قيل له ؛ لأنه كان خصماً في الشفعة قبل التسليم ، ومتى كان خصماً في شيء لم تقبل شهادته فيه وإن خرج من الخصومة ، كالوكيل إذا عزل .

(١) انظر: الأصل ، ٣٠٣/٩ .

(٢) في الأصل [المبلغ] .

٢٣٩٦ - [فصل: الشفعة في شراء الذمّي]

قال أصحابنا: إذا اشترى الذمّي من الذمي داراً بخرم وخنزير، وشفيعها ذمي أو مسلم، فله الشفعة، فإن كان ذمياً أخذها بمثل الخمر وبقيمة الخنزير، وإن كان مسلماً أخذها ببقيمة الخمر [والخنزير]^(١).

وقال الشافعي: لا شفعة فيها، فإن سلم المشتري للشفيع الشفعة وهما ذميان، لم أعترض عليهما وإن أسلما.

وهذا فرع على أصلنا: أن بيعهم في الخمر والخنزير جائز، فتجب الشفعة فيه، كالبيع بالخل والشاة.

فإن كان الشفيع ذمياً أخذ بمثل الخمر؛ لأنه يصح ضمانه له بمثله، فإن كان خنزيراً أخذه بقيمته؛ لأنه لا مثل له، وإن كان الشفيع مسلماً، أخذها ببقيمة الخمر؛ لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته، ويجوز أن يلزمه قيمتها لحق الذمي، كما لو استهلكها عليه.

وعلى الشافعي: أن كل بيع يقرّ المتعاقدان عليه يجوز أن يجب للشفيع فيه الشفعة، أصله بيع المسلمين^(٢).

٢٣٩٧ - [فصل: الشفعة في بيع المريض إذا غبن]

قال في الأصل: إذا باع المريض داراً بألفين تساوي ثلاثة آلاف، ووارثه شفيعها، فلا شفعة له عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: للوارث الشفعة.

(١) الزيادة من م.

(٢) انظر: الأصل ٢٩٤/٩.

لأبي حنيفة: أن الوارث لا يخلو إما أن يأخذها بألفين أو بثلاثة آلاف ، فإن أخذها بألفين ، سلمت له المحاباة ، وهذا لا يصح ، وإن أخذها بثلاثة آلاف ، سلم للمشتري زيادة على الثمن الذي [دفع]^(١) ، وهذا لا يصح .

وجه قولهما: أن المشتري [أجنبي]^(٢) من الوارث ، فيجوز أن ينتقل الملك إليه من جهته ، كما لو كان البائع أجنبياً ، فتسلم الألف الزائدة للمشتري ؛ لأن المريض حاباه ، فكأنه وهبها له .

٢٣٩٨ - [فصل: الشفعة في بيع المريض لأجنبي]

(وإن باعها المريض من أجنبي)^(٣): ذكر في المنتقى (فيمن اشترى داراً بألف ، ثم باعها بألفين ، فعلم الشفيع بالبيع الثاني)^(٤): إذا كان للدار جاران ، أحدهما غائب والآخر حاضر ، فخاصم الحاضر إلى قاضٍ لا يرى شفعة الجوار ، فأبطل شفעתه ، ثم حضر الغائب ، فخاصم [المشتري] إلى قاضٍ يرى شفعة الجوار ، قضي له بجميع الدار ؛ لأن القاضي [الأول] أبطل شفعة الحاضر ، فلم يبق إلا الغائب ، فاستحق الجميع .

قال: ولو كان القاضي الأول قال: أبطلت كل شفعة تتعلق بهذا البيع ، لم تبطل شفعة الغائب ؛ لأن هذا قضاء من القاضي على الغائب^(٥) .

(١) في أ (وقع) والمثبت من م .

(٢) في أ (أحق) والمثبت من م .

(٣) ساقطة من م .

(٤) ساقطة من م .

(٥) انظر: الأصل ٢٦٩/٩ .

٢٣٩٩ - [فصل: تقدير المدة التي تبطل بها الشفعة]

قال محمد: إذا بلغ الشفيع البيع، فصلّى بعد الجمعة أربعاً لم تبطل شفيعته، وإن صلى أكثر، بطلت [شفيعته]؛ لأن الأربعة بعد الجمعة بتسليمة واحدة سنة، فصارت كالركعتين، فأما الزيادة عليها فليست بسنة، فصارت كالدخول في صلاة أخرى.

وقد ذكر محمد: في المخيرة إذا كانت في صلاة النفل، فإن زادت على الركعتين بطل خيارها، فينبغي أن يحمل ذلك على النفل المبتدأ، فأما النفل [الراتب]^(١) الذي من سنته أن يكون أربعاً، فهو كالفرض.

قال: ولو اشترى رجل داراً لم يرها، فبيعت إلى جنبها داراً، فأخذها بالشفعة، لم يبطل خياره، ولو كان له فيها خيار شرط، بطل خياره.

والفرق بينهما: أنه لو قال قبل أن يرى الدار: قد أبطلت خياري، لم يبطل، فإذا فعل ما يدل على الإبطال^(٢) لم يبطل.

ولو قال: أبطلت خيار الشرط، بطل، فإذا تصرف بما يدل على الإبطال بطل، والأخذ بالشفعة يدل على اختياره لتبقيّة المبيع على ملكه.

٢٤٠٠ - [فصل: الشفعة في الغرف المشتركة]

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في كتاب الشفعة في الأمالي: في بيت عليه غرفتان، إحداهما فوق الأخرى، ولكل غرفة طريق في دار أخرى، ليس

(١) في أ (الثابت) والمثبت من م.

(٢) في م (على أن لا يبطل أولى).

بينهم شركة في طريق ، فباع صاحب البيت الأوسط بيته ، ولم يطلب (١) الشفعة صاحب الطريق ، فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفلى جميعاً ؛ لأنهما تساويا في الجوار .

وإن باع صاحب العلو ، كانت الشفعة لصاحب الأوسط ، ولا شفعة لصاحب السفلى ؛ لأنه لا جوار بينهما .

قال أبو يوسف : لا أكره الحيلة في إبطال الشفعة ، وقال محمد : أكره ذلك أشد الكراهة .

لأبي يوسف : أنه يمنع بالحيلة من وجوب حق عليه ، وذلك لا يكره ، كما لا يكره التزويج ليسقط عن نفسه الحد بالوطء ، وكما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا (٢) .

لمحمد : أن الله تعالى أوجب الشفعة سبباً لدفع الضرر عن الشفيع ، وفي إباحة الحيلة تبقية الضرر ، فلم يجز .

وعلى هذا الخلاف : الحيلة في إسقاط الزكاة ، قال أبو يوسف : لا أكرهها ، وقال محمد : أكرهها (٣) .

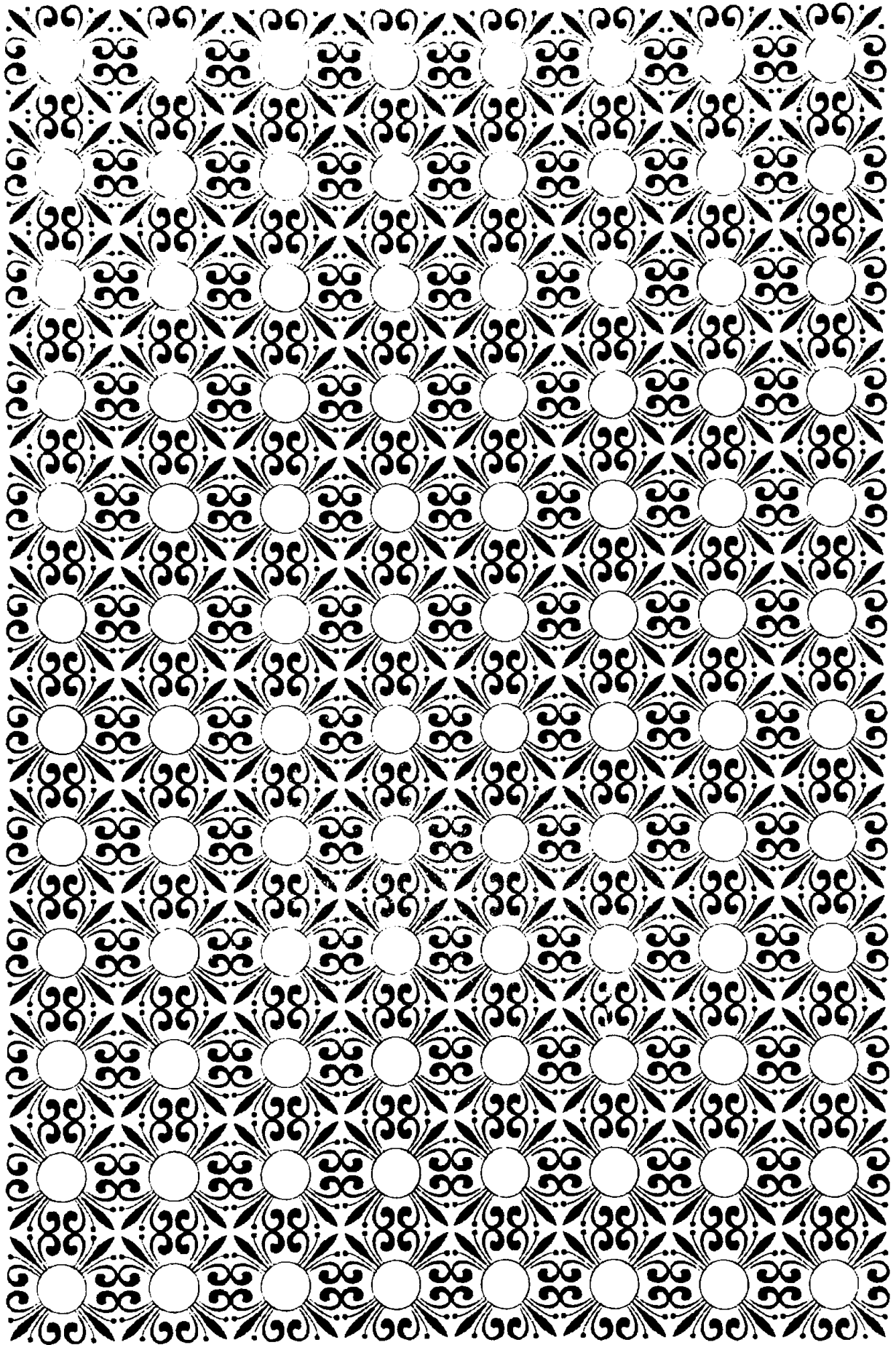
تم كتاب الشفعة والحمد لله وحده ، وصلاته على محمد النبي وآله

يتلوه شرح كتاب الذبائح

(١) في م (فطلب الشفعة) .

(٢) في م (لا تكره الحيلة في التخلص عن الزنا) .

(٣) انظر : الأصل ، ٣١٧/٩ وما بعدها .



[٥٨] كتابُ الذبائح

[٢٩٨/ب] قال الشيخ أيده الله: الذبائح محظورة بالعقل؛ لأن الأشياء في الأصل على الإباحة عندنا، إلا ما كان فيه إدخال ضرر على الحيوان.

والمحظور بالعقل على ضربين: منه ما يقطع بتحريمه ولا يرد الشرع بإباحته، كقبح الظلم، ومنه ما هو [محظور]^(١)، فيجوز أن يرد الشرع بإباحته، وإنما كان كذلك؛ لأن الضرر إذا كان فيه نفع [يفي] عليه حسن بالعقل؛ ولذلك يحسن أن يحجم الأطفال ويداويهم لما لهم في ذلك الألم من النفع، ولا يعلم بالعقل أن للبهائم في ذبحها منفعة، فلا يجوز أن يقدم عليها، فإذا أباح الشرع ذلك كشف لنا عن المنفعة التي يحصل لها من العوض، فحسن فعلها.

ولا يقال: إن النبي ﷺ كان يأكل لحم الحيوان قبل أن يُبْعَثَ، ولو كانت الإباحة بالشرع، لم يجز له ذلك؛ لأننا لا نعلم أنه ﷺ قبل بعثه ذَبَحَ، وإنما أكل اللحم، وليس في حظر الذبح ما يوجب حظر اللحم؛ لأنها إذا ذبحت فالأكل لم يحصل منه أمر يقبح في العقل، ولو ثبت أنه ﷺ ذبح، لم يمتنع أن يفعل ذلك على شريعة من قبله.

وإذا ثبت إباحة الذبح، فالكلام بعد ذلك فيما يحل من الحيوان وما يحرم.

وجملة ذلك: أن الحيوان على ضربين: منه ما له دم سائل، ومنه ما لا دم له، فالذي لا دم له حرام أكله إلا الجراد.

(١) في أح (مجوز) والمثبت من م.

وما له دم على ضربين: أحدهما ما يعيش في الماء، والآخر لا يعيش في الماء: فما يعيش في الماء كله محرم إلا السمك خاصة.

وما يعيش في البر على ضربين: مستأنس، ومستوحش، فالمستأنس: يحل منه الأنعام: وهي الإبل، والبقر، والغنم، والدجاج، وما سوى ذلك من المستأنس لا يؤكل إلا الفرس، فإنه يكره عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره.

وأما المستوحش: فيحرم منه كل ذي مخلب وناب، ويحل ما سواه.

ويكره أكل الحشرات كلها.

ونحن نبيِّن ذلك فصلاً فصلاً في موضعه من الكتاب^(١).

قال أبو الحسن عليه السلام: ذكر ما أحل الله تعالى من ذلك في كتابه، قال الله تعالى: ﴿وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [النحل: ٥]، ﴿وَذَلَّلْنَاهَا لَهُمْ فَمِنْهَا رَكُوبُهُمْ وَمِنْهَا يَأْكُلُونَ﴾ [يس: ٧٢]، وقال: ﴿وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةٌ وَفَرَسَاتٌ كَلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ﴾ [الأنعام: ١٤٢]، فالحمولة: الكبار منها، والفرس: الصغار.

والأنعام: الإبل، والبقر، والغنم، لا أعلم خلافاً في أن اسم الأنعام واقع على ما سمّيناه، فهذه الآيات قد دلت على إباحة أكل الأنواع الثلاثة، وقد دل عليها الإجماع.

قال: وما عدا الأنعام من البهائم الإنسانية فلا يجوز أكله، لا يجوز أكل الخيل ولا البغال ولا الحمير، وهذا قول أبي حنيفة.

(١) انظر: الأصل ٣٩٣/٥.

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك ، إلا في لحوم الخيل ، فإنهما قالا : لا بأس بذلك ، أما الحُمُرُ الأهلية ، والبغال ، فلا يجوز أكلها^(١) .

وحكي عن بشر المرسي أنه قال : لا بأس بأكل الحمار .

والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ [النحل : ٨] ، وهذه الآية خرجت مخرج الامتنان ، فلو جاز أكلها لذكره ؛ لأن النعمة في الأكل أكثر من النعمة في الركوب .

وقد روى أبو حنيفة ، عن نافع ، عن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ عام غزوة خيبر عن لحوم الحمر الأهلية ، وعن متعة النساء)^(٢) .

وروى مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن أبيهما عن علي رضوان الله عليه : (أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن لحوم الحمر الإنسية)^(٣) .

وبهذا الإسناد ، أن علياً رضوان الله عليه قال لابن عباس وهو يفتي الناس في المتعة : (إن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء ، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر)^(٤) .

وروي أن النبي ﷺ قيل له يوم خيبر : أكلتِ الحُمُرُ ، فأمر أبا طلحة فنادى : إن رسول الله ﷺ ينهاكم عن لحوم الحُمُرِ ، فإنها رجس .

(١) انظر : مختصر القدوري ص ٤٩٦ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٧٨) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٧) .

(٤) أخرجه البخاري (٦٥٦٠) .

والذي روي أن عائشة سئلت عن لحوم الحمر، فتلت قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ الآية [الأنعام: ١٤٥]، فقد احتجت بآية عامة اتفق على تخصيصها، فالرجوع إلى دليل التخصيص أولى.

والذي روي عن عمرو بن دينار قال: قلت لجابر بن زيد: إنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية، قال: كان الحكم بن عمرو [الغفاري] يقول ذلك [عندنا] بالبصرة، وأبى ذلك الخبر - يعني ابن عباس -، فقد روي عن ابن عباس خلاف ذلك، وهو أنه احتج في المنع من أكل الخيل بالآية، وهذا يقتضي المنع من أكل الحمر.

والذي روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: فني مالي كله، فلم يبق إلا الحُمُرُ الأهلية، فقال ﷺ: «كُلْ من سمين مالك، فإنني كنت نهيتكم عن جوالي القرية»^(١)، فيحتمل أن يكون المراد به: كُلْ من أثمانها، كما يقال: أكل فلان عقاره، يعني أكل ثمنه، ولا يجوز أن يحمل نهيه ﷺ يوم خيبر عن أكل الحمر لأنها لم تخمس؛ لأن ما يحتاج إليه الجند للأكل لا يخمس، ولا يخرج من الخمس.

ولا يجوز أن يكون لقلة الظُّهر؛ لأن النبي ﷺ أمر بأن تكفأ القدور؛ وذلك لا ينتفع به في الظهر، ولا يجوز لأنها كانت جلاله؛ لأنه خص النهي بالحمر الأهلية، وهذا المعنى يؤثر في الحُمُر وغيرها.

فأما لحوم الخيل، فقال أبو حنيفة: يكره أكلها، وقالوا: لا يكره، وبه قال الشافعي^(٢).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، (١٢٣/٥)؛ والطبراني في الكبير، (٢٦٧/١٨).

(٢) انظر: الأم ص ٤٣٠؛ رحمة الأمة ص ٩٨.

لأبي حنيفة: الآية ، وقد بيّنا وجه الدليل منها ، وروى خالد بن الوليد قال :
نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير^(١).

وروى المقدم بن معد يكرب: أن النبي ﷺ قال: «حرام عليكم الحمار
الأهلي ، وخيلها وبغلها ، وكل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من
الطيور»^(٢)؛ ولأنه ذو حافر أهلي كالحمار .

ولأن نتاجه لا يؤكل ، وهو البغل ، وأكل النتاج معتبر بأمه ، ألا ترى أن
الحمار الوحشي لو نزى على الأهلي لم يؤكل ولده ، وإذا كان المعتبر بالأم ، دل
تحريم البغل على تحريمها .

وجه قولهما: ما روى أنس بن مالك قال: أكلنا لحم فرس على عهد رسول
الله ﷺ ، وعن جابر بن عبد الله قال: (نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم
الحمير الأهلية وأذن في الخيل)^(٣).

فأما الدليل على إباحة الدجاج: إجماع الأمة على ذلك .

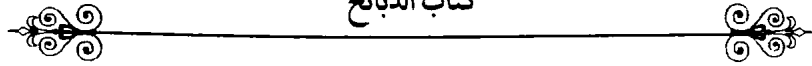
ومن هذا النوع المستأنس من البط الكسكري التي لا يتوحش ، وهو في
حكم الدجاج في الإباحة بالإجماع .

قال أبو الحسن: فأما الصيد فذكره الله ﷻ ، فأباح اصطياده بقوله تعالى:

(١) أخرجه النسائي في الكبرى بلفظ (لا يحل) (٤٨٤٣)؛ والدارقطني في السنن ٢٨٧/٤؛
والطبراني في الكبير ١١٠/٤ .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨٠٦)؛ الترمذي (١٤٧٨) وقال: «حسن غريب»؛ والنسائي في الكبرى
(٤٨٤٤) .

(٣) أخرجه البخاري (٥٢٠١) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٩٣٨) ومواضع .



﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ، مَتَعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾ [المائدة: ٩٦]، فأحل اصطياد ما في البحر عامًا للحلال والحرام، وحرّم صيد البر على المُحرّم، وأحله للحلال، فكذلك قوله: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢]، فيه إحلال الاصطياد، وليس في الموضوعين جميعاً [١/٢٩٩] ذكر ما يؤكل منه وما لا يؤكل، وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ بحظر بعض ذلك، ووقع الإجماع على إباحة بعضه.

وهذا الذي قاله صحيح؛ لأن [الآيات] دلت على إباحة الاصطياد، ولم تدل على إباحة الصيد، وقد يباح اصطياد ما لا يؤكل لينتفع بجلده ووبره وعظمه، فلم يكن في الآية دلالة على إباحة الأكل.

قال: والظباء، وبقر الوحش، وحمر الوحش، والسّمور، والإبل حلال، لا اختلاف في ذلك بين المسلمين.

وقد دل على إباحة الحمر الوحشية، أن النبي ﷺ لما سئل يوم خيبر عن لحوم الحمر، قال: «الأهلية»، ف قيل له: نعم، وهذا يدل على اختلاف الوحشية والأهلية، وأن النبي ﷺ مرّ بالرّوحاء بحمار وحش عقير، فتبادر إليه أصحابه، فقال: «دعوه فسيأتي صاحبه»، فجاء رجل من بهز فقال: هذه رميتي يا رسول الله، وهي لك، فأمر النبي ﷺ أبا بكر فقسمه بين الرفاق^(١) [٢] فإذا كان الحمار الوحشي مباحاً، وإن كان نظيره من الأهلي محرماً، كانت الظباء والبقر التي

(١) أخرجه النسائي في المجتبى (٩٢٩٢)؛ ومالك في الموطأ (٧٨١)؛ وابن حبان في صحيحه ٥١٢/١١؛ والهيثمي في موارد الظمان، وقال الهيثمي: «ورجال أحمد رجال الصحيح»، مجمع الزوائد ٣/٢٣٠؛ وأحمد في المسند، (٤١٨/٣).

(٢) الزيادة من م، ح.



نظيرها من الأهلبي مباحة أولى بالإباحة .

قال: وحرّم رسول الله ﷺ كل ذي ناب من السباع ، وذي مخلب من الطير ،
والحديث عن رسول الله ﷺ في ذلك مشهور .

وقد ذكره أبو الحسن رحمه الله بعد هذا عن ابن عباس : (أن النبي ﷺ : نهى عن
كل ذي ناب من السباع ، وذي مخلب من الطير)^(١) .

وروت أم حبيبة رضي الله عنها بنت العرياض عن أبيها ، (عن النبي ﷺ أنه نهى عن
كل ذي ناب من السباع ، وعن كل ذي مخلب من الطير ، وعن المُجثمة ، وأن
توطأ الجبالى حتى يضعن ما في بطونهن)^(٢) .

وروى محمد بن [أبان] الأنصاري : (أن رسول الله ﷺ لعن يوم خبير
عشرة ، وحرّم خمساً : لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه)^(٣) ، والواشمة
والمستوشمة ، والواصلة والموصلة ، ومانع الصدقة ، وحرّم : الخلسة والنهمة
والمجثمة^(٤) والحمّار الأهلبي ، وكل ذي ناب من السباع) .

[وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «أكل ذي ناب من

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٣٤) .

(٢) أخرجه البخاري بلفظ (كل ذي ناب من السباع) (٥٤٤٤) ؛ ومسلم بزيادة (كل ذي مخلب من
الطير) (١٩٣٤) ؛ والترمذي في سننه (١٤٧٤) ؛ والحاكم في المستدرک ، (١٤٣/٢) باللفظ
الوارد في الكتاب .

(٣) حديث آكل الربا في مسلم (١٥٩٧) ؛ وحديث الوشم في البخاري (٢١٢٣) ؛ والحاكم في
المستدرک ، ١٤٧/٤ .

(٤) في م (الخاطفة والمنتبهة) .

السباع حرام»^(١).

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: فذو الناب من السباع: الأسد، والذئب، والنمر، والفهد، والثعلب، والضبع، والكلب، والسنور البري والأهلي، فهذا محرم بما جاء (عن رسول الله ﷺ عن نهيهِ في كل ذي ناب من السباع)^(٢).

وهذه الجملة لا خلاف فيها، إلا في الضبع، فإن الشافعي قال: إنه مباح^(٣).

وقد دل على تحريمه الخبر، ولأنه سبع ذو ناب كالكلب والخنزير؛ ولأنه سبع يتناول الجيف كسائر السباع.

والثعلب حرام أيضاً بهذا الخبر؛ لأنه سَبْعٌ ذو ناب من السباع كالذئب.

فأمّا المجثمة التي ذكرها النبي ﷺ في الخبر^(٤)، قد وردت بالفتح والكسر، فالمجثمة بالفتح: كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غمًّا^(٥)، والمجثمة [بالكسر]: كل شيء عادته أن يتجثم^(٦) على الصيد مثل الكلب والذئب^(٧).

وقد روي عن النبي ﷺ: (أنه نهى عن الخطفة)^(٨) و عما يختطف في الهواء

(١) الزيادة من ح، وساقطة من أ، ح.

(٢) أخرجه البخاري (٥٢٠٧) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٩٣٢).

(٣) انظر: الأم ص ٤٢٨؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٥١.

(٤) «في الحديث (نهى عن المجثمة) هي بالفتح: ما يُجَثَّم [ما يقيد]، ثم يرمى حتى يقتل».

(٥) قال المطرزي «دَقًّا لا جرحاً».

(٦) في م، ح (يجثم).

(٧) وخطأ المطرزي: هو المعنى بقوله: «ليس بذاك، والحق هو الأول». المغرب (جثم).

(٨) أخرجه الطبري في تهذيب الآثار، (٦١١/٢)؛ والبيهقي في الكبرى، ٣٣/٩؛ والدارمي في

السنن، ١١٦/٢؛ وأبو عوانة في مسنده، ١٨/٥.

مثل الباز والحدأة [ونحوهما] .

ونهى عن النهبة ، وهو ما ينتهب على الأرض مثل الذئب [ونحوه] ^(١) .

قال أبو الحسن: [وكرهه] ^(٢) أصحابنا مع ذلك من الصيد: لحم الفيل ؛ لأنه من ذوات الناب كسائر السباع ، وكرهوا الذبَّ والقرد ؛ لأنها من جملة المسوخ ، وذلك محرم لما روي: (أنه ﷺ سئل عن الضَّبِّ فقال: «إن أُمَّةً مسخت في الأرض ، فإني أخاف أن يكون منها») ^(٣) ، فدل [بذلك] على تحريم المسوخ .

قال: [وكرهوا] ^(٤) أكل الضب ، وقال الشافعي: لا يكره ^(٥) .

لنا: ما روي عن عائشة: (أن النبي ﷺ أهدي إليه لحم ضَبٍّ فامتنع أن يأكله ، فجاءت سائلة فأرادت عائشة أن تطعمها إياه ، فقال لها: «أتطعمين ما لا تأكلين») ^(٦) .

ولا يجوز أن يحمل امتناعه على أن نفسه عافته ؛ لأنه لو كان كذلك لثما منع

(١) في أ (ولحومها ، ولحمه) والمثبت من م ، ح .
 (٢) في أ (وذكره) وفي ج (ذكر) والمثبت من م .
 (٣) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨٣٣) ؛ وابن ماجه (٢٣٤٠) ؛ والإمام أحمد في المسند ، (٢٢٠/٤) ؛ وقال الهيثمي: «رواه البزار وأحمد - (من حديث حذيفة) .. ورجاله رجال الصحيح» ، ٣٧/٤ .

(٤) في أ (ويكره) والمثبت من م ، ح .
 (٥) انظر: الأم ص ٤٢٩ ؛ رحمة الأمة ص ٢٥١ .
 (٦) أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ (لا تطعمي السؤال ...) ، ١٢٣/٥ ؛ والطبراني في الأوسط بلفظ (أتصدقين ...) ، ٢٣١/٢ ؛ وقال الهيثمي: «وفيه خالد القسري ، وفيه كلام» مجمع الزوائد ، ١١٣/٣ ، وقال في موضع آخر: «رواه أحمد وأبو يعلى ، ورجالهما رجال الصحيح» ، ٣٧/٤ .



من التصدق به ، ألا ترى أنه لما امتنع من أكل شاة الأنصاري أمر بالتصدق بها .

وروى عنه عبد الرحمن بن حَسَنَةَ قال: كنا في بعض المغازي ، فأصابتنا مجاعة ، فنزلنا في أرض كثيرة الضَّبَاب ، فنصبنا القدور ، وكانت القدور لتغلي إذ جاء النبي ﷺ فقال: «ما هذا؟» فقلنا: الضَّبُّ يا رسول الله ، فقال: «إن أُمَّةً مُسِيخَتٌ ، فأخاف أن تكون هذه منها» ، وأمر بإكفاء القدور ، ولأنه من حشرات الأرض [كسائر الحشرات] .

والذي روى ابن عمر: أن النبي ﷺ قال له: «لم يكن بأرض قومي ، فأجد نفسي تعافه»^(١) ، فلا آكله ولا أحرمه .

وروى ابن عباس قال: أَكَلْ عَلَى مَائِدَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ^(٢) ، فهذا يفيد الإباحة ، وما ذكرناه يفيد الحظر ، فهو أولى .

قال: وكذلك اليربوع ، وابن عرس من سباع الهوام ، وكرهوا أكل جميع الهوام مما يكون سكناه في الأرض ، والجُرْدُ من الفأر ، والأوزاغ والسام أبرص ، والعضاية ، والقنافذ ، والدود ، والحَيَّات ، وجميع هوام الأرض .

قال بشر بن الوليد عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: أكره أكل الهوام كلها ، وقال أبو يوسف مثل ذلك ، ولا أعلم بين أصحابنا في ذلك خلافاً ؛ وذلك لأن الهوام مستخبثة ، وقال الله تعالى: ﴿وَيَحْرِرُهُ عَلَيْهِمُ الْجَبْتِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ؛ ولأنها تتناول النجاسات في الغالب ، وذلك من أسباب الكراهة .

(١) إلى هنا أخرجه البخاري (٥٠٧٦) ؛ ومسلم (١٩٤٦) .

(٢) كما في الصحيحين .

قال: وكل ما لا دم له فهو مكروه عندهم أكله، إلا الجراد، وكرهوا الدبيب كله، والزنبور، والذباب، وسائر ما لا دم له؛ وذلك لأن هذا كله مستخبث، فيدخل في قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

وأما الجراد فقد دل على إباحته النص، وهو قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان: السمك والجراد، والكبد والطحال» (١)، واجتمعت الأمة على إباحته (٢).

وكرهوا ذا المخلب من الطير: والبازي، والنسر، والعقاب، والشاهين [وما أشبه ذلك]، وكرهوا أكل الرخم والبغاث، وما أكل الجيف من الطير مثل الغراب الأبقع والأسود الذي يأكل الجيف، وقد دل على تحريم ذلك (نهيه ﷺ) عن كل ذي مخلب من الطير).

فأما الغراب الذي يأكل الجيف، فيكره، ولا بأس بما يأكل الحب، وهو الذي يشبه الزاغ.

قال أبو يوسف: فإن كان غراباً يخلط فيأكل الجيف ويأكل الزرع، فإنه لا يؤكل.

قال أبو يوسف: وأما الذي رخصت في أكله، فإن له خلقة وهيئة مخالفة للغراب في صغره، وأنه يدخر في المنازل ويألف كما يألف الحمام ويطير ويرجع.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن أكل

(١) أخرجه أحمد في المسند، (٩٧/٢)؛ والبيهقي في الكبرى، (٢٥٤/١)؛ والشافعي في مسنده، (٣٤٠/١). قال ابن حجر: «روي عن زيد أسلم موقوفاً، قال: وهو أصح...»، وتكلم في بعض رواته. انظر: التلخيص، (٢٦/١).

(٢) انظر: الأصل، ٣٦٩/٥.

الغراب ، فرخص في غراب الزرع ، وكره الغراب الأسود .

وسأله عن الأبقع ، فكره ذلك ؛ لأنه يأكل الميتة .

قال : والأصل في تحريم الغُذاف ، والغُراب الأبقع : ما روى [هشام] بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال : مَنْ يأكله بعدما سماه رسول الله ﷺ فاسقاً؟! ، يعني قوله : «خمس فواسق يقتلن المَحْرَم في الحِلِّ والحَرَم»^(١) ؛ لأن غالب أكلها الجيف .

قال أبو يوسف : وسألت أبا حنيفة عن العَقَّع فقال : لا بأس به ، فقلت : إنه يأكل الجيف ، فقال : إنه يخلط بشيء آخر ، فحصل من قول أبي حنيفة أن ما يخلط لا يكره [ب/٢٩٩] أكله ، بدلالة الدجاج .

وقال أبو يوسف : يكره ؛ لأن غالب أكله الجيف .

قال : ولم يروا بأساً بأكل الأرنب ، قال عمّار : كنا عند رسول الله ﷺ فأهدى له أعرابيُّ أرنباً مشويةً ، فقال لأصحابه : كلوا ، وذكر حديثاً طويلاً .

وعن محمد بن صفوان ، أو صفوان بن محمد قال : أصبت أرنبتين ، فذبحتهما بمروة ، وسألت عن ذلك رسول الله ﷺ ، فأمرني بأكلهما^(٢) .

قال أبو يوسف : فأما الوَبْر فلا أحفظ عن أبي حنيفة فيه شيئاً ، وهو عندي مثل الأرنب ، وهو يأتلف البقول والنبت ؛ وذلك لأن الأشياء على الإباحة إلا ما

(١) الحديث أخرجه الشيخان : البخاري (٣١٣٥) ؛ مسلم (١١٩٨) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٢٢) ؛ النسائي (المجتبى) (٤٣١٣) ؛ ابن ماجه (٣١٧٥) . انظر : التلخيص ،

قام دليل حضره .

قال أبو يوسف: في السَّنَجَابِ، والقُنْفُذِ، والسَّمُورِ، والدَّقِّ، كل شيء من هذا سَبْعُ مثل الثعلب، ومثل ابن عَرَسٍ لا يؤكل لحمه؛ وذلك لأنه من ذوات الناب، فيدخل في عموم الخبر .

قال: وكره أصحابنا كل مما كان في البحر إلا السمك خاصة، فإنه حلال أكله، إلا ما طفا منه، فإنهم كرهوه .

قال: والأصل في إباحة السمك: قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان، السمك والجراد»^(١).

قال الشافعي: لا يكره، وله في الضفدع قولان^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، وهذا عام في خنزير البر والبحر .

وروي أنه سئل عن الضفدع يُجعل [شحمه]^(٣) في الدواء، فنهي عن قتل الضفادع، وروي أنه قال: «خبثة من الخبائث»؛ ولأن الحيوان المتوحش في

(١) أخرجه ابن ماجه بلفظ (فأما الميتتان: فالحوت والجراد، وأما الدمان: فالكبد والطحال) (٣٣١٤)؛ والبيهقي في الكبرى ٢٥٤/١؛ وأحمد في المسند ٩٧/٢، كلهم مرفوعاً عن ابن عمر؛ وقال ابن حجر في التلخيص: «عن زيد بن أسلم موقوفاً، قال: وهو أصح، وكذا صحح الموقوف أبو زرعة وأبو حاتم»، وقيل في السند غير ذلك، انظر: ٢٦/١ .

(٢) قال النووي: «حيوان البحر: السمك، منه حلال كيف مات، وكذا غيره في الأصح، وقيل: لا...، وما يعيش في برّ وبحر كضفدع وسرطان وحية، حرام». المنهاج ص ٥٣٩. انظر: رحمة ص ٩٩ (العلمية).

(٣) في أ (مخه) والمثبت من ب .

أصل خلقته في البحر والبر، فإذا كان ما يسكن البرّ فيه ما هو مباح وفيه ما هو محظور، فما يسكن البحر مثله، هذا إن لم يسلموا الضفدع، وإن سلموه قسنا عليه بقية الحيوان، بعله أنه من حيوان البحر غير السمك، فكان مكروهاً كالضفدع.

وأما الطافي، فعندنا أن ما مات من السمك بسبب حادث أكل، وما مات حتف أنفه، لم يؤكل.

وقال الشافعي: يؤكل في الوجهين جميعاً^(١).

لنا: ما روى محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله (أن النبي ﷺ نهى عن أكل الطافي)^(٢)، وعن علي رضوان الله عليه أنه قال: لا تبيعوا في أسواقنا الطافي، وعن ابن عباس أنه قال: ما دسره البحر فكله، وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكل؛ لأنه حيوان له دم سائل، فإذا مات حتف أنفه لا يؤكل كحيوان [البر]^(٣).

فإن مات من الحر أو البرد أو كدر الماء، ففيه روايتان: أحدهما أنه يؤكل؛ لأنه مات بسبب حادث، فهو كما لو ألقاه الماء على اليابسة^(٤).

والرواية الأخرى: لا يؤكل؛ لأن الحر والبرد صفة الزمان، وليستا من حوادث الموت في الغالب.

وقد قالوا في سمك ابتلعت سمكة: أنها تؤكل [المبلوعة ما لم تنتن]؛ لأنها ماتت بسبب حادث.

(١) انظر: الأم ص ٤١٥.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود (٣٨١٥)؛ والبيهقي في الكبرى، (٢٥٥/٩).

(٣) في أ (البحر) والمثبت من م.

(٤) في م (الشط).



وروى هشام عن محمد: في السمكة إذا كان بعضها في الماء وبعضها على الأرض، إن كان رأسها على الأرض، أُكِلَتْ؛ لأنه موضع نفسها، فإذا كان خارجاً من الماء، فالظاهر أنها ماتت بسبب، وإن كان رأسها [في الماء والأكثر على الأرض أكلت؛ لأن للأكثر حكم الكل، وإن كان] أكثرها في الماء لم تؤكل؛ لأنه موضع لحياتها، فالظاهر أنها ماتت بغير سبب.

قال: وأصناف السمك كله عندهم حلال، الجريث منه، والمارماهي وسائر أصنافه لا بأس بذلك كله عندهم؛ وذلك لقوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان»، وذكر السمك، وهو عام في كل أنواعه، وقد روي عن علي وابن عباس: إباحة الجريث، وليس عن غيرهما خلافة^(١).

قال: واختلف الناس في جنين الناقة إذا خرج بعد ذبحها ميتاً، فأجاز بعضهم أكله، ومنع منه بعض، وكان ممن حظره من أصحابنا وحرمه أبو حنيفة، وزفر، والحسن بن زياد.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأكله إذا تمَّ خَلْقُهُ، وأما إذا لم يتم خلقه، فإنه لا يؤكل.

لأبي حنيفة: أنه حيوان له دم سائل، فإذا مات من غير جرح يحل فيه أو من جنس الحيوان الذي [شرطت] فيه الذكاة، فإذا مات من غير عقر فيه، لم يؤكل، كالمتردي في البئر؛ ولأن ذكاة حيوان لا يكون ذكاةً لغيره، كالشاتين إذا وقعتا في بئر إحداهما فوق الأخرى؛ ولأنه يحتمل أن يكون مات بسبب الذبح، ويحتمل أن يكون مات قبل ذلك، فلا يحل أكله بالشك.

(١) انظر: الأصل، ٣٧٠/٥.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»^(١)؛ ولأن الحيوان في حكم جزء من أجزاء الأم؛ بدلالة أنه يدخل في بيعها، ويعتق بعقتها، ويصير مذكاة بذكاتها كسائر أجزائها^(٢).

الجواب: أما الخبر، فقد روي ذكاة [الجنين ذكاة أمه، بنصب التاء]^(٣)، ومعناه: كذكاة أمه، فنصب لنزع الخافض، كقوله تعالى: ﴿يَنْظُرُونَ إِلَيْكَ نَظْرَ الْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ مِنَ الْمَوْتِ﴾ [محمد: ٢٠]، فهذا يدل على تساويهما في الذكاة.

وقد روي بالرفع، ومعناه: التشبيه أيضاً، قال الله تعالى: ﴿وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ﴾ [آل عمران: ١٣٣]، فاقترض الخبر أن الجنين يذكى كما تذكى الأم.

فأما اعتباره بالأجزاء، فهو مفارق للأجزاء من وجه؛ بدلالة أنه يبقى حياً [بعد الذبح لأمه]^(٤)، وينفرد عنها بالعتق، فلم يكن ما ذكره بشبه الأجزاء أولى من الشبه بغيرها.

وإنما شرطاً أن يكون كامل الخلقة؛ لأنه إذا لم يكمل خلقه، فهو كالمضغة والدم، فلا يحل أكله.

وذكر أبو الحسن بعد هذا حديث أنس بن مالك: أن رسول الله ﷺ قال له

(١) أخرج أبو داود (٢٨٢٨)، والترمذي (١٤٧٦) وقال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٣١٩٩)؛ وابن حبان ٢٠٧/١٣؛ والبيهقي في الكبرى ٣٣٤/٩.

(٢) في م (أعضائها).

(٣) في أ (بالنصب) فقط والمثبت من م.

(٤) في أ (بعد حياتها) والمثبت من م.

رجل يوم خيبر: أكلت الحمر، أو أفنيت الحمر، فقال: «إن الله ﷻ ينهاكم عن لحوم الحمر فإنها رجس»^(١).

وروي عن رسول الله ﷺ النهي عن لحوم الإبل الجلالة، وعن أكل المجثمة: وهي التي ترمى حتى تجثم فتموت.

أما الجلالة: فهي التي الأغلب من أكلها النجاسة^(٢)، فنهى رسول الله ﷺ عن أكلها؛ لأنها تستقدر، كالطعام الممتن، وروي أنه نهى عن الجلالة أن تشرب ألبانها؛ لأن لحمها إذا تغير، تغير لبنها، ونهى أن يحج عليها، وأن يعتمر عليها، وأن يغزى عليها، أو ينتفع بها فيما سوى ذلك، وهذا محمول عندنا على أنها تنتن في نفسها، فمنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس برائحتها^(٣).

وأما الدجاج، فإنما لم يكره أكلها وإن تناولت النجاسة؛ لأنه لا يغلب عليها أكلها، وإنما يخلطها بغيرها، وقد قيل: إنها لم تمنع منها؛ لأنها لا تنتن كما تنتن الإبل، والحكم يتعلق بهذا المعنى.

وقد قال أصحابنا في جدي ارتضع بلبن خنزير حتى كبر: إنه لا يكره أكله؛ لأن لحمه لا يتغير بذلك، فدل على أن المانع في الجلالة إنما هو للتغير دون تحريم النجاسة. [أ/٣٠٠]؛ ولهذا قالوا: إذا خلطت لم يكره؛ لأنها لا تنتن.

قال أبو يوسف عن أبي حنيفة: تحبس الجلالة ثلاثة أيام، والجلالة التي

(١) ولفظه أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨٥٢)، وفي المجتبى (٤٣٤٠)؛ والبخاري في صحيحه بلفظ (إن رسول الله ﷺ ينهاكم عن لحوم الحمر...) (٣٩٤٠).

(٢) انظر: المغرب (جلل).

(٣) انظر: الأصل ٣٩٥/٥.

تأكل العذرة ، فإذا خلطت فليست بجلالة ، وكذلك قال أبو يوسف .

قال هشام: قلت لأبي يوسف: الدجاجة هل تحبس إذا أراد ذبحها؟ قال: لا ؛ لأنها تخلط .

قال ابن رستم عن محمد: في البقرة^(١) الجلالة ، والشاة ، والبعير الجلال ، إنما يكون جلالاً إذا نتن وتغير ووُجدت منه ريح منتنة ، فهي الجلالة حينئذٍ ، لا يشرب لبنها ، ولا يؤكل لحمها ، وبيعها وهبتها جائز .

وكان أبو حنيفة لا يوقت في حبسها [وقتاً] ، ويقول: تحبس حتى تطيب ، وهو قوله أيضاً .

قال: وأما الدجاجة ، فإنها لا تكون جلالة ؛ لأنها لا تتغير ولا تنتن ، وإنما قلنا إن الجلالة إذا حبست زالت الكراهة ؛ لأن التغيير يزول بحبسها ، ألا ترى أنه يذهب ما في جوفها من النجاسة ، فإذا زال المعنى الموجب للكراهة ، زال الحكم . ولم يوقت أبو حنيفة في رواية محمد ؛ لأن ذلك إذا وقف على زوال النتن ، وجب اعتبار ذلك دون غيره .

وقدره في رواية أبي يوسف: بثلاثة أيام على الغالب من حالها ، وقد روي أن النبي ﷺ : (كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله)^(٢) ، وهذا عندنا على طريق التنزه ، فيجوز أن يكون ذهب في هذه الرواية إلى هذا الخبر . [والله أعلم]^(٣) .

(١) في م (الناقة) .

(٢) الحديث أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح عن ابن عمر موقوفاً ، ٥٥/٨ .

(٣) انظر: الأصل ٣٦٩/٥ وما بعدها ؛ متن القدوري ص ٤٩٦ .

بَابُ صِفَةِ الذَّكَاةِ



قال أبو الحسن عليه السلام: ما أباحه الله تعالى من الأنعام وغيرها من الصيد،
فإنما أباحه مُذَكِّيً، مذكوراً اسم الله تعالى.

قال الشيخ عليه السلام: وجملة هذا: أن الحيوان المشروط فيه الذكاة على ضربين:
مقدور على ذبحه، وغير مقدور [على ذبحه]، فما كان مقدوراً [عليه]، فذكاته
في محل مخصوص، سواء كان من جنس الوحش أو الأنعام، وما لم يكن مقدوراً
[عليه] فذكاته العقر^(١) في أي مكان حصل منه، وسواء كان من الوحش أو من
الأنعام.

والأصل في تعلق الإباحة بالذكاة قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]،
فشرط الإباحة الذكاة.

وأما اعتبار التسمية؛ فلأن الذكاة في الشرع وردت مشروطة بالتسمية، قال
الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤].

قال: والذكاة في اللَّبَّة^(٢) فما فوق ذلك إلى اللحية.

قال محمد في الجامع الصغير: لا بأس بالذبح^(٣) في الحلق كله، أسفل

(١) والعقر من «عقره عَقْرًا: جرحه، وعقر الناقة بالسيف: ضرب قوائمها». المغرب (عقر).

(٢) «اللَّبَّة: المُنْحَر من الصدر». المغرب (لب).

(٣) في م (بالذكاة).

الحلق وأوسطه وأعلاه^(١)؛ وذلك لقوله ﷺ: «الذكاة في الحلق واللبة»^(٢)، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين»^(٣)، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب؛ ولأن المقصود من الذبح قطع العروق المشروطة، وهذا موجود في جميع الحلق.

قال: والذكاة: فَرِي الأوداج، والأوداج^(٤) أربعة: الحلقوم^(٥)، والمريء^(٦)، والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمريء^(٧)، فإذا أفرئ [المذكي] ذلك أجمع، فقد أكمل الذكاة المأمور بها على تمامها وسننها.

فإن قَصَرَ عن ذلك، ففري من هذه الأربعة ثلاثة، فإن بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف: أن أبا حنيفة قال: إذا قطع أكثر الأوداج، أكل، وإذا قطع [ثلاثة منها]^(٨)، أكل من أي جانب كان، وعلى أي وجه كان، وكذلك قال أبو يوسف^(٩).

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٤١.

(٢) قال ابن حجر في حديث أبي هريرة مرفوعاً: «وإسناده وإه»، وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر مثله موقوفاً، ٢/٢٠٧؛ وأخرج البخاري موقوفاً عن ابن عباس، كما في باب النحر والذبح قبل (٥١٩١).

(٣) قال الزيلعي عن الحديث: «غريب بهذا اللفظ» وذكر الحديث السابق، نصب الراية، ٤/١٨٥؛ وقال ابن حجر أيضاً: «لم أجده» وذكر حديث أبي هريرة السابق، الدراية، ٢/٢٠٧.

(٤) الودج - بالتحريك -: عرق في العنق، ينتفخ عند الغضب، والودجان: العرقان الغليظان في العنق، بينهم الحلقوم والمريء: «وهو الذي يقطعه الذابح، فلا تبقى معه حياة». معجم لغة الفقهاء؛ الوجيز (ودج).

(٥) «الحلقوم: تجويف الفم، وفيه ست فُتُحات: فُتحة الفم الخلفية، وفُتحتا المنخرين، وفُتحتا الأذنين، وفُتحة الحنجرة: وهي مجرى الطعام والشراب والنفس». الوجيز (حلق).

(٦) المَرِيء: مجرى الطعام والشراب من الحلق إلى المعدة. معجم لغة الفقهاء (المريء).

(٧) انظر: المصباح (ذكي).

(٨) في أ (ثليتها) والمثبت من م.

(٩) انظر: مختصر القدوري ص ٤٩٤.

ثم قال أبو يوسف بعد ذلك: لا يأكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد العرقين، وذلك كله سواء في الإبل، والبقر، والغنم، والصيد، وكل ذبيحة، وكذلك الناقة ينحرها الرجل، فهي كذلك في القولين جميعاً.

وقد كان أبو الحسن يحمل قول أبي حنيفة في الأكثر على الأكثر من كل واحد من العروق الأربعة، وظاهر ما ذكره من الرواية بخلاف ذلك.

وذكر أبو الليث عن محمد: أنه اعتبر الأكثر من كل واحد من الأربعة.

وقال الشافعي: يعتبر قطع الحلقوم والمريء دون العرقين^(١).

لأبي حنيفة على ظاهر الرواية: أنه قطع الأكثر من العروق الأربعة، فصار كما لو قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين؛ ولأن الأكثر في الأصول يقوم مقام الجميع، [والذكاة بنيت على التوسعة، فقام الأكثر من العروق مقام جميعها]^(٢).

فأما الكلام على الشافعي؛ فلأنه إذا لم يقطع أحد الودجين بقي الحيوان أكثر من بقاء [المقطوع]^(٣)، فصار كما لو لم يقطع الحلقوم والمريء.

وجه ما ذكره أبو الحسن: أنه إذا قطع الأكثر من كل واحد، فقد حصل المقصود بالذبح، ألا ترى أنه يخرج منه ما يخرج إذا قطع جميعه؛ ولأن اليسير لا [يحترز]^(٤) منه، ألا ترى أن الذابح قد يبقي اليسير من العروق، فلا يعتدّ بذلك؛

(١) قال الشافعي: «كمال الذكاة بأربع: الحلقوم، والمريء، والودجين، وأقل ما يكفي من الذكاة اثنان: الحلقوم والمريء». الأم ص ٤١٨. انظر: رحمة الأمة ص ١٠٢.

(٢) ساقطة من أ وزيدت من م.

(٣) في أ (المذبوح) والمثبت من م.

(٤) في أ (يجري) والمثبت من م.

لأنه في حكم اليسير .

وجه قولهما: أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد بالآخر؛ لأن الحلقوم مجرى النَّفْس ، والمريء مجرى الطعام ، والودجين مجرى الدم ، فإذا قطع أحد الودجين ، حصل بقطعه المقصود منهما ، وإذا ترك الحلقوم والمريء ، لم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه ؛ فلذلك اختلفا .

وقال أبو حنيفة: السنة في الإبل النحر ، وفي غيرها الذبح .

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ ﴾ [الكوثر: ٢] ، قيل في التفسير: وانحر البدن ، وقال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقْرَةً ﴾ [البقرة: ٦٧] ، وقال في الغنم: ﴿ وَفَدَيْتَهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ ﴾ [الصافات: ١٠٧] ، فدل على أن الإبل تنحر ، والبقر والغنم تذبح ؛ ولأن النبي ﷺ نحر الإبل ، وذبح البقر والغنم ؛ ولأن المعتمر في الذكاة الأسهل على الحيوان ، بدلالة ما روى أبو الأشعث الصنعاني [عن شداد بن أوس] أن النبي ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته»^(١) ، والأسهل في الإبل النحر ؛ لأن اللبة منها ليس عليها لحم ، وما سواه من حلقها عليه لحم كثيف ، فأما البقر والغنم فجميع حلقها على وجه واحد ؛ فلذلك لم تنحر .

فإن قيل: روى جابر قال: (نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعة ، والبقرة عن سبعة)^(٢) [ب/٣٠٠] .

(١) أخرجه مسلم (١٩٥٥) .

(٢) أخرجه مسلم (١٣١٨) .

قيل له: إن العرب قد تضمّر الفعل في الكلام إذا كان في اللفظ دليل عليه ،
ألا ترى إلى قول الشاعر:

علفتها تبنًا وماءً باردًا^(١) ❖

[معناه: وسقيتها ماءً باردًا، فأضمّر الفعل، كذلك هذا].

معناه: نحرنا البدن وذبحنا البقر، وأضمّر الفعل.

وقال أبو حنيفة: إن ذبح ما ينحر^(٢)، أجزاء ذلك، والنحر أحب إليّ،
وكذلك قال أبو يوسف.

وقالا: إن نحر شاة، وأجزاءها، والذبح أحب إلينا.

وقال محمد في الجامع الصغير: لا بأس بأكل الجزور إذا ذبح ذبحًا ولم
ينحر، فإن نحرّت الشاة أو البقرة ولم تذبح، فلا بأس بأكلها، ولا أحب أن يفعل
هذا^(٣).

وقال مالك: إذا ذبح البدن، لم تحل^(٤).

لنا: قوله ﷺ: «أنهر الدم بما شئت»^(٥)، وقال: «ما أنهر الدم وأفرئ

(١) والشطر الثاني من البيت (حتى شئت همالة عينها)، كما في لسان العرب لابن منظور
(٢/٢٨٧)؛ وخزانة الأدب لابن الحجة ٢/٢٧٥.

(٢) في م (ناقة).

(٣) وعبارة الجامع الصغير: «ولا بأس بالجزور إذا ذبح، والشاة والبقرة إذا نحرّت» (مع شرح الصدر
الشهيد) ص ٥٤١.

(٤) قال ابن الحاجب: «فإن نحر ما يُذبح أو بالعكس لضرورة أكل، كما لو وقع في مهواة، ولغير
ضرورة فالمشهور التحريم.» جامع الأمهات ص ٢٢٥.

(٥) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٤٩١)، وفي المجتبى (٤٤٠١)؛ وأخرجه البخاري بلفظ (ما أنهر =

الأوداج ، فكلُّ»^(١) ؛ ولأنه قطع العروق المشروط قطعها ، فكأنه قطعها على الوجه المأمور به .

وقال أبو حنيفة: إن ضرب عنق جزور بسيف ، فأبانها وسمّى ، فإن كان ضربها من قِبَل الحلقوم ، فإنه يؤكل وقد أساء ، وإن كان ضربها من قِبَل الظهر ، فإن كان قطع الحلقوم والأوداج قبل أن يموت ، أكل وقد أساء .

وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة ؛ وذلك لأنه إذا ضربها من قِبَل الحلقوم ، فقد قطع العروق المشترط فيها الذكاة ، وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج إليها في الذكاة ، فيكره ذلك ، ولا يمنع الأكل كما لو جرحها .

وأما إذا ضربها من القفا ، فإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل ؛ لأنها ماتت قبل الذكاة ، وإن قطع العروق قبل موتها فقد فعل^(٢) المشترط إلا أنه زاد في ألمها ، وذلك مكروه .

قال أبو حنيفة: إن قطع رأس الشاة في الذكاة ، أكل ، وإن تعمد ذلك فقد أساء ، وكذلك قال أبو يوسف ، وهذا لما بيناه .

قال: وكل ذكاة [أجزأت]^(٣) وأكل المذبوح بها مما ليست الذكاة التامة التي ذكرت لك في أول الباب ، فإن ذلك مكروه ، وإن تعمد المذكي أن زاد عليه أو نقص منه ؛ وذلك لأن الزيادة ألمٌ لا يحتاج إليه في الذكاة ، فصار كعقرها ، ولهذا

= الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه) (٢٣٧٢)؛ ومسلم (١٩٦٨).

(١) هذا الحديث ملفق من حديثين لرافع بن خديج . انظر: نصب الراية ٤/١٨٦ .

(٢) في م (فقد وجد الشرط).

(٣) في أ (أجرت) والمثبت من م .



قالوا إذا ذبحها كره له أن يكسر عنقها قبل أن تموت ، وكذلك يكره سلخها قبل أن تبرد ؛ لما في ذلك من زيادة الألم .

وأما النقصان الذي ذكره ، فإنما أراد أن يتعمد ترك شيء من العروق ؛ لأن الذكاة التامة ما استوفى فيها قطع العروق ، فيكره ترك بعضها^(١) .



(١) انظر: الأصل ٣٩٦/٥ وما بعدها؛ متن القدوري ص ٤٩٤ .

بَابُ التَّسْمِيَةِ عَلَى الذَّبِيحَةِ

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: التسمية على الذبيحة عندنا فرض ، لا تصح الذكاة مع تعمد تركها ، فإن ترك ذلك على وجه النسيان ، صَحَّتْ الذكاة .
وقال الشافعي: إذا ترك التسمية عمداً جاز الأكل ، وقال مالك: إذا تركها ناسياً لم تؤكل (١) .

أما إذا تركها عمداً ، فلقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾ [الأنعام: ١٢١] ؛ ولأن الذكاة وردت في الشريعة مشروطة في التسمية ؛ بدلالة قوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [المائدة: ٤] ، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المَعْلَمَّ وذكرت اسم الله ، فكل ، وإن شاركه كلبٌ آخر فلا تأكل ، إنما سميت على كلبك» (٢) ؛ ولأن ذبح الهدايا قرينة شرع في ابتدائها ذكر الله تعالى على وجه المخالفة للمشركين ، فكان ذلك شرطاً كتكبير الصلاة ؛ ولأن المسلمين أشكل عليهم جواز الأكل عند ترك التسمية ناسياً ، فسألوا النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك ، فلو كان الترك بكل حال لا يمنع من الأكل ، لبيّن لهم ذلك في الجواب ، ولم يمسك عن بيان الإشكال .

(١) «والتسمية سنة عند الشافعي ، فإن تركها ولو عامداً لم يحرم . . . انظر: الأم ص ٤٢٠ ؛ المنهاج ص ٥٣٥ ؛ رحمة الأمة ص ١٠٣ .

وقال ابن الجلاب المالكي: «والتسمية شرط في صحة الذبيحة فمن تركها عامداً لم تؤكل ذبيحته وإن تركها ناسياً ، أكلت ذبيحته» . التفريع ٤٠٢/١ .

(٢) أخرجه البخاري (٥١٦٦) ؛ ومسلم (١٩٢٩) .



وأما الكلام على مالك ؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه سُئِلَ عَمَّن نسي التسمية على الذبيحة ، فقال ﷺ : «اسم الله على لسان كل مسلم»^(١) ؛ ولأن الناسي غير مخاطب بما نسيه ، فلم يترك من فرض عليه عند الذبح ؛ فلذلك جاز الأكل .

وليس هذا كنسيان تكبيرة الصلاة ؛ لأن الأذكار في الصلاة أدخل منها في التسمية ؛ بدلالة أنها تجب ابتداءً وبقاءً ؛ فلذلك جاز أن يستوي فيها النسيان والعمد ، وليس نسيان التسمية كنسيان بعض العروق^(٢) ؛ لأن التسمية وضعت لمخالفة الكفار ، والذبح وُضِعَ لإراقة الدم ، ويختلف حكم نفس الشيء ، وأركانه ، وما جعل شرطاً فيه .

قال : وكذلك الكتابي إذا ترك التسمية عامداً ، لم تؤكل ذبيحته ، وإن كان ناسياً أكلت ؛ لأن المسلم إذا لم يجز أكل ذبيحته مع عمد ترك التسمية ، فلا ن لا يجوز ذلك في الكتابي أولى .

قال بشر عن أبي يوسف : من حضر ذبيحة الذمي ، فإن ترك التسمية لم تؤكل ، وإن كان غاب عن ذلك أكل ؛ لأنه إذا غاب عنه ، فالظاهر أنه لا يترك التسمية ، فوجب حسن الظن به كالمسلم .

وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة فقال : لا تؤكل ذبيحة الكتابي إذا عمد ترك التسمية ، والتسمية مع الحز^(٣) الواحد ؛ وذلك لأن الحز هو الذبح ،

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٩٥/٤ وقال : «مروان بن سالم ضعيف» ؛ والبيهقي في الكبرى وقال : «هذا الحديث منكر بهذا الإسناد» ٢٤٠/٩ .

(٢) في م (الغروب) .

(٣) في م (القطع للوح) .

والتسمية من شرائط الذبح .

قال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً أضجع شاة ليذبحها، وسمّى ثم بدا له فأرسلها، وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية الأولى، لم يجزه ذلك ولا يؤكل؛ [لأن] هذا قد ترك التسمية [متعمداً].

ولو رمى صيداً وسمّى فأخطأه وأصاب آخر فقتله، فلا بأس بأكله؛ لأن التسمية في الرمي على إرسال السهم والنشابة، وليس على الإصابة تسمية، ولو كانت التسمية على الإصابة، لم تجزئه تسمية الإرسال، وكان إذا أراد أن يرمي الصيد، سمّى إذا وقعت النشابة.

وكذلك إذا أرسل كلباً، فإنما التسمية على الإرسال، ليس على أخذه، ولا بأس بأكله وإن أخذ غير الذي أرسله عليه، فالتسمية على الذبيحة على الحزّ نفسه، ليس على أخذ السكين.

وإذا ترك التسمية عمداً على الحزّ لم يؤكل، وهذا فرق صحيح؛ لأن ذبح المقدور [عليه] يتمكن فيه من التسمية [عند الإصابة]^(١)، فلا معنى لتقدمها.

وأما غير المقدور، فلا يتمكن [فيه] من التسمية عند الإصابة وعند أخذ الجارحة، فاعتبرت التسمية عند الرمي وعند الإرسال الذي هو من فعل المكلف، وصار ذلك الفعل منه كالحزّ في المقدور [عليه]، وعلى هذا التعيين؛ لأنه يقدر أن يسمي على ذبيحته بعينها، فلزمه تعيين التسمية [١/٣٠١] [لكل ذبيحة]^(٢)، ولا يقدر

(١) في أ (عند الحزّ) والمثبت من م .

(٢) في أ (لأجل ذبحه) والمثبت من م، ج .

على تعيين التسمية في الصيد؛ لأن الكلب قد يُرسل على صيد فيأخذ غيره؛
فلذلك سقط التعيين في الصيد، ووجب في المقدور [عليه].

قال: ولو أن رجلاً ذبح شاةً وسمّى، ثم ذبح أخرى، فظنّ أن التسمية الأولى
تجزئ عنها، لم تؤكل، ولا بدّ من أن يحدث لكل ذبيحة تسمية.

ولو رمى بسهم فقتل به من الصيد اثنين فلا بأس بذلك، وكذلك كلب
أرسله وسمّى فقتل [به] من الصيد اثنين فلا بأس بذلك؛ وذلك لأن الذبح يتجدد
فيه الفعل عند كل ذبيحة؛ فلذلك يجب تجديد التسمية.

فأمّا الرمي والإرسال، فهو فعل واحد، وإن كان يتعدى إلى مفعولين، فأجزأ
فيه تسمية واحدة، وصار [نظير] ^(١) الصيد من الذبح أن يضجع شاتين ويمرّ
السكين عليهما معاً، فيجزئ في ذلك تسمية واحدة.

فإن قيل: ظنه أن التسمية على الشاة الأولى تجزئ عن الثانية عُذر كنسيان
التسمية، قيل [له]: حكم [الجهل] ^(٢) مفارق لحكم النسيان؛ بدلالة أن من جهل
أن الأكل يفطر ^(٣) الصائم فأكل بطل صومه، ولو نسي صومه فأكل لم يبطل
[صومه].

قال: ولو نظر إلى جماعة من الصيد، فرمى وسمّى وتعمدها، ولم يتعمد
واحداً بعينه، فأصاب منها صيداً فقتله، فلا بأس بأكله، وكذلك الكلب والبازي
والفهد.

(١) في أ (تعيين) والمثبت من م.

(٢) في أ (الجاهلية) والمثبت من م.

(٣) في م (لا يفطر).

ولو أنّ رجلاً نظر إلى غنم فقال: بسم الله، ثم أخذ واحدة فأضجعها [وذبحها]^(١) وترك التسمية، فظنّ أن تلك التسمية تجزئه، فلا يأكل؛ من قبيل أنه لم يسم على الحزّ، وليست التسمية على النظر، وإنما التسمية على الذبح نفسه؛ وذلك لأن تعيين الذبيحة بالتسمية غير متعذر، فكان [ذلك] شرطاً، وتعيين الصيد بالإرسال متعذر، فلم يكن ذلك شرطاً؛ ولأن الذي يملكه من الفعل في الإرسال، إنما هو الإرسال أو الرمي، فاعتبرت التسمية عندما يملكه، وفي المقدور يملك الذبح والحز، فاعتبرت التسمية على ذلك.

قال: ولو أنّ رجلاً أرسل كلباً وترك التسمية متعمداً، فلما مضى الكلب يتبع الصيد سمّى وزجره، فأخذ الصيد فقتله، لم يأكل انزجر أو لم ينزجر، [لا يؤكل]^(٢) في [كل] واحد من الوجهين؛ لأن ابتداء الإرسال كان بغير تسمية، فلا تصلحه التسمية بعد [وقوعه].

ولو كان الكلب اتبع الصيد من غير أن يرسله مرسل، فزجره وسمّى، فإن انزجر فأخذ الصيد فقتله، فكُل، وإن لم ينزجر، لم يأكل؛ وذلك لأنه لما أرسل الكلب ولم يسم، فقد تعلق بالإرسال حكم الحظر، وهو فعل أجري مجرى الذبح، فإذا زجره بعد ذلك فانزجر، صار كالذبح بغير تسمية إذا أعاد إمرار السكين فيه وسمّى، وعلى هذا إذا أرسل المجوسي كلباً فزجره مسلم، فانزجر.

وأما إذا [تَرَسَّلَ]^(٣) الكلبُ بنفسه، فلم يوجد فعل يتعلق به حكم، ألا ترى

(١) الزيادة من م، ج.

(٢) في أ (لا يأكل) والمثبت من م، ج.

(٣) في أ (لم يرسل) والمثبت من م، ج.

أن فعل الكلب لا يوصف بالحظر والإباحة، وإنما لا يؤكل ما قتله الكلب من غير إرسال؛ لأن فعله غير^(١) معتد به، فكأن الحيوان مات حتف أنفه، وإذا لم يوجد فعل يتعلق بالحكم به حتى زجره مسلم وسمي فانزجر، تعلق الحكم بالزجر، لما لم يتقدمه ما يتعلق به حكم، فصار ذلك كابتداء الإرسال منه.

وليس كذلك إذا لم ينزجر؛ لأن فعل الآدمي لم يؤثر فيه، فصار كأنه لم يزجر.

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً أرسل كلباً [له] على صيد وسمي، فأخذه فشق بطنه وأخرج ما فيه، ولم يأكل، فأدركه الرجل وبه رمق، فليس عليه أن يذكيه، وهذا قد ذكاه الكلب وفرغ منه.

وكذلك لو جراه باثنين، أو أخرج ما في بطنه، فهذا بمنزلة الذبيحة، ولا يذكي؛ وذلك لأنه إذا بلغ إلى هذه الحالة، لم يبق فيه حياة مستقرة، فلم يعتد بها، وصار كالمذبوح إذا اضطرب.

وكان أصحابنا يقولون هذا الجواب على أصل أبي يوسف، فأما على قول أبي حنيفة، فيجب أن يذبحه بكل حال، فإن لم يذبحه، لم يؤكل؛ لأن الحياة التي ليست بمستقرة عنده في باب الذكاة كالمستقرة، ألا ترى أنه قال في المتردية إذا ذبحت وفيها رمق، أكلت.

وقال أبو يوسف: إن كانت تبقى أكثر من نصف يوم أكلت، وإلا لم تؤكل.

وقال محمد: إن كانت تبقى قدر اضطراب المذبوح لم تؤكل، وإن بقيت أكثر من ذلك أكلت.

(١) في م (غير منعقد).

قالوا: فهذه المسألة يجب أن تكون على ذلك الأصل ، فمن جعلها كالميتة لم يوجب ذكاتها ، ومن جعلها كالحية أوجب ذكاتها^(١) .

قال: وكلّ شاة ذبحت فاضطربت فوقعت من فوق^(٢) فماتت ، أو وقعت في ماء ، فلا بأس بأكلها ؛ وذلك لأن الذبح ذكاة مستقرة غير موقوفة على شرط مستقبل ، لا يعتد بما يحصل بعد ذلك من الوقوع والغرق .

وليس هذا كالصيد إذا رماه بسهم فوقع في ماء أو على حجر ؛ لأن جرح السهم ليس بذكاة مستقرة ؛ بدلالة أنه لو أدركه وجب ذبحه ، فإذا حصل بسبب من أسباب التلف يجوز أن يكون الموت منه ، حرم أكله .

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: إذا ذبح الرجل الشاة وسمّى ، وفرى الأوداج وأنهر الدم ، واستقبل القبلة أو لم يستقبلها ، فلا بأس بأكلها ، وهذه ذبيحة ، غير أنه قد أساء في تركه استقبال القبلة .

وذلك [لما روى] حسن عن علي رضوان الله عليه: أنه كان إذا ذبح استقبال القبلة .

وعن [ابن] عمر: أنه كان يستحب أن يوجه بالذبيحة إلى القبلة .

وعن الشعبي قال: كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة إلى القبلة ؛ ولأن المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم الأوثان ، فاستحب مخالفتهم باستقبال جهة القبلة التي هي جهة الرغبة إلى الله تعالى .

(١) انظر: الأصل ٣٦٤/٥ ، ٣٦٥ .

(٢) في م (فوقعت في بئر)، وج (من فوق بيت) .

وأما جواز الأكل إذا ترك ذلك ، فلقوله ﷺ : «أنهر الدم بما شئت» ، وقوله : «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل»^(١) .

قال : وإن تركت التسمية ، لم تؤكل ، وإن تركها ناسياً ، أكل ، وهذا قد بيناه .
وقد اختلف الصحابة في النسيان ، [فقال عليّ وابن عباس : إذا ترك التسمية ناسياً أكل] ، وقال ابن عمر : لا يؤكل ، فالخلاف في النسيان يدل على اتفاقهم في العمد ، وليس حكم التسمية عندهم كاستقبال القبلة ؛ لأن التسمية مقصودة في الذكاة ، منصوص عليها ، والاستقبال غير منصوص عليه ، فكان حكم التسمية أقوى .

قال أبو يوسف عن أبي حنيفة : إذا جزرت فلا تقل : اللهم تقبل عن فلان ، جرد التسمية مع الحزّ ، فإذا فرغت فادع بالتقبل .

وروى أبو يوسف ذلك عن أبي حنيفة عن حماد [٣٠١/ب] عن إبراهيم ، وكذلك قال أبو يوسف : ادع بالتقبل قبل الذبح إن شئت أو بعده ، وذلك لقوله تعالى : ﴿فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾^(٢) [الجن : ١٨] .

وروي عن ابن مسعود قال : جرّدوا بالتسمية ؛ ولأن المشركين كانوا يذكرون مع اسم الله تعالى غيره ، فالواجب مخالفتهم .

والذي روي (أن النبي ﷺ ضحّى بكبشين : أحدهما عن نفسه ، والآخر

(١) الحديث الأول أخرجه الشيخان بمعناه : البخاري (٢٣٥٦ ، ٥١٨٧) ؛ ومسلم (١٩٦٨) ، والثاني ملفق بين حديثين لرافع بن خديج ، وجزء منه في الصحيحين ، كما قال الحافظ ابن حجر في الدراية ، ٢٠٧/٢ .

(٢) في م ﴿فَلَا تَدْعُ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ﴾ [الشعراء : ٢١٣] .

عن أمته^(١)، فيجوز أن يكون قال ذلك قبل الذبح أو بعده.

قال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً سمى على الذبيحة أو الرمية^(٢) بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها، أجزاء ذلك عن التسمية لقوله تعالى: ﴿وَأذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤] ولم يفصل.

وهذا ظاهر [على] قول أبي حنيفة: في اعتبار المعنى في [حكم] التكبير، فاستوى العربي والعجمي فيه.

فأما على قولهما: فلا يجوز التكبير بالفارسية لمن يُحسن العربية، وتجاوز التسمية؛ لأن حكم التسمية أضعف، ولذلك يختلف في النسيان والعمد، ويستوي في التكبير.

وقال عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً ذبح شاة، فقال: اللهم اغفر [لي]، أو فعل ذلك في رميه صيداً، أو إرساله كلباً على صيد، فلا يكون هذا بمنزلة التسمية، ولا يأكل من ذلك؛ لأن المقصود ذكر اسم الله تعالى على طريق التعظيم، والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض، فلا يكون تسمية.

وقال بشر وعليّ عن أبي يوسف: إذا رمى صيداً فذكر [اسم] الله تعالى عند الرمي بتهليل، أو بتكبير، أو بتسييح، أو بتحميد، فهو مثل التسمية، هذا قول

(١) أخرجه الحاكم مفصلاً - (إذ أورده المؤلف بمعناه مختصراً) - في المستدرک، ٤/٢٥٣؛ وأخرج أبو داود (الجزء الأول) (٢٧٩٤)؛ والنسائي في المجتبى (٤٤١٨)؛ وأحمد في المسند؛ ٢١٤/٣.

انظر: الدراية، ٤٨/٢؛ نصب الراية، ٣/١٥٣.

(٢) في م (بالرومية أو بالفارسية).

أبي حنيفة و[محمد] (١).

قال: والتهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية للجاهل بالتسمية وللعالم بها؛ وذلك لأن المأمور به ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم، وهذا موجود في جميع هذه الألفاظ، وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد في تكبير الصلاة.

فأما على قول أبي يوسف: فلا يجوز الدخول في الصلاة إلا بالتكبير؛ لقوله ﷺ في حديث الأعرابي: «ثم تكبر» (٢)، وقال في الذكاة: «إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى، فكل» (٣).

وقال في الأصل: أرأيت الرجل يذبح الشاتين والثلاثة، فسَمَّى على الأولى منهما، ويدع التسمية على غير ذلك عمداً، قال: تأكل الشاة التي سمَّى عليها، ولا تأكل ما سوى ذلك (٤)، وقد بينا هذه المسألة.

[قلت: أرأيت لو أضجع شاة ليذبحها، وسمَّى عليه، ثم ألقى السكين وأخذ أخرى وذبح بها، أتؤكل؟ قال: نعم، وذلك لأن التسمية في الذبح إنما يقع على المذبوح دون الآلة، والمذبوح واحد، ولا معتبر باختلاف الآلة.

وليس هذا كمن سمَّى على سهم ثم رمى بغيره، أنه لا يؤكل؛ لأن التسمية في الرمي لا يقع على الرمي، وإنما يقع على السهم، والتسمية على أحد السهمين

(١) في أ (وأبي يوسف) والمثبت من م.

(٢) حديث المسيء في صلاته، أخرجه البخاري (٧٩٣)؛ ومسلم (٣٩٧).

(٣) أخرجه البخاري (٥١٦٩) (من حديث عدي)؛ ومسلم (١٩٢٩).

(٤) وتكملتها: «... مما ترك التسمية عليه عمداً». الأصل ٣٩٨/٥.

ليست بتسمية على الآخر].

قلت: [أرأيت أن] رجلاً أضجع [شاة] ليذبحها، وسمى عليها، فكلمه إنسان أو استقى ماءً فشرب، أو أحد السكين قليلاً، ولم يكبر، ثم ذبح على تلك التسمية، هل تؤكل؟ قال: نعم، لا بأس به.

قال: أرأيت إن تحدّث، وأطال الحديث، أو أخذ في عمل سوى ذلك ثم ذبح، هل تؤكل؟ قال: لا، [أمّا هذا فأكرهه؛ وذلك لأنه إذا لم يطل ما بين التسمية والحزّ لم يعتد بالفصل؛ لأن ذلك القدر لا يحترز عنه، فكأنه سمى مع الحزّ، وإذا أطال [العمل] انفصلت التسمية عن الحزّ، فكأنه سمى في يوم وذبح في يوم.

قلت: لو أن رجلاً ذبح فقال: الحمد لله على ذبيحته، ولم يزد على هذا، هل تؤكل؟ قال: نعم، وكذلك لو قال: سبحان الله والله أكبر، يريد بذلك التسمية، فهذا كله تسمية، ولا بأس بأكلها.

وكذلك كل شيء ذكره من أسماء الله تعالى على ذبيحته يريد به التسمية، هل تؤكل بذلك؟ قال: نعم^(١)؛ وذلك لأن التسمية لما كانت شرطاً في الذبائح، يعتبر وجودها مع القصد إليها، كذكر الله تعالى في ابتداء الصلاة.

قال: فإن قال: الحمد لله، يريد أن يحمده، ولا يريد به التسمية، هل تؤكل ذلك؟ قال: لا؛ وذلك لأن حمد الله تعالى قد يذكر على وجه التسمية، وقد يذكر على وجه شكر النعم سابقاً.

فإذا أراد به غير التسمية، لم يقع عنها. والله تعالى أعلم^(٢).

(١) الأصل ٣٩٨/٥، ٣٩٩.

(٢) انظر: الأصل ٣٩٦/٥ وما بعدها؛ متن القدوري ص ٤٩٤ وما بعدها.



بَاب

ما يُكره فعله بالذبيحة قبل الذبح وبعده



قال أبو الحسن: وإذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة، كُرِهَ له أن يجرها برجلها إلى المذبح؛ وذلك لأنه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الزكاة.

قال: ويكره أن يضجعها ويحدّ الشفرة؛ وذلك لما روي [أنه] رأى رجلاً قد أضجع شاة وهو يحدّ الشفرة، فقال له: «أردت أن تُميتها ميتتين، ألا حددتها قبل أن تضجعها»^(١).

وروي أن عمر رضي الله عنه رأى رجلاً قد أضجع شاة وترك رجله على صفحة وجهها وهو يحدّ الشفرة، فضربه بالدرة، فهرب وشردت الشاة، فقال له عمر: هَلَّا حددتها قبل أن تضع رجلك موضع وضعتها؛ ولأن البهائم تحسّ بما تجزع منه، فإذا أحدّ الشفرة وقد أضجعها، زاد في ألمها، وذلك لا يجوز.

ويكره إذا ذبحها أن يبلغ النخاع؛ وهو العرق الأبيض الذي في عظم الرقبة، ويكره له أيضاً الذبح بعد ذلك أن ينخعها قبل أن تبرد، فيحزّ حتى يبلغ النخاع. ويكره له أيضاً أن يخرج العظم.

ويكره له أن يسلخ الشاة قبل أن تبرد؛ وذلك لأن هذا زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذبح، وقد روى أبو الأشعث الصنعاني عن شداد بن أوس: أن رسول

(١) في أكثر الروايات بلفظ (موتات)، أخرجه الحاكم في المستدرک عن ابن عباس مرفوعاً، ٢٥٧/٤؛ وعبد الرزاق في المصنف، ٤٩٣/٤، مرسلًا؛ انظر: التلخيص الحبير، ١٤٣/٤.



الله ﷻ قال: «إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذَّبْحَةَ، وليحدَّ أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته»^(١).

قال: فإن نجع أو سلخ قبل أن تبرد، فلا بأس بذلك؛ لأنه لا يوجد فيه ألم، فصار كتفصيلها.

قال: وهذا كله لا يحرم الذبيحة، ما كره قبل الذبح وبعدها؛ لأن النهي عن ذلك ليس بمعنى في المنهي عنه، وإنما هو لما يلحق [بالحيوان] من الضرر، والنهي في غير المنهي لا يفيد الفساد^(٢).



(١) أخرجه مسلم (١٩٥٥)؛ والترمذي (١٤٠٩)؛ والنسائي في المجتبى (٤٤٠٥) وغيرهم.

(٢) انظر: الأصل، ٣٩٩/٥، ٤٠٠.

بَابُ مَا يَكْرَهُ أَكْلَهُ مِنَ الشَّاةِ

روى الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل^(١) عن مجاهد قال: كره رسول الله ﷺ من الشاة الذَّكَرَ، والأنثيين، والقُبل، والغدد^(٢)، والمرارة^(٣)، والمثانة^(٤)، والدم^(٥).

قال أبو حنيفة: الدمُّ حرامٌ، وأكره الميتة؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّيْتَةٌ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: ٣]، فلما تناول النَّصَّ الدم، قطع بتحريمه وكره ما سواه؛ لأنه ممّا تستخبثه الأنفس وتكرهه، وهذا المعنى سبب الكراهية؛ لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

وروي عن ابن عمر [أنه] سئل عن القنفذ، فتلا قوله: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، فقال شيخ عنده: سمعت

(١) ما بين المعقوفتين (قدر صفحتين) سقطت من أ، والمثبت من م، ج.
(٢) «الغُدَّة: عضو مُفْرَزٌ مكوّن من خلايا له قناة»، وجمعها: غَدَد.
(٢) «المرارة: كيس لاصق بالكبد، تختزن به الصفراء، وهي تساعد على هضم المواد الدهنية، وجمعها: مرار» المعجم الوجيز (مرر).

(٤) «المثانة: كيس أسفر البطن، يتجمع فيه البول إفراز من الكُلَيْتَيْنِ». المعجم الوجيز (مثن).
(٥) أورده العراقي في المغني عن حمل الأسفار بلفظ (كان لا يأكل...)، وقال: «البيهقي من حديث

ابن عباس بإسناد ضعيف، ورواه البيهقي من رواية مجاهد مرسلًا»، ٦٥٥/١؛ رواه محمد في كتاب الآثار وذكر بدل (القبل) الحيا، ص ١٧٩.

أبا هريرة يقول: ذكر القنفذ عند النبي ﷺ ، فقال: «خبثة من الخبائث»^(١) ، فقال ابن عمر: إن كان رسول الله ﷺ قال^(٢) ، فهو كما قال .



(١) أخرجه البيهقي ، وقال في سنده: «وهو إسناد فيه ضعف» ٣٢٦/٩ ؛ وقيل غير ذلك في سنده .
انظر: التلخيص الحبير ، ١٥٥/٤ .
(٢) في م (قاله ، فهو يكره) .

بَابُ مَا يُذَكِّي بِهِ

قال أيده الله: أصل هذا الباب: أن الآلة على ضربين: آلة تقطع، وآلة تفسخ، فالآلة التي تقطع على ضربين: حادة، وكليلة.

فالحادة: يجوز الذبح بها، حديداً كانت^(١) أو غير حديد، ولا يكره.

والكليلة: يكره^(٢) الذبح بها، حديداً كانت^(٣) أو غير حديد.

والأصل في جواز الذبح بغير [الحديد]^(٤): ما روى عدي بن حاتم، قال: قلت: يا رسول الله، أرأيت أحدنا أصاب صيداً وليس معه سكين، أيدكي بمروءة، أو بشقة العصا؟ قال: «أنهر الدم بما شئت، واذكر اسم الله تعالى».

وروي أن جاريةً لكعب بن مالك ذبحت شاة بمروءة، فسأل كعب رسول الله ﷺ عن ذلك، فأمر بأكلها^(٥).

ولأن الحديد لا يتعلق بالحكم بجنسه وإنما يتعلق بحده؛ بدلالة أن الحديد الذي ليس بمحدد لا يجوز الذبح به، فإذا وجد التحديد في المروءة والليطة^(٦)،

(١) في م (جديداً كانت أو غير حديد).

(٢) في م (لا يجوز).

(٣) في م (جديداً كانت أو غير حديد).

(٤) في أ (الذبح) والمثبت من م، ج.

(٥) أخرجه أحمد في المسند ٣٨٦/٦؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٢٥٥/٤؛ والطحاوي في مشكل الآثار ٤٤٨/٧.

(٦) «الليطة - بكسر اللام وسكون الياء - هي قشرة القصب اللازق».

جاز الذبح بهما .

وأما الكليل من الآلة إذا كانت تقطع فإنما يكره ؛ لما فيه من تعذيب الحيوان ؛ ولأن النبي ﷺ أمر بتحديد الشفرة وإراحة الذبيحة .

وقد قال أصحابنا: إذا ذبح بظفر منزوع ، أو بسنٍّ منزوع ، جاز الذبح بهما ، ويكره ، وقال الشافعي: لا يجوز^(١) .

لنا: أنه [آلة] يتصرف فيه كما يتصرف في المروة والليطة ، فإذا جاز الذبح بأحدهما ، جاز بالآخر ، وأما قوله ﷺ: «أنهر الدم بما شئت إلا ما كان من سن أو ظفر ، فإن الظفر مُدَى الحبشة ، والسن عَظْم من الإنسان»^(٢) ، فإنما أراد بذلك: السن القائم والظفر القائم ؛ بدلالة أن الحبشة كانت تفعل ذلك إظهاراً للجَدِّ ؛ وبدلالة أنه روي في بعض الأخبار أنه قال: «إلا ما كان قرصاً بسن ، أو جَزاً بظفر» ، والقرص إنما يكون بالسن القائم .

وأما القسم الثاني: وهو الذي يبرد ويفسخ ، وهو الظفر القائم والسنُّ القائم ، فإذا ذبح به كان ميتة ؛ للخبر ، ولأنه لا يمكنه التصرف فيه كما يتصرف في الآلة ، وإنما يعتمد عليه فيتخنق^(٣) وينفسخ ، فلا يحل أكله .

وقد كان الشيخ أبو عبد الله [الجرجاني] ألزم إذا طال الظفر ، فأخذ إنسان بيد صاحبه [فذبح] فأمرّ يده كما يُمرّ السكين ، فقال: يجوز ذلك^(٤) .

= والمروة - بفتح الميم - : وهي حجارة بيض براقه يقدح منها النار . . الجوهرة ٢/٢٣٦ .

(١) انظر: الأم ص ٤١٨ ؛ المنهاج ص ٤٣٤ ؛ رحمة الأمة ص ١٠٢ .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٢٤٧/٩ ؛ وأبو عوانة في مسنده ، ٥٦/٥ ؛ والشافعي في مسنده ، ٣٤٠/١ . كلهم بلفظ (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه ، فكلوه . . .) .

(٣) في م (فيحز) .

(٤) انظر: الأصل ٣٥٢/٥ ، ٣٥٣ .



بَاب

من تُؤكل ذبيحته من المذگين، ومن لا تُؤكل



قال أبو الحسن: لا تصحُّ الذكاة إلا من مسلم أو كتابي، يعقلان الذبيحة، ولا يتركان التسمية عمدًا، والمسلم والذمي فيما يصح به الذكاة سواء.

أما ذكاة المسلم، فلا خلاف في جوازها، وأما الكتابي فلقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: هـ]، ولا يجوز أن يحمل على غير الذبائح؛ لأنه لو كان كذلك لم يخص بأهل الكتاب؛ ولأنه يؤمن بكتاب من كتب الله تعالى، وتحل مناكحته كالمسلم.

قال: وإن كان الذابح كافرًا من غير أهل الكتاب، لم تؤكل ذبيحته كائنًا من كان وما كان دينه ولأي شيء عبده؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ١٢١]، ومن ليس بكتابي لا يذكر اسم الله؛ [١/٣٠٢] ولأن الإباحة مأخوذة من الشرع، وقد وردت مختصةً بأهل الكتاب، فمن سواهم على أصل الحظر.

قال: وكذلك المرتد عن الإسلام، لا تؤكل ذبيحته إلى أي دين ارتد؛ لأنه لا يقر على الدين الذي انتقل إليه، فصار كالوثني الذي لا يقر على دينه.

قال: وإن ارتد الكتابي^(١) إلى دين غير أهل الكتاب، لم تؤكل ذبيحته؛ لأن

(١) في ج (الكافر).



المسلم لو انتقل إلى هذا الدين لم تؤكل ذبيحته ، فالكتابي أولى .

فإن ارتد [غير] الكتابي إلى^(١) دين أهل الكتاب ، أكلت ذبيحته ، وينظر إلى حاله ودينه في حال ذبحه دون ما سواه .

وهذا على أصلنا: أن من انتقل من ملة الكفر إلى ملة أقر عليها ، فصار كأنه من أهلها في الأصل .

قال: ولا يؤكل عندنا ما ذبحه الْمُحْرِمُ في الحِلِّ من الصيد ، [ولا ما] ذبحه في الحرم ؛ لأن الله تعالى سَمَّى فعل الْمُحْرِمِ قَتْلًا ، وذلك في الشريعة عبارة عما لا يحل أكله ؛ بدلالة قوله ﷺ: «خمس يقتلن المحرم في الحِلِّ والحَرَمِ»^(٢) ؛ ولأنه ممنوع من الذبح لمعنى فيه من جهة الدين ، فصار كالمجوسي .

قال: ولا يؤكل ما ذبحه الحلال من الصيد في الحرم ؛ وذلك لأنه ممنوع من ذبحه لحق الله تعالى ، كما يمنع الْمُحْرِمُ في حال الإحرام ، [فكانا سواء]^(٣) . وما ذبح كل واحد منهما من غير الصيد ، فأكله جائز ؛ لأنه غير ممنوع من ذبحه ، فصار [كالحلال]^(٤) .

قال: ومن ذبح وهو لا يعقل التسمية ، ولا الذبيحة ، ولا يضبط الذبح ، لم تؤكل ذبيحته ، شَرَطَ ذلك في الأصل :

(١) في م (إلى دين غير دين أهل الكتاب) .

(٢) أخرجه مسلم بلفظ: (خمس فواسق ٠٠٠) ، (١١٩٨) .

(٣) في أ ، ج (فيما سواه) والمثبت من م .

(٤) في أ (كالجلالة) والمثبت من م ، ج .

قال: قلت: أرأيت الصبي يذبحُ ويسمِّي ، هل تُوكل ذبيحته؟ قال: إن كان يضبط الذبيح ، ويعقل التسمية ، والذبيحة ، فلا بأس به^(١).

قال أبو الحسن عليه السلام: وكذلك المجنون يذبح في حال جنونه ، أو السكران ؛ لأن من لا يعقل التسمية فذكره لها [كذكره لغيرها]^(٢) ، فكأنه ذبح بغير التسمية .

قال: وتجاوز ذبائح الصابئين عند أبي حنيفة ، وهم عنده أهل كتاب ، وهم فرقة من النصارى عنده ، وليس يريد الضرب الآخر من الصابئين الذين لا يؤمنون بعيسى عليه السلام ، ولا يقرون بنبوته صلى الله عليه وسلم ، ولهم شرع آخر غير ما النصارى عليه ، فهو لاء لا تُوكل ذبيحتهم ، وهم عندي هكذا .

ولم أر هذا^(٣) التفصيل عن أبي حنيفة ، إلا أن الحكاية عنه أنهم أهل كتاب ، وهذه المسألة قد بيناها في النكاح ، أنه لا خلاف فيها .

وإنما أجاب أبو حنيفة على من يؤمن بنبيٍّ وكتابٍ ، ويعظم الكواكب كتعظيم [المسلم] القبلة .

وهما حملاً الأمر على من يعظم الكواكب تعظيم عبادة ، فهو عابد وثن ، فلا يجوز أكل ذبيحته ، وحال هذه الفرقة مشكلة ؛ لأنهم يتدينون بكتمان اعتقادهم ، فلا تُعرف حالهم .

فأما حمل أبي الحسن لقول أبي حنيفة: على صابئي يؤمن بعيسى ، فهو أمر

(١) الأصل ٤٠٠/٥ .

(٢) في أ (كذكر غيره) وفي ج (كذكر غيرها) والمثبت من م .

(٣) في م (ولم أر هذا قيل عن أبي حنيفة) .

لا يعرف منهم ، وإنما^(١) يؤمنون بإدريس عليه السلام ، ويعظمونه دون غيره من الأنبياء .
قال : ولا بأس بذبيحة الأخرس المسلم والكتابي ؛ وذلك لأنه من أهل
الذكاة ، وعجزه عن التسمية لا يمنع من صحة ذكاته ، كما أن عجزه عن التكبير
لا يمنع من صحة صلاته .

قال : ولا بأس بذبائح نصارى بني تغلب الفلاحين وغيرهم ؛ وذلك لأنهم
على دين النصارى وإن لم يتمسكوا بكل شرائعهم ، فصاروا كالنصارى الأصليين
إذا لم يتمسكوا ببعض الشرائع .

ولا بأس بذبائح أهل الكتاب من أهل الحرب ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ
أُوتُوا الْكِتَابَ حَلُّ لَكُمُ ﴾ [المائدة: هـ] ؛ ولأنهم يؤمنون بالكتاب ، وإنما حربهم معصية
منهم ، وذلك لا يؤثر في الذبح ، كمعصية المسلمين .

قال : ومن كان من الصبيان له أبوان ، أحدهما كتابي والآخر غير كتابي ،
فذبح الصبي وهو يعقل ما شرطنا ، أكلت ذبيحته ، أيهما كان الكتابي الأم أو
الأب .

وقال مالك : أعتبر الأب ، وقال الشافعي : لا تؤكل ذبيحته^(٢) .

لنا : أن أحد أبويه تؤكل ذبيحته ، فكان الولد في حكمه ، كما لو كان مسلماً .

قال : وإن ذبح النصراني وأهلاً على ذبيحته بغير الله ، فسمع كلامه ، لم تؤكل

(١) في م زيادة (يزعمون أنهم) .

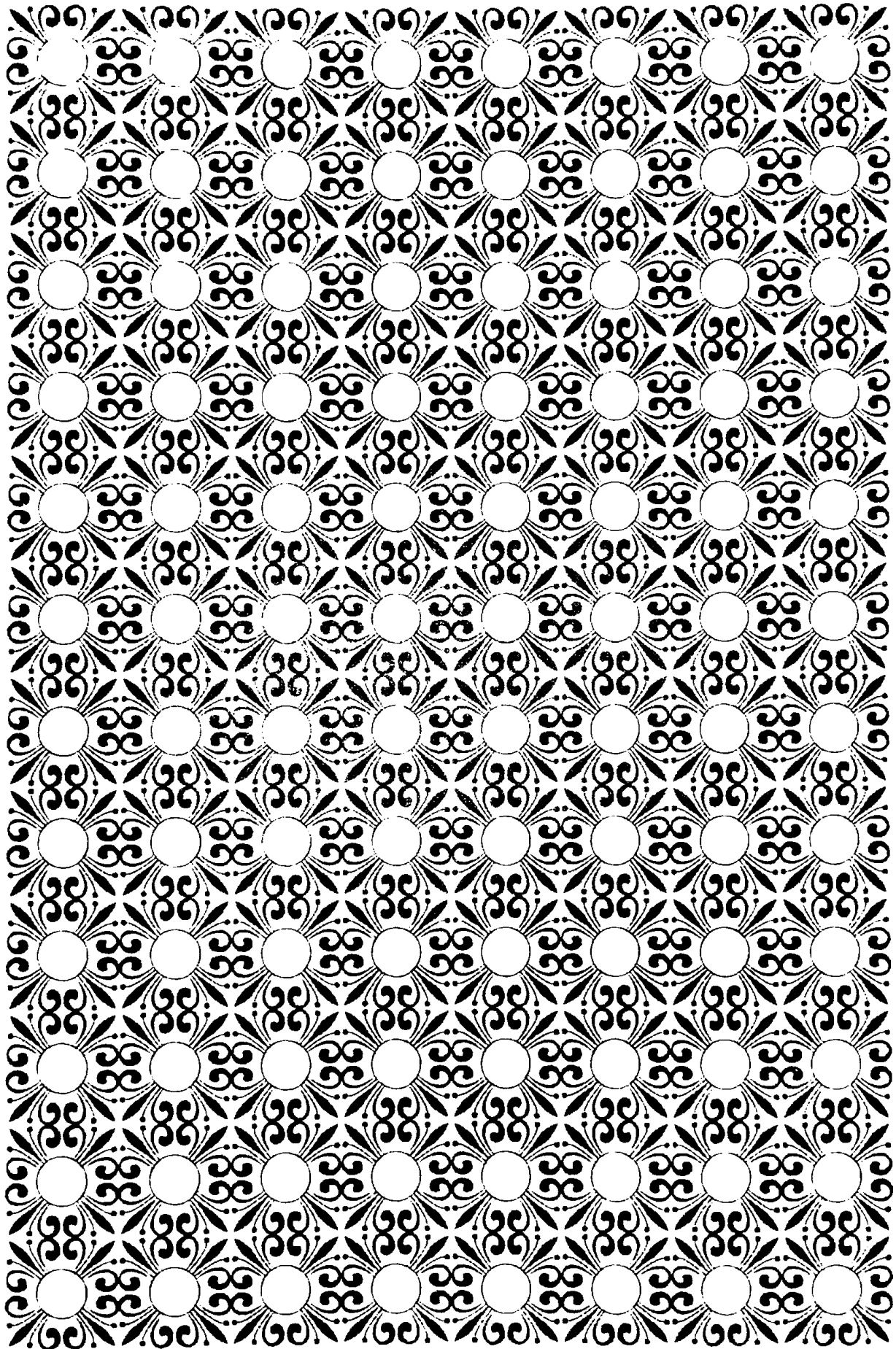
(٢) «قال الشافعي : في الغلام أحد أبويه نصراني والآخر مجوسي يذبح أو يصيد ، لا تؤكل ذبيحته ولا
صيده...» . الأم ص ٤١٦ .

ذبيحته ، روي ذلك عن عليّ رضوان الله عليه ، وهو قول أصحابنا ؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَمَا أَهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ ﴾ [البقرة: ١٧٣] ؛ لأنه إذا ذكر اسم [غير] الله تعالى ، فقد ترك التسمية عامداً ، فلا يجوز أكل ذبيحته^(١) . [والله أعلم] .

[تمّ كتاب الذبائح بحمد الله ومنته]



(١) انظر: الأصل ٤٠٠/٥ وما بعدها.



[٥٩] كتاب الصيد

قال أبو الحسن عليه السلام: قد ذكرنا فيما تقدم من كتابنا هذه الآية التي أباح الله تعالى فيها الاصطياد، وما أبيح من أكل الصيد، وما حرم، وما كره.

فما أبيح ذلك من صيد البر: مما له دم مسفوح، فمات قبل أن يقدر على ذكاته بأخذ الجوارح له، أو برمي الصائد أو غير ذلك من فعله.

فإنما أبيح على شرائط نذكرها [إن شاء الله تعالى].

قال [الشيخ رحمه الله تعالى]: وجملة هذا: أن الاصطياد بالجوارح والسهام والآلات مباح؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]، ولقوله عليه السلام: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل، وإذا رميت بسهمك وذكرت اسم الله تعالى فكل»^(١).

والاصطياد مباح فيما يحل أكله وما لا يحل أكله، فما حلّ أكله فصيده للأكل، وما لا يحل أكله فصيده لغرض [آخر]^(٢): إما للانتفاع بجلده أو بشعره، أو لدفع أذيته.

والشرائط التي يستباح بها صيد الجوارح سبعة شرائط: أن يكون الجارح معلماً^(٣)، وأن يكون ذا جارحة غير محرّم العين، والإرسال من مسلم أو كتابي

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤٩)؛ والترمذي (١٤٦٩)؛ والبيهقي في الكبرى ٢٤٢/٩، وغيرهم.

(٢) في م (نظري) والمثبت من ج.

(٣) ووضح ذلك محمد في الأصل: «قال: إذا علّمه صاحبه، فكان يجيبه إذا دعاه، ويرسله على الصيد=

يعقل الإرسال ، والتسمية في حال الإرسال إذا كان ذاكراً لها ، وأن يجرحه الكلب أو البازي ، وأن يلحقه المرسل أو من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب أو التواري عنه إذا لم يدرك ذبحه .

فأما كون الجارح معلماً ؛ لقوله تعالى: ﴿ تَعَلَّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ ﴾ [المائدة: ٤] ، وقوله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل ، وإن شاركه كلب آخر فلا تأكل ، فلعل ذلك الكلب قتله^(١)»^(٢) ، فجعل جواز قتل غير المعلم سبباً للحظر ، فأولى أن يكون اليقين^(٣) محرماً^(٤) .

وأما كون الآلة من الجوارح: إما بنابٍ ، أو مخلبٍ ؛ فلقوله تعالى: ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾ [المائدة: ٤] ، قيل في التأويل: الجوارح التي تجرح ، وقيل الجوارح: الكواسب ، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَيَعَلِّمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ ﴾ [الأنعام: ٦٠] ، ويمكن حملها على معنى واحد ؛ لأن الجارح: هو الذي معه آلة يكتسب بها ، وحمل الآية على ما له جارحة أولى ؛ لأنه هو الذي يكتسب بها ، وهو ظاهر اللفظ ، فكان حمله عليه^(٥) أولى^(٦) .

= فيأخذ الصيد ، فلم يأكل ، وأخذ صيداً فلم يأكل ، وفعل ذلك ثلاثاً ، فهذا قد تعلم... . ٣٧٦/٥ .
وضبط ذلك أكثر: الشيرازي بقوله: «والمعلم: هو الذي أرسله على الصيد طلبه ، فإذا أشلاه استشلى ، فإذا أخذ الصيد أمسكه وخلّى بينه وبينه ، فإذا تكرر منه ذلك ، كان معلماً ، وحلّ له ما قتله» . المهذب ٨٨٨/٢ .

(١) في م (فعل الكلب الذي قتله غير الكلب المعلم) .

(٢) أخرج مسلم نحوه في صحيحه (١٩٢٩) .

(٣) في م (أن يكون ذلك محرماً) .

(٤) انظر: الأصل ٣٦٠/٥ .

(٥) في م (على هذا الوجه) .

(٦) وقال محمد في البازي المعلم: «وتعليم البازي: أن يدعو صاحبه فيجيبه ، ولا ينفر من صاحبه ، =

وأما الإرسال ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله ، فكل» ، فذكر الإرسال ؛ ولأن الإرسال قد جعل بمنزلة الذكاة ؛ ولهذا يعتبر عنده التسمية ، ولا بد من وجوده .

فأما كون المرسل من أهل [٣٠٢/ب] الذكاة: فهو أن يكون مسلماً أو كتابياً ، يعقل الإرسال ويعرفه ؛ لأن الإرسال بمنزلة الذبح ؛ ولهذا يعتبر فيه التسمية ، فلا بد من شرائط الذبح .

وأما التسمية في حال الإرسال للذاكر ؛ فلقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤] ، وقد أجمعوا أن التسمية تختص بالإرسال ، وقال ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه ، فكل» .

وأما اعتبار [الذكر]^(١) ؛ فلأن الإرسال إذا كان كالذبح شرط فيه التسمية مع الذكر دون النسيان على ما بيناه في الذبح .

فأما الجرح ، فهي الرواية المشهورة: أن الكلب أو البازي إذا لم يجرح لم يحل الأكل .

وقد روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الكلب إذا خنقه أكل^(٢) ، والدليل على اعتباره ، قوله ﷺ في صيد المعراض: «إذا خزق فكل ، وإن أصاب بعرضه فلا تأكل»^(٣) فإنه وقيد ؛ لأن الكلب إذا خنقه دخل في عموم قوله: ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ﴾

= فإذا أجاب صاحبه ولم ينفر منه وألف ، فذلك قد تعلم ، وكذلك الصقر وغيره من الطير» . الأصل ٣٧٦/٥ .

(١) في أ (الذاكي) وفي ج (الذاكر) والمثبت من م .

(٢) انظر: الأصل ٣٧٥/٥ ، ٣٧٦ .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ: (كل ما خرق...) (٥١٦٠) .

وَالْمَوْقُودَةُ ﴿ [المائدة: ٣] .

وجه الرواية الأخرى: أن الكلب قد يتوصل إلى أخذ الصيد بالجرح ، وقد يتوصل بغيره ، فصار ذلك موسعاً فيه كالجرح في غير موضع الذبح .

فأما اعتبار لحاقه قبل أن يتوارى أو ينقطع الطلب ؛ فلقوله ﷺ لعدي بن حاتم حين سأله عن الرمية إذا وجدها بعد يوم أو يومين ، فقال: «إذا وجدتها وفيها سهمك وعلمت أن سهمك قتلها فكل» ، ومتى توارى عنه وانقطع الطلب ، فهو لا يعلم أنها ماتت من سهمه .

وروي عن ابن عباس أنه قال: (كُلُّ مَا أَصَمَّيتَ ، ودَعِ مَا أُنْمِيتَ) (١) ، قال أبو يوسف: الذي أصمى: ما مات في الحال وهو شاهده ، والذي أنمى: ما غاب عنه فمات .

ولأنه إذا قعد عن طلبه ، جاز أن يكون لو طلبه لأدرکه حيًّا ، فخرج الجرح من أن يكون ذكاة .

وليس كذلك إذا لم يقعد عن طلبه ؛ لأنه لم يدركه حيًّا ، فبقي [أن يكون] الجرح ذكاةً له .

قال أبو الحسن: وما صيد منه فأخذ حيًّا ، فذكاته كذكاة الأنعام ، سواء في فَرِي الأوداج ، والتسمية ، وصفة المذكي ؛ وذلك لأن الذكاة إنما سقطت للتعذر ، فإذا أخذه حيًّا فقد قدر عليها ، فسقط حكم البدل عنها .

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٢٤١/٣٠ (موقوفاً) ، كما ذكر الحافظ في التلخيص الحبير ، ١٣٦/٤ ؛ «ورواه الطبراني في الكبير ، وفيه عثمان بن عبد الرحمن ، وأظنه القرشي ، وهو متروك» ، كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ، ٣١/٤ .

قال: وأما شرائط ما مات من الصيد قبل أن يقدر على ذكاته: فهو ما قال الله تعالى في كتابه: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ الآية [المائدة: ٤]، فشرط الله ﷻ أن يكون ما صيد به من الجوارح معلماً، وأن يكون ممسكاً علينا، والإمساك علينا أن لا يأكل من الصيد، ويمسكه على صاحبه، فهذا فيما كان من الجوارح يعلم ترك الأكل بأن يزجر عنه، ويضرب عليه إذا أكل، فلا يكون معلماً حتى يكون كذلك، وهذا في ذوات الناب.

وأما ذوات المخلب فإن تعليمه أن يدعى فيجيب^(١)، ويتبع الصيد فيأخذه، فإن أكل منه فلا بأس بأكل ما صاد.

فأما قوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ - بالكسر - فهو صفة الصائد، وقوله: ﴿مكَلِّبِينَ﴾ - [بالفتح] - صفة الجارح.

فأما الإمساك علينا، فهو شرط عندنا في [صيد] ذوات الناب، فإذا أكلت من الصيد لم يؤكل.

وقال مالك: يؤكل، وهو أحد قولي الشافعي^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، ومتى أكل الكلب، فإنما أمسك على نفسه، وقال ﷺ في حديث عدي بن حاتم: «إِن أكل منه فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه»؛ ولأن الكلب يعلم بترك الأكل، فأكله يدل على

(١) في م، ح (فيستجيب).

(٢) انظر: الأم ص ٤١٦؛ رحمة الأمة ص ١٠٢؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ١٩٨.

عدم التعليم ، ومن شرط الإباحة كون الجارح مُعَلِّمًا .

وأما البازي والصقر إذا أكلا من صيده فإنه يؤكل .

وقال الشافعي في أحد قوليهِ : لا يؤكل (١) .

لنا: ما روي عن ابن عباس أنه قال في الكلب إذا أكل من الصيد: لم يؤكل ، وفي البازي إذا أكل منه: أُكُل ؛ ولأن البازي لا يمكن تعليمه بترك الأكل ؛ لأن الأكل من طباع البهائم ، وإنما يُعلم الكلب ذلك بالضرب ، فينتهي عن الأكل ، والبازي إذا ضرب مات [بالضرب] أو هرب ، فلم يمكن تعليمه ذلك ، فسقط اعتباره ؛ ولأن التعليم يرجع فيه إلى العادة ، وفي العادة أن الكلب يعلم ترك الأكل ، والبازي يُعَلِّم بأن يضري على الأكل ؛ ولأنه حيوان طاهر السور ، فأكله من صيده لا يؤثر في تحريمه كالآدمي .

وقد قال أصحابنا: في الكلب إذا جرح الصيد فولغ في دمه: أُكُل ؛ لأنه قد أمسك الصيد على صاحبه ، وإنما ولغ في الدم ، وذلك لا يتعلق به حق الصائد ، فالأكل منه كالأكل من صيد آخر .

وذكر حديث عدي بن حاتم ، قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: إني أصيد بكلابي المعلمة فيمسكن عليّ ، أفأكل؟ قال: «إذا أرسلت كلابك المعلمة ، وذكرت اسم الله ، وأمسكن عليك ، فكل» ، قال: قلت: وإن قتلن؟ قال: «وإن قتلن ، ما لم يشركها كلب ليس منها» ، قال: قلت: إني أرمي بالمعراض فأصيب ،

(١) انظر: المهذب ٢/٨٩٠ . وقال النووي: «ويشترط ترك الأكل من جارحة الطير في الأظهر ، ويشترط تكرر هذه الأمور بحيث يُظن تأدب الجارحة ، ولو ظهر كونه مُعَلِّمًا ثم أكل من لحم صيد ، لم يحل ذلك الصيد في الأظهر» . المنهاج ص ٥٣٤ .

أفأكل؟ قال: «إذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله تعالى [فخرق]، فكل، وإن أصبت بعرضه فلا تأكل»^(١).

وهذا الحديث قد دل على جواز صيد الكلب، واعتبار التعليم والتسمية والإمساك عن الأكل. وإن شاركه كلب غير معلّم، أو لم يرسله مرسل: يوجب التحريم؛ لاجتماع سبب الحظر والإباحة.

وأنّ السهم إذا جرح أكل، وإن لم يجرح لم يؤكل، فدلّ على تحريم ما رمي بالبندق والحجر والخشب إذا قتل ولم يجرح^(٢).
ودلّ على اعتبار التسمية عند الرمي.

وذكر في حديث عدي قال قلت: يا رسول الله، إنا قوم نصيد بهذه الكلاب، فقال: «إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى، فكل ما أمسك عليك وإن قتل، إلا أن يأكل، فإذا أكل فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون أمسك على نفسه، وإن خالطها كلاب غيرها، فلا تأكل».

وهذا الخبر قد دل على ما دل عليه الأول، وعلى أن أكل الكلب يمنع من أكل الصيد، وأنه يدل على ترك التعليم؛ لأنه يجوز^(٣) أن يكون أمسك على نفسه^(٤).

وذكر في حديث الشعبي عن عدي بن حاتم، أن النبي ﷺ قال له: «وإذا

(١) أخرجه البخاري (٥١٦٨)؛ ومسلم (١٩٢٩).

(٢) انظر: الأصل ٣٧٧/٥.

(٣) في ج (لأنه قال: (فإني أخاف أن يكون أمسك على نفسه)).

(٤) انظر: الأصل ٣٧٢/٥.

رمىت بسهمك ، وذكرت اسم الله تعالى ، فوجدته من الغد ، ولم تجده في ماء ،
وليس فيه أثر غير سهمك ، فكل^(١) .

وهذا يدل على أن المرمى إذا وقع في الماء لم يؤكل ؛ [١/٣٠٣] لجواز أن
يكون مات من^(٢) الماء ، ولم يمت من الرمي ، فأما إذا وجد من الغد فهو محمول
عندنا على أنه لم يقعد عن طلبه .

قال أبو الحسن بعد تفسير هذه الأخبار: وما بينت لك أنه لا يؤكل أو يؤكل ،
فهو ما مات من فعل الجارح أو فعل الصائد .

فأما ما قدر عليه حيًّا ، فإنه لا يؤكل في الوجهين جميعًا حتى يُذكى ، فإذا
ذُكِّي حَلَّ ذلك أجمع ؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُنْخِقَةُ وَالْمُؤَوَّذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا
أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] ، فما أدرك من هذا وفيه حياة بينة كانت
فيه أو خفية بعد أن يعلم أنه حيٌّ فذُكِّي: حَلَّ في قول أصحابنا جميعًا ، ولا يعتبر
كيف كان حالها بعد أن تكون فيها حياة [ورمق]^(٣) ، فيذكى ، فإنها تؤكل^(٤) .

قال: والكلام في هذا أولاً يقع في فصل: وهو أنه إذا قدر على الصيد ، فمات قبل
أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت ، لم يؤكل عندنا .

وقال [محمد بن شجاع]^(٥) ومحمد بن مقاتل: يؤكل استحسانًا ، وبه

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤٩) ؛ الترمذي (١٤٦٩) وقال: حسن صحيح ، وغيرهما .

(٢) في م (عن) ، وفي ج (في الماء) .

(٣) في أ (حياة) فقط ، وفي م (مستقرة) والمثبت من ج .

(٤) انظر: الأصل ٣٨٤/٥ .

(٥) في م ، ج (الحسن بن زياد) والمثبت هو الصحيح كما ذكر الكاساني في البدائع ٥١/٥ .

قال الشافعي (١).

وجه قولهم: أنه لما ثبتت يده على الصيد، زال معنى الامتناع، وبطل حكم الجرح، فصار كالشاة إذا أدركها (٢) وقد مرضت فماتت في وقت لا يسع [لذبحها] (٣)، لم تؤكل.

وجه الاستحسان، وهو اختيار ابن شجاع: أن الذبح هو الأصل والجرح بدل عنه، فالبدل إنما يسقط حكمه [بالتمكن] (٤) من استعمال الأصل، فإذا ثبتت يده على الصيد في وقت لا يقدر على ذبحه، لم يثبت حكم الأصل في حقه، فبقي حكم البدل.

وقد قال أصحابنا في الصيد إذا أدركه فلم يأخذه: (لم يؤكل) (٥)، فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه، فلم يأخذه، لم يؤكل؛ لأنه صار في حكم المقدور عليه. وإن كان لا يمكن [ذبحه]: أكل؛ لأن يده لم تثبت عليه، [ولم يتمكن] (٦) من ذبحه.

فأما قول أبي الحسن عليه السلام: فإذا ذكّي، حلّ في قول أصحابنا جميعاً: فهو صحيح؛ لأنه إن كان فيه حياة مستقرة (فقد خرج الجرح من أن يكون ذكاة، وصار ذكاته الذبح، فإذا ذبحه حلّ).

(١) انظر: الأم ص ٤١٧؛ المنهاج ص ٥٣٣.

(٢) في م (إذا تركها).

(٣) في أ (له ذبحها) والمثبت من م ج.

(٤) في أ (بالعجز) والمثبت من م، ج.

(٥) ساقطة من م، ج.

(٦) في أ (ولا يمكن)، وفي م (ولا يتمكن) والمثبت من ج.

وإن لم يكن فيه حياة مستقرة^(١)، فعند أبي حنيفة: ذكاته الذبح، وقد ذبحه.
وعلى قولهما: لا يحتاج إلى الذبح، وهو مذكى بالجرح، والذبح بعد ذلك لا
يضره.

قال: وكذلك ما جرحه ذئب^(٢) أو سبُع، فإن كان الجرح الذي به لا يعيش من
مثله إلا قدر [ما]^(٣) يعيش المذبوح، فذكاه، لم يأكله، وإن كان يعيش من مثله لو
بقي يوماً أو يومين، فهو مثل الوقيذ والمرتدي، وهذا على ما قدمنا من الخلاف: عند
أبي حنيفة: يحل بالذبح إذا كانت الحياة موجودة وإن لم تكن مستقرة.
واعتبر أبو يوسف: أن تكون الجراحة مما يعيش من مثلها، وحكي عنه أكثر
اليوم.

وقال محمد: إذا كان يبقى أكثر من بقاء المذبوح.

قال: وما جرحه الفهد المعلم، أو الكلب، فأدركه صاحبه حيًّا، فلم يذكه^(٤)
حتى مات، فإنه على وجهين:

إن كانت الجراحة التي فيه لا يعيش من مثلها، مثل أن يشق بطنه فيخرج ما
فيه أو شبه ذلك، فإنه يؤكل؛ لأن الكلب والفهد قد ذكياه.

وكذلك لو وقع بعد ذلك [في ماء]^(٥)، فإنه يؤكل، ولا يضره بعد ذلك

(١) ما بين القوسين ساقطة من م، ج.

(٢) في م (سهم أو سبع).

(٣) في أ (حياة) والمثبت من م، ج.

(٤) في م (ينذحه) وفي ج (يدركه).

(٥) في أ (فرما) والمثبت من م، ج.

شيء؛ لأنه مذكى كالشاة تذبج ثم تضطرب فتقع في ماء؛ لأن هذه قد فرغ من ذكاتها.

وكذلك جرح الصيد الذي لو مات منه قبل أن يقدر على ذكاته، كان ذكياً.

فإن أدركه حياً وبه من الجراح ما لا يعيش إلا قدر ما يعيش المذبوح، فترك ذبحه، لم يضر.

حدّ محمد بن الحسن في الجرح هذا الحدّ، فقال: إذا كان يعيش من مثله مقدار ما يبقى المذبوح، أكل، وإن كان يطول به ذلك، لم يؤكل حتى يذكى.

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل رمى صيداً فأصابه، وهو لا يعيش من مثل هذه الرمية، وقد علم ذلك ثم تركه ولم يذكه، وهو يقدر على أن يذكيه، قال: إذا كانت رميته لا يعيش من مثلها إلا بقدر اضطرابه في ذبحه، كان قد [بقر]^(١) بطنه أو قطعه، فإنما يضطرب ساعة ثم يموت قبل أن يذبج، [فإنه]^(٢) يأكله، ولا يحرم عليه إن تركه ولم يذكه.

وإن كانت رميته قد يعيش منها يوماً أو ساعة وهي به، كأن قد خرجت^(٣) أمعاؤه وهو يعيش يوماً أو عامة يومه، فإنه لا يؤكل؛ لأنه [قد] قدر على ذكاته فلم يذكه.

وقال بشر عن أبي يوسف: إذا شقّ الكلبُ بطنَ الصيد، فأخرج ما فيه،

(١) في أ (بقي) والمثبت من م، ج.

(٢) في أ (فلم) والمثبت من م، ج.

(٣) في ج (بأن قد خرق أمعاءه).

فأدركه صاحبه وبه رمق ، فليس عليه أن يذكيه ، وكذلك لو جزأه باثنين .

قال أيده الله : وهذا كله قدمناه ، وكان الشيخ أبو بكر الرازي رحمه الله يقول :
يجب أن يكون قول أبي حنيفة بخلاف ذلك ، ويجب عنده الذبح ^(١) في جميع
الأحوال بناءً على مسألة المتردية .

وقال ابن سماعه في نوادره ، عن أبي يوسف : لو أن رجلاً قطع شاةً نصفين ،
ثم أن رجلاً فرى أوداجها والرأس يتحرك ، أو شق رجل بطنها فأخرج ما في
جوفها ، وفرى الآخر الأوداج ، فإن هذا لا يؤكل من قبل أن الأول [قتلها] ^(٢) .

وهذا على وجهين : إذا كانت الضربة مما يلي العجز ، لم تؤكل الشاة ، فإن
كانت مما يلي الرأس ^(٣) ، أكلت ؛ لأن العروق المشروطة [قطعها] في الذبح
متصلة من القلب إلى الدماغ ، فإذا قطعها حلت ، [وأما] إذا لم يقطعها فالجراحة
لا تتعلق بها إباحة ^(٤) .

فإن كان لا يعيش من مثلها ، لم يُعتدّ بالذبح عند أبي يوسف .

قال : وأما الوقيذة ، فإنها إذا ذكيت حلت ، وهذا على وجهين :

إن كان في المتردية والوقيدة وجريحة السبع حياةً مستقرة ، حلت بالذبح
في قولهم ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ ، وإن كانت الحياة غير مستقرة جاز
عند أبي حنيفة للآية ؛ ولأنه فرى الأوداج مع وجود الحياة ، فصار كالحياة المستقرة .

(١) في م (الذكاة) .

(٢) في أ (قاتل) والمثبت من م .

(٣) في م (القلب) .

(٤) انظر : الأصل ٥/٣٩٠ ، ٣٩١ .

وأما أبو يوسف: فاعتبر أن يكون مثلها ما يعيش ، فإن كان لا يعيش مثلها ، لم تحل .

واعتبر محمد: أن تبقى أكثر من بقاء المذبوح .

وجه قولهما: أن الحياة فيها إذا لم تكن مستقرة ، لم يعتد بالذبح ، كالمجوسي إذا ذبح الشاة ، ثم جاء مسلم فقطع الحلق .

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: وكل شيء من الصيد أصبته برمي ، أو بكلب ، أو بفهد ، أو ببازٍ ، أو بصقر ، [فوقع في يدك] ^(١) حياً ثم مات ، فلا تأكله ، ليس لهذا ذكاة إلا الذبح ، وهذا على ما بيننا: أن ما ثبت اليد عليه فذكاته الذبح متوحشاً كان أو مستأنساً .

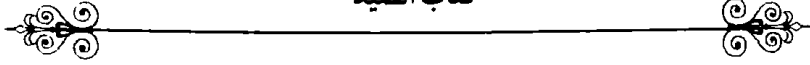
قال: وكل بغير ، أو بقرة ، أو شاة ، نَدَّتْ حتى تكون بمنزلة [الصيد] لا يقدر عليها صاحبها ، فإن ذكاتها ذكاة الصيد ^(٢) ؛ وذلك لما بيننا: أن ما لا تثبت اليد عليه ، فذكاته الجرح وإن كان مستأنساً في الأصل ؛ وذلك لما روي أن بغيراً نَدَّ فرماه رجل فقتله ، فقال رسول الله ﷺ: «إن لهذه الإبل أو ابد كأو ابد الوحش ، فإذا صنعت هكذا فاصنعوا بها هكذا» ^(٣) ؛ ولأن الحكم لا يعود إلى الجنس ، وإنما يتعلق بالقدرة وعدم القدرة ، فإذا لم يقدر على المستأنس ، صار كالصَّيْدِ .

[ب/٣٠٣]

(١) في أ (فترك) والمثبت من م ، ج .

(٢) في ج (ذكاة واحدة) .

(٣) أخرجه الشيخان بلفظ (فإذا غلبكم منها ...) : البخاري (٢٣٧٢) ؛ ومسلم (١٩٦٨) ؛ وبلفظ (فما فعل منها هذا...) في البخاري (٥٢٢٣) .



وقد روي عن محمد: أنه قال في البعير والبقر إذا نَدَّ في المصر أو في الصحراء: فذكاتهما العَقْر؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما، فلا يقدر عليهما.

قال محمد: والبعير الذي نَدَّ على عهد رسول الله ﷺ كان بالمدينة.

وأما الشاة فإن نَدَّت في الصحراء، فذكاتهما العَقْر؛ لأنه لا يقدر عليها، وإن ندت في المصر لم يجز عقرها؛ لأنها لا تدفع عن نفسها، فيمكن أخذها في المصر، فلم يجز عقرها مع التمكن منها.

قال: وما وقع منها في قليب، فلم يقدر على إخراجها، ولا مذبحتها، ولا منحرها^(١)، فإن ذكاة هذه ذكاة الصيد، هذا ما اجتمع عليه أصحابنا؛ وذلك لأن الذبح فيه متعذر، فصار كالصيد الذي لا يمكن ذبحه.

وذكر مسائل عن أبي يوسف بعد هذا، قد دخلت فيما ذكرناه.

وذكر في المنتقى: [في البعير] إذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة، حَلَّ أكله إذا كان لا يقدر على أخذه، وضمن قيمته، فجعل الصول^(٢) بمنزلة الند^(٣).



(١) في م، ج بالافراد (على إخراجها ولا مذبحة ولا منحره...).

(٢) «صال الفحل يصول صَوْلًا: وثب». المصباح (صول).

(٣) انظر: الأصل ٣٦٠/٥ وما بعدها.

بَابُ الصيد يأخذه الكلب فيجره أو لا يجره، هل يؤكل؟

قال أيده الله: أصل هذا الباب ما قدمنا: أن الجرح إذا جرح الصيد فمات ،
أكل في قولهم ؛ لقوله تعالى: ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّينَ ﴾ [المائدة: ٤] ؛ ولقوله
ﷺ: «كُلْ مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ كَلْبُكَ» .

وأما إذا خنق الصيد فمات ، فالمشهور عنهم: أنه لا يؤكل .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يؤكل ، وقد بينا ذلك .

فأما إذا لم يجره ولم يخنقه ، ولكنه كسر عضواً منه فمات ، فإن أبا الحسن
ﷺ قد ذكر أنه لم يجد^(١) عن أبي حنيفة شيئاً مصرحاً .

وقد حكى محمد في الزيادات المسألة ، فأجاب فيها جواباً مطلقاً: أنه إذا
لم يجرح لم يؤكل ، و[ظاهر] هذا يقتضي أنه لا يحل بالكسر .

وقال: وذكر أبو يوسف في أثر حكايته عن أبي حنيفة ، فقال: وإن قتله من
غير أن يجره بنابٍ ولا مِخْلَبٍ ، فإنه لا يؤكل ، وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر
ولم يجرح ، فإن جرح بنابٍ أو مِخْلَبٍ أو كسر عضواً فقتله ، فلا بأس بأكله ،
وظاهر هذا الكلام يقتضي أن الكسر كالجرح .

ووجهه: أن الكسر جراحة باطنة فيه ، فهي كالجراحة الظاهرة .

(١) في م (لم يحك) .

ووجه ما حكاه محمد: أن الجرح يقع بها إنهار الدم، وهذا المعنى لا يوجد بالكسر، فصار كالخنق [وزيادة] (١).

وقد قالوا: إذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه، فإن وصل إلى اللحم فأدماه أكل، وإلا لم يؤكل، وهذا على الرواية التي قال: إنه لا يحل إلا بالجرح.

واختلف أصحابنا المتأخرون في الشاة إذا ذبحت فلم يسيل منها دم، هل يجوز أكلها أم لا؟ قالوا: وهذا [قد] يكون في الشاة إذا اعتلفت العناب (٢).

فقال أبو القاسم الصفار: لا تؤكل حتى يسيل الدم؛ لقوله ﷺ: «ما أفرى الأوداج وأنهر الدم، فكل» (٣).

وقال أبو بكر الإسكاف، والهندواني: تؤكل؛ [وذلك] لأن فري الأوداج قد حصل، وهناك [مانع] (٤) يمنع من خروج الدم، فصار كما لو [احتبس] (٥) الدم بعد القطع في بعض العروق (٦).



(١) الزيادة من م.

(٢) «العناب: شجر شائك من الفصيلة السُّدرية، يبلغ ارتفاعه بضعة أمتار، ويطلق النَّاب على ثمره أيضاً، وهو أحمر حُلُو لذيذ الطعم، على شكل ثمرة النَّبَق». المعجم الوجيز (عنب).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٧٨/٩؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ٤٩٦/٤؛ الدراية، ٢٠٧/٢.

(٤) في أ (ما يمنع)، وفي ج (فهناك عارض منع)، والمثبت من م.

(٥) في أ (حبس) والمثبت من م، ج.

(٦) انظر: الأصل ٣٦٣/٥.

بَابُ

الرجل يُرسل الكلبَ فيعرض في إرساله ما يُفسدُ الإرسالَ أو لا يُفسدُهُ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا أرسل المسلم كلبه المعلمَ وسمَّى ،
ثم زجره مجوسياً أو مُرْتَدًّا ، أو مُحْرِمًّا ، فانزجر لزجره ، فأخذ الصيدَ فقتله ، فإنه
يؤكل .

ولو كان المُرسل مجوسياً ، أو مرتدًّا ، أو من لا تجوز ذكاته ، ثم زجره مسلم
وسمَّى ، أو كتابي وسمَّى ، فانزجر لزجره ، فإنه لا يُؤكل ؛ لأن أصل الإرسال كان
فاسداً .

وكذلك لو أرسل مسلم كلباً ، وترك التسمية عمداً ، فزجره مُسلمً وسمَّى
فانزجر لزجره ، لم يُؤكل^(١) .

ولو كان الأول [قد] سمَّى فزجره رجل [مسلم] لم يسم على زجره ، فأخذ
الصيدَ فقتله ، أكل ذلك ؛ [وذلك] لأن الإرسال الأول قد تعلق الحكم به: إما
الإباحة ، أو الحظر ، والزجر^(٢) بعده ليس بسبب [مماثل]^(٣) له ، فلا يسقط حكم
الإرسال بما هو دونه ، وصار كالمسلم إذا ذبح فأمرَّ المجوسي السكين بعده ،
وصار الفعل الثاني كذبح مجوسي ، فأمرَّ المسلم السكين بعده ، يتعلق الحكم

(١) انظر: الأصل ٣٦٠/٥ ، ٣٦١ .

(٢) في م هنا (والثاني) .

(٣) في أ (قاتل) ، والمثبت من م ، ج .

بالفعل الأول ، وسقط الثاني ؛ لأنه ليس بمماثل له .

قال: ولو أن مُسَلِّمًا أرسل كلبًا فتبع الكلب كلبًا آخر غير معلم ، أو معلم لم يرسله أحد ، ولم يزره بعد انبعائه ، أو سَبَعٌ من السباع ، أو ذو مِخْلَبٍ من الطير مِمَّا يجوز أن يُعَلِّمَ فيصَاد به ، فرد الصيد عليه ، وهيبه ، أو فعل ما يكون معونة للكلب في إرساله ، فأخذ الكلب الذي أرسل ، فقتله لم يؤكل ؛ وذلك لأن ردَّ الكلب وتهيبه مشاركة في الصيد ، ألا ترى أن المشاركة هكذا تقع ، ومتى اشترك في الصيد مُعَلِّمٌ وغير معلم ، أو ما سُمِّيَ عليه وما لم يُسَمَّ عليه ، لا يؤكل ؛ لاجتماع سبب الحظر والإباحة .

وليس كذلك إذا رَدَّ عليه آدمي أو بقرة أو فرس أو هيبه ؛ لأن فعل هؤلاء ليس من جنس الاصطياد ، فلم يجتمع في سبب الأخذ الذي هو الاصطياد ما يوجب الحظر والإباحة ، فحلَّ الأكل^(١) .

قال: وإن تبع الكلب كلبًا غير معلم ، فلم يردَّ عليه ولم يهيب الصيد ، ولكنه اشتد عليه ، وكان الذي أخذه الكلب المعلم فقتله ، [فإنَّ]^(٢) هذا لا بأس بأكله ؛ وذلك لأنه لم يوجد منه معاونة ، فلم يشتركا في الاصطياد ، فحلَّ [الأكل] ، وصار كمسلم أضجع شاة فأمسكها مجوسي حتى ذبحها المسلم .

قال: وإذا أرسل الرجل كلبًا على صيد وسمَّى ، فأخطأه وأخذ صيدًا غيره فقتله ، أكل ، وكذلك لو أرسله على جماعة صيد ، ولم ينو شيئًا منها بعينه ، فإنه يؤكل إن قتل منها شيئًا .

(١) في م (الاصطياد) .

(٢) في أ (قال) والمثبت من م ، ج .

وكذلك لو أرسله على صيد بعينه وسمّى ، فاتبع الكلب صيداً آخر غيره ، فأخذه فقتله ، فإنه يؤكل (١) .

وكذلك لو أرسله على ظبي فأخذ طيراً ، أو على طير فأخذ ظئياً ، فإن ذلك كله جائز لا بأس بأكله .

والطير في هذا كله مثل الكلب ؛ وذلك (٢) لأن تعيين الصيد بالإرسال فيه مشقة ، ألا ترى أن الإنسان يرسل الكلب على قطع ظبائٍ ، أو يرمي إلى قطع [من الظباء] فيتعذر عليه تعيين المرمي ، وما تعذر في (٣) الصيد سقط حكمه كالذبح في موضع الذبح ، فإذا سقط التعيين ، جاز أكل ما أخذه الكلب [٣٠٤/أ] وإن كان المرسل عين غيره .

[قال]: ولو انفلت كلب على صيد ولا مُرسل له ، فزجره مسلم وسمّى ، فأخذ الصيد فقتله ، وإن كان انزجر لزجره ، أكل ، وإن كان لم ينزجر لزجره لم يؤكل ؛ وذلك لأن ترسل الكلب قبل إرساله لا يمكن الاحتراز منه ؛ لأنه يخطو إلى الصيد بطبعه الخطوة والخطوتين ، وما لا يحترز منه لا يعتد به ؛ ولأنه لم يتقدم على زجر المسلم سبب يتعلق به حكم ؛ لما قدمنا أن فعل الكلب لا يتعلق به حظر ولا إباحة ، وفعل الآدمي يتعلق به حكم ، فإذا وجد سبب يتعلق به الحكم ولم يتقدمه سبب آخر ، تعلق الحكم به .

وليس كذلك إذا سبق الزجر إرسال الآدمي ؛ لأن السبب الأول قد تعلق الحكم به ، فلا يسقط بما بعده .

(١) هنا في م (وكذلك لو أرسله على طير بعينه ، فأخطأه ، وأخذ صيداً غيره فقتله ، أكل) .

(٢) هنا زيادة عبارة في ج : (وذلك لأن التعيين جائز لا بأس به) .

(٣) في م (في إرسال الصيد) .

ونظير هذا ما قالوا في رجل حفر بئراً في الطريق، ووضع رجل آخر حجراً إلى جنبها، فعثر بالحجر إنسان، فوقع في البئر فمات: فضمامه على واضع الحجر؛ لأنه قد تقدم على وقوعه في البئر سبب يتعلق به الضمان، فلم يتعلق بالسبب الثاني حكم.

ولو تعثر بحجر ثابت في الطريق لم يضعه أحد، أو بحجر جاء به السيل، فوقع في البئر، فالضمان على الحافر؛ لأن سبب الإتلاف وجد بالبئر، ولم يتقدمه سبب يتعلق به الحكم، فتعلق بالثاني.

قال: وإذا أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى، فأدرك الكلب الصيد فضربه فوقه، ثم ضربه ثانية فقتله، أكل.

وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقه، ثم ضربه كلبه الآخر فقتله، أكله؛ وذلك لأن هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب؛ ألا ترى أنه لا يمكن [أن يعلم] ترك الجرح بعد الجرح الأول، وما لا يمكن تعليمه سقط اعتباره، فكأنه قتله بجرح واحد.

قال: ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد، فضربه كلب أحدهما فوقه، ثم ضربه كلب الآخر فقتله، فإنه يؤكل، والصيد لصاحب الأول؛ وذلك لما بينا أن جرح الكلب بعد الجرح لا يمكن التحفظ منه، فلم يمنع من الإباحة.

فأمّا الملك، فجراحة^(١) الكلب الأول لما أخرجت الصيد من حيز الامتناع، صار ملكاً لصاحب الكلب، فجراحة الثاني لا تزيل ملكه عنه^(٢).

(١) في م (فلأن جراحة).

(٢) انظر: الأصل ٣٦٠/٥ وما بعدها.

بَاب متى يكون الكلب معلماً ومتى يخرج من التعليم

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: [تعليم الكلب]^(١): أن يرسل فيتبع الصيد ، فإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولم يأكل منه شيئاً ، فإذا فعل ذلك ، فهو مُعلم .

وتعليم الجارح في [الطير]^(٢): أن يستجيب إذا دُعي ، فإذا أرسل على الصيد تبعه فأخذه ، فإن كان أكَل منه أكَل صيده ، وهو معلم إذا استجاب إذا دُعي ، وتبع الصيد إذا أرسل .

وكان أبو حنيفة لا يحد في تعليمه حدّاً ، ولا يوقّت وقتاً ، ولكن كان يقول: إذا كان عالماً فكل ، هذه رواية الأصل^(٣) .

وقال ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: وسألته ما حدّ تعليمه؟ قال: أن يقول أهل العلم بذلك: إنه مُعلم .

وقال في المجرد عن أبي حنيفة: لا يأكل أول ما يصيد ولا الثاني ، ثم يأكل الثالث وما بعده ، وهي رواية ابن شجاع [عن الحسن] عن أبي حنيفة .

وقال في الأصل: إذا أخذ الصيد فلم يأكل ، وأخذ آخر فلم يأكل ، ثم صاد الثالث فلم يأكل ، فهذا مُعلم^(٤) .

(١) في أ (تعليمه) والمثبت من م ج .

(٢) في أ ج (الصيد) والمثبت من م .

(٣) انظر: الأصل ٣٧٤/٥ .

(٤) المصدر السابق ٣٧٦/٥ .

والتعليم عنده: أن يرسل ثلاث مرات ، كل ذلك يقتل الصيد ولا يأكل ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد .

والأصل في هذا ما قدمنا: أن صيد الجارح لا يحل إلا أن يكون الجارح معلماً .

والتعليم في الكلب: يكون بترك الأكل ؛ لأنه يضرب حتى يتعود ، إلا أن أبا حنيفة رجع في ذلك إلى أهل الصنعة ؛ لأن الكلب قد يمسك عن الأكل للشبع ، وقد يمسك للتعليم ، فوجب أن يرجع إلى أهل العلم بذلك .

وأما في الرواية الأخرى: فجعل تكرار ترك الأكل دلالة على التعليم ؛ [لأنه لا يتفق له الشبع في كل مرة ، فالظاهر أنه تركه للتعليم] ، وإنما قدروا التكرار بثلاث مرات ؛ لأنها موضوعة للاختبار في خيار الثلاثة ، وقال موسى للخضر عليه السلام في المرة الثالثة: ﴿ إِن سَأَلْتُكَ عَنْ شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَجِّبْنِي ﴾ [الكهف: ٧٦] ، وروي عن عمر أنه قال: من أتجر في شيء ثلاث مرات فلم يربح ، فلينتقل إلى غيره^(١) .

ثم اختلفوا في أكل الثلاثة ، فقال أبو يوسف ومحمد: إنما يصير معلماً بتكرار ترك الأكل ثلاثاً ، فما اصطاد بعد ذلك فهو صيد معلم ، فيؤكل ، وما كان قبل ذلك فلم يعلم التعليم ، فلا يؤكل .

وقال في رواية الحسن: تؤكل الثلاثة ؛ لأنها قد دلت على التعليم ، فصار صيد معلم ، فأكل .

قال: وإذا صار معلماً في الظاهر ، وصاد به صاحبه ، ثم أكل بعد ذلك مما

(١) أورده الكاساني في البدائع ٥/٥٣ .

صاده ، فقد بطل تعليمه ، فلا يؤكل صيده حتى يُعلم تعليماً ثانياً ، فما كان صاد قبل ذلك لم يؤكل كله في قول أبي حنيفة ، ويؤكل عند أبي يوسف ومحمد .

ومن أصحابنا من حمل هذا الخلاف على أن الأكل كان مقارباً^(١) لزمان التعليم ؛ لأنه إذا كان كذلك ، دل على فقد التعليم ؛ لأن المدة القصيرة لا ينسى فيها ، وإنما ترك الأكل فيما تقدم للشبع ، فلم يؤكل .

فأما إذا طالت المدة ، فيجوز أن يكون أكل للنسيان ، فلا يستدل بذلك على فقد التعليم في الأصل ، فلذلك أُكل .

وظاهر الرواية يقتضي : أنه لا يؤكل بكل حال ؛ وذلك لأن الاصطياد ليس بعلم مكتسب ، وإنما هو من الضروريات ، ومثل ذلك لا يُنسى ، وإنما يضعف بالترك كالخياطة والرمي ، فلما أكل الكلب [من الصيد] ، علم أنه لم يكن معلماً في الأصل ، فلا يؤكل صيده ؛ ولأن ما لا يؤكل صيده من الجوارح في الحال ، لا يؤكل ما تقدم من صيوده ، كغير المعلم .

وجه قولهما : أن أكل الكلب يجوز أن يكون لفقْد التعليم ، ويجوز أن يكون لفرط الجوع ، فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك ؛ ولأن الكلب قد ينسى كما ينسى الآدمي ، فيجوز أن يكون أكله للنسيان ، فلا يحرم ما تقدم من صيده ، إلا أنه يعود بهذا الأكل إلى حاله في الأصل ، فلا يحل اصطياده في قولهم .

فأما على قول أبي حنيفة ؛ فلأنه استدل على فقد التعليم في الأصل .

وعلى قولهما : يجوز أن يكون لم يتعلم ، ويجوز أن يكون نسي ، فلا يحل

(١) في م ، ج (مقارناً) .

صيده بالشك ، إلا أن يستأنف تعليمه .

وشرط تعليمه في الثاني ، كالشرط في الابتداء على اختلافهم فيه .

وقال في الأصل: في رجل أرسل كلبه على صيد ، وهو معلم ، فأخذ صيداً فقتله ، فأكل منه ، ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل ، قال: لا يأكل واحداً منهما ؛ وذلك لأنه لما [ب/٣٠٤] أكل ، دل على النسيان ، أو فقد التعليم ، فلم يحل صيوده بعد ذلك^(١).

قال: وإن أخذ الكلب المعلم صيداً ، فأخذه منه صاحبه ، فأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فألقاها إلى الكلب فأكلها الكلب ، فهو على تعليمه ؛ وذلك لأن ترك الأكل إنما تعودده الكلب في حال أخذه ، ولا يعود في غير ذلك ، فأكله في غير ذلك لا يدل على فقد التعليم ؛ ولأن من عادة الصائد أن يطعم الكلب من لحم الصيد بعد أخذه منه ، فلم يقدر ذلك في التعليم^(٢)^(٣).

قال: وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ، ثم وثب الكلب على الصيد ، فأخذ منه قطعة فأكلها وهو في يد صاحبه ، فإنه على تعليمه ؛ وذلك لأن الأكل بعد ثبوت يد الآدمي عليه كالأكل من غيره ، فلا يؤثر في التعليم .

وكذلك قالوا: لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه إلى صاحبه ، لم يؤثر فيه ؛ لأنه يفعل ذلك للجوع ؛ ولأن هذا الأكل لم يدخل في التعليم .

قال: فإن أكل من الصيد وهو في موضعه لم يأخذه صاحبه ، كرهت أكله ؛

(١) في الأصل قال: «لأنه جاهل ، فليس بمعلم حيث أكل» . ٣٦٥/٥ .

(٢) أورد الكاساني النص بلفظه ٥٤/٥ .

(٣) انظر: الأصل ٣٦٦/٥ .

لأن هذا الأكل حصل قبل أخذ صاحبه ، فصار كالأكل في حال الاصطياد .

قلت: أرأيت الكلب المعلم يرسل على صيد ، فتبعه فنهشه ، فقطع منه قطعة فأكلها ، ثم أخذ الصيد بعد ذلك ، فقتله ولم يأكل منه شيئاً ، هل يؤكل ؟ قال : لا ؛ وذلك لأن هذا الأكل حصل في حال الاصطياد ، وذلك يدل على فقد التعليم .

قلت: فإن نَهَشَهُ فَأَلْقَى مِنْهُ بَضْعَةً^(١) وَالصَّيْدَ حَيًّا ، ثم [اتبع]^(٢) الصيد بعد ذلك ، فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئاً ، هل يؤكل ؟ قال : نعم ؛ وذلك لأنه لم يوجد منه ما يدل على فقد التعليم ، وقطع قطعة من الصيد يتوصل به الكلب إلى أخذه ، فهو كالجرح .

قلت: أرأيت إن أخذ صاحبُ الكلب الصيدَ من الكلب بعدما قتله ، ثم رجع الكلب بعد ذلك فمرَّ بتلك القطعة فأكلها ، هل يؤكل صيده ؟ قال : نعم ؛ وذلك لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره ، فإذا أكل مما بان^(٣) منه أولى .

قال: فإن اتبع الصيد فنهشه وأخذ منه بضعَةً^(٤) فأكلها وهو حي ، فانفلت الصيد منه ، ثم أخذ الكلب صيداً آخر وهو في فوره فقتله ولم يأكل منه ، هل يؤكل ؟ قال: أكره أكله ؛ وذلك أن الأكل في حال الاصطياد يدل على فقد التعليم ، فلا يؤكل ما يصطاد بعده . [والله أعلم]^(٥) .

(١) في م (قطعة) .

(٢) في أ (امتنع) والمثبت من م ، ج .

(٣) في م (يأتي) .

(٤) في م (قطعة) .

(٥) انظر: الأصل ٣٦٦/٥ .

بَابُ بِقَاءِ الْإِرْسَالِ وَانْقِطَاعِهِ



قال: وإذا أرسل الرجل الكلبَ أو غيره على الصَّيْدِ وسمَّى، فما أخذ في ذلك الفور من الصيد، فقتله، فإنه يؤكل ذلك كله، فإن أخذ صيداً فقتله، ثم أخذ آخر فقتله، أكل ذلك؛ وذلك لأنه لم ينقطع عن حال الإرسال، فصار الثاني كالأول؛ ولأننا بيننا أن التعيين لا يُمكن في الإرسال، فصار صيد الكلب لصيدين في فوره كوقوع السَّهم بصيدين.

قلت: فإن جثم^(١) على [أحدهما]^(٢) طويلاً، ثم مرَّ به آخر فأخذه فقتله، لم يؤكل.

وكذلك إن أرسل الكلب أو غيره على صيد، فعدل عن الصيد يمناً أو يسرة، وتشاغل بغير طلب الصيد، وفتّر عن سننه ذلك، ثم تبع صيداً فأخذه فقتله، فإنه لا يؤكل إلا بإرسال مستقبل، أو أن يزجره صاحبه ويسمّي فينزجر؛ (لأنه إذا جثم على الصيد طويلاً أو تشاغل في حال الإرسال، فذهب يمناً أو يسرة انقطع حكم الإرسال).

وإذا قصد صيداً بعد ذلك فقد ترسل بنفسه، فلا يحل صيده إلا أن يزجره صاحبه فينزجر^(٣).

(١) في ج (جثي).

(٢) في أ (أخذها) والمثبت من م، ج.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

قال: فإن كان الذي أرسل فهدهُ فالفهد إذا أرسل كَمَنَ ولم يتبع حتى يستمكن ، فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله ، هل يؤكل ؟ قال: نعم .

وكذلك الكلبُ إذا أرسله الرجل ، فصنع كما صنع الفهد ، قال: لا بأس بأكل ما صاد ؛ وذلك لأن [الكَمِينِ] ^(١) ليتمكن من الصيد من أسباب الاصطياد ، فلا يقطع حكم الإرسال كالوثوب والعدو .

قال: وكذلك البازي إذا أرسل [على صيد] ^(٢) فسقط على شيء ثم طار فأخذ الصيد ، فإنه يؤكل ؛ لأنه إنما يسقط على شيء ليتمكن من الصيد ، فصار ذلك ككُمُونِ الفهد .

قال: وكذلك الرامي إذا رمى صيداً بسهم ، فما أصابه في سننه ذلك ووجهه أكل ؛ لأنه إذا مضى في سننه فلم ينقطع [حكم] ^(٣) الرمي ، فصار ذهابه بقوة الرامي ، فيتعلق به الإباحة .

[قال]: فإن أصاب واحداً ثم نفذ إلى آخر وآخر ، أكلوا ؛ لأن تعيين الصيد غير معتبر ، ونفوذه من واحد إلى واحد بقوة الرامي ، فصار الثاني كالأول .

قال: فإن أمالت الريح السهم إلى ناحية أخرى يميناً أو شمالاً ، فأصاب صيداً آخر ، لم يؤكل ؛ لأن السهم قد انصرف عن وجهه ؛ وذلك لأنه إذا عدل عن سننه انقطع حكم الرمي ، فصارت الإصابة بفعل غير الرامي ، وهذا لا يتعلق به

(١) في م ، ج (الكمون) والمثبت من أ . «والكمين من حيل الحرب: وهو أن يستخفوا في مكن لا يُفطن لهم» . المغرب (كمن) .

(٢) في م (على شيء) وساقطة من أ ، والمثبت من ج .

(٣) في أ (جثم) والمثبت من م ، ج .

إباحة ، ألا ترى أن سيفاً لو كان على جبل فألقته الريح^(١) على صيد فقتله ، لم يؤكل ؛ لأنه لم يستند إلى فعل آدمي ، فكذلك هذا .

قال : فإن لم ترده الريح عن وجهه ذلك ، أكل الصيد ؛ لأنه إذا مضى على وجهه ، فمضيه بقوة الرامي ، ومعونة الريح للسهم لا يمكن الاحتراز منه ، فسقط حكمه .

قال : وإن أصابت الريح السهم ، وهي ريح شديدة ، فدفعتة ولم يتغير عن وجهه ذلك ، فأصاب السهم صيداً ، فإنه يؤكل ؛ وذلك لأنه مضى في وجهه ، ومعونة الريح إذا لم يعدل به عن جهته لا يمكن الاحتراز منه ، فسقط حكمه .

قال : ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرةً ، فرجع فأصاب صيداً ، فإنه لا يؤكل ؛ لأن فعل الرامي انقطع ، وصارت الإصابة في غير جهة الرمي .

قال : فإن مرّ من الشجر السهم ، فجعل يصيب الشجر في ذلك الوجه ، والسهم على سننه لم يتغير ، فأصاب صيداً فقتله ، فإنه يؤكل^(٢) .

فإن رده شيء من الشجر يمينة أو يسرة ، فإنه لا يؤكل ، وهذا على ما بينا .

فإن مرّ السهم فحجبه حائط ، وهو على سننه ذلك ، فأصاب صيداً فقتله ، أكل ؛ وذلك لأن فعل الرامي لم ينقطع ، وإنما أصاب السهم الصيد والحائط وذلك لا يؤثر .

قال أبو يوسف : في رجل رمى صيداً فأصاب السهم صخرةً ، ثم أصاب

(١) في ج زيادة (عن الحبل) .

(٢) الأصل ٣٨٤/٥ ، ٣٨٥ .

السهم الصيد فقتله ، وقد سمّي ، قال : إن كان السهم مرّ على وجهه مستويًا بعدما أصاب الصخرة ، أو يمينًا أو شمالاً ، أكل ، وإن كان [ذلك] رجع راجعًا فأصاب الصيد فقتله ، لم يؤكل ، وهذا مخالف للأول .

ووجهه : أن السهم [قد] يعدل عن السنن يمينًا وشمالاً ، فلا يعتد بذلك .

وكذلك إذا أصاب الصخرة ، فالظاهر أن فعل الرامي لم ينقطع ، فأما إذا رجع فقد انقطع فعله ؛ لأن السهم لا يرجع من غير سبب .

قال : ولو أن رجلاً رمى بسهم وسمّى ، ثم رمى رجل آخر بسهم [٣٠٥/١] ، فأصاب^(١) السهم الأول قبل أن يصيب الصيد ، فردّه عن وجهه ذلك فأصاب صيداً فقتله ، فإنه لا يؤكل^(٢) ؛ لأنه لما رجع بدفع السهم الثاني عن سننه انقطع حكم الرمي ، فلم يتعلق به إباحة ، وهذا محمول على أن الرامي الثاني لم يقصد الاصطياد ، وقد حصل القتل بفعله فلا يتعلق به إباحة .

قال ﷺ : وهذا محمول على أن الرامي الثاني لم يقصد الاصطياد ، وقد حصل القتل بفعله ، فلا يتعلق به إباحة .

فأما إن كان الثاني رمى ليصطاد ، حلّ أكل الصيد ، وهو للثاني ؛ لأنه مات بفعله وإن لم يقصده بالرمي ، وتعيين المرمى ليس بشرط .

قال : ولو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيداً بسهم ، فأصابا الصيد جميعاً ووقعت الرميّتان بالصيد معاً ، فمات ، فإنه لهما ويؤكل ؛ ذلك لأنهما اشتركا في

(١) في م زيادة (السهم الثاني) هنا .

(٢) انظر : الأصل ٣٨٥/٥ .

سبب الاستحقاق وتساويا فيه ، فتساويا في الاستحقاق^(١) .

فإن أصابه سهم الأول فوقه ، ثم أصابه سهم الآخر فقتله ، قال أبو يوسف^(٢) : يؤكل والصيد للأول ، وقال زفر : لا يؤكل .

وهذه المسألة فرع على اختلافهم : أن المعتبر في الرمي بحال الرمي أو بحال الإصابة ، فعند أصحابنا الثلاثة : أن المعتبر بحال الرمي ؛ لأنه هو الذي يتعلق [الحكم] بفعله ، والتسمية معتبرة عنده ، وقد حصل رميهما جميعاً والصيد ممتنع ، فلم يتعلق بالسهم الثاني حظر ؛ [إلا أن]^(٣) المِلْكَ للأول ؛ لأن سهمه أخرجته من حيز الامتناع ، فصار سهم الثاني كأنه وقع بصيد مملوك ، فلا يستحق به شيء .

وجه قول زفر : أن المعتبر بحال الإصابة ؛ بدلالة أنه لو لم يصب لم يملك ، وقد حصل السهم الثاني والصيد غير ممتنع ، فصار كمن رمى إلى شاة فقتلها .

قال : وكذلك إن رمى أحدهما بعد الآخر قبل إصابة الأول ، فهو كرميهما معاً (في القولين ؛ لأن رمي الثاني حصل والصيد ممتنع ، فهو كرميهما معاً)^(٤) .

فإن أصاب سهم الأول ، ثم رماه الثاني ، فإن كان سهم الأول لم يخرج من [حيز] الامتناع ، فأصابه الثاني ، فهو للثاني ؛ وذلك لأن الثاني هو الذي صاده ، والأول فعل سبباً في الصيد ، فصار كمن أثار صيداً فأخذه غيره .

(١) في م (في المستحق) .

(٢) في م فقط (أبو الحسن) .

(٣) في أ (لأن) والمثبت من م ، ج .

(٤) ساقطة من م ، ج .

وإن كان سهم الأول وقذه وأخرجه من الامتناع ، ثم أصابه سهم الثاني [فمات] ، فهو على وجوه: إن مات من الأول ، أكل وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته ؛ لأن السهم الأول وقع به وهو صيد ، فإذا قتله حلّ ، وقد ملكه الأول بالإصابة ، والجراحة الثانية نقص في ملك الأول ، فيضمنها الثاني .

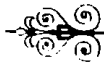
وإن مات من الجراحة الثانية لم يؤكل ؛ لأن الثاني رمى إليه وهو غير ممتنع ، فصار كالرمي إلى شاة ، ويضمن الثاني ما نقصته جراحته ؛ لأنه نقص دخل في ملك الغير بفعله ، ثم يضمن قيمته مجروحاً جراحتين ؛ لأنه أتلفه بفعله ، إلا أنه غرم نقصان الجرح الثاني ، فلا يضمنه ثانياً ، والجرح الأول نقص بفعل المالك للصيد ، فلا يضمنه الثاني .

فأما إن مات من الجراحتين ، لم يؤكل ؛ لأن إحدى الرمييتين يتعلق بها الحظر ، والأخرى تتعلق بها الإباحة ، (والصيد بينهما ؛ لأنهما اشتركا في سبب ملكه ، وعلى الثاني للأول نصف قيمته مجروحاً الجراحتين ، ونصف ما نقصته الجراحة الثانية ؛ لأنه أتلف على شريكه نصيبه حيث أخرجه من الإباحة إلى الحظر ، فلزمه الضمان)^(١) .

فإن لم يعلم بأي الجراحتين مات ، فهو كما لو علم أنه مات منهما ؛ لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل في الظاهر^(٢) .

(١) عبارة م هنا مختلفة: (والصيد للأول ؛ لأنه انفرد بسبب ملكه ، وهو الجراحة التي أخرجه من الامتناع ، وعلى الثاني للأول نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ، وما نقصته الجراحة الثانية ؛ لأنه مات بفعلهما ، فسقط نصف النقصان وثبت نصفه ، والجراحة الثانية يضمنها الثاني ؛ لأنها حصلت في ملك غيره) .

(٢) انظر: الأصل ٣٧٦/٥ وما بعدها .



بَاب

ما بان من الصيد، هل يؤكل أم لا؟



قال أبو الحسن رحمته الله: روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «ما بان من الحي، فهو ميتة»^(١)، ولا أعلم بين أهل العلم خلافاً في أن رجلاً لو قطع من ألية شاةٍ قِطْعَةً، أو من فخذها، أنه لا يحل له أكل ذلك، وهذا أمر كانت تفعله الجاهلية، كانوا يقطعون قطعة من ألية الشاة، ومن سِنَام البعير فيأكلونها، فقال صلى الله عليه وسلم: «ما بان من حي، فهو ميت»، فدل ذلك على تحريمه؛ لأن الميتة حرام.

قال: فإذا ركض بفرسه على صيد فضربه بسيفه، فقطعه باثنتين، فإنه يأكل النصفين جميعاً، روى ذلك بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم، ورواه ابن زياد عن أبي حنيفة، وهو قول أصحابنا جميعاً^(٢).

قال إبراهيم: فإن كان ما يلي الرأس أكثر: فكل ما يلي الرأس، ودع ما سواه، وإن قطعت منه عضواً: فكل إلا العضو الذي قطعت، إلا أن يكون معلقاً بجلده، فتأكله كله.

قال أبو الحسن: وهو قول الحسن ومحمد، ولا أعلم عن زفر خلاف ذلك.

قال أيده الله: والأصل في هذا ما قدمنا: أن الأوداج متصلة من القلب إلى

(١) ورد الحديث بلفظ (ما قطع من البهيمة وهي حية...)، كما أخرجه الحاكم في المستدرک، ١٣٧/٤؛ والترمذي (١٤٨٠)، وقال: «حسن غريب»؛ ابن ماجه (٣٢١٧)؛ انظر: الدراية، ٢٥٦/٢.

(٢) انظر: الأصل ٣٩٠/٥، ٣٩١؛ الآثار ص ١٣٩.

الدماغ، فإذا قطع الوَسَطَ وهو القلب، فقد قطع العُرُوق، فصار كالذبح، فيحل به الجميع.

وأما إذا قطع من ناحية العجز، أكل الأكثر، ولم يؤكل الأقل عندنا.
وقال الشافعي: يؤكل^(١).

لنا: قوله ﷺ: «ما أبين من حي وهو حي، فهو ميت»، والعضو المقطوع أبين من حي، فكان ميتاً؛ ولأن الجرح ليس بذكاة في حال وقوعه، وإنما يصير ذكاة إذا اتصل به خروج الرُّوح قبل القدرة، وإذا صار ذكاةً عند خروج الروح، صار ذكاةً للجمله دون ما بان منها قبل ذلك.

وليس هذا كما لو قطع الأقل مما يلي الرأس؛ لأن ذلك القطع أصاب العروق، فصار ذكاة عند وقوعه، فحلت به الجملة.

وأما إذا تعلق العضو بجلده، فقد ذكر محمد في الأصل: إذا كان بمنزلة ما بان، لم يؤكل^(٢).

وذكر أبو يوسف هذا في الإملاء، ولم يشرط شيئاً، وكذلك رواه الحسن من غير شرط.

ويجوز أن يكون ما شرط محمد قولهم؛ لأنه إذا تعلق بجلدة خفيفة، فذلك التعلق غير معتد به، فصار بمنزلة البائن، ويحمل قولهم من غير شرط على التعلق الذي يجوز أن يبقى، فيكون العضو من جملة الحيوان، فذكاة الحيوان

(١) انظر: الأم ص ٤١٩، ٤٢٠.

(٢) انظر: الأصل ٣٩٠/٥.

ذكاة لما اتصل به .

وقال أبو يوسف: إذا ضربت الرأس فقطعته طولاً أو عرضاً ، فإن كان ما بقي من الرأس أكثر ما قطع ، أكل الصيد ، وما بقي من الرأس وإن كان سواء فكُلُّهُ كُلَّهُ .

وقال أبو يوسف بعد ذلك: إذا قطع الرأس نصفين ، لم يؤكل النصف [البائن] ^(١) ، وأكل ما بقي من الصيد ؛ وذلك لما بيننا أن الأوداج متصلة بالرأس ، فإذا قطع أقل الرأس فلم يعلم أنه قطع العروق ، فصار ذلك في حكم الجرح الذي يبيح الجملة ولا يبيح ما بان .

وإذا قطع الأكثر من الرأس ، فقد قطع العروق ، فيصير ذلك كالذبح فيبيح الجملة .

والذي اختلف قول أبي يوسف فيه في النصف الأكثر ، فهو بناء على قطع العروق ، فكأنه ظن أنها [ب/٣٠٥] لا تكون إلا فيما يلي البدن من الرأس ، فاعتبر قطع الأكثر ، وقد كان ظن قبل ذلك أنه إذا قطع نصف الرأس قطعها .

قال هشام: سمعت محمداً يقول في رجل ضرب رأس صيد فأبان بعض الرأس ، أنه إذا كان [الذي] يلي إلى المذبح أقل ، أكلهما جميعاً ، وإن كان مما يلي المذبح [أكثر] ^(٢) ، أكل الذي يلي المذبح ، [وترك الآخر] ^(٣) ، وهو قول أبي حنيفة .

قال محمد: وإن كانا سواء ، أكلهما جميعاً ، وهذا على ما بيناه ^(٤) .

(١) في أ (الثاني) والمثبت من م ، ج .

(٢) في أ (أقل) والمثبت من م ، ج .

(٣) في أ (فهو كالآخر) والمثبت من م ، ج .

(٤) انظر: الأصل ٣٩٠/٥ وما بعدها؛ كتاب الآثار لمحمد ص ١٨٠ .

بَابُ

الرجل يسمع حس الصيد فيظنه صيداً فيرسل كلبه عليه أو يرميه
ثم يعلم أنه صيدٌ أو غير صيدٍ ما يحل من ذلك، وما لا يحل؟



قال أيداه الله: وجملة هذا الباب: أن من سمع حساً فظنه صيداً، فأرسل كلبه عليه أو بازه، أو رماه بسهمه، فأصاب صيداً، وبان له أن الحس الذي سمعه لم يكن حسّ صيدٍ، وإنما كان حسّ شاةٍ أو بقرةٍ أو آدمي، لم يؤكل الصيد الذي أصاب في قولهم؛ لأنه أرسل على غير صيد، ورمى إلى غير صيد، فلم يتعلق بإرساله ورميه حكم الإباحة، وصار كأنه رمى إلى آدمي يعلم به فأصاب صيداً، لم يؤكل.

وأما إذا كان الحسُّ حسّ صيدٍ مأكول، أو غير مأكول، فأصاب صيداً مأكولاً، أكل.

وقال زفر: إن كان حس صيد لا يؤكل لحمه، كالسباع وما أشبهها، لم يؤكل.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن كان حسّ سبُعٍ، أكل الصيد، وإن كان حسّ خنزيرٍ لم يؤكل الصيد.

وجه قولهم المشهور: أن الاصطياد للحيوان المأكول وغير المأكول من جنس الصيد سواء في الإباحة، فإذا أحسّ بذلك فرماه، أو أرسل عليه، تعلق برميهِ وإرساله إباحة الاصطياد، وتعيّن به صيد مأكول، فأكل، كما لو كان الحس حس مأكول، فأصاب مأكولاً [آخر].



وجه قول زفر: أن السَّبَاع لا يحل أكلها، فرميها لا يتعلق به إباحة الأكل،
فإذا أصاب غيرها لم يؤكل، كما لو كان حس آدمي.

لأبي يوسف: أن الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه، والسباع
وإن كانت محرمةً جاز الانتفاع بها.

فإذا رمى إلى صيد يجوز الانتفاع به، وتعيّن برميهِ المأكول، جاز أكله، وإذا
رمى إلى صيد لا يحل الانتفاع به بحال، لم يتعلق برميهِ حكم الإباحة، فلم يحل
ما تعيّن به.

وأما إذا لم يعلم أن الحس حس صيد أو غيره، لم يأكل ما أصابه؛ لأن
الحظر والإباحة تساويا، فكان الحكم للحظر.

وقال في الأصل: فيمن رمى خنزيراً أهلياً، فأصاب صيداً، قال: لا يأكل؛
لأن الخنزير الأهلي ليس بممتنع، فالرمي إليه كالرمي إلى الشاة، فلا يتعلق به
حكم الإباحة وإن أصاب صيداً مأكولاً.

وقالوا فيمن سمع حساً فظنه آدمياً، فرماه، فأصاب الحس نفسه، فإذا هو
صيد أكل؛ لأن تعيّن بالظن والرمي يسقط القصد، ويصير كأنه قصد إلى
[المحسوس]^(١).

وقالوا: لو رمى طائراً فأصاب صيداً، وذهب المرمى فلم يعلم أوحشي هو
أو مستأنس، أكل الصيد، وهذا مبني على أن الطير الداجن^(٢) إذا رمي في

(١) في أ (المحبوس) والمثبت من م، ج.

(٢) في ج (النافر) وفي م (الصيد).

الصحراء لم يحلها العقر؛ لأنه يأوي البيوت، فتثبت اليد عليه، إلا أنه لما رمى إلى طائر، ثم شك فيه، فالأصل في الطير التوحش حتى يعلم الاستئناس، فتعلق برميهِ الإباحة.

وقالوا: لو رمى بغيراً فأصاب صيداً وذهب البعير، فلم يعلم أناد هو أو غير ناد؟ لم يؤكل الصيد حتى يُعلم أن البعير كان ناداً؛ لأن الأصل في الإبل الاستئناس حتى يعلم غيره.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف فيمن رمى سمكة أو جرادة، فأصاب صيداً، فقال: لا يؤكل؛ (لأن السمكة والجرادة لا ذكاة لهما).

وروى ابن أبي مالك عنه: أنه يؤكل الصيد؛ لأن المرمى من جملة الصيد وإن كان لا ذكاة له.

وقالوا: لو أرسل كلباً على طير^(١) موثق، فأصاب صيداً، لم يؤكل^(٢)؛ لأن الموثق لا يجوز صيده بالكلب، فهو كالشاة.

ولو أرسل بازه على ظبي، وهو لا يصيد الظباء، فأصاب صيداً، لم يؤكل؛ لأن هذا الإرسال لم يقصد به الاصطياد، فصار كمن أرسل كلباً على فيل، فأخذ صيداً.



(١) في ج (ظبي).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

بَابُ الصيد يتوارى عن صيْد، ما حكمه؟



قال أيده الله: أصل هذا الباب أن من رمى صيداً أو أرسل كلباً على صيد، فتوارى الصيد عنه، ثم وجده ولم يقعد عن طلبه، فإنه يؤكل استحساناً، والقياس: أن لا يؤكل (١).

وجه القياس: أنه يجوز أن يكون مات من سهمه أو من جراحة كلبه، ويجوز أن يكون مات من غير ذلك، فلا يحل أكله بالشك.

وجه الاستحسان: ما رُوي (أن النبي ﷺ مرَّ بالروحاء على حمار وحشٍ عقر، فتبادر أصحابه إليه، فقال: «دعوه فسيأتي صاحبه» فجاء رجل من بهز فقال: هذه رميتي يا رسول الله: وأنا في طلبها، وقد جعلتها لك يا رسول الله، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسّمها بين الرفاق) (٢).

ولأن هذا لا يمكن الاحتراز منه في الصيد، ألا ترى أن السهم إذا وقع به تحامل في العادة فغاب، وإذا أصابه الكلب انحرف منه فغاب، فإذا لم يوجد من الصياد تفريط في الطلب، لم يعتد بالغيبة التي لا يمكن الاحتراز منها.

وأما إذا قعد عن طلبه ثم وجده فلا يؤكل؛ لما روي أن رجلاً أهدى إلى

(١) انظر: الأصل ٣٧٧/٥.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٨٥٦)؛ والبيهقي في الكبرى، ١٨٨/٥؛ وأحمد في المسند، ٤١٨/٣؛ «رجال أحمد رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد، ٢١٥/٣.

رسول الله ﷺ صيداً ، فقال له : «من أين لك هذا؟» فقال رميته بالأمس ، وكنت في طلبه حتى هجم عليّ الليل ، فقطعني عنه ، ثم وجدته اليوم وممرماتي فيه ، فقال ﷺ : «إنه غاب عنك ، فلا أدري لعل بعض الهوام أعانك عليه ، لا حاجة لي فيه»^(١) .

وروي عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال: كل ما أصميت ، ودع ما أنميت^(٢) .

قال أبو يوسف: فالإصمام: ما عاينته ، والإنماء: ما توارى [عن بصرك]^(٣) .

وقال هشام عن محمد: الإصمام: ما لم يتوارى عن بصرك ، والإنماء: ما توارى عن بصرك .

ولأن الصيد إذا قعد عن طلبه ، جاز أن يكون لو لم يقعد أدركه حياً ، فكانت ذكاته الذبح ، وخرج الجرح من أن يكون ذكاةً ، فلم يجز استباحته بالشك^(٤) .



(١) أورده السرخسي في المبسوط ٢٤٠/١١ ؛ والكاساني في البدائع ٥٩/٥ .
(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٤١/٩ ؛ وأورده الهيثمي وقال: «رواه الطبراني وفيه عثمان بن عبد الرحمن ، وأظنه القرشي ، وهو متروك» مجمع الزوائد ٣١/٤ .
(٣) في أ (عنه) والمثبت من م ، ج .
(٤) انظر: الأصل ٣٧٦/٥ وما بعدها .

بَابُ الْمُتْرَدِي



[١/٣٠٦] قال أبو الحسن عليه السلام: المتردي: الصيد يُرمى وهو يطير، فيسقط على جبل، ثم يسقط منه إلى الأرض، فهو متردي، فلا يؤكل إذا مات من ذلك.

وكذلك إذا كان على جبل، فسقط منه على شيء من الجبل، ثم سقط على الأرض، فإنه لا يؤكل.

وكذلك لو كان على سطح فهوى، فأصابه حائط السطح، ثم سقط إلى الأرض، لم يؤكل.

وكذلك إن كان على نخلة، أو شجرة، فسقط منها على جذع النخلة، أو بدن الشجرة، ثم سقط إلى الأرض، فمات، لم يؤكل.

وكذلك لو وقع على رُمحٍ مركوز على الأرض، وفيه سنان، فوقع على السنان، ثم وقع على الأرض، لم يؤكل، وكذلك لو نشب فيه السنان، فمات عليه، لم يؤكل^(١).

قال أيده الله: والأصل في هذا: أنه إذا اشترك [في] الرمي معنى آخر يمكن الاحتراز منه، ويجوز أن يكون التلف حصل به، لم يؤكل؛ لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «وإن وقع في الماء فلا تأكله، فلعل الماء قد قتله»^(٢).

(١) انظر: الأصل ٣٨٢/٥، ٣٨٣.

(٢) أورده الديلمي في الفردوس، ٣٣٣/١.

ومعلومٌ أن وقوع الصيد على شيء ، ثم وقوعه منه إلى الأرض قد يخلو منه الرمي في الغالب ، ويجوز أن يكون التلف حصل منه ، فصار كوقوعه في الماء .
وأما إذا وقع على الأرض [ابتداءً] فمات ، فالقياس : أن لا يؤكل ؛ لأنه جاز أن يكون مات من الأرض .

والاستحسان : أن يؤكل ؛ لأنه لا يمكن الاحتراز من وقوع المرمى على الأرض ، وما لا يمكن الاحتراز منه في الصيد يسقط حكمه .

وقد ذكر في المنتقى : في الصيد إذا وقع على صخرة فينشقُّ بطنه ، أو [ينقطع] ^(١) رأسه ، لم يؤكل .

قال الحاكم : وهذا خلاف جواب الأصل ، يعني : أنه خلاف عموم الجواب ؛ لأنه قال في الأصل : أنه لو وقع على أجرّة موضوعة في الأرض ، أكل ^(٢) ، ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه ، أو لم ينشق ، فإن جعلناه روايتين ، فوجه ما ذكره الحاكم أنه إذا انشق بطنه ، فالظاهر أن الموت حصل بغير الرمي ، فسقط التجويز .

(وليس كذلك إذا لم ينجرح ؛ لأنه يجوز أن يكون مات من الوقوع ، أو من الرمية ، والاحتراز غير ممكن ، فسقط التجويز) ^(٣) .

ويجوز أن يحمل ما ذكره في الأصل على هذا التفسير ^(٤) ، فيكون معناه : أنه يؤكل إذا لم ينشق بطنه أو ينقطع رأسه .

(١) في أ (يقلع) ، وفي ج (انغلق) ، والمثبت من م .

(٢) انظر : الأصل ٣٨٤/٥ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م .

(٤) في م (التقسيم) .

قال أبو الحسن عليه السلام: ولو وقع على حرف آجرة في الأرض، أو حرف حجر فتمكن^(١)، ثم وقع على الأرض، لم يؤكل^(٢)، وهذا على ما قلنا.

قال: ولو كانت الآجرة منطرحه^(٣) على الأرض، أو اللبنة، فوقع عليها ثم مات، أكل؛ لأن الآجرة المنطرحه^(٤) كالأرض، فوقعه عليها كوقوعه على الأرض.

قال: ولو وقع على جبل، فاستقر عليه، أكل؛ لأن استقراره^(٥) عليه كاستقراره على الأرض.

قال: ولو سقط من الرمية في ماء، فمات، لم يؤكل، وهذا على ما بينا.

قال بشر وعلي [بن الجعد] عن أبي يوسف: إذا رمى صيداً وهو في السماء، فأصابه بنشابه^(٦) وسمى، فوقع على الأرض فمات، فكل، ليس هذا بمرتدي؛ ولذلك لو كان على جدار أو حائط أو رابية أو جبل، فأصابه فوقع منها إلى الأرض.

ولكن المرتدي الذي لا يؤكل: أن يقع فوق شيء من السماء، أو من موضع فوقه، ثم يقع من ذلك الشيء إلى موضع آخر، فإن ذلك لا يؤكل، ذاك مرتدي^(٧).

(١) في ج (يتكى).

(٢) انظر: الأصل ٣٨٤/٥.

(٣) في م (مبطوحة) وفي ج (مسطوعة).

(٤) في م (مبطوحة) وفي ج (مسطوعة).

(٥) في م ج (استقراره على الجبل).

(٦) في م (أو بسهم) بدل (وسمى).

(٧) ما بين المعقوفتين ساقطة من أم، والزيادة من ج.

وهذا صحيح ؛ لأن المتردي : هو المتردد [على شيء ثم على شيء] ولكنه لما اجتمع الحرفان قلبوا أحدهما ياءً ، كقولهم : يقضي البازي ، وإنما هو يقضض ، فأبدلوا [الضاد] ياء .

والتردد : هو أن يقع على شيء ثم على شيء ، وأما المتردي : إذا أدرك ذكاته ، فهو على الخلاف الذي قدمناه .

وقد ذكر في المنتقى عن أبي يوسف قال : ولو رمى صيداً على قُلَّةٍ (١) جبل ، فأخذه حتى لا يتحرك ، ولم يستطع أن يأخذه ، فرماه فقتله ، ووقع ، لم يأكله ؛ وذلك لأنه خرج من حيز الامتناع بالرمي الأول ، فصار الرمي الثاني إلى غير ممتنع ، فلا يؤكل . [والله أعلم] .



(١) «وَقُلَّةُ الْجَبَلِ : أَعْلَاهُ...، وَقُلَّةُ كُلِّ شَيْءٍ : أَعْلَاهُ» . المصباح (قلل) .

بَابُ صَيْدِ السَّمَكِ

قال أيده الله: جملة هذا الباب: إن حيوان البحر كله لا يؤكل إلا السمك خاصة، وقد قدمنا الكلام في ذلك مع الشافعي.

وأما أنواع السمك: فهي حلال كلها، وقد بينا ذلك، ودلنا عليه بقوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان: السمك والجراد»^(١)، وهذا عام في الجرّيث^(٢) والمارماهي^(٣).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال في البحر: «هو الطهور ماؤه والحل ميتته»^(٤).

وروي عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس رضي الله عنهما إباحة الجرّيث، ولا يعرف لهما مخالف.

وقد بينا أن السمك لا يحل إلا أن يكون موته بسبب [حادث]^(٥)، وتكلمنا

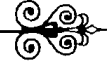
(١) أخرجه ابن ماجه (٣٢/٨)؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٥٧/٩؛ وأحمد في المسند، ٢٦٠/١؛ انظر: الدارية حيث ذكر الحافظ في سنده ضعفاً، ٢١٢/٢.

(٢) «الجرّيث الجرّيّ: وهو ضرب من السمك... ومنه قول محمد: جميع السمك حلال غير الجرّيث والمارماهيج»، نوعان من السك، ويقال لهما: الجرّي والمارماهي، وقيل: هما إسمان لمسمى واحد: وهو ثعبان الماء، وعلق المحقق في الهامش: «كذا في النسخ، والذي في المعجم العربية والمعجم الذهبي (المارماهي)، وهو نوع من السمك يشبه الحيات، ويسمى: الحنكليس، أو الأنقليس». المغرب (جرث)؛ وحياة الحيوان للدميري ٢٧٤/١.

(٣) انظر: الأصل ٣٧٠/٥.

(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن، ١٨٧/٧؛ وابن أبي شيبة في مصنفه، ١٢١/١.

(٥) في أ (عابر) والمثبت من م، ج.



على ما مات من الحرّ والبرد وكدر الماء ، وفي كراهة الطافي .

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في السمك إذا مات حتف أنفه ، فمنهم من قال: إنه لا يؤكل ، طفا أو لم يطف ؛ لأن المؤثر فيه أنه مات حتف أنفه ، وهذا المعنى موجود وإن لم يطف .

ومنهم من قال: لا يكره إلا الطافي ؛ لحديث جابر ، قال: قال رسول الله ﷺ: «ما اصطدموه وهو حي فمات ، فكلوه ، وما أخذتموه ميتاً طافياً ، فلا تأكلوه»^(١)؛ ولأنه إذا طفا تغير لحمه في العادة ، فيكره أكله ، كما يكره أكل الطعام المتغير .

وقد روي عن محمد أنه قال في السمكة توجد في بطن الكلب ، قال: لا بأس بها ، يعني إذا لم تتغير ؛ لأنها ماتت بسبب حادث .

وسئل أبو يوسف عن البُسط الخنزيرية ؟ فقال: لا بأس بها ، يعني بذلك: ما يتخذ من شعر خنزير الماء ؛ لأن عندنا حيوان البحر الذي لا يؤكل طاهر ، فلا بأس بالانتفاع به .



(١) في م (وما مات طافياً فلا تأكلوه) .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٢٥٥/٩ ؛ والطبراني في الأوسط ، ١٤/٦ ؛ وأخرجه الترمذي كما

قال الزيلعي في نصب الراية ، وفيه: «قال الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث ،

فقال: ليس بمحفوظ ، ويروى عن جابر خلاف هذا...» . ٢٠٣/٤ .

بَابُ مَا يَصَادُ بِهِ



قال أصحابنا جميعاً: كل ذي نابٍ أو مِخْلَبٍ عُلِّمَ فتعلم ، كُلُّ صيده حلالاً .
وقالوا: وابن عِرْسٍ إذا عُلِّمَ فتعلم ، حَلَّ صيده .

قال هشام: سألت محمداً عن صيد ابن عِرْسٍ ، فأخبرني أن أبا حنيفة قال:
إذا عُلِّمَ فتعلم ، فكلُّ ما صاد .

وقال هشام: سألت محمداً عن الذئب إذا عُلِّمَ فصاد ، قال: هذا أرى أنه لا
يكون ، فإن كان فلا بأس به .

قال: وجملة ما قدمناه: أن كل ذي نابٍ أو مِخْلَبٍ ، إذا لم يكن مُحَرَّم العَيْنِ
وَتُعَلَّمُ ، جاز الاصطياد به ؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ ، وهو عام .

وقد روي عن أصحابنا أنهم قالوا في الأسد والذئب: إنه [لا يجوز]^(١)
[٣٠٦/ب] الصيد بهما ، فليس ذلك لمعنى يعود إلى عينهما ، وإنما هي لفقد
التعليم ؛ لأنهم قالوا: من عادتاهما أن يمسكا صيدهما فلا يأكلانه في الحال ، وإنما
يستدل على التعليم بترك الأكل ، فإن تصور التعليم فيهما ، جاز .

وأما الخنزير ، فلا يجوز الاصطياد به ؛ لأنه محرم العين ، فالانتفاع به
محرم ، [والله أعلم] .

تم كتاب الصيد [والحمد لله] ، ويتلوه كتاب الأضحية

(١) في النسخ بدون قوله (لا يجوز) ، والزيادة أضيفت كما ذكر في البدائع: «وقالوا في الأسد والذئب أنه لا
يجوز الصيد بهما» ثم ذكر التعليل نفسه ٦/٢٨٠٤ ، وذكر في أكثر الكتب بصورة عامة من غير تعيين .

[٦٠] كتاب الأضحية



قال أئده الله: الأضحية من حقوق الأموال ، وحقوق الأموال على ضربين :
منها ما يجب فيه التملك كالزكاة ، ومنها ما يجب فيه الإتلاف كالعتق (١).

والأضحية من [جنس] (٢) العتق ؛ لأن الواجب فيها إراقة الدم ، وهو
إتلاف ، فليست الصدقة بها واجبة .

ويجوز أن يقال : إنها أخذت الشبّه من أصلين : من العتق ؛ لأن الواجب فيها
الإتلاف ، ومن الزكاة ؛ لأن المستحب أن يتصدق بلحمها ، وهي عندنا واجبة في
قول أبي حنيفة ، ومحمد ، وزفر ، والحسن بن زياد ، وإحدى الروايتين عن أبي
يوسف ، رواها عنه محمد والحسن بن زياد وهشام .

وذكر أبو يوسف في الجوامع : أنها سنة وليست بواجبة ، وهو قول الشافعي (٣).

وجه قولهم في وجوبها : قوله تعالى : ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَحْرُ ﴾ [الكوثر: ٢] ،
قيل في التفسير : المراد به الأضحية (٤).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ لَمْ يَضَحَّ ، فَلَا يَقْرَبَنَّ مَصَلَّانَا » (٥).

(١) انظر : الأصل ١١١/٥ .

(٢) في أ ، ج (حيز) والمثبت من م .

(٣) انظر : الأم ص ٤٠٧ ؛ المنهاج ص ٥٣٧ ؛ رحمة الأمة ص ٩٤ .

(٤) انظر : تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٢٠٠٧ .

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرک ، ٤/٢٥٨ ؛ وابن ماجه (٣١٢٣) ؛ وأحمد في المسند ، ٢/٣٢١ ؛

وقال ابن حجر : «وقد اختلف في وقفه ورفعته ، والذي رفعه ثقة» . الدراية ، ٢/٢١٣ .

وقال: «على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة»^(١).

وقال: «من ذبح قبل الصلاة، فليُعدَّ أضحيته، ومن لم يذبح فليذبح على اسم الله»^(٢)، ولأنها قُرْبَةٌ يضاف إليها وقت، فكانت واجبة كالجمعة.

لأبي يوسف قوله عَلَيْهِ السَّلَام: «ثلاث كتبت عَلَيَّ ولم تكتب عليكم»، وذكر الأضحية^(٣).

وروي أنه قال: «ثلاث كتبت عليّ وهي لكم سنة».

وروي: (أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنة والسنتين)^(٤).

وروي عن [أبي] مسعود الأنصاري أنه قال: (قد تروح عليّ ألف شاة، فلا أضحيّ بواحدة منها؛ مخافة أن يعتقد جاري أنها واجبة)^(٥)؛ ولأنه حق مال لا يجب على المسافر، فلا تجب على المسافر، فلا تجب على المقيم، كالعقيقة.

والجواب: أما الخبر الأوّل، فلا دلالة فيه؛ لأنها ليست مكتوبة عندنا، وإنما هي واجبة، وقوله: «كتبت عليّ، وهي سنة لكم» تدل على وجوبها؛ لأن ما وجب عليه وجب على الأمة إلا أن يدل الدليل.

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٨٨)؛ والترمذي (١٥١٨) وقال: «حديث حسن غريب»؛ وابن ماجه (٣١٢٥)؛ وأحمد في المسند، ٢١٥/٤؛ والبيهقي في الكبرى، ٣١٢/٩.

(٢) أخرجه البخاري (٥١٨١)؛ ومسلم (١٩٦٠).

(٣) قال الحافظ ابن حجر: «لم أجده هكذا»، انظر: التلخيص الحبير، ١٣٨/٤؛ وأورده المناوي في التيسير وعزاه لأحمد والطبراني وأبي يعلى عن ابن عباس، وقال: «طرقه ضعيفة، لكن قال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح»، ٢٠٦/٢.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ٢٦٤/٩؛ انظر: التلخيص الحبير ١٤٥/٤.

(٥) أورده الكاساني في البدائع ٦٢/٥.

وقوله: «وهي لكم سنة»، معناه: أن وجوبها يثبت بالسنة.

وأما حديث أبي بكر وعمر؛ فلأنهما لا يجدان سعة، وإنما كان رزقهما في بيت المال، لا يفضل عن كفايتهما.

وأما حديث [أبي] مسعود، فيجوز أن يكون عليه دَيْنٌ، فخاف أن يضحّي فيعتقد جاره أن الأضحية تجب مع الدين.

(وأما القياس: فلا يصح)^(١).

[وأما المسافر، فلا يضحّي]^(٢)؛ لأن المسافر قد يسقط عنه ما هو أكد من الأضحية، كالجمعة، وبعض الفرض كي لا يتشاغل بذلك عن السفر؛ فلذلك سقطت عنه الأضحية.

فإذا ثبت أنها واجبة: فشرط وجوبها [اليسار]^(٣)، إذا ملك الإنسان مائتي درهم بعد منزله وخادمه وكسوته، وما يتأث به في منزله على ما فسّرنا في حدّ الغنى في صدقة الفطر؛ وذلك لقوله ﷺ: «مَنْ وَجَدَ سَعَةً فَلْيُضَحِّ»^(٤)؛ ولأنها حق يخرج من المال لا يتعلق بسبب من جهته، فاعتبر فيه الغنى، كصدقة الفطر.

وتجب على المقيمين في الأمصار والقرى والبوادي دون المسافرين؛

(١) ما بين القوسين ساقطة من م، ج.

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من م، وساقطة من أ.

(٣) في أ (المال) والمثبت من م، ج.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک بلفظ: «من وجد سعة لأن يضحّي فلم يضح، فلا يحضر مصلانا»

وصححه، ٤٢٢/٢؛ والبيهقي في الكبرى نحوه، وقال: «موقوف»، ٢٦٠/٩؛ وأحمد في المسند

٣٢١/٢؛ وقال ابن حجر في الدراية: «وقد اختلف في وقفه ورفع، والذي رفعه ثقة»، ٢١٣/٢.

وذلك لأن الأضحية تختص بوقت معين ، فلو وجبت على المسافرين ، لتشاغل بها عن السفر ، (فتسقط عنه كالجمعة .

وقد قال في الأصل : ولا تجب الأضحية على الحاج^(١) ، وإنما أراد بذلك الحاج المسافر ، وأما أهل مكة ، فتجب عليهم الأضحية وإن حجوا^(٢) .

٢٤٠١ - [فصل: وقت ذبح الأضاحي في الأمصار]

ولا يجوز ذبح الأضاحي في الأمصار إلا بعد صلاة الإمام العيّد ، ومن ذبح قبل ذلك لم يجزئه ، وكان عليه الإعادة مكانها^(٣) .

وقال الشافعي : إذا مضى من الوقت مقدار ما صلّى رسول الله ﷺ فيه العيد ، جازت الأضحية وإن لم يُصلِّ الإمام^(٤) .

لنا قوله ﷺ : «أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح»^(٥) ، وروي أن أبا بردة ذبح قبل الصلاة ، فقال ﷺ : «تلك شاة لحم»^(٦) ؛ ولأن ما ترتب على صلاة رسول الله ﷺ ، ترتب على صلاتنا ، كتكبير التشريق .

٢٤٠٢ - [فصل: وقت ذبح الأضاحي في غير الأمصار]

قال : [ومن] ^(٧) كان في غير المصر ، فإنه يجزئه [أن يذبح] إذا طلع الفجر

(١) ساقطة من م .

(٢) انظر: الأصل ٤١١/٥ - ٤١٣ .

(٣) انظر: الأصل ٤١٢/٥ .

(٤) انظر: الأم ص ٤٠٧ ؛ المنهاج ص ٥٣٧ ؛ رحمة الأمة ص ٩٤ .

(٥) أخرجه البخاري (٩٣٣) .

(٦) أخرجه البخاري (٩٤٠) ؛ ومسلم (١٩٦١) .

(٧) في أ (وفيما) والمثبت من م ، ج .

من يوم الأضحى ، ولا يجزئه قبل ذلك ؛ وذلك لأن أهل السواد ليس عليهم صلاة العيد ، فصاروا بعد طلوع الفجر كأهل المصر إذا صلوا^(١).

والذي كان شيوخنا يحصلون في هذا: أن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر في المصر والسواد ، إلا أن فعل الصلاة لم تجب عليه للصلاة شرط في الأضحية ، فمن لا تجب عليه الصلاة ، فالوقت قد دخل في حقه ، والشرط غير لازم له ، فجازت أضحيته .

والذي يبين هذا: أن العبادة لا يجوز أن يختلف فيها بالمصر وغير المصر كسائر العبادات ، ويجوز أن يختلف شرطها ، ألا ترى أن الظهر يمنع من فعلها في وقت الجمعة في المصر إلا لمعذور ، أو بعد صلاة الإمام ، ولا يمنع ذلك في السواد^(٢).

٢٤٠٣ - [فصل: عدد أيام النحر]

قال: وأيام النحر ثلاثة أيام: يوم الأضحى بعد طلوع الفجر ، وهو العاشر من ذي الحجة ، والحادي عشر ، والثاني عشر ، يجوز في نهار هذه الأيام ولياليها من بعد طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس من اليوم الثاني عشر ، غير أنه يكره الذبح بالليل ، فإن فعل أجزأه .

وقال الشافعي: أيامها أربعة أيام ، وزاد ثالث عشر^(٣).

لنا: ما روي عن عمر ، وعلي ، وابن عباس ، وأنس ، وابن عمر رضي الله عنهم أنهم

(١) انظر: الأصل ٤١٢/٥ .

(٢) انظر: الأصل ٤١٢/٥ .

(٣) انظر: الأم ص ٤٠٧ ؛ المنهاج ص ٥٣٧ ؛ رحمة الأمة ص ٩٤ .

قالوا: (أيام النحر ثلاثة ، أفضلها أولها)^(١) ؛ وتخصيص العبادات بوقت لا يعلم إلا من طريق التوقيف ، فكانهم رووا ذلك عن رسول الله ﷺ ؛ ولأن اليوم الرابع لا يتعين فيه وجوب الرمي ، كما بعده ، وهذه الأيام الثلاثة عندنا ، يدخل فيها المعلومات ، والمعدودات ؛ [لأن أبا يوسف قال: إن المعلومات أيام التشريق ، والمعدودات]: أيام النحر .

[فيوم النحر من المعلومات ، وليس من المعدودات ، وآخر أيام التشريق من المعدودات ، وليس من المعلومات ، واليوم الثاني والثالث من المعدودات والمعلومات]^(٢) .

وأما كراهتها بالليل ، فليس لأجل الوقت ؛ ولكن لأن الليل لا يستبين فيه العروق ، فلا يؤمن أن يقصر فيها ؛ فلذلك كره الذبح بالليل .

قال: وأما جوازها بالليل ؛ فلما روي عن الصحابة أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة ؛ وأحد العددين إذا ذكر على طريق الجمع ، اقتضى [٣٠٧/أ] دخول ما بإزائه من العدد الآخر ؛ ولأنه ذبح واجب ، فلا يختص بالنهار كالهدايا وجزاء الصيد .

(١) قال الزيلعي عن الحديث: «قلت غريب جداً»، نصب الراية، ٢١٣/٤ ؛ وقال ابن حجر: «لم أجده... ولكن في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم النحر» (١٠٥٢)، الدراية، ٢١٥/٢ .

(٢) وفي ج (فيوم النحر من المعدودات ، وليس من المعلومات ، وآخر أيام التشريق من المعلومات ، وليس من المعدودات ، واليوم الثاني والثالث من المعلومات والمعدودات) . ويؤيد ما أثبتته بما يأتي:

ذكر ابن عطية في تفسيره: «الأيام المعلومات: هي يوم النحر ، ويومان بعده» ص ١٨٠ ؛ وهكذا في البخاري (٩٢٥) ؛ وفي موطأ مالك (٨٤٦) . انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٢٣٢/٣ ؛ أحكام القرآن للجصاص ٣٠٧/١ .

قال: ولا يجوز الذبح بعد ذلك، ومن لم يذبح حتى تغرب الشمس من اليوم الثاني عشر، فقد فات الذبح؛ وذلك لأن العبادات المؤقتة يسقط فعلها بمضي وقتها، وإيجاب مثلها يحتاج إلى دلالة.

قال: وإن كان قد أوجب شاةً بعينها، أو اشتراها ليضحّي بها، فمضت أيام النحر قبل أن يذبحها، تصدق بها حيةً ولا [يأكل] ^(١) منها شيئاً؛ لأنها لم تذبح فتبلغ محلها، فيتصدق بها.

قال محمد: وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا؛ وذلك لأن الأضحية تتضمن حق بدن، وهو الذبح، وذلك يفوت بفوات الوقت كالصلاة، ويتضمن حق مال، وهو الصدقة، وذلك لا يفوت بفوات الوقت كالزكاة، فإذا مضى الوقت سقط ما على البدن، فبقي حق المال؛ فلذلك وجب أن يتصدق بها.

وإنما لم يجز له الأكل منها؛ لأن الأضحية وهدي التطوع إذا تعينت القربة فيه بالذبح، جاز الأكل منه، وإذا لم يتعين، لم يجز [للغني] ^(٢) الأكل منه، بدلالة ما روي أن النبي ﷺ بعث بالهدايا في عام الحديبية مع ناجية بن جندب، وأمره أن يدخل بها الفجاج والأودية حتى يأتي منى، قال: فما أصنع بما أبدع عليّ منها، قال: «انحرها واصبغ نعلها بدمها» - يعني: قلادتها - «واضرب به صفحتها، وخلّ بينها وبين الناس، ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقاءك منها شيئاً» ^(٣).

(١) في أ (ولا يدخر)، وفي ج (ولا يذوق)، والمثبت من م.

(٢) في أ (للمعِين) والمثبت من م، ج.

(٣) أخرجه أحمد في المسند من حديث ابن عباس ٢٧٩/١؛ وقال ابن حجر في الدراية: «وأصل حديث ناجية في السنن الأربعة...، وورد النهي عن الأكل في حديث ذؤيب، أخرجه مسلم =

وكان المعنى في ذلك: أنها لما نحرت قبل محلها، لم تتعين القرية فيها، فمنعهم من أكلها؛ لأنهم كانوا أغنياء.

قال: والذبح في أول الأيام أفضل لما روي عن عمر، وعلي، وابن عباس أنهم قالوا: أفضلها أولها^(١).

٢٤٠٤ - [على من تجب الأضحية؟]

قال: والأضحية على الغني عن نفسه وولده الصغار حسب، ولا تجب عليه أن يضحي عن عبده، ولا أحد من عياله، غير الولد الصغير، وليس عليه أن يضحي عن ولده الكبار^(٢).

وأما وجوبها عن نفسه فقد قدمناه.

وأما وجوبها عن أولاده الصغار، ففيه روايتان: إحداهما: أنها تجب؛ لأنها حق يتعلق بيوم العيد، كالفطر؛ ولأن ولده في حكم جزء من أجزائه.

والرواية الأخرى: أن الأضحية لما لم تجب عن عبده، لم تجب عن ولده، وإنما لم تجب عن العبد؛ لأن القائل أحد قائلين: فإما من قال بوجوبها على الإنسان عن نفسه دون [عبده]^(٣)، وإما من لم يوجبها عليهما، فسقوطها عن العبد إجماع.

وأما ولده الكبار فلا ولاية له عليهم كالأجانب؛ ولأنه لا تجب عليه صدقة

= وابن ماجه من طريق ابن عباس... ٥٢/٢.

(١) انظر: الأصل ٤١٢/٥؛ كتاب الآثار لمحمد ص ١٧٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤٩٩.

(٣) في أ (غيره) والمثبت من ج.

الفطر عنهم ، وهي أكد ، فلأن لا تجب الأضحية أولى .

قال : وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة : أن عليه أن يضحي عن ابنه إذا كان أبوه ميتاً ، وإن كان حياً لم تجب عليه .

قال : وهذا يجب أن يكون على روايتين ، كما قالوا في صدقة الفطر ، فإن أوجبناه ؛ فلأنه عصبه له ولاد ، كالأب ، وإن قلنا لا يجب ؛ فلأن ولايته منتقلة كولاية الوصي .

وأما إذا كان أبوه حياً ، فلا يجب على الروائتين ؛ لأنه لا ولاية للجد عليه كالأجنبي .

٢٤٠٥ - [فصل : الأضحية على الصغير]

وأما إذا كان للصغير مال ضحى عنه أبوه من مال الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذلك الوصي يضحي عن الصغير من مال الصغير ، وقال محمد^(١) : لا يضحي الأب عن الصغير إلا من مال الأب وإن كان الصغير موسراً ، هذا [كله] رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر .

وقد تكلم أصحابنا المتأخرون في هذه المسألة : فمنهم من قال : إنها محمولة على صدقة الفطر ، فتجب في مال الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا تجب عند زفر ومحمد .

ومنهم من قال : لا تجب في قولهم ؛ لأن الواجب في الأضحية إراقة الدم ، والصدقة بها تطوع ، وذلك لا يجوز في مال الصغير ، ولا يقدر الصغير في العادة

(١) في م ، ج (زفر) بدلاً عن (محمد) .

أن يأكل جميعها ، ولا يجوز أن تباع ؛ فلذلك لم تجب .

والصحيح: أن يقال إنها تجب ولا يتصدق بها ؛ [لأن ذلك] ^(١) تطوع ، ولكن يأكل منها الصغير ويُدخِر له قدر حاجته ، ويتاع له بالباقي ما ينتفع بعينه ، كما يجوز أن يتاع البالغ بجلد الأضحية ^(٢) .

٢٤٠٦ - [فصل: أضحية المولود بأيام الذبح]

وقال الحسن عن أبي حنيفة: إن ولد للرجل وهو موسر ولد في أيام الذبح ، وجب عليه أن يذبح عنه ما لم تضر أيام الذبح ، فإن مضت أيام الذبح قبل أن يضحى عن نفسه أو عن ولده الصغار ، فليس عليه أن يضحى بعد أيام النحر ، وإنما وجب عليه أن يضحى عن ولد ؛ لأنه استفادهم في وقت الوجوب ، فإذا مضت الأيام سقطت العبادة بمضي وقتها .

وقال: إن مات له ابن صغير في أيام الذبح قبل أن يذبح عنه ، فليس عليه أن يضحى عنه ؛ وذلك لأن العبادات المؤقتة تجب عندنا بآخر وقتها ، فمن مات قبل الوجوب ، لم تثبت في حقه .

قال: وقال أبو حنيفة: ليس على الرجل أن يذبح عن نفسه إذا كان مسافراً ، وعليه أن يضحى عن ولده إذا كانوا مقيمين في مصر .

وإن كانوا مسافرين معه لم يصح عنهم ، وإنما لم يجب عليه عن نفسه لما قدمنا ؛ ولأن القائل أحد قائلين: إما من أوجبها على المقيم ، أو من لم يوجبها

(١) في أ (لأنها) والمثبت من م ، ج .

(٢) في م (أضحيتها) .

بحال ، فيسقط عن المسافر بالإجماع ، وكذلك ولد المسافر في حكمه .

فأما إذا كان في مصر ، فعلى الأب أن يضحي عنه ؛ لأن المعتبر بصفة الموجب عنه ، فإذا كان مقيماً لم يؤثر في أضحيته سفر غيره^(١) .

٢٤٠٧ - [فصل: ابتداء وقت الذبح]

قال: وإذا كان الإمام قد خلف من يصلي بضعفة الناس في مسجد المصر ، وخرج بالآخرين إلى المصلّى ، فصلّى أحد المسجدين ، أيهما كان ، جاز ذبح الأضاحي؟

وقد ذكر هذه المسألة في الأصل: إذا صلى أهل المسجد ، فالقياس أن لا يجوز ذبح الأضحية ، والاستحسان أن يجوز .

وجه القياس: أن من شرطها فعل صلاة العيد ، فإن اعتبرنا صلاة من [صَلَّى] في المصلّى ، لم يجز الذبح ، وإن اعتبرنا صلاة من في المسجد ، جاز الذبح ، فلا يجوز الذبح بالشك .

وجه الاستحسان: أن صلاة من [صَلَّى] في المسجد تجزئ عن صلاة العيد ، ألا ترى أنه لو اقتصر عليها جاز ، فكأنه لم يكن إلا هم ؛ ولأن النبي ﷺ جعل الأضحية بعد الصلاة ولم يفصل .

فأما إن سبق أهل المصلّى بالصلاة قبل أهل المسجد ، فلم يذكره في الأصل ، وكان أصحابنا يقولون: لا رواية فيه .

(١) انظر: الأصل ٤٠٧/٥ ، ٤١٣ ، القدوري ص ٤٩٩ .

وقد ذكر أبو الحسن عليه السلام، وجعله كصلاة أهل المسجد، فإن كانت هذه رواية، فوجهها ما ذكرنا.

وقد تكلم أصحابنا المتأخرون في هذا: فمنهم من قال: يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحساناً؛ لأن الأصل في صلاة العيد صلاة مَنْ في المصلى ومن في المسجد، وإنما يفعلون للعدر، فوجب اعتبار الأصل دون غيرهم. ومنهم من قال: إن للمسألة قياساً واستحساناً، كالمسألة الأولى.

ووجهها ما قدمنا وهذا ظاهر [ب/٣٠٧] ما قاله أبو الحسن؛ لأنه سوى بينهما. ومن أصحابنا من قال: لا تجوز الأضحية بصلاة أهل [المصلى] ^(١) حتى يصلي أهل المسجد؛ لأن الصلاة في المسجد هي الأصل؛ بدلالة سائر الصلوات، وإنما يصلي الإمام في المصلى العيد؛ لأن المسجد لا يسع الناس، فوجب أن يعتبر في الأضحية صلاة من [هم] ^(٢) الأصل دون غيرهم ^(٣).

٢٤٠٨ - [فصل: اعتبار الوقت في الأضحية]

قال: فإن كان رجل من أهل السواد مسكنه فيه، دخل المصر لصلاة الأضحى، وأمر [أهله] أن يضحوا عنه، فإنه يجوز أن يذبخوا عنه بعد طلوع الفجر؛ وذلك لأن الذبح هو العبادة، فاعتبر [وقتها لمكان] ^(٤) فعلها دون مكان

(١) في أ (المصر) والمثبت من م، ج.

(٢) في أ (تتم)، وفي م (من هم في المسجد)، والمثبت من ج.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٥٠٠.

(٤) في أ (فاعتبروا فيها مكان) والمثبت من م، ج.

المفعول عنه .

قال: وإن سافر رجل وأمر أهله وهم في المصر أن يضحوا عنه، فإنه لا يجوز أن يضحوا عنه إلا بعد صلاة الإمام .

قال محمد: إنما أنظر إلى موضع الذبح، ولا أنظر إلى موضع المذبوح عنه، روى ذلك عنه ابن سماعة وهشام، ووجهه ما بيّنا .

وقال هشام عنه: إن كان الرجل من [أهل] المصر أمر رجلاً، والمأمور بحيث يجوز أن يذبح بعد طلوع الفجر، فأمر الذي في المصر الذي ليس في المصر أن يذبح عنه، فذبح عنه بعد انشقاق الفجر، قال محمد: يجزئه، وبعد طلوع الشمس أحب إليّ، وهذا على ما بيّنا: أن المعتبر بمكان المذبوح .

فأما [استحباب] ^(١) الذبح بعد طلوع الشمس؛ فلما قدمنا أنه أمكن من مشاهدة العروق واستيفاء قطعها .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف: (أنه يعتبر المكان الذي يكون فيه [الذبح]، ولا يعتبر الموضع الذي يكون فيه المذبوح عنه .

قال الحسن في إثر الحكاية عن أبي يوسف ^(٢): وإن كان الرجل في مصر، وأهله في مصر آخر، فكتب إليهم أن يضحوا عنه، فينبغي لهم أن ^(٣) يضحوا عنه حين يصلي الإمام الذي فيه أهله، فإن ضحوا عنه قبل أن يصلي لم يجزه، واعتبر مكان الذبيحة .

(١) في أ، ج (استحسان) والمثبت من م .

(٢) ساقطة من م .

(٣) في م (لهم أن لا يضحوا عنه حتى يصلي الإمام) .

وقال الحسن: إذا كان الرجل في مصر، وأهله في مصر، لم يذبحوا عنه حتى يصلي في المصرين جميعاً، وقال محمد مثل قول أبي يوسف.

وجه قولهما: أن العبادة هي الذبح، والعبادات المؤقتة يعتبر وقتها في حق فاعلها دون غيره؛ ولأنهم ذبحوا في وقت يجوز الذبح فيه لأنفسهم، فكذاك لغيرهم، كما لو كانوا في المصر والآخر في السواد، فذبحوا بعد الصلاة.

وجه قول الحسن: أن حال المذبح عنه معتبرة، فكذاك حال الذبيحة، فوجب اعتبار الأمرين، فلا يجوز الذبح بدخول أحد الوقتين دون دخول الوقت الآخر.

قال: وإن صلى الإمام العيد ولم يخطب، أجزأ من ذبح؛ لأن خطبة العيد ليست بواجبة، فلم يشترط فيها ما^(١) هو واجب؛ ولأن النبي ﷺ قال: «أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح»^(٢)، فرتب الذبح على الصلاة دون الخطبة.

قال محمد: وإذا أخر الإمام صلاة العيد، فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى ينصف النهار.

وإن شغل^(٣) الإمام، فلم يصل العيد أو ترك ذلك متعمداً حتى انتصف النهار، فقد حلّ الذبح بغير صلاة في الأيام كلها، وعلى الإمام أن يخرج لصلاة العيد من الغداة [أو] من بعد الغد، (فمن ذبح من الغد أو بعد الغد)^(٤) قبل أن

(١) في م، ج (فيما هو).

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٧٣؛ والإمام أحمد في المسند ٤/٢٨٢؛ والرويانى في مسنده ١/٢٣٣.

(٣) في ج (تشاغل).

(٤) ساقطة من م.

يصلي الإمام أجزاءه؛ وذلك لأن الشمس إذا زالت فات وقت الصلاة، وإنما يفعل في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء، فلا يشترط ذلك في الذبح؛ ولأن سقوط الفرض بذهاب وقته كسقوطه بفعله؛ فلذلك جازت الأضحية^(١).

٢٤٠٩ - [نسخ ذبائح الجاهلية]

قال الكِسَائِي: قال محمد: قد كانت في الجاهلية ذبائح يذبحونها، فمنها العقيقة كانت في الجاهلية، ثم فعلها المسلمون في أول الإسلام، فنسخها ذبح الأضحى، فمن شاء فعل، ومن شاء لم يفعل.

وذبح آخر شاة كانوا يذبحونها في رجب، تدعى الرجبية، كان أهل البيت يذبحون الشاة، فيأكلون ويطبخون ويطعمون، فنسخها ذبح الأضحى.

والعتيرة: كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة يذبح أول ولد تلده، فأكل وأطعم.

قال محمد: هذا كله كان يفعل في الجاهلية، فنسخه ذبح الأضحى؛ وذلك لما روي عن عائشة أنها قالت: (نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله، ونسخت الأضحية كل ذبح كان قبلها، ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله)^(٢).

وروي عن أبي جعفر محمد بن علي: أن الأضحى قد نسخ كل ذبح كان قبله، وذكر مثل حديث عائشة.

(١) انظر: كتاب الآثار لمحمد ص ١٧٥؛ القدوري ص ٥٠٠.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى من حديث علي عليه السلام مرفوعاً، ٢٦٢/٩؛ والدارقطني في سننه،

فأما العقيقة ، فقد قال محمد: إن شاء فعل ، وإن شاء لم يفعل ، وهذا يمنع من كونها سنة ، وقال الشافعي: هي سنة^(١) .

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه سُئِلَ عن العقيقة ، فقال: «إن الله لا يحب العقوق ، من شاء فليعق عن الغلام بشاتين ، وعن الجارية شاة»^(٢) ، وهذا يمنع من كونها سنة ؛ لأنه علقه بمشيئة ، [والله أعلم] .



(١) انظر: الأم ص ١٥١٩؛ المنهاج ص ٥٣٨ .

(٢) أخرجه الحاكم بلفظ: «لا أحب العقوق...» وصححه ، ٤/٢٦٥ .

والحديث أورده الهيثمي في مجمع الزوائد بطرقه ، وقال: «رواه كله أحمد ، وفيه رجل لم يسم ، وبقية رجاله رجال الصحيح» . ٤/٥٧ .

وحديث الكعبية مشهور: «عن الغلام شاتان...» ، أخرجه أبو داود (٢٨٣٤) ؛ والنسائي في الكبرى (٤٥٤٤) ؛ والترمذي (١٥١٤) ؛ وابن ماجه (٣١٦٢) ، وغيرهم .

بَابُ السن الذي يُجزئ عن الأضحية

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: لا يجوز أن يضحي عند أصحابنا جميعاً إلا بالثني من كل شيء: الإبل، والبقر، والغنم، إلا الجذع من الضأن خاصة إذا كان عظيماً على ما جاء به الخبر عن رسول الله ﷺ؛ وذلك لما روي أنه قال: «ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن»^(١).

وروي أن النبي ﷺ خرج إلى المصلى، فشمّ قباراً فقال: «ما هذا؟» فقالوا: أضحية أبي بردة، فقال: «تلك شاة لحم»، فجاء أبو بردة فقال: يا رسول الله، عندي عناق خير من شاتي لحم، فقال: «يجزئ عنك ولا يجزئ عن أحد بعدك»^(٢).

وروي عن البراء قال: خطب رسول الله ﷺ يوم عيد فقال: «إن أول نسك يومكم هذا الصلاة ثم الذبح»، فقام إليه خالي أبو بردة بن نيار، فقال: يا رسول الله، إنه كان يوماً نشتهي فيه اللحم، وإنما عجلنا فذبحنا، فقال رسول الله ﷺ: «فأبدلها»، فقال: يا رسول الله، عندنا ما عزر جذع، قال: «فهي لك وليست لأحد بعدك»^(٣).

(١) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده بهذا اللفظ إلا عند مسلم عن جابر رفعه: لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم...»، ٢١٦/٢.

(٢) أخرجه البخاري (٩٤٠)؛ ومسلم (١٩٦١).

(٣) أخرجه الروياني في مسنده (بلفظه)، ٢٣٣/١؛ والإمام أحمد في المسند، ٢٨٢/٤.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «نعم الأضحية الجذع من الضأن»^(١).

وروي أن رجلاً قدم المدينة بغنم جذاع، فلم ينفق منها شيء، فذكر ذلك لأبي هريرة، فقال أبو هريرة: سمعت النبي ﷺ يقول: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن»، فلما سمع الناس هذا الخبر، انتهبوها، يعني: تبادروا إلى شرائها^(٢).

وتخصيص العبادات [بسِنَّ دون سِنَّ]^(٣)، [لا يعلم إلا]^(٤) من طريق التوقيف.

وقال الفقهاء: إن الجذع من الغنم: ابن ستة أشهر، والثني: ابن سنة، والجذع من البقر: ابن سنة، والثني: ابن سنتين، والجذع من الإبل: ابن أربع سنين، والثني: ابن خمسة^(٥). [أ/٣٠٨]

قال: ويجوز^(٦) البعير والبقرة عن سبعة وأقل من ذلك، ولا يجوز عن أكثر من ذلك.

وقال مالك: يجزئ عن أهل البيت وإن زادوا على سبعة، ولا يجزئ عن أهل البيتين وإن كانوا أقل من سبعة^(٧).

(١) أخرجه الترمذي (١٤٩٩)؛ قال: «حسن غريب»؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٧١/٩.

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٩٩)؛ قال: «حسن غريب»؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٧١/٩.

(٣) في أ (بشيء دون شيء) والمثبت من م، ج.

(٤) في أ (تعليم)، وفي ج (يعلم)، والمثبت من م.

(٥) انظر: المغرب (جذع).

(٦) في م (ويجزئ).

(٧) روى النسائي في (المجتبى) بنحوه عن ابن عباس (٤٣٩٢)؛ وفي موطأ مالك ما يدل على ذلك:

«... وإنما سمعنا الحديث أنه لا يُشترك في التُّسك، وإنما يكون عن أهل البيت الواحد».

لنا: ما روي أن النبي ﷺ أشرك بين أصحابه في البُدن، فجعل البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة.

وروي عن جابر أنه قال: «نحرننا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة»^(١)؛ ولأن القياس يمنع من جوازها عن أكثر من واحد؛ لأنه ذبح واجب كذبح الشاة، وإنما تركنا القياس للخبر، فما سواها على أصل القياس؛ ولأن البدنة لما جازت عن سبعة من أهل البيت الواحد، جازت عن سبعة من بيتين، كسبعة من الغنم.

قال: وتجاوز الشاة عن واحد، ولا تجوز عن أكثر من ذلك، ولو كانت تساوي شاتين مما يجوز أن يُصحى بهما؛ لأن القياس يمنع من جواز الاشتراك، وإنما جوزنا ذلك للخبر، ولم ينقل الشركة في الغنم، فبقيت على أصل القياس^(٢).



= بعد (١٠٥٠) ص ٣٤٥ (دار الفكر).

(١) أخرجه مسلم في الصحيح (١٣١٨).

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٤٩٩، ٥٠٠.

بَابُ العيوبِ التي تمنعُ جوازَ الأضاحي



قال في الأصل: لا تجوز العوراء، ولا المقطوعة الطرف ولا الأذن، فإن كان من الأذن الثلث أو أقل أجزاء، وإن كان أكثر من الثلث لم تجز في قول أبي حنيفة ومحمد^(١)، رواه هشام عن محمد عن أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إذا كان الباقي من الأذن أكثرها أجزاء، فإن ذهب النصف وبقي النصف لم تجز في قوله، رواه بشر عنه.
وكذلك الطرف والأذن والعين، وكذلك الذنب.

قال بشر عن أبي يوسف: وسألت أبا حنيفة عن القرن المكسور كله أو بعضه، هل يجزئ؟ فقال: نعم، وهو قول أبي يوسف.

وسألت أبا حنيفة عن الأذن والعين وطرف الألية والذنب يكون مقطوعاً، أو شيئاً منه، أو يكون خِلقة أو سِمةً، فقال: ما كان من ذلك أقل من الثلث فإنه يجزئ، وإذا بلغ الثلث لم يجز.

وقال أبو يوسف: أحسن ما سمعت في ذلك: إذا كان الذي بقي أكثر مما ذهب، أجزأ في ذلك، وإن كان الذي ذهب أكثر، أو كانا سواء، لم يجز، وكذلك رواه هشام عن أبي يوسف.

(١) انظر: الأصل، ٤٠٩/٥.

وقال محمد في الأصل: قلت: رأيت إن كان قد ذهب الثلث سواء، هل يجزئ؟ قال: نعم، إلا أن يكون أكثر من الثلث^(١).

(وكذلك قال في الجامع الصغير: إذا ذهب الثلث أو أقل، جاز، وإن كان أكثر من الثلث، لم يجز)^(٢)، وجمع في رواية الجامع الصغير بين الأذن والذنب والألية والعين^(٣).

وقال بشر عن أبي يوسف: سألت أبا حنيفة عن العرجاء، فقال: إذا بلغت المنسك فهي تجزئ في ذلك.

والأصل في أن العيوب تمنع من الأضحية والهدي: ما روي أن النبي ﷺ نهى أن يضحى بالعوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، وبالعجفاء التي لا تنقى^(٤).

وروي أنه نهى عن الخرقاء، والشرقاء، والمقابلة، والمدابرة.

فالشرقاء: التي انخرق أذنها طويلاً، والخرقاء: التي يكون عرضاً، والمقابلة: التي يكون الخرق في مقدم الأذن، والمدابرة: التي يكون الخرق في مؤخر الأذن.

وروي عنه أنه سئل عن العرج، فقال: «إذا بلغت المنسك فاذبح»، وروي

(١) الأصل ٤٠٩/٥.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٤٣. (دار الكتب العلمية).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٣٠٠/٤؛ والإمام مالك في الموطأ (١٠٢٤)؛ النسائي في

المجتبى (٤٣٧٠)؛ وابن ماجه (٣١٤٤)؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٤٢/٥، ٢٧٤/٩.

أنه قال: «استشرفوا العين والأذن»^(١)، وعن البراء بن عازب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول وأشار بأصابعه ثم قال: وأصابعي أقصر من أصابع رسول الله ﷺ، وهو يشير بأصابعه يقول: «لا تجزئ من الضحايا أربع: العوراء البين عورها، والعرجاء البيّنة عرجها، والمريضة البيّنة مرضها، والعجفاء التي لا تنقى»، وروي أنه ﷺ نهى أن يضحى بعضباء الأذن والقرن^(٢).

وهذا يدل على أن العيوب الكثيرة في العين والأذن تمنع من الأضحية، أما اليسير من العيب فلا يمنع؛ لأن الغنم لا يخلو من ذلك، ألا ترى أنه يفعل فيها على طريق السّمة والعلامة، فلو منع الأضحية لشق على الناس، فإذا منع الكثير من العيب، ولم يمنع القليل، فجعل الحد الفاصل بينهما في إحدى الروايات: الثلث، وقال: إذا ذهب لم يجز، يعني أكثره، وإن ذهب أقل منه جاز؛ لأن النبي ﷺ قال: «الثلث، والثلث كثير»^(٣)، فجعل الثلث في [الكثير]^(٤).

وقال في رواية أخرى: إذا ذهب أكثر من الثلث لم يجز، فإن ذهب الثلث جاز؛ لأن النبي ﷺ أجاز به الوصية، فجعل الثلث في حكم الكثير المجزئ، وما زاد عليه لا يجوز.

واعتبر في الرواية الثالثة أكثر؛ لما روي (أن النبي ﷺ نهى عن العضباء)^(٥)،

(١) أخرجه المقدسي في المختارة، وحسنه، ٣٦/٢؛ والترمذي (١٠٥٣): «حسن صحيح»؛ وأحمد

في المسند، ١٠٥/١؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٧٥/٩.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٧٥/٩.

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٩٢)؛ ومسلم (١٦٢٨).

(٤) في أ (كثير الكثير) المثبت من ج.

(٥) يقال «شاة عضباء: مكسورة القرن الداخل، أو مشقوقة الأذن»، وأما العضباء فلقب بها ناقة رسول

الله ﷺ لشق في أذنها. انظر: المغرب (عضب).

قال سعيد بن المسيب: أي: إذا ذهب أكثر أذنها، فكان الأولى بالتقدير ما وردت به السنة^(١).

قال أبو يوسف: فذكرت هذا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى فقال: قولي قولك. والذي قال أبو يوسف: إنه إذا قطع النصف لم يجز. فصحيح؛ لأنه اجتمع الحظر والإباحة؛ ولأنه يعتبر بقاء الأكثر.

وقد ذكر ابن شجاع في كتاب المناسك: أنه إذا ذهب الربع لم يجز، ووجه ذلك: أن الربع في حكم الكثير في الأصول، ألا ترى أنهم قدروا به مسح الرأس، ووجوب الدم في المَحْرَم.

فأما المقطوعة الطرف، فهو عيب فيها، فصار كقطع الأذن.

فأما العرجاء إذا بلغت المنسك، فمعناها: أن العرج إذا لم يمنعها من المشي بنفسها جازت، وإن كانت لا تمشي، فإنه لا تجوز.

قال هشام: وسألت أبا يوسف عن السكَّاء، والتي لا قرن لها، قال: تجزئ التي لا قرن لها، فأما السكَّاء فإن كان لها أذن، فهي تجزئ وإن كانت صغيرة الأذن، وإن لم يكن لها أذن فإنها لا تجزئ، وتجزئ الشاة وإن لم يكن لها قرن عندهم جميعاً.

أما القرن، فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن القرن فقال: لا يضرك، أمرنا رسول الله أن نستشرف العين والأذن؛ ولأن القرن لا ينتفع في الأضحية به،

(١) ذكر ابن خزيمة في صحيحه تحت (باب الزجر عن ذبح في الهدى والأضاحي...) نحوه

وليس بمنصوص عليه ، فلا يؤثر ، وقد قال في الأصل : لو كسر بعض قرنها أو جميعه ، أجزأت .

فأما السَّكَّاءُ : فهي التي لا أُذُن لها خِلْقَةٌ ، فإن كانت الأذن صغيرة فالعضو موجود ، وصغر الأعضاء لا تمنع ، فإن لم تكن فالأذن مقصودة في الخِلْقَةِ ، بدلالة النص عليها ، فعدمها أكثر من نقصانها .

قال : وسألته عن الجَرْبَاءِ ، والثولاء ، فقال : إذا كانتا سميتين أجزأتا ، [٣٠٨/ب] وإن كانتا عجفاوين لم يجزئا ، وهو قول أبي يوسف ؛ لأن الجرب مرض ، وقد اعتبر رسول الله ﷺ في المريضة أن تكون بيناً مرضها^(١) ؛ ولأنها إذا كانت سمينة ، فالجرب بجلدها لا يضر بلحمها .

فأما الثولاء : فهي المجنونة ، والعقل غير مقصود في البهائم ، وقال أبو يوسف في التي لا أسنان لها ، وهي الهتماء : إن كانت تعتلف أو لا تعتلف ، فإنها لا تجزئ ، والأسنان كالأذن إذا بقي الأكثر منها أجزأت ، فإذا ذهب الأكثر لم تجزئ . وقال بشر : قال أبو يوسف بعد ذلك : إذا بقي منها ما تعتلف [به] ، فإن كان أقل من النصف ، أجزئ .

أما الرواية التي اعتبر فيها بقاء الأكثر ؛ فلأن الأسنان عضو كالأذن ، فيعتبر بقاء الأكثر .

(١) كما في حديث ابن خزيمة من حديث البراء مرفوعاً (أربع لا تجزئ في الأضاحي : العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ظلعتها ، والكسير التي لا تنقى ، قال : فإني أكره أن يكون نقص في الأذن والقرن ، قال : فما كرهت فدعه ولا تحرمه على غيرك) . صحيح ابن خزيمة ، ٢٩٢/٤ .

وأما الرواية الأخرى؛ فلأن المقصود من الأسنان الأكل بها، فاعتبر بقاء المقصود دون غيره.

ومن أصحابنا من قال: إن الهتماء: التي انكسر أطراف أسنانها، فاعتبر أبو يوسف فيها أن تعتلف؛ لأن الأسنان باقية وإنما نقصت، فإذا لم تؤثر في الأكل، لم تمنع، وأما إذا [تلفت] (١) الأسنان، فاعتبر [بقاء] أكثرها.

قال: ولا بأس عندهم جميعاً بالخصي، وذلك لما روي (أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين أقرنين (٢) موجوءين يمشيان في سواد، وينظران في سواد، ويأكلان في سواد، أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته).

وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: الخصي أحب إليّ؛ لأنه أطيب (٣) لحمًا وأنفع للمساكين، وسئل عن الخصي فقال: ما زاد في لحمه أنفع مما ذهب من خصيته.

قال: ولا بأس بما فيه سمة في أذنه؛ لأن السمّة لا يخلو منها الحيوان؛ ولأنه عيب يسير، وقد بينا أن ذلك [القدر] لا يمنع في الأذن.

قال: ولا يجوز في الأضاحي شيء من الوحش؛ وذلك لأن الأضاحي مأخوذة من الشرع، ولم يرد الشرع إلا في الأنعام دون الوحش، فلم يجوز ذبح الوحش من غير شرع.

(١) في أ، ج (تعلقت) والمثبت من م.

(٢) الجزء الأول من الحديث في الصحيحين: البخاري (١٦٢٨)؛ ومسلم (١٩٦٦). انظر: نصب الراية، ١٥١/٣.

(٣) في م، ج (أرطب).

فإن كان متولداً بين الوحش والإنسي ، فالمعتبر بالأم^(١) ، فإن كانت بقرة أهلية نزى عليها ثور وحشي فولدت ، فإنه يجوز أن يضحى به ، فإن كانت البقرة وحشية والثور أهلياً لم يُجزر الولد ؛ وذلك لأن الولد في حكم جزء من الأم ، فاعتبر بها ؛ ولأنه ينفصل منها وهو حيوان يتعلق به الأحكام ، وينفصل من الفحل وهو ما لا يتعلق به حكم ؛ فلذلك تبع الأم .

٢٤١٠ - [فصل: اشتراط القرابة في الاشتراك في البُدن]

وإذا اشترك السبعة في بعير أو بقرة ، وكلهم يُريدون القرابة إلى الله ﷻ ، أجزأهم أي قرابة كانت تطوعاً أو واجبة ، اختلفت الجهات أو اتفقت .

وقال زفر: إذا اتفقت جهات القرابة جازت ، وإن اختلفت فأراد أحدهم الهدى أو الأضحية ، وأراد الآخر جزاء الصيد أو التطوع ، لم يجوز .

لنا: أنهم اتفقوا في جهة واحدة ، وهي القرابة إلى الله ﷻ ، فصار كما لو اتفقوا في نوع واحد .

وجه قول زفر: أن خروج الروح لا يتبعض ، فإذا اختلفت الجهة ، صار في حق كل واحد منهم كأن الذبح وقع عن الجهة الأخرى .

قال: وكذلك إن كان ذبح أحدهم عن ميت ، جاز ، وقد ذكر في الأصل: إذا اشترك السبعة في بدنة ، فمات أحدهم قبل الذبح ، فرضي ورثته أن يذبح عن الميت ، جاز استحساناً ، والقياس: لا يجوز .

وروي عن أبي يوسف: إذا شاركهم من يذبح عن الميت ، لم يجوز .

(١) انظر: الأصل ٤٠٩/٥ - ٤١١ ؛ مختصر القدوري ص ٥٠٠ .

وجه القياس: أن الميت قد سقط عنه الذبح، وفعل الوارث لا يقوم مقام فعله، فصار نصيب الميت اللحم، فلم يجز.

وجه الاستحسان: أن الوارث يملك أن يتقرب عن الميت، بدلالة أنه يجوز له أن يحج عنه ويتصدق، فصار نصيب الميت للقربة، فأجزأ الباقيين؛ ولأن الوارث له على الميت ضرب من الولاية، فجاز أن يذبح عنه، ألا ترى أن النبي ﷺ ذبح عن أمته لما كان له عليهم ولاية^(١).

لأبي يوسف: أن الأضحية عن الميت لا تجوز، ولا تثبت في حقه، فلم يكن في ذلك [الجزء]^(٢) قربة، فمنع من جواز الباقي.

قال: فإن كان أحدهم يريد اللحم، أو كان ذميًّا ذبح قربة، لم تجز الذبيحة عن المضحي ولا عن غيره.

وقال الشافعي: إذا أراد أحدهم اللحم، جاز^(٣).

لنا: أن وقوع الذبح عن اللحم يمنع القربة، بدلالة أن أضحية أبي بردة ابن نيار لما لم تجز، قال النبي ﷺ: «تلك شاة لحم»^(٤)، فجعل هذا عبارة عما لا يجوز، وإذا لم يجز في جزء منها، لم يجز في كلها؛ لأن خروج الروح لا يتبعض؛ ولأن خروج الروح في حق آدميين إذا اجتمع فيه الأعلى والأدنى، كان الحكم

(١) روى أحمد عن أبي رافع قال: «ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين... فقال عن أحدهما عن شهد بالتوحيد وله بالبلاغ...». المسند، ٨/٦.

(٢) في أ (الحي) والمثبت من م، ج.

(٣) انظر: رحمة الأمة ص ٩٥.

(٤) أخرجه البخاري (٩٤٠)؛ ومسلم (١٩٦١).

للأدنى ، كالمخطئ والعامد إذا اشتركا .

فأما الذمي الذي يريد القربة ، فلا قربة له في ذبحه ، فصار كالمسلم الذي يريد اللحم .

وقال أبو حنيفة: لو كان هذا من نوع واحد ، كان أحبَّ إليّ ؛ لأن خروج الروح لا يتبعض ، فإذا اتفقت الجهة ، واتفقت القربة ، فهو أولى .

قال: وإذا ذبحت البقرة أو البعير عن سبعة ، أجزأهم النيات وإن لم يذكروا ؛ لأن الذبح عبادة ، والعبادات تعتبر فيها النية دون القول ، كالصلاة ؛ ولأنه ممنوع عندنا عن ذكر شيء مع التسمية ، فلذلك اقتصر على النية .

قال: وإذا اشترى الرجل أضحية وهي سمينة ، فعجفت عنده بعد ذلك حتى صارت لو اشتراها على هذه الحالة لم تجزئه ، إن كان موسراً ، وإن كان معسراً أجزأه ؛ وذلك لأن الموسر تجب الأضحية عليه في ذمته ، وإنما أقام ما عيّن مقام ما في الذمة ، فإذا أنقصت ، لم يجز أن تقوم مقام ما في الذمة ، فيبقى ما في الذمة بحاله .

وأما الفقير ، فلا أضحية في ذمته ، وإنما اختصت القربة بالعين ، فنقصانها كهلاكها ، فإن كان الفقير أوجب على نفسه أضحية ، لم تجزه هذه ؛ لأنها وجبت عليه بإيجابه ، فصار [كالغني] ^(١) الذي وجبت عليه بإيجاب الله .

قال: ولو اشترى أضحية وهي صحيحة ، ثم اعورّت عنده وهو موسر ، أو قطعت أذنها كلها أو طرفها ، أو انكسرت رجلها ولم تستطع أن تمشي ، هل يجزئ عنه ؟ قال: لا ، وعليه [ما يجزئ] مكانها ، وهذا على ما قدمنا ، وكذلك إن ماتت

(١) في أ (كالعين) والمثبت من م ، ج .

عنده ، أو سرقت .

قال: ولو قَدَّم أضحية ليذبحها ، فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه ، فانكسرت رجلها ، ثم ذبحها مكانها أجزاءه .

وكذلك إن انفلتت منه السكين وأصابت عينها ، فذهبت ، فالقياس: أن لا يجوز؛ [وذلك] لأنه عيب دخلها قبل تعيين القرية فيها ، فصار كما لو كان قبل حال الذبح .

وجه الاستحسان: أن الشاة تضطرب في حال الذبح ، فتلحقها العيوب من اضطرابها ، فصار ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه ؛ ولأن الذابح قد يمرّ السكين ، فينقطع ما لا يحتاج إلى قطعه في الذبح ، وذلك نقص [أ/٣٠٩] ، فلا يؤثر ؛ لأنه لا يُمكن الاحتراز منه ، فكذلك هذا .

وقد روى بشر بن الوليد عن أي يوسف في الأمالي: فيمن عالج أضحية ليذبحها فكسرهما أو اعورّت ، فذبحها ذلك اليوم أو ذبحها من الغد ، فإنها تجزئ عنه ؛ لأن ذلك النقص لما لم يتعد به في الحال لو ذبحها ، فكذلك في الثاني ، كالنقص اليسير .

قال: وإذا لم تكن للشاة أذنان ، خلقت كذلك .

قال: لا يجوز إن كان يكون هذا ، وكذلك الطرف ؛ لأن عدم الأذن لما أثر في الأضحية ، وهي مقصودة في نفسها ، استوى فيها الخلقة والطارئ ، كالشاة التي وُلدت ^(١) عمياء ^(٢) .

(١) في م (نتجت) .

(٢) انظر: الأصل ٤٠٦/٥ .

٢٤١١ - [فصل: في ذبح أضحية آخر بغير إذنه]

قال: وإذا ذبح رجل أضحية رجل بغير أمره أجزاءه استحساناً، والقياس: أن لا يجزئه، وأن يضمن الذابح، وهو قول زفر^(١).

وقال الشافعي: يجزئ عن الأضحية، [ولم] يضمن الذابح.

وجه القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير أمره، فصار كشاة القصاب.

وجه الاستحسان: أن الأضحية قد تعينت، وغرض صاحبها تعجيلها، فقد حصل مقصوده وأسقط عنه مؤنة الذبح، فكأنه ذبح بأمره.

وعلى الشافعي: أنه ذبح يجزئ عن الأضحية، فلم يضمن الذابح، كما لو ذبح بأمر صاحبها.

قال: وإن غلط رجلان، فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه، أجزاء كل واحد منهما أضحيته^(٢) في الاستحسان، ويأخذها من الذابح؛ وذلك لما بيننا أن من ذبح أضحية غيره، جاز ذبحه عن الواجب، وإذا جاز عن أحدهما جاز عنهما؛ ولأن هذا أمر فيه بلوى، لا سيما في الهدايا؛ لأن الناس يشترونها [وهم]^(٣) رفقة واحدة، فلا يتميز لهم، فجاز ذلك للضرورة^(٤).

قال هشام عن أبي يوسف: في رجلين اشتريا أضحيتين، فذبح كل واحد

(١) انظر: الأصل ١١/٥.

(٢) في م (عن نفسه استحساناً).

(٣) في أ (ويتميز)، وفي م (وهي في بقعة)، والمثبت من ج.

(٤) انظر: متن القدوري ص ٥٠١.

منهما أضحية صاحبه غلطاً عن نفسه ، وأكلها ، قال : يجزئ كل واحد منهما في قول أبي حنيفة وقولنا ، ويحلل كل واحد منهما صاحبه .

وإن تشاحاً ، ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته ، وإن كانت قد انقضت أيام النحر تصدق بتلك القيمة .

وإنما جاز إحلالهما ؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يطعمها للآخر ابتداءً ، فجاز أن يحلله منها بعد أكلها ، وله أن يضمه ؛ لأن من أ تلف لحم الأضحية ، ضمن .

ويتصدق بالقيمة ؛ لأنها بدل عن اللحم ، فصار كما لو باعه .

وسألت أبا يوسف عن البقرة إذا ذبحها سبعة في الأضحية ، يقتسمون لحمها جزافاً ، أو وزناً ؟ قال : بل وزناً ، قلت : فإن اقتسموها جزافاً ، وحلل بعضهم بعضاً ، قال : أكره ذلك .

وإنما لم تجز القسمة مجازفة ؛ لأن فيها معنى التملك ، واللحم يثبت فيه الربا ، فلا يجوز مجازفةً .

ولا يجوز التحلل ؛ لأنه في معنى الهبة ، وهبة المشاع فيما ينقسم لا يجوز .

قال : وإذا أمر المسلم يهودياً أو نصرانياً أن يذبح أضحية ، قال : تجزئه ، وهذا مكروه ؛ وذلك لأن الكتابي من أهل الذكاة كالمسلم ، فأما الكراهة ؛ فلأن الذبح عبادة ، والكافر ليس من أهل القرب ، ففعل المسلم لها أولى .

قال : وإن ذبح الأضحية صاحبها أحب إلينا ، وإن أمر غيره لم يضره ؛ وذلك

لأن الذبح عبادة، وإذا وليها بنفسها كان أفضل من توليتها غيره، كسائر العبادات؛ ولأن (النبي ﷺ) ساق مائة بدنة، فنحر منها بيده نيِّفًا وستين، وأعطى الحربة عليًا (عليه السلام)، فنحر الباقي^(١)، وهذا عندنا إذا كان الرجل يُحسن الذبح ويقدر عليه، فأما إذا لم يحسن، فإنه يوليها غيره أولى.

وقد روي عن أبي حنيفة (عليه السلام) أنه قال: «نحرت بدنة قائمة معقولة، فلم أقدر عليها، فكدت أن أهلك، فتأمر^(٢) الناس لأنها نفرت، فاعتقدت أن لا أنحرها إلا معقولة باركة، أو أولي من هو أقدر على ذلك مني».

وقد روي في استحباب حضور الإنسان لذبح أضحيته، حديث علي رضوان الله عليه، أن النبي ﷺ قال: «يا فاطمة بنت محمد، قومي واشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب، أما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفًا»، قال أبو سعيد الخدري: يا نبي الله، هذا لآل محمد خاصة، فإنهم أهل لما خصّوا به من الخير، أم لآل محمد والمسلمين عامة؟ قال: «لأهل محمد خاصة، وللمسلمين عامة».

وفي حديث عمران بن الحصين قال: قال رسول الله ﷺ: «يا فاطمة، قومي فاشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب علمت به، وقولي: قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾^(٣) [الأنعام: ١٦٢].

(١) أخرجه مسلم في حديث جابر (الطويل) (١٢١٨).

(٢) في م، ج (قيامًا من الناس).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٣٨/٥؛ والطبراني في الكبير ٢٣٩/١٨؛ انظر طرق الحديث والكلام في بعض رواته: الدراية، ٢١٨/٢.

وقد قال أصحابنا: إن الأفضل أن يذبح الإنسان أضحيته بيده؛ لحديث أنس: (أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أقرنين أملحين)^(١)، يذبح ويكبر ويسمي ويضع رجله على صفائهما.

وعن علي رضوان الله عليه: أنه كان إذا ذبح قال: «بسم الله والله أكبر، اللهم منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له، وبذلك أمرت وأنا من المسلمين»^(٢).

وعن جابر قال: ضحى رسول الله ﷺ بكبشين وقال حين وجههما: «وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً مسلماً، اللهم^(٣) منك ولك عن محمد وأمه، بسم الله والله أكبر»^(٤).



(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى، ٢٢٧/١؛ وأبو داود (٢٧٩٣)؛ والنسائي في (المجتبى) (٤٤١٨)؛ وأحمد في المسند، ٩٩/٣، وغيرهم.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٨٧/٩.

(٣) في م (منك ولك، بسم الله عن محمد وأمه...).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٩٥)؛ وابن ماجه (٣١٣١)؛ وأحمد في المسند، ٣٧٥/٣. انظر: مجمع الزوائد، ٢٢/٤.



بَاب

الرجل يشتري الأضحية هل ينتفع بشيءٍ منها قبل أن يذبحها أو بعدما ذبحها؟



قال: وإذا اشترى الرجل أضحيةً، فإنه يكره له أن يحلبها أو يجز صوفها فينتفع به، فإن كان ذلك بعدما ذبحها فلا بأس به^(١).

ولا ينبغي له أن يحلبها قبل الذبح، فإن فعل [ذلك] تصدق باللبن؛ وذلك لأنه لما عيّنها للقربة، لم يجز له أن ينتفع بشيءٍ منها قبل أن تتعين القربة فيها، كما لا يجوز له أن ينتفع بلحمها إذا ذبحها قبل وقتها؛ ولأن الحليب والجَزَّ يوجب نقصاً فيها، وهو ممنوع مما يدخل النقص في الأضحية.

ومن أصحابنا من قال: هذا في الشاة التي أوجبها وليست واجبة، مثل المعسر إذا اشترى أضحيةً، أو الموسر إذا أوجب ثانيةً؛ لأن الإيجاب تعين فيها، فلم يجز له الرجوع في جزء منها.

وأما الموسر إذا عيّن أضحيةً، فلا بأس بأن يحلبها أو يجزها؛ لأن الوجوب لم يتعين فيها، وإنما هو في ذمته، ويسقط بالذبح ما ثبت في ذمته، فإذا كانت عند^(٢) الذبح بصفة الجواز، فكأنه ابتداءً بشرائها على هذه الصفة.

وأما إذا ذبحها في وقتها، جاز له أن يحلب لبنها فيأكله، ويجز صوفها فينتفع

(١) انظر: الأصل ٤٠٧/٥، ٤٠٨.

(٢) في م (فإذا تعين الذبح وهي بصفة...).

[به] في الوجهين [٣٠٩/ب]؛ لأن القربة تَعَيَّنَتْ فيها بالذبح، فجاز الانتفاع بلبنها وصوفها، كما يجوز بلحمها.

قال: وإن كان في ضرعها لبن، وهو يخاف عليها إن لم يحلبها، نَضَحَ ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن؛ لأن الحلب لا يجوز، ودفع الضرر عنها واجبٌ، فوجب أن ينضح ضرعها بالماء [البارد] لينقطع [اللبن] ^(١).

وإما يتصدق باللبن؛ لأنه جزء منها، فكان الواجب الصدقة به ما لم يتعين فيها القربة بالذبح، كما لو ذُبِحَتْ قبل الوقت.

قال: ولا يبيع جلدها؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع جلد أضحيته، فلا أضحية له» ^(٢).

قال: ولا يعطيه [بكرًا جزَّارها] ^(٣) شيئًا؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعليٍّ رضي الله عنه: «تصدق بجلالها وخطامها، ولا تعطي أجره الجزَّار منها» ^(٤).

قال: وإن عمل بالجلد شيئًا مما ينتفع به في منزله، فلا بأس، مثل ما يفترشه أو ينام عليه أو غير ذلك مما ينتفع به في منزله؛ لما روي أن عائشة اتَّخَذَتْ جلد أضحيته سقاءً؛ ولأنه يجوز له الانتفاع بلحمها، فكذلك بجلدها.

قال: وإن ولدت ولدًا، ذبح ولدها معها؛ وذلك لأن الوجوب تعين فيها،

(١) انظر: الأصل ٤٠٨/٥.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه ورده الذهبي، ٤٢٢/٢؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٩٤/٩.

(٣) في م (أجر جزارتها) والمثبت من ج.

(٤) قال الزيلعي: «أخرجه الجماعة إلا الترمذي...»، ٢١٩/٤؛ وقال ابن حجر: «متفق عليه من

حديث عليٍّ أمرني...» الدراية، ٣٥/٢.

فسرى إلى ولدها^(١).

ومن أصحابنا من قال: إن هذا في الأضحية الموجبة؛ لأن الوجوب تعين فيها، فأما الشاة التي اشتراها الموسر ليضحى بها إذا ولدت لم يتبعها ولدها؛ لأنها تقوم مقامها في الذمة عند الذبح، فكأنه اشتراها في هذه الحالة.

وقد كان أصحابنا يقولون: إنه لا يجب ذبح الولد، ولو تصدق به جاز؛ [لا]^(٢) لأن الحق يسرى إليه، ولكنه متعلق بها، فهو كجلالها وخطامها.

قال: وإن [أُتلفه]^(٣) أو ذبحه فأكله، تصدق بقيمته، وإن باعه تصدق بثمنه؛ وذلك لأن الحق لم يسر إلى الولد، وإنما يتصدق به كما يتصدق بالجلال، فلا يجوز له بيعه ولا أكله.

قال: فإن أمسك أولادها حتى تمضي أيام الذبح، فإنه يتصدق بها؛ لأنه فات ذبحها، فصار كالشاة التي أوجبها.

وقد ذكر عن محمد في المنتقى قال: إذا وضعت الأضحية فذبح الولد يوم الأضحى قبل الأم، أجزاءه، وإن تصدق [به] يوم الأضحية قبل أن يذبحه، فعليه أن يتصدق بقيمته.

وهذا على أصل محمد: أن الصغار يدخل في الهدايا، ويجب ذبحها، فإذا ولدت الأضحية، تعلق بولدها من الحكم ما تعلق بها، فإذا^(٤) تصدق بها، فقد

(١) انظر: الأصل ٤٠٧/٥.

(٢) في م (لم يسر إليه) والمثبت من ج.

(٣) في أج (باعه) والمثبت من م.

(٤) في ج هنا زيادة (باعها).

فوت الذبح الواجب ، فصار كما لو فات بمضي الأيام .

قال: ولا بأس بأن يشتري بجلد أضحيته متاعاً من متاع البيت ؛ وذلك لأنه يجوز أن يتخذها متاعاً ، فجاز له أن يصرفها إلى ذلك (١).

قال: وحكى هشام عن محمد قال: أكره أن يؤخر أضحيته إلى آخر أيام النحر ، ويجزئه إذا ذبحها في آخر أيام الأضحى قبل غيبوبة الشمس (٢).

وهذا لما روي عن الصحابة أنهم قالوا في أيام الذبح: أفضلها أولها ؛ ولأنها وضعت ليتسع على نفسه وعلى الناس في هذه الأيام ، فإذا أخرها إلى آخرها ، لم يوجد المقصود بها .

وقال هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنه كان لا يرى بأساً أن يطعم أضحيته ولا يأكل منها شيئاً ؛ لأن هذا أدخل في القرية ، فهو أولى .

قال: ولو أن رجلاً أغفل أضحيته حتى مضت أيام النحر ، أو ضاعت ، فأصابها بعد أيام الذبح ، قال محمد: فليس عليه أن يذبحها ، ولكن عليه أن يتصدق بها ، ولا يزد منها شيئاً ؛ لأنها لم تذبح ، فتبلغ محلها .

قال محمد: وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا ، وهذا على ما قدمناه .

قال: وإذا ذبحها في أيام النحر ، فله أن يأكل ويطعم الغني والفقير ، وينتفع بجلدها (٣) ؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِيعُوا أَلْبَاسِ ﴾

(١) انظر: الأصل ٤٠٨/٥ .

(٢) انظر: الأصل ٤١٢/٥ .

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٥٠١ .

أَلْفَقِيرَ ﴿ [الحج: ٢٨] ، وقال ﷺ: «كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي ، فكلوا منها وادخروا»^(١) .

وإنما جاز له أن يطعم الغني ؛ لأنه يجوز أن يأكلها بنفسه وهو غني .

وقد قالوا: إنه يستحب أن يتصدق بالثلث ولا ينتقص من ذلك ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِعُوا الْبَآئِسَ الْفَقِيرَ ﴾ [الحج: ٢٨] ، وقال النبي ﷺ: «كلوا وادخروا» ، فصارت منقسمةً بين الصدقة والأكل والادخار ، فلكل واحد [منهم]^(٢) الثلث .

قال: وإن باع الجلد بـورق أو ذهب أو فلوس ، يتصدق بذلك ، روى هذا أحمد الغازي عن محمد ؛ وذلك لأن القرية فاتت فيه ، فوجب أن يتصدق به .

وقال هشام: سمعت محمداً يقول في مَسْكٍ^(٣) الأضحية: يشتري [منه] غربالاً أو منخلاً أو متاع البيت^(٤) ، قلت له: وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولك؟ قال: نعم .

قال: وإن شاء اتخذه فرواً ، أو اشترى به ثوباً ؛ وذلك لأن هذا المتاع ينتفع بعينه ، ويعاد الناس ، فهو كما لو اتخذ من الجلد آلة .

قال: ولا يشتري به خلاً ولا أبقاراً ؛ لأن ذلك مما [لا] ينتفع به إلا باستهلاك عينه ، والمأمور أن يبدله بما يقوم مقام عينه في الانتفاع به .

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧) .

(٢) في أ، ج (منهما) والمثبت من م .

(٣) «والمَسْكُ: الجلد، والجمع مُسُوكٌ مثل فُلُسٍ وفُلُوسٍ» . المصباح (مسك) .

(٤) انظر: مختصر القدوري ص ٥٠١ .

قال: وإذا اشترى الرجل البقرة يريد أن يضحي بها، ثم أشرك فيها بعد ذلك ستة، قال هشام: سألت أبا يوسف، فأخبرني أن أبا حنيفة قال: أكره ذلك، ويجزئهم أن يذبحوها عنهم، وكذلك قول أبي يوسف.

قلت لأبي يوسف: ومن نيته أن يشرك فيها، قال: لا أحفظ عن أبي حنيفة فيها شيئاً، ولكن لا أرى بأساً.

وقال في الأصل: في رجل اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم أشرك فيها بعد ذلك، ولم يشركهم حين اشتراها، فأتاه إنسان بعد إنسان، فأشركهم حتى استكمل، يعني أنه صار سابعهم، هل يجزئ عنهم؟ قال: نعم، أستحسن، فإن فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن^(١).

وهذا محمول على الغني إذا اشترى بقرة لأضحيته؛ لأن ملكه لا يزول بالشراء، وإنما يقيمها عند الذبح مقام ما وجب عليه، فإذا بقي منها سبعمائة، فكأنه اشترى ذلك في الأصل، إلا أنه يكره؛ لأنه حين اشتراها ليضحي بها، فقد وعد وعداً، فلا ينبغي أن يرجع فيه.

وأما الفقير الذي أوجبها بالشراء، فلا يجوز أن يشرك فيها؛ لأنها تعينت بالوجوب، فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه.

وقد قالوا في مسألة الغني: إذا أشركه بعدما اشتراها للأضحية [أ/٣١٠] إنه ينبغي أن يتصدق بالثمن وإن لم يذكر ذلك محمد؛ لما روي أن (النبي ﷺ) دفع إلى حكيم بن حزام ديناراً، وأمره أن يشتري أضحية، فاشترى شاة، فباعها

(١) انظر: الأصل ٤٠٨/٥.

بدينارين ، فاشترى بأحدهما شاة ، وجاء إلى رسول الله ﷺ بهما ، وأخبره بما صنع ، فقال له : «بارك الله لك في صفقتك» ، وأمره أن يضحى بالشاة ويتصدق بالدينار^(١) ؛ لأنه فضل عما أخرجه للأضحية ، فكذلك في مسألتنا .

وتم كتاب الأضحى والحمد لله وحده ، وصلواته على محمد وآله وسلم^{(٢)(٣)} .



(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ، ١٤٨/٨ .

وقال الهيثمي : «وفيه عمير بن عمران ، قال ابن عدي : حدث بالبواطيل» . ١٦١/٤ .

(٢) هنا انتهت نسخة (م) (الجزء الثالث من نسخة ملا مراد) ، والمقابلة تجري من الآن إلى نهاية الكتاب مع نسخة (ج) (الجزء الثالث مكتبة رضا برامفور - الهند) مصورة من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة (١٤٧٨) .

(٣) انظر : الأصل ٤٠٤/٥ وما بعدها .

[٦١] كتابُ الغضبِ

قال أيده الله: حقيقة الغضب: أخذ مال الغير بغير إذنه^(١)، فما وجد بهذه الصفة كان غصباً، وما وُجد بخلافها فليس بغضب؛ لأنه إذا أخذ مال الغير بإذنه فهو مودع، أو مستعير، أو مرتهن، أو مبتاع.

وقد يدخل في حكم الغضب ما ليس بغضب وإن ساواه في حكمه، مثل جحود الوديعة؛ لأن الجحود ليس بتناول، ولا نقل.

والغضب على ضربين: أحدهما يتعلق به المأثم: وهو ما وقع مع العلم. والثاني لا يتعلق به المأثم: وهو ما وقع مع الجهل، كمن أتلف ملك غيره وهو يظن أنه له.

والضمان يتعلق بهما جميعاً؛ لأن أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم.

فأمّا المأثم، فلا يحصل إلا مع القصد؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمّتي الخطأ والنسيان»^(٢)، معناه: إثم الخطأ، والغضب محرّم بالعقل، لما فيه من إدخال الضرر على الغير، وقد ورد الشرع بتأكيد ما اقتضاه العقل من التحريم، فقال الله

(١) «والغضب في الشرع: عبارة عن أخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده عنه» .
الجوهرة النيرة ص ٤٣٧ .

(٢) الحديث بمعناه في البخاري باب الخطأ والنسيان (٢٣٩١)؛ وأخرجه ابن حبان في صحيحه،
٢٠٢/١٦؛ والربيع في مسنده، ٣٠١/١؛ وابن ماجه (٢٠٤٣)؛ والبيهقي في الكبرى، ٨٤/٦ .

تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

وقال النبي ﷺ: «حرمة مال المسلم، حرمة دمه»^(١)، وقال: «إن دماءكم وأموالكم حرام، كحرمة يومي هذا، وشهري هذا، في بلدي هذا»^(٢)، يعني: الحَرَمَ، وقال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفس منه»^(٣)، وقال: «من غصب شبراً من الأرض، طوّقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أراضين»^(٤).

وقد ذكر أبو الحسن عليه السلام الآية ثم قال: والعدوان والظلم: أن يقصد إلى أخذ مال غيره بغير حق يوجب له أخذه، وبغير إذنه، فهو عدوان وظلم، وهو آثم في ذلك، ضامن له حتى يرد على صاحبه، أو يرد مثله، أو يرد قيمته.

فإن أخذ مالا على وجه يجب له في الحكم الظاهر أخذه، وفي الباطن على خلاف ذلك، فهو ضامن له ولا مآثم عليه، وذلك كرجل اشترى متاعاً أو غير ذلك ممن هو في يديه، وهو يرى أنه له، وقبض، وتصرف بما يوجب استهلاكه من أكل أو لبس، ثم تبين أن المشتري لغير البائع، فهو ضامن له، ولا مآثم عليه.

وكذلك إن ملكه ذلك من هو في يديه بوجه من وجوه الملك التي أباح الله

(١) أخرجه القضاعي في مسند الشهاب، ١/١٣٧؛ «ورواه البزار وأبو يعلى، وفيه محمد بن دينار، وثقه ابن حبان وجماعة، وضعفه جماعة، وبقية رجال أبي يعلى ثقات...» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد، ٤/١٧٢.

(٢) أخرجه مسلم في حديث جابر الطويل (١٢١٨).

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن، ٣/٢٦.

(٤) أخرجه البخاري (٣٠٢٦)؛ ومسلم (١٦١٠).

تعالى [الملك] بها [فهو] كذلك ، ويسقط عنه المأثم ، ويضمنه لمستحقه ، وسواء كان العقد الذي ملكه به ببدل أو بغير بدل .

وهذا قد دخل فيما بيننا من التقسيم ، فما كان على وجه العدوان فهو آثم بأخذه وبإمساكه ، وعليه رد العين إن كانت باقية ؛ لقوله ﷺ : «من وجد عين ماله ، فهو أحق به»^(١) ، ولقوله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(٢) ، وقال ﷺ : «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لآعباً ولا جاداً ، فإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه ، فليردها إليه»^(٣) .

وأما إن كان هالكاً ، فهو على ضربين: إن كان مما له مثل ، مثل المكيل والموزون والمعدود الذي يتفاوت ، فعلى الغاصب مثله .

وقال نافي القياس: عليه قيمته .

لنا: أن المثل في المكيلات والموزونات أعدل من القيمة ، والتفاوت فيه أقل من التفاوت فيها ، والواجب أن يقضي بما هو الأعدل ؛ ولأنه قد أمكن رد المال^(٤) والجنس ، وللمالك حق فيهما ، فكان ذلك أولى من تفويت أحدهما ، وتحصيل الآخر .

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣١) ؛ والدارقطني في سننه ، ٢٨/٣ ؛ وأحمد في المسند ، ٢٢٨/٢ .

(٢) أخرجه أبو داود بلفظ: (حتى تؤدي) (٣٥٦١) ؛ والترمذي (١٢٦٦) ؛ والطبراني في الكبير ٢٠٨/٧ .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ، ٧٣٩/٣ ؛ والبيهقي في الكبرى ، ١٠٠/٦ ؛ والطبراني في الكبير ، ١٤٥/٧ ؛ «وفيه عبد الله بن يزيد بن السائب ، ولم أجد من ترجمه ، وبقيّة رجاله رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في المجمع ، ١٧٢/٤ .

(٤) في ج (الملك) .

وأما المعدودات التي لا تتفاوت^(١)، كالجوز والبيض، فعلى مستهلكها مثلها عندنا، وقال زفر: قيمتها.

وهذا فرع على جواز السلم فيها، وقد بيناه في كتاب البيوع.

فأما إذا كان المغصوب مما لا مثل له، فالواجب فيه القيمة.

وقال أهل المدينة: المثل^(٢).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ: (أنه قضى في عتق عبدٍ بين شريكين بقيمة نصيب الذي لم يعتق)^(٣)، فصار ذلك أصلاً في إتلاف كل ما لا مثل له، [فالواجب فيه القيمة]؛ ولأن القيمة في الأعيان المختلفة المتفاوتة أعدل من المثل، ألا ترى أنه لا يكاد يتفق عبدان على صفة واحدة، فالواجب القضاء بما هو الأعدل.

فأما قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، فالمثل قد يعبر به عما قام مقام الشيء وإن لم يكن مثلاً له في الحقيقة، قال الله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، ومعلوم أن السيئة الأولى هي المعصية، والثانية العقوبة، وليست مثلاً لها في الحقيقة.

(١) في ج (لا تفاوت فيها).

(٢) قال الدردير: «وإن كان مقوماً خير ربه بين أخذه أو أخذ القيمة يوم الغصب» وقال أيضاً: بأن المثليات إذا فات عند الغاصب الحق بالمقوم «فإنه لا يأخذ مثلها بل يأخذ قيمتها يوم غصبها» الشرح الصغير ٣/٥٩٠، ٥٩٢.

وقال ابن جزي: «ويرد القيمة فيما لا مثل له كالعروض والحيوان» قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٨.

(٣) الحديث أخرجه مسلم (١٥٠٣).

فإن احتجوا بما روي عن أنس قال: كنت عند رسول الله ﷺ في منزل عائشة قبل أن يضرب الحجاب، فأهدت له بعض زوجته قَصْعَةً فيها ثريد، فغارت عائشة، فضربت بالقصعة فكسرتها، فقال رسول الله ﷺ: «كلوا قد غارت أمكم»، فجاءت عائشة بقصعة أخرى فوضعتها، فأخذها رسول الله ﷺ فردها على صاحب القصعة^(١).

فالجواب عنه: أنه يجوز أن تكون هذه القصعة التي جاءت بها عائشة لرسول الله ﷺ تبرع بدفعها عنها، ونحن لا نمنع من جواز دفع المثل بالتراضي.

واحتجوا بما روي أن أعرابياً جاء إلى عثمان بن عفان فقال له: إن بني عمك عدّوا على إبلي، فقطعوا ألبانها وقد قتلوا فُصلانها، فقال: إذا نغرم إبلاً مثل إبلك، وفصلاناً مثل فصلانك، فقال: تنقطع ألبانها وتموت فصلانها، حتىأتي بها واديّ، وكان ابن مسعود في ناحية المسجد، فأشار إليه بعض القوم، فقال ابن مسعود: أرى أن يأتي هذا واديه، فيغرم له إبلاً مثل إبيله، وفصلاناً مثل فصلانها، [فرضي بذلك عثمان وأعطاه]^(٢).

فالجواب: أن عثمان أراد أن يتبرع عن بني عمه [٣١٠/ب] ويقطع لسان الأعرابي عنهم؛ بدلالة أنه لم يسأله البيّنة على دعواه، وما وقع^(٣) على طريق التبرع، ليس من الواجب في شيء.

وقد روي عن شريح أنه قال: (من كسر عصاً فهي له، وعليه مثلها)، وهذا

(١) أخرجه البخاري (٤٩٢٧).

(٢) رواه البيهقي في الكبرى ٢٢/٦.

(٣) في ج (يدفع).

يحتمل المثل الذي هو القيمة ؛ بدلالة ما روي عن الحكم عن شريح أنه قال :
فعليه قيمتها .

وأما القسم الثاني الذي ذكره أبو الحسن عليه السلام : فالضمان فيه كالضمان في
الأول ، وإنما يختلفان في الإثم ؛ لأنه أخذ في أحد الموضعين ما لم يحل له
أخذه ، وأخذ في الثاني ما له أخذه في الظاهر ، فلم يآثم بأخذه .

فأما الضمان ، فيجوز أن يتعلق بالأسباب المأذون فيها ، كالشراء والرهن ،
فسقوط المآثم في هذا الفصل لا ينفي الضمان ، وإنما استوى في وجوب الضمان
أن يكون أخذه ممن هو في يده ببذل أو بغير بدل ؛ لأن الضمان يجب لحق
المالك ، فلا معنى لاعتبار فعل صاحب اليد في إسقاط البدل في أحد الموضعين
دون الآخر .

قال : ولا يجب للمستحق ضمان على أحد بغير قبض أو تسليم منه إلى
قابضه ؛ وذلك لأن الغصب هو النقل والتحويل ، فإذا لم يوجد القبض ولا
التسليم ، فمعنى الغصب ^(١) لم يوجد ؛ فلذلك لم يضمن .

وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالى عن سعيد بن زيد قال : أشهد على رسول
الله صلى الله عليه وسلم ، فسمعتة يقول : «من اقتطع من مال امرئ مسلم فلا بارك الله فيه» ^(٢) ،
وذكر حديث ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من حلف على يمين ليقطع
بها مال امرئ مسلم ، لقي الله تعالى وهو عليه غضبان» ^(٣) ، وذكر حديث عطاء

(١) في ج (البعضية) .

(٢) أورده الهندي في الكنز ، وعزاه إلى أبي نعيم ، ١٠٨/١٦ .

(٣) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ، ١٧٥/١٥ ؛ والنسائي في الكبرى (٥٩٩١) ؛ وأبو يعلى في

مسنده ، ١٢٥/٩ .

بن يسار عن أبي مالك: أن النبي ﷺ قال: «إن أعظم الغلول عند الله ذراع من أرض، يكون الرجلان جارين في الأرض أو الدار، فيقتطع أحدهما من صاحبه ذراعاً، فإذا اقتطع، طَوَّقَهُ اللهُ من سبع أراضين»^(١).

قال أبو الحسن: وما يباع عدداً [مثل البطيخ، والسفرجل، والرمان، وغير ذلك مما يباع عدداً] مما يختلف في الصغير والكبير ويتفاوت، وهو ممن لا يجوز قرضه ولا السَّلَم فيه، فعليه قيمته يوم قبضه مثل سائر العروض؛ وذلك لأن هذا [يتفاوت في أحاده]^(٢) تفاوتاً كثيراً، فهو كالثياب.

وأما تضمين المثل أو القيمة إذا لم يقدر على الرد؛ لأن حق المالك في عين ماله، فإذا قدر على ذلك لم يجز الرجوع إلى بدله إلا برضاه؛ ولأن المقصود إزالة الظلامة، وذلك يكون برد العين مادامت باقية، فإذا دفع بدلها مع القدرة عليه، فهو ظلامة أخرى، ألا ترى أنه لا يجوز في ملك الإنسان إلا باختياره.

قال: وسواء عجز عن رده بفعله، أو بفعل غيره، أو فعل الله ﷻ، فذلك سواء، وعليه القيمة؛ وذلك لأن الضمان وجب عليه بالغصب، فهلاك العين لا يوجب الضمان، وإما يقرر^(٣) الضمان الأول، ولا فرق للضمان الأول بين فعل الغاصب فيه وفعل غيره؛ ولأن الرد يتعذر في الوجهين، وهو السبب الموجب لتقرير الضمان.

قال: وما وجب فيه رد القيمة، فعليه القيمة يوم قبض، ولا ينظر إلى زيادة

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ١٤٠/٤؛ والطبراني في الكبير، ٢٢٩/٣؛ قال الهيثمي: «رواه

أحمد والطبراني في الكبير، وإسناده حسن». مجمع الزوائد، ١٧٥/٤.

(٢) في أ (يتفاوت) والمثبت من ج.

(٣) في ج (تعذر).

قيمة المضمون بعد القبض في السعر، ولا في نقصان ذلك؛ لأن القبض هو السبب الموجب للضمان، فاعتبرت القيمة عنده دون ما يحدث بعده، كالقبض في البيع الفاسد.

قال: وكذلك إن زاد في بدنه؛ لأن هذه الزيادة حدثت بغير فعله، فلا تحدث مضمونة كالثوب إذا ألقته الريح في داره.

قال: فأما ما نقص من بدنه، فإن كان قائماً فرده، ضمن ما نقص من بدنه؛ وذلك لأن ضمان الغصب يتعلق بالقبض، والأتباع يمكن أفرادها بالقبض، فجاز أفرادها بضمانه.

قال: ولا يضمن إذا رد^(١) ما نقص من السعر؛ وذلك لأن نقصان السعر فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد، فلا يوجب بغير الاحتكام، ألا ترى أن المبيع إذا نقص سعره في يد البائع لم [يثبت]^(٢) للمشتري الخيار، ولو نقص السعر في الرهن، لم يسقط شيء من الدين، فكذلك في الغصب؛ ولأنه رد العين على الصفة التي أخذها، فلم يضمن، كما لو لم ينقص السعر.

قال: فإن رده وفي بدنه نقصان، أو في أوصافه، أو معناه، مما يكون عيباً فيه لشيء دخله في يد الضامن، فعليه رد ما نقص من قيمته من يوم صار في يده، يقوم صحيحاً لا عيب فيه، ويقوم وبه العيب، فينظر إلى ما نقصه العيب من قيمته، فيضمن قدر ذلك لصاحبه إذا كان مما يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً؛ وذلك لما [قدر النقصان من القيمة في حال وجوب الضمان] بيننا: أن النقص الحادث

(١) في ج (زاد).

(٢) في أ (يجب) والمثبت من ج.

في العين مضمون على الغاصب ، والضمان يتعلق بالقبض ، فوجب اعتبار (قدر النقصان من القيمة في حال وجوب الضمان ، وذلك يُعلم بتقويم العين على الصفة التي)^(١) غصبها ، ويقومها على صفتها ناقصة فيما بين القيمتين ، وهو نقصان العيب .

وإنما جاز للمالك أخذ العين مع النقصان فيما لا ربا فيه ؛ لأنه لو باع العين بمثلها وزيادة ، جاز .

وأما إذا كانت العين مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً ، مثل أن يغصبه حنطة ، فيصب فيها ماء ، أو غير ذلك من الحبوب ، أو يغصبه إناء فضة ، أو دراهم ، أو دنانير ، فيتهدم الإناء في يده ، أو تنكسر الدراهم ، فتصير غلة ، أو الدنانير فتصير قراضةً ، فإن صاحب ذلك بالخيار: إن شاء أخذ ذلك لا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثله^(٢) .

وقال الشافعي : له أخذه مع النقصان^(٣) .

لنا: أن الغصب سبب من أسباب الضمان ، فلا يجوز أن يسلم للمالك فيه مقدار وزن المضمون وزيادة كالبيع ؛ ولأن الغاصب يسقط عن نفسه ما وجب عليه من الضمان ، يدفع العين وزيادة ، فكأنه ملكه الفضة بمثلها وزيادة .

قال : وإن كان إناء فضة ، فهو بالخيار: إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك ،

(١) ساقطة من ج .

(٢) انظر: الأصل ١٢/١٣٥ .

(٣) بمعنى: أن يرد ذلك كله على المغصوب منه ، فإن كان فيه نقص ألزم الغاصب بالنقص . انظر:

الأم ص ٦٢٦ ؛ رحمة الأمة ص ١٤٣ .

وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب ، فإن كان الإئاء من الذهب ، فضمنه [قيمته] من الفضة ؛ وذلك لأن الصناعة حق للمالك ، وقد فات بالكسر ، ولا يمكن إيجاب المثل ؛ لأنه لا مثل للإئاء .

ولا يمكن الإيجاب للنقص لما فيه من الربا ، فلا يجوز القضاء بالقيمة من جنسه ؛ لأن الصناعة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا ، لا قيمة لها ، فوجب أن يقوم بغير جنسه ليحصل حق المالك بكماله .

قال: وكذلك آنية الصّفر ، والنحاس ، والشّبّه ، والرصاص ، (إن كانت تباع وزناً ، فهي وآنية الفضة والذهب سواء ، إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء تركه) (١) وضمنه قيمته من الذهب أو الفضة ؛ وذلك لأن الآنية إذا بيعت [وزناً دخلها] (٢) الربا ، فهي كالفضة والذهب (٣) .

قال: والعقار الذي لا يستطيع [أ/٣١١] نقله ولا تحويله ، وإنما يُحال بينه وبين صاحبه ، فإنه لا يضمن بالاستحقاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول أبي يوسف الأخير (٤) ، ولا يقع عليه قبض المغصوب .

فإن تلف منه شيء بفعل الغاصب ، فإن هدم شيء منه ، أو سكنه فتهدم من سكناه ، أو بشيء من أفعاله ، ضمنه (٥) .

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج .

(٢) في أ (وزيادة حلّها) والمثبت من ج .

(٣) انظر: الأصل ١٢/١٣٧ .

(٤) في ج (الأخر) .

(٥) أي: الغاصب ضامن لقيمة البناء . انظر: الأصل ١٢/١٣٠ .

وكذلك غير العقار إذا كان إنما منع صاحبه منه بأن حال بينه وبينه ، ولم يحول ذلك الشيء عن موضعه .

وقال محمد: يغصب العقار كما يغصب غيره ، وهو وغيره في حكم الغصب سواء .

وجه قولهما: قوله ﷺ: «من غصب شبراً من أرض ، طوّقه الله يوم القيامة من سبع أرضين» ، فذكر المأثم في الغصب ، ولم يذكر الضمان ، ولو وجب الضمان لذكره ؛ ولأن ما لا يجب القطع [بشبر^(١)] فيه ، لا يتعلق به ضمان الغصب كالحُرِّ ؛ ولأن العقار في المكان الذي كانت يد المالك ثابتة عليه ، وإنما منع مالكة منه ، وهذا المعنى لا يوجب الضمان ، كما لو غصب المالك ومنعه من حفظ ماله حتى هلك ، وكمن حال بين المالك وبين ماله ومنعه منه .

ولأن الغصب: هو النقل والتحويل ؛ بدلالة أن محمداً قال في السير الكبير: فيمن ركب دابةً غيره فلم يحركها عن مكانها ، فماتت تحته من غير ثقله^(٢) ، لم يضمن ؛ ولأنه لم يوجد من جهته نقل ، وهذا المعنى موجود في العقار .

لمحمد: أن كل حكم تعلق بالنقل فيما ينقل ، تعلق بالتخلية فيما لا ينقل ، كدخول العقار في ضمان المشتري .

وأما إذا هدم العقار ، وحفر الأرض ، فإنما ضمن ؛ لأنه وجد منه النقل والتحويل ؛ ولأن هذا إتلاف ، وقد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالغصب ، كالحُرِّ .

(١) في أ (بشيء) والمثبت من ج .

(٢) في ج (فعله) .

وأما ما تهدم بسكناه، فقد تلف بفعله، والعقار يضمن بالإتلاف وإن لم يضمن بالغصب.

وقد ذكر محمد في الرجوع عن الشهادات: في شاهدين شهدا لرجل على رجل بدارٍ، فَحَكَمَ الحاكم بشهادتهما، ثم رجعا، ضمنا قيمة العقار.

فمن أصحابنا من قال: هذا قول محمد خاصة، فأما على قولهما: فلا ضمان؛ لأن ضمان الرجوع يجري مجرى ضمان الغصب.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على الاتفاق، والفرق بينهما: أن الشهود بشهادتهم [أتلفوا] الملك على المشهود عليه؛ بدلالة أنه لو أقام البينة لم تقبل، فضمنوا ضمان نقل الملك، لا ضمان الغصب.

وليس [هذا] كما لو باع داراً، ثم أقر بها لغيره، أنه لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه لا يجوز أن يضمن بالغصب على أصلهما، ولم يتلف الملك؛ بدلالة أن المقر له لو أقام البينة، استحق الدار.

٢٤١٢ - [فصل: في غصب ما يوجد في زمان دون زمان]

قال: وغصب ما يوجد في زمان دون زمان، إذا غصب غاصب في حينه ثم اختصما في حال انقطاعه وعدمه، فإن أبا حنيفة قال: يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون.

وقال أبو يوسف: يوم غصبه.

وقال محمد: نحكم بقيمته عند آخر انقطاعه.

لأبي حنيفة: أن انقطاع المغصوب من أيدي الناس لا يوجب سقوطه من الذمة ؛ بدلالة أن المالك لو انتظر إلى وقت عوده ، كانت المطالبة بمثله ، ولو أحضر الغاصب المثل في حال الانقطاع وتكلف ذلك ، أجبر المالك على أخذه ، وإذا كان المثل [ثابتاً في] ^(١) الذمة ، والمطالبة متعلقة به ، وجب اعتبار قيمته يوم النقل ، كبيع مال اليتيم ، لما كان القاضي ينقل ملكه عنه بالبيع ، اعتبرت قيمته عند النقل .

ولا يلزم على هذا من غصب ما لا مثل له ؛ لأن عند أبي حنيفة: الثابت في الذمة المثل ، ومع ذلك تجب قيمته يوم الغصب ؛ لأن المثل وإن كان في الذمة عنده ، فالمطالبة لا تتعلق به ، وفي مسألتنا قد بينا أن المطالبة متعلقة به .

لأبي يوسف: أنه لما تعذر إيجاب مثله ، صار كأنه في الأصل مما لا مثل له ، فتجب قيمته يوم الغصب .

لمحمد: أن الغاصب كان مأموراً برده في كل حال ، فلما لم يرده آخر ما وجد مع إمكان الرد حتى تعذر ذلك ، فصار كأنه استهلكه في ذلك الوقت ، فيلزمه قيمته فيه .

قال: فإن غصب حيواناً ، فزاد في بدنه في يد الغاصب ، فباعه الغاصب وسلمه إلى مشتريه ، أو أخرجه عن يده إلى يد غير مستحقه ، وهو زائد في بدنه ، فإن أبا حنيفة قال: إن كان قائماً في يد الثاني ، فله أن يأخذ ويفسخ ما فعله الأول فيه ، وإن كان قد هلك في يد الثاني ، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمن الأول قيمته يوم غصبه ، وإن شاء ضمن الثاني قيمته زائداً يوم قبضه من الأول ، وليس له أن

(١) في أ (ما ينافي الذمة) والمثبت من ج .

يضمن الأول الزيادة التي زادت في يده .

وقال أبو يوسف ومحمد: إن شاء ضمن الأول قيمته زائداً يوم [سَلَّمَه إلى الثاني ، وإن شاء ضمن الثاني قيمته زائداً يوم] ^(١) قبضه .

وهذه المسألة ذكرها في الأصل من غير خلاف: أن المالك بالخيار في التضمين ؛ لأنهما بيّنا الأصل والزيادة ^(٢) .

وإنما روى ابن سماعه عن محمد قول أبي حنيفة ، فيجوز أن يكون ما ذكر في الأصل قولهما ، ويجوز أن تكون في المسألة روايتان .

لأبي حنيفة: أن الزيادة (لم تكن مضمونة بحدوثها) ^(٣) على ما قدمنا ، فإذا باع وسلّم لم يخل: إما أن يضمه الزيادة منفردةً عن ضمان الأصل ، أو بقيمته إياها مع ضمان الأصل ، ولا يجوز تضمينها منفردة ؛ لأن ضمان الغصب يتعلق به التملك ، وهذه الزيادة لا يصح إفرادها بالتمليك ، فلا يصح إفرادها بالضمان الذي يتعلق به التملك ؛ ولأن الضمان يتعلق بسنين البيع والغصب ، فإذا لم يجز إفراد هذه الزيادة بضمان البيع ، فكذلك بضمان الغصب .

ولا يجوز تضمين الزيادة مع الأصل ؛ لأن ذلك لا يخلو: من أن يوجب ضمان الأصل والزيادة مع بقاء ضمان الأول ، أو يسقط الضمان الأول ويجدد على الأصل والزيادة ضماناً آخر .

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ج ، حيث سقطت من أ .

(٢) انظر: الأصل ، ١٢٦/١٢ .

(٣) العبارة في ج هنا: (عند ربها) .

ولا يجوز أن يوجب^(١) الضمان الثاني مع بقاء الأول؛ لأن الضمان من أسباب التملك.

ولا يجوز أن يثبت في العين الواحدة [للوأحد] حق التملك من وجهين، كل واحد منهما يوجب ملك جميعها، كما لا تكون مضمونة عليه بالشراء والغصب.

ولا يجوز إسقاط الضمان الأول وتجديد الضمان؛ لأن السبب الموجب لضمان الأول هو القبض، فلا يجوز إسقاط الضمان مع بقاء سببه؛ ولأننا لو أسقطنا الضمان الأول، لسقط بفعل الغاصب من غير حضور المغصوب منه ولا رضاه، وهذا لا يجوز.

فإذا بطلت الوجوه التي قسمناها، لم يبق إلا سقوط ضمان الزيادة.

ولا يلزم على هذا، إذا زادت قيمة العبد، فقتله الغاصب؛ لأننا لم نوجب عليه ضماناً آخر [ب/٣١١] مع بقاء الأول، ألا ترى أن القتل إما أن يكون خطأً أو عمدًا: فإن كان عمدًا، فموجبه القصاص، وإن كان خطأً، فالضمان على العاقلة دون القاتل، ونحن لا نمنع من وجوب الضمان على اثنين في عين واحدة؛ ولأن ضمان القتل من غير جنس الضمان الأول، ويجوز أن يتجدد [على الضمان ضمان آخر من غير جنسه وإن لم يتجدد] عليه ضمان من جنسه.

ولا يلزم على هذا، المُحْرَم إذا صاد صيداً فزاد في [يديه]^(٢)، ثم باعه؛ وذلك لأن ضمان الصيد لا يتعلق به التملك، ونحن قلنا إن الزيادة لما لم يجز أفرادها بالتملك، لم يجز أفرادها بضمانه.

(١) في ج (يؤخر).

(٢) في أ (بدنه) والمثبت من ج.

ولا يلزم من غصب جارية عوراء، فزال البياض من عينها، فضربها الغاصب فعاد البياض؛ وذلك لأن البياض لما زال وفارقها، فصارت كالزيادة المنفصلة عنها، فإذا ضربها فعاد فهو في حكم المتلف، كزيادة منفصلة، فيتعلق به ضمان المنفرد عن الجملة.

وجه قولهما: أن التسليم غصب مبتدأ وقد حصل في الأصل، والزيادة في العين المغصوبة إذا زادت ثم أحدث الغاصب سبباً للضمان ضمنّت الزيادة، كما لو قتل العبد.

وأما المشتري، فإنه يضمن قيمتها زائدة؛ ولأن قبضه حصل فيها مع الزيادة، وإنما يجبُ عليه الضمان في حال قبضه، فاعتبرت القيمة في ذلك الوقت.

٢٤١٣ - [فصل: ولادة الحيوان في يد الغاصب وتصرفه فيهما]

قال: ولو كان الحيوان ولد في يد الغاصب ولداً، فباعهما جميعاً، وسلمهما إلى المشتري، فللمغصوب أن يأخذهما [إن كانا] قائمين، وإن كانا قد هلكا: فإن شاء ضمّن الأول قيمة الأم يوم غصبها وقيمة الولد يوم سلّمه في قول أبي حنيفة، وليس له أن يضمّن قيمة الأم يوم سلم الأم.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يضمن الولد يوم سلّمه، وهو في الأم إن كانت زادت في بدنها: فالخيار على ما قدمنا.

والأصل في هذا: أن الولد أمانة في يد الغاصب؛ لأنه حدث في يده بغير فعله كالثوب إذا ألقته الريح.

فإذا باعه وسلمه ضمنه بالتسليم ، كما يضمن الوديعة إذا باعها ، وإنما جاز أفراد الولد بالضمان ؛ لأنه يجوز إفراده بالملك ، فجاز إفراده بالضمان الموجب للملك^(١).

٢٤١٤ - [فصل : استخدام ملك رجل بغير أمره]

[قال] : ومن استخدم عبد رجل بغير أمره ، أو بعثه في حاجة ، أو قاد دابةً له أو ساقها ، أو ركبها ، أو حمل عليها شيئاً بغير إذن صاحبه ، فهو ضامن لذلك ، فإن عطب بشيء أصابه وهو في خدمة الذي استخدمه ، أو في مُضيئه في حاجته ، أو مات حتف أنفه في ذلك ، فالفاعل لذلك ضامن ؛ لأنه قد صار ما فعل من ذلك في يد الفاعل ؛ وذلك [لأن] استخدام العبد والحمل على الدابة تصرف فيهما ؛ ألا ترى أن يد المستخدم ثابتة بالاستخدام ؛ بدلالة أن المالك لو [جحد]^(٢) كان القول قول المستخدم أنه له ، وإذا ثبت يده عليه بغير رضا المالك كان غاصباً ، فيضمن .

قال : ولو جلس على فراش رجل بغير إذنه ، أو على بساطه ، أو دخل داره بغير إذنه وليس في الدار أحد ، لم يكن غاصباً للدار عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذلك لو سكنها ، وهو غاصب عند محمد ، وذلك لما بيننا : أن ضمان الغصب يتعلق بالنقل والتحويل ، والجلوس على الفراش ليس بنقل ولا تحويل ، فلا يتعلق به الضمان .

وأما مسألة العقار ، فقد قدمناها .

(١) انظر : الأصل ١٢/١٢٦ .

(٢) في أ (جهل) والمثبت من ج .



بَابُ

ما يلحقُ العبدُ الغصبَ في يدِ الغاصبِ مما يجبُ به عليه ضمانُهُ



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا غصب الرجل عبداً أو جاريةً ، فأبق العبد في يد الغاصب ولم يكن أبق قبل ذلك ، أو زنت الأمة في يده ولم تكن زنت قبل ذلك ، أو سرقت ، فعلى الغاصب ما نقص العبد أو الجارية من نقص السرقة والإباق ، وما نقص الأمة من عيب الزنا ؛ وذلك لأن هذا عيب^(١) لحق المغصوب في يد الغاصب ، فكان من ضمان الغاصب كسائر العيوب .

ولا يقال: إن العبد بحاله لم ينقص شيء من رقبته ، وإنما نقصت قيمته ، ونقصان القيمة ليس بمضمون على الغاصب ؛ لأن هذه عيوب لازمة لرقبة العبد تنقص القيمة لأجلها ، فهي كالعيوب في الخلقة .

فأما نقصان القيمة بغير عيب ، فليس له تعلق برقبة العبد ؛ فلذلك لم يضمه الغاصب .

قال: وكذلك كل ما حدث في يد الغاصب مما ينقص قيمته أو يكون عيباً من عَوْرٍ أو شَلَلٍ أو قُرُوحٍ أو خُرَاجٍ ، فإن المولى يأخذ ما غصب منه ، ويأخذ من الغاصب ما نقصه العيب من قيمته: ينظر إلى قيمة العبد صحيحاً ليس ذلك العيب به ، وينظر إلى قيمته وبه ذلك العيب ، فيغرم فضل ما بينهما ؛ وذلك لأن هذه العيوب توجب فوات أجزاء كانت مضمونة على الغاصب ، وقد بيّنا أن الأتباع

(١) في ج (دخل).

يمكن أفرادها بالغصب ؛ فلذلك أفردت بضمان الغصب .

قال: ولو كانت الأمة حبلت في يد الغاصب من زنا ، فإن المولى يأخذها
ويأخذ ما نقصها من الغاصب .

فإن زال ذلك العيب في يد المولى ، [بأن] كان بياضاً في عينها فارتفع ، أو
حُمّت في يد الغاصب ، فزال الحمى عنها حين ردّها ، أو كانت حاملاً فولدت ،
وقد كان أخذ من الغاصب ما نقصها ، فإن المولى يرد ما أخذ لنقص البياض
ولنقص الحمى ؛ وذلك لأن الضمان وجب للنقص الحاصل^(١) بالمرض ، فإذا
زال ، فكأن لم يكن ، فوجب رد الأرش ، وبينا أن المولى أخذ ما ليس بمستحق .

قال: فأما الحبل من الزنا ، فإن أبا يوسف قال: أنظر إلى ما نقصها الحبل
وأرش عيب الزنا ، فإن كان عيب الزنا أكثر ، ضمن ذلك الغاصب ، ولم يرد
المولى شيئاً ، ولو كان أرش الحبل أكثر ، رد الفضل عن أرش الزنا ؛ وذلك لأن
العيب الحاصل بالحبل والزنا سببه واحد ، فيدخل الأقل في الأكثر ، كمن قطع
يد رجل فمات ، لَمّا وجب بالقطع أرش اليد وبدل النفس ، وتعلقا بسبب واحد ،
دخل الأقل في الأكثر ، وهذا استحسان .

وكان القياس: أن يضمن الأمرين ؛ لأن كل واحد منهما عيب حدث في
يده ، فصار كالعينين المختلفين .

ومن أصحابنا من روى عن محمد أنه قال بالقياس ، فإذا ثبت هذا فقد زال
عن الأمة الحبل عيب الحبل بالولادة ، وبقي عيب الزنا ، فإن كان عيب الزنا

(١) في ج (بالحمل) .

أكثر من عيب الحبل ، فقد غرم الغاصب عيب الحبل ، فوجب [أن يتخير ضمان عيب الزنا ، فإن كان عيب الحبل أكثر ، فمقدار عيب الزنا مستحق ؛ لأنه لم يزل ، وما زاد على ذلك فقد زال مؤول الحمل ، فوجب] رده على الغاصب .

قال : وإن ردها الغاصب حاملاً ، أو سارقة [٣١٢/١] ، أو زانية ، فماتت في يد المولى من الولادة ، أو حدثت في يده بالزنا ، أو قطعت يدها في السرقة ، فإن الغاصب يضمن في حد الضرب الأكثر مما نقصها الضرب ومما نقصها الزنا ، فإن كان أرش الضرب أكثر ، ضمن ذلك (ودخل عيب الزنا فيه ، وإن كان عيب الزنا أكثر ضمن ذلك) ^(١) ودخل أرش الضرب فيه ، ويضمن الغاصب إذا قطعت يدها نصف قيمتها ، وإن ماتت من الولادة ضمن قيمتها كلها .

قال أبو يوسف : هذا في السرقة والزنا قياس قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : يضمن أرش السرقة وأرش الزنا ، ولا يضمن الحد ، يعني : ما نقص الضرب .

فإذا ماتت من الولادة وبقي ولدها ، فإن أبا حنيفة قال : يضمن قيمتها الغاصب ، وقال أبو يوسف : لا يضمن إلا ما نقصها الحبل خاصة ، وهو قول محمد .

أما إذا زنت فردت على المولى فحدثت ، فقد أزيلت يد المولى بسبب كان في يد الغاصب ، فكان للغاصب ردها إلى يده ، فجلدت [فيه] ، فيضمن نقصان الضرب ، وقد ضمن نقصان الزنا ، وهما جميعاً متعلقان بسبب واحد ، فيدخل أحدهما في الآخر .

ولا يقال : من أصل أبي حنيفة أن شهود الزنا إذا رجعوا بعد الجلد لم يضمنوا

(١) ساقطة من ج .

النقصان ، فكيف ضمن الغاصب في مسألتنا ؛ وذلك لأن الشهود إنما يضمنون ما أوجبوه بشهادتهم دون غيره ، وأثر الضرب ليس من موجب الشهادة ، ألا ترى أنه قد يجلد فيبقى للضرب أثر ، وقد يجلد ولا يبقى للضرب أثر ، ولو كان ذلك من موجب الشهادة ، لم ينفك عنها .

وأما في مسألتنا ، فالغاصب يضمن ما كان بفعله وبغير فعله ، وإزالة يد المولى بسبب كان في يده ، كرد العبد إلى يده ، فكان نقصان الضرب حدث قبل رده^(١) ، فيضمنه الغاصب ، سواء كان موجبا بالزنا أو غير موجب .

وأما إذا قطعت في السرقة ، فقد أزيلت يد المولى عنها بسبب كان في يد الغاصب ، فكأنه ردها إلى يده ، فقطعت .

وإنما لم يعتبر أبو حنيفة في هذا الفصل الأكثر من نقصان القطع ومن نقصان عيب السرقة ؛ لأن الغالب أن نقصان القطع أكثر من نقصان السرقة ؛ فلذلك ضمنه الأكثر ، وسكت عن الأقل .

ولو تصور أن نقصان السرقة أكثر من نقصان القطع ، لقال : إنه يضمن [الأكثر]^(٢) منهما ، كما قال في نقصان الزنا ونقصان أثر الضرب ، وإنما قال أبو يوسف : إن مسألة الزنا والسرقة قياس قول أبي حنيفة ؛ لأنه قاسه على من باع عبد إنسان فانقطع في يد المشتري ، أن ذلك من ضمان البائع ؛ لأن يد المشتري زالت بسبب كان في يد البائع ، فكأنه رده إلى يده فقطع .

وأما إذا ماتت من الولادة : فأبو حنيفة يُضمّن الغاصب قيمتها ؛ لأن الحبل

(١) في ج (يده) .

(٢) في أ (الأقل) والمثبت من ج .

عيب حصل في ضمانه ، والولادة موجبة له ، ألا ترى أن الحبل لا بد له من وضع ، فصار كالقطع الموجب بالسرقة ، وكالحد^(١) الموجب بالزنا ، أن الغاصب يضمه وإن حصل في يد المولى لما كان موجبا بسبب في يده ، ولم يشترط أبو حنيفة في هذا الفصل [الأكثر] ؛ لأن ضمان جميع القيمة يزيد على نقصان الحبل .

وقال أبو يوسف ومحمد في المسائل الثلاثة: يضمن الغاصب نقصان الزنا ، ونقصان السرقة ، (ونقصان الحبل)^(٢) ، ولا يضمن ما زاد على ذلك ؛ لأنه لما رد الجارية إلى المولى برئ من ضمانها بالرد ، ووجب عليه أرش العيب ، وما حدث من الضرب والقطع والموت بعد ذلك ، فهو عيب حدث في يد المولى بعد زوال ضمان الغاصب ، فكان من ضمان المولى .

وعلى هذا ، قالا في المشتري: إذا قتل العبد في يده بالقصاص أو قطع بالسرقة ، أنه يرجع على البائع بنقصان وجوب القصاص ، وبنقصان السرقة ، وما سوى ذلك من ضمان المشتري ؛ لأنه حدث بعد زوال يد البائع وخروج العبد من ضمانه .

وأما إذا ماتت من الولادة وبقي ولدها ، فقد ذكر في الأصل: أن الغاصب يضمن قيمتها يوم الغصب .

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: لم لا يضمن قيمتها ناقصة بالولادة ، ويجبر نقصان الولادة بالولد ، فلم يجب بجواب^(٣) أرتضيه .

(١) في ج (وكالجلد) .

(٢) ساقطة من ج .

(٣) في ج (بجواز أن يضمه) .

وقد قالوا في [الغاصب]^(١): إذا قتل الجارية وولدها وقيمة الجارية ألف ،
وقد نقصها الولادة مائة ، (وقيمة الولد مائتان ، أن الغاصب يضمن قيمة الجارية
ألف ، ويضمن من قيمة الولد مائة) ، ويجبر نقصان الولادة ببقية الولد .

والفرق بينهما: أن الجارية إذا ماتت فليس هناك حال يوجب قيمتها إلا حال
الغصب: وهي كاملة في تلك الحال ، فإذا ضمن الغاصب قيمتها بكمالها استغنى
عن الجبر ؛ فلذلك لم يجبر نقصها بالولد .

وأما في مسألة القتل فهناك حالة أخرى يجب فيها الضمان غير حال
الغصب ، وهي حال الاستهلاك ، فيمكننا تضمينه قيمتها في تلك الحال ناقصة ،
ويجبر تمام قيمتها بالولد .

قال: وإن ماتت في يد المولى من الحمى التي حدثت بها في يد الغاصب ،
لم يضمن الغاصب إلا ما نقصها الحمى في قولهم ؛ وذلك لأن الموت ليس
بموجب بالحمى ، والموت لا يحدث من الحمى التي كانت في يد الغاصب ،
وإنما تلك الحمى توجد من الألم ، ويتكامل الألم بما يتجدد من الحمى وبعد ،
فيموت من ذلك ، وإذا لم يكن الموت موجباً بالحمى لم يضمنه الغاصب ، فأما
الحمى فهو نقص حادث في يد الغاصب ، فيلزمه [ضرر] ضمانها .

قال: وإن حبلت عند الغاصب من زوج كان لها في يد المولى ، فلا ضمان
على الغاصب في شيء من ذلك وإن ماتت من الحبل .

وكذلك لو ماتت في يد الغاصب من إقبال المولى لها ؛ وذلك لأن التلف
حصل بسبب من جهة المولى ، فصار كما لو قتلها في يد الغاصب .

(١) في أ (الغصب) والمثبت من ج .

قال: ولو غصب رجل أمةً محمولةً، أو حبلى، أو بها خُراج، أو مرض، فماتت من ذلك في يد الغاصب، فإنه ضامن لقيمتها وبها ذلك المرض؛ وذلك لأنها تلفت في يد الغاصب بغير فعل المولى، فكأنها ماتت من غير سبب، ولم يجعلوا موتها بحبل كان في يد المولى [١/٣١٢]، (كموتها في يد المولى)^(١)، وجعلوا موتها في يد المولى بحبل كان في يد الغاصب، كموتها في يد الغاصب؛ وذلك لأن الحبل في يد الغاصب مضمون عليه، فما يتولد منه من ضمانه، والحبل في يد المولى ليس بمضمون، فما يتولد منه لا يضمنه، كالحادث في يد المولى.

قال: ولو غصب رجل جارية أو عبداً فقتل في يده قتيلاً، أو جنى في يده جناية على عبد أو حر، في نفس أو فيما دونها، أو استهلك لرجل مالا، فإن العبد يرد على سيده، ويقال للسيد: ادفعه بجنائته أو افده بأرش الجناية، ويقال للسيد في استهلاك المال: بعه فيما لحقه من الدين، إلا أن يختار أن يؤدي عنه الدين الذي لزمه.

فإن فداه من الجناية، أو دفعه، أو باعه في الدين، أو أذاه عنه، فإن السيد يرجع على الغاصب في الجناية بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية، وفي استهلاك المال بالأقل من قيمته ومما أدى عنه من الدين.

وإنما وجب ردّ العبد على المولى؛ لأن إمساك الغاصب معصية، فوجب الابتداء بدفعها، ثم يخاطب المولى بحكم الجناية والدين؛ لأن موجب الجناية الدفع أو الفداء، والدفع تمليك لا يملكه إلا المولى، وموجب الدين البيع، وذلك لا يملكه [إلا] المالك.

فإذا اختار المولى الدفع، أو الفداء، أو البيع في الدين، أو قضاؤه، رجح

(١) ساقطة من ج.

على الغاصب ؛ لأن ذلك استحق على المولى بسبب كان في يد الغاصب ، فكان للغاصب أخذ ذلك القدر من ماله ، [فيسلمه] .

وإنما رجع عليه بالأقل ؛ لأنه كان يقدر أن يتخلص بذلك من الجناية ، وإنما لزمته الزيادة باختياره ، فلا يرجع بها على الغاصب .

قال: فإن غصب رجل رجلاً أمة ، فولدت في يد الغاصب ، ومات ولدها ، فعليه أن يردّها ويرد ما تنقصها الولادة ، ولا شيء عليه من قيمة الولد ؛ وذلك لأن نقصان الولادة فوات أجزاء من العين المغصوبة ، فيضمنه الغاصب .

وأما ولد المغصوبة إذا مات من غير فعل الغاصب فلا ضمان عليه فيه ، وقال الشافعي: عليه قيمته^(١) .

لنا: أنه حدث في يده بغير فعله ، فحدث أمانة ، كالثوب إذا ألقته الريح في داره .

ولا يقال: إن الثوب لم يحدث بسبب هو فيه متعدّ ، والولد حدث من سبب هو فيه متعدّ ؛ لأن من جلس في الطريق فألقت الريح عليه ثوباً فتخرق عنده ، فلا ضمان عليه فيه وإن كان متعدياً في الجلوس .

ولا يلزم على ما ذكرنا ولد الصيد ؛ لأنه يحدث عندنا أمانة ، وإنما صار مضموناً ؛ لأن الله تعالى هو المالك له ، وقد أمره برده ، فصار كالمالك في مسألتنا إذا طالب برد الولد ، فمنع منه .

وإذا ثبت أن الولد أمانة ، لم يضمن إلا بما يضمن به الأمانات من التعدي أو المنع .

(١) انظر: رحمة الأمة ص ١٤٣ .

قال: فلو كان الولد باقياً معها، ردها وولدها، وجبر نقصان الولادة، فإن وفى بذلك، أو زادت قيمة الولد على النقصان، فلا شيء على الغاصب من نقصان الولادة.

وإن كانت قيمة الولد أقل من قيمة النقصان، سقط من نقصان الولادة قيمة الولد، وغرم [ما فضل]^(١) من النقصان عن قيمة الولد، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يجبر نقصان الولادة بالولد، وهو قول زفر، ووجهه: أن الولد ملك للمولى، والنقصان حدث في ملكه، فلا يجبر ماله بماله.

وجه الاستحسان: أن الولادة [فوتت]^(٢) جزءاً وأفادت مالاً، فوجب أن يجبر الفاتت بالفائدة، كمن قطع يد المغصوبة، فأخذ الغاصب أرشها، أذاه في نقصانها، وكمن قلع سنّاً فنبتت، لما أوجب القلع نقصان جزء وأفاد مثله، لم يضمن؛ ولأنه غصب جملة فردها متفرقة، ألا ترى أن الولد مثل النقصان، فصار كمن غصب دراهم في كيس، فردها متفرقة.

ولا يلزم على هذا إذا قطع الغاصب أغصان الشجرة فنبتت، أو جزّ صوف الشاة فنبتت، أنه يضمن النقصان، ولا يجبر ذلك بالحادث؛ لأن الغاصب لا يضمن نقصان الشجر ولا نقصان الشاة، وإنما يضمن الغصن المقطوع، والصوف المقطوع، وذلك لم يحدث فيه زيادة.

وإذا ثبت أن الولد يجبر به النقصان؛ فإن كان النقصان أكثر منه، قام الولد مقام ما بإزائه، وغرم الغاصب فضل النقصان، كما لو لم يكن هناك ولد.

(١) في أ (ما غرم) والمثبت من ج.

(٢) في أ (فرقت) والمثبت من ج.

وقال أبو يوسف: لو مات ومات ولدها في يد الغاصب ، ضمن قيمة الأم يوم قبضها ، ولم يضمن قيمة الولد ؛ لأن الولد لما مات ، فكأن لم يكن ، فإذا غرم الغاصب قيمتها يوم الغصب ، فقد دخل نقصان الولادة في ذلك .

قال: ولو كان الغاصب قتل الولد ، أو باعه ، [صار] ^(١) ضامناً لقيمته مع قيمة أمه إذا كانت الولادة ناقصتها ^(٢) ؛ لأن الولد أمانة ، فيضمن بالقتل كما يضمن الوديعة .

قال: فإن نقصها الولادة مائة ، والولد يُساوي مائتين ، ضمن قيمة الأم يوم غصب ، وضمن من الولد نصف قيمته ، دخل النقص ^(٣) الذي أبطلت في قيمة الأم .

قال أبو يوسف: فإذا ضمن الغاصب قيمة تامة بغير نقصان ، حطت ذلك النقصان من قيمة الأم ، وإن ضمنته قيمتها يوم ولدت ، ضمن قيمة الولد تامة ؛ وذلك لأن الضمان يجب يوم الغصب ، ويستقر بهلاكها ، فوجب اعتبار قيمتها في ذلك الحال .

وإذا غرم قيمتها تامة ، وقد أتلف الولد ونقصه ، كان يجب أن يجبر به بعضها ، فصار كأنه ضمن نقص ^(٤) الولد ، فلزمه ضمان باقيه .

وأما قوله: فإن ضمنته قيمتها يوم ولدت ، ضمن قيمة الولد تامة ، فليس من حيث الحكم ؛ لأن الحاكم لا يضمنه قيمتها إلا يوم الغصب ، إلا أن يحدث منه

(١) في ج (لا تنقصها) .

(٢) في أ (كان) والمثبت من ج .

(٣) في ج (النصف) .

(٤) في ج (بعض) .

سبب للضمان يخالف الضمان الأول ، وإنما عنى أبو يوسف بهذا: أنه دفع هذا القدر من الضمان ، فيلزمه قيمة الولد تامة .

وقال محمد في الأصل : لو ماتت الجارية وبقي ولدها ، قال : يأخذ ولدها ويضمنه قيمتها يوم غضبها ، وهذه مسألة ابن سماعة ، وقد بيناها ، إلا أنه لم يذكر في الأصل أن الولادة نقصتها ، ومتى لم ينقص ، فلا شبهة في ضمان جميع القيمة ؛ لأنه ليس هناك نقصان [أ/٣١٣] حتى يجبر بالولد .

قال : ولو غضب جاريةً شابةً ، أو غلاماً [شاباً] ، فعجرت الجارية ، وهرم الغلام ، فإن المولى يأخذ جاريته وغلامه ، ويضمنه ما نقص من القيمة يوم غضبه ؛ وذلك لأن الكبر وجب فوات أجزاء من العين ، وفوات الأجزاء مضمونة على الغاصب .

قال : وإذا غضب الرجل عبداً قيمته ألف ، فزادت قيمته بعد الغصب حتى صارت ألفين ، ثم قتله قاتل ، كان المولى بالخيار : إن شاء ضمن الغاصب قيمته ألفاً يوم غضبه ، وإن شاء ضمن القاتل قيمته يوم قتله على العاقلة ألفين ؛ وذلك لأنه ثبت له ضمان من وجهين : ضمان الغاصب بالغصب ، وضمن القاتل بالقتل ، وله في كل واحد منهما غرض ، فتضمن الغاصب يكون معجلاً ، فلا يضمن فيه الزيادة على ما قدمنا أن زيادة البدن أمانة ، وإن شاء ضمن عاقلة القاتل ، فاستوفى ضمان الزيادة ، إلا أنه يتأجل فخير بين الأمرين .

قال : فإن ضمن الغاصب ألفاً قيمته يوم غضبه ، رجع الغاصب على عاقلة القاتل بألفين ، وتصديق بالفضل : وهو ألف .

وهذا فرع على أصلنا : أن الضمان سبب للتملك ، فإذا ضمن الغاصب مَلَكَ من وقت الضمان ، فكأن القاتل قتله على ملكه ، فيرجع على عاقلة بقيمته .

والدليل على أن الضمان يملك به ، خلاف ما قاله الشافعي : أن البدل الذي يأخذه المالك بدل عن العين دون الحيلولة ، ألا ترى أنه يختلف بحسب العين ، وأن الحيلولة لا قيمة لها .

وإن كان بدلاً عن العين ، فقد ملك المغصوب بدل العين بكماله^(١) ، والعين مما يصح نقل الملك فيها ، فوجب أن يملكها ، كمن وطئ جارية [ابنه]^(٢) فأحبها ، وكمن أعتق عبداً مشتركاً وهو موسر ، يضمن قيمة نصيب شريكه .

ولا يلزم على هذا : المحرم إذا ضمن قيمة الصيد ؛ لأن العين لا يجوز نقل الملك فيها ؛ فلذلك لم يملكها .

وأما قوله : إنه يتصدق بالفضل ؛ فلأنه حصل له من وجه محذور .

قال : ولو كان العبد هو الذي قتل نفسه في يد الغاصب ، ضمن الغاصب قيمته أيضاً ألف درهم يوم غضبه ، ولا يضمن قيمته يوم قتل نفسه ؛ وذلك لأن قتل الإنسان لنفسه لا يتعلق به حكم من أحكام القتل ، فصار كموته بأفة من السماء .

فإن قتل جناية المضمون في يد الضامن ، كجناية الضمان ، فصار كأن الغاصب قتله ، فيضمن الزيادة .

قلنا : جناية المضمون على غيره كجناية الغاصب ، فأما جنايته على نفسه ، فلا حكم لها في الأصول ، فلا تصير كجناية الغاصب ؛ ولأن الزيادة في يده أمانة ، فكأن العبد الغصب أتلف وديعة لمولاه عند الغاصب .

(١) في ج (بكمال قيمة العين) .

(٢) في أ (أبيه) والمثبت من ج .



قال: ولو غضب أمة، فولدت، ثم قتلت ولدها، ثم ماتت، فإنه يضمن قيمة الأم ألف درهم يوم غضبها، ولا يضمن الولد، وقتلها ولدها بمنزلة موته؛ وذلك لأن الولد أمانة في يد الغاصب، فكأنها أتلفت وديعة لمولاها.

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل غضب رجلاً عبداً صغيراً أو أمة، فشباً^(١) وكبراً، فللمغضوب منه أن يأخذه، وكذلك الحيوان كله؛ وذلك لأن هذه زيادة حصلت من المغضوب، فهي على ملكه.

قال: وإن وجد المغضوب [منه] عبده شيخاً كبيراً، فإن كان للصبي عليه فضل من قيمته، أخذ النقصان مع ذلك، وهذا على ما قدمنا.

وقال هشام: سمعت محمداً قال: لو غضب رجل رجلاً أمة شابةً ناهداً، فانكسر ثدياها عنده، كان هذا عيباً؛ وذلك لأن هذه صفة تغيرت في يد الغاصب توجب نقصان القيمة، فكان من ضمانه.

قال: وإن كان المغضوب مملوكاً أمرد فخرج وجهه، فليس بعيب، والشيخوخة عيب، أو غضب غلاماً شاباً، فصار شيخاً في يده، فإنه يقوم شاباً، ويقوم شيخاً، فيضمن فضل ما بينهما؛ وذلك لأن [اللحية] جمال الرجل زيادة وليست بنقصان؛ بدليل أن من حلقها فلم تنبت، غرم أرشها، والزيادة لا توجب الضمان، فأما الكبر [فهو نقص] وقد قدمناه.

قال: ولو غضب عبداً قارئاً فنسي القراءة، أو غضب خبازاً فنسي الخبز، أو غضبه وهو يحسن شيئاً من الأعمال فنسي ذلك، وذهب عنه في يد الغاصب، فإنه يقوم على عمله ذلك، ويقوم وهو لا يحسن [شيئاً من] ذلك، فيضمن

(١) في ج (فنشأ وكبر).

النقصان ؛ وذلك لأن هذا نقص صفة [حصل] في يد الغاصب .

ولا يقال: إن عدم الصناعة ليس بعيب ؛ بدلالة أن من اشترى عبداً فوجده لا يحسن الخبز لم يرده بالعيب ؛ وذلك لأن هذا وإن لم يكن عيباً إلا أنه إذا وُجد ، فهو زيادة ، وإذا عدت صار نقصاً ؛ ولهذا لو شرط في البيع أنه خباز ، فوجده لا يخبز ، كان له الخيار .

ولو أبق العبد الغصب في يد الغاصب ، فالجعلُ في قول أبي يوسف على المولى ، ولا يرجع به على الغاصب ، ولكن يرجع على الغاصب [بما نقصه الإباق .

وقال محمد: يرجع المولى] بالجعل [على الغاصب] .

لأبي يوسف: أن الجعل مستحق على المولى برد العين^(١) عليه ، فوجب أن يكون عليه كما لو لم يكن مغصوباً ؛ ولأن الجعل لرد ما فات في يد الغاصب ، فصار كمداواة الجراحة ، فيكون على المولى .

وأما العيب بالإباق ، إذا لم يكن العبد أبق قبل ذلك ، فهو نقص^(٢) حدث في يد الغاصب ، (فكان من ضمانه .

وجه قول محمد: أن رد العين على المالك واجب على الغاصب^(٣) ، فما يلزم عليه من الغرم في ماله ؛ ولأنه يسقط بذلك عنه ضمان العبد ، فصار منفعتة له ، فوجب ضمانه^(٤) عليه .

(١) في ج (لإعادة يده) .

(٢) في ج (فهو يضمن حدثاً) .

(٣) ساقطة من ج .

(٤) في ج (عوضه) .

بَابُ

الرجل يغصبُ الشيءَ فيتغيرُ عن صفتهِ عنده دونَ عينه



قال أبو الحسن عليه السلام: ولو أن رجلاً غصب رجلاً عَصِيرًا، فصار خَلًّا، أو لبنًا حليبًا فصار مخيضًا، أو عنبًا فصار زبيباً، أو رطبًا فصار تمرًا، فإن أبا يوسف قال: المغصوب بالخيار: إن شاء أخذ الذي غصب منه بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه مثله وسَلَّمَه إليه، وهذه رواية ابن الوليد عنه في الإملاء في كتاب الغصب؛ [٣١٣/ب] وذلك لأن [العين] المغصوبة دخلها نقص في يد الغاصب، فكان من ضمانه، ولا يمكن تضمين النقصان مع أخذ العين؛ لأن العَصِير واللبن يثبت فيه الربا، فإذا سلمت له العين وزيادة لم يجوز على ما قدمناه، فإن أخذ العين، سقط حق التضمين، فإن طالب بمثلها، سلم العين الناقصة إلى الغاصب.

قال: ولو غصبه ثوبًا، فقطعه قميصًا أو قِباءً، ولم يخطه، فالمغصوب بالخيار: إن شاء أخذه ناقصًا مقطوعًا وضمنه ما نقص بالقطع، وإن شاء تركه وضمنه قيمة الثوب يوم غصبه^(١)؛ وذلك لأنه لما قطعه، فقد فَوَّتَ الغرض والمقصود منه، ألا ترى أن الثوب إذا قطع منه قميصٌ، لم يمكن أن يقطع من ذلك غير القميص، فإذا نقص المغصوب نقصًا كثيرًا، كان لمالكه تضمين جميع قيمته، كما لو قطع الغاصب قوائم الدابة؛ ولأنه فَوَّتَ المنفعة المقصودة من العين، فصار كمن غصب زيتًا^(٢)، فخلطه بزيت أردأ منه.

(١) انظر: الأصل ١٢/١٣٥.

(٢) في ج (غصب) زبيباً فخلطه بزبيب).

وإنما كان له أن يضمه نقصان الثوب ؛ لأن الربا^(١) لا يثبت فيه ، فإذا أخذ المقطوع من الأرش ، فكأنه ملكه ثوباً بثوب وزيادة .

قال : وإن غصبه شاةً فذبحها ، فإن بشرأ روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : أن صاحب الشاة بالخيار : إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها وضمه قيمتها يوم غصبها ، وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة .

قال الحسن عن أبي حنيفة : وكذلك إذا سلخها حين ذبحها ، أو قطع لحمها أعضاء [ولم يطبخها] ، ولم تشوه والرأس قائم ، والجلد [باقٍ] ، والأكارع والبطن ، كان المغصوب بالخيار : إن شاء أخذ ذلك ولم يكن له غيره ، وإن شاء ضمته قيمتها حيّةً .

وقال محمد في الأصل وغيره : إن شاء المغصوب أخذ الشاة وأخذ ما نقصها ، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها حيّةً .

وجه رواية بشر والحسن : أن المقصود من الشاة اللحم ، والذبح يغرم عليه الأغراض ، فصار في معنى الزيادة ، فإذا سلم الغاصب ، لم يجز أن يلزمه أرش النقصان ، وإنما ثبت له حق^(٢) تضمين القيمة ؛ لأنه فوت عليه الغرض من العين وإن كان الذبح زيادة فيها .

وجه رواية محمد - وهي الصحيحة - : أن الذبح نقص في الحيوان ، والربا لا يثبت فيه ، فصار كقطع الثوب .

(١) في ج (الزيادة) .

(٢) في ج (يثبت للآخر تضمين) .

قال: ولو غصبه تبر ذهب، أو تبر فضة، فصاغه إناءً، أو حليةً، أو آنيةً، أو ضرب تبر الفضة دراهم، وتبر الذهب دنانير، كان للمغصوب أن يأخذ ذلك أجمع، ولا يعطيه لعمله شيئاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا سبيل للمغصوب على شيء من ذلك، وعلى الغاصب مثل التبر الذي غصبه.

لأبي حنيفة: أن [الصياغة في] الذهب والفضة لا يخرجها من حكم جنسها، ألا ترى أن الاسم بحاله وعامة المنافع؛ لأنه يمكن أن يعمل منها بعد الضرب ما كان يعمل من [جنسها] قبل، وسقوط حق المالك (إنما يكون بزوال الاسم وعامة المنافع).

وجه قولهما: أن الصنعة توجب سقوط حق المالك) عن العين، كمن غصب حديداً فضربه آنية. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الحديد [إن] بيع بعد ضربه وزناً، فهو كالفضة، والخلاف فيهما سواء، ذكره أبو الحسن عقيب هذه المسألة. وإنما يسقط حق المالك إذا لم يبيع وزناً؛ لأن الاسم زال، ألا ترى أنه لا يقال للإبر حديد، وزال المعنى؛ فلذلك سقط حق المالك.

[قال]: فإن غصب شيئاً من الحيوان، فكبر وزادت قيمته، فللمغصوب أن يأخذه، ولا شيء للغاصب من [ذلك] زيادة، وكذلك لو غصبه شيئاً من الحيوان جريحاً أو مريضاً، فداواه حتى برئ وصحَّ، فله أن يأخذه ولا يرد عليه شيئاً؛ وذلك لأن الزيادة نماء في^(١) ملك المغصوب، وقد تبرع الغاصب بالإنفاق على

(١) في ج (نماء مال المغصوب).

ملك غيره، فلا يرجع عليه بشيء.

قال: وكذلك لو غصبه أرضاً فيها زرع، أو نخل، أو شجر، فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه، ثم حضر المغصوب منه، فله أن يأخذه، وكذلك لو كان النخل أطلع في يده فأبّره ولقّحه وقام عليه حتى تنهى عظمه، فهو كله للمغصوب منه، ولا شيء للغاصب من نفقته؛ لما قدمنا أنه نماء^(١) حادث في ملكه، وقد تبرع الغاصب بالإنفاق عليه.

قال: ولو كان حصد من الزرع شيئاً فاستهلكه، أو أخذ من الثمرة شيئاً فأكله، أو جزّ صوف الغنم، أو حلبها، كان ضامناً لذلك كله، يرد على المغصوب مثله فيما له مثل، وقيمة ما لا مثل له؛ وذلك لأن الزيادة في يد الغاصب أمانة، فإذا أتلّفها ضمنها كالوديعة^(٢).



(١) في ج (أنه لما حدث في ملكه).

(٢) انظر: الأصل ١٣٤/١٢ وما بعدها.

بَابُ الغضبِ يتغيرُ بزيادةٍ فيه بملكِ الغاصبِ أو بعملِهِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا غضب الرجل من الرجل حنطةً وطحنها، فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا: لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق، وكذلك روى الحسن عن أبي حنيفة، وعلى الغاصب مثل الحنطة التي غضب.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: لا يأخذ المغضوب منه الدقيق مكان الحنطة، ولكن أبيع الدقيق وأشتري له حنطة مثل حنطته، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب؛ لأنه شية، فهو أحق به من غيره.

وكذلك لو غضبه دقيقاً فخبزه، أو غزلاً فنسجه، أو قطناً فغزله ونسجه، فهو مثل ذلك، يباع له ذلك، فيعطى مثل قطنه ومثل طعامه إن أباى الغاصب أن يدفع ذلك إليه.

وروى ابن سماعة عنه في موضع آخر: أن رب الحنطة بالخيار: إن شاء ضمّنه حنطة مثل حنطته، ودفع إليه الدقيق، وإن شاء أخذ الدقيق وأبرأ الطاحن؛ لأنه متاعه بعينه، أستقبح أن يجيء رجل مفلس يقدم إليّ^(١) كراً من حنطة لرجل، فيطحنه، ثم يهبه لابن [له] صغير، فلا يكون لرب الطعام على الدقيق سبيل.

(قال: أخالف أبا حنيفة في هذا، وأجعله بالخيار على ما وصفت لك)^(٢)(٣).

(١) في ج (يغرم أن ألف كر لرجل فيطحنه).

(٢) ساقطة من ج.

(٣) انظر: الأصل ١٣٦/١٢.

وكذلك إن وهبه الغاصب أو باعه أو تصدق به ، فإن ذلك كله باطل ، ولرب الطعام أن يأخذ شِيَّة^(١) .

وكذلك لو غصب لحمًا فشواه ، أو طبخه ، وكذلك لو غصبه سمسمًا أو زيتونًا فعصره ، وكذلك لو غصبه ترابًا فلبَّنه [١/٣١٤] أو طبخه آجرًا ، أو اتخذ منه آنية الخزف ، أو جعله حَبَابًا ، فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ، ولا بأس بأن ينتفع به .

قال أيده الله: وجملة هذا: إن الغاصب إذا أزال الاسم وعامة المنافع المباحة من العين بزيادة من جهته ، زال ملك المالك عن العين عند أبي حنيفة ومحمد ، وملكها الغاصبُ بالضمنان .

وروي عن أبي يوسف ثلاث روايات: منها رواية ابن سماعة: أن حق المالك لا يسقط ، ولكن يزول ملكه ويبيع له العين في دينه .

ورواية ابن سماعة أيضًا: أن له أن يأخذ الدقيق ويبرئ الغاصب من الضمان .

وروي الحسن بن زياد عنه مثل قول أبي حنيفة ، وكذلك رواه بشر .

قال أبو الحسن: وهو عندي قوله الأول .

وقال الشافعي: لا يزول ملك المالك^(٢) .

(١) الشِّيَّة: سواد في بياض أو بياض في سواد ، والشية: كل ما خالف اللون في جميع الجسد وفي جميع الدواب ، والمراد هنا: هو الاختلاط وتغير الأصل لشيء آخر . انظر: مختار الصحاح؛ المعجم الوسيط (وشي) .

(٢) انظر: الأم ص ٦٢٠ .

وجه قولهما: ما روى أبو حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى: (أن قوماً من الأنصار أضافوا رسول الله ﷺ، فقدموا إليه شاةً مصليةً، فأخذ منها لقمة فمضغها، فلم تسغه، فقال: «أما إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق»، فقال الرجل: هذه لأخي، ولو كان أعزّ منها لم يبخس به عليّ، وسأرضيه بخير منها، فأمر النبي ﷺ أن يتصدق بها على الأسارى).

فلولا أن ملك المالك^(١) زال عنها لم يأمره بالصدقة بها، ولأمر ببيعها وحفظ ثمنها على الغاصب. وهذا خبر في الصحيح، وعليه بنى أبو حنيفة كثيراً من مسائل الغصب.

وكان المعنى في ذلك: أن الاسم زال وعامة المنافع المباحة من العين بزيادة صنعه من جهة الغاصب، وهذا المعنى موجود في طحن الحنطة، [وعصر] السمسم، ونسج الغزل، وغزل القطن.

ولأنه أزال الاسم وعامة المنافع المقصودة بزيادة^(٢) من جهة الغاصب، فصار كمن غصب دهنًا طيبًا فخلطه ببزر.

ولأنه غصب الحنطة، فلا يجبر على تسليم الدقيق، كما لو أتلف الحنطة.

لأبي يوسف: أن الملك قد زال، إلا أن زواله بغير رضا المالك لا يكون بأكثر من زواله بالبيع الذي رضي به المالك، ومعلوم أنه لو باعه الحنطة لم يسقط حقه حتى يستوفي البدل، أو يرضى بالتسليم، فكذلك هذا.

(١) في ج (الغائب).

(٢) في ج (المنافع المباحة من العين بفعل من).

فكأنه أزال ملكه في هذه الرواية وجعل له حبس العين ، كما للبائع حبس المبيع .
وأما الرواية الأخرى ، فقال : لا يزول ملكه ؛ لأن العين موجودة ، وإنما حدث فيها تفريق الطحن ، فهو كالشاة إذا ذبحها .

وأما التراب إذا لبّنه أو جعله آنية ، فإن كان له قيمة ، فهو مثل الحنطة إذا طحنها ، وإن لم يكن له قيمة ، لم يلزم الغاصب ضمانه ؛ لأن ما لا يتقوم^(١) لا يضمن ؛ فذلك جوّزوا له الانتفاع بالعين ؛ لأنهم إنما منعوا الانتفاع في مسألة الغصب ؛ لعدم الغرامة ، فإذا لم تجب الغرامة ، جاز الانتفاع .

قال : وإن غصبه طعاماً فزرعه ، فإن عليه مثله في قول أبي حنيفة ويتصدق بفضله .

وقال أبو يوسف : لا يتصدق بفضله ، ولا بأس بأن ينتفع به قبل أن يرضي صاحبه .

وإنما زال ملك المالك ؛ لأن الغاصب استهلك الطعام ، والاستهلاك يزول به الملك بالاتفاق .

فقد فرّق أبو يوسف بين هذه المسألة وبين الطحن ؛ لأن الطحن ليس بإتلاف ، وإنما هو تغيير لصفة العين والزرع يحترق الحب فيه ، وإنما يتولد الزرع من فعل الله تعالى ، فلم تكن العين موجودة حتى تعلق بها حق المالك .

فأما الفضل فيتصدق به عند أبي حنيفة [ومحمد] ؛ لأنه مال حصل له من وجه محذور ، لم يسقط عنه بدله ، ولا رضي بتضمينه ، فوجب أن يتصدق به كشاة

(١) في ج (ينتفع) .

الأنصاري ، كسائر المحظورات .

لأبي يوسف : أنه ملك العين بالضمان ، فطاب له ربحها ، كما لو ملكه بالعقود .
قال : وكذلك [لو غصبه] نوى غرسه ، واتخذ منه نخلاً ، فهو ضامن لقيمته ،
وكذلك صنوف الشجر ؛ وذلك لأن النوى إذا نبت ، صار مستهلكاً ، فهو كالحب
إذا نبت له .

وقال أبو حنيفة ومحمد في الحنطة إذا طحنها^(١) وما أشبه ذلك : أكره أن
ينتفع به حتى يرضي صاحبه ، وهو أيضاً قول أبي يوسف في القول الذي [قال] :
لا سبيل له عليه ، وعليه حنطة مثل الحنطة ؛ وذلك لأنه حصل له من وجه محظور
على الشرط الذي بيننا ، ولأنه لو أبحنا له الانتفاع قبل الأداء^(٢) والتراضي
بالضمان ، صار ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال ، وهذا لا يصح^(٣) .

فأما أبو يوسف ، ففرق بين هذا وبين الزرع بما قدمنا : أن الحنطة إذا زرعت
هلكت ، وما يتولد من النبات ليس هو العين المغصوبة ، فلم يكره^(٤) الانتفاع به ،
فأما في مسألتنا : فالعين باقية ، وإنما تغيرت صفتها ؛ فلذلك لم يجز له الانتفاع
بها .

وقال أبو يوسف في الودّي إذا غرسه فصار نخلاً : أكره له أن ينتفع به حتى
يرضي صاحبه ، ورخص في الزرع أن ينتفع بما يخرج منه قبل أن يعطي صاحبه ،

(١) في ج (طبخها) .

(٢) في ج (قبل الإجابة بالتراضي) .

(٣) انظر : الأصل ١٢ / ١٤٠ .

(٤) في ج (يكن) .

مثل الحنطة ، وكذلك النوى إذا صار نخلاً .

وإنما قلنا: إن الودّي يملك إذا علق ، والوديّ: هو الفسيل بلغة أهل المدينة^(١) ؛ لأنه إذا غرسه فعلق ، فقد صار تابعاً لملكه ، بدليل أنه يدخل في بيع الأرض على طريق التبّع^(٢) ، والعين المغصوبة إذا صارت تابعة لملك الغاصب على وجه في إزالته ضرر ، سقط حق المالك عنها على ما سنبينه .

ولأنها تغيرت ؛ ولأن الودّي إذا صار نخلاً ، صار فيه من الجّمّار جنسه ، وزال الاسم وعامة المنافع من أسباب التمليك .

فأمّا فرق أبي يوسف بين الودي والنوى في إباحة الانتفاع ؛ فلما ذكرنا أن النوى يعفن ويهلك ويحدث عيناً أخرى ، والودي يزيد في نفسه^(٣) .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن رجلاً لو أخذ شاةً لرجل بغير إذنه . فذبحها ، أو طبخها ، أو شواها ، فإن لصاحبها أن يضمّنه القيمة ، فإن كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى أن يضمّنه ، لم يسع للذي ذبح وشوى أن يأكلها ، وأن يطعم منها أحداً ، ولا يسع أحداً أن يأكل منها حتى يضمّن الذي صنع بها ذلك قيمتها لصاحبها ، فإذا ضمّنه صاحبها القيمة بأمر قاضٍ أو بغير أمر قاضٍ ، وسعه أن يأكلها وأن يطعم من يحب إذا أدّى القيمة أو كانت [ب/٣١٤] ديناً عليه .

قال: وإن لم يضمّن القيمة ، فليصدق بها .

وأما زوال ملك المالك فقد قدمناه ، وأما المنع من الأكل والانتفاع ؛ فلأن

(١) انظر: مختار الصحاح ؛ المصباح المنير (ودى) .

(٢) في ج (البيع) .

(٣) انظر: الأصل ١٢/١٤٠ ، ١٤١ ؛ وأورد الكاساني المسألة بنصها ٧/١٥٣ .

النبي ﷺ أمر أن يتصدق بها، ولو جاز أكلها لتركهم يأكلونها؛ ولأن ذلك يصير ذريعة إلى الغصب على ما قدمنا.

فإن دفع الغاصب قيمتها، حل له الأكل؛ لأن حق المالك سقط باستيفاء البدل، فكأنه باعها وأخذ ثمنها، وكذلك إن أبرأه المالك؛ لأن حقه سقط بالبراءة كما يسقط بالاستيفاء، وكذلك إذا ضمنه المالك القيمة؛ لأنه لما ضمنه فقد ثبت البدل بتراضيهما، فهو كما لو ثبت بالبيع، وكذلك إذا ضمنه الحاكم؛ لأن الحاكم لا يحكم بالقيمة إلا بطلب المالك ودعواه، فكأن المالك ضمن.

قال: فإن أبي أن يأخذ القيمة، وأراد أن يأخذ اللحم وهو مطبوخ، أو مشوي، لم يكن له ذلك؛ لما قدمنا: أن الملك زال، فلم يكن له المطالبة بما ليس على ملكه؛ ولأنه غصب منه شاة، فلا يجبر على تسليم الطعام إليه، كما لو استهلك الشاة.

قال: وإن باع الغاصب اللحم بعدما طبخه وشواه، وكذلك إذا وهبه، أو تصدق به؛ وذلك لأنه ملكه من وجه محذور، فهو ممنوع من الانتفاع به، وإن باعه نفذ^(١) بيعه كالمقبوض على وجه بيع فاسد.

قال الحسن: وقال زفر: إذا طبخه أو شواه، فقد صار مستهلكاً له، وعليه القيمة، وله أن يأكله ويطعمه مَنْ شاء، رضي صاحبه بالقيمة أو لم يرض، وبه يأخذ الحسن.

وقد قال أبو يوسف: إن القياس ما قاله زفر، وإنما منعوا من الانتفاع به استحساناً.

(١) في ج (بعد).

وجه القياس: أنه ملكه بالضمنان ، فهو كالمملوك بالعقد .

وجه الاستحسان: ما روي أن النبي ﷺ أمر بالصدقة باللحم ، فلو جاز الانتفاع به لبين ذلك لهم^(١) ، وخيرهم في الصدقة .

وقد روى محمد عن أبي حنيفة حديث عاصم بن كليب في إملاء الكيساني ، وقال محمد: يعني بالأسرى: المحبوسين ، قال: وبهذا نأخذ ، ألا ترى أن رسول الله ﷺ أمره أن يطعمه الأسرى ، فلو كان لصاحب الشاة في اللحم حق من ارتهان بحقه ، أو غير ذلك على وجه من الوجوه ، ما أمره رسول الله ﷺ أن يطعمه الأسرى ، ولكنه لم [ير له حقاً]^(٢) ، وكذلك نقول .

قال محمد: وكذلك لو غصبه دقيقاً فجعله خبزاً . وهذا صحيح ؛ لأن الاسم زال وأكثر المنافع بصفة حادثة .

قال: وكذلك لو غصب بيضة فحضرها وصارت دجاجة ؛ وذلك لأن البيض يهلك ويتولد الحيوان من فعل الله تعالى ، فصار كزرع الحنطة .

وكذلك لو غصب زيتاً فجعله في بزر له كثير ، فغلب عليه البزر ؛ وذلك لأنه صار مستهلكاً فيه ، ألا ترى أنه لا ينتفع به انتفاع الزيت .

وكذلك لو غصب عُصفرًا فصبغ به ؛ لأنه صار تابعاً^(٣) لملك الغاصب على وجه في إزالته ضرر .

(١) العبارة في ج: (ولو جاز الانتفاع به ، لأكل من ذلك ولم يأمرهم بصرفها إلى الصدقة) .

(٢) في أ (يتركوا حقه) والمثبت من ج .

(٣) في ج (مانعاً) .

وكذلك لو غصب آجرًا أو لبنًا، فبنى به أسَّ حائط، لم يكن له على الحائط سبيل، وضمنه قيمة آجره ولبنه، وهذه مسألة الساجدة إذا أدخلها في البناء، سقط حق مالكتها [عندنا].

وقال زفر والشافعي: ينقض البناء [ويرد] (١).

لنا: أن العين المغصوبة صارت تابعةً لمال الغاصب على وجه في إزالته ضرر، فصار كمن غصب خيطاً فخيّط به جرح عبده، أو جرح حماره، وقد نص الشافعي على هذا.

وكان أبو الحسن رحمته الله يقول: المسألة موضوعة على أنه بنى على [حوالي] الساجدة؛ لأنه غير متعدٍ في البناء على ملكه، فلا ينقض، فأما إذا بنى على نفس الساجدة، نقض بناؤه؛ لأنه تعدى فيه، وكان [أبو جعفر الهندواني وهو ببلخ] (٢) يختار هذا القول.

وقد ذكر في كتاب الصرف: فيمن غصب درهماً فجعله عروة مزادة، سقط حق مالكة، والفضة (٣) لا يسقط حق المالك عنها بالصياغة، وإنما أسقطها بكونها تابعة للمزادة، وذلك لا يكون إلا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي، فدل على أن المسألة على إطلاقها، وأنه لا حق للمالك في الساجدة في الوجهين.

(١) وقال الشافعي: ... وكان على الباني والغارس أن يقلع بناءه وغرسه، فإذا قلعه ضمن ما نقص القلع الأرض، حتى يردّ إليه الأرض بحالها حين أخذها، ويضمن القيمة بما نقصها. الأم ص ٦٢٣؛ انظر: المنهاج ص ٢٩٥؛ رحمة الأمة ص ١٤٢.

(٢) في أ (الهندواني) فقط، والزيادة من ج.

(٣) في ج (والقضيبي).

وجه قول زفر: أن البناء لم يسقط حق المالك؛ بدلالة أن الغاصب لو نقض ورَدَّ الساجدة لم يكن له [عليه] غير ذلك، وإذا لم يسقط حقه عنها، لزم الغاصب تسليمها.

قال: فإن بيعت الدار في حياته، أو بعد وفاته، كان صاحب هذه الأشياء أسوة الغرماء في الثمن، لا يكون له شيء من ذلك دون بقية الغرماء؛ لما بينا أن ملكه زال عن العين، فلم يثبت له حق الإمساك، فصار كالمبيع الذي باعه وسلمه^(١).



(١) انظر: الأصل ١٢/١٣٩، ١٤٥، ١٤٧.

بَابُ الثوب يغصبه الرجل فيصبغه أو يقطعه ويخيظه



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال بشرٌ عن أبي يوسف في إملائه: في رجل غصب من رجل ثوباً، فصبغه بعُصْفُرٍ، أن صاحب الثوب بالخيار: إن شاء سلّم الثوب للغاصب وضمّنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وضمّن له ما زاد العُصْفُرُ في الثوب، وكذلك الزعفران.

وإنما لم يملك الغاصب الثوب بالصبغ؛ لأن الاسم لم يزل، وعامة المنافع باقية.

وإنما ثبت الضمان؛ لأن المالك لا ينتفع به بعد الصبغ كما كان ينتفع به قبله؛ لأنه لم يرض بالتزام بدل الصبغ، فلم يجز التزامه ذلك، فإذا لم يلزمه، فهو بالخيار بين ثلاثة أشياء: إن شاء ضمّن الغاصب قيمة الثوب أبيض؛ لأنه أفسد ملكه وفوت الغرض منه، وإن شاء أخذ الثوب وغرّم قيمة الصبغ؛ لما بيّننا أن الثوب على ملكه، والصبغ [عين] ^(١) مال قائم، فلا يجوز أن يستحقه الغاصب بغير عوض، وإن شاء لم يضمن الغاصب وترك الثوب على حاله، والصبغ للغاصب فيه، فإذا بيع [اقتسم] الثمن على قدر حقهما؛ وذلك لأن الضمان ثبت لحق المالك، فإذا رضي ^(٢) بتركه جاز، وإذا أسقط الضمان صار كأن الريح ألقث الثوب في صبغ رجل، فيكون مشتركاً بين صاحب الصبغ وصاحب ^(٣) الثوب،

(١) في أ (غير) والمثبت من ج.

(٢) في ج (رضي به).

(٣) وهو (غاصب الثوب) كما في ج.

لهذا ثوبه ، ولهذا صبغه ، ولم يذكر أبو الحسن عليه السلام هذا الوجه من الخيار .

قال: فأما في الصبغ بالسواد ، فإن شاء: ضمنه قيمته أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب أسود ولا شيء [عليه] للغاصب .

وقال أبو يوسف: السواد عندي مثل العصفر ، فيعطيه ما زاد [١/٣١٥] السواد فيه ، وهذا قول محمد .

فمن أصحابنا من قال: إنه لا خلاف في هذه المسألة في الحقيقة ؛ لأن أبا حنيفة أجاب [علي] ما شاهد في زمن بني مروان ، أنهم لم يلبسوا السواد ، وكان ذلك نقصاً ، فلم يجب علي [صاحب الثوب ضمان مع النقصان] ^(١) في ثوبه ، وأجابا هما علي ما شهدا من عادة بني العباس ، ولبسهم السواد ، فكان ذلك زيادة في عاداتهم ، فهو كالعُصفُر .

ومن أصحابنا من قال: إن أبا حنيفة أجاب في نوع من الثياب ينقص السواد من قيمته في العادة ، وأجابا هما علي نوع يزيد الثوب في قيمته في العادة .

فالحاصل من هذا: أنه لا خلاف في المسألة ، وإنما يرجع إلى العادة في كل زمان ، فإن كان السواد زيادة ، غرّمه المالك ، وإلا لم يغرّمه .

وأما العُصفُر إذا نقص في الثوب ولم يزد ، فقد روي عن محمد أنه قال: فيمن غصب ثوباً قيمته ثلاثون درهماً ، فصبغه بعُصفُر ، حتى صار قيمته عشرين درهماً: فإني أنظر إلى ما يزيد هذا الصبغ في قيمة ثوب لا ينقص قيمته به ، فإن كان يزيد في ثمنه خمسة ، غرمت الغاصب خمسة دراهم ؛ وذلك لأن الثوب قد

(١) في أ (ضمان الثوب مع النقص) والمثبت من ج .

نقص في قيمته عشرة، وجعل للمالك منها صبغٌ قيمته خمسة، فبقيت خمسة لا شيء في مقابلتها [لا يضمنها]، فيضمنها الغاصب.

فإن كان السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص في قيمة بعض، فيجب أن يكون على ما قاله محمد في هذه المسألة.

قال: ولو كان صاحب الثوب هو الذي صبغ العصفر، فصبغ به ثوبه، كان الثوب له، وهو ضامن كمثل ما أخذ، إن قدر على كيل مثله [يكيل]، أو وزن مثله يوزن، وإن لم يقدر على كيل مثله أو وزن مثله، [فعليه قيمته]^(١) يوم يختصمان إن كان مما يكال أو يوزن، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن، فقيمته يوم أخذه.

قال بشر: وقال أبو يوسف بعد ذلك: [يغرم] قيمته يوم غصبه؛ وذلك لأن الصبغ صار مستهلكاً في الثوب وتابعاً له، ألا ترى أن المالك إذا باع الثوب دخل الصبغ فيه بغير تسمية، ولو باع الصبغ لم يجز، وإذا صار مستهلكاً ضمنه، فإن كان مما يكال أو يوزن وقدر على مثله، ضمن مثله، وإن لم يقدر على مثله، فهو على الخلاف الذي قدمنا فيما ينقطع عن أيدي الناس.

قال: وليس لصاحب العُصْفُر أن يحبس الثوب في شيء من ذلك؛ لأن الثوب متبوع وليس بتابع، فصار الصبغ كالهالك.

قال: والسواد في هذا الوجه بمنزلة الزعفران؛ لأن المالك لما صبغ به ثوبه، فقد استهلكه، فلا فرق بين أن يزيد في قيمة ثوبه أو ينقص.

قال: وقال أبو حنيفة: لو أن ثوباً وقع في صبغ رجل فانصبغ به، ولم يصبغه

(١) في أ (قيمته) والمثبت من ج.

أحد، فإن كان سواداً، فالثوب لرب الثوب، ولا شيء على رب الثوب من قيمة الصبغ، وإن كان زعفراناً، أو عصفرًا، فرب الثوب بالخيار: إن شاء سلّم له ثوبه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء امتنع من ذلك، فبيع [الثوب] ^(١)، فضرب فيه صاحب الصبغ بقيمة الصبغ على حاله في الثوب ناقصاً.

وقال أبو يوسف مثل ذلك في العصفر والزعفران والسواد.

أما إذا صبغ بصبغ له قيمة، فلا ضمان على المالك؛ لأنه لم يوجد منه تعدد في الصبغ، وكذلك لا ضمان على صاحب الصبغ؛ لأنه لم يتعد في الثوب والصبغ [مال] قائم، إلا أنه تابع لمال صاحب الثوب: فإن شاء أعطى قيمة الصبغ وسلّم له ثوبه؛ لأن ملكه متبوع، وإن شاء تركه على الشركة، فإذا بيع، ضرب فيه بقيمة ثوب أبيض؛ لأن الزيادة بالصبغ حصلت في ملك غيره، [فلم] يضرب صاحب الصبغ بقيمة صبغ في ثوب؛ لأن الصبغ ينقص بحصوله في الثوب، وهو إنما يستحق قيمته في الحال، فاعتبرت قيمته على نقصانها.

فأمّا السواد، فليس بزيادة عند أبي حنيفة، فلا يضمن صاحب الثوب لأجله شيئاً.

قال: وكذلك السمن يختلط بالعسل، والسمن بالسويق ^(٢)، والسويق هاهنا بمنزلة الثوب، والسمن بمنزلة الصبغ؛ وذلك لأن السويق متبوع، والسمن تبع، ألا ترى أنه يدخل في بيعه بالإطلاق.

(١) في أ (ذلك) والمثبت من ج.

(٢) والسويق: ما يُعمل من مدقوق الحنطة والشعير، وجمعه: أسوقة. انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (سوق).

قال: وكذلك المِسْك^(١) يخلط بالدهن ، فالدهن بمنزلة الثوب ، والمسك بمنزلة الصبغ إذا كان الدهن يصلح خلطه مع المسك ، ويكون زيادة فيه .

فإذا كان دهنًا لا يصلح خلطه بالمسك ، فهو فساد ، والقول فيه مخالف لما وصفت لك ؛ وذلك لأن المسك إذا اختلط بالأدهان الطيبة ، زاد في قيمتها ، وصار تابعاً لها ، فهو كالسمن في السوق .

فأما إذا اختلط بالأدهان الممتنة ، استهلك فيها ولم يزد في قيمتها ، فلا يعتد

به .

قال: ولو أن رجلاً غصب من رجل ثوباً فصبغه بعصفر لآخر ، ثم ذهب الفاعل فلم يعرف ، كان القول في هذا كالقول في الذي اختلط بغير فعل أحد ، أدعُ القياس [في هذا] وأستحسن .

وجه القياس: [أن الذي صبغ الثوب ، ملك الصبغ وثبت عليه حق الضمان ، فلم يكن لصاحب الصبغ على ما في الثوب سبيل ، وهو على ملك غيره .

وجه الاستحسان^(٢): أنه لما لم^(٣) يعرف الذي تعلق به الضمان سقط حكمه ، وكان الثوب وقع في صبغ بالربح .

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً غصب عُصْفُراً فصبغ به ثوب^(٤) نفسه وباعه ،

(١) «المِسْكُ: ضرب من الطَّيِّب يُتَّخَذُ مِنْ ضَرْبٍ مِنَ الْغَزْلَانِ ، الْقِطْعَةُ مِنْهُ مِسْكَةٌ ، وَالْجَمْعُ مِسْكٌ» .
المعجم الوجيز (مسك) .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ج ، حيث سقطت من أ .

(٣) في ج (أنه لما تعرف) .

(٤) في ج (ثوباً بعينه) .

وحضر^(١) صاحب العصفر، فلا حق له على المشتري من قبل أن حقه على الغاصب إذا كان معروفاً، فإن كان مجهولاً فقد وصفت لك الاستحسان؛ وذلك لأنه لما صبغ به الثوب ملكه، فإذا باعه جاز بيعه، فلم يكن لصاحب الصبغ سبيل على المشتري مع صحة البيع.

قال: ولو أن رجلاً غصب ثوباً فصبغه بعصفر نفسه، ثم باعه وغاب، ثم حضر صاحب الثوب والمشتري، فإنه يقضى بالثوب لصاحب الثوب، ويستوثق منه، ولا يدفع إليه الثوب، ويكون ذلك [الشقص]^(٢) لصاحب العصفر إذا حضر، وينتقض البيع فيما بين البائع والمشتري؛ لأن الثوب متبوع، والصبغ تبع، فلم يملكه الغاصب بالصبغ، فإذا باعه لم يصح بيعه، ووجب تسليم الثوب إلى صاحبه، إلا أنه يستوثق لصاحب الصبغ؛ لأنه عين مال له، فلا يجوز للقاضي أن يسلمه إلا بعد الاحتياط بالكفالة [٣١٥/ب].

قال: ولو أن رجلاً اغتصب ثوباً وعصفرًا لرجل واحد، فصبغه، فالمغصوب بالخيار: إن شاء أخذ الثوب مصبوغاً وأبرأ الغاصب من الضمان في العصفر والثوب، وهذا استحسان ليس بقياس، لا ينبغي في القياس [أن يأخذ في] العصفر، ولكنه يضمن للغاصب عصفرًا مثله، ويعطيه هو ما زاد العصفر في الثوب، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب وعصفرًا مثل العصفر ويسلم ذلك كله إليه.

وإنما يثبت له حق التضمين؛ لأنه استهلك الصبغ فملكه، فوجب عليه مثله، وصار كمن صبغ ثوب غيره بصبغ نفسه، فللمالك أن يضمه قيمة الثوب.

(١) في ج (وخط).

(٢) في أ (البقصة).

وأما وجه القياس إذا اختار المالك أخذ الثوب: فلأن الغاصب ملك الصبغ بالاستهلاك، فكأنه صبغ بصبغ نفسه، فيغرم له المالك زيادة الصبغ، ويرجع عليه بمثله.

وجه الاستحسان: أن الصبغ خلط لأحد المالكين بالآخر، ومال الإنسان لا يصير مستهلكاً بماله، وإنما يدخل نقصاً فيه، فإذا اختار الأخذ، فقد أبرأ من النقص، فجائز.

قال: فإن كان العصفير لرجلٍ، والثوب لآخر، فرضياً أن يأخذ الثوب مصبوغاً كما أخذه الواحد حيث كان له، فليس لهما ذلك، ولكن [لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب] ^(١) ويرد على الغاصب ما زاد الصبغ فيه، ويتبع صاحب العصفير الغاصب بعصفير مثل عصفيره؛ وذلك لأنه لما صبغ الثوب بالعصفير، صار مستهلكاً له، ووجب عليه [مثله]، فلم يكن لصاحبه [عليه] سبيل.

وليس كذلك إذا كانا لواحد؛ لأن مال الإنسان لا يصير مستهلكاً بخلطه بماله، وإنما يصير ناقصاً؛ فلذلك كان لصاحب الثوب أخذه.

وقال أبو حنيفة: في الرجل يغصب الثوب فيفتله أو يغسله، فلصاحب الثوب أن يأخذه، ولا شيء للغاصب؛ وذلك لأن الفتل أو الغسل ليس بزيادة عين مال فيه، وإنما الفتل تغيير صفة أجزائه، والغسيل إزالة الوسخ عنه وردّه إلى لون القطن.

فأما الصابون والأشنان، فلا يبقى له عين في الثوب، وإنما يتلف، فلا يكون للغاصب ضمانه.

(١) في أ (لصاحبه أن يأخذ) والمثبت من ج.

قال: وكذلك إذا قطعه قميصاً أو قباء ولم يخطه ، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمة ثوبه وسلَّمه إليه ، وإن شاء أخذ الثوب مقطوعاً وأخذ النقصان معه ؛ وذلك لأن القطع نقصان كثير ، ألا ترى أنه لا يجيء منه بعد القطع ما كان يجيء منه قبله ، وإذا كثر النقصان كان للمالك تضيمن القيمة ؛ لأنه لم يرض أن يكون على ملكه إلا ما ينتفع به الانتفاع بالثياب ، وإن شاء ضمَّنه النقصان ؛ لأنه لم يستهلكه استهلاكاً تاماً ، ولا اتصل بزيادة ، والمماثلة فيه غير معتبرة .

وقال أبو حنيفة: إن خاطه الغاصبُ قميصاً ، فلا سبيل لصاحبه عليه ، وعلى الغاصب قيمة الثوب ، وكذلك لو جعله قباءً أو جُبَّةً ؛ [وذلك] لأن الاسم زال ، وأكثر المنافع بزيادة صفة^(١) من جهة الغاصب ، فصار كشاة الأنصاري .

قال: وكل ما صار عليه في ضمانه في هذا الوجه ، فليس يحبس [شيئاً] مما ضمن رهناً بذلك ، ولكن يسلم له ويتبع بالضمان ، وهذا قول أبي حنيفة ، وقد قدمنا هذه المسألة في خلاف أبي يوسف إذا طحن الحنطة .

وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد: في رجل غصب من رجل خوصاً فجعله زنبيلاً ، قال: فلا سبيل للمغصوب عليه ؛ وذلك لأن الاسم زال ، وأكثر المنافع لزيادة صنعة من الغاصب .

قال: وإن غصب نخلة فشققها جذوعاً ، كان له أن يأخذ ذلك الجذع ؛ وذلك لأن الاسم لم يزل ، وإنما تفرقت الأجزاء ، فصارت كالثوب إذا قطعه .

قال: ولو غصب شاةً فذبحها ، كان له أن يأخذ اللحم ، وهذا قول أبي

(١) في ج (صنعة) .

حنيفة ؛ لأن الذبح تفريق الأجزاء ، كقطع الثوب .

فأما الكلام في تضمين النقصان ، فقد تقدم على روايتين .

قال : وإن غصبه لحمًا فشواه ، أو طبخه ، فإن أبا حنيفة قال : لا سبيل له عليه .

وقال أبو يوسف : له أن يأخذ اللحم المشوي بغير شيء ، ويأخذ المطبوخ ويعطيه ما زاد [التابل] ^(١) فيه والطبخ ، كذا قال ابن سماعة عن محمد عن أبي يوسف .

وروى ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل رواية محمد عن أبي حنيفة .

قال : وإذا شوى اللحم أو طبخه ، [لا سبيل] ^(٢) لصاحبه عليه ، وعلى الذي فعله ^(٣) به قيمته ، وكذلك قال أبو يوسف .

أما أبو حنيفة ، فذهب إلى ما قدمنا من حديث شاة الأنصاري .

وأما أبو يوسف ، فذهب إلى أن العين باقية ، والشوي ليس بزيادة مال فيها ، فصار على أصله ، كطحن الطعام .

فأما إذا طبخ بالتوابل ، فذلك زيادة مال في اللحم ، فصار كالصبغ في الثوب ، ويجب على قياس هذا القول إذا طبخه أن يأخذه ولا شيء عليه ؛ لأنه

(١) في أ (البائع) والمثبت من ج .

والتابل : من تَبَّلَ الطعام ، جعل فيه التَّابَلَ : أبازير الطعام ، والجمع توابل . انظر : المعجم الوجيز (تبل) .

(٢) في أ (قال) والمثبت من ج .

(٣) في ج (جعله في قيمته) .

ليس هناك زيادة مال ، فهو كالشيء^(١) .

وقال ابن سماعه عن محمد: إن غصبه مصحفاً فنقطه ، قال: صاحبه بالخيار: إن شاء أعطاه ما زاد ذلك [عليه وفيه تنقطه]^(٢) ، وإن شاء ضمَّنه قيمته غير منقوط ؛ وذلك لأن النقط زيادة في المصحف لها أثر^(٣) ، فحلت محل الصبغ في الثوب .

وروى مُعلّى عن أبي يوسف: أن صاحبه يأخذه ولا شيء عليه ؛ لأن النقط ليس بزيادة مال ولا معنى متقوم ، وإنما يتقوم فيه المنفعة ، ولا قيمة لها إلا بعقد .

ولو غصب ثوباً فقصره ، كان لرب الثوب أن يأخذ الثوب ولا يعطيه شيئاً ؛ لأن القصارَةَ ليست بزيادة عين في الثوب ، وإنما هو ردُّ له إلى لون القطن ، وما استعمله من الصابون والأشنان متلفٌ لا عين له ، فلم يبق إلا المنافع ، ولا قيمة لها بنفسها .

ولا يقال: إن القصار له أن يحبس الثوب بالأجرة ، فقد جعلوا القصارَةَ كالعين ؛ لأن الحبس إنما يثبت في العمل الذي له أثر ، والضمان إنما يجب في العين القائمة دون الأثر .

قال: ولو غصب داراً فجصصها ثم ردّها ، قيل لصاحبها: اعطه ما زاد التجصيص فيها ، إلا أن يرضى [صاحب الدار]^(٤) أن يأخذ الغاصب حصّه ؛ وذلك لأن الجصّ^(٥) عين مال قائم يمكن أن ينفصل من الدار ، إلا أنه صار تابعاً

(١) انظر: الأصل ١٣٤/١٢ ، ١٣٩ وما بعدها .

(٢) في أ (فيه) والمثبت من ج .

(٣) في ج (أرش) .

(٤) في أ (صاحبه) والمثبت من ج .

(٥) «الجصّ: ما تُطلى به البيوت من الجير» . المعجم الوجيز (جص) .

لها على وجه في إزالته ضرر ، ولا يجوز أن يستحقه المغصوب بغير عوض ، فكان بالخيار: إن شاء ضمن له قيمته ، وإن شاء مكنه من أخذه .

قال: وإذا غصب الرجل من الرجل خمرًا فخللها ، فلصاحبها أن يأخذها ، وهذا إنما يعني به في خمر المسلم ؛ لأنه لا يقدر على تضمين الغاصب [الخمر] ؛ لأنها ليست بمالٍ له ، إلا أنها كانت على ملكه ، ألا ترى أن المسلم يملك الخمر على أصل أبي حنيفة [1/316] إذا وكل ذميًا بشرائها .

وعلى قولهم جميعاً: إذا اشتراها عبده المأذون النصراني ، وإذا عجز مكاتبه النصراني ، وإذا اتخذ من العصير خلاً ، فصارت خمرًا قبل ذلك .

فإذا كانت على ملكه وقد استحالت خلاً من غير مالٍ من جهة الغاصب ، ألا ترى أن الملح الذي يطرحة فيها مستهلك لا عين له ، فكأنها استحالت بنفسها خلاً ، فتكون لصاحبها .

قال بشر عن أبي يوسف وقال أبو حنيفة: في رجل غصب من رجل جلدًا [قد تغير] ودبغه ، فإن كان الجلد جلد ميتة ، فصاحبه بالخيار: إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ ، وإن شاء سلّمه ولا شيء له ، وإن كان ذكيًا: فإن شاء ضمنه قيمته ، وإن شاء أخذه ورد عليه ما زاد الدباغ .

أما الجلد الذكي إذا غصبه فدبغه: فإن دبغه بما لا قيمة له مثل الماء والتراب والشمس ، فلصاحبه أخذه ولا شيء عليه ؛ لأنه ليس فيه عين مال من جهة الغاصب ، (وإنما هناك منافع وهي غير متقومة ، فليس له أن يضمن الغاصب) (١)؛

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج .

لأن الجلد بحاله لم يدخله نقص ، فلم يلزم مالكة غرم .

فأما إذا دبغه بما له قيمة ، مثل [الشَّثَّ] ^(١) والقَرَّظ [والعَفْص] ، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ ، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه ؛ لأن الدباغ بما له قيمة عين مال قائم في الجلد ، فصار كالصبغ في الثوب .

وأما إذا غصب جلد ميتة ودبغه بما لا قيمة له ، فلصاحبه أخذه ؛ لأنه استحال مالاً على حكم ملكه من غير زيادة من جهة الغاصب فيه ، وهذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها .

وأما إذا ألقى صاحب الميتة الميتة في الطريق ، فأخذ رجل جلدها فدبغه ، فقد قالوا: إنه لا سبيل له على الجلد ؛ لأن إلقاءها في الطريق إباحة لأخذها ، فلا يثبت له الرجوع ، كإلقاء النوى .

وإن دبغه بما له قيمة ، فلصاحبه أن يأخذه ويغرم له ما زاد الدباغ ؛ لأن الجلد صار مالاً بمال الغاصب ، وهو عين قائمة ، فلا يجوز نقلها بغير عوض ، وليس له أن يضمه قيمة الجلد ؛ لأنه غصبه ، ولا قيمة له .

قال: ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديماً ، أو زقاً ، أو دفتراً ، أو حراباً ، أو قربةً ، أو فرواً ، لم يكن للمغصوب على الجلد سبيل ولا خيار ، فإن كان الجلد ذكياً ضمن الغاصب قيمته ، وإن كان ميتةً فلا شيء عليه ؛ وذلك لأنه أزال الاسم

(١) في أج (الشيت) والمثبت من المصباح ، حيث قال الفيومي: «الشَّثَّ - بالثاء المثلثة -: وهو شجر

مثل التفاح الصغار ، وورقه كورق الخلاف يدبغ به» . (الشبّ) .

«والقَرَّظُ: ورق السَّلَم يدبغ به» . المعجم الوجيز (قرظ) .

«والعَفْصُ: معروف ويدبغ به ، وليس من كلام أهل البادية» . المصباح (عفص) .

وأكثر المنافع بصفة حادثة، فحل محل الثوب إذا خاطه.

فإن كان الجلد ذكياً، فله قيمة عند الغصب، فيضمنها^(١)، وإن كانت ميتة فلا قيمة له عند الغصب، ولا حق للمغصوب في العين، فسقط الضمان.

وقال في الأصل: في الرجل يغصب الخمر وهي لرجل مسلم، فيستهلكها، قال: لا ضمان عليه؛ وذلك لأن الخمر ليست بمال للمسلم، ولا قيمة لها في حقه، ومن أتلف ما ليس بمتقوم لم يضمن.

قال: فإن جعلها خلاً، فلربها أن يأخذها، وهذا على ما بينا.

قلت: وكذلك لو غصبه جلد ميتة، فدبغه، فلرب الجلد أن يأخذه، وهذا على التفصيل الذي قدمناه.

قال: فإن غصبه عصيراً فصار خمراً، والمغصوب مسلم، فله أن يضمه قيمة العصير ولا يتعرض للخمر، فإن وجد العصير وقد صار خلاً، فله أن يضمه قيمته ولا يتعرض للخل، فإن شاء أخذ الخل ولم يضمه قيمة العصير.

ولم يذكر في هذا الموضع أنه يرد ما زاد الدباغ، وهو قولهم جميعاً، وإنما أراد أن الدباغ لا يمنع صاحب الجلد من أخذه.

فأما العصير إذا غصبها، فهي عين مال له قيمة، فإذا صارت خمراً فقد هلكت في يد المسلم، فله أن يضمه القيمة، وإنما ذكر القيمة في الأصل؛ لأنه (وضع الأمر على أنهما تخاصما بعد)^(٢) حين العصير.

(١) في ج (قبضها).

(٢) سقطت من ج.

فأما إذا قدر على عصير ، فإنه يضمه مثله ، وأما إذا صار خلاً ، فهي مال المسلم ، إلا أن الصفة قد تغيرت ؛ لأن العصير ينتفع به ما لا ينتفع بالخل ، فكان المغصوب منه بالخيار: إن شاء أخذها مع نقصانها ، وإن شاء أخذ مثل عصيره .

وقال في رجل مسلم غصب رجلاً مسلماً خمراً ، فجعلها خلاً ، ثم استهلكها ، قال: عليه خل مثله ؛ وذلك لأنه لما جعلها خلاً ، كان لصاحبها أخذها على ما قدمنا: أنها استحالت مالاً على غير ملكه من غير زيادة مال من جهة الغاصب ، فإذا استهلكها الغاصب ضمن مثلها ، كما لو^(١) لم يتقدم الغصب .

قال: فإن غصبه جلد ميتة ، فدبغه ثم استهلكه ، فلا شيء عليه .

قلت: من أين اختلفا؟ قال: من قبَلِ أنه يأخذ الخل ولا يغرم شيئاً ، ولو وجد الجلد مدبوغاً أخذه وغرم ما زاد الدباغ فيه .

(وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الغاصب قيمة الجلد مدبوغاً ، ويعطي صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه)^(٢)(٣) .

قال: وكذلك قال في الجامع الصغير ، وهذا على وجهين: إن دبغه بما لا قيمة له ، فهلك عنده بعد الدباغ ، فلا ضمان عليه ؛ لأن الدباغ ليس باستهلاك منه ، ولو ضمن لضمن بالغصب ، ولا قيمة له عند الغصب^(٤) .

وإن استهلكه ضمن في قولهم ؛ لأن الجلد صار مالاً ، وهو على حكم ملك

(١) في ج (إذ لم) .

(٢) سقطت من ج .

(٣) انظر: الأصل ١٢/١٤٠، ١٤١ .

(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ، ص ٥٣٧ .

صاحبه ، فإذا أتلفه الغاصب ، ضمن قيمته بالإتلاف ، كما لو ابتدأ ذلك من غير غصب متقدم .

فأما إذا دبغه بما له قيمة ، فهلك عنده ، فلا ضمان عليه في قولهم ؛ لأن الدباغ ليس بإتلاف من الغاصب ، فيتعلق به الضمان ، والغصب المتقدم لا يتعلق به ضمان لأجل الجلد^(١) .

وأما إذا استهلكه ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ؛ وذلك لأنه لا يخلو: إما أن يضمن قيمته مدبوغاً ، أو غير مدبوغ ، ولا يجوز تضمينه غير مدبوغ ؛ لأن الجلد غير متقوم في ذلك الوقت ، فلا يجوز تضمينه مدبوغاً ؛ لأن الدباغ مال للغاصب ، لو لم يكن حين استهلك الجلد لم يضمن ، فلا يجوز أن يضمه لأجل ماله ، فلم يبق إلا سقوط الضمان .

وأما هما قالوا: يضمن قيمته مدبوغاً ، ويأخذ ما زاد الدباغ فيه ؛ وذلك لأنه أتلفه ، وهو مال لمالكه ، ألا ترى أنه كان له أخذه ، والإتلاف سبب للضمان ، فكأنه ابتدأ إتلافه من غير غصب ، ويغرم المغضوب ما زاد الدباغ فيه ؛ لأن ذلك قد سلم له حين أخذ عوضه ، فكأنه أخذ الجلد قبل الاستهلاك .



(١) في ج (لأن الجلد لا قيمة له) .

بَابُ الضمانِ بِالخَلْطِ

—•••••—

قال ابن سماعه في نوادره: في رجلين أودع كل واحد منهما رجلاً ألف درهم، فخلط المودع المالين جميعاً، فاختلطا، قال: [ب/٣١٦] أبو حنيفة: لا سبيل لهما على أخذ هذه الدراهم، ولهما على المودع مثلها.

وقال محمد: هما بالخيار: إن شاء أحذا ألفين سوى هذين، وإن شاء أحذا هذين الألفين فاقتسماها نصفين.

لأبي حنيفة: أن الخلط استهلاك، بدلالة أن للمالك حق التضمين مع بقاء العين، فلولا أنها في حكم المستهلك، لم يثبت له حق الضمان، والاستهلاك يُسقط حق المالك؛ ولأنه معنى يمنع من وصول المالك إلى عين ملكه، فصار كالهلاك.

وجه قولهما: أن العين باقية، (وإنما دخلها نقص بالشركة)^(١)، فالمالك بالخيار: إن شاء أحذاها مع النقص، وإن شاء ضمّن الخالط.

وقال محمد: لا يسع المودع أخذ هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها إلى أصحابها، ألا ترى أنه لو غصب ألفين من رجلين، من كل واحد ألفاً، ثم خلط ذلك، لم يسعه أكل ذلك، ولا يحل له حتى يؤدي مثلها إلى أصحابها، وهذا

(١) في ج (دخلها بعض ما ليس له).

ظاهر على أصل محمد؛ لأن عنده أن حق المالك لم يسقط عنها، فلا يجوز للخالط التصرف في ملك غيره [عنده].

فأما على أصل أبي حنيفة: فقد زال ملك المالك عنها، فقوله: لا يحل له أكلها، إنما يعني به: لا يحل له أن يشتري بها ما يؤكل؛ لأن التصرف فيها ممنوع منه ما لم يؤد العوض.

فأما أكل ما اشترى بها فهو حلال؛ لأنهم قالوا: فيمن غصب ألفاً فاشترى بها ثوباً، وسعه أن يلبسه؛ لأن الشراء^(١) لم يقع بعينها، وإنما وقع بمثلها في ذمته.

وقالوا: ولو اشترى بالدرهم المغصوبة دنانير، لم يحل له أن يتصرف في الدنانير؛ لأن الدرهم إذا استحقت وجب رد الدنانير [المغصوبة؛ لأن] بدلها لم يقبض في المجلس، فصارت كالمقبوضة ببيع فاسد، [فيمنع من التصرف فيها].

وقالوا: لو تزوج بها امرأة، وسعه أن يطأها؛ لأن العقد لم يقع على الدرهم.

وقالوا: لو غصب ثوباً فاشترى به جارية لم يسعه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه؛ لأن الثوب يتعين بالعقد، فإذا استحق رجوع بائع الجارية فيها، فصار كالمقبوضة ببيع فاسد، فلا يحل وطؤها.

ولو تزوج بالثوب المغصوب، حل له وطء الزوجة؛ لأن الثوب لو استحق لم يفسخ النكاح، ووجب عليه قيمته، فلم يمنع من الوطاء.

وهذا يبين أنما عني بتحريم الأكل في مسألتنا: تحريم التصرف بها فيما يؤكل، فأما أكل العوض فمباح على أصلهم.

(١) في ج (لأن المشتري).

قال: فإن أودعه [رجل] شعيراً، وأودعه آخر كُرٍّ^(١) حنطة، فخلطهما، فهو ضامن من مثل الحنطة لصاحبها، ومثل الشعير لصاحبه، وهذا على الخلاف الذي قدمنا، عند أبي حنيفة: لا سبيل للمودعين على العين؛ لأن المودع ملكها بالخلط، وعلى قولهما: لهما حق التضمين للعين الذي دخل في مالهما بالشركة، ولهما أن يأخذا العين.

فإذا باعها أو سمى [اقتسما] الثمن على قيمة الحنطة [غير] مخلوطة بالشعير، وعلى قيمة الشعير غير مخلوط [بالحنطة]؛ وذلك لأن اختلاط الحنطة بالشعير عيب فيها، وصاحبها إنما يستحق بدلها في الحال وهي [غير] معيبة، فيضرب بقيمتها على تلك الصفة، واختلاط الشعير بالحنطة يوجب زيادة فيه، وتلك الزيادة من ملك الغير، فلا يجوز لصاحب الشعير أن يضرب بها؛ فلذلك يضرب بشعير غير مختلط.

وقال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً خلط دراهمه بدراهم آخر، أو طعامه بطعام آخر، كان الخالط ضامناً، وكان ذلك له.

وإن مات الغاصب وعليه دين، ضرب المغصوب في ذلك مع غرماء الغاصب؛ وذلك لأن ملك المغصوب زال عنده عن العين، وانتقل إلى ذمة الغاصب، فصار في العين كسائر الغرماء.

وهذا على ما قدمنا في مسألة الحنطة إذا طحنها: أنه ليس لصاحبها حق الحبس.

(١) «الكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وجمعه أكرار، قال الأزهري: الكُرُّ: ستون قفيزاً، والقفيز: ثمانية مكايك، والمكوك: صاع ونصف، قال: فالكر على هذا الحساب: اثنا عشر وسقاً، وكل وسق ستون صاعاً». المغرب (كرر).

وقال الحسن في إثر حكايته عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً جاء بماء فصبّه في دهن لرجل، أو زيت، أو سمن، فنقصه ذلك من جودته، وزاد في كيله، كان لصاحبه أن يضمه قيمته قبل أن يصب فيه الماء؛ وذلك لأن الدهن المختلط بالماء لا مثل له، فيغرم مثله، فإذا لم يكن له مثلٌ غرم قيمته، ولا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء؛ لأنه لم يكن منه غصب متقدّم للخلط، فيضمن مثله في تلك الحال.

قال: فإن اغتصبه إياه وهو زيت أو سمن، وصب الغاصب فيه ماء وهو في يده، كان لصاحبه أن يضمه كيلاً مثل كيله، ولم يكن له أن يضمه القيمة؛ لأنه قد تقدم منه على الخلط سبب يتعلق به الضمان، وهو الغصب، فاستند الضمان إليه، وهو في تلك الحال له مثل، فيضمن مثل كيله.

قال: ولو أن رجلاً غصب من رجل كُرّاً من طعام، فأفسده فصب الماء فيه، وزاد في كيله، فلصاحب الطعام أن يضمه قيمته قبل أن يصبّ فيه الماء، وليس له أن يضمه طعاماً مثله، وهذا كله على قياس قول أبي يوسف، وبه نأخذ، ووجهه ما ذكرناه في الزيت.

وقال الحسن: قال أبو يوسف: لو أن رجلاً غصب رجلاً كُرّاً طعام، فخلطه بطعام له قليل أو كثير، ثم احترق ذلك الطعام، فعلى الغاصب طعام مثله، وإن كان قائماً بعينه وقد خلطه بطعام، كان صاحب الطعام بالخيار: إن شاء أخذ قيمته [مثله] الطعام الذي اغتصبه، وإن شاء كان شريكاً معه في ذلك الطعام [بقدر] (١) طعامه، كان طعامه الغالب أو طعام الغاصب، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة.

(١) في أ (مثل) والمثبت من ج.

والأول أثبت عندنا: وهو أنه لا سبيل له على المختلط ، وهذه رواية أخرى عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ومحمد .

وأما إذا أخلط ، ثم احترق ، فقد دخل في ضمانه بالخلط في قولهم ، فإذا هلك ، كان عليه مثله .

وقال الحسن: لو أن رجلاً جاء بكرّ حنطة ، فصبّه على طعام رجل ، وهو مثله في الكيل والجودة ، كان شريكاً معه في ذلك الطعام بقدر طعامه .

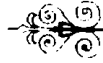
فإن سُرقَ الطعام ، لم يكن لواحد منهما على صاحبه ضمان ؛ وذلك لأنه لا يجعله مستهلكاً بالخلط في هذه الرواية ، ولم يجعله غاصبها ؛ لأن النقل لم يوجد ، فإذا هلك لم يضمن .

قال: وإن كان صبّ الكُرّ على قفيز^(١) من حنطة ، ثم سُرق الطعام ، فإن أبا يوسف قال: يضمن الذي صب الكر مثل القفيز . وفيها قول آخر: أنه شريك بقدر طعامه .

وإن سرق الطعام ، لم يكن لواحد منهما على صاحبه ضمان ؛ وذلك لأنه إذا صبّ كُرّاً على قفيز ، فالقليل تابع للكثير ومستهلك فيه ، فدخل في ضمانه .

والحسن يقول: إن الجنس لا يصير مستهلكاً في جنسه ، ولم يوجد النقل [فلم يضمن مال] ، فإن صبّ قفيزاً على كُرّ ، لم يضمن وإن سُرق في

(١) «القفيز: مكيال ، وهو ثمانية مكايك ، والجمع: أقفزة وقفزان» . المصباح (قفز) . والفقيز الشرعي = ١٢ صاعاً ، وهو يساوي عند الحنفية ٤٠,٣٤٤ لترًا = ٣٩١٣٨ غراماً من القمح . وعند غيرهم = ٣٢,٩٧٦ لترًا = ٢٦٠٦٤ غراماً . معجم لغة الفقهاء (قفز) .



القولين ؛ لأن الكثير لا يصير تابعاً للقليل ، ولا مستهلكاً فيه .

قال: فإن صبّ رديئاً على جيّد فأفسده ، فهو ضامن لكيل مثل الجيد ، سُرق الطعام أو كان قائماً ؛ (وذلك لأنّ خلط الرديء بالجيد يُوجب عيباً فيه .

قال: فإن صب على رديء جيّداً ، كان شريكاً بقدر الذي صبّ) ^(١) ؛ لأن [خلط] الرديء لا يتعيب بخلط الجيد .

قال: وإن ضاع الطعام ، فلا ضمان لواحد منهما على صاحبه .

وكذلك الزيت إذا صبه على زيت ، أو غصب زيتاً من رجل فصَبّه على زيت له ، كان بمنزلة الطعام ، وهذا كله على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ، وبه نأخذ .

وهذا إنما يعني به: على قياس قوله في وجوب الضمان .

فأما كفيته: فإذا صب على الطعام الجيد الطعام الرديء ، فيجب أن يضمّنه قيمته ؛ لأنه لا مثل للطعام المختلط .



(١) ما بين القوسين ساقطة من ج .



بَابُ

اختلاف الغاصب والمغضوب



[قال أبو الحسن]: (قال ابن سماعه عن أبي يوسف)^(١): إذا اختلف الغاصب والمغضوب فيما غصب، أو في صفته، أو في قيمته، فالقول قول الغاصب في ذلك كله مع يمينه، ولا يصدق المغضوب أن يلزم الغاصب بدعواه أنه أخذ من يده شيئاً والغاصب يجحد ذلك؛ لأن الأصل براءة ذمة الغاصب، فالقول قوله في براءة ذمته، إلا أن يثبت غير ذلك؛ ولأن من في يده شيء فالظاهر أنه ملكه، فإذا ادّعاه غيره لم يقبل قوله إلا بيّنة^(٢).

فإن قال المغضوب: غصبتني هذه الأمة التي في يدك، وقال الغاصب: بل غصبتك هذا العبد، أو قال: هذا الثوب، وقال الغاصب: هذا الثوب الآخر، فالقول قول الغاصب، وكذلك سائر الأعيان؛ وذلك لأن المدعي يدّعي غصب الجارية، وصاحب اليد ينكر، والأصل أن لا غصب، فالقول قول صاحب اليد، وقد اعترف صاحب اليد بالعبد للمدعي، فرد اعترافه، فسقط.

قال: وكذلك لو اختلفا في صفة^(٣) المغضوب، فقال: غصبتك هذا العبد وهو أعور، وقال المغضوب: غصبتك صحيحاً، أو قال: غصبتك هذا الثوب وبه هذا الخرق، أو فيه هذا الأثر، وادّعى المغضوب أنه غصبه صحيحاً لا أثر به ولا

(١) ساقطة من ج.

(٢) انظر: الأصل ١٢/١٣٣.

(٣) في ج (صرفه).

خرق ، فالقول قول الغاصب ؛ وذلك لأنه لو أنكر الغصب كان القول قوله ، فإذا اعترف بشيء دون شيء فالقول قوله ؛ ولأنه يزعم أنه غصب عبداً ناقصاً ، والمغصوب يدعي عليه غصب عبد كامل ، فالأجزاء التي يختلفان فيها غير مغصوبة في الأصل حتى يثبت غضبها .

قال: ولو أقر الغاصب في جميع هذه الوجوه بما ادّعى المغصوب ثم قال: قد رددت ذلك [عليك] ^(١) ، أو رددت ما لزمني من الضمان ، وقبضته ، لم يصدق على ذلك ، فالقول قول المغصوب أنه لم يقبض منه ، ولم يرد عليه مع يمينه ، إلا أن يقيم الغاصب البيّنة ؛ وذلك لأن الغاصب اعترف بالضمان ، وادعى سقوطه ، وذلك معنى حادث ، فلا يقبل قوله إلا ببيّنة ^(٢) .

قال: ولو أقرّ الغاصب أنه غصبه عبداً صحيحاً ، أو ثوباً ، وأن المغصوب جنى عليه ، وأحدث ذلك في العبد بفعله ، فإنه لا يصدق ، ويضمّن ما نقص العبد أو الثوب بعد أن يحلف المغصوب ^(٣) ما فعل ذلك ؛ وذلك لأنه اعترف بالضمان للعبد الكامل ، وادعى البراءة من ضمان جزء منه يتناول الملك له ، فهو كما لو ادّعى أن المالك أخذ جميع العبد .

قال: فإن أقام الغاصب البيّنة أنه قد ردّه عليه ، وأن [العيب] ^(٤) الذي في المغصوب أحدثه صاحبه فيه بعد غضبه ، قُبِلت بينته وبرئ من ذلك ؛ لأنه ادّعى البراءة من الضمان ، وأقام البيّنة على ذلك ، فتقبل بيّنته .

(١) في أ (عليه) والمثبت من ج .

(٢) انظر: الأصل ١٢/١٣٤ .

(٣) في ج (يختلف المغصوب فيما هل ذلك) .

(٤) في أ (الغصب) والمثبت من ج .

قال: ولو غصبه دابة، فأقام ربُّ الدابة البينة أن الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب البينة أنه ردّها إليه، فالبينة بينة المغضوب، وعلى الغاصب القيمة، ولا يبرأ منها؛ وذلك لأنه لا تنافي بين البينتين؛ لأنه يجوز أن يكون^(١) ردّ الدابة ثم ركبها الغاصب فتلفت، فيكون ذلك غصباً مبتدأً، فإذا لم تتنافى البينتان، وجب الضمان.

قال: وكذلك لو شهدت شهود رب الدابة أن الغاصب قتلها، وشهدت شهود الغاصب أنه قد ردّها إليه، فعلى الغاصب القيمة، وهذه رواية الأصل، وقد بيّنا وجهها^(٢).

وقال في موضع آخر من الأصل: أرأيت الرجل يغصب الدابة، فيقيم صاحبها البينة أنه غصبه^(٣) إياها، وأنها نفقت عنده، قال: فلا ضمان عليه، وهذا غير مخالف للأول؛ لأنهم لم يشهدوا أنها نفقت عند الغاصب من عمله حتى تكون الشهادة بغصب مبتدأ، وإنما شهدوا على مجرد الموت، ولم يعلموا بالرد، وشهود الرد عرفوا معنى حادثاً، فشهادتهم أولى.

قال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً غصب رجلاً عبداً، فشهدت شهود الغاصب أن رب العبد قبضه منه، فمات عنده، وشهدت شهود المغضوب أن العبد مات عند الغاصب، كان الغاصب ضامناً للقيمة، لا تبرئه منه البينة على دفع العبد. وهذا مخالف لما في الأصل، ووجهه: أن شهادة شهود المغضوب بموته

(١) في ج (رب الدابة ركبها).

(٢) انظر: الأصل ١٢/١٤٥.

(٣) في ج (أنه ردّها إليه).

في يد الغاصب شهادةً بثبوت يده عليه بعد الرد، وكأنهم شهدوا بغصبٍ مبتدأً. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه يجوز أن يكون عرفوا الغصب والموت، فاستصحبوا يد الغاصب حين لم يعرفوا الردَّ، فقالوا: مات عنده، فالرجوع إلى من أثبت الرد أولى.

قال أبو يوسف: ألا ترى أن شهود المغضوب لو شهدوا أن فلاناً غصب هذا العبد من فلان، فمات عنده، وشهدت شهود الغاصب أن العبد مات في يد مولاه قبل الغصب، لم ينتفع بهذه الشهادة، وكان الغاصب ضامناً له؛ وذلك لأن الشهادة على موت العبد في يد مولاه لا يتعلق بها حكم، فسقطت؛ لأن الشهود عرفوا يد المولى والموت، ولم يعرفوا الغصب، فشهدوا أنه مات في يد المولى، فشهادة من عرف الغصب أولى.

وقال أبو يوسف [٣١٧/ب]: رأيت لو شهد شهود المغضوب أن الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة، وشهدت شهود الغاصب أنه كان يوم النحر بمكة، أو العبد شهد على أحدهما، يعني: على أحد هذين المعنيين، وأثبتوا، لم تكن هذه الشهادة في البراءة باطلاً، والضمان للغاصب لازم؛ وذلك لأن شهادة شهود الغاصب بكونه يوم النحر بمكة، لا يتعلق بها حكم، فسقطت، وتعلق الضمان بالأخرى.

وقال محمد في الإملاء: إذا أقام المغضوب البينة أنه مات في يد الغاصب، وأقام الغاصب البينة أنه مات في يد المغضوب، فالبينة بينة الغاصب؛ وذلك لأنه قد أقرَّ بالغصب، والموت عنده لا يتعلق به الضمان، وإنما يتعلق بالغصب، فلا معنى لإقامة البينة على الموت، ألا ترى أن قيمته لو زادت بعد الغصب لم

يضمنها بالموت ، وإذا سقط إقامة البينة على الموت في يد الغاصب ؛ لأنها لا تفيد إلا ما أفاده إقراره بالغصب ، بقيت بينة الغاصب على موت العبد في يد مولاه ، فبرئ من الضمان ، وهذا مثل رواية الأصل^(١) .



(١) انظر: الأصل ١٢/١٢٥، ١٢٦.

بَابُ الرجل يغصبُ الشيءَ في بلدٍ فيطالبُ به في غيره



قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف رضي الله عنه قال: في رجل غصب عبداً فذهب به إلى أفريقية^(١)، فلقبه المغصوب، فخاصمه، فهو بالخيار: إن شاء أخذ عبده بعينه، وإن شاء أخذ قيمة عبده في الموضع الذي غصبه [منه].

وكذلك إن كان نُورَة، أو جَصًّا، أو شيئاً مما يكون عليه مثله، فهو بالخيار: إن شاء أخذ متاعه بعينه، وإن شاء مثله في الموضع الذي غصبه إياه.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أن من غصب شيئاً في بلد، وطولب [به] في بلد آخر، فهو على وجهين: إما أن يكون الغصب في جنس الأثمان، أو في غيرها، فإن غصبه دراهم أو دنانير في بلد، فالتقيا في بلد آخر، فطالبه بها، فعليه تسليمها إليه، وليس لصاحبها أن يطلب قيمتها وإن اختلف سعرها؛ لأن الدراهم والدنانير هي الأثمان في كل مكان، ولا تختلف باختلاف الأماكن، والمطالبة بها في مكان الغصب وفي غيره سواء.

فإن شاء المغصوب أخذها، وإن شاء أصر المطالبة؛ لأنها حق له.

وأما إذا كان الغصب في غير الأثمان، فالتقيا في بلد آخر، فإن كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب وقيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان

(١) في ج (أرمينية).

الغصب أو أكثر ، فللمغصوب أخذها ، وليس له أن يطالب بقيمتها ؛ لأن الغاصب أزال يده عن العين ، وفوّت مقدار قيمتها من ملكه ، والقيمة متساوية ، فإذا ردها عليه في هذا المكان ، فلم يفوت شيئاً من ملكه ؛ فلذلك لم يكن له إلا العين .

فأما إن كان سعرها في هذا المكان أقل من سعرها في مكان الغصب ، [فالمغصوب بالخيار: إن شاء طالب بقيمتها في مكان الغصب] ، وإن شاء أخذها ، وإن شاء انتظر حتى يأخذها في البلد الذي غصب فيه ؛ وذلك لأن الغاصب فوّت عليه بالغصب مقداراً من ماله ، لا يعود برد العين إليه ، فكان له أن يعدل إلى قيمتها ، كما لو دخلها عيب ، وله أن يأخذها ؛ لأنه يُسقط حقه من النقصان ، وله أن ينتظر ؛ لأن المطالبة ثبتت لحقه ، فإذا أخذها جاز .

ولا يقال: إن العين إذا كانت باقية ، فتفاوتت الأسواق في البلاد كنقصان^(١) السعر في البلد الذي غصب فيه ، ولو وجدها في ذلك البلد ، لم يكن له إلا العين وإن نقص سعرها ، فكذاك هذا ؛ وذلك لأنها إذا وجدت في المصر الذي غصبت فيه وقد نقص سعرها ، فنقصان السعر لا يعود إلى فعل الغاصب ، ولا يتعلق بالعين .

وأما في مسألتنا ، فتفاوتت السعر حصل بسبب من جهة الغاصب ، وهو نقلها من بلد إلى بلد ، ولو تركها في البلد الأول لم ينقص حق صاحبها ؛ فلذلك ثبت للمغصوب الخيار .

وأما إذا كانت العين هالكة ، فلا يخلو: إما أن يكون سعرها في المكان الذي

(١) في ج (كيف كان البيع) .

التقيا كسعرها في المكان الذي غضب ، أو أكثر ، أو أقل ، فإن كان قيمتها أقل من قيمتها في مكان الغصب ، كمن غضب تمرًا ببغداد واختصما بالبصرة ، فالمغصوب بالخيار: إن شاء أخذ تمرًا مثله ، وإن شاء أخذ قيمة التمر ببغداد يوم غضبه .

وإن شاء انتظر حتى يأخذه ببغداد ؛ [وذلك] لأن التمر يختلف بين البلدين لأجل الحمل والمؤنة ، وقد فوّت عليه الغاصب التمر ، وهو زائد القيمة ، فلم يكن له أن يدفع إليه تمرًا ناقص القيمة لمعنى يتعلق بفعله ، ولا يجوز أن يلزم المغصوب التأخير إلى بغداد ؛ لأنه يستتضر بذلك ، فلم يبق إلا القيمة ، وليس يمتنع في المكيلات والموزونات أن يعدل إلى القيمة ، إذا لم يتمكن من استيفاء الحق إلا بها ، كما يعدل في قيمة إذا لم يتمكن من استيفاء الحق إلا بها ، كما يعدل في قيمة القلب من جنسه إلى غير جنسه ؛ لأننا لا نقدر على استيفاء قيمة الصياغة إلا بذلك .

وللمغصوب أن يؤخر المطالبة حتى يستوفي الثمن ببغداد ؛ لأن له حقًا في المثل ، حتى يعيد الغاصب يده على الوجه الذي أزالها .

وأما إذا كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر من القيمة في مكان الغصب ، كمن غضب تمرًا بالبصرة ، فاختصما ببغداد ، فالغاصب بالخيار: إن شاء أعطى تمرًا [مثله] ، وإن شاء أعطى قيمته بالبصرة ؛ لأنه يستتضر بدفع المثل ببغداد مع تفاوت قيمته ، ولم يثبت للمالك حق إلا في الاستيفاء بالبصرة ، فوجب أن يعدل إلى القيمة بالبصرة حتى لا يضر بواحد منهما .

فإن اختار الغاصب دفع المثل ، فقد التزم أكثر مما عليه ، فجاز .

وإن اختار المغصوب تأخير المطالبة إلى البصرة فله ذلك ؛ لأن له حقاً في المطالبة بالعين ، ولا يمكن ذلك ببغداد ، فكان له الصبر حتى يستوفي في نفس ما تعلق حقه به .

وأما إذا كانت قيمته في مكان الخصومة كقيمته في مكان الغصب ، فللمغصوب أن يطالب بالمثل ؛ لأنه لا ضرر في ذلك على الغاصب ، فكأنه طالبه به في المكان الذي غصبه [فيه ، ومسائل الباب تترتب على الأقسام التي ذكرنا] .



بَابُ مَا يَكُونُ قَبْضًا لِلْغَضَبِ



[أ/٣١٨] قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا غضب الرجل شيئاً، ثم إن المَغْضُوبَ أحدث في الشيء الغضب حدثاً، أو فعل فيه أو به فعلاً، لو كان فعله في ملك غيره صار به غاصباً ضامناً، فإن المَغْضُوبَ إذا فعل مثل ذلك في الغضب، كان قابضاً [له]، وبرئ الغاصب منه، مثل أن يكون الغضب عبداً فيستخدمه المَغْضُوبَ، أو ثوباً فيلبسه المَغْضُوبَ، أو دابةً فيركبها، فإنه قد صار بذلك قابضاً للغضب، وبرئ الغاصب منه؛ وذلك لأن الفعل الذي يصير به غاصباً يوجب ثبوت يده على العين، وثبوت يد المالك على العين المَغْضُوبَةَ يوجب سقوط ضمان الغاصب لزوال يده عنه، ألا ترى أن من نازع رجلاً في دابة وهو راكبها، أو في ثوب هو لابسها، أو في عبد يستخدمه، كان القول قوله، فدل على أن هذه المعاني يد وتصرف، فَتُسْقِطُ ضمان الغضب.

قال: وسواء عَرَفَ [ذلك] ^(١) المَغْضُوبَ منه أو لم يعرف؛ لأن تصرفه يوجب سقوط الضمان، وذلك لا يختلف بالعلم والجهل، كالبراءة.

ولأنه لو تصرف في ملك غيره وهو لا يعلم صار غاصباً، فكذلك إذا تصرف في ملك نفسه وهو لا يعلم، صار قابضاً.

قال: ولا يكون الغاصب غاصباً له بالغضب الأول [أبداً]، إلا أن يحدث

(١) في أ (دليل) والمثبت من يـ .

غصباً مستقلاً؛ وذلك لما بيننا أن تصرف المالك أسقط ضمان الغصب، فلا يعود إلا بعود سببه.

قال: وكذلك لو كان الغصب طعاماً، فأكله المغصوب وهو يعرفه أو لا يعرف، أو أطعمه إياه الغاصب، أو كان ثوباً فلبسه المغصوب، أو ألبسه إياه الغاصب، وهو يعرفه أو لا يعرفه، فقد برئ منه الغاصب؛ وذلك لأنه إذا أكله، فقد ثبتت يده عليه عند الأكل، وثبوت اليد يبرئ الغاصب من الضمان.

فأما إذا أطعمه إياه، سقط ضمانه عندنا، وقال الشافعي: لا يسقط^(١).

لنا: أن الطعام قد سلم له في الأكل، فلو رجع على الغاصب ببذله لسلم له العوض والمعوض فيما يصح تملكه بالمعاوضات، وذلك لا يصح.

قال: ولو أن المغصوب أخذ العبد من الغاصب لخدمه، أو الثوب ليلبسه، أو الدابة ليركبها، فقبل الغاصب بالإجارة، فإن الغاصب بريء من ضمان العبد حتى تجب عليه الأجرة بالإجارة، وذلك مع قبض ما وقعت عليه الإجارة؛ وذلك لأن الأجرة إذا وجبت انتفى ضمان الغصب؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان^(٢).

وقد قالوا: في الغاصب إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه ليبنى له حائطاً معلوماً، سقط [ضمان] الغصب حين يبتدئ بالبناء؛ لأن الأجرة لا تجب بالتخلية، وإنما تجب بالعمل، وسقوط الضمان يتعلق بوجود الأجرة.

(١) انظر: الأم ص ٦٢٣.

(٢) انظر: الأصل ٢/٢٣١.

فأما في الاستخدام، فوجوب الأجرة يحصل مع وجود التخلية في أول المدة المعقود عليها، فإذا حصل ذلك، وجبت الأجرة، فسقط الضمان.

ولهذا قال أبو الحسن: إن الضمان يسقط مع قبض ما وقعت عليه الإجارة، ومعلوم أن العبد في يد الغاصب، فهو له قابض، إلا أنه قد [يعقد على مدة] (١) في المستقبل، فلا يكون القبض قبض الإجارة حتى تأتي المدة.

وتحمل المسألة على أنه استأجرها في الحال، إلا أن الدار ليست بحضرتها، فلا يبرأ من ضمان الغصب حتى يسكنها أو يتمكن من سكنها، فترك ذلك مع القدرة.

وقد قالوا: في المغصوب إذا زوج جارية الغصب من الغاصب، برئ من ضمانها في الحال في قول أبي يوسف؛ لأنها صارت بنفسه بالتزويج، ولم يبرأ في قياس قول أبي حنيفة.

وهذا فرع على اختلافهم في البيع: أنه هل يصير قابضاً بالتزويج أم لا؟

قال: ولو كان المغصوب استأجر الغاصب حتى يُعَلِّم العبد الخبز أو الكتابة، فذلك جائز، وهو في يد الغاصب على ضمانه، لا يبرئ من الضمان باستئجاره، فإن هلك في يده بعد ذلك، وقد أخذ في تعليمة أو لم يأخذ (٢)، ضمن قيمته.

وكذلك لو كان الغصب ثوباً، فاستأجر صاحب الثوب الغاصب أن يفتله، فهو جائز، ولا يخرج ذلك من الضمان، ولو ضاع عنده كان ضامناً في قول من

(١) في أ (يفعله على هذه) والمثبت من ج.

(٢) في ج (أخذ في تعليمة أو لم يكن).

[لا] ^(١) يضمّن الأجير المشترك، كذا روى ابن سماعه عن محمد؛ وذلك لأن استئجار الغاصب على تعليم العبد وقتل الثوب لا يقتضي ثبوت يده عليه؛ لأنه قد يُوقع العمل فيه وهو في يد المولى وداره، فلم يبرأ بذلك من الضمان.

وليس كذلك إذا استأجر الدابة ليركبها؛ لأن العقد يقتضي تسليم الدابة إليه لتجب الأجرة بالتسليم؛ ولأنه استؤجر في مسألتنا على إيقاع فعل في العين، وذلك لا يوجب زوال يد الغاصب، فبقي حكمها في الضمان.

وأما في مسألة الدابة، فإنه عقد له على الركوب، وذلك لا يكون إلا بزوال يد الغاصب، وتجديد الإجارة يسقط الضمان.

فأما قوله في الثوب إذا هلك عنده أنه ضامن له في قول من لا يضمّن الأجير المشترك: فصحيح؛ لأن من لا يضمّن الأجير يتصور على مذهبه بقاء الضمان بالغصب؛ إذا لو ارتفع ضمان الغصب لم يضمّن بالإجارة.

فأما على قول من ضمّن الأجير المشترك، فلا يتصور زوال يد الغاصب إلا أن يكون هناك حريق غالب، أو لصوص غالبون، وإلا فالشيء مضمون على الأجير كما هو مضمون على [تبيين] الغاصب؛ فلذلك بنى أنه مضمون على قول من لا يضمّن الأجير.

قال: ولو أن رجلاً في يده كُرّان، اغتصبه رجلٌ أحدهما فذهب به، أو سرقه رجل، ثم إن المغصوب أودع الغاصب أو السارق الذي سرق الكرّ الباقي في يده، فعمد السارق إلى كرّ الوديعه أو الغاصب فخلطه بالكرّ الغصب، ثم ضاع

(١) في أ (يضمّن) والمثبت من ج.

ذلك كله ، فإنه يضمن مثل الكرّ الذي غصب ، ولا يضمن الكرّ الوديعة من قبل الخلط ؛ [وذلك] لأن خلطه مال الإنسان بماله لا يوجب ضماناً على الخلط إذا كانا على صفة واحدة ؛ لأن المعنى الموجب للضمان عند أبي حنيفة: أن المالك لا يتوصل إلى عين ماله ، وعلى قولهما: المعنى الموجب هو العيب الحاصل بالشركة ، وذلك لا يوجد في ملك الإنسان ، فلم يجب الضمان بالخلط ، فيبقى أحد الكرّين أمانة ، والآخر مضموناً .

فإذا هلكا ، فحكمهما بعد الخلط كحكمهما إذا هلكا قبله .

قال محمد: وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم وديعة في كيس ، فأخذ منها خمسمائة ، فذهب ، ثم ردها بعد أيام ، فوضعها في الكيس الذي أخذها منه [ب/٣١٨] فضاعت ، فإنه يضمن الخمسمائة التي كان أخذ ، ولا يبرأ منها بردها من قبل أنه لا يكون راداً لها إلا بدفعها إلى صاحبها ، ولا يضمن بالخلط شيئاً .

أما ضمان الخمسمائة التي أخذها ، فيجب أن يكون محمولاً على أنه أخرجها من المصر ، فصارت في ضمانه على الرواية التي قالوا: ليس للمودع أن يسافر .

فأما إذا أخذها بنية الغصب ، لم يكن ضامناً لها ؛ لأنه يملك بالأخذ والنقل ، ومجرد النية لا يتعلق به ضمان .

فإذا صارت مضمونة [عليه بالوجه] ^(١) الذي ذكرنا ، لم يبرأ من ضمانها إلا بردها على المالك أو على من قام مقامه ، فإذا خلطها لم يضمن الباقي بالخلط ؛

(١) في أ (على الوجه) .

لأنه مال واحد على ما قدمناه.

وهذه مسألة مُشكِّلة؛ لأنها تخالف أصليين مشهورين، أحدهما: أن الوديعة بنية الغصب لا يتعلق به الضمان، فإن حملت المسألة على أنه أخرج المال من المصر في إحدى الروايات، فقد ترك أصلاً آخر؛ لأن المودع إذا تعدى ثم أزال التعدي برئ من الضمان.

وقد قال: إنه يضمن الخمسمائة وإن رَدَّها، فالأولى أن يحمل المسألة على أنه أخذ الخمسمائة، فطولب بها، فجحدها، فصار ضامناً، والجاحد لا يبرأ إلا بالرد على المالك، فإذا خلطها لم يضمن الباقي؛ لأنهما لمالك واحد، وضمن المجحود خاصة^(١).



(١) انظر: الأصل ١٢/١٤٤.

بَابُ غضب الصبي والمدبرِ والمكاتبِ وأم الولد



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال بشر عن أبي يوسف: في رجل غضب صبياً حرّاً من أهله، فمرض في يديه، فإن أبا حنيفة قال: لا ضمان عليه، فإن لم يمرض ولم يمت ولكنه عقره سَبْعُ فقتله، أو نهشته حيّة فمات، فإن على عاقلة الغاصب الدية.

[قال الشيخ]: وجملة هذا إن الحر لا يضمن بالغضب صغيراً كان أو كبيراً؛ لأن ضمان الغضب يقتضي التمليك، والحر لا يصح فيه التمليك؛ ولأنه ضمان يتعلق بالقبض كضمان البيع الفاسد، ويضمن بالجناية؛ لأن الجناية إتلاف.

وإذا ثبت هذا، فمتى مات الصبي بسبب لا يختلف باختلاف الأماكن، فلا ضمان على الغاصب لما بيننا أنه لا يضمنه باليد، وإن مات بسبب يختلف باختلاف الأماكن، فالضمان على عاقلته؛ لأن الصبي لا يقدر على حفظ نفسه، فلما حمله إلى هذا المكان، فقد قربه من سبب الجناية، فكأنه ألقى عليه الحية، فالضمان على عاقلته؛ لأنه من ضمان الأسباب كحفر البئر.

قال: ولو قتل الصبي رجلاً خطأ في يد الغاصب، فإن للأولياء أن يتبعوا أيهما شأؤوا: فإن شأؤوا اتبعوا الغاصب بالدية، وإن شأؤوا القاتل؛ (وذلك لأن القتل يختلف باختلاف الأماكن؛ لأن الصبي لو كان في أهله دفعوا عنه القاتل، فقد ثبت للأولياء الضمان من وجهين على عاقلة الغاصب لتقريبه الصبي من سبب

التلف ، وعلى عاقلة القاتل^(١) بمباشرته القتل ، فكان لهم الخيار في المطالبة .

فإن قيل : إن الغاصب إذا كان كفاعلي السبب ، سقط ضمانه مع المباشرة ، وصار كالممسك ، والقاتل ، وكحافر البئر ، ومن دفع أخذ فيها ؛ وذلك لأن الغاصب وإن كان كفاعلي السبب ، فإن المباشرة التي حصلت من القاتل كأنها منه ، ألا ترى أنه قرب إليها ، فكأنه أخذ السيف وألقاه عليه .

قال : فإن اتبعوا الغاصب رجع على القاتل ؛ وذلك لأنهم أقاموه مقام أنفسهم فيما كان لهم من الضمان ، فإن اتبعوا القاتل ، لم يرجع على الغاصب ؛ لأن حاصل الضمان عليه .

قال : وكل هذا الضمان على العاقلة ؛ لأنه ضمان جنائية .

قال : ولو أن الصبي قتل نفسه ، أو وقع في بئر ، أو وقع عليه حائط فمات ، فالغاصب ضامن ، وعلى عاقلته الدية ؛ لأن هذا يختلف باختلاف المواضع .

فأما قتله لنفسه : ففيه خلاف ، وقد ذكره في آخر الباب .

قال : وللغاصب أن يرجع على صاحب الحائط إن كان تقدم إليه ، وعلى^(٢) عاقلته الدية ؛ وذلك لأن حاصل الضمان على صاحب الحائط ؛ لأنه كالمدافع له عليه .

قال : ولو قتله رجل عمدًا ، كان أولياء الصبي بالخيار : إن شاؤوا اتبعوا القاتل عمدًا فقتلوه ، وبرئ الغاصب ، وإن شاؤوا [تركوه] واتبعوا الغاصب بالدية

(١) ساقطة من ج .

(٢) في ج هنا (رجع عاقلته على عاقلته) .

على عاقلته، ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمداً، ولا يكون لهم القصاص؛ وذلك لأن الغاصب قَرَّب له إلى القتل عمداً، فثبت عليه الضمان بتقريبه، وثبت القصاص على القاتل بقتله، فللأولياء الخيار.

فإن ضَمَّنُوا الغاصب، رجع بالدية في مال القاتل؛ لأنه قام مقام الأولياء في الضمان، ولا يجوز أن يثبت له القصاص؛ لأنه ليس بولي للصبي؛ ولأن الدية وجبت بالقتل، ويستحيل أن يجب به القصاص، وصار استحقاق الدية على الغاصب شبهة في القصاص، فانتقل في مال القاتل، ويقام الغاصب مقام الأولياء في استيفائه.

قال: ولو أن الصبي قُتِل في يد الغاصب رجلاً، فرده على أبيه، وضمن عاقلة الصبي دية الرجل، لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء؛ وذلك لأن الصبي لا يضمن باليد، فلا يضمن جنايته، وإنما يضمن الغاصب الجناية عليه، ولم يوجد ذلك.

قال أبو يوسف: وكان ينبغي في القياس أن لا يضمن الغاصب الصبي الصغير على حال من الحالات؛ لأنه ليس بمال، إلا أن يقتله، إنما ضمنه بالاستحسان؛ لأنه يفتح أن يغصب الرجل صبياً صغيراً فيقتل عنده، أو يصيبه أثر (١) دابة أصابته أو بئر سقط فيها، أو غرق في يده، ثم أبرأه من ضمانه.

فكانه بنى أن القياس ينفي الضمان، وإنما استحسنت في تضمينه ما كان جناية على الصبي، فأما جانب الصبي فعلى أصل القياس.

(١) في ج (آفة).

قال: ولو قتل الصبي نفسه يضمنه الغاصب، كلُّ شيءٍ أتى على نفسه بوجه من الوجوه، أو على بصره، أو يده، أو رجله: فالغاصب ضامن له ما خلا الموت، أو أمر ينزل به من السماء ليس فعل الناس، فإن هذا لا يضمنه الغاصب.

قال: وإذا قتل الصبي نفسه، فضمنه الغاصب [١/٣١٩] لم يرجع الغاصب على عاقلة الصبي، وكذلك لو أركبه دابة فألقى نفسه منها.

قال ابن سماعه: وسمعتُ محمداً يقول في الصبي إذا قتل نفسه، أو طرح نفسه من الدابة، قال: لا ضمان عليه.

لأبي يوسف: أن قتله لنفسه يمكن أهله حفظه منه، فكان من ضمان الغاصب، كقتل الغير له؛ [ولأنه لما ضمن الجناية عليه، ضمن جنايته على نفسه كالعبد.

وجه قول محمد]: ولأنه لو ضمن جنايته على نفسه، ضمن جنايته على غيره، كالعبد، فلما لم يضمن جناية الصبي على غيره، كذلك على نفسه.

فأما قول أبي يوسف: أن الغاصب لا يرجع على عاقلة الصبي بما غرم؛ فلأن الصبي لا يثبت حكم جنايته على نفسه، وإذا لم يتعلق بذلك حكم الضمان، لم يجب على العاقلة.

قال: ولو غضب رجل رجلاً مدبراً له، فمات المدبر في يد الغاصب، ضمن قيمته في قول أصحابنا جميعاً، وهو في ضمان الغاصب بمنزلة ضمان العبد؛ وذلك لأن المدبر لرقبته قيمة؛ بدليل أنه يسعى لحق الغرماء ولحق الورثة، فصار كالعبد.

قال: فإن غصب أم الولد، فماتت في يده، لم يضمنها في قول أبي حنيفة إذا ماتت ميتة نفسها.

قال محمد: قال أبو حنيفة: أم الولد ليست بمال؛ لأنها لا تباع في دين بعد موت مولاها، وأنها حرة من جميع المال.

قال محمد: فإن غصبها غاصب، فماتت في يده ببعض ما وصفت لك أنه يضمن في الصبي الحر، فإن قياس قول أبي حنيفة: أن الغاصب يغرم قيمتها حاله في ماله، وذلك قولنا وقول أبي يوسف؛ لأن أبا حنيفة كان يضمن الصبي الحر، وليس بمال، فأمر الولد أحق أن يضمن؛ لأنها أقرب إلى أن تكون مالاً من الصبي الحر، وهذا كله قول أبي حنيفة وقياسه، وهو قول أبي يوسف وقولنا، يعني في ضمان الصبي.

فأما أم الولد، فهي عندهما بمنزلة الأمة، تضمن كما تضمن الأمة التي ليست بأمر ولد في الغصب.

أما ضمان أم الولد بالغصب، فقد بيناه في البيوع، وقد ذكرنا وجه قول أبي حنيفة أن المولى لا يملك منها إلا المنافع؛ بدلالة أنها لا تسعى بعد موته بحال، والمنافع إذا تلفت لا قيمة لها.

وجه قولهما: أن حق الحرية ثبت لها كالمدبرة، ف ضمانه ضمان الغاصب^(١).

فأما قياس محمد لأم الولد على الصبي الحر، وقوله: إنها تضمن بما يضمن به الصبي. فليس بصحيح؛ لأن الصبي يضمن؛ لأنه لا يقدر على حفظ نفسه،

(١) في ج بدل هذه العبارة: (وذلك لا يمنع ضمان الغصب).

وهذا لا يوجد في أم الولد.

(وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل غضب رجلاً أم ولد، أو مكاتباً، أو مدبراً، فمات عنده، قال: على الغاصب قيمة ذلك، وهذا صحيح على أصل أبي يوسف: أن حق الحرية لا ينافي ضمان الغصب.

قال: ولو باعه أم ولد، أو مدبرة، أو مكاتب، فماتت في يد المشتري، فإنه يضمن قيمة المدبر ولا يضمن قيمة المكاتب ولا أم الولد، وهذا قول أبي حنيفة^(١).

وقال ابن سماعة: وروي عن أبي يوسف أنه قال في ذلك كله: يضمن.

وقال ابن سماعة في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في رجل غضب أم ولد رجل، فماتت في يده، قال: لا ضمان عليه، وإن غضب مدبرة فماتت في يده، فهو ضامن لقيمتها.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن في أم الولد كما يضمن في المدبرة.

وعن أبي حنيفة: في رجل باع أم ولد له أو مدبرة له رجلاً، فماتت في يد المشتري، قال: لا ضمان عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن قيمتهما جميعاً في الغصب والبيع، أما الغصب، فقد بيناه.

وأما [مسألة] البيع، فوجهه ما ذكره أبو الحسن: أن ضمان البيع الفاسد

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج.



ضمان الغصب ، والمدبرة تضمن بالغصب ، وأم الولد لا تضمن ، فكذلك البيع .
 وأما وجه ما ذكره في الجامع الصغير ؛ فلأن المقبوض في البيع الفاسد لا
 يضمن باليد فحسب ، وإنما يضمن بالتسليط على الملك ، والتسليط^(١) يحصل
 بالقبض ، [وكذلك] التسليط إنما يحصل فيما يملك بالعقود .

فأما ما لا يملك فلا يتعلق به الضمان ، كما قالوا فيمن اشترى بميتة أو دم
 وقَبَضَ ، فإنه لا يضمن إذا هلك ؛ لأنه ليس في مقابلته بدل ، فلم يوجد تسليط
 على ملك ؛ ولأن الغصب يضمن به ما لا يضمن بالعقود ، فيجوز أن يضمن
 المدبرة بالغصب وإن لم يضمن بالعقد ، وأما المكاتب ؛ فلأنه في يد نفسه ، فلا
 يضمن باليد كالحر^(٢) .



(١) في ج (لا يحصل) .

(٢) انظر: الأصل ٤٤٤/٦ ، ٥١٣ .

بَابُ

يجمع مسائل مختلفة أغفلها أبو الحسن رحمه الله تعالى



قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: إذا غصب الرجل عيناً من الأعيان، فعيبها، وادّعى هلاكها، فإنه يحبس حتى يمضي من الزمان مدة لو كانت في يده لأظهرها؛ وذلك لأن حق المالك متعلق بالعين، فإذا ادّعى هلاكها والظاهر بقاؤها، فيريد أن يسقط حقه من العين وينقله إلى القيمة، فلا يصدق، وإذا لم يقبل قوله في هلاكها، فقد منع من رد مُستحق مع القدرة، فيحبس، فإذا تصادقا على هلاكها، أو قامت بيّنة بذلك، أو مضى من الزمان مدّة لو كانت باقية لأظهرها، (قضي بالقيمة؛ لأن العين تعذر ردها، ولا مثل لها، فوجبت قيمتها.

فإن اختلفا في القيمة فقول^(١) الغاصب، وعلى المغصوب البيّنة؛ وذلك لأن الغاصب هو الذي يلزمه الضمان، فالقول قوله في مقداره.

وإن قضي عليه بالقيمة بيّنة أقامها المدعي أو بنكول الغاصب، ثم ظهرت العين، فلا سبيل لصاحبها عليها؛ لأن الضمان من أسباب التملك عندنا، فقد ملكها بالضمان، ورضي المغصوب بالقيمة التي [ادّعاها]^(٢)، ألا ترى أن [المالك]^(٣) يقضى عليه بدعوى المدعي.

(١) ما بين القوسين سقطت من ج.

(٢) في أ (أداها) والمثبت من ج.

(٣) في أ (البازل) والمثبت من ج.

وأما إذا قضي عليه بقوله ، ثم ظهرت العين وقيمتها مثل ما قال الغاصب أو أقل ، فلا سبيل لصاحبها عليه ؛ لأنه استوفى البدل ، ولم يظهر فيه زيادة .

وأما إذا كانت القيمة أكثر مما قال الغاصب ، فللمغضوب الخيار ؛ وذلك لأنه لم يستوف بدل العين^(١) الذي ادّعاه ، ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل ، فكان له الخيار .

وكان أبو بكر الرازي يقول: إن هذا محمول على أن هذه الزيادة لا تجوز أن تكون مما تحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور .

فأما إن كانت مما تجوز أن تحدث ، وادعى الغاصب أنها حدثت ، وادعى المغضوب أنها كانت ، فالقول قول الغاصب ؛ لأن التملك قد صحّ ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال الغاصب ، فلا يفسخ التملك بالشك .

قال [٣١٩/ب] أبو بكر: وهذا الذي يقتضيه قياس قولهم عندي ، ولا رواية عنهم .

ومن أصحابنا من قال: إنه لا رواية في العين إذا ظهرت وقيمتها مثل ما قال الغاصب ، هل يثبت للمالك خيار أم لا ؟ وهو موضع محتمل .

وقد قال محمد في الغصب ما يدل على أنه يثبت له الخيار ؛ لأنه قال في تعليل مسألة القيمة إذا كانت ناقصة: لأن المالك لم يستوف ما ادّعاه من القيمة ، وهذا يدل على أن القيمة وإن كانت تامة ، فالخيار ثابت له ؛ لأنه لم يستوف ما قال من القيمة .

(١) في ج (الغصب) .

ووجه ذلك: أن المغصوب كالمُكره على نقل حقه من العين إلى بدل لم يرض به، والمكره يثبت له الخيار في الفسخ.

وذكر أبو يوسف في الإملاء ما يدل على أنه لا خيار له؛ لأنه قال في تعليل مسألة نقصان القيمة: لأن المالك لم يستوف القيمة بكمالها، وهذا (يدل على أنه إذا استوفى، لا خيار له).

والوجه في ذلك: أن المالك رضي^(١) بالقيمة حين طالب بها، ومطالبتها بمقدار قيمة العين صحيحة، ومطالبته بما زاد عليها لا تصح، فكأنه طالب بمقدار قيمة العين، وسلم له ذلك، فلا يثبت له خيار.

قال أصحابنا: إذا استهلك المسلم خمرًا على ذمي، ضمن قيمتها، وكذلك الخنزير، وقال الشافعي: لا يضمن^(٢).

لنا: ما روي أن عمر بن الخطاب كتب إلى عامله: اقتلوا الخنازير واحتسبوا لأربابها من الجزية، ذكر أبو عبيد في كتاب الأموال: وهذا بحضرة من الصحابة من غير خلاف.

ولأن الخمر شراب لهم، فإذا أتلفه متلف، ضمنه كسائر شرابهم.

وقد قالوا فيمن أتلف صليباً على نصراني: ضمن قيمته صليباً؛ لأننا أقررناهم على هذا الصنيع، فصار كالخمر التي أقررناهم عليها.

وقد قال أصحابنا: إن الذمي يمنع من كل ما يمنع منه المسلم، إلا شرب

(١) ساقطة من ج.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١١٩؛ المنهاج ص ٢٩٢؛ رحمة الأمة ص ١٤٤.

الخمير وأكل الخنزير ؛ لأننا استثنيناه بالأمان .

قال: ولو غنّوا وضربوا بالعيدين ، منعناهم من ذلك كما نمنع المسلمين ؛ لأنه لم يُستثن بعقد الأمان .

قال: ولو أتلّف ذمي على ذمي خمراً ، ثم أسلم المغصوب ، ثم الغاصب ، أو أسلما معاً ، سقطت الخمر ؛ (وذلك لأن المطالبة ببدلها بعد الإسلام يقتضي تملكها ، والمسلم لا يجوز له أن يملك الخمر)^(١) ولا يملكها .

وإذا سقطت المطالبة بسبب من جهة صاحب الحق ، سقط الحق كما تسقط بالبراءة .

وأما إذا أسلم الغاصب وحده ، أو أسلم الغاصب ثم أسلم المغصوب ، سقطت الخمر في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف .
وروى زفر ومحمد وعافية عن أبي حنيفة: أنها لا تسقط ، وهو قول محمد وزفر .

وجه رواية أبي يوسف: أن الخمر سقطت المطالبة بها بالإسلام ، فصار كإسلام المغصوب ؛ ولأن تضمين المغصوب المسلم قيمة الخمر يقتضي تملكها منه ، ألا ترى أن الغصب أوجب الضمان بشرط التملك ، والمسلم لا يجوز أن يملك الخمر .

ولا يقال: فهلا ضمنتموه وإن لم يملك كما لو غصبها وهو مسلم ؛ لأن غصب المسلم أوجب الضمان على وجه لا يتعلق به التملك ، وغصب الذمي

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج .

أوجب الضمان على وجه يتعلق به التمليك ، ألا ترى أن الخمر كانت في ذمته إلى حين أسلم ، وإنما يُسقطها عن ذمته بالقيمة ، وذلك لا يجوز .

ولا يلزم على هذا ، إذا تزوج ذمي ذمية على خمر ، ثم أسلما ؛ لأن الإسلام أوجب سقوط التسمية ، والبدل يجب عن البضع لا عن الخمر ، فلم يكن في ذلك تمليك الخمر .

وجه رواية محمد: أن الخمر كانت في ذمة الغاصب ، فتعذر تسليمها بإسلامه ، فكأنه استهلكها في ذلك الوقت ، فيغرم قيمتها .

٢٤١٥ - [فصل: تأجيل الغاصب المغصوب شهراً]

قال أصحابنا: إذا غصب ألفاً ، فأجله المغصوب بها شهراً ، جاز ، وقال زفر: لا يجوز .

وجه قولهم: أنه دين في الذمة لا يجب قبضه في المجلس ، ولا وجب على طريق التبرع ، فجاز تأجيله كالأثمان .

وجه قول زفر: أنه مضمون من غير بدل مشروط كالقرض .

وعلى هذا قال أصحابنا: إذا استهلك قلباً^(١) ، فضمَّنه الحاكم قيمته ، جاز أن يفترقا قبل القبض ، وقال زفر: لا يجوز .

وجه قولهم: أنه دين لم يجب بعقد ، فلا يعتبر فيه القبض في المجلس

(١) والقلب: من النخلة: قلبها وهو جمارها ، والسوار يكون نظماً واحداً ، وقيل: «في يدها قلب فضة: أي سوار غير ملوي» وهو المقصود هنا . انظر: المغرب ؛ المعجم الوسيط (قلب) .

كبدل^(١) المستهلك .

وجه قول زفر: أن القيمة عوض ، وتمليك الذهب بالفضة من شرطه القبض في المجلس .

وقال أصحابنا: إذا أبرأ المغصوب الغاصب من ضمان العين ، وهي قائمة في يده ، سقط ضمانها ، وقال زفر: لا يسقط .

لنا: أن الضمان ثابت في الذمة غير مستقر ، ولو استقر بتلف العين [جازت]^(٢) البراءة منه ، فإذا لم يستقر أولى .

وجه قول زفر: أن البراءة لا يتعلق بها حكم في الأعيان ، فسقطت ، فكأنه لم يبرئه .

٢٤١٦ - [فصل: قول الغاصب: غصبنا منك ألفاً ونحن عشرة]

قال أبو يوسف: إذا قال رجل لرجل: غصبنا منك ألفاً ، [ثم قال]: كنا عشرة ، لم يصدق ، وقال زفر: يُصدق .

لأبي يوسف: أن لفظ الجمع يُعبر به عن الواحد على طريق التعظيم ، فكأنه قال: غصبت ؛ ولأن هذا اللفظ إنما يَصِحُّ حمله على الجماعة إذا عرفهم ، فإذا لم يعرفهم كان لغواً ، وحمل اللفظ على الصحة أولى من حمله على اللغو .

وجه قول زفر: أن لفظ الجمع في الحقيقة يتناول الجماعة ، وإنما يحمل على الواحد على وجه المجاز ، فكان القول قول من يدعي الحقيقة .

(١) في ج (لبدل) .

(٢) في أ (وصارت) والمثبت من ج .

٢٤١٧ - [فصل: ضمان منافع العين المغصوبة]

قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: منافع العين المغصوبة لا تضمن بالغصب، وقال الشافعي: تضمن^(١).

لنا: إجماع الصحابة: وهو أن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، قضيا في المغدور بوجوب العقر، وقيمة الولد، ولم يقضيا بقيمة منافع الجارية، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف؛ ولأنها منافع استوفاهما من غير عقد ولا شبهة، فلا يلزمه بدلها، كالزنا بالحرمة المطاوعة؛ ولأنها منفعة العين المغصوبة، فلا يضمن بالغصب كمنفعة بضعها.

٢٤١٨ - [فصل: الأجرة في تأخير المغصوب]

قال أصحابنا: إذا آجر الغاصب [أحدًا] العبد المغصوب، فالأجرة له، ويتصدق بها؛ لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان، والغلة بالضمان»^(٢)؛ لأنه انفرد بعقد الإجارة، فوجب أن تكون الأجرة له، أصله: الراهن إذا آجر الرهن.

٢٤١٩ - [فصل: الضمان بفتح قفص الطائر]

ذكر في الأصول: أن من فتح باب قفص فطار منه الطائر، لم يضمن، وكذلك لو فتح باب الدار فهرب منه العبد، أو حلَّ قيد الغريم فهرب [أ/٣٢٠].

(١) انظر: مختصر المزني ص ١١٨؛ المنهاج ص ٢٩٢؛ رحمة الأمة ص ١٤٢.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)؛ الترمذي (١٢٨٥) وقال: حديث حسن صحيح؛ والنسائي في

الكبرى (٦٠٨١)؛ وابن ماجه (٢٢٤٣)؛ والحاكم في المستدرک ١٩/٢؛ وابن حبان في صحيحه

٢٩٩/١١ وغيرهم؛ وقال ابن الملقن: «رواه أبو داود بزيادة...، ثم قال: إسناده ليس بذلك، وقال

ابن حزم: لا يصح». خلاصة البدر المنير ٦٧/٢.



وروي عن محمد أنه قال في دابة في مربوط رجل ، جاء إنسان ففتح الباب فذهبت الدابة ، قال محمد: هو ضامن لها .

ولو حَلَّ رباطها رجل ، وفتح آخرُ الباب: فالضمان على الذي فتح الباب .

وقال في العبد إذا حَلَّ قيده أو فتح الباب عليه حتى هرب: لم يضمن ، إلا أن يكون العبد مجنوناً .

قال: وقال أبو حنيفة: لا ضمان في جميع ذلك ، وقال الشافعي: إن طار من فوره ضمن ، وإن طار^(١) بعد ذلك ، لم يضمن^(٢) .

لنا: أنه سبب غير ملجئ ، فإذا انضم إليه فعل الحيوان ، لم يتعلق به ضمان ، أصله: من حبس عبده وغلق عليه الباب ، فجاء إنسان ففتح الباب .

وجه قول محمد: أن البهائم لا قصد لها ، فإذا فتح الباب عليها فهو سبب للإتلاف ، ولم ينضم إليه فعل من يتعلق بقصده حكم ، فكان الضمان عليه .

فأما العبد ، فله قصد واختيار ، فيتعلق الحكم بفعله ، ويسقط حكم السبب كما يسقط حكم المباشرة مع السبب .

وقد قال أصحابنا - فيمن حَلَّ رباط الزيت - : فإن كان ذائباً ضمن ؛ لأنه لم يوجد هناك فعل من الحيوان ، وإنما يقف الزيت برباط الزق ، فإذا حَلَّ الرِّباط فهو كالدافع للزيت ، فصار كمن نقر طائراً حتى طار .

ولو كان السمن جامداً فحل الرباط فذاب السمن بالشمس وسال ، لم يضمن ؛

(١) في ج (وإن كان بعد مهلة) .

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١١٨ ؛ المنهاج ص ٢٩١ ؛ رحمة الأمة ص ١٤٣ .

لأنه ليس بدافع للسمن ، وإنما تلف بفعل غيره ، فلا يضمن كما لا يضمن بفتح القفص .

٢٤٢٠ - [فصل: الضمان في كسر البربط]

قال أبو حنيفة: إذا كسر رجل على رجل بَرَبَطاً^(١) ، ضمن قيمته خشباً منحوتاً .
وقال في المنتقى عن أبي حنيفة: يضمن قيمته خشباً الواحاً^(٢) ، إنما الذي يحرم منه التأليف .

وقالا: لا ضمان عليه .

لأبي حنيفة: أنها عين أبيح الانتفاع بها من وجه ، وحرَم من وجه ، فإذا أتلفها ، ضمن قيمتها من الوجه الذي أبيح الانتفاع به ، كمن أتلف جارية مغنية .
وجه قولهما: أنه مأمور بإتلافها ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «بُعثت بكسر المعازف وقتل الخنازير»^(٣) ، فإذا فعل المأمور به ، لم يضمن ؛ ولأنها آلة معدة للمعاصي لا تستعمل في الغالب إلا فيها ، فلم يضمنها بالإتلاف^(٤) كالخمر .

٢٤٢١ - [فصل: بيع الغاصب المغضوب وإجازة المغتصب منه ذلك]

وقالوا: في رجل غصب من رجل شيئاً فباعه من آخر ، فأجاز المغتصب منه

(١) «الْبَرَبَطُ: العود من آلات الموسيقى». المعجم الوسيط (بربط).

(٢) في ج (مختلفاً).

(٣) ورد بهذا النص في كتب الفقهاء الحنفية: البدائع ١٩٨/٢ ؛ وأخرج الطبراني عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله ﷻ بعثني رحمة للعالمين ، وهدى للعالمين ، وأمرني ربي بمحق المعازف...». المجمع الكبير ، ١٩٦/٨ ؛ والإمام أحمد في المسند ، ٢٦٨/٥ .

(٤) في ج (إلا بالإتلاف) فقط .

[البيع] ، ولا يعلم ما حال العين ، فالبيع جائز في قول أبي يوسف الأول ، (وهو قول محمد ، إلا أن يعلم الهلاك قبل الإجازة ، ثم رجع أبو يوسف ببغداد وقال: البيع فاسد)^(١) ، إلا أن يعلم أن العين قائمة في حال الإجازة .

وجه قول أبي يوسف الأول: أن الأصل بقاء العين ، فالهلاك معنى طارئ ، فوجب الحكم ببقائها ، إلا أن يثبت غير ذلك .

وجه قوله الأخير: أن البيع إنما يجوز بالإجازة ، ومن شرطها بقاء العاقدين والمعقود عليه ، فإذا لم يعلم بذلك ، لم يجز العقد بالشك .

٢٤٢٢ - [فصل: الضمان في حرق باب منحوت بالتمثيل]

قال محمد: إذا أحرق الرجل باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة ، ضمن قيمته غير منقوش تماثيل ، فإن كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل قبل ذلك ، ضمن قيمته منقوشاً بشجر؛ وذلك لأن نقش التماثيل [على الباب] معصية ، فلا يجوز أن يتقوم في الضمان كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية .

فإذا قطع رؤوس التماثيل ، فذلك نقش غير ممنوع منه ، فيقوم على الغاصب .

وقال فيمن أحرق بساطاً فيه تصاوير رجال ضمنته قيمته مصوراً؛ لأن التماثيل في البساط ليست بمحرمة ألا ترى أن البساط يوطأ ، وإذا لم تكن محرمةً ، ضمنها .

وقال: فيمن هدم بيتاً مصوراً بالأصباغ [تماثيل]: ضمنته قيمة البيت

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج .

وأصباغه غير [مصور] ^(١)؛ لأن التماثيل في البيت منهي عنها.

وقال فيمن قتل جارية مغنية خطأ: ضمنته قيمتها غير مغنية إلا أن يكون الغناء ينقص قيمتها، فأضمنه على ذلك؛ لأن الغناء معصية لا يجوز أن يتقوم على الغاصب.

فإن كانت تنقص القيمة، فهو عيب، فيعتد به في حق الغاصب.

٢٤٢٣ - [فصل: زرع الأرض من أحد الشريكين وإعطاء الأجر مثل نصف البذر]

وقالوا في أرض بين شريكين زرعا أحدهما، فنبت الزرع فتراضيا أن يعطي الذي لم يزرع للذي زرع مثل نصف البذر، ويكون الخارج بينهما، جاز؛ وذلك لأن بيع الحشيش بالحنطة جائز، وقد باعه نصف ذلك بنصف البذر، فإن كان البذر لم ينبت، لم يجز؛ لأنه لا يدري ما تلف منه تحت الأرض، فإذا ملكه بمثل كيله، لم توجد فيه المماثلة، فلم تصح.

قالوا: فإن نبت الزرع، فطالب الذي لم يزرع الأرض القلع، قسمت الأرض بينهما، ثم أمر الذي زرع أن يقلع ما في نصيب شريكه، ويغرم له نقصان الزراعة إن كانت نقصت؛ وذلك لأن الزرع حصل في نصيبه ونصيب شريكه، وزرعه في نصيب نفسه لا ^(٢)يجوز أن يقلع، ولا يتميز ذلك إلا بالقسمة ^(٣).



(١) في أ (مصبوغ) والمثبت من ج.

(٢) في ج (يجوز).

(٣) في ج (بالقيمة).

٢٤٢٤ - [فصل: يد الغاصب يد ضمان]

قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: إذا غصب الرجل ثوباً، فغصبه رجل من يده ثم رده عليه، برئ؛ لأن الغاصب له يد صحيحة، ألا ترى أنها يد ضمان، فجاز الرد عليه، كما يجوز على المالك.

فإذا أحرق هذا الثوب رجل في يد الغاصب، فدفع القيمة إلى الغاصب، برئ في الرواية المشهورة، وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يبرأ إلا أن يردّها بحكم حاكم.

وينبغي للحاكم إذا علم ذلك أن لا يأمر بدفع القيمة إلى الغاصب، ولكنه [يعيدها إلى المالك] (١).

[وجه قولهم المشهور: أن الغاصب له يد صحيحة، فصار كالمالك]؛ ولأنه لو ردّ عليه العين برئ من الضمان، فكذلك إذا ردّ عليه القيمة، كالمودع.

وجه قول أبي يوسف: أن المغصوب ثبت له حق في تضمين الغاصب وغاصب الغاصب، فلا يسقط حقه من ذلك إلا برضاه.

فأما إذا قضى القاضي بالقيمة، فقد حصل حكمه في موضع يسوغ فيه الاجتهاد.

والذي قال أبو يوسف أن الحاكم إذا علم بالحال، لم يسعه القضاء، فوجهه: أن رد القيمة إلى الغاصب تقرير للغصب، وتضييع للمال في حق مالكة، فكان الاحتياط عليه أولى.

(١) في أ (يعد لها المالك) والمثبت من ج.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا باع الغاصب العبد وقبضه المشتري، فأعتقه، ثم أن المالك أجاز البيع، [جاز] عتق المشتري استحساناً، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول محمد.

وجه قولهما: أن العتق فيه معنى القبض بدلالة أن المشتري إذا أعتق العبد في يد البائع، صار قابضاً، والقبض من حقوق العقد [٣٢٠/ب]، فإذا أُجيز العقد جاز بحقوقه، فنفذ العتق.

ولا يلزم على هذا، إذا باع عبداً وشرط الخيار لنفسه، فقبضه المشتري فأعتقه، ثم أجاز [البائع] البيع، لم يجز العتق في قولهم؛ لأن الإجازة في بيع الخيار إنما هي إسقاط حق الفسخ، ولم تصح الإجازة؛ لأن الخيار شرط للفسخ، فإذا أجاز البائع، فإنما أسقط حق فسخه، ونحن قلنا: إن إجازة العقد تقتضي جوازه بحقوقه، فلا يلزم ما وضع لإسقاط الفسخ.

والفرق بينهما من طريق المعنى: أن البائع إنما شرط الخيار لنفسه ليمنع من تصرف المشتري، فلو وقف تصرف المشتري، كان ذلك [منه] ^(١) ما قصده البائع بالخيار.

فأما في مسألتنا، فلم يوجد من المالك شرط منع به من تصرف المشتري؛ فلذلك جاز أن ينفذ عند الإجازة؛ ولأن عتق المشتري وجد بعد تمام سبب الملك، ألا ترى أن سبب الملك هو الإيجاب والقبول المطلق، وقد وُجد ذلك، وإنما وقف البيع على إجازة أحدهما ^(٢)، فإذا أجاز [نفذ] ^(٣) العتق، كالمشتري

(١) في أ (ضد) والمثبت من ج.

(٢) في ج (غيرهما).

(٣) في أ (بعد) والمثبت من ج.

من الراهن إذا أعتق ثم أجاز المرتهن البيع ، والمشتري من الورثة وعلى الميت دين مستغرق إذا أعتق ، ثم أبرأ الغرماء من الدين ، أو قضاه الورثة .

والدليل على الإيجاب والقبول المطلق بسبب الملك : أن غاصباً لو غصب قلباً ، وغصب آخر إناءً ، فتبايعا وتقابضا وافترقا ، ثم أجاز المالكان ، جاز عقد الصرف ، لوجود التقابض بعد الإيجاب والقبول المطلق ، ولو لم يكن ذلك بسبب الملك ، لم يعتد بالتقابض قبل الإجازة .

ولا يلزم إذا باع بشرط الخيار ، فأعتق المشتري ؛ لأن العتق وجد قبل تمام سبب الملك ، ألا ترى أن الإيجاب والقبول لم يوجد مطلقاً ، (ولا يلزم المشتري من المكروه إذا أعتق ثم أجاز المكروه ؛ لأننا قلنا: إن سبب الملك هو الإيجاب والقبول المطلق وُجد ، وإنما وقف العقد على إجازة الثالث .

وفي مسألة الإكراه ، إنما وقف العقد لحق العاقد ، فهو كمسألة شرط الخيار^(١) .

ولا يلزم على هذا: إذا مات الرجل وخلف ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، فأقرّ الورثة أنه أوصى بأحدهم بعينه لرجل ، وسلّموه إليه ، ثم ادعى رجل آخر أنه أوصى له بعبد من الباقيين ، وأقام البيّنة ، وقضى القاضي بها ، فأعتق المقر له العبد ، واسترجعه الورثة منه ، ثم عاد العبد المشهود بالوصية له إلى ملكهم بشراء أو ميراث ، نفذت الوصية في العبد المقر به ، ولم ينفذ العتق ؛ وذلك لأن القاضي لما قضى بالوصية لأحد العبدين الباقيين ، فقد فسخ سبب الملك ، فلم يوجد

(١) ما بين القوسين ذكر في ج بعد صفحة تقريباً ، والظاهر أن ذكرها هنا أولى .

العتق بعد سبب الملك التام .

ولأن حق الفسخ هاهنا ثابت للورثة ، فلم يقف التملك على إجازة غير المتعاقدين ؛ إذ الورثة قاموا مقام الميت .

ولا يلزم على هذا: إذا أوصى رجل لرجل بأحد عبيد بغير عينه ، فأعتق الموصى له بعد موت الموصي أحد العبيد بعينه ، واختار الورثة تغيير الوصية فيه ، لم ينفذ العتق ؛ لأن هذه المسألة ذكرها في الجامع الكبير وأطلق الجواب .

ومن أصحابنا من قال: إنه قول محمد خاصة .

ولأن العتق هاهنا لم يقف على إجازة الثالث ، وإنما وقف على تعيين الورثة الذين يقومون مقام العاقد ، فكأنه وقف على حق العاقد .

لمحمد: أن العتق وقف على إجازة المالك ، والبيع وقف على إجازة المالك ، ولو أجاز العتق بطل البيع ، فكذلك إذا أجاز البيع ، بطل العتق .

والجواب: أنه إذا أجاز العتق ، فقد بطل الملك في العبد ، وخرجت رقبتة من أن تكون محلاً للبيع ؛ فلذلك بطل البيع ، وإذا أجاز البيع ، فلم تخرج الرقبة من أن تكون محلاً للعتق ؛ فلذلك جاز أن ينفذ العتق .

لمحمد: أن هذه الرقبة ينفذ فيها عتق المغصوب ، فكل رقبة ينفذ فيها العتق من واحد ، لا ينفذ فيها من غيره .

ولو قلنا: إن عتق المشتري ينفذ ، لنفذ عتقه فيما ينفذ فيه عتق غيره .



فهذه المسألة تُعدّ من الأحاد لهذا المعنى، وهو القياس عندنا، وإنما
استحسننا لما قدمنا^(١).

تم كتاب الغضب

والله المحمود على كل حال، والصلاة على محمد وآله خير آل^(٢)



(١) انظر: الأصل ١١٩/١٢ وما بعدها؛ متن القدوري ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢) في ج (بحمد الله تعالى وحسن توفيقه).

[٦٢] كتابُ الدِّيَاتِ

قال أيده الله: الدية^(١) عبارة عما يُودى، فلما كان القتل يُوجب مالاً يدفع إلى الأولياء، سُمِّي ذلك دِيَّةً، وقد خَصَّوا بهذا الاسم ما يودى في بدل النفس دون ما يُودى في بدل المتلفات، ولم يسموا ما يجب فيها دون النفس دِيَّةً، وإن كان يُودى كما يُودى بدل النفس؛ لأنهم [لا] يشتقون الاسم ولا يطردون على الاشتقاق قصداً منهم إلى التعريف بالتخصيص، وقد سمى الفقهاء هذا الكتاب: كتاب الديات، وإن كان يشتمل على القصاص والديات؛ لأنهم قصدوا أن يثبتوا أحكام الجنايات على آدميين.

والأغلب فيما يتعلق بالجنايات الدِّيَّة، والقصاص أقل، ألا ترى أن الدية تجب في الخطأ وشبه العمد، ويجب في العمد على بعض الأحوال فلما غلب وجوبها، نسبوا الكتاب إلى الدِّيَّة.

وقد قال محمد: إن القتل على ثلاثة أوجه: عمْد، وشِبْه عمْد، وخطأ، ونقل أبو الحسن رحمه الله تعالى هذه العبارة، وكان الشيخ أبو بكر الرازي رحمته الله يقول: القتل على خمسة أوجه: عمد، وشِبْه عمْد، وخطأ، وما أُجري مجرى الخطأ، ونوع ليس بعمد ولا خطأ ولا ما أُجري مجرى الخطأ.

(١) «والدية: مصدر ودَّى القاتل المقتول، إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك

المال: الدية، تسمية بالمصدر». أنيس الفقهاء ص ٢٩٢.

«والدية واحدة الديات، والهاء عوض من الواو، تقول: وديت القتيل أدية دِيَّةً، إذا أعطيته ديته».

الصحاح (ودى).

أما القتل العمد: فهو أن يتعمد الضرب بسلاحٍ أو بما يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: العمد، أن [يتعمد] ^(١) الضرب بما يقتل في الغالب.

وقتل العمد يتعلق به أحكام، أولها: المأثم [أ/٣٢١]؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣]، وقال النبي ﷺ: «إن أعتى الناس على الله تعالى ثلاثة: رجل قتل غير قاتله، ورجل قتل في الحرم، ورجل قتل بدخل ^(٢) الجاهلية» ^(٣).

وروي عنه ﷺ أنه قال: «ألا إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومي هذا في بلدي هذا في شهري هذا» ^(٤).

وروي أن مُحَلِّم بن جدامة قتل رجلاً بدخل الجاهلية، فقال ﷺ: «اللهم لا ترحم محلماً» فدفن، فلفظته الأرض، ثم دفن، فلفظته، ثم دفن، فلفظته، فقال ﷺ: «إنها لتضايق على من هو أعظم جرماً منه، ولكن أراد الله أن يبين لكم حرمة الدم» ^(٥)، وهذا معنى يحرم بالعقول، وإنما ورد الشرع بتأكيد ما دل العقل عليه.

(١) في أ (يعمد) والمثبت من ج.

(٢) «الدَّحْل: النَّار، أو طلب مكافأة بجناية جُنيت عليك، أو عداوة أُتيت إليك». القاموس (ذحل).

(٣) أخرجه الهيثمي في موارد الظمان، ٤١٥/١؛ الطبري في تهذيب الآثار، ٤٨/١؛ وأخرج نحوه البخاري في صحيحه كما في التلخيص الحبير، ٢٢/٤.

(٤) الحديث أخرجه البخاري بصيغة الخطاب (يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا...)
(٥٢٣٠) ومواضع كثيرة؛ ومسلم (١٦٧٩).

(٥) الحديث أورده المطرزي في المغرب، والفيومي في المصباح (حلم).

والحكم الثاني: القَوْدُ، بدلالة قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، والسلطان: القتل، بدلالة قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وشرائع من قبلنا تلزمنا^(١) إلا ما ثبت نسخه.

وقوله ﷺ: «الْعَمْدُ قَوْدٌ»^(٢)، معناه: حكم العمد القَوْدُ.

وقال ﷺ: «كتاب الله القصاص»^(٣)، معناه: حكم الله، ولا خلاف في ذلك، وإنما اختلفوا في ثبوت المال بغير رضا القاتل.

فقال أصحابنا: موجب القتل [إمّا القَوْدُ وإمّا الدِّية]، القود إلا أن يتراضيا بالعرض.

وقال الشافعي في أحد قوليهِ: موجبهُ إمّا القتل وإمّا الدية^(٤)، والخيارُ في ذلك إلى الولي، وفي القول الآخر: إن الموجب القود [إلا أن للمولى أن ينقله إلى الدية بغير رضَى القاتل].

والدليل على أن موجبهُ القود: قوله ﷺ: «العمد قود»؛ لأن القود قد صار في حكم المثل في المتلفات، وإتلاف ما له مثل لا يتعلق به إلا المثل.

(١) في ج (لازمة لنا).

(٢) قال ابن حجر: «رواه الشافعي وأبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس في حديث طويل، واختلف في وصله وإرساله، وصحح الدارقطني في العلل الإرسال، ورواه الطبراني من حديث عمرو بن حزم مرفوعاً وفي إسناده ضعف». التلخيص، ٢١/٤.

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٥٦، ٤٢٣٠).

(٤) قال النووي: «موجب العمد القود، والدِّية بدل عند سقوطه، وفي قولٍ أحدهما مُبهماً». انظر: مختصر المزني ص ٢٣٨؛ المنهاج ص ٤٨١؛ رحمة الأمة ص ٢١٥.

ولأنه أحد نوعي القتل ، فكان موجبه واحداً ، كالخطأ وشبه العمد .

وإذا ثبت أن موجب القتل القود ، فالولي قادر على استيفاء حقه من جنسه بكماله ، فلا يجوز أن يعدل إلى غيره ، كالمثل في المتلفات ؛ ولأننا بينا أن القصاص أجري مجرى المثل ، والقادر على مثل حقه لا يجوز له أن يطالب بقيمته .

وأما إذا تراضيا بالدية ، جاز ، لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْهُ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ١٧٨] ، معناه : من بذل أخوه شيئاً فليقبله ؛ لأن العفو عبارة عن الفضل ، قال الله تعالى : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوُ ﴾ [البقرة: ٢١٩] ، يعني : الفضل .

٢٤٢٥ - [فصل : الكفارة في قتل العمد]

ولا كفارة في قتل العمد عندنا ، وقال الشافعي : تجب به الكفارة^(١) .

لنا : أن الله تعالى ذكر قتل العمد وحكمه ، والخطأ وحكمه ، وبيّن الكفارة في أحدهما دون الآخر ، ولو كانت واجبةً في العمد كوجوبها في الخطأ لبيّنها .

ولا يجوز أن يقال : إنه اكتفى بذكرها في الخطأ ؛ لأن الله تعالى ذكر أنواع القتل الموجب للكفارة ، وكرّر الكفارة في كل قتل : فذكر قتل المؤمن في دار الإسلام ، والمعاهد والمسلم في دار الحرب ، ولم يكتف بذكر الكفارة في بعض المواضع عن بعض ، فلو كانت واجبةً في العمد لم يكتف بذكرها في الخطأ .

ولأنه سبب للقتل ، فلا يتعلق به الكفارة ، كزنا المحصن ؛ ولأنه مال متعلق

(١) انظر : المنهاج ص ٤٩٤ ؛ رحمة الأمة ص ٢٢٦ .

بقتل الخطأ ، فلا يتعين وجوبه في قتل العمد كالدية .

٢٤٢٦ - [فصل: آثار قتل العمد]

ويتعلق بقتل العمد حرمان الميراث ؛ لقوله ﷺ: « لا ميراث للقاتل »^(١) ، وقال: « ليس لقاتل شيء »^(٢) ، [وقال]: « لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة »^(٣) .

وأما شبه العمد: فهو عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ، ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء .

وقال أبو يوسف ومحمد: أن يتعمد الضرب بألة لا يقتل مثلها في الغالب ، وهو قول الشافعي^(٤) .

لأبي حنيفة: قوله ﷺ: « ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا ، فيه مائة من الإبل »^(٥) ، ولم يفصل بين العصا الصغير والكبير .

وفي حديث النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال: « كل شيء خطأ إلا السيف ، وفي كل خطأ أرش »^(٦) .

وعن علي رضوان الله عليه أنه قال في شبه العمد: الحذفة بالعصا ، والقذفة بالحجر .

-
- (١) « أخرجه الترمذي في الفرائض ، وابن ماجه فيه » كما قاله الزيلعي في نصب الراية ، ٣٢٨/٤ .
 - (٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٦٣٦٧) ؛ وابن ماجه (٢٦٤٦) ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٢٢٠/٦ .
 - (٣) أورده ابن عبد البر في التمهيد برواية ابن سيرين عن عبيدة ، ٤٤٥/٢٣ .
 - (٤) انظر: مختصر المزني ص ٢٣٨ ؛ المنهاج ص ٤٦٨ .
 - (٥) أخرجه ابن حبان في صحيحه ، ٣٦٤/١٣ ؛ والنسائي في الكبرى (٦٩٩٩) ؛ ابن ماجه (٢٦٢٧) ؛ أحمد في المسند ، ١٦٤/٢ ؛ الدراية ، ٢٦١/٢ .
 - (٦) أخرجه الإمام أحمد في المسند ، ٢٧٥/٤ ؛ والدارقطني في سننه ، ١٠٧/٣ ؛ نصب الراية ، ٣٤٤/٤ .



ولأنه قتل بما ليس بسلاح ، فلا يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء ،
فصار كالعصا الصغيرة ؛ ولأنها آلة لا يجوز الزكاة بها ، فلا يجب القصاص بها
كالسوط .

ولا يلزم إذا أحرقه بالنار ؛ لأن النار تقع به الزكاة لو جعلت على موضع
الزكاة ، فتقطع الحلقوم ، حل الأكل .

وجه قولهما: (ما روي أن يهوديا رضخ^(١) رأس جارية من الأنصار بين
حَجْرَيْن ، فرضخ النبي ﷺ رأسه^(٢)) ؛ ولأن القصد إلى الضرب بآلة يقتل مثلها
في الغالب يتعلق به القصاص ، كالحديد .

٢٤٢٧ - [فصل: الاختلاف في أنواع القتل]

وقد قال مالك: إني لا أعرف في القتل إلا العمد ، والخطأ ، فأما شبه العمد
فلا أعرفه^(٣) .

وهذا فاسد ؛ لقوله ﷺ: «ألا إن قتل الخطأ العمد قتيل السوط والعصا»^(٤) ؛
ولأن الصحابة اتفقوا على تغليظ دية شبه العمد ، وإن كانوا اختلفوا في كيفية
التغليظ ، فدل على أنه نوع غير الخطأ والعمد .

ولا يقال: إن الفعل إما أن يكون خطأ أو يكون عمداً ؛ لأنه يجوز أن يجتمع

(١) «الرضخ: الدق والكسر». النهاية (رضخ).

(٢) أخرجه البخاري (٦٤٨٥) ؛ ومسلم (١٦٧٢).

(٣) انظر: المعونة على مذهب أهل المدينة ، ٣/١٣٠٧ ؛

(٤) الحديث أخرجه أبو داود والنسائي من حديث عبد الله بن عمر ، وبآخره (. . . فيها مائة أربعون

خلفة في بطونها أولادها) كما في التلخيص ، ٤/٢٢ ؛ ومحمد في كتاب الآثار ، ص ١٢١ .

فيه الحُكمان ، ألا ترى أنه يتعمد الضرب ويخطئ في طلب القتل ؛ لأنه لم يقصد القتل حين ضرب بآلة لا تقتل ، فكان ذلك عمداً في القصد ، وخطأ في الآلة ، وهذا الاسم إنما عُرف^(١) بالشرعية ، فأما أهل اللغة ، فلا يعرفونه .

ومن حكمه: المأثم ؛ لأنه تعمد الضرب ، وذلك يتعلق به المأثم ، ثم قصد القتل ، أو لم يقصد ، ولا يتعلق به القصاص ؛ لأن النبي ﷺ أوجب فيه الدية .

ولأنه لما حصل له حكم الخطأ من وجه ، وحكم العمد من وجه ، فكان ذلك شبهة في [سقوط]^(٢) القصاص^(٣) .

٢٤٢٨ - [فصل: الدية المغلظة في العمد]

وفيه الدية مغلظة ؛ لقوله ﷺ: «فيه مائة من الإبل ، منها أربعون خلفه في بطونها أولادها»^(٤) .

وقد روي عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وزيد ، وأبي موسى الأشعري ، والمغيرة بن شعبة تغليظ الدية ، وإن اختلفوا في كيفية التغليظ ، فصار ذلك ثابتاً بالإجماع .

والكلام في كيفية التغليظ تنبيه إن شاء الله تعالى .



(١) في ج (هو في) .

(٢) في أ (وجوب) والمثبت من ج .

(٣) انظر: الأصل ٥٤٧/٦ .

(٤) أخرجه النسائي في الكبرى (٧٠٠٢) ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٤٤/٨ ؛ الدارقطني في سننه ،

١٠٥/٣ ؛ وأبو يعلى في مسنده ، ٤٣/١٠ .

٢٤٢٩ - [فصل: وجوب الدية في مال القاتل أو العاقلة]

وهذه الدية تجب على العاقلة ، [قال الشيخ]: وجملة هذا: أن كل دية تعلق وجوبها بالقتل ، فإنها على العاقلة كدية الخطأ ، وكل دية وجبت لمعنى حادث فإنها في مال القاتل ، كما تجب بالصلح ؛ ولهذا كان أبو الحسن يقول: إن من قتل ابنه عمداً ، فموجب قتله القود ، ثم يسقط إلى الدية ؛ لأن القتل لو أوجب الدية لكانت على العاقلة .

والدليل على وجوب الدية على العاقلة: ما روي عن النبي ﷺ أنه جعل على كل بطن من الأنصار عقوله .

وروي في حديث المغيرة بن شعبة قال: كنت بين جاريتين ، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح خيمة ، فقتلها وألقت جنيماً ميتاً ، ف قضى رسول الله ﷺ على عاقلة الضاربة بالغرة^(١) [٣٢١/ب] ، فقام حمل بن مالك فقال: كيف ندي من لا أكل ولا شرب ولا صاح واستهل ، ومثل ذلك يُطل ؟ وهذا يدل على أن القضاء وقع على العاقلة .

وقد قضى عمر بن الخطاب بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف^(٢) .

وهذا لا خلاف فيه ، إلا ما يحكى عن الأصم أنه قال: لا تلزم العاقلة الدية ؛

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک ، ٦٦٦/٣ ؛ والشافعي في السنن المأثورة ، ٤٢٥/١ ؛ والدارقطني في سننه ، ١١٧/٣ ؛ والحديث أصله في مسلم (١٦٨٢) .

(٢) فقال عمر رضي الله عنه حين سمع الحديث: «الله أكبر ، لو لم نسمع بهذا ما قضينا بغيره» . المستدرک ، ٦٦٦/٣ .

لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الزمر: ٧]، وقال ﷺ لأبي زمعة لما دخل عليه زمعة ابنه: «مَنْ هذا؟»، فقال: ابني، قال: «إِنَّهُ لَا يَجْنِي عَلَيْكَ وَلَا تَجْنِي عَلَيْهِ»^(١)؛ ولأن قيم المتلفات لا تطالب به العاقلة، فكذلك بدل النفس.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤]، المراد به في أحكام الآخرة، بدلالة ما بيننا من الأخبار.

وقوله ﷺ لأبي زمعة (إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه)، المراد به غير ظاهره؛ لأن كل واحد منهما يجني على الآخر.

وإذا ترك ظاهر اللفظ، لم يصح التعلق به إلا في موضع يدل عليه الدليل.

فأما القياس: [على] بدل المتلفات فلا يصح في معارضة النص والإجماع، والذي يدل من طريق العقل [على] حسن ذلك، أن الله تعالى أوجب حقوقاً [في] الأموال لمنفعة الغير: وهي الصدقات، فلا يمتنع أن يوجب هذا الحق في مال العاقلة لمنفعة القاتل؛ ولأن القاتل إنما كان يقتل [بنصرة]^(٢) عشيرته، فصاروا كالمشاركين له في القتل؛ ولأنه يتحمل عنهم إذا قتلوا، ويتحملون عنه إذا قتل، فيؤدي ذلك إلى التخفيف عن كل واحد منهم، وهذا غير ممتنع.

فأما المتلفات فإنها لا تكثر في العادة، فلا تحتاج إلى التخفيف، والدية مال كثير، يجحف بالقاتل؛ فلذلك احتاج إلى التخفيف^(٣).

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک وصححه، ٤٦١/٢؛ وابن حبان في صحيحه، ٣٣٧/١٣؛ وأبو داود (٤٤٩٥)؛ وأحمد في المسند، ٢٢٦/٢.

(٢) في أ (بظهر) والمثبت من ج.

(٣) انظر: الأصل ٥٤٧/٦ وما بعدها.

٢٤٣٠ - [فَصْل: التَغْلِيظُ فِي الدِّيَةِ مِنَ الْإِبْلِ]

قال أصحابنا: إن التَغْلِيظَ لا يكون إلا في الدِّيَةِ مِنَ الْإِبْلِ دون غيرها؛ [وذلك] لأن القياس يمنع التَغْلِيظَ؛ لأن عمد الإِتْلَافِ وخطأه في باب الغرم^(١) سواء، وإنما تركوا القياس في الدِّيَةِ مِنَ الْإِبْلِ، فغلظوها بالخبر، وما سواها على أصل القياس.

٢٤٣١ - [فَصْل: وجوب شبه العمد على العاقلة]

وإنما أوجبوا دية شبه العمد على العاقلة؛ لحديث المغيرة، ألا ترى أن المرأة [تعمدت]^(٢) الضرب، فأوجب النبي ﷺ العُرَّةَ على العاقلة؛ ولأن هذا القتل أجري مجرى الخطأ في وجوب الدية، فكذلك في تحمل العاقلة.

٢٤٣٢ - [فَصْل: مدة دفع دية شبه العمد]

ويكون ذلك عليهم في ثلاث سنين، وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل، فأما إذا وجبت الدية بالصلح، فهي حالة.

والأصل في التأجيل: أن عمر ﷺ قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير خلاف.

٢٤٣٣ - [فَصْل: الكفارة في شبه العمد]

وفي شبه العمد الكفارة؛ ولأن القاتل أحد قاتلين:

(١) في ج (الغرة).

والغُرَّةُ: «العبد والأمة، .. وكأنه عبّر عن الجسم كله بالغُرَّةِ». مختار الصحاح (غر).

(٢) في أ (إذا عمدت) والمثبت من ج.

إما من أوجبها في كل قتل ، أو من أوجبها في الخطأ أو شبه العمد ، فصار وجوبها في شبه العمد بالإجماع .

وروي أنه ﷺ سئل عن رجل أوجب [يعني] النار بالقتل ، فقال: «أعتقوا عنه رقبة ، يعتق الله بكل عضو منها عضواً من النار»^(١) ، والنار لا تجب إلا في شبه العمد ، أو العمد ؛ ولأن الكفارة موضوعة لتكفير المأثم ، والخطأ لا مأثم فيه ، فلا بد أن يكون في وجوبها في بعض المواضع مأثم ، فوجوبها في الخطأ ملحق به ، وليس ذلك الموضع إلا شبه العمد ، [وهذا خلاف قول مالك] .

٢٤٣٤ - [فَصَّلْ : أثر قتل شبه العمد]

ويتعلق به حرمان الميراث ؛ لأنه [تعمّد]^(٢) الضرب ، فلا [يؤمّن] أن يكون [تعمّد]^(٣) القتل .

٢٤٣٥ - [فَصَّلْ : قتل الخطأ وما يترتب عليه من آثار]

وأما الخطأ فهو على ضربين: إما أن [يتعمّد]^(٤) الرمي إلى غرض أو صيد فيصيب آدمياً ، أو يرمي شخصاً ظنه صيداً فيرميه ، فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم ، فأحد الأمرين خطأ في الفعل ، والآخر خطأ في [القصد]^(٥) ، ولا مأثم في واحد منهما ؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»^(٦) ، وفيه

(١) أخرجه المزي في تهذيب الكمال ، ٩٨/٢٣ .

(٢) في أ (اعتمد) والمثبت من ج .

(٣) في أ (اعتمد) والمثبت من ج .

(٤) في أ (يعتمد) والمثبت من ج .

(٥) في أ (العمد) والمثبت من ج .

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه بلفظ (وضع) من حديث ابن عباس (٢٠٤٥) ؛ والبيهقي في الكبرى ، =

الكفارة بنص القرآن، (ولا قود فيه؛ لأن الله تعالى ذكر الخطأ وحكمه، وهو الدية، ولم يذكر القصاص).

وفيه الدية بنص القرآن^(١)، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]، والدية على العاقلة في ثلاث سنين لما قدمنا.

ويحرم الميراث؛ لقوله ﷺ: «لا ميراث لقاتل»، وهو عام؛ ولأنه لا يؤمن أن يكون قصد في الباطن وأظهر الخطأ.

٢٤٣٦ - [فصل: بعض صور قتل الخطأ وآثاره]

فأما النوع الذي أجري مجرى الخطأ: فهو النائم يتقلب^(٢) فيقع على إنسان فيقتله؛ لأن النائم لا قصد له، فلا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ، إلا أنه كالخطأ في الأحكام؛ لأن المقتول مات بثقله، فهو كالميت بفعله، فيجب عليه الكفارة، وعلى عاقلته الدية، ولا قود عليه؛ لأنه أدون من الخطأ، ويحرم الميراث؛ لأنه لا يؤمن أن يكون [تعمد]^(٣) ذلك في الباطن.

فأما النوع الخامس: فهو حافر البئر، وواضع الحَجَر؛ لأنه ليس بمتعمد

= ٤٨/٦؛ و«رواه الطبراني في الأوسط، وفيه محمد بن مصطفى، وثقه أبو حاتم وغيره، وفيه كلام لا يضر، وبقية رجاله رجال الصحيح» كما في مجمع الزوائد، ٦/٢٥٠؛ وقال ابن حجر عن الحديث بلفظ (رفع) «لم أجده بهذا اللفظ» الدراية، ١/١٧٥.

(١) ساقطة من ج.

(٢) في ج (فهو النائم إذا انقلب فوقه).

(٣) في أ (اعتمد) والمثبت من ج.

للقتل ، ولا مخطئ فيه ، ألا ترى أن القاتل من أوقع الفعل في المقتول ، أو فيما يتصل به ، وذلك غير موجود في الحافر ، وإنما أوجبوا على عاقلته الدية ؛ لأنه تعدى في الحفر ، ولا مآثم عليه بالموت ، وإنما المآثم عليه بالحفر ، [ولا كفارة عليه] (١) .

ولا يحرم الميراث عندنا ؛ لأنه غير متهم ، ألا ترى أنه لم يعلم أن مورثه يقع [في البئر] (٢) ، والكلام في هذا يأتي في موضعه .

قال أبو الحسن : ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد ، فما جعلناه شبه عمد في النفس ، فهو عمد فيما دون النفس ؛ وذلك لأن ما دون النفس لا يختص إتلافه بألة دون آلة ، وإنما اعتبرت الآلات في النفس ؛ لأن القتل يقصد بألة دون آلة ، فلما استوت الآلات فيما دون النفس ، اعتبر [تعمد] (٣) الضرب ، فكان عمداً (٤) .



(١) الزيادة من ج ، وذكرت هنا بعد : (في موضعه) ، فمناسبتها هنا .

(٢) في أ (عليه) والمثبت من ج .

(٣) في أ (اعتماد) والمثبت من ج .

(٤) انظر : الأصل ٥٤٧/٦ وما بعدها ؛ مختصر القدوري ص ٤٤١ .

بَابُ بَابُ مَعْرِفَةِ مَقَادِيرِ الدِّيَّاتِ بِالْأَرْشِ^(١) فِيمَا دُونَ النَّفْسِ



قال أيده الله تعالى: لا خلاف في تقدير الدية من الإبل بمائة، وإنما الخلاف في أسنانها، ونحن بذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

واتفقوا: في أن الدية من العين ألف دينار، إلا على بعض أقوال الشافعي الذي يقول فيه: إن ما سوى الإبل يعتبر فيه القيمة.

فأما على القول الذي قال: إن الدية مقدرة فيما سوى الإبل، قال: إنها من الدنانير [ألف]^(٢) دينار^(٣).

وقد دل على هذا ما روي عن النبي ﷺ قال: «في النفس مائة من الإبل»^(٤)، وروي أنه جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار.

واختلفوا في الدية من الدراهم، فقال أصحابنا: هي مقدرة بعشرة آلاف وزن سبعة، وقال مالك والشافعي: اثنا عشر ألفاً^(٦).

(١) «الأرُش: دية الجراحات، والجمع: أرُوش». وهو ما وجب من المال في الجناية ما دون النفس. المغرب (أرُش)؛ والمصطلحات الفقهية.

(٢) في ج (ألفا).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٤٤؛ المنهاج ص ٤٨٣.

(٤) أخرجه النسائي في الكبرى (٧٠٦٠)؛ والشافعي في السنن المأثورة، ١/٤١٩؛ ومالك في الموطأ (١٥٤٧). انظر: التلخيص الحبير، ٤/٢٣.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من ج.

(٦) انظر: مختصر المزني ص ٢٤٤؛ الموطأ (١٦٠٢)؛ رحمة الأمة ص ٢١٧؛ قوانين الأحكام=

لنا ما روى دهثم بن قران عن نمران بن جارية [١/٣٢٢] قال: قطعت يد رجل على عهد رسول الله ﷺ، فقضى عليه بخمسة آلاف.

وروى محمد عن الشعبي، عن عبدة السلماني، عن عمر رضي الله عنه (أنه قضى في الدية من الدراهم بعشرة آلاف، ومن الدنانير بألف دينار، ومن الإبل بمائة، ومن البقر بمائتين، ومن الشاة بألفي شاة، ومن الحلل بمائتي حلة)^(١)، ومعلوم أن القضاء لا يقع في وقت واحد بجميع هذه الأجناس، فعلم أنه أراد بقوله: قضى، أي: بين مقادير الدية؛ ولأنه بدل عن النفس، فلا يزيد على عشرة آلاف كدية الذمي.

وقد روى محمد عن إبراهيم قال: كانت الدية مائة من الإبل، فجعل كل بعير عشرين ومائة درهم وزن ستة.

قال محمد: وإنما كانت الدية اثني عشر ألفاً وزن ستة.

واختلفوا فيما سوى الإبل، هل هو أصل في الدية، أو قيمة الإبل، فكان أبو بكر الرازي يقول: إن الأصل هو الإبل، وما سواها قيمة لها، إلا أنها قيمة تقدرت بالشرع، فلا يزداد عليها ولا ينقص منها^(٢).

ثم قال بعد ذلك: الدراهم والدنانير أصول في الدية بأنفسها، وليست بقيمة.

= الشرعية ص ٣٧٦.

(١) الأثر أخرجه محمد في كتاب الآثار، ثم قال: «وبهذا كله نأخذ، وكان أبو حنيفة يأخذ من ذلك بالإبل والدراهم والدنانير» كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٠. وقال في الأصل: «وإنما أخذ أبو حنيفة من هذا بالإبل والذهب والفضة»، ٥٥٣/٦.

(٢) انظر: منهاج الطالبين للنووي، ص ٤٨٣ (دار المنهاج)؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي، ص ٤٦٩ (الرسالة).

وقال الشافعي في أحد قوليهِ: إن الدراهم والدنانير قيمة ، وإنما تختلف باختلاف الأزمان (١).

وجه ما ذكره أبو بكر أولاً ، قوله ﷺ: «في النفس مائة من الإبل» (٢) ، (وروي عن الزُّهري أنه قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل) (٣) ، قيمة كل بعير أوقية ، فلما كان زمن عمر ، غلت الإبل ، فجعل عمر فيه كل بعير أوقيةً ونصف ، فلما غلت أيضاً جعلها أوقيتين ، فلم تنزل تغلو حتى بلغ قيمة الإبل اثني عشر ألفاً (٤).

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمتها أربعة آلاف ، أو عدله من الذهب أربعمئة دينار) (٥).

وجه قوله الثاني: أن الدراهم لو كانت قيمة لم يجز أن يقضي بها مؤجلة ؛ لأنه يؤدي إلى الدين بالدين ، فلما قضي بها مؤجلة ، دلّ على أنها وجبت بنفسها .

وروى شعبة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار (٦).

(١) انظر: الأم ص ١٢٠٧؛ رحمة الأمة ص ٢١٧ .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى من كتاب عمرو بن حزم ، ٧٣/٨ ؛ وفي معرفة السنن ، ٢٠٠/٦ .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ج .

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٧٧/٨ ؛ ورواه الطبراني في الكبير ، ١٥٠/٧ ؛ «وفيه أبو معشر نجيح ،

وصالح بن أبي الأخضر ، وكلاهما ضعيف» كما قاله الهيثمي في مجمع الزوائد ، ٢٩٧/٦ .

(٥) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد بلفظ: «ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم...» ، ٣٤٧/١٧ .

(٦) «أخرجه أبو داود في المراسيل ، وأخرجه محمد بن الحسن والشافعي ، لكن موقوف على سعيد»

كما قاله ابن حجر في الدراية ، ٢٧٥/٢ .

وروي عن عمر أنه قضى بالدية في ستة أصناف ، والقيمة لا يقضى بها في البقر والغنم ، فدلّ على أن هذه الأنواع ديات بأنفسها^(١).

٢٤٣٧ - [فصل : أصناف الدية]

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: الدية يقضى بها من ثلاثة أصناف من الإبل والعين^(٢) والورق .

وقال أبو يوسف ومحمد: من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحُلل مائتا حُلّة: كل حُلّة ثوبان ، إزار ورداء^(٣).

لأبي حنيفة: قوله ﷺ: «في النفس مائة من الإبل» فظاهر هذا [يقضي المنع]^(٤) من وجوب ما سوى الإبل إلا ما دلّ عليه الدليل ؛ ولأن البقر والغنم حيوان لا يغلظ في شبه العمدة ، فلا يكون أصلاً في الدية كسائر الحيوانات .

وجه قولهما: ما روي أن عمر رضي الله عنه قضى في الدية بستة أصناف بحضرة الصحابة من غير خلاف^(٥).

وقد قال أبو حنيفة: إن عمر إنما قضى بذلك لما كانت الديات على العواقل ، فلما نقلها إلى الديوان قضى بها من الإبل والدرهم والدنانير .

(١) انظر: الأصل ٥٥٢/٦ وما بعدها .

(٢) في ج هنا (الغنم) .

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ .

(٤) في أ (يمنع) والمثبت من ج .

(٥) أخرجه محمد في الآثار ثم قال: «وبهذا كله نأخذ، وكان أبو حنيفة يأخذ من ذلك بالإبل،

والدرهم، والدنانير». كتاب الآثار ص ١٢٠ .

ومن أصحابنا من قال: إنه روي عن أبي حنيفة ما يقتضي مثل قولهما؛ لأنه قال في المعاقل: وإذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة، أو مائتي حلة، لم يجز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، فلو لم يجعل هذه الأنواع أصولاً في الدية لجوّز الصلح على أكثر منها.

٢٤٣٨ - [فصل: دية المرأة]

ودية المرأة على النصف من دية الرجل؛ لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم قالوا في دية المرأة: إنها على النصف من دية الرجل، قال ابن مسعود: إلا الموضحة والسّن، فإنها كالرجل^(١).

ولأن المرأة في ميراثها وشهادتها جعلت على النصف من الرجل، فكذلك في ديتها، وأما ما دون النفس من المرأة، فإنه معتبر بديتها.

وعن سعيد بن المسيب أنه قال: تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها، معناه: أن ما كان أقل من ثلث الدية، فالرجل والمرأة فيه سواء.

وقال ابن مسعود: معاقلة فيما كان أرشه نصف عشر الدية.

وقد روي أن ربيعة بن عبد الرحمن سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع امرأة، فقال فيها: عشرٌ من الأبل، فقال: فإن قطع أصبعين؟ قال: فيها عشرون من الإبل، قال: فإن قطع ثلاثة؟ قال: فيها ثلاثون من الإبل، قال: فإن قطع أربعة؟ قال: فيها عشرون من الإبل، فقال ربيعة: لِمَا عظم ألمها وزادت مصيبتها قلّ أرشها؟! فقال له: أعراقي أنت؟! قال: لا بل جاهل متعلم، أو عالم

(١) انظر: كتاب الآثار لمحمد، ص ١٢٦.



متثبت ، فقال : هكذا السنة^(١) ، وإنما أراد بذلك سنة زيد بن ثابت .

وما قاله ربعة هو الحجة في المسألة ؛ لأن ما قالوه يؤدي إلى أن نقل الأرش بكثرة الجنانية ، وهذا لا يصح ؛ ولأن ما دون النفس معتبر بدية النفس ، بدلالة ما زاد على ثلث الدية .

وقد روى أهل المدينة في ذلك حديثاً لم يثبت عند أبي حنيفة ، وهو أنه قال ﷺ : «تُعاقِلُ المرأةُ الرجلَ إلى ثلث ديتها»^(٢) فأما قول ابن مسعود في السنّ والموضحة ، (بأن النبي ﷺ قضى في الجنين بالغرة)^(٣) ، وهي مقدرة بنصف عشر الدية ، ولم يفصل بين الذكر والأنثى ، فدلّ على أنهما يتساويان فيما بلغ أرشه نصف عشر الدية .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه إنما لم يختلف في الجنين الذكر والأنثى ؛ لأنه قد يتعذر الفرق بينهما لعدم تمام الخِلقَة ، فسوّي بينهما لذلك^(٤) .

٢٤٣٩ - [فصل : أنواع دية الخطأ]

قال أصحابنا في دية الخطأ : إنها خمسة أنواع : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو قول ابن مسعود .

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٩٦/٨ ؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ، ٤١٢/٥ ؛ وعبد الرزاق في مصنفه ، ٣٩٤/٩ ؛ الدراية ، ٢٧٤/٢ .

(٢) أخرجه الإمام مالك موقوفاً على سعيد بن المسيب ، الموطأ ، ٨٥٣/٢ ؛ ونحوه ابن أبي شيبة في مصنفه ، ٤١٢/٥ ؛ وأخرجه عبد الرزاق من قول عطاء وعمر بن عبد العزيز ، ٣٦٩/٩ .

(٣) أورده ابن الملقن في خلاصة بدر المنير ، وعزاه إلى صحيح مسلم برواية المغيرة ، ٢٨٠/٢ .

(٤) انظر : الأصل ٥٥٣/٦ .

وقال الشافعي: عشرون ابن لبون، بدلاً من بني مخاض^(١).

وعن عمر [وزيد] ذكر محمد في الكتاب في الخطأ مثل قول ابن مسعود.

لنا: ما روى حنيف بن مالك، عن ابن مسعود، عن النبي ﷺ أنه قال: «في دية الخطأ عشرون ابنة مخاض، وعشرون ابن مخاض»^(٢)، وقال: «في النفس مائة من الإبل»، فظاهره يقتضي أدناه؛ ولأن ابن لبون يقوم مقام غيره في الذكاة عند عدمه [فلم يجب في الدية بنفسه]، فصار كالشاتين.

وأما دية شبه العمدة، فهي عندنا أربعاً: خمس وعشرون ابنة مخاض، وخمس وعشرون ابنة لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وهو قول ابن مسعود.

وذكر محمد في الكتاب عن عمر والمغيرة وأبي موسى: أن دية شبه العمدة [٣٢٢/ب] أثلاثاً.

وعن عمر وزيد: في شبه العمدة ثلاثون جذعة، وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كلها خليفة، وهو قول محمد.

وعن علي في شبه العمدة أثلاثاً: ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون خليفة في بطونها أولادها^(٣).

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٤٤؛ رحمة الأمة ص ٢١٧.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٥٤٥)؛ وابن ماجه (٢٦٣١)؛ ومالك في الموطأ (١٥٥٠)؛ والبيهقي في الكبرى، ٧٥/٨؛ نصب الراية، ٣٥٧/٤.

(٣) انظر: كتاب الآثار لمحمد، ص ١٢٠، ١٢١.

لأبي حنيفة وأبي يوسف: قوله ﷺ: «في النفس مائة من الإبل»، وهذا يقتضي أدناه.

وروى الزهري عن السائب بن يزيد^(١): (الدية كانت على عهد رسول الله ﷺ أربعاً)^(٢)، ونحن نعلم أنه لم يرد به الخطأ، فبقي أن يريد شبه العمدة. ولأنها بدل عن النفس، فكانت الأسنان متساوية كالخطأ؛ ولأن الصحابة اختلفوا على الوجه الذي ذكرناه.

وإيجاب الحامل لا يجوز؛ لأن الحمل معنى لا يعلم حقيقة، ولأن الحقوق المتعلقة بالحيوان لا يعتبر فيها الحمل، [كالنذور]^(٣) والهدايا، وإذا سقط اعتبار الحوامل، لم يبق إلا قول ابن مسعود.

لمحمد: ما روي أن النبي ﷺ قال: «ألا إن قتيل خطأ العمدة قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل، منها أربعون خلفه في بطونها أولادها»^(٤).

والجواب: أن هذا الخبر قد عارضه قول ابن مسعود، ولا يجوز أن يكون قال ذلك إلا توقيفاً عن رسول الله؛ لأنه لا مدخل للقياس في هذه المقادير، وإذا تعارض الخبران، كان الأخذ بالمتيقن أولى؛ ولأن من أصلنا أن الخبر إذا روي

(١) في النسخ (زيدان) والمثبت من سند الحديث.

(٢) ذكر الحديث بالمعنى الذي قسم عليه الإبل باعتبار السن في الدية، أخرجه الطبراني في الكبير، ١٥٠/٧؛ والهيثمي في مسند الحارث، ٥٧٢/٢.

(٣) في أ (كالذكاة) والمثبت من ج.

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٣٦٤/١٣؛ والنسائي في الكبرى ٢٣٢/٤؛ وابن ماجه (٢٦٢٧)؛ والبيهقي في الكبرى، ٤٥/٨؛ وأحمد في المسند، ٥١١/٥.

أن النبي ﷺ بيّنه بياناً عاماً ولم ينقل نقلاً عاماً، لم يقبل، ومعلوم أنه روي أن هذا قاله ﷺ في حجة الوداع في خطبته، فلو كان كما روي، لاحتجَّ به الصحابة حين اختلفوا فيه، ولكانوا لا يختلفون في كيفية التغليظ، فلما اختلفوا ولم ينقل احتجاج بعضهم به، دل ذلك على ضعفه.

٢٤٤٠ - [فصل: دية الذميِّ والمستأمن]

وديعة الذمي عندنا كدية المسلم، وكذلك دية المستأمن، وإنما اعتبر أصحابنا في كمال الدية حظر الدم^(١).

وقال الشافعي: في دية اليهودي والنصراني، أربعة آلاف^(٢)، وفي دية المجوسي، ثمانمائة^(٣).

وقال مالك: في دية اليهودي والنصراني، ستة آلاف^(٤).

لنا ما روي في حديث ابن عباس: (أن مستأمنين دخلا على رسول الله ﷺ، فكساهما وحملهما، فلما خرجا من عنده، لقيهما عمرو بن أمية الضمري، فقتلها ولم يعلم بأنهما مستأمنين، فوداهما رسول الله ﷺ بديعة حرين مسلمين)^(٥).

(١) انظر: الأصل ٥٥٦/٦.

(٢) في ج (ستة آلاف).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٤٦.

(٤) وقال مالك: «أنه بلغه: أن عمر بن عبد العزيز قضى أن دية اليهودي والنصراني إذا قُتل أحدهما، مثل نصف دية حر المسلم». الموطأ (١٦١٧)؛ انظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٣٣٦؛ رحمة الأمة، ص ٤٧٤؛ منهاج الطالبين، ص ٤٨٤.

(٥) أورده السرخسي في المبسوط ٨٥/٢٦؛ والكاساني في البدائع ٧/٢٥٥.

وروى معاوية أن النبي ﷺ قال: «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار»^(١).

وعن الزهري قال: قضى أبو بكر وعمر وعلي في دية الذمي بمثل دية المسلم^(٢)؛ لأن الله تعالى سمى ما يجب بقتل الذمي دية، كما سمى ما يجب بقتل المسلم دية، فلما لم يفصل بينهما، دل على تساويهما؛ ولأنه بدل عن متلف، فاستوى فيه المسلم والذمي، كبذل الأموال^(٣).



(١) أخرجه أبو داود في المراسيل من رواية سعيد بن المسيب . الدراية ، ٢٧٥/٢ ؛ وروى محمد

حديث (دية المعاهد دية الحر المسلم) مرفوعاً وموقوفاً في كتاب الآثار ، ص ١٢٨ .

(٢) أورده ابن حجر في الدراية ، ٢٧٥/٢ .

(٣) انظر: الأصل ٥٥٦/٦ وما بعدها .

بَابُ الأعضاء التي تجبُ بكلِّ عضوٍ منها ديةٌ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وهي ثلاثة أعضاء: اللسان، والأنف، والذَّكْر^(١).

فإذا استوعب الأنف جذعاً، أو قطع المارن منه وحده - وهو ما لان من الأنف عن العظم - ففيه الدية كاملة.

وكذلك إذا انتزعت أو قطعت الحشفة وحدها، ففيه الدية.

وكذلك اللسان، إذا استوعب أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله.

والأصل في هذا: ما روى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنف الدية، وفي المارن الدية»^(٢)، وكذلك في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ لعمر بن حزم^(٣).

وروي عن عليٍّ وجماعة من الصحابة أنهم قالوا: في اللسان الدية، وأما المارن فللخبر؛ ولأن المقصود بالأنف الجمال والمنفعة، وذلك يفوت بفوات المارن؛ ولأنه لا يجمع الشم به.

(١) انظر: الأصل ٥٤٨/٦.

(٢) قال ابن حجر عن حديث سعيد: «لم أجده». الدراية، ٢٧٦/٢.

(٣) أخرجه النسائي في الكبرى (٧٠٥٨)؛ البيهقي في الكبرى، ٨٩/٤؛ ابن عبد البر في التمهيد، ٣٤٠/١٧؛ الدراية، ٢٧٦/٢.

وأما حشفة الذكر ففيها الدية ؛ لأنها إذا قطعت بطلت منفعة الذكر ، وهي الإنزال ، وبطلان منفعة العضو كبطلان العضو .

وأما اللسان إذا ذهب بالكلام بقطع بعضه ، ففيه الدية ؛ لأنه أبطل المنفعة المقصودة منه ، فصار كقطع جميعه ، وإن ذهب ببعض الكلام ففيه حكومة ؛ لأنه لم يبطل المنفعة بكمالها ، ومن أصحابنا من قال في ذلك بقول عليّ رضوان الله عليه ، أنه يقسم على عدد الحروف ، فإذا فات بعض الحروف وبقي [بعض] الكلام في بعضها ، وجب عليه من الدية بقدر ما فات من حروف المعجم ، وهذا ينبغي أن يعتبر بالحروف التي تفتقر إلى اللسان^(١) .

فأما ما لا يفتقر إلى اللسان ، كالباء ، والهاء ، فلا تدخل في القسمة .



(١) انظر: الأصل ٦/٥٤٨، ٥٤٩ .

بَابُ المعاني التي توجبُ الدِّيَاتِ مما ليس بعضوٍ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: في النفس الدية، وكذلك العقل والسمع والبصر والشَّمُّ والذُّوق والكلام.

والأصل في ذلك: ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في رجل واحد بأربع ديات: ضُرب على رأسه فذهب عقله، وكلامه، وبصره، وذكره^(١).

ولأن العقل يبطل بفواته منافع كل الأعضاء، ألا ترى أن أفعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم، فكأنه أتلفه.

وأما السمع فلأنها منفعة ليس لها نظير في البدن، ففيها الدية كالعقل والكلام.

وأما البصر، فقد دلَّ عليه قوله صلى الله عليه وسلم: «وفي العينين الدية»^(٢).

وأما الشَّمُّ والذُّوق؛ فلأن كل واحد منهما منفعة كاملة لا نظير لها في البدن.

وأما الكلام إذا ذهب، فلم يقطع اللسان، ففيه الدية؛ لأن فوات منفعة العضو الذي يقصد منه المنفعة كفوات العضو، ألا ترى أنه لا فرق بين قلع العين وبين ذهاب ضوئها، وبين قطع اليد و[بين] جفافها.

(١) قال ابن حجر في الدراية: «عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي من عوف الأعرابي» ٢٧٦/٢؛ انظر: الأصل، ٥٦٠/٦؛ نصب الراية للزيلعي، ٣٧١/٤.

(٢) كما في حديث عمرو بن حزم الطويل، أخرجه الحاكم في المستدرک ٥٥٣/١؛ وابن حبان في صحيحه ٥٠٨/١٤؛ والنسائي في الكبرى (٧٠٥٨)؛ والبيهقي في الكبرى ٨٩/٤.

قال: وشعر [الرأس] إذا سقط فلم ينبت بجناية جانٍ جنى عليه ، وكذلك اللحية إذا لم تنبت ، فقد قال أصحابنا: إن في شعر رأس الحر الدية ، وكذلك في شعر المرأة ، وكذلك في لحية الرجل .

فأما شعر العبد ولحية العبد ، فذكر في الأصل أن فيه حكومة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن فيه القيمة ، وقال الشافعي: فيها حكومة^(١) .

[أ/٣٢٣]

لنا: أن اللحية فيها جمال كامل ، بدلالة ما روي عن أبي هريرة أنه قال: إن ملائكة سماء الدنيا تقول: والذي زين بني آدم باللحى^(٢) . وفوات الجمال الكامل في الحر يتعلق به كمال الدية ، كالمارن والأذن الشاخصة .

وقد روي عن علي رضوان الله عليه أنه قال: في الرأس إذا حلق فلم ينبت ، الدية كاملة^(٣) .

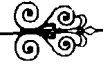
وروي أن رجلاً أغلى ماءً فصّبّه على رأس رجل ، فسلخ جلد رأسه ، فقضى علي رضوان الله عليه بالدية .

وروي عن شريح ، وسعيد بن المسيب ، والحسن البصري ، والشعبي ، أنهم قالوا: في الحاجبين الدية .

(١) انظر: رحمة الأمة ص ٢٢٠ .

(٢) رواه أبو القاسم في تاريخ مدينة دمشق ، وقال: (الحديث الموقوف) ، ٣٦/٣٩٨ ؛ وأورده الغزالي في الإحياء من غير أن يعزو لأحد ، ١٤٤/١ ؛ وأورده القرافي في الذخيرة بقوله (لما في بعض الأخبار) ، ١٣/٢٧٩ .

(٣) انظر: الأصل ٦/٤٥٩ .



وذكر المُبرِّد أن النبي ﷺ قال: «وفي المَعَرِ الدية»، وفسّره المبرد فقال: هو اعوجاج الوجه، وإنما يفوت بذلك الجمال.

فأما شعر البدن، ففيه حكومة؛ لأنه لا يظهر، فيقع به الجمال الكامل.

وأما لحية العبد، فإن قلنا برواية الحسن: سَوِّنا بينهما؛ لأن القيمة في العبد، كالدية في الأحرار.

وإن قلنا بالرواية الأخرى: فلأن المقصود من العبيد الخدمة، وليس المقصود فيهم الجمال، فلذلك لم يجب كمال القيمة بفوات الجمال.

وكان أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى يقول في اللحية: إنما تجب بها الدية إذا كانت لحية كاملة يتجمل بها، فأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها، فلا شيء فيها، وإن كانت غير متوفرة لا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين، ففيها حكومة.

وذكر في المنتقى: في لحية السنوط^(١) حكومة، وإن كانت قد استوت إلا أنها رقيقة، ففيها الدية.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: هذا في الذكور والإناث سواء، وإنما أراد بهذا: العقل، والسمع، والبصر، وشعر الرأس، فأما اللحية فلا يتصور أن تكون للمرأة إلا طاقات تشينها.

قال: وكذلك إذا ضرب ظهر الرجل فصار لا يبول؛ لأنه فوت عليه منفعة كاملة، وهي النسل ولذة الإنزال.

(١) «السَّنَاط: الكوسج، أو الخفيف العارضين، أو الذي لا لحية له». المغرب (سنط).

قال: وكذلك المرأة إذا افتضتها الجنائية، فلم تستمسك البول والغائط، أو لم تستمسك أحدهما، ففي كل واحدٍ منهما دية كاملة، في الرجل على قدر ديته، وفي المرأة على قدر ديتها؛ وذلك لأن [هذه] الجنائية أبطلت المنفعة المقصودة بهذا العضو، وقد بينا أن إبطال منفعة العضو كإبطال العضو، وإتلاف عضو لا نظير له في البدن يتعلق به الدية^(١).



(١) انظر: الأصل ٥٤٨/٦ - ٥٥١.

بَابُ مَا تَجِبُ فِيهِ الدِّيَةُ عَلَى قَدْرِ مَا فِي الْبَدَنِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: في العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الأنثيين الدية، وفي الحاجبين الدية إذا ذهب شعرها ولم ينبت، وفي ثدي المرأة الدية، وفي كل واحد مما ذكر نصف الدية^(١).

والأصل في هذا: أن كل عضو لا نظير له في البدن ففيه الدية، وقد قدمناه، وهي ثلاثة أعضاء: الأنف، والذَّكَر، واللِّسَان.

وكل ما في البدن منه اثنان: ففيهما الدية، وفي أحدهما نصف الدية، والأصل في ذلك: ما روي في حديث سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: «وفي العينين الدية، وفي [الأذنين]^(٢) الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الأنف الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي الشفتين الدية»^(٣).

وفي الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ لعمر بن حزم: «في النفس الدية، وفي الأنف الدية، وفي اللسان الدية، وفي العينين الدية، وفي أحدهما نصف الدية،

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٥٠.

(٢) في أ (الأنثيين) والمثبت من ج.

(٣) الحديث أورده ابن حجر في الدراية، وزاد بعد الرجلين «.. وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين

الدية، وفي الأنثيين الدية»، ثم قال: «لم أجده بتمامه، ولكن روى البيهقي من طريق سعيد بن

المسيب: قضت السنة في العقل بأن في الذكر الدية، والأنثيين الدية، وقد تقدم أن ذلك كله في

كتاب عمرو بن حزم»، ٢/٢٧٧.

وفي اليدين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية»^(١) .

وأما شعر الحاجبين ، فهو على ما بينا ، أن فوات الجمال بالشعر يوجب الأرش المقدر .

قال : وسواء ذهب بالجناية نور البصر دون الشحمة ، أو ذهب معه الشحمة ؛ وذلك لما قدمنا أن تلف منفعة العضو ، كتلف نفس العضو ، والمقصود من الشحمة : النظر ، فإذا ذهبت ، فالشحمة تابعة .

قال : وسواء قطع أصابع اليد دون الكف ، أو قطع الكف وفيها الأصابع ، وكذلك القدم تبع للأصابع ؛ وذلك لما روي عنه ﷺ أنه قال : «في الأصابع في كل أصبع عشر من الأبل»^(٢) ، فلا فرق بين أن يقطعها ويقطع الكف معها ؛ لأن الأصابع تجب فيها نصف الدية ، (وهي مع الكف يجب فيها نصف الدية)^(٣) ؛ لقوله ﷺ : «وفي إحدى اليدين نصف الدية»^(٤) ، فدل على أن الكف تبع للأصابع ؛ ولأن المقصود من اليد المنفعة ، وذلك يحصل بالأصابع ، فإتلافها كإتلاف اليد .

[قال] : وكذلك إن قطع الحلمة من ثدي المرأة وحدها أو قطع الثدي [وفيه الحلمة] ، ففيها نصف الدية ، والثدي تبع للحلمة ؛ لأن المقصود من منفعة الثدي يفوت بفوات الحلمة ، وهو الرضاع ، وفوات المنفعة المقصودة من العضو كفوات العضو .

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة من قول علي وعبد الله ﷺ ، ٣٦٨/٥ .

(٣) ساقطة من ج .

(٤) أخرجه النسائي في الكبرى من حديث عمرو بن شعيب (٧٠٥٩) .

قال: وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين ، إذا كان ذلك قبل البرء من الأول ؛ لأن الجناية لا تستقر قبل البرء ، فإذا أتبعها الجناية الثانية قبل استقرارها ، فكأنه أوقعهما معاً .

قال: وفي أشفار العين كلها الدية ، وفي أحدها ربع الدية ، وفي الاثنین نصف الدية ، وفي الثلاث ثلاثة أرباع الدية ، وهذا كله إذا لم ينبت الشعر ؛ وذلك لأن الأشفار أربعة في البدن ، ففي جميعها الدية ؛ لأنه لا نظير لجملتها في البدن^(١) .

ثم الدية تنقسم على عددها ، فتجب في كل واحد منها الربع ، كما يجب قسم الدية على اليدين^(٢) .

وكذلك إن قطع الجفن اللحم وفيه الشعر فهو سواء ، واللحم تبع (للشعر ، مثل الكفين والقدمين مع الأصابع ؛ وذلك لأن الجمال والمنفعة والشعر واللحم تبع)^(٣) له كالکف مع الأصابع .

قال: فإن قطع اليد من الذراع من المفصل خطأً ، ففي الكف والأصابع الدية ، وفي الذراع حكومة ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف: فيه نصف الدية ، والذراع تبع .

وكذلك لو قطع اليد من العُضد ، أو الرجل من الفخذ ، ففيه نصف الدية ، وما فوق القدم عنده تبع ، وما فوق الكف تبع ، وهو قول ابن أبي ليلى .

(١) رواه محمد من قول حماد ، كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٢ .

(٢) في ج (كما تنقسم الدية على اليدين) .

(٣) ساقطة من ج .

وقال أبو حنيفة: لا تتبع الأصابع غير الكف، وكذلك أصابع الرجل، لا تتبعها إلا القدم، وهي رواية محمد عن أبي يوسف في الكف والذراع.

وروى ابن سماعة وبشر وعلي عن أبي يوسف: أن في اليد إذا قطعت من المرفق، أو فوق ذلك [ب/٣٢٣] ما بينها وبين المنكب، ففيها نصف الدية في قول أبي يوسف وابن أبي ليلى، وكذلك إذا قطع الرجل من الفخذ.

وجه قولهما: أن الدية إنما تجب في الأصابع، والكف تبع [لها]؛ بدليل أنه لو أفرد الأصابع بالقطع، وجب نصف الدية، ولو قطعها مع الكف وجب نصف الدية، فلا يخلو إما أن تكون الذراع تبعاً للأصابع، أو للكف، ولا يجوز أن يتبع الأصابع؛ لأنه يفصل بينهما عضو، فلا يكون تبعاً لهما، كما لا تكون [الشحمة] ^(١) تابعة للأصابع، ولا يجوز أن يتبع الكف؛ لأنه تبع في نفسه، فلا يثبت له تبع.

لأبي يوسف: قوله ﷺ: «وفي اليدين الدية، وفي أحدهما نصف الدية» ^(٢)، واليد عبارة عن [العُضد] ^(٣) إلى المنكب؛ ولأن ما ليس له أرش مقدر إذا اتصل بما له أرش مقدر تبعه في الأرش، كالكف ^(٤).

٢٤٤١ - [فصل: الدية في أصابع اليدين والرجلين]

قال: وفي أصابع اليدين والرجلين في كل واحد منهما عُشر الدية، وهي

-
- (١) في أ (السبحة) والمثبت من ج.
 (٢) والحديث بهذا اللفظ أورده ابن نجيم في البحر الرائق، ٣٨٣/٨.
 (٣) في أ (العضو) والمثبت من ج.
 (٤) انظر: كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٠؛ الأصل ٥٤٩/٦ وما بعدها.

في ذلك سواء ، لا فضل لبعضهن على بعض ؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «في كل أصبع عشر من الإبل ، والأصابع كلها سواء»^(١).

وروى عكرمة عن ابن عباس أنه قال: هذه وهذه سواء ، وأشار إلى الخنصر والإبهام.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال: «في المواضع خمس خمس من الإبل ، وفي الأصابع [كلهن سواء] عشر عشر من الإبل ، وفي الأسنان خمس خمس من الإبل»^(٢) ، وقد روي أن عمر كان يقول: (في الخنصر ست من الإبل ، وفي البنصر سبع من الإبل ، وفي الوسطى عشر من الإبل ، وفي السَّبَّابة والإبهام خمس وعشرون)^(٣) ، فلما بلغه الخبر عن رسول الله ﷺ رجع إلى ذلك.

وهذا جارٍ على الأصل الذي قدمنا ؛ لأن في اليدين عشر أصابع ، ففيها الدية ، ثم تنقسم الدية على قدر عددها ، كما انقسمت على اليدين والرجلين .
قال: وما كان من الأصابع ففيه ثلاث مفاصل ، ففي كل مفصل إذا قطع ثلثُ دية الأصبع ، وما كان فيه مفصلان ، ففي الواحد منه نصف دية الأصبع ، وذلك [لأن] ما في الأصبع ينقسم على مفاصلها كما انقسم ما في اليد على عدد الأصابع .

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه مرفوعاً وموقوفاً ، ٣٦٨/٥ .

(٢) أخرجه القزويني في التدوين في أخبار قزوين ، ٨/٣ ؛ وابن أبي شيبة ، ٣٦٨/٥ .

(٣) روى نحوه ابن أبي شيبة في مصنفه ، ٣٦٨/٥ ؛ والبيهقي في معرفة السنن ، ٢٢٣/٦ ؛ التلخيص الحبير ، ١٩٥/٤ .

قال: وسواء قطع من الأصابع أو شلَّ ، وهذا لما قدمنا .

قال: وفي كل سنِّ خمس [من الإبل] ^(١) إذا سقطت ، وهي في ذلك سواء ، المقدم والمؤخر والأضراس والثنايا [لا يختلف عقلهن ؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «في كل سنِّ خمس من الإبل»] ^(٢) ، وهذا غير جارٍ على قياس الأعضاء ؛ لأن جملة الأسنان والأضراس اثنان وثلاثون ؛ إلا أن المرجع في أرشها إلى النص ^(٣) .

وقد حكي عن بعض الناس أنه فضل أرش الطواحن على أرش الضواحك ، وظاهر الخبر يقتضي خلاف ذلك .

قال: فإن اسودَّت السنُّ من الضربة ، أو حمرت أو اخضرت [ولم تسقط] ، ففيها الأرش تاماً ؛ وذلك لأن السن إذا اسودَّت بطل منفعتها ؛ لأنها تتناثر وتتلاشى ، وبطلان المنفعة كتلف العضو .

ولأنه يفوت بأسودادها الجمال الكامل ، فأما إذا اصفرَّت: فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيها [حكومة] ^(٤) عدل .

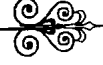
وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة أن المضروب إن كان حرّاً فليس فيها شيء ، وإن كان مملوكاً ففيها حكومة عدل .

(١) في أ (خمس مائة) والمثبت من ج .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب (الطويل) (٤٥٦٤) ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٩٠/٨ ؛ والدارقطني ٢٠٩/٣ ؛ التخليص ٢٨/٤ .

(٣) في ج (النصف) .

(٤) في أ (حكم) والمثبت من ج .



وقال محمد: نرى فيها حكومة عدل ، حرّاً كان أو عبداً ، وهو قول أبي يوسف .

وقال زفر: إذا اصفرت ، ففيها عقلها تاماً .

لأبي حنيفة: أن الصفرة لا تذهب منفعتها ، وإنما توجب نقصاً فيها ،
[فوجب بها حكومة عدل] (١) .

وأما الرواية الأخرى ، فقال: بأن الصفرة [قد] تكون لون السنّ في أصل
الخلقة ، فلم يُعدّ ذلك نقصاً في الحر .

وليس كذلك الخضرة والسواد [والحمرة] ؛ لأنها لا تكون لون السن في
الأصل .

فأما العبد: فالصفرة [والسواد] تؤثر في نقصان ثمنه ، وهذه الرواية لا
تصح ؛ لأن الحر أولى بإيجاب الأرش بفوات الجمال ، بدلالة الشعر .
وجه قول زفر: أن الصفرة تؤثر في تفويت جمال السنّ كالسواد .

وقال أبو يوسف: إن كثرت الصفرة حتى تكون عيباً كعيب الخضرة
والحمرة ، ففيها عقلها تاماً ، وهذا يجب أن يكون قولهم .

قال: وهذا عندهم جميعاً بعد أن ينظر بها سنة ، فإن حدث فيها سقوط أو شيء
من هذا ، كان فيها ما ذكرنا ، وإن نبتت سوية فلا شيء فيها ؛ وذلك لأن الجنایات
يعتبر فيها حال استقرارها ، بدلالة ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « [لا يستقاد
من] (٢) الجراح حتى يبرأ » ؛ ولأن الجنایة إذا لم تستقر ، لم يعلم الواجب بها ،

(١) في أ (فوجب فيها الحكومة) والمثبت من ج .

(٢) في الأصل كلمة غير مقروءة ، والمثبت من الدراية من حديث جابر رضي الله تعالى عنه ، =

فلا يجوز القضاء بما لا يعلم .

قال: وإن نبتت حمراء أو خضراء أو سوداء أو صفراء، ففيها ما ذكرت في كل ناب؛ وذلك لأن السن إذا نبتت، قام النابت^(١) مقام الذاهب، بدلالة سقوط الأرش، فإذا نبتت سوداء، فكأن الأصل كان باقياً وتغيّر.

ولم يذكر الشفتين، وفيها الدية عندنا؛ لأنها من جملة ما في البدن منه اثنان، لا نظير لهما، وهما كالعينين واليدين، والعليا والسفلى سواء، وهذا قول جماعة من الصحابة.

وقال زيد بن ثابت: (في السفلى الثلثان، وفي العليا الثلث)^(٢)؛ لأن السفلى فيها جمال ومنفعة، لأنها تحبس الريق. وبقية الصحابة لم يفصلوا، وقال مثل قولنا: شريح والنخعي، وجماعة من التابعين رضي الله تعالى عنهم^(٣).



= ٢٨٠/٢؛ نصب الراية، ٣٧٨/٤.

(١) في ج (الثابت).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة عن الشعبي في المصنف ٣٦٢/٥.

(٣) انظر: كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٠ وما بعدها؛ الأصل ٤٥٩/٦ وما بعدها؛ البدائع للكاساني

٣١٤/٧.

بَابُ الشَّجَاجِ



قال أيده الله تعالى: الشجاج^(١)، أولها الحارِصَةُ^(٢): وهي التي تشق الجلد،
ومنه قولهم: حرص القصار الثوب.

وبعدها [الدَّامِعَة]: وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع.

وبعدها الدَّامِيَّة: وهي التي يخرج منها الدَّم.

وبعدها البَاضِعَة: وهي التي تبضع اللحم.

وبعدها المَّتَلَاحِمَة: وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة،
هكذا روى أبو يوسف.

وقال محمد: المتلاحمة قبل الباضعة، وهي التي يتلاحم الدم فيها وَيَسْوَدُّ.

وبعدها السَّمْحَاق: وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم، تلك
الجلدة تسمى السَّمْحَاق، ومنه قيل للغيم الرقيق^(٣): سماحيق.

(١) «الشجاج: يختص بالوجه والرأس، وغيرهما يسمّى جراحة. والشجّة: واحدة شجاج الرأس». أنيس الفقهاء ص ٢٩٣.

(٢) وفي البدائع بالخاء (الخارصة) وهي التي تخرص الجلد، أي تشقه «٢٩٦/٧؛ وفي تحفة الفقهاء (الخادشة) ١١١/٣؛ وفي الهداية بالخاء (الحارصة)، «وهي تحرص الجلد» ١٨٢/٤؛ وكذلك في تبين الحقائق ١٣٢/٦ كمثل النسخة؛ والمطرزي عرفها أيضاً (بالحارصة)، المغرب (حرص).

(٣) في ج (الخفيف).

ثم المَوْضِحَة [٣٢٤/أ]: وهي التي [تقطع السمحاق و] توضح عن العظم.

ثم الهَاشِمَة: وهي التي تهشم العظم.

ثم المُنْقَلَة: وهي التي يخرج منها العظم^(١).

ثم الآمَة: وهي التي تصل إلى أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ.

ثم الدَّامِغَة: وهي التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ.

فهذه إحدى عشرة شَجَّة ، لم يذكر محمد منها الحارِصَة ، ولا الدَّامِغَة ؛ [لأن

الحارِصَة] لا يبقى لها أثر في الغالب ، فالشجعة التي لا أثر لها لا حكم لها [في

الشرع].

ولم يذكر الدامغة ؛ لأن الإنسان لا يعيش معها [عادة] ، فلا معنى [لإثبات]

حكم الشجاج فيها ، وما سوى ذلك ، فالحكم فيه مختلف^(٢).

فإن كان عمداً ، ففي المَوْضِحَة القصاص في قولهم ؛ لأنه يمكن استيفاء

القصاص فيها ؛ لأنه ينتهي بالسَّكِّين إلى العظم ، (وإذا أمكن استيفاء المماثلة ،

وجب).

وما بعد الموضحة لا قصاص فيه في قولهم^(٣) ؛ لأنه لا يمكن استيفاء

(١) وفي البدائع: «والمنقلة: هي التي تنقل العظم بعد الكسر ، أي: تحوله من موضع إلى موضع» ،

٢٩٦/٧ ؛ لأن نص الكاساني مطابق لنص الكتاب إلا ما ندر.

(٢) البدائع ٢٩٦/٧ .

(٣) ووضح ذلك القدوري في المتن: «ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً ، ولا قصاص في بقية

الشجاج ، وما دون الموضحة ففيه حكومة عدل» ، ص ٤٥٣ .

المماثلة فيه ، ألا ترى أن الهاشمة ^(١) تكسر العظم ، فإذا كسرنا العظم لم نعلم أنا ننتهي إلى المستحق ، وكذلك المُنْقَلَةُ .

فأما الآمَّةُ ، فلا بأس أن ينتهي بها إلى الدماغ ، وإذا تعذرت المماثلة سقط القصاص .

فأما ما قبل الموضحة ، فذكره محمد في الأصل : أن فيه القصاص .

وروى الحسن عن أبي حنيفة : أنه لا قصاص إلا في الموضحة .

وجه رواية الحسن : أن ما دون الموضحة لا حد فيه ينتهي السكين إليه ، فلا يمكن استيفاء المماثلة .

وجه رواية الأصل : أنه يمكن تقدير غور الجراحة ^(٢) بمسمار ، ثم تعمل حديدة على [قدره] ^(٣) ، فينفذ في اللحم إلى آخرها ، فيستوفي منه مثل ما فعل .

فأما إذا كانت خطأ ، أو سقط القصاص فيها على إحدى الروايتين فيما قبل الموضحة ، وعلى الروايات كلها فيما بعد الموضحة وفيما قبل الموضحة حكم عدل .

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال : ما دون الموضحة خدوش ، فيها حكم عدل ، وكذلك عن النخعي .

وقال الشعبي : ما دون الموضحة فيه أجره الطبيب ؛ ولأنه لم يرد في الشرع

(١) في ج ذكرت بعد الدامغة .

(٢) في ج (تقدير تجوز الجراحة بمثل) .

(٣) في أ (قدّه) والمثبت من ج .

لذلك أرش مقدر ، فوجب فيها النقصان .

واختلف أصحابنا المتأخرون في كيفية الحكومة ، فقال الطحاوي : يقوم الحر لو كان عبداً ، وهو صحيح ، ثم يقوم وبه هذه الشجة ، فما نقص بين القيمتين ، كان أرشاً من دية الحر .

وقال أبو الحسن رحمه الله تعالى : يقرب من الشجة التي لها أرش مقدر بالحرز والظن .

وجه ما قاله الطحاوي : أن الحر لا يمكن تقويمه ، والقيمة في العبد كالدية في الحر ، فوجب أن ينقص من دية الحر ما بين القيمتين في العبد .

وكان أبو الحسن ينكر هذا ويقول : إنه يؤدي إلى أن يجب في قليل الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها ؛ لأنه يجوز أن يكون نقصان الشجة التي هي السمحاق في العبد أكثر من نصف عشر قيمته ، فإذا أوجبنا مثل ذلك في دية الحر ، أوجبنا في السمحاق أكثر مما يجب في الموضحة ، وهذا لا يصح .

فأمّا الموضحة ، ففيها خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر من الإبل ، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل ، وفي الأمة ثلاث الدية .

والأصل في هذا : ما روي في كتاب عمرو بن حزم ، أن النبي ﷺ قال : «وفي الموضحة خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمس عشرة ، وفي الأمة ثلاث الدية»^(١) .

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٧٠٦١) ؛ البيهقي في الكبرى ، ٨٩/٤ ؛ الدارقطني في سننه ، ٢٠١/٣ ؛ الإمام مالك في الموطأ (١٥٤٧) ، وغيرهم .

فأما الخلاف في المتلاحمة^(١)، فلا يعود إلى معنى، وإنما هو عبارة^(٢)؛ لأن محمداً لا يمنع أن تكون الشجة التي ذهبت في اللحم أكثر يزيد أرشها، وكذلك أبو يوسف لا يمنع أن تكون الشجة التي قبل^(٣) الباضعة أقل منها أرشاً.

وإنما الخلاف في الاسم، قال محمد: المتلاحمة مأخوذة من الاجتماع، يقال: التحم الجيشان، إذا التقيا، وقال أبو يوسف: إنها مأخوذة من الذهاب في اللحم، وإنما قد بينا حكم هذه الشجاج، فالكلام في موضعها.

فعدنا: أن الشجاج تختص بالرأس والوجه، فإذا كانت من الوجه في مواضع العظم، مثل الجبَّهَة والوَجْتَيْنِ والدَّقْنِ، تصور فيها الموضحة وما قبلها وما بعدها.

وقال الليث: يثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن، وهذا الذي قاله إن رجع فيه إلى لغة فهو غلط؛ لأن العرب تسمي ما كان في الوجه والرأس شجة، وما كان في البدن جراحة، وإن كان يرجع إلى الحكم، لم يصح؛ لأن هذه الشجاج يثبت حكمها للشين الذي يلحق ببقاء أثرها، ألا ترى أنها لو اندملت فلم يبق لها أثر، لم يجب لها أرش.

والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن: وهو الوجه والرأس، فأما ما سواهما فيغطي في العادة، فلا يحصل فيه من الشين ما يحصل في الوجه والرأس.

(١) في ج زيادة (في السمحاق) ولا خلاف في السمحاق بين الأصحاب.

(٢) وقال الزيلعي: «والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع إلى مأخذ الاشتقاق لا إلى الحكم»، تبين الحقائق ٦/١٣٢.

(٣) في ج (في الباضعة).

وقد قال محمد: إنه روي عن علي رضوان الله عليه أنه قال: في السمحاق أربع من الإبل، وهذا علي وجه [يثبت حكمها] الحكومة، لا علي وجه التقدير.

قال: وما كان أرشه خمسمائة فما فوق ذلك في الخطأ فهو علي العاقلة في قولهم جميعاً، وما كان دون الخمسمائة، فهو في مال الجاني، ولا تكون علي العاقلة، وهذا الذي قاله، إنما يعني به في الرجل.

فأما في المرأة، فتتحمل العاقلة من الجناية عليها مائتين وخمسين فصاعداً؛ لأن الذي يعتبر في ذلك، نصف عشر الدية.

وقال الشافعي: تتحمل العاقلة القليل والكثير^(١).

لنا: أن القياس يمنع تحمل العاقلة علي ما تقدم، وإنما تركنا القياس للأثر، (وقد روي أن النبي ﷺ قضى بأرش الجنين علي العاقلة)^(٢)، فتركنا القياس في ذلك، وما سواه علي أصل القياس؛ ولأن ما دون ذلك ليس له أرش مقدر بنفسه، كالأموال، ولا يلزم علي هذا ما يجب في الأئمَّة؛ لأنه ليس بمقدر بنفسه، وإنما هو جزء من مقدر.

وإذا ثبت هذا: فما كان أرشه نصف عشر الدية إلى ثلث الدية، فإنه علي العاقلة في سنة؛ لأن عمر ﷺ قضى بالدية علي العاقلة في ثلاث سنين، وكل ما وجب به ثلث الدية، فهو في سنة، كما يلزم العاقلة في السنة الأولى.

فإن زاد علي ثلث الدية، فثلث الدية في سنة، والزيادة في سنة أخرى؛

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٤٧؛ المنهاج ص ٤٩٢؛ رحمة الأمة ص ٢٢٢.

(٢) «أخرجه الأئمة الستة» كما قال الزيلعي في نصب الراية، ٣٩٩/٤.

لأن الزيادة على الثلث من جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية من الدية ، فكذلك إذا انفرد .

فإن زاد على الثلثين ، فالثلثان في سنتين ، وما زاد على ذلك في السنة الثالثة قياساً على ما يلزم العاقلة في السنة الثالثة .

قال ابن سماعه وبشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: والمُوضِحَة في الوجه والرأس ، ولا تكون الآمة إلا في الرأس [ب/٣٤٢] ، وفي الوجه في الموضع الذي يخلص منه إلى الدماغ ، وهذا على ما قد بيّنا .

قال: والصغيرة والكبيرة في ذلك سواء ، (لقوله ﷺ: «في الموضحة خمس من الإبل» ، ولم يفصل بين الصغيرة والكبيرة) (١) .

قال: ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلق ، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين ؛ وذلك لأن الجائفة: هي الجراحة النافذة إلى الجوف ، فما لا ينفذ إليه لا يتناوله الاسم .

وقال بشر عنه: وفي كل ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي لو وصل إليه الشراب كان مفطراً ، وما فوق ذلك فليس فيه جائفة ؛ لأن ما يفطر بوصول الشراب إليه ، فهو في حكم الجوف ، فإذا وصلت الجراحة إليه فهي جائفة .

قال: وكل ما وصل إلى الفم ، ففيه حكم عدل ، وليس بجائفة ، وهذا كما قدمنا .

قال: ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين جائفة ؛ [لأنها لا تصل إلى

(١) ساقطة من ج .

الجوف ، فإن كانت الجراحة بين الأنتيين والدُّبر حتى تصل إلى الجوف ، فهي جائفة^(١) [لما قدمنا أن الجائفة اسم مشتق فيما وصل إلى الجوف .

قال: وكل موضع يكون فيه موضحة ، ففيه منقلة وهاشمة وسمحاق وباضعة ومتلاحمة ودامية ، وإنما ذلك في الرأس ، والجبهة والصُّدغَيْن^(٢) واللحين وموضع العظم من الخدين والدَّقن ، وهذا قد بيّناه .

قال أبو الحسن: وليس في الجراح شيء له أرش معلوم غير الجائفة ، فإن فيها ثلث الدية ، فإن نفذت الجراحة إلى الجانب الآخر ، ففيها ثلثا الدية ، وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «في الجائفة ثلث الدية ، فإذا نفذت إلى الجانب الآخر ، فهي جائفتان ، ففي كل واحدة منها ثلث الدية»^(٣).

وقد روي عن أبي بكر الصديق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية بحضرة الصحابة من غير خلاف^(٤).

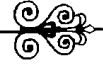


(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من الأصل ، وزيدت من ج .

(٢) «الصُّدغ»: ما بين لحظ العين إلى أصل الأذن ، والجمع أصداغ ، ويسمى الشعر الذي تَدَلَّى على هذا الموضع صُدغًا . المصباح (صدغ) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق من قول أبي بكر ، وعطاء ومجاهد ، ٣٩٨/٩ ؛ كنز العمال ، ٤٣/١٥ .

(٤) انظر: الأصل ٥٥٤/٦ ، ٥٦٠ ، ٥٧٨ وما بعدها .



بَاب

ما تجبُ فيه الحكومة وليس له أرش معلومٌ



قال ابن سماعة عن أبي يوسف: في الضلع إذا كسر حكم عدل، وكذلك الترقوة، وكذلك كسر كل عظم فيه حكم عدل، على قدر ما يرى الحاكم بعد نظر ذوي عدل من أطباء الجراحات ومن يعالج الكسر^(١).

وقال في الأصل: في أنف الرجل إذا كسر حكومة^(٢).

والأصل في هذا الباب: أنه لا قصاص في شيء من العظم، إلا في السن خاصة.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا قصاص في عظم»^(٣)؛ ولأن المماثلة لا تمكن في كسر العظم؛ لأننا لا نعلم^(٤) أنا نكسر مثل ما كسر الضارب، وما لا مماثلة فيه، لا يجب فيه القصاص، فإذا سقط القصاص وليس له أرش مقدر؛ لأن تقدير الأرش يعلم من جهة الشرع، وما [لم]^(٥) يقدر ذلك في الشرع، رجع إلى حكم عدل.

(١) انظر: الأصل ٥٧٩/٦ وما بعدها.

(٢) حكومة: «ترد في اللغة بمعنى رد الظالم عن الظلم، وإنصاف ذي الحق، واصطلاحاً: «يرد في أرش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة، ولا تعرف نسبتها مما فيه دية مقدرة». معجم المصطلحات الاقتصادية (حكم).

(٣) قال ابن حجر: «روي [ذلك] عن ابن مسعود وابن عمر... لم أجده»؛ وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: «ليس في شيء من العظام قصاص»، ٣٩٤/٥.

(٤) في ج (لا نحكم).

(٥) في الأصل (وما يقدر)، وما بين المعقوفتين زيدت لاقتضاء السياق.

فأما السن ، فيجب فيه القصاص ، لقوله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] ؛ ولأن المماثلة يمكن فيه ؛ لأنه ظاهر ، فإن كسر بعضه أخذ من سن الكاسر بالمبرد^(١) مثل ما كسر .

فإن قلعه ، لم يقلع سنّه ؛ لأننا لا نأمن أن يؤدي إلى أكثر مما فعل ، ولكننا نأخذ سنّه بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم ، ويسقط ما سوى ذلك .

قال: وفي ثديي الرجل حكومة عدل ، وفي أحدهما نصف ذلك الحكم ، وفي حلمة ثدييه حكم عدل دون ذلك ، وهو قول أبي حنيفة ؛ وذلك لأن ثدي الرجل ليس فيه منفعة ولا زينة كاملة ، ألا ترى أنه ليس بظاهر ، فلم يتقدر أرشه ، فوجبت فيه الحكومة .

قال: وفي لسان الأخرس ، وذكر الخصي ، والعين القائمة الذاهب نورها ، والسن السود القائمة ، واليد الشلاء ، والرجل الشلاء ، حكم عدل ؛ وذلك لأنه لا منفعة في هذه الأعضاء ، والمقصود منها المنفعة ، فإذا عدت لم يتقدر أرشها ، وصارت كما لا منفعة فيه من الأجزاء .

ولا يجوز أن يقال: إن فيها زينة ؛ لأن الأعضاء التي يقصد منها المنفعة الزينة فيها تبع ، فلا يتقدر الأرش لأجلها ؛ ولأن الزينة فيها ليست بكاملة ، ألا ترى أن العين القائمة يتجمل بها الإنسان عند من لا يعرف حالها ، فأما من يعرف حالها ، فلا جمال فيها ، وإذا لم تكمل الزينة لم يكمل الأرش .



(١) «المبردُ: أداة بها سطوح خَشِنة ، تستعمل لتسوية الأشياء أو تشكيلها بالتأكل أو السَّحْل» . المعجم الوجيز (برد) .

٢٤٤٢ - [فصل: الأرش في شجة التّحمت]

قال أبو حنيفة: سنّ الصبي الذي لم يثغر لا شيء فيه ، وقال أبو يوسف: فيه حكومة .

لأبي حنيفة: أن سن الصبي معرضة للسقوط ، فإذا قلعه ونبت فلم يفت عليه منفعة ولا زينة ، فلم يجب الأرش .

لأبي يوسف: أن الألم قد حصل ، فوجب أن يلزمه حكومة لأجل الألم .

وقد قالوا فيمن شجّ رجلاً فالتحمت الشجة ونبت الشعر: إنه لا شيء على الشاح في قول أبي حنيفة ؛ لأن الأرش إنما يجب بالشّين الذي يلحق بالأثر ، وقد زال ذلك ، فسقط الأرش .

وقال أبو يوسف: عليه حكومة عدل في الألم ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن مجرد الألم لا يتعلق به ضمان ، كمن ضرب رجلاً ضرباً وجيعاً .

قال محمد: يلزمه أجره الطبيب ؛ لأن الجاني صار السبب في إلزام هذا الغرم ، فكأنه أخذه من ماله ، فأتلفه ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن المنافع لا تتقوم عندنا إلا بعقد أو شبهه ، ولم يوجد في حق الجاني عقد ولا شبهه ، فلم تتقوم أجره الطبيب في حقه ، فمسألة السن فرع على هذا الأصل ، ولم يذكر فيها قول محمد ؛ لأنه غرم يلزم فيها .

وأما سنّ البالغ إذا قلعتها فنبتت مكانها ، قال أبو حنيفة: لا شيء فيها ؛ لأن السن لا يستأنى فيها ، وإنما يستأنى لينظر ما يكون في حالها ، فإذا نبت ، فقد عاد الجمال والمنفعة على ما كان عليه ، فصار كسن الصبي .

وقال أبو يوسف: عليه الأرش كاملاً؛ لأنه أتلّف السن بجنايته، وما نبت إنما هو عوض عوّضه الله تعالى، فلا يسقط الضمان عن الجاني كمن أتلّف مالاّ لغيره، فرزقه الله تعالى، وكمن قطع شجرة فنبتت.

وفرق أبو يوسف بين سن الصبي وسن البالغ؛ لأن سن الصبي [أ/٣٢٥] معرّض للسقوط، فلم يجب في قلعها [الضمان إذا عادت] ^(١)، فكأنها انقلعت بنفسها، وسنّ البالغ غير معرّض للسقوط، فتعلق بها الضمان.

وقد قالوا: فيمن قلع سن غيره، فأخذ [ها] صاحبها فردها مكانها، فنبتت ونبت عليها اللحم، فعلى القالع الأرش ^(٢) بكماله؛ وذلك لأن هذا النبت لا يعتد به، ولا يعود إلى ما كان عليه، ألا ترى أن العروق لا تعود؛ ولأن السن في حكم الميتة.

قال محمد: إن كان أكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها ^(٣)، فلم يكن عوضاً عن التالف، وقال أبو يوسف: في سن نفسه إذا أعاده يجوز الصلاة فيه، وفي سن غيره لا يجوز، قال: وبينهما فرق لا يحضرني.

وعلى هذا، إذا قطع أذنه فخاطها والتحمت؛ لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه.

وقال أبو حنيفة في الظفر: إذا نبت كما كان فلا شيء فيه، وإن لم ينبت

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من ب وج وساقطة من أ، وهكذا كل ما يذكر بين [ﷺ]، فلا داعي لتكرار التعليق لكي لا تطول الهوامش بما لا داعي لتكراره.

(٢) الأرش: «دية الجراحات، والجمع أروش»، هو ما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس. كما في معجم المصطلحات الفقهية.

(٣) في ب (معها).

ففيه حكومة عدل ؛ لأنه إذا نبت فقد عادت المنفعة والزينة ، وإذا فاتت فقد فوت عليه المنفعة والزينة ، إلا أنه ليس له أرش مقدر ، فيجبُ فيه حكومة .

قال : وإن نبت على عيب ، ففيه حكومة عدل دون ذلك ؛ وذلك لأن النابت عوض عن الذهاب ، فكأن الظفر الأول باق ، وقد دخله عيب ، فيلزمه حكومة ، وكذلك قال أبو يوسف : إذا نبت أسود ففيه حكومة عدل بجراحته الأولى ، ولما أصاب من ألم ذلك ، وهذا على أصله : أن الألم يتقوم .

قال في الأصحح الزائدة والسن الزائدة : حكم عدل ؛ وذلك لأنه لا منفعة فيها ولا زينة ، فلا يجب بها أرش مقدر .

ولا يقال : فيجب أن لا يلزم بها شيء ؛ لأنها جزء من البدن ، وأجزاء البدن تتقوم مع عدم المنفعة والزينة .

قال : وَذَكَرَ الْعَيْنَيْنِ^(١) كَذَكَرَ الْخَصِيِّ^(٢) ؛ لأن المقصود من هذا العضو منفعة الإنزال والإحبال ، فإذا عدت هذه المنفعة منه صار كاليد الشلاء .

قال : وإذا بدأ فقطع الذكر ثم الأنثيين من الصحيح خطأ ، ففي ذلك دِيَّتَانِ ، وإن بدأ بالأنثيين ثم الذكر ، ففي الأنثيين الدِّية ، وفي الذكر حكم العدل ، وإن قطعهما جميعاً من جانب ، ففيها دِيَّتَانِ ؛ وذلك لأن الذكر والأنثيين تجب لكل واحد منهما دية كاملة إذا كانت منفعته كاملة ، فإذا بدأ بقطع الذكر ، فقد قطعه مع كمال منفعته ، فيجب كمال أرشه ، فإذا قطع الأنثيين بعده فمففعتهما كاملة ؛ بدلالة

(١) العُنَّة: اسم من العَيْنَيْنِ: وهو الذي لا يقدر على إتيان النساء، من عُنَّ إذا حبس، أو من عَنَّ إذا عرض . انظر: المغرب (عنن).

(٢) «والْخَصِيِّ: مقطوع الخَصِيَّتَيْنِ». المغرب (خصي).

أن المقصود منها الإنزال ، وذلك يوجد مع فقد الذكر ، فلم ينقص ديتهما مع فقد الذكر .

وأما إذا بدأ بقطع الأنثيين فقد قطعتهما ومنفعتهما كاملة ، فيجب فيهما الدية ، ومنفعة الذكر عدت بقطعهما ؛ لأنه لا يوجد الإنزال والإحبال ، فقد قطعه وليس له منفعة كاملة ، فلم يقدر أرشه .

وأما إذا قطعتهما معاً من جانب ، فقد حصل القطع في حال واحدة ، فلكل واحد منهما منفعة كاملة ، فوجب فيهما ديتان .

قال: وَذَكَرُ الصَّبِيِّ وَعَيْنُهُ وَيَدُهُ وَرِجْلُهُ - يعني: الصغير الذي لم (يمش) (١) ولم يقعد - ، وفي لسانه وأنفه وأذنه ، ففي الأنف ، دية كاملة ، وكذلك أذناه ، وكذلك يداه ورجلاه إذا كان يحركهما ، وكذلك الذكر إذا كان يتحرك .

فأما العينان فكل شيء يستدل به على بصرهما (٢) فهي مثل عين الكبير البصير .

وأما لسانه ، ففيه حكم [عدل] لا تتم دية اللسان حتى يتكلم الصبي .

وأما المارن (٣) والأذن ، فالمقصود منهما الجمال دون المنفعة ، وذلك يوجد في الصغير فكما له كالكبير .

وأما الأعضاء التي يقصد منها المنفعة ، فلا يجب فيها أرش كامل حتى يعلم صحتها ؛ وذلك يعلم في بعضها بالحركة: وفي اللسان بالكلام ، وفي العين بما

(١) في أ (يمرد) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه .

(٢) في أ (تصرفهما) والمثبت من ب ، والسياق يدل على صحته .

(٣) المارن: ما لان من طرف الأنف ، كما في المعجم الوسيط (مَرِن).

يستدل به على النظر، إذا وجد ذلك فقد أتلّف منفعة كاملة، فيلزمه كمال الأرش، وإذا لم يوجد ذلك، فلا يعلم [كمال] الصحة، فلا يلزمه الأرش الكامل [بالشك] (١).

ولا يقال: إن الأصل الصحّة؛ لأن هذا ظاهر، والظاهر لا يستحق بها على العين؛ ولأن هذا الظاهر يقابله مثله، وهو أن الأصل براءة ذمة الجاني.

قال: وفي سن الصبي إذا لم يثغر ولم ينبت ديتها كاملة؛ لأنه فوّت عليه المنفعة الكاملة؛ لأنه لا منفعة في السنّ إلا أن تكون موجودة صحيحة، فالصغير والكبير في ذلك سواء، وإنما يسقط عنه الأرش في الصغير بعود السنّ، فإذا لم تعد صار كالكبير.

قال: وإذا حلق رأس الرجل فنبت أبيض، فإن أبا يوسف قال: فيه حكومة عدل، وقد قال أبو حنيفة: ليس فيه شيء، وإن كان عبداً ففيه ما نقصه.

لأبي حنيفة: أن الشيب ليس بعيب في الأحرار، وإنما هو جمال، وما لا يعد عيباً لا يجب فيه أرش، وأما العبد فإن ذلك ينقص ثمنه في العادة، فيقوم على الجاني.

لأبي يوسف: أن المقصود من الشعر الزينة، والزينة معتبرة في الأحرار أكثر مما يعتبر في العبيد، فإذا تقوّم هذا في العبد، ففي الحر أولى.

وقال أبو يوسف في الذّكر المقطوع الحشّفة (٢): حكومة (عدل) (٣)؛ (لأن

(١) في أ (فلا يعلم الصحة الكاملة بالشك) والمثبت من ب.

(٢) «الحشّفة: ما فوق الختان من رأس الذّكر». المغرب (حشف).

(٣) ساقطة من ب.

منفعة الوطاء لا تزول^(١)، والإنزال يزول بذهاب الحشفة، وفوات منفعة العضو الذي يقصد منه المنفعة يسقط تقدير أرشه.

وكذلك الأنف المقطوع الأرنبة؛ لأن المقصود من الأنف الجمال، إذا قطعت الأرنبة نقص جماله، فلم يكمل أرشه.

وكذلك في ثدي المرأة المقطوع الحلم؛ لأن منفعة الثدي الرضاع، وذلك يبطل بقطع الحلمة.

وكذلك الكف المقطوع الأصابع؛ لأن المقصود باليد العمل، وذلك لا يتأتى مع فقد الأصابع.

وكذلك الجفن الذي لا أشفار فيه؛ وذلك لأن التقدير يتعلق بالأشفار والجفن تبع، ألا ترى أنه لو أزال الأشفار وجب الأرش المقدر، ولو قطع الجفن معها كان كذلك، فصار كالکف مع الأصل.

قال: وكذلك إذا كان الجاني على الجفن واحد، وعلى الشعر [من الجفن] (٢) آخر؛ لأن الذي أزال الشعر وجب عليه الأرش الكامل، فالذي قطع الجفن قطعه وهو ناقص، فوجب [عليه] الأرش ناقصاً، ولا يختلف هذا بالبراء وعدم البرء؛ لأن ذلك يعتبر في جناية الواحد، ألا ترى أن سرايتها مترقبة.

فأما جناية الاثنين: فقد قطعت جناية الثاني حكم سراية فعل الأول، فكأنه جنى بعد البرء (٣).

(١) في ب (وذلك لأن منفعة الوطاء والإنزال تزول) والمثبت من أن السياق يدل على ذلك.

(٢) الزيادة من ب والسياق يدل عليها.

(٣) انظر: الأصل ٥٥٤/٦، ٥٥٥.



وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالى بعد هذا حديث عمر: أن النبي ﷺ قال: «في الأنف إذا استوعب جدعه الدية»^(١)، وعن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «في الموضحة خمس»^(٢).

وعن عكرمة بن خالد، عن رجل من آل عمر قال: قضى رسول الله ﷺ [ب/٣٢٥] في الذكر الدية، وفي الأنف إذا استوعب مارنه الدية، وفي اللسان الدية، وفي الرِّجْل خمسون، وفي اليد خمسون، (وفي العين خمسون)^(٣)، وفي الجَائِفَة^(٤) الثلث، وفي الأُمَّة الثلث، وفي المُنْقَلَة خمس عشرة، وفي المُوَضِّحَة خمس، وفي السن خمس، وفي كل أصبع مما هنالك عشر^(٥).

وذكر حديث [ابن] عاصم، عن علي رضوان الله عليه أنه قال: (في الحاجبين الدية، وفي الأثنيين الدية، وفي العين النصف، وفي الرِّجْل النصف، وفي اليد النصف، وفي إحدى الشفتين النصف، وفي اللسان الدية، وفي الذَّكَر الدية، وفي العَيْنَيْن الدية، وفي الشفتين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرِّجْلَيْن الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأُمَّة وفي الجائفة الثلث، وفي المُنْقَلَة خمس عشرة، وفي الأصابع عشر عشر، وفي المُوَضِّحَة خمس من الإبل، وفي الأسنان خمس، وفي الهاشمة عشر من الإبل)^(٦).

(١) أخرجه البزار (١٣٥١)؛ والبيهقي في الكبرى ٦٨/٨؛ والهيثمي في المجمع (٢٩٦/٦).

(٢) ذكره ابن أبي شيبة (٢٦٧٨٨)؛ وعبدالرزاق في مصنفه (٢٦٧٨٦).

(٣) الجائفة: الطعنة التي تبلغ الجوف، أصلها جوف، المعجم الوجيز (جوف).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٥) لم أجده بهذا اللفظ ولكن ورد في مسند البزار بلفظ قريب بزيادة ونقصان (٢٦١).

(٦) أخرجه البيهقي متفرقا في الكبرى، ١٧/٨، وأورد المواضع كلها في حديث عمرو بن حزم

الطويل؛ وابن حزم في المحلى (كاملا) ٤٤٢/١٠؛ وأوردها الآخرون في حديث عمرو بن حزم.

وذكر الحكم عن علي رضي الله عنه قال: في السمحاق أربع من الإبل.

وذكر حديث عكرمة عن ابن عباس قال: (جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المعاهدين مثل دية الحر المسلم، وكان لهما عهد)^(١).

وذكر عن معمر عن الزهري قال: دية المعاهد كدية المسلم، قلت له: بلغني عن سعيد أنه [قال] كذا وكذا، وقال الزهري: خير الأمور ما عرض علي كتاب الله، قال الله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]، فإذا أعطيته [ثلث] الدية (فقد سلمتها)^(٢).

قال معمر: وقال الشعبي والنخعي مثل قول الزهري: الدية تامة.

قال أبو الحسن: قول الزهري: قد سلمتها، الدية على التقدير على السائل. المعنى: لقد سلمتها إليه.

وذكر ابن عيلة عن أيوب قال: سمعت الزهري يقول: دية المعاهد، دية المسلم، وكان يتأول هذه الآية: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ الآية [النساء: ٩٢]^(٣).

(١) الحديث بهذا اللفظ ورد (العامرين)، وإنما أخرج البيهقي من وجه آخر بلفظ (دية المعاهدين دية المسلم)، وقال: «فأبو سعد هذا سعيد بن المرزبان البقال، لا يحتج»، السنن الكبرى للبيهقي ١٠٢/٨؛ انظر ما قيل في الحديث: نيل الأوطار للشوكاني ٢٢٤/٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤٠٧/٥؛ وابن عبد البر في الاستذكار من حديث ابن أبي شيبة ١١٩/٨؛ انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٤٦٧.

انظر: الأصل ٥٥١/٦، ٥٥٤، ٥٥٥.



بَاب

ما يدخل من جناية الشجاج بعضه في بعض وما لا يدخل



قال أبو الحسن عليه السلام: ولو أن رجلاً شجَّ رجلاً، فذهب من ذلك بصره، أو سمعه، أو كلامه، أو شعره فلم ينبت، أو عقله، فإن أبا حنيفة قال: عليه دية في ذهاب شعره وعقله، ولا شيء عليه في الموضحة، دخل أرش الموضحة في الدية، ولا يدخل أرش الموضحة في غير هذين، ويكون في السمع أو البصر أو الكلام؛ لأنها ذهبت بالشَّجَّةِ أرش الشجة والدية، وكذلك قال محمد.

وقال أبو يوسف في رواية الإملاء: رواها بِشْرٍ وَعَلِيٍّ مثل ذلك.

وروى عنه ابن زياد: أن الشجة تدخل في [دية] السمع، وقال في الجوامع: تدخل في السمع والكلام أيضاً، ولا تدخل في البصر خاصة.

وقال الحسن بن زياد: ولا يدخل في ذلك أرش الشجة (إلا)^(١) في الشعر.

وقال زفر: لا يدخل أرش الشجة في شيء من ذلك شعر ولا غيره، أمّا إذا أوضحه فذهب شعره ولم ينبت، فعليه الدية، ويسقط أرش الموضحة؛ وذلك لأن أرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، (ألا ترى أن الشعر لو نبت سقط أرش الموضحة، والدية وجبت بفوات الشعر)^(٢)، وقد تعلقا جميعاً بسبب واحد، فيدخل الجزء في الجملة، كمن قطع أصبع رجل فشلت يده.

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب.

وجه قول زفر: أن الموضحة والشعر كل واحد منهما جنابة فيما دون النفس ، فلا يدخل أحدهما في الآخر كسائر الجنابات .

وأما إذا ذهب العقل ، فوجه قولهم: أن منفعة العقل تتعلق بجميع البدن ، فإذا فاتت المنفعة من جميع الأعضاء ، ألا ترى أن أفعال المجنون لا تترتب كأفعال البهائم ، فصار كمن أوضح رجلاً فمات ، لَمَّا كان الموت يبطل جميع المنافع ، دخلت الموضحة فيه ، فكذلك العقل .

وجه قول الحسن: (أن الموضحة والعقل جنابتان اختلف محلها والمقصود بهما ، فلم يدخل أحدهما في الآخر)^(١) كأرشد اليمين .

وأما إذا ذهب السمع والبصر والكلام ، فوجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن منفعة كل واحد من هذه الأشياء يختص به خاصة ، فلا يتعدى إلى غيره ، فلم يدخل في أرشد الشجة (كجنابة)^(٢) اليد .

وقد قدمنا ما روي عن عمر: أنه قضى في شجة واحدة بأربع ديات .

لأبي يوسف: أن السمع والكلام باطن ، فدخل أرشد الموضحة فيه كالعقل ، وليس كذلك البصر ؛ لأنه ظاهر ، فهو كاليد والرجل ، وهذا الفرق (يبطل بالسمع)^(٣) .

فإن قيل: إذا أوجبتم بالسمع دية ، وبالبصر دية ، وبالكلام دية ، ولو أدت

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٢) في أ (كجفاف) .

(٣) في ب (يسقط بالشعر) والمثبت من أ .

الشجعة إلى الموت ، لم تجب إلا دية واحدة ، والموت أعظم من ذلك .

قيل له: الموت: هو فوات الجملة ، وهذه الأشياء تبع للجملة ، فيدخل التبع في المتبوع ، فأما إذا لم يمت ، فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للآخر ، فلا يدخل في أرشه .

فإن قيل: من أين يعلم ذهاب السمع والشم والكلام والبصر؟

قيل له: قد يعلم ذلك باعتراف الجاني [وتصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين ، وقد يعرف بالبصر بأن ينظر إليه عدلان من الأطباء]^(١)؛ لأنه ظاهر يعرف عيبه ، فأما السمع فيستغفل المدعي بذهاب سمعه ، كما روي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة: أن رجلاً ضرب امرأة فادّعت عنده ذهاب سمعها ، فتشاغل عنها بالنظر في القضاء ، ثم التفت فقال: يا هذه غطي عورتك ، فجمعت ، فعلم بذلك أنها كاذبة في دعواها .

ومن أصحابنا من قال: إذا ادّعى الإنسان أنه قد عمي ، [جعلت بين يديه حية]^(٢) ليختبر حاله بها .

وأما الكلام ، بأن يستغفل حتى يسمع كلامه أو لا يسمع ، وأما الشم ، فيختبر بالروائح الكريهة ، فإن ظهر فيه تجمّع منها ، علم أنه كاذب .

وقد روي أن محمداً قال: في الشم الدية ؛ لأنه فوت منفعة مقصودة ، وهو إدراك الروائح الطيبة ، فقيل له: وحصول منفعة ، وهو المنع من شم الروائح

(١) في أ (وتصديقه من الأطباء) والمثبت من ب .

(٢) في أ (حفرت بين يديه) والمثبت من ب وكلا المعنيين صحيح .

الكريهة ، فقال: إن الملوك لا يرضون بهذا، يعني: أنهم يتمكنون من تجنب الروائح الكريهة ، فلا يحتاج في تجنبها إلى آفة .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وسواء كانت هذه الأشياء كلها ذهبت بالشَّجَّة ، أو ذهب بعضها دون بعض ، الاجتماع في هذا والانفراد سواء ، وهو على ما أخبرتك: إن كان في جملة ما ذهب بالشجعة ما يدخل فيه أرش الشجعة ، دخل ، وإن لم يكن ما يدخل فيه [أ/٣٢٦] أرش الشجعة ، فعليه أرش الشجعة مع الدية ؛ وذلك لأن التداخل ليس هو للكثرة ، وإنما هو لمعنى آخر ، وليس في اجتماع ذهاب هذه المنافع أكثر من زيادة الأرش .

قال: ولا يدخل من ديّات هذه الأشياء بعض في بعض ، إلا أن تكون عن الجنابة للموت ، فيسقط ذلك كله ، ويكون على الجاني الدية ، إن كان الأول خطأ فعلى عاقلته ، وإن كان عمداً فدية النفس في ماله ، وكل ذلك في ثلاث سنين وجب على العاقلة أو في المال ؛ وذلك لأن السمع والبصر والكلام قد بيّنا أن كل واحد منهما ليست بتابع للآخر ، فلا يدخل في أرشه ، وجميع هذه الأشياء تابعة للنفس ، فيجوز أن يدخل في أرشها .

فأما الخطأ ، فهو على العاقلة على ما قد بيّناه .

فأما العمد الذي لا قصاص فيه ، ففي مال الجاني لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً)^(١) .

(١) الحديث أخرجه البيهقي عن عبد الله بن عباس ، وقال: «لا يصح عن عمر رضي الله عنه ، وإنما يصح عن الشعبي ، والرواية فيه عن ابن عباس على ما حكى محمد بن الحسن» . السنن الكبرى ١٠٤/٨ ؛ ورواه عبد الرزاق عن الشعبي في مصنفه ٤٠٨/٩ ؛ انظر ما قيل في الحديث: التلخيص ٣١/٤ ، ٣٢ .

وأما وجوبه في ثلاث سنين ؛ فلأنها دية وجبت بنفس الفعل ، كدية الخطأ وشبه العمد .

قال: وسائر الشجاج في هذا سواء ، سواء كانت الشجة موضحة ، أو هاشمة ، أو مُنْقَلَةٌ^(١) ، أو آمَّة^(٢) ؛ وذلك لأن أرش هذه الشجاج يجب بفوات الشعر كالموضحة ، فيدخل في دية الشعر ، وكذلك في دية العقل ؛ لأنه يجري مجرى دية النفس .

قال: فإن كانت آمتين أو ثلاثاً ، فكذلك ؛ لأن الثلاث أوام يجب فيها دية ، وفي شعر الرأس دية ، وكذلك في العقل ، فإذا كانا مثلين دخل أحدهما في الآخر .

قال: فإن كانت أربعة أوام ، فذهب منها عقله ، لم يدخل أرش الشجاج أكثر من الدية ، كان فيها دية وثلث في كل سنة الثلث .

قال أبو يوسف: أنظر إلى الأوام وإلى دية العقل ، فأجعل عليه أكثر من ذلك .

وقال زفر: عليه دية وثلث ؛ وذلك لأن أرش الأوام إذا زاد على الدية لم يجز أن يدخل فيها ؛ لأن الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس ، فوجب الأكثر من الأمرين .

وأما زفر ، فمن أصله: أنه لا يدخل في أرش الشجاج شيء مما ذهب .

وقال ابن سماعه وبِشْرٌ وَعَلِيٌّ عن أبي يوسف: إن لم يسقط بالموضحة إلا

(١) المُنْقَلَةُ: الشَّجَّةُ التي تخرج منها كِسْرُ العظام ؛ المعجم الوسيط (نقل).

(٢) الآمَّةُ: الشَّجَّةُ بلغت أمَّ الرأس ، وأصلها أم وجمعها: أوام ، المعجم الوسيط .

شيء يسير لا يبلغ أرش الموضحة ، جعلت عليه أرش الموضحة وأدخلت الشعر فيه ؛ وذلك لأن الموضحة والشعر قد بينا أنهما يجبان لمعنى واحد ، فكما يدخل الموضحة في أرش الشعر إذا كانت أقل منه ، كذلك الشعر يدخل في الموضحة إذا كان أقل منها .

قال : ولو شجّ رجل رجلاً في حاجبه موضحة (خطأ)^(١) ، فسقط فلم ينبت ، جعلت عليه نصف الدية ، وأدخلت أرش الموضحة في ذلك ؛ وذلك لأن أرش الموضحة إنما يجب بالشئين ، وذهب الحاجب يتعلق به نصف الدية كذلك ، فيدخل أرش الموضحة فيه كما يدخل شعر الرأس ، [قال الشيخ]^(٢) : وهذه المسائل إنما هي في الشجاج الخطأ .

فأما إذا كانت الشجة عمداً ، فذهب منها الشعر أو العقل أو السمع أو غيره ، فهو على خلاف محمد فيمن قطع أصبع رجل عمداً فشلت إلى جنبها أخرى ، ونحن نبين ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى^(٣) .



(١) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٢) الزيادة من ب والسياق يدل عليها .

(٣) انظر : الأصل ٦/٥٥٤ ، ٥٧٨ ، ٥٧٩ ؛ مختصر القدوري ص ٤٥٢ ، ٤٥٣ .

بَابُ الكَفِّ تَقَطُّعُ وَفِيهَا بَعْضُ الْأَصَابِعِ



قال: وإذا قطع اليد وفيها أصبع واحد، فعليه دية الأصبع، وليس عليه في الكفّ شيء، وكذلك إذا كان فيه اثنان، أو ثلاث، أو أربع، ففي ذلك دية الأصابع، ولا شيء في الكف وهي تبَع للأصابع، وهذا قول أبي حنيفة.

قال بِشْر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: قال أبو حنيفة: إذا بقي شيء يكون له أرش معلوم، دخلت الكف فيه.

فيكون في قياس قوله: إن بقي ثلث أصبع - يعني: مَفْصِلاً من أصبع فيها ثلاث مفاصل -، فقطع إنسان ما بقي من الكف، [فلليد ثلث خمس دية الكف] (١).

وقال محمد في الأصل: إذا قطعت الكف بالأصبعين، ففيها حُمْسُ الدية، وهذا قول أبي حنيفة: ما بقي من الأصابع شيء، ولو مَفْصِلاً واحدة.

قال بِشْر وَعَلِيّ وابن سماعة عن أبي يوسف: إذا بقي نصف الإبهام، أن قياس قول أبي حنيفة: أن ينظر إلى ما بقي من الكف، وإلى دية نصف الإبهام، فأيهما كان أكثر لزم، ودخل القليل في الكثير.

وقال محمد في الأصل على نفسه وعن أبي يوسف: ينظر إلى الكف وإلى أرش ما بقي من الأصابع، فيدخل أقلهما في أكثرهما، وكذلك رواية جامع الصغير (٢).

(١) في أ (فعليه خمس الدية) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٩١.

قال: وجملة هذا: أنه إذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعداً، وجب أرش الأصابع وسقط أرش الكف في قولهم؛ لأن بقاء أكثر الأصابع كبقاء جميعها. وإن كان في الكف أقل من ثلاث أصابع وجب أرش ما بقي منها، ولو كان فيها مَفْصِل واحد عند أبي حنيفة.

وقال في الرواية المشهورة: يدخل القليل في الكثير أيهما كان.

لأبي حنيفة: أن ما بقي من الأصابع له أرش مقدر، والكف ليس لها أرش مقدر، وهي متصلة بها، فتبعتها في أرشها كما تتبع في الأصابع.

ونظير هذا ما قالوا في أهل الخطة: ما بقي منهم واحد، فالقسامة عليهم دون المشتريين، وكذلك قالوا: في الوصية لولد فلان ما بقي له ولد من صلبه، وإن كان واحداً لم يدخل ولد الولد في الوصية.

وجه قولهما: أن القليل يتبع الكثير، والكثير لا يدخل في القليل، فوجب أن يعتبر الأكثر من الأمرين.

فأما الذي ذكره عن رواية ابن سماعة وعليّ وبشر: أن قياس قول أبي حنيفة في نصف الإبهام إذا قطعت من الكف أن يدخل القليل في الكثير. فليس يصح، والظاهر من قوله ما حكاه قبل ذلك عن بشر عن أبي يوسف: أن الكف تتبع ثلث المَفْصِل؛ لأن لها أرشاً مقدرًا.

ووجه ما ذكره ابن سماعة من اعتبار الأكثر: أن المَفْصِل ليس له أرش مقدر بنفسه، فضعف حكمه، والإصبع أرشها مقدر بنفسها، وقد كان قول أبي يوسف الأول: أن أرش الأصابع إذا كان أقل من أرش الكف، وجب أرش الكف

والأصابع ، وإذا كان أرش الأصابع أكثر ، دخل الكف فيه .

ووجه ذلك: أن الأصابع إذا كان أرشها أكثر ، فقد قوي حكمها بالتقدير وبالكثر ، فتبعها الكف ، وإذا كان أرش الكف أكثر ، فقد قوي الكف [ب/٣٢٦] بالكثر ، وقويت الأصابع بالتقدير ، فلم يتبع أحدهما الآخر .

وروي عنه: أن ما يلي (الأصابع الباقي من الكف يدخل في أرشها ، ويجب فيما بقي من الكف حكومة)^(١) ؛ لأن الأصابع كلها لو كانت باقية ، دخل الكف فيها على طريق التبع ، ولو كانت كلها ذاهبة ، وجب أرش الكف ، فإذا ذهب بعضها وبقي بعضها ، تبع الباقي ما يليه ، وانفرد حكم بقية الكف بنفسه .

وقال أبو يوسف: إذا قطع الكف ولا أصابع فيها ، فعليه حكومة لا تبلغ بها أرش أصبع ؛ لأن الأصبع يتبعها الكف ، والتبع لا يساوي المتبوع في الأرش .

وذكر أبو الحسن حديث عمرو: قال رسول الله ﷺ: «وفي كل أصبع مما هنالك عشر عشر»^(٢) .

وذكر حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «هذه وهذه سواء»^(٣) ، وأشار بأصبعه إلى خنصره والإبهام^(٤) .

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (عشر عشر من الأبل) ٩٣/٨ ؛ والدارقطني في السنن ٢٠٩/٣ ؛ والنسائي في (المجتبى) (هنالك عشر من الأبل) (٤٨٥٧) ؛ ونحوه ابن أبي شيبة في المصنف ٣٦٨/٥ .

(٣) أخرجه البخاري (٦٨٩٥) ؛ وأبو داود (٤٥٥٨) ؛ والإمام أحمد في المسند (٣٢٢٠) .

(٤) انظر المسألة: الأصل ٥٥٤/٦ ، ٥٥٥ .

بَابُ فِي الْجَنِينِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا ضرب الرجل بطن المرأة الحرة، فألقت جنيناً ميتاً، ففيه غُرّة عبد أو أمة يعدل خمسمائة، ذكراً كان أو أنثى هما سواء في الغرة، وهما على عاقلة الضارب^(١).

وقد كان القياس عندهم: أن لا يجب على الضارب في الجنين شيء؛ لأنه يجوز أن يكون حيّاً، ويجوز أن تكون الحياة لم تخلق فيه، فلا يضمن بالشك؛ ولأنهم اتفقوا أن من ضرب بطن دابة فألقت جنيناً، كان عليه نقصانها، ولا شيء عليه في الجنين، فكذلك جنين الآدمية؛ ولأنه إن كان في حكم النفس وجب فيه دية كاملة، وإن كان في حكم الأعضاء لم يتقوّم.

وإنما تركوا القياس لما روي في حديث المغيرة، قال: كنت بين جارتين لي، فضربت إحداهما الأخرى بعمود مسطح، فألقت جنيناً ميتاً، وماتت، فقضى رسول الله ﷺ على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين^(٢).

وروي أن عمر رضي الله عنه اختصم إليه في إملاص المرأة، فقال: نشدتكم الله، هل سمعتم من رسول الله ﷺ في ذلك شيئاً؟ [فقام] المغيرة فقال: كنت بين جارتين... وذكر الحديث، وقال فيه: فقام عمُّ الجنين؟ قال: إنه أشعر، وقام

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٥٩.

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (٣٠٩٥) بلفظ: «كُنْتُ بَيْنَ جَارَتَيْنِ لِي، فَضَرَبْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِمِسْطَحٍ، فَأَلَقْتُ جَنِينًا مَيِّتًا، فَقَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَغْرَةً».

والد الضاربة وقال: كيف ندي من لا أكل ولا شرب ولا صاح فاستهل ، ودم ذلك يُطل ، فقال النبي ﷺ: «أسجع كسجع الأعراب»^(١)، وروي: «كسجع الكهان ، ففيه غرة عبد أو أمة» ، فقال عمر: من يشهد معك بهذا؟ فقام محمد بن مسلمة فشهد ، فقال عمر: كدنا أن نقضي فيه برأينا وفيها سنة عن رسول الله ﷺ ، وقد روى هذه القصة حمل بن مالك بن نابغة^(٢).

وروى عبد الرحمن بن أبي مليح: أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين غرة عبد أو أمة أو خمسمائة .

ولأن الضارب منع من الحياة ، فوجب عليه الضمان ، كالمغرور لما منع من حصول (العتق)^(٣) ، ضمن قيمة الرق .

فأما الغرة ، فقال أبو عمرو بن العلاء: الغرة عبد أبيض ، ومنه قولهم ، غرة الفرس إذا كان بجبينه بياض ، ومنه قوله ﷺ: «أمتي يوم القيامة غر محجلون»^(٤).

وقد قيل: إنه عبد جيد ، ومنه قيل لكبير القوم: غرتهم ، وقد قيل: إن الغرة اسم للعبد ، وأنشدوا:

كل قتيل في كليب غره ❦ حتى ينال القتل آل مُره^(٥)

وقد قيل: إنما سمّي غرة ؛ لأنه أول مقدار يظهر في الدية ، كما سمّي أول

(١) أخرجه النسائي (٤٨٢٥) ؛ والإمام أحمد في المسند (١٨١٤٩).

(٢) كما في رواية البيهقي في الصغرى ، ١٢٨/٧ .

(٣) في أ (الرق) والمثبت من ب ؛ لأن السياق يدل عليه .

(٤) رواه ابن حبان في صحيحه (١٠٤٩) .

(٥) هذا البيت للمهلل بن ربيعة التغلبي شاعر جاهلي

الشهر غرّة ، ووجه الإنسان غرّة ؛ لأنه أول ما يظهر منه .

وقد قال أصحابنا: إن الغرة مقدرة بخمسائة ، وقال الشافعي: بستمائة ، وهذا مع اتفاقهم على أنها نصف عشر الدية ، ولكن اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في الدية .

فعندنا: أن الدية عشرة آلاف ، فالغرة خمسمائة ، عندهم: أن الدية اثنا عشر ألفاً ، فالغرة ستمائة^(١) .

وقد ذكرنا حديث عبد الرحمن بن أبي مليح: أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين غرة عبد أو أمة أو خمسمائة ، وعن قتادة: أن قيمة الغرة خمسمائة .

ولأن النبي ﷺ لما أوجب الغرة ، والحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً ، فمن ثبت عليه بالخيار: إن شاء سلّمه ، وإن شاء سلّم قيمته ، وقد تقدرت القيمة بنصف العشر ، كما تقدر في قيمة الإبل .

وأما قوله إنه استوى الذكر والأنثى ؛ فلأن النبي ﷺ قضى فيه بالغرّة ولم يفصل ؛ ولأنه قد يتعدّر التمييز بين الذكر والأنثى ، فسقط اعتباره لتعذره في الغالب .

وأما وجوب الغرة على العاقلة ؛ فلأن العاقلة قالوا للنبي ﷺ: (كيف ندي من لا أكل ولا شرب) ، وهذا يدل على القضاء عليهم ؛ ولأنه بدل عن النفس وإن لم يكمل ، فهو كالدية .

وأما قوله: أن لا كفارة على الضارب ؛ لأن القتل غير متحقق لجواز أن

(١) انظر: الأم ص ١٢٠٧ ؛ منهاج الطالبين ص ٤٨٣ ، ٤٩٤ .

تكون الحياة لم تخلق فيه ، والكفارة تتعلق بالقتل^(١) ؛ ولأن الكفارة لا يجوز إثباتها إلا بتوقيف أو اتفاق ؛ ولأن النبي ﷺ لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة ، [فدل على أنها لا تجب] ، ولو وجبت لبينها .

قال : والغرة بين ورثة الجنين ، وقال ليث : الغرة لأم الجنين .

لنا : أن الغرة بدل عن الجنين ، بدلالة أنها تعتبر به دون الأم ، ألا ترى أن جنين أم الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة ، فدل على أنه معتبر بنفسه ، والبدل عن النفس يستحقه الورثة .

قال : ولا يرث الضارب منها شيئاً ؛ لأنه قاتل ، ولا حق للقاتل في الميراث .

قال : فإن ألقته حياً فمات ، ففيه الدية كاملة على العاقلة ، وعلى الضارب الكفارة ، ولا يرث الضارب منها شيئاً ؛ لأنها إذا وضعت حياً فقد صار قاتلاً للنفس ، وقتل النفس يتعلق به كمال البدل ، وعليه كفارة ؛ لأنها تتعلق بقتل الخطأ ، وقد علمنا أنه قاتل .

قال : فإن ألفت جنينين ميّتين ، ففي كل واحد منهما غرة .

فإن ألفتها حيين ثم ماتا ، ففي كل واحد دية ؛ وذلك لأن الضارب متلف للجنينين ، ومن أتلف شخصين بضربة واحدة ، (ضمن كل واحد منهما)^(٢) بما يضمه لو انفرد [كالكبير]^(٣) .

قال : فإن ألفت أحدهما ميّناً والآخر حياً ثم مات ، فعليه في الميت غرة ،

(١) في ب (بالقاتل) والمثبت من دلالة السياق عليه .

(٢) ساقطة من ب .

(٣) في أ (كالطير والطيرين) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه .

وفي الحي الدية ؛ وذلك لأن (جمعهما في الإلتلاف (١) كإفراد كل واحد منهما ، فيعتبر في حال الاجتماع ما يعتبر في حال الانفراد .

[قال] : فإن ماتت الأم من الضربة ، وخرج الجنين حيًّا بعد ذلك ثم مات ، فعليه دية في الأم ، ودية في الجنين ؛ وذلك لأنه لما انفصل [عنها] حيًّا ، اعتبر حكمه بنفسه ، بدلالة أنه يجب فيه أرش كامل ، فصار كالقاتل لاثنين .

قال : وإن خرج بعد موتها ميتًا ، فعليه دية الأم ، ولا شيء في الجنين .

وقال الشافعي : يجب عليه في الجنين غرة^(٢) . [أ/٣٢٧]

لنا : أن القياس يمنع من تقويم الجنين ، وإنما تركنا القياس للخبر ، وقد ورد فيمن ألفت جنينًا ، وذلك لا يكون إلا في حال حياتها حتى يضاف الفعل إليها ، وما سوى ذلك على أصل القياس .

ولأن الجنين في حكم الأعضاء ؛ بدلالة أنه لا يكمل أرشه ، والأعضاء إذا انفصلت بعد الموت لم تتقوم .

قال : فإن ضرب بطن أمة فألقت جنينًا ميتًا ، ففيه نصف عشر قيمته إن كان ذكرًا ، وعشر قيمته إن كان أنثى .

وقال الشافعي : فيه عشر^(٣) قيمة الأم .

وهذا فرع : [على] أن الجنين معتبر بنفسه دون أمه ؛ بدلالة ما بيننا أن جنين

(١) في ب (جميعهما في الاختلاف) .

(٢) انظر : الأم ص ١٢١٠ .

(٣) في ب نصف عشر والمثبت من أ .

«عشر قيمة أمه يوم جنى عليها» . الأم ص ١٢١٢ .

أم الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة، وكذلك جنين النصرانية عندهم إذا كان زوجها مسلماً، يعتبر فيه ما يعتبر في جنين المسلمة.

ولأن ما يجب فيه موروث عنه، فلو اعتبرنا الأم، لكان لها كأرش أعضائها، وإذا ثبت أن الواجب فيه معتبر بنفسه، ومعلوم أن الواجب في الجنين خمسمائة ذكراً كان أو أنثى، وذلك عشر قيمة الأنثى، ونصف عشر قيمة الذكر، والقيمة في الأمة كالدية في الحر، فوجب عشر قيمتها إن كانت أنثى، ونصف عشر قيمته إن كان ذكراً، بناءً على الحر.

ولا يقال: تفضيل الأنثى على الذكر في الأرش خلاف الأصول؛ لأنهم سوا بينهما، والتسوية بين الذكر والأنثى خلاف الأصل، فدل على أن الجنين أصل في نفسه.

قال: فإن خرج حياً ثم مات، ففيه قيمته؛ لأنه كامل في نفسه، فوجب بإتلافه كمال القيمة.

قال: وإن خرج بعد موتها حياً ثم مات، ففيه قيمته؛ لأنه إذا انفصل حياً، انفرد بنفسه ولم يتبع أمه، فإن خرج بعد موتها ميتاً، فلا شيء فيه، وهذا على ما بينا في جنين الحرة.

[قال]: وما وجب في جنين الأمة، فهو في مال الضارب، يؤخذ به حالاً من ساعته، وروى ذلك مُعَلَّى عن أبي يوسف، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، وهو قول الحسن؛ وذلك لأن ما دون النفس من الرقيق ضمانه ضمان الأموال؛ بدلالة أنه لا يتعلق به قصاص بحال ولا كفارة، ف ضمان

(الأموال)^(١) يكون حالاً في مال الجاني ، ولا تتحملة العاقلة .

قال: وروى الحسن عن أبي يوسف: أن جنين الأمة إذا وقع ميّتاً فلا شيء فيه ، وهو قول الحسن ، وكذلك روى ابن رستم عن أبي يوسف .

وروى هشام عن محمد: أن أبا يوسف قد قال: إن في جنين الأمة ما نقص الأم .

قال هشام: فأما محمد فلم يقل به ، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثل قول (أبي حنيفة)^(٢) ومحمد .

وهذا فرع على اختلافهم: في أن الجناية على العبيد ضمانها ضمان الجنائيات ، أو ضمان الأموال .

فعند أبي حنيفة ومحمد: أن ضمانها ضمان الجنائيات ؛ ولهذا لا يزداد على الدية ، والجنين ينفرد في الجناية بالأرش عن الأم .

فأما على مذهب أبي يوسف: ف ضمانها ضمان الأموال ؛ ولهذا لا يتقدر عنده ، ولا تتحملة العاقلة ، فصار جنينها كجنين الدابة ، تجب فيه ما نقص الأمة .

قال: فإن ضرب ضارب بطن امرأة حرة ، فألقت جنيناً قد استبان بعض خلقه ولم يتم خلقه ، ففيه ما في الجنين التام إذا سقط ؛ وذلك لأن النبي ﷺ قضى في الجنين بالغرة ولم يفصل ، ولأنه إذا استبان بعض خلقه ولم يتم خلقه فقد علمنا أنه ولد ، فهو كالكمال الخلق .

(١) في ب (المالك) .

(٢) في ب (أبي يوسف) .

قال محمد: ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتاً، إلا أن يشاء ذلك فهو أفضل، وليس ذلك عليه عندنا بواجب، وليتقرب إلى الله ﷻ مما صنع بما استطاع من خير، ويستغفر الله مما صنع، وهذا قول أبي يوسف.

وقولنا: وقد بينا سقوط الكفارة في الجنين؛ لأننا لا نعلم حياته، (والكفارة تتعلق بالقتل، فإن تطوع بها جاز؛ لأنه فعل فعلاً محظوراً، فعليه أن يتقرب) (١) بالكفارة بإسقاطه.

وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالى حديث عكرمة عن ابن عباس قال: كانت امرأتان بينهما صخب، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فأسقطت سقطاً قد نبت شعره ميتاً، وماتت المرأة، فقضى على العاقلة بالدية، فقال عمها: يا رسول الله، إنها أسقطته قد نبت شعره، فقال أب القاتلة: إنه كاذب والله، ما استهل ولا عقل ولا شرب ولا أكل، ومثله يطل، فقال ﷺ: «أسجع كسجع الجاهلية وكهانتها، إن في الصبي غرة» (٢).

وذكر حديث المغيرة بن شعبة، قال: ضربت امرأة بعمود الفسطاط وهي حبلى فقتلها، فجعل رسول الله ﷺ دية المقتول على عصبة القاتل، وغرة لما في بطنها، فقال رجل من عصبة القاتلة: أنغم دية من لا أكل ولا شرب ولا استهل، ومثل ذلك بطل، فقال ﷺ: «سجع كسجع الأعراب»، قال: وجعل عليهم الدية (٣).

(١) ساقطة من ب.

(٢) رواه النسائي في سننه الكبرى (٦٩٩٧)؛ والدارقطني في سننه بلفظ يشبهه (٣٤٤٤)؛ والحديث في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة (١٦٨١).

(٣) انظر: الأصل ٥٥٧/٦.

بَابُ أُرُوش الجنايات على الرقيق



قال ابن سماعه وبشر بن الوليد عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: كل شيء من الحرِّ فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية، ففيه من العبد نصف القيمة، وكذلك الجراحات على هذا الحساب^(١).

قال أبو يوسف: ثم إن أبا حنيفة بعد ذلك رجع في حاجب العبد وفي أذنيه، وقال: فيه حكم عدل.

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قطع الرجل يد العبد، أو فقأ عينه، أو قطع رجله، أو شجّه مُوضحة، أو آمة أو مُنْقَلَةً، أو نزع ثنيتيه أو ضرسه، نُظِرَ إلى الذي صنع به كم أرشه من دية الحر، فيغرم ذلك من قيمته، وكذلك بلغنا عن إبراهيم وسعيد بن المسيب.

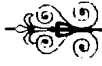
قال محمد: استقبح أبو حنيفة (أن يضمن)^(٢) في الأذن نصف القيمة.

وقال الحسن عن أبي حنيفة وزفر: إن حلق أحد حاجبيه فلم ينبت، أو نتف أشفار عينيه الأسفل أو الأعلى فلم ينبت، أو قطع إحدى شفثيه العليا أو السفلى: إن عليه في كل واحد في ذلك نصف القيمة.

وقال محمد [٣٢٧/ب] عن نفسه: يغرم الجاني بجنايته ما نقص جنايته من

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٥٨، ٤٥٩.

(٢) ساقطة من ب.



العبد من قيمته ، أقومه لا جناية به ، وأقومه مجنياً عليه ، وأغرم الجاني (فضل) (١)
 ما بين القيمتين ، قال محمد: وهو قول زفر وأبي يوسف الآخر ، وقولنا .
 قال محمد: وجميع هذه الجنایات في مال الجاني ، خطأً أو عمداً ما لم تبلغ
 النفس .

قال: وجملة هذا: أن الجنایات على العبد تتقدر فيما دون النفس عند أبي
 حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد: لا تتقدر ، وروي عن أبي يوسف مثله ، وهو قول مالك .

لأبي حنيفة: أن القيمة في العبيد كالدية في الأحرار ، فإذا كانت الجناية
 فيما دون النفس يجوز أن تتقدر من دية الحر ، فكذلك يجوز أن تتقدر من قيمة
 العبد ؛ ولأن الجناية عليه في النفس يدخلها التقدير ، ألا ترى أنها (لا) (٢) تبلغ
 بها الدية ، فجاز أن يكون ما دون النفس منه يدخله التقدير كالحر .

لمحمد: أن ما دون النفس في العبد ضمانه ضمان الأموال ، بدلالة أنه لا
 يتعلق به قودٌ ولا كفارةٌ ولا يتحملة العاقلة ، وضمان الأموال يجب فيه النقصان .

وإذا ثبت هذا ، فروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الجناية على العبد مقدرة
 فيما يقصد به المنفعة ، [وما يقصد به الزينة ، مثل: الحاجب والشعر والأذن ،
 وذلك لأن التقدير لها دخل في الجناية عليه استوفى ما يقصد به المنفعة] (٣) وما
 يقصد به الزينة كالحر ؛ وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة قال: ما يقصد به المنفعة

(١) في ب (نصف) .

(٢) ساقطة من ب .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ .



يتقدر ، وما يقصد به الزينة لا يتقدر .

قال: وهو قوله الآخر؛ لأن الزينة ليس بمعنى مقصود في العبيد، وهي مقصودة من الأحرار، فأما المنفعة، فمقصودة منهما؛ فلذلك تقدّرت .

ولأن ما دون النفس من العبيد أجري مجرى الأموال؛ بدلالة أنه لا يجب فيه قصاص ولا تتحمّله العاقلة، وهو في نفسه جناية، فلو تقدّر الكل^(١)، ألحق بالجنايات من كل وجه، ولو لم يتقدر للحق بضمنان الأموال من كل وجه، فقدروا منه ما يقصد به المنفعة، ولم يقدرُوا ما يقصد به الزينة؛ ليعطى الشّبّه من الجهتين .

فأما قوله: إن الجناية على العبد فيما دون النفس لا تتحمّلها العاقلة؛ فلأن ضمّانه أجري مجرى [ضمنان] الأموال؛ بدلالة أنه لا يلزم فيه قصاص بحال، وضمنان المال لا يتحمّله العاقلة .

فأما إذا قتل العبد خطأ، فقيّمته على العاقلة عند أبي حنيفة ومحمد . وروي عن أبي يوسف أنه قال في مال القاتل، وروي عنه: أن مقدار الدية على العاقلة، وما زاد على ذلك في مال القاتل .

وجه قولهما: أن ضمنان العبد في النفس جناية؛ بدلالة وجوب القصاص فيها إذا كانت عمداً ووجوب الكفارة، فصارت كالجناية على الحر .

لأبي يوسف: ما روي عن عمر أنه قال: (لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً)؛ لأن العاقلة لا تتحمل ما دون النفس فيه، فكذلك النفس كالبهائم، وعكسه الأحرار .

(١) في ب (فلو تقدّرت قبل حال) والمثبت من ألدلالة السياق عليه .

والجواب: أما الخبر ، فمعناه: لا تتحمل العاقلة ما جناه العبد ؛ لأن المولى أقرب إليه منهم ، وأما قياسه على ما دون النفس ، فليس بصحيح ؛ لأنه لا يتعلق به أحكام الجنایات من القصاص والكفارة ، فلذلك لم يتعلق به حكم التحمل .

وجه الرواية الأخرى عن أبي يوسف: أن مقدار الدية منه ضمانها ضمان الجنایة ، فيتحملها العاقلة ، وما زاد على الدية فوجوبه من حيث ضمان المال ، فلم تتحمل العاقلة .

قال: وقد حكى الحسن عن أبي حنيفة: أنه فرّق بين ما يقصد به الزينة في العبد ، وعن ما يوجب الدية أو أقل من الدية .

فقال في أحد حاجبيه: نصف القيمة ، وفي الأنف: ما نقص لا يبلغ به دية حرّ ؛ وذلك لأن الجنایة على العبد جنایة على المال ، فلا يجب جميع قيمته بنقصانه ، كما لا يجب في (البهائم)^(١) .

وقد قال الحسن في روايته: إذا قطع ذكره أو أنثيه أو أصابع يديه ، أو أصابع رجله ، ففيه ما نقص ، وهذا يقتضي أن يكون ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة إذا بلغ جميع القيمة ، وجبّ فيه ما نقص ؛ لأنه مال ، فلا يجب بنقصانه جميع قيمته .

والمشهور من الرواية في يدي العبد وعينيه: جميع قيمته ، ويخيّر المولى: في إمساكه من غير ضمان ، أو تسليمه [إلى الجاني]^(٢) وأخذ القيمة ، حتى لا يجتمع على ملكه البدل والمبدل ، ونحن نبين هذه المسألة في موضعها .

(١) في ب (الدرهم) والمثبت من أ .

(٢) في أ (إلى غير ضمان) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه .

٢٤٤٣ - [فصل: القيمة في الجناية على العبد]

وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد: إذا قتل العبد وقيمته عشرة آلاف أو أكثر، ففيه عشرة آلاف إلا عشرة دراهم، وذلك على العاقلة في ثلاث سنين.

وقال أبو يوسف: فيه قيمته بالغة ما بلغت.

وجه قولهم - وهو قول عبد الله بن مسعود -: أنها جناية على نفس آدمي، فلا يزداد على ألف دينار، كالجناية على الحر؛ ولأن المعاني التي تزيد قيمة العبد بها موجودة في الأحرار ومعها زيادة الحرية، فإذا لم توجب أكثر من الدية؛ فلأن لا توجب في العبد مع نقصان الرق أولى.

لأبي يوسف - وهو قول علي وابن عباس وابن عمر -: أنها جناية على مال، فوجب بها القيمة غير مقدر كالبهائم؛ ولأنه لما لم يتعدّر [أرش] قليله، لم يقدر [أرش] كثيره كالبهائم.

قال: وإذا ثبت أنه لا يزداد على الدية، نقص منها عشرة دراهم؛ لأن أحداً لا يفصل بين الموضعين.

ولأنه روي عن ابن مسعود أنه قال في قيمة العبد: لا يزداد على عشرة آلاف [درهم] إلا عشرة [دراهم]، وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف؛ ولأن النقصان في الدية إنما جعل لنقصان الرق، والفرق بين الرق والحرية في النقص قد قدر في الشرع [بعشرة]، ألا ترى أن الحرة لا يستباح وطؤها إلا بعشرة، ويستباح وطء الأمة بالهبة بغير شيء؛ فلذلك قدروا نقص الرق هاهنا بعشرة.

وأما في الأمة، فلا يزداد على خمسة آلاف إلا عشرة؛ لأن هذا (دية) الحرة،

فينقص منها عشرة كما ينقص من دية الرجل .

وليس كذلك إذا قطع يد العبد، أنه لا يتجاوز خمسة آلاف [إلا خمسة]؛ لأن ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة، فقدّر بنصفها، وما يجب في الأنثى ليس بجزء من دية الذكر، وإنما هي دية في نفسها؛ فلذلك تقدر النفس فيها بعشرة .

قال: وإن قتله حرّ أو عبد عمدًا، وجب فيه القصاص، وإن قتله عبد خطأ أو جنى عليه فيما دون النفس، دفع به إلا أن يُقْدَى، ولا يباع في الجناية .
أما وجوب القصاص بينه وبين الحر، فنبينه في الجنايات .

وأما جناية العبد، فيخيّر المولى فيه [أ/٣٢٨] بين الدفع أو الفداء، وقال الشافعي: يُباع فيها .

وقد روي مثل قولنا عن علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهما، والوجه فيه: أن الجنايات التي يمكن استيفائها من الرقبة تتعلق بها كجناية العمد .
وإذا تعلق برقبته فأزال المولى يده عنه بالتسليم، سقط عنه حكم الجناية، كما لو جنى عمدًا، فخلّى بينه وبين الأولياء .

ولأن المولى كعاقلة العبد، ألا ترى أنه أقرب الناس إليه، فهو كالعاقلة التي هي أقرب الناس إلى القاتل، فيلزمه حكم جناية عبده، كما تلزم العاقلة جناية الحر، إلا أنه [إنما يلزمه] ^(١) المطالبة بملكه العبد، فإذا رضي بتسليمه سقط حكم المطالبة، كالوارث إذا رفع يده عن التركة وخلّى بين الغرماء وبينها، سقط عنه

(١) في أ (لما لزمه) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه .

المطالبة بدين الميت ؛ لأنه كان يطالب لتعلق حقه بالتركة ، فإذا رفع يده عنها سقطت المطالبة .

قال : والكفارة واجبة بقتل العبد في قولهم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] ، ولم يفصل بين الحر والعبد .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى : كل دية وجبت بنفس القتل في الخطأ ، أو شبه عمد ، أو في عمد دخلته شبهة ، فهي في ثلاث سنين على من وجبت عليه ، في كل سنة الثلث ، فالخطأ وشبه العمد على العاقلة ، والعمد الذي تدخله شبهة فيتحول مالاً ، فهو في مال الجاني ، وكل ذلك في ثلاث سنين .

أما تحامل العاقلة الدية ، فقد قدمناه ، وكذلك في شبه العمد ؛ لحديث الجنين ، ألا ترى أن النبي ﷺ قضى بدية المقتول على عاقلة الضاربة ، وإن كانت اعتمدت ضربها بالعمود ؛ لأنه شبه عمد .

فأما العمد الذي دخله شبهة ، فإنما نعني بذلك قتل الأب لابنه ، فلا تتحمله العاقلة ؛ لحديث عمر رضي الله عنه أنه قال : (لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً) .

فأما وجوب دية الخطأ وشبه العمد في ثلاث سنين ، فقد قدمناه .

وأما العمد الذي دخلته شبهة ، مثل قتل الأب لابنه ، فقد كان ينبغي على قول أبي الحسن أن يكون حالاً ؛ لأن القتل عنده يوجب القصاص ثم يتعذر الاستيفاء ، فيصير كدم العمد إذا عفا أحد الشريكين ، إلا أنهم قالوا : تكون مؤجلة ؛ لأن القصاص لما لم يثبت حكمه بحال ، [صار كأنه لم يجب ، وإن كانت الدية وجبت بنفس القتل ، فتجب مؤجلة] ، وهذا على ما نقول في ملك الوكيل ،



أنه لما لم يستقر صار كأن لم يكن جنى ، لا يعتق عليه أرحامه .

قال: ومن أقرّ بقتل خطأ ، فالدية في ماله في ثلاث سنين ، في كل سنة الثلث عند انقضائها ، وذلك لقول عمر رضي الله عنه: (لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً) ؛ ولأنه مصدق على نفسه غير مصدق على عاقلته .

ولأن الدية تجب عليه عندنا بالقتل ، وتتحمل العاقلة عنه ، فإذا لم يصدق عليهم ، بقيت الدية في ذمته على ما كانت .

وتكون مؤجلة ؛ لأنها وجبت بنفس القتل ، تؤدى عند انقضاء كل سنة ثلثها ؛ لأنه مال مؤجل بالحوال ، فيؤدى عند انقضاء الأجل كالدين [المؤجل] .

قال: وإذا صُولح من الجناية على مال ، فهو حال في مال الجاني ، وكذلك كل جزء من الدية وجب على عاقلته أو في مال الجاني ، فذلك الجزء في ثلاث سنين ، في كل سنة منه الثلث ، كرجل قتله عشرة خطأ أو شبه عمد .

أما الصلح ؛ فلأنه مال وجب بعقد كالثمن في البيع ، فإذا شرط فيه أجلاً ، كان مؤجلاً ، وإذا (لم) ^(١) يشترط ، كان حالاً .

وأما الجزء من بدل النفس ، فهو في ثلاث سنين قياساً على ما يجب على كل واحد من العاقلة (من الدية ، فإذا قتل العشرة الواحد ، فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين ؛ لأنه جزء من بدل النفس ، فيتأجل بثلاث سنين كما يلزم كل واحد من العاقلة) ^(٢) .

(١) ساقطة من ب .

(٢) ساقطة من ب . انظر: الأصل ٥٥٨/٦ .

قال: ولو أن عشرة قتلوا رجلاً عمداً، آخرهم أبوه، فالدية في مال كل واحد منهم العُشر، وذلك العُشر في ثلاث سنين؛ وذلك لأن الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الابن سقط القصاص على ما سنبينه، ووجبت الدية بسقوط القصاص، فكانت في مال الجاني.

قال: ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة في الثلاث سنين، وذلك كل ما يغرمه، لا يغرم أكثر من ذلك.

وقال الشافعي: لا ينقص كل واحد منهم من نصف دينار^(١).

لنا: أن الدية تلزم العاقلة تخفيفاً عن القاتل على وجه التبرع، فلا يتعلق منه مقدار ما يجب على كل واحد منهم مقدار ما يجب في الزكاة، حتى ينقص التبرع عن الواجب؛ ولأن نصف دينار مقدار يجب في الزكاة بنفسه، فلا يتقدر به ما يلزم آحاد العاقلة، كما زاد عليه.

قال: وإن قلت العاقلة حتى يصيب الرجل منهم أكثر من ذلك، ضمَّ إليهم أقرب القبائل إليهم في النسب من أهل الديوان كانوا أو من غيرهم، حتى لا يلزم الرجل منهم إلا القدر الذي ذكرناه.

وذلك لأن الضمان لزمهم على طريق التخفيف عن غيرهم، فلا يجوز إيجابه على وجه يجحف بهم، فوجب أن يضم إليهم من قرب منهم حتى يخف عنهم، كما يضم إلى القاتل العاقلة.

قال: وما كان من جناية فيما دون النفس يبلغ أرشها نصف عشر الدية، فهي

(١) انظر: الأم ص ١٢١٦؛ المنهاج ص ٤٩٢.

على العاقلة إن كانت خطأ في سنة؛ وذلك لأن النبي ﷺ أوجب الغرة على العاقلة، وهي مقدرة بنصف عشر الدية، وتكون في سنة؛ لأن ما وجب فيه ثلث الدية وما دون ذلك في سنة واحدة، أصله: ما يجب على آحاد العاقلة في السنة الأولى.

قال: وإن كانت عمداً لا يُستطاع فيها القصاص، أو وجب فيها الأرش لشبهة دخلت الجناية، فهي في مال الجاني في سنة؛ لما بيننا أن العاقلة لا تتحمل العمد، فتبقى في مال الجاني، وتكون مؤجلاً؛ لأنه تجب بنفس القتل.

قال: وليس فيما دون النفس شبه عمد، إنما هو عمد أو خطأ؛ لما قدمنا أن شبه العمد إنما بالآلة، والقتل يختلف باختلاف الآلات، فأما ما دون النفس، فلا يختص (إتلافه)^(١) بآلة دون آلة.

قال: والجناية على المرأة فيما بلغ من أرشها نصف عشر ديتها، فهو على العاقلة في سنة؛ لأن هذا ضمان مقدر بنفسه كالدية.

قال: وما زاد على نصف العشر إلى أن يبلغ ثلث الدية، ففي سنة؛ قياساً [ب/٣٢٨] على ما يجب على العاقلة في السنة الأولى.

فإن زاد على الثلث، فالزيادة قليلة كانت أو كثيرة في سنة أخرى، [إلى أن تبلغ الزيادة الثلثين؛ وذلك لأن ما زاد على ثلث الدية يتقدر بسنة أخرى].
أصله: ما يجب على كل واحد من العاقلة في السنة الثانية.

قال: فإن زاد على (الثلثين)^(٢)، فهي في السنة الثالثة؛ قياساً على ما يجب

(١) في ب (اختلافه) والمثبت من لأن السياق يدل عليه.

(٢) في ب (الثلاث).

على كل واحد من العاقلة في السنة الثالثة .

وقال: لا تعقل مع العاقلة امرأة، ولا صَبِيٌّ، ولا عبد ولا مكاتب ولا مدبر؛
(وذلك لأن العاقلة إنما تتحمل لأجل النصره، والمرأة ليست من أهل النصره .

وكذلك الصبي لا يستنصر به)^(١)؛ ولأن الدية تلزم العاقلة على طريق
التبرع؛ وذلك لا يثبت في مال الصغير .

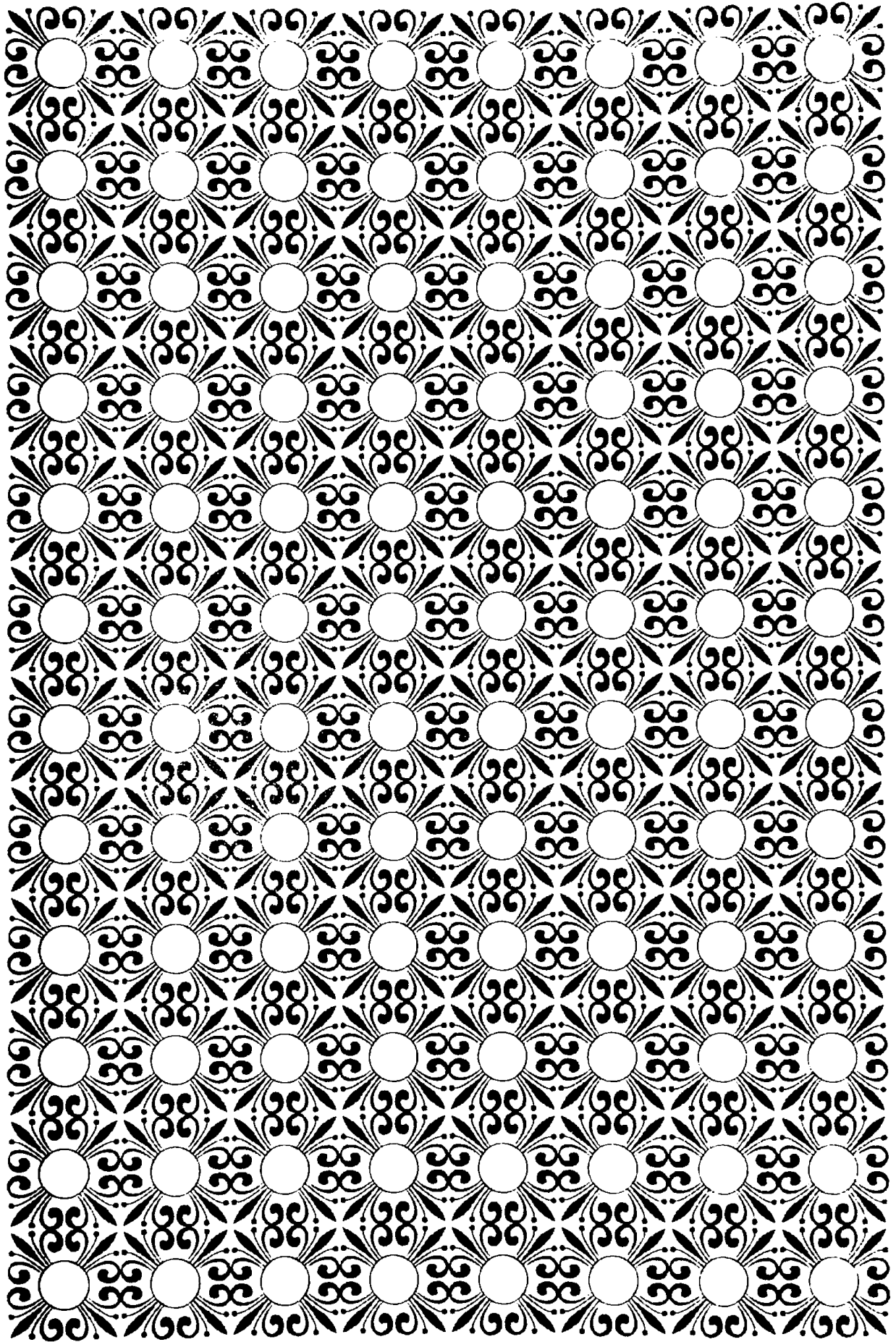
فأما الممالك فلا يعقلون؛ لأن العزمات لا تستنصر بهم، والتحمل إنما
يجب لأجل النصره^(٢) .

تم كتاب الديات والله الحمد والمِنَّة
وصلّى الله على نبيه محمد وآله أفضل الصلوات



(١) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٢) انظر: الأصل ٥٥٦/٦، ٣٨٢/٩ .



[٦٣] كتابُ الجناياتِ

قال الشيخ [أيده الله تعالى]: الجناية عبارة عن كل فعل لا يجوز فعله، فالجناية على الأنفس جناية، وكذلك الجناية على الأموال، إلا أنه اختص هذا الاسم في عرف أهل الشرع بالجناية على الأنفس.

وكذلك الفقهاء يسمُّون هذا جناية، ويسمون ما كان في الأموال غصباً، والأسامي تختص بالعرف.

والجناية في الآدميين على ضربين: عمد، وخطأ.

والعمد على ضربين: عمد محض، وعمد فيه معنى الخطأ، وقد بيّناه في كتاب الديات.

حكم الخطأ وشبه العمد، والكلام في هذا الكتاب في أحكام العمد.



بَاب [أحكام] القصاص

قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فأوجب بالآية القصاص على الحر إذا قتل حرًا، وعلى العبد إذا قتل عبدًا، وعلى الأنثى إذا قتلت أنثى.

قال: والأصل في ثبوت القصاص: الكتاب، والسنة، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَيْهِ سُلْطٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وقال: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقال: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيٰوَةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وقال النبي ﷺ: «الْعَمْدُ قَوْدٌ»^(١)، وقال: «كتاب الله القصاص»^(٢).

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وأجمع المسلمون على قتل الذكر بالأنثى، والآنثى بالذكر، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ ولأن القصاص في النفس لا تعتبر فيه المماثلة، وليس بين الذكر والأنثى إلا عدم المماثلة^(٣).

وقد حكى عن علي رضوان الله تعالى عليه في الرجل إذا قتل امرأة: أن

(١) رواه الدارقطني في سننه (٣١٣٦)؛ وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٧٥٦).

(٢) رواه البخاري (٤٤٩٩)؛ والنسائي في سننه (٤٧٥٢).

(٣) انظر: الأصل ٥٧٢/٦، ٥٧٣.

أولياءها بالخيار: إن شاءوا أخذوا ديته، وإن شاءوا أعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الفعل الواحد لا يتعلق به قصاص وغرم في نفس واحدة، كما لا يجب بالفعل الواحد حَدٌّ وَمَهْرٌ.

ولأن اختلاف الرجل والمرأة كاختلاف الأعمى والبصير، والصحيح والأشَلُّ، وذلك لا يمنع قتل الكامل منهما بالناقص.

قال: وأجمعوا على قتل العبد بالحر؛ وذلك لأنه ناقص عن المقتول، فإذا جاز أن يستوفى بالحر الحر وهو أكمل، فلأن يستوفى مقتله نفس العبد وهو ناقص أولى.

وأما الحر فيقتل بالعبد عندنا، وقال الشافعي: لا يقتل (١).

لنا: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، وقال ﷺ: «العمد قود»؛ ولأن من قتل قاتله إذا كان عبداً، جاز أن يجب القصاص على قاتله إذا كان حراً كالحر.

ولأننا قد بينا أن المماثلة لا تعتبر في الأنفس، وإنما تعتبر في (حقن) (٢) الدم، والحر والعبد يتساويان في حقن الدم على التأييد.

فأما قوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]،

فيدل على وجوب القصاص بين العبد والحرين، ولا ينفي ما سوى ذلك.

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٣٧؛ المنهاج ص ٤٧٢.

(٢) في ب (حق).

وفائدة التخصيص: أن الآية نزلت على سبب، وهو أن بني النضير كانوا أشرف من بني قريظة، فيقتل الحر من بني قريظة [وأعز] بالعبد من بني النضير، فأبطل الله تعالى هذا الصلح بقوله: ﴿الْحُرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾، بين ذلك أنه قال: ﴿وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ﴾، ولم ينف ذلك وجوب القصاص بين الذكر والأنثى.

وأجمع أصحابنا: على قتل المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدي الجزية ويجري عليه حكم الإسلام^(١).

وقال الشافعي: لا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر^(٢).

لنا: ما روي أن النبي ﷺ أقاد مسلماً بذمي، وقال: «أنا أحق من وفي بدمته»^(٣)، وروي أن رجلاً مسلماً [من أهل الحيرة] قتل رجلاً من أهل الحيرة نصرانياً، فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله تعالى عنه، فكتب: (أن يقتل به)، ثم قيل إنه فارس من فرسان المسلمين، فكتب (بأن تؤخذ الدية)؛ فلولا أن [القصاص]^(٤) واجب لم يأمر به ابتداءً، وأسقط في الثاني لمصلحة رآها للمسلمين.

وروي أن مسلماً قتل ذمياً، فقاضى عليّ رضوان الله عليه فيه بالقصاص، ثم (لقي)^(٥) الولي فقال: ما صنعت؟ فقال: إني رأيت أن قتله لا يرد (أخي،

(١) انظر: الأصل ٥٧٤/٦.

(٢) انظر: الأم ص ١١٥٤؛ المنهاج ص ٤٧١.

(٣) رواه الدارقطني في سننه (٣٢٦٠)؛ والبيهقي في الكبرى (١٥٩١٨)؛ والشافعي في مسنده (١٦٢٢).

(٤) في أ (القتل) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.

(٥) في ب (أمر).

وبذلوا^(١) إليّ المال ، فقال: لعلمهم خوفوك ، إنما أعطيناكم الأمان لتكون دماؤكم كدمائنا ، وأموالكم كأموالنا .

ولأن كل من جاز أن يقتل قاتله إذا كان كافراً ، جاز أن يجب القصاص على المسلم بقتله كالمسلم ، [ولأنه محقون الدم على التأبید ، فجاز أن يجب القصاص على المسلم بقتله كالمسلم] .

وأما قوله ﷺ: « لا يقتل مؤمن بكافر »^(٢) ، فالمراد به الكافر الحربي ؛ لأنهم كانوا بعد الإسلام يقتلون من أسلم بقتلاهم الكفار ، فقال ﷺ: « لا يقتل مؤمن بكافر » ، كما قال: « كل دم كان في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي »^(٣) .

والذي يدل على ذلك: أن المسلم يقتل بالكافر بالاتفاق إذا قتله وهو كافر ثم أسلم ، فكان حمل اللفظ على الكافر الحربي أولى ؛ لأنه ينفي العموم ؛ ولأنه قال في الخبر: « ولا ذو عهد في عهده »^(٤) ، والكافر الذي لا يقتل به المعاهد ، إنما هو الحربي .

قال: ولا يقتل مسلم بكافرٍ غير ذمي وإن كان مستأمنًا في دار الإسلام وله عهد وميثاق ؛ [أ/٣٢٩] وذلك لأن المستأمن ليس بمحقون الدم على التأبید ، وإنما حَقَّنُ دمه مؤقَّت ، فلم يجوز أن يقتل به من دمه محقون على التأبید ؛ لعدم التساوي

(١) في ب (حتى يبدلوا) .

(٢) رواه النسائي في سننه (٤٧٤٥) ؛ وابن حبان (٥٩٩٦) ؛ وابن ماجه (٢٦٦٠) .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٨٢٨٨) بلفظ قريب من هذا «ألا وإن كل شيء من أمر الجاهلية موضوع تحت قدمي ، ودماء الجاهلية موضوعة» .

(٤) رواه النسائي في سننه (٤٧٣٤) ؛ وابن ماجه في سننه (٢٦٦٠) ؛ وورد في شرح مشكل الآثار (١٢٤٥) .

في حقن الدم .

قال: وأجمع أصحابنا: أن لا يقتل والد بولده، ولا جدُّ من قبيل الرجال ولا من قبيل النساء وإن علا بولد الولد وإن سفل، ولا والدة بولدها، ولا جدَّة من قبيل الأب ولا من قبل الأم، علت أو سفلت^(١).

وقال مالك: إذا حذف^(٢) الأب الابن بالسيف، فلا قودَ عليه، وإن ذبحه فعليه القود^(٣).

لنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يقاد والد بولده»^(٤)؛ ولأنه في حكم الجزء منه، والإنسان لا يثبت عليه قصاص بأجزائه.

ولأنه لو وجب عليه القصاص إذا قتله ذبحاً، وجب عليه القصاص إذا قتله حذفاً كالأجنبي.

وفرق مالك بينهما؛ بأن الحذف يقصد به التأديب.

وليس بصحيح؛ لأن التأديب لا يكون بالسيف؛ ولأن عندنا ضرب الأب لابنه على وجه التأديب بشرط السلامة.

قال: ويقتل الولد بالوالد؛ وذلك لأن الوالد ليس في حكم الجزء من الولد، فجاز أن يثبت القصاص بقتله.

(١) انظر: الأصل ٥٧٥/٦، ٥٧٦.

(٢) حذف: قطع، وحذف رأسه بالسيف: إذا ضربه فقطع منه قطعة. انظر: مختار الصحاح (حذف).

(٣) انظر: القوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٣٧٥.

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٣٢٧٣)؛ وأحمد في المسند بلفظ (لا يقتل) ٤٩/١؛ والبيهقي في الكبرى ٣٩/٨.

قال: وأجمع أصحابنا: أن لا يقتل المولى بعبده؛ وذلك لأن القصاص لو ثبت بقتل العبد، لثبت للمولى؛ لأنه هو المستحق (بحقوق) عقده، والمولى لا يجوز أن يثبت له قصاص على نفسه؛ ولأنه ماله، وإتلاف الإنسان لماله لا يكون مضموناً عليه، والدم إذا لم يكن مضموناً لم يتعلق به قصاص.

قال: ولا يُقتلُ بعبد يملك القاتلُ بعضه؛ وذلك لأن القصاص يسقط في نصيبه، فسقط في باقيه، كالدم إذا كان بين شريكين فعفا أحدهما.

قال: ونقصان الجوارح (في الفعل)^(١) لا يمنع التكافؤ في النفس، وتفسير ذلك: أن صحيحاً سليم الجوارح عاقلاً لو قتل مريضاً، أو مغمىً عليه، أو مبرسماً^(٢)، أو مفلوجاً، أو أعمى، أو مقطوع الجوارح، أو أشلها، أو صبيّاً، أو مجنوناً، أنه يقتل به، وهذا كله لا يمنع التكافؤ في النفس؛ وذلك لأن التكافؤ يعتبر في محل القصاص، ومحل القصاص الروح، فإذا تساوى في حقن الدم، وجب القصاص، وإن اختلفا في غير ذلك؛ ولهذا لم يجب القصاص بين الأطراف المختلفة؛ لأن التساوي في محل القصاص لم يوجد.

وقد دل على هذه الجملة قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقوله: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ولم يفصل.

قال: وأجمع أصحابنا: أن الجماعة تُقتلُ بالواحد وإن كثروا.

ومن الناس من قال: لا تُقتلُ الجماعة بالواحد.

(١) في ب (والمعاني).

(٢) مبرسماً: مصاباً بداء البرسام، وهو داء يصيب الغشاء المحيط بالرئة. المعجم الوسيط (برسم).

لنا: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨] ، وقال: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣] ، وقال: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيٰوةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] ، وفيه إجماع الصحابة .

وروي أن سبعة قتلوا واحداً بصنعاء ، فقتلهم عمر رضي الله عنه ، وقال: لو تمالاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف .

ولأن القصاص في النفس يجب بإزهاق النفس ، وذلك معنى لا يتبعص ، فيصير كل واحد منهم كالمنفرد بإتلافها .

وليس كذلك إذا اجتمعوا على قطع يد ؛ (لأن القطع يتبعص ، فيصير كل واحد منهم متلفاً لبعض اليد ، فلا يجب عليه القصاص)^(١) .

قال: ويقتل الواحد بقتل الجماعة ، ولا يلزم مع القود شيء من المال .

وقال الشافعي: إن قتل بواحد منهم وجب للباقي المال ، وإن اجتمعوا قتل بهم ، وقسمت الديات بينهم^(٢) .

لنا: أن القود إذا ثبت على الواحد لجماعة ، فاستوفى القود ، سقط حق الباقيين ، كالعبد إذا قتل جماعة فقتل ؛ لأن خروج الروح لا يتبعص ، فإذا قتل بهم صار كل واحد منهم كالمستوفي لجميع النفس ، فلا يجب له مع ذلك أرش .



(١) ساقطة من ب .

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٤٠ ؛ منهاج الطالبين ص ٤٣٣ .

٢٤٤٤ - [فصل: القصاص بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس]

قال: وأجمع أصحابنا: أنه لا قصاص بين الأحرار وبين العبيد فيما دون النفس؛ وذلك لأن وجوب القصاص في الأطراف يعتبر فيه التساوي في الأرش؛ بدلالة أن الصحيح لا يقطع بالأشل، ولا يقطع الطرف الكامل الأصابع بالناقص الأصابع؛ لاختلاف أرشها، وأرش طرف الحر والعبد مختلف، فلا يجري بينهما قصاص.

وكذلك لا يجري بين العبد والعبد فيما دون النفس؛ لأنهم إن اختلفوا، فوجوب القصاص موقوف على التساوي في الأرش وإن تساوت قيمتهم، وذلك يعلم من طريق الحزر والظن، فلا يتيقن التساوي، فلم يجب القصاص.

قال: ولا قصاص بين الذكور والإناث فيما دون النفس^(١).

وقال الشافعي: يجري القصاص بينهما^(٢).

لنا: أن أرش أطرافهم مختلفة، فصاروا كالصحيح والأشل؛ ولأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد الرجل، فصار كاليمين واليسار.

فإن قيل: هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالأشل، [والحر]^(٣) بعبد، والذكر بالأنثى، فهلاً جوّزتم أن تقطع المرأة بالرجل، والعبد بالحر، كما يقطع الأشل بالصحيح.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٤٥.

(٢) انظر: الأم ص ١١٦٦.

(٣) في أ (ومن العبد) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.

قيل له: النقص على ضربين: نقص من طريق المشاهدة: فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص، ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل، ونقص من طريق الحكم: فيمنع من استيفاء كل واحد من الأمرين بالآخر، كاليسار واليمين.

قال: وليس للمجنون ولا للصبي عمد وهو خطأ.

وقال الشافعي: عمد الصبي في ماله^(١).

لنا ما وري عن علي رضوان الله تعالى عليه أنه قال: [عمد الصبي والمجنون سواء]^(٢).

وروي أن مجنوناً عدا على رجل بالسيف فقتله، فقاضى عليه بالديّة على عاقلته؛ ولأن الأحكام المختصة بالعمد لا يتعلق بفعله مثل القصاص والمأثم، فصار كالخطأ.

وإنما لم يتعلق بفعله قصاص؛ لأن القصاص عقوبة، والصبي لا يستحق العقوبة بفعله، بدلالة الحدود^(٣).



(١) انظر: الأم ص ١١٢٨.

(٢) ساقطة من ب وغير واضحة في أسباب تلف المخطوطة، والمثبت مما أورده ابن حجر في الدراية عن علي رضي الله عنه: (أنه جعل عقل المجنون على عاقلته...)، وذكر هذه الرواية، ٢/٢٨٠.

(٣) انظر: الأصل ٥٧٢/٦ وما بعدها؛ القدوري ص ٤٤١ وما بعدها.



بَابُ صفة القتل الذي يجب به القصاص



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: أجمع أصحابنا أن كلَّ قتلٍ عمدٍ بسلاحٍ: بسيفٍ، أو رمحٍ، أو سهمٍ، أو عمودٍ حديدٍ، أو سكينٍ، أو ما أشبه ذلك من سلاح الحديد، ففيه القصاص.

وما يجري مجرى السلاح ممَّا يجرح كجرحه.

لو طعن رجلاً [ب/٣٢٩] برمح لا سنان فيه فأجافه، فمات، فعليه القصاص، وكذلك لو رماه بسهم ليس له نصلٌ، أو شقَّ بطنه بعودٍ، أو ذبحه به، أو بقصبةٍ، ففي هذا كله القصاص.

قال [الشيخ]: وجملة هذا: أن القتل إذا وقع بالمحدد من الآلة، أو ما يجري مجراه في تفريق الأجزاء، تعلق به القصاص حديداً كانت الآلة أو غير حديدٍ، وإن شئت قلت: كلُّ ما يقع به الذكاة إذا قتل به، ففيه القصاص^(١).

والأصل في وجوب القصاص بالسلاح: قوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»^(٢)،

(١) انظر: الأصل ٥٧٣/٦.

(٢) رواه ابن ماجه من حديث النعمان بن بشير (٢٦٦٧)، ومن حديث أبي بكر (٢٦٦٨).

قال ابن حجر في التلخيص الحبير (١٩/٤): «رواه ابن ماجه من حديث النعمان بن بشير، ورواه البزار والطحاوي والطبراني والدارقطني والبيهقي، وألفاظهم مختلفة، وإسناده ضعيف، ورواه ابن ماجه والبزار والبيهقي من حديث أبي بكر، قال البزار: تفرد به الحر بن مالك، والناس يروونه مرسلًا، وقال أبو حاتم: هذا حديث منكر، وأفاد ابن القطان أن الوليد بن صالح تابع الحر»

وقوله ﷺ: «كُلُّ شَيْءٍ خَطَأٌ إِلَّا السِّيفُ»^(١).

وأما المحدّد كالليطة^(٢)، والمروة^(٣)، والرمح الذي لا سِنان فيه، فإنّه يفرّق الأجزاء [وتفرّقها كتفريق]^(٤) الحديد، (وعلى هذا قالوا فيمن أحرق رجلاً بالنار: إنّ عليه القصاص؛ لأنّ النار تقطع الأجزاء وتفرّقها كتفريق الحديد)^(٥).

وأما إذا قتله بحديد لا حدّ له، مثل أن يضربه بعمود، أو سندان^(٦)، فقد ذكر في الأصل: أن فيه القصاص^(٧).

وذكر الطحاوي في الشروط الكبير: أنّه لا قصاص فيه.

= بن مالك عليه، وهو عند الدارقطني، وأعله البيهقي بمبارك بن فضالة راويه عن الحرّ عن أبي بكر، وقال البزار: أحسبه خطأ؛ لأنّ الناس يروونه عن الحرّ مرسلًا. انتهى، وكذا أخرجه ابن أبي شيبة من طريق أشعث وغيره عن الحرّ مرسلًا، وفي الباب عن أبي هريرة رواه الدارقطني والبيهقي، وفيه سليمان بن أرقم، وهو متروك، وعن عليّ رواه الدارقطني، وفيه يعلى بن هلال، وهو كذاب، وعن ابن مسعود رواه الطبراني والبيهقي، وإسناده ضعيفٌ جداً، قال عبد الحق: طرقه كلّها ضعيفةٌ، وكذا قال ابن الجوزي، وقال البيهقي: لم يثبت له إسنادٌ. اهـ

(١) هذا الحديث من روايات الحديث قبله، رواه بهذا اللفظ من حديث النعمان ابن بشير رضي الله عنه البيهقي في الكبرى (٤٢/٨)، والدارقطني في السنن (١٠٦/٣)، وقال البيهقي: «مدار هذا الحديث على جابر الجعفي وقيس بن الربيع، ولا يُحتج بهما».

(٢) الليطة: قشرة القصب والجمع ليط بوزن ليف. مختار الصحاح (ليط).

(٣) المروة واحدة المَرُو، وهي حجارةٌ بيضٌ براقَةٌ تقدح منها النار، وبها سميت المروة بمكة. مختار الصحاح (مرو).

(٤) في ل (كالحديد) فقط.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) في ل (سنان). «والسندان: ما يطرق الحدّاد عليه الحديد». المعجم الوجيز (سند).

(٧) انظر: الأصل ٥٨١/٦.

ومن أصحابنا من قال: إن الذي ذكره الطحاوي هو القياس ، وما في الأصل استحسانٌ .

وجه ما ذكره الطحاوي: أن الحديد المثلث لا يجرح ، وإنما يفسخ ، فهو كالحجر ؛ ولأن الحكم لا يتعلق بالحديد بجنسه ، وإنما يتعلق بمعناه ، بدلالة أن التحديد إذا وجد في الحجر ، تعلق به القصاص ، فإذا تعلق الحكم بالمعنى^(١) - وذلك غير موجود في المثلث - لم يجب القصاص .

وجه ما ذكره في الأصل: قوله ﷺ: « لا قود إلا بالحديد »^(٢) ؛ ولأن الحديد هو الجنس الموضوع للقتل ، وغيره تبع له ، [ولهذا] قال الله ﷻ: ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ [الحديد: ٢٥] ، وإذا كان الحديد هو الأصل ، يستوي المحدد منه وغيره ، وما سواه ملحق به ، فتعلق الحكم فيه بالمعنى دون الجنس .

وأما القتل بالحجر الكبير ، والعصا الكبيرة ، فلا قصاص فيه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان يقتل غالباً ففيه القصاص ، وقد قدمناه . قال: فإن ألقاه في الماء فغرق ، فلا قصاص فيه عند أبي حنيفة ، وقال^(٣): إذا كان الماء لا يتخلص منه في الغالب ، ففيه القصاص .

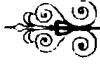
[وجه قول] أبي حنيفة: أنه قتل بما ليس بسلاح ، ولا يجري مجرى السلاح في تفرق الأجزاء ، (فصار كقليل الماء)^(٤) ؛ ولأن الغريق يهلك باجتذاب الماء

(١) في ب (تعلق به المعنى) .

(٢) هذا الحديث من روايات حديث « لا قود إلا بالسيف » ، سبق تخريجه في الصفحة السابقة

(٣) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .



بنفسه ، فصار مشاركاً في قتل نفسه ، فلم يجب على الذي ألقاه قِصاصاً .

وجه قولهما: أن هذا لا يُتخلَّص منه غالباً ، كالقتل بالنار والحديد ، وليس كذلك إذا كان مما يُتخلَّص منه ؛ لأن ذلك لا يُقصد به القتل ، فصار كالعصا الصغيرة .

قال: فإن ألقاه من جبلٍ ، أو سطحٍ على رأسه ، فلا قِصاص فيه ، وهذا على ما قدمنا من الخلاف^(١) .



(١) انظر الأصل ٥٧٢/٦ وما بعدها .

بَابُ القصاص فيما دون النفس



قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا طين على حرّ بيتاً حتى مات جوعاً أو عطشاً، لم يضمن، وقالوا: عليه الدية.

لأبي حنيفة: أنه سببٌ لا يؤدي إلى التلف، وإنما يموت بسببٍ آخر: وهو فقد الطعام، فلم يبق إلا اليد، والحرّ لا يضمن باليد.

ولهما: أنه سببٌ يؤدي إلى التلف، فصار كسقي السمّ، قال الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥]، فحكم [تعالى] فيما ذكره في الآية أن يؤخذ كل شيءٍ بمثله.

فالأصل في وجوب القصاص فيما دون النفس [هذه] الآية، وقوله صلى الله عليه وسلم: «العمد قوداً»^(١)، وما روي (أن ربيع - عمه أنس بن مالك - كسرت سنّ جارية، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بكسر سنّها، فقال أنس بن النضر: أتكسر سنّ الربيع بسنّ جارية، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كتاب الله القصاص»، فقال: لا والذي بعثك

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٣٩)؛ والنسائي (٤٧٩٠)؛ وابن ماجه (٢٦٣٥) بلفظ: «من قتل عمداً فهو قوداً»، قال ابن حجر في تلخيص الحبير: «واختلف في وصله وإرساله، وصحح الدارقطني في العلل الإرسال، ورواه الطبراني من طريق عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده مرفوعاً: العمد قود والخطأ دية، وفي إسناده ضعف» (٢١/٤).

بالحق نبياً ، لا تُكسر سنّ الرُّبِيعِ بسنّ جاريةٍ! فقال ﷺ: «كتاب الله القِصاص» ،
فرضي القوم ، فقال ﷺ: «إنّ لله عبيداً لو أقسموا عليه لأبرّ قسمهم» ، منهم أنس
بن النضر^(١) .

وإذا ثبت وجوب القِصاص فيما دون النفس ، فالمماثلة معتبرةٌ فيه ؛ لأنّه
أُجْرِي مجرى الأموال ؛ بدلالة أنّه يكون عمداً محضاً لا شبهة فيه ، فلا يجب به
قِصاص ، مثل قطع اليد من الساعد ، وإذا أُجْرِي مجرى الأموال ، اعتبر فيه المماثلة .
ولأنّهم اتفقوا أنّ الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ، ولا بالناقصة الأصابع ؛ لعدم
المماثلة فيها .

٢٤٤٥ - [فصل : المماثلة في القصاص]

قال : وأجمع المسلمون جميعاً أنّه لا تؤخذ العين اليمنى [بالعين] اليسرى ،
[ولا العين اليسرى بالعين اليمنى]^(٢) .

وكذلك اليدان والرجلان ، لا تؤخذ اليمنى إلا باليمنى ، ولا اليسرى إلا
باليسرى ، وكذلك أصابع اليدين والرجلين ، تؤخذ إبهام اليمنى بإبهام اليمنى ،
والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، والخنصر بالخنصر ، ولا يؤخذ شيءٌ من
الأعضاء إلا بمثله من القاطع .

وكذلك الأسنان : الثنينة بالثنينة ، والناب بالناب ، والضرسُ بالضرسِ ، ولا
تؤخذ أعلى بأسفل ، ولا أسفل بأعلى .

(١) رواه البخاري (٢٥٥٦) .

(٢) في أ (ولا عينٌ يسرى بيمينوا) والمثبت من ل .

وكذلك الشجاج والجراحات: لا يُقتَصَّ فيما يجب القصاص منه [إلا في موضع الشَّجَّة] ^(١) والجراحة من المشجوج والمجروح، فإذا كانت الشَّجَّة في الرأس في مقدِّمه، اقتَصَّ من [الشَّجِّ] ^(٢) في مقدمة رأسه في ذلك الموضع من المُقَدِّم، لا يتعداه القصاص.

وكذلك إن كانت في وَسَطه، أو مؤخِّره، أو جنبي الرأس، فُعل مثل ذلك بالشَّجِّ من رأسه.

والأصل في ذلك: أن منافع هذه الأطراف مختلفة، ألا ترى أن اليمين تخالف في منفعتها اليسرى، والأصابع تخالف بعضها بعضاً في الانتفاع.

والأسنان تخالف بعضها بعضاً، ألا ترى أن الثنايا للتقطيع، والأضراس للطحن ^(٣)، فصارت باختلاف منافعها كالجنسين المختلفين، والتلف [للجنس] ^(٤) لا يستحق عليه مثله إلا من جنسه.

فأمَّا الشجاج، فإنَّ تأثيرها: الشَّيْن الذي يحصل بها، وذلك يختلف باختلاف مواضع الرأس، فإذا شجَّه في مُقَدِّم رأسه، لم يجر أن يشجَّه في مؤخِّره؛ لأنه يستوفي ما ليس بمثل حقه؛ ولهذا قالوا: إنَّه يستوفي على مساحة الشَّجَّة في طولها وعرضها؛ لأنَّ الشَّيْن يختلف بصغر الشَّجَّة وكبرها.

وقد ذكر اختلاف الرواية في القصاص (فيما دون الموضحة، وقد قدّمناه.

(١) في أ (فيما يجب القصاص منه فيه في الشَّجَّة إلا من الشَّجَّة)، والمثبت من ب.

(٢) في النسخ (الشجاج) والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٣) في ل (للجنس).

(٤) في ب (والتلف الجنس). وفي أ (من جنس) والمثبت من ل.

وأما المَوْضِحَة ، ففيها القِصَاصُ (١) بالاتفاق ؛ لأنَّ المماثلة ممكنةٌ فيها ،
ألا ترى أنَّه ينتهي بالسكين إلى [١/٣٣٠] العظم .
وأما المُنْقَلَة والآمَّة ، فقد قدمنا أنَّه لا قِصَاصَ فيها .

٢٤٤٦ - [فصل : القصاص في العظم]

قال : ولا قِصَاصَ أيضاً في عظمٍ إلا السنُّ عند أصحابنا ، فإنَّه إذا كُسِرَ
بعضها ، أو نُزِعَت ، اقتُصَّ من الجاني .

والأصل [في هذا] : ما روي عن ابن مسعودٍ أنَّه قال : « لا قِصَاصَ في عَظْمٍ
إلا السنُّ » (٢) ، وعن عمر أنَّه قال : « لا قِصَاصَ في عَظْمٍ » (٣) .

وأما السنُّ ففيها القِصَاصُ ؛ للآية ، ولخبر الرُّبِيع .

قال : وإن كانت اسودَّت لَمَّا كسِرَ بعضها ، أو احمرَّت ، أو اخضرَّت ، أو
دخلها عيبٌ يوجب فيما بقي منها حكومَةً ، فلا قِصَاصَ فيها عند أصحابنا جميعاً ،
وفيها الأَرُشُ إذا اسودَّ الباقي أو اخضرَّ ؛ وذلك لأنَّه لا يمكن أن يضرب السنُّ
على وجهٍ يسودُّ الباقي أو يخضرُّ (٤) ، فلو اقتُصَّ من [البعض] (٥) ووجب الأَرُشُ

(١) ساقطه من ل .

(٢) لم أجده عنه ، وإنما روي ذلك عن ابن عباس والنخعي وغيرهما . انظر : مصنف عبد الرزاق
٤٦١/٩ ؛ الأصل ٥٧٤/٦ ؛ نصب الرأية ٣٣٧/٤ .

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف بلفظ : «إنا لا نقيد من العظام» ، (٣٩٤/٥) قال ابن حجر في
الدرية في تخريج أحاديث الهداية : إسناده ضعيفٌ منقطعٌ (٢٦٩/٢) .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب ، وفيها (أو يسود نصفه) .

(٥) في أ ، ب (النقص) والمثبت من ل .

في الباقي ؛ لتعلق بالجناية الواحدة في العضو الواحد القصاص والمال ، وهذا لا يجوز أبداً فيهما .

وفرق محمد بين (هذا وبين)^(١) من قطع أصبع رجلٍ فشلت أخرى إلى جنبها ؛ وذلك لأن هذه جناية على جزء من الجملة ، فإذا وجب في الجملة المال بحكمها ، لم يجوز أن يجب فيها القصاص .

فأما الأصابع ، فكل واحدة منها غير تابعة للأخرى ، ولا جزء منها ، فصارت كالجنايتين المختلفتين .

٢٤٤٧ - [فصل : أخذ الجارحة الصحيحه بالمعيبة]

قال : ولا تؤخذ جارحةٌ صحيحةٌ لا عيب فيها بنقص أرشها ، بجارحةٍ معيبةٍ يُنقصها العيب الذي بها من عقْلِها ، ولا تؤخذ جارحةٌ صحيحةٌ بشلاء ، ولا يدٌ مقطوعٌ منها أُصْبِعٌ ، ولا مِفْصَلٌ من أُصْبَعٍ يدٍ لم يُقَطع ذلك منها .

وكذلك الأسنان والأصابع ، لا يؤخذ صحيحٌ منها بمعيبٍ ، وهذا على ما قدّمنا أن المماثلة معتبرةٌ فيما دون النفس ، فلا يجوز أن يستوفي ما يزيد أرشه على أرش المتلف .

٢٤٤٨ - [فصل : أخذ المعيبة بالصحيحة]

قال : فإن كان العيب في جارحة الجاني ، والمجني عليه صحيح الجارحة ، فالمجني عليه بالخيار : إن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ أرش جراحته ؛ وذلك لأن

(١) ساقط من ل .

حقّه ثبت في عضوٍ سليمٍ مثل عضوه ، فإذا لم يقدر إلا على استيفاء المَعِيب ، صار كمن أتلف على رجلٍ ما له مِثْلٌ ، فانقطع عن أيدي الناس ، ولم يبق منه إلا ما هو ناقص الصفة عن المُتَلَف ، فصاحب الحق بالخيار: إن شاء أخذ الموجود ، وإن شاء عدل إلى القيمة ؛ لأنّه لم يقدر على استيفاء جنس حقّه بكماله ، فكذلك هذا .

وقد قال أصحابنا: فيمن قطع يداً صحيحةً ويده ناقصة الأصابع^(١) ، فاختار المقطوع قطع اليد الناقصة ، فلا أرش له .

وقال الشافعي: يقطعها ويأخذ أرش الأصابع^(٢) .

لنا: أن حقّه ثبت في مِثْلٍ كاملٍ ، فإذا استوفاه ناقص الصفة لم يكن له أن يطالب بالنقصان ، كالمُتَلَف مِمَّا له مِثْلٌ ؛ ولأنّه وضع السكين في الموضع الذي وضعها فيه القاطع ، إلا أنّها معيبةٌ ، فصار عيبها بنقصان الأُصْبَع كعيبها بالشلل .

وليس هذا كمن أتلف مكيلاً ، فوجد [مثل]^(٣) بعضه أنّه يستوفي الموجود وقيمة الباقي ؛ لأنّ حقّ المُسْتَحِقّ يتعلق بالمُتَلَف وبكلّ جزءٍ منه ، وفي مسألتنا: حقّ المقطوع في قطع الزند دون الأصابع ، ألا ترى أنّه لو قال: أنا أقطع الأصابع وأبرئ من الكفّ ، لم يكن له ذلك ، فدلّ على أنّ الأُصْبَع ليست [بنفس]^(٤) حقّه ، وإنّما هي صفةٌ فيه ، فهي كالجودة في المكيل ، والصحة في العضو .



(١) في ب (شلاء ناقصة الأصابع) .

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٤٢ ؛ المنهاج ص ٤٥٧ .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) في أ ، ب (نفس) والمثبت من ل .

٢٤٤٩ - [فصل: ذهاب الجارحة قبل القصاص]

قال: فإن ذهبت الجارحة المعيبة قبل أن يختار الجاني أخذها، فقطعتها قاطعٌ، بطل حق المجنيّ عليه.

والكلام في هذا أولاً فيمن قطع يداً صحيحةً ويده صحيحةً، فُقطعت يده، وذلك على وجهين:

إن قُطعت يده بحقّ عليه، مثل أن يُقتَصَّ منها، أو تُقَطَّع في سرقةٍ، فعليه أرش اليد المقطوعة.

فإن قُطعت^(١) يده بغير حقّ عليه، سقط حق صاحب القصاص، مثل أن يقطعها رجلٌ ظلمًا، أو تلتف بأفةٍ من السماء.

وقال الشافعي: يجب الأرش في الوجهين.

لنا: أن حقّ صاحب القصاص تعلق باليد وتعيّن فيها، بدلالة أنه ليس له العدول إلى الأرش مع القدرة، فإذا هلك ما تعلق [حقه] به، سقط حقه، كالعبد الجاني إذا قُتِل أو مات.

فأمّا إذا قُطعت يده في قصاص، فقد قضى بها حقاً عليه، ومن قضى حقاً عليه بما تعلق به حقّ غيره، كان مضموناً، وكذلك الإمام لما قضى عليه بالقطع في السرقة، فحكمه يتضمن نقل حقّ صاحب القصاص إلى الأرش، ألا ترى أن الإمام لا يحكم بإسقاط حقّ الناس؛ ولأنّها استوفيت لحقّ عليه، فكأنّها استوفيت بالقصاص.

(١) في ل (تلفت).

وإذا ثبت هذا، قلنا: إذا كانت يد القاطع معيبةً، فتلفت قبل أن يختار المقطوع المال، فحقه كان متعلقاً بعينها، وإنما ثبت [له] حقّ العدول باختياره لأجل العيب، فإذا لم يختَر حتى تلفت، فقد هلك ما تعلق حقه به، فصارت كالصحيحة إذا تلفت.

ولا يقال: إنه كان مخيراً بين أمرين، فإذا فات أحدهما تعيّن الآخر؛ لأنّ حقه لم يثبت إلا في اليد، فكان له أن يعدل عن هذا الحقّ إلى بدله، فإذا تلف لم يجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه.

٢٤٥٠ - [فصل: المماثلة في الاستيفاء]

قال: وكلّ عمدٍ^(١) أبان جارحةً^(٢) من مفصلٍ، ففيه القصاص؛ وذلك لأنّ المماثلة [فيه] ممكنةٌ، ألا ترى أنّه يضع السكين في المفصل فيستوفي مثل ما استوفى القاطع.

قال: وما كان من غير المفاصل، فلا قِصاص فيه؛ وذلك لأنّه لا يمكن استيفاء المماثلة [فيه]؛ لأنّه ليس هناك حدٌّ ينتهي بالقطع إليه.

قال: وسواءً كانت الجناية فيما دون النفس بسلاحٍ أو بغير ذلك، ففيه القِصاص، وهذا على ما قدّمنا: أنّ ما دون النفس لا يثبت فيه شبه عمدٍ، وإنّما هو عمدٌ أو خطأً.



(١) في ب (قال ذلك عمد).

(٢) في ل (جراحه).



٢٤٥١ - [فصل: ثبوت السراية من الجزء إلى الجملة]

قال: ولو قطع أُصْبَعًا من يد رجلٍ، فَشَلَّتْ الكَفَّ، والقطع عمْدٌ، فلا قِصَاص في الأُصْبَعِ، وفي اليد دية اليد في قول أصحابنا جميعاً.

وكذلك إن قطع مَفْصِلاً من أُصْبَعٍ، فَشُلَّ ما بقي منها، أو شُلَّتْ الكَفَّ.

قال [الشيخ]: وجملة هذا: أن الجناية إذا وقعت على جزءٍ، فَسَرَتْ إلى [الجملة]^(١)، أو وقعت على ما هو تَبَعٌ، فَسَرَتْ إلى [المتبوع]، فلا قِصَاص فيهما في قولهم [جميعاً]، وهذا كمن قطع أُصْبَعًا فَشَلَّتْ الكَفَّ؛ وذلك لأنَّ السَّراية ثبتت من الجزء إلى الجملة، والقطع والسراية كالجناية الواحدة؛ بدلالة أنه إذا كان عمداً، كانت السراية عمداً، وإن كان خطأً، كانت خطأً.

وقد تعلق بسراية هذا القطع المال، فلم يجز أن يتعلق به القصاص؛ لأنَّ الجناية الواحدة لا يجوز أن [توجب الأمرين]^(٢).

٢٤٥٢ - [فصل: سريان أثر قطع الأصبع الأولى في الثانية]

قال: فإن قطع أُصْبَعًا فَشَلَّتْ أخرى إلى جنبها، فإنَّ أبا حنيفة قال: لا قِصَاص في شيءٍ من ذلك، وعليه دية الأصبعين.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ وزفر والحسن: يقتص من الأولى، وفي الثانية أرشها.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أن القطع إذا حصل في [٣٣٠/ب] عضوٍ فسرى

(١) في أ، ب (جملة متبوع) والمثبت من ل.

(٢) في أ (توجب الأرش)، والمثبت من ب.



إلى عضوٍ آخر ، والثاني مما لا قِصاص فيه ، فلا قِصاص في الأوّل عند أبي حنيفة .

والوجه في ذلك : أنّ الجنایة وما آلت إليه في حكم الجنایة الواحدة ، بدلالة ما قدمنا ، فإذا ثبت بحكمها المال ، لم يتعلّق بها القِصاص لتنافيهما .

ولا يلزم [على هذا] ^(١) إذا قطع أُصبعًا عمدًا ، (فنفذت السكين إلى أخرى خطأ ؛ لأنّهما جنایتان ، فلا يكون تلف الثانية بجنایة الأولى) ^(٢) .

ولا يلزم من رمى إلى رجلٍ بسهمٍ ، فنفذ السهم إلى آخر ؛ (لأنّهما جنایتان ، ألا ترى أنّ الجنایة لا تسري من شخصٍ إلى شخصٍ ؛ ولأنّ الأوّل لو كان مأذونًا فيه ، تعلّق بالثاني الضمان .

وفي مسألتنا: لو كان الأوّل مأذونًا [فيه] سقط الضمان عن الثاني .

وجه ^(٣) قولهم: أنّ القِصاص قد تعلّق بالأولى ؛ بدلالة أنّه لو استقرت الجنایة ^(٤) ، وجب القِصاص بتلف عضوٍ آخر ، كتلف نفسٍ أخرى ، ولو نفذت ^(٥) السكين من واحدٍ إلى آخر ^(٦) لم يسقط القِصاص عن الأوّل ، فكذلك هذا .

٢٤٥٣ . [القصاص في الموضحة]

وقال في الجامع الصغير: في رجلٍ شج رجلًا موضحةً ^(٧) متعمدًا ، فذهب

(١) في أ ، ب (عليه) والمثبت من ل .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ل (لهما) .

(٤) في ل (الجراحة) .

(٥) في أ ، ب (تعدت) والمثبت من ل .

(٦) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٧) «الموضحة: من الشجاج: وهي التي توضح العظم» أي تُبينه . المغرب (شج) .



منها بصره ، أنه لا قِصاص في المَوْضِحة في قول أبي حنيفة ، وفيها وفي البصر الأَرش .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: في المَوْضِحة القِصاص ، وفي البصر الدية ، هذه رواية الجامع الصغير عن محمدٍ^(١) .

وروى ابن سَماعة في نوادره: أن فيهما القِصاص جميعاً .

وجه قولهم المشهور: أن العين لم تذهب بالسّراية ؛ لأنّ السراية إنّما تكون من جزء إلى جملة ، فأما من جزء إلى جزءٍ آخر فلا ، وإنّما تلف البصر بسبب الشّجّة ، وما تلف بسبب لا قِصاص فيه ، كمن تلف بحفر البئر ، ووضع الحجر .

وجه قول محمدٍ: أنّ الجناية وقعت على وجه العمد ، فما تولد منها عمد أيضاً ، كما لو سرت إلى النفس ، فالقِصاص ممكنٌ فيما سرت إليه ، فوجب فيه القِصاص .

وليس كذلك إذا شلت الأخرى ؛ لأنّ القِصاص لا يمكن فيها ، فتعلّق بالأولى^(٢) ، ووجب في الثانية الأَرش .

قال محمدٌ: ولو ذهبت عيناه ولسانه و[جماعه]^(٣) ، فعليه في المَوْضِحة والعينين القِصاص ، فأما اللسان و[الجماع]^(٤) ، فلا يقدر فيه على القِصاص ،

(١) وعبارة الجامع الصغير «رجل شجّ رجلاً موضحة ، فذهبت عيناه ، فلا قصاص في شيء من ذلك ، ويجب أرش الموضحة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: في الموضحة القصاص» . ص ٥٠٤ عالم الكتاب .

(٢) في ب (فتقله بالأولى) .

(٣) في أ (دماغه) ، والمثبت من ب .

(٤) في أ (الدماغ) ، والمثبت من ب .

فعليه الدية في ماله .

(وهذا ظاهرٌ على أصل محمدٍ الذي رواه ابن سَمَاعَةَ ؛ لأنَّ ما تولد من الجراحة العمد إذا كان [يمكن فيه] ^(١) القِصَاص ، اقتُصَّ منه ، وإذا لم يمكن اقتُصَّ من الأوَّل ، والعين يمكن فيها القِصَاص ، واللسان والجماع لا قِصَاص فيه ، فوجب فيه الأَرش ، فيكون في ماله) ^(٢) ؛ لأنَّ عمدٌ محضٌ لا شبهة فيه ، وإنَّما تعذَّر القِصَاص فصار كما يجب بعفو أحد الوليَّين .

٢٤٥٤ - [فصل : ما يقع موقع السلاح في الجناية]

قال : وإذا آلت الضربة إلى النفس ، وكانت بحديدةٍ أو خشبةٍ تقع موقع السلاح ، ففيه القِصَاص ، وهذا قولهم ؛ لأنَّ السراية [ثبت] ^(٣) من الجزء إلى الجملة ^(٤) ، فكانَّ الجناية أتلفت النفس ابتداءً .

وإن كانت الضربة بشيءٍ لا يقع موقع السلاح ، ففيه الدية على العاقلة ؛ لأنَّ السراية تَبَعُ للجناية ، فإذا وقعت على وجهٍ لا يجوز أن يتعلَّق به قِصَاص ، كان كذلك سرايتها .

قال محمدٌ : وذهاب عينه في الموضحة بمنزلة قطعه أُصبعه ، فسقطت يده من المفصل ، فهي جنايةٌ واحدةٌ ، اقتُصَّ من الكفِّ كأنه قطع الكفِّ .

قال : وكذلك إن ضربه فقطع السبابة ، فسقطت الوسطى ، فقطعهما جميعاً .

(١) في أ (يلزمه) والمثبت من ل .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (تسري) والمثبت من ب ، ل .

(٤) في ب (لأنَّ السراية ثبتت في الجملة) .

ولو قطع مَفْصِلاً من السَّبَّابة ، فسقطت الوسطى من الضربة ، قَطَعَتْ الوسطى والمَفْصِل من السَّبَّابة .

وهذا على الرواية التي رواها ابن سَمَاعَةَ [عنه] : أن السراية إذا أمكن فيها القِصَاص ، وجب القِصَاص في الأمرين .

٢٤٥٥ . [فَصْل : القصاص في السراية]

قال : وإنما أقول ذلك في الشئيين المتباينين ، مثل الأُصْبَع والأُصْبَع ، والمُوضِحَة والعين^(١) ، فأما أُصْبَعٌ واحدةٌ ، فشئٌ واحدٌ ، فلا .

وهذا إنما يُريد به : أن الأُصْبَع إذا قُطِعَتْ فَشَلَّتْ أُخْرَى وجب القِصَاص في الأولى ؛ لأنَّهما في حكم الجنائيتين ، وإن قطع مَفْصِلاً فَشَلَّ (بقية الأُصْبَع)^(٢) فلا قِصَاص ؛ لأنها جنائيةٌ واحدةٌ .

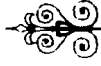
قال محمدٌ : فإن قال : أنا أقطع المَفْصِل وأترك ما يبس ، فليس له ذلك ، ألا ترى أنه لو شجّه مُنْقَلَةً ، فقال : أنا أشجّه مُوضِحَةً ، ولا أريد أرش ما زاد ، لم يكن له ذلك .

وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ هذه الجناية وقعت غير موجبة للقِصَاص ، فلم يكن له الاقتصار على بعضها ليستوفي ما لم يثبت له حقٌّ فيه .

قال محمدٌ : وكذلك السنُّ تُكسِرُ فيسود ما بقي ، فطلب أن يكسر القدر الذي كُسِرَ ولا يريد الأرش فيما بقي ، فليس في شيءٍ من ذلك قِصَاصٌ ؛ لأنَّ الجناية

(١) في ل (العينين) .

(٢) سقطت من ب .



تسقط القِصَاصُ فيها بوجوب الأَرُشِ بالاسوداد، فلم يكن له المطالبة فيما لا قِصَاصُ فيه .

٢٤٥٦ - [فصل: القصاص في الموضحتين]

قال: وإن كَسَرَ بعض السِّنِّ، فسقطت، ففيها القِصَاصُ، وذلك بمنزلة قطع أُصْبَعٍ من أصابع يده، فسقطت يده، ففيه القِصَاصُ دون الأُصْبَعِ؛ لأنَّها جنايةٌ واحدةٌ، وهذا على أصل محمدٍ .

فأما على الرواية المشهورة: فلا قِصَاصُ في شيءٍ من ذلك .

وقال محمدٌ: إذا ضَرَبَهُ بعضاً فأَوْضَحَهُ، ثم عاد فضربه أخرى إلى جنبها، ثم تأكلتا حتى صارتا واحدةً، فهما مَوْضِحَتان، يُقْتَصُّ منه؛ وذلك لأنَّ القِصَاصُ تعلق بكلِّ واحدةٍ من المَوْضِحَتين، (وما تأكل بينهما يمكن فيه القِصَاصُ . ومن أصل محمدٍ)^(١): أنَّ الجراحة التي فيها القِصَاصُ إذا تولد منها ما يمكن فيه القِصَاصُ، اقْتَصَّ [منها]^(٢) كما لو آلت إلى النفس .

فأما على الرواية المشهورة: فلا قِصَاصُ في المَوْضِحَتين؛ وذلك لأنَّ ما تأكل فيما بينهما، تلف بسبب الجراحة، وقد بيَّنا أنَّ التالف بالسبب لا يتعلق به القِصَاصُ .

فأما على قول محمدٍ: فإنَّ الجراحة إذا تلف بها ما يمكن القِصَاصُ فيها، ثبت القِصَاصُ [فيها]^(٣)، كمن قطع أُصْبُعاً فسقطت أخرى .

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٢) وفي ل (منهما) .

(٣) وفي ل (فيهما) .

وقال بشرُّ عن أبي يوسف: في رجلٍ قطع أُصبع [رجلٍ] (١) من مَفْصِلِ عمداً فسقطت الكفّ والمَفْصِلِ، فإنَّ أبا حنيفة قال: لا قِصاص في ذلك، وفيه دية الكفّ من قِبَل أن القطع والجناية إنَّما كانت في الأُصبع، فما حدث منها في بقيّة الكفّ فليس ذلك بالضربة بعينها، ولا بالجرح نفسه.

قال أبو يوسف: أقتصّ منه؛ لأنّ هذا من ذلك.

أمّا على قول أبي حنيفة: فقد بيّنا أنّ ما تلف بسبب الجراحة يجري مجرى التالف بالأسباب؛ لأنّ السراية لا تكون إلا فيما دون النفس، ألا ترى أنّ السراية هي اتصال الألم من الجراحة إلى القلب، (فيؤدي إلى التلف) (٢)، ويستحيل [١/٣٣١] أن يتصل (٣) الألم بالقلب فتلف الكفّ، وإذا لم يكن ذلك سرايةً، لم يجب فيها القصاص.

وأمّا أبو يوسف فقال: إنّ الأُصبع جزءٌ من الكفّ، والسراية تكون من الجزء إلى الجملة، كما تكون إلى النفس.

وليس هذا عنده كمن قطع أُصبعاً فسقطت أخرى إلى جنبها؛ لأنّهما عضوان ليس أحدهما جزءاً من الآخر، فلا تثبت السراية منه إليه؛ فلذلك قال: إنّ القصاص في الأولى دون الثانية (٤).



(١) في أ (يد رجل)، والمثبت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ل (يتعدى).

(٤) انظر: الأصل ٥٦٠/٦.

٢٤٥٧ - [فصل: فيما يؤدي إذا ضرب سنّاً سقطت واسودت البقية]

قال: ولو أن رجلاً ضرب سنّ رجلٍ [عمداً] ، فكسر منها طائفة ، وتحرك ما بقي ، فإن أبا حنيفة قال: تُؤجّل حولاً ، فإن سقطت أو اسودّت تمّ [عقلها] (١) ، فكان فيها الأرش .

وقال أبو يوسف: إن سقطت ففيها القصاص ، وإن لم تسقط واسودّت ، ففيها العقل ولا قصاص ، هذا كالأصبع قُطعت ، فشلت الكف .

أمّا الاستثناء في كسر السنّ ، فعلى أصلنا: أنّ الجنائيات فيما دون النفس يُستأنى فيها حتّى يُعلم ما تؤول إليه ، وقد دلّ على ذلك قوله ﷺ: «يُستأنى بالجراح حتّى تبرأ» (٢) ، فإذا اسودّت ، فلا قصاص في قولهم ؛ لأنّ التالف جزءٌ

(١) في ل (قلعها) .

(٢) رواه الدارقطني في السنن من طريق يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر بلفظ «يُستأنى بالجراحات سنة» ، وقال الدارقطني: يزيد بن عياض ضعيفٌ متروكٌ (٩٠/٣) .

وروى أحمد (٧٠٤٣) ؛ والدارقطني في السنن (٨٨/٣) ؛ والبيهقي في الكبرى من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنّ رجلاً طعن رجلاً بقرنٍ في ركبته فجاء إلى النبيّ ﷺ فقال: يا رسول الله أقدني ، قال: «حتّى تبرأ» ، ثم جاء إليه فقال: أقدني ، فأقاده ، ثم جاء إليه فقال: يا رسول الله عرّجت ، قال: «قد نهيتك فعصيتني ، فأبعدك الله وبطل عرجك» ، ثم نهى رسول الله ﷺ أن يُقتص من جرح حتّى يبرأ صاحبه (٦٧/٨) .

قال ابن حجر في بلوغ المرام: أعلّ بالإرسال ، (٣٨٦) ؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: رجاله ثقاتٌ (٢٩٦/١) .

وروى الدارقطني في السنن (٨٨/٣) ، والبيهقي في الكبرى (٦٧/٨) ، كلاهما من طريق ابن جريج وعثمان بن الأسود ويعقوب بن عطاء عن أبي الزبير عن جابر: أنّ رجلاً جرح ، فأراد أن يستقيد ، فنهى رسول الله ﷺ أن يُستقاد من الجراح حتّى يبرأ المجرع .

وللحديث طرقٌ غير هذه ، وفيه كلامٌ سوى هذا . ينظر نصب الراية (٣٧٦/٤) وما بعدها .

من الجملة ، فإذا اسودَّ [بأقيها] ، فهي كما لو قطع أُصبعًا فشَلَّ الكفَّ^(١) ، (وقد بينا ذلك في قولهم .

وأما إذا سقطت السنُّ فعند أبي حنيفة: لا قِصاص ؛ لأنها لم تتلف بالسراية ، ألا ترى أن السراية لا تكون إلى جزء ، وإنما تعفّن ما بقي من السنِّ بسبب الكسر ، وما تلف بالسبب لا قِصاص فيه .

فأما على قول أبي يوسف ومحمدٍ: فالتالف [بالجناية] إذا كان مما يجب فيه القِصاص ، اقتُصَّ منه ، كما لو سرى إلى النفس^(٢) .

٢٤٥٨ - [فصل: القصاص في بعض اللسان]

قال بِشْرٌ عن أبي يوسف: لا قِصاص في بعض اللسان حتّى يُقَطَّع كَلَّهُ ، وذكر في الأصل: أن [اللسان]^(٣) لا يُقْتَصَّ منه .

وجه ما في الأصل: أن القِصاص في اللسان يختلف باختلاف المَدِّ ، ألا ترى أنه يُجمَع ويُبَسِّط ، فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه ، فسقط القِصاص .

وقد قالوا جميعاً: لو قطع بعض اللسان ، لم يُقْتَصَّ منه ؛ لأنه ليس هناك مَفْصِلٌ يُوقَع فيه القِصاص ، فلا يعلم بالمماثلة .

[وجه قول] أبي يوسف: أنه إذا قطعه من أصله أمكنه المماثلة ؛ لأنه يقطع من أصله ، وإذا قطع بعضه لم يمكن فيه المماثلة ، فلم يجب القِصاص .

(١) ابتداء من هنا ساقطه من ل .

(٢) انظر: الأصل ٥٥٩/٦ .

(٣) في أ (الأصل) ، والمثبت من ب .

قال: وإن قطع المارِن، ففيه القِصَاص، فإن قطع نصف قِصبَةِ الأنف، لم يكن فيه قِصَاص؛ لأنّه إذا قطع المارِن أمكن استيفاء المماثلة؛ لأنّه يضعُ السكين على ما لان من الأنف، فأما إذا قطع بعض القِصبَةِ، فهو عِظْمٌ، وقد بيّنا أنّ العِظْم لا قِصَاص فيه.

قال: وإن قطع الحِشْفَةَ ففيها القِصَاص، وإن قطع بعضها فلا قِصَاص؛ لأنّه إذا قطع الحِشْفَةَ فهناك حدٌّ يُوقَع فيه [القِصَاص] ^(١)، فتقع المماثلة، وإذا قطع بعضها أو بعض الذِّكْر، فليس هناك حدٌّ يوقَع فيه القِصَاص، فصار كقطع بعض اللسان.

فأما إذا قطع الذِّكْر من أصله، فقد ذكر في الأصل: أنّه لا قِصَاص؛ لأنّه ينقبض وينبسط، فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه.

وأبو يوسف يقول: إذا استوفى بالقطع أمكنه المماثلة.

وكذلك الشِّفَّة إن استقصاها بالقطع، ففيها القِصَاص، وإن قطع بعضها فلا قِصَاص؛ لأنّه إذا استوفاهَا أمكن المماثلة، وإن قطع بعضها، فليس هناك حدّ القطع.

قال، وأما الأذن: فما قُطِع منها ففيها القِصَاص إذا كان يُسْتَطَاع ويُعْرَف، وإن قطعت كلّها ففيها القِصَاص؛ وذلك لأنّه إذا قطع جميعها أمكنت المماثلة؛ لأنّها لا تنقبض ولا تنبسط، فإن قطع بعضها وللقطع حدٌّ يعرف، أمكنت المماثلة، وإن لم يمكن سقط القِصَاص.

قال: ولا قِصَاص في العين إذا قُورَّت، أو تفسّخت، وإنما فيها القِصَاص

(١) في أ (القطع)، والمثبت من ب.

إذا كانت قائمةً وذهب ضوءها .

أمّا إذا ذهب ضوءها ، فالقصاص ممكنٌ ؛ لأنّه يجعل على وجه القطن المبلول ، وتحمى المرأة وتقرب من عينه حتّى يذهب ضوءها .

وروي أنّ عليّ بن أبي طالبٍ رضوان الله عليه حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير خلافٍ ؛ ولأنّ هذا حدث في زمان عثمان رضي الله عنه ، (فسأل عنه الصحابة ، فلم يكن عندهم فيه شيءٌ ، حتّى جاء عليّ رضوان الله عليه فقضى بذلك ، وعمل عليه عثمان (١) (٢) .

فأمّا إذا قوّرت أو تفسّخت ، فقد تعذرت المماثلة ، ألا ترى أن لو قوّرناها لم يكن هناك حدٌّ لاستيفاء المماثلة ، وإن أذهبنا ضوءها فلم يفعل ما فعله الجاني [فيها] ، فصار كمن قطع اليد من نصف الساعد ، لا يجوز أن تُقطع يده من الزند .

وذكر ابن سَماعة عن محمدٍ : أنّه لا قِصاص في اللسان ، ولا في الذِّكر إذا قطع من نصفه أو أصله ، وقد بيّنا ذلك .

قال : والأذن إذا قطعها ، ففيها القِصاص ، وكذلك إن كان قطع بعضها معروفاً .

(١) رواه عبد الرزاق عن معمر عن رجلٍ عن الحكم بن عتيبة قال : لطم رجلٌ رجلاً ، أو غير اللطم ، إلا أنه أذهب بصره وعينه قائمة ، فأرادوا أن يقيدوه فأعيا عليهم وعلى الناس كيف يقيدونه ، وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون ، فأتاهم عليّ فأمر به فجعل على وجهه كرسف ، ثم استقبل به الشمس ، وأدنى من عينه مرآةً فالتمع بصره وعينه قائمة . (٣٢٨/٩) .

قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية : لم أجده إلا عن علي ، أخرجه عبد الرزاق بإسناد فيه مبهمٌ ، وهو منقطعٌ أيضاً (٢٦٨/٢) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

قال أبو الحسن عليه السلام: أجمع أصحابنا على أن في الحَشْفَةِ والمارِنِ القِصَاصَ .
وقال أبو يوسف: في الأنف والذَّكَرِ واللسان إذا استوعب كل واحدٍ منهما،
إن فيه القِصَاصَ .

وقال محمد: لا قِصَاصَ في الأنف والذكر واللسان وإن استوعب شيئاً من
ذلك ، وقد بيّنا هذا .

فأما قول أبي يوسف: أنه إذا قطع الأنف كله ، وجب القِصَاصُ ، وإنَّما يُريدُ:
المارِنَ .

وأما قِصبة الأنف ، فهي عِظْمٌ ، وقد أجمعوا أنه لا قِصَاصَ في العِظْمِ ^(١) .

٢٤٥٩ - [فصل: القصاص في الشعور]

وقال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً جزَّ رأس رجلٍ ، أو حلق
رأسه ، أو حاجبيه ، أو شاربه ، أو لحيته ، فنبت شيئاً من ذلك أو لم ينبت ، فلا
قِصَاصَ فيه ؛ لأننا لا نعلم أننا إذا صنعنا مثل ما صنع الجاني ، لم ينبت الشعر ، فإذا
تعدّرت المماثلة سقط القِصَاصُ .

قال: وقال أبو حنيفة: لو أن رجلاً قطع كف رجلٍ من المَفْصِلِ ، أو من
المِرْفَقِ من المَفْصِلِ ، اقتُصَّ منه .

قال: وكذلك لو قطع يد رجلٍ من مَفْصِلِ [المِرْفَقِ] ^(٢) ، وكذلك لو قطع
رجل رجلٍ من مَفْصِلِ القدم ، أو من مَفْصِلِ الركبة ، اقتُصَّ منه .

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٧ .

(٢) في أ (الترقوة) ، والمثبت من ب .

وكذلك لو قطع رجل رجلٍ من مَفْصِلِ الْوَرِكِ ؛ [وذلك] لأنَّ هذا القطع له حدٌّ توضع السكين في مثله ، فتحصل المماثلة ، فوجب الْقِصَاصُ .

قال: ولو قطع بضعة من لحم فَخِذِ رَجُلٍ ، أو من عضلة ساقه ، أو من لحم عضده ، أو ساعده ، أو أليته ، لم يكن في ذلك قِصَاصٌ ، وفيه حكومةٌ ؛ لأنَّه لا يمكن المماثلة ، وليس له أرشٌ مقدَّرٌ .

قال: وإن قطع الذَّكَرَ من أصله ، ففيه الْقِصَاصُ ، وهذه الرواية من الحسن تخالف رواية محمدٍ ، وهي مثل قول أبي يوسف .

قال: وليس في [اللطمة] ^(١) [٣٣١/ب] ، ولا في اللكزة ، ولا في الوجأة ، ولا في الدفعة ، ولا في الدَّقَّةِ قِصَاصٌ ؛ لأنَّ هذا ألمٌ لا جرح فيه ، فحلَّ محلَّ الألم بالكلام .

قال: وليس في لحم الخدين ، ولا في لحم الظهر ، ولا في البطن إذا قطع بعضه قِصَاصٌ ؛ لما قدَّمنا .

وكذلك الذقن ؛ لأنَّه عظم ، [ولا في جلدة الرأس] ، ولا في جلدة من البدن إذا قطعت قِصَاصٌ ؛ لأنَّه لا يمكن استيفاء المماثلة ^(٢) .

٢٤٦٠ - [فصل: اجتماع القصاص والأرش]

قال: فإن قطع مَفْصِلاً من أُصْبَعِ رَجُلٍ السبابة ، ثم قطع بعد ذلك مَفْصِلاً منها ^(٣) ، فعليه الْقِصَاصُ في المَفْصِلِ الأول ، وليس عليه قِصَاصٌ في المَفْصِلِ

(١) في أ (الصمة) ، والمثبت من ب .

(٢) انظر: الأصل ٥٧٤/٦ ، ٥٧٥ .

(٣) إلى هنا سقطت من ل .

الثاني ، وعليه فيه الأرش .

وكذلك لو قطع أُصْبَعِ رِجْلِ من أصلها ، ثم قطع الكفّ التي فيها الأصبع ، كان في الأَصْبَعِ القِصَاص ، ولم يقتص منه في الكف ، وكان عليه أرش الكف ناقصةً أصبعاً .

وكذلك لو قطع يد رجلٍ وهي صحيحةٌ ، ثم قطع ساعده من المِرْفَقِ من اليد التي فيها الكفّ ، كان عليه في اليد القِصَاص ، وكان عليه في الساعد أرش حكومة ، ولم يُقتَصَّ من ساعده ، وهذا كلّهُ على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه نأخذ .

قال أبو الحسن : لم يذكر الحسن أن الجناية الثانية كانت قبل البرء أو بعده ، وقال أبو يوسف ومحمدٌ : إذا كانت الثانية بعد برء الأولى ، فهما جنايتان^(١) مفترقتان ، وإذا كانت قبل البرء فهي جنايةٌ واحدةٌ ، [فصار] كأنّه قطعهما جميعاً ، وذكر قولهما في الزيادات .

وقال : ابن سَمَاعَةَ وعليٌّ عن أبي يوسف : كلّ جراحةٍ وجنايةٍ تكون من رجلٍ في مقامٍ واحدٍ أو مقامين ، غير أنّ الأخيرة من ذلك كانت قبل بُرء الأولى ، فمات المجروح من ذلك ، أو من بعضه ، أو من الأول ، أو من الأخيرة ، وذلك كلّهُ خطأ ، فإنّ عليه ديةً واحدةً دية النفس .

وإن كان ذلك عمداً ، فإنّ في هذا القِصَاص في النفس .

[وجه قول] أبي حنيفة : أنّه لَمَّا قطع المَفْصِلِ الأول ، صار الثاني ناقصاً ،

(١) في ل (جنايات متفرقات) .

فقد قطعه وهو ناقصٌ عن مَفْصِلِ القاطع ، ألا ترى أن استحقاق القصاص في طرف الجاني ليس بعيب ، بدلالة أن قاطعاً آخر لو قطعه وجب عليه القصاص إن كان عامداً ، وكمال الأرش إن كان مخطئاً ، فإذا لم يوجب ذلك نقصاً في طرفه ، لم يجب عليه قِصاصٌ في عضوٍ كاملٍ بقطع عضوٍ ناقصٍ .

وجه قولهما: أن الجنائيتين إذا كانتا قبل البرء ، فكأنهما وقعتا بضربةٍ واحدةٍ ، بدلالة أن من قطع يد رجلٍ خطأً ، ثم قتله خطأً ، وجب عليه ديةٌ واحدةٌ ، فكأنه قطع المَفْصِلين معاً .

وأما إذا برأ القطع الأول ، فقد استقرت الجناية وثبت حكمها ، وحصل القطع الثاني مع اختلاف المَفْصِلين ، فلا يجب القصاص^(١) .

٢٤٦١ - [اجتماع القصاص في المَفْصِل والنَّفْس]

قال: وكلّ جراحةٍ عمدٍ برأت وكان الموت من غيرها ، فلإمام أن يقتصر من ذلك المَفْصِل إذا طلب الوارث ذلك ، ثم النفس .

وإن شاء اقتصر من النفس وترك المَفْصِل ؛ لأنهما تلفا^(٢) بجنائيتين استقر حكمهما ، فإذا اقتصر فيهما ، فقد حصلت المماثلة .

وإن شاء يقتصر على النفس ؛ لأن ما دونها يتلف بتلفها .

٢٤٦٢ - [فصل: تداخل الجنائيتين في جنايةٍ واحدةٍ]

قال: ولو كانت الجنائيات من رَجُلَيْن ، فمات من جناية أحدهما دون الآخر ،

(١) انظر: الأصل ٥٧٦/٦ وما بعدها .

(٢) سقطت من ب . وفي ل (بلغا) .

كان هذا مخالفاً لذلك ، إن كان ذلك كله خطأً: فعلى صاحب النفس دية النفس ، وعلى صاحب الجراحة فيما دون النفس أرش ذلك .

وإن كان عمداً: فعلى صاحب النفس القصاص في النفس ، وعلى صاحب الجناية فيما دونها القصاص في ذلك إن كان يُستطاع ، وإن لم يُستطع فالأرش .

قال أبو يوسف: والرجل الواحد في هذا مخالفٌ للاثنين^(١) ؛ وذلك لأنّ جناية الاثنين يختلف حكمها ، فصارت كالجنسين من الحقّ ، فلا يثبت فيه التداخل ، وجناية الواحد جنسٌ واحدٌ لاتفاق حكمها ، فإذا لم تستقر الأولى ، فكأنّ التلف حصل بجنايةٍ واحدةٍ .

فأمّا إذا استقرت الأولى بالبراء ، فحكم جناية الواحد والاثنين سواءً ؛ لأنّه لم يقف حكم الأولى على الثانية ، فصار كجناية الواحد التي لا تقف على غيره .

وأما إذا جنى الواحد جنايةً خطأً ، ثم قبل البرء جنى جنايةً عمداً ، أو الأولى عمداً والثانية خطأً ، قضى عليه بالنفس إن كانت هي العمد بالقصاص ، (وإن كانت هي الخطأ بالأرش ، ويقضى عليه بالجراحة إن كانت هي الخطأ بالأرش ، وإن كانت هي العمد بالقصاص)^(٢) ؛ وذلك لأنّ العمد والخطأ حكمهما مختلفٌ ، فلم يقع التداخل بينهما كالحقوق المختلفة ، فاستوى فيها استقرار الجراحة الأولى وعدم استقرارها .

قال: وإذا تعمد الرجل ضرب موضعٍ من جسد إنسان ، فأخطأ ووقع في غير

(١) في ب (كالاثنين) خطأ .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل .

الموضع الذي عمد به بالضربة، فمات، فعليه القصاص؛ وذلك لأن القصاص يتعلق باعتماد الضرب، فلا فرق بين أن تقع الضربة في الموضع الذي اعتمده أو في غيره، إذا كان الضرب في الموضعين جميعاً يوجب حكماً واحداً^(١).



(١) انظر: الأصل ٥٧٤/٦ وما بعدها.

بَابُ فِي الْجَوَارِحِ النَّاqِصَةِ



قال ابن سَمَاعَةَ عن محمدٍ في نوادره: قال أبو حنيفة: كلُّ شيءٍ فيه أَرَشٌ، فإن كان فيه ضَعْفٌ بعد أن لا يكون يابساً فَقَطَعَهُ رَجُلٌ، كان فيه قِصَاصٌ، بمنزلة أُصْبِعٍ قد ذهب منها المَفْصِلُ الأول، فإن قطع رَجُلٌ المَفْصِلَ الثاني، فإنَّ عليه ثلث الألف، لا ينقص من ذلك شيءٌ.

وإن كانت الأُصْبِعُ ضعيفةً ليست بيايسةً، بمنزلة يدٍ ضعيفةً بيدٍ شديدة، ولو كان ذلك القاطع قد ذهب بالمَفْصِلِ الأعلى من أصبعه أيضاً، وهي أُصْبِعٌ واحدة، كان للمجني عليه القِصَاصُ في أُصْبِعِ الجاني؛ وذلك لأنَّ المَفْصِلَ إذا لم ينقص أَرَشُهُ بالجناية، لم يعتدَّ بضعفه، وصار كالناقص في أصل الخِلقة، أنَّ المَفْصِلَ القويَّ يُقَطِّعُ به.

بيِّن ذلك: أنَّ اليدَ إذا جُرِّحَتْ فضعفت بالجراحة فلم تبرأ، فعقلها تامٌ، والقِصَاصُ واجبٌ على من قطعها، وإن كانت يده قويةً، فكأنَّه قطع يداً ضعيفةً في الخِلقة، أنَّ يده تُقَطِّعُ وإن كانت قويةً.

٢٤٦٣ - [فَصْلٌ: فيما ليس له أَرَشٌ مقدراً]

قال: وكلُّ شيءٍ منها ليس فيه أَرَشٌ معلومٌ، فإنما فيه حكمٌ [كقطع] رجلٍ ذلك من رجلٍ، والقاطع على مثل حاله، فلا قِصَاصُ فيه، وهذا كمن قُطِّعَت يده

اليمنى من الزند، وقُطِعَ ساعده [أ/٣٣٢] من المِرْفَقِ^(١)، فلا قِصَاصَ على القاطع في ساعده.

وقال أبو يوسف: أنظر في هذا، فإن كانا سواءً، اقتصصتُ [منه، وإن لم يكونا سواءً لم أقتصص].

وقال بشرٌ في نوادره: عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في يدٍ فيها أُصْبَعٌ زائدةٌ، قطع رجلُ الكفِّ عمداً، وفي يد القاطع زائدةٌ مثل ذلك، قال: قال أبو حنيفة: لا قِصَاصَ، وفيها حكومة عدلٍ، وكذلك قطع أحدهما ساعد الآخر.

وقال أبو يوسف: إن كانا سواءً اقتصصتُ^(٢) في الوجهين.

وجه قول أبي حنيفة ومحمدٍ: أن قطع الكفِّ يوجب وهن الساعد وضعفه، وليس له أرشٌ مقدَّرٌ، فلا تُعلم المماثلة بين الساعدين إلا بالحزر والظن، وذلك لا يوجب القِصَاصَ، فأما الكفُّ التي فيها أُصْبَعٌ زائدةٌ، فذلك نقصٌ فيها وعيبٌ، وهو نقصٌ يُعلم بالحزر والظن، فمَنع ذلك من جريان القِصَاصِ.

وليس هذا كالمفصل الأوسط من الأُصْبَعِ؛ لأنَّ وهنه بالقطع لم يوجب نقصان أرشه، فلم يمنع من وجوب القِصَاصِ فيه.

[وجه قول] أبي يوسف: أن المماثلة في القطع ممكنةٌ من المفصل، فإذا كانا سواءً في القوَّة، صارا كالعضوين الصحيحين^(٣).

(١) وفي أ (قطع من المرفق)، وفي ب (فقطع ساعداً قطع من المرفق)، والمناسب للسياق ما في ل.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمثبت من ب، ل.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٧ وما بعدها.

٢٤٦٤ - [فصل: الأصبع الزائدة في القصاص بمثلها]

قال: ومن قطع أصبعاً زائدةً وفي يده مثلها، فلا قِصاص عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك لأنَّ الأَصْبِعَ الزائدة تجري مجرى الثؤلول والسلعة^(١)، ومعلومٌ أنَّ من قطع ذلك لم يجب عليه قِصاصٌ، فكذلك هذا.

وكذلك روى الحسن عن أبي حنيفة في الأقطعين والأشليين: أنه لا قِصاص بينهما، كانت يد الذي قطعت يده أقلهما شللاً أو أكثر أو هما سواءً، وهو قول أبي يوسف.

وقال زفر: إن كانا سواءً، ففيهما القِصاص، وإن كانت المقطوعة يده أقلهما شللاً، كان بالخيار: إن شاء قَطَعَ يد القاطع وهي أنقصهما، قَطَعَ، وإن شاء أن يُضَمَّنَه أرش يده شلاءً، وإن كانت يد المقطوعة يده أكثر منها شللاً، فلا قِصاص، وله أرش يده، وهذا قد بيَّناه في الأقطعين.

فأمَّا الأشليين، فالنقص في يديهما أوجب اختلاف أرشيتهما، فصارا كالساعدين، وقد ذكر الحسن قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، فيحصل عنه روايتان.

وذكر قول زفر مثل الرواية الأولى عن أبي يوسف، قال: وكذلك روى الحسن عن أبي حنيفة في مقطوع الإبهام من يده اليمنى أو أصابعها كلها، قطع يمين رجلٍ وهو مقطوع الإبهام من يده (اليمنى، أو مَفْصِلٍ من يده اليمنى)^(٢)، أو مَفْصِلٍ من إبهامه، لم يكن بينهما قِصاصٌ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) السَّلعة - بكسر السين - خراج كهية الغدة، وتكون في رأس الإنسان ووجهه أو سائر جسده، وقد تكون كحمصة وكبطيخة وما بينهما. ينظر تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص (٢٩٥).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

وقال زفر: أنظر في ذلك على ما تقدم، وهذا على ما قدمنا؛ لأن قطع الإبهام يوهن الكف ويُسقط تقدير أَرشها.

قال أبو الحسن: وإذا قطع أشلُّ صحيحًا، أو أشلُّ القاطع بعد القطع، فالمجني عليه بالخيار: إن شاء قطع يد الأشلِّ ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ترك وأخذ دية يده صحيحةً (إذا كانت شلاء قبل القطع).

وإن سُلتْ بعد القطع: فإن شاء قطع، وإن شاء ترك ولا شيء له غير القِصَاص؛ وذلك لأنَّ الأشلَّ إذا قطع الصحيح، فإنَّ المقطوع لا يقدر على استيفاء حقه من جنسه بكماله؛ لأنَّ حقه في يدٍ صحيحةً^(١)، فكان بالخيار: بين أخذ المثل مع العيب، أو الانتقال إلى العوض كالمُتلفات.

وأما إذا كانت يد القاطع صحيحةً ثم سُلتْ بعد القطع، فلا حقَّ للمقطوع في الأَرش؛ لأنَّ حقه يثبت ابتداءً من غير خيارٍ، فلو ذهبت اليد بأفةٍ من السماء سقط حقه، ولم ينتقل إلى الأَرش، فكذلك إذا انتقصت بأفةٍ من السماء.

٢٤٦٥ - [فصل: سقوط القصاص بذهاب الحق]

قال: فإن قُطعت يد القاطع بغير حقٍّ، بطل حقُّ الأول، وإن قُطعت في قِصاصٍ أو سرقةٍ، ضمن دية المقطوع يده.

وهذا على ما بيّناه: أن اليد التي تعلق بها القِصاص إذا ذهبت بغير حقٍّ، سقط القِصاص، وإن ذهبت بحقٍّ، انتقل الحقُّ إلى الأَرش، ألا ترى أنه أسقط بها حقًا عن نفسه وهو القِصاص وضمان المسروق، فكأنه قضى دينه بما تعلق

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

به حقّ غيره .

[وعن أبي يوسف: فيمن فقأ عين أحول: لا قصاص عليه، لأنّ الحول
[نقص في العين] ^(١)، والمماثلة معتبرة فيما دون النفس] ^(٢) ^(٣).

٢٤٦٦ - [فصل: القصاص فيما إذا قطع يمين رجلين]

قال [أبو الحسن]: وإذا قطع الرجل يمين رجلين، فإنّ لهما أن يقطعا يده ^(٤)
بأيديهما ويأخذا منه دية يدٍ بينهما نصفين .

وقال الشافعي: تقطع يده للأول، وللثاني الأرش ^(٥).

لنا: أنّ حقّ كلّ واحدٍ منهما ثبت في اليد بأسبابٍ متساوية، فلم يُقدّم
أحدهما على الآخر، كالشفيعين .

ولا يقال: إنّ حقّ الأول تعلّق باليد، فإذا قطع الثانية لم يتعلّق حقّ الثاني ^(٦)
بما تعلّق به حقّ الأول ^(٧)، وصار كالرهن، أنّ حقّ الغرماء لا يتعلّق به؛ وذلك
لأنّ تعلّق القصاص باليد يثبت حكماً بغير تعليق، فيصير كالدينين في الصحة أو
في المرض، أنّهما يتعلّقان بالمال على وجهٍ واحدٍ وإنّ تقدّم أحدهما الآخر .

(١) في ب (أنقص في المعنى) والمثبت من ل .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ب، ل .

(٣) انظر: الأصل ٥٥٩/٦ وما بعدها .

(٤) في ب (يمينه) .

(٥) انظر: الأم ص ١١٤٣ .

(٦) في ب (حق الغير) .

(٧) في ل (الغير) .

وإنما يُقضى لهما بدية يد^(١)؛ لأن ما دون النفس يُعتبر فيه المماثلة، وهو مما يتبعّض بالإتلاف، فكل واحدٍ منهما إنما استوفى بعض اليد [من طريق الحكم]^(٢)، وصار القاطع قاضياً ببعضها حقاً عليه، فضمنه [من طريق الحكم]^(٣) في حق الآخر.

وليس هذا كالرجل يقتل رجلين، [فيقال]^(٤) لوليّهما: إنه لا دية لهما؛ لأن النفس لا يُعتبر فيها المماثلة؛ ولأن إتلاف الروح لا يتبعّض [بوجه]، فيصير كل واحدٍ منهما كالمستوفي لجميعه.

ولأنه لما [سَلَّم]^(٥) يده لهما، فقد قضى بعض دَيْن كل واحدٍ منهما بما تعلق به حق الآخر، فصار مضموناً عليه، وهو من أهل الضمان المبتدأ بعد القطع؛ فلذلك لزمه الضمان.

فأمّا القتل، فإذا سلّم نفسه إليهما، فقد قضى حق كل واحدٍ منهما بما تعلق به حق الآخر، إلا أنه ممّن لا يلزمه الضمان المبتدأ في تلك الحال؛ لأن الميت لا يبتدأ بضمانٍ لم يكن؛ فلذلك لم يلزمه ضمان.

٢٤٦٧ - [فصل: اقتصاص الحاضر والغائب من الجاني]

قال: وأيّهما حضر والآخر غائب، فله أن يقتصّ ولا ينتظر الغائب، ويكون

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ل.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من ل.

(٤) في الأصل (فيقتل) والمثبت بحسب ما يقتضيه السياق.

(٥) في أ (قطع)، وفي ب (أسلم) والمثبت من ل.



للآخر دية يده؛ وذلك لأنَّ حقَّ كلِّ واحدٍ منهما ثبت في جميع اليد، وإنَّما سقط
حقُّه عن بعضها بالمزاحمة، فإذا غاب الآخر فلا مزاحم للحاضر، ولا يجوز أن
يسقط حقه من القصاص لحق الغائب، ويجوز أن يحضر فيطالب، ويجوز أن يُبرئ.

وعلى هذا قالوا في الشفيعين: إذا حضر أحدهما قُضي له بالجميع؛ لأنَّه لا
مزاحم له في الحال، فلا يجوز أن يسقط حقه عن بعض الشفعة لحق الغائب،
ويجوز أن يحضر فيطالب، ويجوز أن يحضر فلا يطالب. [ب/٣٣٢]

قال: وأمَّا قوله: إنَّ للآخر دية يده؛ فلأنَّ القاضي (لَمَّا قضى بها للأول، لم
يجز أن يُسقط حقَّ الثاني، وإنَّما ينقله إلى عوض^(١)).

٢٤٦٨ - [فصل: إعفاء أحد الوليين عن القصاص]

قال: وإن عفا أحدهما^(٢) بطل حقه، وكان للآخر القصاص؛ وذلك لأنَّ
حقَّ كلِّ واحدٍ منهما ثبت في جميع اليد، وإنَّما ينقص بالمزاحمة، فإذا زالت
بالعفو، بقي حقَّ الآخر بحاله، كالشفيعين والغريمين.

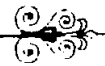
٢٤٦٩ - [فصل: تعدي أحدهما على الجاني بقطع يده]

قال: وكذلك لو عدا أحدهما على القاطع فقطع يده، فقد استوفى
القصاص، وللآخر الدية؛ وذلك لأنَّه استوفى ما تعلق حقه به، ولا يمكن فسخ
الاستيفاء، فانتقل حقَّ الآخر إلى الدية.

وأما إذا قضى القاضي بالقصاص بينهما نصفين (وبدية اليد بينهما

(١) انظر: التجريد ٥٥٨١/١١ وما بعدها.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.



نصفين) ، ثم عفا أحدهما ، فلآخر أن يستوفي القصاص .

قال محمدٌ: إذا قضى القاضي بالقصاص في اليد بينهما نصفين ، وبديّة اليد بينهما نصفين^(١) ، ثم عفا أحدهما ، بطل القصاص .

وجه قولهما: أن القاضي إذا قضى بالقصاص بينهما ، فلم يسقط حقّ كلّ واحدٍ منهما عن القصاص ؛ لاستحالة أن يُقدّم إسقاط الحقّ قبل سلامة البدل ، فإذا لم يسقط حقّ كلّ واحدٍ منهما ، صار عفو الآخر بعد القضاء كعفوه قبله ، وعلى هذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن حكم الحدّ موقوفٌ بعد القضاء على الاستيفاء ، حتّى لو رجع شاهدٌ ، صار كرجوعه قبله في وجوب الحدّ على الباقي^(٢) .

[وجه قول] محمدٍ: أن القاضي لما قضى لهما بالديّة ، فقد ملكهما [ذلك] ، ونقل حقّهما إلى العوض ، فيستحيل أن يبقى في المعوض ، فصار مسقطاً لحقّ كلّ واحدٍ منهما عن نصف اليد ، فلا يثبت القصاص بعد العفو .

واستشهد محمدٌ بالشفيعين إذا قضى بالشفعة بينهما ، ثم أسقط أحدهما حقّه ، لم يكن للآخر إلا النصف ، ولو أسقط حقّه قبل القضاء ثبت حقّ الآخر في الجميع .

وكذلك المدعيين لشراء عينٍ من واحدٍ ، [إذا] أقاما البيّنة ، فقضى القاضي بها بينهما ، فاختار أحدهما الترك ، لم يكن للآخر إلا النصف ، ولو اختار قبل القضاء كان للآخر الجميع .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (على الثاني) .

وأما إذا قضى القاضي بالدية بينهما، فقبضاها، ثم عفا أحدهما، لم يكن للآخر القصاص؛ لأنهما [لما] قبضا البدل، ثم ملكهما فيه، فاستحال أن يبقى [حق] في المبدل، فسقط^(١) حق كل واحد منهما عن نصف اليد، فإذا عفا، لم يكن للآخر القصاص.

وكذلك لو أخذ بالدية رهناً؛ لأن الرهن كان للوثيقة بالدين^(٢)، ألا ترى أنه إذا هلك سقط الدين، فصار قبضهما الرهن كقبضهما للدين.

وأما إذا أخذ بالدية كفيلاً، ثم عفا أحدهما، فلآخر القصاص؛ وذلك لأن الكفالة لم تجر مجرى الاستيفاء، وإنما هو توثق بالدية، فصار ثبوت الحق في الذمة الثانية كثبوته في الأولى.

٢٤٧٠ - [فصل: قطع أصبع من رجل ثم قطع يد آخر]

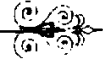
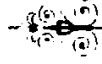
قال: وإذا قطع رجلُ أُصْبِعِ رجلٍ من مَفْصِلٍ، ثم قطع يد آخر، أو بدأ باليد ثم قطع الأُصْبِعِ، وذلك كله في اليمين، ثم اجتمعا، فإنه يقطع أُصْبِعَهُ بأُصْبِعِ هذا، ثم يخير صاحب اليد: فإن شاء قطع ما بقي، وإن شاء أخذ بدل اليد من مال القاطع؛ وذلك لأن حق صاحب اليد تعلق باليد، وحق الآخر تعلق بالأصبع، فلو بدأ القاضي بالقصاص في اليد، سقط حق صاحب الأُصْبِعِ.

ولو بدأ بالأصبع لم يسقط حق الآخر؛ لأنه يتمكن من القصاص في بعض حقه، فكان تبقية^(٣) حق أحدهما واستيفاء حق الآخر أولى من استيفاء أحدهما

(١) في ب (فصار)، والمناسب في السياق ما في الأصل.

(٢) في ب (كان الدين فيه).

(٣) في ل (تبعه).



وإسقاط الآخر، ثم قد صارت الكفّ معيبةً بقطع الأصبع، فكان الآخر بالخيار على ما قدمنا.

٢٤٧١ - [فصل: تقدّم صاحب اليد على صاحب الأصبع في القصاص]

قال: وإن جاء صاحب اليد قبل صاحب الأصبع، قُطعت له اليد، فإن جاء صاحب الأصبع بعد ذلك، أخذ الأرش؛ لأنّ حقّ صاحب اليد ثابتٌ، فلا يجوز أن يؤخّر لحقّ الغائب، ويجوز أن يحضر فيطالب، ويجوز أن لا يطالب.

٢٤٧٢ - [فصل: قطع الإبهام من أفراد متعددين]

قال: ولو قطع أصبع رجلٍ من مفصليّ، ثم قطع أصبع آخر من مفصليّين، ثم قطع أصبع آخر كلّها، وذلك كلّه في أصبع واحدٍ، ثم اجتمعوا جميعاً، قُطع منه المفصل الأعلى لصاحب الأعلى.

ثم يخيّر صاحب المفصليّين: فإن شاء قُطع له الأوسط^(١) بحقه كلّه، وإن شاء أخذ ثلثي دية أصبعه من ماله.

ثم يخيّر صاحب الأصبع: فإن شاء أخذ ما بقي بأصبعه، وإن شاء أخذ دية أصبعه من مال^(٢) الذي قطعها.

وهذا على ما قدمنا: أنّ حقّ كلّ واحدٍ منهم [يثبت] في مثل ما قُطع منه، فوجب أن يبتدئ [القاضي]^(٣) بما لا يسقط حقّ بعضهم، ثم يخيّر الباقيين للعب

(١) في ب (الأول)، والمناسب في السياق ما في الأصل، ل.

(٢) في ل (من الذي).

(٣) في أ (بالقصاص)، والمثبت من ب، ومناسبته للسياق أقوى.

الحادث بالطَّرَف .

قال: ولو قطع من رجلٍ يمينه، ومن آخر يساره، قُطِعَت يمينه لصاحب اليمين، ويساره لصاحب اليسار؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ ولأنَّه يمكن استيفاء المماثلة لهما.

ولا يقال: إنَّ القاطع لم يبطل جنس منفعة أحدهما، فلا يجوز أن يبطل جنس منفعته؛ لأنَّ القِصَاصَ يجوز أن يبطل به المنافع، وإنَّما لا يجوز ذلك في السرقة.

٢٤٧٣ - [فصل: اجتماع قطع يدين لرجلين]

قال: ولو قطع كَفَّ رجلٍ من مَفْصِلٍ، ثم قطع يد آخر من المِرْفَقِ، ثم اجتمعا، فإنَّ الكفَّ يُقَطَّعُ لصاحب الكفِّ، ثم يخيَّر صاحب المِرْفَقِ: فإن شاء قطع ما بقي بحقه كله، وإن شاء أخذ الأَرُشَ، ولا أبالي بأيَّهما يبدأ، وهذا على ما قدَّمنا.

قال: وإذا شجَّ الرجلُ الرجلَ شَجَّةً مُوضِحَةً، فأخَذَت ما بين قرني المشجوج، وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاجِّ، فإنَّ المشجوج يخيَّر: فإن شاء اقتصَّ له فيبتدئ من أي الجانبين شاء حتَّى يبلغ مقدارها في طولها إلى حيث يبلغ، ثم يكف.

وإذا كانت الشَّجَّة [ما] بين قرني المشجوج، وهي تأخذ ما بين قرني الشاجِّ (وتفضل، فإنَّه يخيَّر المشجوج أيضاً: فإن شاء أخذ الأَرُشَ، وإن شاء اقتصصت

له ما بين قرني الشَّاجِّ) ^(١) لا أزيد على ذلك شيئاً .

وإذا كانت الشَّجَّة في طول رأس المشجوج ، وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ، ولا تبلغ قفا الشَّاجِّ ، فهو بالخيار: إن شاء اقتصصت بمثل طولها إلى حيث تبلغ ، وإن شاء أخذ الأَرش .

وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي أنه قال في [هذه] المسائل: إذا كانت الشَّجَّة لا تستغرق ما بين قرني الشَّاجِّ لكبر رأسه ، وقد استغرقت ما بين قرني المشجوج لصغر رأسه ، اقتصصت ما بين قرنيه وإن زاد على طول الشَّجَّة .

وجه قول أصحابنا: أن الشَّجَّة يثبت حكمها للشَّيْن الذي يلحق بها ، ومعلوم أن الشَّيْن يزداد بزيادة طولها ، أو باستيعابها ^(٢) ما بين القرنين ، فإذا كان المشجوج صغير الرأس فسدت الشَّجَّة ما بين قرنيه ، لم يجز أن يستوفي ما بين قرني الشَّاجِّ وهو أكبر من ذلك ؛ لأن طول الشَّجَّة فيه زيادة شَّيْنٍ ، ولم يكن بدُّ من إثبات القِصَاص بقدرها ، [أ/٣٣٣] ولصاحب القِصَاص أن يبتدئ من أي الجانبين شاء ؛ لثبوت حقه فيهما ، وله أن ينتقل إلى الأَرش ؛ لأن هذه الشَّجَّة لا تلحق بالشَّاجِّ من الشَّيْن ما يلحق المشجوج ؛ لأنها تبقى قطعة من جهته ، فصار كالعيب في محل القِصَاص ، فإن شاء استوفاه بعينه ، وإن شاء انتقل إلى الأَرش .

وأما إذا كان ما بين قرني الشَّاجِّ أقل مما بين قرني المشجوج ، فلا يمكن أن يستوفي ما بين قرنيه وزيادة ؛ لأن في ذلك زيادة شَّيْنٍ ، فكان المشجوج بالخيار: إن شاء اقتصر على ما بين القرنين ، وإن شاء انتقل إلى الأَرش .

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٢) في ل (وباستيفائها) .

وجه ما قاله أبو العباس (١): أن [القصاص] يُستوفى بين (٢) العضوين وإن كان أحدهما أكبر من الآخر، كاليد الكبيرة بالصغيرة، وهذا ليس بصحيح؛ لأن المقصود باليد المنفعة، وقد تكون منفعة اليد الصغيرة أكبر من منفعة الكبيرة، والمقصود من الشجاج الشين، ولزيادة الشجة تأثير في زيادة الشين (٣).

٢٤٧٤ - [فصل: جنایة رجلین علی رجل فیما دون النفس]

قال: وإن جنی رجلان علی رجلٍ جنایةً فیما دون النفس مما يجب علی الواحد فیها القصاص لو كان انفرد بها، فلا قصاص علیهما، قطعاً یده أو رجله، أو قلعا سنًا، أو كائناً ما كان من الجوارح التي يجب علی الواحد فیها القصاص، فلا قصاص علیهما، وعلیهما الأرش نصفان، وكذلك ما زاد علی ذلك من العدد، فهو بمنزلة هذا لا قصاص علیهم، وعلیهم الأرش علی عددهم بالسواء.

وقال الشافعي: يجب القصاص علی القاطعين وإن كثروا (٤).

لنا: أنه إتلاف لما يتبع بعض، فإذا اشترك فيه الجماعة، لزم كل واحد منهم بقدر قسطه كالمال.

ولأن ما دون النفس يُعتبر فيه المماثلة، واليدان ليستا مثلاً ليد (٥) واحدة، فلا يجوز أن يستوفيا بها.

(١) في ب، ل (ما قاله الرازي).

(٢) في ل (من).

(٣) انظر: الأصل ٥٧٨/٦.

(٤) انظر: الأم ص ١١٤٢.

(٥) في ل (بمثل لليد الواحدة).

ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما متلفٌ لبعض اليد، فكأنَّه وضع السكين من جانبٍ،
ووضع الآخر من جانبٍ آخر، ثم اعتمدا حتَّى التقت السكينان، لم يجب
القصاص بالاتفاق.

وليس هذا كقتل الاثنين للواحد؛ لأنَّ القياس يقتضي ألا يُقتلَا، وإنما تركنا
القياس للأثر؛ ولأنَّ خروج النفس لا يتبعُّص، فصار^(١) كلَّ واحدٍ منهما كالمتلف
لجميعها.



(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

بَابُ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْقِصَاصَ

—•••••—

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا قتل الرجل رجلاً قتلاً يوجب القصاص، استحقّ دمه من يستحقّ ماله على فرائض الله ﷻ، ذكّهم وأنثاهم، والعصبة منهم وغير العصبة سواءً، والحقّ لهم في ذلك جميعاً، يدخل في ذلك الزوج والزوجة أيضاً؛ وذلك لأنّ القصاص أحد بدلي النفس، فانقسم بين الورثة كالديّة.

والدليل على أنّ الدية بين الورثة: أنّها مالٌ للميت، تُقضى منها ديونه، وتنفذ منها سائر^(١) وصاياه كسائر أمواله.

وأما الزوج والزوجة، فإنّهما يرثان من الدية. وقال مالك: لا يرثان^(٢).

وقد كان عمر رضي الله عنه يقول ذلك حتّى شهد عنده الضحّاك بن سفيان الكلابي، قال: كنت على بني كلاب، فورد عليّ كتاب رسول الله ﷺ: «أنّ أورت امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم»، فرجع عمر بن الخطاب إلى قوله^(٣)، وعن عليّ رضوان الله عليه أنّه قال: «الدية لمن أحرز الميراث»^(٤)؛ ولأنّها مالٌ للميت

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) انظر: الموطأ (١٦٢١).

(٣) رواه أبو داود (٢٩٢٧)؛ والترمذي (١٤١٥) وقال: «حسنٌ صحيحٌ»؛ وابن ماجه (٢٦٤٢)؛

ومالك في الموطأ (١٦١٩).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٤١٧/٥)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٤٦/٦).

كسائر أمواله .

وإذا ثبت أن الزوج والزوجة يرثان الدية ، فكذلك القصاص ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما بدلٌ عن النفس .

٢٤٧٥ - [فصل: في استيفاء البعض القصاص دون بعض]

قال: وليس لبعضهم أن يقتصّ دون بعضٍ حتّى يجتمعوا؛ وذلك لأنّه حقٌّ مشتركٌ بين جماعةٍ لا يولي على بعضهم ، فلا يجوز لأحدهم أن ينفرد باستيفائه كالدية .

٢٤٧٦ - [فصل: الوكالة في استيفاء القصاص]

قال: وليس لهم ولا لأحدهم أن يوكل في القصاص من يقوم مقامه فيه .

وقال الشافعي: يجوز التوكيل باستيفاء القصاص^(١) .

لنا: أن الوكيل لو استوفى مع غيبة الموكل ، استوفى مع الشبهة ، لجواز أن يكون الموكل قد عفا ، ولا يجوز استيفاء القصاص مع الشبهة .

ولا يلزم إذا وكله وهو حاضرٌ ؛ لأنّه لا شبهة في الاستيفاء ، ألا ترى أنّه لو عفا لأظهر العفو ؛ ولأنّ ذلك إنّما جاز^(٢) للضرورة ، ألا ترى أنّ كلّ واحدٍ لا يحسن استيفاء القصاص ، فلو^(٣) لم يجز له أن يقيم [غيره] مقامه ، بطل حقه ، وهذا لا يوجد مع الغيبة .

(١) انظر: الأم ص ١١٤٠ .

(٢) في ب (إذا جاز) .

(٣) في ل (فلم يجز) .

٢٤٧٧ - [فصل: استيفاء الأبناء الكبار القصاص قبل بلوغ الصغار]

وقال أبو حنيفة: إذا قُتِلَ الرجل وله ولدٌ صغارٌ وكبارٌ، فللكبار من ولده أن يُقْتُلُوا قبل بلوغ الصغار.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: ليس للكبار [أن يُقْتَصُوا] حتى يبلغ الصغار.

وكان أبو بكر الرازي رحمته الله يقول: محمدٌ مع أبي حنيفة.

[وجه قول] أبي حنيفة: ما روي أن الحسن رحمته الله، اقتَصَّ من ابن ملجم وفي ورثة علي رحمته الله صغاراً، وقد أوصى إليه علي رحمته الله بذلك، وقال: «إِضْرِبْهُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً»^(١)، فلولا أن القصاص يجوز للورثة من الكبار، لم يسكتوا عن إنكاره.

ولا يقال: إنه قُتِلَ حدًّا؛ لأنه لو كان كذلك لم يشترط عليٌّ أن يضرب ضربَةً واحدةً؛ إذ المماثلة إنما تُعْتَبَرُ في القصاص.

والذي يقوله أصحابُ الشافعي أنه قتله بالكفر. لا يصح^(٢)؛ لأن صاحبهم قال: إن ابن ملجم قتل علياً متأولاً، فاقتيد به؛ ولأن الدم إذا اشترك فيه من يثبت له الولاية ومن يُولى عليه، كان لمن ثبتت له الولاية أن ينفرد بالاستيفاء، كمن قُتِلَ ولا ولي له فاشترك المسلمون في دمه، جاز للإمام أن يقتص منه.

وقد وافقنا أبو يوسف في الدم إذا كان بين الأب والابن؛ ولأننا لو انتظرنا القصاص لم يخل إما أن يُنْتَظَرُ لِيُسْتَوْفَى باجتماعهم، أو لجواز أن يعفو الصغير، ولا يجوز أن يُنْتَظَرُ ليجتمعوا على الاستيفاء؛ لأنهم لو حضروا جميعاً وهم

(١) رواه الطبراني في الكبير (٩٧/١)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: إسناده منقطع، (٢٤٩/٦).

(٢) في ب (غلط).

بالغون^(١) انفراد بالاستيفاء واحدٌ، ولا يجوز أن يُنتظر لتجوز العفو؛ لأنه ما من قِصاصٍ إلا ويرجى من الوليِّ فيه العفو، ولا يمنعه ذلك من القِصاص في الحال، ولا يلزم إذا كان بعضهم غائبًا؛ لأننا لا نقتص لجواز أن يكون قد عفا، لا لانتظار عفو، وهذا المعنى معدومٌ في الصغير.

وجه قولهما: أنه حقُّ ثبت بين الصغير والكبير، فلا يملك الكبير أن يستوفي جميعه كسائر الحقوق؛ ولأنه دمٌ مشتركٌ، فلا يجوز لأحد الشريكين أن ينفرد باستيفائه، كالكبيرين إذا كان أحدهما غائبًا^(٢).

٢٤٧٨ - [فصل: عفو بعض الورثة عن القاتل]

قال: فإن عفا من له شركةٌ في الدم عن القاتل بطل القِصاص عنه، وكان عليه حقوق من لم يعف من الدية في ماله خاصةً، [٣٣٣/ب] ولا شيء للعافي من الدية؛ وذلك لما روي: «أن دمًا بين شريكين عفا أحدهما، فاستشار عمرُ ابن مسعود رضي الله عنه فقال: إنني أرى هذا قد أحياه، فلا يملك الآخر أن يميت ما أحياه هذا، فعمل عمر على قوله»^(٣)، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف.

ولأن الحق المشترك، يملك كل واحدٍ من الشريكين إسقاط حقه عن نصيبه منه، (كما يملك)^(٤) لو انفرد به، أصله الديون.

فإذا سقط نصيب العافي من القِصاص، بقي نصيب الآخر لا يمكن استيفاءه،

(١) في ب (وسموا وهم بالغون).

(٢) انظر: التجريد ١١/٥٥٥٧.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥/٤١٨؛ والبيهقي في الكبرى ٨/٦٠؛ ومحمد في الحجة على أهل المدينة ٤/٣٨٣.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

ودم العمد إذا تعذر استيفاؤه ، [انقلب] مالاً^(١) ، كمن قطع يداً من نصف الساعد ، ويكون ذلك في مال القاتل ؛ لأنه لم يجب بنفس القتل ، وإنما وجب بسبب حادث ، فهو كما وجب بالصلح ، ولا شيء للعافي منه ؛ لأنه أسقط حقه عن الأصل ، فلم يثبت [له حق] في البدل .

وقد قال أصحابنا: في دم عمدين بين شريكين عفا أحدهما ، فلآخر نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين ، وقال زفر: في سنتين .

لنا: أنها جزء من الدية ، فَيَقْسَطُ على السنين الثلاث ، كما لو لزم بعض العاقلة .

وجه قول زفر: أن نصف الدية لم يلزم من أجزاء دية واجبة ، وإنما هو جملة الواجب ، فصار كما يجب بقطع اليد .

٢٤٧٩ - [فصل: عفو أحد الشريكين عن القصاص وقتل الآخر]^(٢)

[ولو عفا أحد الشريكين عن القصاص ، فقتله الآخر ولم يعلم بالعفو ، أو علم ولكن لم يعلم أنه يسقط القصاص ، فلا قود عليه .

وقال زفر: عليه القود .

لنا: أن الذي يستحق في الظاهر ، ومن استوفى قتلاً مستحقاً في الظاهر لم يقتص منه وإن كان غير مستحق ، كمن شهد له الشهود بقتل أبيه ، فقتل قاتله [ثم جاء أبوه حياً .

(١) في ب (انتقل استيفاؤه مالاً) والمثبت من ل .

(٢) هذا الفصل جميعه زيادة من ب ، ل .

لزفر^(١): أن القصاص سقط بالعفو، فصار كمن ظنَّ أن رجلاً قتل أباه، فقتله^(٢).

والجواب: أن هذه [الشبهة] لم تستند إلى سببٍ ظاهرٍ، فلم يُعتدَّ بها، والشبهة في مسألتنا قد استندت إلى سببٍ ظاهرٍ.

٢٤٨٠ - [فصل: القصاص في قتل العبد]

قال: وإذا قُتل العبد عمداً، فالقصاص على القاتل لسيده.

وكذلك إن كان له موليّان أو ثلاثة، فالقصاص لهم على قدر أملاكهم منه؛ لأن المولى مالكٌ لدم عبده، كما يستحق الوارث دم الموروث، فجرياً مجرئاً واحداً؛ ولأن المولى مالكٌ للعبد قبل القتل، والوارث لا يملك الموروث ولا حقوقه إلا بعد الموت، فإذا ثبت له القصاص؛ فلأن يثبت للمولى وحقه ثابتٌ في الحالين أولى.

٢٤٨١ - [فصل: حق من لم يعف عن الدم إذا عفا البعض]

قال: وإن عفا أحدهم، فهو والورثة سواءً، غير أنه يجب^(٣) لمن لم يعف من المولى حصته من القيمة؛ وذلك لأن الدم مشتركٌ بين الموالي، فإذا أسقط أحدهم حقه منه، سقط بإسقاطه، كما يسقط حقه لو انفرد بملك العبد، ويكون للباقيين حصتهم من القيمة؛ لأنها بدلٌ عن العبد، كالدية التي هي بدلٌ عن الحرّ.

(١) في ب هنا عبارة غير واضحة، والزيادة من ل.

(٢) انظر: التجريد ١١/٥٦٠٩.

(٣) في ل (لا يجب).

٢٤٨٢ - [فصل: صلح أو عفو أحد الورثة القاتل من حقه على مال]

قال: ولو كان صالِح أحد الورثة أو الموالي^(١) القاتل من حقه على مالٍ، جاز الصُّلح، وكان له على القاتل ما شرط عليه في عقد الصلح في ماله خاصةً، ووجب لمن لم يصالح من الورثة حصّته من الدية، ولمن لم يصالح من الموالي حصّته من القيمة^(٢).

والأصل في جواز الصلح من الدم على مالٍ: قوله ﷺ: «من قتل له قتيل، فأهله بين خيرتين: إن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا أخذوا الدية»^(٣)؛ ولأنّ القصاص حقٌّ فيه معنى المال؛ بدلالة أنه لو دخلته شبهةً انتقل مالاً من طريق الحكم، فالحقوق^(٤) التي فيها معنى المال، يجوز الصلح فيها [على مال]^(٥) كالعيب بالمبيع.

وإذا ثبت جواز الصلح، يسقط نصيب المصالح بصلحه، فهو كما لو سقط بعفوه، فينتقل حقّ الباقيين مالاً.

قال: وإذا قتل الرجلان الرجل الواحد عمداً، فعفا الولي عن أحدهما، فله أن يقتل الآخر؛ وذلك لأنّ الولي له أن يعفو عنهما، فجاز أن يعفو عن أحدهما. وإذا عفا عنه، فقد كان القصاص ثابتاً [له] على كلّ واحدٍ منهما بكماله،

(١) في ل (لمولى القاتل).

(٢) انظر: مختصر القدوري ص (٤٤٥).

(٣) رواه البخاري (٢٣٠٢)؛ ومسلم (٦٤٨٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) في ب (فصل)، وكأنه استئنافٌ لمسائل جديدة، وذلك لا يناسب السياق.

(٥) الزيادة من ل.

فسقوته عن أحدهما لا يوجب سقوطه عن الآخر ، كما لو سقط بموته ، وكما لو انفرد الثاني^(١) بالقتل .

قال: وكذلك إن قتل رجلٌ واحدٌ رجلين ، لكل واحدٍ منهما وليٌّ ، فعفا وليُّ أحدِ المقتولين عن القاتل ، فللوليِّ الآخر أن يقتله ؛ وذلك لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لو انفرد ثبت له القصاص ، فإذا عفا أحدهما ، صَارَ كأن لم يكن له حقٌّ في الابتداء ، فيثبت للآخر القصاص .

٢٤٨٣ - [فصل: ميراث القاتل المقتول]

قال: وإذا كان في ورثة المقتول ولدٌ للقاتل ، أو ولد ولدٍ ، أو مات بعض الورثة فورثه القاتل ، بطل القصاص ، وكان عليه الدية لجماعتهم ، ولا يبطل حقُّ الذي بطل القصاص من أجله ، وإنَّما لم يجب للولد قِصاصٌ على والده لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ﴾ [الإسراء: ٢٣] ، فممنوع من إدخال الضرر عليهما بهذا القول ، فلأن يمنع من إدخال الضرر بالقصاص أولى .

ولأنه لو قتله لم يجب عليه قِصاصٌ ، فلا يجب له قِصاصٌ لأجل غيره .

وإذا سقط نصيب الابن تعذر القصاص في الباقي ، وانتقل مالا ، وينتقل نصيب الابن أيضاً مالا ؛ لأنه لم يعف عن نصيبه ، وإنَّما [يتعذر عليه]^(٢) الاستيفاء ؛ لأنه ممنوعٌ من [إلحاق] الضرر بأبيه ، ويجوز أن يثبت له على أبيه دينٌ ، فانتقل نصيبه إلى المال .

(١) في ل (الباقيين) .

(٢) في أ (يعتبر به) ، والمثبت من ب .

وأما إذا ورث القاتل بعض القِصاص ، سقط القِصاص ؛ لأنه يستحيل أن يثبت له قِصاصٌ على نفسه ، وإذا سقط ما انتقل إليه ، تعذر القِصاص في الباقي ، فانتقل مالا .

[مسائل في القصاص للعبيد]

٢٤٨٤ - [فصل : قِصاص المُدبّر وأمّ الولد للمولى]

[قال] : والمُدبّر والمُدبّرة ، وأمّ الولد وابن أمّ الولد بمنزلة العبد ، القِصاص فيهم للمولى ، أو للموالي إن كانوا جماعةً ؛ وذلك لأنهم على ملكه ، ألا ترى أنه يؤاجرهم^(١) بحقّ الملك ، ويطأ المُدبّرة وأمّ الولد بحقّ الملك ، فصاروا كالعبيد القنّ .

٢٤٨٥ - [فصل :]

وإذا قُتل المُكاتب ولم يترك وفاءً ، فللمولى القِصاص في قولهم ؛ لأنّ الجراحة وقعت والولاية للمولى ، وحصل الموت وهو المستحقّ لبطلان الكتابة وموته على الرقّ ، وإذا ثبت له الاستحقاق في الحالين ، كان له القِصاص كالعبد القنّ .

[وليس هذا كالعبد المُعتق بعضه إذا مات عاجزاً ؛ لأنه ذكر في [المنتقى]^(٢) عن أبي حنيفة: أن لا قِصاص ؛ لأنّ عجز المُكاتب تنسخ به الكتابة ، فكأنها لم تكن ، وموت المُعتق لا يفسخ عتقه ، والمولى يستحقّ القِصاص في بعضه بالولاء

(١) في ل (أنه يواخذ بحق الملك) .

(٢) في ب (المسألة) والمثبت من ل .



وفي بعضه بالملك ، ولا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين^(١).

وأما إن ترك وفاءً، ووارثه غير المولى، فلا قِصاص في قولهم؛ لأن الجراحة وقعت والمستحق هو المولى لبقاء الرق، وحصل الموت والمستحق غير المولى، فلما تغيّر المستحق، صار ذلك شبهةً في سقوط القصاص، كمن جرح عبده فباعه، فمات في يد المشتري، لم يثبت للمشتري قِصاصٌ؛ لأنه لم يكن له حقٌّ عند الجراحة.

وأما إذا ترك وفاءً ووارثه المولى، فذكر في الجامع الصغير: أن للمولى القِصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال بشرٌ عن أبي يوسف في كتاب البيوع: لا قِصاص للمولى، وهو قول محمد.

[وجه قول] أبي حنيفة، والمشهور من قول أبي يوسف: أن المولى هو المستحقٌ لحقوق المكاتب في الحالين، ألا ترى أنه كان يستحق في حال الجراحة؛ لبقاء الرق، ويستحق عند الموت بحكم الولاة، والمستحق في الطرفين إذا كان واحداً وجب له القِصاص، كمولى العبد.

[وجه قول] محمد: أن المولى يستحق [القصاص] عند الجراحة بسبب الملك، ويستحق بعد الموت^(٢) بحكم الولاة، فلما اختلفت جهة الاستحقاق، صار اختلافهما كاختلاف المستحق، فيمنع ذلك من القِصاص.

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ وزيدت من ب، ل.

(٢) في ل (الملك).

وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّ وارث الحرِّ لا حقَّ له عند الجراحة؛ بدلالة أنَّ عفوه لا يصح، وإنَّما يثبت له حقُّ أن يستحق، ويستحقُّ بعد الموت، فقد اختلفت جهة استحقاقه في الحالتين، [١/٣٣٤] إلا أنَّه لما لم يَخْتَلَف المستحقُّ، وجب القِصاص، فكذلك هذا.

قال أبو يوسف: وإن كان الوارث غير المولى، فاجتمع الوارث^(١) والمولى على القِصاص، فلا قِصاص لهما؛ وذلك لأنَّ المولى سقط حقه بالعتق، واجتماعه^(٢) مع الوارث لا يُعتدُّ به، فبقي الوارث وحده، وقد بيَّنا أن لا قِصاص له.

٢٤٨٦ - [فصل: قُتِلَ العبد في يد البائع]

قال أبو يوسف في إملائه: في عبدٍ قُتِلَ في يد البائع قبل القبض عمداً، إنَّ المشتري إن اختار إجازة البيع، قال: فحفظي عن أبي حنيفة^(٣): (أنَّ للمشتري القِصاص، فإن اختار ردَّ البيع، فحفظي عن أبي حنيفة أنَّه قال)^(٤): للبائع القِصاص. وقال أبو يوسف: للبائع القيمة.

أمَّا إذا اختار المشتري الإجازة، فالعبد على ملكه، وقد تمَّ ملكه بالإجازة، فكأنَّ العبد قُتِلَ في يده.

وأما إذا اختار الفسخ، فوجه قول أبي حنيفة: أنَّ البيع يفسخ من أصله،

(١) في ل (فاجتمع المولى والوارث على الوارث).

(٢) في ب (فاجتمع).

(٣) في ب (أنَّ أبا حنيفة قال).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

ويصير كأن لم يكن، وكأنَّ العبد قُتِلَ على ملك البائع، فيثبت له [حق] (١)

القصاص.

(لأبي يوسف: أن البائع لم يثبت له حق القصاص) (٢) عند الجراحة؛ لأنَّ الملك كان للمشتري، فلا يثبت له القصاص بعد الموت.

٢٤٨٧ - [فصل: قُتِلَ العبد في يد المرتهن]

قال: ولو كان المقتول رهناً، فقتل في يد المرتهن، فإن اجتمع الراهن والمرتهن على القصاص، فلهما ذلك، فإن اختلفا فلهما القيمة، وكذلك روى محمدٌ عن أبي حنيفة، وهو قوله.

وإنما لم يجز لو احدى منهما أن ينفرد بالقصاص؛ لأنَّ الراهن إذا اقتصر أسقط حق المرتهن من الدين، فللمرتهن منعه من ذلك، وأما المرتهن، فليس يملك العبد، فلا يثبت له القصاص، فإذا اجتمعا، فقد رضي المرتهن بإسقاط حقه، فكأنَّ العبد قُتِلَ وليس برهن.

٢٤٨٨ - [فصل: قُتِلَ العبد في يد الزوج]

وقال أبو يوسف: في العبد إذا قُتِلَ في يد الزوج قبل أن تُقبض (٣) المرأة، أو عبد قُتِلَ في يد امرأة اختلعت به، أو كان في يد قاتلٍ صالح عليه من دم عمده، فذلك كله بمنزلة البيع؛ وذلك لأنَّ المستحق إذا رضي باتباع القاتل، فقد تمَّ ملكه

(١) الزيادة من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ل (تقتضيه).

في العبد، فيثبت له القصاص، فإذا طالب بالقيمة، انفسخ الملك في العبد من أصله، فكأنه قُتل على ملك الزوج.

٢٤٨٩ - [فصل: قُتل العبد في يد المشتري الذي له الخيار]

قال: ولو قُتل في يد المشتري، وللمشتري خيار شرط أو خيار رؤية، فالقصاص للمشتري، قبض البائع الثمن أو لم يقبض؛ وذلك لأنه لما قُتل سقط خيار الشرط والرؤية بحدوث العيب، وتمّ البيع، فكأنه قُتل ولا خيار.

قال: وإن كان الخيار للبائع: فإن شاء البائع اتبع القاتل فقتله، وإن شاء ضمّن المشتري القيمة، ولا قصاص للمشتري.

قال: وكذلك حفطي عن أبي حنيفة في الغاصب، ورأيت أن الغاصب والبائع سواء.

أما البائع؛ فلأن العبد على ملكه، وهو مضمون على المشتري بالقبض، فإن لم يختر ضمان المشتري كان له القصاص؛ لأن العبد قُتل على ملكه، فإن اختار تضمين المشتري، فقد نقل الملك فيه^(١) إليه بالضمان، وانتقال الملك بعد ثبوت^(٢) القصاص (يسقط القصاص؛ لأن^(٣) المشتري بالضمان قام مقام البائع، فيثبت له القيمة إذا دخل في القصاص)^(٤) شبهة.

وعلى هذا، إذا قُتل العبد في يد الغاصب، فلمولاه القصاص؛ لأن العبد

(١) سقطت من ب.

(٢) في ل (سبب).

(٣) في ل (إلا أن المشتري).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

على ملكه ، وإن كان في ضمان الغاصب ، فإذا ترك التضمين ، ثبت له القصاص .
وأما إذا ضمن الغاصب ، (فقد نقل الملك إليه بال ضمان ، وذلك مسقطٌ
للقصاص ، إلا أن الغاصب قام بالضمان مقامه)^(١) ، فكان له القيمة إذا تعذر استيفاء
القصاص .

٢٤٩٠ - [فصل: قتل عبد الوصية]

قال: ولو أن عبداً موصياً برقبته لرجل ، وبخدمته^(٢) أو غلته لآخر ، وهو
يخرج من الثلث ، وقبيل الوصية ، فقتله رجلاً عمداً ، [قال]: فإن اجتمعا على
القصاص ، قتلا ، وإن اختلفا ، فعلى القاتل قيمته ، يشتري بها عبداً ، فيكون في
مثل حاله ؛ وذلك لأن الموصى له بالرقبة^(٣) إذا اقتص^(٤) أسقط حق الموصى له
بالمنفعة والغلة ، فكان لصاحب المنفعة أن يمنع من ذلك .

فإن اجتمعا على القصاص ، فقد أسقط صاحب المنفعة حقه^(٥) ، فلم يبق
إلا حق صاحب الرقبة ، فكان له القصاص .

وإن اختلفا تعذر استيفاء القصاص ، فوجبت القيمة ، يشتري بها عبداً ،
[لِيُنْفَذَ]^(٦) فيه الوصيتين ؛ لأنه ما أمكن تنفيذ الوصايا ، فهو أولى من إبطالها ،
ويمكن التنفيذ بأن يشتري بالقيمة عبداً .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (أو بخدمته) ، والمناسب في السياق ما في أ .

(٣) في ل (برقبة العبد) .

(٤) في ب (إذا قبض) ، والمناسب في العبارة ما في أ .

(٥) في ب ، ل (منفعته) .

(٦) في أ ، ل (تنفذ) ، والمثبت من ب ، وهو أنسب في السياق والإعراب .

[وقد قالوا في هذه المسألة، وفي مسألة عبد الرهن: إنهما إذا اجتمعا، فالذي يقتصر الراهن وصاحب الرقبة؛ لأن المرتهن والموصى له بالمنفعة أسقطا حقهما، فبقي الحق للمولى] (١).

٢٤٩١ - [فصل: العفو عن القاتل]

قال: والعفو عندي عن القاتل أفضل لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ [المائدة: ٤٥]، قيل في التأويل: للمقتول، وقيل: للولي، ثم قال تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧].

٢٤٩٢ - [فصل: الحكم بالقصاص والأرش بعد البرء]

قال: ولا يحكم بقصاصٍ في قتلٍ ولا جراحةٍ حتى يكون البرء منها، وكذلك لا يحكم بأرزشها.

وقال الشافعي: يقتصر منها في الحال (٢).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يستفاد من الجراح حتى تبرأ» (٣)، وروي أن رجلاً جرح حسان بن ثابتٍ في فخذه بعظم، فجاء الأنصار إلى رسول الله ﷺ، فطلبوا القصاص، فقال: «انتظروا ما يكون من صاحبكم» (٤).

ولأنه يثبت (٥) من أصلنا: أنه لو مات من الجراحة، وجب القصاص في

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من أ، ل والمثبت من ب.

(٢) انظر: مختصر الزمعي ص ٢٤٢؛ المنهاج ص ٤٧٥.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٥٣/٩)

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب، ل.

النفس دون الجراحة ، فلو استوفينا القصاص فيها استوفيناها ولا نعلم أنه مُسْتَحَقُّ ، وهذا لا يصحّ .

فأمّا جراحة الخطأ فلا شبهة فيها ؛ وذلك لأنّ الجناية فيما دون النفس قد توجب أكثر من الدية ، فإذا سَرَتْ أوجبت الدية ، فلو استوفينا ما وجب بالجراحة قبل البُرء ، استوفينا ما لا نعلم أنه مُسْتَحَقُّ ، وهذا لا يصحّ .

[قال: وإذا ثبت أنه يُستأنى بالجراحة ، فقد قالوا فيمن ضرب سنّ رجلٍ فتحركت ، فأجله القاضي سنةً ، ثمّ جاء المضروب وقد سقطت سنّه فقال: إنّما سقطت من الضربة ، وقال الضارب: إنّما ضربه رجلٌ آخر ، فالقول قول المضروب ، وإن جاء بعد السنة فالقول قول الضارب ؛ وذلك لأنّ القاضي إنّما يؤجّله هذه المدة انتظاراً لما يحدث من الضربة ، فإذا سقطت السنّ ولم يُعلم حدوث معنى آخر ، فقد حكمنا بسقوطها فيما وقع التأجيل له ، وإذا سقطت بعد الحول فلم يُتتظر بالضربة هذه المدّة ، فلا نعلم أنّ السقوط من الضربة ، فالقول قول الضارب ، وقد قالوا: إنّما لا يستأنى^(١) فيه إذا اختلفا فيما تولّد منه ، فالقول قول الضارب ؛ لأنّه يجوز أن يكون حدث منه ، ويجوز أن يكون حدث من غيره ، وليس هناك تأجيل يكون^(٢) ظاهراً فيما يحدث ، فجعل القول قول الضارب]^(٣) .

[قال الشيخ]: ومما يلحق بهذا الباب:

٢٤٩٣ - [مسألة: دم عمد بين اثنين شهد أحدهما على الآخر أنه عفا]

ما قال محمد: في دم عمد بين اثنين شهد أحدهما على الآخر أنه عفا ، فإن

(١) في ل (إنما ينانا فيه) .

(٢) في ل (يضر) .

(٣) الزيادة من ب ، ل .

صدّقه القاتل والمشهود عليه ، بطلت حصّة المشهود عليه ، وانتقل نصيب الشاهد مالا ، وله أن يأخذ نصف الدية ؛ لأنّهما لما صدّقا ، فكان العفو معلوماً ، فيسقط به حقّ العافي ، وينتقل نصيب شريكه مالا ، وإن كذّباه جميعاً ، فقد بطل نصيب الشاهد ، [وصار] ^(١) نصيب المشهود عليه مالا ^(٢) ؛ لأنّ الشاهد لما شهد ، فقد أقرّ بإبطال حقّه من القصاص ، ثم ادّعى لنفسه المال ، وإقراره على نفسه بإبطال القصاص جائزٌ ، ودعواه للمال باطلٌ ، وصارت شهادته كالعفو منه ؛ لأنّ القصاص بطل بقوله ، فانتقل نصيب شريكه مالا .

فإن صدّقه القاتل وكذّبه المشهود عليه ، فإنّه يُقضى على القاتل بدية كاملة ، لكل واحدٍ منهما النصف ؛ [٣٣٤/ب] لأنّ القاتل لما صدّق الشاهد ، فقد أقرّ أن نصيب الشاهد صار مالا ، وادّعى إبطال حقّ الآخر ، فلا يُصدّق القاتل على إبطال حقّ الآخر ؛ ولأنّ نصيب الشاهد لما انتقل مالا انتقل نصيب شريكه ؛ لأنّ بطلان القصاص لم يكن من جهته .

وأما إذا كذّبه القاتل ، وصدّقه المشهود عليه ، فالقياس : ألا يلزم القاتل شيءٌ ، والاستحسان : أنّ على القاتل نصف الدية للشاهد ، ولا شيء للمشهود عليه .

وجه القياس : أنّ الشاهد أبطل حقّه ؛ لأنّه أقرّ بإبطال القصاص ، وادّعى أن نصيبه صار مالا ^(٣) ، وكذّبه القاتل بذلك ، فبطل حقّه ، وكأنّه عفا ، فلما صدّقه المشهود عليه ، فقد أبطل حقّه حين أقرّ بالعفو ، فبطل حقهما جميعاً ، وهذا قول زفر .

(١) في أ (وضمان من أقر) ، والمثبت من ب ، ل .

(٢) هنا في ب زيادة : (وإن شهد ولم يصدّقه ، بطلت شهادته ؛ لأنّه لا مدّعي لها ، وينتقل نصيب شريكه مالا) ، والسياق لا يحتملها ، لأنّها تكرارٌ للعبارة قبلها .

(٣) في ب ، ل (أنّ نصيبه مال) .

وجه الاستحسان: أن الشاهد بالعمو لما كذبه القاتل ، فقد أقر القاتل أن نصيب المشهود عليه صار مالا^(١) ، فلما قال المشهود عليه: قد عفوت ، صار كأنه قال: المال الذي أقر لي به القاتل هو للشاهد ، فينفذ إقراره ، كرجلٍ أقر لرجلٍ بمائة ، فقال المُقرُّ له: هذه لزيد ، وليس لي عليك شيء.

٢٤٩٤ - [فصل: دم عمد بين اثنين وشهدا معاً على العفو]

ولو شهد كل واحدٍ منهما على صاحبه: أنه قد عفا ، فإن كانت إحدى الشهاداتين قبل الأخرى ، فالكلام فيه كالكلام في المسألة الأولى .

وإن كانت الشهاداتتان معاً ، فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يصدّقهما القاتل جميعاً ، أو يكذبهما [جميعاً] ، أو يصدّق أحدهما ويكذب الآخر .

فأما إذا كذبهما جميعاً ، فلا شيء لواحدٍ منهما ؛ لأن كل واحدٍ منهما أقرّ بإبطال القصاص ، وادّعى المال ، فلا تقبل دعواه على المال ، ويجوز إقراره بإبطال القصاص .

وأما إذا صدّق أحدهما خاصّةً وكذب الآخر ، فإنه يغرم للذي صدّقه نصف الدية ، ولا شيء للذي كذبه ؛ لأن كل واحدٍ منهما ادّعى عليه المال ، وهو قد صدّق أحدهما^(٢) ، فثبت له المال بتصديقه ، وبطل حق الآخر بتكذيبه .

وأما إذا صدّقهما جميعاً ، فالقياس: أن يغرم لهما الدية ، والاستحسان: أن لا يغرم شيئاً .

(١) في ب ، ل (أن نصيب المشهود عليه مالاً) .

(٢) في ب (وصدّق أحدهما) ، وفي ل (فصدّق) .

وجه القياس: أنه يُعتبر تصديقيهما^(١) بتصديق أحدهما، فلو صدق أحدهما صار نصيبه مالاً، فكذلك إذا صدقهما.

وأما وجه الاستحسان: فلأنّ هذا التصديق فيه تكذيبٌ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يقول: لم أعف وإنما عفا صاحبي، فلما صدقهما فكأنّه قال لكلّ واحدٍ منهما^(٢): عفوت، ولم يعف، ولو قال هكذا، لم يجب شيءٌ، كذلك هذا.

ولو كان الدم بين ثلاثة، فشهد اثنان منهم على أحدهم أنه عفا، فإن حال الشاهدين بمنزلة [حال] الشاهد الذي يشهد على صاحبه، فهو على أربعة أوجهٍ كما ذكرنا في تلك المسألة^(٣).

٢٤٩٥ - [فصل: شهادة الكفيلين بالصلح]

وإذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح على الدية، وأنهما كفلا بها، فهو على وجهين: إن لم تكن الكفالة شرطاً في الصلح جازت شهادتهما، وإن كانت الكفالة شرطاً في الصلح لم تقبل شهادتهما؛ لأنّ الكفالة إذا لم تكن شرطاً في الصلح، فلا علاقة لهما بالصلح، فشهادتهما كشهادة غير^(٤) الكفيلين.

وأما إذا شرطت كفالتهم في الصلح، فقد شهدا على عقدٍ تمامه بهما؛ لأنّ الصلح لا يتمّ إلا بقبولهما، فكأنهما شهدا بفعل أنفسهما^(٥).

(١) في ب (تعيّن تصديقيهما)، وفي ل (لتصديق)، والمناسب في السياق ما في أ.

(٢) في ب (كلّ واحدٍ منهما)، والمناسب ما في أ.

(٣) انظر: الأصل ٥٦٣/٦ وما بعدها.

(٤) في ل (كالشهادتين الكفيلين).

(٥) انظر: الأصل ٥٨٨/٦.

٢٤٩٦ - [فصل: عفو الأب عن دم الصغير]

قال: وعفو الأب والوصي عن دم الصغير باطلٌ؛ لأنه إبطال حقِّ اليتيم من غير عوضٍ، وذلك لا يجوز.

فإن لم [يعف] ^(١) ولكن صالح، فإن كان للصغير أبٌ، فله: أن يقتص، وله أن يصالح، سواءً إن كان القصاص في النفس أو فيما دون النفس؛ لأن الأب له ولايةٌ كاملةٌ، فتصرفه في حقِّ الصغير كتصرفه في حقِّ نفسه.

وأما الوصي، فإن كان القصاص فيما دون النفس: فله أن يقتص، وله أن يصالح؛ لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال، ألا ترى أنه تُعتبر فيه المساواة، وللوصي التصرف في الأموال، وكذلك ما في حكمها.

وأما إذا كان القصاص في النفس، مثل عبد اليتيم إذا قُتل، فليس للوصي أن يقتص؛ لأن القصاص ليس بمالٍ، وتصرف الوصي يختص بالمال، فإن صالح الوصي، جاز صلحه في رواية كتاب [الديات] ^(٢)، ولا يجوز في رواية كتاب الصلح.

وجه رواية كتاب [الديات] ^(٣): [أن] في الصلح منفعةٌ؛ لأنه يجعل الحق الذي ليس بمال مالا، وتصرّف الوصي فيما فيه مصلحة لليتيم جائزٌ؛ بدلالة قوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

(١) في أ (يعرف)، والمثبت من ب، وهو الصحيح.

(٢) في أ (الزيادات)، والمثبت من ب، ل، وهو الصحيح، وكتاب الديات لمحمد بن الحسن.

(٣) في أ (الزيادات)، والمثبت من ب.

وأما وجه رواية كتاب الصلح: فلأن الوصي يملك القصاص، فلم يجز له أن ينقله إلى بدل، ألا ترى أنه لما لم يملك العتق، لم يجز أن يعتق على مال^(١).

٢٤٩٧ - [فصل: المقتول الذي لا ولي له إلا السلطان]

وقالوا فيمن قُتل عمداً ولا ولي له إلا السلطان، فهو بالخيار: إن شاء قتل قاتله، وإن شاء صالح على الدية، وليس له أن يعفو.

وقال أبو يوسف: إن كان المقتول من أهل دار الإسلام، فلإمام أن يأخذ الدية، وليس له أن يقتص، وإن كان رجل من أهل دار الحرب فأسلم، فله أن يقتص، وله أن يأخذ الدية.

[وجه قول] أبي حنيفة ومحمد: ما روي (أن عبيد الله بن عمر لما قتل [الهزمزان]^(٢) حين قتل عمر، فخرج الهزمزان وفي يده الخنجر، فظن أنه الذي قتل عمر، فقتله، فرفع ذلك إلى عثمان، فقال علي لعثمان: اقتل عبيد الله، قال عثمان^(٣): قُتل أبوه بالأمس، فأقتله اليوم، لا أفعل [ذلك]، ولكن هذا رجل من أهل الأرض، وأنا وليه أعفو عنه وأؤدِّي دِيته^(٤).

ولأن الإمام هو الولي؛ لقوله ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»^(٥)، فصار

(١) انظر: الأصل ٥٩٠/٦.

(٢) في أ (الهزمزان) في الموضوعين، والمثبت من ب، وهو الصحيح.

(٣) قال عثمان سقطت من ب.

(٤) رواه عبد الرزاق (٤٨٠/٥)؛ وابن سعد في الطبقات (٣٦٥/٣)؛ وقال ابن حجر في فتح الباري: إسناده حسن (٣٤٣/١٣).

(٥) رواه أبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢)، وقال: هذا حديث حسن؛ وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة رضي الله عنها.

كالوليِّ من طريق النسب ، فله أن يقتل ، وله أن يصالح ، وليس له أن يعفو ؛ لأنَّه حقٌّ للمسلمين ، ألا ترى أنَّهم يستحقون ميراثه ، فلا يملك الإمام إسقاط حقِّهم من غير عوضٍ .

[وجه قول] أبي يوسف: أنَّ من كان من أهل دار الإسلام ، لم يُؤمن أن يكون في دار الإسلام من يستحقُّ ميراثه ، فلم [يجز أن] يقتصَّ الإمام مع الشبهة .
ومن دخل من أهل دار الحرب ، فالظاهر أنَّه لا وارث له في دار الإسلام ، فجاز للإمام أن يقتصَّ .

٢٤٩٨ - [فصل: وليان للدم أحدهما غائب]

[قال]: وإذا كان للدم وليان ، أحدهما غائبٌ ، فادَّعى القاتل أنَّ الغائب قد عفا ، [وجحد الحاضر] ، فأقام القاتل البيِّنة ، قُبِلت بيِّنته ؛ لأنَّ هذه البيِّنة تشهد لإبطال نصيب الحاضر من القصاص ، ألا ترى أنَّ الغائب إذا عفا^(١) سقط القصاص من النصيبين جميعاً^(٢) ، فقد توجه القصاص على الحاضر ، ولا يتوصل إليه إلا بالقضاء على الغائب ، فصار الحاضر خصماً عنه .

قال: وإن لم يكن له بيِّنةٌ ، وأراد أن يستحلف الحاضر ، فلا يمين له عليه ؛ لأنَّه يمكنه أن يُحلف الغائب ، ولا يخشى فوت اليمين .

وليس كذلك البيِّنة ، فإنَّه^(٣) [أ/٣٣٥] يُخشى فوتها بموت الشهود أو غيبتهم

(١) في ل (إذا سقط) .

(٢) في ب (من النفس) ، والمناسب في سياق العبارة ما في أ .

(٣) في ل (لأنه) .

قبل حضور الغائب^(١).

٢٤٩٩ - [فَصْل: الدم بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتل الآخر]

فإن كان الدم^(٢) بين اثنين ، فعفا أحدهما ، ثم قتل الآخر ولم يعلم بالعفو ، أو علم بالعفو ولم يعلم بأن القتل حرامٌ عليه ، فعليه الدية كاملةً في ماله وفي مال القاتل نصف الدية ، فيتقاصان بالنصف ، ويردّ النصف ، ولا يجب^(٣) القِصَاص ؛ لأنّ القتل حصل مع الشبهة ، ألا ترى أنّه إذا لم يعلم بعفو شريكه ، فقد قتل ، والقتل مُسْتَحَقٌّ في الظاهر ، فإذا علم بعفوه فبطلان القِصَاص في نصيبه يُعَلَمُ بالاجتهاد ، ألا ترى أنّ الظاهر [أنّ] إسقاط الواحد لنصيبه لا يوجب إسقاط حقّ غيره ، فصار دعواه الشبهة مستندةً إلى أصلٍ ، فأسقطت القِصَاص .

وقال زفر: يجب عليه القِصَاص علم بالعفو أو لم يعلم ؛ لأنّه قد بطل حقه حكماً ، وقتل بغير حقّ^(٤) ، وأمّا إذا علم بالعفو ، وعلم بأنّ العفو يُسقط القِصَاص ، فعليه القِصَاص ؛ لأنّه قتل من غير شبهة^(٥).

٢٥٠٠ - [فَصْل: موت المقطوع يده في القصاص]

قال أبو حنيفة: فيمن له قِصَاصٌ في اليد فقطعها فمات المقطوع منها ، ضمن ديته ، وقالوا: لا يضمن .

(١) انظر: الأصل ٥٩٠/٦ .

(٢) في ب (وإذا كان الدم) .

(٣) في ل (يجوز) .

(٤) في ب (فقتله بغير حقّ) .

(٥) انظر: الأصل ٥٨٦/٦ .

[وجه قول] أبي حنيفة: أنه حقٌ يستوفيه لنفسه، خَيْرٌ^(١) بين استيفائه وتركه، فكان ما يتولد منه مضموناً عليه، كضربه لامرأته.

ولا يلزم [على هذا] قطع الإمام يد السارق؛ لأنه لا يستوفيه^(٢) لنفسه؛ ولأنه لم يُخَيَّر فيه؛ ولأنه حقٌ يستوفيه لنفسه^(٣) على طريق البدل، فكان مضموناً عليه، كالديون.

وجه قولهما: أنه مأذونٌ في القطع كالإمام في يد السارق.

وقد قال أصحابنا في الأب إذا ضرب ابنه فمات: ضمن؛ لأنه مأذونٌ في تأديبه من جهة الله تعالى على شرط السلامة، ولو ضربه المعلم بإذن الأب [فمات]، لم يضمن؛ لأن الأب أذن له إذناً مطلقاً.

فأمّا الإمام إذا قطع السارق، فلو جعل له القطع بشرط السلامة لامتنع من القطع، وذلك يؤدي إلى تعطيل الحد؛ ولأنه يستوفي الحد^(٤) لحق الله تعالى، والنفس على ملكه، فلم يكن مضمونه عليه.

٢٥٠١ - [فصل: العفو بعد قطع يد من له القصاص في النفس]

قال أبو حنيفة: فيمن له قِصاصٌ على رجلٍ (في النفس)^(٥)، فقطع يده، ثم

(١) في ب (خَلِي)، وفي ل (يتخير).

(٢) في ل (يستوفيه بنفسه).

(٣) في ل (لنفسه) ساقطة.

(٤) في ل (الطرف).

(٥) ساقطة من ل.

عفا عنه ، ضمن دية اليد ، وقالوا : لا ضمان عليه^(١) .

لأبي حنيفة : أنه كان مخيراً بين القصاص والعفو ، فإذا عفا استند ذلك إلى الأصل ، فكأنه اختار العفو ابتداءً ثم قطع ؛ [لأن اختياره استند إلى العقد ، فكأنه ملكه من ذلك الوقت]

(وعلى هذا قلنا في العبد المشروط فيه الخيار : إن صدقة الفطر على من يصير له العبد ؛ لأن اختياره يستند إلى العقد ، فكأنه ملكه من ذلك الوقت)^(٢) .

ولأنه استوفى اليد وليست بحق له ، بدلالة أنه يؤدّب على قطعها ، ويمنع منه قبل القطع ، فإذا عفا ، استوفى حقه بالعفو ، (فبقيت اليد مستوفاةً بغير حق ، فضمنه .

وليس كذلك إذا قتل أنه لا يضمن اليد)^(٣) ؛ لأنها وإن لم تكن حقه ، فإنها تتلف باستيفاء حقه ، فلم تكن مقومةً عليه قبل العفو .

وجه قولهما : أن الضمان لم يلزمه بالقطع ، فلما عفا انصرف عفوهُ إلى ما بقي من حقه ، فلم يضمن ، وصار كمن استوفى بعض دية^(٤) ثم أبرأ .

٢٥٠٢ - [فصل : عفو المجرور قبل موته]

قال أصحابنا رحمهم الله : إذا عفا المجرور^(٥) ، ثم مات ، فالقياس : أن لا

(١) انظر : الأصل ٥٩١/٦ .

(٢) ما بين القوسين سقطت من (ب)

(٣) ما بين القوسين سقطت من (ب)

(٤) في ب (بعض حقه) ، وماك المعنى واحد .

(٥) في ل (المشجوج) .

يصحّ عفوّه؛ لأنّ القصاص ثبت ابتداءً للورثة، لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت، فكأنّه أبرأ من حقّ غيره.

وإنّما استحسنوا وجوّزوا عفوّه؛ لأنّ الحقّ له، وإنّما يقوم الوارث في استيفائه مقامه، فإذا أسقطه جاز، ويكون في جميع المال؛ لأنّه حقّ ليس بمالٍ، كالطلاق.

وقد قالوا في الوارث إذا عفا عن الجرح قبل موت المجروح، فالقياس: أن لا يصحّ عفوّه؛ لأنّه عفا عن حقّ غيره، ألا ترى أنّ المريض لو عفا في هذه الحالة جاز عفوّه، وإنّما يثبت للوارث الحقّ بعد موته، فإذا عفا قبل ثبوت حقّه لم يجز^(١)، كما لو أبرأ من دين الميت قبل موته.

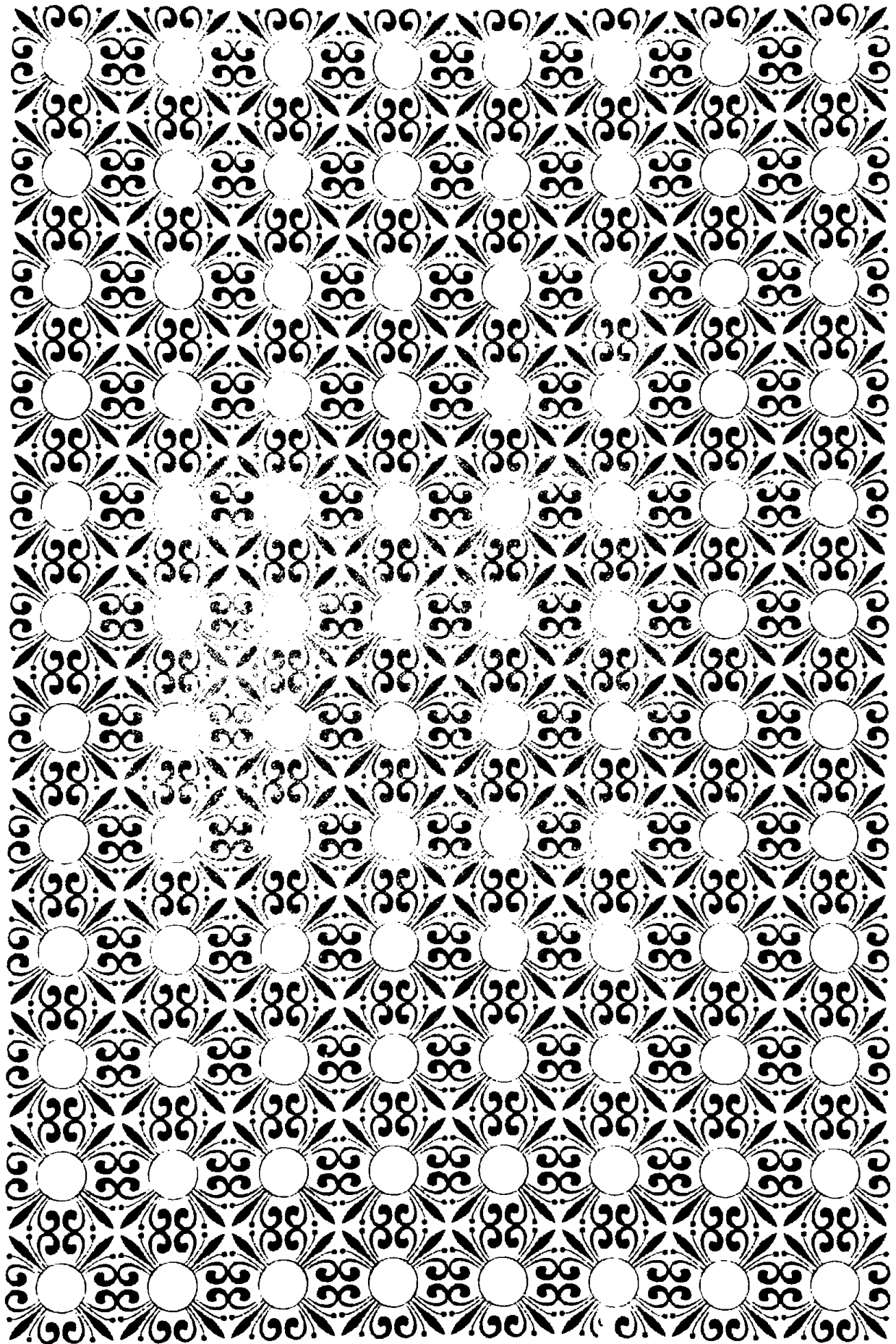
وإنّما استحسنوا وقالوا: يجوز براءته؛ لأنّ الحقّ يثبت للورثة (عند الجرح، لولا ذلك لم يثبت لهم عند)^(٢) الموت، فإذا أبرأ عند ثبوت [سبب] الحقّ، جاز^(٣).



(١) في ب (لم يجب).

(٢) ما بين القوسين سقطت من (ب، ل).

(٣) انظر: الأصل ٥٨٥/٦ وما بعدها.



فهرس الموضوعات

٥	باب ضمان الرهن
٧	٢٣٦٤ - فصل: الرهن مضمون بالأقل
٨	٢٣٦٥ - فصل: كيفية الضمان
٩	٢٣٦٦ - فصل: ضمان الرهن بالهلاك
١٤	باب نفقة الرهن
٢٠	باب آخر
٢٢	باب الرهن يكون منه النماء
٣٠	باب في تسليم الرهن عند قبض المال
٣٤	باب جنابة الرهن
٤١	باب جنابة الرهن بعضه على بعض
٤٩	باب جنابة الرهن على الراهن والمرتهن
٤٩	٢٣٦٧ - فصل: جنابة الرهن على المرتهن
٥٠	٢٣٦٨ - فصل: المقدار الذي يثبت فيه حكم الجنابة
٥٣	٢٣٦٩ - فصل: توارث جنابة الرهن
٥٦	باب الرهن يُقتل عمداً
٥٩	باب عبد الرهن يُقتل عمداً
٦٠	باب الرهن يُجنى عليه وهو رهن
٦٥	باب الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان
٦٦	٢٣٧٠ - فصل: الضمان في هلاك الصداق من الرهن
٦٧	٢٣٧١ - فصل: حبس الزوجة الرهن بالمتعة
٦٨	٢٣٧٢ - فصل: حبس الرهن بقبض المبيع
٦٩	٢٣٧٣ - فصل: الضمان في موت المرتهن المستعير

- ٧٤ باب الزيادة في الرهن
- ٧٨ باب الزيادة في الرهن بعد الولادة
- ٧٩ ٢٣٧٤ - فصل: زيادة الراهن في الدين بالزيادة في الرهن
- ٨٠ ٢٣٧٥ - فصل: إلحاق الزيادة بما هو معقود عليه
- ٨٣ باب رهن الفضة بالفضة
- ٨٥ ٢٣٧٦ - فصل: الضمان بحصول النقص في الرهن
- ٨٦ ٢٣٧٧ - فصل: الضمان إذا كان الرهن مثل الدين أو أجود منه
- ٨٦ ٢٣٧٨ - فصل: دخول العيب في الرهن
- ٩٤ باب الرجل يستعير ما يرهن
- ١٠٠ باب اختلاف الراهن والمرتهن
- ١٠٤ باب الرهن يجعل مكانه رهناً آخر
- ١٠٧ باب العبد يعتقه الراهن
- ١٠٨ ٢٣٧٩ - فصل: السعاية في الرهن
- ١١٤ باب الرهن يأذن للمرتهن الراهن في استعماله
- ١١٧ باب تصرف المرتهن وما يكون به ضامناً وما لا يكون به ضامناً
- ١١٩ ٥٧ - كتاب الشفعة
- ١٢٠ ٢٣٨٠ - فصل: الشفعة في العقار وغيرها
- ١٢١ ٢٣٨١ - فصل: السبب الذي يستحق به الشفعة
- ١٢١ ٢٣٨٢ - فصل: الشفعة في جزء المهر
- ١٢٤ ٢٣٨٣ - فصل: ما لا يمنع الشفعة
- ١٢٤ ٢٣٨٤ - فصل: الشفعة في البيع الفاسد
- ١٢٦ ٢٣٨٥ - فصل: الشفعة فيما يملك بغير بدل
- ١٢٨ ٢٣٨٦ - فصل: الشفعة في الهبة
- ١٢٩ ٢٣٨٧ - فصل: الشفعة في العلو دون السفلى
- ١٣٠ ٢٣٨٨ - فصل: الشفعة فيما لا يجوز بيعه

- ٢٣٨٩ - فصل: الشفعة على رؤوس العدد ١٣٥
- ٢٣٩٠ - فصل: الجار المستحق للشفعة ١٣٥
- باب ما يستحقُّ به الشفعةُ ١٣٨
- باب طلب الشفعة ١٤٥
- باب أين تطلبُ الشفعةُ؟ ١٥٥
- باب ما يحدثُه الشفيع مِمَّا يُبطل شفعتَه أو لا يُبطلها ١٦٢
- باب الشفيع يُخبر بعقدِ البيع فيسلم ثم يعلم أن البيع بخلافه ١٦٨
- باب الشفيع يُطالب أن يُحكم له بالشفعة كيف ينبغي للحاكم أن يحكم والمال حاضر أو غير حاضر ١٧٢
- باب الدارُ تُباعُ ولها شُفعاء ١٧٧
- باب الشفيع يطلبُ الشفعة في بعض ما وقع عليه العقد ١٨٩
- باب الرجل يشتري الدارَ فيهدم بناءها أو يهدمهُ المشتري ثم يجيء الشفيع ١٩٥
- باب الرجل يشتري الأرض والنخل وفيه ثمرٌ أو يُثمر بعد البيع ثم يجيء الشفيع والأرض والثمرة قائمة أو مستهلكة ١٩٩
- باب الأرض تشتري وفيها زرعٌ ٢٠٤
- باب اختلافِ الشفيع والمشتري في الثمن ٢٠٦
- باب الشفعة للصغير ٢١٢
- باب الوكيل يشتري الدارَ فيطالبُ بالشفعة ٢١٥
- باب المشتري يبني ما اشترى ثم يجيء الشفيع يطلبُ الشفعة أو الشفيع يبني ثم تستحقُّ الدارُ ٢١٨
- باب الشفعة بدارٍ فيها شفعة ٢٢١
- باب المشتري والشفيع يختلفان فيما وقع عليه البيع هل هو في صفقة أو صفقتين؟ أو هل وقع البيع في الكلِّ أو البعضِ؟ ٢٢٥
- باب الشفيع والمشتري والبائع يختلفون بإفساد البيع وصحته والخيار فيه ٢٢٨
- باب الرجل يُطالبُ بالشفعة بدارٍ في يده ٢٣٣



- باب استحقاقِ الشفعةِ ٢٣٥
- باب الشفعةِ بالحيطانِ ومَسِيلِ الماءِ ٢٤١
- باب الشفعةِ في فسخِ البعِ ٢٤٩
- باب زيادةِ الشفعةِ في الشراءِ بثمانِ مؤجل ٢٥١
- ٢٣٩١ - فصل: شفعة المولى في دار المأذون ٢٥٢
- ٢٣٩٢ - فصل: ٢٥٣
- ٢٣٩٣ - فصل: الشفعة في المصالح عليها ٢٥٤
- ٢٣٩٤ - فصل: كفالة رجلين للمشتري عن البائع وشهادتهما بالتسليم ٢٥٥
- ٢٣٩٥ - فصل: شهادة البائع بتسليم الشفعة ٢٥٥
- ٢٣٩٦ - فصل: الشفعة في شراء الذمي ٢٥٦
- ٢٣٩٧ - فصل: الشفعة في بيع المريض إذا غبن ٢٥٦
- ٢٣٩٨ - فصل: الشفعة في بيع المريض لأجنبي ٢٥٧
- ٢٣٩٩ - فصل: تقدير المدة التي تبطل بها الشفعة ٢٥٨
- ٢٤٠٠ - فصل: الشفعة في الغرف المشتركة ٢٥٨
- ٥٨ - كتابُ الذبائح ٢٦١
- باب صفةِ الذكاةِ ٢٧٩
- باب التسميةِ على الذبيحةِ ٢٨٦
- باب ما يُكره فعله بالذبيحة قبل الذبح وبعده ٢٩٧
- باب ما يكره أكله من الشاةِ ٢٩٩
- باب ما يُذكَى به ٣٠١
- باب من تُؤكل ذبيحته من المذكّين ، ومن لا تُؤكل ٣٠٣
- ٥٩ - كتابُ الصيدِ ٣٠٩
- باب الصيدِ يأخذهُ الكلبُ فيجرحهُ أو لا يجرحهُ ، هل يُؤكل ؟ ٣٢٣
- باب الرجل يُرسل الكلبَ فيعرض في إرساله ما يُفسدُ الإرسالَ أو لا يُفسدُهُ ٣٢٥
- باب متى يكون الكلبُ معلماً ومتى يخرج من التعليم ٣٢٩

- باب بقاء الإرسالِ وانقطاعه ٣٣٤
- باب ما بان من الصيدِ، هل يؤكل أم لا؟ ٣٤٠
- باب الرجل يسمعُ حس الصيد فيظنهُ صيداً فيرسل كلبه عليه أو يرميه ثم يعلم أنه صيدٌ أو غير صيدٍ ما يحل من ذلك، وما لا يحل؟ ٣٤٣
- باب الصيد يتوارى عن يصيدُ، ما حكمه؟ ٣٤٦
- باب المتردي ٣٤٨
- باب صيد السمك ٣٥٢
- باب ما يصادُ به ٣٥٤
- ٦٠ - كتابُ الأضحية ٣٥٥
- ٢٤٠١ - فصل: وقت ذبح الأضاحي في الأمصار ٣٥٨
- ٢٤٠٢ - فصل: وقت ذبح الأضاحي في غير الأمصار ٣٥٨
- ٢٤٠٣ - فصل: عدد أيام النحر ٣٥٩
- ٢٤٠٤ - على من تجب الأضحية؟ ٣٦٢
- ٢٤٠٥ - فصل: الأضحية على الصغير ٣٦٣
- ٢٤٠٦ - فصل: أضحية المولود بأيام الذبح ٣٦٤
- ٢٤٠٧ - فصل: ابتداء وقت الذبح ٣٦٥
- ٢٤٠٨ - فصل: اعتبار الوقت في الأضحية ٣٦٦
- ٢٤٠٩ - نسخ ذبائح الجاهلية ٣٦٩
- باب السن الذي يُجزئ عن الأضحية ٣٧١
- باب العيوب التي تمنع جواز الأضاحي ٣٧٤
- ٢٤١٠ - فصل: اشتراط القرابة في الاشتراك في البُدن ٣٨٠
- ٢٤١١ - فصل: في ذبح أضحية آخرَ بغيرِ إذنه ٣٨٤
- باب الرجل يشتري الأضحية هل ينتفع بشيء منها قبل أن يذبحها أو بعدما ذبحها؟ ٣٨٨
- ٦١ - كتابُ الغصب ٣٩٥
- ٢٤١٢ - فصل: في غصب ما يوجد في زمان دون زمان ٤٠٦

- ٢٤١٣ - فصل: ولادة الحيوان في يد الغاصب وتصرفه فيهما ٤١٠
- ٢٤١٤ - فصل: استخدام ملك رجل بغير أمره ٤١١
- باب ما يلحق العبد الغصب في يد الغاصب مما يجب به عليه ضمانه ٤١٢
- باب الرجل يغصب الشيء فيتغير عن صفته عنده دون عينه ٤٢٦
- باب الغصب يتغير بزيادة فيه بملك الغاصب أو بعمله ٤٣٠
- باب الثوب يغصبه الرجل فيصبغه أو يقطعه ويخيظه ٤٤٠
- باب الضمان بالخلط ٤٥٥
- باب اختلاف الغاصب والمغصوب ٤٦١
- باب الرجل يغصب الشيء في بلد فيطالب به في غيره ٤٦٦
- باب ما يكون قبضاً للغصب ٤٧٠
- باب غصب الصبي والمدبر والمكاتب وأم الولد ٤٧٦
- باب يجمع مسائل مختلفة أغفلها أبو الحسن رحمه الله تعالى ٤٨٣
- ٢٤١٥ - فصل: تأجيل الغاصب المغصوب شهراً ٤٨٧
- ٢٤١٦ - فصل: قول الغاصب: غصبنا منك ألفاً ونحن عشرة ٤٨٨
- ٢٤١٧ - فصل: ضمان منافع العين المغصوبة ٤٨٩
- ٢٤١٨ - فصل: الأجرة في تأخير المغصوب ٤٨٩
- ٢٤١٩ - فصل: الضمان بفتح قفص الطائر ٤٨٩
- ٢٤٢٠ - فصل: الضمان في كسر البربط ٤٩١
- ٢٤٢١ - فصل: بيع الغاصب المغصوب وإجازة المغتصب منه ذلك ٤٩١
- ٢٤٢٢ - فصل: الضمان في حرق باب منحوت بالتمثيل ٤٩٢
- ٢٤٢٣ - فصل: زرع الأرض من أحد الشريكين وإعطاء الأجر مثل نصف البذر ٤٩٣
- ٢٤٢٤ - فصل: يد الغاصب يد ضمان ٤٩٤
- ٦٢ - كتاب الديات ٤٩٩
- ٢٤٢٥ - فصل: الكفارة في قتل العمد ٥٠٢
- ٢٤٢٦ - فصل: آثار قتل العمد ٥٠٣

- ٢٤٢٧ - فصل: الاختلاف في أنواع القتل ٥٠٤
- ٢٤٢٨ - فصل: الدية المغلظة في العمد ٥٠٥
- ٢٤٢٩ - فصل: وجوب الدية في مال القاتل أو العاقلة ٥٠٦
- ٢٤٣٠ - فصل: التغليظ في الدية من الإبل ٥٠٨
- ٢٤٣١ - فصل: وجوب شبه العمد على العاقلة ٥٠٨
- ٢٤٣٢ - فصل: مدة دفع دية شبه العمد ٥٠٨
- ٢٤٣٣ - فصل: الكفارة في شبه العمد ٥٠٨
- ٢٤٣٤ - فصل: أثر قتل شبه العمد ٥٠٩
- ٢٤٣٥ - فصل: قتل الخطأ وما يترتب عليه من آثار ٥٠٩
- ٢٤٣٦ - فصل: بعض صور قتل الخطأ وآثاره ٥١٠
- باب معرفة مقادير الديات بالأرث فيما دون النفس ٥١٢
- ٢٤٣٧ - فصل: أصناف الدية ٥١٥
- ٢٤٣٨ - فصل: دية المرأة ٥١٦
- ٢٤٣٩ - فصل: أنواع دية الخطأ ٥١٧
- ٢٤٤٠ - فصل: دية الدمي والمستأمن ٥٢٠
- باب الأعضاء التي تجب بكل عضو منها دية ٥٢٢
- باب المعاني التي توجب الديات مما ليس بعضو ٥٢٤
- باب ما تجب فيه الدية على قدر ما في البدن ٥٢٨
- ٢٤٤١ - فصل: الدية في أصابع اليدين والرجلين ٥٣١
- باب الشجاج ٥٣٦
- باب ما تجب فيه الحكومة وليس له أرش معلوم ٥٤٤
- ٢٤٤٢ - فصل: الأرش في شجة التحمت ٥٤٦
- باب ما يدخل من جنابة الشجاج بعضه في بعض وما لا يدخل ٥٥٤
- باب الكف تقطع وفيها بعض الأصابع ٥٦٠
- باب في الجنين ٥٦٣

- ٥٧١ باب أروش الجنایات على الرقیق
- ٥٧٥ ٢٤٤٣ - فصل: القيمة في الجنایة على العبد
- ٥٨٣ ٦٣ - كتابُ الجنایاتِ
- ٥٨٤ باب أحكام القصاصِ
- ٥٩١ ٢٤٤٤ - فصل: القصاص بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس
- ٥٩٣ باب صفة القتل الذي يجبُ به القصاص
- ٥٩٧ باب القصاص فيما دون النفس
- ٥٩٨ ٢٤٤٥ - فصل: المماثلة في القصاص
- ٦٠٠ ٢٤٤٦ - فصل: القصاص في العظم
- ٦٠١ ٢٤٤٧ - فصل: أخذ الجارحة الصحيحه بالمعيبة
- ٦٠١ ٢٤٤٨ - فصل: أخذ المعيبة بالصحيحة
- ٦٠٣ ٢٤٤٩ - فصل: ذهاب الجارحة قبل القصاص
- ٦٠٤ ٢٤٥٠ - فصل: المماثلة في الاستيفاء
- ٦٠٥ ٢٤٥١ - فصل: ثبوت السراية من الجزء إلى الجملة
- ٦٠٥ ٢٤٥٢ - فصل: سريان أثر قطع الأصبع الأولى في الثانية
- ٦٠٦ ٢٤٥٣ - القصاص في المؤضحة
- ٦٠٨ ٢٤٥٤ - فصل: ما يقع موقع السلاح في الجنایة
- ٦٠٩ ٢٤٥٥ - فصل: القصاص في السراية
- ٦١٠ ٢٤٥٦ - فصل: القصاص في الموضحتين
- ٦١٢ ٢٤٥٧ - فصل: فيما يؤدي إذا ضرب سناً سقطت واسودت البقية
- ٦١٣ ٢٤٥٨ - فصل: القصاص في بعض اللسان
- ٦١٦ ٢٤٥٩ - فصل: القصاص في الشعور
- ٦١٧ ٢٤٦٠ - فصل: اجتماع القصاص والأرش
- ٦١٩ ٢٤٦١ - اجتماع القصاص في المفصل والنفس
- ٦١٩ ٢٤٦٢ - فصل: تداخل الجنایتين في جنایة واحدة

- ٦٢٢ باب في الجوارح الناقصة.....
- ٦٢٢ ٢٤٦٣ - فصل: فيما ليس له أرشٌ مقدّرٌ.....
- ٦٢٤ ٢٤٦٤ - فصل: الأصبع الزائدة في القصاص بمثلها.....
- ٦٢٥ ٢٤٦٥ - فصل: سقوط القصاص بذهاب الحق.....
- ٦٢٦ ٢٤٦٦ - فصل: القصاص فيما إذا قطع يمين رجلين.....
- ٦٢٧ ٢٤٦٧ - فصل: اقتصاص الحاضر والغائب من الجاني.....
- ٦٢٨ ٢٤٦٨ - فصل: إعفاء أحد الوليين عن القصاص.....
- ٦٢٨ ٢٤٦٩ - فصل: تعدي أحدهما على الجاني بقطع يده.....
- ٦٣٠ ٢٤٧٠ - فصل: قطع أصبع من رجل ثم قطع يد آخر.....
- ٦٣١ ٢٤٧١ - فصل: تقدُّم صاحب اليد على صاحب الأصبع في القصاص.....
- ٦٣١ ٢٤٧٢ - فصل: قطع الإبهام من أفراد متعددين.....
- ٦٣٢ ٢٤٧٣ - فصل: اجتماع قطع يدين لرجلين.....
- ٦٣٤ ٢٤٧٤ - فصل: جناية رجلين على رجل فيما دون النفس.....
- ٦٣٦ باب من يستحقُّ القصاص.....
- ٦٣٧ ٢٤٧٥ - فصل: في استيفاء البعض القصاص دون بعض.....
- ٦٣٧ ٢٤٧٦ - فصل: الوكالة في استيفاء القصاص.....
- ٦٣٨ ٢٤٧٧ - فصل: استيفاء الأبناء الكبار القصاص قبل بلوغ الصغار.....
- ٦٣٩ ٢٤٧٨ - فصل: عفو بعض الورثة عن القاتل.....
- ٦٤٠ ٢٤٧٩ - فصل: عفو أحد الشريكين عن القصاص وقتل الآخر.....
- ٦٤١ ٢٤٨٠ - فصل: القصاص في قتل العبد.....
- ٦٤١ ٢٤٨١ - فصل: حق من لم يعف عن الدم إذا عفا البعض.....
- ٦٤٢ ٢٤٨٢ - فصل: صلح أو عفو أحد الورثة القاتل من حقه على مال.....
- ٦٤٣ ٢٤٨٣ - فصل: ميراث القاتل المقتول.....
- ٦٤٤ مسائل في القصاص للعبيد.....
- ٦٤٤ ٢٤٨٤ - فصل: قصاص المُدبّر وأم الولد للمولى.....

- ٢٤٨٥ - فصل ٦٤٤
- ٢٤٨٦ - فصل: قُتِلَ العبد في يد البائع ٦٤٦
- ٢٤٨٧ - فصل: قُتِلَ العبد في يد المرتهن ٦٤٧
- ٢٤٨٨ - فصل: قُتِلَ العبد في يد الزوج ٦٤٧
- ٢٤٨٩ - فصل: قُتِلَ العبد في يد المشتري الذي له الخيار ٦٤٨
- ٢٤٩٠ - فصل: قُتِلَ عبد الوصية ٦٤٩
- ٢٤٩١ - فصل: العفو عن القاتل ٦٥٠
- ٢٤٩٢ - فصل: الحكمُ بالقصاص والأرش بعد البرء ٦٥٠
- قال الشيخ: ومما يلحق بهذا الباب: ٦٥١
- ٢٤٩٣ - مسألة: دم عمد بين اثنين شهد أحدهما على الآخر أنه عفا ٦٥١
- ٢٤٩٤ - فصل: دم عمد بين اثنين وشهدا معاً على العفو ٦٥٣
- ٢٤٩٥ - فصل: شهادة الكفيلين بالصلح ٦٥٤
- ٢٤٩٦ - فصل: عفو الأب عن دم الصغير ٦٥٥
- ٢٤٩٧ - فصل: المقتول الذي لا ولي له إلا السلطان ٦٥٦
- ٢٤٩٨ - فصل: وليان للدم أحدهما غائب ٦٥٧
- ٢٤٩٩ - فصل: الدم بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتل الآخر ٦٥٨
- ٢٥٠٠ - فصل: موت المقطوع يده في القصاص ٦٥٨
- ٢٥٠١ - فصل: العفو بعد قطع يد من له القصاص في النفس ٦٥٩
- ٢٥٠٢ - فصل: عفو المجروح قبل موته ٦٦٠



المكتبة
لشرف نقيس الكتب والرسائل العامية
دولة الكويت

شرح مختصر الكافي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٥٤٢٨ هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء السابع

شيخ

مختصر الكافي

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

أسفلة

لنشر نفييس الكُتب والرّسائل العاميّة

دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثني - مجمع البديري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦

فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول، تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الديوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٥٥٧٧٦٥١٣٨ - ٠٠٩٦٦

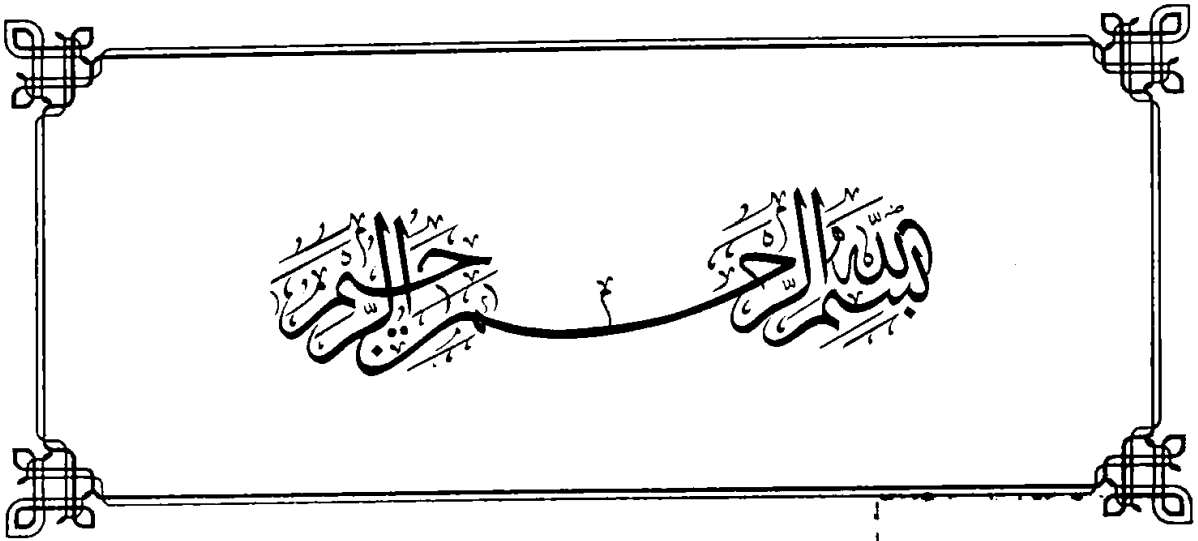
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩



z.zahby74@yahoo.com



imamzahby



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ

— ❖ —

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى^(١): «إذا جنى عبدٌ على حرٍّ أو عبد، جنایةً خطأً في نفسٍ أو فيما دون النفس، يقلُّ أَرُشُها أو يكثر، فذلك في رقبة العبد الجاني، ليس في ذمة المولى منه شيءٌ، ويقال للمولى: ادفعه بجنایته، أو افده بجميع أَرُش الجنایة، قليلاً كان الأَرُش أو كثيراً، بالغاً ما بلغ.

وقال الشافعي في جنایة العبد: يباع فيها، إلا أن يفديه المولى^(٢).

لنا: ما روي في حديث ابن عباسٍ أنه قال: «إذا جنى العبد، إن شاء دفعه، وإن شاء فداه»^(٣).

وعن عمر أنه قال: «عبيد الناس أموالهم، وبنایتهم في قيمتهم»، وعن عليٍّ مثله^(٤).

ولأنَّ الجنایة التي يمكن استيفائها من الرقبة، تتعلق بها كجنایة العمد في الحرِّ والعبد.

(١) لم أتوقف كثيراً في المسائل المتعلقة بالعبيد؛ لكونها غير عملية الآن في حياة الناس.

(٢) انظر: الأم ص ١١٣٦.

(٣) قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: «لم أره إلا عن عليٍّ، أخرجه ابن أبي شيبة، قال: ما جنى العبد ففي رقبتة، ويخير مولاه: إن شاء فداه، وإن شاء دفعه» (٢٨٣/٢).

وذكر رواية ابن عباسٍ السرخسي في المبسوط (٢٦/٢٧)؛ والزيلعي في تبين الحقائق (١٥٤/٦).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٣٨٤/٥).

وإذا ثبت أن الجنایة تعلقت برقبته ، فإذا خلى^(١) المولى بين وليّ الجنایة وبينه ، سقطت عنه المطالبة بها كجنایة العمد ؛ ولأنّه إنّما يُخاطب بالجنایة لأجل ملكه ، فإذا أسقط حقّه^(٢) زالت المطالبة ، كالوارث إذا خلى بين الغرماء وبين التركة .

وأما إذا اختار الفداء ؛ فلأنّه لا حقّ لوليّ الجنایة إلا في الأرش ، فإذا استوفاه ، سقط حقّه .

وليس جنایة العبد [كدينه]^(٣) ؛ لأنّ جنایة الحرّ الخطأ يُطالب بها غيره ، فكذلك جنایة العبد يُطالب بها المولى ، وديون الحرّ لا يُطالب بها غيره ، فكذلك ديون العبد تتعلّق به .

٢٥٠٣ - [فصل : سقوط ما لزم المولى بهلاك العبد]

قال : فإن لم يختر حتى مات العبد ، بطل حقّ المجنيّ عليه ، ولم يكن له على المولى شيءٌ من أرش جنایته ؛ وذلك لأنّ الحقّ كان يلزم المولى في الرقبة ، فإذا تلفت ، سقط ما لزمه عنها ، كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ؛ ولأنّها جنایةٌ فتسقط بموت العبد كالعمد .

[قال] : فإن مات العبد بعدما اختار المولى الفداء ، فالفداء عليه ، لا يبرأ منه بموت العبد ؛ وذلك لأنّ الاختيار ينقل الحقّ من الرقبة إلى ذمّة المولى ، فإذا مات العبد لم يسقط ما في ذمّة المولى من الدين ، كسائر ديونه .

(١) في ل (خير) .

(٢) في ب (سقط عنه حقّه) .

(٣) في أ (كدينه) والمثبت من ل .

٢٥٠٤ . [فصل: جنایة العبد على جماعة]

قال: فإن جنى العبد على جماعة، فالمولى أيضاً بالخيار: إن شاء دفع العبد إلى جماعتهم، وكان مقسوماً عليهم على قدر ما لكل واحدٍ منهم من أرش الجنایة، وإن شاء أمسكه (وغرم أرش الجنایات كلها)^(١)؛ وذلك لأنّ تعلق الجنایة برقبته لا يمنع تعلق مثلها، كما لا يمنع الدين من الدين، وكما لا يمنع حقّ المولى من حقّ [ب/٣٣٥] وليّ الجنایة، فإذا تعلق حقّ الجماعة بالرقبة، كان على المولى أن يدفع إليهم، فيقتسمون الرقبة على قدر حقوقهم، أو يفدي بجميع أروشهم.

وللمولى في هذا الفصل أن يخالف بين الاختيار: فيفدي من بعضهم، ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد؛ وذلك لأنّ كل واحدٍ منهم لا تعلق لحقه بحق صاحبه، فجاز أن يختار في حقّ أحدهم غير^(٢) ما يختار في حق الآخر، كما لو انفرد كل واحدٍ منهم.

وليس هذا كالعبد إذا قتل رجلاً خطأ وله وليان، فاختار المولى الفداء من أحدهما، والدفع إلى الآخر، أن ذلك لا يجوز؛ لأنّها جنایةٌ واحدةٌ خیر فيها بين الدفع والفداء، فلم يملك تبعض موجبها.

وفي مسألتنا هي جنایاتٌ مختلفةٌ، فإذا اختلف خياره فيها، لم يتبعض موجب الجنایة^(٣).

(١) وفي ل (وفدى أرش الجنایات).

(٢) في ل (من غير).

(٣) في ب (فلم ينقص موجب الجنایة).

وأما كيفية القسمة ، فعلى ما بينا أنه يدفع إليهم بقدر حصصهم ، فإن كان قتل رجلاً خطأً ، وفقاً عين آخر ، ثم اجتمعا ، فاختار المولى الدفع ، فإنه يدفع العبد إليهم أثلاثاً ؛ لأنّ وليّ المقتول ثبت^(١) حقه في الدية : وهي عشرة آلاف ، ويثبت حق المفقوءة عينه في نصف الدية ، وكلّ واحدٍ منهما يُدلي بسببٍ صحيح ، فضرب بجميع حقه ، فاقسما أثلاثاً .

ولو كان شجّ رجلاً مؤضحّةً ، وآخر هاشمةً ، وآخر مُنقلّةً ، ثم اختار المولى الدفع : دفع إلى صاحب المؤضحّة سدس العبد ، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه ، وإلى صاحب المُنقلّة نصفه ؛ لأنّ لصاحب المؤضحّة خمسمائة ، ولصاحب الهاشمة ألفاً ، ولصاحب المُنقلّة ألفاً وخمسمائة ، فاقسموا الرقبة^(٢) على ذلك .

٢٥٠٥ - [فصل : موت العبد في يد الغاصب]

قال : فإن غصب العبد غاصبٌ ، فمات في يد الغاصب ، أو قتله قاتلٌ ، فغرّم قيمته ، فإنّ القيمة بين أصحاب الجناية تُقسم بينهم على ما كانت الرقبة تُقسم عليهم ، وليس في القيمة^(٣) للمولى خيارٌ ، ليس فيها غير الدفع ؛ وذلك لأنّ القيمة إذا كانت أقل من الأرش فلا فائدة في تخيير المولى بين تسليمها وتسليم ما زاد عليها ، فتعيّن الدفع .

وليس كذلك العبد ؛ لأنّ في تخيير المولى فائدةً ، ألا ترى أنّ الإنسان قد يختار العبد القليل القيمة لغرضٍ فيه ، فيبذل أكثر من قيمته .

(١) في ل (ثلث) .

(٢) في ب (الدية) .

(٣) في ل (الرقبة) .

وإنما تعلق حقّ وليّ الجنایة بقيمة العبد؛ لأنها بدلٌ عن الرقبة التي تعلق
حقّه بها.

٢٥٠٦ - [فصل: عبْدٌ لرجل قتلَ عبْدًا أو قطع يده]

قال: ولو قتل العبدَ عبْدٌ لرجلٍ، فإنّ مولی العبد الثاني (يقال له: ادفع عبدك
بالعبد المقتول، أو افده بقيمة المقتول؛ لأنّ حكم العبد الثاني)^(١) في الجنایة،
حكم العبد الأوّل.

فإن فداه بقيمة المقتول، قُسمت القيمة بين أولياء الجنایة الأولى؛ لما بيّنا
أنّها قامت مقام الجاني، فليس في التخيير فائدةٌ.

فإن اختار مولی الثاني دفعه إلى مولی المقتول بعبده، خُيّر مولی الأوّل في
العبد الذي أخذه بعبده: إن شاء دفعه بالجنایات، وإن شاء فداه بجميع أرشها؛
وذلك لأنّ الثاني قام مقام الأوّل، فيتعلّق به من حكم الجنایات ما تعلق
بالأوّل^(٢)، وفي التخيير فائدةٌ، فخيّر المولى فيه، كما كان يُخيّر في الأوّل.

قال: ولو لم يُقتل العبد الجاني، ولكن قطع عبْدٌ يده، فدُفع بيده، فإنّ مولی
العبد القاتل يُخيّر في الدفع والفداء على ما وصفت لك، فإن اختار الدفع، (دفع
العبد)^(٣)، وما دُفع بالجنایة عليه.

وكذلك لو قطع يد العبد القاتل رجلٌ [حرٌّ]، فغرم أرش يده، فإنّ المولى

(١) ساقطة من ل.

(٢) في ب (تعلق به).

(٣) ساقطة من ل.

إذا اختار الدفع ، يدفع أرش القاتل معه ؛ وذلك لأنَّ العبد [القاتل] ^(١) ، قام مقام اليد ، وقد كان حقّ وليّ الجناية متعلقاً بها ، فتعلّق بما قام مقامها .

٢٥٠٧ - [فصل : كَسْبُ العبد في دفع المولى العبد]

قال : ولو كان مولى العبد الأوّل اختار الدفع ، وللعبد كسبُ كسبه بعد جنايته ، أو كان الجاني أمةً فولدت بعد الجناية ولدًا ، ثم اختار المولى الدَّفْعَ ، لم يدفع الكسب ولا الولد ، ودفع الأمّ دون كسبها وولدها ؛ وذلك لأنَّ الحقوق المستقرة في الرقاب لا تسري إلى الاكتساب ، فالحقوق التي لم ^(٢) تستقرّ أولى .

فأمّا الولد ؛ فلأنَّ حقّ الجناية غير مستقرّ في الرقبة ، ألا ترى أن المولى يُخَيَّر : إن شاء عيّنهُ في الرقبة ، وإن شاء نقله عنها [إلى الفداء] ، والحقوق التي لم تستقرّ لا تسري إلى الولد ؛ ولأنّها جنائيّةٌ ، فلا تسري إلى ولد الجارية ^(٣) كجناية العمد .

قال : وإذا قتل العبدُ قتيلاً خطأً ، فُخِيَّر المولى بين الدفع والفداء ، فاختار الفداء ، ثم عَلِمَ أنّه فقيرٌ لا شيء معه ، فإنّ الدية لازمةٌ ، وهي دينٌ على المولى ، وهذا قول أبي حنيفة ، وسواءً كان خيار المولى عند قاضٍ أو غيره .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ : إن أدّى المولى الدية ، وإلا دفع العبد ، إلا أن يرضى الأولياء أن يتبعوا المولى بالدية ، فإن رضوا بذلك ، لم يكن لهم بعد ذلك أن يرجعوا في العبد .

(١) في أ (القاطع) والثبت من ب .

(٢) في ل (تستقر) .

(٣) في ل (الجناية) .

وقد رُوِيَ عن أبي يوسف أنه قال: يُقال للمولى: إمّا أن تدفع الدية حالةً ،
وإلا يبيع العبد فيها .

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ الجناية غير مستقرّة في الرقبة ، وللمولى الخيار
فيها: فإذا اختار ، انتقل الحقّ منها إلى الذمة ، فلم يعد^(١) وإن كان معسراً ، كما لو
سَلَّم البائع المبيع إلى المشتري ، ثم ظهر إعساره .

وجه قولهما: أنّ المولى يملك نقل الجناية من الرقبة إلى الأُرش ، فأما أن
يملك إسقاط الحقّ فلا ، ومتى كان معسراً أُسقط الحقّ عن الرقبة ، ولم يُسَلَّم
للولي شيءٌ ، فلم يجز ذلك .

فأما الرواية التي قال [فيها]: يباع العبد ، فعلى أصل أبي يوسف^(٢) في
الحَجْر^(٣) ؛ لأنّ الأُرش صار ديناً عليه ، فإذا لم يقضه ، يبيع ماله فيه .

وأما قوله: وسواء كان ذلك بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ ؛ (فقد ذكر المسألة في
اختلاف أبي يوسف وزفر .

قال أبو يوسف: إن كان الاختيار بقضاءٍ^(٤) لم يصحّ ، وإن كان بغير قضاءٍ
صحّ ، وقال زفر: هما سواءٌ .

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الاختيار إذا كان بغير قضاءٍ صار في حكم

(١) في ل (يعذر إن كان) .

(٢) في ب (أبي حنيفة يوسف) ، خطأ .

(٣) في ب (في التخيير) ، والمناسب في العبارة ما في أ .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

[ما تمّ] ^(١) بالتراضي ، بدلالة من اشترى داراً بعبدٍ ، فأخذها الشفيع بالشفعة بغير قضاء ، ثم استحقَّ العبد ، لم يُنقَضْ أخذه ، كما لا يُنقَضُ الشراء ^(٢) ، ولو كان الأخذ بقضاءٍ فاستحقَّ العبد ، بطل الأخذ ؛ لأنَّ الحاكم بان له أنَّ القضاء وقع بغير حقّ .

وكذلك في مسألتنا ^(٣) ، إذا وقع التخيير عند الحاكم ، ثم بان الإعسار ، فالحاكم لا يُسقط حقّ وليّ الجناية من غير عوضٍ [يسلم] ^(٤) له .

وإذا كان بغير قضاءٍ ، فاختيار المولى كالتراضي ، ولو تراضيا بذلك جاز .

وجه قول زفر : أنَّ صحة الاختيار لا تقف على القضاء ، فصار وجود القضاء وعدمه سواءً .

٢٥٠٨ . [فصل : دفع العبد القاطع يد رجل لولي الجناية]

قال : فإن قطع عبداً يد [رجل] ^(٥) ، فاختار المولى الدفع ، فدفعه إلى وليّ الجناية ، [١/٣٣٦] ثم مات المقطوع من القطع ، فالدفع على حاله ؛ وذلك لأنَّ الرقبة على ملك المجنيّ عليه ، ولو كانت على ملك الجاني [فسلمها] ^(٦) ، سقط الحقّ عنه ، فإذا تقدّم التسليم قبل ذلك ، لم يلزمه شيءٌ .

(١) في أ (مال) ، والمثبت من ب .

(٢) في ل (المشتري) .

(٣) في ل (وكذلك هاهنا) .

(٤) في أ (ليسلم) والمثبت من ل .

(٥) في أ (عبده يده) ، والمثبت من ب ، ل ، وهو الصحيح في سياق العبارة .

(٦) في أ (ففداها) والمثبت من ب ، ل .

قال: ولو كان المولى اختار أن يدفع إلى وليّ الجنایة أرش يده، فدفعه ثم انتقض القطع، فمات المقطوع من القطع، فالقياس: أن يكون هذا اختياراً للفداء، ويلزمه الدية، وهو قول أبي (١) يوسف الآخر.

والاستحسان: أن يُخيّر خياراً مستقبلاً، وهو قول أبي يوسف الأوّل وقول محمد.

وجه القياس: أن المولى لما اختار الأرش (٢) انتقلت الجنایة عن الرقبة إلى ذمته، فلزمه حكم السراية باختيار أصلها، فكأنه اختار بعد السراية؛ ولأنه لو أعتق بعد القطع ثم مات المقطوع، كان ذلك اختياراً، فكذلك إذا اختار الأرش؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الأمرين يُوجب نقل الجنایة من الرقبة إلى الذمّة.

وجه الاستحسان: أن المولى إنّما اختار الأرش لقلته (٣)، فإذا زاد تغيّر (٤) حكم الاختيار، والدفع ممكن، فكان له أن يختار.

وهذا كما قالوا: فيمن بلغه بيع الدار بألفٍ، فسلم الشفعة، ثم بان أنّها بيعت بأقلّ، كان له الخيار مستقبلاً، كذلك هذا.

ولأنّه اختار أرش اليد، وذلك ليس بحقّ لوليّ الجنایة، وإنّما حقّه النفس، فاختياره لما ليس بحقّ له لا يتعلّق به حكم.



(١) في ل (وهذا قول أبي حنيفة الأخير).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (لغلبته)، والمناسب في العبارة ما في أ.

(٤) في ل (بغير).

٢٥٠٩ - [فصل: قتل العبد المدين رجلاً خطأ]

قال: فإن قتل العبد رجلاً خطأً، وعلى العبد القاتل دينٌ، فإن المولى يُخَيَّر في الدفع إلى أولياء الجناية أو الفداء، فإن اختار الدفع فدفعه، تبعه غرماءه، فباعوه في دينهم، فإن فضل من الثمن شيءٌ، كان لأصحاب الجناية، وإن لم يفضل من الثمن شيءٌ، لم يكن لأولياء الجناية شيءٌ.

وإن نقص ثمنه عن دينه، لم يكن للغرماء على المولى ولا على أحدٍ شيءٌ، حتى يُعْتَق العبد، فيتبعوه بما بقي من دينهم؛ وذلك لأنَّ حقَّ الغرماء في الرقبة لا يمنع من ثبوت الجناية، كما لا يمنع حقَّ المولى^(١) من ثبوت حكم الجناية، فإذا اجتمع الحقان^(٢) بدأ القاضي بدفعه إلى الجناية، ثم بيع في الدين؛ لأنَّ دفعه بالجناية لا يُبطل حقوق الغرماء، وبيعه في الدين يُبطل حقَّ وليِّ الجناية، فكان البداية بما يجمع الحقين أولى من البداية بما يُسقط أحدهما.

فإذا بيع العبد ففضل شيءٌ من ثمنه، فهو لوليِّ الجناية؛ لأنَّه بيع على ملكه، فإن فضل من دينه شيءٌ، تأخر إلى حال الحرية؛ لأنَّ المولى لا يلزمه من دين العبد إلا مقدار الرقبة والكسب^(٣).

وقد قالوا: إنَّ المولى لو دفعه إلى أولياء الجناية بغير قضاء قاضٍ، لم يضمن لأولياء الدين [شيئاً] استحساناً، ذكره في المأذون^(٤).

(١) في ب، ل (الملك).

(٢) في ب (المعنيان).

(٣) (والكسب) سقطت من ب.

(٤) أي كتاب المأذون لمحمد بن الحسن، ينظر الفهرست لابن النديم، دار المعرفة، ١٣٩٨ هـ.

وجه القياس: أنه ملك الرقبة بعد تعلق الدين بها، فكأنه باعها.

وجه الاستحسان: أنه فعل ما لو رفع إلى القاضي لفعله، فوقع الدفع (عن مستحقه).

قالوا: ولو دفع المولى العبد إلى أولياء الدين بدينهم^(١)، كان مختاراً للجنایة، ولزمه الأرش إن كان عالماً بالجنایة^(٢)، والقيمة إن لم يكن عالماً؛ لأن دفعه بالدين تملك للرقبة، والمولى إذا ملك عبده الجاني صحّ تملكه وضمن الجنایة^(٣).

وقد قالوا: لو خاصم صاحب الدين في ماله، وأقام البيّنة، ولا يعلم بالجنایة، فباعه القاضي في الدين، ثم حضر صاحب الجنایة، ولا فضل في الثمن عن الدين، فقد سقط حقّ وليّ الجنایة؛ لأنّ القاضي لا يلزمه ضمان نقله، فلو فسخ البيع ودفع بالجنایة، ردّ البيع وسقط حقهم.

وليس هذا كبيع المولى؛ لأنّ الضمان يجوز أن يلزمه بفعله، فصار بالبيع ضامناً، ذكر هذه المسألة في المنتقى.

٢٥١٠ - [فصل: إقرار العبد المأذون له في التجارة بجنایة]

قال: فإن أقرّ العبد بجنایة خطأ^(٤)، وهو مأذون له في التجارة، أو محجور عليه، فأقراره باطل، فإن عتق بعد ذلك لم يتبع بشيء من الجنایة.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب وفي ل (بدينه).

(٢) في ب (بالاختيار)، والمناسب ما في أ.

(٣) في ب (للغرماء)، والصواب ما في أ، لأنّ الكلام في المسألة عن الضمان للجنایة.

(٤) هذه الكلمة ليست في ب.



أما المحجور إذا أقرّ بجناية الخطأ ؛ فلأنه إقرارٌ بمالٍ ، فلا يتعلق به حكمٌ ، كإقراره^(١) بالدين .

وأما المأذون بإقراره جائزٌ بالديون التي تلزم بالسبب الذي أذن المولى فيه ، وهو التجارة وما تعلق بها .

فأما الجناية ، فلم يأذن فيها المولى ، فالمأذون فيها كالمحجور .

وإنما لم يطالب بإقراره بعد عتقه ؛ لأنّ جناية العبد لازمةٌ للمولى ، فلم يقرّ بشيءٍ على نفسه ، فلا يلزمه بعد عتقه .

وكذلك لو أقرّ بعد العتق أنّه جنى في حال الرقّ ، لم يلزمه شيءٌ ؛ لأنّه أضاف الجناية إلى حالةٍ [مُتقدّمةٍ]^(٢) ، وتلك الحالة لا يلزمه فيها بجنايته شيءٌ .

قال: وإذا قتل العبد قتيلاً وهو مقطوع اليد أو أعور ، وقد أخذ المولى أرشً يده وعوره ممّن فعل ذلك ، فاختر دفعه بالجناية ، دفعه على الحالة التي جنى عليها ، ويُسلم ما أخذ المولى للمولى ؛ وذلك لأنّ حقّ وليّ الجناية لم يتعلق إلا برقبته ناقصةً ، وقد سلّمت له على الوجه الذي تعلق حقه بها ، فلم يثبت له في الأرش الذي هو بدلٌ عمّا لم يتعلق حقه به .

قال: فإن قتل قتيلاً خطأً ، ثم قطعت يده بعد الجناية ، فأخذ المولى الأرش ، ثم قتل آخر بعد قطع يده ، فإنّ أرش يده يُدفع إلى وليّ الجناية الأولى ، ثم يُدفع العبد - إذا اختار المولى الدفع - إلى أولياء القتلين^(٣) على تسعةٍ وثلاثين جزءاً ؛

(١) في ب (على إقراره) .

(٢) في أ (متيقنة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في سياق العبارة .

(٣) في ب (إلى أولياء الجناية الثانية) ، والصواب في السياق ما في أ .

وذلك لأنَّ حقَّ وليِّ الجنایة الأولى تعلق بالرقبة، وهي كاملة، فتعلق حقّه بالأرض؛ لأنّه بدلٌ عمّا تعلق حقّه به.

فأمّا ولي الجنایة الثانية، فإنّما تعلق حقّه برقبته ناقصةً، ولا حقّ له في الأرض، وإنّما يزاحم في الرقبة، وقد فُرض المسألة في أنّ قيمة العبد ألف وأرض يده خمسمائة، إذا استوفاهما الأول، بقي من حقّه تسعة آلاف وخمسمائة، وحق الثاني في عشرة آلاف، فاجعل كل خمسمائة جزءاً، فيكون للأول تسعة عشر جزءاً، وللثاني عشرون جزءاً، فيقتسمان الرقبة على ذلك.

٢٥١١ - [فصل: اختلاف ولي الجنایة والمولى في قطع اليد قبل الجنایة أو بعدها]

قال: فإن اختلف وليّ الجنایة والمولى، فقال المولى: قُطعت يده قبل الجنایة، وقال وليّ القتل: بعد الجنایة، فالقول قول المولى مع يمينه، وعلى وليّ الجنایة^(١) البيّنة؛ وذلك لأنّ وليّ الجنایة يدّعي استحقاق مالٍ في يد المولى، والأصل عدم الاستحقاق؛ ولأنّه يدّعي تقدّم الجنایة على القطع، وذلك تاريخٌ لا يُعلم إلا بقوله.

قال: ولو شجّ رجلاً مُوضحةً خطأً، وقيّمته ألف، ثم قتل آخر وقيّمته ألفان فإن اختار المولى الدفع، دفعه بينهما على إحدى وعشرين جزءاً، واحداً لصاحب المُوضحة، وعشرون لوليّ القتل، ويشتركون في الزيادة.

ولو كان عمي بعد القتل قبل الشّجّة، فهو مثل ذلك، يكون ناقصاً بينهما، [يشتركان]^(٢) في النقصان؛ وذلك لأنّ حقّ وليّ الجنایة متعلّق [٣٣٦/ب] بالرقبة،

(١) في ب (أهل الجنایة).

(٢) في أ (يكون ناقصاً يشتركون)، والمثبت من ب، ل، وهو أنسب؛ لأن الكلام عن وليّ جنایتين.



فزيادة قيمتها بعد تعلق حقه، كزيادتها قبله.

فأما النقصان، فهو كتلف جزء من الرقبة، ولو تلفت الرقبة كلها كانت من حقهم، فكذلك إذا نقصت.

وإذا ثبت هذا، ضرب صاحب الموضحة بخمسائة، وصاحب النفس بعشرة آلاف، فاجعل كل خمسمائة جزءاً، تكون الجملة^(١) عشرين جزءاً يفتسمان الرقبة على ذلك.

ومما يلحق بهذا الباب

٢٥١٢ - [فصل: قتل الأمة العبد القاتل خطأ]

ما ذكر محمد في الأصل: في العبد إذا قتل رجلاً، ثم قتله أمة لمولاه خطأ، قيل للمولى ادفعها أو افدها بقيمة العبد؛ وذلك لأن تعلق حق أولياء الجناية برقبة العبد، جعل مولاه فيه كالأجنبي، فكأن أمة لغير المولى قتلتها، ويخير مولاهما بين دفعها أو فدائها بقيمة المقتول؛ فكذلك يخير مولى العبد بين الأمرين.

فإن قتل العبد رجلاً خطأ، وقتلت أمة لمولاه رجلاً خطأ، ثم إن العبد قتل الأمة، فإن اختار المولى الفداء، فده بالدية وبقيمة الأمة؛ لأن الجنائيتين تعلقتا برقبته، فيفدى بأرثهما.

فإن اختار الدفع ضرب في العبد أولياء قتيل العبد بالدية، وأولياء قتيل الأمة بقيمة الأمة، لأن كل واحد منهم يثبت له في رقبته هذا القدر، فيضرب فيها بمقدار حقه.

(١) في ب و ل (الدية).

وقالوا في العبد إذا جنى ففداه المولى، ثم جنى، قيل لمولاه: ادفعه أو افده؛ لأن الرقبة تفرّغت من الجناية بالفداء، فصار حكم الجناية الثانية كحكم الأولى.

وليس كذلك إذا جنى ثم جنى قبل الاختيار؛ لأن الرقبة لم تفرّغ من الجناية، فتعلقت الجنائتان برقبته، فيدفع فيهما.

٢٥١٣ - [فصل: قول الذي في يده العبد الجاني: هذا عبد فلان أودعه عندي]

وقالوا في العبد إذا جنى، فقال الذي هو في يده: هذا عبد فلان أودعه عندي، فإن أقام البيّنة على ذلك، دفع الخصومة عن نفسه؛ لأننا [قد] بيّنا أن العبد وصل من جهة غيره، وأن الغائب أقامه مقام نفسه في الحفظ دون أحكام الجناية، فلم يلزمه حكمها.

فإن لم يقم بيّنة، قيل له: ادفعه أو افده؛ لأن حكم الجناية متعلّق به، فإذا أحال به على غيره لم يقبل بغير بيّنة، فإن اختار الفداء، ثم حضر الغائب فصدّقه، فهو متطوع في الفداء؛ لأنه فدى ملك غيره بغير أمره، وقد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع، فإذا اختاره كان متبرعاً.

وإن اختار الدفع، ثم حضر الغائب فصدّقه، قيل له: إن شئت فافسخ الدفع؛ لأن التصديق استند إلى الإقرار الأوّل، فصار مالکاً للعبد من ذلك الوقت، وقد دفعه من ليس بمالك، فإن شاء اختار دفعه، وإن شاء فسخ وفدى.

٢٥١٤ - [فصل: عبد أقر به لرجل فأقرّ عليه بجناية]

وقالوا فيمن في يده عبد أقرّ به لرجل، فأقرّ عليه بجناية، فهو على ثلاثة



أوجه: إن صدّقه المُقَرَّر له في الملك والجنایة، قيل للمُقَرَّر له: ادفعه أو افده بالأرض؛ لأنّهما تصادقا على الملك وعلى الجنایة، فكأن^(١) ذلك كان معلوماً.

ولا يكون الذي في يده العبد بإقراره بعد الجنایة مختاراً؛ لأنّ الإقرار لا ينقل الملك، وإنّما هو إخبارٌ عن ملكٍ سابق.

وقال زفر: يكون مختاراً؛ لأنّ الملك له في الظاهر، وقد انتقل بالإقرار بعد الجنایة.

وأما إن صدّقه المُقَرَّر له في الملك، وكذّبه في الجنایة، فلا شيء على واحدٍ منهما في الجنایة؛ لأنّ الذي في يده العبد أقرّ بجنایةٍ على ملك غيره، والمالك لم يقرّ في عبده بشيءٍ، إلا أن يكون الذي في يده العبد [كان قد]^(٢) ادّعى هذا العبد لنفسه، فيكون مختاراً؛ لأنّه في حكم من نقل الملك باختياره.

وأما إذا كذّبه المُقَرَّر له في الملك، قيل له: ادفعه أو افده؛ لأنّ الإقرار بطل بالتكذيب، فكأنّه لم يكن.

٢٥١٥ - [فصل: العبد يقتل رجلاً له وليّان]

وقالوا: في العبد إذا قتل رجلاً له وليّان، فدفعه المولى إلى أحدهما، [فقتله]^(٣) في يده آخر، ثم حضر ولي المقتول الثاني [وولي]^(٤) المقتول الأوّل.

قيل للمدفع إليه: ادفع نصف العبد إلى وليّ المقتول الثاني، أو افده [منه]

(١) في ل (وكان ذلك معلوماً).

(٢) في أ (قد كان) والمثبت من ل.

(٣) في أ، ب (فقتل) والمثبت من ل.

(٤) في أ (وأولياء)، والمثبت من ب، ل وهو أنسب في حكم المسألة وصورتها.

بنصف الدية ؛ لأنّ الدفع صحّ في نصف العبد ، فجنى على ملكه ، فيخاطب بحكم جنائته .

ثم يقال له : ردّ النصف الآخر على المولى ؛ لأنّك أخذته بغير حقّ ، ويقال للمولى : ادفعه إلى وليّ الجناية الثانية ووليّ المقتول الأول الذي لم يدفع إليه ، أو افده منهما .

فإن اختار الفداء ، فلا ضمان عليه ؛ لأنّ وليّ الجناية الأولى استوفى حقه بالفداء^(١) ، فلم يبق له شيء يطالب به ، وإن اختار الدفع ، دفع هذا النصف إليهما نصفين ؛ لأنّ حقّ^(٢) كلّ واحدٍ منهما ثابتٌ في نصف النفس ، فتساويا ، فيُسَلَّم وليّ الجناية الثانية ثلاثة أرباع العبد ، ووليّ الجناية الأولى ربع العبد .

ثمّ لا يخلو : إمّا أن يكون دفع العبد كلّهُ إلى الأول بقضاء ، أو بغير قضاء ، فإن كان دفعه بقضاء قاضٍ ، فلا ضمان عليه ، (وإنّما الضمان على وليّ الجناية الأولى ؛ لأنّه قبضه فارغاً ، فردّه مشغولاً بالجناية)^(٣) ، وقد كان قبضه بغير حقّ .

فإن كان الدفع بغير قضاء ، فلوليّ الجناية الأولى الخيار : إن شاء أخذ ربع القيمة من المولى ، وإن شاء أخذ من القابض ، حتّى يُسَلَّم له نصف العبد ، ربعه لحمٌ ودمٌ ، وربعه دراهم .

فإن اتبع المولى رجع المولى على القابض ؛ لأنّ العبد كان في ضمانه ، وإن

(١) في ل (بهذا الفداء) .

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .



اختار أتباع القابض ، لم يرجع على^(١) المولى بشيء ؛ لأنَّ حاصل^(٢) الضمان عليه .
قال : ولو قتل العبد قتيلين خطأً ، فدفعه المولى إلى أحدهما ، فقتل عنده
قتيلاً آخر ، واجتمعوا جميعاً ، فإنَّ القابض يردُّ نصف العبد ويدفع النصف
بالجنایة ؛ لما ذكرنا أنَّ تمليكه في النصف صحيحٌ ، وقد جنى على ملكه^(٣) ،
والنصف الآخر قبضه بغير حقٍّ ، فيردّه ، ثم يقال للمولى : ادفع النصف الذي ردّ
عليك أو افده ، فإن اختار الفداء ، فدئ الثالث بخمسة آلاف ؛ لأنَّ النصف قد
وصل إليه من جهة الذي أخذ العبد ، ويفدي لولي الثاني الذي لم يأخذ شيئاً
بعشرة آلاف ؛ لأنَّ^(٤) حقّه قد وجب في جميع الدية في الابتداء ، ولم يُدفع^(٥) إليه
شيءٌ .

فإن اختار الدفع ، فإنه يدفع إليهما ، فيضرب فيه الثاني بعشرة آلاف ،
والثالث بخمسة آلاف ، فيصير هذا النصف بينهما أثلاثاً ، ثلثاه للثاني ، وثلثُ
لِلثالث ، وقد بقي من حقِّ الثاني السدس ؛ لأنَّ حقّه كان نصف العبد ، وقد سلّم
له ثلثا النصف ، وبقي له ثلث النصف ، وهو سدس جميع العبد .

فإن كان الدفع بغير قضاء قاضٍ ، فله أن يتبع أيهما شاء : وإن أخذ من
المولى ، رجع المولى على القابض ، وإن أخذ [من] القابض ، لم يرجع على
المولى .

(١) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٢) في ل (الحاصل) .

(٣) في ب (في ملكه) .

(٤) في ل (ألف حقه) .

(٥) في ب ، ل (يصل) .

وإن كان الدفع بقضاء، فله أن يتبع القابض خاصة؛ لما ذكرنا في الفصل الأول.

٢٥١٦ - [فصل: تداخل الحقوق والقسمة بين أصحابها]

وأما إذا قتل العبد قتيلاً خطأً، وفقاً عين آخر، فدفعه المولى إلى المفقوءة عينه، [١/٣٣٧] فقتل عنده قتيلاً آخر، فإن المفقوءة عينه قد أخذ ثلثه بحق، وثلثيه بغير حق، فالثلث الذي أخذ بحق يؤمر بدفعه أو فدائه، وعليه أن يردّ ثلثي العبد إلى الولي.

ثم يُخيّر الولي^(١) بين الدفع والفداء، فإن فداه فإنه يفدي من الأول بعشرة آلاف، ومن الثاني بثلثي الدية: وهو ستة آلاف وثلثا ألف.

فإن اختار الدفع، دفع إليهما ثلثي العبد، يقسمانه بينهما نصفين^(٢)، فيضرب فيه للأول بعشرة آلاف، والثاني بستة آلاف وثلثي ألف، فاجعل كل ألفٍ بينهما، فيصير ثلثا العبد على ستة عشر سهماً وثلثين، وكلّ العبد خمسة وعشرون، ثلث العبد قد كان أخذه الآخر: وهو ثمانية وثلث، وثلثا العبد صار بينهما، لأحدهما عشرة، وللآخر ستة وثلثان.

ثم للأول أن يرجع على القابض بستة أجزاء من ستة عشر^(٣) جزءاً وثلثين من ثلثي قيمته؛ لأنه قد فات حقه بذلك المقدار بسبب كان في يده، فكأنه تلف عنده.

(١) في ل (المولى).

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) في ل (عشر) فقط.



وإن كان الدفع بغير قضاء قاضي، فله أن يأخذ [من] أيهما شاء كما ذكرنا في الفصل الأول.

وطريقة أخرى: وهو أن يقول: [إنه] إذا دفع ثلثي العبد إليهما، يضرب أحدهما بالدية، والآخر بثلثي الدية، فاجعل كلّ ثلثٍ سهماً، فيصير ثلثا الدية سهمين، والدية ثلاثة أسهم، [فيصير] ثلثا العبد على خمسة أسهم، للأول [ثلاثة]^(١)، وللآخر سهمان، ويصيرُ الثلث [الأخير]^(٢) سهمين ونصف، فيصير جميع العبد على سبعة ونصف، وقد وقع فيه كسرٌ، فأضعفه، فيصير خمسة عشر، فالثلث منه خمسة، وقد دُفع إلى الآخر، وثلثا العبد عشرة، فيقسّم بينهما، فيضرب الأول بثلاثة أخماسه، وهو ستة أسهم، والآخر بأربعة أسهم، ثم يرجع الأول على القابض بخمس^(٣) ثلثي قيمة العبد.

٢٥١٧ - [فصل: قتل الأمة قتيلاً خطأ ثم ابنتها أيضاً]

قال: وإذا قتلت الأمة قتيلاً خطأ، ثم ولدت بنتاً، فقتلت ابنتها قتيلاً خطأ، ثم إنَّ البنت قتلت الأمة، فالمولى بالخيار: إن شاء دفع البنت إليهما، وإن شاء فدئ.

فإن اختار الفداء، فدئ لأولياء قتيلا البنت بالدية، ولأولياء قتيلا الأم بقيمة الأم؛ لأنه قد اجتمع [عليه] في رقبة الابنة جناية الأجنبي، وجناية الأم، فيفديها بذلك^(٤).

(١) في أ (ثله)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (ويصير للآخر)، والمثبت من ب، وهو أنسب في السياق.

(٣) في ل (بخمسي).

(٤) في ب (يفديها بتلك الجناية).

فإن اختار الدفع ، دفع إليهما ، فيضربان فيها على أحد عشر إذا قدرنا أن قيمة الأم^(١) ألف ؛ لأنّ الدية عشرة آلاف .

ولو لم تقتل الابنة الأمّ ، ولكنها فقأت عينها ، فهذا على أربعة أوجه: إما أن يختار المولى دفعهما ، أو فداءهما ، أو فداء الأمّ ودفع الابنة ، أو فداء الابنة ودفع الأمّ .

فإن اختار دفعهما: فإنّه يدفع الأمّ إلى أولياء قتيل الأمّ ، ويدفع الابنة إلى أولياء قتيل (الابنة بالدية ، وأولياء قتيل الأمّ بنصف قيمة)^(٢) الأمّ ؛ لأنّها أتلفت إحدى عينيها ، وهو النصف .

وأما إذا اختار فداءهما: فإنّه يفدي لكلّ فريق بتمام الدية ، وسقطت جنایة البنت على الأمّ ؛ لأنّها ملكه تخلصاً من الجنایة^(٣) .

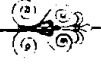
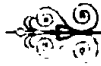
وإن اختار دفع الأمّ وفداء البنت: فإنّه يدفع الأمّ إلى أولياء قتيل الأمّ ، [ثمّ يفدي لأولياء قتيل البنت بالدية ، وأولياء قتيل الأمّ بنصف قيمة الدية .

وإن اختار دفع الابنة وفداء الأمّ: فإنّه يدفع البنت إلى أولياء قتيل البنت ، ويفدي لأولياء قتيل الأمّ بجميع الدية ؛ لأنه لّمّا فدى لأولياء قتيل الأمّ [تبين أنّ البنت جنت على الأمّ ، وهما لإنسانٍ واحدٍ ، فلا يجب بجنايتهما شيءٌ ، فلم يبق في البنت إلا جنایةٌ واحدةٌ .

(١) في ب (أرش الأم) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (فخلصا في الجنایة)



قال: ولو أن الأمّ فقأت بعد ذلك عين البنت قبل أن تُدفع واحدةً منهما، فإن المولى يُخَيَّرُ فيهما جميعاً، فيبدأ بالبنت؛ لأنها هي التي بدأت بالجنابة، فتدفع^(١) إليهما، فيضرب فيها أولياء قتيل الابنة بالدية، وأولياء قتيل الأمّ بنصف قيمة الأمّ، ثم تُدفع الأمّ، فيضرب فيها أولياء قتيل الأمّ بالدية، إلا ما وصل إليهم من أرش البنت، [ويضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت]؛ لأنّ كلّ واحدةٍ منهما جنت جنائتين، فوجب أن تدفع كلّ واحدةٍ منهما بجنائتها.

وقد اعترض على هذا الجواب، فقيل: ينبغي أن تدفع البنت في الابتداء، فيضرب فيها [أولياء] قتيل الأمّ بنصف قيمة الأمّ، وأولياء قتيل البنت بالدية، إلا ما يصل إليهم في المستأنف؛ لأنّه يصل إليهم بعض الأمّ، فينبغي أن لا^(٢) يضربوا بتمام الدية.

والصحيح ما في الكتاب؛ لأنّ البنت حين دُفعت كان حقّ أولياء البنت في تمام الدية، ولم يكن وصل إليهم شيءٌ، فوجب أن يضربوا بجميع ذلك، والزيادة التي تصير لهم في المستأنف لا عبرة بها؛ لأنّ القسمة قد صحّت وقت الدفع، فلا يُعتَبَرُ بعد ذلك.

كما قالوا في رجلٍ مات وعليه لرجلٍ ألف، ولآخر ألفان، وترك ألف درهم، فاقسماها أثلاثاً، ثمّ إنّ صاحب الألفين أبرأ من ألفٍ، فإنّ القسمة الأولى لا تُنتَقَضُ^(٣)، كذلك هذا.

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ل (أن يضربوا).

(٣) في ب، ل (تبعض)، والصواب في حكم المسألة ما في أ، وانظر بدائع الصنائع (٢٦٣/٧)

وإذا جنت الأمة جنایةً، ثم ولدت ولدًا، فقطع ولدها يدها، فإنّ المولى يدفع الولد مع الأمّ؛ لأنّ الولد في حكم الجنایة كعبد أجنبيّ.

ولو أنّ عبدًا لأجنبيّ قطع يد هذه الأمة، كان مولى العبد بالخيار: إن شاء دفعه، وإن شاء فداه بنصف قيمة الأمة، فكذلك هذا.

ولو أنّ عبدًا جنى على هذه الأمة، فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يكون جنى بعد جنایتها، أو قبل جنایتها، أو اختلفوا في ذلك.

فإن كان جنایة العبد بعد جنایتها: فإنّ مولى العبد يخير بين الدفع والفداء، فإذا دفع أو فدى أو اختار مولى الأمة دفع الأمة، فإنّه يدفع الأمة مع ذلك الأرش؛ لأنّ حق أصحاب الجنایة وجب في رقبة تامّة، والأرش قام مقام بعضها، فوجب أنّ يدفع معها.

وإن كانت الجنایة عليها قبل جنایتها: فأرشها يُسلم للمولى؛ لأنّ حق أصحاب الجنایة وجب في رقبة ناقصة.

وإن اختلفوا في ذلك، فالقول قول المولى؛ لأنّ أصحاب الجنایة يدعون الحقّ في الأرش مع الرقبة، فلا يُقبل قولهم^(١).



(١) انظر: الأصل - في جنایات العبيد - ٦/٤٦٧ وما بعدها.



بَاب

العبد يجني فيحدثُ المولى فيه ما يكون اختياراً أو لا يكون



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا قتل العبدُ قتيلاً خطأً، فأخرجه المولى من ملكه ببيعٍ أو غيره، أو أعتقه، أو دبّره، أو كاتب أمةً فاستولدها، أو أقرّ به لرجلٍ وهو يعلم بالجنایة، فهو مختارٌ، وعليه الدية.

وإن كان لا يعلم فعليه قيمة عبده، وذلك لما بيّنا أنّ المولى مخيّرٌ في جنایة العبد بين الدفع والفداء، ومن خيّر بين أمرين، ففعل ما يدل على اختيار أحدهما، أو ما يمنع من اختيار أحدهما، تعيّن عليه الآخر، ومعلومٌ أنّه إذا باعه أو وهبه فقد تعذّر عليه دفعه، فصار بذلك مختاراً للفداء.

وكذلك إذا أعتقه؛ لأنّ الدفع تمليكٌ، فلا يصحّ في الحر، وكذلك التدبير والاستيلاء يمنع من نقل الملك في الرقبة، فيتعذّر الدفع بفعل المولى.

فأمّا إذا أقرّ به لغيره، فقد ذكر في الأصل: أنّه لا يكون مختاراً، وفي غير الأصول: أنّه يكون مختاراً، وهو الذي ذكره أبو الحسن رحمه الله تعالى.

وجه ما في الأصل: أنّ الإقرار لا يؤجّب [٣٣٧/ب] سقوط حقّ وليّ الجنایة، وليس فيه نقل الملك؛ لجواز أن يكون الأمر على ما قال المُقرّ، فكأنّ البيّنة قامت بالملك.

وجه الرواية الأخرى: أنّ العبد على ملكه في الظاهر، فإذا أقرّ به، استحقّه المُقرّ له بإقراره، فصار كما لو باعه أو وهبه.

وإنما قلنا: إنه إذا فعل ما يكون به مختاراً وهو لا يعلم بالجناية ، فعليه قيمة عبده إذا كانت أقل من الأرش ؛ لأن الاختيار إنما يكون مع العلم ، فأما مع عدم العلم ، فيستحيل أن يوصف بالاختيار ، إلا أنه منع التسليم بفعله مع تعلق حقّ وليّ الجناية به^(١) ، فلزمته قيمته ؛ لأنه لم يتلف إلا ذلك .

٢٥١٨ - [فصل : أرش الجناية فيما إذا جنى العبد فيما دون النفس]

قال: وكذلك إذا كانت جنايته فيما دون النفس ، ففعل شيئاً من هذا وهو يعلم ، فعليه أرش الجناية .

وإن كان لا يعلم ، فعليه الأقلّ من قيمته ومن أرش الجناية ؛ لأنّ الجناية فيما دون النفس يُخَيَّر فيها بين الدفع والفداء كالنفس ، فإذا فعل ما يمنع من الدفع وهو عالمٌ ، صار مختاراً .

وإن كان (غير عالمٍ ، لزمه الأقلّ ؛ لأنّ الأرش إن كان أقلّ ، فلا حقّ لوليّ الجناية فيما زاد عليه ، وإن كان)^(٢) أكثر ، فلم يتلف المولى إلا رقبة العبد ، فلزمه ذلك .

وقد قالوا في عبدٍ قطع يد رجلٍ ، فوهبه مولاه ، فلا شيء على المولى ، وإن باعه [المولى] من المجنيّ عليه كان مختاراً ؛ لأنه لو لم يهبه أمكنه التخلّص من الجناية بتسليمه ، فلو ضمّنه لضمّنه ؛ لأنه وهبه ، والهبة لا توجب الضمان .

فأما البيع ، فيجوز أن يُوجب الضمان على البائع ، فصار كما لو باعه من

(١) (به) ، سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .



أجنبيٌّ ؛ ولأنَّ الهبة [تقع] ^(١) كالبيع ، فوقع الدفع المُستحقَّ ؛ لأنَّه تملكٌ بغير عوضٍ ، والبيع لا يقع موقعه ؛ لأنَّه تملكٌ بعوضٍ .

ولو [أمر] ^(٢) المولى المجنيّ عليه بعته ، فأعتقه ، صار المولى مختاراً إذا كان عالماً بالجنایة ^(٣) ؛ لأنَّ المجنيّ عليه قام مقامه في [العتق] ^(٤) ، فكأنَّه أعتقه بنفسه .

قال : ولو ضربه ضرباً أثّر فيه ونقصه وهو يعلم بالجنایة ، فهو مختارٌ ، وإن كان لا يعلم ، فعليه الأقلُّ من قيمته ومن أرش الجنایة ؛ إلا أن يرضى وليّ الدم أن يأخذه وبه ذلك النقصان بغير ضمانٍ يلزمه ^(٥) لذلك النقصان .

وهذه المسألة أطلق جوابها في الأصل ، فقال : يكون مختاراً ، وإنما روي عن أبي يوسف أنه قال هذا التفصيل ، فحمل أبو الحسن ما أطلقه في الأصل على تفصيل أبي يوسف .

والدليل على أنه يكون مختاراً : أنه حبس جزءاً من العبد بفعله ، ومنع من تسليمه ، فصار كأنه قال : اخترت بعضه دون بعض ، فيكون مختاراً لجميعه .

والذي قال أبو يوسف ، فيجوز أن يكون قولهم ؛ لأنَّ المنع من الدفع مع النقص ، إنَّما يثبت لحقّ ولي الجنایة ، فإذا رضي به ، فكأنَّه نقص بأفّة من السماء .

(١) في أ (بيع فوقع) وفي ل (تقع موقع) . والمثبت من ب .

(٢) في أ (أقرّ) والمثبت من ل .

(٣) هذه العبارة في ب (ولو أن المولى المجنيّ عليه تعيب ، فلا يعتبر ضمان المولى مختاراً ، إذا كان عالماً بالخيار) ، والعبارة في هذه الصورة ركيكةٌ غير واضحة المعنى ، والصواب ما في أ .

(٤) في أ (العين) والمثبت من ل .

(٥) في أ ، ل (يلزمه المولى) ، والمثبت من ب ، وهو أوضح .

٢٥١٩ - [فصل: العبد الجاني إذا ضربه المولى فابيضت عينه]

قال: ولو ضربه المولى فابيضت عينه خطأ وهو يعلم بالجناية^(١)، فهو مختارٌ، فإن ذهب البياض قبل أن يخاصم، فإنه يدفع أو يفدي، وليس هذا باختيارٍ؛ وذلك لأن بياض العين يمنع من الدفع للنقص الحاصل، وذلك النقص مراعىً لجواز أن يزول، فإذا زال فكأن لم يكن.

٢٥٢٠ - [فصل: العبد الجاني يضمنه القاضي الدية بعد الضرب]

قال: ولو خوصم في حال البياض، فضمنه القاضي الدية، وقد كان الضرب من المولى وهو يعلم بالجناية، ثم ذهب البياض، فالقضاء نافذ لا يُرد؛ ولأنّ تعذر الدفع كان مراعىً، فلما حكم الحاكم بأحد وجهي المراعاة، سقط الآخر.

قال: وإن استخدمه بعد العلم بالجناية، فعطب بالخدمة، فلا ضمان عليه، ولا يكون هذا اختياراً؛ وذلك لأنّ الخدمة لا تختص بالملك، فلا يدل على اختيار المالك.

ولهذا قالوا: في العبد المشروط فيه الخيار، إذا استخدمه المشتري، إن خياره باقٍ، فكذلك لا يدل على الاختيار في مسألتنا، ولا يضمن المولى بعطبه في الخدمة؛ لأنه ليس بمتعدّد في الاستخدام، ألا ترى أنّ منافعه على ملكه، فموته من الخدمة كموته بأفة من السماء.

وكذلك لو كان عليه دينٌ، فاستخدمه، لم يضمن للغرماء؛ لما بيّنا أنّ [المنافع]^(٢) على ملكه، فاستخدامه ليس بمتعدّد فيه.

(١) في ل (بالخيار).

(٢) في أ (الخدمة) والمثبت من ب، ل.

وكذلك لو كانت أمةً فوطئها، فليس الوطاء باختيار، هذا كالخدمة، فإن علقت وقد وطئ وهو يعلم بالجنایة^(١)، فعليه الدية.

ومن أصحابنا من روى عن أبي يوسف: أن الوطاء اختيار، وهذا إنما هو في وطاء الثيب.

وجه قولهم المشهور: أنه استوفى منفعةً على ملكه لا توجب نقصاً في العين^(٢)، فلا يمنع الدفع كالأستخدام، وليس هذا كوطء البكر؛ لأنه إتلافٌ لجزءٍ منها من طريق المشاهدة.

وجه قول أبي يوسف: أن الوطاء أُجري مجرى إتلاف جزء^(٣)، ألا ترى أنه إذا حصل ذلك في [ملك] الغير لم يخل من معنئ يجب به، [إمّا عقراً أو حدّاً]^(٤). وأمّا إذا علقت، فقد تعذرّ الدفع فيها بالاستيلاء، فصار مختاراً.

٢٥٢١ - فصل: فسخ القاضي لإجارة العبد الجاني

قال: فإن أجره، فإنّ الحاكم ينقض الإجارة، ويقول ادفع أو اهد، وقد اختلف جواب هذه المسألة في نسخ كتاب الديّات لمحمد، فقال في بعض النسخ: إنّ الإجارة والرهن ليستا باختيار، ولكن القاضي يفسخهما، ويخيّره.

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ب (فيما يوجب نقصاً في العين)، والمناسب في تعليل الحكم ما في أ.

(٣) في ب (أن الوطاء لجزءٍ منها جرى مجرى إتلافٍ)، والعبارة ركيكةٌ بهذه الصورة.

(٤) في أ (إما عقوبةً أو غرم)، والمثبت من ب، وهو الصواب في حكم المسألة، لأنّ حصول ذلك في ملك الغير لا يوجب غرامةً بحال.

ووجه ذلك: أنّ الإجارة تنفسخ بالعدر، وتعلق حقّ وليّ^(١) الجناية [بالرقبة]^(٢) عذرٌ في الفسخ، فلم يتمّ العقد، فلا يصير به مختاراً، وكذلك الرهن، يزول عنه يد المرتهن بغير اختياره إذا [قضاه الراهن الدين]^(٣)، فصار كالوديعة.

وقال في بعض النسخ: إنّه يكون اختياراً. ووجهه: أنّ الإجارة والرهن يتعلّق بهما استحقاق يد المولى، فصار كالبيع.

قال: وإن أذن له في التجارة، فاستدان ديناً، فإنّ الحاكم يخيّره: إن شاء فداه، وإن شاء دفعه بالجناية، فإن أراد دفعه، فليس له ذلك إلا أن يرضى المجنيّ عليه أن يقبله ويبيعه^(٤) الدين عنده.

وإنّما لم يصر بالإذن له في التجارة مختاراً؛ لأنّ الإذن لا يزيل ملكه، فلا يمنع دفعه، فصار كاستخدامه، فإذا لحقه الدّين فقد نقصت الرقبة بسبب من جهة المولى، فلولي الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصاً بالدين، ويلزم المولى القيمة؛ لأنّه غير مختار بالإذن، فلا يلزمه الأرش، وإذا بطل الدفع^(٥) من غير اختيار، فوجبت القيمة، هكذا ذكره محمّد في الأصل.

وقد قيل: إنّ محمداً أجاب بحاصل الضمان، وإلا فالتقدير أن يدفع بالجناية، فإن اتّبعه الغرماء فباعوه في يد المجنيّ عليه، رجع المجني عليه بقيمته على المولى؛ لأنّه استحقّ من يده بسبب من جهة المولى. [بعد الجناية]

(١) هذه الكلمة سقطت من ب، ل.

(٢) في أ (بالدية)، والمثبت من ب، ل.

(٣) في أ (إذا قضى الرهن)، والمثبت من ب، وهو أصح في تصوير المسألة.

(٤) في ل (أن يقتله ويبيعه المدبر عنده).

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.

٢٥٢٢ - [فصل: وطء السيد الجارية الجانية]

قال: وإن وطئ أمته وهي بكرٌ، وقد جَنَّتْ، فهو اختيارٌ إذا كان يعلم بالجنائية؛ لأنه حبس بالوطء جزءاً منها، فكأنه اختار بعضها.

٢٥٢٣ - [فصل: كتابة المولى للعبد الجاني ثم عجزه]

قال: ولو كاتب المولى^(١) العبد الجاني، ثم عجز، فإذا كان بعد العلم بالجنائية، فعليه الأرش في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان لا يعلم بالجنائية، [أ/٣٣٨] فإنه يقال للمولى: ادفعه أو افده.

قال أبو يوسف: ليس الخصومة قبل ما يعجز وبعدهما يعجز سواء، وهو مختلفٌ؛ لأنه لا يقدر على دفعه بالجنائية، وهو يقدر^(٢) على دفعه إذا عجز. وقد روي عن أبي يوسف: أن الكتابة اختيارٌ.

وجه رواية الأصل: أن الكتابة لا توجب زوال الملك، والدفع فيها مراعى؛ لجواز أن يعجز، فيمكن فيه التسليم، فإذا عجز، صارت الكتابة كأن لم تكن. وأما إذا خاصمه في حال الكتابة، فقد تعذر الدفع، فيقضي القاضي بالأرش، فإذا عجز بعد ذلك، لم ينقض ذلك الحكم^(٣).

وجه قول أبي يوسف: أن الكتابة عقدٌ يوجب زوال يد المولى عنه كالبيع؛

(١) في ل (ولو كانت الأمة لعبد الجاني).

(٢) في ب (لا يقدر)، وفي ل (يقدر) في الموضعين والصواب ما في أ، لأن عجز المكاتب ينفي حكم المكاتب.

(٣) في ب (لم يتغير) في ل (فلم يعتبر الحكم).

ولأنه لا يعود إلى يده إلا بسببٍ من فعل غيره ، فصار كالبيع .

وقد قالوا في الكتابة الفاسدة: إنها اختيارٌ ، والبيع الفاسد ليس باختيارٍ حتى يُسَلَّم .

والفرق بينهما: أن [عندنا] عقد الكتابة الفاسدة كقبض [البيع] ؛ بدلالة تعلق [العتق] ^(١) بكل واحدٍ منهما ، والعقد الفاسد لا يتعلق [العتق] ^(٢) به ، فهو كإيجابٍ بلا قبول .

٢٥٢٤ - [فصل: بيع السيد العبد الجاني ثم رُدَّ عليه بعبء]

ولو باعه بيعاً بتاتاً ، ثم رُدَّ عليه بعبءٍ بقضاء قاضٍ ، فهو مختارٌ للدية ؛ وذلك لأن البيع يوجبُ زوال ملكه عن العبد ، فيتعذرُ الدفع ويتعينُ الفداء ، على قياس ^(٣) أن من خيّر بين أمرين ، ففعل ما يمنع أحدهما ، تعيّن الآخر .

٢٥٢٥ - [فصل: بيع العبد الجاني والخيار للمشتري]

قال: ولو باعه والخيار للمشتري ، كان كذلك في قول أبي حنيفة ؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة: أن خيار المشتري لا يمنع زوال ملك البائع ، وإذا زال ملكه عن العبد ، صار كالبيع البات .

وأما على قولهما: فهو أظهر ؛ لأن المبيع خرج من ملك البائع ، ودخل في ملك المشتري ، وأما إذا كان الخيار للبائع ، فنقض البيع وهو يعلم أو لا يعلم ،

(١) في أ (العين) ، والمثبت من ب .

(٢) في أ (العين) ، والمثبت من ب .

(٣) في ب ، ل (على ما بينا) .

لم يكن مختاراً، وقيل له: ادفعه أو افده؛ وذلك لأنّ البيع بشرط الخيار للبائع، لا يوجب زوال ملكه، ولا يمنع من الدفع، فلا يكون اختياراً.

وقد قال أصحابنا: إنّ العرض على البيع ليس باختيارٍ؛ لأنّه لا يزيل الملك، (ولا يمنع الدفع).

وقال زفر: هو اختيارٌ؛ لأنّه يدل على تبقية الملك^(١)، وهذا يسقط^(٢) خيار الشرط، فعلى قول زفر: البيع بشرط الخيار أولى أن يكون اختياراً.

وأما إذا باعه بيعاً بتاتاً، وهو لا يعلم بالجنایة، ولم يُخاصم فيها حتّى رُدّ العبد عليه بعيبٍ، بقضاءٍ، أو بخيار رؤيةٍ، أو شرطٍ، فإنّه يقال له: ادفعه أو افده، ولا يلزمه الأرش؛ لأنّه لا يصير مختاراً بالبيع؛ لعدم علمه بالجنایة، وإنّما تعذر الدفع، فلما عاد على حكم الملك الأول عاد بحقوقه، فكان الخيار له بحاله.

وقد ذكر في الأصل: أنّ التزويج لا يكون اختياراً؛ لأنّه لا يمنع الدفع، ولا يوجب نقصاً في العين، وإنّما هو عيبٌ من طريق الحكم، فصار كالإقرار عليه بدينٍ. وذكر في الأصل: فيمن قال لعبده: إذا قتلت فلاناً فأنت حرٌّ، فقتله، صار مختاراً.

وقال زفر: لا يكون مختاراً.

وجه قولهم: أنّه لما أضاف العتق إلى حال الجنایة، فكأنّه تكلم^(٣) به في

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ل (ولهذا سقط الخيار).

(٣) في ل (بعلم به في ملك الحال).

ذلك الحال ، ولو أعتقه بعد قتله ، صار مختاراً ، كذلك هذا .

ولهذا قال أصحابنا فيمن قال لزوجته: إن دخلت الدار ، فوالله لا أقربك :
إن ابتداء الإيلاء يكون عقيب الدخول ، فكأنه تكلم به بعد الشرط .

وقالوا فيمن قال لزوجته: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً ، فمرض ، وقع
الطلاق عليها ، وورثت ؛ لأنه كالموقع للطلاق في حال المرض .

وجه قول زفر: أنه لم يوجد منه فعلٌ بعد الجناية يصير به مختاراً ، وإنما عتق
بقولٍ سابقٍ ، ولا حقٌ لوليِّ الجناية [عليه] عند اليمين ، (فلم يكن مختاراً)^(١) .

٢٥٢٦ - [فصل: المعترف في الخبر العدد أو العدالة]

قال: وإذا أخبر المولى رجلاً واحداً ليس بعدلٍ ، فليس بمختارٍ ؛ فإن أخبره
رجلاً ثقةً أو رجلاً ، فأعتقه ، فإن أبا حنيفة قال في ذلك: هو مختارٌ .

وقال أبو يوسف: هو عندي واحدٌ ، إن أخبره صبيٌّ ، أو امرأةٌ ، أو كافرٌ ، أو
مسلمٌ ، أو فاسقٌ ، أو عدلٌ ، فأعتقه ، وكان ذلك الخبر حقاً ، فهو مختارٌ ، وهو قول
محمدٍ .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يكون مختاراً حتى يخبره رجلان
عدلان ، وهو قول زفر والحسن .

وجه قول أبي حنيفة المشهور: أن المعترف في المخبر أحد شرطي الشهادة:
إما العدد ، أو العدالة ؛ لأن هذا الخبر أخذ شبهاً من الشهادات ؛ لأنه^(٢) يوجب

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ل (لا يوجب) .



الضمان ، وله شبهة بالأخبار ؛ لأنّ لفظ الشهادة لا يُعتَبَر فيه ، فوجب أن يُعطَى^(١) الشبه [حظّه] من الأصلين ، فيُعتَبَر فيه أحد الشرطين دون الآخر .

وجه رواية الحسن : أنّ هذا القول يتعلّق به إيجاب الضمان على المولى ، كالشهادة .

وجه قولهما : أنّه خبرٌ من أخبار المعاملات ، فصار كسائر الأخبار .



(١) في ل (فوجب أن لا يعطى اشبهه) .

بَابُ جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: جنایة المُدبِّر على سيده في ماله دون عاقلته حالَّةٌ. فإذا قتل المُدبِّر رجلاً خطأً، أو جنى عليه فيما دون النفس، فذلك كله على المولى في قيمة المُدبِّر، يكون عليه الأقل من قيمة المدبِّر ومن أرش جنایته، لا يلزم المولى بجنایة المُدبِّر أكثر من قيمة واحدة، وإن كثرت الأروش وجاوزت إلى مائة ألفٍ، يشترك من جنى عليه المُدبِّر أولاً وآخرًا، تقارب ما بين الجنایات أو تفاوت (١).

والدليل على أن جنایة المُدبِّر على المولى: ما ذكر محمدٌ في الجنایات: أنَّ أبا عبدة بن الجراح قضى بجنایة المدبِّر على مولاه (٢)، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف، وقد كان أبو عبدة أمير الشام، وقضاياه تظهر فيما بين الصحابة، وذكر عن عمر بن عبدالعزيز وإبراهيم مثل ذلك (٣).

ولأنَّ المولى صار مانعاً من تسليمه في الجنایة بالتدبير من غير اختيارٍ، فكأنَّه دبَّره وهو لا يعلم بالجنایة، وإنَّما لزمه الأقل؛ لأنَّ الأرش إن كان أقلَّ فلا حقٌّ لوليِّ الجنایة فيما زاد عليه، وإن كان أكثر فلم يُتلف المولى بالتدبير إلا الرقبة.

(١) في ب (أو لم يقارب كذلك) وفي ل (كتقارب).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٣٩٦/٥).

(٣) رواه عنهما ابن أبي شيبة في الموضع السابق.

وإنما لزمه في جميع الجنايات قيمةً واحدةً؛ لأنَّ المنع منعٌ واحدٌ، والضمان يتعلَّق به، فكأنَّ الجنايات اجتمعت ثمَّ دبَّره.

٢٥٢٧ - [فصل: الاستحقاق في قيمة الجاني]

قال: وسواءً كانت على المولى ثمَّ نقص منه^(١)، أو كانت قد قبضت منه، فيتضاربون في القيمة بقدر ما لكلِّ واحدٍ منهم من أرش جنائته، كما بينت لك أنَّهم يتضاربون في قيمة العبد الجاني؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم يستحقُّ بقدر جنائته، فيضرب بذلك.

٢٥٢٨ - [فصل: الاعتبار بقيمة المدبر]

قال: ويُعتَبَر بقيمة المدبِّر [لكلِّ واحدٍ منهم] يوم جنى عليه، ولا تعتبر القيمة يوم التدبير، فإذا قتل قتيلاً خطأً وقيمه يوم قتله ألف [درهم]، ثمَّ زادت قيمته فصار ألفاً وخمسمائة، ثمَّ قتل آخر، فإنَّ وليَّ الجناية الثانية يأخذ من المولى خمسمائة فضل القيمة، يحسب ذلك عليه من أرش جنائته، ثمَّ يُقسَّم الباقي، وهو ألف، على تسعة^(٢) وثلاثين [جزءاً]^(٣).

وإنما اعتُبر يوم الجناية؛ لأنَّ المولى صار مانعاً بالتدبير السابق من تسليمه في الحال، فكأنَّه جنى ثمَّ دبَّره، فيعتبر قيمته حينئذٍ.

وما زاد من القيمة [٣٣٨/ب] بعد الجناية لا حقَّ لوليَّ الجناية الأولى فيه؛ لأنَّها زيادةٌ حدثت وقد تعلَّق حَقُّه بالذمة دون الرقبة.

(١) في ب (لم يقتصر منه).

(٢) في ل (سبعة).

(٣) في أ (ألفاً)، والمثبت من ب، وهو الأنسب، إذ التقسيم على الأسهم.

فإذا ثبت هذا قلنا: لما قتل قتيلاً وقيمه ألف، ثم قتل آخر وقد زادت قيمته خمسمائة، فهذه الزيادة لا حقّ لوليّ الجنایة الأولى [فيها]، فينفرد بها وليّ الثانية، وهي محتسبٌ بها من حقّه، فيبقى له من الدين تسعة آلاف وخمسمائة، وللأول^(١) ديةً بكاملها، فإذا جعلت كله خمسمائة سهماً، كان للأول عشرون، وللثاني تسعة عشر، يقتسمون الألف على ذلك.

قال: وكذلك لو كان المولى دفع قيمة المُدبِّر الأول خمسمائة، ثم جنى على آخر وقيمه ألف، فإنّ المولى يدفع خمسمائة فضل القيمة إلى الثاني، ثم يتبع الثاني الأول فيما قبض، فيكون بينهما على تسعة وثلاثين جزءاً؛ لما قدمنا أنّ الزيادة لا حقّ للأول فيها، فينفرد الثاني بها^(٢)، ويبقى حقهما في الخمسمائة، فيتضاربان فيها بقدر الحقين.

٢٥٢٩ - [فصل: موت المدبر بعد قتل القتل خطأ]

قال: ولو قتل المُدبِّر قتيلاً خطأ ثمّ مات بعد الجنایة بلا [فصل]^(٣)، لم يبطل عن المولى القيمة؛ لأنها وجبت في ذمته عقيب الجنایة، فبقاء الرقبة وتلفها سواءً. وكذلك لو جنى وقيمه ألف، ثم عمي، لم يحطّ عن المولى شيءٌ للعمي، وكان عليه قيمته تامةً؛ لما بيّنا أنّ القيمة وجبت في الذمة، فنقصان العين لا يؤثر فيها، كما لا يؤثر تلفها.

قال: وإذا قتل المُدبِّر قتيلاً خطأ، فدفع المولى القيمة إلى وليّ الجنایة بقضاء

(١) في ل (والأقل دية بكاملها).

(٢) في ب (فيؤديها الثاني)، خطأ.

(٣) في أ (فضل)، والمثبت من ب.



أو بغير قضاء، ثم قتل آخر، فإن كان دفع القيمة بقضاء، فإن الثاني يتبع الأول.

وإن كان بغير قضاء، فإن الثاني عند أبي حنيفة بالخيار: إن شاء ضمّن الأول ما يخصّه، وإن شاء أتبع القابض بذلك، فإن أخذ من المولى، رجع المولى على القابض بما أخذ الثاني منه، فإن اتبع القابض وترك المولى فأخذ منه ما يخصّه، لم يرجع القابض المأخوذ منه على المولى بشيء.

وقال أبو يوسف ومحمد: الدفع بقضاء أو بغير قضاء واحد، فيتبع الثاني الأول، ولا سبيل له [على المولى] ^(١).

[وجه قول] أبي حنيفة: أن جنایات المُدبّر يستند ضمانها إلى التدبير السابق الذي صار المولى به مانعاً، فكأن الجنایات وُجدت ثم دبر ^(٢)، فيتعلق حق ^(٣) جماعتهم [بالقيمة] ^(٤).

فإن دفع المولى بقضاء، فقد زالت يد المولى عنها بغير اختياره، فلا يلزمه ضمانها، وإن دفع بغير قضاء، (فقد سلّم إلى الأول ما يتعلق به حقّ الثاني، فكان الثاني بالخيار في تضمين أيهما شاء).

وهذا كما قالوا في الوصي إذا صرف التركة إلى الغرماء، ثم ظهر غريم آخر، فإن كان دفع بقضاء شارك الغريم الآخر الغرماء بما قبضوه، ولم يرجع على الوصي، وإن كان دفع بغير قضاء ^(٥)، كان الغريم بالخيار: إن شاء ضمّن

(١) في أ (على الأول)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (بتدبيره).

(٣) في ل (حكم).

(٤) في ب (بالقسمة) والمثبت من ل.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

الوصيِّ ، وإن شاء^(١) شارك الغرماء .

فإن اختار الوليِّ تضمين المولى ، رجع المولى على وليِّ الجناية الأولى ؛ لأنه سلّم إليه ما ليس بحقّ له ، فإن ضمّن ولي الجناية الأولى لم يرجع على المولى^(٢) بشيء ؛ لأنّ حاصل الضمان عليه .

وجه قولهما: أنّ المولى دفع إلى الأول ، ولا حقّ لولي الجناية الثانية ، فلم يكن متعدّياً في الدفع ، فلم يلزمه ضمانٌ .

قال: ولو أعتق المولى المُدبِّر ، وقد جنى جنایاتٍ كثيرةً ، لم يلزمه إلا قيمة واحدة ، وعتاقه له وغير عتاقه سواءً ؛ وذلك لأنّ الضمان متعلّق بالذمّة^(٣) ، والعتق إنّما يوجب على المولى الضمان ؛ لأنه يمنع به الدفع ، وهذا [المعنى] لا يوجد في المُدبِّر .

٢٥٣٠ - [فصل: جنایة أم الولد على المولى]

قال: وجنایة أمّ الولد على المولى ، وهي جميع ما ذكرت لك بمنزلة المُدبِّر ؛ لأنّ حقّ الحرّية يتعلّق برقبته كالمُدبِّرة ؛ ولأنّ المولى منع من تسليمها بالاستيلاء السابق من غير اختيارٍ .

قال: وإذا أقرّ المُدبِّر بجنایةٍ لم يجرز إقراره ، ولم يلزمه شيءٌ ، عتق أو لم يعتق ، وهذا إنّما يُعنى به جنایة الخطأ ؛ لأنّها لازمةٌ لمولاه ، فإقراره على المولى لا يتعلّق به حکمٌ [والله أعلم] .

(١) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٢) في ب (على الغريم) ، والمناسب في السياق ما في أ .

(٣) في ب ول (غير متعلّق بالرقبة) .

بَابُ جَنَايَةِ الْمُكَاتِبِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالى: وجناية المُكَاتِبِ على نفسه دون سيّده ودون العاقلة، يُحَكَّمُ عليه بالأقلّ من قيمته ومن أرش جنايته؛ وذلك لأنّ اكتساب المُكَاتِبِ لنفسه، فكانت جنايته عليه كالحرّ^(١)؛ ولأنّه هو المانع من تسليم رقبتة في الجناية بقبوله الكتابة، فصار كالمولى المانع لتسليم المُدبّر بالتدبير، فإذا لزم (جناية المُدبّر للمولى، لزم)^(٢) جناية المُكَاتِبِ المكاتِبِ.

ولا يقال: إنّ المولى هو المانع بعقد الكتابة، كما منع بالتدبير؛ لأنّ نفس العقد لا يمنع الدفع إذا حصل العجز، وإنّما يمنع البقاء عليه، وذلك لحقّ المُكَاتِبِ. وإنّما لزمه الأقلّ (من قيمته ومن الأرش)^(٣)؛ لأنّ الأرش^(٤) إذا كان هو الأقلّ، فلا حقّ للمولى في أكثر منه، وإذا كانت القيمة أقلّ، فلم يمنع المكاتِبِ ما زاد عليها، فلا يلزمه ما لم يمنع منه.

٢٥٣١ - [فَصْلُ: جَنَايَةِ الْمُكَاتِبِ تَتَعَلَقُ بِرَقْبَتِهِ]

قال: وإذا حكم الحاكم، صارت ديناً عليه وسقطت من رقبتة، وما لم يحكم

(١) في ب (كالحر من قيمته)، وهذه الزيادة لا تناسب السياق.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب ول.

(٤) الأرش: «دية الجراحات»، وكذلك ما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس. انظر: مختار الصحاح؛ معجم لغة الفقهاء (أرش).

الحاكم ، فهي في رقبته ، وهذا قول أصحابنا: إنَّ جنابة المُكاتب تتعلّق برقبته .
وقال زفر: بذمّته .

لنا: أنّ الرقبة يجوز تسليمها في الجنابة لو عجز المُكاتب ، وكل رقبة يُتصوّر
إمكان تسليمها ، تعلّقت الجنابة بها كرقبة العبد .

وجه قول زفر: أنّ رقبة المُكاتب لا يصحّ فيها التملك ، فصار كالحرّ
والمُدبّر ، فلا تتعلّق الجنابة برقبته .

وفائدة هذا الخلاف: أنّ المُكاتب إذا عجز قبل انتقال الجنابة من رقبته ،
قيل للمولى: ادفعه أو افده ، وقال زفر: يباع في الأرش .

فعلى قولنا: الجنابة في الرقبة ، وقد أمكن فيها الدفع ، فصارت كجنابة العبد .

وعلى قوله: الجنابة في الذمّة ، فيُباع فيها إذا عجز كما يُباع في الديون .

ويظهر الخلاف أيضاً في المكاتب إذا جنى ، ثم جنى قبل القضاء عليه
بالجنابة الأولى^(١) ، قُضي عليه بقيمة واحدة ؛ لأنّ الجنابة الأولى متعلّقة برقبته ،
وكذلك الثانية ، فتتضايق الرقبة عنهما كجنابتي العبد .

وعلى قول زفر: يُحكّم في كلّ جنابة بقيمة ؛ لأنّها تجب عنده في الذمّة ،
والذمّة لا تتضايق .

وإذا ثبت أنّ جنابة المُكاتب تتعلّق برقبته ، لم تنتقل إلى ذمته إلا بأحد معانٍ
ثلاثة: إمّا أن يحكم الحاكم عليه بأرشها ، أو يصطلحوا على الأرش ، أو يموت
ويترك مالاً أو ولداً ؛ وذلك لأنّ القاضي إذا قضى فقد كانت الجنابة موقوفة

(١) هذه الكلمة سقطت من ب .

الحكم؛ لجواز أن يعجز، فيدفع أو يعتق، فيتعدّر الدفع، فإذا قضى القاضي بالأرّش، فقد حكم بأحد جهتي المراعاة وإبطال الجهة الأخرى، وكذلك إذا اصطلحوا؛ لأنّ الصلح يوجب البدل في الذمّة، فتنقل الجناية عن الرّقبة.

وأما إذا مات وترك وفاءً، [أ/٣٣٩] فقد حكمنا بعته في آخر جزءٍ من أجزاء حياته، وذلك يمنع من دفع الرّقبة، فينتقل الحقّ إلى الذمّة، وكذلك إذا أُعتق في حال الحياة؛ لهذه العلة، وكذلك إذا ترك ولدًا؛ لأنّ الولد قام مقامه وتعدّر دفع الرّقبة بالموت.

٢٥٣٢ - [فصل: الجنایات المتعلقة التي تتضایق رقبة المكاتب عنها]

قال: وإذا جنى المکاتب جنایاتٍ، جنایةً بعد جنایةٍ قبل أن يُحکم عليه بشيءٍ، ثمّ رافعه إلى الحاكم، فإنّ الحاكم يحكم عليه بالأقلّ من قيمته ومن أروش الجنایات التي لزمته، وهذا على ما قدمنا: أنّ الجنایات تتعلّق برقبته، فتتضایق عنها^(١).

قال: وإن جنى جنایة، فحُکم عليه بالأقلّ من قيمته ومن أرّش الجنایة^(٢)، ثم جنى جنایةً أخرى، [فخوصم فيها]، فإنّه يُحکم عليه أيضًا بالأقلّ من قيمته ومن أرّش الجنایة؛ لأنّه لمّا حكم بالأولى، نقلها من الرّقبة إلى الذمّة، فصادفت الجنایة الثانية رقبةً فارغةً، فتعلّقت بها الأولى.



(١) في ب (قيمتها)، خطأ، والمعنى تتضایق الرّقبة عن تحمل الأكثر من الأروش أو القيمة؛ لأنّ الجنایة تتعلّق بالرّقبة، والرّقبة الواحدة تتضایق عنها.

(٢) في ب (ومن أرشها).

٢٥٣٣ - فَصْل: [جنایة المكاتب جنایات قبل الحكم عليه]

قال: وينظر الحاكم إلى قيمة المُكاتب يوم جنى في كلّ جنایة يُرفع إليه فيها، ولا يُعتبر زيادة القيمة بعد الجنایة، ولا نقصانها؛ لأنّ الدفع لو كان عمداً يجب عند الجنایة، فاعتبر ما وقع^(١) المنع منه في تلك الحالة على ما بيّنا في المُدبر.

قال: وإذا أقرّ المُكاتب بجنایة خطأ، لزمته وحكم الحاكم عليه بها؛ وذلك لأنّ جنایته مستحقة من كسبه، وهو أحقّ بأكسابه، فينفذ إقراره كالحرّ.

قال: فإن لم يحكم حتى عجز، بطلت؛ وذلك لأنّ الإقرار [صار] لازماً للمولى، ألا ترى أنّ الجنایة لو ثبتت، لزم المولى الدفع أو الفداء، فلم يجز إقرار المُكاتب في حقّ غيره^(٢).

٢٥٣٤ - فَصْل: [عجز المكاتب بعد حكم الحاكم]

قال: فإن حكم الحاكم عليه بها، ثم عجز، بطلت عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تبطل، وهي دين.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ المُكاتب - فيما لم تتضمن الكتابة الإذن فيه - باقٍ على أصل حجره؛ بدلالة القرض، والكتابة لا تتضمن الإقرار بالجنایة، فكان محجوراً عليه في الإقرار، وإنّما ألزمناه بذلك لثبوت حقه في أكسابه، فإذا عجز زال هذا المعنى، فبطل ما يتعلّق بإقراره.

وجه قولهما: أنّ الحاكم لما حكم عليه، صارت الجنایة ديناً في ذمته، فلا

(١) في ل (دفع).

(٢) انظر: الأصل ٤٧٢/٦.

یبتل بعجزه ، كما لو أقرّ بدينٍ ثم عجز .

۲۵۳۵ - [فصل: إقرار المكاتب بجنایة لم يحكم بها الحاكم]

قال: فإن أقرّ بجنایةٍ ، فلم يحكم الحاكم بها حتى أدّى ، فعتق ، صارت ديناً عليه حين عتق ؛ وذلك لأنّ جنایته تلزمه في أكسابه ، ولا يلزم المولى عنه ، فيتأكد بعنقه ، كالديون التي يقرّ بها .

وليس كذلك العبد يقرّ بالجنایة ثم يعتق ؛ لأنّ جنایته على مولاه ، ومن أقرّ بحقّ على غيره لم يلزمه في نفسه .

وعلى هذا الخلاف: إذا جنى المكاتب جنایة عمدٍ ، فصالح منها ، فالصلح جائزٌ في قولهم ؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى تبقية الكتابة ، ألا ترى أنّه لو لم يصلح اقتصر منه وبطلت الكتابة ، فإذا صالح جاز صلحه لهذا المعنى .

فإن أدّى المال في حال الكتابة جاز ؛ لأنّه يملك كسبه ، فإن عجز [قبل أن يؤدي] ^(١) بطل المال عنه في قول أبي حنيفة ؛ لأنّ عقد الكتابة لم يتضمن [الإذن في] الصلح ، وإنّما جاز في حقّه ؛ لأنّه يملك أكسابه ، فإذا عجز صار الصلح في حقّ مولاه ، فلم يجز .

وعلى قولهما: صار المال ديناً عليه بالصلح ، والدين [الذي] يلزمه ^(٢) بعقوده لا يسقط بالعجز ، كأثمان البياعات .



(١) في أ (وملّ أن يؤدي) ، والمثبت من ب ، ل .

(٢) في ل (المكاتب) .

[قال الشيخ]: ومما يلحق بهذا الباب

أنهم قالوا: في المكاتب إذا قتل [قتيلاً] وقيمه أكثر من عشرة آلاف، فإنه يغرم قيمته عشرة آلاف إلا عشرة؛ لأن المملوك لا يتقوم في الجناية بأكثر من ذلك، أصله: إذا جني عليه.

وقالوا^(١): في المكاتب إذا جنى جناية، ثم مات ولم يترك وفاءً، فترك أقل من مال الجناية^(٢): فما ترك للمولى، ولا شيء لصاحب الجناية إن كان القاضي لم يقض عليه بالجناية؛ لأنها متعلقة برقبته عندنا، فإذا مات عاجزاً سقطت، كالعبد إذا جنى ثم مات.

فأما إذا ترك وفاءً (بالجناية، فأصحاب الجناية أولى بما ترك؛ لأن المكاتب إذا ترك وفاءً)^(٣)، فهو كالحر؛ بدلالة أنا نحكم بعقده، ولو كان حياً كان ولي الجناية أولى بما في يده من مولاه.

وإن مات المكاتب وترك مالا وعليه دينٌ وجنايةٌ وكتابةٌ، فإن كان القاضي قد قضى بالجناية، فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء؛ لأن الجناية صارت ديناً بالقضاء.

وأما إذا كان القاضي لم يقض عليه بالجناية، فإنه يبدأ بالدين؛ لأن الدين ثابتٌ في حال الحرية والرق، فكان أقوى، فصاحبه أولى.

ثم ينظر إلى ما بقي من تركته، فإن كان فيه وفاءً بالكتابة، بُدئ بصاحب

(١) في ب (وقال).

(٢) في ب، ل (أقل من مال الكتابة).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

الجنایة ، وإن لم يكن فيه وفاءً ، كان ما بقي بعد الدين للمولى ؛ لأنه مات عبداً فبطلت جنایته .

وقالوا: في المكاتب إذا مات وعليه دينٌ ، بُدئ بالدين قبل مال الكتابة .

وحكي عن قتادة قال: قلت لسعيد بن المسيب: إن شريحاً يقول: إن الأجنبي والمولى يتخاصمان ، فقال سعيد بن المسيب: أخطأ شريحٌ وإن كان قاضياً ، قضاء زيد بن ثابت أولى ، وزيدٌ كان يقول: يبدأ بدين الأجنبي^(١) .

وهذا صحيحٌ ؛ لأن دين الأجنبي ثابتٌ في جميع الأحوال ، ودين المولى ثابتٌ في حالٍ دون حالٍ ، فالبدایة بالأقوى أولى .

وليس [هذا]^(٢) كما قبل الموت ، أن المكاتب يبدأ بأي الديون شاء ، إن شاء: بدين الأجنبي ، وإن شاء بالأرْش ، وإن شاء بمال الكتابة ؛ لأنه يؤدي من كسبه ، وتدبير أكسابه إليه ، فكان له أن يبدأ بأي ديونه شاء .

وعلى هذا قالوا في المكاتب إذا مات وترك ولداً: إن ولده يبدأ من كسبه بأي الديون شاء ؛ لأنه قام مقام المكاتب ، فتدبير كسبه إليه ، فأما إذا مات المكاتب ، فالأمر في أكسابه إلى الحاكم ، فيبتدئ بقضاء الأولى فالأولى .

وقالوا في المكاتب إذا جنى ثم اختلف المكاتب وولي الجنایة في قيمة

(١) رواه البيهقي في الكبرى ، ولكن لفظه عن شعبة عن قتادة: قلت لسعيد بن المسيب: إن شريحاً كان يقول: يبدأ بالمكاتب قبل الدين ، أو يشرك بينهما - شك شعبة - فقال ابن المسيب: أخطأ شريحٌ وإن كان قاضياً ، قال زيد بن ثابت: يبدأ بالدين (٣٣٢/١٠) .

(٢) الزيادة من ل ، ب ، وفي ب ابتداءً (وهذا كما...)

المُكَاتَبُ ، فقال المُكَاتَبُ^(١) : كانت قيمتي وقت الجناية ألف درهمٍ ، وقال المولى: كانت قيمتك ألفي درهمٍ وقت الجناية ، فالقول قول المُكَاتَبِ في قول أبي يوسف الآخر ، وهو قول محمدٍ ؛ لأنَّ المُكَاتَبِ ينكر زيادة الضمان ، وولي الجناية يدّعيه .

في قول أبي يوسف الأول: ينظر إلى قيمته في الحال ، كما قال في المُدَبَّرِ ، ذكر هذا الخلاف محمدٌ في كتاب الجنایات^(٢) .



(١) هذه الكلمة ليست في ب .

(٢) انظر: الأصل ٤٦٨/٦ وما بعدها .



بَاب

جناية المدبر والمكاتب وأم الولد على المولى وجناية المولى عليهم



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا جنى المُدبّر على مولاه، أو رقيق مولاه، أو متاعه، فهو هدرٌ كله.

أما جناية المُدبّر على المولى، فلا يخلو: إما أن يكون عمداً، أو خطأً، فإن كانت عمداً، ثبتت ووجب بها القصاص؛ لأنّ المُدبّر مع مولاه كالأجنبي (في جناية العمد) (١).

ألا ترى أنّ المولى لا يملك [٣٣٩/ب] أن يُقرّ عليه بجناية العمد؛ ولأنّ الله تعالى قال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، ولم يُفصل.

وقد قال أصحابنا: إنّ المُدبّر إذا قتل مولاه عمداً ووجب عليه أن يسعى في قيمته؛ لأنّ العتق وصيةٌ، فالوصية لا تُسلم للقاتل، إلا أنّ فسخ العتق بعد وقوعه لا يصحُّ، فوجب عليه قيمة نفسه.

ثم الورثة بالخيار: إن شاءوا عجلوا القصاص، وإن شاءوا استوفوا السعاية ثم قتلوه؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الأمرين حقٌّ لهم.

ولا يكون اختيار السعاية مسقطاً للقصاص؛ لأنّ السعاية بدلٌ عن الرق، وليس بعوضٍ عن المقتول.

فأمّا إذا قتل المُدبّر مولاه خطأً: فالجناية هدرٌ، وكذلك إن كانت فيما دون

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

النفس ؛ لأنّ جنایة المدبّر خطأً علی غیر المولى لازمةً للمولى ، وإذا جنى علی المولى ، فلو وجب الضمان ، لوجب علیه ، ويستحيل أن يجب علی المولى ضماناً لنفسه .

ولأنّ المولى [لا] يملك الإقرار علی المدبّر بجنایة الخطأ ، كما يملك علی نفسه ، فإذا لم تثبت جنایته^(١) علی نفسه ، كذلك جنایة المدبّر علیه ، إلا أنه يسعى في قيمته ؛ لأنّ العتق وصیّةٌ فلا يجوز أن یسلم للقاتل .

وأما جنایته علی عبید مولاہ : فإن كانت عمداً ، فللمولى القصاص ؛ لما بینا أنه مع مدبّره في القصاص كالأجنبي .

وقد قيل : إنّ هذه المسألة لا رواية فيها عنهم ، ولكنّ الذي تقتضيه مذاهبتهم^(٢) : أن أحد العبدین إذا قتل الآخر ، وهما لرجلٍ واحدٍ ، ثبت للمولى القصاص ، وكذلك المدبّر إذا قتل عبد المولى ، وأما إذا جنى علی عبد المولى خطأً^(٣) ، فهي هدرٌ ؛ لأنها لو ثبتت لثبتت للمولى ، والمولى لا یثبت له دينٌ علی مدبّره .

وأما إذا جنى المولى علی مدبّره ، فجنایته هدرٌ ؛ لأنه علی ملكه ، فلا یثبت علیه بإتلاف ملكه ضمانٌ .

فأما أمّ الولد إذا قتلت مولاها عمداً أو خطأً ، فهي كالمُدبّرة ؛ لأنها علی ملكه ، وأكسابها له ، إلا أنه لا سعاية عليها ؛ لأنّ عتقها ليس بوصیةٍ .

(١) في ب (يجب جنایته) ، خطأ .

(٢) في ب (من مذاهبتهم) .

(٣) العبارة في ب (وأما إذا كانت علی عبد وهى خطأ) والمثبت من ل .

وأما المُكاتب، فجناية المولى عليه لازمة [للمولى]، وجناية المُكاتب أيضاً على سيده لازمة للمُكاتب، وهذا إنما يريد به في الخطأ؛ لأنَّ المُكاتب في السعاية^(١) كالأجنبي من المولى، ولهذا يضمن المولى بإتلافها، فجاز أن يثبت لمولاه عليه دينٌ بسبب الجناية، ويثبت له على مولاه كذلك.

فأما جناية العمد: فإن قتل المولى مُكاتبه، فلا قِصاص؛ لأنه على ملكه، ويلزمه القيمة؛ لأنه قِصاصٌ سقط بالشبهة^(٢)، وإن قتل المُكاتب مولاه عمداً، اقتُص منه^(٣).

٢٥٣٦ - [فصل: جناية المولى على رقيق المكاتب]

قال: وجناية المولى على رقيق المُكاتب وعلى ما في يده من كسبه، وجناية المُكاتب على رقيق المولى أو ماله، تلزم كل واحدٍ منهما ما جناه على صاحبه في نفسه أو ماله؛ وهذا على ما قدّمنا: أنه بعقد الكتابة صار كالأجنبي، فانفرد بأكسابه، فجاز له أن يثبت له على مولاه دينٌ، ويثبت لمولاه عليه دينٌ^(٤).

وَمِمَّا يَلْحَقُ بِهَذَا الْبَابِ

ما قالوا: في أمّ الولد إذا قتلت مولاه عمداً وله ابنان، فعفا أحدهما، فعليها أن تسعى في نصف قيمتها للابن الذي لم يعف؛ (وذلك لأنَّ القِصاص لِمَا سقط

(١) في ب (في اكتسابه عليه).

(٢) في ب (ثبت بالشبهة).

(٣) انظر: الأصل ٤٨٣/٦.

(٤) في ب (عليه ذلك).

بالعفو، انتقل نصیب الذي لم یعف) (١) مالاً بعد الموت، وهي حرّة في هذه الحال يجوز أن یثبت علیها دينٌ لمولاها، وكذلك لو ارثه.

فإن كان للمیت ابنان أحدهما من أمّ الولد، فإنّ القصاص یسقط، وعلیها السعاية في جميع قيمتها بينهما نصفان؛ لأنّ القصاص لو ثبت لثبت للابنین، ولا يجوز أن یثبت للولد علی أمه قصاصٌ، وإذا تعذّر القصاص في نصیبه، سقط في نصیب شریکه.

وإنما وجبت القيمة؛ لأنّ القصاص سقط من طریق الحكم، فانتقل مالاً.

٢٥٣٧ - [فصل: قتل العبد مولاہ عمداً وعفو أحد الابنین له]

قال أبو حنیفة ومحمد: إذا قتل العبد مولاہ عمداً، وللمولی ابنان، فعفا أحدهما، بطل (٢) القصاص، ولم یجب لأحد الابنین علی الآخر شيءٌ لأجل الجنایة.

وقال أبو یوسف: یقال للذي عفا: إما أن تدفع نصف نصیبك - وهو ربع العبد - [إلى] (٣) الذي لم یعف، أو تفديه بربع الدية.

وجه قولهما: أن أحد الابنین لما عفا انتقل نصیب الآخر مالاً وثبت للمیت؛ ولهذا تُقضى منه ديونہ، والمیت لا يجوز أن یثبت له علی عبده دينٌ، وكذلك لا یثبت لو ارثه علیہ دينٌ بسببه (٤)؛ لأنّ الوارث یقوم مقام المورث.

(١) ما بین القوسین سقطت من ب.

(٢) في ل (سقط).

(٣) في أ (ربع العبد الذي)، والمثبت من ب، والصواب في العبارة إثبات (إلى).

(٤) في ل (يشبهه).



[وجه قول] أبي يوسف: أن الجنایة صارت مالاً بعد انقسام العبد بينهما، وكل واحدٍ [منهما] يصح أن يكون له في نصيب الآخر دينٌ، فوجب أن تُعتبر هذه الحال، ولا تُعتبر الحال المتقدمة، ألا ترى أن مدبراً لو قتل مولاه عمداً فعفا أحد الابنين انتقل نصيب الآخر مالاً، ولا يُجعل كأنه صار مالاً في ملك الموروث، فكذاك هذا.

والجواب: أن المدبر عتق بموت المولى، ومَلَكَ نفسه وكسبه، وصارت الجنایة مالاً بعد الحرّية، وليس بملكٍ للورثة.

فأمّا في مسألتنا: فالعبد على ملك الورثة، وهم يقومون فيه مقام الموروث. وإذا ثبت لأبي يوسف: أن نصيب الذي لم يعف ينتقل مالاً، يثبت نصف الدية في نصف العبد، نصفها في نصيبه، ونصفها في نصيب شريكه، فما كان في [نصف] نصيبه يسقط، وما كان في نصيب شريكه ثبت.

ولهذا، قيل للذي لم يعف: ادفع نصيبك أو افده بربع الدية.



بَابُ ضمان الراكب

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا سارَ الرجل في طريقٍ من طرق المسلمين، فأوطأ دابته رجلاً بيدها أو رجلها، أو كدمت، أو صدمت، [أو خببت] بيدها، فهو ضامن^(١).

والأصل في هذا: أن المشي في الطريق بشرط السلامة، فكل ما تولد في^(٢) السَّير ممّا يمكن الاحتراز منه، فهو مضمونٌ، وما لا يمكن الاحتراز منه، فليس بمضمونٍ.

ألا ترى أنه مأذونٌ في المشي، فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه، كان ذلك منعاً من التصرف^(٣)، وما لا يمكن الاحتراز منه لا يؤدي ضمانه إلى المنع من المشي؛ لأنه يقدر أن يتحفّظ منه.

ولهذا قال أصحابنا: إن ما ثار من الغبار بالمشي أو بسير الدابة، لا يُضمن ما تولد منه؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه في السير، (وكذلك ما أثارت الدابة بسنابكها^(٤) من الحصى الصغار؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه في السير)^(٥).

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٥٦.

(٢) في ل (من السبب).

(٣) هنا زيادة (وما يمكن التصرف) في ل.

(٤) السنابك جمع سُنْبِك، والسُنْبِك: طرف مقدّم الحافر. انظر: مختار الصحاح (سبك)

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

فأما الحصی الكبار، فإنّ الراكب یضمن ما تولّد منه؛ لأنّ ذلك لا یكون إلا بالعرف [١/٣٤٠] على الدابة في السير.

فإذا ثبت هذا، فالراكب یمكنه الاحتراز من الوطاء بالدابة، ومما تُصیبُ بيدها ورجلها إذا وطئت، وكذلك الصدم والكدم، فكان ذلك مضموناً عليه.

وكذلك السائق؛ لأنّه یمكنه الاحتراز، وكذلك القائد؛ لأنّه مقربٌ للدابة إلى الجنایة، والمُرتدّف كالراكب^(١)؛ لأنّه یتمكّن من الاحتراز.

قال: وليس على قائدٍ ولا سائقٍ كفارةٌ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما سببٌ للإتلاف، والقتل بالأسباب لا یترتّب به كفارةٌ، كحفر البئر.

فأمّا الراكب والمُرتدّف، فعليهما الكفارة - یعنی فیما وطئت الدابة؛ لأنّ التلف حصل [بفعلهما]^(٢)، والقتل بالفعل [تتعلّق] به الكفارة.

قال: وإن نفحت^(٣) الدابة برجلها وهي تسير، أو بذنبها^(٤)، فلا ضمان في ذلك على راکبٍ^(٥)، ولا سائقٍ، ولا قائدٍ، ولا مرتدّفٍ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «الرّجلُ جبارٌ»^(٦)، وإنّما یعنی بذلك نفحة الرّجل؛ ولأنّ

(١) في ل (كالقائد).

(٢) في أ (بنقلها). والمثبت من ل.

(٣) يقال: نفحت الناقة: ضربت برجلها. مختار الصحاح (نفح).

(٤) (أو بذنبها) سقطت من ب.

(٥) في ل (راكب كان).

(٦) رواه أبو داود (٤٥٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، من طريق سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة.

وأصل الحديث: «العجماء جبارٌ، والبئر جبارٌ، والمعدن جبارٌ، وفي الركاز الخمس».

الاحتراز لا يمكن من النفحة، وإنما يمكن من الإيطاء والصدمة، وقد بينا أن ما لا [يمكن الاحتراز] ^(١) منه لا يُضمن.

وكذلك ما أصابت بذنبها، فهو كرجل؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه.

قال: وكذلك إذا أثارت الدابة وهي تسير غباراً، فأفسد متاع رجل، أو حصاةً ففقت عين إنسان، فلا ضمان على أحد في ذلك، وهذا على ما بينا ^(٢).

٢٥٣٨ - [فصل: ضمان صاحب الدابة في الطريق]

قال: فإن وقف صاحب الدابة في الطريق، فهو ضامن في ذلك كله، والنفحة بالرجل والذنب، ولمن عطب بروثها أو بولها أو لعابها.

وكذلك من أوقف دابةً على باب المسجد الأعظم، أو على باب مسجد من مساجد المسلمين، فهو مثل وقوفه في الطريق؛ وذلك لأن السير بشرط السلامة مأذون فيه، والوقوف ليس بمأذون [فيه]؛ لأنه مأذون في التصرف الذي لا يضرّ غيره، والسير لا يضرّ بالغير، والوقوف يضرّ؛ لأنه يمنع [من] الانتفاع بتلك البقعة على الدوام، فصار متعدّياً في الوقوف، فضمن ما تولد من ذلك ممّا يمكن الاحتراز منه، وممّا لا يمكن.

= رواه البخاري (١٤٢٨)؛ ومسلم (١٧١٠)؛ قال ابن حجر في الفتح: «اتفق الحفاظ على تغليب سفيان بن حسين حيث روى عن الزهري «الرجل جبار»، وما ذاك إلا أن الزهري مكثّر من الحديث والأصحاب، ففرد سفيان عنه بهذا اللفظ فعُدّ منكرًا، وقال الشافعي: لا يصحّ هذا». (٢٥٦/١٢).

(١) في أ، ب (يحترز) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ١٨/٧ وما بعدها.

٢٥٣٩ - [فَصْلٌ: ضمان جناية الدواب في المواقف المأذون بها]

قال: فإن كان الإمام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يوقفون فيه دوابهم، فلا ضمان عليه فيما أصابت في وقوفها، أو حدث منها في ذلك الموقف^(١)؛ لأنَّ الإمام يملك أن يقطع الطريق إذا لم يضرَّ بالناس، فإذا جعله لموقف الدواب، فكأنَّه قطعه، فصارَ الوقوف مأذوناً فيه، فلم يضمن ما تولد منه، كمن أوقف في ملك نفسه^(٢).

٢٥٤٠ - [فَصْلٌ: ضمان ما يصيب في الطريق العام المشترك]

قال: فإن سار فيه أو قاد، فهو ضامنٌ لما يصيب إذا فعل ذلك في الطريق العام المشترك؛ وذلك لأنَّ القائد والسائق مقرَّبٌ للدابة إلى الجناية، والإذن في الوقوف في هذا المكان لم يخرج من أن يكون طريقاً، فيضمن ما يُضمَّن في الطريق، إلا ما يتناوله الإذن.

[قال]: وكذلك إن كان ذلك الموضع قد أذن الإمام فيه بمنزلة سوق الخيل والدوابِّ، فلا ضمان على الواقف بدابته فيما كان من الدابة من نفعٍ برجلٍ، أو ذنبٍ، أو بَوْلٍ، أو رَوْثٍ، أو لُعَابٍ.

وكذلك إن كان راكباً عليها واقفاً، فلا ضمان عليه في شيءٍ من ذلك؛ لما بينا أنه مأذونٌ في الوقوف^(٣)، فما يتولد منه ليس بمضمونٍ.

(١) في ب (أو حدث فيها ذلك الموقوف)، وفي ل (الموضع).

(٢) انظر: الأصل ١٩/٧.

(٣) في ب (مأذونٌ فيه يعني في الوقوف).

٢٥٤١ - [فَصْل: الضمان في الوقوف في الفلاة]

قال: وكذلك الفلاة في الأرض، إذا أوقف فيها دابته [عليها] أو [كان] راكباً عليها^(١)، وكذلك طريق مكة إذا كان وقوفه في غير المَحَجَّةِ^(٢) ناحيةً عنها؛ وذلك لأنَّ الفلاة لا يستضرُّ الناس بوقوفه فيها، فصار مأذوناً في الوقوف، فلم يضمن ما تولد منه.

فأمَّا إن وقف في المَحَجَّةِ، فهو كالوقوف في الطريق؛ لأنَّ الوقوف في المَحَجَّةِ يضرُّ بالناس، فيضمن ما تولد منه.

٢٥٤٢ - [فَصْل: الضمان في المواضع التي أذن الامام فيها بالوقوف]

قال: وإن كان سائراً في هذه المواضع التي أذن الإمام فيها بالوقوف، أو قائداً، أو سائقاً، فهو ضامن، لا يزيل - ذلك عنه - ضمان الوقوف بالإذن^(٣)؛ [وذلك لأنَّ البقاع من جملة الطريق، وإنما سقط عنه ضمان الوقوف بالإذن]، فأمَّا السير، فعلى ما كان عليه، ولأنَّ السير مأذونٌ فيه من جهة الله تعالى، ومع ذلك يضمن ما تولد منه، فكذلك إذا أذن الإمام.

قال: وأمَّا الواقف في ملكه، والسائر فيه، أو القائد، أو السائق، فلا ضمان في شيءٍ من ذلك، إلا فيما وطئت بيدٍ أو رجلٍ؛ وذلك لأنَّ السائر في ملكه والقائد والواقف غير متعدِّ في فعله، فلم يضمن ما تولد؛ ولأنَّه يتصرّف في ملك نفسه، فلا يكون بشرط السلامة.

(١) في ب (وإن كان راكباً عليها).

(٢) المَحَجَّة: جادة الطريق. مختار الصحاح (حجج).

(٣) في ب (لا يزيل ذلك عنه إذن الإمام).

وليس كذلك السائر في الطريق ؛ لأنه متصرفٌ في حقِّ غيره ، فجاز أن يكون على شرط السلامة .

فأمَّا إذا أوطأ^(١) ، فالتلف حصل بفعله ؛ ولهذا تلزمه الكفارة ، ومن أتلف شيئاً بفعله لم يختلف أن يكون في ملكه أو في غير ملكه^(٢) .

قال : وسواءً كان الذي لحقته الجناية مأذوناً له في دخول الملك أو غير مأذونٍ ؛ لأنه تلف بفعله ، ومن دخل [ملك الغير]^(٣) بغير إذنٍ لا يجوز إتلافه .

قال : وكذلك لو كان في الملك كلبٌ عقورٌ ، فعقر في الدار^(٤) ، [لم يضمن]^(٥) ، أذن له في الدخول أو لم يؤذن ؛ وذلك لأنَّ ترك الكلب في الملك ليس بتعدٍّ ، فما يتولد منه لا يُضمن^(٦) .

٢٥٤٣ - [فصل : إصابه الدابة بعد انفلاتها ونفورها]

قال : وإذا نَفَرَت الدابة من الرجل ، أو انفلتت منه ، فما أصابت في فورها ذلك ، فلا ضمان عليه ؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «جرح العجماء جُبَارٌ ، والبرُّ جُبَارٌ ، والمعدن جُبَارٌ ، وفي الركازِ الخمس»^(٧) .

(١) في ب (فأمَّا الوطاء) .

(٢) في ب (أو ملك غيره) .

(٣) في ل (ياذن مالكه) .

(٤) في أ (فعقر من في الدار) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في سياق العبارة ، لأنَّ المسألة في رجل دخل ملك غيره فعقره كلبه ، وليس في عقر الكلب من في الدار .

(٥) في أ (ضمن) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح كما يدل عليه آخر الفقرة .

(٦) انظر : الأصل ١٩/٧ ، ٢٠ .

(٧) رواه البخاري (١٤٢٨) ؛ ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قال مالكُ: الجُبَّارُ: الهدرُ الذي لا دية فيه .

قال محمدٌ: والعجماء: هي الدابة المتفلّته ، وسواءً كان انفلاتها في ملك صاحبها أو في الطريق ، أو في ملك غيره ؛ لأنه لا صنع له في انفلاتها ، ولا يمكنه الاحتراز من فعلها ، فلا يضمن ما تولّد منه .

وقد قالوا فيمن أرسل دابته: فما أصابت في فورها ضمن ؛ لأنه لما أرسلها ، فهو كالدافع لها ، وهو متعدُّ^(١) في الإرسال ، فصار كالسابق .

وإن عطفت يميناً وشمالاً ثم أصابت ، فهو على وجهين: إن لم يكن لها طريقٌ إلا ذلك ، فالضمان على المرسل ؛ لأنها باقيةٌ على الإرسال ، وإن كان لها طريقٌ آخر ، فانعراجها باختيارها ، فانقطع حكم الإرسال ، فصارت كالمنفلتة .



(١) في ب (وهو في منعه) ، خطأ .

بَابُ ما يحدثه الرجل في الطريق مما يضمن به



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا حفر الرجل بئراً^(١) في طريق المسلمين ، أو في فنائه ، أو أخرج جناحاً ، أو نصب فيه ميزاباً ، [٣٤٠/ب] أو بنى ساباطاً^(٢) ، أو وضع حجراً ، أو خشبةً ، أو متاعاً ، أو صبَّ الماء في الطريق ، أو قعد ليستريح في الطريق ، أو ضعف لمرضٍ أصابه أو عمىً لحقه ، فقعد في الطريق ، فعثر بشيء من ذلك عائرٌ ، فوقع فمات ، أو وقع على غيره فقتله ، أو حدث به أو بغيره من ذلك العثر والسقوط جنايةً ؛ قتلٌ أو غيره ، فهو في ذلك كله ضامنٌ .

وكذلك ما وقع في البئر ، أو صدمه الجناح ، أو ما أحدث من ذلك [في] الطريق ، أو زلق بالماء الذي صبّه في الطريق ، فهو ضامنٌ في ذلك أجمع .

وكذلك ما عطب بذلك من الدواب ، فهو في ضمانه ؛ لأنه متعدٌّ فيما يحدثه في الطريق ، وما تولد من فعلٍ متعدٍّ فيه ، فهو مضمونٌ ، كما يتولد من الرمي^(٣) .

٢٥٤٤ - [فصل: ما تتحملة العاقلة من الجنايات وما لا تتحملة]

قال: وما كان من جنايةٍ بذلك في بني آدم ، فهو على العاقلة إذا بلغ القدر

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (بنى دكاناً) ، والساباط: سقيفةٌ بين حائطين تحتها طريقٌ ، والجمع سوابيط وساباطات . مختار الصحاح (سبط) .

(٣) انظر: الأصل ٢٥/٧ ، ٢٦ .



الذي عرَّفْتكَ^(١) أن العاقلة تتحمَّله ، وما لم يبلغ ذلك فهو في ماله .

وما كان من جنايةٍ على غير بني آدم ، فهو في ماله دون عاقلته ؛ لأنَّ ضمان الأدمي جناية ، تتحمَّلها العاقلة ، وضمان غيره ضمان مالٍ فلا تتحمَّله العاقلة ، كما لا تتحمَّل الديون .

[قال] : وليس على محدث هذه الأشياء كفارةٌ لو حدث منها قتلٌ ؛ وذلك لأنَّ الكفارة تتعلَّق بالقتل ، وحافر البئر ليس بقاتلٍ ، ألا ترى أنَّه لا يجوز أن يكون قاتلاً بالحفر ، ولا مقتول [هناك] ، ولا يجوز أن يكون قاتلاً بالوقوع ؛ لأنَّه قد يقع^(٢) [في البئر] بعد موت الحافر فيستحيل أن يكون قاتلاً بعد موته .

ولأنَّ الكفارة تجب^(٣) فيما يجوز أن يقع في جنسه العمد ؛ لأنها تكفيرٌ ، وذلك يجب في المأثم ، فما لا يُتصوَّر في جنسه العمد ، لا يدخله الكفارة .

٢٥٤٥ - [فصل : حرمان الميراث في القتل بسبب]

قال : ولا تحرم ميراثاً إن كان يرث المجني عليه ؛ وذلك لما بيَّنا أنه ليس بقاتلٍ ، وحرمان الميراث يتعلَّق بالقتل ؛ ولأنَّ حرمان الميراث يثبت على وجه العقوبة لمن تعمدَّ القتل ؛ [إذ]^(٤) جاز أن يكون متعمداً في الباطن ، وهذا المعنى لا يوجد في حفر البئر .



(١) في ب (بلغ الدية الذي عرفتك) .

(٢) في ل (يقف) .

(٣) في ب (تجوز) .

(٤) في أ ، ب (أو) والمثبت من ل .

٢٥٤٦ - [فصل: الضمان إذا وقع القتل بسبب وقوع شيء هو لابسه]

قال محمدٌ: قال أبو حنيفة: إذا كان الرجل يمشي في الطريق وعليه شيء^(١) لابسه ، [أو] سيفٌ أو طيلسانٌ أو غيره ، فوقع ذلك عنه ، فعطب به عاطبٌ فقتله ، أو وقع عليه إنسانٌ^(٢) فأعطبه ، أو وقع في الطريق فعثر به عائرٌ ، فلا ضمان عليه في شيءٍ من ذلك ؛ وذلك لأن ما يلبسه الإنسان لا يمكن الاحتراز منه ، وقد بينّا أن ما لا يمكن الاحتراز منه ، لا يُضمّن في الطريق .

٢٥٤٧ - [فصل: الموت بسبب وقوع شيء حامل له]

قال: ولو لم يكن لابساً ذلك ، ولكنه حاملٌ له^(٣) ، فوقع منه على إنسانٍ فقتله ، أو وقع منه فعثر به عائرٌ ، فهو ضامنٌ لدية ما هلك بذلك ، وهذا قول أبي يوسف ومحمدٍ ؛ وذلك لأنّ الحَمْلَ يمكن الاحتراز منه ، وله منه بدٌ ، فما تولّد منه مضمونٌ^(٤) .

قال أبو الحسن: وحمله مباحٌ ، إلا أنّه بشرط السلامة ، ألا ترى أنّ الله ﷻ أباح الاصطياد ورَمَى الصيد ، فلو رمى صيداً فوقع بشاةٍ أو إنسانٍ ضمن ، وكذلك لو رمى مشركاً في حال القتال ، فأصاب مسلماً ، وقد فرض الله ﷻ رميه في تلك الحال ، فهكذا الإباحة في الحمل .

فأمّا اللباس ، فأمراً عامّاً يشترك فيه المسلمون جميعاً ، وهم فيه سواء ؛ لأنّ

(١) في ل (وعليه لابسه) .

(٢) في ب (أو وقع على إنسان) .

(٣) في ب (ولكنه كان حاملاً له) .

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٤٣/٦ .

لكلِّ أحدٍ منه [لبسه] ؛ فلهذا [باين] ^(١) سائر ما وصفت لك .

قال محمدٌ: وإنَّما نجيز من ذلك ونبطل الضمان فيما كان يلبسه الناس ، فإذا لبس من ذلك ما لا يلبسونه ، جعلناه بمنزلة الحامل لذلك ، وضمَّناه كما يضمن الحامل .

وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ ما لا يلبسه الناس لا تدعو إليه الحاجة ، فيكون كالحامل ، فيكون بشرط السلامة ^(٢) .

وقد قالوا فيمن وضع كنانته في الطريق ^(٣) ، فعطب بها إنسانٌ: ضمن ؛ لأنَّه متعدُّ في الوضع ، وقال محمد: إنَّ وَضَعَ ذلك في طريق غير نافذٍ وهو من أهله لم يضمن ؛ لأنَّها بقعةٌ مشتركةٌ ، فهي كالدار المشتركة ، فيجوز لكلِّ واحدٍ من الشريكين الانتفاع بها .

وَمِمَّا يُلْحَقُ بِهَذَا الْبَابِ

٢٥٤٨ - [فصل: في عطب إنسانٍ ببناء المسجد]

ما قاله أصحابنا: في أهل المسجد إذا بنوا فيه بناءً ، أو حفروا [فيه] بئراً ، أو وضعوا جناحاً ^(٤) ، فعطب به إنسانٌ ، فلا ضمان عليهم ؛ لأنَّ النظر في مصالح

(١) في أ ، ب (باين) والمثيت من ل .

(٢) في ب (فهو كالحامل بشرط السلامة) .

(٣) (في الطريق) سقطت من ب . «والكِنَانَةُ - بالكسر - جَعْبَةُ السَّهَامِ مِنْ أَدَمٍ» . المصباح (كنن) .

(٤) في ب (أو حفروا فيه بئراً ، أو وضعوا فيه جناحاً) ، في ل (حُبًا) «والحُبُّ بالخاء الخافية فارسي

معرب» . كما في المصباح (حِب) .

والجَنَاحُ: الجانب ، ومنه جَنَاحُ القصر . والروشنُ: الكَوَّةُ والشُّرْفَةُ . والشُرْفَةُ: «بناء خارج من البيت

المسجد إليهم ، فما فعلوه فيه ، فلا ضمان فيه ، كالوصيِّ أو الأب إذا فعلوا ذلك في دار اليتيم ، ووالي الوقف إذا فعل في الوقف .

وأما إذا بنى رجلٌ من غير أهل المسجد بناءً في المسجد^(١) ، أو حفر بئراً ، أو علّق فيه قنديلاً ، أو وضع حصيراً ، أو ألقى فيه الحصير ، فعطب به إنسانٌ ، فهو ضامنٌ في قول أبي حنيفة ، وقال^(٢) : لا ضمان عليه إلا في البناء والحفر .

[وجه قول] أبي حنيفة : أن النظر في مصالح المسجد إلى أهله ، وليس إلى غيرهم ؛ بدلالة أن لهم أن يمنعوا غيرهم من عمله ، فصار من ليس من أهله كمن وضع شيئاً في دار غيره .

[ولأنه]^(٣) لو لم يضمن في القنديل والحصير ، لم يضمن في البناء والحفر كأهل المسجد .

وجه قولهما : أن المسجد لجميع الناس ، وقد أُذِن للمسلمين في عمارته بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ مِنْ ءَامِنٍ بِاللَّهِ ﴾ [التوبة : ١٨] ، وقال تعالى : ﴿ فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا أَسْمُهُ ﴾ [النور : ٣٦] ، إلا أن لأهل المسجد اختصاصاً به ، فصاروا كالمالك ، وغيرهم كالمستعير^(٤) ، ومعلوم أن للمستعير أن يضع في الدار الحصير^(٥) والقنديل ، وليس له أن يحفر فيها ولا

يُسْتَشْرَفُ مِنْهُ عَلَى مَا حَوْلَهُ . انظر : المعجم الوجيز (جنح ، رشن ، شرف) .

(١) (بناء في المسجد) سقطت من ب .

(٢) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٣) في أ (ولو أنه) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .

(٤) في ب (كالمنع) ، خطأ .

(٥) في ل (الحصر) .



يبنى ، فكذاك هذا .

والجواب : أنه لا يمتنع أن يكون المسجد لجماعة المسلمين ، ويختصّ تدبيره بأهله ، ألا ترى أن النبي ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبه ، فأمره الله تعالى بردها عليهم بقوله : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ [النساء : ٥٨] ^(١) ، والكعبة حقٌ لجميع المسلمين ، وإن خُصَّ قومٌ بتدبيرها .

٢٥٤٩ - [فصل : الضمان لعطب في المسجد]

قال أبو حنيفة فيمن جلس في مسجدٍ لغير [قربة] ^(٢) ، لحديثٍ أو نومٍ أو ما [أشبه ذلك] ^(٣) ، فعطب به إنسانٌ : فهو ضامنٌ ، وقالوا ^(٤) : لا ضمان عليه .

[وجه قول] أبي حنيفة : أن المسجد إنما بُني للعبادات ، فإذا اشتغل بغيرها صار متعدياً ، ألا ترى أن الطريق لما جُعِلَ للاجتياز كان من جلس فيه متعدياً .

وجه قولهما : أنه لو جلس في المسجد للطاعة ولذكر الله ، لم يضمن ، فكذاك إذا جلس لغيره ، ألا ترى أن الماشي في الطريق [للطاعة] ، لما لم يضمن ، [لم يضمن] إذا مشى للمعصية .

٢٥٥٠ - [فصل : فيمن حفر بئراً في السوق ويقع فيها إنسان]

وقد قال أصحابنا فيمن حفر بئراً في سوق العامة لمصلحة المسلمين ، فوقع

(١) «فدعا عثمان وشيبة ، فقال لهما : (خذاها خالدة تالدة ، لا ينزعها منكم إلا ظالم)» . انظر : تفسير الطبري ٨/٤٩٢ ، ٤٤٩ ؛ تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٤٤٩ .

(٢) في أ (لغير قرآن) ، والمثبت من ب .

(٣) في أ ، ب (أو ما أشبهه) والمثبت من ل .

(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .



فيها إنسانٌ، فإن كان الحفر بغير إذن السلطان: ضمن، وكذلك إذا اتخذ قنطرةً للعامّة.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يضمن.

وجه قولهم المشهور: أن هذا حقُّ لعمامة المسلمين [أ/٣٤١]؛ وتدبير أمر العمامة إلى الإمام، فما فعل بغير أمره [يُضْمَن] كما فعل في دار الغير بغير أمره. لأبي يوسف: أن هذا من مصالح المسلمين، والإنسان مأذونٌ في مصالحهم، فصار الإذن من طريق الحكم، كالإذن بالنطق^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٢/٧، ٤٣.

بَابُ [فِي] النّاحِسِ

قال [أبو الحسن]: وإذا كان الرجل يسير على دابّته ، أو واقفاً عليها في ملكه أو في طريقٍ ، فنخس^(١) دابته رجلاً ، فضربت بيدها أو بذنبها أو برجلها ، أو نفرت ، فصدمت إنساناً من فورها من النخسة ، فالناخس ضامنٌ دون الراكب إذا فعل ذلك بغير أمر الراكب ؛ وذلك^(٢) لما روى القاسم بن عبد الرحمن: أن رجلاً نخس دابةً فصدمت رجلاً ، فاختصموا في ذلك إلى سليمان بن ربيعة ، فضمّن الراكب ، فبلغ ذلك إلى ابن مسعود ، فقال: «ألا إنّما يضمن الناحس ، ألا إنّما يضمن الناحس ، ألا إنّما يضمن الناحس»^(٣) .

وروي عن عمر: أنّه ضمّن الناحس دون الراكب^(٤) ؛ وذلك لأنّه تعدّى في النخس ، فضمن ما تولّد منه ، وكأنّه دفع الدابة على غيره .

وإنّما استوى ما كان بالرّجل والذّنب وباليد ، لأنّه كالدافع لها بضربه ، فعلى أي وجهٍ عطب بها ضمن .

(١) «نخست الدابة نخساً: طعنته بعود أو غيره، فهاج». المصباح (نخس).

(٢) هنا في (أ) ذكرت العبارة الواردة بعد ثلاثة أسطر: (وذلك لأنّ تعدّى... إلى: والذنب باليد)، وسقطت من (أ) هذه العبارة في الموضع الآخر، وأثبتت في (ب)، والعبارة في الموضع الثاني أنسب للسياق منها في الموضع الأول.

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٢٢/٩)؛ وابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٨/٥).

(٤) ذكره ابن حجر في الدراية (٢٨٣/٢) نقلاً عن الهداية، وقال: أما عن عمر فلم أره، وأما عن ابن مسعود.... وخرجه من المصنف لعبد الرزاق والمصنف لابن أبي شيبة.



وإنما سُرِّط في الضمان أن يكون من فورها؛ لأنها إذا سكنت من فورة الضرب، فما تصيبه بعد ذلك إنما تفعله باختيارها، فلا يضمنه كما تصيب قبل نخسه.

٢٥٥١ - [فَصْل: ضرب الدابة بأمر الراكب]

قال: وكذلك لو ضربها رَجُلٌ؛ لأنَّه دافعٌ لها بالضرب.

قال: فإن فعل ذلك بأمر الراكب، فقتلت رجلاً نفحته برجلها، فإن كان الراكب يسيرُ في الطريق أو واقفاً في ملكه، أو في موضعٍ قد أُذِن فيه في الوقوف [من هذه الأسواق] ونحوها، فلا ضمان في هذا على راکبٍ ولا سائقٍ ولا ضاربٍ؛ وذلك لأنَّه لما ضرب بأمر الراكب، والراكب يملك الأمر بالضرب، صار ضربه كضرب الراكب، فلا يضمن به ما أصابت بالرجل في هذه الأحوال.

قال: فإن كان الراكب واقفاً في بعض طريق المسلمين التي لم يؤذن في الوقوف فيها، فأمر رجلاً أن يضرب دابته، [فضربها]، فنفحت رجلاً فقتلته، فالدية عليهما نصفان: نصفٌ على الضارب^(١)، ونصفٌ على الراكب، على عاقلتهما، ولا كفارة عليهما؛ وذلك لأنَّ ضربه لها بأمر الراكب كضرب الراكب، ولو ضربها الراكب وهو واقفٌ في هذا المكان، ضمن ما يتولد من الرجل، فكذلك إذا أمر بالضرب.

وإنما شاركه الضارب في الضمان؛ لأنه تعدى في الفعل، فاشتركا في التعدي، فضمننا^(٢).

(١) في ل (نصف على الضراب ونصف على عاقلتها).

(٢) انظر: الأصل ٢١/٧.

٢٥٥٢ - [فصل: الكفارة في القتل بسبب]

قال: ولا كفارة عليهما؛ لأنه قتلٌ بسببٍ^(١).

وقال ابن سَمَاعَةَ عن أبي يوسف في نوادره: في رجلٍ على دابةٍ يسير، أمر رجلاً أن ينخس به، ففعل، فوطئت إنساناً فمات، فالضمان عليهما، وكذلك لو نخس بغير أمر الراكب، فوطئت، فالضمان عليهما.

ولو نخس بأمره وهي سائرةٌ، فنفحت^(٢) إنساناً فمات، فلا شيء عليهما؛ وذلك لأنه لما نخس بأمره [وهي سائرةٌ] فوطئت، فقد مات الرجل بثقل الراكب وفعل الناحس، فاشتركا في الضمان؛ لاشتراكهما في سبب القتل، وأما إذا نفحت برجلها، فضربه بأمر الراكب كضرب الراكب، فلا يضمن.

قال: ولو نخس بغير أمره، فنفحت فقتلت إنساناً وهي سائرةٌ، ضمن الناحس، وكان على عاقلته؛ لما بينا أنه كالدافع لها، وهو متعدٌّ^(٣) في فعله.

٢٥٥٣ - [فصل: الضمان في حال النخس وهي واقفه]

[قال]: وإن كانت واقفةً فنخس بأمره، فعلى الراكب [الضمان]، وإن كان بغير أمره، فعلى الناحس؛ وذلك لأنه إذا نخس بأمره فكأن الراكب^(٤) نخس، فيضمن ما تعلّق بالرجل، وإن كان بغير أمره فقد تعدّى في الفعل، فصار كالدافع للدابة.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٤٢.

(٢) «ونفحت الدابة نفحاً: ضربت بحافرها». المصباح (نفح).

(٣) في ب (متقدم).

(٤) مكان (بأمر الراكب) بياضٌ في أ، وأثبتت من ب.

٢٥٥٤ - [فصل: نخس الرجل الدابة وعليها راكب]

قال: وإذا نخس الرجل الدابة وعليها راكبٌ بغير أمره، فوثبت به وألقت الراكب، فالناخس ضامنٌ لما حدث عليه من جناية؛ لأنه تعدّى في السبب، فضمن ما تولد منه.

فإن لم تلقه، وجمحت^(١) به، فما أصابت في فورها ذلك، فعلى الناخس؛ لأنه سببٌ فيه على طريق التعدي.

فإن نفحت الناخس، فقتلته، كانت ديته هدرًا؛ لأنه في حكم الجاني على نفسه، ألا ترى أنها لو نفحت غيره كان الضمان عليه^(٢).

قال: ولو أمره بنخسها وهي تسير، فوطئت إنسانا فقتلته، فالدية عليهما جميعًا نصفان؛ لأن الراكب والناخس كالسائق والراكب، يشتركان فيما كان من جناية الدابة فيما^(٣) يُحترز منه.

وقال ابن سَماعة عن أبي يوسف: وكذلك إن نخس بغير أمر الراكب، فوطئت، فالضمان عليهما؛ لأنه تلفٌ بثقل الراكب ودفع الناخس.

قال: ولا ضمان على الناخس حتى يظهر أن الذي أصابته كان في فورها الذي نخسها فيه، وهذا على ما قدمنا.



(١) في ل (وهجمت). وجمع الفرس براكبه - جَمَحًا وجموحًا وجماحًا -: «استعصى حتى غلبه، فهو

جَمُوح». انظر: المصباح (جمع).

(٢) في ب (كان في ضمانه).

(٣) هذه الكلمة سقطت من ب.

٢٥٥٥ - [فصل: وقوع النخس بغير إذن القائد والسائق]

قال: فإن كان للدابة سائقٌ وقائدٌ، فنخس بغير إذن واحدٍ منهما، فنفحت، فالضمان على النخس دونهما؛ لأنَّ النخس كالمدافع للدابة، فإن كان كلُّ واحدٍ منهما أمره، فلا ضمان عليه، ولا على واحدٍ منهما إذا نفحت؛ لأنَّ فعله بأمرهما كفعلهما. [والله أعلم] (١).



(١) انظر: الأصل ٢١/٧، ٢٢.

بَابُ جِنَايَةِ الْقَطَارِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا قاد الرجل قطاراً^(١)، فما أوطأه أوله وآخره، فهو ضامنٌ له، وكذلك إن صدم إنساناً فقتله؛ لأنَّ القائد مُقَرَّبٌ للبهيمة إلى الجناية، فكأنَّه ألقاها على غيره، ولأنَّه يقدر على الاحتراز بأن يذود الناس عن الطريق، وما أمكن الاحتراز منه، ضَمِنَ.

فإن كان معه سائقٌ، فالضمان عليهما؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُقَرَّبٌ للقطار، فاشتركا في سبب الجناية.

فإن كان السائق في وسط القطار، فما أصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه من شيءٍ، فهو عليهما؛ لأنَّ ما بين يديه هو له سائقٌ، والأوَّل له قائدٌ، وما خلفه هما له قائدان، فيشتركان في الضمان.

قال: وإن كان يكون أحياناً وسطاً، [وأحياناً يتأخَّر] ^(٢)، وأحياناً يتقدَّم، وهو يسوقها مع ذلك، فهو بمنزلة الأوَّل؛ لأنَّه سائقٌ لبعضها أو قائدٌ، وكلا الأمرين يتعلَّق به الضمان [٣٤١/ب].

٢٥٥٦ - [فَصْلُ: الاشتراك في الضمان]

وقال محمدٌ في إملاء الكيساني: لو أنَّ رجلاً كان يقودُ قطاراً، وآخر من

(١) «القطار: الإبل يُقَطَّر على نسق واحدٍ، والجمع قَطْرٌ». المغرب (قطر).

(٢) مكان عبارة (وأحياناً يتأخَّر) بياضٌ في (أ)، والمثبت من ب.

خلف القطار يسوقه ويزجر الإبل، فتزجر لسوقه^(١)، وعلى الإبل قوم في المحامل^(٢)، نيام أو غير نيام، فوطئ بغير منها إنساناً فقتله، فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين على البعير الذي وطئ، وعلى الراكبين جميعاً الذين قدام البعير الذي وطئ، على عواقلهم جميعاً على عدد الرؤوس.

والكفارة على الركاب خاصة؛ وذلك لأن القائد والسائق مقربون إلى الجناية، والركاب أمام البعير كالقادة لما خلفهم، والراكب على البعير حصل التلف بثقله، فاشتركوا في سبب الضمان، فانقسم عليهم.

والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة؛ لأن القتل بثقله، ومن سواه قاتل بسبب.

٢٥٥٧ - [فصل: الضمان على من كان من الركبان خلف البعير]

قال: ومن كان من الركبان^(٣) خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الإبل ولا يسوقها، راكباً على بغير منها أو غير راكب، فلا ضمان على واحد منهم؛ لأنهم لما لم يسوقوا^(٤)، ولم يقودوا، صاروا كمتاع على الإبل.

٢٥٥٨ - [فصل: الضمان على من كان من الركبان أمام البعير الواطئ]

قال: وأما الركبان أمام البعير الواطئ، فإنهم جميعاً قادة للبعير الواطئ

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في أ (نيام في المحامل)، والمثبت من ب، والصواب في السياق ما في ب؛ حذف كلمة (نيام). والمحامل: مفردة «مَحْمِل - وزان مَجْلِس - : الهودج». المصباح (حمل).

(٣) في ب (في الركاب).

(٤) (لم يسوقوا) سقطت من ب.

وجميع ما خلفه ، وهذا [محمولٌ] على أنهم يفعلون فعلاً في القود ، فأما إذا لم يكن منهم فعلٌ في القود فهم كالمتاع ؛ [لأنَّ الإنسان قد يكون قائداً وإن لم يفعل القود ، ألا ترى أنَّ النائم يجوز أن يكون قائداً ، ولا يجوز أن يكون سائقاً إذا لم يفعل السوق ، فلذلك افترقا] .

٢٥٥٩ - فَصْلُ : [ربط البعير بالقطار والقائد لا يعلم]

قال : وإذا كان الرجل يقود قطاراً فجاء رجلٌ فربط إليه بعيراً والقائد لا يعلم ، فوطئ البعير إنساناً فقتله ، فالدية على عاقلة القائد ، يرجعون بها على عاقلة الرابط ؛ لأنَّ القائد^(١) قرَّب البعير من الجناية ، وضمان الإلتلاف يستوي فيه العلم والجهل ، ويرجع عاقلته بالضمان على عاقلة الرابط ؛ لأنَّ الرابط تعدَّى في رباطه ، فصار هو السبب في إلزامهم الضمان ، فكان الرجوع عليه .

٢٥٦٠ - فَصْلُ :

قال : ولو كانت الإبل وقوفاً لا تُقاد ، فجاء رجلٌ فربط إليها بعيراً والقائد لا يعلم ، فقادها القائد ، فانقاد البعير معها ، فوطئ البعير إنساناً فقتله ، فالضمان على القائد ، ولا يرجعون على عاقلة الرابط ؛ لأنَّ الرابط تعدَّى في الربط ، فلما قاد القائد أزال جنايته عن مكانها ، فزال الضمان عنه وتعلَّق بالقائد ، كمن وضع حجراً في الطريق ، فدخرجه آخر ، ثم عُطِبَ به إنسانٌ ، فالضمان على عاقلة الثاني دون الأوّل .

وليس كذلك المسألة الأولى ؛ لأنه ربط البعير والإبل سائرةً ، فلم يستقرَّ به الجناية حتى يتغير حكمها بالانتقال ، فيبقى التعدّي ببقاء الربط .

(١) في ب (الرابط) .

٢٥٦١ - فَصْل: [ربط البعير بالقطار والقائد يعلم]

قال: وإن كان القائد علم بالبعير في المسألتين جميعاً أنه قد رُبط إلى إبله، فقادها على ذلك، فوطئ البعير إنساناً فقتله، فالدية على عاقلة القائد، ولا يرجعون على الرابط؛ لأنه لما قاد بعد العلم بالربط، فقد رضي بذلك، فزال الضمان عن الرابط، فكأنه ربط بأمره^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٣/٧ وما بعدها.



بَاب

الرجل يجنى عليه جنایاتٌ مختلفةٌ بعضها مضمونٌ وبعضها غيرُ مضمونٍ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا جرحَ الرجل رجلاً جراحةً أو جراحتين ،
وجرحه سَبْعُ فمات من ذلك ، فإنَّ على الرجل نصف الدية ، ونصفها هدرٌ .

وكذلك لو جرحه السَّبْعُ جراحتين ، والرجل جراحةً واحدةً ؛ وذلك لأنَّ
الجراحتين من رجلٍ واحدٍ كجنايةٍ واحدةٍ ، بدلالة أنَّ حكمها واحدٌ .

ولهذا قالوا: في رجلٍ جرح رجلاً جراحةً ، وجرحه آخر جراحتين ، أو عشر
جراحاتٍ ، فمات من ذلك ، فالدية عليهما نصفان ؛ لأنَّ الإنسان قد يموت من
جراحةٍ واحدةٍ ولا يموت من عشر جراحاتٍ^(١) ، فاحتمل أن يكون الموت من
الجراحة المنفردة ، واحتمل أن يكون من الجراحات الباقية .

فإذا ثبت هذا ، قلنا: قد مات في مسألتنا من جِراحَتَيْنِ مختلفتي الحكم ؛
لأنَّ جراحة السبع هدرٌ ، وجراحة الأدمي مضمونةٌ ، فانقسم الضمان ، فوجب على
الجراح النصف ، وسقط ما أصاب جراحة السبع ؛ لأنَّه هدرٌ .

٢٥٦٢ - فَصْل: [اشتراك السَّبْع مع الإنسان في الجراحة]

قال: وكذلك لو جرحه الرجل جراحةً ، وعقره سَبْعٌ ، ونهشته حيَّةً ، وخرج به^(٢)

(١) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٢) في ل (وجرح به جراح) .

خراجةً، وأصابه حجرٌ، ورمت به الريح، فمات من ذلك، فعلى الرجل نصف الدية^(١)، تجعل الجراحات التي ليس لها حكمٌ يلزم [أحداً] كجراحةٍ واحدةٍ، فكأنه مات من جنایتين^(٢): إحداهما هدرٌ، والأخرى مضمونةٌ، فيلزمه نصف الدية، ويبطل نصفها.

ولا يُبالي كثر عدد الهدر أو قل، هو كجراحةٍ [واحدة] ^(٣)؛ وذلك لأن الهدر له حكمٌ واحدٌ، فصار كجراحات الرجل الواحد، أنها في الحكم كجراحةٍ واحدةٍ.

٢٥٦٣ - فَصْل: [اشتراك رجلين في الجراحة]

قال: وكذلك لو جرحه رجلٌ جراحةً واحدةً^(٤)، وجرحه آخرٌ أخرى، ثم انضمَّ إلى ذلك ما ذكرنا ممَّا لا حكم له، يلزم فاعله، فإن على كلِّ رجلٍ ثلث الدية، ويهدر الثلث؛ لأنَّ جراحتي الرجلين كلٌّ واحدةٍ منهما تنفرد بحكم الضمان، والهدر في الجراحات كجراحةٍ واحدةٍ، فكأنه مات من ثلاث جنایات، فتقسَّم الدية أثلاثاً.

٢٥٦٤ - فَصْل: [الدية في الجنایات مختلفة الأحكام]

قال: فإن كان لبعض الجنایة [جراحاتٌ]^(٥) مختلفة الأحكام، فقسَّمت مما يخصه إذا قسمت على عدد الجنایات على أحكام الجنایات.

(١) في ب (نصف الدم).

(٢) في ب (جراحتين).

(٣) الزيادة من ب، ل.

(٤) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٥) في أ (جراحتان)، والصواب في سياق العبارة ما في ب.

وذلك كرجلٍ أمر رجلاً أن يقطع يده لعلّة بها^(١)، ثم إنّ المأمور جرح الأمر جراحةً أخرى بغير أمره، ثم جرحه رجلان^(٢) آخران، كلّ واحدٍ منهما جراحةً، ثم عقره سبّع، ونهشته حيّة، وخرج به خراج، فمات من ذلك، فإنّ الجناة الذين لجنائتهم أحكامٌ ثلاثةٌ وسائر ما لا حكم له واحدٌ، فربع الدية هدراً، ويُقسّم باقي الدية على الجناة، وهم ثلاثةٌ، فيكون على كلّ واحدٍ منهم الثلث.

فما أصاب^(٣) المأمور بالقطع، فله حكمان: حكمٌ هدراً: وهو القطع الذي أمر به، وحكمٌ مضمونٌ: وهو الجراحة التي فعلها بغير أمرٍ، فسقط نصف ما يخصّه: وهو سدس الدية، ويلزمه من الدية سدسها؛ وذلك لأنّ جراحتي المأمور وإن اختلف حكمها، فهي من فعلٍ^(٤) واحدٍ، فلا تثبت لها في حقّ شركائه في الجناية، إلا حكم الجناية الواحدة.

فقد مات من جناية المأمور، وجناية الآخرين، والجنائيات التي هي هدراً، فهي كجنايةٍ واحدةٍ، فصار الموت من أربع جنائياتٍ: إحداها هدراً، فسقط ربع الدية، وتلزم كلّ واحدٍ من المأمور والجارحين بعده ربع الدية، فما أصاب المأمور، يُقسّم على جراحتيه لاختلاف حكمها، فسقط نصف ما أصابه؛ لأنّه مأمورٌ بالقطع، وبقي نصفه [أ/٣٤٢]، وهو الثمن.

والذي ذكر في الكتاب: السدس، وإنّما يريد به سدس ما بقي من الدية بعد إسقاط الهدر، وسدس الثلاثة الأرباع، ثمن الجميع.

(١) مكان عبارة (لعله بها) بياضٌ في ب.

(٢) في ل (رجل).

(٣) في ل (فمات).

(٤) في ل (قول).



٢٥٦٥ - فصل: [اشترك غير المأمور مع المأمورين بالضرب]

قال: ولو أنّ رجلاً أمر عشرة أن يضربوا عبده، أمر كلّ واحدٍ منهم أن يضربه سوطاً، فضربه كلّ واحدٍ [منهم] كما أمره، ثم ضربه آخر لم يأمره سوطاً، فمات من ذلك كله، فعلى الذي لم يؤمر أرش (السوط) الذي ضربه من قيمته مضروباً عشرة أسواط^(١)، ثمّ على الذي لم يؤمر^(٢) جزءٌ من أحد عشر جزءاً من قيمته، مضروباً أحد عشر سوطاً.

وذلك لأنّ الضارب الذي لم^(٣) يؤمر، قد أحدث في العبد نقصاً بضربه، والعبد ناقصٌ بما تقدّم من الضرب، فوجب أن يضمن ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته، وهو مضروب عشرة [أسواط]؛ لأنّه لم يجن عليه إلا بعد نقصانه.

ثمّ قد مات العبد من إحدى عشر جراحةً؛ لأنّ كلّ واحدٍ من السياط فعل آدميٌّ، فتعلّق بفعله حكمٌ، فانقسم الضمان على عددهم، فما أصاب العشرة سقط؛ لأنّه وقع بأمر المالك، وما أصاب الحادي عشر ضمنه، وذلك جزءٌ من أحد عشر جزءاً من قيمته مضروباً بأحد عشر سوطاً؛ لأنّ العشرة الأسواط أوجبت نقصاً بفعل غيره، فلا [يضمنه]^(٤)، والسوط الحادي عشر قد ضمن نقصه ابتداءً، فلا يضمنه^(٥) ثانياً.

وإنّما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما [جزء و] ضمان الجزء، وضمنان الجزء والجزء إذا تعلقا بسبب واحدٍ، لم

(١) ساقطه من أ، ب، والزيادة أضيفت من ل.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) (لم) سقطت من ب، ل.

(٤) في أ (يضمن به) والمثبت من ب، ل.

(٥) في ب (فلا يضمن به).

يدخل أحدهما في الآخر .

(وليس هذا كمن انفرد بضرب العبد فمات، أنه يضمن القيمة دون النقصان؛ لأنه اجتمع ضمان جزئٍ و ضمان كلٍّ، وتعلّقاً بسببٍ واحدٍ، فدخل أحدهما في الآخر)^(١).

قال: ولو كان المولى هو الذي ضربه عشرة أسواطٍ بيده، ثم ضربه أجنبيٌّ سوطاً، فمات من ذلك كله، فعلى الأجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر، مضروباً عشرة أسواط، ونصف قيمته مضروباً أحد عشر سوطاً.

لأنَّ ضَرْبَ المولى لَمَّا حصل من فعلٍ واحدٍ، صار كجنايةٍ واحدةٍ وإن كثر عدده، فكأنه مات من سوطين، فيسقط نصف الدية ويثبت نصفها.

ولا يقال: ضرب العشرة بأمره كضربه بنفسه، فهَلَّا كانا سواءً؛ ولأنَّ لضربهم كلهم حكماً واحداً، وهو سقوط الضمان.

قيل له: جنايةُ الأدميين المختلفين - وإن استوى حكمها - لا تصير كجنايةٍ واحدةٍ، بدلالة الجنائيتين المضمومتين من اثنين، لا يكون كجنايةٍ واحدةٍ، والجنائيتان من واحدٍ يتساويا في الضمان، وهي كجنايةٍ واحدةٍ.

فأمَّا ضرب الجماعة بأمر المولى، فهو في حق المولى كفعله في باب سقوط الضمان.

فأمَّا في حق من شاركهم في الجناية، فإنما يعتبر عددهم؛ لأنَّ لفعل كلِّ واحدٍ منهم حكماً ينسب إليه، وهو الضمان، أو المأثم.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب، ل.

٢٥٦٦ - فَصْلٌ : [الدية في اختلاف الجراحات]

قال: ولو أن رجلاً جرح رجلاً جراحةً، وجرحه آخر جراحتين أو أكثر من ذلك، فمات، فالدية عليهما نصفان إذا كان جراحة الواحد ممّا قد يقتل مثلها، إنّما يُنظر إلى الجناة^(١)، ولا يُنظر إلى عدد الجنایات؛ لأنّه قد يموت من واحدةٍ [ويُسلم من عشرة]، وقد يموت من عشرة، ويسلم من واحدةٍ، وهذا على ما بيّناه.

٢٥٦٧ - فَصْلٌ : [عفو المجروح عن أكثر الجراحات]

[وقد قالوا في رجلٍ جرح رجلاً عشر جراحاتٍ، وجرحه آخر جراحةً واحدةً، فعفا المجروح الجارح عن جرح من العشرة وما يحدث منه، ثمّ مات من ذلك، فعلى صاحب الجرح الواحد نصف [الدية]، وعلى صاحب العشر ربع الدية؛ لأنّ الجراحة الواحدة كالعشرة في الضمان، فلما عفا عن واحدةٍ منها، انقسمت العشرة فتغيّر حكمها، فصار لتسعةٍ حكمٌ، ولواحدةٍ حكمٌ، فصار ما يتعلّق بها نصفين، فيسقط الربع، ويبقى الربع.]

٢٥٦٨ - فَصْلٌ : [عفو المجروح عن أقل الجراحات]

ولو أمره أن يجرحه واحدةً، فجرحه عشرًا، أو جرحه آخر جرحاً واحداً، ثمّ عفا المجروح لصاحب العشر عن واحدٍ من التسع التي كانت بغير أمره، ثمّ مات المجروح من ذلك كلّهُ، فعلى صاحب العشر ثمن الدية؛ لأنّ نصف الدية تعلّق بفعله، وانقسم [العشرة] بأمر المجروح بواحدةٍ، فصار عليه الربع، ثمّ انقسم ذلك بالعفو، فسقط نصفه، فبقي عليه الثمن^{(٢)(٣)}.

(١) في ل (الجنایة).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطه من أ والمثبت من ب، ل.

(٣) انظر: الأصل ١٢٤/٧ وما بعدها.



بَابُ الرجل يأمرُ غيرهَ بالجنايةِ عليه



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا قال الرجل للرجل اقتلني ، فقتله بسيفٍ عمداً أو خطأً ، لم يكن عليه ديةٌ في قول أبي حنيفة ، روى ذلك ابن سَمَاعَةَ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف .

وروى بشر بن الوليد وعلي بن الجعد عن أبي يوسف: أن علي القاتل الدية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وكذلك روى هشام عن محمدٍ عن أبي حنيفة: أن عليه الدية .

وروى ابن سَمَاعَةَ عن محمدٍ نفسه: أنه عليه الدية استحساناً .

والكلام في هذه المسألة يقع في سقوط القصاص ، فقال أصحابنا: لا قصاص على القاتل .

وروى الحسن عن زفر: أن عليه القصاص .

وجه قولهم^(١): أن القصاص إذا ثبت ، ثبت للمقتول ؛ بدلالة سقوطه بعفوه ، ويستحيل أن يثبت له مع أمره به ، كما لو أمر بقطع يده .

وجه قول زفر: أن الأمر بالقصاص لا يتعلّق به حكمٌ ، بدلالة أن المأمور لا يحلّ له القتل^(٢) ، فصار وجود أمره وعدمه سواءً ؛ ولأن القصاص يثبت بعد

(١) في ب (قولهما) .

(٢) في ب (القطع) .

الموت ، وأمره لا يؤثر في إسقاط ما يجب لورثته بعد موته .

وليس هذا كقطع يده ؛ لأنّ الحقّ يجب له ، فجاز أن يسقط بأمره .

فأما ضمان^(١) الدية ، فوجه رواية ابن سَماعة - وهي أصح الروايتين : أنّ الدية لو وجبت ، وجبت له ؛ بدلالة أنّ ديونه تُقضى منها ، وتنفذ وصاياه ، فإذا في سبب وجوبها يُسقطها ، كما لو أذن في قطع يده ؛ ولأنّ ضمانه يجب له ، فوجب أن يسقط بإذنه في الإتلاف ، كضمان المال .

وجه الرواية الأخرى : أنّ الدية إنّما تجب بعد الموت ، ويستحيل أن يثبت للميت حقّ مبتدأ بعد موته ، فعلم أنّها تثبت للورثة ، فإذا الميت لا يؤثر في إسقاط حقّهم ؛ ولأنّ القياس : أن لا يسقط القصاص بالإذن ؛ لأنّه يجب بعد الموت ، إلا أنّ الإذن في سببه صار شبهةً في سقوطه^(٢) ، فانتقل مالاً ، والمال لا يسقط [بالشكّ]^(٣) والشبهة .

وقال ابن سَماعة وهشام عن محمدٍ : إذا أمر الرجل الرجل أن يقطع يده ، أو يفقأ عينه ، فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ وذلك لأنّ الضمان إنّما يجب له ، فإذا في سببه يسقط الضمان لحقه .

قال : ولو قال : اقتل عبدي ، أو اقطع يده ، لم يضمن فيهما ؛ لأنّ الضمان يثبت في الوجهين جميعاً للمولى ، وقد أذن في الإتلاف ، فلا يثبت الضمان .



(١) في ل (وأما أصحاب الدية) .

(٢) في ل (في سقوط ما ينتقل مالاً) .

(٣) الزيادة من ب .

٢٥٦٩ - فصل: [القصاص في الأمر بقتل الوارث]

وقال هشام عن محمدٍ: إذا [قال]: اقتل أخي، وهو وارثه، قال محمدٌ: كان زفر يقول: أقتله به، وقال أبو حنيفة: أستحسن أن آخذ الدية من القاتل.

وجه القياس: أنه غير مالكٍ لدم أخيه^(١)، فإذنه لا يتعلق به حكمٌ.

وجه الاستحسان: أن القصاص^(٢) لو وجب لوجب للأخ، وقد أذن في سببه، فصار ذلك شبهةً في سقوطه، فانتقل مالا.

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف، قال أبو حنيفة: إذا أمر الرجل رجلاً آخر بقتل عبده، فقتله، فلا شيء عليه، فإن أمر أن يقتل ابنه ولا وارث غير الأب، فقتله، قُتِلَ به.

وروى الحسن [٣٤٢/ب] عن أبي يوسف أنه قال: أستحسن أن أجعل عليه الدية. قال أبو يوسف: وهذا مخالفٌ لنفسه وعبده.

أما أبو حنيفة: فيجوز أن تكون هذه الرواية عنه هي القياس، والاستحسان ما قال أبو يوسف في وجوب الدية.

والفرق بين هذا وبين أمره بقتل نفسه: أنه مالكٌ لدمه؛ بدلالة أنه لو أقر بما يوجب القتل، قُتِلَ، فجاز أن يكون إذنه فيما يملك مُسْقِطاً للضمان، وليس بمالكٍ لدم ابنه، فإذنه فيه لا يُسْقِط الضمان^(٣).

(١) في ب (له من أخيه).

(٢) في ل (القياس).

(٣) انظر: الأصل ٣٢٧/٧ وما بعدها.

٢٥٧٠ - فَضْل: [القصاص فيما إذا أمر بقطع يد ابنه]

قال: ولو أمره بأن يَشَجَّه ، فشَجَّه ، فلا شيء عليه ، وإن مات منها كانت عليه الدية .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: هذا على أصل أبي حنيفة ؛ لأن أمره بالشَّجَّة لا يكون أمراً بالنفس ، كما لا يكون إبراءؤه من الشَّجَّة إبراءً من النفس ؛ وذلك لأنَّه أسقط الضمان في الشَّجَّة بالإذن ، ولم يسقط في النفس ، ومن أسقط ما ليس بحق له ، لم يسقط حقه ، إلا أن الشَّجَّة سببٌ للقصاص ، فالإذن فيها شبهةٌ .

وقال أبو يوسف في رجل أمر رجلاً أن يقطع يد ابن له صغير ، فقطعها: إنَّ للأب أن يقتصر منه ؛ لأنَّ القصاص يثبت للصغير ، فإذا الأب لا يُسقط حق غيره .

وقال ابن سَمَاعَةَ في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل أمر رجلاً أن يقطع يده ، ففعل ، فمات المجروح منها ، قال: ليس على قاطعه شيء .

قال: ولا يشبه هذا رجل شجَّ رجلاً مُوضِحَةً^(١) ، فعفا له عنها ، ولم يقل: وما حدث منها ، فمات منها ، قال: هذا في قول أبي حنيفة عليه الدية من قبل أنه عفا عن الشَّجَّة ، ولم يقل: وما يحدث منها ، فلما مات علمنا أنه قاتلٌ ، ولم يعف عن النفس ، فعليه الدية .

قال: والذي أمر بقطع يده فمات من ذلك لا يشبه هذا ، من قبل أن قطع اليد لا شيء فيه ، فلمَّا لم يكن في قطع اليد شيءٌ ، لم يكن في النفس الذي ذهب^(٢)

(١) «الموضحة من الشجاج: وهي التي توضح العظم». المغرب (وضح).

(٢) في ب (تلفت).

من اليد شيءٌ، وهذا الذي ذكره ابن سَمَاعَةَ مخالِفٌ لما رواه أبو يوسف، وبناءه أبو الحسن على هذا الأصل.

والفرق الذي ذكره محمدٌ صحيحٌ؛ لأنَّ الشَّجَّةَ وقعت هناك مضمونةً، وإنَّما يسقط ضمانها بالعفو، فإذا عفا عنها فَسَرَتْ، تبيِّنًا أَنَّهُ عفا عن غير حقِّه، فبقي الضمان، وإذا أمر ابتداءً بالشَّجَّةَ، فقد وقعت غير مضمونةٍ، (وإنَّما يسقط ضمانها بالعفو، فإذا عفا عنها فقد وقعت غير مضمونةٍ)^(١)؛ بدلالة أنَّها لو استقرت لم يضمن، فما يتولَّد منها لا يكون مضمونًا.

[وقد قالوا فيمن قال لرجلٍ: اجنِ عليّ! فرماه بحجرٍ، فجرحه جرحاً لا يعيش من مثله، فهذا قاتلٌ، ولا يسمَّى جانياً، فعليه الدية.

لأنَّ قوله: اجنِ عليّ، إنَّما يُراد به ما دون النفس، ألا ترى أَنَّهُ لو أراد النفس لقال: اقتلني.

ولو جرحه جرحاً يُعاش من مثله، فمات من ذلك، فلا شيء على الجاني؛ لأنَّ هذا [لا] يُسمَّى جنايةً^(٢)؛ لأنَّه لا يقتل لا محالة^(٣)، فقد فعل ما أمره به، فسقط الضمان عنه^(٤).



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (يسمى جنايةً)، بإسقاط (لا)، والصواب إثباتها، وينظر مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي (٣٩٢/١)

(٣) في ل (في الغالب).

(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من (ب، ل).

بَابُ الْجِنَايَةِ بِحْفْرِ الْبَيْرِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا حفر الرجل الحرّ بئراً في طريق المسلمين، فوقع فيها رجلٌ فمات، أو أصابته جنائياً فيما دون النفس بسقوطه، فهو ضامن للجناية، حياً كان الحافر^(١) أو ميتاً؛ وذلك على عاقلته إذا كان ما لزمه بالجناية خمسمائة فصاعداً^(٢).

فإن كان أقلّ من ذلك، فهو في ماله، يؤخذ منه إن كان حياً، ومن تركته إن كان ميتاً؛ وذلك لما [روي] عن شريح: أن عمرو بن الحارث حفر بئراً عند درب أسامة، فعطبت فيها بغلة، فضمنه شريح^(٣)، وقضاياه كانت بحضرة الصحابة، ولم يُحك في ذلك خلاف.

ولأنّه متعدّد في الحفر، فضمن ما تولّد منه، كمن تعدّى في الرمي؛ ولأنّه لما حفر في غير حقه، صار مسبباً في الإلتلاف على طريق التعدي، فكأنّه دفع الواقع فيها.

وقد روي عن أبي يوسف في الأمالي أنّه قال: إذا مات الواقع في البئر من الوقوع، ضمن في قول أبي حنيفة، فإن مات غمماً [أو جوعاً]^(٤)، لم يضمن.

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص (٤٥٦).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٣٩٩/٥)

(٤) في أ (أو خوفاً)، والمثبت من ب، وهو الأنسب كما يظهر من السياق، والخوف رديف الغم.

وقال أبو يوسف: إن مات غمّاً ضمن ، وإن مات جوعاً ، لم يضمن .

وروي عن محمدٍ أنه [قال]: يضمن في الجميع .

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ الجنایة هي الحفر ، فما تولّد منه مضمونٌ ، وما حدث بسببٍ آخر لا يضمنه الحافر^(١) ، كما لو دفع رجلٌ فيها رجلاً ، والغمّ والجوع ليس بفعل الحافر ، فلم يضمنه .

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الغمّ [حصل] بسبب البئر^(٢) ، فصار كالمُتلف بالوقوع ، والجوع تأخير الأكل ، وذلك لا يعود إلى الحفر .

[وجه قول] محمدٍ: أنّ الحافر صار سبباً في الجميع ، فكأنّه حبسَ رجلاً حتّى مات .

وأما وجوب الضمان على العاقلة ؛ فلأنّه قُتل بسببٍ ، فهو أضعف من قتل الخطأ ، فإذا أوجب ضمان الخطأ على العاقلة ، فهذا أولى ، ويتحمّلون ما بلغ أرشاً مقدّراً على ما بيّنا^(٣) ، وما لم يبلغ الأرش المقدّر في مال الحافر ؛ لأنّه يجري مجرى ضمان الأموال .

وإنّما يستوي في ذلك حياة الحافر وموته ؛ لأنّ الضمان يستند إلى حال الحفر ، فكأنّه جنى في ذلك الوقت ، ثم مات .

٢٥٧١ - فُصِّل: [أرش الجنایة بسبب الحفر]

قال: ويجب عليه لكلّ جنایةٍ كانت منه بالحفر أرش الجنایة ، لا يسقط شيءٌ

(١) في ب (لا يتضمنه ، فلم يضمنه الحافر) .

(٢) في ل (بسبب البيت فصار كالتلف) .

(٣) في ب (ما قدّمنا) .

من ذلك بشيء منه ، ولا يشترك المجنيّ عليهم فيما يجب لكل واحد منهم ، وهو كَلَّه على العاقلة ، إلا ما نقص من خمسمائة ؛ وذلك لأن ما يجب بالحفر [إنما هو] في ذم العاقلة ، والحقوق المتعلقة بالذم لا تتضايق^(١).

٢٥٧٢ - فَصْل : [أرُش الجناية إذا كان الحافر مُدَبِّرًا]

قال: وإن كان الحافر مُدَبِّرًا أو أمّ ولدٍ، فما لَحِق من جنائته بالحفر، فهو على المولى في قيمة المُدَبِّر وفي قيمة أمّ الولد ولا يلزمه في كل واحدٍ منهما إلا قيمة واحدةً على ما بيّنت لك في جنائتهما بأيديهما^(٢)، غير أن قيمة المُدَبِّر وأمّ الولد تلزم المولى يوم حفرا، ولا يُنظر إلى قيمتهما بعد ذلك إن زادت أو نقصت؛ لأن حفرهما جنائيةٌ، وجنائتهما تلزم المولى؛ لأنّه منع من تسليمهما فيها بتدبيره واستيلاده، فكأنه دبّر بعد الجناية وهو لا يعلم.

[هو] لا يجب عليه إلا قيمة واحدة؛ لأنّ الضمان يلزمه بالمنع، والمنع منعٌ واحدٌ.

وإنما اعتُبرت قيمتهما يوم الحفر؛ لأنّ الحفر هو الجناية دون الوقوع، فصار كالجناية بالمباشرة، فاعتُبرت قيمتهما عندها.

قال: وإن كان الحافر مُكَاتِبًا، لزمته الجنائيات دون سيّده على ما بيّنت لك من جنائته بيده، إلا أنّك تعتبر أيضًا قيمته يوم حفر، لا يوم الجناية؛ وذلك لأنّ المُكَاتِبَ أحقّ بأكسابه، فجنائته عليه كالحرّ.

(١) انظر: الأصل ٣٥/٧ وما بعدها.

(٢) في ب، ل (بأبدانهما).

٢٥٧٣ - فَصْل: [أرّش الجنایة إذا كان الحافر عبداً]

قال: (وإن كان الحافر عبداً، فالجنایات كلّها في رقبتة، يقال للمولى: ادفعه أو افده)^(١)، ويتضاربون في الرقبة على [قدر] ما لكل واحدٍ منهم فيها، وذلك لأنّ الحفر جنایةٌ كالمباشرة، فيتعلّق برقبتة، والرقبة تتضایق عن الحقوق، فيتضاربون فيها.

فإن اختار المولى الفداء، فداه بجميع الأرش؛ لأنّه إنّما يظهر^(٢) رقبة عبده بإيفاء^(٣) ما تعلّق بها.

قال: فإن أعتقه المولى بعد الحفر [أ/٣٤٣] قبل الوقوع، ثم لحقت الجنایات، فذلك على المولى في قيمته يوم عتق، فتشترك الجنایات التي كانت بعد العتق وقبله فيها لكل واحدٍ منها بقدر أرّش جنایته؛ لأنّ المولى صار مانعاً من تسليم الرقبة بالعتق من غير اختيارٍ، فيلزمه القيمة.

٢٥٧٤ - فَصْل: [تعلق الحقوق برقبة العبد الحافر]

قال: وكذلك لو لم يعتق، ولكن وقع في البئر رجلٌ فمات، فدفعه بالجنایة، ثم وقع في البئر آخر، فإنّه يشارك الأول في الرقبة المدفوعة، وكذلك ما حدث من جنایة بعد الدفع، فإنّهم يشاركون المدفوع إليه الأول في رقبة العبد، كلّ واحدٍ منهم بقدر جنایته؛ وذلك لأنّ المولى إنّما يلزمه الضمان في الرقبة، وقد زال ملكه عنها بغير اختياره، فتعلّق بها حقّ الثاني كما تعلّق بها حقّ الأول.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) هكذا في النسختين.

(٣) في ل (بانتفاء).

ومما يلحق بهذا الباب:

٢٥٧٥ - فِصْل: [الضمان بحال الاشتراك في حفر البئر]

ما قالوا: فيمن حفر بئراً في الطريق، فجاء رجلٌ فحفر في أسفلها، ثم وقع فيها إنسانٌ، فالضمان على الأول، ولا ضمان على الثاني؛ لأنَّ الأول كالدافع، والثاني كالحافر، فكأنَّ رجلاً دفع رجلاً في بئرٍ حفرها غيره، فالضمان على الدافع.

قال محمدٌ في الكتاب: ينبغي في القياس [أن لا] ^(١) يضمن الأول، ثم قال: وبه نأخذ، ولم يذكر الاستحسان.

(وذكر في الاستحسان: أنَّ الضمان عليهما؛ لأنَّهما اشتركا في الجنائية، وإنَّما تُرك هذا الاستحسان) ^(٢)؛ لأنَّ ابتداء السبب كان من الأول، فصار كمن حفر بئراً فنصب غيره فيها سكيناً، فوقع فيها رجلٌ ^(٣) فمات، فالضمان على الحافر دون واضع السكين.

ولو أوسع رجلٌ رأسها، فوقع فيها إنسانٌ، فالضمان عليهما نصفان، وهذا موضوعٌ على أنه وسعها قليلاً بمقدار ما يضع رجله في حفرها.

فأمَّا إذا وسع الثاني كثيراً حتى يصير وضع القدم في حفر الثاني دون حفر الأول، فالضمان على الثاني؛ لأنَّ جنائية الأول زالت ^(٤).



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (إنسان).

(٤) انظر: الأصل ٣٥/٧.

٢٥٧٦ - [فصل: الاشتراك في سبب الوقوع]

قال: ولو حفر بئراً وكَبَسَها بحجارةٍ أو جِصٍّ ، فجاء رجلٌ آخر ، فأخرج منها الحجر والجِصَّ ، فوقع فيها إنسانٌ ، فالضمان على الذي أخرج الحجارة ، ولو كان كبسها بحنطةٍ أو شعيرٍ ، ثم جاء رجل فأخرجها ، ثم وقع فيها إنسانٌ ، فالضمان على الأوّل .

والفرق بينهما: أنّ الكبس بالحجر والجِصِّ ، طمٌّ للبئر ، فيخرجها من حكم الآبار ، وتزول الجناية ، وإنما تصير بئراً بفعل الثاني ، فصار بمنزلة حفرٍ مُستقبلٍ .
وأما إذا كبسها بحنطةٍ أو شعيرٍ ، فحكم الحفر باقٍ ؛ لأنّ البئر لا تُطمّ بذلك ، فإذا جاء الثاني فأخرج ما فيها ، فهي [في حكم البئر] بفعل الأوّل ، فالضمان عليه .

قال: ولو [عثر]^(١) رجلٌ بحجرٍ ، فسقط^(٢) في بئرٍ حفرها آخر ، فهو على وجهين: إن كان الحجرُ وضعه إنسانٌ على الطريق ، فالضمان على واضع الحجر^(٣) ؛ لأنّه كالمدافع للرجل في البئر ، فالضمان عليه .

وإن كان [الحجر] بغير فعل أحدٍ - حملة السيل - فالضمان على حافرِ البئر ؛ لأنّه لا حكم للحجر ، فصار وقوعه في البئر بغير فعل أحدٍ^(٤) ، فالضمان على الحافر^(٥) .

(١) في أ ، ب (عثر) والمثبت من ل .

(٢) في ب (فوق) .

(٣) في ب (على الواقع) ، وهو مناقضٌ للسياق .

(٤) العبارة من (فالضمان على . . . إلى هنا) مكررة خطأً في أ .

(٥) انظر: الأصل ، ٣٦/٧ .

٢٥٧٧ - [فصل: الحافر سدَّ رأس البئر فجاء آخر فنقض ذلك]

قال: ولو سدَّ الحافر رأس البئر، فجاء آخر فنقض ذلك، ثم وقع فيها إنسانٌ، فالضمان على الحافر؛ لأنَّ الأوَّل وإن غطَّى رأسها، فلم يخرج من حكم الآبار، فإذا فتح الثاني رأسها، فالجناية بفعل الأوَّل، وإنما أظهرها الثاني، فالضمان على الأوَّل.

وقالوا فيمن حفر بئراً في ملك غيره، فوقع فيها إنسانٌ، فقال صاحبُ الدار: أنا كنت أمرته، وأنكر أولياء الميت، فالقياس أن لا يُصدَّق صاحب الدار؛ لأنَّه يبرئ الحافر من ضمانٍ وجب في الظاهر.

والاستحسان: أن يُصدَّق؛ لأنَّه لو^(١) أذن في الحال جاز إذنه، فإذا أقرَّ بما يملكه بعد إقراره أولى^(٢).

وإذا حفر الرجل بئراً في طريق مكة في غير ممرِّ الناس، فلا ضمان على الحافر [عند أبي يوسف ومحمد]؛ لأنَّ المفازة موضعٌ مباحٌ، فلكلِّ أحدٍ أن يحفر فيه، وقد ملكها الحافر عند أبي يوسف ومحمد وما حولها من الحریم، وعند أبي حنيفة: لا يملك إلا أن يكون حفرها بإذن الإمام.

وإذا سقط رجل في البئر، فقال الحافر: ألقى نفسه فيها عمداً، وقال ورثة الميت: وقع فيها، كان قول أبي يوسف الأوَّل: إنَّ القول قول الورثة، ثم رجع فقال: القول قول الحافر، وهو قول محمد.

وجه قوله الأوَّل: أنَّ الإنسان في العادة^(٣) لا يتعمد إلقاء نفسه في البئر،

(١) (لو) سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب، وفي ل (فإذا أقرَّ بما ملكه نفذ إقراره).

(٣) في ب، ل (في الغالب).

فلم يُقبَل قول الحافر فيما يخالف الظاهر .

وجه قوله الثاني: أنّ الاختلاف وقع في وجوب الضمان ، فالقول قول المنكر؛ ولأنّ الظاهر أنّ الإنسان يرى البئر في الطريق [الذي يمشي فيه] ، كما أنّ الظاهر أنّه لا يتعمّد الوقوع ، فيقابل الظاهران ، والأصل عدم الضمان .

٢٥٧٨ - [فصل: وقوع إنسان في بئر بفناء الدار]

وذكر محمدٌ في الديات: فيمن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الطريق ، [فحفر] فوق فيها إنسانٌ ، فإن كانت [البئر] في فناء المستأجر ، فالضمان عليه دون الأجير .

وإن لم يكن ذلك في فنائه ، وقد أعلم المستأجر الأجير أنّه ليس في فنائه ، فالضمان على الأجير ، وإن لم يُعلمه فالضمان على المستأجر .

أمّا إذا كان في فنائه فقد روي عن شريح: أنّه ضمّن عمرو بن الحارث قيمة بغلة وقعت في بئر حفرها^(١) ، وقد كان عمرو بن الحارث أحد الرؤساء ، فهو لا يحفر بئراً بنفسه ، وإنما يستأجر من يحفرها ، وقد ضمّنه شريحٌ بحضرة السلف .

ولأنّ لصاحب الدار اختصاصاً بفنائه ، ألا ترى أنّ عند أبي يوسف ومحمدٍ: لا يُمنع من التصرف فيه إذا لم يضر ، وعند أبي حنيفة: إذا لم يُمنع ، ساغ له الانتفاع ، فتعلّق بأمره فيه حكمٌ ، فكأنّه حفر بنفسه .

وأمّا إذا لم يكن في فنائه ، وقد علموا أنّها ليست في فنائه ، فأمره^(٢) لا يتعلّق

(١) سبق تخريجه ص ٤٤٥٦ .

(٢) في ل (فلا يتعلّق) .

به حكمٌ؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بهذا المكان، فبقي أن يكون أمراً بالجنائية،
وضمن الجناية يلزم الجاني دون الأمر.

فأما إذا لم يعلموا أن الموضوع ليس بفناء، فقد غرهم الأمر^(١)؛ لأن الإنسان
في العادة إنما يأمر بما يملك، فكان الضمان عليه بحكم الغرور^(٢).

٢٥٧٩ - [فصل: موت أحد العاملين أثناء الحفر]

قال: وإذا استأجر الرجل أربعة نفرٍ يحفرون له بئراً، فوَقعت عليهم من حفرهم،
فمات أحدهم، فعلى كل واحدٍ من الثلاثة رُبْع الدية، ويسقط الربع؛ لأنه مات
بجنائية نفسه وجناية أصحابه، فيسقط ما أصاب فعله، ويثبت ما أصاب شركاؤه.

وقد روي عن الشعبي عن عليٍّ رضوان الله عليه: «أنه قضى على القارصةِ
والواقصةِ^(٣) [٣/٤٣ب] والقامصةِ بالدية أثلاثاً؛ وذلك لأن ثلاث جوارٍ كنَّ يلعبن،
فركبت إحداهنَّ صاحبتهما، فجاءت الثالثة^(٤) فقرصت المركوبة، فسقطت
الراكبة، فوَقَص عنقها، فجعل علي بن أبي طالب عليه السلام على القارصة ثلث الدية،
وعلى القامصة الثلث، وأسقط الثلث؛ لأن الواقصة أعانت على نفسها»^(٥).

وروي: «أن عشرةً مدّوا نخلةً، فسقطت على أحدهم فمات، فقضى علي
بن أبي طالب رضوان الله عليه على كل واحدٍ بعُشر الدية، وأسقط العُشر؛ لأنَّ

(١) في ل (بالأمر).

(٢) انظر: الأصل ٣٨/٧.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (إحداهن).

(٥) رواه البيهقي في الكبرى (١١٢/٨).

المقتول أعان على نفسه»^(١).

وهذا إذا كانت البئر في الطريق ، فإن كانت في ملك المستأجر ، فينبغي أن لا يجب شيء ؛ لأنّ الفعل كان مباحاً ، فما تولّد منه غير مضمون .

٢٥٨٠ - [فصل : موت الجميع بتعلق بعضهم ببعض في بئر]

[قال] : وإذا وقع الرجل في بئر في الطريق ، فتعلّق بآخر ، وتعلّق الثاني بثالث ، فوقعوا جميعاً ، فماتوا ، فإنّ هذا على وجهين : إما أن يُعرّف حال موتهم ، وهو أن يخرجوا [أحياء] فيخبروا عن حال موتهم ، وإما أن لا يعرف حال موتهم .

فإن عرف ذلك ، فإنّ موت الأول لا يخلو من [سبعة] أوجه : إما أن يموت بوقوعه في البئر ، أو بوقوع الثاني عليه ، أو بوقوع الثالث عليه ، (أو بوقوع الثاني والثالث عليه ، أو بوقوعه ووقوع الثاني عليه ، أو بوقوعه ووقوع الثالث عليه ، أو بوقوعه ووقوع الثاني والثالث عليه)^(٢).

فإن عُرّف أنّه مات بوقوع نفسه في البئر ، فالضمان على الحافر [خاصّةً] ؛ لأنّه مات من جنايته .

وإن مات بوقوع الثاني عليه ، فدمه هدْر^(٣) ؛ لأنّه هو الذي جرّ الثاني على نفسه .

(وإن مات بوقوع الثالث عليه ، فديته على الثاني ؛ لأنّ الثاني هو الذي جرّ

(١) ذكرها السرخسي في المبسوط (١٦/٢٧) ، والكاساني في بدائع الصنائع (٢٧٨/٧)

(٢) ما بين القوسين سقطت من ل .

(٣) هنا في ب (فنصف ديته هدْر ، وبعضها عليه ، فدمه هدْر) ، والعبارة بهذه الصورة ركيكة غير واضحة المعنى .

الثالث عليه^(١).

وإن مات بوقوع الثاني والثالث عليه ، فنصف ديته هدرٌ ، ونصفها على الثاني .

وإن مات بوقوعه ووقوع الثاني عليه ، فالنصف على الحافر ، والنصف هدرٌ .

(وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه ، فنصفه على الحافر ، ونصفه على

الثاني)^(٢).

وإن مات بوقوعه ووقوع الثاني والثالث ، فديته أثلاثاً: ثلثٌ على الحافر ،

وثلث هدرٌ ، وثلث على الثاني ؛ لأنّه مات بثلاثة أسباب ، فتنقسم ديته أثلاثاً .

وموت الثاني لا يخلو من ثلاثة أوجهٍ: إما أن يموت بوقوعه في البئر ، أو

بوقوع الثالث عليه ، أو بوقوعه ووقوع الثالث عليه .

فإن مات بوقوعه في البئر ، فديته على الأوّل ؛ لأنّ الأوّل هو الذي جرّه في

البئر .

وإن مات بوقوع الثالث عليه ، فديته هدرٌ ؛ لأنّه هو الذي جرّه على نفسه .

وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه ، فديته نصفان ، نصفها هدرٌ ، ونصفها

على الأوّل .

فأمّا موت الثالث ، فليس له إلا وجهٌ واحدٌ: وهو وقوعه في البئر ، فديته

على الثاني ؛ لأنّ الثاني هو الذي جرّه .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

وهذا إذا عُلِمَ كيف حالهم، فإن وُجِدوا موتى ولا يُعْرَفَ كيف كان موتهم^(١)، فالقياس أن دية الأول على الحافر، ودية الثاني على الأول، ودية الثالث على الثاني، وهو قول محمد.

وفي الاستحسان - وهو قول لم يبيّن محمد من قال به، فيقال: إنه قول أبي يوسف، ويُقال: هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف -: إن دية الأول أثلاث: على صاحب البئر الثلث، وعلى الأوسط الثلث، والثلث هدرٌ، ودية الثاني نصفان: نصفٌ على الأول، ونصفٌ هدرٌ، ودية الثالث على الثاني بالاتفاق، وإنما يتبيّن الخلاف في دية الأول والثاني.

وجه القياس: أن دية الأول على الحافر؛ لأن وقوعه في البئر قد ظهر، فموته من ذلك ما لم يثبت سببٌ آخر.

وكذلك موت الثاني، سببٌ وقوعه كان أسبق، فعندنا: أنه مات من الوقوع ما لم يظهر سببٌ آخر.

وجه الاستحسان: أن هذه الأسباب الثلاثة قد ظهرت، وليس أحد الأسباب أولى من الآخر، فوجب أن يُقسّم أثلاثاً، فيجعل كأنه مات من الأسباب كلّها، ويجعل الثاني كأنه مات من السببين.

قال محمدٌ في الكتاب: فإذا لم يُعْرَفَ من أي ذلك ماتوا، بطل نصف ذلك، وأخذ بالنصف.

يعني: أنه يجب البعض ويسقط البعض، ولا يريد أنه النصف خاصة؛ لأن

(١) في ل (كيف حالهم).

دية الأول يسقط ثلثها ، ويجب الثلثان .

أو يقال: إنه أراد بالنصف: دية الثاني خاصة ؛ لأنهم اتفقوا أنه لا يسقط من دية الثالث شيء ، فَعُلم أن قوله: يسقط النصف ؛ انصرف إلى بعضهم دون بعض ، فيَحْمَل على الثاني (١).

٢٥٨١ - [فَصْل: وقوع إنسان في بئر حفره العبد بأمر سيده]

وإذا أمر الرجل عبده أن يحفر بئراً في الطريق ، فوقع فيها إنسان ، فإن كان في فئائه ، فالضمان على عاقلة المولى ، فكأن المولى حفر ؛ لأنه يملك الإذن (٢) في هذا المكان ، فكأنه استأجر من حفر .

وأما إذا كان في غير فئائه ، فالضمان في رقبة العبد ، أعلمه أنه ليس في فئائه أو لم يُعلمه ؛ لأنه لا غرور بينه وبين العبد ؛ لأنه يتلف ماله في الوجهين جميعاً ، [وفي الأجنبي] (٣) يحتاج إلى العلم ؛ لأن الغرور يثبت ، فإذا كان كذلك ، فالأمر لم يتعلّق به حكم ، فصار العبد هو الجاني ، فالجناية في رقبته (٤).

٢٥٨٢ - [فَصْل: في موت أجراء مختلفين أثناء حفر البئر]

وإذا استأجر الرجل أجيراً حرّاً (٥) وعبداً (٦) محجوراً عليه ومكاتباً ، يحفرون

(١) انظر: الأصل ٣٦/٧ ، ٣٧ .

(٢) في ب (الأمر) .

(٣) في أ (وفي الأخرى) ، والمثبت من ب ، ل وهو المناسب في السياق .

(٤) انظر: الأصل ٣٨/٧ .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٦) في ل (أو عبداً) .



له بئراً، فوَقعت البئر عليهم، فماتوا، فلا ضمان على المستأجر في الحرِّ، ولا في المكاتب، ويضمن قيمة العبد لمولاه؛ لأنَّ استئجار الحرِّ والمكاتب ليس بجناية، واستئجار العبد جناية؛ لأنَّه استعمل عبد غيره بغير إذنه، فصار غاصباً.

فإذا دفع القيمة إلى المولى، دفع المولى القيمة إلى ورثة الحرِّ، وإلى ورثة المكاتب؛ لأنَّ القيمة قامت مقام العبد، فإذا دفع [المولى] القيمة، ضرب ورثة الحرِّ بثلث الدية، وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما هلك بثلاث جنایات: بجناية نفسه، وجناية صاحبيه، فكأنَّ العبد استهلك ثلث الحرِّ وثلث المكاتب، فتقسَّم القيمة على ذلك، ثم يرجع المولى على المستأجر بقيمة أخرى، فيسلم له؛ لأنَّ المستأجر غصب عبداً فارغاً، فردَّ رقبته^(١) مشغولاً، فإذا استُحقت بسبب كان في يده، رجع عليه بها، وصار كأنَّ العبد للمستأجر؛ لأنَّه غرم قيمته، وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحرِّ بثلث قيمة العبد، وأولياء المكاتب يأخذون أيضاً من عاقلة [الحرِّ] بثلث قيمة المكاتب، ثم يؤخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته، [٣٤٤/أ] فيكون بين ورثة الحرِّ والمستأجر، يضربُ فيها ورثة الحرِّ بثلث الدية، والمستأجر بثلث القيمة؛ لأنَّ المكاتب قد استهلك ثلث كلِّ واحدٍ منهما^(٢).



(١) في ب (قيمه).

(٢) انظر: الأصل ٣٩/٧.

بَابُ الحائطِ يميلُ على الطريقِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا مال حائطٌ من دار رجلٍ على طريقٍ نافذٍ، أو دار رجلٍ ولم يطالبِ بنقضه، ولم يُشهد عليه [فيه] حتى سقط على رجلٍ، فقتله، أو على متاعٍ فأفسده، أو على حيوانٍ فعطب به، فلا ضمان على صاحب الحائط في شيءٍ من ذلك^(١).

وهذا على وجهين: إن بنى الحائط مائلاً إلى ملك غيره أو إلى الطريق، فهو ضامنٌ لما عطب بسقوطه وإن لم يطالب؛ لأنه تعدى بالبناء في حق غيره، ألا ترى أن هواء البقعة في حكمها، ولو بنى في ملك غيره كان متعدياً، فكذلك إذا بنى في هواء ملك غيره، وهواء طريق المسلمين كطريقهم، فكما لا يجوز البناء في الطريق، كذلك لا يجوز في هوائه، وإذا ثبت أنه متعدٍ، ضمن ما يتولد منه.

(فأما إذا بناه في حقه، فمال الحائط، فقد حصل الهواء في يده بغير فعله، فلا يضمن ما يتولد منه)^(٢)، كحجر ألقته الريح في داره أو ثوب.

٢٥٨٣ - [فصل: ضمان صاحب الحائط إذا لم يهدم بعد الإشهاد عليه]

قال: وإن تُقدّم إليه في هدمه، وأشهد عليه، ثم سقط في مدّةٍ قد أمكنه نقضه فيها بعد الإشهاد، فهو ضامنٌ؛ وذلك لأن حائطه في يده، فإذا [مال]^(٣)، فقد

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٥٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٣) في أ (مات)، والمثبت من ب، ل وهو المناسب في تصوير المسألة



حصل حقّ غيره - وهو الهواء - في يده بغير فعله ، فإذا طولب بإزالة اليد ، فلم يفعل مع الإمكان ، ضمن ، كثوب ألقته الريح في دار إنسانٍ ، فطولب به ، فامتنع من ردّه مع القدرة .

وقد روي عن الشعبيّ ، وشريح ، وإبراهيم ، وغيرهم من التابعين أنّهم قالوا: «إذا تقدّم إليه في الحائط فلم يهدم ، وجب عليه الضمان»^(١) ، والمُعْتَبَر عندنا المطالبة بالهدم ، وإنما يُحْتَاج إلى الإشهاد ؛ ليثبت به المطالبة .

وهذا كما نقول في الشفعة: إنّ المعتر به المطالبة ، وإنما يُشْهَد لِيُثْبِت^(٢) المطالبة بالشهادة ، ولو اعترف صاحبُ الحائط أنّه طولب وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه^{(٣)(٤)} .

٢٥٨٤ - [فَصْل: موت إنسان بسقوط حائط أثناء بحث صاحبه من يهدمه]

قال: وإن كان لم يفرّط في نقضه ، وذهب يطلب من يهدمه ، فكان في طلب ذلك حتّى استأجر من يهدمه ، فسقط الحائط فقتل إنساناً ، أو عقر دابّةً ، أو أفسد متاعاً ، فلا ضمان عليه ؛ لأنّه لم يتمكن من إزالة يده فلم يضمن ما يتولّد ، كالثوب إذا ألقته الريح ، فطولب به ، وهو لا يقدر على ردّه ، لم يضمنه إذا هلك .

قال محمدٌ: والإشهاد أن يقول الرجل: اشهدوا أنّي قد تقدّمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، فإذا فعل ، فقد لزمه نقضه على حال الإمكان ؛ وذلك

(١) رواه عنهم جميعاً عبد الرزاق (٧٠/١٠ - ٧١) ؛ وابن أبي شيبة (٤٢٤/٥) .

(٢) في ل (وإنما يثبت المطالبة بالشهادة) .

(٣) في ب (والمعتبر عندنا ، وإن لم يشهد عليه) ، وزيادة (المعتبر عندنا) لا تناسب السياق .

(٤) انظر: الأصل ٢٧/٧ .

لما بيّنا أنّ المعتبر المطالبة، والإشهاد يُحتَاجُ إليه لثبوتها، فإذا أشهد على المطالبة، حصل الغرض المقصود.

٢٥٨٥ - [فَصْلٌ: فيما تتحمّله العاقلة من الجناية وما لا تتحمّله]

قال: فإن كانت جنايته على إنسانٍ، فهو على العاقلة إذا كانت نفساً أو ما دونها، إذا بلغ من دية الرجل نصف عشر ديته، وفي المرأة عشر ديتها.

وما كان أقلّ من ذلك، فهو في ماله، وهذا على ما قدّمنا: أنّ العاقلة تتحمّل مقدار أرش الجنين فصاعداً، ولا تتحمّل ما دون ذلك.

٢٥٨٦ - [فَصْلٌ: الضمان بالجناية في غير بني آدم]

قال: وما كان في غير بني آدم، فهو في ماله؛ لأنّ ضمان الأموال لا تتحمّله العاقلة، وإنّما تحمّلت جناية الحائط؛ لأنّها دون الخطأ، فهو أولى بالتحمّل.

٢٥٨٧ - [فَصْلٌ: الإشهاد حق لجميع أهل الدار بالإزالة]

قال: ومن أشهد عليه من الناس - إذا كان الميّلان إلى الطريق - ممّن له المرور في الطريق، فذلك إشهادٌ، وتقدّم أهل الذمة وأهل الإسلام في ذلك سواء؛ لأنّ الطريق حقٌّ لجميع أهل الدار، فمن طالب بإزالة الأذى عنه، فقد طالب لما له فيه حقٌّ، فصحّت مطالبته، والذميّ له حقٌّ في الطريق، فمطالبته كمطالبة المسلم.

٢٥٨٨ - [فَصْلٌ: الإشهاد إذا كان الميّلان إلى دار رجل]

قال: وإن كان الميّلان إلى دار رجلٍ، فالإشهاد إلى صاحب الدار؛ لأنّ

ذلك حقٌ يختصُّ به ، فالمطالبة به إليه .

وإن كان فيها ساكنٌ ، فالإشهاد إلى السُّكان ؛ لأنَّ [الساكن] ^(١) له حقٌّ في المطالبة بإزالة ما شغل الدار ، فكذلك يطالب بما يشغل الهواء .

٢٥٨٩ - [فصل : تعلق الضمان بالتفريط في النقص]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى : وإنما يحتاج إلى الإشهاد في هذا تحرّزاً من الجحود ، وإلا فإذا تقدّم إليه في نقضه ، فطولب ، فلم يفعل حتّى سقط الحائط ، لزمه ما جنى عليه فيما بينه وبين الله ﷻ ، وهذا على ما بيّنا أنّ الضمان يتعلّق بالتفريط [في النقص] بعد المطالبة ، والإشهاد تثبت به المطالبة .

٢٥٩٠ - [فصل ^(٢) : إباء أو تأجيل صاحب الدار في الهدم]

قال : وإذا مال إلى الطريق وأشهد رجلٌ عليه ، ثم استأجل الذي أشهد عليه أن يؤخّره ، أو استأجل الحاكم ، فأجله ، فالتأجيل باطلٌ لا يُبرئ من شيءٍ .

وإن كان الميلان إلى دار رجلٍ ، فأجله صاحبُ الدار أو أبرأه منه ، أو فعل ذلك ساكن الدار ، فذلك جائزٌ ، ولا ضمان عليه فيما جنى الحائط .

والفرق بينهما : أنّ الحائط إذا مال إلى الطريق ، فالحقّ لجماعة المسلمين ، فإذا طالب أحدهم ، تعلّق الضمان بالحائط لحقّ الجماعة ، فإذا أجله أحدهم أو أجله الحاكم ، فقد أسقط حقّ نفسه وحق غيره ، وذلك لا يجوز .

وأما صاحبُ الدار فالحقّ له ، وكذلك الساكن ، فإذا أجل أو أبرأ فقد أسقط

(١) في أ ، ب (المستأجر) والمثبت من ل .

(٢) في ل وردت المسألة بعد الفصل الآتي ، متأخرة بفصل .

حقّ نفسه ؛ فلذلك جاز^(١) .

٢٥٩١ - [فَصْلُ: الضمان في حال سقوط الحائط إلى الطريق]

[قال أبو يوسف: إذا سقط الحائط إلى الطريق ، وقد أُشهد على صاحبه ، فعثر به إنسانٌ فعطب ، فلا ضمان فيه .

وقال محمدٌ: صاحب الحائط ضامنٌ .

وجه قول أبي يوسف: أن الحائط زال عن الموضع الذي أُشهد فيه ، وصار في موضعٍ آخرٍ بغير فعل صاحبه ، فيحتاج إلى مطالبةٍ أخرى ، كما قالوا فيمن وضع حجراً في الطريق ، فدحرجته الريح إلى مكانٍ آخر .

وجه قول محمدٍ: أنه حصل في الطريق بسببٍ هو متعدٌّ فيه ، فضمن ما يتولد منه ، كحافر البئر .

٢٥٩٢ - [فَصْلُ: إبراء صاحب الدار للمحدث حدثاً في داره]

قال: وكذلك لو أن رجلاً وضع في دار رجلٍ حجراً ، أو حفر فيها بئراً ، أو بنى فيها بناءً ، وأبرأه صاحب الدار منه ، كان بريئاً ، ولا يلزمه ما عطب بشيءٍ من ذلك ، كان صاحب الدار ، أو داخل دخل عليه ، فكأن صاحب الدار فعل ذلك ؛ لأنّ الضمان إنّما يجب لحقّ صاحب الدار ، (فإذا أبرأه ، فقد أسقط حقه ، فكأنّ الفعل وقع بإذنه .



(١) انظر: الأصل ٢٧/٧ ، ٢٨ .

٢٥٩٣ - [فَصْلُ: بَيْعُ الدَّارِ وَسُقُوطُ الحَائِطِ المَائِلِ فِي يَدِ المِشْتَرِي]

قال: ولو باع صاحبُ الدارِ الدارَ^(١) التي فيها الحائط المائل بعد التقدّم إليه والإشهاد، فسقط الحائط بعدما قبضه المشتري، أو بعدما ملكه، لم يضمن ما جنى [عليه] الحائط؛ وذلك لأنّه لمّا باع، فقد صار بحالٍ لا يملك فيها النقص، والضمان يجب عليه بترك النقص، فإذا لم يتمكن منه لم يضمن.

وليس هذا كمن أشرع جناحاً إلى الطريق، ثم باع الدار أو الجناح، فوقع على إنسانٍ، ضمن البائع؛ لأنّ نفس الموضع جنائيةٌ، فزوال ملكه عنه لا يغيّر حاله.

وليس كذلك في (مسألتنا)^(٢)؛ لأنّ بناء الحائط لم يكن جنائيةً، وإنما الجنائية بترك النقص، فإذا صار لا يملك^(٣) النقص في حال الوقوع، خرج فعله من أن يكون جنائيةً. [ب/٣٤٤]

٢٥٩٤ - [فَصْلُ: الضمان فيما إذا أشهد ممن لا يجوز له نقضه]

قال: وكذلك [كلّ] من أشهد عليه ممّن لا يجوز له نقضه، فإنّه لا يضمن. وإن كانت الدار في يده مثل المُرتَهَنِ أو المُستأجِرِ أو [المستعير^(٤) أو] المودّع، فإنّ هذا باطلٌ لا يلزمه شيءٌ؛ لأنّهم لا يملكون النقص، فلا يصحّ مطالبتهم به. فإنّ أشهد على المالك، صحّ؛ وذلك^(٥) لأنّه يقدر على قضاء الدين، وهدم

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ل (النقص).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) الزيادة من ل.

(٥) في ب، ل (صحّ ذلك).

الحائط فصار مفرطاً بالترك^(١).

٢٥٩٥ - [فصل: الإشهاد في هدم حائط الصغير]

قال: وإذا أشهد على الوصي أو الأب في هدم حائط الصغير في حجرهما، لزمهما النقص، فإن لم ينقض حتى سقط الحائط، فما لحق من جنابة فهي لازمة للصبي ما كان منها يلزم في مال البالغ، فهو في مال الصغير، وما كان على العاقلة فعلى العاقلة؛ وذلك لأن الولي يملك نقض الحائط، فصار الإشهاد عليه كالإشهاد على المالك.

٢٥٩٦ - [فصل: الضمان في نقص الحائط على أحد الشركاء دون سائر شركائه]

قال: وإن كانت الدار بين الورثة، فأشهد على بعضهم، ولم يشهد على جماعتهم، فسقط الحائط، فلا ضمان على من أشهد عليه في القياس.

قال محمد: ولكننا نستحسن، فنلزمه بقسط^(٢) ما يملك منه.

وجه القياس: أن أحد الشركاء لا يملك النقص دون شركائه، فلم يصير مفرطاً بتركه.

وإنما استحسنوا؛ لأنه يقدر أن يخاصم شركاءه ويطالبهم بالنقص، فإذا لم يفعل ذلك صار مفرطاً.

٢٥٩٧ - [فصل: العقل في حال إنكار العاقلة بملكية الدار لصاحبها]

قال: وإذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار ملكاً لصاحبهم، [فلا عقل عليهم]^(٣).

(١) انظر: التجريد ٥٧٦٩/١١ وما بعدها.

(٢) في ل (فسقط).

(٣) في أ (فأعقل عليهم)، والمثبت من ب.



قال محمدٌ: لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على [التقدم]^(١) إليهم في الحائط ، وعلى أنه مات من سقوط الحائط ، وعلى أن الدار له ؛ وذلك لأنّ كون الدار في يده ظاهرٌ في الملك ، فالظاهر لا يستحقّ به حقاً على الغير ، فلم يجب على العاقلة التحمّل .

ولهذا قلنا: إنّه لا يستحقّ بهذه الدار الشُّفعة حتى يقيم البيّنة على الملك .

وفي قول زفر: يجب على العاقلة بظاهر اليد ؛ لأنّها دلالة على الملك ، كما يحكم لصاحب اليد بالشفعة .

فأمّا الشهادة على [التقدم]^(٢) إليه ؛ فلأنّ المطالبة هي التي تجعل الفعل جنائيةً .

وأما موته من السقوط ؛ فلأنّ ذلك إذا لم يُعلم [لم تحصل] الجناية ، فلا يجب الضمان^(٣) .



(١) في ل (التقديم) .

(٢) في ل (التقديم) .

(٣) انظر: الأصل ٢٨/٧ ، ٣١ - ٣٤ .

[٤٦] بَابُ

القسامة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال ابن سَمَاعَةَ ، وبِشْر بن الوليد ، وعلي بن الجَعْد: سمعنا أبا يوسف قال في القتل يوجدُ في المَحَلَّةِ ، أو في دار رجلٍ في المصر ، فإنَّ أبا حنيفة قال في ذلك: إذا كانت به جراحةٌ ، أو أثر ضربٍ ، أو أثر (١) خنقٍ ، كان هذا قتلاً ، وفيه القَسَامَةُ (٢) على عاقلة ربِّ الدار وعلى عاقلة أهل المَحَلَّةِ (٣).

قال أبو الحسن: يعني: على عاقلة ربِّ الدار إذا وُجد في الدار ، وعلى عاقلة أهل المَحَلَّةِ إذا وُجد في المَحَلَّةِ .

قال أبو يوسف في تمام الحكاية عن أبي حنيفة: يقسم كل رجلٍ منهم: بالله ما قتلت ولا علمت له (٤) قاتلاً ، ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين على أهل الديوان (٥) ، في كل سنةٍ الثلث .

وقال مالكٌ: إذا كان هناك لُوثٌ (٦) استُحلف الأولياء خمسين يمينا ، واقتص

(١) (أو أثر) سقطت من ب .

(٢) «القسامة لغة: بمعنى القسم ، وهو اليمين .

وشرعاً: اليمين بعدد مخصوص ، وسبب مخصوص ، على وجه مخصوص» . اللباب ١٨٤/٢ .

(٣) انظر: الأصل ٥٦٥/٦ وما بعدها .

(٤) (له) سقطت من ب .

(٥) أهل الديوان: هم الجيش الذين سُجِّلَت أسماءهم في الديوان ، وهو مجتمع الصحف والكتاب ، يُكتب فيه أهل الجيش . انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخه زاده (٤/٤١١) .

(٦) اللوث: البيئة الضعيفة غير الكاملة . انظر: المصباح المنير (لوث) . =

من المدّعى عليه ، واللوث عنده: أن يكون هناك علامة القتل في واحدٍ بعينه ، أو يكون هناك عداوةٌ ظاهرة^(١) .

وقال الشافعي رحمه الله: إذا كان هناك لوثٌ ، استُحلف الأولياء ، وقُضي لهم على المدّعى عليه بالدية^(٢) .

والأصل في وجوب^(٣) القسامة: حديث سهل بن أبي حثمة قال: وُجد عبد الله بن سهل قتيلاً في قليبٍ من قُلب خيبر ، فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعمّاه حويصة ومحبيصة ، فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال: «الكُبرُ، الكُبرُ»، فتكلم أحد عمّيه - إما حويصة ، وإما مُحبيصة ، الكبير منهما - ، فقال: يا رسول الله ، إننا وجدنا عبد الله قتيلاً في قليبٍ من قُلب خيبر ، وذكر عداوة يهود لهم ، قال: «يرئكم من يهود بخمسين يحلفون أنّهم لم يقتلوه» ، قالوا: كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون؟ قال: «فيقسم منكم خمسون أنّهم قتلوه» ، فقالوا: كيف نقسم على ما لم نره ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده^(٤) .

وروى الزهري عن سعيدٍ: أنّ القسامة كانت في الجاهلية ، فأقرّها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيلاً من الأنصار وُجد في جُبِّ اليهود ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليهود ، فكلّفهم قسامة خمسين ، فنكلت اليهود أن تحلف^(٥) ، فقال للأنصار:

= وقال المطرزي: واللوث أن يكون «هناك علامة القتل في واحد بعينه ، أو تكون هناك عداوة ظاهرة». المغرب (لوث) .

(١) قال مالك: «أو يأتي ولاة الدم بلوث من بيّنة». الموطأ بعد (١٦٣١) ص ٦١٢ ؛ انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٧٨ .

(٢) انظر: الأم ص ١١٩٥ ؛ المنهاج ص ٤٩٥ .

(٣) في ب ، ل (ثبوت) .

(٤) رواه البخاري (٦٥٠٢) ؛ ومسلم (١٦٦٩) .

(٥) في ب (فقال اليهود: لن نحلف) .

«أفتحلفون»، فأبت الأنصار أن تحلف، وغرّم رسول الله ﷺ اليهود ديته لأنّه قتل بين أظهرهم^(١).

وروى خصيبٌ عن زياد بن أبي مريم قال: جاء رجلٌ إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إنّي وجدت أخي قتيلاً في بني فلانٍ، فقال: «اجمع منهم خمسين، فيحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلاً»، فقال: يا رسول الله، ليس لي من أخي إلا هذا، قال: «بلى، مائةٌ من الإبل»^(٢).

وقد وروى أبو يوسف عن الكلبيّ عن أبي صالح عن ابن عباس أنّه قال: وجد قتيل بخيبر، فقال رسول الله ﷺ: «أخرجوا من هذا الدم»، فقالت اليهود: قد كان وجد قتيل في بني إسرائيل على عهد موسى ﷺ، فقضى في ذلك، فإن كنت نبياً فاقض، فقال لهم: «تحلفون خمسين يمينا، ثم تغرمون الدية»، فقالوا: قضيت بالناموس، يعني: بالوحي^(٣).

وقال الشعبيّ: كانت القسامة في الجاهلية، فأول من قضى بها في الإسلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٤).

(١) رواه النسائي (٤٧٠٩) مختصراً؛ ورواه بطوله ابن أبي شيبة (٤٤٠/٥).
(٢) لم أجده في كتب الرواية، وذكره السرخسي في المبسوط (١٠٧/٢٦)؛ والكاساني في البدائع (٢٨٦/٧).

(٣) رواه الدارقطني في السنن، وقال: الكلبيّ متروكٌ. (٢١٩/٤).

(٤) لم أجده بهذه الصيغة، وهو غريبٌ، إلا أن يكون المراد به قضاء عمر بصورةٍ مخصوصةٍ، وهو ما رواه البيهقي في الكبرى (١٢٤/٨): ولفظه عن الشعبي: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب في قتيل وجد بين خيران ووادة: أن يقاس ما بين القريتين، فإلى أيّهما كان أقرب أخرج إليه منهم خمسين رجلاً، حتى يوافوه مكة، فأدخلهم الحجر، فأحلفهم، ثم قضى عليهم بالدية». وصحّح؛ ابن حجر إسناده في الفتح (٢٣٨/١٢).

وروي عن الحارث بن الأزعم ، قال: قتل فينا قتيلٌ باليمن ، بين حَيِّين ، فكتب إلى عمر بن الخطاب أنه وُجِدَ [قتيلٌ] لا ندري من قتله ، فكتب أمير المؤمنين: أن قِسْ بين القريتين ، فأيهما كان أقرب ، فألزمهم ، فأتوا عمر ، فاستحلف منهم خمسين رجلاً بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ، وكانوا تسعةً وأربعين رجلاً ، فأخذ منهم رجلاً [وكرر عليه اليمين] حتى تمّوا خمسين ، فقالوا: نعطي أيماننا وأموالنا؟ قال: نعم ، فيم يبطل دمه هذا^(١) .

وروي أن النبي ﷺ كتب إلى يهود: «إمّا أن [تدّوا]^(٢) ، أو تأذنوا بحرب من الله»^(٣) ، فدلّت هذه الأخبار على وجوب الأيمان على أهل المَحَلَّة ، وعلى وجوب الدية عليهم .

ولأنّ أهل المَحَلَّة تلزمهم نصره محلّتهم ، فإذا فرطوا في ذلك لزمهم الضمان ؛ ولأنّ الظاهر أنّ القاتل منهم ، وأنّ الإنسان لا يأتي من مَحَلَّة فيقتل في مَحَلَّة أخرى [٣٤٥/أ] ، والقاتل منهم إنّما يقتل بظهرهم ، فصاروا^(٤) كالعاقلة له .

فأمّا الذي قاله مالكٌ والشافعيّ في استحلاف الأولياء . فهو مخالفٌ^(٥) للقرآن ؛ لأنّ الله تعالى قال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] ،

(١) رواه ابن أبي شيبة من طريق وكيع قال: حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزعم (٤٤٢/٥) ، قال البيهقي في السنن الكبرى: «قال علي بن المديني عن أبي زيد عن شعبة قال: سمعت أبا إسحاق يحدث حديث الحارث بن الأزعم: أن قتيلاً وجد بين وادعة وخيران ، فقلت: يا أبا إسحاق من حدثك؟ قال: حدّثني مجالدٌ عن الشعبي عن الحارث بن الأزعم ، فعادت رواية أبي إسحاق إلى حديث مجالدٍ ، واختلّف فيه عليّ مجالدٍ في إسناده ، ومجالدٌ غير محتجّ به . والله أعلم» . (١٢٤/٨) .

(٢) في أ (أن تذرّوا) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح في الرواية .

(٣) هذا من حديث سهل بن أبي حثمة السابق ، رواه البخاري (٦٧٦٩) ؛ ومسلم (١٦٦٩) .

(٤) في ل (فصار كالقاتل له) .

(٥) في ل (فهما مخالفان) .

فقال النبي ﷺ: «لو أعطي الناس بدعاويهم، لادّعى ناسٌ دماء ناسٍ وأموالهم، لكنّ البينة على المُدّعي، واليمين على المُدّعى عليه»^(١).

وقد روى أبو أيوب عن أبي رجاء مولى أبي قلابة: أنّ عمر بن عبد العزيز استشار الناس في القسامة، فأشاروا عليه أن يقيد بها، وقالوا: قاد بها رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر والخلفاء بعدهم، وأبو قلابة ساكتٌ عند السرير أو خلف السرير، فقال عمر: ما تقول يا أبا قلابة، فقال: يا أمير المؤمنين، عندك^(٢) رؤساء الأخيار، وأشرف العرب، لو شهد رجلان من أهل حمص على رجلٍ من أهل دمشق أنّه سرق ولم يرياه، أكنت تقطعه؟ قال: لا، قال: يا أمير المؤمنين، عندك رؤساء الأخيار وأشرف العرب، لو شهد أربعة من أهل حمص على رجلٍ من أهل دمشق أنّه زنى، ولم يروه، أكنت ترجمه؟ قال: لا، قال أبو قلابة: والله ما نعلم رسول الله ﷺ قتل نفساً بغير نفسٍ، إلا رجلاً كفر بالله بعد إيمانٍ، أو زنى بعد إحصانٍ، أو قتل نفساً بغير نفسٍ، فحدّث أبو قلابة حديث خبير: أنّ رسول الله ﷺ وداه من عنده^(٣).

ولأنّ يمين المُدّعي معني لا يُستحقّ به المال ابتداءً، فلا يُستحقّ القصاص كنفس الدعوى.

وأما قوله ﷺ للأنصار: «أتحلفون، وتستحقون دم صاحبكم^(٤)؟»، فعلى

(١) رواه هكذا ابن ماجه (٢٣٢١) من حديث ابن عباسٍ رضي الله عنهما؛ ورواه البخاري (٢٣٩٧)؛ ومسلم (١٧١١) مختصراً.

(٢) في ب (عندي).

(٣) رواه البخاري (٦٥٠٣).

(٤) (دم صاحبكم) سقطت من ب.



طريق الإنكار عليهم لمّا قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، بدلالة أنّه لو كان أمراً لقال: «أتحلفون، [وتستحقون]»^(١)، فلما أتت النون، علم أنّه على طريق استفهام وإنكار، والذي روي: «تحلفون وتستحقون» معناه: أتحلفون، كقوله تعالى: ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا﴾ [الأنفال: ٦٧]، يعني: أتريدون^(٢).

وإنّما اعتُبر أن يكون بالقتيل أثر؛ لأنّه إذا لم يكن به أثر، فالظاهر أنّه مات حتف أنفه، وليس بقتيل، فلا يتعلق به ضمان، ولهذا قالوا: إنّ من وجد الدّم يخرج من فمه، أو أنفه، أو من فرجه، فليس بقتيل؛ لأنّ ذلك يكون برعافٍ، وقيءٍ، وعارضٍ.

فإن كان الدم يخرج من عينيه، أو أذنه، فهو قتيلاً؛ لأنّ الظاهر أنّ هذا لا يكون إلا بضرب^(٣) حادثٍ.

وإنّما استُحلفوا: بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً؛ لأنّ إحدى اليمينين على فعلهم، فكانت على الثبات، والأخرى على فعل غيرهم، فكانت على العلم.

وفائدة قولهم: ولا علمنا له قاتلاً؛ [لأنّه]^(٤) لا يجوز أن يكون حتّى إذا عرفوا القاتل ذكروه؛ لأنّ قولهم لا يُقبل عليه، ألا ترى أنّهم يسقطون بذلك

(١) في أ (وتستحقون)، والمناسب في التعليل الذي يسوقه حذف النون من تستحقون.

(٢) المقصود بالقتيل في باب القسامة: «القتيل عندنا: كل ميت وجد به أثر، فإن لم يكن به أثر، فلا قسامة فيه ولا دية، إنما هذا ميت، وقال أبو حنيفة: إن وجد وليس به أثر إلا أن الدم يخرج من أنفه، فليس بقتيل، وإن كان يخرج من أذنه، فهو قتيلاً، وفيه الدية والقسامة، وهو قول أبي يوسف ومحمد». الأصل ٥٦٨/٦.

(٣) من ل (بضرر).

(٤) الزيادة من ل.

الضمان عن أنفسهم .

والفائدة فيه: أن الحالف يجوز أن يُقرّ على عبده، فيقبل إقراره، أو يُقرّ على عبد غيره^(١) من غير أهل المحلّة، فيصدّقه المولى فيسقط الحكم عن أهل المحلّة .

وإنما قال: إنّ العدد إذا لم يكمل كُرت الأيمان، لما روي عن عمر ابن الخطاب أنّه وافاه تسعة وأربعون رجلاً، فكرر على أحدهم اليمين حتّى تمت الخمسون، ثم قضى بالدية^(٢) .

وروى محمد بن سيرين عن شريح: أن قسامة كانوا ستة أو سبعة، فردّد عليهم الأيمان حتّى حلفوا خمسين يمينا^(٣)، وروي عن النخعي أنّه قال مثل ذلك^(٤) .

وإنما وجبت الدية على عواقلهم؛ لأنّ وجود القتل بين أظهرهم دون وجود القتل الخطأ منهم، فإذا كان قتل الخطأ على العاقلة، فهذا أولى .

وأما قوله: إنّ على أهل الديوان، فعندنا: أن العقل على أهل الديوان فيمن له ديوان، ومن لا ديوان له، فالعقل على عاقلته من النسب .

وقال الشافعي: لا يلزم أهل الديوان إلا أن يكونوا من النسب^(٥) .

(١) في ب (عبد غيره) .

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بنقص، فقال: حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن عبد الله بن يزيد الهذلي عن أبي المليح: «أن عمر بن الخطاب ردّ عليهم الأيمان حتّى وفوا» (٣٩٥/٤)؛ وينظر: الدراية لابن حجر (٢٨٦/٢)

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٤٤٥/٥)

(٤) رواه ابن أبي شيبة في الموضع السابق نفسه .

(٥) انظر: الأم ص ١٢١٦ .

لنا: ما روي عن النخعي أنه قال: «كانت الدية على القبائل، فلما وضع عمر الدواوين، جعلها على أهل الديوان»^(١)، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلافٍ.

ولا يقال: كيف يُقبل فعل عمر بخلاف فعل رسول الله ﷺ؛ لأن الصحابة لو علمت أنه مخالفٌ لفعله لأنكروه، وكيف يكون مخالفاً، ورسول الله ﷺ قضى على العاقلة ولا ديوان، ففهمت الصحابة أنه قضى عليهم بالنصرة، فلما صارت النصرة بالديوان، علّقوا الحكم بالمعنى الذي علّقه رسول الله ﷺ؛ ولأن العاقلة إنما تتحمّل النصرة، وأهل الديوان يتناصرون [به] ويقاتلون قبائلهم^(٢) دفعاً عن ديوانهم.

وقد كان الناس في الجمل وصيفين يخرج كل قبيلة إلى قبيلتها، فوجب أن يُقدّم الديوان لتعلّق النصرة به^(٣).

٢٥٩٨ - [فصل: اختيار الخمسين الذين يحلفون من العاقلة]

قال أبو الحسن: والذين يحلفون خمسون رجلاً، يتخيّرهم من العاقلة وليّ الدم؛ لأن الأيمان [حق] للأولياء، فلهم أن يختاروا؛ ولأن في اختيارهم فائدة: وهو أنهم يستحلفون من يتهمونه، [أو يستحلفون]^(٤) صالح العشيّة الذين لا يحلفون على الكذب، فإن لم يكمل العدد، كرّرت الأيمان عليهم على ما قدّمنا.

فإن كان العدد كاملاً، فأراد الولي أن يكرّر^(٥) على بعضهم، فقد روي عن

(١) رواه ابن أبي شيبة (٤٠٦/٥).

(٢) في ب (بقتالهم).

(٣) انظر: الأصل ٥٦٥/٦ وما بعدها؛ التجريد ٥٧٨٣/١١ وما بعدها.

(٤) في أ (إنما يستحلفون)، والمثبت من ب، وهو أنسب في العبارة.

(٥) في ل (لا تكون).

محمد أنه قال: ليس لهم ذلك؛ لأنّ الأيمان في الأصول لا تُكرّر على الواحد، وإنما فعلنا ذلك عند نقصان العدد للضرورة، فإذا تمّ العدد عدنا إلى الأصل.

قال: وليس يحلف فيهم صبيٌّ ولا امرأةٌ ولا عبدٌ؛ وذلك لأنّ الصبيّ لا يتعلّق بقوله حكمٌ، واليمين قولٌ؛ ولأنّها عقدٌ، وعقوده لا يتعلّق بها حكمٌ، فأما المرأة والعبد، فليسا من أهل النُّصرة، والأيمان إنّما تجبُ على من ينصر البقعة.

قال أبو يوسف^(١): فإن كان مشتري الدار من غير أهل المَحَلَّة، وقد وجد فيها القتيل، فإنّ القسامة عليه وعلى عاقلته في ذلك المصر، وكذلك دارٌ بالسواد، أو أرضٌ بالسواد يوجد فيها القتيل، وهي لرجلٍ من المسلمين من القبيلة، أو من [حواليهم]^(٢)؛ وذلك لأنّ صاحب الدار أخصّ بنصرة [داره]^(٣) من أهل المَحَلَّة مع أهل المَحَلَّة، وهو مع أهل المَحَلَّة كأهل المَحَلَّة مع أهل المصر، (فكما لا يدخل أهل المصر مع أهل المَحَلَّة، كذلك لا يدخل أهل المَحَلَّة مع صاحب الدار)^(٤).

٢٥٩٩ - [فصل: القسامة على أهل الخِطّة]

قال: وإن كانت المَحَلَّة فيها من قبائل شتّى، فإنّ الدية والقسامة على أهل الخِطّة^(٥)، وليس على المشتريين في قول أبي حنيفة قسامةٌ ولا ديةٌ.

(١) قال أبو يوسف سقطت من ب.

(٢) في أ، ب (مواليهم) والتميت من ل.

(٣) في أ، ب (جاره) والمثبت من ل.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) الخِطّة: ما اختطه الإمام، أي أفرزه وميّزه من أراضي الغنيمة وأعطاه إنساناً، والمراد بأهل الخِطّة:

أصحاب الأملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين. انظر: طلبة=

وقال أبو يوسف: عليهم معهم، وعلى السكان^(١) مع أهل الملك.

أما أهل الخِطَّة والمشتريين، فالقسامة على أهل الخِطَّة عند أبي حنيفة ما بقي منهم واحدٌ دون المشتريين.

وقال أبو يوسف: القسامة والدية على أهل الخِطَّة والمشتريين جميعاً، ولم يذكر أبو الحسن قول محمدٍ، [٣٤٥/ب] وقد ذكره أصحابنا مع أبي حنيفة.

وجه قولهما: أن أهل الخِطَّة أخصُّ بنصرة البقعة من المشتريين، والحكم يتعلّق بالأخصِّ فصار المشتريين معهم كالأجنبي؛ ولأنَّ العقل في الأصل يتعلّق بأهل الخِطَّة، فما بقي واحدٌ منهم لم ينتقل عنهم كموالي الأب، لَمَّا لزمهم العقل لم ينتقل إلى موالي الأمِّ ما بقي من موالي الأب واحدٌ، كذلك هذا.

ومن أصحابنا من قال: إنَّ أبا حنيفة بنى [هذا] على ما شاهد بالكوفة، وكان أهل الخِطَّة هم الذين يدبّرون أمر المَحَلَّة وينصرونها^(٢) دون المشتريين، فبنى الأمر على ذلك.

[وجه قول] أبي يوسف: أن أهل الخِطَّة يلزمهم القسامة بالملك، وهذا المعنى موجودٌ في المشتريين؛ ولهذا [المعنى] يلزم المشتريين بالاتفاق إذا لم يبق من أهل الخِطَّة أحدٌ.

وأما إذا فُقد أهل الخِطَّة، وكان في المَحَلَّة ملائكةٌ وسُكَّانٌ، فعند أبي حنيفة ومحمدٍ: القسامة والدية على المُلَّاك دون السُّكَّان.

= الطَّلَبَة في الاصطلاحات الفقهية، للنسفي ص (٣٣٢)، دار النفائس، عمان، ١٤١٦هـ.

(١) في ل (الساكن).

(٢) في ل (وينصر فيها).

وقال أبو يوسف: عليهم جميعاً.

وجه قولهما: أن الملاك أحق بنصرة البقعة دون السكان، ألا ترى أن السكان يكونون في وقتٍ، وينتقلون في وقتٍ، والقسامة تجب على من هو أخصّ بالنصرة^(١).

[وجه قول] أبي يوسف: أن النبي ﷺ أوجب القسامة على اليهود، وكانوا سكاناً بخير.

والجواب: أن اليهود أقرهم رسول الله ﷺ على أملاكهم، وكان ما يأخذه منهم على وجه الخراج.

٢٦٠٠ - [فصل: القسامة في أهل الذمة]

قال: وأما أهل الذمة، فهم كالأحرار المسلمين، يُستحلفون في القسامة إذا كان القتل في محلّتهم؛ لأن النبي ﷺ أوجب القسامة على أهل خير؛ ولأن وجود القتل في محلّة كمباشرة الواحد منهم القتل، وهذا المعنى موجود في أهل الذمة والمسلمين^(٢).

٢٦٠١ - [فصل: دية القتل يوجد في السجن]

وقال أبو حنيفة في القتل يوجد في السجن لا يُعرف من قتله: [فالدية] على بيت المال.

وقال أبو يوسف: على أهل السجن القسامة والدية.

(١) في ل (بلا نصره).

(٢) انظر: الأصل ٥٦٦/٦ وما بعدها.

[وجه قول] أبي حنيفة^(١) ومحمد: أن أهل السجن مقهورون ، فالظاهر أنه لا نصرة لهم ، فلا يتعلّق بهم ما يجب لأجل النصرة^(٢) ؛ ولأنّ منفعة السجن لجماعة المسلمين ؛ بدلالة أنّه وُضِعَ لاستيفاء حقوقهم ، ولدفع الضرر عنهم ، فصاروا أخصّ بنصرته ، فكانوا أولى بالقسامة فيه^(٣) .

[وجه قول] أبي يوسف: أن الظاهر أن القتل حصل من أهل السجن ، فوجب أن تكون القسامة عليهم ، وهذه المسألة من فروع مسألة المالك والساكن ؛ لأنّ أهل السجن في حكم السكّان في البقعة ، فلا يلزمهم عند أبي حنيفة ومحمد قسامة ولا دية .

٢٦٠٢ - [فصل: القتل يوجد في السوق]

وقال أبو حنيفة في السوق يوجد فيها القتل: فعلى أرباب السوق ، فإن كان السوق للعامة ، فعلى بيت المال .

أمّا السوق [المملوك]^(٤) ، فعند أبي حنيفة ومحمد: يجب على مالِكها^(٥) ؛ لأنّه أخصّ بنصرتها ، وعند أبي يوسف: يجب على سكانها .

فأمّا إذا لم تكن مملوكةً ، فهي كالشوارع العامة التي يثبت فيها حقّ جماعة المسلمين ، فما يوجد فيها يكون على بيت المال .

(١) (أبي حنيفة) سقطت من ب .

(٢) في ب (ما يجب بالنصرة) .

(٣) في ل (فصار كالشارع) فقط .

(٤) الزيادة من ب فقط .

(٥) في ل (على ملاكها لأنهم أخصّ) .

٢٦٠٣ - [فصل: دية القتيل يوجد في مسجد الجامع]

قال: ولو وُجد في مسجد الجامع ، كان على بيت المال ، وكذلك الجسور العامة ؛ وذلك لأنّ الجامع والجسر لا يختصّ به طائفة من المسلمين ، بل يتعلّق به حقّ جماعتهم ، فما يجبُ لأجله يكون في بيت المال .

وليس هذا كمساجد القبائل إذا وُجد فيها قتيلٌ كان على أهل القبيلة ؛ لأنّهم أخصّ بنصرة المسجد والتصرف فيه من غيرهم ، فصار وجود القتيل فيه كوجوده في محلّتهم^(١) .

٢٦٠٤ - [فصل: القتيل وجد في سفينة]

وإن وجد قتيلٌ في سفينة ، فعلى أرباب السفينة ، فإن كان فيها ركابٌ مع أربابهم ، فعليهم جميعاً ، وهذا ظاهرٌ على قول أبي يوسف في إيجاب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعاً^(٢) .

وأما على أصل أبي حنيفة ومحمد ، ففرقاً^(٣) بين هذا وبين المحلّة ؛ لأنّ السفينة [تتعلق] ممّا تنتقل وتتحوّل ، فيعتبر فيها اليد دون الملك ، كالدابة إذا وجد عليها قتيلٌ .

قال: وقال أبو حنيفة: إن كان السوق في ملك رجل ، فعلى عاقلة صاحب الملك ، وإن كان للسلطان فعلى بيت المال ؛ وذلك لأنّ المالك للسوق أخصّ بنصرته ، فيلزمه ما تعلّق به .

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٦١ ، ٤٦٢ .

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه .

(٣) في ل (فتفرقا) .

فأمّا سوق السلطان ، فهي للمسلمين ، فما يتعلق بها عليهم ، وما وجب على جماعة المسلمين استوفى في بيت المال .

٢٦٠٥ - [فَصْلُ: القَتِيلِ وَجَدَ فِي نَهْرِ جَارٍ صَغِيرٍ]

(قال: وإذا وجد القَتِيلَ في نَهْرِ جَارٍ صَغِيرٍ خَاصٌّ مِمَّا يُقْضَى فِيهِ بِالشُّفْعَةِ للشَّرِيكِ ، فعلى عاقلة أرباب النهر؛ وذلك لأنّ هذا النهر مملوكٌ لهم ، فهم أخصُّ به من غيرهم ، فيتعلّق بهم ما يوجد فيه ، كالدار المملوكة والسوق المملوكة)^(١).

٢٦٠٦ - [فَصْلُ: الرَّجُلِ يُجْرَحُ فِي الْقَبِيلَةِ فَيُحْمَلُ إِلَى أَهْلِهِ فَيَمُوتُ]

قال أبو حنيفة^(٢) في الرجل [يُجْرَحُ فِي الْقَبِيلَةِ]^(٣) ، فيحمل إلى أهله فيموت من تلك الجراحة: فإن كان صاحب فراشٍ حتّى مات ، فعلى عاقلة القبيلة القَسَامَةَ ، وإن لم يكن صاحب فراش ، فلا ضمان فيه ولا قَسَامَةَ .

وقال ابن أبي ليلى: لا قَسَامَةَ فيه ولا ضمان في الوجهين ، وبه قال أبو يوسف .

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ الجراحة إذا أدّت إلى الموت ، فكأنّ القتل حصل عقيبها ؛ بدلالة وجوب القِصَاصِ على الجراح ، فصار في مسألتنا كأنّ [الموت]^(٤) حصل في المَحَلَّةِ التي جرح فيها ، فيلزم أهلها القَسَامَةَ والدية .

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الذي حصل في المَحَلَّةِ ما دون النفس ، وذلك

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (قال أبو الحسن) .

(٣) في أ (يخرج من القبيلة) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في السياق ، وينظر الهداية للمرغيناني (٢٢٣/٤) ، المكتب الإسلامي .

(٤) في أ (الثوب) ، والعبارة لا تحتمله ، والمثبت من ب ، ل .

لا يثبت به قسامةٌ ، كمن قطعت يده ^(١) في مَحَلَّةٍ .

وأما إذا لم يكن صاحب فراشٍ ، فلا يُعَلَمُ أن الموت حصل من الجراحة ، فلا يلزم أهل المَحَلَّةِ حكمها .

٢٦٠٧ - [فصل: القتل وجد في درب من دروب الأرض]

قال: وإذا وُجِدَ قَتِيلٌ في دربٍ من دروب ^(٢) الأرباض ^(٣) ، فإن كان في دربٍ يجمعهم مصلى فعليهم جميعاً ، وإن كان في دربٍ يجمعهم مصليان أو ثلاثةً ، فهو على جميع أهل الدروب ^(٤) ، وعلى جميع الرِّبَضِ ^(٥) الذي ذلك الدرب فيه ، الرِّبَضُ بمنزلة القبيلة ، والدرب بمنزلة الطريق من طرق القبائل ، (وكذلك هذه الأرباض: هي المَحَالُّ ، وهي القبائل) ^(٦) ؛ وذلك لأن أهل الدرب إذا جمعهم مسجدٌ واحدٌ ، فهم أخصّ بذلك الدرب من أهل المَحَلَّةِ [٢/٣٤٦] ، فكانوا أولى بالقسامة ، كصاحب الدار وأهل المَحَلَّةِ .

وأما إذا كان فيه مصليان أو ثلاثةً ، فليس بعضهم أخصّ به من بعض ، فصاروا وأهل المَحَلَّةِ الذين لا ينفردون به سواءً ، فكانت القسامة عليهم جميعاً .

٢٦٠٨ - [فصل: القتل وجد في دار مفرغة مغلقة في يد رجل]

قال بشرٌ عن أبي يوسف: إذا كانت الدار مُفَرَّغَةً مغلقةً في يد رجلٍ ، فوُجِدَ

(١) (يده) سقطت من ب .

(٢) في ب (في دورٍ من دورٍ) .

(٣) في ل (الرباط) ، ورَبَضُ المدينة ، بفتحتين: ما حولها . مختار الصحاح (ربض) .

(٤) في ب ، ل (الدرب) .

(٥) «الربض: ما حول المدينة من بيوت ومساكن ، ويقال لحرم المسجد: ربض أيضاً» . المغرب (ربض) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ل .

قتيلٌ فيها ، فعلى عاقلة ربّ الدار القسامة والدية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ وذلك لأنّ نصرّة الدار تجب على من هي في يده ، فسواءً سكنها أو لم يسكنها ، وهذا ظاهرٌ على أصل أبي حنيفة ؛ لأنّه يوجب على المالك دون الساكن ، والسكنى لا يُعتبر بها .

فأمّا أبو يوسف : فإنما يوجب على الساكن ؛ لأنّه أخصّ باليد ، فأمّا إذا لم يكن ، فصاحب الدار أخصّ باليد .

وذكر عمرو بن أبي عمرو عن محمدٍ : قال أبو حنيفة : في القتل إذا وجد في المَحَلّة مثل ما تقدّم ، وزاد فيه : أنّ الدية عليهم في أعطياتهم في ثلاث سنين ، في أعطيات المقاتلة دون أعطيات [الذرية] ^(١) .

فإن لم يكونوا أهل عطاء ، وكانت لهم أرزاقٌ ، جعلت الدية في أرزاقهم ، وهذا على ما قدّمنا : أنّ الدية تجب على أهل الديوان .

وأما [الذرية] ^(٢) فلا يدخلون في العَقْل ؛ لأنّهم لا نصرّة لهم ، فلا يؤخذ من أعطياتهم شيءٌ .

وإن كانوا من أهل الرزق ، أخذ من أرزاقهم ، والفرق بين العطيّة والرزق : أنّ العطيّة : هي المفروض للمقاتلة ، والرزق : هو الذي يُجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلةً ^(٣) .

(١) في أ (الذمة) ، والمثبت من ب .

(٢) في أ (أهل الذمة) ، والمثبت من ب ، ل ، وهو المناسب في السياق ؛ لأنّه ذكر الأعطيات ، وهي لا تكون لأهل الذمة ؛ إذ أنّه فسرها بعد بما يعطى للمقاتلة .

(٣) انظر : الأصل ٥٦٨/٦ - ٥٧٢ .

٢٦٠٩ - [فصل: أخذ الدية من الديوان]

قال: وإن كانت دواوينهم على غير القبائل، فعلى القيادات والرايات؛ وذلك لأن الديوان إذا كان على القبائل، فقد اجتمع في العقل القبيلة والديوان، فتؤخذ الدية من ديوانهم بإجماع.

وأما إذا لم يكن الديوان على القبائل، فالمعتبر عندنا الديوان، فاعتبر من يجمعهم راية واحدة، وقائد واحد، أو عرافة^(١) واحدة؛ لأنهم يتناصرون بها.

٢٦١٠ - [فصل: الامتناع عن الأيمان في القسامة]

قال محمد: ومن أبى منهم أن يحلف، حُبِسَ؛ وذلك لأن اليمين في القسامة نفس الحق، ألا ترى أنه يُجمع بينها وبين الدية، ولهذا قال الحارث بن الأزعم لعمر بن الخطاب: أنبذل أيماننا وأموالنا؟ أما يجزئ هذه عن هذه؟ قال: لا، وروي أنه قال: «فيم يبطل دم صاحبكم»^(٢).

وإذا كانت اليمين نفس الحق، فمن امتنع عن الحق، وهو يقدر على أدائه، حُبِسَ.

وليس كذلك النكول^(٣) في سائر [الأموال]^(٤)؛ لأن اليمين ليست هناك نفس الحق، ألا ترى أن المدعى عليه إذا لم يحلف ولم يُقرّ وبذل المال، لم يلزمه

(١) العرافة، بالكسر: تدبير الأمور، وأنا عريف: أي مدبر أمر القوم وقائم بسياستهم. انظر: المصباح المنير (عرف).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في ب (وليس هذا كالنكول).

(٤) وفي أ (الأيمان) والمثبت من ب، وهو المناسب للسياق.

شيء، فعلمت أن المال هو الحقُّ المُدعى، فإذا نكل استوفي المال، ولا معنى للحبس بما ليس بحق.

قال: ولا يُقسَمُ صبيٌّ، ولا امرأةٌ، ولا عبدٌ، ولا مُدبّرٌ، ولا مُكاتبٌ، وهذا قد بيّناه، وذكرنا: أن اليمين قولٌ، والصبي لا قول له، والمرأة ليست من أهل النُصرة، والعبد والمُكاتب والمُدبّر، لا يُستنصر بهم.

٢٦١١ - [فصل: الاستحلاف في القسامة من أهل النُصرة]

قال: ويقسم الأعمى والمحدود في القذف [والكافر؛ وذلك لأن الأعمى والمحدود في القذف] يُستحلفان في الحقوق، ويحصل بهما النُصرة، فهما كغيرهما.

٢٦١٢ - [فصل: وجود القتل في السوق العام أو المسجد]

قال: وإذا وُجد القتل في سوق المسلمين، أو في مسجد جماعتهم، فالدية على بيت المال ولا قسامة؛ وذلك لأن القسامة إنّما تجب على من يختص بالنُصرة، وليس لهذه البقاع من يختص بنصرتها؛ ولأن اليمين للتهمة، وذلك لا يوجد في جماعة المسلمين^(١).

فأمّا الدية؛ فإنّما تجب لأنّ حماية^(٢) تلك البقعة تلزم المسلمين، فإذا فرّطوا فيها ضمنوا.

٢٦١٣ - [فصل: الدية المؤجلة]

قال: وتؤخذ من بيت المال في ثلاث سنين؛ لأنّ من حكم الدية أن تجب

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٦١.

(٢) في ل (جناية).

مؤجلةً ، بدلالة العاقلة ، فإذا أخذت من غيرهم كانت مؤجلةً ؛ بدلالة أن ما يؤخذ من مال المُقْتَرِّ [بقتل] (١) الخطأ ، إنما تؤخذ في ثلاث سنين .

٢٦١٤ - [فصل: وجود القتيل في سوق خاص]

وإن كانت السوق (٢) لرجلٍ خاصة ، فالدية والقسامة عليه وعلى قومه ؛ وذلك لأنه أخصّ بالنصرة من المسلمين ، فكان أولى بالقسامة .

قال محمدٌ: وإذا وجد القتيل في فلاةٍ من الأرض ، نُظِرَ في ذلك المكان ، فإن كان ملكاً لإنسان ، فالقسامة على ذلك الرجل الذي يملك الموضع وعلى قبيلته ، وعليهم الدية .

وإن كان ذلك الموضع لا مالك له ، فإن كان موضعاً يُسمع فيه الصوت من مصرٍ من الأمصار ، فعلى أقرب القبائل إلى ذلك الموضع من المصر القسامة والدية ، فإن كان ذلك الموضع لا يُسمع فيه الصوت ، وليس بملكٍ لأحدٍ ، فدمه هدرٌ .

وذلك لأنّ البقعة إذا كانت مملوكةً ، فمالكها أخصُّ بها ، فكان أولى (٣) بالقسامة والدية ، وإذا لم تكن مملوكةً ، وكان الصوت يبلغ إليها من بعض القرى ، فعلى أقرب القرى إليها ، فإن كان من مصرٍ ، فعلى أقرب محالِّ المصر ؛ لما روي في قصة الحارث بن الأزعم: «أنّ قتيلاً وجد بين وداعة [وخيران] (٤) ، فكتب إلى عمر عامله بذلك ، فكتب إليه بأن يقيس بين القريتين ، فوجد القتيل إلى وداعة

(١) في أ ، ب (بجناية) والمثبت من ل .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في ل (أخص) .

(٤) في الأصول (وارحب) والمثبت من الرواية السابقة المخرجة .

أقرب ، ففضى عليهم بالقسامة والدية»^(١) ، ولأن ما يبلغه الصوت من المصر في حكم التابع له .

وأما إذا كان لا يبلغه الصوت ، وليس بمملوك ، لم يكن أحد من الناس أخص به ، فلم يتعلق به^(٢) حكم ؛ ولأنه لا يد لأحد على هذه البقعة .

وذكر محمد في الأصل^(٣) : في القتل إذا وجد بين القريتين ، أنه يقاس^(٤) إلى أقربهما^(٥) ؛ لحديث أبي سعيد الخدري : «أن النبي ﷺ أمر بأن يُذرع بين قريتين في قتلٍ وُجد بينهما»^(٦) ، وأمر عمر بأن يُقاس ما بين وداعة والقرية الأخرى ، وهذا محمولٌ عندنا^(٧) على أنه يبلغ الصوت إلى الموضع^(٨) .

[ولم] يذكر [ذلك] محمد في الأصل : وإنما حكاه أبو الحسن رحمه الله تعالى عنه ، وذكره هلال . وهو الصحيح ؛ لأن الصوت إذا بلغ ، فالغوث يلحق تلك البقعة من القرية ، وإذا لم يبلغ الصوت ، لم يلحق الغوث ، فلا يلزمه شيء .

٢٦١٥ . [فصل : وجود القتل في مثل الفرات أو دجلة ونحوهما]

قال : وإن وجد في مثل الفرات أو دجلة يجري به الماء ، فلا قسامة فيه ولا

(١) سبق تخريجه .

(٢) في ل (أحق به حكم) .

(٣) في ب (وقد ذكر في الأصل) .

(٤) في ب (أنه لا يقاس) .

(٥) الأصل ٥٦٦/٦ .

(٦) رواه أحمد (١١٣٥٩) ، قال ابن حجر في التلخيص الحبير : «قال البيهقي : تفرّد به أبو إسرائيل عن عطية ، ولا يحتج بهما ، وقال العقيلي : هذا الحديث ليس له أصل» (٣٩/٤) .

(٧) في ب (وهذا عنده) .

(٨) الأصل ٥٦٦/٦ .

دية على أحد؛ وذلك لأن تلك البقعة لا تثبت عليها اليد، فلا تجب فيها قسامة.

٢٦١٦ - [فَصْل: القسامة فيمن وجد في الفرات محتبساً]

قال: فإن وُجد محتبساً في موضعٍ من دجلة أو الفرات، فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع - من حيث يسمع الصوت - القسامة والدية؛ وذلك لأن شطّ الفرات في يد من يقرب^(١) إليه، ألا ترى أنهم يستقون منه الماء، ويوردون بهائمهم، فصار في أيديهم، فوجبت القسامة عليهم.

٢٦١٧ - [فَصْل: وجود القتيل في فلاة من الأرض]

وقال: في القتيل يوجد في العسكر في فلاة من الأرض ليس بملك أحد، أنه [إن] وُجد في خيامٍ أو فسطاطٍ [أو خبَاء]، فعلى من يسكن [الخباء] والفسطاط الدية والقسامة على عواقلهم.

وإن وُجد خارجاً من الفسطاط والخباء، فعلى أقرب الأخبية [٣٤٦/ب] منهم القسامة والدية.

وإن كان القوم قد لقوا [عدوًّا]^(٢) فقاتلوا، فلا دية ولا قسامة في قتيلٍ وُجد بين أظهرهم، وكذلك روى بشرٌ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا قسامة فيه إذا لقوا العدو ولا دية، وإن لم يلقوا عدوًّا، فعلى أرباب الأرض التي فيها العسكر.

فإن لم يكن لها مالكٌ، فعلى عاقلة أقرب الأخبية والفساطيط؛ وذلك لأنهم إذا لقوا عدوًّا، فالظاهر أن العدو قتله، وأن المسلمين لا يقتل بعضهم

(١) في ل (فيمن يقرب منه).

(٢) في أ، ب (قتلاً) والمثبت من ل.

بعضاً ، فكان هدرًا .

وأما إذا لم يلقوا عدوًا ، فإن كان في خيمةٍ ، فصاحب الخيمة أحقُّ بها^(١) من أهل العسكر ، فصارَ كالقتيل يوجد في الدار: أنَّ القَسامة على صاحبها دون المَحَلَّة .

فإن كان بين الخيم ، فعلى جماعتهم ، كالقتيل يوجد في المَحَلَّة .

فإن كان للأرض مالكٌ ، فالعسكر كالساكن^(٢) ، فتجب القَسامة عند أبي حنيفة على المالك دون الساكن^(٣) .

٢٦١٨ - [فصل: وجود القتل في سفينة]

قال محمدٌ: إذا وجد القتل في سفينةٍ ، فالدية والقَسامة على من في السفينة ، وعلى من يمدّها ممن يملكها ، ومن لا يملكها إذا كان فيها أو كان يمدّها ، فعليهم القَسامة [والدية] .

وكذلك العجلة والدابة ، وقد بيّنا ذلك ، وذكرنا: أنها تنقل وتحول ، ففارقت الدار^(٤) .

٢٦١٩ - [فصل: وجود القتل على دابة ولها قائد]

قال: وإذا كان القتل مع رجلٍ يحمله ، أو كان على دابةٍ ولها قائدٌ ، أو سائقٌ ، أو راكبٌ ، فعلى أيّهم كان القَسامة والدية .

(١) في ب (أخص بها) .

(٢) في ل (كالساكن فيها) .

(٣) انظر: الأصل ٥٧٠/٦ ، ٥٧١ .

(٤) انظر: المصدر السابق نفسه .

فإن اجتمعوا جميعاً، فعليهم؛ وذلك لأنّ القتل في أيديهم، فصار كوجوده في دارهم^(١).

قال عمرو: وسألت محمداً عن القتل يوجد في قرية امرأة لا يكون بها غيرها، قال: قال أبو حنيفة: تُستحلف، وتُردّد عليها الأيمان، وعلى عاقلتها الدية، أقرب القبائل [إليها]، [وهو قول محمد]^(٢).

وقال أبو يوسف: ينظر إلى أقرب القبائل [تكون القسامة عليهم، ولا قسامة على المرأة].

قلت لمحمد: أقرب القبائل إليها في النسب (أو في الجوار؟ قال: بل في النسب)^(٣)، والصبيّ ليس عليه قسامة.

وجه قولهما: أنّ المرأة ممن تُستحلف في الحقوق، وقد صارت ممن تلزمها الخصومة في هذا الموضع والمشاركة في الدية، فصارت [كالرجل]^(٤)؛ ولأنّ وجود القتل في الدار كمباشرتها القتل، فإذا كانت ممن تُستحلف، صارت كالرجل.

وليس هذا كالصبيّ؛ لأنّه لا يُستحلف في الحقوق، وليس هذا كالقتيل يوجد في المحلّة؛ لأنّ النساء لا يُحلفن؛ لأنّ أهل المحلّة يلزمهم لأجل الثّصرة،

(١) قال محمد في الأصل: «... فهو على الذي مع الدابة، فإن لم يكن مع الدابة أحد، فهو على أهل المحلّة الذين يوجد فيهم على الدابة، وكذلك الرجل يحمل قتيلاً، فهو عليه». ٥٧٠/٦.

(٢) انظر: الأصل ٥٧١/٦.

(٣) ساقطة من ل.

(٤) في أ، ب (كالرجال) والمثبت من ل.

والمرأة لا تنصر، فصاحب الدار يلزمه؛ لأنه كالمباشر، وهي ممن يجوز أن تباشر^(١).

[وجه قول] أبي يوسف: أن القسامة تجب للنصرة، فلا تدخل المرأة فيها، كما لا تدخل مع أهل المحلة.

وقد قال أصحابنا المتأخرون: إن المرأة تدخل مع العاقلة في هذه المسألة في التحمل.

وذكر الطحاوي: أن القاتل لا يدخل في التحمل، إلا أن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً.

فعلى ما قال: إذا لم تدخل عند مباشرتها، فعند وجود القتل في دارها أولى.

وكان أصحابنا ينكرون هذا القول، ويقولون: إن القاتل^(٢) يدخل في الدية بكل حال.

وذكر في المنتقى في المرأة وُجد في دارها قتيلاً، وقد انقرض قومها: فإنني أحلفها خمسين يمينا، ثم أقسم الدية على أقرب القبائل من قومها، فإن جنت بعد هذه الجناية، أقسم هؤلاء^(٣) عليها^(٣) الذين ضمّنتهم العقل؛ وذلك لأن قومها لما انقرضوا، لم يبق من يستحق القسامة غيرهم، فأما الدية فيجوز أن [تلحق]^(٤)

(١) في ب (وهو ممن يجوز أن يباشر).

(٢) في ب (القبائل)، خطأ.

(٣) في ب، ل (عنها هؤلاء).

(٤) في أ (تستحق)، والمثبت من ب.



من بَعُدَ منها ، كما يدخلون مع عاقلتها إذا قَلَّوا^(١) .

وإذا وجد قتيلٌ آخر ، فقد صاروا هؤلاء عاقلةً لها بالقضاء عليهم ، فيدخلون في الأيمان .

٢٦٢٠ - [فَصْلُ: وجود القتيل في أرض رجل غريب عن القرية]

قال: وسئل محمد^(٢) عن رجلٍ وجد قتيلًا في أرض رجلٍ إلى جانب قريةٍ ، ليس صاحب الأرض من أهل القرية؟ (قال: على صاحب الأرض؛ وذلك لأنه أخصُّ بنصرة قوارضه من أهل القرية)^(٣) ، فكان أولى بالضمان .

٢٦٢١ - [فَصْلُ: وجود قتيل في دار]

وقال محمد: في قتيلٍ وُجد في دارٍ ، فالقَسامة على ربِّ الدار ، وعلى عاقلته إن كانوا جيرانه ، وإن لم يكونوا: فعلى عاقلته من أهل المصر ، وعليهم الدية .

(وذكر في الأصل: أن القتيل إذا وجد في دار رجلٍ ، فالقَسامة على ربِّ الدار ، وعلى قومه)^(٤) [الدية]^(٥) ، وذكر اختلاف زفر وأبي يوسف: أن القَسامة عليه وعلى عاقلته ، غُيبًا كانوا أو حضورًا .

وقال أبو يوسف: لا قَسامة على العاقلة .

وكان أبو الحسن يقول: إن كانت العاقلة حاضرةً في المصر ، دخلوا في

(١) انظر: الأصل ٥٧١/٦ .

(٢) في ب (الدرب) .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) الزيادة من نص الأصل ٥٦٧/٦ .

القسامة ، وإن كانت غائبةً فالقَسامة على صاحب الدار ، تُكرّر عليهم الأيمان ، والدية عليه وعلى العاقلةِ .

أما دخول العاقلة في القَسامة إذا كانوا حضوراً ، فهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وظاهر قول أبي يوسف يقتضي أن لا يدخلوا .

وجه قولهما: أن الحضور قد لزمهم نصره الموضع لنصرة صاحب الدار ، فوجب أن يشاركوه في القَسامة ؛ ولأنهم شاركوه في التهمة ، فشاركوه في القَسامة كما شاركوه في الدية .

وأما إذا كانوا غُيباً ، فالتهمة قد ارتفعت في حقهم ؛ لأنهم قد عَلِم أنهم لم يباشروا القتل ، ولا يلحق الموضع نصره من جهتهم ، فالقَسامة تثبت بأحد هذين المعنيين ، وليس القَسامة من التحمّل في شيء ؛ لأنه لا يتعلّق بالتهمة ، ألا ترى أنّهم يتحمّلون عن القاتل [المعيّن] ^(١) إذا كان صبيّاً أو مجنوناً أو خاطئاً .

وجه قول زفر: أنه لما لزمهم ^(٢) الدية ، فكذلك القَسامة ، كأهل المَحَلَّة .

[وجه قول] أبي يوسف: أن صاحب الدار أخصّ بالتهمة ، فلم يشارك في القَسامة ، كما لا يشارك أهل المَحَلَّة عواقلهم .

وقال أبو يوسف: لو أن رجلاً معه جريحٌ به رمقٌ يحمله ، حتّى أتى به أهله ، فمكث يوماً أو يومين ، ثم مات ، لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف ، وفي قياس قول أبي حنيفة: يضمن .

(١) في أ ، ب (المعنى) والمثبت من ل .

(٢) في ب (أنهم عطاء ألزمهم) .

وهذا فرعٌ على من جرح في قبيلةٍ ، فتحامل إلى أخرى ، فمات .

ووجه [القياس] ^(١) : أن الحامل قد ثبتت يده عليه مجروحاً ، فإذا مات من الجراح ، فكأنه مات في يده .

٢٦٢٢ - [فصل : وجود القتل في دار نفسه]

قال : وإذا وجد الرجل قتيلاً في دار نفسه ، فديته على عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة ^(٢) .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء فيه ، وهو قول زفر والحسن ، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة مثله .

[وجه قول] أبي حنيفة : أن القسامة تثبت في [حال] ظهور القتل ؛ بدلالة أن من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية ، وحال ظهوره الدار لورثته ، فكانت الدية على عواقلهم ، كما لو وجد في دار ابنه ^(٣) .

ولا يجوز أن يقال : إذا كان الوجوب على الورثة ، فكيف [٣٤٧/أ] تتحمل العاقلة عنهم لهم ؟ لأن الدية في الحقيقة للمقتول ؛ بدلالة أن ديونه تُقضى منها ، وتنفذ وصاياه ، وإنما تملكها ورثته بسببٍ آخر ، ومثل هذا غير ممتنع ، كما لو وجد الأب قتيلاً في دار ابنه ، أو وقع في بئرٍ حفرها ابنه .

وجه قولهما : أن الحكم يتعلّق بحال الجراح ، والدار في تلك الحال ملكٌ

(١) في أ ، ب (البناء) والمثبت من ل .

(٢) انظر : الأصل ٥٦٨/٦ .

(٣) انظر : المصدر السابق ٥٦٩/٦ .



للمقتول ، فكأنه قتل نفسه ؛ ولأن وجود القتل في الدار كمباشرة صاحبها القتل ، فكأنه قتل نفسه^(١) .

٢٦٢٣ - [فصل : المكاتب وجد قتيلاً في دار نفسه]

وقد قالوا: في المكاتب لو وجد قتيلاً في دار نفسه ، فدمه هدراً ؛ لأن داره في حال ظهوره ليست للورثة ، وإنما هي على حكم ملكه ، إلا أن يقضي مال الكتابة ، فصار كأنه هو القاتل لنفسه^(٢) .

وقد روي عن محمد عن أبي يوسف: في رجلين في بيت ليس معهما أحد ، ووجد أحدهما مذبوحاً ، قال: أضمن الآخر الدية ، وقال محمد: لا أضمنه .

وجه قول أبي يوسف: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، ولهذا إذا وجد قتيلاً في محلة ، كان عليهم ، ولم يُعتبر جواز أن يكون قتل نفسه ، وإذا كان الظاهر أن غيره قتله ، وليس هناك أقرب من الآخر ، كانت الدية عليه .

[وجه قول] محمد: أنه يجوز أن يكون القتل قتل نفسه ، ويجوز أن يكون الآخر قتله ، فلا أضمنه بالشك .

٢٦٢٤ - [فصل :]

قال: وإذا وجد في دار المكاتب قتيلاً ، فهو عليه ، يسعى^(٣) في الأقل من قيمته ومن الدية ؛ لأن وجود القتل في داره كمباشرة القتل ، ولا يجوز أن يلزم^(٤)

(١) انظر: الأصل ٥٦٤/٦ - ٤٦٩ .

(٢) انظر: الأصل ٥٦٨/٦ .

(٣) في ل (يقضي) .

(٤) في ل (أن كان على مولاة) .

مولاه كما لا يلزمه في مباشرته .

٢٦٢٥ - [فصل: وُجد المولى قتيلاً في دار مكاتبه]

قال: ولو وُجد المولى في دار المُكاتبِ قتيلاً، كان عليه الأقلُّ من القيمة أو الدية؛ لأنَّ وجود المولى في داره كمباشرته لقتله .

قال: وتكون القيمة حالة؛ لأنَّ القيمة تلزم بالمنع من الدفع، فتكون حالة كما يجب على المولى بجناية مُدبِّره .

٢٦٢٦ - [فصل: وُجد المكاتب قتيلاً في دار مولاه]

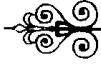
قال: ولو وجد المكاتب قتيلاً في دار مولاه، فعلى مولاه قيمته في ثلاث سنين، ولا تتحمَّله العاقلة؛ لأنَّ وجود المُكاتب في دار السيد كمباشرة السيد القتل؛ إلا أنَّ العاقلة لا تتحمَّل؛ لأنَّ المُكاتب على ملكه، وإنَّما ضمن جنايته عليه بعقدٍ عقده، وذلك العقد ثابتٌ فيما بينهما، غير ثابتٍ في حقِّ العاقلة، فصار في حقِّهم كما لو وجد في داره عبدٌ قنُّ [له] .

٢٦٢٧ - [فصل: وجود القتل في دار عبد مأذون له في التجارة]

قال: وإذا وجد في دار عبدٍ مأذون له في التجارة، وعليه دينٌ أو لا دين عليه، أو غير مأذونٍ وُجد في داره قتيلاً، فعلى عاقلة مولاه القسامة والدية .

وقد قالوا: إنَّ القياس في العبد المأذون يوجد في داره قتيلاً: أن تجب القسامة على العبد، ويقال لمولاه: ادفعه أو افده .

وفي الاستحسان: تجبُّ على المولى، ولا تجب على العبد .



أمّا وجه القياس ؛ فلأنّ العبد في التجارة^(١) كالحرّ ، ولو وجد قتيلاً في دار [حرّ]^(٢) ، كان هو^(٣) القاتل ، فكذلك العبد يدفع أو يفدي كما لو باشر القتل .

وجه الاستحسان: أنّ العبد ليس ممّن تجب عليه الجناية بالقول ، بدليل أنّه لو أقرّ بالجناية لم يجز إقراره ، والقسامة قول العبد ، فلا معنى لاستحلافه ، ولو أقرّ لم يُقبَل قوله ، وإذا سقطت القسامة عن العبد ، وجبت على المولى ؛ لأنّ المملّك له .

ولو كان العبد عليه دينٌ فينبغي في قياس قول أبي حنيفة: أن [لا]^(٤) تجب على العبد في القياس ؛ لأنّ المولى^(٥) لا يملك ماله .

وفي الاستحسان: تجب على المولى ؛ لأنّ المولى وإن كان لا يملك ، والغرماء أيضاً لا يملكون الدار ، والعبد لا مال له^(٦) ، والمولى أقرب الناس إليه ؛ لأنّه يقدر على تحصيلها لنفسه^(٧) ، والقسامة يُعتبر فيها الأقرب [فالأقرب] ، فلمّا كان المولى أقرب الناس إليه ، كانت القسامة عليه .

٢٦٢٨ - [فصل: وجود المأذون في دار مولاه قتيلاً]

قال: ولو وجد المأذون في دار مولاه قتيلاً ، فإن كان عليه دينٌ ، فإنّ على

-
- (١) في ل (الجناية) .
 - (٢) في أ ، ل (حي) والمثبت من ل .
 - (٣) في ب ، ل (كأنّه هو) .
 - (٤) في أ ، ب (أن تجب) والمثبت من ل .
 - (٥) في ب (لأنّ العبد) .
 - (٦) في ب ، ل (لا ملك له) .
 - (٧) في ب (تخليصه بالبينة) .

المولى قيمته لغرمائه حالةً في ماله ، وهذا بمنزلة استهلاكه إياه بعتي ، ولا تكون القيمة عليه في ثلاث سنين .

وكذلك^(١) لو قتله عمداً ، فعليه قيمته حالةً ، وكذلك لو كان العبد جنياً جنائياً ، ثم وجد قتيلاً في دار مولاه ، فعلى المولى قيمته حالةً ، وكذلك لو [كان العبد] قتله خطأ وهو لا يعلم ؛ وذلك لأن العبد على ملك المولى ، وقتل الإنسان لملكه لا يتعلق به ضمانٌ ، وإنما [يتعلق به الضمان]^(٢) هاهنا ؛ لما تعلّق على العبد من الحق^(٣) ، وهذا لا يعود إلى الجنائية ، فلم تلزم العاقلة .

وإنما كان حالاً ؛ لأنه في حكم ضمان الاستهلاك^(٤) ، ألا ترى أنه صار مانعاً بالجنائية من دفعه^(٥) في الدين ، أو تسليمه في الجنائية ، والضمان المتعلّق بالمنع^(٦) يكون حالاً .

٢٦٢٩ - [فصل : وجود ابن الرجل أو أخيه قتيلاً في داره]

قال محمدٌ : وإذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلاً في داره ، فإن على عاقلته دية ابنه ودية أخيه وإن كان هو وارثه ، وهذا على ما بيننا أن وجود القتل في الدار كمباشرة صاحبها القتل ، فيلزم عاقلته ذلك [للمقتول] ، ثم يستحقها صاحب الدار بالإرث^(٧) .

(١) كذلك سقطت من ب .

(٢) في أ (لزمه) فقط .

(٣) العبارة في ل (كما تعلق العبد من الدين) .

(٤) في ل (في ضمان حكم المستهلك) .

(٥) في ل (بيعه) .

(٦) في ل (بالبيع) .

(٧) انظر : الأصل ٥٦٩/٦ .

٢٦٣٠ - [فَصْل: عبد الرهن يوجد قتيلاً في دار الراهن]

وقال بشرٌ عن أبي يوسف: في العبد الرهن يوجد في دار الراهن (أو المرتهن ، قتيلاً: فالقيمة على ربّ الدار دون العاقلة .

أما إذا وجد في دار الراهن^(١)؛ فلائته على ملكه ، وإنما صار مضموناً عليه بالعقد الذي عقده ، وذلك العقد بينه وبين المرتهن ، فيلزمهما حكمه دون العاقلة .

وأما إذا وجد في دار المرتهن ، فالقيمة على عاقلته ؛ لأنّ الضمان لم يتعلّق بالعقد ، فهو كعبدٍ غير رهنٍ .

وإنّما قال أبو يوسف: إنّه في ماله ، على أصله: أنّ العاقلة لا تتحمل قيمة العبد^(٢) .

ومما يلحق بهذا الباب

٢٦٣١ - [فَصْل: في دية قتيل وجد بين دارٍ لرجلين]

[ما] قال محمدٌ في الأصل: في دارٍ بين رجلين ، لأحدهما الثلثان ، وللآخر الثلث: فالدية على عاقلتهما نصفان ؛ لأنّ النُّصرة لا تتبعّض ، فكلّ واحدٍ منهما تلزمه نصرة الدار ، كما يلزم الآخر .

وهذا على ما قدّمنا^(٣): أنّ داراً لو بيعت إلى جانبها ، تساويها في الشُّفعة .

وقال: إذا وجد بدن قتيلٍ في محلّة أو أكثر بدنه ، فإنّ القسامة واجبةٌ ، وإن

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الأصل ٥٦٩/٦ - ٥٧١ ؛ التجريد ٥٧٩٢/١١ وما بعدها .

(٣) في ب (قلنا) .

وجد عضوٌ من أعضائه أو أقلّ من نصف [البدن]^(١) ، فلا قسامة فيه ؛ لأنّ القسامة إنّما تجب في القتل ، والعضو لا يسمى قتيلاً ؛ ولأنّنا لو أوجبنا في [الأقلّ] القسامة ، لأوجبنا [في] الباقي قسامةً أخرى ، فيؤدي إلى إيجاب قسامتين^(٢) في نفسٍ واحدةٍ ، وهذا لا يصحّ .

وهذه المسألة نظير ما قالوا في الصلاة على أكثر البدن إذا وجد ، وإن وجد الأقلّ لم يُصلّ عليه .

وذكر الطحاوي : أنّ القاتل يدخل مع العاقلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وقال الشافعيّ : لا يدخل معهم^(٣) .

لنا : أنّ القياس ينفي تحمّل العاقلة ، ويقتضي وجوب الدية على [القاتل]^(٤) ؛ لأنّه أحد^(٥) بدلي النفس كالقود ؛ [ب/٣٤٧] ولأنّه بدل مُتَلَفٍ كالقيمة في المُتَلَفَات .

وإنّما أوجبنا على العاقلة مقدار ما أجمعوا عليه ؛ ولأنّهم تحمّلوا على طريق التخفيف ، فإذا جُعِل [القاتل] كواحدٍ منهم ، لم يحتج في ذلك القدر إلى تخفيفهم ؛ لأنّ مثله قد لزم كلّ واحدٍ منهم ، وليس بأن يخففوا عنه بأولى من أن يخفف عنهم .



(١) في أ (النفس) والمثبت من ل .

(٢) في ب (قسمتين) .

(٣) انظر : الأم ص ١٢١٦ .

(٤) في أ (العاقلة) ، والمثبت من ب ، ل ، وهو المناسب كما يظهر في السياق .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .

٢٦٣٢ - [فصل: دية قتيل في دار مباحة]

قال في الجامع الصغير: فيمن باع داراً، فوجد فيها قتيلٌ: إنَّ الدية على من الدار في يده، سواءً كان هناك خيارٌ أو لم يكن، وهذا قول أبي حنيفة^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد: الدية على مالك الدار إن لم يكن ثمَّ خيار، [وإن كان ثمَّ خيارٌ]، فعلى من تصير له الدار.

وقال زفر: الدية على المشتري، إلا أن يكون للبائع الخيار، فتكون الدية عليه في جميع الأحوال.

[وجه قول] أبي حنيفة: أن الدار ما دامت في يد البائع، على حكم ملكه، وهو أحق باليد فيها، فصار كما لو قبل البيع؛ ولأنَّ ظهور القتل في الدار بمنزلة مباشرة صاحبها لقتله، فالدار هاهنا على حكم ملك البائع، وفي يده، فكأنه هو القاتل؛ ولأنَّ هذا معنى يتعلَّق به الضمان، فصار كجناية العبد في يد البائع قبل القبض، فيكون [كالعيب]^(٢).

ولا يلزمه ضمانه للمشتري، ولا يقال: فيجب أن يكون للمشتري الخيار؛ لأنَّ هذا الضمان لم يتعلَّق برقبة الدار، وإنَّما يجب على العاقلة، فلم يكن عيباً، وجناية العبد تتعلَّق برقبته، فصارت عيباً، وليس يمتنع أن يكون هذا كجناية العبد من وجه، ويفارقه من وجه.

(١) في ب (وإن كان ثمَّ خيار فهذا قول أبي حنيفة)، والسياق لا يحتملها والعبارة كما في الجامع الصغير: «رجل اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل، فهو على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيار لأحدهما، فهو على عاقلة الذي في يده». الجامع الصغير (مع الشرح الصدر الشهيد) ص ٥٨٦.

(٢) في أ (كالعبد)، وفي ل (كالغضب)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تعليل الحكم.

وجه^(١) قولهما: أن الملك للمشتري، وليس للبائع يد تصرف، فصار كالمودع^(٢).

وأما إذ كان [ثم] خياراً، فعلى من تصير له الدار؛ لأنها إن صارت للبائع، انفسخ البيع بالخيار، فصار كأن لم يكن، وإن صارت للمشتري، فقد ملكها بالعقد، فكأن الخيار لم يكن.

وأما زفر، فاعتبر الملك حال الظهور، وزواله بعد ذلك بالخيار أو الإجازة كالبيع.

٢٦٣٣ - [فصل: ادعاء مولى القتل على رجل بعينه من أهل المحلة]

قال في الأصل: إذا ادعى [ولي القتل]^(٣) على رجل من أهل المَحَلَّة بعينه، فالقسامة والدية بحالها^(٤).

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة: أن القسامة تسقط، وعن محمدٍ مثله.

قال أبو يوسف: القياس: أن تسقط، إلا أنا تركناه للأثر.

وجه رواية الأصل: أنا قد علمنا أن القاتل أحد أهل المَحَلَّة في الظاهر؛ ولذا يجب عليهم الضمان، فإذا ادعى الولي ذلك على واحد بعينه، فلم [يزد]^(٥) على ما علمناه، فلا يتعين^(٦) حكم القسامة؛ ولأن هذه الدعوى لا يثبت بها القتل

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ب (إلا أن يتصرف، فصار كالمودع)، ولا حاجة لهذه الزيادة في السياق.

(٣) في أ، ب (الولي القتل) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل ٥٦٨/٦.

(٥) في أ، ب (يرد) والمثبت من ل.

(٦) في ل (يعتبر).

عليه ، فصار كعلمنا بأن القاتل منهم .

وجه الرواية الأخرى: أن^(١) دعواه على واحدٍ إبراءً للباقيين ، فلم يجز استحلافهم مع إبراء الولي لهم^(٢) .

٢٦٣٤ - [فصل: ادعاء الولي القتل على رجل من غيرهم]

قال: وإذا ادعى الولي القتل على رجلٍ من غيرهم ، فقد أبرأهم من القسامة والدية ؛ لأنّ هذا المعنى لم يحكم به بظهور القتل^(٣) ، فصار دعوى الولي له نفيًا للقتل عن أهل المَحَلَّة .

فإن شهد اثنان من أهل المَحَلَّة [للولي] بهذه الدعوى ، لم تُقبَل شهادتهما في قول أبي حنيفة ، وقالوا^(٤): تُقبَل .

[وجه قول] أبي حنيفة: أن شهادة أهل المَحَلَّة قبل الدعوى على غيرهم لا تُقبَل ، فإذا أبرأهم الولي ، اتُّهم أن يكون توصل بالبراءة إلى تصحيح شهادتهم^(٥) ، فلم تُقبَل ؛ ولأنّ أهل المَحَلَّة صاروا خصومًا في هذه الدعوى ، فلم تُقبَل شهادتهم وإن خرجوا من الخصومة ، كالوكيل إذا خاصم ثم عُزِل ؛ ولأنّ الولي اصطنع إليهم معروفًا حين أسقط عنهم القسامة والدية ، فاتُّهم أن يكونوا قابلوه على ذلك ، والشهادة تسقط بالتهمة .

وجه قولهما: أنّ أهل المَحَلَّة لا يدفعون عن أنفسهم بهذه الشهادة مغرمًا ،

(١) في ل (كان) .

(٢) انظر: التجريد ١١/٥٧٩٨ .

(٣) في ل (لظهور القتل) .

(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .

ولا يجتذبون بها مغنماً ، فوجب أن تُقبَل كالأجانب^(١).

٢٦٣٥ - [فَصْل: ادعاء الأولياء القتل على واحد من أهل المحلة]

قال: ولو ادعى الأولياء^(٢) القتل على واحدٍ من أهل المَحَلَّة بعينه ، فشهد شاهدان من أهل المَحَلَّة (عليه ، لم تقبل)^(٣) شهادتهما في قولهم^(٤) ؛ لأنَّ الخصومة قائمةٌ بعد هذه الدعوى على ما بيَّنا ، فالشاهد يقطع عن نفسه الخصومة ، إلاَّ أنه روي عن أبي يوسف: أنَّ الشهود يحلفون: بالله ما قتلنا [ولا علمنا له قاتلاً] ، ولا يزدون على ذلك ؛ لأنَّهم قد أخبروا أنَّهم عرفوا القاتل ، فلم يُقبَل قولهم ، فلا معنى لاستحلافهم .

وروي عن محمدٍ أنه قال: يحلفون بالله ما قتلنا ، ولا علمنا له قاتلاً غير فلانٍ ؛ لأنَّهم لما أقرّوا بالقتل على رجلٍ واحدٍ ، صار ذلك الرجل مستثنى من اليمين ، فبقي حكم من سواه^(٥).

ومما لم يُلحقه^(٦) أبو الحسن من المسائل المشهورة

٢٦٣٦ - [فَصْل: قطع المرأة يد رجل عمداً ثم تزوجها على تلك الجراحة]

ما قاله محمدٌ في الأصل: إذا قطعت المرأة يد رجلٍ عمداً ، أو جرحته ، ثم

(١) في ل (كالأولياء).

(٢) في ل (أولياء القتل).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) في ل (قول أبي حنيفة) ، وفي تحفة الفقهاء (لم تقبل شهادتهما بالاتفاق) ١٣٦/٣ .

(٥) انظر: التجريد ١١/٥٧٩٨ - ٥٨٠٠ .

(٦) في ب (يورده).

تزوَّجها على تلك الجراحة أو الشَّجَّة أو الضربة أو القطع لليد^(١)، فإن برئ الرجل من ذلك، جاز النكاح، والأرْش مهرٌ لها، سواءً كان القطع عمداً أو خطأً؛ لأنَّه لا قِصاص بين الرجال والنساء فيما دون النفس، وإنَّما الواجب المال، فصار كرجلٍ له على امرأة^(٢) دينٌ، فتزوَّجها على ذلك الدين، جاز النكاح، وكان الدين مهراً لها في قولهم جميعاً.

فإن كانت الجراحة عمداً، فمات منها، فالقياس عند أبي حنيفة: أن يجب عليها القِصاص، ويجب عليه المهر^(٣).

والاستحسان: أن لا قِصاص عليها، فيلزمها الدية في مالها، ولها عليه مهر مثلها، (فيتقاصان ويتراذان الفضل).

فإن كان القطع خطأً، فالدية على عاقلتها، ولها عليه مهر مثلها^(٤).

وقال أبو يوسف ومحمد^(٥): إن كانت الجراحة عمداً، فكأنَّه تزوجها على القِصاص، فسقط القِصاص، ولها عليه مهر مثلها.

وإن كانت الجراحة خطأً^(٦)، فكأنَّه تزوجها على الدية، فيجوز النكاح على ذلك، فإن كان مهر مثلها مقدار الدية، فيسقط عن العاقلة؛ لأنَّ العاقلة تعقل عن

(١) في أ (أو اليد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) في ل (على رجل دين).

(٣) في ب، ل (لها المهر).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب، ل.

(٥) في ل لم يذكر محمداً في القول.

(٦) في ب (عمداً).

القاتل ، ولا تعقل [للقاتل] ^(١) ، وإن كان مهر مثلها أقل من ذلك ، فمقدار مهر مثلها يجوز ، ويسقط ذلك المقدار عن العاقلة ، وما زاد على ذلك ، إن كان الرجل ليس بصاحب فراشٍ ، (جاز ، وإن كان صاحب فراش) ^(٢) ، فتلك الزيادة تخرج من الثلث ، (جاز ، وكانت وصية للعاقلة .

وإن كانت لا تخرج من الثلث) ^(٣) ، جاز منها مقدار الثلث ، وبطل الفضل ، وهذا فرعٌ على اختلافهم فيمن صالح على الجراحة [فألقت نفساً] وقد قدمناه .

ولو كان تزوّجها على اليد وما يحدث منها ^(٤) ، أو على الجنابة ، ففي قولهم جميعاً: كما قال أبو يوسف ومحمدٌ في الفصل الأول ؛ وذلك لأنّ التزويج وقع على الأمرين جميعاً ^(٥) .

٢٦٣٧ - [فَصْلٌ : قَطْعُ عَضْوٍ عَمْدًا ثُمَّ قَتْلُهُ]

قال أبو حنيفة: إذا قطع رجلٌ ^(٦) يد رجلٍ عمداً ، ثم قتله ، فالوليّ بالخيار: [أ/٣٤٨] إن شاء قطع يده ثم قتله ، وإن شاء قتله .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يقتله ، ولا يقطع يده .

[وجه قول] أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا

(١) في أ ، ب (القاتل) ، والمثبت من ل .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٥) انظر: الأصل ٥٨٣/٦ .

(٦) هذه الكلمة سقطت من ب .

عُوقِبْتُمْ بِهِ ۖ [النحل: ١٢٦] ؛ ولأنَّهما جنائيتان يمكن المماثلة بينهما ، فجاز للوليِّ أن يقتصرَّ منهما ، كما لو كان الجاني اثنين .

وجه قولهما: أن ما دون النفس يسقط حكمه مع النفس ، أصله: إذا قطع يده خطأً ثم قتله ؛ ولأنَّ للإمام أن يأمره^(١) بالقتل ، فلولا أنَّ القطع ليس بواجبٍ ، لم يأمره الإمام بتركه ؛ لأنَّ الإمام لا يشفع للخصم .

فالجواب: أمَّا الخطأ ؛ فلأنَّ الواجب به المألُّ ، وما دون النفس قبل البرء لا يستقرُّ ما فيه من الأرش ، فلذلك دخل في الدية .

وأما القصاص فعقوبةٌ ، فإذا أمكن استيفاء المماثلة فيها^(٢) ، لم تتداخل .

وأما الإمام ، فإنَّما يبين للوليِّ الأولى من الأمرين ، فأما أن يشفع ، أو يلزم ترك القطع ، فلا يجوز .

٢٦٣٨ - [فصل: حصول الموت بسراية القطع]

قال [أصحابنا]: وإذا قطع يد رجل عمداً ، فمات من ذلك ، فللوليِّ أن يقتله ، وليس له أن يقطع يده^(٣) .

وقال الشافعي: تقطع يده ، فإن مات ، وإلا قُتِل^(٤) .

لنا: أن القصاص هو المماثلة ، فلو قطعنا يده ثم قتلناه ، استوفينا منه أكثر

(١) في ل (أن يباشره) .

(٢) في ل (فيما يتداخل) .

(٣) في ب (ولا يقطع يده) .

(٤) انظر: مختصر المزني ص ٢٤١ .

مما استوفى، وذلك لا يجوز؛ ولأن ما دون النفس إذا سرى إلى النفس، سقط حكمه، كالخطأ.

٢٦٣٩ - [فصل: استيفاء القود]

قال أصحابنا: لا يستوفى القود إلا بالسيف^(١).

وقال الشافعي: يقتل القاتل بمثل ما قتل من الآلة^(٢).

واختلف أصحابه فيمن أوجر^(٣) رجلاً خمرًا حتى مات، فقال بعضهم: يوجر الماء حتى يموت، وقالوا فيمن يلوط برجلٍ حتى مات: يجعل له آلة من الخشب يُفعل به كما فعل، فإن مات وإلا يقتل.

لنا: قوله ﷺ: «لا قود إلا بحديدة»^(٤)، وقال: «إن أحسن الناس قِتلةً، المسلمون»^(٥)، «فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة»^(٦)؛ ولأنه تفويت روح^(٧) على وجه مباح، فاعتبر فيه أوجز الآلات مع القدرة، كالذبح.



(١) انظر: التجريد ١١/٥٦١٦.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٤١.

(٣) وجر من الوجور: «الدواء الذي يُصَبُّ في وسط الفم، يقال: أوجرته ووجرته». المغرب (وجر).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) رواه أبو داود (٢٦٦٦)؛ وابن ماجه (٢٦٨١)، من حديث ابن مسعود رضي الله عنه: وقال المناوي: رجاله

ثقات. انظر: فيض القدير بشرح الجامع الصغير (٧/٢)، المكتبة التجارية بمصر، ١٣٥٦هـ.

(٦) سياق ما في أ و ب: أن «إن أحسن الناس قِتلة»، و«فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة» حديث واحد،

والصواب أنهما حديثان مستقلان، وهذا الحديث «فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة» رواه مسلم (١٩٥٥)

من حديث شداد بن أوس رضي الله عنه.

(٧) في ب (يقع).

٢٦٤٠ - [فصل: الضمان في القتل بالسّم]

وقالوا: فيمن أطعم غيره سُمًّا فمات، فإن كان الميت أكله بنفسه، فلا ضمان على الذي أطعمه، ولكنه يُعزّر ويُضرب، فإن أوجره، فعليه الدية.

والوجه في ذلك: ما روي: «أن امرأة أضافت النبي ﷺ، فقَدّمت له شاةً مسمومةً، فأكل منها ومات من ذلك بشر بن البراء ابن معرور، ولم يقتصّ رسول الله ﷺ منها»^(١)؛ لأنّه أكل بنفسه؛ ولأنّه إذا أكل بنفسه، فهو القاتل لها، والذي قدّم الطعام إنّما [قرّبه]^(٢) منه، وهذا لا يتعلّق به ضمان النفس.

٢٦٤١ - [فصل: دية اصطدام الفارسين]

قال أصحابنا: إذا اصطدم الفارسان فماتا، فدية كلّ واحدٍ منهما على عاقلة الآخر.

وقال زفر: على عاقلة كلّ واحدٍ منهما نصف دية، وهو قول الشافعي^(٣).

وروي عن عليّ مثل قولنا^(٤).

والوجه فيه^(٥): أن كلّ واحدٍ منهما مات من صدم صاحبه له، فصار كمن

(١) رواه البخاري (٢٤٧٤)؛ ومسلم (٢١٩٠) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٢) في أ (غره)، والمثبت من ب، وهو أصوب في السياق.

(٣) قال الشافعي: «وإذا اصطدم الراكبان على أي دابة كانتا، فماتا معاً، فعلى عاقلة كل واحدٍ منهما

نصف دية صاحبه؛ لأنه مات من صدمته وصدمة صاحبه...». مختصر المزني ص ٢٤٧. انظر:

المنهاج ص ٤٩٠.

(٤) رواه عبد الرزاق (٥٤/١٠).

(٥) في ب (والأصل فيه).

بنى حائطاً في الطريق فصدم رجلاً [فمات] ، ولا يجوز أن يُعتدَّ بصدمة كل واحدٍ منهما مع صدم الآخر ؛ لأنَّ ذلك لو كان جنائياً من الإنسان على نفسه ، لم يلزم باني الحائط في الطريق جميع الدية ؛ لأنَّ الميت قد مشى إليه فصدمه ، وكذلك حافر البئر يلزمه جميع الدية ، وإن كان الماشي قد مشى إليها ، إلا أن فعله غير معتدُّ به في الجناية على نفسه .

وجه قول زفر: أن كل واحدٍ منهما مات بجنائيتين: وهو صدم صاحبه ، وصدمه لصاحبه^(١) ، فصار كمن جرح نفسه ، وجرحه أجنبيًّا [فمات]^(٢) .

٢٦٤٢ - [فصل: موت رجلين بانقطاع حبل وسقوط كلٍ منهما على ظهره]

وقد قالوا: في رجلين مدًّا حبلاً حتى انقطع فسقط كل واحدٍ منهما على ظهره ، فماتا ، فلا ضمان فيهما ؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما لم يمت من فعل صاحبه ، ألا ترى أنه لو غلب فعل أحدهما الآخر لجذبه على وجهه ، فلما سقط على قفاه ، علم أنهما تكافأ في الفعل ، ومات كل واحدٍ منهما (من فعل نفسه .

ولو سقطا على وجوههما ، فماتا ، فدية كل واحدٍ منهما)^(٣) على عاقلة الآخر ؛ لأنه مات من جذبه .

ولو سقط أحدهما على ظهره ، (والآخر على وجهه)^(٤) ، فماتا جميعاً ، فدية

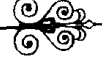
(١) في ل (بنفسه) .

(٢) الزيادة من ل .

وانظر: التجريد ٥٧٦٧/١١ .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .



(الذي سقط على وجهه على عاقلة الآخر ؛ لأنه مات بجذبه ، ودية) ^(١) الذي سقط على ظهره هدرٌ ؛ لأنه مات من فعل نفسه .

ولو قطع قاطعُ الحبل فسقطا جميعاً فماتا ، فالضمان على القاطع ؛ لأنه سببٌ في إتلافهما .

٢٦٤٣ - [فصل: موت الصبي بجذبه من يد أبيه]

وقالوا: في صبيٍّ في يد أبيه ، جذبه رجلٌ من يده ، والأب يمسكه حتى مات ، فديته على جاذبه ^(٢) [من يد أبيه] ، ويرثه أبوه ؛ لأن الأب ممسكٌ بحقٍّ ، والجاذب متعدٌّ في الجذب ، فكان الضمان عليه .

ولو تجاذب رجلان صبيًّا ، وأحدهما يدعي أنه ابنه ، والآخر يدعي أنه عبده ، فمات من جذبهما ، فعلى الذي يدعي أنه عبده ديته ؛ وذلك لأن المتنازعين في الصبيِّ إذا زعم أحدهما أنه أبوه ، فهو أولى من الذي يدعي أنه عبده ، فصار إمساكه بحقٍّ ، وجذب الآخر بغير حقٍّ ، فضمن .

٢٦٤٤ - [فصل: الضمان في خرق ثوب بجذبه صاحبه]

وقالوا: في رجلٍ في يده ثوب ، فتشبث به رجلٌ ، فجذبه صاحب الثوب من يده ، فتخرق الثوب ، ضمن الممسك نصف الخرق ؛ لأن الإمساك ليس بأذى ، فيمكنه دفعه بغير جذبٍ ، فإذا [جذب] ^(٣) ، فقد حصل التلف بفعلهما ، فانقسم الضمان بينهما .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (على الذي جذبه) .

(٣) في أ (حصل) والمثبت من ل .

٢٦٤٥ - [فصل: سقوط أسنان الذي عض ذراع آخر]

و[قال]^(١) في رجلٍ عضَّ ذراع رجلٍ، فجذب ذراعه من فيه، فسقطت أسنانه، وذهب لحم ذراع هذا، قال: تهدر دية الأسنان، ويضمن العاضُّ أرش الذراع؛ وذلك لأنَّ العَضَّ ضررٌ، فله أن يدفعه عن نفسه بالجذب، فما يتولَّد منه من سقوط الأسنان لا يضمّنه.

٢٦٤٦ - [فصل: الضمان في شقّ ثوب بسبب الجلوس عليه]

وقالوا: في رجلٍ جلس إلى جنب رجلٍ، فجلس على ثوبه وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب، فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه، قال: يضمن نصف الشقّ؛ لأنّه لم يكن له أن يجلس عليه، فصار ذلك تعدّيّاً و[من جهته] وقد حصل التلف من الجلوس والجذب، فانقسم الضمان.

وقال: في رجلٍ أخذ بيد إنسانٍ، فجذب الآخر يده من يده، فانفلت^(٢) فمات، قال: إن كان إنّما أخذ يده لمصافحةٍ، فلا شيء عليه، وإن كان أخذ بيده لعصرها، فأذاه، فمدّها، ضمن ديته؛ وذلك لأنّه إذا صافحه فلم يجذب يده لدفع ضررٍ، فصار جانبياً على نفسه، وإذا آذاه بعصرها فإنّما دفع الضرر عن نفسه، فإن مات، ضمن الممسك.

وإن انكسرت يد الممسك، لم يضمن الجاذب.

وفرق محمدٌ بين جذب الثوب وبين جذب النفس، فقال: [٣٤٨/ب] في الثوب إذا انخرق: إن الضمان ينقسم، وقال في النفس: إنها كلها مضمونة؛ لأنه

(١) في أ (وقالوا)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) في ل (انقلب).

لم يجعل جذب الإنسان جنایةً منه على نفسه ، كما لم يجعل صدمه لغيره جنایةً على نفسه ، وجعل مده لثوبه جنایة منه على ثوبه ، فقسم الضمان بينهما .

٢٦٤٧ . [فَصْلُ : اشتراك جانين في قطع يد رجل]

قال أصحابنا: فيمن قطع أصبع رجل عمداً ، وقطع آخر يده من الزند فمات: فالقصاص على الثاني .

وقال زفر: عليهما ، وبه قال الشافعي (١) .

وجه قولهم: أن الموت حصل ولم يبق لجنایة الأول (٢) أثرٌ ، فصار كما لو برأت ، ثم مات ؛ ولأن زوال الجنایة بالقطع أكثر من زوالها بالبراء ؛ لأن البرء قد يُنتَقَضُ ، فإذا كان [زوالها] (٣) بالبراء يقطع حكم السراية ، فزوالها بالقطع أولى .

وجه قول زفر: أن القطع الأول اتصل بالنفس منه ألم ، وتكامل بالقطع الثاني ، فصار الموت منهما ، فوجب القصاص عليهما .

٢٦٤٨ . [فَصْلُ : فيما لا قصاص فيه على القاتلين]

وقال أبو يوسف: في رجلين قتل كل واحدٍ منهما ابن صاحبه (٤) عمداً ، وكل واحدٍ منهما وارث الآخر: فلا قصاص عليهما ، ويضمن كل واحدٍ منهما الدية في ماله .

وقال زفر: ويقال للقاضي: ابدأ بأيهما شئت وسلمه إلى الآخر حتى يقتله ،

(١) انظر: الأم ص ١١٨٠ ؛ المنهاج ص ٤٧٠ .

(٢) في ب (للجنایة الأولى) .

(٣) في أ (حالتها) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في السياق .

(٤) في ب (ابن الآخر) .

ويسقط قصاص الآخر .

وقال الحسن بن زياد: يوكل كل واحدٍ منهما وكيلاً يستوفي القصاص ، فيقتلها الوكيلان معاً .

لأبي يوسف^(١): أن القصاص قد سقط في أحد القتيلين ؛ لأننا إذا بدأنا بأحدهما وقتلناه ، يرثه الآخر ، فيسقط القصاص عنه ، وإذا سقط القصاص عن أحد القتيلين بغير عينه ، صار شبهةً في سقوطه عنهما ، كما لو عفا عن أحدهما ولم يُعرف ؛ ولأننا لو بدأنا بأحدهما ، أوفيناه حقه ، وأسقطنا حق الآخر ، ولا يجوز أن يثبت الحق لمستحقين فيوفي القاضي حق أحدهما ويسقط حق^(٢) الآخر .

وجه قول زفر: أن الحق ثابتٌ لهما لم يسقط ، وللقاضي الخيار في الابتداء بأيّ الحقين شاء ، فإذا اقتص من أحدهما سقط عن الآخر القصاصُ حكماً .

وجه قول الحسن: أنه يُمكن [له] استيفاء القصاص منهما بالوكالة ، حتى يصير كل واحد منهما مقتولاً [في الحالة التي يقتل فيها الآخر ، فلا يتوارثان ، ولا يسقط الآخر ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه يمكن أن تقع] الضربتان^(٣) معاً ، ولا يمكن أن يكون خروج الروح معاً ، فيجوز أن يسبق خروج الروح في أحدهما دون^(٤) الآخر ، وذلك لا يسقط القصاص .

وقد قالوا في رجل قطع يد رجل عمداً ، ثم إن المقطوعة يده قتل^(٥) ابن

(١) في ب (وجه قول أبي يوسف) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في أ (بالضربتين) ، لاختلاف السياق .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٥) في ب (قطع) .

القاطع عمداً ، ثم مات المقطوعة يده من القطع .

قال: فعلى القاطع القصاص لولي المقطوعة يده ؛ لأن المقطوعة يده مات بجناية قبل أن يحل دمه بالقصاص للقاطع ، فوجب القصاص على القاطع ، ولم يسقط [بقتل] ^(١) المقطوع للابن ^(٢) .

٢٦٤٩ - [فصل: الضمان بالسبب]

ذكر الطحاوي: فيمن أرسل كلباً أو طائراً أو دابةً فأصاب في فورها إنساناً فأتلفته: أنه لا يضمن في الطائر والكلب ، ويضمن في الدابة ، وكان أصحابنا يقولون: يضمن في جميع ذلك ، وقد روي عن محمد مثل ما قاله الطحاوي ، وعن أبي يوسف: أنه يضمن .

لأبي يوسف: أن الإرسال سببٌ في التلف ، فصار كحفر البئر ؛ ولأن ما أصابت في فورها ، فهو بسبب إرساله ^(٣) ، فصار [كالسائق] ^(٤) .

لمحمد ^(٥): أن الطائر والكلب كل واحدٍ منهما خارج عن يده ، فما يتولد منهما إنما يتولد من فعله ، فلا يضمن المرسل ، وهذا الذي قاله موجودٌ في الدابة المنفلته .

ويجوز أن يفصل فيقول: إن الدابة إنما تُصيب بصدمة ، والمرسل كالدافع لها ، فأما الكلب والطائر ، فإنما يُصيب بجرحه ، وذلك فعلٌ مبتدأٌ منه ، فصار كصدم الدابة .

(١) في الأصل (بقطع) والسياق يدل على ما أثبتته .

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٦/٦ .

(٣) في ب (إرسالها) .

(٤) في أ (كالسائق) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح في العبارة .

(٥) في ب (وجه قول محمد) .

٢٦٥٠ - فَصْل: [الخيار في جنابة العبد]

قال أبو حنيفة: فيمن فقأ عيني^(١) عبد، فمولاه بالخيار: إن شاء سلمه إلى الفاقئ^(٢) وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه ولا شيء له.

وقال أبو يوسف ومحمد: يمسكه ويأخذ ما نقصه.

وقال الشافعي: يمسكه ويأخذ^(٣) جميع القيمة.

لأبي حنيفة: أنه لو فقأ إحدى عينيه، وجب عليه نصف القيمة، فإذا فقأهما، وجب فيهما^(٤) ضعف ذلك كعيني الحر، ولا يلزم [على هذا] البائع إذا فقأ عيني العبد أنه لا يسقط جميع الثمن؛ لأن البائع لا يلزمه أرش جنايته، وإنما يسقط بجنايته ما نقص المبيع، ولا يجوز أن يكون النقصان جميع القيمة (مع بقاء القيمة).

وإذا ثبت أن الواجب فيهما جميع القيمة، لم يجز أن يأخذ^(٥) مع بقاء العبد على ملكه، فيجتمع البدل والمُبدل على ملكٍ واحدٍ، [كما يجمع المبيع والثمن في ملكٍ واحدٍ].

ولا يلزم على هذا إذا اشترى عبداً بيعاً فاسداً فقبضه، ملكه والثمن على ملكه؛ لأن الثمن ليس ببدلٍ في البيع الفاسد، وإنما البدل القيمة، وقد [ملكته عليه]^(٦) بملك العبد، فلم يجمع البدل والمبدل في ملكه.

(١) في ب (عين).

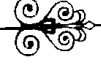
(٢) في ب (القاضي).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (بفقتهما).

(٥) سقطت من ب.

(٦) في أ (ملكته عليه ذلك)، بزيادة ذلك، وسقطت في ب، والسياق لا يقتضيها.



ولا يلزم إذا غصب مدبراً فأبق منه ، أن المولى يضمّنه قيمته والمدبر على ملكه ؛ لأننا قلنا فيما يصح تمليكه بالمعاوضات ، والمدبر لا يصح تمليكه .

ولا يلزم الهبة على عوض إذا سلّمها ولم يقبض العوض ، أنه على ملك الموهوب ، فاجتمع على ملكه العوض والمُعَوِّض ؛ لأن الهبة بعوض لا يتعلق الاستحقاق فيها إلا بالقبض ، فما لم يقبض العوض ، لم يكن عوضاً ، فلا يجتمع على ملكه عوضٌ ومُعَوِّضٌ .

ولا يلزم [على هذا] مسألة كتاب المأذون: وهي إذا اشترى عبداً بجزارية على أنه بالخيار ، فقبض العبد وأعتقهما جميعاً معاً ، نفذ عتقه فيهما ، واجتمع العوض والمُعَوِّض على ملكه ؛ لأنه لما أعتقهما فسد البيع في الجزارية ، وصار العوض عن العبد القيمة ، [وهلكت عليه في مقابلة ذلك العبد ، فلم يجتمع العوض والمُعَوِّض] .

ولا يلزم من استأجر شيئاً وأسلف الأجرة ، أن المؤاجر ملكها ، والمنافع على ملكه ؛ لأن المنافع لا تملك عندنا إلا بعد وجودها ، وكلما وجد جزءٌ منها ، حدث على ملك المستأجر ، فلا يجتمع على ملك المؤاجر العوض والمُعَوِّض .

ولا يلزم على هذا إذا غصب غاصبٌ عبداً ، فجنى عنده جنابةً ثم [ردّه على] (١) مولاه ، فجنى عنده جنابةً أخرى ، ودُفِعَ بالجنائيتين ، أنه يرجع على الغاصب بنصف القيمة ، فيدفعها إلى ولي الجنابة ، (وهي عوضٌ عن نصف الرقبة التي سلم له ، فيجتمع على ملكه العوض والمُعَوِّض ؛ وذلك لأن ولي الجنابة) (٢) إنما يأخذها

(١) في أ (دبره) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٢) ما بين القوسين سقطت في ب .

عوضاً عن جنايته ، ونحن لا نمنع أن يملك الرجل العوض والمُعَوَّض بغير سبب
المعاوضة ، كرجل استوهب المبيع من البائع ، والثمن من المشتري ، أو ورثهما .
وأما الكلام على الشافعي ؛ فلأنها جنايةٌ (على مملوكٍ يجوز تملكه ،
[أ/٣٤٩] فلا يستحقُّ بها جميع قيمته مع بقائه على ملك المالك كالثوب .

وجه قولهما: أنها جنايةٌ^(١) على ملكه ، فلم يكن من شرط ضمانها تسليم
الملك ، كالجناية على الثوب والمُدَبَّر .

٢٦٥١ - [فصل: المزاحمة في الاستحقاق بالجناية]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا غَصَبَ رجلٌ عبداً ، فقتل عبده قتيلاً خطأً ، فرده
على مولاه ، فقتل عنده قتيلاً خطأً ، ودفعه المولى بالجنايتين ، رجع [على] الغاصب
بنصف القيمة ، ودفعه إلى ولي الأولى ، ثم يرجع به على الغاصب فيسلم له .

وقال محمد وزفر: إذا أخذ نصف القيمة ، لم يدفعها (إلى ولي الأولى)^(٢) .

وجه قولهما: أن الأول قد استحقَّ جميع الرقبة ، بدلالة أنه لو لم يجن ، دُفِعَ
إليه ، وإنما يسقط حقه عن بعضها بالمزاحمة ، (وما أخذ المولى جزء من الرقبة)^(٣) ،
فكان المجني عليه أولى به ، كما لو قُتِلَ العبد الجاني ، فأخذ المولى أرشه .

وجه قول محمد وزفر: هو أن نصف القيمة الذي أخذه المولى ، بدلٌ عن
النصف الذي أخذه ولي الجناية [الأولى] ؛ (لأن ذلك النصف هو المُسْتَحَقُّ

(١) ما بين القوسين سقطت في ب .

(٢) في ب (إلى الأول) .

(٣) في ب (وأما أخذ المولى من الرقبة) .



بسبب كان في يد الغاصب ، فلم يجر أن يسلم لولي الجناية^(١) ، فيستحق بجناية واحدة الرقبة والبدل عنها .

٢٦٥٢ - [فصل : تداخل الضمان بسبب واحد]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا وطئ الرجل امرأةً بشبهة ، فأفضاها والبول لا يمسك ، فعليه الدية ولا مهر لها .

وقال محمد : لها المهر والدية .

وجه قولهما : أن الدية وجبت بدلاً عن البضع ، والمهر في حكم العوض عن جزء منه ، وضمان الكلّ والجزء إذا تعلّقا بسبب واحد ، دخل أحدهما في الآخر ، (كالأب يستولد جارية ابنه .

وأما إذا استمسك البول ، فعليه ثلث الدية والمهر ؛ لأن ضمان الجزء والجزء إذا تعلّقا بسبب واحد ، لم يدخل أحدهما في الآخر)^(٢) .

لمحمد : أن المهر يجب باستيفاء المنفعة ، والدية تجب بالجناية ، وهما أمران مختلفان ، فلا يدخل أحدهما في الآخر ؛ ولأن المهر يجب بالتقاء الختانيين ، والدية تجب بالإفشاء ، وذلك يكون بمجاوزته الموضع المعتاد ، فتعلّق كلّ واحدٍ منهما بسببٍ غير السبب الآخر .

وإنما أوجبوا جميع الدية إذا لم تستمسك البول ؛ لأن منفعة العضو ذهبت ، فقوات المنفعة كتلف العضو ، مثل ذهاب ضوء العين .

(١) ما بين القوسين سقطت في ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت في ب .

فأما إذا كان البول يستمسك ، فلم تتلف منافع العضو ، وإنما هي جراحةٌ جائفةٌ ، فيجبُ فيها ثلث الدية .

وأما إذا زنى بامرأة مطاوعةٍ ، فأفضاها ، فلا شيء عليه ، وكذلك إذا وطئ زوجته فأفضاها ؛ لأن الوطء مأذونٌ فيه في مسألتنا من جهتها ، فلا يضمن ما يتولد منه من التلف كالبكاراة .

وكذلك لو وطئ زوجته فماتت ، فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأنه مأذونٌ [له] في الوطء من جهتها ، فلا يضمن ما يتولد منه .

وقال أبو يوسف : إن ماتت من وطئه فعلى عاقلته الدية ، وإن أفضاها والبول لا يستمسك ، فالدية في ماله ، وإن استمسك ، فثلث الدية في ماله ؛ وذلك لأنه مأذونٌ في الوطء المعتاد ، فالموت والإفشاء (إنما يكون بمجاوزة المعتاد)^(١) .

وإنما جعل الدية في الموت على العاقلة ، وفي الإفشاء في ماله ؛ لأن الإفشاء يكون باعتماد التجاوز ، والموت يكون غير مقصودٍ بالفعل ، فصار في حكم الخطأ . وقد قالوا جميعاً : إنه لو كسر فخذها ، ضمن ؛ لأن هذا غير متولدٍ من الوطء المأذون .

قال أصحابنا : إذا ضرب الزوج امرأته لنشوزٍ أو نحوه ، فماتت منه ، فهو ضامنٌ ؛ (لأنه يستوفي منفعةً فيه)^(٢) ، فكان على شرط السلامة .

وأما إذا ضرب الأب أو الوصي الصبي للتأديب ، ضمنا عند أبي حنيفة .

(١) في ب (لا يكون إلا بمجاوزة المعتاد) .

(٢) في ب (لأنه يستوفي في ذلك منفعة نفسه) .



وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمنان .

لأبي حنيفة: أن الأب يضرب الصبي لمنفعةٍ تعود إليه ، ألا ترى أن في تأديب ابنه منفعةً له ، فكان على شرط السلامة كضرب الزوجة .

وجه قولهما: أن الأب إنما يضرب الصبي لمنفعة الصبي ، فكان كتعزيز الإمام .

وقالوا جميعاً في المعلم والأستاذ الذي يُسَلَّم الصبي إليه في صناعةٍ: إذا ضرباه بغير أمر أبيه أو وصيه ضمنا ؛ لأنه لم يؤذن لهما في الضرب .

وأما إذا ضرباه بإذن الأب أو الوصي ، لم يضمننا ؛ لأنهما لم يضرباه لمنفعتهما ، وإنما هو لمنفعته ، فلم يضمننا .

٢٦٥٣ - [فصل: فيما لا قصاص فيه على الولي ولا على الشهود]

قال أصحابنا: في الشهود إذا شهدوا على رجلٍ بالقتل ، فحكم الحاكم بشهادتهم ، فقتله الولي ، ثم رجعوا ، أو جاء (المشهود عليه) ^(١) حيًّا: فلا قصاص على الولي ، ولا على الشهود ^(٢) .

وقال الشافعي: على الشهود القصاص ^(٣) .

لنا: أنهم صاروا سبباً في الإتلاف [من] غير إجماع ، كحافر البئر ؛ ولأنه شاركهم مختاراً ، لا قود عليه بنفس الفعل ، وهو الولي ، فحل محلّ المخطئ والعامد ^(٤) .

(١) في ب (المشهود بقتله) .

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ٣٤٧ ، ٣٥٠ .

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٣١٢ ؛ رحمة الأمة ص ٢١٤ .

(٤) في ب (والعاقد) .

وعليهم الدية؛ وذلك لأنهم سبب في الإتلاف على طريق التعدي كحافر البئر، ولا يرجعون بذلك على الولي في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لهم الرجوع بما غرموا على الولي.

لأبي حنيفة: أن الشهود أوجبوا للولي دم العمد، وذلك ليس بمال ولا مقوم؛ بدلالة أنه يستوفى من الحر^(١)، ولا يضمن من أتلفه، فلا يتعلق به حق الغرماء، فلم يجز تقويمه على المشهود له في [حق] الشهود؛ لأننا نلزمه لهم ما لم يوجبوه؛ ولأن الدم لا ينتقل إلى الشهود [بالضمان]^(٢)؛ إذ لا قيمة له، فهو مثل الطلاق، ولأنه لا يجوز أن يستحقه غير القاتل، ألا ترى أن أجنبياً لو بذل المال للولي على أن يكون الدم له، لم يصح ذلك، فإذا لم ينتقل إليه، لم يجز أن يرجع بما ضمن على الغير إلا بغرور متقدم، ولم يوجد ذلك، فلا يرجع.

وجه قولهما: أن الدم قد انتقل مالا للثاني، فكان للولي الخيار بين تضمين الشهود، وبين تضمين القاتل، فإذا اختار ضمان الشهود، كان لهم أن يرجعوا على القاتل، مثل أن يكون الموجب بالشهادة المال.

٢٦٥٤ - [فصل: فيما لا قصاص فيه على أحد الجانبين]

قال أصحابنا في الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الابن: لا قصاص على الأجنبي.

وقال الشافعي: عليه القصاص^(٣).

(١) في ب (في رقبة الحر).

(٢) في أ (إلا بالضمان) بزيادة (إلا)، وسقطت في ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) وقال الشافعي: «أو قتل ابنه ومعه أجنبي، فعلى الذي عليه القصاص، القصاص، وعلى الآخر =



[٦٥] كتابُ الحدودِ

قال الشيخ أيده الله تعالى: الحد في اللغة: عبارة عن المنع، ومنه سمي البوّاب حدّاداً؛ لما يقع به من المنع، وسُمّي اللفظ الذي يفيد المعنى ويجمعه: حدّاً؛ لأنه يمنع من دخول غيره فيه، ولما كانت العقوبة موضوعةً للمنع من الفعل المنهي عنه سميت حدّاً لهذا المعنى.

والحدّ في الشريعة: كلّ عقوبةٍ مقدّرةٍ تستوفى لحقّ الله تعالى؛ ولهذا لم يسمّ القصاصُ حدّاً وإن كان عقوبةً؛ لأنه يستوفى لحقّ الآدميّ. والتعزير ليس بحدّ؛ لأنه ليس بمقدّر.

فالحدود على ضربين: ضرب منها يأتي على النفس: وهو الرجم، والقتل بالردة، وبقطع الطريق.

والضرب الثاني لا يأتي على النفس: وهو الجلد في الزنا، وحدّ قاطع الطريق إذا لم يقتل، وحدّ السارق، وحدّ الشارب، وحدّ القاذف.

وكلّ واحدٍ من هذه الحدود قد أفرده في الكتاب، وبدأ بحدّ الزنا:

وهو على ضربين: حدّ مُحصّنٍ، وحدّ غير مُحصّنٍ، فحدّ المُحصّن: الرجم، وحدّ غير المُحصّن: الجلد.

وقالت الخوارج: حدّ الزاني الجلد لكلّ حالٍ، ولا يرجم.

لنا: ما روي: «أن النبي ﷺ رجم ماعز بن مالك ، ورجم الغامدية»^(١) .

وروى زيد بن خالد الجهني ، وشبل بن [خالد]^(٢) ، وأبو هريرة: أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال: إن ابني كان عسيفاً^(٣) على هذا ، وأنه زنى بامرأته ، فافتديته بمائة شاةٍ ، ثم استفتيت قوماً من أهل العلم ، فقالوا: على ابني الحد ، فقال النبي ﷺ: «أما المائة فردُّ عليك ، وأما ابنك فعليه جلد مائةٍ ، واغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها»^(٤) ، فأوجب عليها الرجم إذا اعترفت ؛ لأنها كانت مُحَصَّنَةً .

وروى عبادة بن الصامت: أن النبي ﷺ قال: «خذوا عني ، (خذوا عني)^(٥) ، قد جعل الله لهنّ سبيلاً ، الثيبُ بالثيب جلد مائةٍ (ورجمٌ بالحجارة ، والبكر بالبكر جلد مائةٍ)^(٦) وتغريب عامٍ»^(٧) .

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال [على المنبر]: (أليس مما أنزل الله تعالى آية الرجم: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة» ، وسيجيء قومٌ ينكرون الرجم ، ولولا أن يقال: إن عمر زاد في كتاب الله ، لكتبتها في المصحف)^(٨) .

(١) أخرجه مسلم (١٦٩٥) ، من حديث بريدة بن حصيب رضي الله عنه .

(٢) في النسختين (معبد) ، والصواب المثبت (شبل بن خالد) كما في سند الحديث .

(٣) «العسيف: الأجير» . مختار الصحاح/عسف/ .

(٤) رواه من حديث زيد وأبي هريرة: البخاري (٢١٩٠) ؛ ومسلم (١٦٩٧) ؛ ورواه من حديث أبي هريرة وزيد وشبل بن خالد: الترمذي (١٤٣٣) ؛ وقال: «حسنٌ صحيحٌ» ، ولكنه وهم ابن عيينة في زيادته في الإسناد «شبل بن معاوية» .

(٥) سقطت من ب .

(٦) سقطت من ب .

(٧) أخرجه مسلم (١٦٩٠) .

(٨) أخرجه البخاري (٦٤٤١) ؛ ومسلم (١٦٩١) .



فدلّ هذا على وجوب الرجم ، وهذا إجماع الفقهاء .

[ولما منعت الخوارج من قبول الأخبار ، امتنعوا من الرجم كذلك .

٢٦٥٥ - فصل : [الجمع بين الجلد والرجم]

وقد قال أصحابنا: لا يُجمع بين الجلد والرجم ، وهو قول عامة الفقهاء [١] .

وقال أصحاب الظاهر: يجلد المُحصّن ، ثم يرمم (٢) .

لنا: ما روي (أنّ النبي ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده) (٣) ؛ ولأنّ الجلد حد بنفسه ، فلا يُضمّ إلى الرجم كالقطع .

فأما حديث عبادة: أن النبي ﷺ قال: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب الجلد والرجم» (٤) ، فمعناه: الجلد تارةً ، والرجم تارةً ؛ لأنّ الثيب على ضربين: ثيب مُحصّنٌ ، وثيب غير مُحصّنٍ ، فذكر حدّ الثيب في الحالتين ، بيّن ذلك أنه قال في قصة العسيف: «واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها» (٥) ، ولم يذكر جلدتها .

والذي روي عن علي رضوان الله عليه: أنه جلد شراحة الهمدانية ، ثم رجمها ، وقال: (جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ) (٦) ، فيجوز

(١) انظر: الأصل ١٤٥/٧ .

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ص ٢١٢٧ .

(٣) أخرجه أحمد والبيهقي من حديث جابر بلفظ (.. ولم يذكر جلداً) كما في التلخيص الحبير ٥٢/٤ .

(٤) أخرجه مسلم من حديث عبادة بن الصامت (١٦٩٠) .

(٥) أخرجه البخاري (١٢٩٠) ، ومسلم (١٦٩٧) من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد رضي الله عنهما .

(٦) أخرجه البخاري (٦٤٢٧) .

أن يكون لم يثبت إحصانها، فلما جلدتها أقرت بالإحصان.

٢٦٥٦ - [فصل: حدُّ البكر]

وأما [البكر]^(١)، فحدّه الجلد، ولا يُغْرَب^(٢) على طريق الحدّ، فإن رأى الإمام (أن يفعل)^(٣) ذلك على طريق التعزير، فعله^(٤).

وقال الشافعي: يجمع بين التغريب والجلد على طريق الحدّ^(٥).

لنا: قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، وهذا بيانٌ لجميع الأحكام، فلا يجوز الزيادة فيه إلا بما يساويه في النقل؛ ولأن (النفى)^(٦) حدٌ بنفسه في قاطع الطريق، فلا يضمّ إلى الجلد على وجه الحدّ كالقطع.

وأما قوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»، فهذا عندنا منسوخٌ بالآية؛ لأنها نزلت بعده، ألا ترى أن حدّ الزنا كان في الأصل الأذى بالكلام، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنَّهَا مِنْكُمْ فَاعْذُوهمَا﴾ [النساء: ١٦]، ثم نسخ ذلك بالحبس، فقال تعالى: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّهَا الْفَاحِشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ

(١) في أ (الثيب)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٢) التغريب من غرّب: الإبعاد، والمقصود بالتغريب هنا: «النفى عن البلد». كما في مختار الصحاح (غرب).

(٣) سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل ١٤٥/٧.

(٥) انظر: مختصر المزني ص ٢٦١؛ المنهاج ص ٥٠٣؛ رحمة الأمة ص ٢٣٠.

(٦) في ب (التغريب).

سَبِيلًا ﴿ [النساء: ١٥] ، [ثم قال ﷺ: «خذوا عني ، فقد جعل الله لهن سبيلاً»] ، ولم يقل: خذوا عن القرآن ، فدلّ على أن هذا كان سابقاً للآية ، فنسخ بها .
والذي روي أنه ﷺ: جلد وغرّب ، [وأبا بكر جلد وغرّب] ، وأن عمر جلد وغرّب^(١) ، فقد روي [عن عليّ] أنه قال: «كفى بالنفي فتنة»^(٢) .

ويروى عن عمر ﷺ: أنه نفى رجلاً ، فلحق بالروم ، فقال: (لا أنفي بعدها أحداً)^(٣) ، فدلّ على أن النفي كان على طريق التعزير ؛ إذ لو كان على وجه الحدّ ، لم يجز تركه لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ [النور: ٢] .

وقد روي عن إبراهيم: أن علياً وعبد الله اختلفا في أمّ ولدٍ يتوفى عنها سيدها ، أو يعتقها ، ثم تزني ، فقال عليّ ﷺ: تجلد مائةً ولا تنفى ، وقال ابن مسعود ﷺ: تُجلد وتنفى^(٤) .



-
- (١) أخرجه الترمذي (١٤٣٨) ، وقال: «غريب» ؛ وقال ابن حجر في التلخيص: «صححه ابن القطان ، ورجح الدارقطني وقفه» (٤/٦١) .
(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣٣١٣)
(٣) أخرجه النسائي (٥٦٧٦)
(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٣٣١٥)

بَابُ صِفَةِ الْمُحْصَنِ



قال أيداه الله تعالى: الإحصان عندنا على ضربين: إحصانٌ يُعتبر في وجوب الرجم على الزاني، وإحصان يُعتبر في المقذوف لوجوب الحدّ على قاذفه.

فأما إحصان القذف، فنذكره في موضعه.

وأما إحصان الرجم: فهو عبارةٌ عن سبع شرائط عند أبي حنيفة ومحمد، وهي: البلوغ، والعقل، والإسلام، الحرية، والنكاح الصحيح، والدخول على وجهٍ يوجب الغسل من غير إنزال، وهما على صفة الإحصان.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الإسلام ليس بشرطٍ، وهو قول الشافعي^(١).

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يعتبر الدخول بها وهما على صفة الإحصان، وقال: إن المسلم إذا وطئ الكافرة صار بها مُحْصَنًا.

وروي عنه: أن الوطء إذا حصل قبل الحرية، ثم أعتقا، صارا مُحْصَنَيْنِ بالوطء المتقدم.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أن الإحصان يعبر به عن الإسلام، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا أَحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَلْحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، يعني: فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب،

(١) انظر: الأم ص ١٢٤٩؛ المنهاج ص ٥٠٣؛ رحمة الأمة ص ٢٣٢.

يعني: فعليهن نصف ما على الحرائر، فدلّ على أن الإحصان [١/٣٥٠] اسم للإسلام وللحرية، وقد يعبر به عن النكاح، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٤]، يعني: ذوات الأزواج.

فإذا ثبت هذا قلنا: يُعتبر البلوغ والعقل؛ لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق...»^(١)؛ ولأن الحدّ عقوبةٌ، والصبيّ والمجنون لا يستحقان العقوبة.

وأما الحرّية؛ فلما بيّنا أن الإحصان اسمٌ للحرية؛ ولأن الله تعالى قال في الإماء: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، فأوجب عليهنّ عقوبة تتبعض، والرجم لا يتبعض.

وأما النكاح؛ فلما بيّنا: أن الإحصان يعبر به عن النكاح؛ ولأن النبي ﷺ قال: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»^(٢)، والبكر عبارةٌ عمّن لم تتزوج، فدلّ على أن النكاح من شرائط الإحصان.

وإنما اعتبر الدخول؛ لقوله ﷺ: «والثيب بالثيب الجلد والرجم»، وهي^(٣) عبارةٌ عن الواطئ والموطوءة.

وإنما اعتبرنا الوطء الذي يوجب الاغتسال من غير إنزال؛ لأن الوطء الذي يصير [به] ثيباً هو الوطء في الفرج، فأما الوطء في غير الفرج فلا يصير به ثيباً.

فأما الإسلام؛ فوجه قول أبي حنيفة [ومحمد]: قوله ﷺ: «من أشرك بالله

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان (١٤٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٩٠).

(٣) في ب (والثيب).

فليس بمُحصِنٍ»^(١)؛ ولأن الإسلام شرطٌ في إحصان القذف مع قلة شرائطه؛ فلأن يكون شرطاً في إحصان الرجم مع كثرة شرائطه، وهو مما يمكن اعتباره أولى.

ولا يلزم على هذا العفة عن فعل الزنا؛ أنها شرطٌ في إحصان القذف، وليست بشرطٍ في إحصان الرجم؛ لأن ذلك لا يمكن اعتباره، ألا ترى أنه يستحيل أن يشترط في الزاني العفة عن فعل الزنا.

لأبي يوسف^(٢): ما رُوي (أن النبي ﷺ رجم اليهوديين)^(٣)؛ ولأن الرجم عقوبةٌ، والكافر أَدْخَلَ في العقوبات من المسلم.

وأما الدخول وهما على صفة الإحصان؛ فلأن كلَّ وطءٍ لا يوجب الإحصان لأحد الواطئين، لا يُوجب للآخر كوطء المملوكين.

وعلى الرواية الأخرى: أن كلَّ وطءٍ لا يوجب الإحصان عند [وجوده]^(٤)، لا يوجبه في الثاني، كوطء المولى.

لأبي يوسف^(٥): أن الحرَّ المسلم إذا وطئ الأمة أو الكافرة، وقد كملت شرائط الإحصان فيه، ففقد الشرائط في الموطوءة لا يمنع من وجوب الحدِّ على الواطئ.

وأما الرواية الأخرى فقال: إنه إذا وطئها وهما كافران أو مملوكان، فقد

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (١٤٧/٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وقال: «الصواب وقفه».

(٢) في ب (وجه قول أبي يوسف).

(٣) أخرجه البخاري (٦٤٥٠)؛ ومسلم (١٦٩٩)؛ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) في أ (وجوبه)، والمثبت من ب.

(٥) في ب (وجه قول أبي يوسف).

تمت شرائط الإحصان إلا الإسلام أو الحرية ، فإذا وجد ذلك ، كملت الشرائط ، فلا معنى لاعتبار شرطٍ آخر .

قال: فإن ثبت إحصان الزاني بإقراره ، أو ببينة قامت عليه ، فهو سواء ، يُرجم ؛ وذلك لأن المقرّر غير متهم على نفسه في إقراره ، والبينة غير متهمة عليه ، فإذا ثبت الإحصان بأحدهما ، وجب الحدُّ .

قال: وإن كانت البينة شهدت أنه تزوج امرأةً ودخل بها ، أو جامعها ، أو باضعها ، فهو مُحصَنٌ عند أبي حنيفة ، وينوبُ هذا عن قوله وطئها في الفرج .

وقال محمد: إذا قالوا: دخل بها ، فإنه لا يكون مُحصَنًا ، ولم يذكر قول أبي يوسف ، وهو مع أبي حنيفة .

أما إذا قالوا: جامعها ؛ فلأن الجماع اسم للوطء في الفرج ، (فإذا قالوا: باضعها ؛ فالمباضعة مفاعلةٌ من البُضع ، وذلك لا يكون إلا بالوطء في الفرج)^(١) .

وأما إذا قالوا: دخل بها ، فوجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢): أن الدخول إذا أضيف إلى النساء ، لم يفهم منه إلا الوطء ، وإن كان مشتركاً في الأصل ، ألا ترى أن الوطء مشتركٌ ، وإذا أضيف إلى النساء زال الاشتراك ، وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ، فالمراد بذلك: الوطء في الفرج .

لمحمد^(٣): أن الدخول قد يعبر به عن الاجتماع ، ولهذا لو شهد شهود الزنا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (فوجه قولهما) .

(٣) في ب (وجه قول محمد) .

أنه دخل بها لم يقبل ؛ لما فيه من الاحتمال ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنهم لو شهدوا أنه جامعها أو وطئها ، لم يقبل في الزنا حتى يقولوا: جامعها في الفرج ، أو وطئها في الفرج ، وذلك لا يعتبر في الإحصان ، فدلّ على الفرق بينهما .

قال: فإن لم يشهد الشهود على الدخول ، وكان له منها ولدٌ ، فهي مُحَصَّنَةٌ ، وهو بها مُحَصَّنٌ ، كفى بالولد شاهداً ؛ وذلك لأننا حكمنا بثبوت نسب الولد منه ، وثبوت النسب أدلّ على الوطء من الشهادة ، فإذا ثبت الإحصان بالشهادة ، فثبوت النسب أولى^(١) .



(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٧٠ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي (للرازي) ١٤٣/٦ وما بعدها؛ القدوري ص ٤٦٥ وما بعدها .

بَابُ صِفَةِ الزَّانِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الزنا: أن يطاء الرجل المرأة في الفرج أو وطئاً متعرياً^(١) من نكاحٍ أو ملكٍ أو شبهةٍ من أحدهما، ويجاوز الختانُ الختانَ، فإن لم يكن على ذلك في جميع ما ذكرنا، فليس بزناً وإن كان الوطء محرماً، و[ليس] في شيءٍ مما ذكرنا من هذه الجملة خلاف بين أصحابنا.

والدليل على أن الزنا هو الوطء في الفرج: أن ما عزا لما أقرّ بالزنا عند رسول الله ﷺ استفسر حتى قال: «كالميل في المكحلة، والرشاء في البئر»^(٢)؛ ولأن الزنا في اللغة مأخوذٌ من الزناء، وهو الضيق^(٣)، وذلك لا يوجد إلا في الفرج.

وإنما اعتبر مجاوزة الختان؛ لأن المخالطة لا تكون إلا بذلك، وما دون المخالطة ملابسة لا يتعلق بها أحكام الوطء: من الغسل، وفساد الحج، وكفارة رمضان؛ ولأن ما يتعلق به الحد يعتبر فيه أعالي^(٤) النوع، وهذا لا يوجد في الوطء إذا لم يجاوز الختانُ الختانَ.

وإنما اعتبرنا تعري الوطء عن العقد؛ لأن اسم الزنا مأخوذ من اللغة، وأهل اللغة لا يسمون ما صدر عن عقدٍ زناً، ألا ترى أنهم كانوا يستحلون نكاح امرأة الأب ولا يسمون ذلك زناً.

(١) في ب (معتبراً).

(٢) رواه بهذا اللفظ أبو داود (٤٤٢٨) من حديث أبي هريرة، وصححه ابن حبان (٤٣٩٩).

(٣) انظر: المعجم الوسيط (زناً).

(٤) في ب (أعلى).

وأما تعرّيه عن الملك ؛ فلأن الملك سبب الإباحة ، والوطء إذا وجد مع سبب الإباحة ، فليس بزنا .

وأما تعرّيه عن الشُّبهة ؛ فلقوله ﷺ : « ادرؤوا الحدود بالشبهات »^(١) ، والشبهة على ضروبٍ : فالعقد شبهةٌ عند أبي حنيفة ، حلالاً كان أو حراماً ، اتفق على تحريمه أو اختلاف فيه ، علم الواطئ أنه محرّمٌ أو جهل ، وهو قول زفر .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا تزوج نكاحاً مجمَعاً على تحريمه ، مَحْرَمًا كانت المرأة أو غير مَحْرَمٍ ، والواطئ يعلم أنها حرام ، فليس ذلك شُبْهَةً ، وعليه الحدّ في ذلك الوطء ، وإن كان لا يعلم فلا حدّ عليه ، وهذا كنكاح ذوات المحارم ، والخامسة ، وأخت المرأة .

لأبي حنيفة^(٢) : أن هذا الوطء لا يسمى زناً ، ألا ترى أن الجاهلية كانوا يستحلون نكاح الأختين ، والخمسة ، وامرأة الأب ، ولا يسمون ذلك زناً ، والأسماء لا تتغيّر بالشرع ، والحدّ ورد في الزنا ، [٣٥٠ / ب] فلا يجوز أن يلحق به ما ليس من نوعه ، كما لا يلحق بحدّ السرقة المختلس والمُنْتَهَب ؛ ولأن هذه الأنكحة قد حلّت في شرائع من [كان] قبلنا ، ولم يحل الزنا في شريعة من الشرائع ، فدلّ على أنها ليست بزناً ؛ ولأن المجوس يستحلون نكاح الأمهات والبنات ، ولا تسميهم العرب زناةً ولا أولاد الزنا .

وجه قولهما : أنه وطءٌ مجمَعٌ على تحريمه على التأييد في غير ملكٍ ، فتعلّق به الحدّ كالزنا ؛ ولأن الشبهة تعود إلى الاشتباه ، وهذا مما لا يشتبه .

(١) أخرجه الترمذي (١٤٢٤) من حديث عائشة رضي الله عنها ، وحكى الترمذي الاختلاف في رفعه ووقفه ، ورجّح الوقف .

(٢) في ب (وجه قوله) .

وأما إذا كان لا يعلم بالتحريم، فلا حدّ عليه عندهما؛ لأن الشرعيات لا يثبت حكمها إلا بالسمع، فإذا لم يعلم بالتحريم لم يجب الحدّ، وقد روي عن سعيد بن المسيب: أن رجلاً تضيف أهل بيت باليمن، فأصبح يحدث أنه زنى برّبة منزله، فكتب فيه إلى عمر، فكتب فيه: (إن كان يعلم أن الله حرم الزنا، فاجلدوه، وإن كان لا يعلم، فعلموه، فإن عاد فاجلدوه)^(١).

قال: فإن كان النكاح مما يختلف العلماء فيه، مثل النكاح بغير وليٍّ وما أشبه ذلك، فلا حدّ فيه وإن كان عنده أنه محرّم، إذا كان بعض الفقهاء يجيزه، فهو شبهة ولا حدّ عليه، وهذا كالنكاح بغير شهودٍ؛ (لأن مذهب)^(٢) من يسقط الحدّ يكون شبهةً؛ ولأنه اجتمع الموجب والمُسقط، فالحكم للمُسقط.

وذكر بعد^(٣) هذا العقد المتفق على تحريمه والخلاف فيه، وقد بيّناه.

قال: وقال أبو حنيفة: يعزّره الإمام ولا يبلغ به أربعين سوطاً؛ وذلك [لأنه أتى أمراً منكرًا ليس فيه حدّ]^(٤)، فيجب فيه التعزير، وقال في موضع آخر من الأصل: إذا تزوج أمةً على حرة، أو تزوج مجوسيةً، أو تزوج خمساً في عقده، أو تزوج امرأةً بغير شهودٍ، أو أمةً بغير إذن مولاها، [ودخل بها، أو كان عبداً فتزوج امرأةً بغير إذن مولاها]، فأقرّ عند الإمام بذلك أنه فعله وهو يعلم أنه عليه حرام، [هل يحدّ]^(٥)؟

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٣٦٤٣)؛ والبيهقي في الكبرى (١٦٨٤٣).

(٢) في ب (لأن مذهب الشافعي)، بزيادة (الشافعي)، والسياق لا يقتضيها، كما أن الشافعي لا يرى صحة النكاح بغير الشهادة. انظر: الأم ص ٨٨٥ (بيت الأفكار).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في أ (لأنه أقل منكر في الشريعة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٥) في أ (أن يحد)، والمثبت من ب.

قال: ليس في شيء من هذا حدٌ؛ لأن هذا نكاحٌ، والحدّ يدرأ بالشبهة، وهو قول أبي حنيفة.

وقال^(١): يُحدّ في ذات الرّحم المَحْرَم، ويحدّ في ذلك كله، ولا [يعذر]^(٢) في ذلك بالنكاح، وهذا إنما يعود إلى ذوات المحارم والخامسة، وأما تزويج الأمة على الحرّة، فمختلف فيه، وكذلك نكاح العبد بغير إذن مولاه، ونكاح الأمة بغير إذن سيدها^(٣)، ليس بمحرّم على التأييد، وهما شرطاً في [وجوب الحدّ] أن يكون الوطاء محرماً على التأييد، والوطء بغير شهودٍ مختلف في تحريمه، [فهذه الشُّبه اللاتي تعود إلى العقد]^(٤).

وقد تعود الشبهةُ إلى المِلْك: مثل الجارية المشتركة، وجارية الابن، وجارية المكاتب، وتارة تكون الشبهة لمعنى يعود إلى الاشتباه: مثل من زفّت إليه غير امرأته، وقد تكون الشبهة في المال: مثل جارية الزوجة، وجارية المولى إذا وطئها العبد، والكلام في هذا يأتي في موضعه.

قال: وإن كان الوطاء نفسه مما يختلف فيه أهل العلم أو لا يختلفون إذا كان ذلك وطئاً لامرأةٍ صحيح نكاحها، أو كان وطئاً بمِلْكٍ يمين، فإنه لا حدّ عليه، وذلك مثل أن يطأ امرأةً أو جاريةً له وهي حائضٌ أو نفساء، أو صائمة في رمضان، أو مُحْرمة بحجة الإسلام، أو قد ظاهر منها أو آلى، أو تزوجت ولها زوجٌ، ففُرِّق بينهما واعتدّت، أو لم يفُرِّق بينهما، أو وطئت بشبهة فوجب عليها العدة من ذلك

(١) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).

(٢) في أ (يعتبر)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (مولاها).

(٤) في أ (فهذا الشبه يعود إلى العقد)، والمثبت من ب.

الوطء، فوطئها زوجها الأوّل وهو يعلم أنها تحت زوج، أو قد تزوجت، أو هي في عدة من غيره، أو يطأ أمته وهي أخته من الرضاعة، أو أمه، أو غير ذلك مما يحرمه الرضاع، أو تكون [أمة] قد وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين، أو يكون عنده أخت^(١) قد وطئ أختها، والأخت في ملكه يحلّ وطؤها له، أو ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها^(٢)، فيطؤها وهو يعلم أن وطئها عليه حرامٌ، أنه لا حدّ عليه في جميع ذلك.

(وكذلك إن وطئ أمته)^(٣) وهي مجوسية أو مرتدة، أو كان قد كاتبها، فلا حدّ عليه في ذلك وإن علم بتحريم الوطء؛ وذلك لأن هذا وطء في ملك، فتحريمه لا يوجب الحدّ، كمن وطئ أمته وهي مريضة أو صغيرة لا توطأ.

ولأن النبي ﷺ أوجب في الوطء في حال الحيض الصدقة، ولم يوجب الحدّ، والمعنى فيه: أنه تحريمٌ عارض في الملك، وهذا موجودٌ في هذه المسائل.

قال: وكذلك إن وطئ جارية يملك بعضها، كائناً ما كان البعض؛ وذلك لأنه وطء في الملك، [فليس وجوب الحدّ لنصيب الشريك أولى من إسقاطه لأجل نصيبه؛ ولأنه يجتمع في الحدّ المعنى الموجب للحدّ والمسقط، فكان الحكم للمسقط، ولأنّ الوطء لا يتبعّض، فإذا حصل بعضه في الملك، فكان جميعه في الملك]، وصار كالمخطف والعامد لما كان خروج الروح لا يتبعّض، صار كأنّ جميعها خرجت على وجه الخطأ.

قال: وكذلك [إذا] وطئ جارية ابنه وهو يعلم أن الوطء حرامٌ؛ وذلك لأن مال الابن مضافٌ إلى الأب؛ لأنه ملكه، قال ﷺ: «أنت ومالك

(١) في ب (أمة).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (وإن علم بتحريم أمته).

لأبيك»^(١)، وأقلّ حال هذه الإضافة أن تفيد الشبهة، وقال: «إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم»^(٢)، وكسب الإنسان لا يجب فيه حدّ.

قال: وكذلك جارية مُكاتبه؛ لأن مال المُكاتب موقوفٌ عليه وعلى مولاه، وما وقف على حكم^(٣) ملك الإنسان فلا حدّ [فيه]^(٤).

وكذلك جارية عبده المأذون له في التجارة وعليه دين يستغرق رقبته وما في يده، أو ليس عليه دينٌ؛ وذلك لأن من أصل أبي يوسف ومحمد: أن المولى مالكٌ لما في يده مع الدين، فلا يجب الحدّ في ملكه.

فأما على قول أبي حنيفة: وإن كان لا يملك؛ إلا أنه مختلفٌ في ملكه، وما اختلف في الملك فيه، لم يجب به حدٌّ كالنكاح المختلف فيه.

قال: وكذلك إن وطئ الجدّ من قبل الأب وإن علا، كان بينه وبين المالك أبٌ أقرب منه أو لم يكن، فإنه لا حدّ عليه؛ وذلك لأن الجدّ له ولائٌ، فحلّ محلّ الأب.

قال: إلا أنه إذا ادّعى نسب الولد، لم يثبت منه نسبه ولم يحد؛ لأن ثبوت النسب إنما يكون للولاية الثابتة في حال الصغر في نقل الجارية إليه، فإذا بلغ لم ينسخ حكم تلك الولاية في باب الاستيلاد، والجدّ لا ولاية له مع الأب، فلم

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) من حديث جابر رضي الله عنه، قال البوصيري في مصباح الزجاجة: «هذا إسنادٌ صحيحٌ رجاله ثقات، على شرط البخاري، وله شاهد من حديث عائشة، رواه أصحاب السنن وابن حبان في صحيحه» (٣٧/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٢٩)؛ والترمذي (١٣٥٨) وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي (٤٤٥٠)، وابن ماجه (٢٢٩٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في أ (عليه) والمثبت من ب.

يثبت نسب الولد منه .

فإن لم يكن أب أقرب منه ، ثبت نسبُ ولده ؛ وذلك لأن الولاية ثابتة له في هذه الحالة ، كثبوتها للأب .

قال: وكذلك الرجل من الغانمين يظاً جاريةً من المغنم قبل القسمة ، بعد أن أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام ، فلا حدّ عليه وإن علم أنها حرامٌ .

وكذلك إن كان في دار الحرب ؛ وذلك لأن الغنيمة مشتركةٌ بين الغانمين ؛ [أ/٣٥١] لأن الحقّ يثبتُ فيها بالأخذ لكلّ واحدٍ منهم ، ويستقرّ بالحيازة ، ويملكُ بالقسمة ، ولكلّ واحدٍ منهم حكم الملك^(١) ، فلا يجب عليه الحدّ .

قال: ولا يثبت نسب الولد ؛ لأنه لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة ، وإنما يثبت له فيها حق أن يملك ، وهذا المعنى لا يوجب ثبوت النسب .

قال: والوطء في الدبر ليس بزنا عند أبي حنيفة في أنثى كان أو في ذكرٍ ، ولا يوجب حدّاً ، ويوجب التعزير .

وهو عند أبي يوسف ومحمد: بمنزلة الوطء في الفرج ، [يُوجب من الحدّ ما يوجب الزنا]^(٢) .

لأبي حنيفة^(٣): أن هذا الوطء لا يسمى في اللغة زنا ، ألا ترى أنهم خصّوه باسم ، وهذا التخصيص يعلم به نفي الاشتراك ، ألا ترى أنهم سمّوا شخصاً

(١) في ب (المالك) .

(٢) في أ (يوجب من الحد فيه ما يوجب في الزنا) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .

(٣) في ب (وجه قوله) .

حماراً ، وشخصاً فرساً ، فعلم بذلك أن كل واحدٍ منهم لا يسمى باسم الآخر وإن لم تنص العرب على ذلك ، وإذا لم يكن زناً ، لم يجرز^(١) أن يلحق بحد الزنا ، كما لا يلحق به الوطء بالشبهة ؛ ولأن هذا الوطء لا يوجب المال بحالٍ ، فلا يتعلق به الحد كالوطء فيما دون الفرج .

وجه قولهما: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اقتلوا الفاعل والمفعول به»^(٢) ، وروي أن رجلاً وُجد باليمن يُنكح كما تنكح المرأة ، فكتب فيه إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فاستشار فيه الصحابة ، فمنهم من قال: يقتل ، ومنهم من قال: يُرمى [به] من شاهق الجبل ، ومنهم من قال: يُرمى عليه حائطاً^(٣) .

والجواب: أن هذا محمولٌ على من فعل ذلك على وجه الاستحلال ؛ بدلالة إيجاب القتل من غير فصلٍ بين مُحصَن وغيره ، وهذا لا يكون إلا مع استحلال . وقد قال أصحاب الشافعي: إن القتل يجب بكلِّ حالٍ على أحد قوليه^(٤) ، وهذا قولٌ خالف إجماع من تقدّمه ، فلا يعتدّ به .

قال: وعليه التعزير ؛ لأن القائل أحد قائلين: إما من أوجب الحد ، أو من أسقط وأوجب التعزير ، فإذا دللنا على سقوط الحدّ ، ثبت التعزير بالإجماع .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٤٦٢) ؛ والترمذي (١٤٥٦) وقال: «في إسناده مقال» ؛ وابن ماجه (٢٥٦١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٦٨٠٥) ، وفيه (أن أبا بكر أمر بأن يحرق) ، قال ابن حجر في الدراية (١٠٣/٢): «هو ضعيف جداً» .

(٤) انظر: المنهاج ص ٥٠٣ ؛ رحمة الأمة ص ٢٣٢ .

بَابُ

الرجل يظأ امرأة [لا تحل له] ويقول: ظننتها تحل لي
[أو يقول: ظننتها امرأتي أو أمتي، ما يصدق فيه، وما لا يصدق]



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: جملة هذا الباب: أن الشبهة إذا كانت في الموطوءة، أسقطت الحدّ، سواءً قال: ظننت أنها تحلّ لي، أو قال: علمت أنها [عليّ] حرامّ.

وإن كانت الشبهة في الفعل: بأن قال: علمت أنها حرامّ، حدّ، وإن قال: ظننت أنها حلالّ، لم يُحدّ.

وذلك لأن الشبهة في الموطوءة موجودة، سواءً علم بالتحريم أو لم يعلم، والشبهة في الفعل غير موجودة إذا علم بالتحريم، فإذا قال: ظننت أنها حلال، فقد حصلت الشبهة، فمنعت الحدّ.

وجملة هذا: أن الشبهة في الفعل في سبع مواطن: جارية الأب، وجارية الأم، وجارية الزوجة، والمطلقة ثلاثاً ما دامت في العدة، وأم الولد ما دامت تعتد منه، والعبد إذا وطئ جارية مولاه، والجارية المرهونة في رواية كتاب الرهن^(١).

وأربع مواضع لا يحدّ وإن قال علمت بالتحريم: جارية الابن، والجارية المبعة إذا وطئها البائع قبل القبض، والجارية المتزوج عليها إذا كانت في يد

(١) في ب (رواية في كتاب الرهن).

الزوج ، والمطلقة طلاقاً بائناً ، والجارية بين شريكين .

قال أبو الحسن : قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إذا وطئ الرجل جارية أبيه^(١) أو زوجته ، فعليه الحدّ ، فإن قال : ظننت أنها تحلّ لي^(٢) ، فلا حدّ عليه ، وإن قال : علمت أنها حرامٌ ، حدّ .

أما إذا ادّعى الشبهة ؛ فلأن الابن يتبسّط في مال أبيه ، ويأكل [من] طعامه ، فيجوز أن يشته عليه الوطاء ، (وكذلك الزوج يتبسّط في مال زوجته ، ويستخدم أمته وينتفع بمتاعها ، فيجوز أن يشته عليه الوطاء)^(٣) ، ومن ادّعى شبهةً واستندت دعواه إلى ظاهرٍ ، قبل قوله^(٤) .

وأما إن قال : علمت أنها حرامٌ ، فقد زال الاشتباه ، ولا شبهة في الموطوءة ولا في الفعل ، فحدّ .

قال : ولا يثبت نسب الولد في الوجهين جميعاً ؛ لأنه لا شبهة له في الأمة ، وإنما شبهته في الفعل ، والشبهة في الفعل تسقط الحدّ ولا تثبت النسب ؛ لأن النسب لا يتعلّق بالفعل ، وإنما يتعلّق بالمفعول فيه .

قال : فإن حضرا جميعاً ، فقال أحدهما - أيهما كان - : ظننت أن ذلك حلال لي ، ذرئ عنهما [جميعاً] حتى يقرّا جميعاً أنهما قد علما أن ذلك عليهما حرامٌ ؛ وذلك لأن أحدهما إذا ادّعى شبهةً خرج فعلة من أن يكون زناً للشبهة ، فخرج

(١) في ب (ابنه) .

(٢) سقطت هذه الكلمة في ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) في ب (قبلت دعواه) .

فعل الآخر أن يكون زناً، وسقط الحدّ عنهما.

قال: وإن وطئ جارية أخيه أو أخته، أو ذي [رَحِمٍ] مَحْرَمٍ منه غير الولد والوالد والوالدة وولد الولد، حُدَّ وإن قال ظننتُ أنها تحل لي، ولم يُدْرأ عنه الحدّ.

وكذلك إن وطئ جارية ذات مَحْرَمٍ من امرأته؛ لأنه لا تبسّط له في مال هؤلاء، ولا شبهة في الموطوءة، والشبهة إذا لم توجد في الفعل ولا في المفعول، وجب الحدّ.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً، ثم وطئها، وقال: ظننت أن وطئها يحلّ لي، لم يحدّ، وإن قال: علمت أنها عليّ حرامٌ، حُدَّ؛ وذلك لأن العدة من أحكام الملك، فيجوز أن يشتبه عليه أن حكم الملك كالملك في إسقاط الحدّ، ومن ادّعى شبهةً استندت إلى ظاهر، قبلت دعواه.

وأما إذا قال: علمت أنها عليّ^(١) حرام، ولا ملك له فيها، ولا شبهة في الفعل، فوجب الحدّ.

ولا يجوز أن يعلّل سقوط الحدّ؛ باختلاف الناس في وقوع الطلاق الثلاث؛ لأن هذه المسألة لا يسوغ الاجتهاد فيها عندنا، فلا يتعلق بالخلاف فيها حكمٌ؛ ولهذا قالوا: إنه لو وطئها بعد انقضاء العدة، حُدَّ وإن قال ظننت أنها حلال، ولو كان الحكم يتعلق بالخلاف، لم يجب الحدّ.

(قال: وإن كان إنما طلقها واحدةً بائنةً، لم يجب عليه الحدّ)^(٢) وإن قال

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

إنها حرام عليّ؛ لأن السلف اختلفوا في الواحدة البائنة، هل يزيل الملك أو لا؟ والاختلاف في ذلك يوجب اختلافاً في الفعل، هل هو زناً أو ليس بزناً؟، فيمنع ذلك من وجوب الحدّ.

فإن خالعتها أو طلقها بعوضٍ، فينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثاً؛ لأنه لا خلاف في وقوع التحريم، فلم يبق إلا الشبهة التي تعود إلى الفعل.

وقال ابن رستم (عن محمد: يُدرأ الحدّ عن هؤلاء الأربعة: من وطئ جارية أمّه أو أبيه أو زوجته، أو كانت رهناً عنده) (١).

إذا وطئ واحد منهم الأمة (٢) وقال: ظننت أنها تحلّ لي، فإن كان عالمًا ضرب الحد ولم يصدق في [٣٥١/ب] قوله: ظننت أنها تحلّ لي، وقد بيّنا حكم جارية الأب والأم والزوجة.

وأما المرهونة، فذكر في كتاب الرهن: إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي لا يحدّ؛ وذلك لأنها محبوسة للاستيفاء كالمبيعة.

وذكر في كتاب الحدود: أنه يحدّ وإن قال: ظننت أنها حلالٌ؛ لأنه لا ملك له فيها ولا حكم ملك، وإنما يثبت له حقّ الاستيفاء، فصار كالغريم إذا وطئ جارية الميت.

وقال محمد: إن وطئ جارية ابن ابنه، وابن حبيّ، قال: لا يحدّ، ولا يثبت النسب؛ وذلك لأن بينهما ولاداً، فصارت كجارية الابن؛ ولأنه لا يقتصّ منه

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

بقتلها كجارية الابن ، فأما النسب ، فقد قدمناه .

قال: وإن وطئ جارية ابنه ، وقال: علمت أنها علي حرام ، لم يحدّ ، وإن ادعى الولد يثبت نسبه ، وكانت الجارية أم ولد له ، وغرم قيمتها [لابنه] ، صدّقه الابن أو كذبه ؛ وذلك لأنها على حكم ملكه ، فصارت كجاريته ، فلا يجب عليه الحدّ وإن علم بتحريمها .

فأما ثبوت النسب ؛ (فالأصل فيه أن الشبهة في الموطوءة تسقط الحد ويثبت النسب ، وقد بينا ثبوت النسب)^(١) وأحكام الضمان فيما مضى من كتاب العتاق . قال: وكذلك الجدّ - إن كان الأب ميتاً - لا يحدّ وإن قال علمت أنها عليّ حرامّ ؛ لما بينا .

قال: وإذا وطئ الرجل المرأة الأجنبية وقال: ظننتها امرأتي ، أو شبّهتها بامرأتي ، أو بجاريتي ، حدّ ؛ وذلك لأنه لا يجوز له أن يطأ بالظنّ ، ولا بالاشتباه ، حتى يعرفها بكلامٍ أو يخبره مخبرٌ أنها امرأته ، فإذا وطئ بغير ذلك لم يكن معذوراً ، فحدّ .

وذكر عن إبراهيم أنه قال: لو قبل هذا ما أقيم الحدّ (علي واحد)^(٢)(٣) .

قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً وجد في بيته امرأة ، فقال: ظننتها امرأتي ، فوقع عليها ، كان عليه الحدّ وإن كان أعمى ، ليس يُدرأ الحدّ بهذا ، وكذلك قول أبي يوسف ؛ وذلك لأن وجود المرأة في بيته وعلي فراشه ليس بشبهة ؛ لأنه قد يكون

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (علي فاجر) .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، (١٠١٤) ، (الدار السلفية) .

في بيته أمّه وأخته والأجنبية ، والشبهة إذا لم تستند إلى سبب ظاهرٍ لم يُعتدّ بها .
 وقال ابن رستم عن محمد: في أعمى دعا امرأته ، فقال: يا فلانة ، فأجابته
 غيرها ، فوقع عليها ، قال: يحدّ ، ولو أجابته فقالت: أنا فلانة ، فوقع عليها ، فإذا
 هي [غير فلانة ، يعني] غير امرأته ، فإنه لا يحدّ ، ويثبت نسبه^(١) ، وهي كالمرأة
 المزفوفة [إلى غير] زوجها^(٢) ؛ وذلك لأنها إذا أجابت ولم تقل أنا فلانة ، لم
 يحلّ له وطؤها ، فلم يكن ذلك شبهةً ، وإذا قالت: أنا فلانة ، ولا يتوصل الأعمى
 إلى معرفة امرأته إلا بذلك ، فكان ذلك شبهةً .

ولو دعا رجل جاريةً له ، فأجابته امرأةً حرّةً ، وهو لا يراها ، فقال: ظننتها
 أمّتي ، قال: يحدّ أيضاً ولا يصدّق ؛ وذلك لأن هذا يتوصل إلى معرفتها
 بالمشاهدة ، فلم يكن ذلك مغروراً في وطئها بالجواب .

وقال الحسن بن زياد عن زفر: في رجل أعمى دخل بيته ، فإذا في فراشه
 أو في حجّلتة^(٣) امرأةً فوقع عليها ، ثم قال: ظننت أنها امرأتي ، يُدراً عنه الحدّ ،
 (وعليه عُقر^(٤) مثلها بما استحلّ من فرجها .

وقال أبو يوسف: لا يعذر بذلك ، وعليه الحدّ^(٥) .

(١) في ب (نسب ولده) .

(٢) في أ (إذا غر) والمثبت من ب .

(٣) الحَجَلَة بفتح الحاء: واحدة حجال العروس: وهي بيت يزيّن بالثياب والأسرة والستور . مختار
 الصحاح (حجل) .

(٤) «العُقر - بالضم - دية فرج المرأة إذا غضبت على نفسها ، ثم كثر حتى استعمل في المهر» .
 التعاريف للمناوي (عقر) .

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب .

قال ابن سماعة: وأخبرني ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: القياس: أن يدرأ عنه الحد، ولكن أتبع في ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه: في رجلٍ كان يواعد جاريةً له، وكان أعمى^(١)، وروي ذلك عن أبي حنيفة.

والوجه فيه ما بينا: أن وجودها على فراشه ليس بشبهة؛ لجواز أن ينام على فراشه غيرها، فلم يعذر [فيه].

وجه قول زفر: أن وجودها على فراشه ظاهر، فصار كمن زفت إليه غير امرأته.

فأما المبيعة إذا وطئها البائع، والمتزوج عليها إذا وطئها الزوج؛ فلأنهما على حكم ملكه؛ بدلالة أنهما لو هلكا، هلكا على ملكه؛ ولأن ملك المشتري لم يتم فيهما، وحكم الملك ينفي الحدّ.
وأما الجارية المشتركة فقد قدمناه.

وأما الجارية المستأجرة [والعارية] والوديعة؛ فإنه يحدّ وإن قال ظننت أنها تحلّ لي؛ لأنه لا شبهة له في الموطوءة ولا في الفعل، فلم يسقط الحدّ إذا لم تستند شبهته إلى ظاهر^(٢).



(١) رواه سعيد بن منصور في السنن (٢١٥١)

(٢) انظر: الأصل ١٧٢/٦ وما بعدها.

بَابُ الإقرارِ بالزنا

قال أبو الحسن عليه السلام: إذا جاء الرجل إلى الإمام فأقرَّ^(١) بالزنا بامرأةٍ بعينها، أو بغير عينها، لم يحده الإمام حتى يقرَّ أربع مراتٍ في أربع مواطن.

قال [الشيخ]: وجملة هذا: أن الإقرار بالزنا لا يتعلّق به الحدّ حتى يقرَّ أربع مراتٍ في أربع مجالسٍ مختلفةٍ في مجالسٍ المقرّ.

وقال ابن أبي ليلى: يعتبر أربع مراتٍ في مجلسٍ واحدٍ.

وقال الشافعي: يقام الحدّ بإقراره مرةً واحدةً^(٢).

لنا: ما روي: أن ماعزاً أقرَّ عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا، فأعرض عنه، فعاد وأقرّ، فأعرض عنه، فعاد الثالثة فأقرّ، فأعرض عنه، فعاد فأقرّ رابعاً، فقال صلى الله عليه وسلم: «الآن أقررت أربعاً، في مَنْ؟»^(٣)، ولو كان الحدّ يجب بإقراره مرةً واحدةً، لم يؤخره إلى الرابعة، ألا ترى أنه قال صلى الله عليه وسلم: «ما ينبغي لوالي حدّ أتى في حدّ من حدود الله إلا أقامه»^(٤)، ولو وجب الحدّ بالإقرار الأوّل، لم يؤخره.

(١) «الإقرار، وهو مشتق من القرار، وهو لغة: إثبات ما كان متزلزلاً. وشرعاً: هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه، وليس بإثبات». أنيس الفقهاء ص ٢٤٣.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٦١؛ المنهاج ص ٤٠٥؛ رحمة الأمة ص ٢٣١.

(٣) أخرجه أبو داود (٤٤٢٦) من حديث ابن عباس، ولكن بلفظ: «شهدت على نفسك أربع مرات».

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٧٧)؛ وأبو يعلى في المسند (٥١٥٥)؛ والطبراني في الكبير (٨٥٧٢) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، وفي إسناده أبو ماجد الحنفي ضعيف، انظر: مجمع الزوائد (٦/٢٥٧).

ولا يجوز أن يقال: إنه ظنه مجنوناً؛ لأنه كان نائر الرأس؛ لأنه لو كان ذلك لم يعلق الحكم بالرابعة، ولعلقه بظهور حاله.

وقد روي أن أبا بكر قال لعايز في الثالثة: (إنك إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ) (١)، وهذا لا يُعلم إلا بالتوقيف.

وروي عن أبي بريدة أنه قال: (كنا نتحدث بين يدي [أصحاب] رسول الله ﷺ أن ماعزاً لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقرّ لم يرحمه رسول الله ﷺ) (٢)، وهذا يدل على أنهم عرفوا ذلك من شريعته؛ ولأنه سببٌ لثبوت حد الزنا، فاعتبر فيه العدد كالشهادة.

ولأن حد الزنا قد اعتبر فيه من التأكيد ما لم يعتبر في غيره من الحدود، ولهذا يعتبر شهادة أربعة، ولا يعتبر ذلك في شيء من الحدود، فجاز أن يتأكد الإقرار فيه بالعدد [١/٣٥٢] على الإقرار بسائر الحقوق.

فإن قيل: إذا لم يثبت الحد بإقراره مرةً، وقد اعترف بالوطء على وجهٍ لم يوجب الحد، ووجب المهر، والوطء الموجب للمهر لا يوجب الحد، وهذا كما قلت: أنا لو لم نثبت [الحد] بالسرقة بإقراره مرةً، لأوجبنا الضمان بها، وإيجاب الضمان ينافي القطع، فلم يكن إيجابه بالإقرار الثاني.

قيل له: لما أقرّ بالزنا، فحكم الإقرار مراعى؛ لأن الزنا لا يوجب المهر، فلم يحكم بوجوب المهر ما دامت المراعاة في الإقرار بالزنا باقيةً؛ فلذلك أوجبناه بالتكرار.

(١) ابن أبي شيبة (٢٨٧٦٩)

(٢) ذكره الزيلعي في تبیین الحقائق (١٦٦/٣)

فأما السرقة ، فإن الإقرار بها يُوجب الضمان ، وإنما يسقط بالقطع ، فلم يكن في إقراره بالسرقة مع المراعاة ما يمنع من الحكم بالضمان .

وإنما اعتبر أصحابنا أربع مرات في أربع مجالس ، خلاف ما قال ابن أبي ليلى ؛ لأن ماعزاً لما أقرّ عند النبي ﷺ أعرض عنه ، فخرج من المسجد ، ثم عاد فأقرّ ، حتى أقرّ أربع مرات ، يخرج في كلّ مرة .

وقد روي أنه أقرّ خمس مرات^(١) ، ولا وجه يحمل عليه ذلك ، إلا أنه أقرّ مرتين في مجلس ، فجعل مرة واحدة .

ولأن الإقرار إذا تكرر في مجلس واحد ، فهو كإقرار واحد ، والدليل عليه : من أقرّ بدين ثم بدين في مجلس ، لم يجعل كلّ واحد من الدينين غير الآخر .

قال : وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ، ويظهر له كراهة ذلك ، (ويأمر بتنحيته عنه ، فإن عاد ثانيةً فعل به مثل ذلك ، فإن عاد ثالثة ، فعل مثل ذلك)^(٢) ؛ وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : (اطرد المعترفين)^(٣) ، يعني في الزنا .

وروي أن النبي ﷺ ، طرد ماعز بن مالك ؛ ولأن النبي ﷺ لقّن المقرّ بالسرقة الرجوع ، فقال : «ما أخاله سرق»^(٤) ، [وإنما كان]^(٥) مأموراً بتلقيته الرجوع ، وزجره ، وأظهر له كراهة الإقرار ليرجع .

(١) ذكره السرخسي في المبسوط (٩٢/٩)

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨٤٩٩) ؛ والبيهقي في الكبرى (١٧٠٥٦) .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک (٤٢٢/٤) وقال : «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» .

(٥) في أ (وأما إذا كان) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .

قال: وإذا أقرّ الرابعة، وقد فعل الإمام ما وصفت لك، نُظر في حاله، هل هو صحيحُ العقل ممن يجوز إقراره على نفسه؛ وذلك لأن النبي ﷺ قال لما عز: «أَبِيكَ خَبَلٌ»^(١)، وبعث إلى قومه فسألهم عنه، وهذا يدلّ على أن الإقرار بالزنا يتأكد على الإقرار بغيره باختبار حال المقرّ في الباطن.

قال: وإذا عرف صحة عقله، سأله عن الزنا، ما هو؟ وكيف زني؟

وقد قال أصحابنا: إنه يسأله عن الزنا، فيقول: ما الزنا؟ وكيف زني؟ وبمن زني؟ وأين زني؟.

أما المسألة عن الزنا؛ فلأن النبي ﷺ قال لما عز: «لعلك لمست، لعلك قبّلت، لعلك باشرت»^(٢)، فلما ذكر له ما عز النون والكاف، قبّل إقراره.

ولأن الإنسان قد يظن أن الفعل المحرم زنا، وقد قال ﷺ: «العينان تزنيان، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، ثم يحقق ذلك الفرج»^(٣)، فدلّ على أن الزنا قد يُعبّر به عن غير^(٤) الفعل [المخصوص]؛ ولهذا يُسأل المقرّ عنه احتياطاً.

وأما قوله: كيف زني؛ فلأنه يجوز أن يكون وطئ فيما دون الفرج، أو في موضع غير الفرج، فوجب أن يُستفسر [عن ذلك].

وأما سؤاله عن المزني بها؛ فلأن النبي ﷺ قال لما عز: «الآن أقررت أربعاً،

(١) أخرجه البخاري (٦٤٣٠)؛ ومسلم (١٦٩١).

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٦٤٣٨) من حديث ابن عباس ؓ.

(٣) أخرجه البخاري (٥٨٨٩)؛ ومسلم (٢٦٥٧).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

فَبِمَنْ؟» ؛ ولأنه يجوز أن يكون وطئ من لا يجب الحدّ بوطئها ، كجارية الابن ،
والجارية المشتركة^(١) ، فوجب أن يسأله القاضي ليعلم أن المزنيّ بها ممّن يتعلّق
بوطئها حدّ.

وأما قوله: أين زنيّت ؛ فلأنه يجوز أن يكون زنيّ في دار الحرب ، فلا يقيم
الإمام عليه الحدّ.

وقد قالوا: إنه لا يسأله في الإقرار: متى زنيّت؟ وإنما يسأل الشهودَ عن
ذلك ؛ لأن تقادم الزنا يمنع من قبول الشهادة ، ولا يمنع من قبول الإقرار .
ويجوز أن يقال: إنه يسأله متى زنيّت؟ ؛ لجواز أن يكون زنيّ في حال الصغر .

قال: فإذا بيّن ذلك ، سأله: أمُحصَنٌ هو أو غير مُحصَنٍ؟ فإن قال: إنه
مُحصَنٌ ، سأله عن الإحصان ما هو؟ فإن وصف الإحصان على شرائطه حكم بأنه
مُحصَنٌ ، وأمر برجمه ؛ وذلك لأن حد الزنا يختلف بالمُحصَن وغير المُحصَن ،
فوجب أن يسأله عن ذلك حتى يعلم الواجب عليه ما هو ، فإذا أقرّ بالإحصان ،
استفسره ؛ لأن شرائط الإحصان مختلفٌ فيها ، فيجوز أن يعتقد المقرّ ما لا يعتقد
الحاكم ؛ فلذلك يُسأل عنه ، فإذا بيّنه^(٢) قُبِلَ إقراره ؛ لأنه يجوز إقراره بالزنا ،
فكذلك يجوز إقراره بالإحصان الذي هو من شرائط الرجم .

وقد قال محمد في الأصل: إن المقرّ إذا قال^(٣): لست بمُحصَنٍ ، فشهد
عليه الشهود بالإحصان ، رجمه الإمام ، ولا يكون هذا كالرجوع ؛ لأنه مقيم على

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (فإذا ثبت) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

إقراره بالزنا ، وقد ثبت إحصانه بالبيّنة ، فقلوه : لست بمُحصَن ، ليس برجوع عن الإقرار ، وإنما هو إخبارٌ عن سقوط الرجم عنه ، فصار كالمقرّ بالزنا إذا قال : لا حدّ عليّ ، لم يكن ذلك رجوعاً^(١) .

وقد قالوا : [إنه] إذا أقرّ أربع مراتٍ في مجلسٍ واحدٍ ، للقاضي رجمه ؛ وذلك لأن ما عزاّ تردّد إلى النبي ﷺ في الإقرار ، والنبي ﷺ جالسٌ في مكانه ، فدلّ على أن المعتبر بمجلس المقرّ ، لا بمجلس الحاكم .

و[قد] قال الحسن في روايته : إذا أقرّ أنه زنى بامرأةٍ غائبةٍ ، أقام عليه الحدّ ، وهذا استحسانٌ ، والقياس : أن لا يقام عليه الحدّ حتى تحضر ؛ لأنه يجوز أن تحضر فتدعي شبهةً تُسقط الحدّ عنه ، فلم يجز إقامة الحدّ عليه مع الشبهة .

وجه الاستحسان : أن ما عزاّ لما أقرّ بالزنا بأمةٍ لآل فلان ، رجمه رسول الله ﷺ قبل إحضارها ، وقال في قصة العسيف : «واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها»^(٢) ، وهذا بعد قوله : «أما عليّ ابنك ، فجلدُ مائة» ، فدلّ على أن حدّ المقرّ لا يقف على اعتراف المرأة .

ولأن الحدّ قد وجب بإقراره ، وجواز أن تحضر فتدعي شبهةً كجواز أن يرجع المقرّ ، أو يدعي شبهةً في الثاني ، وجواز ذلك لا يمنع من إقامة الحدّ .

قال الحسن : ويقيم عليه الحدّ إذا أقرّ في مجلس القاضي قبل أن يقوم ، أو في مجالس ، أو أقرّ كلّ يومٍ ، أو كلّ شهرٍ مرةً ، وصحّ ذلك عند القاضي ، وقد تقادم الزنا الذي أقرّ به أو لم يتقادم ، فهو سواءٌ ، كأن أتى عليه منذ زنى إلى أن

(١) انظر : الأصل ١٤٧/٧ .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٩٠) ؛ ومسلم (١٦٩٧) .



أقرَّ شهرٌ أو أيامٌ، أقام عليه الحدُّ؛ وذلك لأنَّ المعترَّ اختلاف [٣٥٢/ب] مجالس المقرِّ دون الحاكم.

وإذا أقرَّ في مجلسٍ واحدٍ للحاكم، أو في مجالسٍ مختلفةٍ، فهو سواءٌ، ولا فرق بين التقادم في الإقرار وغير التقادم؛ وذلك لأنَّ التقادم إنما يؤثر في الشهادة للتهمة، ألا ترى أن الظاهر من الشهود أنهم اختاروا الستر، فلما شهدوا بعد حين، فقد هيجهم أمرٌ أوجب تهمةً في شهادتهم، وهذا لا يوجد في المقرِّ؛ لأنه لا يُتَّهم على نفسه؛ فلذلك قبل إقراره وإن تقادم.

وقد قال زفر: إن الإقرار بالزنا لا يقبل بعد حينٍ؛ لأنه أحد سببي الحدِّ، كالشهادة.

وقال محمد في الإملاء [في] رواية الكيساني: قال أبو حنيفة: إذا أقرَّ الرجل بالزنا أربع مراتٍ في مجالسٍ متفرقةٍ، والمجالس المتفرقة عنده: أن يذهب المقرِّ حتى لا يراه ولا يكون معه في المجلس، ثم يجيء فيقرِّ إقراراً مستقبلاً، فهذا إذا أقرَّ هكذا أربع مراتٍ، أقام عليه الحدُّ ما لم يرجع.

وإن أقرَّ أربع مراتٍ في مجلسٍ واحدٍ، فإنما هذه مرةٌ واحدةٌ، ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة، وهذا على ما بينا.

فأما الإقرار بغير الزنا: فعند أبي حنيفة ومحمد يعتبر فيه مرة واحدة.

وقال أبو يوسف: كلُّ ما يسقط بالرجوع، فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود.

وجه قولهما^(١): أنه حقُّ يثبت بشهادة شاهدين، فيثبت بإقراره مرة كالديون.

(١) في ب (وجه قول أبي حنيفة ومحمد).

لأبي يوسف^(١): أنه حدٌ، فاعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهود، كحدّ الزنا.

قال: وإذا كان إقرارُ الزاني بالزنا^(٢) عند غير الإمام، أو عند من لم يجعل إليه إقامة الحدود، لم يحدّ بذلك الإقرار وإن شهد عليه الشهود أنه أقرّ بذلك في أربع مواطن مختلفة، فلا يحدّ إلا بإقراره عند من يقيم الحدود، وهو قولهم جميعاً؛ وذلك لأن الشهود إذا شهدوا عليه، لم يخل من أن يكون مقرّاً أو جاحداً، فإن كان مقرّاً، فلا معنى للشهادة مع الإقرار، وإن كان جاحداً، فجحوده رجوع عن الإقرار، فلا معنى للحكم به.

قال: فإن رجع المقرّ عن الإقرار بعد الحكم أو قبله، أو رجع بعد الرجم إذا كان محصناً، أو جلد بعض الجلد إذا كان بكرّاً، فإنّ الحدّ يُدرأ عنه؛ وذلك لأن النبي ﷺ، لقن المقرّ الرجوع، فقال لماعز: «لعلك لمست، لعلك قَبِلْتَ»^(٣)، وقال للسارق: «ما أخاله سرق»^(٤)، فلو لم يقبل رجوعهم، لم يكن لتلقينهم الرجوع معنى.

وروي أن ماعزاً لما مسّه حرّ الحجارة، هرب، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال: «هلا خليتم سبيله»^(٥)، فجعل الهرب الدالّ على الرجوع مسقطاً للحدّ؛ فلائن يسقطه تصريح الرجوع أولى^(٦).

(١) في ب (وجه قول أبي يوسف).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سبق تخريجه ص ٤٥٧٥.

(٤) سبق تخريجه ص ٤٥٧٨.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٤١٩)؛ والترمذي (١٤٢٨) وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (٢٥٥٤).

(٦) انظر: الأصل ١٧٩/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٤٣/٦ وما بعدها؛ القدوري ص ٤٦٥

قال وممَّا يُلْحَقُ بهذا الباب

ما ذكره محمد في الأصل: أن الذمي إذا أقرّ بالزنا حدًّا، وقال مالك: لا يحدّ.

لنا: قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢]؛ ولأن النبي ﷺ رجم اليهوديين^(١)؛ ولأنه غير مقرر على سببه [كالمسلم].

وليس كذلك حدّ الشرب؛ لأننا أقررناهم على سببه بعقد الأمان.

٢٦٥٧ - [فصل: إقرار العبد بالزنا]

وقال: في العبد يقر بالزنا أربع مرات، يحدّ.

وقال زفر: لا يحدّ إذا كذبه المولى.

وقال الطحاوي: لم يوافق زفر على هذا القول إلا عمرو بن دينار.

لنا: أن كل ما لا يملكه المولى من عبده - وهو مما يملك - فإن العبد يملكه [من نفسه] كالطلاق، وعكسه الإقرار بالدين؛ ولأن العبد لا يثبت على نفسه في الحدود؛ لما في ذلك من إلحاق^(٢) الضرر به، وإذا لم يثبتهم نفذ إقراره كالحرّ.

وجه قول زفر: أن إقرار العبد يتعلّق به إتلاف رقبته، وهي حقّ المولى، وإقراره في حقّ المولى لا يقبل، كما لا يقبل إقراره بالدين.

و[قد] قالوا: في الأخرس إذا أقرّ بالزنا أربع مرات في كتاب كتبه، أو إشارة

(١) أخرجه البخاري (٦٤٥٠)؛ ومسلم (١٦٩٩)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في ب (إيجاب).

أشار بها، فإنه يحدّ؛ لأن الإشارة قائمةٌ مقام الكلام، كالكتابة التي تقوم مقام الصريح، وكالشهادة على الشهادة؛ ولأن الأخرس أكثر أحواله أن يشير إلى وطءٍ محرّم، فصار كالصحيح إذا قال: وطئت وطئاً حراماً.

وقد قالوا في الشهود إذا شهدوا على الأخرس بالزنا: لم تقبل شهادتهم؛ لأنه لا يسمع ما يشهدون به عليه، فصار كالغائب؛ ولأنه يجوز أن يكون لو قدر على الكلام لا دعى شبهةً، وعجزه عن الكلام يمنع من ذلك، فلم يجز إقامة الحدّ عليه مع الشبهة.

(وقالوا: في الأعمى إذا أقرّ بالزنا، حدّ؛ لأنه لا شبهة في إقراره فصار كالصحيح) (١).

والذي يجنّ ويفيق، إذا أقرّ بالزنا في حال إفاقته مثل الصحيح، وكذلك إذا شهد عليه؛ لأنه مكلف (٢) في حال إفاقته، لا شبهة في إقراره.

والمجننون إذا أقرّ بالزنا، أو شهد عليه [به]، لم يحدّ؛ لأن المجنون لا يكون منه الزنا، فكأنه أقرّ بالمباشرة.

و[أما] الخصي إذا أقرّ أو شهد عليه، حدّ؛ لأن الخصي يجامع كما يجامع غيره، وإنما لا ينزل، فصار كغير الخصي إذا قال وطئت ولم أنزل.

والعنين إذا أقرّ بالزنا، حدّ؛ لأن الآلة باقية، ويجوز أن يكون وطئ (٣).

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ١٨٣/٧، ١٨٤.

بَاب كَيْفَ يَقَامُ الْحَدُّ؟



قال أبو حنيفة وزفر ومحمد: إذا شهد الشهودُ على الرَّجُلِ بِالزَّنا وهو مُحَصَّنٌ،
فإن الإمام يأمر الشهودَ أن يرجموا، فإذا رجموا رجم الإمام بعدهم، ثم الناس.

وقال الشافعي: بداية الشهود بالرجم ليس بشرط^(١).

لنا: ما روي أن شراحة الهمدانية لما أقرت عند عليّ رضوان الله عليه بالزنا،
خطب فقال: الرجم رجمان، رجم سرّ، ورجم [علانية]^(٢)، فرجم العلانية: أن
يشهد على المرأة ما في بطنها، ورجم السرّ: أن يشهد الشهود فيرجمها الشهود،
ثم الإمام، ثم الناس^(٣).

ولأن بداية الشهود فيها ضربٌ من الاحتياط، ألا ترى أنهم إن كانوا كذبوا
[١/٣٥٣]، جاز أن يستعظموا حرمة النفس، ورجعوا عن الشهادة، والرجم قد اعتبر
فيه الاحتياط.

قال: ولا ينبغي أن يُربط المرجوم، و[لا] يُمسك، ولا يحفر له إذا كان
رجلاً، ولكنه يقام قائماً، فينصب للناس، ثم يرجم.

وإن كانت امرأة: فإن شاء حفر، وإن شاء لم يحفر، كل ذلك حسنٌ، هكذا

(١) انظر: الأم ص ١٢٤٩؛ المنهاج ص ٥٠٤.

(٢) في أ (إعلان) والمثبت من ب.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٣٣٥٣)؛ وابن أبي شيبة (٢٨٨٢٠).

في الأصل^(١).

وذلك لأن الربط والإمساك زيادة لا يحتاج إليه في إقامة الحدّ، فصار كالضرب والقيّد، فأما الحفر: فقد أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز ولم يحفر له، ألا ترى أنه هرب، ولو كان حفر له لم يستطع أن يهرب.

وأما المرأة، فيجوز أن يحفر لها؛ لأن النبي ﷺ حفر لليهوديين، وروي أنه حفر للغامدية حفرةً إلى ثنودتها^(٢)، وأخذ حصاة مثل الحمصة فرمى بها وقال: «ارموا واتقوا الوجه»، فلما طفئت أخرجها وصلى عليها، ثم قال: «لقد تابت توبةً لو قسمت على أهل الحجاز لو سعتهم»^(٣)؛ ولأنه أستر لها، ولأن ترك الحفر جاز؛ لأنها مستورةٌ بثيابها.

قال: فإن امتنع الشهود أو بعضهم، أو كانوا غيباً، أو ماتوا، أو مات بعضهم، أو عمي، أو خرس، أو جُنَّ، أو غاب، أو ارتدَّ، أو قذف، فضرب الحدّ، لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة، وهي رواية محمد عن أبي يوسف.

وروى ابن سماعة عن محمد بن شجاع، عن الحسن، عن أبي يوسف: في الشهود إذا امتنعوا، أو امتنع بعضهم، أو غابوا، رجم الإمام، ثم الناس.

لأبي حنيفة ومحمد^(٤): أن بداية الشهود شرطٌ، فإذا امتنعوا من غير عذرٍ، صار ذلك شبهةً، لجواز أن يكونوا عرفوا أن الحدّ ليس بمستحقّ، فلم يجز إقامة

(١) انظر: الأصل ١٧٨/٧ وما بعدها.

(٢) الثنودة: مغرز الثدي. انظر مختار الصحاح/ثدي/.

(٣) أخرجه أبو داود (٤٤٤٣)؛ وأصله عند مسلم (١٦٩٥).

(٤) في ب (وجه قول أبي حنيفة ومحمد).

الحدّ مع الشبهة .

وأما إذا ماتوا ، فيجوز أن يكون لو كانوا أحياءً لامتنعوا من الرجم ، فيسقط الحدّ ، فلم يجر استيفاؤه مع التجويز .

لأبي يوسف^(١) : أنه حدّ ، فلا يشترط فيه مباشرة الشهود للاستيفاء ، كالجلد .

والجواب : أن الجلد لا يحسنه كلّ الناس ، فلو أوقفناه على فعل الشهود لسقط ، والرجم يُحسنه كلّ أحدٍ ، فلم يكن في تعليقه بالشهود إبطاله .

(وقال عمرو عن محمد : إذا جُنّوا)^(٢) ، أو ارتدّوا ، أو ضربوا حدّ القذف ،

سقطت شهادتهم ؛ لأن الطارئ على الحدود قبل الاستيفاء بمنزلة الموجود في الابتداء ، بدلالة رجوع المقرّ ، فصار كأنهم شهدوا على هذه الصفة ، فلم يثبت الحد بشهادتهم .

ولأن الحدود يؤثر فيها الشُّبه ، فلو اعتبرنا فيها حال الشهادة (ولم نوقفها)^(٣) على الاستيفاء ، لسوّينا بين الحدود والأموال ، وهذا لا يصحّ .

وقال عمرو عن محمد : في أربعة شهدوا على رجلٍ بالزنا ، وهم مقطوعو الأيدي ، أو مرضى لا يستطيعون أن يرموا ، فإن الإمام يرمي ويأمر الناس أن يرموا .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف : إذا أصاب الشهود مرضٌ لم يقدرُوا معه على الرجم من أجل ذلك ، فإنه يُرجم في قوله وقول أبي حنيفة ؛ وذلك لأن

(١) في ب (وجه قول أبي يوسف) .

(٢) في ب (وأما إذا جنوا) .

(٣) في ب (ولو توقفنا) .

الامتناع إذا كان لعذرٍ ظاهر، زالت التهمة، فلم يجوز أن يشترط فعلهم مع التعذر. وليس كذلك الموت؛ لأنه يجوز أن يكون لو عرض عليهم الرمي امتنعوا منه، فلذلك كان شبهةً.

ولا بأس لكل من رمى من الناس أن يتعمد مقتله، (إلا أن يكون في القوم ذو رَجِمٍ مَحْرَمٍ من المرجوم، فإنه لا يستحب له أن يتعمد مقتله) (١)، ويولي ذلك غيره؛ لما روي أن حنظلة بن أبي عامر استأذن رسول الله ﷺ في قتل أبيه، وكان كافرًا، فمنعه من ذلك، وقال: «دعه يقتله» (٢) غيرك (٣)؛ ولأنه مأمورٌ بصلة رحمه، فلم يجوز أن يتعمد قتله؛ لما في ذلك من قطع الرحم من غير حاجةٍ.

قال: وإذا كان المشهود عليه غير مُحَصَّن، فإن بشرًا قال عن أبي يوسف: حدثنا أبو حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم قال: يُضرب الزاني والشارب في إزار، والقاذف وعليه ثيابه، إلا أن يكون عليه فروٌّ أو حشوٌّ.

وقال أبو حنيفة: ويضرب في التعزير بإزار.

وروى أبو يوسف عن مطرف، عن الشعبي قال: يضرب القاذف في ثيابه، إلا أن يكون عليه فروٌّ أو حشوٌّ فينزع.

والأصل في هذا: أن التعزير عندنا أشدُّ الضرب، ثم الجلد في الزنا، ثم في الشرب، ثم في القذف.

فأما التعزير، فالمقصود به الزجر، ولا يمكن الزيادة في عدده، فلا بد من

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (يكفيك).

(٣) أخرجه أبو بكر الشيباني في الأحاد والمثاني (رقم ١٩٦٧)، (دار الراجعية).

الزيادة في صفته .

وأما الزنا ؛ فلقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾ [النور: ٢] ، وأما الشرب ؛ فلأنه يتعلّق بسببٍ متيقّنٍ ، والقذف يتعلّق بسببٍ غير متيقّنٍ ، فكان أخفّ منه .

فإذا ثبت هذا ، قالوا: يجرد في التعزير وحدّ الزنا ؛ لأن ذلك أبلغ في وصول الألم إليه ، والمعتبر فيه وصول الألم .

فأما حدّ الشرب فيجرّد في الرواية المشهورة ، وروى ابن رستم ، عن محمد: أن الشارب لا يجردّ .

لنا: أن حدّ^(١) الشرب يتعلّق بسببٍ متيقّنٍ كحدّ الزنا .

لمحمد: أن حدّ الشارب كان في زمن رسول الله ﷺ بالجريد والنعال ، ثم نقل إلى السوط في زمن عمر ؛ ولهذا قال علي رضوان الله عليه: ما من رجل أقمت عليه حدّاً من حدود الله فمات ، فأحبت أن أديه ، إلا شارب الخمر ، فإنه شيء فعلناه برأينا .

وإذا خفّ حكمه ، حلّ محلّ القذف ، إلا أنه ينزع في حدّ القذف الحشو والفرو ؛ وذلك لأنه يمنع من وصول الألم إليه ، والمقصود من الحدّ الألم .

فأما المرأة ، فلا ينزع عنها ثيابها في سائر الحدود ، إلا الحشو والفرو ؛ لأن بدنها عورةٌ ، فحلّ محلّ عورة الرجل ، فلا يجوز كشفها .

وقال أبو حنيفة: الحدّ في الأعضاء كلّها ، ما خلا الفرج والوجه والرأس ،

(١) في ب (وجه) .

وقال أبو يوسف: يتقي الوجه والفرج والبطن^(١) والصدر، [٣٥٣/ب] ويضرب الرأس والكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين؛ وذلك لأن في تفريق الضرب تخفيفاً على المضروب، وإذا جمع في مكان واحد لم يؤمن أن يؤدي إلى التلف، وهذا غير مستحق بالحد، ولهذا أمر رسول الله ﷺ أن يحسم السارق لما قطعه^(٢)؛ حتى لا يؤدي إلى التلف الذي ليس بمستحق؛ ولأنه يجب أن يدخل الألم على كل عضو كما وصلت إليه اللذة.

إلا أنه يتقي الأعضاء الذي لا يؤمن منها التلف، أو تلف ما ليس بمستحق، فالرأس مقتل، والوجه مكان البصر والشم، والمذاكير مقتل، والصدر والبطن مقتل، فينبغي أن يتقي ذلك.

وقد روي عن عمر [بن الخطاب] رضي الله عنه أنه قال للجلاد: اتق الرأس والوجه^(٣).

لأبي يوسف: أن الرأس إذا ضرب سوطاً أو سوطين يخشى منه التلف، فصار كسائر الأعضاء.

قال: ولا يفرق التعزير على الأعضاء؛ لما بيننا: أن المقصود منه زيادة الألم، فكان جمعه أولى من تفريقه.

(وقال أبو حنيفة: لا يبلغ التعزير في الحر والعبد والمرأة أربعين سوطاً)^(٤).

وقال أبو يوسف: وكان ابن أبي ليلى يضرب في التعزير خمسة وسبعين،

(١) في ب (والبدن).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (٤/٤٢٢)، وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».

(٣) وذكره السرخسي في المبسوط (٧٣/٩)

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

ولا أحفظ عنه تعزير العبد.

قال بشرٌ: وقال أبو يوسف: في التعزير على قدر عِظَمِ الجرم وصغره، وعلى قدر^(١) ما يرى الحاكم من احتمال المضروب فيما بينه وبين أقل من ثمانين.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»^(٢)، والأربعون حدٌّ في العبد، فلا يبلغ إليها في التعزير؛ ولأنه حدٌّ بنفسه، فلا يستوفى على وجه التعزير كالقطع.

لأبي يوسف: ما روي عن عليّ رضوان الله عليه أنه قال: في التعزير خمسة وسبعين^(٣)، قال أبو يوسف: فقلدته^(٤) في نقصان الخمس، واعتبرت أدنى الحدود.

وقد روي عنه أنه قال: أقرب كل نوع في بابه، وأقرب التعزير في اللمس والقبلة من حدّ الزنا، والقذف بغير الزنا من حدّ القذف؛ ليكون إلحاق كل نوع ببابه.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: تضرب المرأة الحدّ وهي قاعدة، ولا ينزع عن المرأة شيء من ثيابها.

قال أبو يوسف: وإن لبست [ما لا تلبس النساء]^(٥)، ينزع عنها تلك الفضول، وإنما ضربت قاعدة؛ لأن ذلك أستر لها، فأما فضول اللباس التي لم

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٣٦٢) من حديث النعمان بن بشير، ورجح إرساله.

(٣) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده» (١٠٧/٢).

(٤) في ب (فقدرته).

(٥) في أ (ما يلبس الناس)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

تجر العادة بها ، فإنها تمنع من وصول الألم ، فصارت كالحشو .

قال : ولا يقام حدُّ في مسجدٍ عند أصحابنا جميعاً ؛ لحديث حكيم بن حزام قال : «نهى رسول الله ﷺ أن يستقاد في المساجد ، أو ينشد فيها الأشعار ، أو تقام فيها الحدُّ»^(١) .

وروى طاوس عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تقام الحدود في المساجد»^(٢) ؛ لأنه لا يؤمن أن ينفصل من المحدود نجاسةً ، وقد قال ﷺ : «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم»^(٣) ؛ لأن الصبي لا يؤمن منه تلويث المسجد .

فإذا ثبت أنه لا يقام الحد في المسجد ؛ جاز للإمام أن يخرج المحدود إلى باب المسجد فيأمر بجلده وهو يشاهده ؛ لأن ذلك إقامة حدٍّ في غير المسجد ، وإن شاء بعث بأمينٍ وأمره أن يقيم الحدَّ ؛ لأن النبي ﷺ قال : «واغد يا أنيسُ إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها»^(٤) .

قال : ولا يقام على مريضٍ حتى يبرأ ؛ وذلك لأننا لو ضربناه لم نأمن أن يؤدي ضربه إلى التلف ، وذلك غير مُستحقٍّ بالجلد ؛ ولهذا لا يجلد في الحر الشديد و[لا في] البرد الشديد ؛ ولذلك لا يقام الحد على حاملٍ حتى تضع ؛ لأنه يؤدي إلى إتلاف حملها وذلك غير مُستحقٍّ ، ولا نفساء حتى تتعالي من نفاسها ؛

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٩٠) ؛ قال في التلخيص : «لا بأس بإسناده» (٧٨/٤) .

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٠١) ؛ وابن ماجه (٢٥٩٩) ؛ قال ابن حجر في التلخيص : «فيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف» ، لكن يشهد له الحديث الذي قبله (٧٧/٤) .

(٣) أخرجه ابن ماجه (٧٥٠) ، وفيه ضعفٌ شديدٌ . انظر : التلخيص الحبير (١٨٨/٤) .

(٤) أخرجه البخاري (٢١٩٠) ؛ ومسلم (١٦٩٧) .

وذلك لأن النفاس مرضٌ، فهو كسائر الأمراض.

وروي أن الغامدية لما أقرت بالزنا وهي حاملٌ، قال لها النبي ﷺ: «اذهبي حتى تضعي»^(١)، وقد روي أن النبي ﷺ [بعث علياً] يحدّ أمةً، فرأى منها آثار الدم، فرجع ولم يحدّها، وذكر ذلك لرسول الله ﷺ، فلم ينكره^(٢).

قالوا: وتحدّ الحائض في حال حيضها؛ لأن الحيض ليس بمرضٍ، فهي كالصحيحة.

فأما حدّ [الرجم] ^(٣)، فيقام في كلّ حالٍ، إلا على الحامل؛ لأن المقصود منه التلف، فلا معنى لتخصيص الأحوال.

فأما الحامل فلا ترحم؛ لأن إتلاف ولدها غير مستحقّ، وروي أن عمر رضي الله عنه همّ برجم حامل، فقال له علي: إن يك لك عليها سبيلٌ، فلا سبيل لك على ما في بطنها^(٤)، والذي روي (أن النبي ﷺ حد مريضاً بعثكال)^(٥)، فيجوز أن يكون مريضاً آيساً من صحته، فطهره بإقامة الحدّ عليه على هذه الصفة؛ لأنه يألم بها كما يألم الصحيح بالسوط.

(١) أخرجه مسلم (١٦٩٥).

(٢) أخرجه مسلم (١٧٠٥).

(٣) في أ (الزنا)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٣٢٢/٣)؛ والبيهقي في الكبرى (١٥٣٣٥) ولكنه من قول معاذ لا علي رضي الله عنه.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٤٧٢)، قال في تحفة المحتاج: «في إسناده اختلاف، والظاهر أنه لا يضره» (٤٧٧/٢).

والعثكال والعنكول: عنقود النخل؛ وهو الشمراخ. انظر: المصباح، المغرب (عثكل).

وقال الحسن عن أبي حنيفة: في القاذف ينزع عنه الفرو والحشو، وإن كان عليه قميص أو قميصان أو جبة مبطنة، ضرب عليها؛ وذلك لأن هذا هو اللبس المعتاد.

قال: ويُلقى عنه الرداء؛ لأن ذلك يلتف على السوط، فيمنع من الضرب.

قال: وينبغي للقاضي أن يأمر الجلاد أن لا يضرب (بسوط له ثمرة، ويأمر بثمرته فتقطع؛ لأن الثمرة إذا ضرب بها صار كل ضربة)^(١) ضربتين، وهذا لا يجوز.

قال: وينبغي أن يقيم الحدود رجل يعقل ويبصر كيف يضرب، ويأمره أن يضرب ضرباً بين الضربين، ليس بالضرب المبرح، ولا بالضرب الذي لا يوجد له مس؛ وذلك لأن من لا يبصر الضرب، يقتل بضربه، والقتل ليس بمستحق، وإنما الضرب الوسط؛ لأن النبي ﷺ أمر الجلاد أن لا يُبين إبطه^(٢)؛ ولأن الضرب المبرح يؤدي إلى التلف، والخفيف لا يؤلم، فاعتبر الوسط.

وقال في المُجَرَّد في المرجوم: إن الناس يتعمدون مقتله؛ لأن المقصود برجمه القتل، فما كان أسرع، كان أولى، وروي أن علياً رضوان الله عليه لما رجم الغامدية، اعتمد أصل أذنها بالرمي^(٣).

قال: وإذا قتله دفعه إلى أهله، فيغسلونه ويكفّنونه ويصلون عليه، ويدفنونه، لما روي أن النبي ﷺ قال في ماعز: «اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم»^(٤)،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) لم أجده مرفوعاً، ورواه ابن أبي شيبة من حديث أبي مجلز موقوفاً برقم (٢٨٦٧٧)

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک (٨٠٨٦).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١١٠١٤)؛ «ورجاله من رجال الصحيح» كما في الدراية لابن

رواه محمد في الأصل (١).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لقد تاب توبةً لو تابها صاحبُ [مكس] (٢) لغفر له، وقد رأيتُه ينغمس في أنهار الجنة» (٣)، وروي أن بعض أصحاب رسول الله ﷺ قال في ماعز: لم تدعه نفسه حتى جاء واعترف بالزنا، وقُتل كما قتل الكلب، فسكت النبي ﷺ حتى مروا بموضع فيه حمار ميّت شائل الرجل [٣٥٤/أ]، فقال النبي ﷺ: «انزلا وكلا»، فقالا: لا يا رسول الله إنه ميّت، فقال ﷺ: «ما تناولتما من أخيكما أعظم من هذا» (٤).

[قال: فإن أمر برجمه، فقال: لم أزن، خلى سبيله، وإن لم يقل، وهرب، لم يعرض له، وقد بينا ذلك].

قال: ولو ثبت على الزنا ورجع عن الإحصان، قُبِل ذلك منه (٥)، ولم يرمه، وجلده مائة؛ لأنه إذا قُبِل رجوعه عن الجميع، فقبوله (٦) عن البعض أولى (٧).



= الأصل ١٨٠/٧، والآثار لأبي يوسف، ص ١٥٧.

(١) انظر: الأصل ١٨٠/٧.

(٢) في أ (كبيرة)، والمثبت من ب، وهو الصواب في الرواية.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٩٥).

(٤) أخرجه أبو داود (٤٤٢٨)؛ وصححه ابن حبان (٤٣٩٩).

(٥) في ب (قبل رجوعه).

(٦) في ب (قبول الرجوع).

(٧) انظر: الأصل ١٨٨/٧؛ شرح مختصر الطحاوي ١٨٢/٦ وما بعدها.

بَابُ الإقرارِ بالزنا والمزني به منكر

قال محمد في [كتاب] الأصل: في رجلٍ أقرَّ بالزنا بامرأةٍ غائبةٍ، أن القياس لا يحدّ، ولكن أدعُ القياس للأثر الذي بلغنا عن رسول الله ﷺ في ما عر بن مالك^(١).

وجه القياس: أن المرأة لو حضرت، جاز أن تدّعي شبهةً تسقط الحدّ عن المقرّ، فلم يجز استيفاء الحدّ منه مع تجويز الشبهة.

وجه الاستحسان: ما روي أن ما عزا أقرّ عند النبي ﷺ بالزنا، فأمر برجمه، ولم يحضر المزني بها، وقال في قصة العسيف: «أما علي ابنك، فجلد مائة وتغريب عام، واغدُ يا أنيس علي امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»^(٢)، فأوجب الحدّ علي الزاني باعترافه قبل أن يعلم أن المزني بها معترفةً بالزنا.

قال: ولو جاءت المرأة تطلب مهرها، وقالت: هو زوجي، فقال هو: كذبت، وإنما زنت بها، وهذا بعدما حدّ حدّ الزنا، فلا مهر عليه، ولو كان هذا قبل الحدّ دُرئ عنه وكان عليه المهر للمرأة؛ وذلك لأن الإمام لما حدّه فقد حكم بكون الوطاء زنا، فلا تُصدق المرأة بدعواها في إبطال الحكم؛ ولأن هذا الوطاء قد استوفى به الحدّ، والمهر والحدّ لا يجتمعان بوطاءٍ واحدٍ.

وأما إذا ادّعت الزوجية قبل الحدّ، سقط الحدّ؛ وذلك لأنه يجوز أن تصدق

(١) الأصل ١٨١/٧.

(٢) سبق تخريجه ص ٤٥٤٦.

في دعواها ، فلم يجز إيجابُ الحدِّ قبل إقامةِ البينة على النكاح .

ولا يجوز أن يحدّه إذا لم تقم البينة ؛ لأن وجوب الحدِّ لا يقف على انقطاع الخصومة ، وإذا ثبت أن الحدَّ قد سقط والوطء في ملك الغير لا يخلو من حدٍّ أو مهرٍ ، فإذا سقط الحدُّ بالشبهة ، بقي المهر .

٢٦٥٨ - [فصل : الحدّ في حالة إنكار الزنا بها]

قال : ولو لم تقل : هو زوجي ، ولكن قالت : كذب ، ما زنى بي ، ولا أعرفه ، فلا حدّ عليه في قول أبي حنيفة .

وقال زفر وأبو يوسف ومحمد : يحدّ الرجل .

وعلى هذا الخلاف : إذا أقرّت المرأة بالزنا أربع مراتٍ في موطن ، فقال الرجل : كذبت ، ما زنىت بها ولا أعرفها ، دُرِيَ الحدّ عنها في قول أبي حنيفة ، ذكر هذا الفصل في بعض نسخ الأصل ، وذكره أبو الحسن .

وجه قول أبي حنيفة : أن الزنا لا يجوز أن ينفرد به أحدهما ، لاستحالة أن يزني بغير مزني بها ، فإذا أنكرت الفعل ، لم يصدق عليها ، فخرج فعله من أن يكون زنا ؛ لعدم المفعول به ؛ ولأنه لا يخلو إما أن يجعله زانياً بها ، أو بغيرها ، ولا يجوز أن يحكم بزناها مع إنكارها ، ولا يجوز أن يجعله زانياً بغيرها ؛ لأن هذا خلاف ما أقرّ به ، فلم يبق إلا إسقاط الزنا .

وليس كذلك إذا أقرّ أنه زنى بغائبة ؛ لأن القياس يمنع من إيجاب الحدّ لعدم ثبوت الزنا في حقها ، وإنما تركنا القياس للأثر .

ولا يلزم إذا أقرّ أنه زنى بها ، فسكتت ؛ لأن السكوت لا يبطل حكم الإقرار ،

والتكذيب يُبطله ، ألا ترى أن من أقرّ لغيره بحقّ فكذّبه ، بطل إقراره ، ولو سكت لم يبطل الإقرار ، وكان له حقّ التصديق في الثاني .

وجه قولهم : ما روي في حديث سهل بن سعدٍ : أن رجلاً أقرّ عند النبي ﷺ أنه زنى بامرأة ، فأنكرت ، فحدّه رسول الله ﷺ (١) ؛ ولأن سقوط الحدّ عن أحد الواطئين لا يوجب سقوطه عن الآخر ، كمن زنى بمجنونةٍ أو صغيرة .

والجواب : أما الخبر ، فقد ضعّفه أهل النقل ، وهو محتملٌ ؛ لجواز أن يكون أنكرت وطالبت بحدّ القذف ، فحدّه رسول الله ﷺ لها (٢) .

وأما وطء الصغيرة والمجنونة ، فلم يبطل حكم الوطء في حقهما ؛ فلذلك وجب الحدّ على الواطئ ، وفي مسألتنا : أبطل حكم الوطء في حقها [بانكارها] ، فلم يصدّق عليها ، ولم يمكن إثباته في حقه .

٢٦٥٩ - [فصل : اعتراف الرجل بالزنا ولكن المرأة قالت مستكرهة]

وقال محمد في الحدود - حاكياً عن أبي حنيفة - : إذا أقرّ الرجل أنه زنى بامرأة في أربعة مواطن متفرقة ، فقالت المرأة : زنى بي مستكرهة ، قال : أما هذا ، فإنني أجد فيه الرجل ، ولا أحد فيه المرأة ؛ وذلك ؛ لأن الوطء لم (٣) يسقط في حقها ، وإنما اعترفت بوطء لا حدّ فيه عليها ، وسقوط الحدّ عن التبع ، لا يوجب سقوطه عن المتبوع .

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٣٧) . وفي إسناده مسلم بن خالد الزنجي ، قال البخاري : «منكر الحديث» . انظر : التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٣٢٨/٢) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

قال: وإذا أقرَّ الرجل أنه زنى بمجنونةٍ أو بصبيّةٍ مثلها يجامع، فعليه الحدّ؛ وذلك لأن الوطاء لم يحكم بعدمه في حقها، وإنما سقط الحدّ بمعنى فيها، وسقوط الحدّ عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع.

قال: وإن كان المقرّ امرأةً أنها زنت بمجنونٍ أو صبيٍّ مثله يجامع، فلا حدّ عليها.

وقال الشافعي: عليها الحدّ^(١).

لنا: أن فعل الواطئ هو المتبوع، وفعل المرأة تبع، بدلالة أن الواطئ ينفردُ بالفعل، والموطوءة لا تنفرد [به]، وإذا سقط الحدّ عن المتبوع لم يجز إيجابه في التبع؛ ولأن فعل الواطئ لم يحكم له بالزنا، فلم يجز إيجاب الحدّ على الموطوءة كما لو ادعى شبهةً.

٢٦٦٠ - [فصل: إقرار المرأة المسلمة بالزنا بحربي مسلم]

قال: ولو أن حربياً مستأمناً في دار الإسلام أقرّت امرأةً مسلمةً أنها زنت به، حدّت المرأة في قول أبي حنيفة، [وفي المنتقى عن أبي حنيفة: لا حدّ عليها].

وقال محمد: لا تحدّ المرأة مثل الصحيحة تقر بالزنا بالمجنون.

لأبي حنيفة: أن فعل المستأمن زنا، وإنما لا يحدّ لأننا أعطينا الأمان على أن لا نأخذه بأحكامنا في حقوق الله تعالى، وفعل الواطئ إذا كان زنا فتعذر فيه [الحدّ]^(٢)، لم يسقط عن المرأة، كما لو مات أو هرب.

(١) انظر: الأم ص ١٢٤٩؛ رحمة الأمة ص ٢٣١.

(٢) في أ (الوطء)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.

فأما على أصل أبي يوسف: فالحربي يُحدُّ كما يحدُّ المسلم، فأقرارها بوطئه
يوجب الحدَّ عليها.

وأما محمد فقال: إن فعل الواطئ متبوعٌ، وقد سقط الحدُّ فيه، فسقط عنها،
كوطء الصبي والمجنون.

قال: ولو أقر مسلمٌ أنه زنى بحربيّةٍ مستأمنةٍ في دار الإسلام، حدَّ المسلم
في قولهم جميعاً.

أما على أصل أبي حنيفة؛ فلأن الحدَّ وجب عليهما، (وإنما تعذر في المرأة
بالأمان، فهو كتعذره بموتها).

وأما على أصل محمد: فسقوط الحدَّ عن التبع لا يوجبُ سقوطه عن
المتبوع، كالعاقل يزني بالمجنونة.

وأما أبو يوسف: فيوجب الحدَّ عليهما جميعاً^(١)، والمستأمنة عنده
كالمسلمة في الحدِّ.

٢٦٦١ - [فصل: إقرار الرجل بالزنا بخرساء أو العكس]

قال: وإذا أقر الرجل أنه زنى بخرساء، أو امرأةٌ أنها زنت بأخرس، فلا حدَّ
على المقرِّ [٣٥٤/ب] في قولهم؛ وذلك لأن الأخرس يجوز أن يكون عنده شبهةٌ،
لو قدر على الكلام لبينها، فلم يجز إيجاب الحدِّ على المقرِّ مع الشبهة.

وليس كذلك الغائبة؛ لأنه ليس هناك سببٌ ظاهرٌ مانعٌ من ذكر الشبهة،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

فلذلك لم يسقط الحدّ عن المقرّ .

وقال في الأصل : قال أبو حنيفة : إذا زنى الرجل بمستكرهه ، أو بمجنونة ، أو صبيّة مثلها يجمع ، أقمت عليه الحدّ ، وكذلك إن زنى بكل امرأة يزنى بها لا يجب عليها [هي] الحدّ من غير شبهة .

وذلك لما بيّنا : أن فعل الرجل هو المتبوع ، فسقوط الحدّ عن التبع لا يوجب سقوطه عنه .

قال : وكل رجل زنى بامرأة لا يجب [عليها] الحدّ للشبهة ، مثل الخرساء ، والمرأة التي تقول تزوّجني ، فلا حدّ عليه ولا عليها ؛ وذلك لأن الشبهة إذا دخلت في الفعل من أحد الجهتين خرج من أن يكون زناً ، فلا يتعلّق به حدّ .

قال : وكل امرأة زنى بها ، فإن كانت ممن يجب الحدّ عليها ، فعليه وعليها الحدّ إذا كانت مطاوعة ، [وإن كان لا يجب عليه الحدّ ، فلا حدّ عليها ولا عليه] ^(١) ، وقد بيّنا هذا .

قال : وكل نكاح درأت فيه الحدّ عن الرجل والمرأة ، أوجبت فيه المهر ؛ وذلك لقوله ﷺ : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها مهر مثلها بما استحلت من فرجها» ^(٢) ، فأوجب بالنكاح الفاسد المهر وأسقط الحدّ ^(٣) .



(١) في أ (فإن كانت مكرهة ، فلا يجب عليها الحدّ ، ولا عليه) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣) ؛ والترمذي (١١٠٢) وقال «حديث حسن» .

(٣) انظر : الأصل ١٨٣/٧ وما بعدها .



بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانَا



قال أبو الحسن رحمته الله: ولا يُقبل على الزنا أقل من أربعة شهداء، وبذلك نزل القرآن، وأجمعت عليه الأمة، قال الله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، ولو ثبت الزنا بشهادة أقل من أربعة، لم يكن لشرطهم معنى.

وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، وهذا يدل على أن القاذف إذا شهد له أقل من أربعة حدّ.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية لما قذف امرأته: «ائتني بأربعة يشهدون وإلا فحدّ في ظهرك»^(١)، ولا خلاف في ذلك.

قال: وإذا شهد على الزنا أقل من أربعة، لم تجز شهادتهم على المشهود عليه، وهم قذفةٌ يحدّون جميعاً حد القذف إذا طلب ذلك المشهود عليه.

وقال الشافعي: إذا جاؤوا مجيء الشهادة لم يحدّوا^(٢).

لنا: إجماع الصحابة، وهو ما روي أن أبا بكر، وشبل بن معبد، ونافع بن

(١) أخرجه البخاري (٢٥٢٦)

(٢) وقال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم: «فلا يجوز في الزنا الشهود أقل من أربعة بحكم الله صلى الله عليه وسلم، ثم بحكم رسوله صلى الله عليه وسلم، فإذا لم يكملوا أربعة، فهم قذفة». ص ١٢٣٣.
وما ذكره المؤلف قول للشافعي كما قال الدمشقي في رحمة الأمة ص ٢٣٢؛ وفي المنهاج للنووي: «ولو شهد دون أربعة بزنا حدّوا في الأظهر» ص ٥٠٥.

الحارث شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر بن الخطاب ، ثم قام زياد وكان الرابع ، فقال: رأيت أقداماً باديةً ، ونفساً عالياً ، وأمرًا منكراً ، ولا أعلم ما وراء ذلك ، فقال عمر بن الخطاب: الحمد لله الذي لم يفضح رجلاً من أصحاب رسول الله ، وحدّ الثلاثة^(١) ، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلافٍ .

ولأن المعنى المانع من قبول شهادتهم ، نقصان العدد ، وهو مقطوع به ، فصار كترك لفظ الشهادة ؛ ولأننا لو لم نحد من جاء مجيء الشهادة ، لسقط حدّ القذف ؛ لأن كل قاذفٍ يخرج قذفه مخرج الشهادة ، فيسقط بذلك الحدّ عن نفسه ، وهذا لا يجوز .

٢٦٦٢ - [فصل: مجيء الشهود متفرقين يشهدون على الزنا]

قال: وكذلك إن جاء الأربعة متفرقين يشهدون على الزنا ، واحدٌ بعد واحدٍ ، لم تقبل شهادتهم ، وهم قذفةٌ يحدُّ كلُّ واحدٍ حدّ القذف ما كان عددهم .

وذلك لأن كمال العدد لو اعتدّ به في مجلسين لم يعجل عمر رضي الله عنه بحدّ الثلاثة ، ولسألهم هل معهم من يشهد بدل زياد ، فلما حدّهم في الحال ولم ينتظر كمال العدد ، دلّ على أن من شهد في مجلسٍ ثانٍ لا يعتدّ بشهادته ؛ ولأنهم إذا حضروا وعددهم ناقص ، صاروا قذفةً على ما قدمنا ، ولزمهم الحدّ للمشهود عليه ، فلم يجز الحكم عليه بشهادتهم بعد ذلك .

وأما إذا حضروا في مجلس واحدٍ ، وجلسوا مجلس الشهود ، وقام إلى القاضي واحدٌ بعد واحدٍ ، فشهدوا ، قبلت شهادتهم ؛ لأنه لا يمكن أداء الشهادة

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٧٢٢٧) ، وقال ابن حجر في الفتح: «إسناده صحيح» (٢٥٦/٥) .

دفعاً واحدة؛ لأن القاضي لا يفهم عنهم، وإنما يشهد واحد بعد الآخر، فلم يوجد في الشهادة ما يقتضي كونها قذفاً.

وقد روي أن عمر سمع الشهادة على هذا الوجه؛ وذلك لأنه أجلس المغيرة، فلما شهد عليه واحد، قال له: ذهب ربعك، فلما شهد الثاني، قال له: ذهب نصفك، فلما شهد الثالث قال له: ذهب ثلاثة أرباعك، فلما قام زياد، قال له: قم يا سُلح (١) العقاب (٢)، فهذا يدل على أن الشهادة: تقبل إذا اجتمع الشهود في مجلس واحد، وإن فرّقوا الشهادة.

وقال ابن رستم عن محمد: في الشهود على الزنا إذا جاؤوا فرادى، قال: إذا كانوا قعوداً في موضع الشهود، فجاء واحد بعد واحد، فهؤلاء لا حدّ عليهم والشهادة جائزة، وإن كانوا خارجين من المسجد، فهؤلاء يضربون الحدّ، ولو كانوا مثل ربيعة ومضر.

وقال محمد في الأصل: إن الشهود إذا جاؤوا متفرقين واحداً بعد واحد، إن شهادتهم لا تجوز، وأحدّهم جميعاً، وإن كانوا في مقعد واحد، فلما قاموا إلى القاضي، [قاموا] واحداً بعد واحد، فإن هؤلاء تجوز شهادتهم، وهذا على ما قدمنا: أن الشهود لا يمكنهم أداء الشهادة دفعة واحدة، فلا بدّ من هذا التفريق، فلا يقدر في الشهادة (٣).

وأما إذا كانوا خارج المسجد، فهذا التفريق لا تدعو الحاجة إليه، فصار من

(١) «السُّلح: ولد الحجل». القاموس المحيط (سلح).

(٢) ذكرها ابن خلكان في الوفيات (٣٦٥/٦)

(٣) انظر: الأصل ١٧٧/٧.

حضر منهم قاذفاً، فلم تقبل شهادتهم.

قال: وإذا شهد الشهود على رجلٍ (بالزنا بعد تقادم العهد)^(١)، لم تجز شهادتهم عند أصحابنا جميعاً، وقال الشافعي: تقبل شهادتهم.

لنا: ما وري عن عمر بن الخطاب أنه قال: أيما شهودٌ شهدوا بحدٍّ، لم يشهدوا عند حضرته، فإنما هم شهودٌ ضغنٍ لا تقبل شهادتهم^(٢)؛ ولأن الشاهد مخيرٌ بين إقامة الشهادة وبين اختيار الستر، وهو مندوبٌ إلى الستر، فإذا أّخر الشهادة من غير عذرٍ، فالظاهر أنه اختار الستر، فلما عاد فشهد، اتّهم في شهادته؛ لأنه لم يترك ما اختاره من الندب إلا لأمرٍ هيّجه على ذلك، والشهادة تسقط بالتهمة^(٣).

وليس كذلك المقرّ بالحدّ بعد حين؛ لأن المقرّ لا يلحقه تهمةٌ فيما يقرّ به على نفسه، فلذلك قبل إقراره.

ولهذا قال أصحابنا: إن المشهود عليه إذا كان في موضع ليس فيه حاكم، فحمل إلى بلد الإمام، [١/٣٥٥] جازت الشهادة وإن تأخرت؛ لأن هذا عذر في التأخير، فالظاهر أنهم تركوا الشهادة للعذر.

ولهذا سمع عمر الشهادة على المغيرة مع تأخرها؛ لأنه كان أمير البصرة، فلم يكن هناك من يشهدُ عنده، فكتب عمر إليه: سلم ما قبلك إلى أبي موسى والحقّ بي، فلذلك قبلت الشهادة مع التأخر.



(١) في ب (بزنا قديم).

(٢) عبد الرزاق (١٣٧٦٠)، والبيهقي في الكبرى (٢٠٣٨٤)

(٣) في ب (للشبهة).

٢٦٦٣ - [فصل: في توقيت التقادم]

قال: وكان أبو حنيفة لا يوقت في التقادم شيئاً.

قال مُعَلَّى عن أبي يوسف^(١): جهدنا بأبي حنيفة أن يُوقت في التقادم شيئاً، فأبى.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا شهدوا بعد مضي شهرٍ من وقت ما عاينوا، فهو تقادمٌ، لا تجوز شهادتهم.

وحكى الحسنُ بن زياد ومحمد عن أبي حنيفة: أنهم إذا شهدوا بعد سنةٍ لم تجز شهادتهم.

وجه قول أبي حنيفة: أن التقادم يختلف باختلاف الأحوال والأعذار، فوقف ذلك على اجتهاد الحاكم فيما يُعد تفريطاً وما لا يُعد؛ فلذلك لم تتقدر كما لا تتقدر قيم المتلفات.

والذي رواه الحسن عن أبي حنيفة لا ينافي هذا؛ لأنه جعل السنة تقادماً، ولم يمنع ما دونها، والكلام في التقدير الذي اختص الحكم به.

وجه قولهما: أن الشهر في حكم البعيد، وما دونه في حكم القريب؛ ولهذا يُجعل أجلاً في الديون، فوجب أن يقدر التأخير به إذا لم يكن هناك عذرٌ ظاهرٌ.

٢٦٦٤ - [فصل: الشهادة على زنا متقادم]

قال: وحكى الحسن: أنهم إذا شهدوا على زناً متقادم، أنهم يضربون الحد.

(١) في ب (عن أبي موسى).

قال أبو الحسن: لم أره عن غيره، والظاهر أنه لا حدّ عليهم؛ لأن الشهادة كاملة العدد، وإنما يسقط الحد عن المشهود عليه للشبهة، فلا يكون ذلك سبباً في إيجاب الحد على الشهود؛ (ولأن التهمة في تأخير الشهادة ليس بأكثر من فسق الشهود)^(١)، ولو شهد الفساق بالزنا لم يجب عليهم الحد، فالعدول إذا اتهموا أولى.

وجه رواية الحسن: أنهم لما اختاروا الستر، خرج قولهم من أن يكون شهادة، فبقي أن يكون قذفاً، فتعلق به وجوب الحدّ.

٢٦٦٥ - [فصل: معرفة الشهود بتفاصيل موجبات الحدّ]

قال: وإذا شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفها الشهود، لم تجز شهادتهم، ولم يحد المشهود عليه.

قال [الشيخ] أيده الله تعالى: وجملة هذا الباب^(٢): أن الشهود إذا شهدوا بالزنا، سألهم القاضي عن الزنا: ما هو؟ وكيف هو؟، فإن وصفوا الزنا وقالوا: رأيناه وطئها في الفرج، يولج كما يولج الميل في المكحلة، سألهم القاضي: متى زنى؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بيّنوا ذلك، وجب الحدّ.

وإنما يسألهم عن الزنا وكيفيته؛ لأن ما دون الزنا يسمى باسم الزنا على وجه^(٣) المجاز، ولهذا قال عليه السلام: «العينان تزنيان، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، ثم يحقق ذلك الفرج»^(٤)، فلا يؤمن أن يسمى الشهود مقدمات الزنا.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) أخرجه البخاري (٥٨٨٩)؛ ومسلم (٢٦٥٧).

ولهذا يسألهم الحاكم عن الزنا: ما هو؟ وكيف زنى؟، فإذا بيّنوا ذلك سألهم متى زنى؛ لأنه يجوز أن يكون زنى في وقتٍ متقادم، وقد بيّننا أن التقادم من غير عُذر يمنع [من] قبول الشهادة، وسألهم: أين زنى؛ لجواز أن يكون زنى في دار الحرب، والمُسلم إذا زنى في دار الحرب ثم خرج إلينا، لم يقم عليه الحد؛ لأنه لم يكن للإمام يدٌ عليه عند وجوب الحدِّ، فصار ذلك شبهةً فيه.

ويسألهم: بمن زنى؛ لأنهم (إذا لم يعرفوا المزني بها، جاز أن تكون زوجته، أو جاريتها، فلا يجب الحدُّ بوطنها)^(١)، فإذا قالوا: لا نعرفها، صار ذلك شبهةً، فمنعت من قبول الشهادة^(٢).

وإذا صحّت الشهادة؛ سأل الحاكم المشهود عليه: أمحصنٌ هو أم لا؛ لأن النبي ﷺ سأل ماعزاً عن الإحصان، فأقرّ به، فرجمه.

وإنما وجبت المسألة؛ لأن الحدَّ يختلف على ما قدمنا: أن الواجب في حدِّ البكر الجلد، وفي الثيب الرجم، فوجبَ على القاضي أن يسأل عن ذلك ليعلم مقدار الحدِّ الواجب.

[قال]: فإن أقر بالإحصان عند الحاكم، أو شهد الشهود على إحصانه، سأله الحاكم عن الإحصان: ما هو؟ فإذا وصف الإحصان الذي بيّنتُ لك، أمر برجمه، وإن كان إحصانه ثبت بشهودٍ، سأل الحاكم الشهود عن الإحصان: ما هو؟ فإذا بيّنه، أمر برجمه.

وإنما ابتدأ بمسألته؛ لأنه يجوز أن يقرّ، فيستغني بإقراره عن البيّنة، فإذا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ١٥٠/٧ وما بعدها.

أقر قَبْلَ إقراره؛ لأن النبي ﷺ قبل إقرار ماعز بالإحصان؛ ولأنه غير متهم على نفسه.

وإنما يسأله القاضي عن تفسير^(١) الإحصان، ويسأل الشهود عن ذلك؛ لأن شرائط الإحصان مختلفٌ فيها، فلا^(٢) يؤمن أن يعتقد المقرّ أو الشهود في الإحصان ما لا يعتقدُه الحاكم، فوجب أن يسألهم عن تفسيره^(٣).

٢٦٦٦ - [فصل: ثبوت الإحصان بالشهادة]

قال: والشهادة على الإحصان مثل الشهادة على الأموال، تثبت بشاهدين، وبرجلٍ وامرأتين، وبالشهادة على الشهادة.

وقال زفر: لا يثبت الإحصان بشهادة النساء.

وجه قولهم: أن الإحصان هو النكاح والبلوغ والعقل والإسلام والدخول، وهذه المعاني تثبت بشهادة الرجال والنساء عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع؛ ولأن الإحصان سببٌ في الرجم، والأسباب تثبت بما لا يثبت به مُسبباتها؛ بدلالة أن الولادة تثبت بشهادة النساء، وإن لم يثبت [بها] النسب.

وجه قول زفر: أن [هذه] الشهادة يثبت بها القتل، وشهادة النساء لا تقبل في القتل.

والجواب: أن القتل يثبت بالزنا، فأما الإحصان فإنما هو سببٌ فيه، فلو

(١) في ب (عن تفسير، وهي وهم).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ١٤٣/٧ وما بعدها.

وجب اعتبار الذكورية [فيه] - كما وجبت في الزنا - ، لوجب اعتبار العدد الذي يثبت به الزنا ، وهذا لا يصحّ .

٢٦٦٧ - [فصل: تعمد الشهود النظر إلى الوقاع]

قال: وإذا تعمدوا^(١) [النظر] إذا رأوا الزاني حتى أثبتوا الإيلاج على الصفة (التي يكون)^(٢) ، جاز ذلك لهم أن يفعلوه ، وإن وقع ذلك على مفاجأة ، جاز ؛ وذلك لأنه لا يمكن إقامة الحدّ بشهادةٍ إلا باعتماد النظر ، حتى يتبين لهم الفعل ، والشهادة معنى جائز ، فجاز ما لا يتوصل إليه إلا به ، كما يجوز للقبالة تعمد النظر إلى الفرج (لإقامة الشهادة على الولادة ، وكما جاز للطبيب تعمد النظر إلى الفرج)^(٣) إذا احتاج إلى مداواته^(٤) .



(١) في ب (وإذا تعمد الشهود) .

(٢) في ب (التي ذكرنا) .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) انظر: الأصل ١٤٨/٧ .

بَاب رجوع الشهود وما في معناه



قال أبو الحسن: وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، وهم عدول، فقضى عليه الحاكم بالحدّ أو لم يقض، ثم رجع أحدهم [ب/٣٥٥] وقد ضرب [بعض] (١) الحدّ أو لم يضرب، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: يُضْرَبُ الشهود جميعاً - من رجع ومن لم يرجع - حدّ القذف، إلا أن يكون الرجوع بعدما كمل الحد، فيحدّ الراجع وحده.

وقال زفر: إذا رجع واحد منهم بعدما شهدوا، فلا حدّ إلا على الذي رجع.

قال [الشيخ] أيده الله تعالى: وجملة هذا: أن الرجوع لا يخلو: إما أن يكون قبل الحكم، أو بعد الحكم قبل الاستيفاء، أو بعد الحكم والاستيفاء، فإذا رجع أحدهم قبل أن يحكم به، حدّوا جميعاً عند أصحابنا، وقال زفر: يحدّ الراجع وحده.

وجه قولهم: أن الطارئ على الشهادة قبل الحكم بها كالموجود في الابتداء، (الدليل عليه: عُمِّيُّ الشهود وِرْدَتُّهم، ومَعْلُومٌ أنه لو شهد في الابتداء أقلّ من أربعة، حدّوا، كذلك إذا صاروا كذلك قبل الحكم؛ ولأن الطارئ قبل الحكم في الأموال كالموجود في الابتداء) (٢)، ففي الحدود أولى.

وجه قول زفر: أن عدد الشهود لما تمّ عند الأداء، صحت شهادتهم،

(١) في أ (المحصن)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

فالراجع يصدّق على نفسه في إيجاب الحدّ، ولا يصدّق عليهم.

وأما إذا رجع أحدهم بعد الحكم قبل الاستيفاء، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحدون جميعاً. قال محمد: يحدُّ الراجع خاصّةً.

وجه قولهما: أن الطارئ على الشهادة في الحدود بعد الحكم قبل الاستيفاء، كالموجود في الابتداء؛ بدلالة ردّة الشهود، وقد بينّا أن رجوع أحدهم قبل الحكم يوجب الحدّ عليهم، فكذلك رجوعه بعده.

وجه قول محمد: أن الشهادة قد صحّت بحكم الحاكم، فلم يُصدّق الراجع على إبطال الشهادة بعد صحتها، فكأنه رجع بعد الاستيفاء، وليس كذلك رجوعه قبل الحكم؛ لأن صحة الشهادة موقوفٌ على الحكم، فلم يكن رجوعه إبطالاً للشهادة (التي صحّت) (١).

فأما إذا رجع أحدهم بعد استيفاء الحدّ، فلا يخلو: إما أن يكون الحدّ الجلد، أو الرجم، فإن كان الجلد فرجع أحدهم، فعليه الحدّ خاصّةً في قولهم؛ وذلك لأن الطارئ على الشهادة بعد استيفاء ما وجب بها لا يتعلّق به حكمٌ، فلم يقدح رجوع الراجع في الشهادة، وإنما اعترف على نفسه بالقذف، فوجب عليه الحدّ خاصّةً.

قال أبو حنيفة: لا ضمان على الراجع من أرش السياط، وكذلك إن مات من الجلد.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن.

(١) في ب (قد صحت).

وجه قول أبي حنيفة: أن الأثر والموت ليس بموجب الشهادة، بدلالة أن الجلاد قد يجلده فيبقى لجلده أثرٌ وقد لا يبقى، ويموت المجلود ولا يموت، فلو كان ذلك من موجب الشهادة، لم ينفك عنها كزوال^(١) الجلدات، وكالموت في الرجم، وما لم يوجبه الشاهد بشهادته، لم يلزمه ضمانه.

ولأنه لا يخلو: أن يجب الضمان في بيت المال، أو على الشاهد، أو على الجَلَّاد، ولا يجوز إيجابه في بيت المال؛ لأن الأثر ليس من موجب الحكم، ألا ترى أنه [قد] ينفك عن الحكم، وما لم يوجبه الحاكم لا يجوز أن يتعلق ببيت المال، ولا يجوز أن يضمن الشاهد لما قدّمنا، ولا يجوز أن يضمن الجلاد؛ لأنه مأذون في الفعل من طريق الحكم لا على وجه البدل، ولم يعتمد تجاوز ما أمر به، فصار كمن يستعين به في دقّ ثوبٍ فتخرق، فلم يبق إلا سقوط الضمان.

وجه قولهما: أن الأثر من موجب الضرب، والضرب حصل بمقتضى الشهادة، فكان الشاهد هو الموجب له، فوجب عليه ضمانه.

وإذا ثبت هذا، لزم الراجع ربع أرش الضرب؛ لأن ذلك هو الموجب له لشهادته، وإن مات المضروب، وجب عليه ربع الدية، وسقط أرش الضرب؛ لأنه ضمان حدّ، فيدخل في ضمان النفس.

وأما إذا كان الحدّ للرجم، فمات المرجوم، ثم رجع أحد الشهود، فعلى الراجع الحدّ عند أصحابنا، وقال زفر: لا حدّ عليه.

وجه قولهم: أن الراجع صار قاذفاً عند رجوعه بالشهادة السابقة، ولم يصر قاذفاً بالشهادة؛ بدلالة أنا لو جعلناه قاذفاً حينئذٍ، أوجبنا على بقية الشهود الحدّ،

(١) في ب (كعدد).

كما لو شهد ثلاثة مع القاذف ، فلما لم يجب الحدّ عليهم بالاتفاق ، دلّ على أنا جعلناه قاذفًا في الحال بالقول السابق ، ومن قذف ميتًا وجبّ عليه الحدّ .

ولا يقال: لو جعلناه قاذفًا في الحال لم يجب عليه الحدّ ؛ لأنه قذف من حكم الإمام بزناه ، فصار كما لو قذفه غير الشاهد ؛ وذلك لأن غير الشاهد إذا قذف لم يقدر قذفه في الشهادة ، فبقيت على حالها ، فسقط الحد عنه بقذفه من حكم بزناه ، فأما الشاهد ، ففي زعمه أنه كذب في شهادته ، فإن المشهود عليه على إحصانه ، فقبل قوله على نفسه .

ولا يقال: لو كان كما قلتم ؛ لوجب أنه إذا قذف المرجوم أجنبيًّا ، ثم قال: كذبت عليه في قذفي وهو مُحَصَّنٌ ، حدّ ؛ وذلك لأن الأجنبي إذا قذفه وأكذب نفسه ، لم يقدر ذلك في زعمه في الشهادة الموجبة لإبطال إحصانه ، [وفي زعم] هذا الشاهد أن الشهادة المبطلّة للإحصان قد بطلت ، فلذلك صدّق في حق نفسه .

وجه قول زفر: أن الشاهد برجوعه معترفٌ بإحصان المقذوف ، فلا يجوز أن يجعل وصفه له بالعفة قذفًا ، فلم يبق إلا أن يكون قاذفًا بالشهادة ، ومن قذف حيًّا ثم مات ، سقط الحد [عنه] على أصلنا: أن الحدّ لا يورث^(١) .

٢٦٦٨ - [فصل: رجوع الشاهد الخامس بعد مضي الحد]

قال: فإن كان الشهود خمسةً فضرب الحدّ بشهادتهم ، ثم رجع واحد ، لم يكن عليه شيء ، وأمضي الحدّ على المشهود عليه بشهادة من بقي ؛ وذلك لأن الباقي على الشهادة إذا كان ممن [ثبت بشهادته الحدّ]^(٢) ، لم يجب على الراجع

(١) انظر: الأصل ١٤٧/٧ - ١٥٠ .

(٢) في أ (ثبت شهادته) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .

برجوعه شيء؛ لأن ما شهد به مستحقٌّ بشهادة غيره.

فإن رجع آخر ضمن الراجعان ما كان يضمنه الواحد إذا كانوا أربعة، فيضمنان ربع الدية إن كان مات، وإن لم يمت، ضمنا ربع الأرش في قول أبي يوسف ومحمد، ولا يضمنان في قول أبي حنيفة أرش الضرب؛ وذلك لأن المعتبر عند الرجوع بالباقي على الشهادة، (من ثبت بشهادته الحق، لم يجب على الراجع ضمان، وقد بقي على الشهادة)^(١)، في مسألتنا من ثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق، فصار الربع تالفًا بشهادة الراجعين، فكان عليهما ضمانه.

ولا يقال: إن الأول لما رجع لم يجب عليه برجوعه ضمان، فكيف يجب عليه الضمان برجوع غيره؛ وذلك لأن هذا المعنى لو صحَّ لكان خمسة إذا رجعوا معاً، لم يجب على واحد منهم ضمان؛ لأن من حجة كل واحد أن يقول: لو انفردت برجوعي لم يجب عليّ ضمان، فلا يجب عليّ برجوع غيري، فلما وجب عليهم الضمان، [أ/٣٥٦] دلَّ على بطلان هذا السؤال.

٢٦٦٩ - [فصل: الحد فيما إذا لم يُعرف عدالة الشهود]

قال: ولو شهد أربعة على رجلٍ بالزنا، فسمع الحاكم ولم يعرف عدالة الشهود، فزكوا أو لم يذكوا واحدٌ منهم، فلا حدَّ على أحدٍ منهم.

وكذلك إن كانوا فساقًا أو مجانين؛ وذلك لأن الزنا شهد به أربعة من أهل الشهادة، وإنما لم يثبت الحدَّ بشهادتهم للثمة، وما كان سببًا في إسقاط الحدِّ عن واحدٍ، لم يكن سببًا^(٢) لإيجاب الحدِّ على غيره.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

قال: ولو كانوا أربعة، فشهد ثلاثة منهم عليه بالزنا، وشهد الرابع على شهادة غيره، فإنه يحدّ الثلاثة الذين شهدوا على شهادة أنفسهم.

قال^(١): ولا يحدّ الذي شهد على شهادة غيره، ولا يحدّ المشهود عليه؛ وذلك لأن الشهادة على الشهادة لا تقبل في الحدّ؛ لأنها قائمة بمقام الغير، كشهادة النساء، وإذا سقطت شهادة الشاهد على شهادة غيره، بقي الشهود ثلاثة، فوجب عليهم الحدّ، ولا حدّ على الرابع.

وكذلك لو شهد أربعة على شهادة أربعة؛ لأن الشاهد على شهادة غيره حاكٍ للقفذ عن غيره، والحاكي للقفذ لا يجب عليه الحدّ.

قال: وإن كان في الشهود - وقد شهدوا بشهادة أنفسهم - عبدٌ أو مكاتبٌ أو مدبّرٌ (أو صبيٌّ)^(٢) أو أعمى أو محدودٌ في قذفٍ، حدّوا جميعاً؛ وذلك لأن المانع من قبول شهادتهم ثبت من طريق الحكم، فصار كتنقصان العدد وترك لفظ الشهادة.

قال: فإن علم ذلك بعد أن أقيم على المشهود عليه الحدّ، وهو جلدٌ أو رجمٌ، فإن كان رجماً لم يحدّوا، والدية على الحاكم في بيت المال. وإن كان الحدّ جلدًا ضربوا الحدّ إذا طلب ذلك المشهود عليه.

ولا يلزم الشهود شيءٌ من أرش الضرب في قول أبي حنيفة، ويكون ذلك على الإمام في بيت المال على قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأنه لما رجم

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (أو زمن).

بشهادتهم ، فقد حكمنا أنهم قذفةٌ عند الشهادة ، ومن قذف حياً ثم مات سقط الحدّ عنه ؛ لأن الحدّ لا يورث على ما سنبينه .

فإن كان الحدّ جلدًا حدّوا حدّ القذف ؛ لأن المقدوف باقٍ ، فكان له المطالبة بالحدّ .

فأما أرش الضرب والدية فلا ضمان فيهما عند أبي حنيفة على ما قدمنا: أن الجرح والموت غير موجبٍ بالشهادة ، ولا بالحكم ، وعلى قولهما: يجب في بيت المال ؛ لأنه غلطٌ من الإمام .

[فأما في الرجم: فالدية في بيت المال في قولهم جميعاً ؛ لأن الرجم موجبٌ بالشهادة ، وقد تبينا غلط الإمام] في حكمه بشهادة من ليس من أهل الشهادة ، والإمام [لا يجوز أن يلزمه] ^(١) ضمانٌ فيما يتصرف به للمسلمين ؛ إذ لو لزمه ضمانٌ لم ينفذ حكمه كحقوقٍ نفسه ، وإذا سقط الضمانُ عنه ، وجب على من وقع التصرف له ، وما وجب على المسلمين كان في بيت مالهم .

ولهذا قالوا: إن الإمام لو حكم بالقصاص بشهادة عبيد ، أو بمال ، ثم بان له ذلك ، وجب الضمان على المقضي له ، ولا يجب في بيت المال ؛ لأن الحكم وقع لحقّ المدعي ، فكان الضمان عليه ، وفي مسألتنا: وقع [الحكم] لحقّ المسلمين ، فكان الضمان عليهم ^(٢) .

٢٦٧ . [فصل: كون أحد الشهود زوجاً]

قال: وإن كان المشهود عليه امرأةً ، وأحد الشهود زوجها ، فلم يزكوا أحد

(١) في أ (لا يجوز له أن يلزمه) ، بزيادة (له) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٢) انظر: الأصل ١٤٧/٧ ، ١٤٨ .

الثلاثة ، لاعن الزوج والمرأة ؛ وذلك لأن الزوج إذا لم يثبت زنا امرأته ، كان موجب قذفه اللعان ، وإذا وجب عليه اللعان ، خرج من أن يكون شاهداً ، وصار مُدَّعياً ، فنقص عدد الشهود عن أربعة ، فوجب عليهم الحدُّ .

٢٦٧١ - [مَسْأَلَةٌ: اختلاف الشهود بين الإكراه والطوع بالتساوي]

قال^(١): وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا بهذه المرأة ، فشهد اثنان أنها طاوَعته ، وشهد الآخران أنه استكرهها ، فلا حدَّ على الرجل ولا على المرأة في قول أبي حنيفة وزفر .

وقال أبو يوسف ومحمد: يحدُّ الرجل وحده ، ولا حدَّ على الشهود في قولهم .

[وجه قول أبي حنيفة وزفر]^(٢): أن كلَّ واحدٍ من الفريقين يشهد بفعلٍ غير الفعل الذي شهد به الفريق الآخر ، ألا ترى أن شهود الإكراه شهدوا بفعلٍ ينتقل حكمه إلى غير الفاعل ، وشهود الطوع شهدوا بفعلٍ لا ينتقل حكمه^(٣) إلى غير الفاعل ، وإذا اختلف الفعلان ، لم تقبل الشهادة ، كما لو شهد كل فريق بزنا في بيتٍ [آخر]^(٤) .

ولأن كل شهادةٍ لم تستوف الحدَّ من أحد الواطئين لاختلفا فهما ، لم تستوف من الآخر ، كالشهادة على الزنا في بيتين .

واحتج الطحاوي: أن شاهدي الطوع قذفا المرأة ، وإنما سقط الحد عنهما

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في أ (وجه قولهما) ، والمثبت من ب ، والعبارة في أموهمة .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في أ (واحد) والمثبت من ب .



بشهادة الشاهدين أنها وطئت مكرهةً، وإذا صارا خصمين في هذه الشهادة، احتاجا إلى بيّنةٍ، فلم يجر أن يحكم بشهادتهما فيما صارا خصوماً فيه.

وجه قولهما: أنهم اتفقوا في الرجل على فعلٍ واحد، وإنما اختلفوا في المرأة، فوجب الحد على من اتفقوا على زناه، وسقط عمّن اختلفوا في حاله، كما لو شهد شاهدان أنه زنى بها وهي مجنونةٌ، و[شهد] شاهدان أنه زنى بها وهي عاقلةٌ.

وإنما لم يجب الحد على الشهود؛ لأنهم اتفقوا على الشهادة (على وطء) (١) امرأةٍ واحدةٍ، فصار كالشهادة على الزنا في بيتين؛ ولأن شاهدي الإكراه [قد] شهدا أنها وطئت وطئاً يسقط الحدّ عن قاذفها، فلا يجب على شاهدي الطوع [الحدّ].

٢٦٧٢ - فصل: شهادة الرابع بالإكراه مخالفاً للثلاثة

قال: ولو شهد ثلاثةٌ أنه زنى بها مطاوعةً، وواحد أنه استكرهها، لم يحدّ واحدٌ من الشهود في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: يحدّ الثلاثة.

لأبي حنيفة [وزفر]: أنهم اتفقوا على وطء امرأةٍ واحدةٍ، وإنما اختلفوا في الفعل، فصار كالشهادة بالوطء في بيتين؛ ولأنهم لما اتفقوا على الشهادة، وسقط الحدّ عن المشهود عليه للشبهة، لم يجر إيجاب الحدّ بذلك على الشاهد.

وجه قولهما: أن الثلاثة شهدوا بالطوع، ولم يثبت وطؤها وطئاً حراماً إلا بشهادة واحدٍ، وذلك لا يعتد به في إبطال الإحصان، فبقي إحصانها بحاله، فوجب على الثلاثة الحدّ.

(١) في ب (بوطء).

ولهذا المعنى لم يحكما بوجوب الحدّ على الواطئ؛ لأنهم صاروا خصوماً في هذه الشهادة، حتى وجب عليهم الحدّ [لها] ^(١)، فلم يجز الحكم بشهادتهم.

٢٦٧٣ - [فصل: شهادة الرابع بالطوع مخالفاً للثلاثة]

قال: وقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: إذا شهد ثلاثة بالإكراه، وواحد بالطوع، لم يحدّ الواحد؛ وذلك لأن إحصانها بطل بشهادة ثلاثة أنها وُطئت وطئاً حراماً، فلم يجب على شاهد الطوع الحدّ بقذفه.

والكلام في هذه ^(٢) الفصول على هذه الرواية: أن الشهود إذا شهدوا على المرأة أنها وُطئت مكرهَةً، سقط الحدّ عن قاذفها؛ لأنه وطئٌ محرّمٌ في غير ملك، وإنما سقط الحدّ فيه بالشبهة، فأبطل الإحصان.

[وقد روي عن أبي يوسف] ^(٣): أن من زنى بها مكرهَةً، لم يسقط الحدّ عن قاذفها، فعلى هذه الرواية عنه يجب الحدّ على شهود الطوع، وإن كان شهود الإكراه اثنين فصاعداً. [أ/٣٥٦]

٢٦٧٤ - [مسألة: اختلاف الشهود في المكان والزمان]

قال: وإذا شهد شاهدان أنه زنى بها في مكان كذا وكذا، وشهد الآخران على مكان آخر، والمكانان لا يجوز أن يقع فيهما فعلٌ واحدٌ، فلا حدّ على المشهود عليه ولا على الشهود في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد.

(١) في أ (بوطنها)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٢) في ب (ظاهر).

(٣) في أ (وقد روى أبو يوسف)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

وقال زفر: يحدّ الشهود، وكذلك الاختلاف في الأوقات .

وجه قولهما: أن الأربعة اتفقوا على الشهادة بالزنا بامرأة واحدة، وإنما سقط عن المشهود عليه بالشبهة، فلم يجز إيجابُ الحدِّ بذلك على الشهود .

وجه قول زفر: أن كلّ واحدٍ من (الفريقين يشهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الفريق الآخر، وكلّ واحد من)^(١) الفعلين لا يثبت بأقلّ من أربعة، والشهود بالزنا إذا نقص عددهم عن أربعة حُدُّوا .

٢٦٧٥ - [مَسْأَلَةٌ: الحد فيما شهد الشاهدان بزواوية في البيت والآخران بأخرى]

قال: ولو شهد أربعة على رجل بالزنا في بيتٍ واحدٍ، فقال اثنان: في هذه الزاوية، وقال آخران: في هذه الزاوية الأخرى، فإنه يحدّ المشهود عليه إذا كان متقارباً يجوز أن يقربها أحد الفريقين إلى أحدهما؛ لأنها أقرب إليه عندهما، ويقربها الآخران إلى الأخرى؛ لأنه عندهما أقرب إلى هذه [الزاوية]، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وهو استحسان .

والقياس: أن لا حدّ على المشهود عليه، وما حكيناه من العلة فليس بمنصوصٍ عنهم، ولكنه موضوعٌ على هذا عندي .

وقال زفر: يحدّ الشهود، ولا يحدّ الرجل .

أما وجه القياس: فلأن كل واحد من الفريقين شهد بالزنا في مكانٍ غير المكان الذي شهد به الآخر، فصار كالشهادة بالزنا في بيتين .

وجه الاستحسان: أن الشهود عدولٌ، فما أمكن حمل أمرهم على الصحة،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

كان ذلك أولى من حمل أمرهم على الفساد، والبيت الصغير يجوزُ أن يقرب الشهود موضع الفاعل من أحد زواياه، ويقربه الآخر من زاويةٍ أخرى، فلا يتبين بذلك الاختلاف في الشهادة، فوجب الحدُّ بها، [هذه] ^(١) طريقة أبي الحسن.

ومن أصحابنا من قال: إن البيت الصغير قد يبدأ الفعل في بعض جوانبه، وينتهي الفاعل بالحركة إلى جانبٍ آخر، فيكون الفعل فعلاً واحداً وإن اختلف مكان الفاعل؛ فلذلك وجب الحدُّ، وهذا الاستحسان عندنا في تصحيح الشهادة، فإذا صحَّت بالاستحسان، وجب الحدُّ بالنص؛ لأننا إذا لم نوجب الحدُّ بالقياس، فأولى أن لا نوجهه بالاستحسان.

وجه قول زفر: أن كلَّ واحدٍ منهم شهد بفعلٍ غير الفعل الذي شهد به الآخر، فصار كالشهادة بالفعل في بيتين، وإنما أوجب زفر على الشهود الحدُّ على أصله: أن اختلاف الفعل يوجب الحدُّ على الشهود كما بيَّنا في البيتين.

٢٦٧٦ - [مسألة: ظهور خلاف التزكية في الشهود بعد إقامة الحد]

قال: وإذا زكَّى الشهودَ نفرٌ زعموا أنهم أحرار، فرُجم بشهادتهم، ثم وُجد بعض الشهود عبيداً، فلا بأس ^(٢) على المزكين عند أبي حنيفة، إذا تمَّ المزكون على شهادتهم أنهم أحرار، لم يقض على المزكين بشيء، وإن رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليهم.

وجه قول [أبي حنيفة] ^(٣): أن المزكين جعلوا شهادة الشهود شهادةً، ألا

(١) في أ (ذكره)، والمثبت من ب، والعبارة به صحيحة.

(٢) في ب (فلا شيء).

(٣) في أ (محمد)، والمثبت من ب، وهو الصواب في السياق.



ترى أنها كانت موجودة قبل التزكية، ولا يتعلّق بها حكمٌ، وإنما تعلّق بها بالتزكية، وإذا كانوا هم الذين جعلوا شهادتهم شهادةً، وجب عليهم الضمان، كالشهود إذا رجعوا، لما كان كل واحد منهم جعل شهادة الباقي شهادةً، وجب عليه الضمان عند رجوعه، وليس كذلك شهود الإحصان إذا رجعوا؛ لأنهم لم يجعلوا شهادة شهود الزنا [شهادةً]، ألا ترى أنها كانت موجودةً، والحكم يتعلّق بها، فلذلك لم يجب عليهم [ضمانٌ].

وجه قولهما: أن المزكين سبّب، فلا يجب عليهم [ضمانٌ كشهود الإحصان].

وأما إذا ثبت المزكون على التزكية، فلم يجب عليهم الضمان؛ لأنهم لم يتعرضوا^(١) لما يوجب الضمان عليهم، فلذلك لم يلزمهم شيءٌ، ولا يضمن الشهود؛ لأننا لا نتبيّن كذبهم؛ لجواز أن يكونوا صدقوا^(٢)، فإن كانوا عبيداً فالضمان إنما يجب عليهم بإتلاف المشهود عليه^(٣) بغير حق.

قال: فإن كان المزكون إنما قالوا: إنهم عدولٌ، ثم وُجدوا عبيداً، فلا ضمان عليهم؛ لأن الرق والعدالة لا يتنافيان، فلم يخبروا بأمرٍ تبينّا خلافه^(٤).

قال: وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فادعى المشهود عليه أن أحد الشهود عبدٌ، فالقول قوله حتى يقيم الشهودُ بيّنةً أنه حرٌّ؛ لأن الناس أحرارٌ في كل شيءٍ إلا في أربعة خصالٍ: الشهادة، والقصاص، والعقل، والحدود؛ وذلك لأن

(١) في ب (لم يعرفوا).

(٢) في ب (لجواز أن يصدقوا).

(٣) في ب (المشهود به).

(٤) في ب (ثبت خلافه).

الحرية ثابتة من طريق الظاهر، والظاهر يُدفع به دعوى المدعي^(١)، ولا يُستحقّ به على الغير، ولو حكمنا بالحرية في الشهود لاستحققنا به على المشهود عليه الحدّ بظاهر حرّيتهم، وهذا لا يجوز.

وأما القصاص، فهو إذا قطع رجلٌ يد رجلٍ، وزعم القاطع أن المقطوع عبدٌ، لم يقتصّ منه حتى يقيم البينة على حرّيته؛ لأنّ الحرّية ظاهرٌ، فلا يستحقّ بها القصاص على القاطع.

وأما العقل، فإذا قتل الرجل رجلاً [خطأً]، فزعمت عاقلته أنه عبد، لا يلزمهم تحمل العقل منه، والقول قولهم حتى تثبت حرّيته؛ لأنّ ظاهر الحرية لا يستحقّ به العقل عليهم.

وأما الحدود، فإذا قال من وجب عليه الحد: إني عبد^(٢)، لم يضرب^(٣) حتى يشهد الشهود بحرّيته؛ لأنّ الاستحقاق عليه لا يثبت بظاهر الحرّية^(٤).



(١) في ب (يدفع به الدعوى).

(٢) في ب (إنه عبد).

(٣) في ب (لم يحد).

(٤) انظر: الأصل ١٧٦/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٧٧/٦ وما بعدها.

بَابُ الْحَدِّ تَدْخُلُهُ الشَّبْهَةُ بَعْدَ وَجُوبِهِ



قال ابن سماعة وعلي بن الجعد في الإملاء عن أبي يوسف ، ورواه أيضاً ابن سماعة في نوادره ، قالوا : سمعنا أبا يوسف قال : في رجل فجر بامرأة ثم تزوّجها ، إن أبا حنيفة قال : لا حدّ عليه .

وقال أبو يوسف : عليه الحدّ .

وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره ، في رجل يزني بأمةٍ ثم يشتريها ، (أو يزني بحرةٍ ثم يتزوجها ، قال : عليه الحدّ في ذلك كله في قول أبي حنيفة ومحمد .

ولأن الشهود إذا قالوا : نشهد أنه زنى بها ، فالزنا على وجهٍ واحدٍ ، لا أبالي اشتراها أو لم يشتري^(١) ، أو تزوجها أو لم يتزوجها .

قال : فإن اشترى - [يعني] السارق - المتاع من صاحبه قبل القطع ، أو وهبه له ، أو تصدّق به عليه ، وصار المتاع لا خصم [فيه]^(٢) ، إني لا أقطع السارق حتى يحضر المسروق منه ، فيدعي المتاع .

قال محمد : وقال أبو يوسف : لا أحده في الحرّة ولا الأمة ، يقول : لأن الفرج قد حلّ [له] ، فلا أحده في شيء قد حلّ له .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (له) ، والمثبت من ب .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: ورواه محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف
[مثل] ^(١) رواية الإملاء في القولين جميعاً . [١/٣٥٧]

وقال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً زنى بامرأة ثم تزوجها،
كان عليه الحدّ وعليها، ولو زنى بأمّة ثم اشتراها، درى عنه الحدّ.

وكذلك لو وهبت له أو تُصدّق بها عليه، فقبضها، وكذلك لو ورثها أو
أوصي له بها، أو ملك شيئاً منها، درى عنه الحدّ في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يقام عليه الحدّ في ذلك كله.

وجه رواية الإملاء: أن الطارئ على الحدود قبل استيفائها بمنزلة الموجود
في الابتداء، فلو تزوجها ابتداءً أو اشتراها، ثم وطئها، سقط الحدّ عنه، فكذلك
إذا ملكها في الثاني.

وعلى هذا قالوا: في السارق إذا ملك العين المسروقة قبل القطع سقط
القطع عنه لهذه العلة.

وجه رواية محمد: أن الزنا وجب لاستيفاء منفعة المزني بها، لا لعينها،
والمنفعة التي يوجب الحدّ بها لا تُملك بعقد النكاح ولا بالشراء، وإنما تُملك
منافع أخرى، وملك ما لا يتعلّق به الحدّ لا يُسقط الحدّ، وليس كذلك إذا اشترى
العين المسروقة؛ لأن الحدّ وجب لأجل العين، وقد طرأ الملك على نفس ما
تعلّق به الحدّ.

وجه رواية الحسن: أن الحرّة لا تُملك بضعها بالنكاح؛ بدلالة أنها لو

(١) في أ (فإن)، والمثبت من ب.



وطئت بشبهةٍ كان المهر لها ، وإذا لم يُملك ما وجب الحد لأجله ، لم يسقط الحدّ .
فأمّا الأمة ، فقد ملك بضعها ؛ بدلالة أنها لو وطئت بشبهة استُحِقَّ مهرها ؛
ولأنه يملك بضعها لغيره بحق نفسه ، وإذا ملك ما وجب الحدّ لأجله ، سقط الحدّ .

٢٦٧٧ - [فصل: الملك في الأمة يسقط الحد أو لا يسقط؟]

وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن أبي يوسف: في رجلٍ غَصَبَ أمةً فزنى
بها فماتت من ذلك ، أو غصب حرّةً [نفسها] ففجر بها ، فماتت من ذلك ، قال:
فإن أبا حنيفة قال: عليه الحدّ في الوجهين جميعاً ، وعليه مع ذلك دية الحرة
وقيمة الأمة .

أما الحرة ، فلا شبهة فيها ؛ لأنها لا تُملك بدفع الدية ، وإذا لم تملك لم
يسقط الحدّ .

وأما الأمة فإنها تُملك بالقيمة على الرواية التي : (الملك في الأمة يُسقط
الحدّ)^(١) ، إلا أنه يقول: إن الضمان وجب بعد الموت ، والميت لا يصحُّ تملكه ،
وإنما يثبت للغاصب حق الملك من طريق الحكم ، ولا يسقط الحدّ ذلك .

قال: ولو لم تمت الأمة ولكن ذهب بصرها ، غرم الغاصب القيمة على قول
أبي حنيفة وسَلَّمها إليه ، أو أَبَقَتْ فضمن القيمة ، فلا حدّ عليه في الأمة ، وهذا
بمنزلة الشراء .

وقال أبو يوسف: ليس عليه حدّ في الأمة في الوجهين جميعاً ، وكذلك
روى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١) في ب (على رواية أن الملك في الأمة يسقط الحد) .

أما عليّ رواية علي بن الجعد^(١)؛ فلأن الضمان إذا وجب بفقء العين والإباق، فالمضمون يصحّ تمليكه، فيملكها الغاصب بالضمنان، فيصير كملكها بالشراء.

وأما المستهلكة، فالتمليك لا يصحّ فيها، وإنما يثبت حكم التمليك، فلا يسقط ذلك الحدّ.

وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الضمان سببٌ للتمليك في المتلف؛ لأن الضمان يستند إلى حال الغصب، فيملك العين من ذلك الوقت حكماً، والعين في تلك الحال يصحّ تمليكها، وإذا ملكها بالضمنان سقط الحدّ عنه، وهذه الرواية أصحّ عليّ أصولهم في تعليق الحكم بالضمنان^(٢).



(١) (ابن الجعد) سقطت من ب .

(٢) انظر: الأصل ١٤٩/٧ وما بعدها .

بَاب

حَدِّ الْقَذْفِ (١)



قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ الآية [النور: ٤]، والرمي المذكور في الآية: هو الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من الفجور والفسوق والكفر، وسائر الوطاء الحرام، ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم.

والذي يدل على أن الرمي المذكور هو الزنا قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾، فدلّ على أن المعنى المرمي به: هو الذي يفتقر في ثبوته (٢) إلى أربعة شهود، وما ذلك إلا الزنا.

وقد دل على وجوب الحد بالقذف الآية، وقوله ﷺ لهلال بن أمية لما قذف امرأته: «ائتني بأربعة يشهدون، وإلا فحدّ في ظهرك» (٣).

قال: والمُحْصَنَةُ عندنا: هي الحرة المسلمة العفيفة، فإذا رماها الرامي بما لو أتى عليه بأربعة شهداء حدّ المرمي بها (٤) حدّ الزاني (٥)، فذلك القذف، يجب

(١) «القَذْفُ: الرمي البعيد، ولا اعتبار الرمي فيه قيل: منزلٌ قَذْفٌ، وبلدٌ قَذُوفٌ: بعيدة، واستعير القذف للشم والعيب، كما استعير للرمي». التوقيف.

والمراد هنا بالقذف شرعاً: هو الرمي بالزنا، كما ذكر المؤلف رحمه الله تعالى.

(٢) في ب (يفتقر به في ثبوته)، بزيادة (به).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٢٦).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) في ب (الزنا).



عليه حدّ القذف إذا لم يأت بالشهداء على صحة قوله .

(وقال أيده الله تعالى) ^(١): وجملة هذا: أن شرائط الإحصان عندنا: البلوغ ،
والعقل ، والإسلام ، والحرية ، والعفة عن فعل الزنا .

فأما البلوغ والعقل ؛ فلأن الحدّ وجب على القاذف للشين الذي يلحقه
بالمقذوف ، والصبي والمجنون لا يكون منهما الزنا ، فلا يلحقهما شينٌ بالقذف .

وأما الحرّية ؛ فلقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾
[النساء: ٢٥] ، فدلّ على أن الإحصان يعبر به عن الحرّية .

وأما الإسلام ؛ فلقوله ﷺ: «من أشرك بالله فليس بمُحصنٍ» ^(٢) .

وأما العفة عن فعل الزنا ؛ فلأن من لا يعفّ عن فعل الزنا ، لا يلحقه الشين
بالقذف ؛ ولأن القاذف ليس بكاذب في قذفه .

فإذا كملت شرائط الإحصان في المقذوف ، وكان القذف حصل ^(٣) بفعلٍ لو
ثبت وجب به حدّ الزنا على المقذوف ، فمتى لم يثبت وجب الحدّ على القاذف
بظاهر الآية .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإن كان القاذف لو أقام أربعة من الشهود
على صحة ما قذف به ، لم يحدّ المقذوف حدّ الزنا ، فكذلك لا يحدّ القاذف حدّ
القذف ؛ وذلك لما بيّنا ^(٤) أن القذف الموجب للحدّ: هو القذف بالزنا ، فما لا

(١) سقطت من ب .

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (١٤٧/٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، وقال: «الصواب وقفه» .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في ب (لما قدمنا) .

يوجب بثبوتة حدّ الزنا فليس بزنا، فالرمي لا يُوجبُ الحدّ.

قال: ووجهٌ آخر يجب أيضاً حدّ القذف به: وهو أن ينفي نسب إنسانٍ من أبيه، فهو قاذفٌ لأمه، فإن كانت الأم مُحصنةً، وجبَ على القاذف إذا طالبه به؛ وذلك لأن النسب إنما ينتفي عن أبيه إذا كانت أمه زانيةً، فصار قوله: ليس هو لأبيه، كقوله: زنت أمه.

وقد [كان] يجوز أن يقال: إن هذا قذفٌ مشتبهٌ؛ لأنه يحتمل أن ينفي النسب عن الأب إذا وطئها واطئٌ بشبهةٍ أو بنكاحٍ فاسدٍ، إلا أن الأمة أجمعت على صحة القذف، ووجوب الحدّ به؛ ولأن النسب لا يراد به هاهنا إلا نفي النسب بالزنا دون الشبهة.

قال: وإذا كان المقذوف بالزنا حياً فلا خصومة لأحدٍ في الحدّ غيره، حاضرًا كان أو غائبًا؛ وذلك لأن الحدّ يجب بالشّين الذي لحقه [به]، فالمطالبة به من حقوقه، فلا يقوم غيره فيه مقامه إلا برضاه.

قال: وإن مات قبل أن يطالب أو بعد ما طالب، وقد ضرب القاذف بعض الحدّ، بطل الحدّ، وبطل ما بقي منه، وإن كان الباقي سوطاً واحداً.

قال: وهذا مبنيٌّ على أصلنا: [ب/٣٥٧] أن حدّ القذف لا يُورث، وقال الشافعي: يُورث (١).

لنا (٢): أنه حدٌّ فلا يُورث كحدّ الزنا؛ ولأن من أصلنا أنه حقٌّ لله تعالى على

(١) انظر: المهذب ٥/٤١٠؛ رحمة الأمة ص ٢٣٤.

(٢) في ب (والدليل على ما قلناه).

ما سنبينه ، والله تعالى حيٌّ باقٍ ، فلا تورث حقوقه ، وإذا لم يورث ، سقط بموت الطالب ؛ ولأنه حقٌّ^(١) ليس فيه معنى المال والوثيقة ، فلا يقوم الوارث فيه (مقام المورث)^(٢) ، كالوصية والمضاربة .

وإذا سقط الحدُّ بالموت ، فكذلك إذا بقي بعضه ؛ لأن البعض يعتبر بالكل ، فكما سقط الجميع بالموت ، فكذلك ما بقي منه^(٣) .

٢٦٧٨ - [فصل: الوكالة في استيفاء الحدود]

قال: ولا تجوز الوكالة في حدّ القذف ، ولا في شيء من الحدود في استيفائها عند أصحابنا جميعاً ، وقال الشافعي: تجوز الوكالة في استيفاء حد القذف^(٤) .

لنا: أن الموكل بالاستيفاء إذا كان غائباً ، استوفى وكيله الحدَّ مع الشبهة ؛ لجواز أن يكون المقذوف قد صدّق القاذف بعد التوكيل ، أو ترك المطالبة ، والحدود لا يجوز استيفاؤها مع الشبهة ؛ ولأنه استيفاءٌ للحد بما قام مقام الغير ، واستيفاء الحدود بما قام مقام الغير لا يجوز كشهادة الرجال والنساء ، والشهادة على الشهادة .

٢٦٧٩ - [فصل: الوكالة في الخصومة وإقامة البيّنة في القذف]

قال: ويجوز عند أبي حنيفة ومحمد الخصومة فيه ، وإقامة البيّنة على إثبات الحدّ ، ولا يضرب الحدّ حتى يحضر المقذوف .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (معنى المورث) .

(٣) انظر: الأصل ١٩٢/٧ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠٠/٦ وما بعدها .

(٤) انظر: المهذب ٤١٠/٥ .

وقال أبو يوسف: لا تجوز الوكالة في شيء من ذلك، خصوصاً ولا غيرها. وجه قولهما^(١) في جواز التوكيل بإثبات الحد: أنه إثبات حق، فجاز التوكيل فيه كإثبات سائر الحقوق؛ ولأن الثبوت يمكن استدراكه، فيجري مجرى الأموال التي يمكن استدراكها، فتجوز الوكالة فيها كالأموال.

لأبي يوسف: أن الإثبات إنما يراد للاستيفاء، فإذا لم يجز الاستيفاء بما قام مقام الغير للشبهة، فكذلك الإثبات.

٢٦٨٠ - [فصل: إسقاط الحد بعد ثبوته عند الإمام]

قال: وإذا ثبت الحد عند الإمام، وعند من نُصّب لإقامته، لم يجز إسقاطه على وجه، ولا العفو عنه من الوالي ولا من المقذوف، وكذلك إن عفا المقذوف عن القاذف قبل أن يرفعه أو أبرأه من الحد، أو صالحه على مال، فإن ذلك كله^(٢) لا يجوز، ويرد المال على القاذف، وللمقذوف أن يطالب الحد بعد ذلك ويرجع فيه، وهذا قول أصحابنا جميعاً.

أما الوالي، فلا يجوز له العفو عن الحد؛ لقوله ﷺ: «ما ينبغي لوالي حد أتي في حد من حدود الله إلا أقامه»^(٣)؛ ولأن الحد إما أن يكون من حقوق الله تعالى على ما نقول، فلا يجوز عفو الإمام عنه، كما لا يجوز عفو عن حد الزنا، وعن الزكوات، أو يكون من حقوق الأدميين، فلا يجوز إسقاطه كالقصاص.

(١) في ب (قول أبي حنيفة ومحمد).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٧٧)؛ وأبو يعلى في المسند (٥١٥٥)؛ والطبراني في الكبير (٨٥٧٢) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، وفي إسناده أبو ماجد الحنفي ضعيف. انظر: مجمع الزوائد (٢٥٧/٦).



وأما المقذوف إذا عفا لم يصح عفوه، وحكى الطحاوي عن ابن أبي (١)
 عمران، عن بشر بن الوليد، عن أبي يوسف أنه قال: يسقط بالعفو، وهو قول
 الشافعي، وهذا مبني على أن حدّ القذف [حق] (٢) لله تعالى (٣).

وقد قال محمد في كتاب الحدود: إن حدّ القذف من حقوق الآدميين (٤)،
 وإنما أراد بذلك: أن المطالبة [به] (من حقوق الناس؛ والدليل على ذلك: أنها
 عقوبة سمّيت في الشريعة حداً كحدّ الزنا؛ ولأن الإحصان مشروطٌ فيها كحدّ
 الزنا؛ ولأنها تتبع بالرقّ والحرية كحدّ الزنا) (٥).

وجه قول أبي يوسف: أن الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف، كما
 يجب القصاص للشين الذي يلحق المجروح بالجرح، وإذا كان القصاص حقاً له
 يسقط بعفوه، فكذلك حدّ القذف، فإذا ثبت أنه من حقوق الله تعالى، ثبت أنه لا
 يصح العفو عنه، ولا أخذ العوض عنه، كسائر الحدود، (إلا أن المطالبة) (٦) بهذا
 الحدّ إلى الآدمي، فإذا عفا، فالحد لا يسقط، ولكنه لا يستوفي لعدم المطالبة،
 وإن عاد إلى المطالبة استوفي بمطالبته.

٢٦٨١ - [فصل: سؤال المدعى عليه عن القذف]

وإذا ترافع الرجلان إلى الحاكم، وأحدهما يدعي على صاحبه قذفاً، فإن

(١) سقطت هذه الكلمة من ب، والصواب إثباتها.

(٢) في أ (حد)، والمثبت من ب. انظر: الأصل ١٩٥/٧، ١٩٩.

(٣) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٣٤.

(٤) في ب (الناس).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) في ب (ولأن المطالبة).

الحاكم يسأل المدعى عليه عن القذف ، فإن أقرّ أنه قذفه ، قال له الحاكم : أقم البينة على صحة قذفك ، فإن فعل ، وإلا أقام عليه الحدّ .

فإن أحضر القاذف شهوده ، وقد ضرب بعض الحد ، سُمعت بيّنته ، ودُرئ عنه ما بقي من الحدّ ، ولم تبطل شهادته ، ولم يلزمه اسم الفسق .

وإنما قلنا : إنه ^(١) يبتدئ بمسألة المدعى عليه ؛ لجواز أن يُقرّ فيستغنى بإقراره عن بيّنة ؛ ولأن البينة لا يثبت حكمها إلا بإنكاره ، فوجب أن يسأل ، فإن أنكره أقيمت عليه البينة .

فأما إذا أقرّ بالقذف ، طُلب بالبيّنة على صحته ؛ لأن الحدّ إنما يجب عليه بعجزه عن إقامة البينة ، فلذلك سأله الحاكم عن [إقامة] البيّنة ، فإذا عجز عنها حدّه ؛ لقوله تعالى : ﴿ تُمْرُّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ﴾ [النور: ٤] ، فأما إذا ضرب بعض الحدّ ، ثم أقام القاذف البينة ، فإنها تسمع ؛ لأننا لا نحكم بكذب القاذف ، ألا ترى أن كذبه إنما ينفرد بكمال الحدّ ، فما لم يوجد سمعت البينة [عليه] كالاتداء .

وإذا سمعت البيّنة ، سقط ما بقي من حدّ القذف ، كما يسقط الجميع لو ابتدأ بإقامة البيّنة .

قال : ولا تبطل شهادته ، ولا يلزمه اسم الفسق ؛ وذلك لأن ما دون الحدّ لا تبطل به الشهادة ، كالتعزير .



(١) في ب (إن الحاكم) .

٢٦٨٢ - [فصل: الاستحلاف في إثبات القذف]

قال: فإن لم تكن له بيّنة على القاذف بأنه قذفه ، فأراد استحلافه بالله^(١) ما قذفه ، فإن الحاكم لا يستحلفه في قول أصحابنا جميعاً ، وقال الشافعي: يُستحلف .

لنا: أنها دعوى حدّ ، فلا يستحلف فيها كحدّ الزنا ؛ (ولأن اليمين إنما شرعت لفائدة النكول)^(٢) ، والنكول عند أبي حنيفة أُجري مجرى البذل ، فما لا يصحّ بذله لا يصحّ الاستحلاف فيه ، كحدّ الزنا .

وعلى قولهما: النكول قائم مقام الإقرار^(٣) ، (والحد لا يجوز إثباته بما قام مقام الغير)^(٤) ، كالشهادة على الشهادة .

قال: فإن ترك المقذوف مطالبة القاذف قبل أن يُرافعه إلى الحاكم ، وسعه ذلك ، وكان ذلك حسناً .

وكذلك يحسن من الحاكم (إذا رفعه)^(٥) إليه أن يقول للمدعي قبل أن يثبت الحد: أعرض عن هذا ودعه ؛ وذلك لأن هذا الحد تؤثر فيه الشبهة ، فجاز للحاكم التوصل إلى إسقاطه كسائر الحدود .

وأما المقذوف ؛ فلأن الحدّ إن كان من حقوق الله تعالى ، فقد ندبنا إلى الستر فيها ، وإن كان من حقوق آدميين ، فقد ندبنا إلى العفو ، كالقصاص .

(١) هذه الكلمة ليست في ب .

(٢) في ب (ولأن اليمين تستوفى لفائدة النكول) .

(٣) في ب (مقام العذر) .

(٤) سقطت من ب .

(٥) سقطت من ب .



قال: فإن أقرّ المقذوف أن القاذف قد صدق عليه في قذفه عند الحاكم، أو شهدت عليه الشهود أنه أقرّ بذلك قبل أن يرفعه، جازت الشهادة، ولا حدّ على القاذف؛ وذلك لأن الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف بكذب القاذف عليه، فإذا صدّقه المقذوف، فقد زال الشين عن فعل القاذف، فسقط الحد.

٢٦٨٣ - [فصل: في الشهادة على القاذف]

قال: [ويجوز]^(١) في الشهادة على القاذف شهادة رجلين، ولا يجوز عليه شهادة رجلٍ وامرأتين، [١/٣٥٨] ولا شهادةً على شهادةٍ، ولا كتاب قاضيٍ إلى قاضيٍ؛ وذلك لما بيّننا أن شهادة النساء لا تقبل في الحدود والقصاص، وكذلك الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

فإن أقام القاذف على المقذوف أنه صدّقه في قذفه له رجلاً وامرأتين، أو شاهدين على شهادة شاهدين، أو أتى في ذلك بكتاب قاضيٍ، جاز ذلك؛ لأن إسقاط الحدود يجوز فيها ما لا يجوز في إثباتها، ألا ترى أن الحدود لا تثبت مع الشبهة، وتسقط بالشبهة؛ فلذلك لم تثبت بالشهادة على الشهادة، وشهادة النساء والرجال، وإن ثبت بذلك ما يوجب إسقاطها.

٢٦٨٤ - [فصل: حبس المدعي وكفالته]

[قال]: وإن ادّعى المقذوف أن له بيّنة حاضرة في المصر أن هذا قذفه، والقاذف ينكر، وسأل المقذوف الحاكم أن ينظره [إلى أن يقيمها]، فإن أبا حنيفة قال: أحبس المدّعى عليه القذف إلى قيام الحاكم من مجلسه، فإن أحضر بيّنته

(١) في أ (ولا يجوز)، بزيادة (لا)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها. انظر: الأصل ١٩٢/٧ وما بعدها.

وإلا خلى سبيله ، ولا يأخذ منه كفيلاً بنفسه .

وقال أبو يوسف: أخذ منه كفيلاً بنفسه ، ولا أحبسه ، وروى ذلك بشر عنه .

لأبي حنيفة: أن الكفالة للتوثق ، والقاضي مأمور بدرء الحد وإسقاطه ، فلا يجوز أن يتوثق منه .

وأما الحبس الذي ذكره ، فإنما يريد [به] أن يلزمه إلى أن يقوم القاضي ؛ لأنه لا يمكن إحضار البيّنة إلا بحضور المدعى عليه .

لأبي يوسف: أن الدعوى يجوز أخذ الكفالة بها إلى أن تقوم البيّنة ، كدعوى الأموال ؛ ولأن الحبس أكثر من الكفالة ، فإذا جاز الحبس فالكفالة أولى ، فأما إن أقام المُدَّعيّ شاهداً واحداً عدلاً ، فإن أبا حنيفة كان يحبسه وإن لم يكن عدلاً لم يحبسه ، ولم يكفله .

وقال أبو يوسف: لا أحبسه في شاهدٍ واحدٍ ، عدلاً كان أو غير عدلٍ ، ولكن يكفل ، فأما إذا شهد (شاهدان ، حبس في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، رواه عنه بشر .

لأبي حنيفة: أنه إذا شهد^(١) شاهدٌ عدلٌ أو شاهدان لا تعرف عدالتهما ، فقد حصل أحد سببي الحق: إما العدد ، أو العدالة ، فصار أحد السببين في جواز الحبس كالآخر ؛ ولأنه إذا أخبر رجل عدل أنه قذف ، فقد أوجب ذلك تهمةً في حاله ، والحبس موضوعٌ للتهمة ، وليس كذلك الكفالة ؛ لأنها موضوعةٌ للتوثق ، والتوثق في الحدود لا يجوز .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

لأبي يوسف: أن الشاهد العدل لا يثبت بشهادته الحق، وإنما يثبت بقول الاثنين، فإذا شهد من يجوز أن يثبت الحق بشهادته، ولم يحكم بها، جاز أن يحبس للتهمة.

٢٦٨٥ - [فصل: الكفالة بعد ثبوت الحد وقبله]

قال أبو يوسف: إذا ثبت الحد، فلا كفالة فيه، وما كان دعوى لم يثبت ولم يتبين، فلا بد من الكفالة، وإلا ضاعت حقوق الناس؛ وذلك لأن الحد ما لم يثبت، لم يجز الحبس، فلا بد من الكفالة، فإذا ثبت الحق (جاز الحبس، فلم تجز الكفالة؛ لأنه لا يكون له معنى)^(١).

وقال ابن رستم عن محمد: لا كفالة في حدٍّ ولا قصاص، يقال له: الزمه ما بينه وبين قيام القاضي، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال محمد: أما أنا فأكفله ثلاثة أيام ما لم تقم البيّنة، فإن قامت البيّنة فلا كفالة، ولكني أستحسن حتى يُسأل عن الشهود.

أما قوله: لا كفالة في حدٍّ ولا قصاص، فإن كان يريد به نفس الحد، ونفس القصاص، فلا خلاف بين أصحابنا في ذلك؛ لأن الحد والقصاص لا يمكن استيفاؤها من الكفيل، فلا تصح الكفالة بهما، وإنما المراد بذلك: لا كفالة في الإحضار للحدود والقصاص.

ووجهه ما قدمنا عن أبي حنيفة: أن الكفالة للتوثق، والحدود لا يجوز التوثق فيها.

(١) في ب (جاز الحبس، فلم يكن للكفالة معنى).

وكان أبو بكر الرازي يقول: معنى قول أبي حنيفة: أن الكفالة في الحد والقصاص لا تجوز، أن القاضي لا يبتدئ بالمطالبة بذلك، فإن بذلها قبلها الحاكم؛ لأن الحضور واجب، فيجوز أن يضمه الكفيل، إلا أن القاضي لا يبتدئ بطلب ذلك حتى لا يتوصل إلى التوثق [بالكفالة] في الحد.

وأما على أصلهما: فالتوثق بالحبس أكثر من التوثق بالكفالة، [فإن جاز أن يحبس]؛ فلأن يؤخذ منه كفيل أولى، وقدّر ذلك محمد بثلاثة أيام؛ لأن حد القذف المطالبة فيه حق لآدمي كالديون.

وقال محمد في رجل ادعى قذفاً، وأقام رجلاً عدلاً يشهد، فإن أبا حنيفة قال: أحبسه إذا ادعى بيّنة حاضرة في المصر، فإن أقام شاهداً غير عدل قال: أوّجله مقدار قيام القاضي.

قال محمد: إذا ادعى بيّنة حاضرة، كفلناه ثلاثة أيام، فقدّر ذلك أبو حنيفة بالمجلس؛ لأن الكفالة عنده لا تؤخذ، وفي حبسه ضررٌ من غير حقّ عليه، فلم يتقدّر ذلك بأكثر من المجلس.

وعلى قول محمد: أن القذف لما كانت المطالبة فيه حقاً لآدمي، يجري [فيه] مجرى الديون.

وقال في الأصل: إذا أحضر شاهداً عدلاً، وادعى أن له آخر في المصر، فإنني أحبسه يومين أو ثلاثة استحساناً؛ وذلك لأن أحد سببي الحقّ قد حصل، فأوجب ذلك تهمةً في حاله، والحبس للتهمة.

قال: فإن ادعى ذلك خارج المصر، (لم أحبسه؛ وذلك لأن البيّنة إذا كانت

خارج المصر)^(١) ، لم يلزمهم الحضور لإقامة الشهادة ، فحبس الخصم يؤدي إلى إلحاق^(٢) الضرر به^(٣) .

وقال أبو يوسف ومحمد: أخذ منه كفيلاً يوماً أو يومين أو ثلاثة ، وإنما قدروا ذلك بما بين المجلسين ، فإن كان بينهما أكثر من ثلاثة أيام ، جاز أخذ الكفالة .

وقال بشر عن أبي يوسف: إذا ادعى القاذف أن له شهوداً على الزنا ، فإنه يؤجل إلى قيام القاضي ، فإن حضر ذلك ، وإلا حده .

وقال أبو يوسف: أحبسه وأستأني به ، ولا أعجل .

وقال في الأصل: إذا قال: عندي بيّنة بالزنا ، وهم غيب ، فأجلني ، قال: لا يؤجله .

فإن قال: هم في المصر^(٤) ، فأجلني حتى آتيك بهم ، قال: يؤجله [ما] بينه وبين قيامه ، فإن جاء بالبيّنة ، وإلا أقام الحدّ عليه .

قلت: أفتكفله في ذلك ، فتدعه يطلب شهوده ، قال: ليس في حدّ كفالته ، ولكنه يحبسه ويقول له ابعث إليّ شهودك ، فأت بهم^(٥) .

وجه قول أبي حنيفة: أن الحدّ قد ثبت عليه بالبيّنة ، وفي تأخيره أكثر من مجلس الحاكم تأخير المستحقّ من غير حجّة ، وفي ذلك ضررٌ على صاحب

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (إيجاب) .

(٣) انظر: الأصل ١٩٦/٧ .

(٤) في ب (هم شهود في المصر) ، بزيادة (شهود) ، ولا داعي لها في السياق .

(٥) الأصل ٢٠٢/٧ .

الحق ، فلم يجوز تأخير الواجب : بأن يجوز أن يكون ، ويجوز أن لا يكون .

وليس كذلك التأخير بقدر مجلس الحكم ؛ لأن هذا القدر لا يلحق فيه ضررٌ ، ألا ترى أن القاضي قد يؤخر هذا القدر حتى يحضر الجلاد ، وإذا لم يكن فيه ضررٌ ، جاز تأخيره لإقامة البينة .

لأبي يوسف : في أنه يؤخر إلى المجلس الثاني : أن الله تعالى أوجب حدّ القذف بشرط العجز عن إقامة^(١) البينة بالزنا ، فوجب أن يؤجل^(٢) مقدار ما يمكنه إحضار الشهود في العادة .

فأما تكفيله : فعند أبي حنيفة لا يجوز ، فلم يبق إلا حبسه وأمره أن يستنيب في إحضار الشهود .

وقال ابن رستم عن [٣٥٨/ب] محمد : إذا لم يجد أحداً يبعث به إلى الشهود ، قال : أتركه يذهب ، وأبعثُ معه شرطاً يحفظونه ، ولا أدعه [يفرّ] ؛ وذلك لأنه لا يقدر على إحضار الشهود إذا لم يجد من ينوب عنه إلا بنفسه ، وحفظه بالشرط كحفظه بالحبس ، فوجب أن يتركوا معه .

قال : فإن لم يجد شهوده ، ضربته الحد ، فإن أقام بعد ذلك بيّنة على ما قال : [قبلت]^(٣) شهادته ، وأجزتها ؛ وذلك لأن هذه البيّنة [ثبت] بها زنا المقدوف ، فتبين أنه قذف من ليس بمُحصنٍ ، وقذف من ليس بمُحصنٍ لا يتعلّق به الحدّ ، والضرب الذي ليس بحدٍّ لا يمنع قبول [الشهادة]^(٤) .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (يؤخر) .

(٣) في أ (أطلقت) والمثبت من ب .

(٤) في أ (الشاهد) ، والمثبت من ب .

قال: وإذا قذف رجل رجلاً، فقال: يا ابن الزانية، وادّعى القاذف أن أم المقذوف أمة أو نصرانية، والمقذوف يقول: هي حرة مسلمة، فالقول قول القاذف، إلا أن يقيم المقذوف على ذلك بيّنة.

والأصل في ذلك: أن قذف الأم لا يتعلّق به الحدّ حتى يطالبه الابن حين يثبت موتها وإحصانها؛ لأنها ما دامت حيّة فالمطالبة من حقوقها، فلا يجوز للابن أن يقوم مقامها.

وإذا ثبت موتها، وجب أن يثبت إحصانها؛ لأن الحدّ لا يتعلّق إلا بالقذف الصحيح، وقذف من ليس بمُحصن لا يصحّ.

ولا يجوز أن يرجع في ذلك إلى ظاهر الحرية والإسلام؛ لما بيّنا: أن الظاهر لا يُستحقّ به حقّ على الغير، فلم يكن له بدٌّ من [إقرار] القاذف بالإحصان، أو إقامة البينة على ذلك.

قال: وكذلك لو قال: يا زانٍ، فقدّقه في نفسه، ثم قال القاذف للمقذوف: إنه عبدٌ، فقال المقذوف: أنا حرٌّ، فالقول قول القاذف أيضاً، وهذا على ما قدمنا: أن الحرية في الإحصان لا تثبت بالظاهر، وأن الناس أحرارٌ إلا في أربعة.

قال: وإذا قال القاذف: أنا عبدٌ، فحدّني حدّ العبد، وقال المقذوف: أنت حرٌّ، فالقول قول القاذف في ذلك؛ لأن الحرية ظاهرة، فلا يجوز أن يستحقّ بها كمال الحدّ.

وقال معلّى عن أبي يوسف: إذا قذف رجلٌ أمّ رجلٍ، فإن كان القاضي يعرف أمه أنها حرة مسلمة، جلد القاضي^(١) القاذف، وإلا حبسه وسأل المقذوف

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

البينة على ذلك ؛ لأن الحرية قد ثبتت بعلم القاضي ، فهو كثبوتها بالشهادة ، ولا يقال : [إن] القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود ؛ لأن الحرية هاهنا سبب في ثبوت الحد ، وسبب الحد يثبت بما لا يثبت به الحد ، كالإحصان الذي يثبت بدون العدد الذي يثبت به الزنا .

[قال] : وإن زعم أن له بيّنة ، بالغ القاضي في النظر في ذلك ، ويؤجله أجلاً ، فإن لم يأت ببيّنة أخرجه من السجن وأخذ منه كفيلاً .

وليس للقاضي أن يعزّره ، وهذا إنما يعني به : إذا لم يثبت إحصان الأم بعلم القاضي ، حبسه القاضي (١) ؛ لأنه قد استحق العقوبة بقذفه لها ، حرّة كانت أو أمة ، فجاز أن يتوثق منه في الحبس .

وإن لم يقم ببيّنة أخذ منه كفيلاً وأخرجه ؛ لأنه لا يجوز [تأبيد] (٢) الحبس عليه ، فلم يبق إلا تكفيله .

فأما التعزير ؛ فلأن القاضي إذا عزّره صارَ كالحكم بإبطال الإحصان ؛ لأن قذف المُحصّنة يتعلّق به الحد ، ويجوز أن يقيم المقذوف بيّنة ، فلم يجز (٣) أن يقتصر على التعزير .

وقال في الأصل : رأيت الرجل إذا أقر عند القاضي فقال : قد قلت له : يا زان ، ولكنه عبد ، هل يحبس القاضي [القاذف] ويسأل المقذوف البينة أنه حرّ؟ قال : نعم ؛ وذلك لما بينا أن القذف يستحق به العقوبة ، حرّاً كان المقذوف أو

(١) في ب (حبس القاضي القاذف) .

(٢) في أ (ابتداء) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في العبارة .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

عبدًا ، فجاز أن يحبس لإقامة البينة .

وقال عمرو: قال محمد في رجل قذف رجلاً ، قال: أحبسه في السجن حتى يجيء بالبينة أن أمه حرة مسلمة ، فإن قال: يا ابن الفاعلة ، وهذا علي ما قدمنا .

قال: ولا يكون القذف بوطء في غير الفرج قذفًا يجب به الحد ، ولكنه يوجب التعزير عند أبي حنيفة .

وقال^(١): الفرج والدبر من الرجل والمرأة^(٢) سواء في إيجاب الحد علي القاذف ، وإيجاب الحد علي من فعله .

أما القذف باللواط ، فعند أبي حنيفة لا يتعلق به الحد ؛ لأنه قذف بغير زنا عنده ، والقذف بغير الزنا لا يوجب الحد .

فأما علي قولهما: فهذا الوطء أجري مجرى الزنا في وجوب الحد به ؛ وكذلك القذف به يوجب الحد علي القاذف^(٣) .

قال أبو حنيفة: الوطء في موضع المكروه لا يوجب الحد ، وإنما يوجب التعزير .

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان مُحصَنًا رجم ، وإن كان بِكَرًّا جلد ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في قوله الآخر: يقتل مُحصَنًا كان أو غير مُحصَنٍ^(٤) .

(١) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٢) في ب (الفرج الذي من الرجل والمرأة) .

(٣) في الأصل: «... أو يقذفه بعمل قوم لوط ، هل تحده؟ أو قال: زنت بالبهيمة ، هي تحده؟ ، قال: لا ، قلت: فإن قذفه بعمل قوم لوط فأصبح به ، هل تحده؟ ، قال: بلغنا عن إبراهيم النخعي أنه قال: يحد ، وهو قول أبي يوسف ومحمد» . ١٨٩/٧ ، ١٩٠ ، والأثر في مصنف ابن أبي شيبة . ٤٩٨/٥ .

(٤) انظر: مختصر المزني ص ٢٦١ ؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٥٠٠ .

لأبي حنيفة: أن هذا الفعل ليس بزنا، بدلالة أن العرب خصّته باسم، وخصت الفعل الآخر باسم، وتفريقهم بين الاسمين يدلّ على أن كلّ واحدٍ منهما لا يسمّى باسم الآخر، إلا أن يدلّ الدليل على الاشتراك، كتسميتهم لحيوانٍ بفرسٍ، وتسميتهم لحيوانٍ بحمارٍ، فإذا لم يسمّ باسم الزنا، فإيجاب الحدّ فيه^(١) إلحاق فعلٍ لم يرد فيه الحدّ بالفعل الذي ورد فيه الحدّ بقياسٍ أو بخبرٍ واحدٍ، وذلك لا يجوز؛ ولأنّ هذا الفعل لا يتعلّق به وجوب مالٍ بحالٍ، فلا يتعلّق به وجوب الحدّ، كالوطء فيما دون الفرج.

وجه قولهما: ما روي أن الصحابة اختلفوا في ذلك، فمنهم من قال: يلقي من شاهق الجبل، ومنهم من قال: يلقي عليه حائطاً، ومنهم [من قال]: يحرق بالنار، وكان أشدهم قولاً في ذلك علي بن أبي طالب رضوان الله عليه؛ ولأنه وطءٌ يوجب الاغتسال من غير إنزال، كالوطء في الفرج.

والجواب: أما الخبر، (فإنما أورد)^(٢) فيمن عمل عمل قوم لوط، وهذا لا يكون إلا فيمن يسلك طريقهم في الاستحلال، والمُستحلّ مرتدٌّ يقتل برده؛ ولهذا أمرت الصحابة بالمثلّة به كما يمثل بالمرتد.

فأما الغسل، فإنه يجب على وجه الاحتياط^(٣)، والحد يسقط بالاحتياط، فلا [يدلّ]^(٤) وجوب الغسل على وجوب الحدّ^(٥).

(١) في ب (فإيجاب حد الزنا فيه).

(٢) سقطت من ب.

(٣) في ب (فأما الغسل من شأنه يجب على وجه الاحتياط).

(٤) في أ (يؤثر) والمثبت من ب.

(٥) انظر: الأصل ١٩٦/٧ وما بعدها؛ مختصر الطحاوي ص ٢٦٦، ٢٦٧.

بَاب من له المطالبة بالحدّ



قال أصحابنا: في رجل قُذِفَ فمات قبل أن يأخذ القاذف بالحدّ ، أن الحدّ يبطل عن القاذف ، وليس لمن بعده من وارثٍ ولا غيره أن يطالب به ، ولا يورث الحدّ عند أصحابنا .

ورواه محمد ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه قال: قال عليّ رضوان الله عليه: [أ/٣٥٩] الحدّ لا يُورث^(١) ، وقد بيّنا هذه المسألة .

وليس هذا كما لو قذف بعد موته ؛ لأن الحقّ يثبت ابتداءً للوارث ، فلا يكون على طريق الإرث ، وفي مسألتنا يثبت الحق للमित ، فلو طالب به الوارث لكان على وجه الإرث . وهذا لا يصح .

قال: وإن كان المقذوف حياً غائباً ، فلا مطالبة لأحدٍ أيضاً بقذفه حتى يحضر الغائب ؛ وذلك لأن الحدّ^(٢) يثبت للمقذوف ، فلا يجوز أن ينتقل إلى غيره ؛ لأن الحدّ لا يثبت بما قام مقام الغير .

قال: وإن وكلّ الغائبُ وكيلاً بطلب حقّه ، فإن كانت الوكالة بإقامة الشهود والخصومة في ذلك دون ضرب الحدّ ، جازت الوكالة ، فإذا ثبت الحدّ لم يضرب الحدّ حتى يحضر الغائب ، فيقام الحدّ بحضرته ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي

(١) ذكره الزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار (٤٢٠/٢) مرفوعاً ، وقال: «غريب جداً» .

(٢) في ب (الحق) .

يوسف ومحمد .

ثم رجع عن ذلك أبو يوسف فقال: لا تجوز وكالة في حدودٍ ولا قصاصٍ ،
في إقامة بينةٍ ولا غير ذلك .

وقد بينا فيما مضى: أن الوكالة باستيفاء الحد مع غيبة المقذوف لا تجوز
في قولهم ، والوكالة بإثبات الحد تجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، ولا
يجوز عند أبي يوسف (في قوله الآخر)^(١) .

٢٦٨٦ - [فصل: فيمن يأخذ بالحدّ للميت]

وقالوا جميعاً: إذا قذف الميت ، فلولده أن يأخذوا بحدّه ، ولابنه ولابن ابنه
أو ابنة ابنه أن يأخذوه بالحدّ للميت ، ولا يأخذ بالحد للميت إلا والدٌ أو ولدٌ ،
ولا يأخذ بذلك أخٌ ولا عمٌّ ولا مولى .

وقال ابن أبي ليلى: يأخذ بالحدّ الولد والوالد والأخ .

وقال محمد: لا يأخذ بالحدّ إلا الوالد والولد ممن يرث ويورث ، وتأخذ
ابنة ابنه بالحدّ إذا قذف جدها وهو ميت ، ولا يأخذ بذلك ابنة الابنة ، والجدّة أم
الأم إذا قذفت ، لم يكن لابن ابنتها أن يأخذ بحدّها ، وكذلك إن قذف - [وهو
ميتٌ] ، وهي حيّةٌ - لم تأخذ بحدّه .

قال: وجملة هذا: أن كلّ من يقع بقذف الميت قدحٌ في نسبه ، فله أن يطالب
بحدّه ، ومن لا يقع بقذف الميت قدحٌ في نسبه لا يطالب بالحدّ ؛ لأن الحدّ عندنا
لا يورث ، وإنما يثبت للوارث ابتداءً بقذف المورث ، فمن يقع بالقذف قدحٌ في

(١) سقطت من ب .

نسبه [يلحقه الشين بالقذف ، فيطلب بالحدّ ، ومن لا يقدر القذف في نسبه] ، لا يلحقه شينٌ به ، ومعلومٌ أن الأخ والعم لا ينقطع نسبهما بقذف الأخ وابن الأخ ، فلم يجب الحد بالقذف .

فأما الآباء والأبناء ، فإن القدر يقع في نسبهم بزنا المقذوف ، ألا ترى أن الزاني لا يثبت نسبٌ ولده منه ، و[لا] يثبت نسبٌ أولاده من أبيه ، فصار قذفه قدحاً^(١) للنسب في آباءه وأبنائه ، فوجب لهم المطالبة بالحدّ ؛ ولذلك استوى في المطالبة بالحدّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولد الابن وولد الابنة ؛ لأن ولد البنت ينقطع نسبهم من جهة الأم ، كما ينقطع نسبهم من جهة الأب ، فيلحقهم الشين بكل واحدٍ من الأمرين .

وأما محمد فقال: بأن الانتساب إنما هو إلى الآباء ، فانقطاع النسب من قبل الأم لا يلحق به الشين إذا ثبت النسب من قبل الأب ، فلم يكن لهم المطالبة .
ومعنى قول محمد إذا كان ممن يرث ويورث .

(قال أبو الحسن: معناه: أنه يرثه ويورث)^(٢) مع العصبه كأولاد الابن .

فأما أولاد البنت ، فيرثون عندنا ، وإنما لا يرثون مع العصبات .

٢٦٨٧ - [فصل: مطالبة الأبعد من الولدان بحد الميت]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد جميعاً: يجوز للأبعد من الولدان أن يطالب بحد الميت مع بقاء الأقرب ، فيكون لابن الابن أن يطالب بقذف الميت ،

(١) في ب (قطعاً) .

(٢) سقطت من ب .

وإن كان الابن حياً [لا يطالب].

وقال زفر: ليس للأبعد حقٌّ مع وجود الأقرب.

وجه قولهم: أن القدح بقذف الميت يقع في نسب كلِّ واحدٍ منهما، ويلحق به الشين، فجاز له المطالبة بالحد، كما لو قذفه في نفسه؛ ولأن الحد لا يثبت على وجه الإرث عن الميت، فلو أثبتناه للأقرب فالأقرب لصار في حكم الموروث، وهذا لا يصح.

وجه قول زفر: أن الشين الذي يلحق القريب ليس في [مثل] الشين الذي يلحق البعيد، فلم يكن للبعيد المطالبة، كما ليس للولد أن يطالب بقذف الأب الحيّ إذا ترك المطالبة بذلك وإن كان الشين يلحقهم؛ لأن الشين الذي يلحق الأب أعظم.

٢٦٨٨ - [فصل: مطالبة العبد والذمي بحد الميت المقدوف]

وقال أبو حنيفة: وللولد والوالد إن كان عبداً أو ذمياً أن يطالب بالحدّ إذا كان المقدوف حراً مسلماً^(١)؛ وذلك لأن الشين يلحق العبد بانقطاع نسبه عن أبيه، كما يلحق الحر، والقذف قذف صحيح، فلذلك تعلق به الحدّ.

ولا يقال: إن العبد لو قُذف في نفسه لم يحدّ قاذفه، فكيف يجب الحدّ للشين الذي لحق به بقذف غيره؛ لأنه إذا قذف في غيره فالقذف قذف صحيح؛ لأنه قذف محصن، والشين إذا حصل بقذف صحيح تعلق به الحدّ، وإذا قذف في نفسه، فالقذف ليس بقذف صحيح، لفقد الإحصان في المقدوف؛ فلذلك لم يحد القاذف.

(١) في ب (إذا كان المقدوف حياً حراً مسلماً)، بزيادة (حياً)، والمسألة مفروضة في غير الحي.



قال: وكذلك إن كان المطالب بالحد قاتلاً للميت، ممن حُرِّم الميراث بقتله؛ لأن الحد لا يثبت له على طريق الإرث حتى يؤثر فيه القتل، وإنما يثبت له للشين الذي يلحقه [به]، وهذا المعنى موجودٌ، وهذا الفعل أظهر من قذف والد العبد؛ لأنه لو قذفه هاهنا حدًّا، والعبد لو قذفه في نفسه لم يحدِّ، فكان المعتبر وجود النسب الذي يرث به ويورث مع العصبية، تعلق به الإرث أو لم يتعلق، إذا لم يتعلق به لمانعٍ.

٢٦٨٩ - [فصل: مطالبة الولد بحد القذف إذا كان القاذف أباه أو جدّه]

قال: وليس للولد أن يطالب بحدِّ القذف إذا كان القاذف أباه أو جدّه وإن علا، ولا أمه ولا جدته وإن علت، وكذلك إن قذفه في نفسه أحدٌ من هؤلاء؛ وذلك لأن الولد ممنوعٌ من إلحاق الضرر بأبيه، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، وإلحاق الضرر بإقامة الحدِّ أكثر، فلم يجز إيجابُ الحدِّ عليه بقذفه، وقد قالوا: إنه لو قتله لم يقتص منه، فإذا قذفه أولى أن لا يحد بقذفه.

وإذا ثبت أنه لا يحدُّ بقذفه في نفسه لما بينا من الحرمة، فلأن لا يطالبه بقذف غيره أولى.

٢٦٩٠ - [فصل: الحد في قذف الرجل جماعةً بكلمة واحدة]

قال: وإذا قذف رجلٌ جماعةً [من الناس] بالزنا بكلمةً واحدةً، أو قذف كل واحدٍ منهم بكلامٍ على حدةٍ، أو في أيامٍ متفرقةٍ، فعليه حدٌّ واحدٌ، فإن حضر المقذوفون جميعاً يطالبون بالحد، أو حضر واحدٌ منهم، فإنما على القاذف حدٌّ واحدٌ، لا يحدُّ لهم في ذلك أكثر من حدٍّ واحدٍ، خاصموا في ذلك مجتمعين أو

متفرقين ، إذا قام به أحدهم كان ذلك لجماعتهم ، وإن حضر بعد ذلك من لم يخاصم في قذفه يطلبُ الحدَّ ، لم يحدَّ له كَرَّةً أُخرى .

وقال الشافعي: إن قذفهم بكلمةٍ واحدةٍ وجب حدُّ واحدٍ ، فإن فرَّق القذف فلكلِّ واحدٍ منهم الحدُّ^(١) .

وهذه المسألة فرعٌ على أن حدَّ القذف حقُّ لله تعالى ، والآدمي يطالب به لحقِّ الله تعالى ، فإذا طالب الواحد ، قام مقام الجماعة في الاستيفاء ، ولأنها عقوبةٌ سمّيت [ب/٣٥٩] حدًّا في الشريعة ، فإذا اجتمع أسبابها تداخلت كحدِّ الزنا . [قال]: فإن حدَّ للقاذف وفرغ من حده^(٢) ، ثم قذف آخر ، حدُّ للثاني حدًّا آخر ، وإنما يسقط حد القذف إذا ضرب القاذف ما قبله من القذف ، ولا يسقط ما بعده .

وكذلك السرقات ؛ وذلك لأن الحد تقرر به الكذب على القاذف ، فيسقط موجب القذف في كلِّ واحدٍ من الجماعة ، وإذا استأنف القذف بعد الحدِّ ، لم يُسقط الحدُّ [المتقدّم] موجب القذف المتأخر ، كمن زنى فحدَّ ثم زنى .

قال: ولو قذف رجلاً ، فضرب تسعةً [وسبعين]^(٣) سوطاً ، ثم قذف آخر ، ضرب السوط الباقي ولم يكن عليه حدُّ للثاني ، فإذا بقي من الحدِّ الأول شيءٌ فقذف الآخر قبل تمامه ، ضرب بقيّة حدِّ الأول ولم يحدِّ للثاني في قولهم ؛ وذلك

(١) قال الشافعي: «... فإن قذف نفرًا بكلمة واحدة ، كان لكل واحد منهم حدُّه» . مختصر المزني ص ٢٦٢ ؛ قال الدمشقي: «وللشافعي قولان أظهرهما: يجب لكل واحد حدُّه» . رحمة الأمة ص ٢٣٤ .

(٢) في ب (ثم فرغ من حده) .

(٣) في أ (وتسعين) والمثبت من ب .

لأن الشين الذي [يتحقق]^(١) به الكذب هو السوط الأخير، ألا ترى أن ما قبل ذلك لا يُبطل الشهادة، فصار السوط الأخير في تحقق الشين كجملة الحدّ، ومعلومٌ بأنه لو حُدَّ جملة الحدّ بعد القذفين سقط حكمهما، فكذلك إذا ضرب السوط الآخر بعد القذفين^(٢).



(١) في أ (يلحق)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: الأصل ١٩٩/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢١٣/٦، ٢١٤.

بَاب

ما يكون الوطاء شبهةً في إسقاط الحد عن القاذف وما لا يكون



قال أصحابنا جميعاً: إذا زنى رجلٌ، فقدفه رجلٌ بذلك الزنا أو بغيره، أو قدفه قذفاً مبهماً، فلا حدّ على القاذف.

وروى بشر عن أبي يوسف، عن ابن أبي ليلى وعن إبراهيم: أن القاذف يحدّ إلا أن يقذفه بذلك الزنا بعينه.

لنا: أن الحدّ يجب على القاذف للشين الذي يلحقه بالمقذوف، والزاني لا يلحقه شينٌ بالقذف، فلم يجب الحدّ على قاذفه؛ ولأنه صادقٌ فيما أخبر من الزنا إذا اتهم، ألا ترى أنه يحتمل الإخبار عن الزنا المعلوم، ويحتمل أن يكون أخبر عن غيره، فلم يجز إيجاب الحدّ على القاذف بالشك.

٢٦٩١ - [فصل: فيما لا يحدّ القاذف]

قال أبو الحسن: وإذا كان المقذوف حراً مسلماً قد وطئ وطئاً حراماً، أو كانت امرأة قد وطئت وطئاً حراماً، وليس بزنا، فقدفها قاذفٌ بالزنا، [فإن هذا على وجهين: إن كان وطئاً حراماً في زوجةٍ أو مملوكةٍ للوطئ، فعلى القاذف بالزنا الحدّ]^(١)، ولا يكون ذلك الوطاء شبهةً في إسقاط الحدّ عن القاذف.

وذلك مثل أن يطأ جاريةً له مجوسيةً، أو ذات مَحْرَمٍ منه من رَضَاعٍ، أو

(١) في أ (وجب الحد)، والمثبت من ب.

مَحْرَمٌ بغير رضاعٍ ، مثل أن يكون أبو الواطئ قد وطئها قبله بملك يمين ، أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها ، أو وطئ أختين بملك اليمين جمع بينهما بالوطئ وهما في ملكه ، أو جمع بين وطئ ذواتي محرم منه بملك اليمين ، أو وطئ أمته وقد زوّجها ، أو وطئ مكاتبته ، وكذلك الزوجة إذا وطئها وهي حائضٌ ، أو نفساء ، أو مُحْرَمَةٌ ، أو صائِمةٌ في رمضان ، أو كانت في عدّةٍ من وطئٍ بشبهةٍ ، أو كان ظاهراً منها فوطئها قبل أن يكفّر ، ثم قذفه قاذفٌ بالزنا ، فإن هذا كله لا يسقط الحدّ عن القاذف .

وجملة هذا: أن الوطاء على ضربين: وطءٌ في ملك ، ووطءٌ في غير ملك .

فالوطء في الملك على وجوه: أحدها: أن يكون التحريم عارضاً مثل وطء الحائض والنفساء ، والأمة التي زوّجها أو كاتبها ، والحرّة التي ظاهر منها ، أو وجب عليها العدة ، فهذا الوطاء لا يسقط الحدّ عن القاذف ؛ لأنه تحريم عارض في الملك ، فصار كوطء زوجته المريضة التي تستضر بالوطء ، وكوطء الصائِمة ، وهذه الجملة لا خلاف فيها بين أصحابنا ، إلا في المكاتبه .

قال أبو حنيفة ومحمد: إن وطء المولى مكاتبته لا يسقط الحدّ عن قاذفه .

وقال زفر: لا يحد قاذفه ، وعن أبي يوسف روايتان .

وجه قولهما: أنه تحريمٌ عارضٌ في الملك كالحيض والإحرام .

وجه قول زفر وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: أن ملكه زال عن وطئها ؛

بدلالة أن المهر لها عليه ، فصار كالوطء في غير الملك .

وأما إذا كان التحريم في الملك مؤبداً ، مثل وطء ذوات المحارم ، فقد ذكر

في الأصل: أنه يسقط الحد عن القاذف، وذكر أبو الحسن: أنه لا يسقط.
وجه قولهم الذي ذكر في الأصل: أنه وطءٌ محرم على التأبید، فصار أكد
من الزنا.

وجه ما ذكره أبو الحسن: أنه وطءٌ في ملكٍ، فمقارنة التحريم لا تسقط
الإحصان كوطء أمتة المزووجة.

وأما إذا كان التحريم يشبه المؤبد من وجهٍ، ويشبه العارض من وجهٍ، مثل
من قبل امرأةً لشهوةٍ، أو نظر إلى فرجها لشهوةٍ، ثم تزوج ابنتها، فوطئها، قال
أبو حنيفة: لا يسقط الحد عن قاذفه.

[وقال أبو يوسف ومحمد: يسقط الحد عن قاذفه].

لأبي حنيفة: أن هذا الوطء مختلفٌ في تحريمه في السلف، وليس فيه نصٌّ
يقتضي التحريم، ويجوز أن يقع حكم حاكمٍ بإباحته^(١)، فحلَّ محلَّ التحريم
العارض.

وجه قولهما: أن هذا تحريمٌ مؤبدٌ، فصار كوطء الابنة والأخت.

وعلى هذا الخلاف: إذا قبل امرأةً وتزوج بابنتها.

وكان أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى يقول: لا خلاف بينهم أن من زنى
بامرأةٍ ثم تزوج ابنتها فوطئها، أن الحد يسقط عن قاذفه.

وإن كان الخلاف في مسألة الوطء وفي مسألة القبلة موجوداً، إلا أن التحريم

(١) في ب (ويجوز أن يرتفع بحكم حاكمٍ بإباحته).

بالوطء فيه نصُّ لقوله: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢]، والنكاح: الوطء.

وأما القسم الثاني: وهو الوطء في غير ملك، فقال أبو الحسن: إذا كان الوطء المحرم (في غير زوجة ولا مملوكة، فلا حدّ على قاذفه في قول أبي حنيفة.

وإن كان الوطء المحرم)^(١) ليس بزنا، مثل أن يتزوج امرأة نكاحاً فاسداً مجمعاً على فساده، وهو يعلم أو لا يعلم، أو يطأ جاريةً مشتركةً، أو يشتري جاريةً فيطؤها، ثم تُستحقّ وهو لا يعلم أنها لغير البائع، أو يطأ بنكاحٍ ثم يعلم (أن المرأة ممن لا يحلّ له نكاحها، فيقذفه قاذفٌ بالزنا، فلا حدّ على قاذفه.

وجملة هذا القسم)^(٢): أن الوطء في غير ملكٍ يسقط الحدّ عن القاذف في قولهم إلا في مسألة واحدة: وهي المجوسي إذا تزوّج بأمه فدخل بها، ثم أسلم فقذفه قاذفٌ، حدّ عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد^(٣): لا يحدّ.

لأبي حنيفة: أن هذا وطءٌ يقرّ عليه، فأجري مجرى الوطء الحلال، فلا يسقط الإحصان.

وجه قولهما: أنه وطءٌ محرّمٌ في غير ملك، كالزنا، [فأشبهه عقد المسلم على ذوات محارمه].

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (وقالا).

فأما ما سوى هذه المسألة ، فالحدُّ يسقط عن القاذف ؛ لأنه وطئ وطءاً [١/٣٦٠] حراماً في غير ملك ، وذلك يشبه الزنا ، فإذا قذفه قاذفٌ ، جاز أن يكون اشتبه الأمر عليه ، وهذه الشبهة مستندةٌ إلى سببٍ صحيحٍ ، فأسقط الحدَّ عن القاذف^(١) .

ومن هذه الجملة قالوا: فيمن تزوج امرأةً نكاحاً بغير شهودٍ ، ووطئها ، سقط الحدُّ عن قاذفه ؛ لأن العقد لم يوجد بجميع شرائطه ، والخلاف فيه غير معتدٍّ به عند أبي حنيفة ؛ لأنه لم يعرفه من الصحابة ، فصار كالوطء المجمع عليه .

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: إن أبا يوسف قال: أحسن ذلك عندي أنه إذا تزوج امرأةً وهو يعلم أن لها زوجاً ، أو امرأةً يعلم أنها في عدّةٍ من زوج ، أو امرأةً ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه وهو يعلم ، فلا حدَّ على قاذفه .

قال: وإذا أتى شيئاً من ذلك بغير علم ، فإنني أحدّ قاذفه .

وذكر بعد هذا ابن رستم عن محمد: في رجل اشترى جاريةً فوطئها ، ثم استحقّها مستحقّاً ، وقذف إنسان المشتري ، [قال]: قال أبو حنيفة: لا حدّ عليه ، وهو وقول محمد .

وقال أبو يوسف: يحدّ قاذفه .

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل طلق امرأته طلاقاً بائناً ، وكتمها ذلك ، وجعل يطؤها ، ثم علمت بعد^(٢) ، فقذفها إنسان بالزنا ، فإنني أحدّ قاذفها .

قال محمد: لأنه وجب الصداق ، وثبت النسب ، ووجبت العدة ، ولم تأثم .

(١) انظر: الأصل ٢٠٢/٧ .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

ثم قال: وكذلك لو اشترى أمةً فوطئها وهو لا يعلم، ثم استبان أنها أخته، فحصل في هذا [النوع]^(١)، وهو الوطاء مع الجهل.

[في] قول أبي حنيفة: إن الحد يسقط عن القاذف، وهي رواية ابن رستم عن محمد.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحد القاذف، وهي رواية ابن سماعة [وهشام] عن محمد.

لأبي حنيفة: أنه وطئ محرماً بالإجماع في غير ملك، فالجهل لا يمنع من سقوط الإحصان، كمن زنى بامرأة ظنها امرأته، وهو لا يعلم أن الزنا حرام.

لأبي يوسف وإحدى الروائتين عن محمد: أنه وطئ يتعلق به الأحكام، ولا مأثم فيه، فحمل على الوطاء المباح.

وقال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا وطئ الرجل امرأة وطئاً حلالاً، ثم وطئ أمها أو ابنتها - يعني بنكاح - فلا حدّ على قاذفه؛ وذلك لأن هذا وطئ محرّم في غير ملكٍ مجمعٌ على تحريمه.

وقال: إن قبل امرأةً لشهوة، أو لمسها لشهوة، ثم وطئ أمها أو ابنتها - يعني بنكاح - ثم قذفه رجلٌ، فعليه الحدّ، وذكر أن هذا مخالفٌ للأول.

(وقال أبو يوسف: هما عندي سواء، ولا حدّ على قاذفه، وقد بينا هذه المسألة)^(٢).

(١) في أ (القدح)، والمثبت من ب، وهو الصواب في السياق.

(٢) سقطت من ب.

وقال محمد في الأصل: في رجل تزوج أمةً وحرّةً في عقدة واحدة، فوطئهما، فعلى قاذفه الحد.

وقال ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: ولو تزوج أمةً على حرّة فوطئها، فإني أحدّ قاذفه؛ وذلك لأن هذا الوطء مختلف فيه في السلف، وقد وجد العقد بجميع شرائطه، فصار كالتحريم العارض، ولم يسقط الإحصان.

قال: ولو وطئ رجل جارية ابنه، فأحبها أو لم يحبها، فإني لا أحدّ قاذفه.

وقال ابن سماعة: [ولم يُرَوَّ وطء الرجل جارية ابنه عن أبي حنيفة] ^(١)؛ وذلك لأن هذا وطء محرّم في غير الملك، متفق على تحريمه كالزنا.

وأما إذا وطئ [أختين] ^(٢) بملك يمين، فإن قاذفه يحدّ؛ لأن هذا الوطء مختلف فيه في الصحابة، وقد دلّ على إباحته قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، فجرى مجرى التحريم العارض، فلا يسقط الحدّ عن القاذف ^(٣).



(١) ما بين القوسين بياض في أ، والمثبت من ب.

(٢) في أ (أخته)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) انظر: الأصل ٢٠٢/٧ وما بعدها، شرح مختصر الطحاوي ٢١٦/٦ وما بعدها.

بَابُ الرجل ينفي الرجل عن أبيه



قال ابن سماعة ، عن أبي يوسف في نوادره وفي الإملاء: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ قال لرجلٍ: لست لأبيك: هذا قاذفٌ ، يُحدّ ، ولا يكون هذا على وجهٍ من الوجوه غير قذفٍ في رضاً ولا غضبٍ ؛ وذلك لأن هذا لا يذكر إلا على وجه نفي النسب ، [وقد قدّمنا: أن نفي النسب] على وجه السب ، إنما يراد به قذف الأم بالزنا .

[قال]: ولو قال: ليس هذا أبك ، فإن قاله في رضا أو على وجه الاستفهام ، فليس بقاذفٍ ، ولا حدّ عليه ، وإن قاله في غضبٍ أو على وجه التعيير ، فهو قاذفٌ ، والحدّ له لازمٌ ؛ وذلك لأن هذا اللفظ يذكر على وجه المدح ، (كما يقول العرب: فلان ابن ماء السماء ، وابن مزيقياء^(١) ، على وجه المدح له)^(٢) ؛ ولأن أخلاقه تشبه أخلاق هذا الممدوح .

وقد يذكر على وجه الذم ونفي النسب ، فإذا كان في حال الرضا ، فالظاهر منه المدح ، فحمل عليه ، وإن كان في حال الغضب ، فالظاهر منه الذم ، فحمل عليه .

وقال ابن سماعة في مسألةٍ أخرى: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ قال لرجلٍ: لست لأبويك ، فليس هذا بقاذفٍ ، وإذا قال: لست لأبيك ، فقد قذف أمّه ؛

(١) مزيقياء هو ابن عامر ، وهو - أي عامر - الملقب بماء السماء . انظر لسان العرب / مزق / .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

وذلك لأن نفيه عن أبويه يمنع من القذف بالزنا؛ لأنه يقول لم تلدك أمك، والزانية التي ولدت من الزنا، فأما التي لم تلد الولد، فلا تكون مقذوفةً به.

وأما إذا قال: لست لأبيك، فلم ينف الولادة، ونسبه إنما ينفى عن أبيه إذا زنت أمه، فكان قاذفًا.

قال ابن سماعة: وقال أبو يوسف في هذا الموضوع: وإذا قال هذا على وجه الاستفهام أو على وجه الغضب على الإنسان^(١)، فليس بقاذف؛ وذلك لأن هذا اللفظ فيه احتمال، فإذا قاله على وجه الاستفهام، لم يقطع بالزنا.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: لو قال: يا ابن الزانيتين، وكانت أمه الدنيا مسلمة، فعليه الحد، ولا يبالي أمسلمة كانت الجدة أم لا، وإن كانت الجدة مسلمة، والأم الدنيا كافرة، فلا حدّ عليه؛ وذلك لأن الإضافة إلى الولادة إنما يتناول الأقرب فالأقرب، ألا ترى أن حقيقة البنوة^(٢) تتناول الأم، والجدة إنما تسمى بذلك على وجه المجاز، فوجب اعتبار صفة الأم، فإن كانت محصنة حدّ قاذفها، وإلا لم يحدّ.

قال: وكذلك قوله: يا ابن مائة زانية؛ لأن هذا اللفظ إنما يراد به في العادة أن أمه زنت مائة مرة، وليس المراد به أن في أمهاته هذا العدد من الزناة، ومن قذف امرأة بتكرار الزنا، حدّ.

وقال مُعَلَّى عن أبي يوسف: فيمن قال لرجل: أنت ابن فلان، لرجلٍ أجنبيٍّ، وذلك في صحة، فهو قاذفٌ للرجل الأجنبي، ولأم الرجل الذي شأنه

(١) في ب (النسيان).

(٢) في ب (الولادة).

[٣٦٠/ب] ، يضرب لهما جميعاً حدّاً واحداً ؛ وذلك لأن الإنسان لا يُنسب إلى غير أبيه في حال الغضب إلا ويراد به السُّبُّ ، والسُّبُّ بالنسب إنما يكون بزنا الأم بفلان ، وذلك قذفٌ لهما .

وقال هشام عن محمد: في رجلٍ قال لرجلٍ: يا ابن فلان ، نسبه إلى غير أبيه ، فأخبرني أن أبا حنيفة كان يقول: إن كان في غضبٍ ، فعليه الحدُّ ، وإن كان في غير غضبٍ ، فلا حدٌّ عليه ، إنما هذا غلطٌ ؛ وذلك لأن العادة أن الإنسان يقول: أنت ابن فلانٍ على طريق المدح ، يعني: تشابه أخلاقهما ، وقد جرت العادة (١) بذلك على ما قدمنا ، وقد يذكر على طريق السُّبِّ ، فوقف على دليل الحال .

وقال ابن سماعه: قال أبو يوسف: إذا قال رجلٌ لرجلٍ: لست لأبيك ، ولست لأمك ، فليس عليه حدٌّ ؛ لأن هذا كلامٌ موصولٌ ، وهذا على ما قدمنا: أنه نفى ولادة أمه له ، وهذا يمنع من قذفها بالزنا .

وقال أبو حنيفة: إذا قال الرجل لرجلٍ: أنت ابن فلانٍ ، لعمّه أو لخاله ، أو لزوج أمه ، قال: لا حدٌّ عليه ؛ وذلك لأن العمَّ يسمى أباً ، قال الله تعالى: ﴿إِلَهُكَ وَإِلَاهَ ءَابَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] ، فسمى العمَّ باسم الأب .

وكذلك الخال ؛ لأن النبي ﷺ قال: «الخال والدة» (٢) ، وهذا يقتضي كون الخال والدًا (٣) .

وكذلك زوج الأم يسمى أباً ، قيل في التفسير في قوله تعالى: ﴿رَبِّ إِنَّ ابْنِي

(١) في ب (عادة العرب) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٥٢)

(٣) في ب (واحداً) .

مِنْ أَهْلِي ﴿ [هود: ٤٥]: إنه كان ابن امرأته، وأجاز رسول الله ﷺ أبا رافع، ولم يُجز سمرة، وقال زوج أمه: أجزت أبا رافع، ولم تُجز ابني^(١)، وإذا كان هذا يُنسب إليه في العادة، لم يكن قاذفًا، وإنما يحمل على المعتاد.

ولو قال [له]: لست^(٢) بابن فلانٍ لجدّه، لم يكن عليه حدٌّ؛ وذلك لأن الجد ليس بأبٍ في الحقيقة، فإذا نفاه عنه صدق في نفيه.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل له جدٌ جاهلي، فقال له رجلٌ: لست بابن فلانٍ جدك، لجد أبيه الجاهلي، أنه لا حدٌّ في مثل هذا.

وكذلك رجل مسلم له أبٌ كافرٌ، أو جدٌ كافرٌ، ف قيل للابن المسلم: ليس فلان بأبيك، يعني جدك^(٣)، فقال له المسلم: أنت [سببتني حتى أزلت نسب أبي]^(٤)، أنه لا حدٌّ عليه فيه أيضًا؛ وذلك لأن هذا قذف لامرأة كافرة، فلم يكن قذفًا صحيحًا، فلم يجز للمسلم المطالبة بالحدِّ فيه.

وقال ابن رستم عن محمد: قال أبو حنيفة: في رجل قال لرجل عربي: يا نَبَطِيّ، إنه لا حدٌّ عليه، ولو كان في هذا حدٌّ كان لو قال للرومي: يا فارسي حدٌّ؛ وذلك لأن هذا يذكر ولا يراد به النسب، وإنما يريد^(٥) الطباع والأخلاق، فيقال للعربي: أنت نَبَطِيّ، بمعنى: إنك لتشبه النبط في أخلاقهم، فلم يكن ذلك قذفًا.

(١) روى خبر إجازة سمرة الحاكم في المستدرک (٢٣٥٦)، وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، ووافقته الذهبي.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (جد المسلم).

(٤) في أ (أنت أحق) والمثبت من ب.

(٥) في ب (يراد به).



وقال في رجل قال لرجل: يا ابن الأقطع، أو يا ابن الأعور، [أو يا ابن الأسود، ونحو هذا، وليس في آباءه أقطع ولا أسود ولا أعور]: إنه لا حدّ عليه؛ لأن هذا لا يراد به أن أمه زنت برجلٍ على هذه الصفة، وإنما يراد به أن أباه موصوفٌ بهذه الصفة، وقد يذكر هذا [في الصحيح] على طريق الذم والسبّ، كما يقال للبصير: يا أعمى.

وقال بشر عن أبي يوسف: فيمن قال لرجل: لست لآدم، أو لست لرجلٍ، أو لست لإنسانٍ، أو لست لأحدٍ، قال: لا يكون قاذفًا؛ لأن القذف هو أن يصف أمه بوطءٍ للآدمي لها، وإذا نفى أن يكون وطئها إنسانٌ، لم يكن قاذفًا. وقوله: لست لآدم، كذبٌ، فلا يثبت به القذف.

قال: ولو قال: لست لأب، أو لأبيك، أو للآباء، أو لم يلدك أبوك، فإن هذا كله قذفٌ، وكذلك لو قال: لست للرشدة^(١)؛ وذلك لأن نفي النسب عن الأب إنما يكون بزنا الأم^(٢).



(١) «يقال: هو ولد رشدة، أو لرشدة: صحيح النسب أو من نكاح صحيح». المعجم الوسيط /رشد/.

(٢) انظر: الأصل ١٩٨/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٣٥/٦ وما بعدها.

بَابُ مُتَشَابِهِ الْقَذْفِ



قال (أبو الحسن عليه السلام)^(١) في رجلٍ قال لرجلٍ: يا زانية، قال: لا حدّ عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً.

وقال محمد: يجب^(٢) حدّ القاذف، وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأول أصحّ.

وجه قولهما: أن «الهاء» إنما تثبت في صفة المذكر للمبالغة في العلم بالشيء، يقول العرب: فلانٌ نسابٌ، وعلامةٌ، فكأنه قال له: أنت أعلم الناس بالزنا، أو أنت عالم بالزنا، وهذا ليس بقذف.

وجه قول محمد: أنه أتى بالقذف وزاد عليه زيادةً لا يحتاج إليها، فتعلق الحكم بلفظ القذف، وسقطت الزيادة.

ولأنه لو قال لامرأة: يا زانٍ، كان قاذفاً وإن وصفها بصفة المذكر، وكذلك إذا قال لرجلٍ: يا زانية، فوصفه بوصف المؤنث.

[قال]: وإن قال للمرأة: يا زانٍ، فعليه الحدّ في قولهم جميعاً؛ وذلك لأن الأصل في الكلام المذكر، والتأنيث داخل عليه للفصل، فإذا أسقط علامة التأنيث، فقد أتى بأصل الكلام، فكان قاذفاً.

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (يحدّ).

فإن قال: يا ابن الزاني، أو يا ابن الزانية، حدّ؛ وذلك لأنه قذف أباه وقذف أمه، فإذا كانا مُحَصَّنِينَ مَيِّتِينَ^(١)، فله المطالبة بحدّهما.

وإن قال: يا ابن الزنا، قال: يحدّ في ذلك كله؛ لأن الزنا فعلٌ، ولا ينسب الإنسان إليه، وإنما معناه أنه مولودٌ من الزنا، وأنه ابن فاعل الزنا، وهذا قذفٌ.

وقال^(٢) في رجلٍ قال لرجلٍ: يا معفوج^(٣)، قال: يعزّره؛ وذلك لأن [هذا وصفٌ]^(٤) بهذا الفعل، وليس فيه فرق بين الوطاء وغيره، فلم يكن قذفاً [على قول أبي يوسف ومحمد حتى يضيف الفعل إلى السبيل، وعلى قول أبي حنيفة لا يكون قاذفاً به] بحال، وعليه التعزير؛ لأنه قذفه بأمر الحق به الشين، وليس عليه حدٌّ مقدّرٌ.

وقال في رجلٍ قال لآخر: يا ابن القحبة، قال: يعزّره؛ وذلك لأن القحبة قد تكون المتعرّضة بالزنا وإن لم تفعل، فلم يكن هذا صريح قذف.

وقال فيمن قال لامرأته: يا خليلة فلان، قال: ليس عليه حدٌّ؛ لأن الخليلة تقتضي المودة، وقد يكون ذلك مع الوطاء، وقد يكون مع غيره.

وقال: في رجلٍ قال لآخر: جدُّك زانٍ، أنه لا حدّ عليه؛ لأن اسم الجد يتناول الأعلى والأدنى على طريق الحقيقة، وفي جملة الأجداد كافرٌ، فإذا لم يتميز الجدّ المقذوف، لم يكن قاذفاً.

وقال: فيمن قال لرجلٍ: يا ابن ألف زانيةٍ، أنه يُحدّ؛ وذلك لأنه قد قذف

(١) في ب (مسلمين).

(٢) في ب (وهذا).

(٣) في ب (يا مفتوح)، خطأ، والمعفوج: هو المأتي في الدبر. انظر حاشية ابن عابدين (٧٢/٤)

(٤) في أ (ما يوصف)، والمثبت من ب.



الأمّ ومن فوقها من الأمهات ، وقذف الأم يكفي في إيجاب الحدّ .

وقال هشام: سألت محمداً عن رجلٍ قال لقوم مجتمعين: ليس فيكم إلا زانٍ إلا واحد، أو قال: كلكم زانٍ إلا واحداً، أو قال: لرجلين: أحكما زان، فقيل له: هذا؟ لأحدهما، فقال: لا، قال: لا أحده للآخر؛ وذلك لأنه قذف لمجهول، والقذف للمجهول لا يثبت له حق المطالبة، فسقط الحدّ .

وأما إذا قال: أحكما، فالقذف لم يصحّ؛ لأنه لغير مُعَيَّن، فإذا نفي [القذف] ^(١) عن أحدهما، فلم يحد بقذف الآخر، فلم يتعلّق بقذف [١/٣٦١] المبتدأ حكم لم يتعلّق به [حدّ] عند وجوده .

وسمعت محمداً قال في رجلٍ قال لآخر: أخوك زانٍ، فقال الآخر: لا بل أنت، قال: يحدّ القاذف الآخر؛ لأن قوله: لا، للنفي، وبل للإثبات، وهذا أكد ما يكون من الإثبات؛ ولهذا يستعمل في لفظ الشهادة بالتوحيد، فإذا ثبت القذف، حدّ .

فأما القاذف الأول، فإنما قذف أخاه، وقذف الأخ لا يثبت به المطالبة لأخيه، فإن حضر الأخ وطالب وليس للمسبوب أخ إلا هو، ثبت له الحدّ .

وقال أصحابنا: لو كان رجلٌ قال لآخر: يا زانٍ، فقال له آخر: صدقت، فعلى القاذف الحدّ، وليس على المصدق حدّ؛ لأن المصدق يحتمل أن يكون صدقه في القذف، ويحتمل التصديق في غيره، فلم يجز إثبات القذف بالشكّ .

وإن قال: صدقت هو كما قلت، فهو قاذفٌ؛ لأنه لا احتمال في هذا

(١) في أ (الحد)، والمثبت من ب .

التصديق إلا القذف ، فحمل عليه .

٢٦٩٢ - [فصل : الحد فيما إذا اختلف الشاهدان في موقع القذف]

قال : وإذا شهد رجلان على رجل بالقذف ، فقال أحدهما : قذفه هاهنا ، وقال الآخر : قذفه بالرقعة ، قال : أما على قول أبي حنيفة : فلا حدَّ عليه ، وقال أبو يوسف ومحمد : عليه الحدُّ ، وكذلك إذا قال أحدهما : يوم الجمعة ، وقال الآخر : يوم الخميس ، فهذا على هذا الخلاف .

وهذه المسألة على قلب هذا الخلاف عند أبي حنيفة : يجب الحد ، وعندهما : لا يجب ، وهو خلافٌ في الأصل لا يشتبه ، وإنما وقع السهو من الناقل في النسخ .
لأبي حنيفة : أن القذف طريقه الأقوال ، والأقوال تعاد وتكرر^(١) ، فاختلاف الأيام لا يؤثر فيها كالاختلاف في الإقرار .

وجه قولهما : أن [كل واحدٍ منهما شهد بقذفه عن القذف الآخر] ، وكل واحدٍ من القذفين لا يجوز إثباته إلا بشاهدين ، وليس هذا كالإقرار ؛ لأن الشبه^(٢) لا يؤثر فيه ، والحد يؤثر فيه الشبه ، فجاز أن يؤثر فيه الاختلاف .

قال : ولو شهد أحدهما أنه قال له : يا زانٍ ، يوم الخميس ، وشهد الآخر : أنه أقر أنه قال له يوم الخميس : يا زان ، لم يحد في قولهم ؛ وذلك لأن أحدهما شهد بالقذف ، والآخر بالإقرار به ، وكل واحدٍ من الأمرين لا يصح إثباته إلا بشاهدين .

وقال ابن رستم عن محمد : في رجل شهد عليه شهود ، فقالوا : رأينا يزني

(١) في ب (وتكثر) .

(٢) في ب (التشبيه) ، وكذا في الموضع بعده .

فيما دون الفرج ، قال : لا يحد ، ولا يحدون ؛ وذلك لأنهم ذكروا الزنا ، وفسروه بما ليس بزنا موصولاً بالكلام ، فأسقط ذلك الظاهر ، وصار كما لو قالوا : زنا ببهيمة ، أو زنا بحمار^(١) .

ولو قالوا : رأينا يزني (فأبهموا ، ضُربوا الحد)^(٢) ؛ لأن إطلاق الزنا يتناول الوطاء في الفرج ، والكلام محمولٌ على إطلاقه ، إلا أن يبين المتكلم غير ذلك .
قال : ولو قال لامرأة : يا زانية ، فقالت : زنيْتُ بِكَ ، حُدَّت المرأة ، ولم يُحَدِّ الرجل ؛ وذلك لأنها صدقته في القذف ، حتى قالت : زنيْتُ ، وقذفته بقولها : زنيْتُ بِكَ ، فسقط حكم قذفه ، وبقي حكم قذفها .

ولو قال : يا زانية ، فقالت : لا بل أنت الزاني ، حُذِّا جميعاً ؛ لأن كل واحد منهما قذف الآخر ، ولم يوجد من المقذوف تصديقٌ .

ولو قال : يا زانية ، فقالت : زنيْتُ معك ، فلا حدٌّ على واحدٍ [منهما] ؛ لأن قولها زنيْتُ تصديق في القذف ، وقولها : معك ، يحتمل وأنت حاضر ، أو شاهد ، فلم يكن ذلك مع الاحتمال قذفاً .

ولو قال : أنت زانية ، فقالت : أنت أزني مني ، قال : يُحَدِّ الرجل ؛ لأنه قاذف ، وليست هي بقاذفة من قبيل أن رجلاً لو قال لرجل : أنت أزني مني ، أو أنت أزني الناس ، لم يكن عليه حدٌّ ؛ لأنه ليس بقاذف ؛ وذلك لأن قولها : أنت أزني مني وأزني الناس ، يحتمل أن يراد به : أنت أعلم الناس بالزنا ؛ لأن لفظ أفعل يستعمل في الفعل والعلم ، ولم يذكر أبو الحسن في هذه المسألة خلافاً ،

(١) في ب (بجدار) .

(٢) في ب (فإنهم يضربوا الحد) .

وذكره غيره على الخلاف .

وعند أبي حنيفة^(١) وزفر والحسن بن زياد: إذا قال: أنت أزنئ الناس ، [أو أزنئ من الزناة ، أو أزنئ من فلان الزاني ، فإنه قاذف ويضرب الحد ، ولو قال]: أزنئ مني أو من فلان ، (لم يكن عليه حدُّ لما قدمنا .

وقال أبو يوسف: إذا قال: أنت أزنئ الناس ، أو أنت أزنئ من فلان ، لم يحد^(٢) ؛ وذلك لأنه إذا قال: أزنئ من الزاني ، فقد أضاف لفظة أفعل إلى من وجد منه الفعل ، فالظاهر أن المفاضلة في الفعل^(٣) ، وكذلك إذا قال: أزنئ الزناة ، فإذا قال: أنت أزنئ الناس ، فقد علمنا أن في الناس زناةً ، فقد أضاف لفظة أفعل إلى من وُجد منه الزنا ، وإذا قال: أزنئ مني ، وأزنئ من [فلان]^(٤) ، فقد أضاف اللفظة إلى من لم يعلم منه فعل الزنا ، فاحتمل أن يكون المراد بها العلم ، فلم يحد .

وقال ابن رستم عن محمد: في رجلٍ قال لرجلٍ: يا ماص كذا وكذا من أمه ، فذكر الفحش ، قال: يعزّر ، ولا حدّ عليه ؛ وذلك لأن هذا سبٌّ ، والسب بغير الزنا إذا ألحق به الشين ، (فلا حد عليه)^(٥) ، ووجب به التعزير .

وقال ابن رستم عن محمد عن أبي حنيفة: في رجلين استبّا ، فقال (أحدهما: ما أنا بزاني)^(٦) ، [ما أبي بزاني] ، ولا أمي بزانية ، قال: لا حدّ في هذا ، وهو قول

(١) في ب (فقال أبو حنيفة) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (فالظاهر أن المراد بها المبالغة في الفعل) .

(٤) في أ (فعل) ، والمثبت من ب ، وهي الصواب في السياق .

(٥) سقطت من ب .

(٦) سقطت من ب .

محمد؛ وذلك لأن هذا رجلٌ مدح نفسه (١) وأباه، ومدح أمه، ومدح الإنسان لنفسه أو لأبيه [أو لأمه] لا يتعلّق به وجوب الحدّ.

وقد قال مالك: إن هذا قذفٌ؛ لأنه في حال المسبة (٢) غنيٌّ عن مدح أبيه، وإنما يكتفي بهذا عن عكس الصفة في أب المخاطب، فصار قذفاً (٣).

وهذا ليس بصحيح؛ لأن أكثر الأحوال أن يكون قذفاً بكناية، والقذف قائم مقام الصريح، والحدود لا يجوز إثباتها بما قام مقام الغير.

وقال محمد: قال أبو حنيفة في رجلٍ قال: من قال إني فعلت كذا وكذا فهو ابن الزانية، فقال رجلٌ: أنا قلته، فلا حدّ على المبتدئ، علم أن ذلك الرجل قال أو لم يعلم.

وكذلك لو قال: من يقول فيّ كذا وكذا فهو ابن الزانية، فقال رجلٌ: أنا أقوله، لم يكن (٤) عليه أيضاً حدٌّ؛ لأن هذا قذفٌ لغير معيّن، وقذفٌ معلقٌ بشرطٍ، والقذف لا يجوز تعليقه بالشروط، ألا ترى أن الإنسان لا يكون زانياً إن قال قولاً، فلم تصح إضافة الزنا إلى قوله، وإذا لم تصح الإضافة، لم يلحق المقذوف الشين.

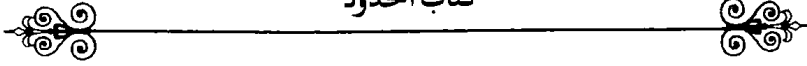
وقال هشام: سمعت أبا يوسف قال: في رجل قذف رجلاً، [فقال]: يا لوطي، إنه إن أفصح بذلك حددته.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (المشائمة).

(٣) نقل مالك ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الموطأ بعد (١٥٦٩)، ص ٥٧٩.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.



وقال هشام: والإفصاح أن يقول: أنت تعمل عمل قوم لوط.

وقال في الأصل: في الرجل يقول للرجل: يا لوطي، قال: لا حد عليه، فإن قال: أنت تعمل عمل قوم لوط، وسمي ذلك، ولم يُكنَّ عنه، قال: يحد في قول أبي يوسف ومحمد^(١)، ويعزّر في قول أبي حنيفة ولا يحد.

وهذا فرع على اختلافهم في حكم هذا الفعل، فعند أبي حنيفة: أنه ليس بزنا، والقذف بغير الزنا لا يوجب الحد.

وعندهما: أنه زنا [ب/٣٦١]، فالقذف [به] يتعلق به الحد؛ إلا أنهما لا يوجبان ذلك إلا بصريح القذف، وقوله: يا لوطي، يحتمل الفعل، ويحتمل السب^(٢)، فلا يحمل على الفعل بالشك.

وقال هشام: عن محمد في رجل قال لرجل: يا أخا الفاعلة، يعني: الزانية، أو يا عم الزانية، قال: ليس على قائل هذا حد؛ لأن هذا تعييرٌ، وليس بثتم؛ وذلك لأن الأخ لا يكون له المطالبة بقذف أخته، وكذلك العم؛ لما بينا: أن القذف في نسبه لا يقع بقذفها، [ولا بزناهما]

قال هشام: إلا أن معنى قول محمد: حتى تجيء الأخت [نفسها]^(٣) فتطالب؛ وذلك لأنه قاذف لأخته، فإن لم يكن له إلا أخت واحدة فقط، فالقذف لمعيّن، فلها أن تطالب بذلك.

(١) وأيد ذلك بقوله: «قال: بلغنا عن إبراهيم النخعي أنه قال: يحد». الأصل ١٩٠/٧.

(٢) في ب (التشبيه).

(٣) في أ (بعينها) والمثبت من ب.

قال هشام: قال محمد^(١) في رجل قال لرجل: أنت تزني، قال: لا حدّ عليه؛ لأن حروف المضارعة إذا دخلت على الفعل، خلص للمستقبل، والإخبار عن الفعل في المستقبل ليس بقذف.

فإن قال: أنت تزني، وأضرب أنا، فلا حدّ عليه؛ لأن هذا إنما يقال على طريق الاستفهام والتغريب، أي كيف يجوز أن يعاقب غير الفاعل، فلا يقصد بذلك القذف.

قال هشام: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لآخر: يا ابن الدعيّة، قال: لا يحد؛ لأن الدعيّة للنسبة في العرف^(٢)، ولا نسب لها فيهم، وهذا لا يوجب الزنا.

قال هشام: سمعت محمداً قال: إذا قال الرجل لآخر: يا زان، فأدخل فيه الهمزة، وقال: عنيت أن تصعد على شيء، قال: عليه الحدّ، ونيته باطلة؛ وذلك لأن العامة لا تفصل بين إدخال الهمز وإسقاطه، فقد يلين المهموز ويهمز الملين، وإذا لم يفصل كان الظاهر من قوله القذف.

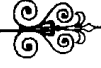
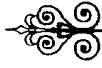
فإن قال: زنأت في الجبل، ثم قال: عنيت الصعود فيه، فعليه الحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا حدّ عليه.

وجه قولهما: ما ذكرنا أن العامة لا تفصل بين إدخال الهمز وإسقاطه، فصار هذا لغة لهم، والقاذف بغير لغة العرب يجب عليه الحد^(٣).

(١) في ب (عن محمد).

(٢) في ب (في العرف).

(٣) في ب (يحد الحد).



فإن قيل : فما تقولون في العربي الذي يفصل بين الأمرين إذا قال هذا؟

قلنا: لا رواية فيه ، فمن أصحابنا من قال: لا حدّ عليه ؛ (لأنه ممن يفصل بين الأمرين ، فإذا أدخل الهمزة ، فإنما أراد الصعود ، ومنهم من قال: عليه الحد)^(١) ؛ لأن العامة لما اعتادت استعمال هذه اللفظة في القذف ، صار العربي كالقاذف بلغة غيره .

وجه قول محمد: أن الزناء - بالهمزة - هو الصعود^(٢) ، فإذا ذكر معه الجبل ، فقد زال الاحتمال ، وصار الظاهر ما قاله ، وليس كذلك إذا لم يذكر الجبل ؛ لأنه لا ظاهر يدل على الصعود إلا الهمزة ، وهو أمر [مشتبه]^(٣) عند العامة ، فلم يعتد به .

قال: فإن قال: زنأت على الجبل ، فعليه الحد في قولهم ؛ وذلك لأنه لا يقال: صعدت على الجبل ، والجبل موضع يصح عليه الزنا ، فصار كما لو قال: زنأت على السطح أو على الفراش .

وقال بشر عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته: ما رأيت زانيةً خيراً منك ، أو قال لرجلٍ: ما رأيت قط زانيةً خيراً منك ، [قال]: قال أبو حنيفة: لا حدّ عليه ، وهو قول أبي يوسف ؛ لأنه جعل المخاطب خيراً من الزناة ، وهذا لا يقتضي المشاركة في الزنا ، وإنما يقتضي صفة التفضيل خاصة .

وقال في رجل قال لامرأته: زنى بك زوجك قبل أن يتزوجك ، قال: هو

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في مختار الصحاح: «زَنَأَ فِي الْجَبَلِ: صَعِدَ، قَالَ: وَالزَّوْنَاءُ - بوزن الصفاء -: الْحَاقِنُ». (زناً) .

(٣) في أ (معتبر) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في تصوير المسألة .

قاذفٌ ؛ وذلك لأن الزنا يصحّ منهما قبل النكاح ، فقد قذفها بزنا يسبّها به ، فوجب عليه الحد .

قال: ولو قال: زنى فخذك ، أو ظهرك ، أو يدك ، فليس عليه حد ؛ وذلك لأن الزنا بغير الفرج إنما يكون بالفعل الداعي إلى الزنا ، (كما قال ﷺ: «العينان تزنيان»^(١) ، والفعل الداعي إلى الزنا)^(٢) ليس بقذف .

قال: وإن قال: زنى بك بإصبعه ، لم يكن عليه حدٌ ؛ لأنه فسّر الزنا بفعلٍ ليس بزنا بكلامٍ متصلٍ ، فخرج أن يكون قاذفًا^(٣) .



(١) أخرجه البخاري (٥٨٨٩) ؛ ومسلم (٢٦٥٧) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٢٠١/٧ وما بعدها .

بَاب آخِرُ مَا لَا يَكُونُ قَذْفًا

— ❖ —

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: زني وأنت مستكرهة، أو أنتِ معتوهة، أو نائمة، أو مجنونة، أو أضاف الزنا إلى وطئ^(١) لا يجب عليه حدُّ لو فعله، أو قال: وطئتُ فلانَ وَطْئًا حرامًا، أو جامعك حرامًا، أو فجر بك فلان، أو قال لرجل: فجرت بفلانة، أو فعلت بفلانة، فسَمِّيَ فحشًا لا يكتفى عنه، أو جامعها حرامًا، أو وَطْئًا حرامًا، أو باضعها، فلا حدَّ عليه في هذا؛ وذلك لأنه قذفها بالزنا وفسره بما ليس بزنا، لأن الصغيرة والمجنونة والمستكرهة لا يوصف فعلهنَّ بالزنا، وإذا فسر الكلام تفسيرًا متصلًا حُمِلَ القذف على تفسيره.

وأما إذا قال: وطئتُ وَطْئًا حرامًا، فالوطاء الحرام قد يكون زنا وغير زنا، فلا يثبت القذف بالشك، وكذلك الفجور، اسم للزنا، واسم للوطاء المحرم.

فأما إذا [قال]: وطئها فلان أو فعل بها فلان، وذكر الفحش، فقد يكون هذا الفعل حلالًا، وقد يكون حرامًا، فلم يثبت به القذف.

٢٦٩٣ - [فصل: اعتبار القذف بحال المقدوف]

وأما إذا قال لأمةٍ أعتقت أو كافرةٍ أسلمت في حال الحرية أو في حال الإسلام: زني وأنت أمةٌ أو كافرةٌ، فعليه الحدُّ؛ لأنه قاذفٌ يوم تكلم بزناها قبل ذلك، فيحدُّ.

(١) في ب (أو أضاف إليها فعلاً وَطْئًا).

وجملة هذا: أن المعتبر عندنا في القذف حال ظهوره، دون حال الإضافة،
وقال الشافعي: المعتبر بحال الإضافة.

والدليل على ما قلناه: أن الحدود يُعتبر فيها حال ظهور أسبابها، الدليل
عليه سائر الحدود.

ولأن المعتبر لو كان بحال الإضافة، لوجب إذا قال ابن عشرين سنة لابن
خمسين سنة: زنيته منذ ثلاثين سنة، لا يجب عليه الحد؛ لأنه قاذفٌ قبل أن
يخلق، فلما وجب عليه الحد، دل على أن المعتبر حال القذف دون حال الظهور.
ولأنه ألحق الشين بمقذوف مُحصَّنٍ، فوجب عليه الحد كما لو قذفه بزنا
في حال الإسلام.

[قال: ولو قال لمرتدة: زنيته قبل أن تتردِّي، فلا حدّ عليه، وهذا على ما
قدمنا أن المعتبر حال القذف دون حال الإضافة، وهي في الحال غير محصنة].

قال: وإذا قذف الرجل رجلاً بغير لسان العربية، أي لسان كان، فهو قذفٌ
صحيحٌ؛ لأن الشين يلحق بالمقذوف بغير اللغات، والحدّ يجب للشين.

وإذا قال: يا آكل الربا، أو يا شارب الخمر، فعليه التعزير؛ لأنه رماه بما
يلحق به الشين، وليس عليه حد مقدر.

ولو قال: يا حمار، (أو يا ابن الحمار)^(١)، أو يا ثور، أو يا خنزير، لم
يعزر؛ لأنه غير قاذف في قوله، فلا يلحق المسبوب شيئاً بذلك.

ولو قال رجلٌ لرجلٍ: فعلت يا ابن الآخر كذا وكذا، لا يكتفي عن الفحش،

(١) سقطت من ب.



غير أنه لا يقول: زنت زناً^(١)، فلا حدّ عليه .

وكذلك لو قال: أنا فاعلٌ بأُمَّه ؛ لأن هذا الفعل قد يكون [أ/٣٦٢] على وجه الزنا ، وقد يكون بنكاح ، وقد يكون لتهمة .

ولو قال رجل لرجل: اذهب فقل لفلان: يا زان ، أو يا ابن الزانية ، فلا حدّ على المرسل ؛ لأنه أمره بالقذف ، ولم يقذف ، والأمر بسبب الحدّ لا حدّ عليه ، كالأمر بالزنا .

وأما الرسول ، فإن قذفه قذفاً مطلقاً حدّ .

وإن قال له: أرسلني إليك ، فلا حدّ عليه ؛ لأنه حاك القذف عن غيره .

ولو قال رجلٌ لرجلٍ: قد أخبرت بأنك زانٍ ، أو أشهدني فلان أنك زانٍ ، فلا حدّ عليه ؛ لأنه حكى القذف عن غيره ، وشهد على شهادة غيره .

ولو قال رجل لرجل: أشهد أنك زان ، فقال الآخر: وأنا أشهد ، فعلى الأول الحدّ ، ولا حدّ على الثاني ؛ لأنه يحتمل أن يقول: أنا أشهد بزناك ، أو أشهد شهادة الحق ، فلا يثبت القذف بالاحتمال .

وإذا قال: قد زنى فرجك ، فعليه الحدّ ؛ لأنه أضاف الزنا إلى العضو الذي يقع به الزنا ، فكأنه قال: زنت بفرجك .

وإذا قال: زنت وفلان معك ، فهو قاذف لهما ، فإن قال: عنيت: وفلان معك شاهد ، لم أنظر إلى قوله هذا ، وعليه الحد ؛ وذلك لأنه عطف فلاناً على الضمير في قوله زنت ، فاقتضى اشتراكهما في الفعل .

(١) في ب (زنت بها) .

وإذا قال الرجل لامرأة: زنيتِ ببعير، أو بثور، أو بحمار، أو بفرس، أو ببرذون، فليس عليه حدٌّ؛ وذلك لأنه أضاف الزنا إلى من [لا] يكون منه الوطاء، فكأنه قال: وطئتُ حماراً، أو فرساً، فلا يكون ذلك قذفاً.

فإن قال لها: زنيتِ بناقة، أو ببقرة، أو بشاة، [أو بدابة]، (أو بدنانير، أو بدارهم)^(١)، أو بشيءٍ من سائر الأمتعة، فهو قاذفٌ لها؛ وذلك لأن الأنثى لا يكون منها فعل الزنا بالأنثى، فكان ذلك عوضاً، فكأنه قال لها: زنيتِ بعوض هو حمار أو بقرة.

وإذا قال ذلك لرجلٍ، فلا حدٌّ عليه في جميع ذلك، إلا أن يقول: زنيتِ بأمة. وقد قال أصحابنا: إن هذا على التفصيل، فإن قال له: زنيتِ بأنثى كالبقرة والشاة، فليس بقاذف؛ لأنه يصحُّ أن يطأ هذا الحيوان، و[هذا] ليس بزنا إلا في الجارية خاصة.

وأما إذا قال: زنيتِ بذكرٍ مثل الحمار والفرس، لا يمكن حمل ذلك على الوطاء، فحمل على العوض والجعل، فكأنه قال: زنيتِ بعوضٍ هو حماراً.

قال: وإذا قال رجل لرجل: يا يهودي، أو يا نصراني، أو يا مجوسي، أو يا ابن اليهودي، أو يا ابن المجوسي، فلا حد عليه، ويعزَّر، وكذلك إن قال: يا فاسق، أو يا فاجر، أو يا ابن الفاسق، أو يا ابن الفاجر؛ وذلك لأن هذا رمي بما يلحق به الشين، وليس بزنا، فلا يكون [به] قاذفاً، إلا أنه رماه بأمرٍ منكر ليس عليه حدٌّ في الشريعة، فيعزَّر^(٢).

(١) سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٢١٦/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٣٧/٦ وما بعدها.

[٦٦] بَابُ

في التعزيرِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال أبو حنيفة وزفر ومحمد: لا يبلغ في التعزير^(١) أربعين سوطاً [في حرٍّ ولا عبدٍ]، قال أبو يوسف عن أبي حنيفة: في حرٍّ ولا عبدٍ ولا امرأةً.

قال أبو يوسف: وكان ابن أبي ليلى يضرب في التعزير خمسة وسبعين سوطاً، ولا أحفظ عنه [في] تعزير العبد [شيئاً].

وقال الحسن بن زياد: التعزير ما بين ثلاثة أسواط إلى خمسة وسبعين على قدر ما يرى القاضي، (وعلى قدر ما جنى الذي يُعزَّر).

قال: ويُعزَّر العبيد ما بين ثلاثة أسواط إلى خمسة وثلاثين سوطاً، على قدر ما يرى القاضي^(٢)، ولا يبلغ تعزير حرٍّ حدَّ الحرِّ، ولا تعزير عبدٍ حدَّ العبد.

وحكى الحسن عن ابن أبي ليلى: يبلغ بتعزير الحر خمسة وسبعين سوطاً، وبتعزير العبد خمسة وثلاثين.

أما الكلام في أقل التعزير، فوجه ما ذكره الحسن: أن المقصود بذلك الزجر، وما دون ثلاث جلدات لا يقع به الزجر.

(١) التعزير في الأصل: الرد والردع: وهو المنع، وفي الشرع: «هو التأديب دون الحد على معصية لا حد فيها ولا كفارة». التوقيف (تعزير).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

وأما أكثره، فلا يزداد على تسعة وثلاثين عند أبي حنيفة ومحمد؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من بلغ حدًّا في غير حدٍّ، فهو من المعتدين»^(١)، وروي أنه قال: «لا يُجلد أكثر من عشر جلدات، إلا في حدٍّ من حدود الله»^(٢).

ولأن الأربعين حدٌّ في العبد بنفسها، فلا يستوفى في التعزير، كالقتل والقطع.

لأبي يوسف: ما روي عن علي رضوان الله عليه أنه قال: في التعزير خمسة وتسعين^(٣)، فاعتبر أعلى الحدود، ونقص منها خمسة، فأقلده في النقصان، واعتبر أدنى حد الحر، فيجب خمسة وسبعين.

وعلى هذا قال: في العبد خمسة وثلاثين؛ لأن أدنى جلد العبد أربعون^(٤)، فينقص منها خمسة.

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: يقرب كل شيء من نوعه، فيقرب الوطء فيما دون الفرج من حد الزنا، والقذف بما سوى الزنا من القذف بالزنا، ويقرب المحرم الذي ليس بخمر من حد الخمر، حتى يلحق كل نوع من المعاصي بنظيره.

وقالوا جميعاً: لا يعزر في المسجد؛ لأن المعنى المانع من إقامة الحدود في المساجد؛ أنه لا يؤمن أن ينفصل منه^(٥) نجاسة، وهذا المعنى موجود في التعزير.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٣٦٢) من حديث النعمان بن بشير، وقال: «المحفوظ مرسل».

(٢) أخرجه البخاري (٦٤٥٧)؛ ومسلم (١٧٠٨).

(٣) ذكره ابن حجر في الدراية (١٠٧/٢)، وقال: «لم أجده».

(٤) في ب (لأن أكثر حد العبد أربعون). خطأ.

(٥) في ب (من المحدود).

وقال ابن رستم عن محمد: يؤخذ في التعزير الكفيل ، ولا يُحبس له حتى يسأل عن شهوده ، ويُقبل فيه الشهادة على الشهادة ، وشهادة النساء مع الرجال ؛ وذلك لأن التعزير حقٌّ لآدميٍّ لا يسقط بالشبهة ، فيؤخذ فيه الكفيل كالديون ؛ ولهذا يقبل فيه شهادة النساء والرجال ، كما يُقبل في الديون ، ويصحُّ العفو عنه ؛ لقوله ﷺ: «تجافوا عن عقوبة ذوي المروءات»^(١) ، وقال: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم»^(٢) .

ولأنه حقٌّ لآدميٍّ ، فيجوز عفو عنه كـ [ما يجوز] عفو عن سائر حقوقه .
 وذكر علي [بن الجعد] عن أبي يوسف أنه قال: للإمام أن يعزّر ما بينه وبين المائة ، وهذا يجوز أن يكون تقليداً لعلي ﷺ في تجويز التعزير بخمسة وتسعين .
 وقال الحسن عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً قال لآخر: يا فاسق ، أو يا لص ، وهو رجل من أهل الصلاح لا يرمى^(٣) بفسقٍ ولا لصوصيةٍ ، عزّر القائل ، وإن كان يرمى بفسقٍ أو لصوصيةٍ ، لم يكن على القائل^(٤) شيء ؛ [لأنه إذا لم يرم الحق به الشين ، وذلك أمرٌ منكرٌ ليس عليه حدٌّ في الشرع ، وإذا كان يرمى] ، لم يلحقه شينٌ بالرمي ، فلم يعزّر .

قال: فإن قال [قائلٌ] لرجلٍ: يا ابن الخبيثة ، أو يا ابن الفاسقة ، أو قال: يا ماص بظر أمه ، وأُمَّهُ ميتة ، عزّر ، ولا يبلغ بضرب القائل الحدّ ؛ لأنه رمى [بما]

(١) أخرجه الطبراني في الصغير (٨٨٣)؛ وقال الهيثمي في المجمع: «فيه محمد ابن كثير بن مروان الفهري ، وهو ضعيف» (٢٨٢/٦) .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٧٥) ، وصححه ابن حبان (٩٤) .

(٣) في ب (لا يعرف) .

(٤) في ب (على الذي قال ذلك) .

دون الزنا ، فألحق الشين بالرمي .

وقال الحسن في نسق روايته عن أبي حنيفة: لا يقبل في التعزير شهادة النساء [ب/٣٦٢] .

قال: وفيها قول آخر: تقبل شهادة النساء مع الرجال في التعزير ، ويُحبس الذي وجب عليه التعزير أياماً ، ويُخلى سبيله ولا يضرب .

أما ما رواه عن أبي حنيفة: فوجهه أن التعزير عقوبة ، فلا تثبت بشهادة النساء مع الرجال^(١) ، كالحدود والقصاص .

وقوله: فيها قولٌ آخر ، إنما يريد بذلك مذهب نفسه ؛ [ولأنها عقوبة بالحبس ، فتقبل شهادة النساء]^(٢) ، ولم يضرب بها ، ولكنه حبس ؛ لأن التعزير قد يكون بالحبس ، وقد يكون بالضرب ، وقد يكون بهما ، فلم يثبت الضرب بشهادتهم ، وأثبت الحبس الذي هو أدنى منه^(٣) .



(١) (مع الرجال) سقطت من ب .

(٢) في أ (لأنها عادة الحبس تقبل النساء) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .

(٣) انظر: الأصل ١٥٥/٧ ، ١٨٩ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠٤/٦ وما بعدها .



بَاب

الحدود إذا اجتمعت ما يقام منها وما يبطل



قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: في رجل قذف قوماً، وزنى، وشرب الخمر، وسرق، [ولم يحصن]، وحضر بين يدي الإمام^(١)، كيف ينبغي للإمام أن يصنع؟

قال: يبدأ فيضرب حد القذف، فإذا فرغ أمر بحبسه حتى إذا برأ وخفّ الضرب، ثم هو بالخيار: إن شاء بحدّ الزنا، وإن شاء بحد السرقة، ثم يحبسه حتى إذا برأ أقام عليه الحدّ الآخر، فإذا فرغ حبسه، فإذا برأ أقام عليه حدّ الخمر. أما البداية بحدّ القذف، فإن المطالبة [به] لحقّ الآدميّ، وحقوق الله تعالى إذا اجتمعت مع حقوق الآدميين في حكم الدنيا، قدّم حقّ الآدمي.

وإنما حبس حتى يبرأ؛ لأن الإمام لو جمع بين الحدّين لأدّى ذلك إلى التلف، والحدود فيما دون النفس تستوفى على وجه لا يؤدي إلى التلف.

ثم الإمام مخير: بين البداية بحدّ السرقة، أو بحدّ الزنا؛ لأن كلّ واحدٍ منهما يثبت لحق الله تعالى، وهو ثابتٌ بالقرآن، فجزياً في التأكيد مجرى واحداً.

ويؤخر حدّ الشرب عنهما^(٢)؛ لأن وجوبه معلومٌ بالسنة، فهو أضعف مما

(١) في ب (وأتي به الإمام).

(٢) في ب (عندنا).

يثبت بالقرآن ، فكان البداية بالمتأكد أولى .

[قال]: وإن كان مع ذلك قتلٌ: ضربته للكذب ، ثم ضمنته للسرقة ، وقتلته ، ودرأت عنه ما سوى ذلك من الحدود ، كذلك إن كان زنى وهو محصن ، بلغنا نحو ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما (١) .

أما حدّ الكذب ، فلا يدخل في القتل ؛ لأنه حقٌّ يتعلق به مطالبة آدمي ، فتأكد في الوجوب ، كما تتأكد الديون .

وأما بقية الحدود ، [فقد اجتمع] النفس وما دون النفس لحق الله تعالى ، فإذا بدأ الإمام بالنفس ، سقط ما دونها حكماً ، وإن بدأ بما دونها لم يسقط النفس ، والإمام مأمون بفعل ما يؤدي إلى درء الحدود وإسقاطها (٢) .



(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨١٢٦) .

(٢) انظر: الأصل ١٨٧/٧ .

بَابُ يرى الرجل أو يسمعه أو يعلم به قبل أن يُستقضى هل يحكم به أم لا؟



قال أبو حنيفة رضي الله عنه: فيما علم الحاكم وشهد عليه قبل أن يستقضى، ثم استقضى، فاختصم إليه، فإنه لا يحكم فيه بعلم، [إنما] ^(١) هو شاهد، فإن طولب بالشهادة عند من فوقه ونفذ الحكم بشهادته مع شاهدٍ آخر، وهو في ذلك وغيره ممن ليس بقاضٍ سواءً، كائنًا من كان [ذلك] الحقَّ حدًّا أو غيره.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحكم في ذلك بعلمه من غير شهادة عنده، وفي جميع الحقوق والمطالبات إلا الحدود، فإنه لا يحكم بها، غير أن السرقة إن كانت قائمةً بعينها في يد السارق رَدَّها على صاحبها، وإن كانت مستهلكة ضمَّنه إياها.

أما ما علم القاضي قبل الحكم، فلا يحكم به عند أبي حنيفة؛ لأنه تحمل شهادة، فلا يجوز أن يجعله حكمًا، كمن شهد على شهادة غيره، ثم ولي القضاء، لم يجز أن يحكم بذلك.

وجه قولهما ^(٢): أن القاضي يجوز أن يحكم بالشهادة التي يقع له الظنُّ بها، فإذا كان قد شاهد، فقد حصل له العلم، فالحكم به أولى.

(١) في أ (أنه)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (قول أبي يوسف ومحمد).

وأما إذا علم في حال القضاء^(١)، فإنه يحكم به إلا في الحدود، هذا قولهم المشهور.

وروي عن محمد: أنه رجع حين رأى تخليط القضاة، وقال: لا يقضي القاضي بعلمه في حدٍّ ولا غيره.

وجه قولهم المشهور: أن الأمة اقتصر على قاضٍ واحد في كل مصر، فلو لم يقبل قوله فيما يقر به الخصوم عنده، لوجب أن يولى جماعة ليشهدوا بالحق، وإلا أدى إلى ذهاب أموال الناس.

ولأن أقوال القاضي مقبولة في تزكية الشهود في مذهبه، وصحة الحكم تتعلق به، وكذلك يقبل قوله في وجوب الحقوق.

وجه قول محمد: أني لو قبلت قول القاضي لقتلت بقوله، والقتل لا يجوز إثباته إلا بقول رسول الله ﷺ؛ ولهذا روي أن رجلاً أغلظ على أبي بكر الصديق، فقال أبو برزة^(٢): ألا أمرتني يا خليفة رسول الله فضربت عنقه، فقال: أو كنت فاعلاً لو أمرتك؟ فقال: نعم، قال: ما كان ينبغي ذلك لأحدٍ بعد المرسلين^(٣).

وأما الحدود فلا يقضي^(٤) القاضي فيها بعلمه؛ لما روي أن عمر بن الخطاب قال لعبد الرحمن بن عوف: أرايت لو رأيت رجلاً قتل أو سرق أو زنى، فقال: أرى شهادتك شهادة رجلٍ من المسلمين، قال: أصبت^(٥).

(١) في ب (وأما ما علمه في حال القضاء).

(٢) في ب (أبو هريرة)، والصواب في الرواية (أبو برزة).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٦١)؛ وأبو يعلى في المسند (٨٢).

(٤) في ب (يحكم).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨٨٧٧)؛ ورواه البخاري معلقاً بصيغة الجزم عقب حديث

(٦٧٤٨).

وروى سفيان ، عن ابن أبي ذئب ، عن الزهري قال : قال أبو بكر : لو وجدت رجلاً على حدٍّ من حدود الله ، لم أحده أنا ، ولم أدع [له] أحداً حتى يكون معي شاهداً غيري^(١) .

ولأن الحدود تجب لحق الله تعالى ، والقاضي خصمٌ في استيفائها ، فإذا قضى بعلمه ، فكأنه قضى بما هو خصمٌ فيه ، فلا يجوز .

وأما تضمين السرقة ؛ فلأنه حكمٌ بمال ، والأموال يجوز أن يقضي القاضي فيها بعلمه في المشهور من قولهم .

وما علمه القاضي في غير المصر الذي يليه ، لم يحكم به عند أبي حنيفة ومحمد في مصره ، وقال أبو يوسف : يحكم .

والخلاف فيه كالخلاف فيما علمه قبل القضاء ؛ لأنه لا يملك الحكم في الموضوع الذي علم ، فهو إنما تحمّل شهادةً ، فلم يجز أن يجعلها حكماً .

وقال أبو حنيفة : من أُقِرَّ به من زنا ، أو سرقةٍ ، أو شربِ خمرٍ ، أو سُكْرِ في غير مجلس قضائه الذي يجلس فيه الناس يقضي بينهم ، وأقر بذلك مراراً أربعاً في الزنا ، ومرةً في غير ذلك ، [ثم] لم يرجع عنه ، لم يأخذه بشيءٍ من ذلك ، وهذا بمنزلة رؤية القاضي له على بعض ذلك^(٢) ، إلا أنه يضمّنه السرقة لصاحبها ، وإنما يأخذ به من الإقرار ما كان من إقرار^(٣) عند القاضي وهو في مجلس قضائه قد جلس لذلك ؛ وذلك لأن الإقرار إذا حصل في مجلس القاضي فبنا ضرورةً

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٠٢٩٢) .

(٢) في ب (بمنزلة رؤية القاضي لتحمل بعض ذلك) .

(٣) في ب (ما كان في الدار) .

إلى إيجاب الحدّ به ، لولا ذلك لم يقع التوثق بقاضي واحدٍ .

فأما ما سمعه القاضي من الإقرار في غير مجلسه ، فلا ضرورة [١/٣٦٣] به إليه ، فيصيرُ كمشاهدته سبب الحدّ .

فأمّا ما لا يصحُّ الرجوع عنه بعد الإقرار به ، مثل القذف والقصاص إذا أقر بذلك في مجلس القاضي أو في غير مجلسه ، أقام القاضي عليه ذلك ؛ لأن هذا حقٌّ لآدميٍّ ، فإذا علم القاضي في حال [القضاء] ^(١) ، حكم بعلمه فيه كما يحكم في الأموال .

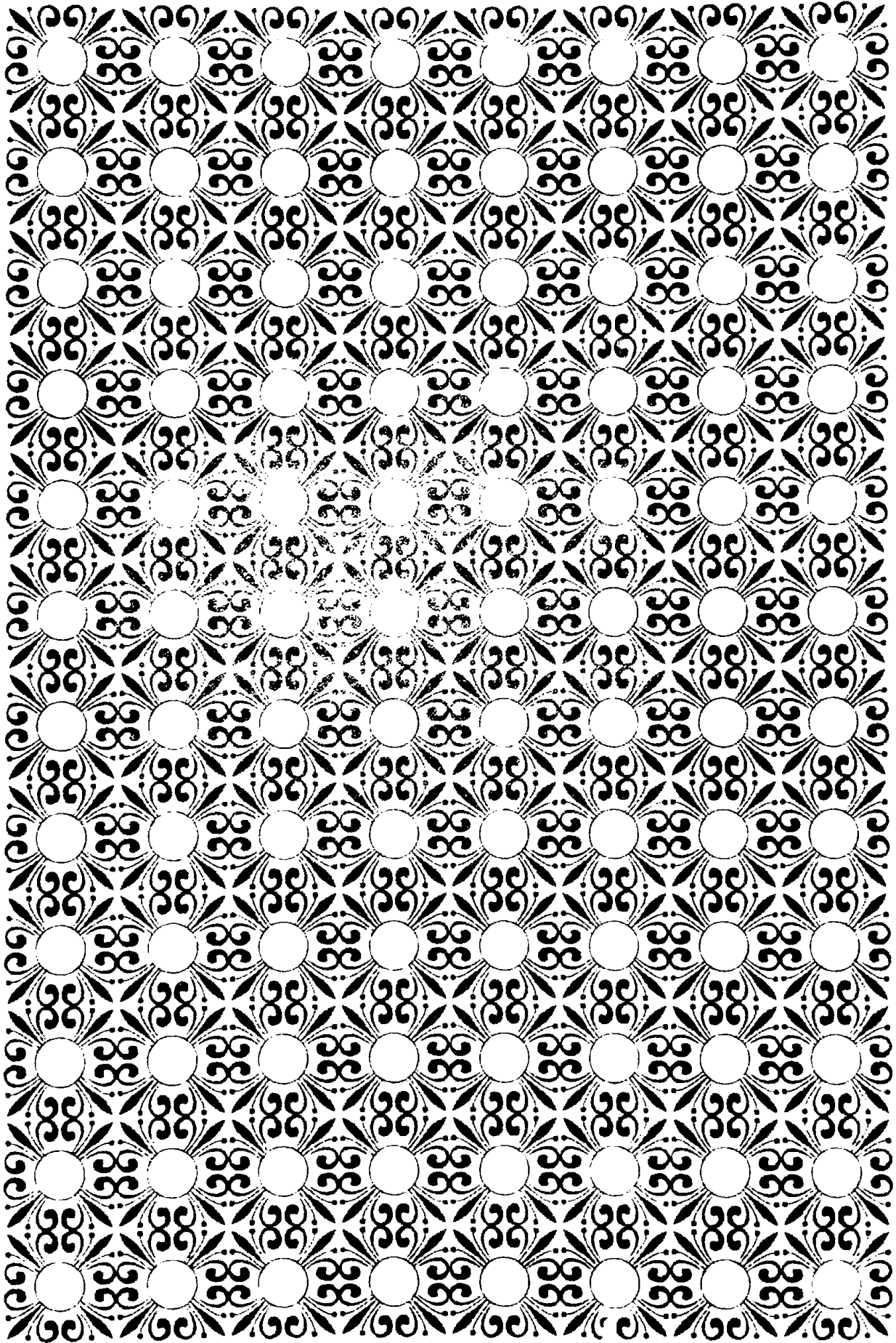
تم كتاب الحدود والله المشكور والمحمود

والصلاة على محمد وآله الرُّكع السُّجود ^(٢)



(١) في أ (القاضي) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٢) ليست في ب .



[٦٧] كتابُ السرقةِ وقطع الطريقِ

قال [الشيخ] أيده الله تعالى: السرقة^(١) عبارةٌ عن أخذ المال على وجه الاختفاء؛ لأن الأخذ إذا كان على غير وجه الاختفاء سُمِّي نهبًا وخِلْسَةً، فإذا كان على وجه الاختفاء سُمِّي سرقةً.

والأصل في وجوب قطع السارق^(٢): قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده»^(٣)، وروى أن سارقاً رُفِع إليه، فأقر بالسرقة فقطعه^(٤).

والسرقة يعتبر فيها [صفات]^(٥) السارق، والعين المسروقة، والحِرْز المسروق منه، والمالك للعين المسروقة.

فأما السارق، فيعتبر أن يكون بالغًا عاقلًا؛ لأن الحدود لا تجب إلا مع

(١) «السرقة لغة: أخذ الشيء من الغير خُفْيَةً، أي شيء كان.

وشرعًا: أخذ مكلف عاقل بالغ خفية قدر عشرة دراهم». أنيس الفقهاء ص ٦٧٦.

(٢) «قطع الطريق: هو الخروج لأخذ المال على وجه المجاهرة في موضع لا يلحق المأخوذ منه الغوث». الجوهرة ٢/٢١١.

وقطع الطريق يسمّى: سرقة كبرى، أما كونه سرقة: باعتبار أن قاطع الطريق يأخذ المال خفية عن عين الإمام الذي عليه حفظ الطريق، أما كونه كبرى: فلأن ضرره يعمّ عامة المسلمين؛ حيث ينقطع عليهم الطريق بزوال الأمن...». أنيس الفقهاء ص ١٧٨.

(٣) أخرجه البخاري (٦٤٠١)؛ ومسلم (١٦٨٧)

(٤) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)؛ والنسائي (٤٨٧٩)؛ وابن ماجه (٢٥٩٥)؛ قال في نصب الراية (٣/٣٦٩): «قال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح».

(٥) في أ (نصاب)، والمثبت من ب، والعبارة تقتضيه.

وجود التكليف ، ويعتبر في فعله أن يكون على وجه الاستخفاء ؛ لأن السرقة لا تكون مع الجهر .

ويعتبر في المكان المأخوذ منه: أن يكون حرزاً ؛ لأن النبي ﷺ قال في حريسة الجبل: « [فيها] غرامة مثلها ، وجلدات نكالٍ »^(١) ، فلم يوجب فيها القطع ؛ لأنها ليست بحرزٍ ، ويعتبر أن يكون غير مأذون له في دخول الحرز من جهة الآدمي ؛ لأن الآدمي^(٢) إذا أذن له في دخول الحرز ، خرج من أن يكون حرزاً في حقه .

ويعتبر في المال: أن يكون جنسه لا يوجد مباحاً [تافهاً] في دار الإسلام ، ولا يسرع إليه الفساد ، ولا يكون فيه شركة ولا شبهة [ملك] .

ويعتبر في المسروق منه: أن يكون له يد صحيحة في المال ، وأن لا يكون بينه وبين السارق رَحْم كامل ، ولا زَوْجِيَّة .

والكلام في تفصيل هذه المسائل يجيء فيما بعد .

وأما محل القطع: فهو مفصل الزَّند ، وقالت الخوارج: من المنكب ، ومن الناس من قال: الأصابع .

لنا^(٣): ما روي أن النبي ﷺ قطع السارق من مفصل الزند^(٤) ، وهذا بيان للمراد بالآية .

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠) ؛ والنسائي (٤٩٥٩) ؛ والترمذي (١٢٨٩) ؛ وقال: «حسن» .

(٢) (لأن الآدمي) سقطت من ب .

(٣) في ب (والذي يدل عليه) .

(٤) فيه عدة أحاديث ، منها ما رواه الدارقطني في السنن (٢٠٤/٣) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه ؛

وانظر: نصب الراية للتفصيل (٣٧٠/٣)

واليد التي يتعلّق بها القطع: هي اليمنى، كما قرئ^(١) في قراءة [عبد الله] بن مسعود: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا﴾^(٢)، (وروى الضحاك عن ابن عباس)^(٣) في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، قال: أيمانهما، وكذلك روي عن الحسن وإبراهيم^(٤).

ولا خلاف في أن القطع يبدأ به في اليمنى، وهذا إذا كانت اليسرى صحيحة والرجل اليمنى صحيحة يمكن الانتفاع بها إذا قطعت اليد اليمنى، فإن كانت اليمنى متى قطعت لم ينتفع بيده اليسرى، أو لم ينتفع برجله اليمنى [بشيء] دخلها قبل قطع اليمنى يمنع الانتفاع بها أو أكثره، لم يقطع].

قال أصحابنا: إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة، أو شلاء، أو مقطوع منها الإبهام، أو أصبع غير الإبهام، لم تقطع اليمنى؛ لأنها متى قطعت - واليسرى على هذه الحال - بطل الانتفاع باليدين جميعاً، ومنفعة الجنس لا يجوز أن تستوفى بالسرقة، كما لا يجوز أن تقطع اليدين.

وعلى هذا، إذا كانت الرجل اليمنى مقطوعة، أو شلاء، أو بها عرج يمنع المشي عليها، أو أكثره، لم يقطع الرجل اليسرى؛ لأنها تبطل مشيه، فيؤدي ذلك إلى إبطال منفعة الجنس^(٥).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (١٧٠٢٤) من طريق مجاهد عن ابن مسعود، وقال البيهقي: «هذا منقطع».

(٣) في ب (وكذلك روي عن الحسن).

(٤) رواية إبراهيم عند البيهقي في الكبرى (١٧٠٢٤).

انظر تفسير الآية: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٥٤٠.

(٥) انظر: البدائع ٨٧/٧.



وقد استدل [أبو الحسن] على ذلك بعدول الأمة عن قطع اليسرى إذا كانت اليمنى مقطوعة إلى الرّجل [اليسرى] ، فلو كان القطع متعلقاً باليسرى ، لم يعدلوا عنها ، وهي منصوص عليها بقوله تعالى: ﴿ فاقطعوا أيماهما ﴾ بعموم الآية في غير قراءة ابن مسعود^(١) ، إلى [ما لم ينص] ^(٢) عليه .

ولأن قطع الرجل اليسرى أخفّ ضرراً على السارق من قطع يده اليسرى ، أو رجله اليمنى ؛ لأن قطع اليسرى يذهب بمنافع اليدين جميعاً ، و قطع الرجل اليمنى يمنع المشي كله ، ومع قطع الرجل اليسرى بعد يمناه ما ينتفع ببعض منافع يديه ، وبعض منافع رجله .

ولهذا عدل إلى قطع الرجل اليسرى ؛ ولهذه العلة لما أوجب الله تعالى في المحارب من قطع اليد والرجل ، قطعت اليد اليمنى ، والرجل اليسرى في دفعة واحدة .

ولا قطع عندنا في اليد اليسرى على حال ، وإنما تقطع اليد اليمنى ابتداءً ثم الرجل اليسرى ، ثم يعزّر بعد ذلك ويحبس .

وقال الشافعي: في المرة الثالثة تقطع يده اليسرى^(٣) .

وقد روى عبد الله بن سلمة: أن علياً رضوان الله عليه أتى بسارق ، فقطع يده ، ثم أتى به الثانية قد سرق ، فقطع رجله ، ثم أتى الثالثة قد سرق ، قال: اقطعه؟

(١) في ب (قراءة عبد الله) .

(٢) في أ (ما مضى) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٣) « فإذا سرق الرابعة: قطعت رجله اليمنى من مفصل الكعب... ، وإن سرق الخامسة: عزّر وحبس » . مختصر المزني ص ٢٦٤ . انظر: المنهاج ص ٥١٠ ؛ رحمة الأمة ص ٢٣٧ .

إن قطعت يده بأي شيء يأكل ، بأي شيء يتمسح ، وإن قطعت رجله ، بأي شيء يمشي ، إني لأستحي من الله ، فضربه بخشبةٍ وحبسه^(١).

وروى عبد الرحمن بن عابد قال: أتني عمر بن الخطاب رضي الله عنه برجل أقطع اليد والرجل قد سرق ، يقال له: سدوم ، فأراد أن يقطعه ، فقال له علي رضوان الله عليه: إنما عليه قطع يدٍ ورجلٍ ، فحبسه عمر ، ولم يقطعه^(٢).

ولأن استيفاء منفعة الجنس لا يجوز في السرقة كالقتل ؛ ولأن السرقة إذا تكررت ضعف حكمها ؛ ولهذا لا يستوفى بها في المرة الخامسة شيءٌ من الأطراف ، فإذا لم يجب قطع اليد اليسرى في المرة الثانية ، ففي الثالثة أولى .

قال: وإذا سرق الرجل ويمناه سلاءً ، أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع ، فإنها تقطع ؛ وذلك لأنها لو كانت كاملةً قطعت ، فإذا كانت ناقصةً أولى ؛ ولأن العدول عن اليد اليمنى في الدفعة الأولى لا يجوز ، كما لو كانت صحيحةً .

قال: وإذا سرق بعد قطع يده ورجله حُبَسَ وضربَ ؛ لأن القطع لما سقط فيما بيننا لم يبق إلا الزجر بالضرب [والحبس ، قال ابن رستم عن محمد: ينكل به ويستودع الحبس حتى يحدث توبةً ، وهذا صحيحٌ ؛ لأن الفعل] المنكر لا بدُّ له من زجر ، فإذا سقط الزجر بالقطع ، لم يبق إلا الزجر بالحبس والضرب^(٣).



(١) رواه البيهقي في الكبرى (١٧٠٤٦)

(٢) رواه عبد الرزاق في المصنف (١٨٧٦٦) ؛ والبيهقي في الكبرى (١٧٠٤٥).

(٣) انظر: الأصل ٢٢٧/٧ ؛ مختصر القدوري ص ٤٧٧ وما بعدها.



بَابُ الْقَدْرِ الَّذِي يَقْتَعُ فِيهِ السَّارِقُ



قال أصحابنا رحمهم الله: لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم، وروي عن أبي هريرة وأبي سعيد أنهما قالوا: لا تقطع اليد إلا فيما قيمته [أربعة دراهم] ^(١)، وقال عكرمة: أربعة أو خمسة ^(٢)، وقال مالك: ثلاثة دراهم، وقال الشافعي: [ب/٣٦٣] ربع دينار ^(٣)، وحكى محمد عن الحسن البصري: أنه يقطع في القليل والكثير، وهو قول الخوارج ^(٤).

وأما الدليل على تعلق القطع بمقدارٍ مقدّرٍ؛ فلحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو: أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، كيف ترى في حريسة الجبل؟ قال: «هي ومثلها والنكال، فإذا جمعها المراح ففيه قطع اليد فيما بلغ [ثمن] المجن» ^(٥).

وروي أن رجلاً من مُزينة سأل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل، فقال: «معها

(١) في أ (أربعين درهماً)، والمثبت من ب، وهو الصواب في الرواية، وحديثهما عند ابن أبي شيبة (٢٨٠٩٥)؛ والبيهقي في الكبرى (١٦٩٧٤).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٠٩٤).

(٣) الدرهم: قطعة نقدية من الفضة وزنها لدى الحنيفة = ٣,١٢٥ غراماً، وعند الجمهور = ٢,٩٧٥ غراماً.

والدينار: نوع من النقود الذهبية، زنة الواحدة منها = ٢٠ قيرطاً = ٤,٢٥ غراماً.

(٤) انظر أقوال الفقهاء: الأصل ٢٣٥/٧؛ الموطأ (١٥٧٢)؛ مختصر المزني ص ٢٦٣؛ رحمة الأمة ص ٢٣٤، ٢٣٥.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠)؛ والنسائي (٤٩٥٩)؛ والترمذي (١٢٨٩)، وقال: «حسن».

حداؤها وسقاؤها، ترد الماء وتأكُل الشجر، حتى يأتي راعيها^(١)، وسئل عن الحريسة التي تؤخذ من مراعيها، فقال: «ثمنها مرتين، وضرباً ونكالاً، وما أخذ من أعطانه، ففيه القطع إذا بلغ ثمن المِجَنِّ»^(٢).

وروى هشام بن عروة، عن أبيه قال: «كانت لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ إلا في ثمن المِجَنِّ»^(٣)، فهذا يدل على أن القطع يتعلق بمقدّرٍ.

وعن عائشة قالت: كان لا يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه^(٤).

ولأن الحدود تجب بالمقصود من كل نوع؛ ولهذا وجب حدّ الزنا بالوطء في الفرج، وحدّ القذف بالقذف بالزنا خاصّة، والقدر اليسير ليس بمقصودٍ بالسرقة، فلا يجب فيه القطع.

وإذا ثبت أن القطع لا يجب إلا في مقدّر، فالدليل على اعتبار العشرة: أن النبي ﷺ علّق القطع بالمِجَنِّ، فلا يخلو: إما أن يكون علّقه بمجنّ معيّن [معروفٍ]، أو بمجنّ مجهول، ولا يجوز أن يعلّقه بمجهول؛ لاختلاف قيم المجان، وكلامه خرج مخرج البيان، ولا يجوز أن يبيّن بما ليس بمعلوم.

وقد روى عطاء بن أبي رباح ومجاهد عن أيمن بن أم أيمن قال: كان قيمة

(١) في ب (باغيها).

(٢) أخرجه أحمد (٦٨٩١)، وهو الحديث قبله برواية أخرى.

«والمِجَنِّ: هو الثُّرسُ؛ لأنه يوارى حامله، أي: يستره، والميم زائدة، ويجمع على مَجَانَّ. النهاية في غريب الحديث والأثر (جنن).

(٣) في المسند البخاري (٦٤١٠)؛ ومسلم (١٦٨٥) من هذا الطريق من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨١١٤).

المجن الذي يقطع فيه على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم^(١)، وكذلك قال ابن عباس^(٢)، وهذا بيانٌ منهما؛ لأن القطع تعلق بمجن معين.

وقد اختلف الصحابة في تقويمه، فكلٌّ من أثبت الزيادة في القيمة أولى، ألا ترى أن مَنْ استهلك عيناً فاختلفت الشهود في قيمتها، كان شهادة من شهد بزيادة القيمة أولى ممن شهد بنقصانها؛ ولأن مَنْ روي عنه أقل من عشرة قَوْمِ المجن مطلقاً، ولم يقل^(٣) على عهد رسول الله ﷺ، وابن عباس وأيمن ذكرا القيمة على عهد رسول الله ﷺ، وقد كان السلاح بعده كثيراً، فيجوز أن يكون نقصت قيمته.

وقد روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قطع في أقل من عشرة دراهم»^(٤).

وروى ابن لهيعة، عن عمرو بن شعيب قال: دخلت على سعيد بن المسيب، فقلت: هؤلاء أصحابك عروة بن الزبير (ومحمد بن مسلم بن يسار)^(٥) يقولان: إن ثمن المجن خمسة دراهم، فقال: ليس لهم قولٌ، أما هذا فقد مضت سنة رسول الله ﷺ عشرة دراهم^(٦).

وروى القاسم بن عبد الرحمن: أن عمر أتي بسارق وسرقته تبلغ قيمة ثمانية

(١) رواه النسائي (٤٩٤٨)

(٢) رواه أبو داود (٤٣٨٧) وهو مضطرب. انظر: فتح الباري (١٠٣/١٢)

(٣) في ب (ولم ينقل).

(٤) رواه الدارقطني في السنن (١٩٢/٣)

(٥) هكذا في أ وفي ب، والصواب في الرواية: (ومحمد بن مسلم وابن يسار).

(٦) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨١١٣)

دراهم ، فلم يقطعه ، وروي أنه أمر به أن يقطع ، فقال له عثمان : ما يساوي سرقة عشرة دراهم ، قال : فقومت ، فبلغت خمسة دراهم ، أو قال : ثمانية^(١) دراهم ، فلم يقطعه عمر رضي الله عنه^(٢) ، وهذا يدل من اتفاقهما على أن القطع مقدر بعشرة دراهم .

ولأن ما لا يتقدر به أقل المهر ، لا يتقدر به نصاب القطع ، كما دون ربع دينار^(٣) ؛ ولأن كل مقدار اختلف في تعلق القطع به ، لم يتعلق به القطع كاليسير .

وأما حديث الزهري ، عن عمرة ، عن عائشة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «القطع في ربع دينار»^(٤) ، فحديث أنكره أهل العلم ، وخالف الأثبات الثقات - الزهري في رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ووقفوه على عائشة .

ومنهم من أنكر أن تكون عائشة قالت على هذا اللفظ ، يبين ذلك ما روي عنها أنها قالت : كان لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن المجن ، فكيف يجوز أن يكون معها قدرٌ مقدرٌ وتسكت عنه وروي فيه شيءٌ مختلف في تقويمه .

وقد روي عن يحيى بن سعيد أن عبد الرحمن بن القاسم سمع رجلاً يروي هذا الحديث عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فأخذ كفاً من حصاً فأهوى به إليه وقال : إنما هو عن عائشة فقط^(٥) .

(١) في ب (ثلاثة) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٨٩٥٣) ؛ والبيهقي (١٦٩٦٨) .

(٣) والدينار : هو المثقال من الذهب والدينار بالاتفاق = (٤,٢٥) غراماً . وربع دينار : ٤,٢٥ ÷ ٤ = ٠,٦٢٥ غرام . كما في معجم لغة الفقهاء (المقادير) .

(٤) أخرجه البخاري (٦٤٠٧) ؛ ومسلم (١٦٨٤) .

(٥) أجاب الشافعي على هذه الاعتراضات بعد روايته لحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً : «وبه نأخذ ، وقال الشافعي : فأما ما ذهب إليه أبو حنيفة من الرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم التي تخالف هذا ، فإنها ليست من =

٢٦٩٤ - [فصل: صفة ما يقطع في السرقة من الدراهم]

وأما صفة الدراهم التي تعتبر منها عشرة دراهم ، (فقد ذكر أبو الحسن: أنه يُعتبر عشرة دراهم)^(١) مضروبة ، هكذا رواه بشر بن الوليد عن أبي يوسف .

قال: وروى ابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبراً قال: لا يقطع حتى يكون قيمتها عشرة دراهم مضروبةً .

وروى الحسن عن أبي حنيفة: في السارق إذا سرق عشرة دراهم فيما [يجوز] بين الناس ، قطع ، وهذا يقتضي أن يقطع في المضروبة وغير المضروبة إذا جازت بين الناس .

والوجه في ذلك: أن النصاب إذا تعلق بمبلغ من الدراهم ، استوى فيه المضروب وغير المضروب ، كنصاب الزكاة ؛ ولأن التقويم للمجئن لما وقع بعشرة ، والدراهم التي تقومه بها هي التي يتعامل بها الناس ، [والناس] يتعاملون بالصحاح وغيرها في سائر الأعصار .

وجه قولهما: أن التبر ناقص القيمة عن المضروب ، فصار كالناقص من طريق الوزن ؛ ولأنه [لما] احتمال أن يكون التقويم وقع بالصحاح ، واحتمل

= وجه يثبت مثله لو انفرد ، وأما ما روي عن عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما ، فليست في أحد مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة ، ولا أعلمه ثابتاً عن واحد منهما . ثم روى عن أبي بكر وعائشة رضي الله عنهما ذلك . الأم ص ١٤٥٤ ، ١٤٥٥ . فتنظر المسألة وأدلتها في المطولات .

(١) سقطت من ب .

ومقدار الدرهم عند الحنفية ٣ ، ١٢٥ جراماً ، وعند الجمهور ٢ ، ٩٧٥ جراماً تقريباً . انظر: المكييل والموازن الشرعية لعلي جمعة ، ص ١٩ .

الصحاح وغيرها ، لم يجز إثبات القطع بالشك .

وقد قالوا: يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة ؛ لأن إطلاق الدراهم إنما يتناول ذلك ؛ بدلالة نصاب الزكاة ومقادير الديات ؛ ولأن الدراهم كانت على عهد رسول الله ﷺ صغاراً وكباراً ، فإذا جمع كل اثنين ، كانا درهمين من وزن سبعة ، فكان هذا هو الوَسْطُ من المقادير .

٢٦٩٥ - [فَصْلُ: اعتبار كمال القيمة من وقت الأخذ إلى حال القطع]

قال: ولا يقطع السارق حتى يكون قيمة ما سرق يوم سرق: عشرة دراهم ، ويوم يقطع عشرة ، فتكون القيمة كذلك في الوقتين .

وجملة هذا: أن العين المسروقة إذا كانت كاملة في وقت الأخذ ، ثم نقصت بعد ذلك ، فإما أن تنقص قيمتها أو عينها ، فإن نقصت عينها لم يسقط القطع عن السارق في قولهم ؛ لأن ما نقص من عينها بعد الأخذ مضمونٌ على السارق ، والقطع يتعلق بالعين المسروقة إذا ثبت جميعها في ذمته بالاستهلاك ، فكذلك إذا ثبت [بعضها] ^(١) في ذمته .

وليس هذا كما لو نقصت العين ^(٢) في الحرز بفعله ، أن النقص ثابت في ذمته ، ولا قطع في العين ؛ لأنه لم يفصل بين الحرز وبين ما في ذمته ، فلم يفصل بين الحرز وبين عين كاملة ، وإن كان الضمان تاماً ^(٣) .

(١) في أ (بعينها) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في العبارة .

(٢) في ب (العشر) .

(٣) في ب (ثابتاً) .

وفي مسألتنا فصل بين الحرز وبين عين كاملة ، فوجب ضمانها بعد ذلك في الذمة ، أو وجوب بعضها لا يسقط القطع .

وأما إذا انتقصت من طريق السعر ، فإن القطع يسقط .

وروي عن محمد: أنه لا يسقط [القطع] ، وهو قول الشافعي [٣٦٤/١] .

لنا: أن نقصان السعر صفة للعين قد جعلت كالموجود في حال الأخذ؛ بدلالة سقوط ضمانها عن السارق ، ولو كان هذا النقص موجوداً عند الأخذ ، لم يجب القطع ، فكذلك إذا صار (صفة السعر)^(١) في حكم الموجود عند الأخذ .

وليس كذلك نقصان العين ؛ لأن هذه الصفة لم تجعل كالموجودة في حال الأخذ؛ بدلالة أن ضمانها لا يسقط عن السارق ، فلذلك لم تؤثر في إسقاط القطع .

قال: وإذا سرق في بلد ، ووجد في بلد آخر القيمة فيه أنقص ، لم يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعاً عشرة دراهم ؛ وذلك لما بيننا: أن كمال القيمة معتبرٌ من وقت الأخذ إلى حال القطع ، فإذا نقصت في إحدى الحالتين ، أو فيما بين ذلك ، سقط القطع .

قال: فإن كان النقص لشيء دخل في نفس العين بعد أخذها ، قطع ؛ وذلك لما بيننا: أن نقصان العين يثبت في الذمة ، فإذا حصل بعد الإخراج من الحرز لم يسقط القطع^(٢) .

(١) في ب (صفة للعين) .

(٢) انظر: الأصل ٢٢٨/٧ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٥/٦ .

بَابُ مَعْرِفَةِ الْحَرَزِ

(قال: والحرز^(١) عند أصحابنا جميعاً)^(٢): ما يُبنى للسكنى وحفظ الأموال من الأمتعة وما في معناه.

وكذلك الفساطيطُ، والمضاربُ، والخيمُ التي يسكن الناس فيها ويحفظون أمتعتهم بها، وكل ذلك يكون حرزاً، وإن لم يكن فيه حافظ.

قال [الشيخ] أيده الله تعالى: وجملة هذا: أن البقعة تكون حرزاً بأحد أمرين: إما بأن تكون مُعدّةً للإحراز، كالدُّور والدكاكين، والخيم والفساطيط، والخزائن والصناديق، أو تكون البقعة حرزاً بالحافظ، كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه.

فإذا كانت البقعة في نفسها حرزاً، لم يحتج في وجوب القطع إلى حافظ؛ لأن الأخذ حصل من الحرز، وإن لم تكن في نفسها حرزاً، فلا بد من الحافظ؛ لأن ما فيها يصير محفوظاً بالجالس، فالأخذ منها أخذ من حرز.

والأصل في اعتبار الحرز في وجوب القطع: قوله ﷺ في حريسة الجبل: «فيها غرامة مثلها، وجلدات نكال، فإذا أواها المراح، ففيها القطع»^(٣)، وقال ﷺ:

(١) «الحرز: الموضع الحصين»، وهو المكان الذي يحفظ فيه المال عادة، ويختلف باختلاف الشيء المُحرز. انظر: مختار الصحاح؛ المصباح (حرز).

(٢) في ب (قال أصحابنا جميعاً).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠)؛ والنسائي (٤٩٥٩)؛ والترمذي (١٢٨٩)، وقال: «حسن».

«لا قطع في ثمرٍ ولا كَثْرٍ^(١)، حتى يؤويه الجرين، فإذا آواه المراحُ، ففيها القطع»^(٢)، فدل على اعتبار الحرز في وجوب القطع.

ولأن الحدود تجب في المقصود من كل نوع، والمقصود في السرقة الأخذ من الحرز دون غيره، فيختص القطع به.

وإنما قلنا: إن البيوت والدور والخيم حرزٌ بغير حافظٍ؛ لقوله ﷺ: «فإذا آواها المراح ففيها القطع» فأوجب القطع بحكم الحرز، ولم يفصل.

والدليل على أن البقعة التي لم تعد للحرز تكون حرزاً بالحافظ: ما روي أن صفوان نام في المسجد وتوسّد رداءه، فسرقه رجل من تحت رأسه، فقطعه رسول الله ﷺ^(٣).

وقال أصحابنا: إن ما كان حرزاً لنوع، فهو حرز لكل نوع، وجعلوا شريحة البقال حرزاً للجوهر.

وقال الشافعي: (أعتبر)^(٤) في كل شيءٍ حرز مثله^(٥).

وهذا ليس بصحيح؛ لأن البقال قد يحرز خلف شريحته الدراهم والدنانير، ويقصد بذلك إحرازها.

(١) «والكثُرُ - بفتحيتين - : جُمّار النخل، وقيل: طلعتها». مختار الصحاح (كث).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨)؛ والترمذي (١٤٤٩)؛ والنسائي (٤٩٦٠)؛ وابن ماجه (٢٥٩٣) لكن بلفظ «لا قطع في ثمر ولا كثر» فقط، دون الزيادة.

(٣) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)؛ والنسائي (٤٨٧٩)؛ ابن ماجه (٢٥٩٥) قال في نصب الراية «قال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح» ٣/٣٦٩.

(٤) في ب (الحرز).

(٥) انظر: مختصر المزني ص ٢٦٣؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٣٥.

ولهذا المعنى قال أصحابنا: لا قطع على النباش؛ لأن القبر ليس بحرزٍ [لغير] الكفن، فلم يكن حرزاً للكفن.

قال: وسواء سرق من ذلك وهو مفتوح الباب، أو لا باب له إذا حجز بالبناء؛ لأن الدار يقصد بها الإحراز وإن فتح بابها، فإذا قصد بها الإحراز تعلق بهتكها^(١) القطع.

فأما المكان الذي لم يوضع للحرز، فيعتبر فيه الحافظ على ما بيننا، إذا كان الحافظ قريباً منه في مكان يمكنه حفظه؛ لأنه إذا بُعد^(٢) فليس بحافظ، فلم يصح ما في الموضع محرزاً.

قال: وسواء كان الحافظ نائماً في ذلك المكان، أو مستيقظاً؛ لأن الإنسان يقصد الحفظ في الحالين؛ ولأن صفوان كان نائماً، فقطع النبي ﷺ سارق الرداء منه.

قال: وما ذكرت لك أنه محرزٌ بالأبنية وإن لم يكن له حافظ، فإنه إذا أذن في دخوله فسرق هذا المأذون له في الدخول شيئاً منه، لم^(٣) يقطع، فلا يكون حرزاً منه على وجه من الوجوه وإن كان فيه حافظٌ لما فيه، أو كان صاحب المنزل نائماً على شيء منه؛ وذلك لأن المأذون له في دخول الحرز قد خرج [الحرز] من أن يكون حرزاً في حقه بالإذن له في الدخول، والأخذ من غير حرز، لا قطع [عليه].

(١) في ب (بمن هتكها).

(٢) في ب (إذا تعذر).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

ولأنه إذا صار في حكم أهل الدار بالإذن، فهو خائنٌ فيما يأخذ، وقد قال عليه السلام: «لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن»^(١)، وكذلك إن سرق في بعض بيوت [الدار] المأذون في دخولها وهو مقفل، أو من صندوق في الدار، أو بعض البيوت وهو مقفلٌ عليه إذا كان البيت من جملة الدار المأذون فيها؛ لأن الدار الواحدة حرزٌ واحدٌ، وقد خرجت بالإذن في حقه من جملة الحرز، فكذلك بيوتها.

والذي روي أن أسوداً بات عند أبي بكر الصديق، فسرق حلياً لهم، فقطعه^(٢)، فيجوز أن يكون سرق من دار النساء، والداران المختلفان إذا أُذِن له في دخول أحدهما، لم يسقط عنه القطع فيما يأخذ من الأخرى.

قال: فأما ما كان من هذه الأبنية، يدخل إليه بلا إذن، يأذن^(٣) فيه إذا شاء، ويمنع منه إذا شاء، فإن هذا البناء والصحراء والبرية بمنزلةٍ واحدةٍ، سواءً كان محرزاً بحافظٍ يحفظ ما فيه، نائماً أو يقظاناً، إذا كان بمكانٍ يحفظ (في مثله المسروق).

وهذا الضرب مثل المساجد؛ وذلك لأنه ليس لأحدٍ حق المنع من المساجد^(٤) والطرقات، فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ.

قال الفضل بن غانم: سمعت أبا يوسف قال في رجل كان في حَمَامٍ أو خان، وثيابه تحت رأسه، فسرقها سارق، قال: لا قطع عليه، وكذلك إن لم يكن

(١) أخرجه النسائي (٤٩٧٢)؛ والترمذي (١٤٤٨)؛ وقال: «حسن صحيح».

(٢) عبد الرزاق (١٨٧٦٩)

(٣) في ب (في دار يأذن)، بزيادة (في دار)، والسياق لا يقتضيها.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.



نائماً وكان يقظاناً ، وإن كان في صحراء وثوبه تحت رأسه ، قطعته .

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل سرق من حمام [من] رجل وهو معه في الحمام ، أو سرق [من] رجل وهو معه في سفينة ، أو نزل قوم في [خان] (١) فسرق بعضهم من بعض ، فلا قطع على السارق ، وكذلك الحانوت ؛ وذلك لأن الحَمَّامَ والْحَانُوتَ حرز بأنفسهما ، فإذا أذن للآدمي في دخولها ، خرجت من أن تكون حرزاً ، فلم يجب القطع وإن كان عندهما حافظ ؛ لأن ما كان حرزاً بنفسه ، [فلا يصير أن يكون] (٢) حرزاً بالحافظ ، إذا سقط حكم الحافظ ، بقي الحرز بالحمام والبيت ، والإذن في الدخول يسقط القطع .

ولهذا قالوا فيمن سرق من الحمام ليلاً: إنه يقطع ؛ لأنه لم يؤذن للناس في دخوله ليلاً ، فأما المسجد والصحراء وإن كان مأذوناً في الدخول [فيهما] ، فليستا حرزاً بأنفسهما ، وإنما تصيرا حرزاً بالحافظ ، ولم يوجد من الحافظ إذن ، فلم يبطل معنى الحرز ؛ فلذلك وجب القطع .

وقد قال: في السارق من المسجد لما عنده حافظ يُقطع [ب] ٣٦٤ وإن لم يخرج من المسجد ؛ لأن البقعة التي فيها الحافظ بنفسها هي الحرز لا المسجد ، فإذا انفصل [منها] ، فقد بان عن الحرز فقطع .

وأما الدار فبناؤها هو الحرز ، فما لم يخرج منها لم يلزمه القطع .

وقال ابن رستم عن محمد: لو سرق رجل من حانوت في السوق ، [فتحه

(١) في أ (دار) ، والمثبت من ب . «والْحَانُ: ما ينزله المسافرون ، والجمع: خانات» ، وهو ما يعرف بالفندق . انظر: المصباح ؛ المعجم الوسيط (خان) .

(٢) في أ (فلا يجوز أن يصير) والمثبت من ج .



ربّ الحانوت] وقعد فيه للبيع ، وأذن للناس في دخوله ، لم يقطع السارق منه .

وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شيء [لم يفتحه] ، لم يقطع السارق ؛ وذلك لأنه لما أذن في دخول الحانوت ، أخرجه من أن يكون حرزاً ، فلم يقطع وإن أخذ من بيت منه ، وكذلك لو كان فيه صندوق مقفل ، فسرق منه ؛ لأن الموضوع ليس بحرز في حقه لمكان الإذن .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل بأرض فلاةٍ معه جوالق ، وضعه ونام عنده يحفظه ، فسرق منه رجلٌ شيئاً ، أو سرق الجوالق ، فإني أقطعه ؛ وذلك لأن الجوالق محرزٌ بالحافظ ، فسواءً أخذ جميعه أو أخذ بعضه .

قال: وكذلك أقطعه إذا سرق فسطاطاً ملفوفاً قد وضعه رجل ونام عنده يحفظه ؛ وذلك لأن الفسطاط [الموضوع محفوظٌ بالحافظ ، فقد أخذ من حرز .

فإن كان فسطاطاً مضروباً ، وفيه رجلٌ نائمٌ ، فإني لا أقطع سارقه ؛ وذلك لأنّ الفسطاط [حرزٌ في نفسه ، [من أخذه] فقد أخذ نفس الحرز ، ونفس الحرز ليس في الحرز ، فسارقه كسارق باب الدار .

وليس كذلك إذا كان ملفوفاً ؛ لأنه خرج من أن يكون حرزاً ، فصار محرزاً بالحافظ ، فوجب فيها القطع ، كالباب المقلوع إذا كان في الدار ، فسرقه سارقٌ^(١) .



(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٠ - ٣٩٢؛ مختصر القدوري ص ٤٨١ ، ٤٨٢ .

بَابُ كَيْفَ يَصَحُّ الْأَخْذُ مِنَ الْحَرِزِ

قال: وإذا دخل السارقُ حرزاً فأخذ منه متاعاً ، فحمله أو لم يحمله حتى عثر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرجهُ ، فلا قطع عليه في قولهم ؛ وذلك لأن القطع يجب بإخراج المال من الحرز ؛ لأنه المقصودُ ، وهذا النوع من الحدود إذا وجبت ، وجبت بالمقصود ؛ ولأن غرض السارق ليس هو ثبوت يده على المال ، وإنما غرضه إخراج المال [من الحرز] ، فما لم يفعل ذلك ، لم يوجد الغرض بالفعل ، فلا يتعلق به الحدّ .

قال: وإن رمى به خارجَ الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرجَ هو من الحرز ، فلا قطع عليه ؛ لأنه لما ألقاه ثم ظهر عليه ، فلم تثبت يده عليه عند الخروج من الحرز ، والقطع يتعلق بثبوت يد السارق على المال عند انفصاله .

قال: وإن لم يظهر عليه حتى خرج فأخذ ما كان رمى به خارجَ الحرز ، قطع في قولهم جميعاً^(١) ، وروي عن زفر أنه قال: لا قطع عليه .

لنا: أنه إذا ألقى المتاع فيده ثابتةً عليه ؛ بدلالة أن من ألقى متاعه في الطريق فهو في حكم يده ما لم تثبت عليه يدٌ أخرى ، وإذا خرج من الحرز والمسروق في يده من طريق الحكم ، وجب عليه القطع ، كما لو كان في يده من طريق المشاهدة .

ولهذا [المعنى] قال أبو حنيفة: إن من وجد لُقطةً في الطريق فأخذها ثم

(١) في ب (قطع في قولهم ، وهذا قول أصحابنا) .

ردها إلى مكانها برئ منها؛ لأنه جعل تلك البقعة كيد المالك في باب جواز الرد^(١) إليها.

وجه قول زفر: أنه انفصل من الحرز، وليس المال في يده، فصار كما لو ناوله غيره.

قال: فإن كان رمى به إلى صاحب له خارج الحرز، فأخذه الذي رمى به إليه، فلا قطع على واحدٍ منهما.

أما الخارج؛ فلأنه لم يهتك الحرز، فلا يلزمه قطعٌ، وأما الداخل؛ فلأنه خرج والمال ليس في يده، ألا ترى أن ثبوت يد الخارج على المال يزيل يد الداخل عنه؛ فلذلك لم يلزمه قطعٌ.

قال: فإن كان ناوله صاحباً له، فناوله من وراء الجدار، فأخذه، ولم يخرج هو به، فإن أبا حنيفة قال: لا قطع على واحدٍ منهما، وقال أبو يوسف ومحمد: يقطع الداخل ولا يقطع الخارج إذا كان الخارج لم يدخل يده إلى الحرز.

أما أبو حنيفة فقال: إن الخارج لم يهتك حرمة الحرز الهتك المقصود، فلا يجب عليه قطعٌ، وأما الداخل، فقد زالت يده عن المال بثبوت اليد الثانية عليه، فانفصل من الحرز، ولا يد له فيه، فلا يقطع.

وجه قولهما: أن يد الثاني قائمةٌ مقام يد الأول في الإمساك، فكأنه خرج والشيء في يده.

قال: فإن كان الخارج أدخل يده إلى الحرز فأخذها من الداخل، فلا قطع

(١) في ب (الأداء).

على واحد منهما في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : أقطعهما جميعاً .

لأبي حنيفة : أن الخارج لم يهتك الحرز الهتك المقصود في مثله ؛ لأن هتك الدور يكون بدخولها ، فلم يلزمه القطع ، وأما الداخل ، فقد انفصل من الحرز ، ولا يد له على المال ، فلا يقطع .

لأبي يوسف : أن إدخال اليد عنده يتعلق به القطع لو^(١) لم يكن هناك متناول على ما سنبينه ، فصار هو السارق ، فيوجب عليه القطع ، والآخر مناوئاً له في السرقة ؛ لأن يده قائمةٌ مقام يده فيما ناوله ، فقطع .

قال : ولو أن لصاً نقب منزلاً لرجل ، ثم أدخل يده فسرق سرقة تساوي عشرة دراهم ، فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف في الإملاء : أقطعه ولا أبالي أدخل الحرز أو لم يدخل .

ولم يذكر محمد في الأصل ولا في الجامع الصغير في هذه المسألة خلافاً^(٢) ، والخلاف في الإملاء .

وجه قولهما : ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : «إذا كان اللص ظريفاً لم يقطع» ، قيل له فكيف يكون ظريفاً؟ قال : «(يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها)^(٣)»^(٤) ، [ولأنه لم يهتك الحرز الهتك المقصود في مثله ، ألا ترى أن الدور يمكن دخولها] ، فذلك هو المقصود من هتكها ، والحد إنما يعلق بالمقصود

(١) في ب (كما لو) ، بزيادة (كما) ، والسياق لا يقتضيهما .

(٢) انظر : الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٣ .

(٣) في ب (يدخل إلى الدار فيأخذ منها) .

(٤) ذكره المناوي في فيض القدير (٤٩/١) ولكن عن عمر رضي الله عنه .

دون غيره .

وليس كذلك من أدخل يده في صندوق الصيرفي ، فسرق منه ؛ لأن ذلك الحرز لا يمكن هتكه بالدخول ، فكان الهتك المقصود منه : إدخال اليد ، فتعلق القطع به .

لأبي يوسف : أن هذا الفعل لما تعلق به وجوب القطع في بعض الأحراز ، وهو صندوق الصيرفي والجوالق ، تعلق بها في بقيتها .

قال : ولو أن لصوصاً دخلوا منزل رجل ، فسرقوا سرقةً ، فحملها منهم رجل أو رجلان حين أخرجوها من المنزل ، فإنهم جميعاً يقطعون ، ولا يُدرأ عنهم الحدّ بحمل بعضهم دون بعضٍ ، وكذلك قال أبو يوسف .

هذه رواية ابن رستم ، والجامع الصغير والأصل من غير خلاف ، وكذلك رواها علي ابن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، قال : والقياس أن لا يقطع إلا الذي أخرج المتاع^(١) .

وأما في الاستحسان : فإنهم يقطعون جميعاً .

وجه [٣٦٥/أ] القياس : أن الحامل للمتاع هو المباشر ، والباقون مكنوه من الفعل ، والحدّ يجب على المباشر دون المعين والممكن ، كحدّ الزنا والشرب .

وجه الاستحسان ما بيّنا : أن الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع ، ومقصود السراق ليس هو الحمل ، وإنما هو التمكين وهتك الحرز ؛ بدلالة أن الحمل ينفرد به أصاغرهم دون أكابرهم ، والحد يجب بحصول المقصود من النوع .

(١) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٤ .

وليس كذلك حد الزنا والشرب ؛ [لأن المقصود منهما ليس هو التمكين ، إنما المقصود منهما الفعل ، فوجب الحدُّ على الفاعل] ، ولأن الحامل من جملة السَّراق وحاملٌ لهم ، فكأنهم حملوا المتاع على حمارٍ وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ، وجب القطع عليهم جميعاً ؛ ولأن هذا حكمٌ يتعلَّق بأخذ مالٍ يحتاج فيه إلى المعاونة في الغالب ، فاستوفى فيه المعين والمباشر ، كالغنيمة .

وقال في الأصل : لو كانا اثنين ، فنقبا البيت ، ثم دخل أحدهما واستخرج المتاع ، فلما خرج به إلى السكَّة ، حملاه جميعاً ، قال : إن عُرف الداخل بعينه قطع الداخل ، ودرأت الحدَّ عن الآخر ، غير أنني أعزّره ، وإن لم يعرف الداخل ، لم يقطع واحد منهما ، ويعزّران^(١) ؛ وذلك لأن الداخل هو الذي فصل المتاع من الحرز ، فصار سارقاً والآخر إنما حمّله بعد تمام الفعل ، فلم يجب عليه حدٌّ ، إلا أنه عاون على المعصية ، وذلك أمر منكرٌ لا حدَّ فيه ، فيعزّر .

فإن لم يعرف الداخل منهما ، فلا حد على واحد منهما ؛ لأنه لم يتعين من وجب عليه الحد ، فلم يجز إيجابُ الحدِّ على مجهولٍ ، ويعزّران ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما فعل منكرٌ لم يستوف الحدَّ منه .

قال : ولو نقب بيت رجل ، فدخل عليه فكابره ليلاً حتى سرق منه متاعه ، والمتاع يساوي ألفاً أو أكثر ، فإنه يقطع ؛ وذلك لأن السارق هو أخذ المال من الحرز على طريق الاستخفاء ، فمن فعل هذا ليلاً فهو مستخفٍ من الناس ، وإن لم يستخف من المالك ؛ لأن الغوث لا يلحق بالليل ، فصار معنى السرقة موجوداً في فعله فقطع .

(١) انظر : الأصل ٧/٢٣٨ ، ٢٣٩ .

وليس كذلك إذا كابره في الطريق بالكوفة نهاراً؛ وذلك لأن هذا ليس باستخفاء، ألا ترى أن الغوث يلحق في مثله، فلم يوجد معنى السرقة فيه^(١).

قال: ومن سرق تمرًا في نخل، أو شجرًا معلقًا فيه، فلا قطع عليه في قولهم جميعاً؛ لما روى رافع بن خديج: أن النبي ﷺ قال: «لا قطع في ثمر ولا كثير، حتى يؤويه الجرين»^(٢).

قال محمد: الثمر: ما كان في الشجر؛ ولأنه غير مستخفٍ في الشجر، فصار من جملة ما يسرع الفساد إليه، فلا يقطع فيه^(٣).

ولا يقال: إن النبي ﷺ^(٤) أسقط القطع في الثمر؛ لأن ثمار المدينة غير محرزة؛ وذلك لأن عموم اللفظ يقتضي المحرز وغير المحرز.

قال: وإن جُدَّ من النخل والشجر، ثم جعل في الجرين، (ثم سرقه سارق، قطع؛ لقوله ﷺ: «لا قطع في ثمرٍ ولا كثيرٍ، حتى يؤويه الجرين»^(٥))، فإذا آواه الجرين وبلغ ثمن المجنّ، ففيه القطع»، وهذا محمول عندنا على أنه جُدَّ بعدما استحکم جفافه، وصار فيما يبقى ولا يسرع الفساد إليه.

قال: وكذلك حنطة في سنبل لم تحصد؛ لأن الحنطة التي لم تحصد في حكم التمر المعلق؛ ولأنه لم يستحکم قبل الحصاد، وما لم يستحکم من الحبوب

(١) انظر: الأصل ٧/٢٤٠.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨)؛ والترمذي (١٤٤٩)؛ والنسائي (٤٩٦٠)؛ وابن ماجه (٢٥٩٣) ولكن بلفظ «لا قطع في ثمر ولا كثير» فقط، دون الزيادة.

(٣) انظر: الأصل ٧/٢٢٩.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

لم يكمل معنى المائيّة فيه .

قال: وكذلك إن كان عليه حائط قد استوثقوا منه ، وقد أحرزوه ، فسرق ما يساوي عشرة دراهم ، فلا قطع عليه [في شيءٍ من هذا ؛ لما] بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا قطع في ثمرٍ ولا كثيرٍ » ؛ وذلك لأن المعنى الموجب لسقوط القطع ، ليس هو عدم الحرز ، وإنما هو عدم الاستحكام ، ونقصان معنى المال فيه ، وإنما ذكر رسول الله ﷺ الجرين ؛ لأن الثمار لا تحصل فيه^(١) في العادة إلا بعد استحكامها .

وقال ابن رستم عن محمد: الثمر ما كان في رؤوس النخل ، والكثير الجُمّار^(٢) .

قال: ولو سرق من المرعى شاةً ، أو بعيراً ، أو بقرةً ، لم يقطع ، وإن سرقه من العطن^(٣) أو المراح الذي يأوي إليه ، قطع ؛ وذلك لقوله ﷺ: في حريسة الجبل: « غرامة مثليها ، وجلدات نكال ، فإذا آواها المراح وبلغت ثمن المجن ففيه القطع »^(٤) ؛ ولأن المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ ، وإنما تجعل للرعى ، والأخذ من غير حرز لا يتعلق به القطع .

قال: ولو سرق النخلة بأصلها ، والشجرة بأصلها من البستان ، وهي تساوي عشرة دراهم ، فلا قطع في شيءٍ من هذا ؛ وذلك لأن هذا يوجد جنسه مباحاً تافهاً في دار الإسلام ، فلا يتعلق به قطع على ما سنبينه .

(١) في ب (إليه) .

(٢) « وهو شحم النخل » . مختار الصحاح (جمر) .

(٣) « الأعتان والمعاطن: مَبَارِكُ الإبل عند الماء ، ومَرَابِضُ الغنم أيضاً ، واحدها عطنٌ ومعطنٌ » . مختار الصحاح (عطن) .

(٤) أبو داود (٤٣٩٠) ، والنسائي (٤٩٥٩) ، والترمذي (١٢٨٩) ، وقال: « حسن » .

وقد روى حماد بن زيد، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن حبان: أن غلاماً لعمه واسع بن حبان سرق ودياً من أرض جار له، فغرسه في أرضه، فرفع إلى مروان، فأمر بقطعه، فأتى مولاه فذكر ذلك له، فقال: لا قطع عليه، فقال: تعال معي إلى مروان، فجاء به، فحدثه أن رسول الله ﷺ قال: «لا قطع في ثمر ولا كثر»^(١).

وقد روي أن رافع بن خديج روى هذا الخبر لمروان، فأسقط عنه القطع. فإذا لم يجب القطع في الودي - وهو صغار النخل -^(٢)، لم يجب في كباره. قال: فإن حصد الحنطة، وحرز الثمر، وجعل ذلك في حظيرة عليها باب، فسرق رجل منها ما يساوي عشرة دراهم، قطع.

وإن سرق منها بعد أن حصدت أو حرزت، وهي في الصحراء أو ليس معها من يحفظها، فلا قطع عليه، وإن كان صاحبها نائماً عليها يحفظها، قطع السارق؛ وذلك لأن الثمر ما لم يحرز، والحنطة ما لم تحصد، لم يجب القطع فيها لصفة فيها، فلا معتبر بالحرز، فإذا أحرزت بعد استحكامها، وحصدت الحنطة بعد استحكامها، فقد صارت على صفةٍ يتعلّق بها القطع.

وإن كانت محرزة بالمكان، أو الحافظ، قطع سارقها، وإلا لم يقطع لعدم الحرز.

قال: و[كذلك] المسافر بالصحراء يجمع متاعه ويبيت عليه^(٣)، فسرق منه

(١) رواه بهذا التفصيل مالك في الموطأ (٨٣٩/٢)، وأبو داود (٤٣٨٨)

(٢) انظر: مختار الصحاح (ودي).

(٣) في ب (ويثبت عليه).

ما يساوي عشرة دراهم ، فإنه يقطع السارق ؛ لأن الموضع صار حرزاً بالحفاظ .

قال : وكذلك إن كان المتاع في جوالق على ظهر بعير ، أو دابة ، فشقه فسرق منه ما يساوي عشرة دراهم ، فإنه يقطع السارق ؛ وذلك لأن الجوالق على ظهر البعير حرزٌ لما فيه ، والأخذ من الحرز يوجب القطع .

قال : فإن سرق الجوالق كما هو ، فلا قطع عليه ، (وكذلك إن سرق الجمل مع الجوالق ، فلا قطع عليه) ^(١) ؛ لأن الحمل لا يوضع على الجمل للإحراز ، وإنما يوضع عليه للحمل ، فإذا أخذه فقد أخذ نفس الحرز ، و [نفس الحرز] ليس في الحرز كمن سرق باب الدار .

وليس كذلك إذا شقّه فأخذ ما فيه ؛ لأن ما فيه محرزٌ به ، والأخذ من الحرز يتعلق به القطع ^(٢) .

قال : ولا قطع على النَّبَّاش فيما أخذ من القبر في قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأنه سرق من غير حرز ؛ ولأنه لا مالك للكفن . [ب/٣٦٥]

وقال أبو يوسف : يقطع النَّبَّاش ، [وإليه ذهب الشافعي] ^(٣) .

وجه قولهما : ما روي عن الزهري قال : أخذ نَبَّاش في زمن مروان بالمدينة ، فأجمع أصحاب رسول الله ﷺ وهم متوافرون : أن لا قطع عليه ^(٤) .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر : البدائع ٧/٧٤ .

(٣) قال الشافعي : «ويقطع النَّبَّاش إذا أخرج الكفن من جميع القبر ؛ لأن هذا حرز مثله» . مختصر المزني ص ٢٦٤ .

(٤) عبد الرزاق (١٨٨٧٥) ، وابن أبي شيبة (٢٨٦١٣)

ولأن اسم السارق لا يتناوله ، ألا ترى أن العرب أفردته باسم ، والحد إنما ورد في السارق ، فلو ألحقنا به مَنْ لا يتناوله الاسم ، أوجبنا الحد بالقياس ، وهذا لا يجوز .

(ولأن الكفن ليس بمملوكٍ ، ألا ترى أن الميت لا ملك له ، ولا يضاف إليه الكفن) (١) ، ولا يجوز أن يكون على ملك الورثة ؛ لأنه يستحق عليهم (٢) كما يستحق الدين والوصية ، وكما أن الدين إذا قضي ، والوصية إذا نفذت ، لم يبق على حكم ملكهم ، فكذلك الكفن ، وإذا لم يكن له مالكٌ معينٌ ، صار كمال بيت المال .

ولأنه ليس بمحرزٍ ، ألا ترى أنه لو سرق من القبر الدراهم والدنانير ، لم يقطع ، وكل بقعة لو سرق منها الدراهم والدنانير لم يقطع ، إذا سرق منها الثياب لم يقطع كالحمام .

ولأن الكفن لا يقصد إحرازه في الأرض ، ألا ترى أن الثياب تبلى في الأرض وتتلف ، وإذا لم يقصد إحرازه ، والسرقة من غير حرز لا يتعلق بها قطع .
وجه قول أبي يوسف : أنه أخذ مالاً من حرز مثله من غير شبهة ، كما لو أخذه من البيت .

قال : ولا قطع على مختلسٍ ولا منتهبٍ ولا خائنٍ ؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا قطع على مختلسٍ ولا منتهبٍ ولا خائنٍ » (٣) ، وروي عن

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (لأنه غير مستحق) .

(٣) أخرجه الترمذي (١٤٤٨) ؛ والنسائي (٤٩٧٢) ؛ وقال : « حسن صحيح » .

علي رضوان الله عليه أنه سئل عن المختلس والمنتهب؟ فقال: «تلك الدعابة لا شيء فيها»^(١)؛ ولأن اسم السارق لا يتناوله، فلم يجز أن يلحق بالنوع الذي ورد فيه الحدّ.

ولا [على] سارقٍ من ذوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، وقال الشافعي: يقطع السارق ممن لا ولاء بينه وبينه^(٢).

لنا قوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ﴾ الآية [النور: ٦١]، فأباح الأكل من هذه البيوت، فصارت الإباحة شبهةً في الدخول، فمنعت القطع.

ولا يقال: إنه في الآية قال: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾، والسارق من صديقه يقطع؛ لأنه إذا سرق منه، خرج من أن يكون صديقه، فلم يوجب عليه القطع مع وجود السبب المبيح، ومن سرق من أخيه لم يخرج من أن يكون أخاً له؛ لأن بينهما رحماً كاملاً كالوالدين والولد.

ولأن من أصلنا: أنه يثبت له في ماله حقّ النفقة عند [الحاجة]^(٣)، كما يثبت للوالد في مال الولد.

قال: ولا قطع على زوج سرق من زوجته، ولا على امرأة سقرت من زوجها، وقال الشافعي: إن سرق أحدهما من الآخر من البيت الذي هما فيه، فلا

(١) عبد الرزاق (٢٠٨/١٠)، وابن أبي شيبة (٥٢٨/٥)

(٢) لكن قال الشافعي في الأم: «وإذا كان في بيت واحد ذو رحم أو غير ذي رحم، فسرق بعضهم من بعض، لم يقطع؛ لأنها خيانة». ص ١٢٤٦.

وذكر العثماني: بأن من سرق من ذي رحم محرم، كالأخ، والعم، «ففي قول مالك والشافعي وأحمد: يقطعون». انظر: رحمة الأمة، ص ٢٣٦.

(٣) في أ (الحاكم)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.



قطع ، وإن سرق من بيت آخر قطع^(١).

لنا: أن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجٍ ، كالوالدين والولد^(٢) ؛
ولأن كل واحد منهما له تبسط في مال الآخر في العادة^(٣) ، كما ينبسط في مال
الولد ، فممنوع ذلك من وجوب القطع .

قال: وكذلك إن كانت بانة منه ، فسرق واحدٌ منهما من صاحبه ، وهي في
العدة من ثلاث تطليقات كانت تعتدّ ، أو غير ذلك من العِدَدِ ؛ وذلك لأن العِدَّةَ
من أحكام النكاح ، وأحكام النكاح [قد] أُجريت مجرى نفس النكاح في بعض
الأحكام^(٤) ، والحدود تسقط بالشبهة ، فصارت العدة شبهةً في سقوط القطع .

قال: ولا قطع على خادِم القوم إن سرق من متاعهم ، ولا ضيف سرق متاع
من أضافه ، ولا أجير سرق من موضع مأذونٍ له في دخوله ؛ وكذلك إن كان في
موضع لا يدخل إليه ، إذا كان المتاع فيما هو مأذون له في التصرف فيه ؛ وذلك
لأن الإذن في دخول الحرز يخرج من أن يكون حرزاً في حق المأذون له ،
والسارق من غير حرز لا يقطع^(٥).

فأما الأجير إذا أخذ المتاع المأذون له في أخذه ، فالإذن له شبهةً في الأخذ ،
وذلك يسقط القطع ؛ ولأن الإذن في التصرف في المال أكثر من الإذن في دخول
الحرز .

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٦٥ .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) (في العادة) سقطت من ب .

(٤) في ب (النكاح) ، لعله سبق قلم .

(٥) انظر: مختصر القدوري ص ٤٨١ .

قال: وإذا أجز الرجل داره من رجل، فسرق المؤاجر من المستأجر، أو المستأجر من المؤاجر، وكل واحد منهما في منزلٍ على حدة، فإنه يقطع السارق منهما، رواه علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وقال في الأصل: في المؤاجر إذا سرق من المستأجر، قال: أما أنا فليست أرى عليه قطعاً؛ لأن الدار له.

فإن كانت الدار عظيمةً، لها حُجْرٌ، وهو في حجرةٍ منها، وأجر حجرةٍ أخرى من رجل، ثم إن المستأجر نقب على رب الدار، قال: هو سواء، وأيهما سرق من صاحبه ما يجب فيه القطع، قطع، رواها علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، هكذا على لفظٍ واحدٍ.

وأما ما سرقه المستأجر من المؤاجر، ففيه القطع في قولهم إذا كان في بيتٍ منفردٍ؛ لأنه لا شبهة له في الحرز ولا في المال^(١).

فأما ما سرق المُكْرِي^(٢) من المستأجر، ففيه القطع عند أبي حنيفة؛ لأن المستأجر أخصّ بالحرز من المالك، (ألا ترى أن له أن يمنعه من دخوله)^(٣)، فصار المؤاجر كالأجنبي.

ولأن شبهته في الحرز أدون من شبهة السارق من المسجد، ألا ترى أن له حقاً فيه، وليس لأحد منعه من دخوله، والمؤاجر مالكٌ، وهو ممنوعٌ من الدخول، فإذا كان حق السارق في المسجد لا يسقط القطع، فحق المؤاجر أولى.

(١) انظر: الأصل ٢٦١/٧.

(٢) في ب (المؤاجر).

(٣) في ب (ألا ترى أن الدار تمنعه من دخوله).



وجه قولهما: أن ملكه الحرز شبهة في درء الحدّ، كمالك المال؛ ولأن الملك في الحرز أكبر من الإذن في دخوله، فإذا سقط الحد بالإذن في الدخول، فالملك أولى.

قال: وإذا كان في الدار بيوت، فدخلها سارق وأخذ من بعض البيوت شيئاً قيمته عشرة دراهم، فأخرجه من البيت إلى الدار، فلا قطع عليه حتى يخرج السرقة من الدار إلى خارجها؛ لأن الدار الواحدة حرزٌ واحدٌ وإن اختلفت بيوتها؛ ولهذا قالوا في المودع إذا قيل له: احفظ في هذا البيت، فحفظ في بيت آخر، لم يضمن، ونقل المال من بعض مواضع الحرز إلى بعض، لا يوجب القطع، ما لم يخرج من الحرز^(١).

قال: وإن كان في الدار [حُجْرٌ] ومقاصير، فسرق من مقصورةٍ منها، وخرج به إلى صحن الدار، قطع؛ وذلك لأن المقاصير المختلفة كل واحدة منها حرز على حياله، فصارت كالدُّور في محلةٍ واحدةٍ، فإذا أخرجت السرقة من دارٍ منها إلى دارٍ، وجب عليها^(٢) القطع، كذلك هذا. [١/٣٦٦]^(٣).



(١) انظر: الأصل ٢٦١/٧، ٢٦٢.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٥٤/٦ وما بعدها.

بَابُ ما يكون في حكم سرقة واحدة، أو سرقات



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا دخل الرجل داراً^(١)، فسرق من بيتٍ منها درهماً، فأخرجه إلى صحنها، ثم عاد فأخذ درهماً من البيت، فأخرجه، فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم، فهذه سرقة واحدة، فإذا أخرج العشرة من الدار قطع؛ وذلك لأن صحن الدار منها، فأخراج الشيء [إليه]^(٢) لا يكون سرقة، وإنما السرقة إخراجها من الحرز، وقد أخرج من الحرز جملةً هي نصاب، فتعلق به القطع.

قال: ولو [كان] خرج في كل مرة من الدار، ثم عاد حتى فعل ذلك عشرة مرات، لم يقطع؛ لأنها سرقات؛ وذلك لأن كل خروج من الحرز غير الخروج الآخر، فلم يضم أحد الفعلين إلى الآخر، فاعتبر بنفسه، وسرقة ما دون النصاب لا يتعلق به قطع.

قال: وكذلك جماعة دخلوا داراً، فأخرجوا من بيتٍ من بيوتها متاعاً مرةً بعد أخرى^(٣) إلى صحن الدار، ثم أخرجوه منها جملةً واحدةً، قطعوا إذا كان ما أخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم، وإن كانوا يخرجونه متفرقاً في كل مرة، لا يخص ما أخرجوه [جملةً] في إحدى المرات كل واحد عشرة دراهم،

(١) في ب (دار الرجل).

(٢) في أ (منها)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) في ب (بعد مرة).



فلا قطع عليهم^(١)؛ وذلك لأنهم إذا أخرجوه جملة، فهي سرقة واحدة، وإذا تفرق الإخراج، فهي سرقات، فكل واحدٍ منها معتبرٌ بنفسه.

وإنما قلنا: إن المعتبر في حال الاشتراك أن يخص كل واحد منهم نصاباً، خلاف ما قال مالك: إن المشتركين في سرقة في نصابٍ واحدٍ، يجب عليهم القطع؛ لأن كل واحدٍ منهم سارقٌ لما دون النصاب، فكأنه انفرد به [بذلك القدر]؛ ولأن أخذ المال يتبعض، ففعل كل واحد منهم في حال الاشتراك في قدر ما أصابه، كفعله في حال انفراده^(٢).

وليس كذلك قتل الجماعة للواحد؛ لأن القصاص يتعلق بإخراج الروح، وهو معنى لا يتبعض، فكل واحد منهم كالفاعل لجميعه.

قال: وما أوجب القطع، فإن السارق لا يضمن إذا قطع، لا يجتمع ضمانٌ وقطعٌ.

وقال الشافعي: يقطع، ويضمن ما استهلكه^(٣).

لنا: ما روي في حديث عبد الرحمن بن عوف: أن النبي ﷺ قال: «إذا قطع السارق، فلا غرم عليه»^(٤)؛ ولأن كل أخذ يستقرُّ به الضمان لا يتعلق بالبقاء عليه القطع، أصله: أخذ الغاصب، فلو أوجبنا الضمان بهذا الأخذ، لم يجتمع معه القطع، وقد استوفينا القطع، فلم يجز إثبات ما ينافيه.

(١) في ب (فالقطع عليهم).

(٢) انظر: الموطأ ص ٥٨٤ (دار الفكر).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٦٥؛ رحمة الأمة ص ٢٣٦.

(٤) أخرجه النسائي (٤٩٨٤)، وإسناده منقطع. انظر نصب الراية (٣/٣٧٥).

فأما إذا كانت العين قائمةً، فإنها ترد؛ لأن النبي ﷺ قطع سارق رداء صفوان، وردّ الرداء عليه؛ ولأن ردّ العين ليس فيه أمرٌ ينافي القطع، فجاز أن يجتمع معه، وفي إيجاب الضمان تمليك العين المضمونة، والملك ينافي القطع، فلم يجز إثباته مع ما ينافيه.

قال: فإن سقط القطع لشبهة، ضمن؛ وذلك لأن أخذ مال الغير إذا حصل [بغير] ^(١) حقّ تعلّق به الضمان، وإنما سقطت المطالبة بالقطع، فإذا سقط القطع بقي الضمان على ما كان عليه.

وقال ابن سماعه عن محمد: لو أن رجلاً سرق من رجل تسعة دراهم من منزله، ثم أتى منزلاً له آخر، فسرق منه درهماً أو تسعة، لم أقطعه؛ لأن هاتين سرقتان؛ وذلك لأن حرمة كلّ حرزٍ غير حرمة الحرز الآخر، فهتك أحد الحرزين بما لا يتعلّق به القطع، لا يعتد به في هتك الآخر، فبقي أن يعتبر كلّ حرزٍ بانفراده.

قال: ولو سرق عشرة دراهم لعشرة أنفس في موضع واحد، قطعته؛ لأنها سرقة واحدة، وهي تبلغ عشرة دراهم، وإن تفرقت من يملكها؛ وذلك لأن كمال النصاب فيما يعتبر فيه النصاب يعتبر في حق من يجب عليه الحكم المتعلق بالنصاب، والموجب عليه هو السارق، وقد تم النصاب في حقه، فنقصانه في ملك [كلّ] واحدٍ من المسروق منهم لا يؤثر؛ لأنه نقصانٌ [في] النصاب في حق من لا يتعلّق به الوجوب؛ ولهذا جعلنا الشركة في النصاب في الزكاة مؤثرة؛ لأن النصاب نقص في حق من يتعلّق وجوب الزكاة به.

قال: وإن كان عشرة أنفس في دار، كلّ واحدٍ في بيتٍ على حدة، فسرق

(١) في أ (به)، والمثبت من ب، وهو الصواب.

من كل واحدٍ منهم درهماً ، قطعته ، يعني : ثم خرج بالجميع من الدار ؛ لأن الدار حرز واحد ، وقد خرج منها بنصاب كامل ، والشركة في النصاب لا معتبر بها ، فوجب عليه القطع .

قال : ولو كانت حُجْرٌ كثيرةٌ في دارٍ عظيمةٍ ، فسرق من كلِّ حُجْرَةٍ أقلَّ من عشرة دراهم ، لم أقطعه ؛ وذلك لأن كل حجرة حرزٌ بانفرادها [عن الأخرى] ، والسرقات إذا اختلفت ، اعتبر كمال النصاب في كلِّ واحدٍ منها .

[قد] قال ابن رستم : قال محمد في عشرة أنفس سرقوا عشرة دراهم من رجلٍ واحدٍ ، قال : لا يقطعون ، ولو سرق واحدٌ من عشرةٍ ، لكلِّ واحدٍ منهم درهم ، قطعته إذا كانت الدراهم مجتمعةً ، وهذا على ما قدمنا : أن السرقة يعتبر فيها النصاب في حقِّ السارق دون المسروق منه .

قال : ولو كان سرقها متفرقاً ، من كل كيس درهماً من عشرة أنفس ، قطعته أيضاً إذا كان ^(١) قد أخذها من قبل أن يخرج من النقب ؛ لأنه حرزٌ واحدٌ ، فإذا انفصل عنه بنصابٍ مسروقٍ قطع .

قال محمد : ولو سرق ثوباً قيمته تسعة دراهم ، فوضعه بإزاء البيت ^(٢) ، ثم دخل فأخذ ثوباً آخر يساوي تسعة دراهم ، فأخرجه ، لم يقطع ؛ لأنهما سرقتان ، وهذا على ما بيَّنا : أنه انفصل في كلِّ مرةٍ من الحرز ومعه أقلُّ من النصاب ، وأحد السرقتين لا يضاف إلى الآخر ^(٣) .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) وفي ب (في باب البيت) .

(٣) انظر : الأصل ٢٣٨/٧ - ٢٤٠ .

بَابُ

السَّارِقِ يُحَدِّثُ فِي السَّرْقَةِ قَبْلَ إِخْرَاجِهَا مَا يُوْجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ



قال: ولو أن لصًا دخل منزل رجل، فأخذ منه ثوبًا، فخرّقه في الدار، شقّه نصفين ثم أخرجته، وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقًا، فإنه يقطع في قول أبي حنيفة.

وهي رواية الجامع الصغير^(١)، ورواية علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهشام عن محمد عن أبي حنيفة، وابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وعمرو بن أبي عمرو [عن محمد] عن أبي حنيفة.

ويضمن السارق ما نقص الشقُّ الثوب، وهذا قول أبي يوسف في رواية ابن سماعة، وقول محمد مثل قول أبي حنيفة، لا أعلم عنه خلافًا.

قال الطحاوي: وقياس قول محمد: أن لا يقطع في شيء من ذلك.

ورواية ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يقطع في الثوب.
وقال أبو يوسف: لا يقطع استحسانًا^(٢).

وجه رواية الأصول: [ب/٣٦٦] أنه لما شقَّ^(٣) الثوب ثم أخرجته، وقيّمته

(١) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٤.

(٢) شرح مختصر الطحاوي ٦/٣١٢، ٣١٣.

(٣) في ب (سرق).



نصابٌ كاملٌ ، فكأنه سرقة على هذه الصفة ، (ووجوب الضمان عليه في الجزء المتلف)^(١) ، كإتلاف ثوب آخر في الحرز ، ولو أن سارقاً استهلك في الحرز ثوباً وأخرج ثوباً قيمته عشرة دراهم ، قطع ، فكذلك هذا .

وجه الرواية الأخرى: أن الضمان قد وجب بشقه الثوب ، وثبت للمالك حقّ التضمين ، وذلك شبهةً في سقوط القطع^(٢) ، وإنما جمع أبو حنيفة في الرواية المشهورة بين القطع وضمان الشق ؛ لأنه إنما قطع في بقية الثوب ، وألزمه الضمان في الجزء المتلف ، والمعنى المانع من الضمان إنما يملك به النصاب ، فيصير القطع في ملكه ، وهذا المعنى لا يوجد إذا ضمن مقدار النصاب .

وقد قالوا: لو اختار صاحب الثوب أن يسلم الثوب إلى السارق ويلزمه قيمته ، لم يقطع ؛ لأنه تملكه بالضمان ، فلا يقطع فيما هو على ملكه .

وقال ابن سماعة عن أبي حنيفة في السارق إذا خرق الثوب تخريقاً يصير به مستهلكاً ، وقيمه بعد تخريقه عشرة ، أنه لا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف: يقطع .

وذلك لأن الخرق إذا استهلك به الثوب ، استقر الضمان ، إلا أن يختار المالك البراءة منه ، فلم يجز إيجاب القطع مع استقرار الضمان ، والرواية التي ذكرها عن أبي يوسف تضاد الأولى ؛ لأنه لم يقطعه في الخرق الذي لم^(٣) يستهلك ، ففيما استهلك أولى .

(١) في ب (فوجب الضمان عليه كالحر المتلف) .

(٢) في ب (في وجوب القطع) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

فأما إذا دخل الحرز، فذبح الشاة، ثم أخرجها، فلا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنها صارت لحمًا في الحرز، وسارق اللحم لا قطع عليه.

وعلى قول أبي يوسف في الرواية المشهورة: يسقط القطع لعلتين: إحداهما: وجوب الضمان عليه بالذبح، كما قال في تخريق الثوب، والأخرى: كونها لحمًا لا قطع فيه.

وأما على الرواية الأخرى التي قال: إنه يقطع في اللحم، وفيما يسرع إليه الفساد، فإنه لا يقطع لعلّةٍ واحدةٍ: وهي وجوب الضمان.

وقد ذكر محمد بن سماعة عن أبي يوسف قال: إذا كان اللحم يساوي عشرة دراهم قطعت، وهي على الرواية التي [قال] فيها: إذا شق الثوب، قطع فيه، فكذا إذا ذبح الشاة، واللحم عنده مما يقطع فيه^(١).



(١) انظر: الأصل ٧/٢٤٧، ٢٤٨.

بَابُ السَّارِقُ يُحَدِّثُ فِي السَّرْقَةِ حَدِيثًا بَعْدَ إِخْرَاجِهَا مِنَ الْحِرْزِ



قال: وإذا قطعت يدُ السارق والسرقة قائمةٌ بعينها في يده، رُدَّتْ على صاحبها؛ وذلك لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردَّ»^(١)، وقوله: «من وجد عين ماله فهو أحقُّ به»^(٢)؛ ولأنه ﷺ ردَّ رداء صفوان، وقطع السارق فيه.

قال: وكذلك إن كان السارق قد ملَّكها رجلاً بوجهٍ من وجوه الملك: ببيع، أو هبة، أو صدقة، أو تزوج عليها، أو كان السارق امرأةً، فاختلعت بها.

وعلى أي وجه ملَّكها وهي قائمةٌ في يد المملِّك، فهي تُردُّ على صاحبها، وهي على ملك المسروق لم يخرج منه، وتمليك السارق فيها باطل؛ وذلك لأن القطع لا يوجب ملك [العين]^(٣)، [فإذا ملَّك ما لا يملك لم يصح تمليكه، فوجب ردُّ العين].

قال: وكذلك لو فعل ذلك بعد القطع، فذلك كله باطل؛ لأن القطع لا يوجب ملك العين، فتمليكه بعد القطع كتمليكه قبله.

فإن هلكت في يد المشتري، وقد كان البيع قبل القطع أو بعده، فلا ضمان على السارق ولا على القابض، روى ذلك بشر وعلي عن أبي يوسف في مسألة

(١) رواه أبو داود (٣٥٦١)،؛ والترمذي (١٢٦٦) وقال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٤٠٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣١)؛ وابن ماجه (٢٣٣١).

(٣) في أ (الغير)، والمثبت من ب.

تاريخها عند بشر سنة ثمان وسبعين ومائة ؛ وذلك لأن السارق إن ضمن تملك الشيء^(١) من وقت الأخذ ، فوق القطع فيما هو على ملكه ، وذلك لا يجوز .

وأما المشتري ، فلو ضمن ، لرجع بالضمان على السارق ، وقد بينا أن ضمان السارق لا يجوز ، وكذلك لا يجوز تضمين من يرجع عليه .

قال : ولو كان متاع المسروق قائمًا بعينه عند الغاصب ، (وأراد السارق أن يُضمَّنه ، فأراد ربُّ المتاع أن يُضمَّنه ، فلا ضمان لواحدٍ منهما على الغاصب)^(٢) ، وهذا إنما يعني به : إذا كان المتاع قائمًا في يد الغاصب عند القطع وهلك بعده ، فلا ضمان للسارق ؛ لأنه ليس بمالك للعين ، ولا ضمان للمالك ؛ لأن العين صارت في حكم ما ليس بمتقوم ؛ بدلالة أن السارق لو استهلكها بعد القطع لم يضمن في الرواية المشهورة ، فلم [يتعلق]^(٣) على صاحبها ضمانٌ .

وقد كان الأولى أن يضمن الغاصب^(٤) ؛ لأنه لا يرجع بالضمان على السارق ، فيؤدي ذلك إلى ما بينا في القطع ، وليس يمتنع أن لا يجب الضمان على السارق ولو هلكت العين في يده ، ويجب على الغاصب منه كالوديعة^(٥) .

وقال ابن رستم عن محمد : في السارق إذا استهلك المتاع بعد القطع ، لم يكن عليه ضمان .

وقال الحسن في سياق روايته عن أبي حنيفة : إذا قُطِعَ والمتاع عنده ، ثم

(١) في ب (السرقة) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (يتعين) والمثبت من ب .

(٤) في ب (أن لا يضمن الغاصب) .

(٥) انظر : البدائع ٧/٨٥ .



استهلكه [ببيع أو هبة] ، ضمن قيمته ، وإن هلك أو سرق ، لم يكن عليه شيء .
 وجه الرواية الأولى ، وهي الأصح عندهم : أن الضمان بالاستهلاك يوجب
 ملك العين المسروقة بسبب سابق ، فيؤدي إلى إيجاب القطع فيما هو على ملكه .
 وجه رواية الحسن : أن العين لم يملكها السارق بالقطع ، وقبضه خرج من
 أن يتعلق به الضمان ، فصارت العين كالأمانة ، فإن هلكت لم يضمن ، فإن
 استهلكها ضمن .

ولأنها ملكٌ للغير في يده ؛ بدلالة أن الرد واجبٌ ، وملك الغير إذا استهلكه
 مستهلكٌ ضمنه .

قال : وإن وجد في يد غيره بهبة من اللص وهبها له ، أو بيع منه باعها إياه
 قبل القطع ، ثم قطع ، كان لصاحبه أن يأخذه ، ويرجع المأخوذ على السارق بالثمن
 الذي كان اشترى منه ؛ وذلك لأن الرجوع لا يؤدي إلى إيجاب الضمان على
 السارق ، ألا ترى أن المشتري لا يرجع عليه بالقيمة ، وإنما يرجع عليه بالثمن
 الذي قبضه ، فلم يكن في ذلك ما يؤدي إلى تضمين السارق على وجه ينافي
 القطع .

قال : وكذلك لو كان المشتري أو الموهوب له قد استهلكها ، كان لصاحبها
 أن يُضمَّنهُ القيمة ، ويرجع المشتري على [السارق] ^(١) بالثمن ؛ وذلك لأن إيجاب
 الضمان على المشتري من السارق لا يؤدي إلى تضمين السارق العين ، وإنما يرد
 الثمن الذي قبض ، وهذا لا ينافي القطع .

(١) في أ (البائع) والمثبت من ب .

قال: ولو سرق ثوبًا فصبغه بعُصْفُرٍ، أو زَعْفَرَانٍ، أو صبغٍ يكون زيادةً، أو قطعه وخاطه قميصًا، أو قِبَاءً، أو جعله جُبَّةً وبطنها، فكل ما كان من هذا لو [كان] غصبًا [في يديه] ففعل به مثل ذلك، لم يكن للمغصوب منه عليه سبيلٌ، وكان على الغاصب فيه^(١) قيمته، وكان مما للمغصوب منه أن يأخذه ويعطي ما زاد الصبغ فيه، فإنه يقطع في ذلك كله في قول أبي حنيفة، [١/٣٦٧] ولا ضمان على السارق، ولا سبيل للمسروق منه عليه.

فأما أبو يوسف ومحمد فقالا في النقصان كما قال أبو حنيفة، ولا يضمن السارق النقصان، والزيادة على وجهين: ما كان ليس للمغصوب عليه سبيلٌ، مثل الثوب يقطعه الغاصب ويخيظه، فهو كما قال أبو حنيفة، وما كان للمسروق منه أن يأخذه ويعطي الزيادة، مثل الصبغ، كان للمسروق منه أن يأخذه ويرد على السارق ما زاد الصبغ، ويقطع السارق، روى قول أبي يوسف [هذا] بشرٌّ وعليٌّ.

قال أبو يوسف: هو استحسان، والقياس: ما قال أبو حنيفة.

وروى قول محمد^(٢) ابنُ سماعة.

وجملة هذا: أن ما يحدثه السارق في العين المسروقة على وجهين: إما أن يكون نقصانًا، أو زيادةً.

فإن كان نقصًا، قطع ولا ضمان عليه، وردت العين؛ وذلك لأن نقصان العين ليس بأكثر من هلاكها، ولو هلكت وجب القطع وسقط الضمان، فكذلك إذا هلك بعضها، وجب القطع، ولا ضمان.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) هذه الكلمة ليست في ب.

وأما إذا اتصلت السرقة بالزيادة، فهو على وجهين: إن كانت تلك الزيادة تسقط حق المالك عن العين، كالقطع والخياطة، قطع السارق، ولا سبيل للمالك على العين في قولهم، ولا ضمان؛ لأن العين زالت عن ملك المسروق منه، والتضمين متعذرٌ لأجل القطع، فصار ذلك كالاستهلاك.

وأما الزيادة التي لا تقطع حق المسروق منه عن العين، كالصبغ، فقال أبو حنيفة: يقطع السارق، ولا سبيل على العين المسروق منه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يأخذ المسروق منه الثوب، ويعطي ما زاد الصبغ فيه.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لا يخلو إما أن يضمه الثوب، أو يرد الثوب ويضمن المالك الزيادة، ولا يجوز تضمين الثوب بعد القطع، ولو رددنا الثوب صار السارق شريكاً [فيه] بسببٍ متقدّمٍ على القطع، والشركة في العين المسروقة مسقطه للقطع ابتداءً، فإذا حصل القطع، لم يجز إثبات ما ينافيه.

وليس كذلك إذا صبغه السارق بعد القطع؛ لأن الشركة بعد القطع لا تسقط القطع^(١)، كما لو باع المالك بعض الثوب من السارق.

وجه قولهما: أن المالك [في الصبغ] مخيرٌ بين تضمين الثوب، وبين أخذه وضمنان الزيادة، وقد تعذر تضمين الثوب بالقطع، ومن خيرٍ بين أمرين فتعذر أحدهما، تعيّن الآخر.

قال أبو حنيفة: ولا يحل للسارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه؛ وذلك لأن

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

الثوب على ملك المسروق منه ، وإنما تعذر الرد والتضمين من طريق الحكم ، فلا يحل للسارق الانتفاع بما لم يملكه .

وكذلك في مسألة الثوب إذا خاطه ، لا يحل له أن ينتفع به ؛ لأنه ملكه بوجهٍ محظورٍ لم يؤدّ بدله .

وليس كذلك إذا لم يقض عليه بالردّ أو بالضمان أبحنأ له الانتفاع بالعين ، كما قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمانٍ ، فأخذ شيئًا من أموالهم ، فهذا لم يحكم عليه برده ، ولزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ، وكذلك البغاة إذا أتلّفوا أموالنا ، ثم رجعوا ، لم يحكم عليهم بالضمان ، قاضيناهم فيما بينهم وبين الله تعالى .

وقالوا: في الحربي إذا أخذ شيئًا من مالنا ، ثم أسلم ، لم يلزمه رده ؛ لأنه ملكه [بالأخذ] ^(١) ثم أسلم عليه .

قال ابن سماعة عن محمد: في السارق إذا قطعت يده في السرقة ، وقد استهلكها ، فإني أمره فيما بينه وبين الله تعالى أن يرد قيمة ما استهلك ، وإن كنت لا أقضي عليه [بذلك] ^(٢) ؛ لأن القضاء يؤدي إلى إيجاب ما ينافي القطع ، ولكنه يُفتى بالرد ؛ لأنه أتلّف مالاً محظوراً بغير حقّ .

قال: وكذلك قطاع الطريق إذا استهلكوا المال ، ثم أقيم عليهم حدّ قطع الطريق ، فإني أفتيهم برد قيمة ذلك أو مثله فيما يكون عليهم مثله ؛ لأنهم استهلكوا ما ليس لهم ، وهذا على ما بيّنا .

(١) في أ (بالرد) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٢) في أ (بعد ذلك) ، والمثبت من ب .

قال: وكذلك قاطع الطريق إذا قتل رجلاً بَعْصاً^(١)، فإنني أمره أن يؤدي ديته إلى وليه، يُفتى بذلك إذا جاء تائباً، وبطل الحدّ عنه؛ لأنه قتل نفساً بغير حقّ.

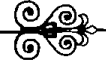
قال: ولو قتل الحربي مسلماً بَعْصاً، ثم أسلم، فإنني لا أفديه بدفع قيمة المقتول إلى وليه؛ لأن القتل وقع غير موجبٍ للضمان، فلم يجب عليه بالإسلام^(٢).

فأما الباغي وقاطع الطريق [فعليلهم الضمان؛ لأنّ] فعلهم وقع موجباً للضمان؛ بدلالة أن الحدّ لو سقط ابتداءً بشبهة، وجب الضمان، وإذا سقط الحكم به لأجل الحدّ، يُفتى فيما بينه وبين الله تعالى^(٣).

(١) (بعصاً) هكذا في الموضعين.

(٢) في ب (فلم يجب بطرو الإسلام).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٨٣/٦ وما بعدها.



بَابُ

ما يجب في سرقة القطع، وما لا يجب



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قد قدمنا الرواية عن النبي ﷺ أنه قال: «لا قطع في ثمرٍ ولا كثرٍ»^(١)، والتمر: ما في رؤوس النخل والشجر، ولا قطع فيه، ولا في حنطةٍ في سنبلها لم تحصد، وإن كان على ذلك حائطٌ قد استوثق منها، ومعها حافظٌ، فإنه لا يقطع فيه.

وهذا على ما قدمنا: أن التمر على رؤوس النخل مما يسرع إليه الفساد، ولا يكمل معنى المال فيه، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا قطع في ثمرٍ معلق حتى يؤويه الجرين»^(٢)، والسنبل ما لم يُحصد في حكم الثمرة المعلقة؛ لاتصاله بأصله، ولا فرق بين المحرز وغير المحرز؛ لأن القطع سقط لمعنى فيه.

قال: وكذلك إن سرق من الحائط نخلةً بأصلها فلا شيء فيه؛ لقوله ﷺ: «لا قطع في ثمرٍ ولا كثرٍ»، وقد قيل في التفسير: إن الكثر: هو النخل الصغار؛ ولأن النخل يوجد أصله في دار الإسلام مباحاً تافهاً، فلا يقطع فيه.

قال: فإذا أحرز الثمر، وجعل في حظيرة وعليها بابٌ، أو حنطة قد حصدت، فجعلت في هذه الحظيرة، فإن سارقه يقطع.

وإن لم يكن معه من يحفظه، فلا قطع على من سرقه.

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨)؛ والترمذي (١٤٤٩)؛ والنسائي (٤٩٦٠)؛ وابن ماجه (٢٥٩٣).
 (٢) أخرجه أبو داود (١٧١٠)؛ والترمذي (١٢٨٩) وقال: «حديث حسن»؛ والنسائي (٤٩٥٩)؛ وابن ماجه (٢٥٩٦).

وإن كان صاحبه نائماً عليه يحفظه ، وكان محصوراً في [غير] حظيرة ، فإن سارقه يقطع ، وهذا محمول على أن التمر حُرز بعدما استحكم ، حتى صار بحيث لا يلحقه الفساد ، فكمّل معنى المال فيه ، فإذا سرق من حرزٍ ، قطع .

قال: وكذلك ما سرق من الغنم ، والإبل ، والبقر ، والخيل من مراعيها ، وإن كان الراعي معها ، فلا قطع فيه في قولهم جميعاً ، وإن كان يأوي بالليل إلى حائطٍ قد بُني لها ، عليه بابٌ ، ومعها حافظٌ ، أو ليس معها أحدٌ غير أن الباب مغلقٌ ، فكسر الباب ثم دخل ، فسرق بقرةً قادها قوداً حتى أخرجها ، أو ساقها سوقاً حتى أخرجها ، أو ركبها حتى أخرجها ، فإنه يقطع ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه سُئل عن حريسة الجبل ، فقال: «غرامة [٣٦٧/ب] مثليها وجلدات نكال ، فإذا آواها المراحُ وبلغت ثمن المجن ، ففيها القطع»^(١) ؛ ولأن المقصود بكون المواشي في المراعي ليس هو الحفظ ، (وإنما المقصود الرعي)^(٢) ، وأخذ المال الذي ليس بمحفوظ لا يتعلّق به القطع^(٣) .

٢٦٩٦ . [فصل: فيما لا قطع فيها من الأشياء]

وجملة مسائل^(٤) هذا الباب مبنية على مسألتين:

إحداهما: سرقة ما يسرع إليه الفساد ، فقال أبو حنيفة ومحمد: لا قطع فيما يسرع إليه الفساد: مثل الطعام ، والرطب ، والفاكهة الرطبة ، والبقول .

(١) أبو داود (٤٣٩٠) ، والنسائي (٤٩٥٩) ، والترمذي (١٢٨٩) ، وقال: «حسن» .

(٢) سقطت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٢٤٥/٧ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: يقطع في الطعام كله، رطبه ويابس، وفي البقول كلها، وهي رواية الحسن بن زياد عنه.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه [قال]: لا قطع في الخبز، ولا في الثريد، ولا في الفاكهة التي لا تبقى في أيدي الناس.

وجه قولهما: ما روى الحسن: أن النبي ﷺ قال: «لا قطع في طعام»^(١)؛ ولأن البقول وما في معناها تافهة؛ بدليل أن القادر على أخذها يتركها مع القدرة [على أخذها]، وقد قالت عائشة رضي الله عنها: كان لا يقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه^(٢).

ولأنها لما لم يبق نقص معنى المال فيها، ونقصان معنى المال كنقصان قدره، فيمنع من وجوب القطع؛ ولأن الحدود تجب في المقصود من كل نوع، والمقصود من السرقة ليس هو ما لا يبقى، فلم يتعلق به الحد.

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: «لعن الله السارق، يسرق البيضة، فتقطع يده»^(٣)؛ ولأنه مالٌ يباع ويشتري كسائر الأموال.

وأما المسألة الثانية: فقال أبو حنيفة ومحمد: كل ما يوجد جنسه مباحاً تافهاً في دار الإسلام، لم يجب فيه القطع، وقال أبو يوسف: يقطع.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «لا قطع في ثمرٍ ولا كثيرٍ»، وقد قيل في الكثير: أنه

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٢٤٥)، من مرسل الحسن البصري؛ قال الزيلعي في نصب الراية:

«وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود ولم يعله بغير الإرسال، وأقره ابن القطان» (٣/٣٦٢).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨١١٤).

(٣) أخرجه البخاري (٦٤٠١)؛ ومسلم (١٦٨٧).

النخل الصغار، وقيل: الجُمَار^(١)، والمعنى فيه: أنه يُوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام.

ولأن الأغراض تختلف باختلاف المقادير، كما تختلف باختلاف الأجناس، فإذا كان في المقادير ما لا يقطع فيه، وجب أن يكون في أجناس الأموال ما لا يقطع فيه.

وجه قول أبي يوسف: أن هذا متموّلٌ يباع ويشترى كسائر الأموال.

قال: ولا يقطع في طير، ولا في صيدٍ في برٍّ ولا بحرٍ، وحشياً كان أو غيره، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد^(٢).

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يقطع في كل شيء إلا الطين، والتراب، والسرقين.

قال أصحابنا: وكذلك يجب أن يكون الماء.

وجه قولهما: ما روى الثوري عن جابر بن عبد الله الجهني قال: سرق رجلٌ دجاجةً، فرفع إلى عمر بن عبد العزيز، فأراد أن يقطعه، فقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: سمعت عثمان رضي الله عنه يقول: (لا قطع في الطير)، فتركه^(٣)، وعن عليّ رضوان الله عليه مثله^(٤)، وليس لهما مخالفٌ؛ ولأن جنسه يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام، فصار كالتراب.

(١) «والجُمَار - بالضم والتشديد - شحم النخل». مختار الصحاح (جمر).

(٢) انظر: الأصل ٧/٢٤٣.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٨٩٠٧)؛ وابن أبي شيبة (٢٨٦٠٨).

(٤) ابن أبي شيبة (٢٨٦٠٩).

وجه قول أبي يوسف: أنه متمول كسائر الأموال.

وقد روى ابن سماعه، عن أبي يوسف، عن روح بن غطيف الثقفي، عن الزهري^(١): أن عثمان رضي الله عنه قال: لا قطع في طير. وأن علياً رضي الله عنه قال: لا قطع في الطير.

قال: وكذلك ما صيد من الجوارح، فعلم فصاد صيوداً، فلا قطع على سارقه، وهذا على ما بيننا: أن جنسه يوجد مباحاً تافهاً (في دار الإسلام).

وقال بشر عن أبي يوسف في الإملاء: قال أبو حنيفة: لا قطع في السمك، مملحاً كان أو طرياً؛ وذلك لأنه يوجد مباحاً تافهاً في دار الإسلام^(٢)، ألا ترى أن القادر عليه يترك أخذه مع القدرة على أخذه.

وكان يقطع في الفاكهة اليابسة التي تبقى في أيدي الناس؛ لقوله عليه السلام: «حتى يؤويه الجرين»، والجرين في العادة تنقل إليه الثمار بعد استحكامها.

قال: وروى ابن رستم عن أبي حنيفة أنه قال: لا قطع في الفاكهة اليابسة، وأجراها مجرى السمك؛ فلما لم يقطع في رطبها، لم يقطع في يابسها.

والصحيح من الرواية: وجوب القطع؛ لأن الفاكهة لا توجد مباحة تافهة، وإنما يسقط القطع في رطبها لأنها لا تبقى.

وقال بشر عن أبي يوسف: كان أبو حنيفة يقول: لا قطع في بقل ولا ريحان رطب، وكان يقطع في الحنأ وما أشبه ذلك؛ لأن الحنأ لا يسرع إليه الفساد،

(١) (عن الزهري) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

فهو كالفاكهة اليابسة .

قال: ولا يقطع في شيء من الحطب والخشب، ما خلا الساج^(١) والقنا^(٢)؛ وذلك لأن جنس الخشب يوجد مباحاً في دار الإسلام تافهاً على الأصل الذي قدمنا .

فأما الساج، والقنا، والأبنوس^(٣)، والصندل^(٤)، فلا يوجد جنسه في دار الإسلام مباحاً، وإنما يوجد في دار الحرب، والإباحة في دار الحرب لا معتبر بها، ألا ترى أن جميع الأموال مباحة هناك وإن وجب القطع فيها في دارنا .

قال: وإن صنع الخشب أو الحطب باباً، أو إناء، قطعته؛ وذلك لأنه بالصنعة والتأليف خرج من حكم أصله، وصار في حكم جنس آخر، ألا ترى أن العمل غالبٌ عليه، وهو على هذه الصفة لا يوجد مباحاً، فتعلق به القطع .

وقال أبو يوسف: عن أبي حنيفة قال: لا قطع في اللحم؛ وذلك لأنه مما يُسرع إليه الفساد^(٥) .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا قطع في التراب، والطين، والجص، والنورة، والزرنيخ، واللبن، والآجر، والفخار، والزجاج، وإن كان محرزاً .

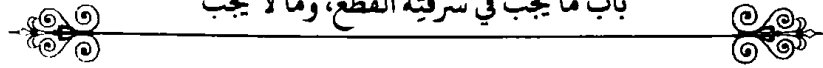
(١) «ضربٌ من الشجر يعلوه الحمرة، وهو صلبٌ كالحجر، يكون في بلاد الهند». البحر الرائق (٦١/٥).

(٢) «القنا: خشب الرماح». المصدر السابق نفسه .

(٣) خشب صلب جيد، شجره كقطعة حجر، على رأسه نبت أخضر. انظر اللطائف في اللغة لأحمد بن مصطفى الدمشقي (ص ٣٠٢)

(٤) «خشبٌ معروفٌ طيب الرائحة». حاشية ابن عابدين (٩٠/٤)

(٥) انظر: الأصل ٢٤٢/٧ .



وروى محمد عن أبي حنيفة: في الزجاج في الأصل .

وقال أبو يوسف: أقطع في ذلك كله ما خلا التراب ، والسرجين ، والطين .

وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة: لا أقطع في شيء من الحجارة ، والمغرة ، والكحل ، والملح ، والقدور ، والفخار ، والزجاج ؛ وذلك لأن جنس هذه الأشياء يوجد في دار الإسلام مباحاً تافهاً .

(فأما الفخار والآجر ، فإنه من الطين ، والصنعة غير غالبية على قيمته ، والطين لا يقطع فيه .

فأما الزجاج ، فمن أصحابنا من يحملة على زجاج لم يعمل ؛ لأنه من جنس الرمل ، وذلك يوجد مباحاً تافهاً)^(١) ، فأما إذا عمل ، ففيه القطع .

ومن أصحابنا من يُسَوِّي بينهما ، وقال: لا قطع فيه ؛ لأن معنى المال فيه ناقص ، ألا ترى أن الكسر يسرع إليه ، فصار في حكم ما لا يبقى .

قال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يقطع في الجوهر كله ، وفي اللؤلؤ .

قال ابن سماعه عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: فأما الياقوت ، والزمرد ، والفيروزج ، فإنه يقطع فيه إذا ساوى عشرة دراهم ؛ وذلك لأنه وإن وجد في دار الإسلام مباحاً ، فلا يوجد تافهاً ، ألا ترى أن القادر على أخذه لا يتركه مع القدرة عليه ، فصار كالذهب والفضة .

وقال: [أ/٣٦٨] في سارق الصليب الذهب والفضة ، وهو محرز ، لا قطع

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

عليه ؛ وذلك لأن الصليب مأذونٌ له في أخذه لكسره ، وكذلك الصنم من الذهب ، وإن كان له في الأخذ شبهةٌ ، لم يقطع فيه .

فأما الدراهم التي عليها التماثيل ، فيقطع فيها ؛ لأنها ليست معدةً للعبادة ، فلا شبهة في أخذها .

وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في ذمِّي سرق من ذمِّي^(١) خمراً ، لم يقطع فيه ؛ لأن معنى المال فيها ناقصٌ ، ألا ترى أنها مالٌ عندهم ، وليست بمالٍ عندنا ، ونقصان معنى المال ينفي القطع .

فأما الصلبان والأصنام ، فلا قطع فيها لما قدمنا .

قال أبو يوسف في الصليب: إذا كان في مُصَلَّاهُمْ ، فلا قطع فيه ؛ لأنه بيتٌ مأذونٌ في دخوله ، وإن كان في يد رجل منهم محرزاً ، قطع فيه ؛ لأنه مال يباع ويشترى .

وقال هشام عن محمد: فيمن سرق شطرنجاً ذهباً ، [قال]: لا قطع فيه ؛ وذلك لأنه يتأول أخذه للكسر والمنع من اللعب به ، والشبهة إذا تمكنت في الأخذ منعت من القطع .

وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: فيمن سرق صحفاً فيها شعرٌ أو عريبةٌ أو حديثٌ ، فلا قطع فيه .

وقال أبو يوسف: إذا كانت الصحيفة تساوي عشرة دراهم ونحوه^(٢) ، قطعت فيها .

(١) (من ذمي) سقطت من ب .

(٢) في ب (إذا كان يساوي عشرة دراهم الكتابة) .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن المقصود من المصحف ما فيه، وهو كلام الله تعالى، وذلك ليس بمالٍ، والمقصود من السرقة إذا لم يجب فيه القطع، لم يتعلق القطع بغيره، كمن سرق صبيًا حرًا عليه حليٌّ.

ولأن المصحف مختلفٌ في كونه مالاً، ألا ترى أن من منع من بيع المصحف، أخرجته من أن يكون مالاً، وما اختلف في كونه مالاً لم يتعلق به قطعٌ^(١).

ولأنه مأذون في أخذها عند الحاجة، ألا ترى أنه إذا احتاج إلى تلقين^(٢) القرآن، لم يجز منعه منها، والإذن في الأخذ يمنع وجوب القطع، وعلى هذا جميع الدفاتر؛ لأن المقصود ما فيها، وليس بمالٍ.

وأما دفاتر الحساب، ففيها القطع؛ لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ، وإنما المقصود الكاغد^(٣)، فإذا كان نصاباً، قطع فيه، وعلى هذا الدفاتر البيضاء، يقطع فيها؛ لأنها هي المقصودة، وهي مالٌ.

وجه قول أبي يوسف: أن المصاحف مال [بياع و] يشتري ويتمول، كسائر الأموال.

قال بشر عن أبي يوسف: كان أبو حنيفة يقطع في الحبوب كلها، والأدهان، والطيب، والعود والمسك، وما أشبه ذلك؛ لأن هذا متمولٌ ولا يسرع إليه الفساد، ولا يوجد جنسه مباحاً تافهاً [في دار الإسلام].

وقال: في الخل القطع، ولا أعلمه إلا قول أبي حنيفة؛ لأن الخل مما لا

(١) انظر: الأصل ٢٤٢/٧.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) «الكاغد: القرطاس، معرّب». القاموس المحيط (كغد).

يسرع إليه الفساد.

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا سرق قطنًا أو كتانًا، أو صوفًا، قطع؛ لأن هذا متموّل لا يسرع إليه الفساد، ولا يوجد مباحًا تافهًا.

وقال في الأصل: إذا سرق حنطة، أو شعيرًا، أو دقيقًا، أو سويقًا، أو سمناً، أو تمرًا، أو زبيبًا، أو بذراً، أو زيتًا، أو خلًّا، قطع، وكذلك سائر الحبوب^(١)، وسائر الأدهان، وسائر الأمتعة الملبوسة والمفروشة^(٢).

وكذلك جميع^(٣) الأواني من الحديد والصفير والشَّبه^(٤) والرصاص والخشب، وجميع ما يصنع منه [من] الأواني والأبواب والظروف، مثل الصناديق، والنحوت، وغير ذلك من الآلة التي يتخذها الناس، والخشب والساج والأبنوس والعاج؛ وذلك لأن هذا مال متموّل لا يسرع إليه الفساد، ولا يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام.

وأما العاج، فبيّنه من بعد.

قال: وكذلك لو سرق النحاس، أو الشَّبه^(٥)، أو الرصاص، أو الصفير، أو الحديد؛ وذلك لأن الصفير والحديد وإن وجد جنسه مباحًا، فلا يوجد تافهًا، وإنما يستخرج من المعادن، ويتعلق به حق الله تعالى، كالذهب [والفضة].

(١) في ب (وكذلك جميع سائر الحبوب).

(٢) انظر: الأصل ٢٦٢/٧.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) هو النحاس الأصفر. انظر القاموس المحيط (شبه).

(٥) في ب (وكذلك لو سرق النحاس نفسه).

قال: ولا قطع في بوارى^(١)؛ وذلك لأن القصب يوجد مباحاً تافهاً في دار الإسلام^(٢)، فالصنعة الحاصلة فيه بالتأليف ليست غالباً على أصله، فكأنه سرق قصباً من غير تأليف.

وقال: ويقطع إذا سرق شعراً من شعر الغنم، أو مرعزى^(٣)، أو أدماً عربياً، أو صحفاً، أو قراطيس، أو سكاكين، أو مقاريض، أو ميزاناً، (أو حرماً، أو أرساباً)^(٤)، وهذا على ما قدمنا: أن كلّ متمولٍ لا يوجد جنسه مباحاً ولا يسرع إليه الفساد، يتعلّق به القطع [إذا بلغ قيمته نصاباً].

وقال في الإملاء: في الزعفران، والوزس، والعود، والعنبر، والحناء، والوسمة، والكتم، وغير ذلك من الطيب القطع، وقد بيّنا هذا.

وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا قطع في عفص^(٥)، ولا إهليلج^(٦)، ولا أشنان^(٧)، ولا في فحم؛ وذلك لأن العفص والأشنان والفحم

(١) البواري: هو الحصير المعمول من القصب؛ ويقال فيها: بارية، وبورياء. انظر لسان العرب؛ مختار الصحاح (بور).

(٢) في ب (في دارنا).

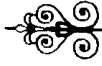
(٣) «المرعزى: بميم مكسورة وقد تفتح، فراء ساكنة، فمهملة مكسورة فزاي مشددة مفتوحة، فألف مقصورة وقد تمد مع تخفيف الزاي، وقد تحذف مع بقاء التشديد، الزغب الذي تحت شعر العنز». البحر الرائق (١/١٩٢).

(٤) هكذا في أ وغير واضحة في ب.

(٥) مادة تؤخذ من شجرة البلوط تستعمل في الصباغ. انظر: القاموس المحيط (عفص).

(٦) ثمر معروف، له منافع جمّة ذكرها الأطباء في كتبهم. انظر: تاج العروس (هلج).

(٧) «شجرٌ من الفصيطة الرمرامية، ينبت في الأرض الرملية، يستعمل هو أو رماده في غسل الثياب والأيدي». المعجم الوسيط (١/١٩).



يوجد جنسه مباحاً تافهاً في دار الإسلام، فلا يقطع]، وأما الإهليلج، فلا يوجد جنسه مباحاً في دارنا^(١)، ولا يسرع إليه الفساد، ففيه القلع.

ويجوز أن يكون أبو حنيفة ظن أنه يوجد في دار الإسلام، فأجراه مجرى العفص، والحكم فيه يتبع هذا المعنى.

وقد روى بشر عن أبي يوسف أنه قال: أقطع في العفص، والإهليلج، والأدوية اليابسة كلها، وهذا على أصله.

وقال هشام: سألت محمداً عن شطرنج ذهب سرقة إنسان، قال: لا أقطعه، وأضمنه ذهباً مثلها، يعني مثل وزنه، وقد بينا هذا.

[وقال: لا أقطع في الرخام والحجارة والآجر والفخار، وقد بيناه].

قال: ولا أقطع في اللؤلؤ والياقوت، وهذا مخالف لما قدمنا، ووجهه: أن اللؤلؤ والياقوت يوجد مباحاً لا يتعلق بأخذه شيء، فصار كالصيد.

قال: ولا أقطع في العاج^(٢) ما لم يعمل منه شيء، فإن عمل منه شيء، قطعت فيه.

وكان أصحابنا يقولون: يجب أن لا يقطع في معمول العاج وغير معموله؛ لأنه مختلف في كونه مالاً، ألا ترى [أن] من الفقهاء من يمنع الانتفاع به، ومن جواز بيعه، فعلى هذا يجب أن لا يقطع في معموله، إلا أن يكون أبو حنيفة لم يعرف هذا الخلاف فيعتد به.

(١) في ب (في دار الإسلام).

(٢) «العاج: ناب الفيل، ولا يسمى غير نابه عاجاً» المعجم الوجيز (عاج).

وكانوا يقولون: ينبغي أن يكون [هذا] الجواب في العاج الذي من عظام الجمال، فلا يقطع في غير معموله؛ لأنه يوجد مباحاً تافهاً، ويقطع في معموله؛ لأن الصنعة تغلب عليه، فيصير كالخشب إذا عمل.

وقال محمد: لا أقطع في طعامٍ لا يبقى، ولا في اللحم الطري، ولا الصفيف^(١).

وقال هشام: قلت لمحمد: اللحم المملح قد يبقى، قال: لا أقطعه فيه؛ وذلك لأن اللحم الصفيف يسرع إليه الفساد، ولا يبقى كبقاء الفواكه؛ ولأنه تافه؛ بدلالة أن القادر عليه يترك أخذه مع القدرة [عليه].

وقال هشام عن محمد: في جلود السباع [المذبوغة]^(٢)، لا قطع فيها، فإن جعلت مصليات^(٣) أو بسطاً قطعته فيها، وهذا يدل على أنه لم يعرف الخلاف في أن جلود السباع لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ، وإذا لم يعتد بهذا الخلاف، فما لم تعمل فهي من أجزاء الصيد، فلا يقطع فيه، وإذا عملت، غلبت عليه الصناعة، فقطع فيها.

قال هشام: سمعت محمداً يقول: ليس في الدجاج، ولا في البط، ولا الإوز، قطع؛ [ب/٣٦٨] وهذا على ما بيننا من سقوط القطع في الطير.

قال محمد: لا أقطعه في قصب^(٤) النشاب، فإن اتُّخذ نشاباً قطعته؛ وذلك

(١) «الصفيف: رقائق اللحم، تشوى أو تقدد». (صفف) المعجم الوجيز

(٢) في أ (المذبوحة)، والمثبت من ب.

(٣) بياض في ب.

(٤) في ب (قضب) وكذا في الموضع التالي.



لأن قصب النشاب يوجد مباحاً تافهاً، فإن اتُّخذ نشاباً، غلبت عليه الصنعة، فصار كالخشب إذا عمل.

وذكر في رواية الحسن عن زفر: أنه لا قطع في نبيذ تمر، (أو نبيذ عنب)^(١)، أو نبيذ زبيب، أو طلاء^(٢) مطبوخ، أو سرق لبناً، فإنه لا يقطع، وهو قول أبي حنيفة، وبه يأخذ الحسن؛ وذلك لأن النبيذ مختلف في إباحته، فاختلف في كونه مالاً، فلا يتعلق به قطع.

وأما اللبن؛ فلأن الفساد يسرع إليه.

وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره: قال أبو حنيفة: لا أقطع في القرون، معمولة كانت أو غير معمولة.

وقال أبو يوسف: إن كانت معمولة، وهي تساوي عشرة دراهم قطعته، ولا أقطعه إذا كانت غير معمولة، وهذا الخلاف يجب أن يكون لاختلاف السؤال، فأجاب أبو حنيفة في قرون الميته؛ لأنها مختلف في كونها مالاً، فلا يجب فيها القطع، وأجاب أبو يوسف على قرون المذكاة، فلم يوجب فيه القطع؛ لأنها من أجزاء الحيوان، فأوجب في معمولها كما يجب في معمول الخشب^(٣).



(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (أو نخلاً)، والطلاء: «ما يطبخ من عصير العنب في نارٍ أو شمسٍ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، وهو عصير محض، فإن كان فيه شيء من الماء حتى ذهب ثلثاه بقي المجموع من الماء والعصير». البحر الرائق (٢٤٧/٨)

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٩٣/٦ وما بعدها.

بَابُ من لا يُقطع السارق فيه



قال: ولا قطع على سارق من ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ [منه] ، كائناً من كان .

أما ما سرقه الوالد من الولد ، فلا قطع فيه بالإجماع ؛ لأن الأب له شبهة ملك في مال ولده ؛ ولهذا قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «أنت ومالك لأبيك»^(١) ، وشبهة الملك تمنع من وجوب الحدّ .

ولأن مال الولد مضافٌ إلى الأب بأنه كَسْبُهُ ؛ بدلالة قوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه ، وإن أولادكم من كسبكم ، فكلوا من كسبكم»^(٢) ،^(٣) ، وما أضيف إليه بأنه كسبه ، لم يقطع فيه كمال نفسه .

وأما ما سرق الولد من الوالد ، (فلا قطع فيه ؛ لأن بينهما ولاداً ، فصار كسرقة الوالد من الولد)^(٤) .

وأما من سواهما من ذوي الأرحام ، فلا قطع على من سرق من ذي رَحِمٍ

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ، (٤١٠) ؛ موارد الظمان (١٠٩٤) ؛ ابن ماجه (٢٢٩١) ؛ «ورواه أبو يعلى وفيه أبو حريز ، وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره ، وبقيه رجاله ثقات» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/١٥٤ .

(٢) في ب (فكلوا من كسب أولادكم) ، وكلاهما وردت به الرواية .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٢٩) ؛ والترمذي (١٣٥٨) وقال : «حسن صحيح» ؛ والنسائي (٤٤٤٩) ؛ وابن ماجه (٢١٣٧) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

مَحْرَمٍ؛ لأن بينهما رحماً كاملاً، فصار كالوالدين^(١)؛ ولأن بينهما تباسطاً في العادة، [وكذلك إذا سرق أحد الزوجين من الآخر؛ لأن بينهما سبباً يوجب التوارث] كما بين الوالد والولد، فصار كالوالدين.

قال: ولا على خادمٍ إذا سرق ممن يخدمه، ولا على خادم زوجة إذا سرق من الزوج، [ولا على خادم الزوج إذا سرق من الزوجة]؛ لأنه مأذونٌ له في دخول الحرز.

ولأن رجلاً حمل عبداً إلى عمر بن الخطاب، فقال: إن عبدي هذا سرق امرأةً لزوجتي، فقال عمر: عبدكم أخذ مالكم، فلا قطع عليه^(٢).

قال: ولا على من سرق من بيت المال، ولا من الخمس؛ وذلك لأن للسارق حقاً فيه، فصار كالسارق للمال المشترك.

قال: ومن سرق من ذي رحمٍ محرمٍ منه من الرضاع، قطع في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يقطع، إلا أن تكون أمه من الرضاعة^(٣).

وجه قولهما: أن الرضاع يوجب التحريم، ومجرد التحريم لا^(٤) يمنع القطع، كمن سرق من امرأة قد كان وطئ ابنتها؛ ولأن هذا السبب - وهو الأمومة

(١) في ب (كالأبوة والبنوة).

(٢) مالك في الموطأ ٢/٨٣٩؛ والدارقطني في السنن ٣/١٨٨؛ وابن أبي شيبة (٢٨٥٦٨)؛ والبيهقي في الكبرى (١٧٠٨٠).

(٣) في ب (إلا أن يكون سرق من أمه من الرضاعة).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.



من الرضاع - لو منع القطع ، لمنعت الأخوة من الرضاع كالنسب .

لأبي يوسف: أن ابن المرأة من الرضاع له تبسط في مالها في العادة ، فصار كالابن من النسب .

وأما الأخت من الرضاعة ، فلا يقع التبسط في منزلها ، فلذلك وجب القطع .

قال: ولا قطع على من سرق في دار الإسلام من [حربيٍّ مستأمنٍ] (١) ، استحساناً .

والقياس: أن يقطع ؛ لأن ماله محظورٌ بالأمان ، كالذمي .

وجه الاستحسان: أن الحظر في ماله مؤقتٌ ، والإباحة مؤجلةٌ ، والتأجيل في الحق لا يمنع من ثبوته في الحال ، فإذا كان معنى الإباحة قائماً في المال ، منع من وجوب القطع .

وليس كذلك مال الذمي ؛ لأنه محظورٌ على التأييد كمال المسلم ؛ إلا أن الضمان واجبٌ في مال الحربي ؛ لأن السارق تناول في دار الإسلام مالاً محظوراً ، وإنما سقط القطع للشبهة ، والضمان لا يسقط بالشبهة .

قال: ولا قطع على رجلٍ سرق من عبده المأذون وعليه دينٌ يحيط به وبما في يده ، وهذا ظاهر على قول أبي يوسف ومحمد (٢) ؛ لأنه مالك عندهما لما في يده .

فأما على قول أبي حنيفة: وإن كان لا يملك ، إلا أن المأذون (٣) لا يملكه

(١) في أ (حربيٍّ أو مستأمنٍ) ، بزيادة (أو) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٢) (ومحمد) ليست في ب .

(٣) في ب (لأن المأذون) .

أيضاً، والغرماء لا يملكون، وللمولى حكم الملك؛ بدلالة أنه يقدر على تملكه بقضاء الدين، ولا يقدر الغرماء على تملكه باختيارهم^(١)، فصار المولى أقرب إلى هذا المال، فلم يقطع فيه.

قال: ولا يقطع في سرقة من مكاتبه؛ وذلك لأن ما في يد المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه، والمال الذي يقف ملكه على الإنسان، لا يقطع فيه، كأحد المتبايعين إذا سرق ما شرط فيه الخيار.

قال: ولا يقطع عبد في سرقة من مولاه، مكاتباً كان العبد أو مُدَبَّرًا، أو تاجرًا عليه دين، ولا على أم ولد سرق من مولاه؛ لما قدمنا من حديث عمر أنه قال: «عبدكم سرق متاعكم، لا قطع عليه».

ولأن هؤلاء على ملك المولى، فلا يقطع ماله لأجل ماله.

ولأنهم يتبسطون في منزله في العادة، فيدخلون للخدمة، والتبسط في الحرز يمنع من القطع.

قال: فإن سرق رجل من امرأة أبيه، أو من زوج أمه، أو من ابن امرأته، أو ابنتها، أو أمها، فلا قطع عليه، وكذلك امرأة ابنه، وكذلك ابن امرأته وابنتها.

وقال أبو يوسف: يقطع في ذلك كله - [غير امرأته] - بعد أن سرق [ذلك] من غير منزل السارق، أو منزل أبيه أو ابنه.

وجملة هذا: أن السارق إذا سرق من هؤلاء، وهم في منزل من يضاف السارق إليه، لم يقطع في قولهم؛ لأنه مأذون في دخول منزل أبيه وابن، فخرج

(١) في ب (إلا باختياره).

المنزل من أن يكون حِرْزاً في حقّه .

وأما إذا سرق مالهم من منزلٍ آخر، لم يقطع عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يقطع .

لأبي حنيفة: أنه لو سرق من المضاف إليه، لم يقطع، فإذا سرق من المضاف، لم يقطع، أصله: العبد إذا سرق من ابن مولاه، أو من امرأة مولاه .

لأبي يوسف: أنه لا قرابة بينه وبين امرأة أبيه، وابنة امرأته، وأمها، ولا زوجته، فصاروا كالأجانب .

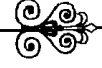
وليس كذلك عند ابنه^(١)؛ ولأنه مال الأب، ففي قطعه إلحاق ضررٍ بالأب؛ فلذلك اعتبر حكمه بحكم الأب .

قال: ولا قطع على الرجل يسرق من مطلقته وهي في العدة، والمطلقة تسرق من مطلقها وهي في العدة؛ ثلاثاً كانت [أ/٣٦٩] أو طليقةً، أو هي في رجعتها، أو في خلعٍ، أو [مبانة]^(٢)؛ وذلك لأن العدة أثرٌ من آثار النكاح، فصار بقاؤها كبقاء النكاح، ومعلوم أن النكاح بقاؤه يمنع القطع على ما قدمنا، فكذلك أثره يصير شبهةً .

قال: ولو أن رجلاً سرق من منزلٍ غريمٍ له دراهم، لم يلزمها قطعٌ، وهي

(١) في ب (أبيه) .

(٢) ليست واضحة في أ و ب، وصورتها أقرب ما تكون إلى ما أثبت، والسياق يقتضيه . أو المبارأة؛ والمبارأة في النكاح: قول الرجل لزوجته: برئت من نكاحك، والمبارأة الخلع كما في المغرب للمطرزي (برأ)



قضاء^(١) من حقه إذا كان دينه^(٢) عليه حالاً ، فإن كان إلى أجل ، فإنه يقطع إذا صححت هذا الكلام ، ولكن أدعه وأستحسن ، وأدراً الحد عنه ؛ وذلك لأن السارق إذا أخذ من جنس حقه ، صار قصاصاً بحقه إذا كان حالاً ، ألا ترى أنه لا يجبر على رده ، والأخذ المستحق لا يتعلّق به وجوب القطع .

فأما إذا كان دينه مؤجلاً ، فالقياس : أن يقطع ؛ لأنه أخذٌ بغير حقّ ، فصار كمن [لا دين له]^(٣) ، والاسحتسان : أن لا يقطع ؛ لأن الدين المؤجل ثابتٌ في الحال ، فيصير ثبوته شبهةً في درء القطع عن [الأخذ]^(٤) .

قال : وكذلك لو سرق أكثر مما عليه ؛ وذلك لأن مقدار دينه لا قطع فيه ، وإذا سقط القطع في بعض المال المأخوذ ، سقط في باقيه ، كمن سرق مالاً مشتركاً .

قال أبو يوسف : لو سرق الرهنُ رهنه من بيت المرتهن ، لم أقطعه ؛ لأنه ملكه ، وشبهة الملك تسقط الحد ، فنفس [الملك]^(٥) أولى أن يسقط .

قال : ولو كان الرهن في يد عدلٍ ، فسرقه الرهن أو المرتهن ، فلا قطع على واحدٍ منهما .

أما الرهن ؛ فلما بيّنا : أنه ملكه ، وأخذ الإنسان لملكه لا يتعلّق به قطع وإن حظر عليه الأخذ ، كما لا يجب عليه الحد بوطء ملكه وإن حرم عليه الوطاء^(٦) .

(١) في ب (قصاص) .

(٢) سقطت من ب .

(٣) في أ (لا دين عليه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٤) في أ (الحد) ، والمثبت من ب .

(٥) في أ (الحق) ، والمثبت من ب .

(٦) في ب (وإن رجع عليه الوطاء) .

وأما المرتهن ؛ فلأن يد العدل قائمة مقام يده ، ألا ترى أنه يمسكه بحقه ،
فصار كالمودع إذا أخذ الوديعة من المودع .

قال : ولو سرق رجلٌ من غريمٍ له ودينه عليه دراهم أو دنانير ، والسرقه متاعٌ
في مثله يقطع ، قطعته .

وكذلك لو كان الحق دراهم ، فسرق دنانير ، أو دنانير فسرق دراهم ؛ وذلك
لأن هذا الأخذ لا يكون قصاصاً ، فصار أخذاً بغير حق ، فيتعلق به القطع .

وهذا يدل على أنه لم يعرف الخلاف الذي يقول أصحاب الشافعي : إن
الغريم يجوز أن يأخذ من غير جنس حقه ، أو يكون عرف [هذا] الخلاف ، فلم
يعتد به ؛ لأنه لم يقل به السلف .

فأما مع الاعتداد به ، فلا قطع ؛ لأنه أخذ شبهة ، ألا ترى أن من الفقهاء من
يقول : إنه يأخذه بدينه .

قال : وإذا أخذ صنفاً من الدراهم أجود من حقه أو أردأ منه ، لم أقطعه ؛
وذلك لأن المأخوذ مما يقع به الاقتضاء ، ألا ترى أنه إذا كان أردأ من حقه كان
قصاصاً [إذا رضي به الطالب ، وإن كان أجود صار قصاصاً] إذا رضي الذي عليه
الحق ؛ ولأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا ، لا قيمة لها ، فكأنه أخذ نفس
حقه .

قال : ولو سرق حلياً من فضة وعليه دراهم ، أو حلياً من ذهب وعليه دنانير ،
فإنه يقطع ؛ لأن هذا لا يكون قصاصاً من حقه إلا على وجه البيع والمعاوضة ،
فصار كالعروض .

قال: وإن كان المتاع أو الحُلِيِّ قد استهلكه السارق ، فوجب عليه قيمته^(١) ، وهو مثل الذي عليه من الدَّيْن ، فإن هذا يقطع أيضاً ؛ وذلك لأن المقاصة بعد الاستهلاك ليست بأكثر^(٢) من سقوط الضمان في العين المسروقة ؛ وذلك لا يوجب سقوط القطع ، كما لو هلكت ولا دين للسارق على المسروق منه ؛ ولأن القطع لو سقط بهلاك العين ، لم يجب بأخذها ، أصله: سائر ما لا يقطع فيه .

قال: ولو سرق عبداً أو مكاتباً من غريم مولاه ، قطعتة ؛ لأن المكاتب لا يثبت له حق القبض في ديون المولى ، فصار كالأجنبي .

قال: ولو كان المولى وكله بقبض الدين ، لم يقطع ؛ لأنه يثبت له حق القبض بالوكالة ، فصار كصاحب الدين .

قال: ولو سرق رجلٌ من غريم أبيه أو ولده الكبير^(٣) ، قطعتة ، ما خلا الولد الصغير ؛ لأنه لا حق له في ديون أبيه وابنه الكبير ، فلم يقع ما قبضه موضع المقاصة لولده^(٤) ، فقطع .

وأما الولد الصغير ؛ فلأن حق القبض في ديونه إليه ، فصار كدين نفسه .

قال: ولو سرق من ابنه من الرضاعة ، أو من ولده من الرضاعة ، أو [من] امرأته وهو نازلٌ في منزلٍ على حدةٍ ، قطع ؛ لما بيّنا: أن الرضاع سببٌ يوجب التحريم ، وأسباب التحريم لا تمنع القطع .

(١) في ب (ثمنه) .

(٢) في ب (ليس فيها أكثر) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب ، والمعنى (أو غريم ولده الكبير) .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

قال: ولو سرق من امرأة أبيه ، أو من زوج ابنته ، من منزل يجمعهما جميعاً ، لم يقطع ؛ لأنه مأذونٌ في دخول المنزل إذا كان (لابنه) .

قال: ولو سرق وديعةً عندهما ، أو عند أحدهما في المنزل ، أو عارية ، لم يقطع ؛ لأن المنزل ليس بحررٍ في حقه .

قال: ولو سرق من غريم مكاتبه ، أو من غريم عبده ، وعلى عبده دينٌ ، قطعته ؛ لأنه ليس له حق القبض في ديون مكاتبه وديون عبده المأذون ؛ فصار كالأجنبي .

قال: وإن لم يكن على عبده دينٌ فسرق من غريمه من جنس دين عبده ، لم يقطع ؛ لأن دين عبده ماله ، وإنما يقوم العبد مقامه فيه .

وقال ابن رستم عن [محمد و] أبي يوسف: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً سرق من امرأة ، ثم تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع ، فإنه لا يقطع ، فإن قضي عليه بالقطع ، فإنه لا يقطع في قول أبي حنيفة ، ويقطع في قول أبي يوسف ؛ وذلك لأن الشبهة الطارئة على الحدود بمنزلة الموجودة ابتداءً ، ألا ترى أن من قذف رجلاً ، فزنى المقذوف قبل الحدّ ، سقط الحدّ عن القاذف ، ومعلومٌ أنه لو سرق من زوجته ، لم يقطع ، فكذلك إذا طرأت الزوجية بعد السرقة .

وأما إذا تزوجها بعد الحكم بالقطع ، فوجه قول أبي حنيفة: أن الطارئ على الحدود قبل الاستيفاء ، كالطارئ قبل القضاء ، أصله: زنا المقذوف .

لأبي يوسف: أن القاضي لما قضى بالقطع استقرّ ، فالتزويج لا يسقطه كما لا يسقطه^(١) ملك العين المسروقة عنده .

(١) في ب (يسقط) .



وقد كان الأولى بأبي يوسف أن يقول مثل قول أبي حنيفة؛ لأنه وافق أبا حنيفة في رجوع الشاهد بعد القضاء قبل الإمضاء، وجعله كرجوعه قبل القضاء، وإنما خالف محمد في ذلك، وفرّق بين الرجوع [قبل القضاء] وبعده.

قال: ولو سرقت امرأة من زوجها، أو سرق هو منها، ثم طلقها ولم يدخل بها فبانت بغير عدّة، فإنه لا يقطع واحدٌ منهما؛ لأن الأخذ وقع غير موجب للقطع، والطارئ على الحدود، كالموجود في الابتداء إذا كان مما يسقطها.

فأما إذا كان مما يؤكدها، فالمعتبر بأخفّ الحالتين؛ لأن الحدود تسقط بالاحتياط^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٢٧/٧ وما بعدها؛ الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٠ - ٣٩٢؛ مختصر القدوري ص ٤٨١.

بَابُ السَّارِقِ يَسْرِقُ مَالاً مِنْ غَيْرِ مَالِكِهِ



قال [الشيخ] أيده الله تعالى: جملة هذا الباب: أن الأيدي على ضربين: يدٌ صحيحةٌ، ويدٌ غير صحيحةٍ.

فالسرقه من يدٍ صحيحةٍ يتعلّق بها القطع، يد المالك كانت أو غير مالك.

والسرقه [ب/٣٦٩] من يد ليست بصحيحةٍ لا يتعلّق بها القطع.

واليد الصحيحة: يد ملكٍ، ويد أمانةٍ، ويد ضمانٍ، واليد التي ليست

بصحيحةٍ: يد السارق.

فالسارق من المالك يقطع؛ لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهُمَا﴾

[المائدة: ٣٨]؛ ولأن النبي ﷺ قطع يد سارق رداء صفوان^(١).

فأما يد الأمانة: فهي يد المودع، والمستعير، والمضارب، والمبضع، فمن

سرق من هؤلاء قطع؛ لأنه أخذ المال من يدٍ صحيحةٍ، كيد المالك؛ ولأن يد

المودع يدٌ لمودعه، فكأنه أخذه من يد المودع.

وقد قالوا: إن المؤمن إذا طالب السارق برد العين، وأقام البينة عليه

بالسرقه مع غيبة المالك، قطعه الإمام؛ وذلك لأن السارق إنما يقطع لإزالة اليد

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)؛ والنسائي (٤٨٧٩)؛ ابن ماجه (٢٥٩٥)؛ قال في نصب الراية: «قال

في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح» (٣/٣٦٩).

الصحيحة ، فلا يعتبر حصول يد أخرى في صحة المطالبة .

فأما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن ، فقد قالوا: (إن المودع إذا لم يخاصم حتى قدم المالك ، فله أن يخاصم ، ويقطع السارق ، ذكر ذلك) (١) في الجامع الصغير (٢) .

وذكر ابن سماعه عن محمد: فيمن سرق من المودع ، فلم يخاصمه حتى حضر رب المال ، فأقر المستودع أن المال له - يعني: مال المودع - ثم عاد (٣) ، فليس لرب المال أن يقطع السارق ؛ لأنه لم يسرق منه ، إنما سرق من الذي كان عنده .

قال محمد في النوادر: لا أقطع السارق وإن أقرَّ السارق أن المال مال المودع وطالبه بذلك المودع .

وجه الرواية الأولى: أن الملك للمودع ، والمودع يقوم مقامه في الحفظ والمطالبة ، فإذا وجب القطع بمطالبة المودع ، فلأن يجب بمطالبة المالك أولى .
وجه رواية ابن سماعه: أن الأخذ إنما وقع من المودع ، والقطع وجب بإزالة يده ، فلم يجز أن يطالب بذلك غيره ، كما لو سرق من مالك فحضر وكيله يطالب بالمال ، لم يقطع السارق .

ويجوز أن يجعل ما ذكره في الجامع ، وما ذكره ابن سماعه روايةً واحدة ؛ لأنه لم يقل في الجامع: إن المالك حضر وطالب وغاب المودع ، فيحمل ذلك

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٥ .

(٣) في ب (ثم غاب) .

على أن المالك طالب [مع حضور المودّع، فيقضى بالقطع بحضورهما، ويصير المالك كالنائب عن المودّع في الخصومة] مع حضوره، فيجب القطع، وتحمل مسألة ابن سماعة على ما ذكر من غيبة (المودّع، فلا تقبل نيابة المالك مع غيبة)^(١) المسروق منه.

وأما يد الضمان: فهي يد الغاصب، والقابض على وجه السوم، والمرتهن، فالسارق منها يجب عليه القطع؛ لأنها يدٌ صحيحةٌ، ألا ترى أن الضمان يتعلّق بها، فهي كيد المالك؛ ولأن الغاصب يتعلّق بيده حكم التمليك، فهي كيد المشتري.

وقد قال في الجامع: إن للغاصب أن يطالب بالقطع، وكذلك للمغصوب منه، ولم يحك ابن سماعة في الغصب خلافاً، وينبغي أن يكون الخلاف في المودّع والغاصب سواءً.

وأما القابض على وجه السوم، فيده يد ضمان، (وهي يد صحيحة، فيتعلق بإزالتها القطع)^(٢) كيد الغاصب.

وأما المرتهن، فيده يد ضمان، وهي يدٌ صحيحةٌ، فيتعلق بإزالتها القطع.

قالوا: وليس للراهن أن يقطع السارق؛ لأنه ليس له حقّ القبض في العين مع قيام الرهن، فإذا لم تثبت [له] المطالبة، لم يجب القطع بخصومته، إلا أن يقضي الدين، ثم يخاصم، فيثبت له حق القطع؛ لأن له المطالبة برد العين إلى يده، فصار كالمالك.

ويجب أن يقول محمد: إن القطع لا يثبت بمطالبة الراهن مع غيبة المرتهن،

(١) سقطت من ب.

(٢) سقطت من ب.

كما قال في المودع ، وهو أولى ؛ لأن يد المرتهن أقوى من يد المودع ؛ لأن يد المرتهن لنفسه ، ويد المودع لغيره .

فأما اليد التي هي غير صحيحة^(١) : فالسرقة منها لا يتعلق بها القطع ، كالسرقة من السارق ؛ لأن يد السارق ليست بيد ملك ولا ضمان ولا أمانة ، فصار الأخذ من السارق كالأخذ من الطريق ، أو كأخذ المال المضيع ، ولا يثبت القطع أيضاً بمطالبة المالك ؛ لأن السارق لم يُزل عن المال يداً صحيحة ، فصار كمن أخذ متاعاً من الطريق .

قال : وإذا هلك الرهن في يد السارق [من المرتهن] ، فللمرتهن أن يقطع السارق ، ولا سبيل للراهن عليه ؛ وذلك لأن السارق أزال يداً صحيحةً ، فوجب لصاحبها القطع وإن هلكت العين .

وأما الراهن ، فلم يبق له حق في العين ، ألا ترى أنه يسقط عنه الدين بهلاكها ، فلم تثبت له المطالبة .

قال ابن رستم عن أبي يوسف : لو أن سارقاً قطع في سرقة ، ثم سرقها [منه] آخر ، لم تقطع يد الثاني ، وهذا على ما قدمنا .

قال : ولو كان القطع درئ عنه ، قطع الآخر ؛ وذلك لأن القطع إذا درئ عنه ، تعلق بأخذه الضمان ، ويد الضمان يداً صحيحةً ، فإزالتها يوجب القطع .

وقد قالوا في السارق : هل له أن يطالب برد العين المسروقة إلى يده ؟ فيه روايتان :

(١) في ب (فأما اليد التي ليست صحيحة) .

أحدهما: ليس^(١) له أن يطالب؛ لأنه ليس له يدٌ صحيحةٌ فيلزم السارق ردها، ويصير السارق منه كالآخذ من الطريق.

والرواية الأخرى: أن له المطالبة؛ لأنه يجوز أن يختار المالك الضمان ويترك القطع، فيتخلص السارق بردّ العين عليه من الضمان^(٢).

ويجوز أن يقال: إنه ما لم يقطع، فله أن يطالب؛ لأنه يجوز أن يضمن، فيتخلص بردّ العين، فأما بعد القطع فلا يجوز أن يلزمه ضمانٌ، فلا حقّ له في المطالبة.

ويجوز أن يقال: إن المطالبة تثبت له بعد القطع؛ لأنه يتخلص بردّ العين من الضمان الواجب فيما بينه وبين الله تعالى، كما يتخلص قبل القطع من الضمان الذي يجب عليه في الحكم.



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب هنا زيادة (كالآخذ من الطريق)، ولا أرى السياق يقتضيها.

بَابُ السَّارِقِ يَرُدُّ السَّرِقَةَ عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ يَمْلِكُهَا قَبْلَ الْقَطْعِ

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا جاء السارق بالسرقة تائباً، فلا قطع عليه، رواه بشر عنهما.

فإذا رَدَّها قبل الرفع على غير هذا الوجه؛ لأنه عينٌ عليه فردّ، أو طوّل بها فردها قبل رفعه إلى السلطان، فلا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد، ويقطع عند أبي يوسف، روى ذلك عن أبي يوسف^(١) ابن سماعة وعليّ بن الجعد.

واتفقوا: أنه إذا رفع إلى الحاكم فردها قبل الحكم أو بعد الحكم، فإنه يقطع؛ لأن الحاكم يحكم بردها ويقطعه.

وجملة هذا: أن السارق إذا رد العين قبل الترافع، سقط الحد عند أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يسقط.

وجه قولهما: أن العين إذا رُدَّت سقطت المطالبة بها، وسقوط المطالبة بالمال يمنع من الخصومة فيه، والقطع لا يجب إلا بمطالبة الأدمي بالمال؛ الدليل عليه: إذا وهبها المسروق منه للسارق [أ/٣٧٠].

لأبي يوسف: أن الردّ لو حصل بعد الترافع، لم يسقط الحدّ، فكذلك

(١) في ب (روى ذلك عنه).

قبله كالهلاك .

وأما إذا ردّها بعد الترافع ، لم يسقط القطع^(١) ؛ لأن السارق فعل ما يفعله الإمام ، ألا ترى أن الإمام يحكم بردّ العين ، ثم يقطع ، وإذا فعل السارق ما يفعله الإمام ، لم يسقط القطع ، كما لا يسقط برد الإمام .

وإذا اشتراها السارق من المسروق منه ، أو وهبها له ، فإنه لا يقطع في قول أبي حنيفة [ومحمد] ، سواء كان ذلك قبل القضاء أو بعده .

وقال أبو يوسف: إن كان ذلك قبل الترافع ، أسقط القطع ، وإن كان بعده ، لم يسقط .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الملك إذا حصل للسارق ، لم يجز قطعه في ملكه ، كما لو أخذ ملكه ابتداءً ؛ ولأن ما طرأ على الحدود قبل الاستيفاء ، كالموجود في الابتداء .

لأبي يوسف: ما روي عنه رضي الله عنه أنه لما أمر بقطع سارق رداء صفوان ، قال صفوان: وهبته منه يا رسول الله ، فقال: «هلاً قبل أن تأتيني به»^(٢) ، فدلّ على أن الهبة قبل الترافع تسقط القطع ، (وبعده لا تسقط .

وهذه لا دلالة فيه ؛ لأنه روي أنه قال: وهبت له القطع)^(٣) ، وذلك لا يسقط

(١) في ب (الحدّ) .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤) ؛ والنسائي (٤٨٧٩) ؛ ابن ماجه (٢٥٩٥) ؛ قال في نصب الراية: «قال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح» ٣/٣٦٩ .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

القطع^(١)؛ ولأنه يجوز أن يكون وهب له ولم يقبضه، والقطع إنما يسقط بالهبة مع القبض.

ولا يقال: بأن الهبة من غير قبض لا تسقط القطع قبل الترافع، (وقوله ﷺ: «هلاً قبل أن تأتيني به» يدل على أنه فعل فعلاً يسقط القطع قبل الترافع)^(٢)؛ وذلك لأن الهبة من غير إقباض إذا حصلت قبل الترافع أسقطت المطالبة، وترك المطالبة قبل الترافع يسقط القطع، ولا يسقطه بعد الترافع.

وقال ابن رستم عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً سرق من امرأة، ثم تزوجها قبل أن يقضى بالقطع، فإنه لا يقطع؛ وذلك لأن الزوجية لو كانت موجودة في الابتداء منعت من وجوب القطع، فكذلك إذا طرأت في الثاني، كملك العين.

قال: ولو أمر الإمام بقطع سارق، فعفا المسروق منه، كان عفوّه باطلاً؛ لقوله ﷺ: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فإذا رفعت إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا»^(٣)؛ ولأن القطع حق لله تعالى، فعفو المسروق منه [عنه] لا يسقطه.

قال: ولو قال المسروق منه: شهد شهودي بزور، أو قال: لم يسرق مني، لم يقطع؛ وذلك لأن إقراره بهذا يمنع من ثبوت المال، ووجوب القطع موقوف على صحة الحكم بالمال، فإذا لم يثبت المال، لم يثبت القطع^(٤).

(١) في ب (الحدود).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) رواه الدارقطني في السنن (٢٠٤/٣)؛ وقال الزيلعي في نصب الراية «ضعفه ابن القطان» ٢٧٠/٣.

(٤) انظر المسألة: الأصل ٢٤٨/٧.

بَابُ السَّارِقِ يَسْرِقُ السَّرِقَةَ فَيَقْطَعُ فِيهِ، ثُمَّ يَعُودُ فَيَسْرِقُهَا

[قال أبو الحسن^(١): روى ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف، قال: قال أبو حنيفة: إذا قُطعت يد السارق في سرقة، ورُدَّتْ إلى صاحبها، ثم عاد فسرقها بعينها، لم أقطعه استحساناً.

وبذلك قال في الجامع الصغير^(٢)، إلا أنه لم يذكر الاستحسان؛ وذلك لأن العين المسروقة إذا قطع السارق بها صارت في حقه كمالٍ غير متقومٍ، بدلالة أنه لا ضمان عليه باستهلاكها، وما ليس بمتقومٍ من المال في حق السارق لا يقطع فيه.

ولأن الحدّ وجب عليه بهتك حرمة العين، فإذا استوفي الحدّ، ثم عاد فهتك تلك الحرمة في العين، لم يلزمه حدٌّ آخر، كمن قذف رجلاً فحدّ، ثم عاد فقذفه. ولم يذكر في هذه المسألة خلافاً في الأصل، ولا في سائر الروايات إلا في رواية الحسن بن زياد عند أبي يوسف الضمان، وكذلك في باب القطع.

وقال عن أبي حنيفة: إذا سرق غزلاً، فقطع فيه، ثم نسج الغزل ثوباً، فعاد فسرقه مرةً أخرى، يقطع.

وجملة هذا: أن العين المسروقة إذا رُدَّتْ ففعل فيها المسروق منه ما لو

(١) محتوى هذا الباب كله زيادة من ب، وقد سقط في أ.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٦.



فعله الغاصب أسقط حقَّ المالك عن العين ، ثم عاد السارق فسرقها ، قطع ؛ وذلك لأنها صارت بهذا الفعل في حكم عينٍ أخرى ، وهذا يسقط حقَّ مالِكها ، ومن قطع في عينٍ ، فسرق غيرها ، قطع كذلك إذا سرقها ، وقد تغيّرت عن حالها إلى حكم عينٍ أخرى .

وقال هشام: سألت محمداً عن رجلٍ سرق بقرةً قيمتها عشرة دراهم ، فقطعته ، ثم عاد فسرقها ثانيةً ، لم أقطعه ، فإن وضعت البقرة فسرق ولدها ، قطع ؛ وذلك لأن الولد عينٌ أخرى لم يقطعه فيها ، فصار كولد غيرها .

قال: ولو سرق ثوب خزٌّ فقطعته ، ثم نقض الثوب فصار منقوشاً ، فسرقه ، قال: لا أقطعه ؛ لأن هذا الفعل لا يسقط حقَّ المالك إذا فُعل على وجه الغصب ، فلم تصر العين في حكم عينٍ أخرى ، فإن غزل قطعته ؛ لأنه صار في حكم جنسٍ آخر ، ولأنَّ حقَّ المالك يسقط بهذا الفعل في الغصب .



[بَابُ الرجل يسرق سرقاتٍ مختلفةً فيُرفع في بعضها]

قال محمد في الجامع الصغير عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في نوادره: إن أبا حنيفة قال: إذا سرق سرقاتٍ فُرفع في بعضها، فقطع فيما رفع فيه، فإن القطع للسرقات كلها، ولا يُقطع في شيءٍ منها بعد ذلك وإن خُوصِم فيها.

وهو قول أصحابنا جميعاً: [أنه] لا يقطع في سرقةٍ كانت منه [قبل] قطعه.

واختلفوا في الضمان فيما لم يُخاصم فيه، فروى محمد في المواضع التي قدمنا ذكرها: أنه لا يضمن في شيءٍ من السرقات في قول أبي حنيفة، وكذلك روى ابن زياد عن أبي حنيفة.

وقال محمد عن أبي يوسف: إنه يضمن السرقات كلها إلا التي قطع فيها.

وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره مثل قول أبي يوسف.

وروى ابن سماعة وعلِيُّ بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يضمن السرقات إلا التي قطع فيها.

وقال أبو يوسف: لا أضمنه، وهذا قلب رواية محمد.

أما سقوط القطع في السرقات المختلفة؛ فلأن كلَّ سرقة بانفرادها أوجبت القطع، وأسباب الحدود إذا اجتمعت من جنسٍ واحدٍ، اقتصر منها على حدٍّ واحدٍ، كالزنا إذا تكرر؛ ولأن كلَّ سرقة تعلق بها قطع يده اليمنى، فإذا قطعت



في واحدةٍ منها ، فقد فات العضو الذي تعلّق به القطع ، ومعلوم أن يد السارق لو ذهبت بعد السرقة بأفةٍ من السماء ، سقط القطع ، فإذا ذهبت على وجه الحدّ أولى .
وأما الضمان ، فإن حضر أصحاب السرقات يخاصموا ، فقطع بمخاصمتهم ، سقط الضمان في جميع ذلك في قولهم جميعاً ؛ لأن مطالبة المسروق منه بالقطع كالبراءة من الضمان عندنا ، فإذا طالبوا جميعاً ، فقد أبرؤوا ، فصار كالواحد إذا طالب .

فأما وجه قول أبي حنيفة إذا طالب الواحد : أن القطع وقع لجميع السرقات ، بدلالة أنه ليس لواحدٍ منهم قطعٌ وإن طالب ، فإذا وقع القطع لجماعتهم ، فكأنهم حضروا فطالبوا .

وجه قولهما : أن مطالبة المسروق منه بالقطع ، براءةٌ من القاطع^(١) ، فمن طالب منهم بحقه ، فقد وجد منه الإبراء ، ومن لم يطالب لم يوجد منه ما يقتضي البراءة ، فبقي حقه في الضمان بحاله .

قال : وإن كانت السرقات قائمةً في يد السارق ، رددتها ؛ لأن القطع لا يسقط الرد فيما قطع فيه ، فما لم يقع القطع فيه أولى .

قال : وذكر في الأصل هذه المسألة ، فقال في السارق يسرق السرقات ثم يرفع في واحدةٍ منها ، فيقطع ، قال : أضمنه إياها ، إلا التي أتيت به فيها فقطعته .

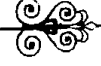
وقال أبو يوسف : لا أضمنه ، وهذا موافقٌ لرواية ابن سماعة وعليّ ، إلا أن هذا القول في الأصل منهم لم يُضفهِ إلى أحد .

(١) في ب (من المال) .

وقد قال في نسخةٍ أخرى من رواية ابن أبي سليمان ، فقال فيها: أضمّنه كلها ، إلا السرقة التي أثبتُّ عليه ، فقطعته فيها ، قال: وهو قول أبي يوسف ، وكان أبو حنيفة يقول: لا أضمّنه شيئاً من ذلك ، وهذه الرواية في نسخٍ ، وهي الصحيحة عندي ؛ لأنه بين المبهم في الرواية الأخرى ، وهو موافق لرواية محمد في غير الأصل^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٥٩/٧ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٦٧/٦ .



بَابُ الْقَوْمِ يَشْتَرِكُونَ فِي السَّرْقَةِ



قال محمد في الأصل: في جماعة رجال دخلوا منزل رجلٍ، فجمعوا المتاع جميعاً، ثم حملوه على رجل منهم، وكان هو الذي خرج به، وقد خرجوا مع الرجل الحامل للمتاع، والمتاع يساوي ألف درهم، قال: أما في القياس: فينبغي أن لا يقطع إلا الخارج الذي حمل المتاع وخرج به، وأما في الاستحسان: فيقطعون جميعاً، وبه نأخذ.

وكذلك روى ابن سماعه عن أبي يوسف [٣٧٠/ب] عن أبي حنيفة، قال أبو يوسف: وبه نأخذ.

وقد بينا هذه المسألة^(١) وذكرنا: أن المقصود من السرقة ليس هو الحمل، وإنما المقصود التمكين من الأخذ، والحدّ يتعلق بالمقصود من كلّ نوع؛ لأنّ الحمل على واحدٍ منهم كالحمل على دابةٍ، فيجب فيه القطع على الجماعة.

وقال الحسن عن أبي يوسف في اختلاف زفر وأبي يوسف، في قوم نقبوا على رجل منزله، فأخذوا متاعه، فخرجوا به، وفيهم مجنونٌ أو صبيٌّ، قال: يُدرأ عنهم القطع جميعاً في قول أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: إن كان الصبي أو المجنون ولياً إخراج المتاع، درى القطع

(١) هنا في ب زيادة (في ذكر في السؤال أنهم خرجوا معه، وذكر القياس والاستحسان)، والسياق لا يقتضيها.

عنهم جميعاً، وإن كان [وليه] سواهما، قطعوا إلا المجنون والصبي .

أمّا الصبي والمجنون، فلا قطع عليهما؛ لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث»^(١)، وذكر [فيه] الصبي والمجنون؛ ولأن القطع عقوبةٌ، فلا يتعلّق بفعل الصبي، كحدّ الزنا.

وأما الباقون، فوجه قول أبي حنيفة وزفر: أنه اشترك في سبب الحد من يجب عليه الحد ومن لا يجب عليه الحد بنفس الفعل، فصار ذلك شبهةً في سقوط ما يسقط بالشبهة، كالعامد والمخطئ إذا اشتركا في القتل؛ ولأن العين معتبرةٌ، كما أن الفعل معتبرٌ، ومعلومٌ أن المشاركة في العين يجوز أن تمنع من القطع، فكذلك المشاركة في الفعل؛ ولأننا قد بيّنا: أن حمل الواحد منهم كحمل جماعتهم، فصار حمل غير المجنون كحمله.

لأبي يوسف: أن الصبي والمجنون إذا وليا الحمل، ففعلهما هو المقصود، وفعل غيرهما تبعٌ، فإذا لم يجب الحدّ بمتبوع الفعل، (لم يجب في تبعه .

وإذا كان الحامل)^(٢) عاقلاً بالغاً، ففعله مما يتعلّق به القطع^(٣)، وهو المتبوع، فسقوط الحدّ عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع .

وقال ابن سماعه في نوادره: قال أبو حنيفة: في رجلين يقرّان بسرقة ثوب يساوي مائة درهم من فلان، فلما أمر بقطعهما، قال أحدهما: الثوب ثوبنا لم نسرقه، فإني أدراً القطع عنهما جميعاً؛ لأنه شيءٌ واحدٌ، فإذا درأت بعضه،

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان (١٤٢) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (الحد) .

درأت كله ؛ وذلك لأن الاشتراك في الأخذ قد ثبت بإقرارهما ، فإذا ادعى أحدهما الثوب ، خرج فعله من أن يكون سرقة ، فخرج فعل الآخر من ذلك ، كما لو سرقا مالا لأحدهما فيه شركة .

قال: ولو قال أحدهما: سرقنا هذا الثوب من فلانٍ ، فقال الآخر: كذبت لم نسرقه ، ولكنه لفلانٍ ، قطعت المقرّ ، ولم أقطع المنكر .
وقال أبو يوسف: لا أقطع واحداً منهما .

لأبي حنيفة: أن المقرّ أقرّ بالسرقة ، ولم يثبت مشاركة الآخر له ، فجحوده الفعل من غير ثبوت المشاركة لا يوجب سقوط القطع عن الآخر ، وصار كمن قال: زنيت أنا وفلان ، فقال فلان: كذبت ، لم يسقط الحدّ عن المقرّ .

وكذلك لو [قال]: قتلت أنا وفلان [فلاناً] ، وكذبه فلان ، وجب القصاص عليه ؛ لأن المشاركة لم تثبت^(١) باعترافهما ، فإذا كان فعل أحدهما ليس بسرقة ، فكذلك فعل الآخر .

وليس^(٢) هذا عند أبي حنيفة كرجل قال: زنيت بفلانة ، فقالت: كذبت ؛ لأن فعل الواطئ لا يجوز أن ينفرد عن الموطوءة ، فإذا لم تصدقه على إثبات فعلها ، لم يكن إثبات فعله منفرداً عنها ، فلذلك سقط الحدّ عنه .

وأما في مسألتنا: ففعل كل واحد من السارقين يجوز أن ينفرد عن فعل الآخر ، فلم يكن جحود الآخر [للفعل] مانعاً من ثبوت الفعل في حق المقرّ .

(١) في ب (ثبتت) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

لأبي يوسف: أن المقرّر لم يقرّ إلا بسرقة بعض الثوب مع الآخر، وقد بطل حكم السرقة في حق الآخر، فبطل في حق المشارك؛ لاستحالة أن يكون أخذ الثوب بعضه سرقة، وبعضه ليس بسرقة.

وليس هذا عنده كما لو أقر بالزنا بفلانة، فجحدت؛ لأن الزنا يجوز أن يثبت في حق الواطئ دون الموطوءة، ولا يجوز أن تثبت السرقة في حق أحد الآخذين دون الآخر.

قال أبو الحسن: وهذه المسألة في الأصل، وفي روايتها التباس، وفي بعضها مثل ما ذكر ابن سماعه في النوادر، وهو الصحيح.

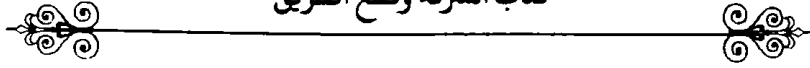
قال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف قال: قال أبو حنيفة في رجل سرق هو وصبي، أو هو وذو رحم من المسروق منه المتاع، قال: أدراً عن الأجنبي الحد، إذا درأت [الحد] عن أحدهما درأت عن الآخر.

قال أبو يوسف: أستقبح هذا، وأقطع الذي وجب عليه القطع، وأدراً عن الصبي وعن المَحْرَم، وإن كان أحدهما شريكاً للمسروق منه المتاع [لم أحدهما]؟ وفرق بين أن يكون أحدهما ذا رحم أو شريكاً.

أما أبو حنيفة: فوجه قوله ما قدمنا: أنه اشترك في الفعل من لا يلزمه الحد بنفس الفعل، فكان ذلك شبهة في حق الباقيين.

لأبي يوسف^(١): أن فعل كل واحد منهما معتبرٌ على حياله، فاعتبر حاله بحال الانفراد، وهذا مخالفٌ للرواية الأولى عن أبي يوسف؛ لأنه اعتبر هناك

(١) في ب (وأما أبو يوسف فقال).



المباشرة ، فأسقط القطع عن الجماعة إذا باشر الصبي ، وأطلق الجواب هاهنا ، وفرّق بين مشاركة الصبي والمباشر ، وبين مشاركة الشريك ؛ وذلك لأن المشارك في المال مأذون له في أخذه ، فإذا اجتمع أخذ مأذون وأخذ غير مأذون ، لم يتعلق بغير المأذون حكم القطع .

وليس كذلك أخذ الصبي والمباشر ؛ لأن كل واحدٍ منهما غير مأذون فيه ، وإنما سقط القطع لمعنى في أنفسهما ، وذلك المعنى لا تعلق له بغيرهما .

وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف : إذا كان في قطاع الطريق صبيٌّ أو مجنونٌ أو أخرس ، قال أبو حنيفة : أدراً الحدّ عنهم جميعاً .

وقال أبو يوسف : يدرأ عن الصبي والمجنون والأخرس ، ويقام الحد على الباقيين .

فأبو حنيفة بنى على ما قدمنا : أن الأخذ في قطاع الطريق يتعلق به الحدّ (١) ، كأحد المارقين ، وأبو يوسف بنى على هذا أيضاً .

فأما الأخرس ، فالحدّ لا يجب عليه ؛ لأنه يجوز أن يكون لو قدر على الكلام لا دعى شبهة ، فمشاركته كمشاركة الصبي في إسقاط الحدّ عن شركائه .

وقال أبو يوسف في رواية ابن رستم : إذا سرقا من ابن أحدهما ، فلا قطع عليهما ، وهذا مخالفٌ للصغير ، وهذه الرواية عن أبي يوسف تخالف ما قدمنا من رواية ابن سماعة ، ووجهها : أن الابن له تبسّط في مال أبيه ، فسقط الحدّ لمعنى في فعله ، فسقط عن شريكه (٢) .

(١) في ب (الطريق) لعله سبق قلم .

(٢) انظر : الأصل ٢٣٨/٧ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٦/٢٧٤ .

بَابُ الرجل يسرق شيئين أحدهما لا قطع فيه

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا وقع أخذ السارق على شيئين ، يُوجب أحدهما القطع إذا انفرد بأخذه ، ولا يوجب الآخر [أ/٣٧١] القطع لو انفرد بأخذه ، فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد .

وذلك مثل أن يسرق إناءً فيه طعامٌ لا يبقى مثله ، كائناً ما كان ، أو يكون في [الإناء] ^(١) لبنٌ ، أو ماءً ، أو نبيذٌ ، [أو شرابٌ] ، أو نحو هذا .

وقال أبو يوسف: إذا كان الإناء بلغ قيمته عشرة دراهم قطعته .

قال هشام عن محمد: في رجل سرق إناءً فضةً فيه مائة درهمٍ ، وفي الإناء نبيذٌ أو ماءً ، فإنه لا يقطع ، وكذلك لو كان في الإناء ثريدٌ ، فلا قطع عليه .

قال محمد: أنظر إلى الذي في جوفه ، فإن كان ما في جوفه لا يقطع فيه ، لم أقطعه .

قال: وجملة هذا: أن المقصود من السرقة إذا كان مما لا قطع فيه ، لم أقطعه لغيره وإن بلغ نصاباً ، وإذا كان المقصود يجب فيه القطع وبلغ النصاب ، قطع فيه في قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف: يقطع في الوجهين جميعاً ^(٢) .

(١) في أ (جراب) والمثبت من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

وجه قولهما: أن المقصود من السرقة ما في الإناء، ألا ترى أنه لو قصد الإناء بالأخذ^(١) لألقى ما فيه، وما في الإناء لا يتعلّق به قطعٌ، فلا يقطع^(٢) بما ليس بمقصودٍ، كمن سرق صبيّاً حرّاً عليه حُلّيٌّ؛ ولأن العين معتبرةٌ في وجوب القطع كالفعل، فإذا كان الفعل لو اشترك فيه من يجب عليه القطع ومن لا يجب، صار شبهةً، كذلك العين المأخوذة إذا اجتمع فيها ما يتعلّق به القطع وما لا يتعلّق به القطع، كان شبهةً.

لأبي يوسف: أن الإناء لو سرقه على الانفراد وجب فيه القطع، فانضمام غيره إليه لا يسقط القطع فيه، وصار وجودٌ ما فيه وعدمه سواءً.

قال محمد: وكذلك لو سرق مصحفاً فيه ذهبٌ وياقوتٌ قيمته ألف دينار، لم أقطعه.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يقطع.

وجه قولهما^(٣): أن المقصود من السرقة المصحف دون ما عليه من الذهب [والفضة]، والمقصود^(٤) لا يتعلّق به قطعٌ، فلا يتعلّق بالتبع^(٥).

لأبي يوسف: أن سرقة الذهب على الانفراد يتعلّق به القطع، فانضمام المصحف إليه لا يغير حكمه، وجرى وجوده وعدمه مجرى واحداً.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (فلا يتعلّق).

(٣) في ب (وجه قول أبي حنيفة ومحمد).

(٤) في ب (المتبوع).

(٥) انظر: الأصل ٢٤٢/٧.

وقال محمد: إن سرق كوزاً فيه عسلٌ، قيمة الكوز تسعة [دراهم]، وقيمة العسل الذي فيه درهمٌ، قطعته، فإن سرق حماراً يساوي تسعة [دراهم]، وعليه إكافٌ يساوي درهماً، قطعته؛ وذلك لأن المقصود بالسرقة وهو العسل، يتعلّق به القطع، فلم يسقط حكم الإناء، وجُمعاً جميعاً، فكمّل النصاب بهما.

وكذلك الحمار والإكاف، كلّ واحدٍ منهما يتعلّق به القطع على الانفراد، فكمّل أحدهما بالآخر.

قال هشام عن محمد: ولو شرب ما في الإناء في الدار قبل أن يخرج الإناء منها، ثم أخرج الإناء فارغاً منه، قطع؛ لأن المقصود الآن هو الإناء، ألا ترى أنه أخرجها ولا شيء فيه، والمقصود بالسرقة إذا كان مما يتعلّق به القطع، قطع.

قال محمد عن أبي يوسف في الإملاء وفي نوادره: قال أبو حنيفة: إن سرق صبياً عبداً لا يتكلم، وقال في النوادر: [صبياً] لا يتكلم ولا يمشي، وقال في الأصل: صغيراً لا يتكلم ولا يعقل، قطعته، وإن سرق حرّاً صغيراً لم أقطعه^(١).

أما الصغير إذا كان عبداً لا يعقل ولا يتكلم، فهو مالٌ في نفسه، ولا يد له على نفسه، فصار كالبهيمة، وليس كذلك الحر الصغير؛ لأنه ليس بمال، وسرقة ما ليس بمال لا يتعلّق به القطع.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا قطع فيهما، قال: لأن العبد من جنس الحر، ولا قطع في الحر، وبعض الجنس إذا سقط فيه القطع، سقط في بقيّته.

وقال أبو يوسف: إن كان على الصبي الصغير حُلِيٌّ، أو طوق ذهبٍ، أو

(١) انظر: الأصل ٢٤٧/٧.

فضة، فإن أبا حنيفة قال: لا أقطعه، وهو قول زفر ومحمد.

وقال أبو يوسف: أقطعه إذا كان ما عليه يساوي عشرة دراهم فصاعداً.

وجه قولهم: أن المقصود بالسرقة هو الصبي، ألا ترى أنه لو قصد إلى الحلي لأخذه وترك الصبي، والمقصود بالسرقة إذا لم يتعلّق به القطع، لم يتعلّق بغيره.

لأبي يوسف: أن الحليّ بانفراده يتعلّق به القطع، فانضمام الصبيّ [إليه] وهو لا يعقل، كانضمام الحمار أو البهيمة.

وقالوا جميعاً: إذا كان الصبي الحرّ يمشي ويتكلم، فلا قطع عليه وإن كان عليه حليّ؛ لأن له يداً^(١) على نفسه وعلى ما عليه، فأخذه ليس بسرقة، وإنما هو خداع، والخداع لا يتعلّق به القطع.

قال محمد: لو سرق كلباً في عنقه طوقاً ثمنه مائة درهم، لم أقطعه.

وقال الحسن عن زفر: إن سرق قرداً، أو خنزيراً، أو كلباً، [أو أسداً]، أو ضبعاً، [وفي عنقه] شيء من ذلك^(٢): قلادة تساوي عشرة أو أكثر أو أقل، إنه لا يقطع، وبه يأخذ الحسن.

وهذا على ما قدمنا: أن المقصود بالسرقة إذا لم يتعلّق به القطع، لم يتعلّق بالتابع له.

وقال ابن سماعة: عن أبي يوسف: إن سرق منديلاً فيه صرة دراهم، فعليه

(١) في ب (لأنه يد).

(٢) في أ (وفي عنق ذلك) والمثبت من ب.

القطع ، وكذلك قال أبو يوسف ، وهذا إنما يريد به : المنديل الذي تشدّ (١) فيه الدراهم في العادة ؛ لأن المقصود بالأخذ ما فيه دونه ، وما فيه نصابٌ كاملٌ ، فتعلّق به القطع .

قال : ولو سرق ثوباً في طرفه صرّة فيها دراهم ، فإن أبا حنيفة قال : لا قطع عليه ، إلا أن يكون الثوب قيمته عشرة دراهم .

قال : كل شيء لا يكون وعاءً ، مثل المنديل [تصرّ فيه الدراهم في العادة] ، فكانت في ناحية منه صرّة دراهم ، سرقة رجل ، فلا يقطعه حتى يكون ذلك الشيء يساوي ما يقطع فيه .

قال أبو يوسف : إن علم بها فعليه القطع ، وإن لم يعلم فلا قطع عليه .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف خلاف هذا ، قال : قال أبو حنيفة : إن سرق ثوباً لا يساوي عشرة دراهم ، وفيه عشرةٌ مصرورة^(٢) ، فإن كان علم بها السارق قطع ، وإن كان لم يعلم لم يقطع .

وقال أبو يوسف : يقطع علم أو لم يعلم ؛ لأنه قد سرقهما جميعاً .

وجه الرواية الأولى عن أبي حنيفة : أن المقصود بالسرقة هو الثوب دون ما فيه ؛ لأن الثوب ليس بظرف لعشرة دراهم في العادة ، فإن كان المقصود نصاباً قطع فيه ، وإلا لم يقطع .

وكان أصحابنا يقولون : إن كان في الثوب جملةٌ من الدراهم يشدّ مثلها في

(١) في ب (تصرّ) .

(٢) في ب (وفيه صرة تساوي عشرة دراهم مصرورة) .

ثوبٍ ، قطع ؛ لأن الثوب يكون ظرفاً لمثلها ، فصار حينئذٍ كالمنديل إذا كان فيه صرة .

وجه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة ، وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف : (أنه إذا علم بالدرهم ، فقد قصدها ، فيتعلق بها القطع ، فإذا لم يعلم [ب/٣٧١] بها ، فالمقصود الثوب ، فلا يقطع فيه .

وجه الرواية الأخرى عن أبي يوسف^(١) : أنه قد سرق جملةً يتعلق بها القطع ، فعلمه بها لا يعتبر ، كما لو سرق شيئاً لا يعلم قيمته .

قال : ولو سرق جِراباً^(٢) فيه مالٌ ، أو جِوالت فيه مالٌ كثيرٌ ، قطع ؛ لأن المقصود بالسرقة هو المال دون الظرف ، وذلك مما يتعلق به القطع .

قلت : رأيت إن سرق ثوباً فيه مالٌ عظيمٌ مصروراً قد علم به اللص ، والثوب لا يساوي عشرة دراهم ، قال : إن كان هكذا قطعته فيه^(٣) .

وهذا على ما قدمنا : أن الثوب يصلح أن يكون ظرفاً للمال الكثير ، ولا يصلح أن يكون ظرفاً لليسير ، ففي الموضع الذي يكون ظرفاً يعتبر المال ، وفي الموضع الذي لا يكون ظرفاً يُعتبر في نفسه^(٤) .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) الجِراب - بالكسر - : وعاء الزاد ، والجمع : أجربة وجُرْبٌ .
والجِوالت - بالفتح - جمع جِوالت - بالضم - : الغرارة الصغيرة .
انظر مختار الصحاح ؛ المغرب (جرب - جلق) .

(٣) في ب (إذا كان هذا بيناً قطعته فيه) .

(٤) انظر : الأصل ٢٤٢/٧ .

بَابُ المسائل المتفرقة



قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا أقر السارق بسرقةٍ مرّةً واحدةً، قطع^(١).

وقال ابن أبي ليلى: لا يقطع حتى يقرّ مرتين، وهو قول أبي يوسف.
وحكى بشر بن الوليد في نوادره عن أبي يوسف: أنه رجع إلى قول أبي حنيفة.

وجه قولهما: أن كلّ ما جاز إثباته بشهادة شاهدين، جاز إثباته بإقراره مرّةً واحدةً؛ الدليل عليه: المال؛ ولأنّا لو لم نوجب عليه القطع بالمرّة الأولى، استقر به الضمان، فلم يجب القطع بالإقرار الثاني؛ لأنّ الأخذ الذي يستقر به الضمان لا يُقطع فيه كالغصب.

وجه قول أبي يوسف: أنه حدٌّ، فوجب أن يعتبر عدد الإقرار فيه بعدد شهوده، كحدّ الزنا.

قال: فإن أقرّ أنه سرق من فلانٍ الغائب سرقةً قيمتها عشرة دراهم، لم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد حتى يحضر المسروق منه يطالب بها، فيقطع.

وقال أبو يوسف: أقطعه.

(١) انظر: الأصل ٢٦٧/٧؛ مختصر القدوري ص ٤٧٨.

وجه قولهما: (ما روي أن سمرة قال للنبي ﷺ: إني سرقت بعيراً لآل فلان، فأنفذ النبي ﷺ، فسألهم، فقالوا: [إننا] فقدنا بعيراً لنا في وقت كذا، فقطعه^(١)).

فلولا أن القطع يقف على مطالبتهم، لم يكن للمسألة معنى.

ولأن كل من في يده شيء، فالظاهر أنه ملكه، فإذا أقر به لغيره، لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له، والغائب يجوز أن يصدق فيه، ويجوز أن يكذب، فبقي الشيء على حكم ملك السارق، فلم يجوز أن يقطع فيه.

لأبي يوسف: [أنه أقر]^(٢) بوجوب الحد، فجواز أن يكذبه الغائب لا يمنع من إقامة الحد (عليه، أصله: إذا أقر بالزنا بامرأة غائبة، يجوز أن تحضر فتدعي شبهة، ثم لا يمنع ذلك من إقامة الحد)^(٣) في الحال.

قال: وإذا شهدت الشهود: أنه سرق من فلان الغائب عشرة دراهم، لم يقطع حتى يحضر المسروق منه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

قال محمد: وأحبسه؛ لأنه من أهل التهمة والدعارة، ويجب أن يكون هذا قولهم؛ لأن البينة لا تقبل إلا لمدعي المال، فغيبته المسروق منه تمنع من سماع البينة التي لا مدعي لها؛ وإنما حبس لأنهم يشهدون بما يوجب التهمة، وقد روي: (أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة^(٤)).

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥٨٨)، ولكن من حديث عمرو بن سمرة بن حبيب وليس من حديث سمرة، وفي إسناده عبد الله بن لهيعة، وهو ضعيف. وانظر: مصباح الزجاجة (٣/١١٢).

(٢) في أ (أنه لو أقر)، بزيادة (لو)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٣٠)؛ والترمذي (١٤١٧) وقال: «حسن»؛ والنسائي (٤٨٧٥).

قال محمد: لو قال رجل: سرقت هذه الدراهم، ولا أدري لمن هي، أو قال: سرقتها ولا أخبرك^(١) مَنْ صاحبها، فإنه لا يقطع؛ وذلك لأنه أقر لغير معين، والإقرار لغير المعين لا يتعلق به حكم، فبقيت الدراهم على حكم ملكه، فلم يقطع فيها.

وقال أبو حنيفة في رجل ادعى على رجل سرقة، فأنكر: إنه يستحلف، فإن أبى أن يحلف، لم يقطع، وضمن المال؛ وذلك لأن دعوى السرقة يشتمل على وجوب الرد والقطع، والمال يستحلف فيه، والقطع لا يستحلف فيه، فوجب أن يستحلف لأجل المال، فإن نكل عن اليمين، فنكوله يقتضي وجوب المال والقطع، والمال يستوفى بالبدل، والقطع لا يستوفى به؛ فلذلك ثبت أحدهما دون الآخر.

قال: ولو أقر بذلك إقراراً، ثم رجع عن إقراره وأنكر، لم أقطعه، وضمنته المال؛ لأن الرجوع يقبل في الحُدود، ولا يقبل في المال الذي هو حق الآدمي، وإقراره يضمن الأمرين، فإذا رجع، سقط ما يسقط بالرجوع، وبقي ما لا يسقط.

قال: ولو شهدت شهوداً على سرقة بعد حين، لم يقطع، وضمن المال؛ وذلك لما روي عن عمر أنه قال: (أبما شهوداً شهدوا بحدٍّ لم يشهدوا عند حضرته، فإنما هم شهود ضغن، لا تقبل شهادتهم^(٢))؛ ولأن حدَّ السرقة يثبت لحق الله تعالى كحدِّ الزنا، وقد بينا: أن تأخير الشهادة يسقط حدَّ الزنا، فكذلك حدَّ السرقة، وإذا سقط الحد، وجب المال؛ لأن المال لا يسقط بالتأخير، والحد يسقط به.

(١) في ب (ولا أعلم).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣٧٦٠)، والبيهقي في الكبرى (٢٠٣٨٤)

وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في عبدٍ لرجل محجور عليه في يديه ألف درهم، فقال سرقتها من هذا الرجل، وقال المولى: الألف لي، قال: أقطع العبد، ولا أصدق المولى.

وقال أبو يوسف: أقطع العبد وهي للمولى.

وقال محمد: لا أقطعه، وهي للمولى، وهو قول زفر.

وقال محمد في إملائه بمثل قول أبي حنيفة إذا كان العبد [المقرّ] مأذوناً [له] في التجارة.

وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف مثل روايته في الجامع [الصغير].

وقال بشر بن الوليد في نوادره عن أبي يوسف: في عبدٍ أقرّ أنه سرق من هذا الرجل عشرة دراهم بعينها، قال: كان أبو حنيفة يقول: لا أقطعه؛ لأن ما في يده لمولاه، وإن كان استهلكها قطعته.

ثم رجع عن ذلك وقال: رأيت إن كانت ألفاً فاستهلك خمسمائة، وفي يده خمسمائة، كيف أقطعه بما استهلك، وأجعل هذا لمولاه، فقال: أقطعه في الوجهين [جميعاً]، مستهلكة كانت أو قائمة.

قال [الشيخ] أيده الله تعالى: وجملة هذا: أن المأذون إذا أقرّ بسرقة، قطع ودفع المال إلى المسروق منه.

وقال زفر: يدفع المال إلى المقرّ له ولا يقطع.

وجه قولهم: أن العبد غير متهم على نفسه في الإقرار بالحدّ ولما يلحقه فيه

من الضرر، فصار فيها كالحرّ؛ ولأن هذا المعنى^(١) لا يملكه المولى منه، فصار العبد فيه كالأحرار [كالطلاق] . [١/٣٧٢]

وجه قول زفر: أن هذا الإقرار تضمن إتلاف رقبته، وهي مالٌ للمولى، وإقرار العبد بإتلاف مال مولاه لا يقبل .

فأما المحجور إذا أقرّ بسرقة مال بعينه^(٢)، فوجه قول أبي حنيفة: أن إقرار العبد بالحدّ جائزٌ، فلا يخلو: إما أن يقطعه في المال المقرّ به بعينه، ويردّه على المسروق منه، أو على المولى، أو يقطعه في غيره، أو لا يقطعه. ولا يجوز أن نسقط القطع؛ لأننا قد دللنا على وجوب الحدّ عليه بإقراره، خلاف زفر، ولا يجوز أن يقطعه ويحكم بالمال للمولى؛ لأن قطع العبد في مالٍ محكوم به لمولاه لا يجوز، [ولا يجوز أن يقطعه في مالٍ بغير عينه؛ لأنّ هذا خلاف ما أقرّ به، فلم يبق إلا أن يقطع ويدفع المال إلى المسروق منه .

وجه قول أبي يوسف: أن إقراره بالحدّ جائزٌ، وإقراره بالمال لا يجوز]، فيحكم بما يجوز إقراره به دون ما لا يجوز، كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة .

وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ هناك أفرد المال عن القطع، وذلك جائز، وهاهنا يفرد القطع عن المال، وذلك لا يجوز .

وجه قول محمد: أن إقرار المحجور بالمال لا يجوز، فإذا لم ينفذ إقراره في المال، بقي على حكم ملك المولى، فلم يجز إيجاب القطع فيه .

(١) في ب (المولى). خطأ .

(٢) في ب (لا يقبل كالمحجور إذا أقر بسرقة مال بعينه).

وليس كذلك المأذون؛ لأن إقراره بالمال جائز، فإذا صحَّ إقراره بالمال، تبعه القطع.

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال: في رجلٍ أقام بينةً على عبدٍ أنه سرق منه، قال: لا أقطع يده حتى يشهد مولاه إن كان غائباً، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. ثم قال بعد ذلك: أقطعه وإن كان غائباً.

وقال محمد في إملائه عن أبي يوسف: إنه إذا قامت بينة على عبد بحد أو قصاص، وهو يجحد ذلك، قضى عليه وإن كان مولاه غائباً، بمنزلة الإقرار. وجه قولهما: أن هذه البينة يتعلّق بها استحقاق جزء من العبد، فصار كالبينة بملك شيء من رقبته، فلا يقضى بها مع غيبة المولى.

وجه قول أبي يوسف: أن العبد في الحدود كالأحرار، بدلالة أنه يجوز إقراره بها مع جحود المولى، والحر لا يقف سماع البينة عليه على حضور غيره، [فكذلك العبد]

قال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في الطّرّار^(١) إن طرّ الصرّة وهي خارج [الكمّ]، لم يقطع، وإن أدخل يده في الكمّ فطرّها، قطع.

وقال أبو يوسف: هذا كله سواء، يقطع، وكذلك رواه ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - يعني: كرواية الجامع -، وقال^(٢): قال أبو يوسف: هما سواء، وعليه القطع.

(١) «الطّرّار: الذي يطرّ الهمايين أي: يشقها ويقطعها». المغرب (طرر).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.



وكان أبو بكر يفسر هذه المسألة فيقول: إن الدراهم إذا كانت بعد حلّ رباطها، تكون على ظاهر الكم، لم يقطع الذي طرّها؛ لأنه أخذها من غير حرز، فإن كانت إذا حلّ الرباط^(١) حصلت في داخل الكم، فهو أخذ من حرز، فيقطع.

وقال ابن أبي مالك: كان أبو يوسف يفسر لنا قول أبي حنيفة فيقول: إذا كانت مصرورةً من خارج الكم، فطرّها من خارج، قطعت، وإن كانت الصرّة داخل الكم، لا يقطع إلا أن يكون أدخل يده الكم فأخذها^(٢).

ووجه ذلك: أنها إذا كانت على ظاهر الكم، فحرزها الرباط، فإذا أخذها، فهي ككيسٍ معلقٍ على ظاهر الكم، فيجب عليه القطع، فإذا كانت في داخل الكم، فهي محرزةٌ بالكم، فما لم يهتك الحرز بإدخال يده فيه، لا يقطع.

لأبي يوسف: أن الرباط حرزٌ لها، فإذا أخذها فليس بأكثر من أخذ الدراهم موضوعةً بين يديه، أو بقربه، فيجب عليه فيها القطع.



(١) في ب (إذا حلت).

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٤.



بَاب قُطَاعِ الطَّرِيقِ (١)



قال الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ الآية: [المائدة: ٣٣].

والمحاربون المذكورون في الآية (٢) عند أبي حنيفة رضي الله عنه: هم القوم الذين يجتمعون ولهم منعة بأنفسهم ممن أرادهم، يحمي بعضهم بعضاً، ويتناصرون [على] ما قصدوا له، ويتعاضدون عليه، وسواء كان امتناعهم بحديد، أو بعصي أو خشب، أو حجارة، ويكون قطعهم الطريق على المسافرين في دار الإسلام من المسلمين، أو من أهل الذمة دون غيرهم.

وهذه الشروط إذا اجتمعت، صاروا محاربين.

(١) القطع لغة: من قطع الشيء قطعاً: فصل بعضه عن بعض وأبانه.

وقطع الطريق: أخافه بالتلصص فيه، وسُمي قاطع الطريق بذلك؛ لامتناع الناس من سلوك الطريق خوفاً منه، فكانه قطعته حقيقة.

وحَرَبَهُ بالحربة: طعنه بها، وحَرَبَهُ حَرْبًا: سلبه جميع ماله، وحَرَبَهُ حَرْبًا: أخذ جميع ماله، وحاربه محاربة وحَرَابًا: قاتله، ومنه قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ . انظر: المعجم الوسيط (قطع، حرب).

واصطلاحاً: هي البروز لأخذ مال، أو لقتل، أو لإرعاب، اعتماداً على الشوكة، مع البعد عن الغوث. كما في مغني المحتاج ٤/ ١٨٠.

وعرّفه البعض: «قطع الطريق، وإشهار السلاح، والصيد على من مرّ فيه خارج المدن، وقال بعضهم: أو داخلها». كما في معجم لغة الفقهاء (قطع).

(٢) (المذكورون في الآية) سقطت من ب.

وهم أيضاً محاربون عند زفر ، وأبي يوسف ، ومحمد بن الحسن .

والأصل في حدّ قطاع الطريق^(١) : هذه الآية ، وقد تكلم الناس في معناها ، فمنهم من قال : إن قوله : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ ، المراد به : يحاربون أولياء الله ، وأولياء رسوله ؛ لأن الله تعالى يستحيل أن يُحَارَبَ ، ولكنهم لما حاربوا أولياءه ، حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه .

وقيل : إن المراد بالآية : أنهم في حكم المحاربين لله ؛ لأنهم تحزّبوا وامتنعوا وتظاهروا بخلاف أمره ، فصاروا في حكم المحارب له ، وهذا اتساع في الكلام .

وهو كقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ اللَّهَ ﴾ [الحشر: ٤] ، وهذا مجاز ؛ لأن المشاقق من كان في شقّ ، والآخر في شقّ ، وهذا لا يوصف به الله تعالى ، وإنما هو استعارة .

وقد قال أصحابنا وجميع الفقهاء : (إن الآية تتناول المسلم والكافر ، وهو قول السلف ، ومن المتأخرين من قال)^(٢) : إن الآية خاصة في المرتدين ، وهذا فاسد ؛ لأن قتل المرتد لا يقف على المحاربة ، ولا على إظهار الفساد في دار الإسلام ، ولا يجوز أن يقتصر به على قطع اليد ، ولا على النفي ، والآية تقتضي ذلك .

ولأن الآية تقتضي سقوط الحدّ بالتوبة قبل القدرة ، والمرتد يسقط حده بالتوبة قبل القدرة وبعدها ، فدل أن الآية لا تعلق لها بالمرتدين^(٣) .

(١) وهكذا سمى الشافعي في الأم : (حد قاطع الطريق) ص ١٢٤٦ ؛ ولا يوهم هذا بأنه حد مستقل عن (حد الحراة) ، والآية المستشهد بها ابتداءً يدل على ذلك ؛ إذ قال المؤلف بعد سطرين : (إنهم في حكم المحاربين لله تعالى ؛ لأنهم تحزّبوا وامتنعوا وتظاهروا بخلاف أمره ، فصاروا في حكم المحارب ، وهذا اتساع في الكلام) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) انظر : تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٥٣٦ - ٥٣٨ .

والذي روى أنس: أن العُرَيْنَيْنِ لما دخلوا المدينة، قال لهم النبي ﷺ: «انطلقوا إلى ذودنا فاشربوا أبوالها وألبانها، فمضوا»، فلما صحّوا قتلوا راعي النبي ﷺ، واستاقوا الذود، فبعث النبي ﷺ في طلبهم، فأُتِيَ بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسَمِّلَ عيونهم، وألقاهم في الحَرَّةِ، فنزلت الآية^(١)، فلا دلالة فيه؛ لأن هذا الحكم فعله رسول الله ﷺ قبل نزول الآية، ثم نزلت الآية من بعد وجوب القطع والقتل والصلب، ويستحيل أن يقطع بالآية من قد قطع [قبل نزولها]، ولم ينقل أنه صلبهم، فدلّ على أن حكم العُرَيْنَيْنِ لم يكن مستفاداً من الآية.

وقد روى الكلبي عن [أبي صالح عن] ابن عباس: أن الآية نزلت في أصحاب أبي برزة الأسلمي، وكان موادعاً للنبي ﷺ، فخرج قومٌ إلى النبي ﷺ [أسلموا]، فقتلهم أصحاب أبي برزة وأخذوا مالهم، فنزلت هذه الآية^(٢).

وهذا لا يوجب الاقتصار بحكمها على الكفار؛ لأن الحكم عندنا بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

واختلف العلماء في الأحكام المذكورة في الآية، فقال أصحابنا: إنها على الترتيب، فمن خرج منهم، فأخاف السبيل ولم يَقتُلْ ولم يأخذ مالاً نفي، ومن أخذ مالاً قُطِعَتْ يده اليمنى ورجله اليسرى، ومن قَتَلَ ولم يأخذ المال قُتِلَ، ومن قَتَلَ وأخذ المال، فالإمام مخير فيه: إن شاء قطع يده ورجله وصلبه، [وإن شاء صلبه، وإن شاء قتله ولم يقطع يده ورجله وصلبه]، وإن شاء لم يصلبه.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا أعفيه من الصلب.

(١) البخاري (٤٣٣٤).

(٢) ذكره الجصاص في أحكام القرآن (٥٣/٤).

وقال [ب/٣٧٢] محمد: أقتله ولا أقطعه^(١).

وقال مالك: الحكم على التخيير، فيجوز للإمام أن يقتل من خرج (ولم يأخذ مالاً)^(٢) ولم يقتل نفساً، وهو قول سعيد بن المسيب.

وروى الحجاج بن أرطاة، عن عطية العوفي، عن ابن عباس: أن الحدّ على الترتيب^(٣)، مثل قولنا، وهو قول إبراهيم^(٤).

والدليل على ذلك: أن الله تعالى خير في ظاهر اللفظ بين الأشياء الأربعة، فظاهر [الآية]^(٥) لو كانت على التخيير، لاقتضت أن للإمام أن يقتصر على النفي في حدّ القاتل الآخذ للمال، وهذا لا يقوله أحدٌ، فثبت أن الآية لم^(٦) تتضمن التخيير.

ولأن الخارج إذا لم يأخذ مالاً ولم يقتل، فإنما همّ بالمعصية، وذلك يوجب القتل، كالعزم على سائر المعاصي.

وإذا ثبت أن الآية ليست على التخيير، ففيها فعلٌ مضمّرٌ في كلّ حكم، فكأنه [تعالى] قال: [أن] يُقتلوا إن قتلوا، أو يُصلبوا إن قتلوا وأخذوا المال، أو

(١) انظر: الأصل ٧/٢٨٥، ٢٨٦؛ الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٨؛ مختصر القدوري ص ٤٨٤.

(٢) سقطت من ب.

انظر: المدونة ٦/٢٩٨؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٢.

(٣) البيهقي في الكبرى (١٧٠٩٠).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٢٩٠١٦).

(٥) في أ (اللفظ)، المثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٦) سقطت هذه الكلمة من ب.



تُقَطَّعَ أيديهم وأرجلهم إن أخذوا المال ، أو يُنْفَوْا من الأرض إن أخافوا .

وإذا ثبت أنها على الترتيب قلنا: (إن أخذ المال ، قُطِعَ ؛ لأن) (١) أخذ المال يتعلّق به القطع في غير قاطع الطريق ، فغلّظ في قاطع الطريق بقطع الرجل .

وإن قتلوا ، قُتِلُوا ؛ لأن القتل يتعلّق به القتل ، وغلّظ ذلك في قاطع الطريق بأن صار القتل حتماً لا يجوز العفو عنه .

وإن قتلوا وأخذوا المال ، كان للإمام أن يجمع عليهم القطع والقتل عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ وذلك لأن حدّ قاطع الطريق يجب بمعنى واحد وهو المال ، ألا ترى أنه إنما يُقْتَلُ ليتمكّن من أخذ المال ، والحدّ إذا تعلّق بسبب واحد ، لم يدخل بعضه في بعض الجلدات في الزنا .

ولا يقال: لو كان كذلك ، لم يجز للإمام أن يقتصر على القتل ؛ لأنه إنما يقتصر عليه ؛ لأن الترتيب غير مأخوذٍ عليه في الحدّ ، فإذا بدأ بالقتل ، سقط القطع حكماً ؛ لاستحالة استيفائه بعد الموت ، وصار كالزاني إذا جُلِدَ بعض الجلدات فمات ، سقط بقية الحدّ عنه حكماً .

وجه قول محمد: أن النفس وما دون النفس إذا اجتمعا لحقّ الله تعالى ، دخل ما دون النفس في النفس ، كالسارق إذا زنى وهو مُحْصَنٌ .

وأما الصلْبُ ، فالإمام مخيرٌ فيه عندنا ؛ لأن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه صلّب العُرْنَيْنِ ؛ ولأنه صفة في القتل ، وصفات القتل لا تكون شرطاً .

لأبي يوسف: أن الله تعالى نصّ على الصلْب ، كما نصّ على القتل ، فلم

(١) سقطت من ب .

يجز إسقاط واحدٍ منهما ، كما لا يجوز إسقاط الآخر .

واختلفوا في كيفية الصلب ، فذكر أبو الحسن عن أبي يوسف : أنه يصلب حياً ثم يُبعج برمح حتى يموت ، وذكر الطحاوي : أنه يصلب بعد القتل^(١) .

والصحيح : ما حكاه أبو الحسن ، ووجهه : أن الصلب يفعل على وجه^(٢) الزجر والردع ، وذلك لا يكون بعد الموت .

ووجه قول الطحاوي : أن الصلب حياً مثلاً ، وقد نهى ﷺ عن المثلة^(٣) ؛ ولأنه يؤدي إلى التعذيب في القتل ، وذلك ممنوعٌ منه^(٤) .

وقد قالوا : إن الإمام يصلبه ثلاثة أيام ثم يخلي بينه وبين أهله ؛ لأنه يتغير بعد الثلاثة ، فيستضر به الناس ؛ ولأن المقصود منه الزجر واشتهار حاله ، وهذا المعنى يكتفى به بثلاثة أيام .

فأما النفي المذكور في الآية : فهو أن يؤخذ فيحبس حتى يحدث توبة ، وقال الشافعي : يُطلب في كلِّ بلدٍ^(٥) .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ ، فلا يخلو : أن يكون المراد به النفي من جميع الأرض ، (أو من بعضها ، ولا يجوز أن

(١) فقال الطحاوي : «والصلب المذكور في آية المحاربة التي أخذ هذا الحكم منها : هو الصلب بعد القتل في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، وبه نأخذ...» . مختصر الطحاوي ص ٢٧٦ .

(٢) في ب (على طريق) .

(٣) البخاري (٣٩٥٦) .

(٤) في ب (والتعذيب في القتل ممنوع منه) .

(٥) انظر : الأم ص ١٢٣١ .



يكون المراد النفي من جميع الأرض^(١)؛ لأن هذا لا يمكن مع بقاء الحياة، ولا يجوز أن يكون المراد به النفي من المكان الذي قطع فيه؛ لأن الغرض أن تصرف أذيته عن المسلمين، فلو نفيناها إلى بلدٍ آخر، لا ستضر به الناس هناك، والإمام مأمورٌ بدفع الضرر عن جميع الناس.

ولا يجوز أن يكون المراد به النفي من دار الإسلام؛ لأن إخراجهم إلى دار الحرب تعريضٌ له بالردّة، وأن يصير حرباً للمسلمين، وهذا لا يجوز.

فلم يبق إلا أن يكون المراد به النفي من جميع الأرض، إلا مكان الحبس^(٢)، وقد قيل: لمن حبس إنه أُخرج من الأرض، قال الشاعر^(٣):

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها ❁ فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى
إذا جاءنا السَّجَّان يوماً لحاجةٍ ❁ فرحنا^(٤) وقلنا: جاء هذا من الدنيا
ولأن الحبس قد ثبت في العقوبات على وجه التعزير، ولم يثبت الصلب على وجه التعزير، فكان إثبات ما له نظيرٌ أولى.

فأما قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقَدِّرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤]، فقد دل على أن قاطع الطريق إذا تاب قبل ثبوت اليد عليه، سقط عنه الحدّ، وإن تاب بعد ثبوت اليد عليه لا يسقط الحدّ عنه، كما لا تسقط الحدود بالتوبة.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (النفي من جميع الأماكن إلا الحبس).

(٣) هو صالح بن عبد القدوس المتهم بالزندقة كما في معجم الأدباء لياقوت (١/٤٢٣).

(٤) في المبسوط للسرخسي هنا (عجبنا) بدل (فرحنا) ١٣٦/٩.

وقد روى الشعبي عن سعيد بن قيس: أن حارثة بن بدر قطع الطريق ثم تاب قبل أن يقدر عليه، فكتب علي بن أبي طالب رضوان الله عليه إلى عامله بالبصرة: (وأن حارثة بن بدر خرج محارباً لله ولرسوله، ثم تاب وأصلح قبل أن يقدر عليه، فلا يُتعرض له إلا بخير^(١)).

وأما الكلام في صفة المحارب المستحق للحدّ: فهو الخارج إذا كان له منعةٌ وشوكةٌ؛ لأنه إنما فارق السارق بهذا المعنى.

ومن خرج في غير مصر بسلاح أو خشب، فامتنع وقدر أن يدفع عن نفسه، فقد حارب [وإن] انفراد باليد^(٢)، فيجري عليه الحدّ.

فأما من فعل ذلك في المصر، فإن الحدّ لا يجري عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجري عليه الحدّ.

وجه قولهما: أن الخارج في المصر، يلحقه الغوث في الغالب، فلا يتمكن من المغالبة، فصار في حكم السارق.

لأبي يوسف: أن هذا حدٌّ، فلا يختلف بالمصر وغير المصر، كسائر الحدود.

وكان أصحابنا يقولون: إنما أجاب أبو حنيفة على ما شاهد في زمانه؛ لأن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح، فلا يتمكن قاطع الطريق من مغالبتهم في المصر، فأما الآن، فقد ترك الناس هذه العادة، فأمكن أن يتغلب قاطع الطريق في الأمصار، ولا يدفعون، فإن الحدّ يجري عليهم.

(١) ابن أبي شيبة (٣٢٧٨٩)

(٢) الزيادة في ب.



وعلى هذا، قال أبو حنيفة في من قطع الطريق بين الحيرة^(١) والكوفة: إنه لا يجري عليه الحكم؛ لأن الغوث في زمانه كان يلحق في ذلك الموضع^(٢)؛ لاتصال المصر، فأما الآن فقد صار ذلك كالبرية، فيجري فيه أحكام قطاع الطريق.

وإنما قال: إن قاطع الطريق يستوي فيه الامتناع بالخشب أو السلاح؛ لأن المعنى يوجد بهما جميعاً: وهو التغلب والامتناع.

وإنما خصه بدار الإسلام؛ لأن الحدود إذا وجدت أسبابها في دار الحرب، [1/373] لم يستوفها الإمام في دار الإسلام.

وإنما خص بذلك من قطع على المسلمين وأهل الذمة؛ لأن مال كل واحد منهم حظ على التأيد.

وأما المستأمن فماله محظور حظراً مؤقتاً، فلا يتعلق به الحد، كما لا يتعلق به القطع في السرقة.

قال: وسواء منهم من باشر القتل وأخذ الأموال، ومن لم يباشر، وكان رداءً لهم دافعاً، فالحكم فيهم كلهم سواء، ما لزم المباشر فهو لازم لغيره ممن كان معيناً لهم؛ وذلك لأنه حكم يتعلق بأخذ مال على وجه المحاربة، فيستوي فيه المعين والمباشر كالغنيمة؛ ولأن المقصود من قطع الطريق ليس هو المباشر، وإنما هو التمكين، وهذا المعنى موجود في الردء.

وذكر أبو يوسف: في قطاع الطريق في المصر إن قاتلوا نهاراً بسلاح، أجري

(١) الحيرة - بالكسر ثم السكون -: مدينة كانت على ثلاثة أميال من الكوفة على موضع يقال له:

النجف، وزعموا أن بحر فارس كان يتصل به. انظر: معجم البلدان لياقوت الحموي ٣٢٨/٢.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

عليهم الحكم ، فإن خرجوا بخشبٍ لم يجز عليهم الحكم .

فإن قاتلوا ليلاً بسلاحٍ أو خشبٍ ، فهم قطع طريقٍ ؛ وذلك لأن المقاتل [بالنهار] بالسلاح إلى أن يدركه الغوث يأتي على من خرج عليه ، وإذا كان بخشب أدركه الغوث قبل أن يأتي عليه .

فأما الليل ، فإن الغوث [فيه] يقل ، فيأتي عليهم بالأمرين جميعاً ، فلذلك استويا^(١) .

قال: وما وجب على قاطع الطريق من قتلٍ أو قطعٍ أو صلْبٍ ، فذلك إلى الإمام ، ليس إلى الأولياء منه شيءٌ ، ولا إلى أرباب الأموال ، طالب الأولياء به أو لم يطالبوا ، عفوا عنه أو لم يعفوا ، أبرؤوا منه أو صالحوا عليه ، فذلك كله مردودٌ يتولى الإمام إقامة ذلك عليهم لله تعالى ؛ وذلك لأن القتل والقطع إنما يثبت على طريق الحدِّ ، والحدود ثبتت لحق الله تعالى ، فلا يؤثر فيها عفو آدمي ولا صلحه .

قال: وليس للإمام [أيضاً] إذا ثبت ذلك عنده تركه ، ولا إسقاطه ، ولا العفو عنه ؛ لما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «ما ينبغي لوالي حدٍّ أتى في حدٍّ من حدود الله إلا إقامته»^(٢) .

وروي أنه قال: «تعافوا الحدود فيما بينكم ، فإذا رفعت إلى الإمام فلا عفا

(١) في ب (فلذلك استوفى) .

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٧٧) ؛ وأبو يعلى في المسند (٥١٥٥) ؛ والطبراني في الكبير (٨٥٧٢) ؛ من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ، وفي إسناده أبو ماجد الحنفي ضعيفٌ . انظر: مجمع الزوائد (٢٥٧/٦)

الله عنه إن عفا» (١).

قال: وإنما يجري الحدّ في قاطع الطريق إذا كان ما أخذه من المال يصيب كل واحدٍ منهم عشرة دراهم فصاعداً.

وقال الحسن بن زياد: عشرون فصاعداً.

وقال عيسى بن أبان: إذا قتلوا، أجري عليهم القتل حدّاً وإن كان ما أخذه كل واحد منهم أقل من عشرة.

[والوجه] (٢) في اعتبار النصاب: أن هذا الحدّ إنما وجب صيانةً للأموال، ألا ترى أن قطاع الطريق لا يخرجون للقتل، وإنما يخرجون لأجل الأموال، وإنما يقتلون ليتمكنوا من [أخذ] المال، والحدّ الذي يجب بأخذ المال يعتبر فيه نصاب مقدر في حقّ كل واحدٍ من المشتركين كالسرقة.

وجه قول الحسن: أن في السرقة يُقطع طرفٌ واحدٌ لسرقة عشرة، فإذا كان في قطع الطريق (٣)، قطع الطرفین، شرطٌ فيه نصابان.

وأما عيسى، فإنه يقول: إن القطع في قاطع الطريق يجب بأخذ المال، والقتل بالقتل، ومعلومٌ أنهم لو أخذوا المال ولم يقتلوا، أجري عليهم حدّ القطع، كذلك إذا قتلوا ولم يأخذوا المال، أجري عليه حدّ القتل.

قال: وما يسقط الحدّ في السرقة والحدود من الشبهة، فهو يسقط ما يلزم

(١) الدارقطني في السنن (٢٠٤/٣)؛ وقال الزيلعي في نصب الراية: «ضعفه ابن القطان» (٢٧٠/٣).

(٢) في أ (والواجب)، والمثبت من ب.

(٣) (قطع الطريق) سقطت من ب.

من حدود المحارب ؛ وذلك لما بيّنا: أنها عقوبة تجب لحقّ الله تعالى ، فتؤثر فيها الشبهة كسائر الحدود .

قال: وإذا كان في المحاربين ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المقطوع عليهم ، لم يقطع واحد منهم .

وكان أبو بكر الرازي يقول: هذه المسألة محمولة على أن المقطوع عليهم مشتركون في مالٍ واحدٍ ، وفي قطاع الطريق ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من أحدهم ، فلا يجري الحدّ على الباقيين ؛ لأن مال ذي الرحم كمال أخيه القاطع في باب الحدّ ، فصار كجماعةٍ قطعوا على مالٍ مشتركٍ بين أحدهم وبين المقطوع عليهم .

فأما إذا كان لكلّ واحدٍ منهم [مالٌ] منفردٌ ، فإن الحدّ يجري عليهم ؛ لأن الآخذ من ذي الرّحِمِ المَحْرَمِ^(١) لا يتعلّق به حدٌّ ، والآخذ من غيره يتعلّق به الحدّ ، وهو أخذٌ منفردٌ ، فيصير كجماعةٍ سرقوا من أجنبيٍّ ، وسرقوا من حرز آخر مالاً يشارك فيه أحدهم ، أو لذي رحمٍ محرمٍ من أحدهم .

قال: وإذا كان في المحاربين صبيٌّ أو مجنونٌ ، سقط الحدّ عند أبي حنيفة وزفر عن جماعتهم .

وقال أبو يوسف: إن باشر الآخذ والقتل الصبيُّ والمجنونُ ، فلا حدّ على الباقيين ، وإن باشر العقلاء ، حدّ الباقيون .

وجه قولهما: أن الصبيِّ والمجنون لا حدّ عليهما ، وقد يشارك في سبب الحدود وسبب العقوبة ، وإذا شارك فيه من لا تلزمه العقوبة بنفس الفعل ، لم

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

يجب على الباقيين ، كالمخطئ والعامد إذا اشتركا في القتل .

لأبي يوسف: أن الصبي إذا باشر فهو المتبوع ، والباقون تبعٌ ، فإذا لم يجب الحدّ على المتبوع ، فسقوطه عن التبع أولى ، وإذا باشر العاقل البالغ ، فقد وجب الحدّ على المتبوع ، فسقوطه عن التبع لا يمنع .

وإن كان فيهم امرأةٌ ، فإن هشاماً قال: سمعت محمداً يقول: في عشرة قطعوا الطريق وفيهم امرأةٌ ، فَوَلَّيْتُ المرأةُ القتلَ ، فقتلت^(١) وأخذت مالاً ، ولم يفعل ذلك الرجال ، فأخبرني: أن أبا يوسف قال: أقتل الرجال ، وأصنع بهم ما أصنع بالمحاربين ، ولا أقتل المرأة .

وقال محمد: أقتل المرأة إن كانت قتلت ، وأضمنها المال^(٢) إن كانت أخذت مالاً ، ولا أقتل الرجال ، ولكن أوجعهم ضرباً وأحبسهم .

وروى ابن رستم في نوادره: قال محمد: قال أبو حنيفة في قوم قطعوا الطريق وفيهم امرأةٌ ، والذي وَلَّيَ القتل منهم امرأةٌ ، قال: أدرأ عنهم الحدّ ، وهو قول محمد .

وقال أبو يوسف: أقتل الرجال ولا أقتل المرأة .

وروى ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف قال: قال أبو حنيفة: إن كانت معهم امرأةٌ قطعت معهم ، أو غلام لم يحتلم ، درأت الحدّ عنهم [جميعاً] .

وقال أبو يوسف: أدرأ عن المرأة والغلام ، وأقيم الحدّ على الرجال إذا اشتركوا .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (وأخذ منها المال) .

أما الكلام في إجراء حدِّ قطاع الطريق على النساء، [فالمشهور] من قول أصحابنا: أنه لا حدّ عليهنّ، وذكر الطحاوي في مختصره قال: والرجال والنساء في قطع الطريق سواء^(١)، وأنكر ذلك أصحابنا.

فوجه قولهم المشهور: أنه حكمٌ يتعلّق بأخذ مالٍ على طريق المغالبة والمحاربة، ولا تساوي المرأة فيه الرجال، كالسهم في الغنيمة.

وجه ما قاله الطحاوي: أنه حدّ، فيستوي في وجوبه الرجل والمرأة كسائر الحدود؛ ولأن الحدّ إن كان للقطع، فذلك يثبت في حق النساء كالسرقة، وإن كان القتل ثبت في حقهن كالرجم.

وإذا ثبت أن الحدّ لا [ب/٣٧٣] [يجب]^(٢) على النساء، لم يجب على الرجال؛ لأنه يشاركهم في سبب الحدّ من لا حدّ عليه بنفس الفعل.

وأما أبو يوسف، ففرّق بين المرأة والصبيّ فقال: إن الصبيّ إذا باشر لم يحدّ من لم يباشر، وإذا باشرت المرأة، حدّ الرجال؛ لأن المرأة من أهل التكليف وتتعلّق الحدود بفعلها، وإنما سقط عنها لمعنى في نقصان محاربتها، فلا يوجب ذلك سقوط الحدّ عن غيرها. وأما الصبيّ فلا يتعلّق بفعله حدّ؛ لعدم التكليف، فيسقط عمن هو تابعٌ.

قال: ويدفع من قتل منهم - وهو رجلٌ ليس بمجنونٍ -، قتل بحديدة إلى الأولياء، فيقتلون أو يعفون.

وإن كان قتل بعصا أو حجرٍ، كان على عاقلته الدية لورثة المقتول.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٧٧.

(٢) في أ (لا يثبت) والمثبت من ب.

وإن كان الذي ولي القتل الصبيّ أو المجنون ، كان على عاقلتهما الدية ، وإن كانا أخذوا الأموال ضَمِنَا ؛ وذلك لأن الحدّ إذا سقط بقي حقّ آدمي في القصاص والضمان ، ألا ترى أن الحدّ في السرقة لحق الله تعالى ، فإذا سقط وجب ضمان المال ، كذلك إذا سقط الحدّ هاهنا وجب القصاص في قتل العمد والدية في شبه العمد ، ولزم ضمان [المال] .

وكذلك إذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وقد قتلوا ، وأخذوا الأموال ، أو فعلوا واحداً من الأمرين ؛ وذلك لأن الحدّ يسقط بالتوبة قبل القدرة ، فيجب القتل واستهلاك المال ما يجب في غير المحاربة .

قال: وإن جأؤوا تائبين وقد جرحوا جراحاً ، اقتُصّ فيما يقدر على القصاص فيه ، ويضمنون ما أخذوا من الأموال إن كانت مستهلكةً ؛ وذلك لأن الحدّ لما سقط بالتوبة صار كالجراح في غير قاطع الطريق .

قال: وإذا أخذوا وقُدر عليهم قبل التوبة ، ولم يكن منهم قتلٌ ولا أخذ مالٍ ، وقد كانوا أصابوا قوماً بجراحاتٍ ، فإنه يقتصّ فيما يقدر على القصاص فيه ، ويضمنون بما لا يقدر على القصاص فيه ، ويستودعون الحبس ؛ وذلك لأنهم إذا لم يُصيبوا مالاً ولم يُقتلوا نفساً ، فالواجب عليهم التعزير ، ولا يدخل فيه الجراح ، وإذا قتلوا وأخذوا المال ، فالواجب فيه الحدّ ، فیدخل الجراح فيه .

قال: فإن أخذهم الإمام غير تائبين ، وكان ما أصابوا من الأموال مالاً يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم ، وقد كانوا جرحوا وقتلوا ، قال: لا يقطعون ، ويضمنون المال ، ويقتص من قتلٍ أو جراحٍ عمداً وغير ذلك ؛ لما بيّنا: أن الحدّ لا يُجرى عليهم إلا بعد كمال النصاب في حقّ كل واحدٍ منهم ،

فإذا سقط الحدّ، صار كالقتل والجراحة في غير الطريق .

وكذلك إذا سقطت الحدود^(١) التي في الآية لمعنى من المعاني، بتوبة أو بشبهة، بطل عنهم ما كان في الآية من الحدود، ورجعوا في ذلك إلى حكم غير المحاربين، وهذا على ما قدمنا .

وذكر حديث الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ ، قال: كان هذا فيما بلغنا في حيٍّ من كِنَانة، كان بينهم وبين رسول الله ﷺ حَلْفٌ وَمُؤَادَعَةٌ^(٢)، فعمد ناسٌ منهم فقطعوا الطريق على من يأتي رسول الله ﷺ، فنزل جبريل فيهم بهذه الصفة، وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بطلبهم، وقال: من قدرت عليه منهم، وقد قتل وأخذ المال، فاقتله واصلبه، ومن قدرت عليه منهم وقد قتل ولم يأخذ المال، فاقتله، ومن وجدته وقد أخذ المال ولم يقتل، فاقطع يده ورجله^(٣)، ومن أعجزك أن تدركه فهو بَهْرَج^(٤) من نفيه فهذا النفي^(٥): ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ ﴾ ، فمن جاء منهم تائباً قبل أن يقدر عليه، هدم الإسلام ما كان منه في الشرك، وكان الله غفوراً رحيمًا^(٦) .

(١) في ب (قال: وإذا سقطت الحدود).

(٢) الحَلْفُ: العهد يكون بين القوم، وقد حالفه أي: عاهده.

والمُؤَادَعَةُ - من ودَعَ - : الْمُصَالِحَةُ . انظر: مختار الصحاح (حلف، ودع).

(٣) إلى هنا في رواية محمد بمعناها وزيادة (من جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان في الشرك). الأصل ٢٨٥/٧ وما بعدها .

(٤) البهرج الباطل والرديء والمباح، ويقال: بَهْرَجَ دمه إذا هدر. انظر القاموس المحيط (بهرج).

(٥) في ب (من لقيه قتله).

(٦) كتاب الآثار لمحمد ص ١٣٩؛ وانظر تفسير الآية في تفسير القرطبي ٢٥٠/١٠ وما بعدها (دار المعارف).

وهذا الخبر يدلّ على أن الحدّ على الترتيب ، خلاف قول من جعله على التخيير .

وذكر عن علي رضوان الله عليه في قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاؤُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ ، قال: كان علي عليه السلام يقضي في الرجل إذا حارب الله ورسوله ، وأخذ قبل أن يجيء تائباً نظر في أمره ، فإن لم يجده أصاب مالا ولا دماً نفي سنتين ، [وإن وجده أصاب دماً صلب وقتل] ، وإن وجده أصاب مالا جلده دون [جلد] حدّ المملوك ، وحرّم نصيبه من الفياء سنة^(١) .

وهذا يدل من قول علي رضوان الله عليه [على] أن الحدّ يجري على المسلمين ؛ لأن الكافر لا حقّ له في الفياء ، وذكر عن الليث بن سعد ، عن محمد بن عجلان ، عن أبي الزناد: أن رسول الله صلى الله عليه وآله لما قطع الذين سرقوا لقاحة ، وسمل أعينهم بالنار ، عاتبه الله تعالى على ذلك ، فأنزل: ﴿ إِنَّمَا جَزَاؤُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾^(٢) .

وعن ابن سيرين في قصة العرنينين: كان هذا قبل أن تنزل الحدود^(٣) ، وهذا يدل على أن الآية لم تنزل في شأن العرنينين ، وأن ما جرى عليهم من الحكم كان بغير الآية^(٤) .



(١) لم أجده .

(٢) البيهقي في الكبرى (١٧٠٨٧) ، وهو مرسل .

(٣) البيهقي في الكبرى (١٧٠٨٨)

(٤) انظر: الأصل ٢٨٥/٧ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٣٢/٦ وما بعدها .

بَابُ من له أن يقيمَ الحدودَ

قال محمد في كتاب السرقة: في الأمير يكون بالسواد على طسوج^(١) أو رستاق^(٢)، على معونة أو خراج، يُؤتى بسارق، ويشهد عليه الشهود بالسرقة ويثبتونها [عليه]، قال: ليس [له أن] يقطع، ولا يحكم في الحدود، إنما ذلك إلى أمراء الأمصار والمدن.

والأصل في هذا: أن إقامة الحدود إلى إمام المسلمين؛ لأنها حقُّ الله تعالى والإمام هو المنصوب لاستيفاء حقوق الله تعالى، فلا إمام أن يستخلف على إقامة الحدِّ، ألا ترى أن النبي ﷺ كان يُولي الأمراء، ويجعل إليهم تنفيذ الأحكام وإقامة الحدود؛ ولأن الإمام لا يقدر على استيفاء جميع الحدود بنفسه؛ لأنه مقيم في مكان واحد، والحدُّ يجب في أقطار الأرض، فلو لم يستخلف عليها أدّى [ذلك] إلى إبطالها، وهذا لا يجوز.

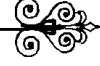
وإذا ثبت أن له أن يستخلف، فذلك على ضربين:

أحدهما: أن ينصَّ على إقامة الحدود، فيجوز لخليفته إقامتها؛ لأنه أذن له في ذلك.

والثاني: أن يوليه ولايةً عامةً، مثل إمارة إقليم، أو بلد عظيم، فيملك هذا

(١) «الطسوج: الناحية». القاموس المحيط (طسج).

(٢) «الرستاق: فارسي معرب، ويقال: رستاق، وهو السواد». مختار الصحاح / رستق/.



[المولّى] ^(١) إقامة الحدود وإن لم ينصّ له عليها؛ لأنه فوّض إليه القيام بأمر المسلمين في بلده تفويضاً عاماً، فملك إقامة الحدود، كما يملك النظر في سائر مصالحهم.

وأما إذا وُلّي رجلاً ولايةً خاصةً، مثل جباية الخراج، لم يملك إقامة الحدود؛ لأنه لم ينصّ على توليتها، ولا فوّض إليه عموم التصرف، وإنما قلّده أمراً خاصاً، فوجب أن يختص تصرفه بما فوّض إليه.

قال: في الأمير يستعمل على الجيش الكثير، فيدخل دار الحرب غازياً، فيؤتّى بسارق من جنده، وقد سرق [أ/٣٧٤] مالا، قال: إن كان أمير مصر من الأمصار، أو مدينة من المدن، فغزا بجنده، فإنه يُقيم الحدود ويقطع السارق، ويقضي في عسكره كما يقضي في مصره ومدينته، وإذا كان ليس بأمير مصر ولا مدينة، وإنما بعثه أمير مصر، أو أمراء ^(٢) المدائن غازياً، فلا ينبغي لهذا أن يقيم الحدود في عسكره؛ وذلك لأن أمير مصر يملك إقامة الحدود في بلده، فإذا خرج بأهله أو ببعضهم، ملك عليهم ما كان يملك [فيهم] ^(٣) قبل الخروج.

وليس كذلك من أخرجه [أمير] ^(٤) البلد غازياً؛ لأنه كان [لا يملك إقامة الحدود] ^(٥) قبل خروجه، ولم يجعل إليه ذلك، ولا فوّض إليه التصرف على العموم، فلا يملك إقامة الحدّ.

(١) في أ (الإمام)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (أمير).

(٣) في الأصل (منهم) والمثبت من البدائع ٥٨/٧.

(٤) في أ (من أمراء)، والمثبت من ب.

(٥) في أ (لا يملك منهم إقامة الحدود)، بزيادة (منهم)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

وقال: في قوم من أهل البغي، قاتلوا المسلمين وباينوهم، وكانوا في عسكرٍ أو في مدينةٍ عظيمةٍ، لهم إمامٌ وحكمهم ظاهرٌ على أهل تلك المدينة والبلاد، والمسلمون وأهل العدل في عسكرٍ عظيمٍ معهم إمامهم، فأتي بسارق قد سرق من العسكر من الجند من أهل السواد^(١)، أو من أهل المدينة، عبداً كان أو حرّاً، قال: يقطعه، ويقيم في عسكره الحدود، ويقضي بالقصاص في الأشياء كلها، كما يقضي إذا كان مقيماً في غير العسكر؛ وذلك لأن الإمام يده ثابتةٌ على جميع دار الإسلام، فسواءً كان في مصر أو معسكر، فولايته باقية، فله أن يقيم الحدود.

قال: وكذلك إن استعمل قاضياً؛ لأن الحدود تفتقر إلى سماع الشهادة، والقاضي يملك ذلك، وإذا ملك إثبات الحد، ملك الاستيفاء.

قال: فإن جاءه رجل من أهل البغي تائباً، وأتاه بسارق قد سرق من عسكر أهل البغي، لم يقطعه؛ لأنه سرق في موضع لا يد للإمام عليه فيه، فلم يثبت للإمام حق المطالبة عند السرقة، فلا يثبت له في الثاني.

قال: ولو كان قدم من أهل العدل تجاراً في عسكر أهل البغي، أو كانوا أسرى في أيديهم، فسرق رجلٌ منهم متاعاً من [رجل]^(٢)، فلما خرجوا إلى أهل العدل، أخذ السارق، وأقام عليه البيّنة، لم يقطعه الإمام؛ وذلك لأنه سرق في موضع لا يجري فيه حكم الإمام، فصار كالسارق من دار الحرب.

قال: وكذلك لو كان هؤلاء التجار وهؤلاء الأسرى في دار الحرب من أهل الشرك؛ وذلك لأن دار الحرب لا يد فيها للإمام، فلا يستوفي الحدود التي وجبت فيها.

(١) في ب (السوق).

(٢) في أ (ذلك)، والمثبت من ب.

قال: وكذلك لو أن رجلاً من المسلمين زنى في دار الشرك بامرأة من المسلمين ، أو من أهل الشرك ، أو شرب في دار الحرب خمراً ، أو فعل ذلك كله في عسكر أهل البغي ، ثم أتى به [إمام] أهل العدل ، لم يقم عليه الحدّ في شيء من ذلك ، وهذا لما قدمنا .

قال: وكذلك رجل من أهل العدل أغار في عسكر أهل البغي ، فسرق ، فجاء به أصحاب المسروق منهم إلى إمام أهل العدل ، لم يقطعه الإمام ؛ وهذا لوجهين: أحدهما: أنه سرق في موضع لا يد للإمام عليه . والثاني: أنه أخذ بشبهة ؛ لأن لأهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغي ، فيحبسوها حتى يتوبوا ، فيصغرهم بذلك ، والأخذ إذا قارنته شبهةٌ ، سقط القطع فيه .

قال: وكذلك لو أن رجلاً من أهل البغي ، أغار في عسكر من أهل العدل ليلاً فسرق ، ثم رجع إلى عسكره ثم أخذ بعد ذلك ، فأتى به إلى إمام أهل العدل ، لم يقطعه ؛ وذلك لأن أهل البغي يستحلّون أموالنا ، ولهم دارٌ ينفردون بها ، وأحكامهم تجري فيها ، فلم يطالبوا بأحكامنا ، كما لم يطالب الصحابة بعضهم بعضاً [بما كان] في الفتنة من الدماء والأموال .

قال: ولو أن رجلاً في دار أهل العدل سرق مالاً ، وهو ممن يشهد على صاحبه بالكفر ويستحل ماله ودمه ، فسرق منه مالاً ، قطعته ؛ وذلك لأن هذا من أهل دارنا ، سرق من دارنا ، ويد الإمام ثابتةٌ عليه ، فلو سقط الحدّ بتأويله ، لم يقم حدّ في سرقة ، ألا ترى أن كل سارق يدعي استحلال مال المسروق منه ، فيسقط عن نفسه القطع ، وهذا لا يصحّ (١) .

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٧٦ ؛ مختصر الطحاوي ص ٢٨٦ .

[٦٨] كِتَابُ الْهَبَةِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: الهبة^(١) جائزة عند أهل العلم جميعاً.

(قال أيدى الله تعالى)^(٢): والأصل في جواز الهبة: الكتاب، والسنة، والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤]، وقال ﷺ: «تهادوا تحابوا»^(٣)، وأجمع المسلمون على ذلك.

قال: ولا تملك عند أصحابنا رحمهم الله جميعاً إلا بالقبض، فإذا قبضت بعد القول مُلكت، وما لم تقبض فهي على ملك الواهب، يجوز [جميع] تصرفه فيها، كما يجوز قبل القول والقبض، له^(٤) أن يعتق ما وهب قبل القبض، ويبيع ويرهن ويؤاجر ويفعل جميع ما يفعله المالك في ملكه، لا يمنعه ما تقدم من عقد الهبة، وسواء كان الموهوب له في هذا الوجه ذا رَحِمٍ أو أجنبيًّا^(٥).

وقال مالك: يملك الهبة بالعقد من غير قبض^(٦).

(١) «الهبة في اللغة: هي التبرع.

وفي الشرع: عبارة عن تملك الأعيان بغير عوض». الجوهرة النيرة ص ٤١٨. انظر: أنيس الفقهاء ص ٢٥٥.

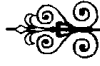
(٢) سقطت من ب.

(٣) البخاري في الأدب المفرد برقم (٥٩٤)، وقال العراقي في المغني عن حمل الأسفار (٣٦٨/١): «سنده جيد»

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) انظر: الأصل ٣/٣٥٩ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص ٢٧٨.

(٦) انظر: المدونة ٦/١٢٠؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٩.



لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يقول الله تبارك وتعالى: يا ابن آدم، تقول: مالي، مالي، ليس [لك] من مالك إلا ما أكلت فأفנית، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت»^(١)، فجعل الصدقة [له] إذا قارنها الإمضاء.

وروي عن أبي بكر أنه قال لعائشة في وصيته: (إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني جدديته^(٢) ولا قبضتيه، وإنما هو مال الوارث^(٣))، فلم يحكم بتمام الهبة لعدم القبض فيها.

وروي عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما قالوا: (لا تتم الصدقة إلا بالقبض^(٤))، وروي مثل ذلك عن ابن عباس ومعاذ بن جبل^(٥).

والذي روي عن عليّ وعمر أنهما قالا في الصدقة: (إذا أعلمت جازت^(٦))، فمحمول على صدقة الأب على ابنه الصغير؛ ولأن الهبة تبرعٌ، والتبرع لا يملك بمجرد القول حتى ينضم إليه غيره كالوصية.

ولأن الهبة تبرع في حال الحياة، والوصية تبرع بعد الموت، فإذا كان أحدهما لا يملك بالقول، فكذلك الآخر.

وإذا ثبت أن الملك يقع بالعقد والقبض، فالعقد من غير قبض كالإيجاب من غير قبول، ومعلوم أن إيجاب البيع إذا حصل جاز للبائع أن يتصرف في المبيع

(١) أخرجه مسلم (٢٩٥٨)

(٢) من أكثر الروايات (حزبته).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٧٥٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (١١٧٢٨)

(٤) لم أره من هذا الطريق، ورواه عبد الرزاق (١٦٥٠٩) من حديث عمر بمعناه.

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٦٥٩٥)

(٦) لم أجده.

كما كان يتصرف من قبل (الإيجاب ، فكذلك إذا حصل الإيجاب والقبول في الهبة ، جاز للواهب أن يتصرف كما كان يتصرف من قبل)^(١) .

٢٦٩٧ - [فصل: رجوع الواهب في الهبة]

قال: [٣٧٤/ب] وللواهب أن يرجع فيها عند أصحابنا جميعاً إذا كان الموهوب له ليس بذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ولا زوج ولا زوجة ، ولم [يعوّض]^(٢) الواهب من هبته شيئاً ، وكانت على حالتها في ملك الموهوب له ، لم يزد في بعضها^(٣) خيراً ، سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له ، أو بغيره .

فإذا تغيرت بما ذكرنا ، فللواهب أن يرجع فيها في الحكم ، ويكره له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى .

وقال الشافعي: لا يثبت الرجوع في الهبة إلا فيما وهبه الوالد لولده^(٤) .

لنا: حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثب منها»^(٥) ، وروى عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الواهب أحق بهبته ، والعائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود فيه»^(٦) ، فدلّ هذا على جواز الرجوع ، وعلى كراهته .

ولأن التبرع على نوعين: تبرع بالعين ، وتبرع بالمنافع - وهو العارية - فإذا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (يقبض) والمثبت من ب .

(٣) في ب (نفسها) .

(٤) انظر: الأم ص ٦٧٨ ؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٣٥٩ .

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧) : قال ابن حجر في الدراية (١٨٤/٢) : «إسناده ضعيف» .

(٦) أخرجه البخاري (٢٤٤٩) ؛ ومسلم (١٦٢٢) .

كان أحد العقدين مقتضاه الرجوع ، فكذلك الآخر .

واحتج الشافعي رحمته الله بقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما وهب الوالد لولده»^(١).

والجواب: أن هذا محمول على الرجوع في الهبة على وجه الابتياح من الموهوب [له] ؛ وذلك لأنه يكره للواهب أن يبتاع الهبة من الموهوب له ؛ لأنه يستحي منه فيسامحه في ثمنها ، فيصير كالراجع في بعضها^(٢).

ولهذا روي عن عمر أنه قال: حملت رجلاً على فرس في سبيل الله ، فوجدته في السوق [يباع] ، فأردت أن ابتاعه ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال لي: « لا تعد في صدقتك»^(٣) ، فدلّ على أنه يكره^(٤) له الابتياح ، فالرجوع محمولٌ عندنا على هذا الوجه .

وإنما جاز فيما وهبه الأب ؛ لأن بينهما مباشرة تمنع من التوقف عن الاستيفاء ، فلم يكره ذلك ، ويحتمل أن يكون المراد بالخبر: الرجوع بغير رضا ولا قضاء ، وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهبه الوالد لولده ، فإنه يحلّ له أخذه بغير رضا ولا قضاء إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه .

فإذا ثبت أن عقد الهبة يقتضي الرجوع ، قلنا: إذا كانت لذي رحم محرم فلا

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩) ؛ والترمذي (١٢٩٩) وقال: «حسن صحيح» ؛ والنسائي (٣٦٩٠) ؛ وابن ماجه (٢٣٧٧) .

(٢) انظر: الأصل ٣/٣٨٨ وما بعدها ؛ مختصر القدوري ص ٢٧٩ .

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٨٠) ؛ ومسلم (١٦٢٠) .

(٤) في ب (لا يكره) ، بزيادة (لا) ، وزيادتها خطأ .

رجوع فيها؛ لأن الثواب حصل بعقدها، وهو صلة الرحم الكامل، فصار الثواب كالعوض، وقد قال النبي ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثب منها»^(١)؛ ولأن الولد والوالد بينهما رحمٌ كاملٌ، فلا يرجع أحدهما فيما وهبه للآخر، كالأخوين. وأما ما وهبه كل واحد من الزوجين للآخر، فلا رجوع فيه؛ لأن الزوجية أُجريت مجرى القرابة، بدلالة أنه يتعلّق بها التوارث في جميع الأحوال، والقرابة الكاملة تمنع من الرجوع في الهبة.

وأما إذا عُوض عن الهبة في العقد، أو بعد العقد فلقوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثب منها»؛ ولأن الواهب إنما يهب ليعوّض، ألا ترى أنه لو لم يقصد العوض لتصدّق، وإذا سلم له العوض، فقد حصل له المقصود بالعقد، فيسقط الرجوع.

وأما إذا زادت الهبة زيادة متصلة، سقط الرجوع، سواء كانت تلك الزيادة بفعل الموهوب له، أو بفعل غيره^(٢)؛ وذلك لأن الزيادة لم يقع عليها العقد، فلا يقع عليها الفسخ، كعينٍ أخرى، فإذا تعذر الفسخ في الزيادة ولم يكن في الأصل دونها، سقط الفسخ.

فأما إذا خرجت الهبة من ملك الموهوب له، سقط الرجوع؛ لأن اختلاف الملك كاختلاف العينين، ومعلوم أنه إذا وهب عيناً لم يرجع في عينٍ^(٣) أخرى، فكذلك إذا أوجب ملكاً، لم يفسخ ملكاً آخر.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧)، قال ابن حجر في الدراية: «إسناده ضعيف» (١٨٤/٢).

(٢) في ب (بغير بفعله).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

٢٦٩٨ - [فصل: تملك الصدقة]

قال: والصدقة لا تملك إلا بالقبض بعد العقد؛ لقوله ﷺ: «ليس لك من مالك إلا ما تصدقت فأمضيت»^(١)؛ ولأنه عقد تبرع، فلا يتم بمجرد القول، كالوصية.

قال: ولا رجوع في الصدقة بعد قبضها على حال؛ وذلك لأن الصدقة يُقصد بها الثواب، وقد حصل ذلك من جهة الله تعالى، فصار كالعوض إذا سلم من جهة الموهوب له.

٢٦٩٩ - [فصل: هبة وصدقة المشاع]

قال: ولا يجوز هبة المشاع ممّا يقسم، ولا صدقته، ويجوز فيما لا يقسم. وقال الشافعي: يجوز في الجميع^(٢).

لنا: ما روي: أن أبا بكر رضي الله عنه قال لعائشة رضي الله عنها: (إني كنت نحلّتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني جدّتيه ولا قبضتيه^(٣))، فاعتبر أمرين: القبض والحيازة، وليس هاهنا معنى عن القبض (يعتبر إلا القسمة).

ولأن الهبة لا تملك إلا بالقبض، والإشاعة مؤثّرة في القبض^(٤)، فإذا قارن سبب الملك ما يؤثر فيه على وجه [لا] يمكن إزالته، منع من وقوع الملك.

(١) أخرجه مسلم (٢٩٥٨).

(٢) انظر: الأم ص ٦٧٩؛ المنهاج ص ٣٢٤؛ رحمة الأمة ص ١٥٩ (دار الكتب العلمية).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٧٥٢/٢)؛ والبيهقي في الكبرى (١١٧٢٨)

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

وليس كذلك ما لا يقسم ؛ لأن الحاجة داعية إلى هبة بعضه ، ولا^(١) يمكن إزالة إشاعته بالقسمة ، ثم التسليم بعد ذلك .

ولأن الهبة لو جازت في مشاع يحتمل القسمة ، كان للموهوب له أن يطالب الواهب بالقسمة عقيب الهبة ، فيلزمه أجره القسّام ، فيؤدي ذلك إلى إيجاب الضمان على الواهب للموهوب له فيما وهب لأجل هبته ، وهذا المعنى لا يوجد فيما لا يحتمل القسمة ؛ فلذلك جازت هبته^(٢) .



(١) في ب (ولأنه) .

(٢) انظر: الأصل ٣٥٨/٣ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠/٤ وما بعدها .

بَابُ

قبض الهبة



قال: وإذا كانت الهبة عيناً من الأعيان، لم يصحّ القبض فيها إلا أن تكون محوزةً مفرزةً من غيرها، غير مشغولةٍ، فإذا كان كذلك، جاز القبضُ، وصحّ ملك الهبة للموهوب له، وخرجت عن ملك الواهب، وهذا على ما قدمنا: أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، فإذا كانت محوزةً مفرزةً، فقد صحّ القبض فيها، ووقع له الملك.

فإن قبضت وهي معلقةٌ بغيرها، أو مشغولةٌ [به]، لم يصحّ القبض، ولم يملكها الموهوب له، وكانت باقيةً على ملك الواهب.

وذلك مثل أن يهب داراً فيها متاعٌ للواهب، أو ظرفاً فيه متاعٌ للواهب، دون المتاع، أو نخلاً فيه ثمرةٌ للواهب^(١) معلقةٌ به، فيهب^(٢) النخل دون الثمرة، أو يهب أرضاً فيها زرعٌ للواهب دون الزرع، أو يهب دابةً عليها حملٌ للواهب دون الحمل، وقبضها (جميعاً، فإن ذلك لا يكون قبضاً تصح به الهبة، والهبة على ملك الواهب)^(٣).

[وكذلك إن وهب ثمرة النخل دون النخل، أو الزرع دون الأرض]، وقبض النخل والثمرة والأرض والزرع؛ وذلك لأن الموهوب مشتغلٌ بما لم تقع عليه

(١) في ب (أو نخلاً وثمرته للواهب).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

[الهبة] ، فصار كهبة المشاع ؛ ولأن يد الواهب ثابتة على متاعه الذي في الدار من طريق الحكم^(١) ، فصار كثبوت يده في البقعة من طريق المشاهدة ، فيمنع ذلك من [قبض] الموهوب له .

٢٧٠٠ - [فصل: قبض الموهوب له الهبة مع عدم إذن الواهب]

قال: وإن وهب له عبداً ، أو ثوباً ، أو عيناً من الأعيان ، محوزة مفرزة ، ولم يأذن له في قبضها ، فقبضها الموهوب له في الحال ، والواهب حاضر كذلك ، جاز القبض عند أصحابنا جميعاً استحساناً ، فإن قبضها بغير حضرة الواهب ، لم يجز [١/٣٧٥] القبض ، فذكر القياس والاستحسان في الزيادات .

وجه القياس: أن القبض في الهبة يقع به الملك ، وما يقع به الملك يقف على إذن المملك ، وتسليطه كالقبول ؛ ولأن البيع يتم بالإيجاب والقبول ، ولا يصح قبضه إلا بإذن البائع ؛ فلأن لا يصح القبض فيما لا يملك بغير إذن أولى وأحرى^(٢) .

وجه الاستحسان: أن الواهب إنما يقصد بالهبة التملك ، وذلك لا يتم إلا بالقبض ، فصارت الهبة تسليطاً على القبض ، فكأنه أذن فيه ؛ ولأن الإيجاب والقبول في الهبة ، كإيجاب البيع ، وقبضها كقبول البيع ، (ومعلوم أن إيجاب البيع إذا حصل ، كان تسليطاً على القبول ، كذلك الإيجاب والقبول في الهبة)^(٣) .

وأما إذا قام من المجلس ، ثم قبض الموهوب ، لم يصح القبض ؛ لما بينا:

(١) في ب (الحق) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) سقطت من ب .

(أن القبض كالقبول في البيع ، ومعلوم أن القبول لا يثبت حكمه بعد الافتراق ،
فكذلك القبض) (١).

قال: فإن أذن له في القبض ، فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته ،
جاز القبض ، أما إذا قبض بحضرته فلا شبهة فيه ؛ لأنه لو قبض بغير إذنه جاز ،
فإذا قبض بإذنه فهو أولى .

وأما إذا افتراق ثم قبض ، فالقياس: أن لا يجوز القبض ؛ لأن الإذن لا يثبت
حكمه بعد الافتراق ، كما لا يثبت حكم الإيجاب ؛ ولأن القبض كالقبول ، فلا
يصحّ بعد الافتراق وإن أذن فيه .

والاستحسان: أن يصحّ القبض ؛ لما روي أنه ﷺ حمل إليه ست بدنات ،
فجعلن يزدلفن إليه ، فقام فنحرهن بيده ، وقال: «من شاء فليقطع» ، وانصرف (٢) ،
فأذن لهم في القبض بعد الافتراق ، فدلّ على أن الملك يقع به .

ولأن التسليط إذا حصل بالإيجاب لم يثبت حكمه بعد الافتراق ، وفي
مسألتنا قد صرح الأمر بالقبض ، فيثبت حكمه بعد الافتراق ، كالبائع إذا أذن
للمشتري في قبض المبيع .

قال: فإن وهب له ديناً على رجلٍ وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه ، جاز
إذا قبض ذلك استحساناً ، [والقياس: أن لا يجوز] وإن لم يأذن له في قبض
الدين ، لم تجز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له بحضرة الواهب [وبإذنه ففيه]
والقياس والاستحسان ذكره أبو يوسف في الإملاء .

(١) سقطت من ب .

(٢) أخرجه أبو داود (١٧٦٥) ؛ وصححه ابن خزيمة (٢٩١٧) .

وجه القياس: أن الدين حقٌّ، والحقوق لا يجوز هبتها كالمنافع؛ ولأن القبض لا يتأتى فيما في الذمم، والهبة لا تصحّ إلا بالقبض.

وجه الاستحسان؛ أنه إذا أذن له في القبض، قام قبضه مقام قبض صاحب الدين، فيصير المال ملكاً للواهب، وصار الموهوب له قابضاً بعد ذلك، فيجوز كما يجوز قبض الهبة بعد الافتراق، وليس كذلك إذا لم يأذن له في القبض؛ لأن ما يتعيّن من المال ملكٌ الذي عليه الدين، فلا يصح هبة الواهب فيه، فلذلك لم يملكه.

قال: فإن وهب له شيئاً مشاعاً، ثم قسم ما وهب وأفرزه، ثم سلّم إلى الموهوب له، جاز.

وكذلك إذا وهب داراً فيها طعامٌ للواهب، أو تمرّاً [معلّقةً] في نخلٍ، أو زرعاً في أرضٍ، وأخرج الطعام من الدار، وجزّز التمر من النخل، وحصد الزرع، ثم سلّم ذلك محوزاً مفرزاً، جاز ذلك، ينظر في ذلك إلى حال القبض دون حال العقد؛ وذلك لأن هبة المشاع جائزة، وإنما لا يقع الملك بقبضها^(١)؛ بدلالة ما روي أن أبا بكر وهب لعائشة جداد عشرين وسقاً، فلولا أنه عقدَ عقداً جائزاً ليقسمه ويسلمه، لم يجز عقده؛ ولأن المانع من وقوع الملك إذا زال، وقع الملك، كالبيع إذا ألحق به شرطاً فأسقط ذلك الشرط.

قال: ولو وهب داراً لرجلين، أو كُرّاً^(٢) من الطعام، أو ألف درهم، أو شيئاً مما يكال أو يوزن أو [شيئاً مما] يقسم لرجلين، فقبضاً ذلك، لم تجز الهبة عند

(١) في ب (القبض بملكها).

(٢) «والكُرُّ: ٧٢٠ صاعاً، فعند الحنفية ٣,٢٥ × ٧٢٠ = ٢٣٤٠ كيلو غرام، وعند الجمهور ٢,٠٤ ×

٧٢٠ × ١٤٦٨,٨ كيلو غرام. المكايل والموازين الشرعية ص ٤٢.

أبي حنيفة ، وهي جائزةٌ عند أبي يوسف ومحمد .

وأصل أبي حنيفة في هذا: أن الإشاعة إذا حصلت في قبض الموهوب له ، منعت الهبة ، وإن حصل قبضه في غير مشاع ، جازت الهبة ، فيجوز هبة الاثنین من الواحد ، ولم يجر هبة الواحد من الاثنین ، فاعتبر أبو يوسف ومحمد في فساد العقد حصول الإشاعة في الطرفين ، فإذا حصلت الإشاعة في أحد الطرفين ، لم تمنع الهبة ، فجوزا هبة الواحد من الاثنین ، وهبة الاثنین من الواحد .

لأبي حنيفة: أن الإشاعة مؤثرةٌ في القبض ، وقبض الموهوب يقع به الملك ، فإذا قارن ما يقع به الملك ما يقدر فيه ، منع ذلك من الملك ، كعقد البيع إذا قارنه الشرط المفسد ؛ ولأن الهبة لا يكون بعضها شرطاً في بعض ، فكأنه أفرد لكل واحدٍ منهما العقد .

وليس كذلك هبة الاثنین من الواحد ؛ لأن الحكم لا يتعلّق بالعقد ، وإنما يتعلّق بالقبض ، وقد حصل القبض في غير مشاع .

وليس هذا كالصدقة على الاثنین ؛ لأن المقصود بالصدقة واحد ، وهو الله تعالى ، والقباض قائمٌ مقامه في القبض ، فصار كالهبة من الواحد إذا وكل وكيلين بقبضها .

وجه قولهما: أن الإشاعة في أحد الطرفين لا تمنع من الهبة ، كهبة الاثنین من الواحد ؛ ولأن الهبة يعتبر فيها القبض كالرهن ، ثم جاز رهن الواحد من الاثنین ، فكذلك هبته .

والجواب: أن المقصود بالهبة الملك ، ولا يجوز أن يحصل الملك لكلّ

واحدٍ منهما إلا في القبض ، فكأنه أفرد ذلك بالعقد ، والمقصود من الرهن الوثيقة ، ويجوز أن يتوثق كل واحدٍ منهما بجميع العين ، فلذلك صحّ الرهن فيما بينهما^(١) .

قال : ولو قسّم ذلك وسلّم إلى كل واحدٍ منهما حصّته مقسومةً ، جاز ، وهذا تفرّيعٌ على قول أبي حنيفة ؛ لأنه إذا قسّم زال المعنى المفسد ، فحصل القبض على وجه الصحة .

قال : وإن وهب عبدًا أو ثوبًا لرجلين ، أو شيئًا مما لا يقسم ، جاز ذلك في قولهم جميعًا ؛ لأن الإشاعة فيما لا يحتمل القسمة غير مؤثرة في الهبة .

قال : ولو وهب رجلان دارًا بينهما لرجلٍ ، وسلمها إليه ، جاز (في قولهم جميعًا) .

أما على أصل أبي حنيفة : فلأن القبض وقع في غير مشاع .

وعلى أصلهما^(٢) : الإشاعة في أحد الطرفين .

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف : في رجل قال لرجلين : قد وهبت لكما هذه الدار ، لهذا نصفها ، ولهذا نصفها ، فهو جائز ؛ وذلك لأنه وهبها جملةً ، ثم قسم ما اقتضته الجملة من الحكم بعد وقوع الهبة ، فلا يمنع ذلك من صحة العقد .

قال : ولو قال : وهبت لك نصفها ، ولهذا نصفها ، لم يجز ؛ لأنه أفرد أحد النصفين عن الآخر بنفس العقد ، فوقع العقد في مشاع .

(١) في ب (فلذلك صح الرهن منهما) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

فإن قال: قد وهبت لكما هذه الدار، ثلثاها لهذا، وثلثها لهذا، لم يجز ذلك عند أبي يوسف^(١)، وجاز عند محمد، فاتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على فساد هذا العقد من أصليين:

أما أبو حنيفة: فأفسده لوجود الإشاعة في القبض.

وأما [ب/٣٧٥] أبو يوسف: فإنه قال: لما خالف بين نصبيهما، دلَّ على أن القعد لأحدهما غير العقد للآخر، فصار كأنه أفردته بالعقد؛ ولأن القبض شرط في الهبة كالرهن، ولو رهن عيناً واحدةً من اثنتين: لأحدهما الثلث، وللآخر الثلثين، لم يجز، كذلك هنا.

(وجه قول محمد: أن العقد لما جاز للثنتين، فلا فرق بين أن يسوي بينهما، أو يخالف كعقد البيع)^(٢).

وإذا كانت الدار بين رجلين، أو شيء يقسم، فوهب أحدهما نصيبه لشريكه، وسلم إليه الكل، لم تجز الهبة في قولهم جميعاً؛ وذلك لأن المانع من الهبة وقوع قبض الموهوب له في مشاع يحتمل القسمة، وهذا المعنى موجودٌ في الشريك.

قال: ولو وهب رجلٌ لرجلٍ ما في بطن جاريتيه، أو ما في بطن غنمه، أو ما في ضرعها، أو وهب له سمناً من لبنٍ قبل أن يلبن، أو زبداً فيه قبل أن يمخّض، أو دهناً في سمسٍ قبل أن يعصر، أو زيتاً في زيتون، أو دقيقاً في حنطة، فسلطه على قبضه عند الولادة، أو عند استخراج ذلك، فإن ذلك لا يجوز؛ وذلك لأن

(١) في ب (عند أبي حنيفة).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

الموهوب لا يصح العقد [عليه] ، فلا تصح هبته ، كما لا يجوز بيعه ، ولا يجوز العقد وإن [قبض] ^(١) ذلك ؛ لأن العقد عليه في الأصل لم يصح ، ألا ترى أن بيعه لا يجوز ، فصار كالفساد في نفس المعقود عليه ، فلا يرتفع من العقد .

وليس كذلك هبة المشاع إذا قسم ؛ لأن المعقود عليه يجوز العقد عليه ، ألا ترى أنه لو باعه جاز ، وإنما أثر في هبته لمعنى يعود إلى القبض ، فإذا زال ذلك ، صحَّ القبض .

وعلى هذا ، إذا وهب صوفياً على ظهر غنم ، ثم جزّه وسلمه ؛ لأن العين موجودة ، وإنما منع من هبتها اتصالها بغيرها ، وإذا زال ذلك صحَّ العقد .

وليس هذا كالدين إذا وهبه وأذن له في قبضه ؛ لأن الدين على ملكه ، وتصرفه فيه جائز ؛ بدلالة أنه يجوز أن يملكه لمن هو في ذمته ، وإنما لم تصح هبته لعدم القبض ، فإذا قبضه بأمره ، جاز .

قال: ولو وهب له جارية واستثنى ما في بطنها ، أو حيواناً واستثنى ما في بطنها ، جازت الهبة في الأمهات والحمل جميعاً ، وكان ذلك كله [جملة] للموهوب له .

وجملة هذا: أن العقود على ثلاثة أضرب:

أحدها: إذا عقده على الأم دون الحمل ، بطل العقد والاستثناء ، وهذا كالبيع والإجارة والرهن ؛ لأن العقد إذا وقع على الأم ، اقتضى دخول الولد فيه ، فإذا استثنى فقد نفى موجب العقد ، ونفى موجب البيع والإجارة ، يوجب فسادهما .

(١) في أ (فسر) ، والمثبت من ب .

والنوع الثاني: يصح فيه العقد ويبطل الشرط: وهو النكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، والهبة؛ وذلك لأن العقد يقتضي دخول الولد، فإذا نفى موجب الهبة، صحت الهبة، وبطل الشرط، أصله: العمرى.

والنوع الثالث: يجوز العقد والاستثناء: وهو الوصية، إذا أوصى له بجارية إلا حملها، بقي الحمل للورثة؛ لأن الوصية يجوز أن تقع بالحمل، وما جاز أن يفرد بالعقد، جاز أن يستثنى منه.

قال: ولو أعتق ما في بطن جاريته، ثم وهبها، (جازت الهبة في الأم، وقال في كتاب العتاق: إذا دبّر ما في بطن جاريته ثم وهبها)^(١)، لم تجز الهبة، فمن أصحابنا من قال: هذا اختلاف رواية.

فوجه الرواية التي قال لا تجوز الهبة فيها: أن الموهوب مشغول بما لا يدخل في الهبة، فصار كهبة الدار إذا كان فيها متاع الواهب.

وجه الرواية التي قال تجوز الهبة على ظاهر هذا الكتاب: أن حُرّيّة الحمل تقتضي استثناءه من العقد، ولو استثناه لفظاً لم يفسد العقد، فكذلك إذا استثنى من طريق المعنى.

ومن أصحابنا من قال: في المسألتين^(٢) رواية واحدة، وإنما يختلف الحكم بين التدبير والعتق؛ وذلك لأن المدبّر مال للمولى، ومن وهب ما هو مشغول بمالٍ [له]، لم تصحّ الهبة، كهبة الدار التي فيها متاع الواهب.

وليس كذلك الحرّ؛ لأنه ليس بمالٍ، فصار كمن وهب داراً فيها حرٌّ جالس،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (المسألة).

فلا يمنع ذلك من جواز الهبة .

قال: ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكين، جاز؛ وهذا لما بيّنا: أن المقصود بالصدقة واحدٌ.

فإن تصدق على غنيٍّ لم تجز الهبة في قول أبي حنيفة؛ لأن المقصود بالصدقة على الغني ليس هو الله تعالى؛ لأن الثواب لا يحصل^(١) بذلك، وإنما المقصود الغني، فصار كالهبة .

قال: وإذا وهب له وديعةً في يده، أو عاريةً، أو ما هو أمانةٌ في يده، وقَبِلَ، تصحّ تلك الهبة، وصحّ قبضه لها بكونها في يده بعد العقد عليها، فالقياس أن لا يكون قابضاً حتى يخلي بين نفسه وبينها؛ لأن يد المودع يدٌ لمودعه، فكأنه وهب له ما في يده، فلا بد من قبض، والاستحسان: أن الهبة تقف على مجرد القبض، ولا تفتقر إلى قبض بصفةٍ، وللمودع قبضٌ فيها، فحصل عقيب العقد [القبض] الذي تفتقر الهبة إليه، فوقع الملك .

وليس هذا كبيعها من المودع؛ لأن قبض المبيع قبض مضمون، والقبض الموجود عقيب العقد قبض أمانةٍ، فلا بد من تجديد قبض آخر، وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة .

قال: وكذلك إن كانت مضمونةً في يده بقيمتها أو مثلها، كان ذلك كذلك أيضاً، وهذا يتصور في العين المغصوبة والمقبوضة على وجه السّوم؛ لأن القبض الذي تقتضيه الهبة موجودٌ وزيادةً، وهو الضمان، وذلك الضمان تصح البراءة

(١) في ب (لا يطلب).

منه ، فيسقط بهبته ، وبقي قبض بغير ضمان ، فصار قابضاً .

وإن كانت مضمونة بغيرها ، مثل الرهن أو المبيع ، فيهب المالك [ذلك] لمن هو في يده ، فإنه لا يكون قابضاً بكون ذلك في يده ، إلا أن يقبضه قابضاً مستأنفاً بعد عقد الهبة ، وذلك لأن القبض إذا كان مضموناً بغيره من عوضٍ أو دين ، لم تصح البراءة منه ، فبقي القبض مخالفاً للقبض المستحق بالهبة ، فلم يكن بدُّ من تجديد قبضٍ آخر^(١) .



(١) انظر: الأصل ١٦٩/٣ وما بعدها .

بَابُ

العَوَضِ مِنَ الْهَبَةِ

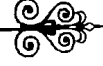
قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا وهب رجلٌ [لرجلٍ] شيئاً، فعوض الموهوبُ له الواهبَ من هبته شيئاً، فقال: هذا عوض من هبتك، أو قال: قد نحللتك هذا عن هبتك، أو كافاتك، أو جازيتك، أو أثبتك، أو هذا بدل هبتك أو مكان هبتك، أو قال: تصدقت بهذا عليك بدلاً عن هبتك، أو نحلته أو أعمره فقال: هذا عوضٌ من هبتك، فإن هذا عوض في هذه الوجوه كلها، إذا سلمه المعوض وقبض، صحَّ، والعوض هبة تصح بما تصح به الهبة، وتبطل بما تبطل به الهبة عند [أ/٣٧٦] أصحابنا جميعاً.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أن العوض في الهبة على ضربين: عوضٌ بعد العقد، وعوضٌ مشروط في العقد.

فأما العوض المتأخر عن العقد: فهو لإسقاط الرجوع، ويعتبر فيه الشرائط المعتبرة في الهبة، من القبض وعدم الإشاعة؛ وذلك لأنه غير مستحق على الموهوب له، وإنما يتبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع، فصار كالهبة المبتدأة.

وإنما صار عوضاً بهذه الألفاظ التي ذكرها؛ لأن كل واحدٍ منهما يفيد ما يفيد الآخر، والحكم عندنا يتعلّق بمعاني المعقود دون عبارتها، إلا أنه لا بدّ أن يضيف العوض إلى الهبة ليسقط الرجوع فيها.

فأما إذا وهب له هبةً مبتدأةً ولم يعلقها بالأولى، لم يصر عوضاً منها، ويثبت



حكم الرجوع في الهبتين جميعاً.

قال: وإذا قبض العوض، لم يكن لواحد^(١) منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه من ذلك^(٢).

أما الواهب، فقد سلم له العوض عن هبته، فمنع ذلك من الرجوع كالعوض في العقد، ولأنه إنما يهب ليُعَوَّض، فإذا قبل العوض حصل مقصوده، فلم يرجع به، وقال عليه السلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها»^(٣).

وأما المعوّض، فليس له أن يرجع في العوض؛ لأنه سلّم له في مقابلته، وهو إسقاط^(٤) الرجوع، فلم يجز أن يرجع فيه.

قال: وكذلك لو عوض رجلٌ أجنبيًّا عن الموهوب له الواهب عن هبته، وقبض العوض، لم يكن للواهب أن يرجع في هبته، وسواء عوّضه بأمر الموهوب له، أو بغير أمره، ولا للمعوّض أيضاً أن يرجع في العوض على الواهب، ولا على الموهوب له، وإن كان العوض بأمر الموهوب له، (فهو متبرع في ذلك؛ وذلك لأن الأجنبي إذا عوّض بأمر الموهوب له)^(٥) فقد قام مقامه في العوض، فكأنه عوّض بنفسه، وإن عوّض بغير أمره فقد تبرع بإسقاط الحق عنه، والتبرع بإسقاط الحق عن الغير جائز، كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها.

وليس للمعوّض أن يرجع على الواهب؛ لأن مقصوده ببذل العوض: سلامة

(١) في ب (لكل واحد).

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٨٠.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧)؛ قال ابن حجر في الدراية: «إسناده ضعيف» (١٨٤/٢).

(٤) في ب (أسقط).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

الهبّة وإسقاط الرجوع فيها ، وقد سلم ذلك ، فلا يرجع المعوّض على الموهوب له .
أما إذا كان بغير أمره ؛ فلأنه تبرع بإسقاط الحق عنه ، فلم يملك أن يجعل
ذلك مضموناً عليه .

وأما إذا عوض بأمره ، لم يرجع عليه ، إلا أن يقول له : عوض عني على أي
ضامنٌ ؛ وذلك لأنه إذا أمره بالعوض ولم يضمن له ، فقد أمره بما ليس بواجبٍ
عليه ، وإنما هو متبرعٌ به ، فلم يوجب ذلك الضمان على الأمر إلا بشرط الضمان .

وعلى هذا ، قالوا فيمن قال لغيره : أطعم عن كفارة يميني ، أو أدّ زكاتي : لم
يرجع عليه إلا أن يقول له : على أي ضامنٌ ؛ لأنه أمره بما ليس بمضمون عليه .
وليس هذا كالأمر بقضاء الدين ؛ لأنه مضمونٌ على الأمر ، فإذا أمره به ،
تعلق عليه الضمان .

قال : ولو عوّض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة ، كان عوضاً عن
نصفها ، وكان له أن يرجع في النصف الآخر الذي لم يعوّض عنه ، ولا يرجع فيما
عوّض عنه ؛ وذلك لأن الرجوع في الهبة مما يصحّ تبويضه ، فإذا عوض عن بعض
دون بعضٍ ، سقط الحق فيما حصل فيه العوض ، ولم يسقط فيما لا عوض فيه ،
وصار حكم البعض معتبراً بالجميع ، فكما لو عوض عن جميع الهبة لم يرجع ،
كذلك إذا عوض عن بعضها ، (لم يرجع في ذلك البعض ، وكما لو لم يعوض
عنها ، رجع فيها ، كذلك إذا لم يعوض عن بعضها)^(١) ، رجع فيه .

وليس هذا كالعفو من دم العمد والطلاق ؛ لأنه لا يتبعّض ، فإسقاط الحقّ

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

عن بعضه إسقاطاً عن جميعه .

قال: فإن عوّض الموهوب له الواهب بعض ما وقع عليه عقد الهبة عن باقيها، لم يكن ذلك عوضاً في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف، [وللواهب أن يرجع فيما بقي من هبته] .

قال^(١): وهذا على وجهين: فإن كان العوض على الصفة التي وقعت عليها الهبة، لم يكن عوضاً؛ لأن العوض يلحق بالعقد، فلا يجوز إلحاقه على وجه لا يتناوله العقد، ومعلوم أنه لا يجوز أن يهب له شيئاً على أن يعوّضه^(٢) [بعضه] عوضاً عنه، فكذلك هذا.

ولأن غرض الواهب بالعوض، لا يجوز أن يكون بعض ما وهب؛ لأنه لو أراد ذلك أمسكه ولم يهبه، وإذا لم يسلم له غرضه^(٣)، لم يسقط الرجوع.

وأما إذا كان [هذا] الذي عوّض به قد تغير عن حاله تغيراً يمنع من الرجوع، فإنه يصح أن يكون عوضاً عن بقية الهبة؛ لأنه صار بالتعيين في حكم عينٍ أخرى، فجاز أن يكون عوضاً.

قال: وإن كان وهب شيئين، كلّ واحدٍ منهما في عقدٍ، فعوّض إحدى الهبتين عن الأخرى، فإنه يكون عوضاً في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال بشر عن أبي يوسف: لا يكون عوضاً في الوجهين جميعاً.

وجه قولهما: أن الواهب يجوز أن يكون عوضه بهبته الثانية، عوض الهبة

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (عوضه).

الأولى إليه ؛ لأن الإنسان قد يبدو له في الشيء بعد فعله ، فصار ما وهبه بأحد العقدين كعينٍ أخرى .

وليس كذلك إذا عوضه بعض الهبة ؛ لأنه لا يجوز أن يكون غرضه ^(١) بهبته أن يسلم له بعضها عوضاً عن بعضها [على ما قدمنا ، ولأن ما ملك بالعقد الواحد لو صار بعضه عوضاً ، لكان الشيء عوضاً عن نفسه] ، وما ملك بالعقدين إذا صار عوضاً لا يؤدي إلى كون الشيء عوضاً عن نفسه ، فلذلك جاز .

لأبي يوسف : أن الرجوع في الهبة مستحق ، فإذا عوض بها عن هبة أخرى ، وقعت عن مستحقها ، فلم يقع موقع العوض ، وليس كذلك إذا تغيّرت ؛ لأن الرجوع فيها سقط ، فجاز أن يقع موقع العوض .

قال : ولو كانت هبةً وصدقةً ، فعوضه الصدقة من الهبة ، كانت عوضاً ، وهذا صحيحٌ ، أما على أصل أبي حنيفة ومحمد ؛ فلأنهما مُلِكا بعقدين ، وأما على أصل أبي يوسف ؛ فلأن الصدقة لا يثبت فيها الرجوع ، ف وقعت موقع العوض .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى : وإذا وهب رجلٌ لرجلٍ هبةً ، فعوّض الموهوب له الواهب عوضاً على غير شرطٍ ، فقبضه ، ثم استحقّ العوض ، فله أن يرجع في الهبة إن كانت قائمةً في ملك الموهوب له ، لم يزد خيراً ، أو لم يحدث فيها ما يمنع الرجوع ؛ وذلك لأن العوض إذا استحقّ صار كأنه لم يكن ، فكانها هبة لم يُعوّض عنها .

قال : وإن كانت الهبة قد هلكت واستهلكها الموهوب له ، لم يضمها في

(١) في ب (عوضه) .

قولهم؛ وذلك لأن العوض لما استُحِقَّ، صار كالهبة بغير عوض، إذا أهلكه لم يضمَّنْها الموهوب له.

قال: وإن استُحِقَّت الهبة المعوّض عنها، رجع الموهوب له في العوض؛ وذلك لأن المعوّض إنما عوّض ليسقط حق الرجوع، فإذا استُحِقَّت الهبة، تبيّن^(١) أن الرجوع لم يكن ثابتاً، فصار كمن صالح عن دينٍ ثم تبيّن أن لا دين عليه.

قال: وكذلك إن استُحِقَّ نصف الهبة، وهي مما لا يقسم، رجع في نصف العوض؛ [ب/٣٧٦] [وذلك] لأن المعوّض إنما جعله عوضاً عن الرجوع في جميع الهبة، فإذا استُحِقَّ بعضها وجب أن يرجع فيها بإزائه من العوض حين لم يسلم له العوض.

قال: فإن كان العوض مستهلكاً، ضمّن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض، وإن استُحِقَّت الهبة كلها ضمّنه قيمة العوض، وهذه رواية الأصل عن محمد، ورواه عنه في الإملاء من غير خلاف ذكره في الموضوعين، وهي إحدى روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وروى بشر في إملائه عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يضمّن العوض إذا استُحِقَّت الهبة والعوض مستهلك، وهو قول أبي يوسف رواه عنه ابن سماعه وبشر.

وجه الرواية الأولى: أن المقبوض على وجه العوض إذا استُحِقَّ المعوّض، كان مضموناً كالعوض المشروط؛ ولأنه بدل في مقابلة ما لم يسلم له، فكما يرجع

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

[به] لو كان باقياً ، يرجع بقيمته إذا هلك .

وجه الرواية الأخرى: أن العوض المبتدأ في جملة الهبة ؛ ولهذا شرط فيه شرائط الهبة ، والهبة إذا هلكت لم تكن مضمونةً ، فكذلك العوض عنها .

قال: فإن استحقَّ بعض العوض وبقي بعضٌ ، فما بقي منه شيءٌ فهو عوضٌ عن الهبة كلها ، فإن شاء ردَّ ما بقي في يده من العوض ورجع بالهبة كلها إن كانت قائمةً لم تخرج عن ملك الواهب ولم تزد في بدنها ؛ وذلك لأن بعض العوض إذا استحق ، فما بقي يجوز أن يكون عوضاً لإسقاط الرجوع ، فكأنه لم يعوض إلا به ، إلا أن اللواهب أن يرده ، ويرجع ؛ لأنه قد غرّه حين عوضه لإسقاط الرجوع بشيءٍ لم يسلم له ، فيثبت له الخيار .

وقال زفر: يرجع في الهبة بقدر ما استحق .

[وجه قول زفر: أن العقد يلحق بالعقد ، فصار كالمشروط فيه] .

وقال محمد في الإملاء -: رواه سعيد الموصلي -: فإن كان الذي استحق نصف الهبة ، ولم يُستحقَّ من العوض شيءٌ قليلٌ ولا كثيرٌ ، فإن للموهوب له أن يرجع في نصف العوض ، ليس له غير ذلك ، إن زاد العوض أو نقص في السعر ، أو زاد في بدنٍ ، أو نقص في بدنٍ ، كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان .

فإن كان قد هلك في يد الواهب ، كان له أن يضمّنه نصف قيمته ، وهذا على ما قدمنا: أن استحقاق الهبة يوجب استحقاق العوض ، واستحقاق بعضها يوجب الرجوع في العوض بقدره ، وإنما يثبت له الرجوع في العوض وإن زاد ؛ لأنه قبضه بغير حقٍّ ، (فصار كالمقبوض بعقدٍ فاسدٍ)^(١) ، فيثبت الفسخ في الزوائد .

(١) في ب (فصار كالعوض بعضها) .

فإن قال: أردّ ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كلّهُ، لم يكن له ذلك؛ لأن العوض كان على غير شرط؛ وذلك لأن العوض الملحق ليس بعوضٍ عن العين، وإنما هو لإسقاط الرجوع، وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة، فلم يكن له أن يرجع في العوض.

[قال]: ولو لم يُستحقّ من الهبة شيءٌ، ولا من العوض، ولكن الموهوب له وجد بالهبة عيباً فاحشاً، أو غير فاحش، فقال [له]: أرد الهبة وأرجع في العوض، لم يكن له ذلك.

وكذلك لو كان الذي وجد العيب الواهبٌ وحده في العوض، فقال: أردّه وأرجع في هبتي، لم يكن له ذلك؛ [وذلك] لأن الرجوع بالعيب يثبت في المعاوضات، والعوض الملحق ليس بعوض عن [العين]، وإنما هو في حكم هبة، والموهوب لا يُردّ بالعيب.

قال: وهذا إذا كان الاستحقاق في الهبة أو العوض وهما مما لا يُقسمان، فإن كانا يقسمان فاستحق بعض أحدهما، بطل العوض إن كان هو المستحق منه، وكذلك تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة، فإذا بطل العوض رجع في الهبة، وإذا بطلت الهبة، رجع في العوض؛ وذلك لأنه بالاستحقاق تبين أن الهبة أو العوض وقع في مشاعٍ يحتمل القسمة، وذلك باطل.

قال: وإذا كانت الهبة على شرط عوض، فقال: وهبت لك هذا العبد على أن تعوضني هذا الثوب، جاز ذلك، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقع القبض في واحد منهما للسلعتين جميعاً^(١).

(١) في ب (ما لم يقع القبض في السلعتين جميعاً).

فإن قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فكذلك، ولكل واحدٍ منهما [أن يرجع]، القابض منهما وغير القابض في ذلك سواء حتى يتقابضا جميعاً، (فإذا تقابضا جميعاً)^(١)، كان ذلك بمنزلة البيع، يرد كل واحدٍ منهما بالعيب، ويرجع في الاستحقاق، وتجب الشفعة.

وهذا هو القسم الثاني من القسمين الأولين: وهو العوض المشروط في العقد، فعندنا: أن عقده عقد هبة، وجوازه جواز بيع.

وقال زفر: عقده عقد بيع، وجوازه جواز بيع.

فلا يثبت الاستحقاق (عندنا حتى يتقابضا العوضين جميعاً، وقال زفر: يثبت الاستحقاق)^(٢) بالعقد.

لنا: أنهما عبرا عنهما بالهبة، وأثبتنا أحكام البيع في المعاوضة، فوجب أن يعطى العقد شبه العقدين، فيعتبر^(٣) فيه التقابض ونفي الإشاعة كالهبات، وتثبت فيه الشفعة والردّ بالعيب كالببيعات؛ ولأنه عقدٌ انفراديٌّ باسم، فلا بدّ من أن ينفرد بمعنى، ولا معنى ينفرد به إلا أن يكون له حكمٌ قبل التقابض، وحكمٌ بعده^(٤).

وجه قول زفر: أن هذا نقل ملكٍ بعوضٍ كالبيع، واختلاف العبارة لا يوجب اختلاف الحكم، كقوله: ملكت وأعطيت.

قال: وإذا وهب الرجل شيئاً، وقبضه الموهوب له، ثم إن الموهوب له أيضاً

(١) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (فيتعين).

(٤) في ب (بعضه).



وهب شيئاً للواهب ولم يقل: هذا عوضٌ من هبتك ، فإنه لا يكون عوضاً ، ولكل واحدٍ منهما أن يرجع فيما دفع ؛ لأن العوض إنما يكون عوضاً إذا جُعِل في مقابلة الهبة .

فأما إذا عقد كل واحدٍ منهما عقداً مبتدأً ولم يعلّق الثاني بالأول ، انفرد بنفسه ، ولم يتعلّق بحكم الأول ، والهبة المبتدأة يثبت فيها الرجوع^(١) .



(١) انظر: الأصل ٣/٣٨١ - ٣٨٨؛ رحمة الأمة ص ٣٥٩ .

بَابُ الرجوع في الهبة

قال: وإذا وهب الرجل لرجلٍ لرجلٍ أجنبيٍّ هبةً، وقبضها الموهوب له، فله أن يرجع فيها في الحكم إن كانت الهبة قائمة في ملك الموهوب [له]، لم تزد في نفسها، ولم يحدث الموهوب له فيها شيئاً يكون صفةً لها يزيد به قيمتها، فللواهب أن يرجع في الهبة، ويكره له ذلك في [الدين] (١)(٢).

والأصل في ذلك: أن الهبة مقتضاها الرجوع [عندنا]، وقال الشافعي: لا يثبت الرجوع إلا فيما وهبه الوالد لولده (٣).

لنا: قوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» (٤)، وقد بينا ذلك، والأسباب المانعة من الرجوع: الرحم الكامل، وقد قدمناه، والزيادة المتصلة؛ وذلك لأن العقد لم يقع عليها، فلا يقع عليها الفسخ، فإذا تعذر الفسخ فيها، تعذر في الأصل، وخروجها من ملك الموهوب له؛ وذلك لأن اختلاف الملكين كاختلاف العين، فكما لا يجوز أن يرجع في غير العين الموهوبة، كذلك لا يرجع في غير الملك الذي أوجبه.

ومن هذا القبيل، إذا مات الموهوب له؛ لأن الملك انتقل إلى ورثته، فكأنه

(١) في أ (الأخوين)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٧٩.

(٣) انظر: الأم ص ٦٧٨؛ المنهاج ص ٣٢٥؛ رحمة الأمة ص ١٦٠.

(٤) ابن ماجه (٢٣٨٧)؛ قال ابن حجر في الدراية: «إسناده ضعيف» (١٨٤/٢).

انتقل في حال حياته .

وكذلك موت الواهب ؛ لأن الوارث لم يوجب الملك للموهوب له ، فلم
يجز له الرجوع في ملكٍ لم يوجبه^(١) .

والعوض يسقط الرجوع ، وهو على ضربين : عوضٌ مشروطٌ ، وعوضٌ
ملحقٌ ، وقد قدمنا ذلك . [أ/٣٧٧]

وإنما قلنا : إن الرجوع يكره ؛ لقوله ﷺ : «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم
يعود فيه»^(٢) ، والكلب لا يُوصف فعله بالتحريم والإباحة ، ويوصف بالكراهة
والاستقباح .

وقال ابن سماعة في نوادره : سمعت أبا يوسف قال : في رجل وهب عبداً
لرجل وقبضه منه ، والموهوب له أجنبي ، ولم يعوضه عوضاً ، ولم يزد العبد خيراً ،
فإن للواهب أن يرجع في هبته ، وأكره له ذلك ، وأقضي بها له ، وهذا على ما قدمنا .

قال : وإن منعها الموهوب له ، فذلك له حتى يقضي له القاضي ، فإذا قضى
القاضي بالنقض للواهب والرجوع ، فالعبد في ملك الواهب ، وإن [لم] يقبضه
من الموهوب له ، ولا ضمان على الموهوب له فيه ، إلا أن يحدث فيه شيئاً بعد
القضاء ، فيضمن^(٣) .

وجملة هذا ، أن الرجوع في الهبة لا يثبت به الفسخ إلا أن يكون بتراضيهما ،

(١) في ب (لم يجز له الرجوع في ملك الموهوب له ، وذلك لأن الملك انتقل لم يوجبه) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٤٩) ؛ ومسلم (١٦٢٢) .

(٣) في ب (إلا أن يحدث فيه شيئاً بعد انقضاء قبضهم بذلك) .

أو بحكم حاكم؛ لأن الفسخ يقع بعد تمام العقد لمعنى قارن العقد، فصار كالفسخ بالعيب، فإن تراضيا بالفسخ، جاز^(١)؛ لأن الحق لهما وقد اتفقا عليه.

وإن حكم الحاكم، فقد فسخ في موضع جعل له الفسخ، فيزول الملك بفسخه، كما لو حكم بالرد، لأجل العيب، فإذا انفسخ العقد عادت العين إلى ملك الواهب، كما كانت قبل الهبة، والقبض لا يعتبر في انتقال الملك، كما لا يعتبر في البيع، وإنما لم يجب على الموهوب له ضمان بعد الفسخ؛ لأن قبض الهبة لا يتعلّق به ضمان، فإذا انفسخ عقدها بقي القبض على ما اقتضاه العقد غير موجب للضمان، فلا يضمن إلا بما تُضمّن به الأمانات من التعدي.

قال: ولو كان العبد نقص، أو زاد، أو جني عليه فيما دون النفس بالحال، فيما بين الواهب والموهوب له سواء، فليس للواهب أن يرجع في الأرش، ولا أن يضمّن الموهوب له شيئاً من النقصان؛ [وذلك لأن نقصان العين لا يمنع من الرجوع]^(٢)؛ لأن الواهب لو رجع في بعضها مع بقاء العين بكمالها، جاز، فإذا نقصت، فالرجوع يقع في البعض، وذلك جائز.

فأما الأرش، فالزيادة لم يقع عليها العقد، فلا يجوز أن يقع عليها الفسخ. ولا يضمن الموهوب له النقص؛ لما ذكرنا: أن القبض لا يتعلّق به الضمان، والقبض إذا لم يتعلّق به الضمان، لم يضمن به الآخر.

قال: ولو لم يترادّا الهبة، ولم يحكم القاضي بها حتى وهبها الموهوب له للواهب، وقبلها الواهب الأول، فإن ذلك لا يجوز حتى يقبض الواهب الأول

(١) في ب (فإن تراضيا بالفسخ انفسخ).

(٢) في أ (وذلك المعنى لا يمنع من الرجوع)، والمثبت من ب.

العبد، فإذا قبضه، فهو بمنزلة الردّ، وبمنزلة حكم الحاكم، وليس للواهب أن يرجع في الهبة، وكذلك النُّحْلَى والعَطِيَّةُ والعُمْرَى^(١) والصدقة؛ وذلك لأن العين على ملك الموهوب له، فإذا وهبها فلم يأت بلفظ الفسخ، وإنما قصد التملك، فلا يزول ملكه إلا بالقبض.

وليس كذلك إذا اتفقا على الرجوع؛ لأنهما إنما فسحا العقد ولم يبتدئا بالتمليك، والفسخ لا يفتقر إلى شروط العقد، فإذا تقابضا الهبة الثانية، قامت مقام الرجوع؛ لأن الرجوع مستحق^(٢)، فتقع الهبة عن الرجوع المستحق، ولا تقع موقع الهبة المبتدأة؛ فلذلك لا يصح الرجوع فيها.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً وإن كان مما يقسم، ولو وهب له داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً، كان للواهب أن يرجع في الباقي، وليس الرجوع كالهبة المستقبلية في هذا الوجه، وكذلك لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له، فله أن يرجع في بعضها دون بعض.

وقد قال أصحابنا: إن الرجوع في الهبة بغير قضاء فسخ، كالرجوع بالقضاء.

وقال زفر: الرجوع في الهبة بغير قضاء هبةً مبتدأةً.

والذي يدلّ من مذهبهم على أنه فسخ: أنه يجوز في المشاع الذي يحتمل

(١) العُمْرَى: نوع من الهبة، وهي في اللغة مأخوذة من العُمُر: وهو مدة عمارة البدن بالحياة، يقال: أعمرتة الدار، أي: جعلت له سكنها عُمَرَه. وصورتها: أن يقول الرجل لآخر: أعمرتك داري هذه، أي: هي لك عمري، أو ما عشت، أو مدة حياتك، أو ما حييت، أو نحو ذلك، سميت بذلك؛ لتقيدها بالعمر، فهي إذن هبةً شيء مدة عمر الموهوب له، أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الواهب أو الموهوب له. معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٢٥٠.

(٢) في ب (ملحق).

القسمة ، ولو كانت هبةً مبتدأةً ، لم تصح معه الإشاعة .

وقالوا: إنه لا يقف على القبض ، ولو كانت هبةً مبتدأةً لوقفت على القبض .

وقالوا: فيمن وهب عبداً لرجل^(١) ، فوهبه الموهوب له لآخر ، ثم رجع فيه ، فلأول أن يرجع في هبته ، ولو كان ذلك هبةً مبتدأةً ، لم يجز الرجوع ؛ والدليل عليه: أن الفسخ يتناول عوضاً واحداً ، فكان فسخاً وإن لم يحكم به الحاكم ، أصله: إذا تناقضا البيع الفاسد .

وجه قول زفر: أن الملك انتقل بتراضيهما ، فصار في حكم عقدٍ مبتدأً .

وقد ذكر محمد في كتاب الهبة في الموهوب له: إذا ردّ الهبة في مرضه ، أنها تكون من الثلث^(٢) ، فمن أصحابنا من قال: بأن هذا يدلّ على أن الرجوع بغير قضاء ، هبةً مبتدأةً ، وجعل المسألة على روايتين .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأنهم إنما جعلوه من الثلث ؛ لأنه متهم في الردّ في حقّ الورثة ، فصار ذلك فسخاً فيما بين الواهب والموهوب ، وهبةً مبتدأةً في حقّ الورثة ، وليس يمتنع أن يكون للعقد حكمان مختلفان ، كالإقالة التي هي فسخٌ في حقّ المتعاقدين ، وبيعٌ في حقّ غيرهما .

وإذا ثبت أن الرجوع فسخٌ وليس بهبةً ، جاز في المشاع ؛ لأنه يجوز أن يرجع في الكل ، فجاز أن يرجع في البعض ؛ لأنه يستوفي بعض حقه ويسقط بعضه .

قال: وإذا زادت الهبة في يد الموهوب له في نفسها خيراً ، [كأن] كانت

(١) في ب (لآخر) .

(٢) انظر: الأصل ٤١٢/٣ .

جارية مهزولة فسمنت وحبلت ، أو داراً فبنى الموهوب له فيها بناءً ، أو غرس فيها نخلاً ، أو شجراً ، أو كانت أرضاً ففعل ذلك فيها ، ونصب فيها دولاباً ، أو غير ذلك مما يستقى به ، وهو مثبتٌ في الأرض مبنياً فيها ، حتى يكون صفةً للأرض يدخل في البيع إذا وقع عليها ، لم يكن للواهب أن يرجع قليلاً كان ذلك أو كثيراً ، بعد أن يكون زائداً في الأرض .

وكذلك إن كان ثوباً فصبغه بعُصْفُرٍ أو زَعْفُرَانٍ ، أو قطعه قميصاً وخاطه ، أو جَبَّةً وحشاها ، أو قَبَاءً ، لم يكن للواهب أن يرجع فيها ؛ وذلك لما قدمنا: أن الزيادة المتصلة لا يجوز الرجوع فيها ؛ لأن العقد لم يقع عليها ، ولا يمكن الرجوع في الأصل [دونها] ، فتعذر الرجوع .

قال: فإن صبغ الثوب صبغاً لا يزيد فيه أو ينقصه ، فله أن يرجع ، ذكر ذلك الحسن في [نسق] ^(١) روايته ؛ لأن المانع من الرجوع هو الزيادة ، فإذا كان الصبغ لا يزيد في القيمة ، فوجوده وعدمه سواء .

قال: وإن كانت الزيادة من سعر ، فله أن يرجع في قولهم ؛ لأن زيادة السعر لا يتعلّق بها حكمٌ في الأصول ، ألا ترى أنها لا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ، ولا تمنع الردّ بالعيب ؛ لأنها لا تعود إلى العين ، وإنما هي رغبة يُحدثها الله تعالى في القلوب ، فلا تمنع الرجوع .

قال: وإذا وهب حيواناً ، فولد في يد الموهوب له ، فللواهب أن يرجع في الأمهات دون الأولاد ؛ وذلك لأن الولد لم يقع عليه العقد ، فلا يجوز أن يقع عليه الفسخ .

(١) في أ (سنن) ، والمثبت من ب .

وأما الأم ؛ فلأن الولد غير موجب بالعقد عليها ، بدلالة أن المغرور في الهبة لا يرجع بقيمة الولد على الغار ، وإذا لم يكن موجباً ، جاز الفسخ في الأم دونه .
وليس كذلك المبيعة إذا ولدت ؛ لأن الولد موجب بالعقد ، بدلالة أن المغرور يرجع بقيمته على الغار ، فلم يجوز أن يسلم موجب العقد للمشتري مع فسخ العقد ؛ ولأن البيع عقد معاوضة ، فلو فسخناه [٣٧٧/ب] دون الولد ، لسلم الولد للمشتري [مع فسخ العقد] بغير عوض ، والهبة عقدٌ بغير عوض ، فيجوز أن يسلم الولد فيها بغير شيء^(١) .



(١) انظر: الأصل ٣/٣٨٨ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٨٠ .

بَابُ الهبة على شرطٍ



قال أصحابنا - رحمهم الله تعالى: إذا وهب الرجل للرجل هبةً وشرط فيها شرطاً فاسداً، فالهبة جائزة، والشرط باطل.

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل وهب لرجل أمةً وقبضها، واشترط عليه أن لا يبيعها، فإن أبا حنيفة قال: الهبة جائزة، والشرط باطل، وكذلك قال أبو يوسف: لا تشبه الهبة البيع.

ولو شرط فيها أن يتخذها أم ولد، أو أن يبيعها من فلان، أو يردّها عليه بعد شهر، كانت الهبة جائزةً، وهذه الشروط باطلة.

والأصل في هذا: أن كل عقد من شرطه القبض، فإن الشرط لا يفسده، [وهذا] كالهبة والرهن، وقد دلّ على الهبة ما روي: (أن النبي ﷺ أجاز العُمري وأبطل الشرط^(١)).

وقد دلّ على الرهن قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه»^(٢).

وقد كانت الجاهلية ترهن على أن الراهن إذا أخرج القضاء عن وقتٍ معلوم، فالرهن للمرتهن، فأبطل النبي ﷺ هذا الشرط، ولم يبطل [به] الرهن.

(١) أخرجه مسلم (١٦٢٥).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٣٢/٣)، وصححه ابن حبان في صحيحه (٥٩٤٣)

فإن قيل: الصرفُ من شرطه القبض، والشروط تبطله.

قيل له: بأن القبض ليس بشرط في صحة الصرف، وإنما يمنع التقابض من فسخه بعد صحته.

وإذا ثبت أن الهبة لا تؤثر فيها الشروط، وهذه الشروط كلها لا يقتضيها العقد، فوجودها وعدمها سواء.

قال: وكذلك لو وهب له جارية، (واستثنى الواهب لنفسه ما في بطنها، فإن الهبة جائزة في الجارية وفي ولدها، وكذلك لو وهب [له] جارية)^(١) وفي بطنها ولدٌ حرٌّ، وقد بيّنا هاتين المسألتين فيما تقدم^(٢).



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٨/٤.

بَابُ الْعُمْرَى

—•••••—

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل: قد جعلت هذه الدار لك عُمْرَى^(١)، أو قال: قد جعلتها لك عمرك، أو قال: هي لك حياتك فإذا متَّ فهي ردُّ علي، أو قال: هي لك عمرك فإذا متَّ فهي ردُّ علي، فهذا كله هبةٌ، وهي له حياته وموته، والشرط الذي شرطه باطلٌ.

قال أبو الحسن: هي عندهم جميعاً كذلك، يجوز فيها ما يجوز في الهبة، ويبطل منها ما يبطل في الهبة، وقبضها فيما يجوز وفيما لا يجوز كقبض الهبة. وكذلك الرجوع فيها كالرجوع في الهبة، وكذلك حكم العوض فيها كحكم العوض في الهبة، ما يجوز فيه وما لا يجوز.

والأصل في ذلك: ما روى أبو الزبير عن النبي ﷺ أنه قال: «أمسكوا عليكم أموالكم، لا تعمروها، فإن من أعمار شيئاً فإنه لمن أعمره»^(٢).

وروى الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالعُمْرَى له ولعقبه من بعده، ليس للمُعْطِي فيها شيءٌ.

وروى سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله

(١) العُمْرَى - اسم من الإعمار - ومنه «أعمرته الدار - بالألف - جعلت له سكنها عُمْرَه» كما في المصباح (عمر).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٢٥) ولكن من حديث أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه.

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أَمَرَ عُمري حَيَاتِهِ، فَهِيَ لَهُ وَلِعَقْبِهِ مِنْ بَعْدِهِ، يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ مِنْ بَعْدِهِ»^(١).

وَإِذَا ثَبِتَ أَنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ، بَقِيََتِ الْعُمري مَجْرَدَةً، وَهِيَ فِي مَعْنَى الْهَبَةِ، فَتَصَحَّ بِمَا تَصَحَّ بِهِ الْهَبَةُ، وَتَبَطَّلَ بِمَا تَبَطَّلَ بِهِ^(٢).



(١) مسلم (١٦٢٥)، وهي رواية للحديث المذكور قبل.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٤/٤.

بَابُ الرَّقْبِيِّ وَالْحَبِيسِ

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل للرجل: هذه الدار لك رقبى^(١)، ودفعها إليه، أو قال: هذه الدار لك حبيسة^(٢)، ودفعها إليه، فهي عارية في يده إذا شاء [أن يأخذها] أخذها.

قال محمد: وهذا قولنا أيضاً.

قال: ومعنى الرقبى: هي الحبيسة.

وقال أبو يوسف: هذه هبة، وقوله رقبى باطل.

وجه قولهما: ما روى الشعبي، عن شريح عن النبي ﷺ: «أنه أجاز العُمري ورد الرقبى»^(٣)، ولأن الملك في الرقبى متعلق بخطر؛ لأنه يقول: إن مت قبلك فهي لك، وإن مت قبلي فهي لي، وتعليق الملك بالخطر في حال الحياة لا يصح.

(١) الرقبى في اللغة من الارتقاب: وهو الانتظار، وفي الاصطلاح الفقهي: وهو نوع من العطية، وصورتها: أن يقول صاحب الدار ونحوها: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك، على إنك إن مت قبلي، عادت إليّ، وإن مت أنا قبلك، فهي لك ولعقبك. فكأنه يقول: هي لأيتنا بقي بعد صاحبه، أو لآخرنا موتاً، وقد سُميت بذلك؛ لأن كل واحدٍ منهما يرقب موت صاحبه وينتظره. معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٢٥٠.

(٢) «حبيس: والجمع حُبْسٌ، مثل: بريد وبرد، ويستعمل الحبيس في كل موقف واحدًا كان أو جماعة»، كما في المصباح (حبس).

وفي المغرب: «هو كل وقفة لوجه الله تعالى، حيواناً كان أو أرضاً، أو داراً». (حبس).

(٣) قال ابن حجر في الدراية (١٨٥/٢): «لم أجده».

وليس كذلك العُمري؛ لأن الملك في الحال، وإنما علق الفسخ بخطر، ألا ترى أنه لو قال: وهبتها لك عمرك، والفسخ يجوز فيه ما لا يجوز في ابتداء الملك. لأبي يوسف: ما روى أبو الزبير عن جابر: (أن النبي ﷺ أجاز العمري والرقبي^(١)).

وهذا لا دلالة فيه؛ لأن الرقبى تجوز إذا كانت بمعنى الإرقاب، وهو هبة الرقبة، وإنما لا تجوز إذا كانت بمعنى الترقب، فيحتمل أن يكون الخبر محمولاً على الأول.

وقال في الأصل: في رجل حضره الموت، فقال: داري هذه حبيسة على عقبي من بعدي، قال: لا يكون حبيساً وهي ميراث^(٢)؛ وذلك لما روى شريح أنه قال: جاء محمد ببيع الحبس؛ وقال ابن عباس: [لما نزلت آية المواريث قال النبي ﷺ]: «لا حبس عن فرائض الله تعالى»^(٣)؛ ولأنه لم يجعل آخرها للفقراء، فلا يصح وقفها.

وإذا لم يكن وقفاً، فقد منع ورثته من التصرف فيها، وهذا لا يصح.

ولو قال: داري حبيسة على أطولكما حياة، كان ذلك باطلاً؛ لأن الملك هاهنا معلق بخطر، ألا ترى أنه لا يعلم أطولهما حياة في الحال.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٥٨)؛ والترمذي (١٣٥١) وقال: «حسن»؛ والنسائي (٣٩٩٣)؛ وابن ماجه (٢٣٨٣).

(٢) انظر: الأصل ٣/٣٩٦.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٦٨/٤) وإسناده ضعيف وأخرجه البيهقي في الكبرى، وقال: «قال علي رحمه الله تعالى: لم يسند غير ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان، قال الشيخ: وهذا اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي» ١٦٢/٦؛ انظر الدراية لابن حجر (١٤٥/٢)

ولو قال لرجل: داري حبيسة لك، فإن هذا باطل، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أما أنا فأرى أنه إذا قال: هي لك حبيسة، فهي له إذا قبض، وقوله حبيسٌ باطل، وكذلك إذا قال: هي لك رقبى.

وجه قولهما: أنه إذا قال: هي لك حبيس، أو حبيس لك، فقد فسّر المعنى الذي أراده بقوله: هي لك، فوجب أن يحمل [على] التفسير، وقد بينا أن التحبيس لا يجوز.

وجه قول أبي يوسف: أن قوله: هي لك، تمليك، وقوله: حبيس، مشاورة بما يعمل بها، فلا يتعلّق به حكم.

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل لرجل: هذه الدار لك رقبى، أو قال: هذه الدار لك حبيس، ودفعها إليه، فهي عارية في يديه، قال محمد: وهذا قولنا (١).

قال أبو يوسف في هذين الوجهين: هي هبة.

وجه قولهما: أنه فسّر قوله: هي لك: بالرقبى والحبيس، فكأنه ابتداء بـ [ذكر] ذلك ليمنع التمليك، وإذا امتنع التمليك بقيت في يده على ملك الدافع، وقد أذن له في الانتفاع، وهذا معنى العارية.

لأبي يوسف: أن قوله: لك، يقتضي التمليك، ثم نفى مقتضى (٢) التمليك، فلا يصحّ. [أ/٣٧٨] (٣).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ٣٩٥/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٧.

بَابُ

الْمِنْحَةِ (١)



قال ابن سماعه^(٢) عن أبي يوسف في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ منحَ رجلاً بغيراً، أو شاةً، أو ثوباً، أو دراهم، أو طعاماً، أو ما أشبه ذلك قال: كلُّ شيءٍ منحه مما ينتفع به للسكنى أو اللبس، مثل الدار والثوب، ولبن الشاة، وظهر البعير، وغلة العبد، ما أشبه ذلك، فإنه عاريةٌ، وعليه ردُّ ذلك.

فإن منحه طعاماً أو دراهم أو دنائير^(٣)، فهو هبةٌ، وكذلك ما أشبهه مما لا منفعة فيه إلا أكله أو إنفاقه؛ وذلك لأن المنحة عبارةٌ عن بذل المنافع، بدلالة قوله ﷺ: «المنحة مردودةٌ، والعارية مؤدأةٌ»^(٤)، فدلَّ على أن المنحة لا تفيد أكثر من تملك المنافع.

وإذا كانت في حكم العارية، فإذا أضافها إلى ما له منافع، تعلقت بمنافعه، وإن أضافها إلى ما لا ينتفع به إلا باستهلاكه، كانت قرضاً، كعارية الأعيان التي لها منافع، لا يكون تملكاً [لأعيانها، وعارية الدراهم والدنائير والحنطة تكون تملكاً]؛ لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاكها.

(١) المِنْحَةُ والمِنْيَحَةُ: الناقة الممنوحة، وكذلك الشاة؛ ليشرب لبنها، ويردُّها إذا ذهب دَرَّها، ثم سُمِّيَ بها كل عطية. المغرب (منح).

(٢) في ب (ابن عباس) خطأ.

(٣) في ب (أو لبناً).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٢١٢٠) وقال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٣٩٨).



قال: وإن منحه جدياً، أو عناقاً، فهو عاريةٌ؛ لأن هذا قد يبلغ أن ينتفع به، فيكون فحلاً، وتكون هذه حلوباً، وهذا صحيحٌ؛ لأن العارية قد تتناول العين لمنفعةٍ مترقبةٍ^(١) وإن لم يكن في الحال.

وكذلك الشُّقَّةُ الهروية^(٢) عاريةٌ؛ لأن الانتفاع بها يمكن مع بقاء عينها.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: هذه الدار منحةٌ، ودفعها إليه، فهي عاريةٌ؛ لأنه بين التملك وخصه بالمنفعة، فوجب أن يحمل على التفسير.

وكذلك إن قال: هذه الأرض لك منحة، فإنما منحه زراعتها، وكذلك كل شيءٍ يحتاج فيه إلى منفعة، مثل السكنى والزراعة والخدمة وأشباه ذلك، فهذه عاريةٌ؛ لأن هذه الأعيان ينتفع بها مع بقاء أعيانها، فاخصت المنحة بمنافعها.

قال: ولو قال لأرض بيضاء: هذه الأرض [لك] طعمة، فهذا على الزراعة، وهي في يده عاريةٌ، يأخذها صاحبها منه إذا شاء ما لم يزرعها، فإذا زرعها، فإن أراد صاحبها أن يأخذها منه، فإن في هذا ضرراً عليه، فيخير الزارع: فإن شاء دفعها إلى صاحبها وأخذ زرعها، وإن شاء كانت في يده بأجر مثلها إلى أن يستحصد زرعها، وهذا قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الطعمة إذا أضيفت إلى ما يمكن أكله، كانت تمليكاً، مثل أن يقول: أطعمتك هذا الطعام، وإذا أضيفت إلى الأرض كانت عاريةً؛ لأن الأرض لا تطعم، فمعناه أطعمتك ما يكون منها، وذلك يكون بالزراعة^(٣).

(١) في ب (مؤقتة).

(٢) أي: الثياب الهروية. انظر المغرب (شقق).

(٣) انظر: الأصل ٤٠٥/٣.

وإذا ثبت أنها عاريةٌ، فله الرجوع فيها متى شاء .

فإن كانت لا زرع فيها، أخذها صاحبها؛ لأن العقد انفسخ بالرجوع، وإن كان فيها زرعٌ، فالقياس: أن يقلع؛ لأن العارية انفسخت، وصار المستعير شاغلاً ملك غيره بزراعته، فيؤمر بقلعه كالغاصب .

وإنما استحسنوا فقالوا: إنه يترك إلى وقت الحصاد بأجر المثل؛ لأن ابتداء الزرع كان بحق، ويمكن إيفاء كل واحد من الحقين من غير ضررٍ، فيحصل للزارع الزرع، وللمالك الأجر؛ وذلك أولى من إسقاط أحد الحقين .

وعلى هذا قالوا في مدة الإجارة^(١): إذا انقضت وفي الأرض زرعٌ، وليس هذا كالغصب؛ لأن ابتداء الزرع وقع بغير حق، فلم يجب تبقيته .

وليس هذا كالغرس؛ لأن في تبقية الغرس ضرراً على صاحب الأرض؛ لأنه لا غاية لقلعه .

قال محمد: قال أبو حنيفة: إذا دفع إليه طعاماً، فقال: هذا لك منحةً، أو دفع إليه شاةً تحلب، فقال هذه لك منحةً، فله أن يشرب لبنها وأن يأكل الطعام؛ لأن منفعة هذا: الأكل والشرب .

وعلى هذا ما قدمنا: أن المنحة فيما له منفعة لا تتناول ملك العين [وإنما تقتضي المنفعة]، وفيما لا منفعة له، يقتضي تمليك العين .

قال: وكذلك الدينار وما يؤكل ويشرب، فهو عندنا على الهبة .

(١) في ب (فيمن في يده الإجارة) .

(وأما ما يلبس ، أو يستخدم ، أو يُسكن ، أو يُزرع ، فمنحته عاريةً إلا أن يعني المعطي الهبة)^(١) ، فيكون على ما عني ؛ وذلك لأنه إذا قال: نويت الهبة ، فقد شدّد على نفسه ، والمنع من التملك لحقه ، فإذا رضي بذلك جاز^(٢) .



(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الأصل ٤٠٦/٣ .

بَابُ السُّكْنَى

قال محمد: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل للرجل: داري لك سُكْنَى^(١)، أو قال: لك سَكْنَى عمرى، أو قال: صدقةٌ سَكْنَى، أو قال: هي لك عمرى عارية، أو سَكْنَى، ودفعها إليه، فهذا كله عاريةٌ، يأخذها منه متى شاء، ولا يجوز للذي قبضها فيها بيعٌ ولا هبةٌ ولا رهنٌ ولا إجارةٌ، ولا غير ذلك غير السَكْنَى خاصة إذا كان ذَكَرَ السَكْنَى أو العارية (مع غيرها).

والهبة والصدقة وغير ذلك إن قدم السَكْنَى، أو العارية^(٢)، أو أحدهما، فهو سواءٌ، وذلك كله سَكْنَى؛ وذلك لأنه إذا ذكر السَكْنَى، فقد دلَّ على أن العقد وقع على المنافع.

وإذا قال: سَكْنَى هبةً، فقد أضاف الهبة إلى السَكْنَى، فكأنه قال: وهبت لك منافعها، وكذلك إذا قال: هبة سَكْنَى؛ لأن الهبة تحتل هبة العين، وتحتل هبة المنفعة، فإذا قال: هبة سَكْنَى، فقد فسّر المحتمل، فيختصّ بالسَكْنَى.

وإن قال: هي عُمْرَى تسكنها، أو هي لك هبة تسكنها، أو قال: لك صدقة تسكنها، ودفعها إليه، فهبة وعمرى وصدقة جائزة؛ وذلك لأنه لم يضيف الهبة

(١) «والسُّكْنَى، مصدر سكن الدار، وفيها إذا أقام، واسم بمعنى الإسكان كالرُقْبَى بمعنى الإرقاب، وهي في قولهم: داري لك سُكْنَى». المغرب (سكن).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.



إلى السكنى ، وإنما وهب ثم شاوره فيما يعمل بملكه ، فتعلقت الهبة بالعين ، وهو كقوله : وهبتها لك فأجرها .

وأما قوله في الفصل الأول : أنه ليس له البيع ؛ فلأنه لم يملك العين ، فلا يجوز بيعه فيها ، وكذلك ليس له أن يؤجرها ؛ لأن العقد يقتضي العارية ، فإذا أجر المستعير قطع حق المعير من الرجوع ، وهذا لا يصح .

ولو قال : هي لك تسكنها ، كانت هبة^(١) جائزة إذا قبضها ؛ لأن اللام تقتضي التملك ، وقد شاوره فيما يعمل بملكه^(٢) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) انظر : الأصل ٤٠٤/٣ ، ٤٠٥ .

بَابُ فِي الصَّدَقَةِ

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل للرجل: قد تصدقت عليك بهذه الدار، غنياً كان المُتَصَدِّقُ عليه أو فقيراً، ودفعتها إليه، فذلك جائز، ولا سبيل للمُتَصَدِّقِ على الرجوع فيها بوجهٍ من الوجوه.

وكذلك لو قال: قد جعلتها لك، أو قد وهبتها لك، وهو محتاج على وجه الصدقة، ودفعتها إليه، لم يكن له أن يرجع فيها، وهذا قول أبي يوسف ومحمد. أما الصدقة على الفقير، فقد بينّا: أنه لا يجوز الرجوع فيها؛ لأن المقصود منها الثواب، وقد سلم ذلك من جهة الله تعالى.

وأما إذا وهب للفقير، فإنه لا يرجع أيضاً؛ لأن المقصود من الفقير ليس هو العوض، وإنما العوض هو الثواب، فصار كالصدقة بالعقد؛ لأن المعتبر بمعنى العقد دون لفظه، ومعنى هبة الفقير، الصدقة، فلم يجوز الرجوع فيها.

وأما إذا تصدّق على الغني، فالقياس: أن يرجع؛ لأن المقصود بهبة الغني، العوض، فصار كالهبة.

إلا أنهم استحسّنوا فقالوا: لا يرجع فيها؛ [٢٧٨/ب] لأنه عبّر عنها بالصدقة، ولو أراد الهبة لعبّر بلفظها؛ ولأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء، ألا ترى أن من له مقدار النصاب، وله عيال لا يكفيه ما في يده، ففي الصدقة عليه ثواب؛ فلذلك لا يجوز الرجوع.

قال: ولا تجوز الصدقة ولا العطية ولا العمرى حتى يقبض؛ لأنه تبرع، فلا يصح بمجرد القول كالوصايا.

وقال محمد: إذا تصدق الرجل أو وهب أو نحل ابنه وهو صغير في عياله، فقَبْضُهُ له قبضٌ، وهو جائز، وليس له أن يرجع فيه إذا أشهد عليه وأعلمه؛ وذلك لأن الأب هو الذي يتولى القبض للصغير، ألا ترى أنه لو قبض ما وهبه الأجنبي [له جاز، فإذا كان هو الواهب وهو الذي يملك القبض]، صار قابضاً عقيب العقد، فصحت الهبة.

وقد قالوا في الأب إذا باع ماله من ابنه الصغير^(١)، ثم هلك عقيب البيع، كان من ضمان الابن؛ لأن الأب صار قابضاً للصغير عقيب العقد.

وأما قوله: إذا أشهد عليه [وأعلمه]، فليس ذلك بشرط في جوازه، وإنما يحتاج إلى الإشهاد والإعلام حتى [لا تجحد]^(٢) الورثة.

قال محمد: قال ابن أبي ليلى وغيره من أهل الكوفة: تجوز الصدقة إذا أعلمه وإن لم يقبض، ولا تجوز الهبة ولا النحلى إلا مقبوضة.

قال محمد: قال أبو حنيفة: هما سواء، ولا يجوز واحدٌ منها إلا مقبوضاً معلوماً محوزاً مقسوماً؛ لأنها صلة جميعاً، وهذا قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لما بينا: أن الصدقة عقد تبرع، فلا تتم لمجرد العقد، كالهبة؛ (ولأن الإشاعة مؤثرة في القبض)^(٣).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (لا تشهد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) في ب (وإذا وقعت على القبض).

قال: ووصي الأب إذا وهب للصغير، أو جدّه أو أبيه، أو وصيّ جدّه، هو بمنزلة الأب في ذلك، كل واحد من هؤلاء له عليه ولاية، فحلّ محلّ الأب^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٠٠/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤١/٤ وما بعدها.



بَابُ

هبة الأجنبي للصغير ومن يجوز قبضه عليه



قال: إذا وهب الأجنبي للصغير هبةً، فقبضها أبوه، أو وصي أبيه بعده، أو جده أبو أبيه بعد أبيه، أو وصيه^(١)، جاز ذلك؛ لأن قبض الهبة تصرف في حق الصغير، فيملك من يملك الولاية عليه، وكل واحدٍ من هؤلاء يلي عليه، فجاز قبضه له.

قال: ومن غاب منهم غيبةً مُنْقَطِعَةً، جاز قبض الذي يتلوه في الولاية؛ وذلك لأن تأخير قبض الهبة حتى يقدم الغائب فيه ضرر، فانتقلت الولاية إلى من دونه، كما قالوا في ولاية النكاح.

قال: ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم، كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن.

وسواء كان ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الصَّبِيِّ، أو كان أجنبيًّا؛ وذلك لأن وجود من يملك الولاية يمنع التصرف في حق الصغير، كما لا يجوز التصرف في حق البالغ بالقبض؛ لأنه يملك القبض بنفسه.

قال: فإذا لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة، قبض للصبي من كان الصبي في حجره وعياله، ولم يجز قبض من لم يكن في عياله من ذي الرحم المحرم ولا

(١) في ب هنا زيادة (أو وصي جده بعد أبيه، أو وصي أبيه أو جده)، ولا داعي لها؛ لأنها تكرر لما سبق ذكره.

غيره؛ وذلك لأن من يعوله له عليه ضرب من الولاية إذا لم يكن له ولاية، ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي في ذلك منفعة، وله في قبض الهبة منفعة، [فجاز] ^(١) قبضه له.

وأما من ليس في عياله، فلا ولاية له عليه، فلا يجوز قبضه له كالأجنبي.

قال: وإن كان الصبي يعقل، ولم يبلغ بعد، فقبض ما وهب له، وواحد من هؤلاء الأربعة حي ^(٢)، جاز قبضه استحساناً، والقياس: أن لا يجوز.

وجه القياس: أنه لا ولاية له على نفسه، فلا يجوز قبضه في الهبة، كما لا يجوز في البيع.

وجه الاستحسان: أن له في هذا الفعل منفعة، ولا ضرر عليه فيه، فصار فعله كفعل من هو في عياله.

قال: وكذلك الصبيّة إذا عقلت، وكان لها زوج قد دخل بها، فقبضت أو قبض لها زوجها، جاز ذلك، وكذلك إن قبض الأب في هذه الحالة، جاز أيضاً على الصبي والصبيّة.

أما قبض الصبيّة؛ فإنما جاز لما بيّنا، وأما قبض زوجها؛ فلأنها في عياله، وأما قبض الأب؛ فيجوز لأنه يملك الولاية عليها.

قال: وإن وهب الأب شيئاً من مال الصغير، لم يجز على ابنه، وكانت الهبة مردودة؛ لأنه تبرع بملك غيره؛ ولأن فيه ضرراً على الصغير لا منفعة في مقابلته.

(١) في أ (فحصل)، والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

قال: فإن اشترط الأب عوضاً، لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.
 قال محمد: إذا شرط الأب عوضاً في الهبة جاز، وهو بمنزلة البيع إذا تقابضا.
 وجه قولهما: أن الهبة لما لم يملكها الأب في حق الصغير دون عوضٍ، لم يملكها بعوضٍ كالعتق؛ ولأنها صريح التبوع، فلا يملكها في حق ابنه الصغير^(١)، كالعتق على مالٍ.

وجه قول محمد: أنه تملك بعوضٍ كالبيع، واختلاف العبارة غير معتد به، كما لو قال: ملكتك.

وعلى هذا الخلاف، المأذون والمكاتب إذا وهبا، لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنهما لا يملكان الهبة بغير عوض، فلا يملكانها أيضاً بعوضٍ.
 قال محمد: كل من يملك البيع، يملك الهبة بعوضٍ؛ لأنها في معنى البيع.
 قال: وإذا وهب رجل هبةً لعبدٍ رجل، فالقبول إلى العبد، فإن قبل وقبض، صحَّت الهبة وكان الملك للمولى، ولا يجوز قبول المولى ولا قبضه، كان على العبد دين أو لم يكن، وللواهب أن يرجع فيها.

وإنما كان القبول إلى العبد؛ لأن الإيجاب وقع له، والقبول يعتبر فيمن وقع له الإيجاب، والقبض إليه؛ لأنه من حقوق العقد، والعقد وقع له.

وإنما كان الملك للمولى؛ لأن الهبة من أكساب العبد وأكساب العبد لمولاه.
 وإنما جاز الرجوع فيها وإن انتقلت إلى ملك المولى؛ لأن عقد الهبة أوجب

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

انتقال الموهوب إلى العبد على وجه لا يستقر ملكه ، وإنما ينتقل إلى مولاه ، فصار العبد كالوكيل .

وليس هذا كما لو زال ملك الموهوب [له] ؛ لأن ذلك الزوال لم يوجبه العقد ، فمنع من الرجوع .

فإن قيل : بأن الغرض بالهبة للعبد ليس هو العوض ؛ لأنه لا يملك العوض ، فهلا صار فيه كالهبة للفقير في منع الرجوع .

قلنا: العبد لا يملك التعويض بالأموال ، ويملك بالمنفعة ، فصار كالغني .

[قال محمد]: وكذلك المكاتب ، توهب له الهبة ، فالقبول إليه والقبض ، فإذا قبل وقبض ، فالمكاتب أحق بها ، ولا يملكها المولى ، وللواهب الرجوع .

وكذلك إن عتق المكاتب ، فللواهب أن يرجع في قولهم .

وإنما لم يملك المولى ما [١/٣٧٩] وُهبَ المكاتب ؛ لأنه لا يملك أكسابه ، والهبة من أكسابه ، ويجوز الرجوع ؛ لأن الهبة باقية على الملك الذي أوجبه الواهب .

وكذلك إن عتق المكاتب ؛ لأن الملك الذي أوجبه له بالهبة قد استقر بالعتق ، فكأنه وهب له ابتداءً وهو حر ، فإن عجز المكاتب ، جاز للواهب أن يرجع في قول أبي يوسف ، ولم يجز في قول محمد .

لأبي يوسف: أن عقد الهبة أوجب كون الملك فيها موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه ، فإذا استقر أحد وجهي المراعاة لم يسقط الرجوع ، كما لو استقر

ملك المكاتب بالعتق ، وهذا مبني على أن المولى لا يملك أكساب المكاتب بحكم ملك مستأنف ، وإنما يملكها بحكم الملك الأول ؛ بدلالة أنه يستحق بالعجز أكسابه ورقبته ، فإذا لم يملك الرقبة بحكم ملك مستأنف ، كذلك الأكساب .

وجه قول محمد: أن المولى يملك أكساب المكاتب ببطلان تصرف المكاتب بالعجز ، كما يملك الوارث أكساب [مورثه] الحر^(١) ببطلان تصرفه بالموت ، فإذا لم يجز رجوع الواهب على الوارث ، فكذلك لا يجوز رجوعه على المولى .

قال: وإذا وهب رجلٌ للعبد هبةً ، والعبد ذو رحمٍ محرمٍ من الواهب ، أو مولاه ذو رحمٍ محرمٍ من الواهب ، فللواهب أن يرجع في هبته في قول أبي حنيفة ، أيهما كان ذا رحمٍ محرمٍ من الواهب .

وكذلك إن كانا جميعاً ذوي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الواهب ، فإن محمداً قال: قياس قول أبي حنيفة: أن يرجع .

وقال أبو يوسف ومحمد: ينظر إلى المولى ، فإن كان ذا رحمٍ محرمٍ من الواهب ، لم يرجع ، وإن لم يكن المولى ذا رحمٍ محرمٍ من الواهب ، وكان العبد ذا رحمٍ محرمٍ من الواهب ، رجع الواهب .

أما إذا كان المولى أجنبياً ، فللواهب الرجوع في قولهم من أصلين مختلفين:

أما أبو حنيفة^(٢) فيقول: إن الهبة لا تحصل بها صلة كاملة ؛ لأنها تقع للعبد من وجه ، ولمولاه من وجهٍ ، فصار كالهبة لرجلٍ غير محرم .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (أبو يوسف) خطأ .

فأما هما فيقولان: الملك بالعقد يحصل للمولى ، وهو أجنبي ، فكأن الواهب أوجب الهبة له .

وأما إذا كان المولى ذا رحمٍ محرمٍ ، والعبد أجنبيًا ، فللواهب أن يرجع عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد^(١) : لا يرجع .

لأبي حنيفة: أن الهبة حاصلة للعبد من وجه^(٢) ، وللمولى من وجهٍ ، ألا ترى أنها موجبةٌ للعبد ، ولهذا يقضى منها ديونه ، والملك حاصل للمولى إذا لم يكن دينٌ ، فلم يكمل معنى الصلة فيها ، فصارت كالهبة لرحمٍ غير محرمٍ .

وجه قولهما: أن الملك يحصل للمولى ، وهو ذو رحمٍ محرمٍ من الواهب ، فكأنه وهب له ابتداءً ، فلا يرجع .

وأما إذا كان المولى والعبد كل واحدٍ منهما ذا رحمٍ محرمٍ ، فقد ذكر أبو الحسن عن محمد: أن قياس قول أبي حنيفة: أن يرجع ؛ لأن رحم العبد غير مؤثرٍ عنده إذا كان الملك لا يحصل له ، ورحم المولى^(٣) غير مؤثرٍ إذا كان الإيجاب وقع لغيره ، فيثبت الرجوع .

وكان أبو جعفر الهندواني يقول: ليس له أن يرجع في هذه المسألة في قولهم ؛ لأن الهبة إما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى ، وأيهما كان من جهةٍ كاملةٍ ، وذلك يمنع الرجوع .

وعلى هذا التفرع إذا وهب لمكاتب ، وهو ذو رحمٍ محرمٍ من الواهب ، أو

(١) في ب (وقالا) .

(٢) (من وجه) سقطت من ب .

(٣) في ب (ورحم الموهوب له) .

مولاه ذو رحم [محرم] من الواهب، فإن أدى المكاتب اعتبر حاله، فإن كان ذا رحم محرم من الواهب، لم يرجع، فإن كان أجنبياً، فله أن يرجع؛ لأن ملكه استقر بالعتق، فكأن الهبة وقعت له وهو حرٌّ، وإن كان أجنبياً رجع الواهب، وإن كان ذا رحم محرم لم يرجع.

وإن عجز المكاتب، فَرُدَّ في الرق، ففي قياس قول أبي حنيفة^(١): يعتبر حال المولى، فإن كان أجنبياً فلولواهب أن يرجع، وإن كان ذا رحم محرم من الواهب فليس له أن يرجع؛ لما بيَّنا: أن كسب المكاتب موقوفٌ عليه وعلى المولى، فإذا استحقَّه المولى استقرَّ له، فكأنه وهبهُ له^(٢) بالعقد.

وعلى قول محمد: لا يرجع الواهب في الأحوال كلها؛ لأن كسب المكاتب لنفسه، فإذا انتقل إلى المولى بعجزه، فكأنه وهبَ [له] فمات وانتقل إلى ورثته، [فأما ما دام مكاتباً، فالواجب أن يعتبر بحال المكاتب، فإن كان ذا رحم محرم من الواهب، لم يثبت الرجوع، وإن كان أجنبياً رجع]^(٣).

تم كتابُ الهبة



(١) في ب (أبي يوسف).

(٢) في ب (وجب له).

(٣) انظر: الأصل ٤١٤/٣، ٤١٥.

[٦٩] كتابُ الوديعةِ

قال: الوديعة^(١) عندنا عقدٌ جائزٌ، والدليل على جوازه قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]، وهذا أمرٌ بالتعاون على البرِّ.

وقال ﷺ: «لا يزال الله في عون العبد، ما دام العبد في عون أخيه»^(٢)، وروى أنه قال: «من ائتمن أمانةً فليردها»^(٣).

ولأن الناس يفعلون هذا في سائر الأعصار من غير خلاف؛ ولأنه لا خلاف في ذلك بين الأمة، وهي من عقود الأمانات، والدليل عليه قوله ﷺ: «ليس على المستودع غير المغلِّ ضمانٌ، ولا على المستعير غير المغلِّ ضمانٌ»^(٤).

قال أبو الحسن: والوديعة عند أصحابنا جميعاً أمانةٌ، فإذا قبلها المودع، فهو مؤتمنٌ مستحفظ، وهذا على ما بيننا.

وإنما كان مستحفظاً؛ لأنه موكلٌ بالحفظ دون غيره، فكان عليه أن

(١) الوديعة لغة: مأخوذة من ودعت الشيء، إذا تركته.

«وفي الشرع: عبارة عن ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ، مع بقائها على حكم ملك المالك». الجوهرة ص ٢٤٨. وهي اسم لما يحفظ المودع.

(٢) أخرجه مسلم (٢٦٩٩).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢٠٧١٤) وفيه أبو حرة الرقاشي، وثقه أبو داود وضعفه ابن معين، وفيه علي بن زيد وفيه كلام. انظر مجمع الزوائد (٢٦٦/٣).

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٤١/٣) وفيه ضعيفان، وقال الدارقطني: «وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع».

يفعل ما أمر به .

قال: ويلزمه حفظها بما يحفظ به ماله من يدٍ أو حِرْزٍ ؛ وذلك لأن الإنسان لا يلتزم حفظ مال الغير إلا على الوجه الذي يحفظ ماله ، وإذا فعل ما يفعله في ماله لم يضمن .

قال: وسواء حفظها في يده أو في يد غيره إن كان الغير ممن يكون ماله في يده ويستحفظه إياه ، وهذا إذا كان الحافظ في عيال المودع ؛ لأنه لا يتمكن من الحفظ إلا بمن في عياله ، فصار مأذوناً في التسليم إليه .

ولأنه لو لم يسلم الوديعة إليه لحصلت في يده من طريق الحكم إذا خرج المودع من داره وخالى بين عياله وبين الدار ، وإذا لم يضمن بذلك لم يضمن بالتسليم .

[قال]: فإن أخرجها من يده إلى يد غيره ممن لا يد له في ماله ، ولا يستحفظه ، أو جعله في حِرْزٍ ليس بحِرْزٍ فيه ماله ، فهو مخالف ضامن للوديعة لو هلكت قبل أن يردّها إلى يده أو حرزه .

أما إذا أخرجها من يده إلى يد من ليس في عياله ؛ فلأن المالك رضي بيده ولم يرض بيد غيره ، [يعني في غير حال الضرورة] ، وحكم الأيدي مختلفٌ .

فإذا سلمها إلى من ليس في عياله ، فقد حفظها بيد من لم يرض المالك بها ، فيضمن ؛ ولهذا المعنى قالوا: ليس للوكيل أن يوكل ؛ لأن المالك رضي برأيه ولم يرض برأي غيره .

وأما قوله: وإذا حفظها في حِرْزٍ (ليس بحِرْزٍ فيه ماله ، ضمن ، فإنما يعني بذلك: أنه أحرزها في حِرْزٍ)^(١) غيره ، فيصير بذلك [ب/٣٧٩] في حكم المودع .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

وأما إذا استأجر حرزاً لنفسه ، وحفظها فيه دون ماله ، لم يضمن ؛ لأن هذا حرزٌ له كالحرز الذي فيه ماله .

قال : فإن ردها إلى يده [أو حرزه بعد أن كان أخرجها عن يده] أو حرزه ، برئ من الضمان ، وعادت الوديعة إلى حال الأمانة كما كانت في الأول^(١) .

وكذلك إن استعمل الوديعة ، فكانت دابة فركبها ، أو حمل عليها ، أو عبداً فاستخدمه ، أو ثوباً فلبسه ، أو شيئاً مما يفرش ففرشه ، ثم أفلح عن ذلك ، وردها إلى حالها الأولى (برئ من الضمان ، فإن لم يفعل حتى هلكت في تلك الحال قبل أن يردها إلى الحال الأولى)^(٢) لزمه ضمانها .

قال : وجملة هذا : أن المودع إذا تعدى في الوديعة ، ثم أزال التعدي ، برئ من الضمان عندنا ، وقال الشافعي : لا يبرأ^(٣) .

لنا : أن أمره بالحفظ عامٌّ في سائر الأوقات ، والأمر لا يبطل بالتعدي ؛ بدلالة أن من وكل رجلاً ببيع عبده ، فأعتقه الوكيل ، أو وهبه ، أو باعه بثمن يسير ، فقد تعدى في فعله ، ولا يمنعه ذلك من بيعه في الثاني ، فإذا لم يبطل الأمر بالتعدي ، وأزال^(٤) التعدي ، فقد رجعت العين إلى يدٍ تقوم مقام^(٥) يد المالك ، فكأنه ردها إلى وكيله ، فيبرأ من الضمان .

وليس هذا كما لو جحد الوديعة ثم أقرّ بها ؛ لأن الجحود لا يكون إلا بعد

(١) انظر : الأصل ٤٣٢/٨ .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) انظر : الأم ص ٧٣٨ ؛ المنهاج ص ٣٦٣ ؛ رحمة الأمة ص ١٣٩ .

(٤) في ب (فإذا) .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .



مطالبة المالك بالرد ، والمالك إذا طالب بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فإذا اعترف بالوديعة فلم يردها إلى يدٍ تقوم مقام يد المالك ، لم يسقط الضمان .

وقد قالوا: في المستأجر إذا تعدّى ثم أزال التعدي ، لم يبرأ من الضمان ؛ لأن يده لنفسه ، ألا ترى أنه يقبض الشيء لمنفعة نفسه ، فإذا زال التعدي لم يرد العين إلى يدٍ تقوم مقام يد المالك .

وطعن عيسى بن أبان على هذا فقال: بأن يد المستأجر [يدٌ] كمؤاجره ؛ بدلالة أن له أن يرجع عليه مما يلحقه من الضمان ، كالمودع .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه لا يرجع للمعنى الذي قاله ، وإنما يرجع ؛ لأنه غرّه بإيجاب عقد فيه بدل ، كما يرجع المشتري على البائع بما يلحقه من الضمان ، وإن لم تقم يده مقام يده .

وكذلك قالوا: في المستعير إذا تعدّى ثم أزال التعدي ، لم يبرأ من الضمان ؛ لأن يده لا تقوم مقام يد المالك ، ألا ترى أنه يمسك الشيء لمنفعة نفسه ، (لا لمنفعة المالك .

فأما المودع ، فيده قائمة مقام يد المالك ؛ لأنه يمسك لمنفعته^(١) ، فصارت يده كيده^(٢) .

قال: فإن أخرجها عن يده في حال ضرورةٍ مثل أن يقع في داره حريق غالب يخاف عليه على الوديعة ، أو يكون معه في سفينة فيلحقه غرق ، أو لصوص وما

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (فصارت يده كيد غيره) .

أشبه ذلك ، فيدفعها إلى غيره ، فلا يضمن ؛ وذلك لأنه مأمور بالحفظ ، ولا يقدر على الحفظ في هذه الحالة إلا بالإيداع ، فكان مأذوناً فيه .

قال أبو يوسف: ولا يصدقه على العذر حتى يقيم بيّنةً ، وكذلك قياس قول أبي حنيفة ؛ وذلك لأن الإيداع سببٌ للضمان ، فإذا ادّعى سقوط الضمان بالضرورة ، لم يقبل قوله إلاّ ببيّنةٍ ، كما لو ادعى أن المالك أذن له في الإيداع .

قال: وإن سافر فاستودعها رجلاً ، فهو ضامن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإن خرج بها معه فلا ضمان عليه .

وقال في هذه المسألة: إن كانت الوديعة لها حملٌ ومؤنةٌ ، فليس للمستودع أن يحولها من المصر الذي استودعها فيه ، فإن خرج بها من ذلك المصر ، فلا ضمان عليه ، (ما خلا خصلةً واحدةً)^(١): أن يكون طعاماً كثيراً ، أو برّاً كثيراً ، فإنه يضمن استحساناً ، وليس بقياس ، والقياس: أن لا يضمن .

وقال أبو حنيفة: يخرج بها حيث شاء ، كان لها [حملٌ و] مؤنة أو لا [حملٌ ولا مؤنة] ، وروى هشام عن محمد مثل قول أبي يوسف .

وجه قول أبي حنيفة: أن المودع لا يلتزم حفظ الودائع لترك السفر الذي يحتاج إليه لمصالحه ، فإذا عنّ له سفرٌ ، لم يجز أن يودع الوديعة فيضمن ، ولا يكلف أن يستأجر لها منزلاً ؛ لأن هذا ضمان لم يلتزمه المالك ، فلم يبق إلا أن يسافر بها ؛ ولأن المودع لما أطلق الأمر بالحفظ ، اقتضى ذلك عموم الحال في السفر والحضر .

وجه قولهما: أن ما له حملٌ ومؤنةٌ ، يلحق المالك ضرر بالسفر فيه لمؤنة

(١) سقطت من ب .

الرد ، فلم یجز للمودع ذلك ، وما لیس له مؤنة ، لا یلزمه ضرر فی رده ، فبقي علی أصل القیاس .

قال : فإن ذهب^(١) الودیعة بغير فعلٍ من المودع ، أو دخلها نقصٌ بغير فعله ، فلا ضمان علیه .

وإن ادعى فی ذلك دعوى أنها هلكت ، أو هلك [بعضها] بغير فعله ، أو ادعى أن ذلك كان بفعل غيره بغير أمره ، فالقول قوله مع يمينه ؛ وذلك لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : أن رسول الله ﷺ قال : «من استودع وديعة فهلك ، فلا ضمان علیه»^(٢) ، وعن عمر ابن الخطاب أنه قال : «العارية بمنزلة الودیعة ، لا یضمن صاحبها إلا أن يتعدى»^(٣) ، وعن الحسن قال : (أدرکت ثمانین من أصحاب محمد ﷺ ، ما رأيتهم یضمنون الودائع^(٤)) ؛ ولأنه مؤتمنٌ ، فلا یلزمه الضمان إلا بالتعدي ؛ ولأن یده كید المالك ، ولو هلكت العین فی ید المالك ، لم یضمنها ، فكذلك إذا هلكت فی ید المودع .

وإنما یرجع إلى قوله ؛ (لأن الأمين یقبل قوله فی إسقاط الضمان عن نفسه ، كالأب والوصي ؛ ولأن الأصل)^(٥) أنه لم یوجد منه سبب من أسباب الضمان ، ومن یمسك بالأصل فالقول قوله .

(١) فی ب (قطعت) .

(٢) رواه الدارقطني فی السنن (٤١/٣) وفيه ضعيفان ، وقال الدارقطني : «وإنما یروی عن شريح القاضي غير مرفوع» .

(٣) أخرجه عبد الرزاق فی المصنف (١٤٧٨٥)

(٤) لم أجده .

(٥) ما بین القوسین سقطت من ب .

وإنما كان القول قوله مع يمينه ؛ لأننا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة ، والشيء مما يصح بذله ، فكان عليه اليمين ، كالمدعى عليه الدين .

قال : فإن أخرجها من يده إلى يد غيره ، أو أمر غيره أن يحدث فيها حدثاً يستهلكها به ، أو يدخلها نقصاً فاحشاً^(١) ، ثم ادعى أن ذلك كان بأمر المودع ، لم يصدق على ذلك ، إلا أن يقيم عليه بيّنة .

وإن لم يقم له على ذلك بيّنة ، ضمن بعد أن يحلف المودع بالله ما أمره بذلك ، فإن حلف ، ضمنه ، وإن أبى أن يحلف ، فلا ضمان عليه ؛ وذلك لأن إخراجها من يده والأمر بالتعدي فيها سببٌ من أسباب الضمان ، [إن] ادعى البراءة منه ، وأقرّ المالك ، فلا يقبل قوله في إسقاط الضمان .

وإنما وجب استحلاف المودع ؛ لأن للمودع فائدةً في يمينه ، لما يؤدي النكول إليه من إسقاط الضمان عنه ، فلذلك استحلّفه ، فإن حلف ، فقد قطع الخصومة ، فوجب الضمان ، وإن نكل ، فقد بذل الإذن ، وذلك مما يصحّ بذله ، فيسقط الضمان .

قال : وإذا ادعى رجل أنه أودع رجلاً شيئاً ، فجدد المدعى عليه الودیعة^(٢) ، فالقول قوله مع يمينه .

فإن أقام المدعى البينة على الودیعة ، أو استحلّف فنكل عن اليمين ، ثم أقرّ بعد إقامة البينة أو بعد إمضاء اليمين ، فقال : قد كنت استودعنتني فهلكت الودیعة

(١) في ب (يدخلها نقصاناً بذلك) .

(٢) في ب (فحج المدعى فأنكر الودیعة) .

[١/٣٨٠] في يدي ، لم يقبل منه ، وضمن ؛ وذلك لأنه لما جحد الودیعة ، فقد حكمنا له بحكم الملك فيها ، ولا يجوز أن يحكم له بالملك في ملك غيره حتى نوجب عليه الضمان ، فإذا ضمنها لم يسقط عنه الضمان^(١) بالهلاك ؛ ولأن الأمر بطل بالجحود ، فصار المودع غاصباً ، فلا يقبل قوله في الهلاك .

قال : وكذلك إن أقام بينةً بعد جحوده الودیعة ، لم يسمع من بينته ؛ لأن جحود الودیعة أكذب البينة بهلاكها ، [والمُدَّعي] ^(٢) إذا كذب بينته لم يسمع .

فإن أقرَّ ربُّ الودیعة أنها هلكت في يده قبل جحوده إياها ، برئ المودع من الضمان ، وإن لم يقرَّ بذلك ولم تقم له بينةٌ وقال المستودع : استودعتني فهلكت ، فحلفه : ما هلكت قبل أن أجحدها ، فإن القاضي يحلفه : ما يعلمه هلكت قبل جحوده ؛ وذلك لأن الإقرار ثبت حكمه بنفسه ، فإذا أقرَّ ربُّ الودیعة أنها هلكت قبل الجحود ، فقد هلكت على الأمانة ، والجحود بعد ذلك لا يوجب الضمان فيها .

فإن لم يقر استحلف ؛ لأن اليمين فيها فائدة للمودع ، ويستحلف على العلم ؛ لأنها يمينٌ على فعل الغير .

قال بشرٌ : سمعت أبا يوسف في رجلٍ استودع رجلاً ألف درهم ، فقال المستودع : قد ضاعت ، فالقول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه .

وقال أبو يوسف : أخبرنا الحجاج عن ، أبي الزبير ، عن جابر : أن رجلاً استودع رجلاً وديعة ، فقال : سُرقَت ، فاخصمنا إلى أبي بكر رضي الله عنه ، فلم يضمه^(٣) ،

(١) (عنه الضمان) سقطت من ب .

(٢) في أ (والمودع) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢١٤٦٧)

وهذا على ما قدمنا .

قال: ولو أن المستودع قال: قد ضاعت، ثم قال بعد ذلك، بل كنت دفعتها إليك، وأوهمت، فإنه لا يصدق، وهو ضامن؛ لأنه أكذب نفسه في ردها بدعوى الهلاك، وأكذب نفسه في الهلاك بدعوى الرد، فإذا سقطت الدعوتان، بقي الشيء في يده في الظاهر، فيلزمه الضمان.

وقد قال أبو يوسف: في الوديعة إذا جحدها المودع [مع] صاحبها، ضمن، فإن جحدها مع غيره، لم يضمن؛ وذلك لأن الضمان إنما يجب بترك التسليم عند وجود الأخذ^(١)، وهذا المعنى موجودٌ بمطالبة المالك دون غيره؛ ولأن المودع قد يجحد الوديعة مع غير مالئها على طريق الحفظ [لها]، فلم يوجب ذلك الضمان عليه.

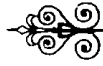
وقال زفر: يضمنها في الوجهين جميعاً؛ لأن الجحود لما تعلّق به الضمان، استوى فيه أن يكون بحضرة المالك أو بغير حضرته، كالتعدي.

قال أبو حنيفة: إذا استعار ثوباً ليلبسه، أو دابةً ليركبها، أو كان عنده مال وديعةً فبعث به مع رسولٍ من أهله وعياله، فلا ضمان عليه، وإن بعث [بذلك] مع رجلٍ ليس في عياله، فهو ضامنٌ، وكذلك قال أبو يوسف.

وقال ابن أبي ليلى: لا ضمان عليه في الوجهين جميعاً^(٢)؛ وهذا على ما بيّننا: أن المودع له أن يحفظ الوديعة بنفسه وبمن في عياله، فجاز له أن يسلمها إليهم، ومن ليس في عياله، لا يجوز أن يحفظ به، فلا يجوز أن يسلم إليه.

(١) في ب (عند وجوب الرد).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.



وأما ابن أبي ليلى، فمن أصله أن المودع يجوز له أن يودع^(١)، فإذا أسلم إلى أجنبي لم يضمن بالتسليم.

قال: وإذا استودع رجل رجلاً ألف درهم، فقال: خبئها في بيتك هذا، فخبأها في بيت آخر من داره تلك، فضاعت الوديعة، فلا ضمان عليه، وكذلك لو قال: ضعها في كيسك هذا، فوضعها في صندوقه، لم يضمن، وكذلك لو قال: أمسكها بيدك ولا تضعها ليلاً أو نهاراً، فوضعها في بيته، فهلكت، لم يكن عليه الضمان.

وذلك لأن البيوت في الدار الواحدة حرزٌ واحدٌ، ألا ترى أن السارق إذا نقل من بيتٍ [إلى بيتٍ] لم يقطع، والحرز الواحد لا فائدة في تعيين بعضه دون بعض، والأمر الذي لا فائدة فيه يسقط حكمه، أصله: إذا قال: أودعتك على أن تنظر إليها بعينك اليمنى دون اليسرى.

وليس هذا كما لو قال: احفظها في هذه الدار، فحفظها في دارٍ أخرى؛ لأن كل واحدٍ من الدارين حرزٌ منفردٌ، والأحراز تختلف، فللمالك غرضٌ في بعضها دون بعضٍ صحيحٌ، فصحَّ تعيينه، فإذا أودع في غير الحرز، ضمن.

وأما إذا قال له: عليك أن تمسكها بيدك ولا تضعها، [فإن] هذا مما لا يمكن، والأمر به لا يتعلّق به حكمٌ، فسقط.

ولو قال: لا تخرجها من الكوفة، وضعها في بيتك، فخرج بها عمداً إلى البصرة أو إلى غيرها، ضمن؛ لأن السفر فيه خطر بالمال، فإذا نهاه عنه، فقد خصّ الحفظ تخصيصاً فيه فائدةٌ، فتعلّق الحكم به.

(١) في ب (أن المودع له أن يحفظ الوديعة بنفسه وبمن في عياله يودع). خطأ.

قال: فإن انتقل من الكوفة إلى البصرة، أو إلى غير ذلك لشيء لم يكن له منه بُدٌّ، فهكلت، فلا ضمان عليه، وهذا إنما يُريد به إذا جاز لم يكن عليها، فهو مأمور بالحفظ، فإذا لم يقدر على حفظها في المصر، جاز له النقل، كما يجوز له في [نقلها] (١) [عن داره إلى دار غيره] (٢) عند الحريق.

قال: فإن استودع وديعةً وقال له: لا تسلمها إلى امرأتك فإني أتهمها [عليها]، أو إلى عبدك، أو إلى أمتك، أو إلى ابنك، أو إلى ابنتك، فإني أتهمهم، فدفعتها المستودع إلى بعض من ذكرنا، فهكلت الوديعة، قال: إن كان المودع لا بد له فيما صنع، ولا يجد بدأً من أن يدفعها إلى بعض ما ذكرنا، لم أضمنه؛ وذلك لأن من كان في عياله منهم، لا يستطيع منعه منها؛ لأنه يصير في يده من طريق الحكم، فلا يكون للنهي فائدة، ومن ليس في عياله يقدر على حفظها منه، فلم يجب التسليم إليه كالأجنبي.

قال: فإن أودع رجلان رجلاً وديعة، دراهم أو دنانير أو [دواباً] (٣) أو عبيداً، أو ثياباً (٤)، فجاء أحدهما والآخر غائب، فقال للمستودع ادفع إليّ حصتي من ذلك، فأبى ذلك عليه، فتقدما إلى القاضي، [قصاً عليه القصة]، فإن القاضي لا يقضي عليه أن يدفع إلى الحاضر حصته دون الآخر، حتى يجتمعا جميعاً.

وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم ذلك وأدفع إليه حصته، ولا تكون قسمة

جائزة على الغائب.

(١) في أ (فعلها) والمثبت من ب.

(٢) في أ (عن بلده)، والمثبت من ب.

(٣) في أ (دراهم)، والمثبت من ب.

(٤) في ب (بستاناً) خطأ.

وقد روي عن محمد أنه قال: قول أبي حنيفة أقيس ، وقول أبي يوسف: أوسع .
 لأبي حنيفة: أن المدفوع لا يخلو: إما أن يكون نصيب الحاضر خاصةً ، أو
 من النصيبين ، ولا يجوز أن يكون نصيبه خاصةً ؛ لأن ذلك لا يكون إلا بالقسمة ،
 والمودع ليس بوكيل في القسمة ، ولا يجوز قسمته المال مع غيبته ، ولا يجوز أن
 يكون المدفوع من النصيبين جميعاً ؛ لأن تسليم نصيب الغائب إلى الحاضر لا
 يجوز .

وجه قولهما: أن الغائب لو حضر فأخذ شريكه بعض المال وأتلفه ، لم يجبر
 على رده ، فكذلك إذا كان غائباً ، جاز أخذه من جهة المودع .
 وهذا إنما يتصور في المكيلات والموزونات خاصةً .

وليس بصحيح ؛ لأنه ليس إذا أخذ المستحق بعض المال المشترك [وأتلفه]
 لم يجبر على رده (مما يدل على أنه يجوز)^(١) للمستودع الدفع إليه ، (ألا ترى أن
 الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه لم يجبر على رده)^(٢) ، ولا يجوز لمودع
 الغريم أن يدفع إليه .

ولهما: أن الدين المشترك إذا حضر أحد الشريكين ، كان له أن يطالب
 بحقه ، [٣٨٠/ب] فكذلك العين المشتركة .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن [المودع] إذا دفع إلى أحد الشريكين مقدار
 دينه ، فإنما يدفع مال نفسه لا مال الغائب ، وفي مسألتنا: يدفع مال الغائب^(٣)

(١) في ب (مما يجوز) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (الغير) .

بغير إذنه ، فلا يجوز .

وأما قولهما: إنه لا تكون قسمةً جائزةً في حقّ الغائب ، فمعناها: أن الباقي في يد المودّع إن هلك وحضر الغائب ، كان له أن يرجع على القابض بنصف ما قبض ؛ لأن القسمة لم تصحّ ، وقد سلم لأحد الشريكين من المال المشترك ما لم يسلم لشريكه مثله ، فلذلك رجع عليه .

قال: وإذا أودع رجلٌ رجلين مالاً ، قال: يأخذ كلّ واحدٍ منهما نصفه حين يقتسمانه^(١) ، فإن دفع أحدهما المال كله إلى صاحبه ، ضمن في قول أبي حنيفة ، ولم يضمن في قول أبي يوسف ومحمد ، وهذا فيما يمكن قسمته ، فأما ما لا يمكن قسمته ، فلكلّ واحدٍ منهما أن يدفع إلى الآخر^(٢) .

لأبي حنيفة: أن المالك رضي بحفظهما ، ولم يرض بأحدهما ، فإذا أمكن كلّ واحدٍ منهما الحفاظ على الوجه المأمور به ، فلم يفعل ، صار ضامناً ، كالمودّع الواحد إذا سلم الودیعة إلى غيره .

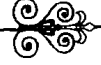
وليس كذلك ما لا يقسم ؛ لأن المودّع يعلم أنهما لا يجتمعان أبداً في مكانٍ واحدٍ ، فتسليمه إليهما رضاً بيد كلّ واحدٍ منهما .

وجه قولهما: أن المالك رضي بأمانتيهما ، فلكل واحد التسليم إلى الآخر ، كالشيء الذي لا يقسم .

وعلى هذا ، قال أبو حنيفة في المرتهنين والوكيلين بالشراء: إذا سلم

(١) وفي ب (يعني) .

(٢) في ب (أن يسلمه إلى الآخر) .



أحدهما إلى الآخر ما يمكن قسمته ، ضمن ؛ لما بيّننا .

قال : وإذا أودع رجلٌ رجلاً مالا ، فأودعه الذي قبض الودیعة غيره فضع ، فإن أبا حنیفة قال : الضمان على الأول ، وليس على الثاني ضمان .

وقال أبو یوسف ومحمد : لربّ الودیعة أن يضمّن الآخر ، فإن ضمّن رجوع على الأول ، وإن ضمّن الأوّل لم يرجع على الآخر .

لأبي حنیفة : أن الضمان إنما وجب بقبض المودّع الثاني ، والفعل الواحد لا یوجب ضمّاناً على اثنين في عينٍ واحدةٍ على كلّ واحدٍ منهما في جميعها ، كالغصب .

وليس هذا كالغاصب وغاصب الغاصب ؛ لأن كلّ واحدٍ منهما وُجد منه غصبٌ مبتدأً ، فلزم أحدهما الضمان بفعلٍ غير ما لزم به الآخر .

وفي مسألتنا : تسليم الودیعة لا یتعلّق به ضمانٌ ؛ لأنه لو سلّمها فحفظها المودّع بحضرة المودّع الأول ، لم يضمّن واحدٌ منهما ، فعلمت أن الضمان إنما هو بما بعد التسليم .

ولا یلزم الشراء الموجب للضمان على الوكيل و[على] الموكل ؛ لأن الوكيل يضمّن بعقد الشراء ، والموكل يضمّن بعقد الوكالة ، لا بالشراء .

ولا یلزم القصار إذا غلط ، فدفع ثوب رجلٍ إلى غيره فقطعه ، أن كلّ واحدٍ منهما ضامنٌ^(١) ؛ لأن الثاني ضمّن بالتصرف ، والأول ضمّن بالدفع ، ألا ترى أنه ممنوعٌ من دفع ثوب الإنسان إلى غيره .

(١) في ب (ضامن للثاني) ، بزيادة (للثاني) ، والسياق لا یقتضیها .

ولأن الضمان لما وجب على الأول بفعل الثاني، لم يجب على الثاني ضماناً، كأجير الأجير المشترك إذا دَقَّ الثوب فتخرق، ضمن الأجير المشترك، ولم يضمن أجيره؛ ولأنه مودعٌ لمؤتمنٍ، فصار كمودع الشريك والمضارب.

وجه قولهما: أن الأول تعدى بالتسليم، والثاني تعدى بالقبض، فصار كالغاصب وغاصب الغاصب.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: سمعت محمداً قال: في رجلٍ أودع رجلاً وديعةً، فجاء بها المودع فوضعها في منزل المودع، فضاعت الوديعة، إن المستودع ضامنٌ لها؛ وذلك لأن المودع رضي بيده، ولم يرض بيد غيره، فإذا أخرجها من يده إلى يد المالك^(١)، ضمن^(٢).

وعلى هذا، لو دفعها إلى من في عيال المالك؛ لأن المالك لم يرض بيدهم، فصاروا في حقه كالأجانب، وهذا هو القياس عندنا في العارية والإجارة إذا ردهما إلى بيت مالكما.

وإنما استحسنوا فيهما للعادة، وهو أن الجيران يستعير بعضهم من بعض آلة البيت، ويردونها إلى دارهم من غير تسليم، وكذلك تستعار الدابة، وترد إلى الإصطبل، ألا ترى أن العادة لم تجر أن تستعار دابة الأمير، ثم تعاد^(٣) إلى مجلسه، وإنما تُردُّ إلى القيم بها، وتركوا القياس للعادة، وهذه العادة غير موجودة في الودائع.

(١) في ب (إلى غير يد المالك)، بزيادة (غير)، والسياق لا يقتضيها.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (ثم تحتل).

ولهذا قالوا: في العارية إذا كانت عَقْدُ جوهر، لم يجر أن يردّها إلا إلى المعير؛ لأن مثل هذا لم تجر العادة بطرحه في الدار، ولا يدفعه إلى غلمان الخدمة، فصار كالوديعة.

وقال ابن سماعه عنه: في الرجل يبعث بالوديعة تكون عنده مع غلمانه، أو أجيره الذي استأجره مشاهرة [أو] مع ابنه الصغير أو الكبير الذي هو في عياله يمونه ويكفيه طعامه وكسوته، أو مع رجل هو في عياله على مثل تلك الحال، قال: هو جائزٌ، ولا ضمان عليه، وأما رجل يجري عليه نفقته دراهم في كل شهرٍ، فليس هذا بمنزلة الذي هو في عياله، فهو ضامنٌ.

وهذا صحيحٌ؛ لأن من كان في عياله لا يقدر على حفظ الوديعة عنهم، فالتسليم إليهم مأذونٌ فيه، ومن كان في منزله وإن كان في نفقته، فهو يقدر على منعهم، فيضمن بالتسليم إليهم.

قال: ولو أودع الوديعة شريكاً له مفاوضةً، أو [شريكاً] شركة عِنَان، أو عبداً مأذوناً له في التجارة، أو عبداً له معزولاً عن منزله، فضاع، لم يكن في شيء من هذا ضمان، وكذلك أجيره وخادمه.

وكذلك لو استحفظها شريكه، فحملها إلى منزله، فضاقت، لم يكن عليه ضمانٌ.

وكذلك صيرفيان شريكان، أودع أحدهما رجلاً وديعةً، فوضعها في كيسه، فأمر شريكه بحفظها، فحمل الكيس بما فيه من الوديعة والبضاعة، فضاع، لم يضمن؛ وذلك لأن كل واحد من الشريكين يحفظ ماله بشريكه، وبمملوكه،



فصارت يدهم في المال كيده ، فلم يضمن .

قال: وإذا أودع رجلٌ رجلاً وديعةً ، فخلطها بغيرها خلطاً ، لا تتميز منه ، فهو ضامن ، فإن كانت متميزةً حين يوصل إليها [بعينها] ، فلا ضمان على المودع .

ولو أودعه رجلان ، كل واحد منهما ألفاً على حدة ، فعمد المودع إلى الألفين فخلطهما جميعاً ، فاختلط المال ، فإن أبا حنيفة قال: لا سبيل لواحد منهما على أخذ هذه الدراهم ، ولهما على المودع ألفان .

وقال أبو يوسف ومحمد: هما بالخيار: فإن شاء ضمناه ألفين ، وإن شاء أخذنا هذه الألفين فاقسماها نصفين ، وقد بينّا هذه المسألة في الغصب وذكرنا لأبي حنيفة: أن الخلط يمنع من الوصول إلى عين الوديعة ، كإتلافها ، وليس كذلك [أ/٣٨١] الخلط الذي لا يتميز ؛ لأنه يمكن الوصول إلى عين^(١) الوديعة ، فكأنها لم تختلط . وجه قولهما: أن عين المال بحاله ، وإنما دخله نقصٌ بالشركة ، فكان مالكة بالخيار: إن شاء أخذه مع النقص ، وإن شاء ضمّن .

قال محمد: لا يسع المودع أكل هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها إلى أصحابها .

وهذا صحيح من قولهم أما على قولهما: فلأن المودع لم يملكها .

(وعلى قول أبي حنيفة: ملكها)^(٢) من وجهٍ محظورٍ لم يؤد بدله .

قال: وإذا أودع رجل رجلاً مالاً ، فمات المودع ، فإن كانت الوديعة معروفةً بعينها ، قائمة في أيدي الورثة ، ردّت على صاحبها ، وإن كانت لا تعرف بعينها ،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت من ب .

فهو دين في تركة الميت ، يحاص الغرماء ، وإن كان دينهم^(١) في الصحة ، يكون كأحدهم .

أما إذا وجدت بعينها ، فلقوله ﷺ : «من وجد عين ماله ، فهو أحق به»^(٢) ، فإن لم يوجد ، فقد ضيَّع المودَع الحفظ فيها بترك بيان حالها ، والمودَع إذا ضيَّع الحفظ [ضمن] ؛ ولأنه لمَّا لم يبيِّن حالها ، فالظاهر أنها باقية في يده ، وقد حكمنا له فيها بحكم الملك ، ولا يجوز أن نحكم له بالملك فيما لا يملكه حتى يحكم عليه بضمان قيمته .

وإذا ثبت أنها دين عليه ، ساوى صاحبها الغرماء .

وإنما صارت كدين الصحة ، وإن كان السكوت عن بيانها في المرض ؛ لأنه ضمانٌ له سببٌ معلوم ، فيساوي ديون الصحة وإن كان في المرض ، كالقرض المعروف وثمان البيع^(٣) .

وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْكِتَابِ الْمَشْهُورَةِ:

٢٧٠١ - [مَسْأَلَةٌ: ضَمَانُ الصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ إِذَا أَتَلَفَ الْوَدِيعَةَ]

إذا أودع صبيًّا محجوراً عليه وديعة ، فأتلفها ، لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف: يضمن^(٤) .

(١) في ب (وقتهم) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣١) من طريق الحسن عن سمرة ، وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ؛ ورواه ابن ماجه (٢٣٣١) من طريق آخر ، فيتقوى الطريقتان أحدهما بالآخر . وانظر: مصباح الزجاجة للبوصيري (٤٥/٣) .

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٠٩/٤ ، وما بعدها .

(٤) انظر: الأصل ٤٣٥/٨ .

ولو أودعه عبداً فقتله ، ضمن في قولهم جميعاً^(١) .

وجه قولهما: أن الصبي من عادته تضييع الأموال ، فإذا سلم إليه مع علمه بهذه العادة ، فكأنه رضي بإتلافه ، فلم يكن له تضمينه ، كمن قدم طعاماً إلى رجل فأكله .

وليس كذلك العبد ؛ لأنه ليس من عادة الصبيان قتل العبيد ؛ ولأن المودع مستعمل للصبي في حفظ الوديعة ، ومن استعمل صبياً كان ضامناً فيما يُصيب الصبي في عمله ، ولو لزمه ضمان في ذلك ، لرجع به على المودع ، فلم يكن لإيجاب الضمان معنى .

وليس كذلك العبد ؛ لأن المسألة محمولة على أنه عبدٌ يمكنه أن يحفظ نفسه ، فلم يكن إيداعه عند الصبي استعمالاً للصبي^(٢) في حفظه .

لأبي يوسف: أن قبول الصبي الوديعة لا يتعلق به حكمٌ ، فكأنه أ تلف المال من غير إيداعٍ ، فلزمه ضمانه .

وعلى هذا الخلاف: إذا أودع عبداً محجوراً ، قال أبو حنيفة ومحمد: لا ضمان عليه في الحال ؛ لأنه مستعمل العبد في الحفظ ، ولو لزمه ضمان في استعماله ، رجع به على المودع ، فلا معنى لإيجاب الضمان عليه .

لأبي يوسف: أن قبول العبد الوديعة ، لا يتعلق به حكمٌ ، فصار كأنه أ تلفها من غير إيداعٍ ، إلا أن حكم العبد مفارقٌ للصبي من وجهٍ ؛ لأن العبد يضمن إذا أعتق ، ولا يضمن الصبي بعد بلوغه ؛ لأن العبد في نفسه ممن يملك قبول

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

الودیعة ، وإنما لا یلزمه ذلك لحق المولی ، فإذا زال حق المولی بالعتق ، صار كالحر ، والصبی لا قول له ، فلا یثبت لقبوله حکم في الحال ولا بعد البلوغ^(١) .

تم كتاب الودیعة



(١) انظر: الأصل ٤٣٠/٨ وما بعدها.

[٧٠] كتاب العارية



قال أئده الله تعالى: العارية عقدٌ جائزٌ، والدليل عليه: أن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أمية درعاً^(١)، وقال ﷺ: «[العارية مؤداةٌ و]المنحة مردودةٌ»^(٢)؛ ولأن المنافع يصح تملكها، فجاز أن تملك بعوضٍ وغير عوضٍ كالأعيان، ولا خلاف في جواز ذلك بين الأمة.

واختلف أصحابنا رحمهم الله تعالى في معنى العارية، فذكر أبو الحسن: أنها إباحة المنافع.

وكان أبو بكر يقول: إنها تملك المنافع^(٣).

واحتج من نصر قول أبي الحسن: بأن المستعير لا يجوز له أن يؤاجر ما استعاره، ولو ملك المنافع، لجاز له أن يؤجرها كالمستأجر.

والصحيح: أنها تملك؛ وذلك لأن المستعير يملك أن يُعير، ولو كانت إباحةً لم يجر أن يملكها لغيره، كما لا يجوز لمن أبيع له طعام أن يبيحه لغيره.

ولأن العريّة والعارية اشتق أحدهما من الآخر، وإنما خصّوا كل واحد من

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠١)؛ وصححه ابن حبان، (٤٧٢٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٢١٢٠)؛ وابن ماجه (٢٣٩٨)؛ وقال: «حسن صحيح».

(٣) العارية في اللغة: مشتقة من التعاور، وهو التناوب والتداول.

وفي الاصطلاح: «هي عقد تبرع بالمنفعة». معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٢٣٦.
وعرّفها الحدادي بأنها: «عبارة عن تملك المنافع بغير عوض». كما بيّنها المؤلف، وسمّيت عارية؛ لتعريفها عن العوض. الجوهرة ص ٤٥٢.

الاسمين بأمر^(١)، فقالوا في تملك الأعيان: عريّة، وفي المنافع: عارية، فدلّ على أن أحد اللفظين تملك كالأخر.

وأما امتناع الإجارة؛ فليس لأنه لم يملك، لكن المعنى أنه ملك^(٢) المنافع على وجه لا ينقطع حقه عنها متى شاء أن يرجع، فلو أجر المستعير، لتعلق بالإجارة الاستحقاق، فقطع حق المعير عنها؛ فلذلك لم تجز الإجارة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: العواري على ضربين: ضرب مضمون، وضرب غير مضمون.

فما كان من العواري له منافع يقع عليها عقد الإجارة، فهي أمانة، ومنافعها مباحة غير مملوكة، يجوز لصاحبها الرجوع فيها متى شاء، كان وقت للانتفاع وقتاً أو لم يوقت.

وما لم يكن له منافع يجوز عقد الإجارة عليها، فهي قروض وإن كانت بلفظ العارية، وهي مضمونة إذا اقتضت بأمثالها.

قال: وهذا التقسيم^(٣) الذي ذكره أبو الحسن، ليس هو على ظاهره؛ لأن عارية الدراهم والدنانير ليس بعارية في الحقيقة، وإنما هو عقد على الأعيان، والعارية ما انعقد على المنافع، إلا أنه قسّم على الاسم لا على المعنى.

فإذا أعار ما له منافع، مثل الرقيق، والثياب، والأواني، والعقار، فالعقد وقع على منفعه، وللمستعير أن ينتفع به على الوجه المعتاد.

(١) في ب (باسم).

(٢) في ب (لكن المعير ملكه).

(٣) في ب (التفسير).

وقوله: ومنافعها مباحة غير مملوكة ، قد تكلمنا عليه .

ويجوز أن يتأول قوله ، فيقال: إنه أراد بها غير مملوكة ، [نفي] ^(١): الملك المستقر الذي لا يجوز الرجوع فيه .

وإنما جاز الرجوع في العارية متى شاء المعير وقت أو لم يوقت ؛ لقوله ﷺ: «المنحة مردودة ، والعارية مؤداة» ؛ ولأن التملك يقع على المنافع ، وهي معدومة ، إنما يملكها المستعير حالاً فحالاً ، فما لم يوجد منها تبرع لم يتصل بالقبض ، فكان للمتبرع الرجوع فيه .

والدليل على أن العارية أمانة إذا هلكت في يد المستعير لم يضمن ؛ قوله ﷺ: [٣٨١/ب] «ليس على المستعير غير المغل ضماناً ، ولا على المودع غير المغل ضماناً» ^(٢)؛ ولأن هذا القبض لا يتعلق به ضمان الأجزاء ^(٣) إذا تلفت بالاستعمال ، فلا يتعلق به ضمان العين ، كقبض المستأجر ، وعكسه قبض الغاصب .

والذي روي (أن النبي ﷺ استعار من صفوان أدرعاً ، فقال له: أغصباً تأخذها يا محمد) ؟ فقال: «لا ، بل عارية مضمونة مؤداة» ^(٤) ، لا دلالة فيه من وجوه:

أحدها: أن كان هذا بمكة ، وهي يومئذ دار حرب ، والشرط الفاسد في دار الحرب كالشرط الصحيح في دار الإسلام .

(١) في أ (يعني) والمثبت من ب .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سقطت هذه الكلمة في ب .

(٤) أخرجه أبو داود (٢٣٠١) ؛ وصححه ابن حبان (٤٧٢٠) .



ومن أصحابنا من قال: إن العارية إنما لا تضمن إذا لم يشترط ضمانها، فإذا شرط ضمانها، ضمننت، وقد شرط النبي ﷺ الضمان.

فإن قيل: لو^(١) كانت العارية لا تضمن، لم تضمن بالشرط، كالإجارة والوديعة.

قيل له^(٢): إن الإجارة والوديعة إنما لم تضمن بالشرط؛ لأنه لا فائدة في شرط الضمان فيها، ألا ترى أن ما يلحق المستأجر والمودع من الضمان يرجع به على المؤاجر والمودع، وفي شرط الضمان في العارية فائدة؛ لأن المستعير لا يرجع بما يلحقه من الضمان على المعير.

وجواب ثالث: وهو أن النبي ﷺ أخذ الأدرع من صفوان بغير رضاه، ألا ترى أن صفوان رجل من أهل اللغة، لا يخفى عليه اسم الغصب، وقد قال له: أغصباً تأخذها يا محمد؟، فدل على أنه أخذها [بغير بدل]^(٣)، وللإمام عندنا إذا احتاج المسلمون إلى مثل هذا، أن يأخذه بغير إذن مالكة، فيكون مضموناً على بيت المال.

وجواب رابع: وهو أن ابن جرير روى أن هذه الأدرع كانت لأهل مكة في يد صفوان^(٤)، فقد أعارها بغير إذنهم، وهذه العارية يتعلق بها الضمان.

وجواب خامس: وهو أن قوله: «بل عارية مضمونة»، معناه: مضمونة الرد،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (والجواب).

(٣) في أ (بغير قوله)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٤) روى الحديث ابن جرير في التاريخ (١٦٧/٢)، وليس فيه أنها كانت لأهل مكة.

ألا ترى أنه جعل الضمان صفة العارية، وضمان القيمة لا يكون صفةً لها، وإنما يكون بعد هلاكها.

قال: ولا يضمن العارية إلا أن يتعدى فيها، أو يخالف الاستعمال لغير ما استعاره، كما يضمن المستأجر في استعمال ما استأجر في غير ما استأجره له؛ وذلك لأنه قبضها بأمر المالك، فإذا تعدى أو خالف ما أمره به، فكأنه استعمل العين بغير إذن مالِكها، فلزمه الضمان.

فأما القسم الثاني: وهو عارية ما لا منافع له، مثل الدراهم والدنانير والحنطة والشعير، فإنما كان قرضاً؛ لأن العارية تمليك المنافع، والمنافع المقصودة من الدراهم والدنانير^(١) إنفاقها واستهلاك أعيانها، فكأن المعير أذن له في ذلك.

ثم لما كان عقد العارية يتضمن وجوب الرد، أوجب ذلك الضمان فيها بأمثالها، وهذا معنى القرض؛ فلذلك جعلوا عارية الدراهم قرضاً، ولا تملك إلا بالقبض، كما لا يملك القرض إلا بالقبض؛ لأن القرض تبرعٌ، فلا يتم إلا بمعنى ينضم إلى عقده.

قال: وإذا استعار رجلٌ من رجلٍ دابةً، على أن يذهب عليها حيث شاء، ولم يسم مكاناً، ولا وقتاً، ولا ما يحمل عليها، فذلك جائزٌ، وله أن يحمل عليها ما شاء، ويذهب بها حيث شاء من المصر، [إن لم يخرج بها]^(٢) عن المصر، وله أن يعيرها غيره؛ لأنه استعارها له، إلا أن يكون (شرط أن يكون)^(٣) هو الذي يركبها، أو كان ثوباً فشرط أن يلبسه هو، فليس له أن يركب غيره أو يلبس الثوب

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (وأن يخرج بها)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة، وانظر البحر الرائق (٧/٢٨٢).

(٣) سقطت من ب.

غيره، وما كان غير هذين، فما للمعير أن يفعله، فله أن يعيره غيره؛ وذلك لأنه لما أطلق العارية، ولم يخص منفعة دون منفعة، ولا مكاناً دون مكان، ولا راكباً دون راكب، كان ذلك على العموم، إذ لو أراد الخصوص لخصّ.

وأما إذا استعار الشيء على أن يستعمله بنفسه، فهو على وجهين: كل ما تختلف منافعه باختلاف المستوفي، فليس له أن يعيره؛ وذلك لأن لبس الثوب يختلف باختلاف اللابس، وركوب الدابة تختلف باختلاف الراكب (وعمله بالركوب)^(١)، فإذا رضي المعير بلبس رجل، أو بركوبه، لم يكن ذلك رضاً بغيره^(٢).

فأما ما لا^(٣) يختلف منافعه باختلاف المستوفي، مثل الدار يستعيرها [ليسكنها]، فأعارها غيره، فلا ضمان عليه؛ لأن المنافع غير مختلفة، فإذا رضي باستيفاء المستعير لها، فاستيفاء غيره كاستيفائه، فكأنه أذن فيه.

قال: وكل ما كان للمعير أن يفعله، فكل ذلك للمستعير منه، وما ليس له أن يفعله، فكذلك المستعير؛ لأن المستعير إنما يملك المنافع بالعارية، فمقدار ما يملكه يجوز أن يملكه غيره، وما لم يملكه لا يجوز تملكه له.

قال: وليس للمستعير أن يؤاجر شيئاً مما استعار، مما يصح فيه الإجارة، وإن فعل فهو ضامنٌ حتى يسلمه إلى المستأجر، ويكون المعير في ذلك بالخيار: إن شاء ضمن المستعير، وإن شاء ضمن المستأجر، فأيهما ضمّن لم يرجع على صاحبه.

وإنما لم يجز أن يؤاجره؛ لما قدمنا: أنه بالإجارة يقطع الحق الثابت للمعير

(١) سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٤٥٢/٨.

(٣) (لا) سقطت من ب.

في الرجوع ، وهذا لا يجوز .

فإن قيل : فهلا جَوِّزتم إجارتها ، وجعلتم حق المعير في الرجوع عذراً تفسخ به الإجارة ، فلا ينقض^(١) حق المعير .

قيل له^(٢) : إنا لو جَوِّزنا الإجارة ، لصارت من مقتضى عقد العارية ، فكأن المعير أذن له فيها ، فلا يجوز أن يفسخ لحقه ، وإذا لم يملك أن يؤاجر ، فسلم إلى المستأجر ، فالتسليم تعدُّ من جهته ، فتعلّق به الضمان .

والمستأجر ضامنٌ ؛ لأنه قبض العين على وجهٍ لا يجوز قبضها عليه ، فإن ضمن المستعير ، لم يرجع على المستأجر ؛ لأنه ملك العين بالضمان ، فكأنه آجر ملك نفسه ، فهلك^(٣) .

وإن ضمن المستأجر ، لم يرجع على المؤاجر ، وهذا محمول على أنه استأجرها وهو يعلم أنها عارية ، فلا يوجد من المستعير غرور له ، والرجوع إنما يثبت بحكم الغرور ، وأما إن لم يعلم ، فيرجع عليه ؛ لأنه قد غرّه بإيجاب عقدٍ فيه بدلٌ .

قال : وإذا استعار دابةً للركوب ، أو ثوباً للبس ، ولم يسم من يلبسه ، فأعاره غيره ليلبسه ، أو أعار [الدابة] غيره^(٤) ليركبها ، فلا ضمان على واحدٍ منهما ، وذلك جائز له غير محذور عليه ؛ لأنه مَلَكُهُ المتافع تمليكاً عاماً ، ولم يخص استيفاءها بشخصٍ دون شخص ، فكان له أن يستوفىها بنفسه وبغيره .

(١) في ب (فلا ينقطع) .

(٢) في ب (والجواب) .

(٣) في ب (فكأنه آجر ملك نفسه من مالك) .

(٤) في أ (دابة) والمثبت من ب .

قال: وإذا استعارها ليحمل عليها شيئاً ذكره وسمّاه، فحمل عليها غيره، فإن كان مثله في الكيل والوزن، والخِفَّة على الدابة، فلا ضمان عليه، وإن كان أثقل من ذلك، أو حمّله أضرب على الدابة، ضمن إذا حمل عليها؛ وذلك لأن التعيين في العقود إنما يثبت حكمه إذا كان فيه فائدة، وإذا لم يكن فيه فائدة، سقط، ولم يثبت حكمه، ألا ترى أنه لو قال: أعرتك هذه الدابة لتحمل عليها قفيزاً من طعام زيد، كان له أن يحمل عليها قفيزاً من طعام عمرو؛ ولأنه لا فائدة في هذا التخصيص، فسقط. [أ/٢٨٣]

وإذا ثبت هذا، فمتى أعاره الدابة ليحمل [عليها] قفيز حنطة، فحمل عليها قفيز شعير، لم يضمن؛ لأن الطعام [من الحنطة] أثقل، وضرره أكثر، وقد رضي رب الدابة بضرره، وضرر الشعير أقل منه، فصار راضياً به، فكان المستعير حمل عليها بعض قفيز، فلا يضمن^(١).

وأما إذا قال له: احمل عليها مائة مَن^(٢) [من] قطن، فحمل عليها مائة من حديد، فهو مخالف؛ لأن هذا التعيين فيه فائدة، ألا ترى أن الحديد يخالف القطن، من غير ناحية الثقل^(٣)، ولكنه مجتمع فيأخذ من ظهر الدابة موضعاً [واحدًا]، والقطن يتفرق في ظهرها، فكان في هذا التعيين فائدة، فيثبت حكمه وضمن بالمخالفة فيه^(٤).

(١) انظر: الأصل ٤٥٢/٨، ٤٥٣.

(٢) المَن - بالفتح والتشديد -، والجمع أمانان: مكيال سعة رطلان عراقيان وأربعون أستاراً = ٨١٢,٥ غراماً عند الحنفية، و= ٧٧٣,٥ غراماً لدى الجمهور. انظر: المعجم الوجيز؛ معجم لغة الفقهاء؛ ملحق منهاج الطالبين (مَن).

(٣) في ب (من غير ما فيه الثقل).

(٤) انظر: الأصل ٤٥١/٨.

قال: وإذا ردّ المستعير العارية مع ابنه، أو أبيه، أو عبده، أو أجيره، أو واحد ممن في عياله، فعطب في الطريق، فلا ضمان على المستعير، ولا على الرسول؛ وهذا على ما بيّننا: أن الإنسان يحفظ الأمانات بنفسه وبمن في عياله، فإذا سلم إليهم، لم يضمن.

قال: وكذلك لو ردها الرسول أو المرسل على عبد صاحبها، وهو عبده الذي يقوم عليها، فهلكت، فلا ضمان عليه.

وإن ردّ الدابة إلى منزل صاحبها الذي يكون فيه، فربطها على آريها^(١)، فهلكت بعد ذلك، فلا ضمان عليه، وهذا استحسان^(٢).

والقياس: أن يضمن؛ لأنها أمانة، فلا يبرأ منها إلا بالردّ إلى مالكتها كالوديعة، وإنما تركوا القياس؛ لأن العادة جرت في ردّ العواري بهذا النوع، ألا ترى أن من استعار دابةً من أحدٍ، لم يردها إلى يده، وإنما يردها إلى إصطبله، ويستعير الجيران آلات البيت، ويلقونها في دار صاحبها، فتركوا القياس للعادة.

قال: وإذا استعار الرجل داراً أو أرضاً على أن يبني فيها أو يغرس فيها نخلاً، فأذن له في ذلك، ثم بدا لصاحبها أن يخرجها، فله ذلك في الحكم، ولا يضمن شيئاً من الغرس، ولا من البناء، ويأخذ صاحب الغرس غرسه و[الباني] بناءه^(٣).

وقال مالك: يضمن المعير قيمة الغرس والبناء^(٤).

(١) هو محبس الدابة. انظر المصباح المنير (أرى).

(٢) انظر: الأصل ٤٥٥/٨.

(٣) انظر: الأصل ٤٥٣/٨.

(٤) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٤.

وإنما جاز الرجوع لقوله ﷺ: «المنحة مردودة»^(١)؛ ولأن المنافع إنما تملك حالاً فحالاً، وإذا رجع المعير فيما لم يقبض منها، فله ذلك، وإذا بطلت العارية بالرجوع، صار مشغلاً الأرض ببنائه وغرسه، فكان عليه^(٢) قلعه منه.

وإنما لم يضمن؛ لأنه لما لم يوقت في العارية وقتاً، لم يوجد منه غرور للمستعير، وإنما غرّ المستعير نفسه حين بنى في ملك غيره مع علمه أن له حق الرجوع فيه.

قال: فإن كان صاحب الأرض وقت له وقتاً في العارية: عشرين سنةً أو أكثر من ذلك، أو أقل، فأخرجه قبل ذلك [فله ذلك] في الحكم، ويضمن صاحب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه، ويكون ذلك لربّ الأرض والدار إذا أدى قيمته.

فإن قال صاحب البناء والغرس: لا أضمنك، ولكن أنقض بنائي وآخذ غرسي، فله ذلك^(٣).

وإنما جاز له الرجوع وإن وقت؛ لأن مقتضى العارية الرجوع، فلا يتغير ذلك بالتوقيت؛ ولأنه وعد وعداً، فلا يستحق عليه الوفاء [به]، وإذا ثبت الرجوع، لزم المستعير إزالة بنائه وغرسه؛ ولأنه قد شغل ملك غيره بملكه، فكان عليه إزالته، كما [لو] فسخت العارية وهناك متاعٌ موضوعٌ.

وإنما كان للمعير أن يضمن البناء والغرس؛ لأنه [غرّه بالتوقيت، وهذا]

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٢١٢٠) وقال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٣٩٨).

(٢) في ب (وكان له).

(٣) انظر: الأصل ٤٥٣/٨، ٤٥٤.

تابعٌ لملكه ، وفي إزالته ضررٌ عليه .

وأما قوله: إن للمستعير أن يقلع ذلك ولا يضمن ، فهذا محمول على أنه لا ضرر على الأرض في القلع ، فأما إن أضرَّ بها ، فالخيار لرب الأرض ؛ لأن ملكه هو المتبوع ، وإنما رجع المستعير بنقصان قيمة^(١) البناء والغرس على المُعير ؛ لأنه غرّه حين وقت له وقتاً ، فرجع فيه ، ألا ترى أن الظاهر أنه يفي بما وعد ، فيغترّ المستعير بذلك ، فلذلك ضمن له .

قال: فإن أعاره الأرض فزرعها المُستعير ، فلما تقارب حصاده ، أراد أن يخرجها ، قال: أما الزرع ، فإنني أستحسن فيه إذا زرعتها أن لا تؤخذ منه [الأرض] حتى يحصد الزرع ، فإذا حصده ، أخذ رب الأرض الأرض^(٢) .

أما القياس: فلأنه لما رجع في العارية ، بطلت وصار المستعير شاغلاً الأرض بملكه [وماله] ، فلزمه قلعه كالغرس .

وجه الاستحسان: أن الزرع له غاية ينتهي إليها ، وأمكن إيفاء الحقين من غير ضرر ، وهو أن ينتظر الزرع إلى أن يحصد ، ويدفع إلى [المعير] مثل أجره الأرض ، فيوفي الحقين .

وليس كذلك الغرس ؛ لأنه لا غاية لقلعه ، فلو بقيناه بالأجرة ؛ لأدّى إلى استحقاق المنافع على التأييد ، وفي هذا ضرر .

قال: وإذا استعار دابةً ليركبها إلى موضع ، [ثم اختلفا] ، فقال ربّ الدابة:

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) انظر: الأصل ٤٥٣/٨ .



لم أذن لك أن تبلغ هذا الموضوع ، وقال المستعير: قد أذنت لي ، أو اختلفا في الأيام ، فقال: أعرتك يوماً ، أو فيما يحمل عليها ، فالقول قول ربّ الدابة في ذلك كله مع يمينه ، والمستعير ضامن ؛ لأن الإذن يستفاد من جهة الملك ، فالقول قوله في مقدار ما أذن فيه ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان ، فالقول ما قال البائع»^(١).

قال: وكلّ تصرفٍ تصرفٍ فيه المستعير فيما استعمل فيه العارية مما يوجب الضمان ، وادّعى إذن المعير فيه لم يصدق [فيه] إذا جحد المعير ، وهو ضامنٌ ، إلا أن تقوم له بيّنةٌ على الإذن ؛ لأن سبب الضمان قد وُجد ، فإذا ادّعى الإذن المسقط للضمان لم يقبل قوله إلا ببيّنةٍ^(٢).

(تم كتاب العارية والله الحمد والمنة ، وصلى الله على محمد وآله)^(٣)



(١) أخرجه أبو داود (٣٥١١) ؛ والترمذي (١٧٢٠) ؛ وابن ماجه (٢١٨٦) ؛ وأعله الترمذي بالإرسال ،

وقال المنذري: «روي من طرق عن ابن مسعود ، كلها لا تثبت». انظر نصب الراية (١٠٦/٤).

(٢) انظر: الأصل ٤٥٠/٨ وما بعدها.

(٣) سقطت من ب .

[٧١] كتاب الدعوى والبيانات

قال الشيخ رحمه الله ^(١): الدعوى ^(٢) في اللغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وهو فعل متعدّد لا يوجد إلا في مدّعى عليه.

والمدّعي: اسم لفاعل الدعوى، كالضارب الذي هو فاعل الضرب، إلا أن [إطلاق الاسم] يتناول من ادعى شيئاً لا دلالة عليه، ألا ترى أن الحاكم إذا قامت البيّنة لم يقل للطالب إنه مُدّعٍ، ويقول له ذلك قبل إقامتها.

ويصح أن يقال: مُسَيَّلَمَةٌ مُدّعي النبوة؛ لأنه لا دلالة معه، ولا يقال إن الرسول صلى الله عليه وسلم يدعي النبوة ^(٣)؛ لأن المعجزة دلالة على صدقه.

ومن أصحابنا من قال: إن اختصاص الاسم بالخارج [يعلم شرعاً].

فأما اللغة: فالاسم يتناول كل مُدّعٍ، وكان شيخنا أبو عبد الله يقول: إطلاق الاسم في [٣٨٢/ب] اللغة يتناول من لا ظاهر معه.

والأصل: أن الأسماء مُستعملة على أصل اللغة غير منقولة عنها، فالدعوى على ضربين: صحيحةٌ وفاسدةٌ.

(١) انظر: الأصل ٥٧٣/٧ وما بعدها.

(٢) الدعوى جمع دَعَاوَى، مشتقة من الدعاء وهو الطلب، «وهي لغة: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وشرعاً: إخبار بحق له على غيره عند الحاكم». انظر: المصباح؛ المغرب؛ أنيس الفقهاء (دعوى).

والبيّنة: الحجّة - أو الدليل -، من البيّنونة أو البيان. انظر: المغرب (بين).

(٣) في ل (ولا يقال للنبي صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة).

فالصحيحة: ما يلزم المطلوب حكمها إن صحت ، ويجوز للحاكم الحكم بها لو ثبتت .

والفاسدة: ما لا تتعلق بالمطلوب ، ولا يصح الحكمُ بها لجهالتها ، وإذا صحَّت الدعوى أوجبت حقاً على المطلوب: وهو حضور مجلس الحكم ، والجواب واليمين عند الإنكار . والدعوى الفاسدة لا يتعلق بها حكم ، فلا يسمعها الحاكم .

والدليل على أن الحضور يجب بالدعوى ، قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ ﴾ [النور: ٤٨] ، وهذا ذمٌ على الامتناع .

وروي عن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه أنه قال: (جاءت امرأة الوليد بن عقبة إلى رسول ﷺ تستعدي علي زوجها ، فأعدها^(١) ، فجاءت فقالت: أنا أدعي^(٢) ، فأعطاها هُدبةً من ثوبه كهدبة العدوى ، فجاءت به^(٣) ؛ ولأن الحكام يُحضرون الناس بمجرد الدعوى من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير .

وأما الدعوى الفاسدة ؛ فقد بيَّنا أنها تفسد لوجهين: أحدهما: أن لا يلزم المطلوب حكمها ، مثل أن يدعي عليه أنه وكَّله ، [فهذه الدعوى]^(٤) لو صحت كان للمطلوب إبطالها ، فلا معنى لمسألته عنها .

والثاني: أن يدعي مجهولاً ، فلا يسمع الحاكم الدعوى ؛ لأن البينة لا تصح

(١) في ل (فأعدها) .

(٢) في ل (إما أن يجيء) .

(٣) أخرجه البزار في مسنده ، ٢٠/٣ .

(٤) في أ (فهذا) والمثبت من ل .

أن تقوم عليه ، ولو نكل [الخصم] عن اليمين لم [يجب] ^(١) القضاء عليه بشيء ؛
فلذلك لم يلزم حكمها .

وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالى حديث ابن أبي مليكة ، عن ابن عباس ،
عن النبي ﷺ أنه قال : «لو أعطي الناس بدعواهم لادّعى ناس دم قوم وأموالهم ،
ولكن ^(٢) البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» ^(٣) ، وفي خبر آخر لم
يذكر البينة ^(٤) .

وهذا الخبر يشتمل على فوائد منها :

أن المُدَّعِي غير المُدَّعَى عليه ؛ لأن النبي ﷺ فرَّق [بينهما] وأفرد كل واحد
منهما بحكم خصه [به] ، ولو كان كل واحدٍ منهما مُدَّعِيًّا لأشرك ^(٥) ؛ ولأنه لما
أفرد كل واحد منهما باسم ، فالظاهر زوال الاشتراك كسائر أسماء الأشخاص ،
وهذا الخبر من أخبار الآحاد رواه ابن عباس ، وعمرو بن شعيب وغيرهم ، إلا أنه
في حيز التواتر ؛ لأن الأمة اتفقت على العمل بموجبه لأجله ، فإذا ثبت أن المُدَّعِي
غير المُدَّعَى عليه ، احتجنا إلى بيان كل واحد منهما .

وقد تكلم أصحابنا [في هذا] ، فمنهم من قال : المُدَّعِي : من التمس غير
الظاهر ، والمُدَّعَى عليه : من تمسك بالظاهر .

(١) في أ (يجز) والمثبت من ل .

(٢) في ل الحديث : (لو ترك... ولكن اليمين على المدعى عليه) فقط .

(٣) الحديث أخرجه الشيخان : بلفظ (ولكن اليمين على المدعى عليه) البخاري (في كتاب

الشهادات) (٥٦) ؛ ومسلم (١٧١١) ؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين ، ١٨/٢ .

(٤) في ل (ليكن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه) .

(٥) في ل (ولو ظن كل... مدعاً لالتبس) .

ومنهم من قال: إن المدّعي: من إذا ترك الخصومة لم يُجبر عليها، والمدّعي عليه: من يجبر على الخصومة وإن تركها.

وذكر أبو الحسن: أن المدّعي عندنا: الذي كلفه رسول الله ﷺ البيّنة، وهو من التمس بدعواه أخذ شيء من [يد] غيره، أو إثبات حق في ذمته، والمدّعي عليه: من نفى ذلك عن نفسه، وهذا ليس بخبر عام؛ لأن صاحب اليد إذا قال في جواب الدعوى: ابتعت من الخارج، لم يلتمس أخذ شيء من يد غيره، فلا أُثبتُ حقاً في ذمته: وهو مدّع.

ومن أصحابنا من قال: المدّعي: من ادّعى معنى حادثاً، وهذا [أيضاً] ليس [بعام]؛ لأن المتنازعين في الشيء إذا ادّعى كل واحد منهما ملكاً مطلقاً، أو ادّعى ملك الأصل، فليس بمدّع [لملك] حادث.

وقال محمد في كتاب الدعوى: والمدّعي عليه هو المُنكِرُ.

واعترض على هذا [الحدّ]، فقيل: مَنْ ادّعى داراً في يد غيره وهو ينكر أن يكون لصاحب اليد، وصاحب اليد ينكر أن يكون له.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الخارج لا يحتاج في صحة دعواه إلى إنكار، وإنما ذلك في مضمون دعواه، وصاحب اليد لا بدّ له من الإنكار في صريح دعواه.

فإن قيل: المودّع إذا طُلب بالوديعة فقال: رددتها، فليس بمُنكِرٍ، وهو مدّعي عليه، قيل له: هذا قد اعترف بالدعوى، وهو الإيداع، ثم ادّعى الرد فهو مدّع، وإنما جعلت حجته في الشرع يمينه؛ ولهذا تقبل على الإثبات^(١).

(١) انظر: الأصل ٥٧٣/٧.

٢٧٠٢ - فصل: [الأحكام المستنبطة من الخبر]

وقد دلّ هذا الخبر على أحكام عقلية وأحكام شرعية ، فأما العقلي : فهو أن المدعي لا يستحق بدعواه ، والشرعي : على أنه يستحق بالبيّنة ، فإن القول قول المُدَّعى عليه عقلي ، إلا أن وجوب اليمين شرعي ، وقوله ﷺ : «البيّنة على المُدَّعي» عام ؛ لأن كل مدعٍ يثبت في حقه البيّنة ، وقوله : «واليمين على المُدَّعي عليه» خاص ؛ لأن اليمين لا يجب على من ادعى [عليه] حقه ، ولا فيما لا يصح بذله عند أبي حنيفة ، ولا يجب على الإمام والحاكم وأمينه فيما يتعلق بالحكم .

وقد دلّ هذا الخبر على أن ردّ اليمين على المدعي لا يجوز ؛ لأن النبي ﷺ جعل جنس الأيمان في جنبة (١) المدعى عليه ؛ ولأنه أخرج الكلام مخرج التمييز والتفصيل ، فلا ينقل حكم أحدهما إلى الآخر ، كقوله : «الولد للفراش ، وللعاهر الحجر» (٢) ، وقوله : «البكر تستأمر في نفسها ، والثيب تشاور» (٣) .

وقد دلّ الخبرُ على أن بيّنة صاحب اليد لا تقبل ؛ لأن النبي ﷺ جعل جنس البيّنات في جنبة المدعي ، فلا تنفي بيّنة تثبيت في حق المدعى عليه .

وقد دلّ الخبر على أن القضاء بالشاهد واليمين لا يجوز ؛ لأنه ﷺ جعل جنس الأيمان في حق المدعى عليه ، وجعل فصل الحكم متعلقاً إما بالبيّنة وإما باليمين .



(١) في ل (حيز) والمثبت من أ .

(٢) أخرجه البخاري (١٩٤٨ ، ٢١٠٥) ؛ ومسلم (١٤٥٧) .

(٣) الجزء الأول أخرجه البخاري (٦٥٤٧) ؛ وبلفظه أخرجه أحمد في مسنده ، ٢٢٩/٢ .

٢٧٠٣ - فَصْل: [اليمين تقوم مقام البيّنة]

وذكر عن ابن أبي مليكة قال: كتبت إلى ابن عباس - وكنت عاملاً - في امرأتين كانتا على جداد، فجاءت إحداهما تذكر بأن صاحبتهما وجأتها، وليست لها بيّنة، فكتب إليّ ابن عباس أن: اسألها البيّنة، فإن لم تكن لها بيّنة فاستحلفها واقراً عليها القرآن: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتُرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧]، فإنه بلغنا أن النبي ﷺ قال: «لو أعطينا الرجل بدعواه، لادّعى الرجل مال الرجل»^(١)، فاستحلفتها فأبت أن تحلف، فألزمتهما.

وهذا يدل على أن الحاكم يسأل المدعي عن البيّنة قبل الاستحلاف، ويدل على وجوب اليمين في دعوى الجناية، وقد دلّ على أن القاضي يعظم حرمة اليمين، ويعظ المطلوب قبل الحلف، حتى لا يقدم على يمين كاذبة، ويدل على وجوب القضاء بالنكول؛ لأنه قال: فنكلت فألزمتهما^(٢).

وذكر عن قتادة في قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠]، قال: الحكمة: البيّنة، وفصل الخطاب: البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه^(٣)، وهذا يدل على أن الأحكام التي ذكرها النبي ﷺ في خبر ابن عباس ثابتة في شريعة من قبلنا، وقد صارت شريعة لنا بقوله ﷺ.

قال أبو الحسن رحمه الله بعد ذكر [حدّ] المدعي: فإذا كانت الدعوى على حاضر، سأل الحاكم المُدَّعى عليه عما ادّعى عليه، فإن [١/٣٨٣] أقرّ به ألزمه

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند بلفظ (لو أن الناس أعطوا بدعواهم، ادعى ناس من الناس دماء ناس وأمواهم ١٠٠٠) ٣٤٢/١؛ وابن ماجه (٢٣٢١)؛ وأخرج الطبراني نحو هذه القصة، ١١٦/١١.
(٢) انظر: الأصل ٥٠٧/١١.
(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٥٩٤.

إقراره، وحكم به عليه، وإن جحد كُلف المدعي البينة على دعواه، فإن [أقام]^(١) عليها بينة قضي له بها، وإن لم يقم له على دعواه بينة استحلف المدعى عليه إن التمس المدعي يمين المدعى عليه، ولا يستحلف الحاكم المدعى عليه حتى يسأله المدعي استخلافه، فأما قبل ذلك فلا، وقد بيّننا أن [الدعوى] الصحيحة تجب بمسألة المطلوب عنها؛ لأن الغرض بالمنازعة معرفة ما يقوله؛ ولأن البينة ثبتت مع الإنكار، ويجوز أن يكون مُقرّاً فلا تسمع البينة عليه.

ولأننا إذا جَوَّزْنَا أن يَقَرَّ فتقطع الخصومة، وجب أن يبتدئ بمسألته، فإن أقر ألزمه القاضي إقراره بقوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، يعني شاهداً، ولأنه غير متهم على نفسه.

ومعنى قوله: ألزمه [الحاكم] إقراره، أي: يأخذه [به]، وقوله: وحكم عليه به، فإن ذلك يقف على طلب المدعي؛ لأنه حق له، ألا ترى أنه يجوز أن يعزل القاضي أو يموت فيجحد الخصم، فإذا حكم وأشهد على حكمه كان أوثق لِحَقِّهِ.

وأما قوله: فإن جحد كُلف المدعي البينة، فليس معناه: أنه يلزمه ذلك؛ لأن إقامة البينة من حقوقه، وموقوف على اختياره، وإنما يعني أنه يسأله [أله] بينة أم لا؛ وذلك لأن من مذهب أبي حنيفة: أن المطلوب لا يستحلف إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: إذا كان الشهود في مجلس الحكم لم يستحلف الخصم، فلذلك يسأله الحاكم عن إقامة البينة.

(١) في أ (كان) والمثبت من ل

وأما قوله: فإن أقام عليها بينة قضي له بها؛ فلأن الشهادة كشفت عن صدق الدعوى فوجب إلزام الخصم حكمها؛ ولأن البينة لا يتعلق بها حكم حتى ينضم إليها القضاء، فلذلك حكم بها إذا التمس المدعي منه ذلك.

وأما قوله: فإن لم يُقم بينة استحلف المدعي عليه؛ فلأن القاضي منصوب لقطع الخصومة، وذلك يكون بأحد ثلاث معانٍ: إما الإقرار، أو البينة، أو اليمين، وقد فات [الأمران] ^(١)، فلم يبق إلا اليمين.

ولا يستحلفه إلا بمطالبة المدعي؛ لأن الاستحلاف حق له، فاستيفاؤه يقف على مطالبته.

[ولأنه] ^(٢) يجوز أن يختار تأخير اليمين إلى أن يقدر على البينة، فإذا استحلف الخصم لم يأمن أن يرفعه إلى قاضي لا يرى سماع البينة بعد اليمين؛ فلذلك وقفت على مطالبته ^(٣).

٢٧٠٤ - فَصْلُ: [مَرَاتِبُ الشَّهَادَةِ فِي الدَّعَاوَى]

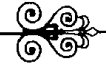
قال: ولا يقبل الحاكم على الدعاوى إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين أحرار عدول، إلا في الولادة خاصة، والعيوب التي لا يطلع عليها إلا النساء، فإنه يقبل عليها شهادة امرأة إذا كانت حرة مسلمة عدلاً.

وجملة هذا: أن الشهادة على مراتب، لا تقبل في الزنا أقل من أربعة، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فَجَازِلُوهُمْ﴾ [النور: ٤]، وقوله: ﴿وَالَّتِي يَأْتِينَ

(١) في أ (الإقرار) والمثبت من ل.

(٢) في أ (ولا) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل، ٥٧٩/٧ وما بعدها.



أَلْفَحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ﴿ [النساء: ١٥] ، وما سوى الزنا مما تؤثر فيه الشبهة لا تثبت إلا بشهادة رجلين ؛ لما روي عن الزهري قال: (مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود، ولا في القصاص)^(١).

ولأن شهادة النساء قائمة مقام شهادة الرجال ، وما تسقطه الشبهة لا يثبت بما قام مقام الغير ، وأما ما لا يسقط بالشبهة ويجوز للرجال الاطلاع عليه ، فيثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]^(٢).

فإن قيل: هذه الآية تدل على قبول شهادة العدد المذكور ولا تنفي غيره . قلنا: بلى تنفي [قبول] شهادة ما دونه ؛ لأن المقادير لا بد [لتقديرها من فائدة: منها: ما]^(٣) لا تجوز الزيادة عليها ولا النقصان منها كالحَدِّ والعدة . ومنها: ما لا تجوز الزيادة عليها ويجوز النقصان منها ، كعدد المنكوحات . ومنها: ما يزداد عليه ولا ينقص منه كمدة السفر ، وقد ثبت أن الزيادة على العدد المذكور في الشهادات مقبولة ، فلو جاز النقصان لبطلت فائدة التقدير .

٢٧٠٥ - فَصْلُ : [العدد في شهادة النساء]

وأما ما لا يطَّلَعُ عليه الرجال مثل الولادة والعيوب الباطنة بالنساء ، فتقبل

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، ٣٣٣/٧ ، ٣٣٠/٨ ؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ، ٥٣٣/٥ ؛ وأورده

ابن حجر في التلخيص ، ٢٠٧/٤ ؛ والزيلعي في نصب الراية ، ٧٩/٤ .

(٢) انظر: الأصل ٥١٩/١١ .

(٣) في أ (لها من فائدة لتقدير ما قبلها ، فأما أن) والمثبت من ل .



فيها عندنا شهادة امرأة واحدة ، وقال مالك : امرأتين^(١) ، وقال الشافعي : أربعة^(٢) .

لنا : ما روي (عن النبي ﷺ أنه أجاز شهادة القابلة في الولادة)^(٣) ؛ ولأن ما يقبل فيه قول النساء منفردات لا يشترط فيه العدد كالأخبار ، ولم يذكر أصحابنا شهادة الرجال على الولادة ، [هل يعتبر فيها العدد أم لا ؟ والصحيح أن الرجل إذا شهد بالولادة وقد حضرها لضرورة عدم النساء ، قُبِلَ شهادة واحدٍ ؛ لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة ؛ فلأن يقبل قول رجل واحد هو آكد وأولى^(٤) .

٢٧٠٦ - فصل : [اعتبار العدالة في الشهود]

وأما اعتبار العدالة ؛ فلقوله تعالى : ﴿إِنْ جَاءَكَ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنْهُ﴾ [الحجرات : ٦] ؛ ولأن الفاسق يعلم أن الفسق حرام ويقدم عليه ، فلا يؤمن أن يقدم على شهادة الزور ، فصار متهماً في شهادته .

فأما اعتبار الحرّية ، فشهادة العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد لا تقبل عندنا .

قال محمد بن مسلمة^(٥) : [كان يحيى بن أكثم أعلم الناس باختلاف الناس في زمانه ، وكان إذا قال في مسألة] لا خلاف فيها ، نزل أهل العراق على قوله وسمعته .

(١) انظر : المدونة ٥/١٥٧ ، ١٥٨ .

(٢) انظر : الأم ص ١٣٧٢ ؛ رحمة الأمة ص ٢٦٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى عن حذيفة ، وفي السند مجهول ، ١٥١/١٠ ؛ ورواه الطبراني في الأوسط ١/١٨٩ ؛ وقال الهيثمي : «وفيه من لم أعرفه» مجمع الزوائد ٤/٢٠١ ؛ الدراية ٢/١٧١ ؛ نصب الراية ، ٣/٢٦٤ .

(٤) انظر : الأصل ١١/٥٢٠ .

(٥) في ل (محمد بن سماعة) .

قال: لا خلاف أن شهادة العبد لا تقبل^(١)، وقد دل على ذلك إجماع الصحابة؛ لأن علياً عليه السلام كان يقول في المكاتب: يعتق بقدر ما أدّى من كتابته، وكان زيد بن ثابت يقول: لا يعتق ما لم يؤدّ جميع كتابته، فقال زيد لعلي: أرايت لو شهد أتجيز شهادته؟ قال: لا^(٢).

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا شهد العبد فرُدّت شهادته ثم عتق فشهد بتلك الشهادة، جازت شهادته، وقال عثمان رضي الله عنه: لا تقبل.

فقد اتفقا أنها لا تقبل في حال الرق.

وعن ابن عباس: أن شهادة العبد لا تقبل؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والعبد لا يقدر على الإتيان إلى الحاكم إذا دعاه، فدلّ على أنه لم يدخل تحت الآية؛ ولأنه قول يؤدّي إلى إيجاب الضمان عليه، ألا ترى أنه إذا رجع عن الشهادة ضمن، وهذا المعنى لا يصح من العبد، كالكفالة.

وأما العبد المعتقد بعضه فعند أبي حنيفة: أنه مكاتب، فلا تقبل شهادته، وعلى قولهما: أنه حرّ عليه دين، فتقبل شهادته كسائر الأحرار^(٣).



(١) روى البخاري عن أنس: (أن شهادة العبد جائزة إذا كان عدلاً، وأجازه شرع)، في باب شهادة الإماء والعبد قبل (٢٥١٦)؛ والبيهقي في الكبرى، ١٠/١٦١.

وأخرج ابن أبي شيبة في المصنف عدم الجواز، (٤٢٩٣) عن عدد من الصحابة والتابعين.

(٢) أخرج البيهقي في الصغرى عن علي رضي الله عنه قبول شهادة العبد، ٧/٣٩٣.

(٣) انظر: الأصل ١١/٥١٣.

٢٧٠٧ - [فصل: شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض]

قال: ويقبل القاضي شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إذا كانوا عدولاً في دينهم وإن اختلفت مللهم، وهو قول شريح، والشَّعْبِي، وعمر ابن عبد العزيز، وابن شهاب، ويحيى بن سعيد^(١).

قال الليث: خالف مالك [مُعلميه]^(٢) في [ردّ] شهادة النصارى بعضهم على بعض^(٣)، وكان ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعه يجيزونها.

قال الطحاوي: قال ابن أبي عمران: سمعت يحيى بن أكثم يقول: ما وجدت عن أحد في المتقدمين أن شهادة النصارى بعضهم على بعض لا تقبل، إلا ربيعة، فإني وجدت عنه روايتين، وقال مالك والشافعي: لا تجوز^(٤).

لنا: ما روى جابر: (أن النبي ﷺ قبل شهادة أربعة من اليهود [٣٨٣/ب] على اليهوديين في الزنا، وَرَجَمَهُمَا)^(٥)، ولا يقال: روي أنهما أقرّا؛ لأنهما لا يمتنع أن يكونا أقرّا بعد الشهادة عليهما، ألا ترى أن الإقرار لو سبق لم يجز أن تسمع الشهادة. ولأن [كُلَّ] من جاز أن يثبت له الولاية على غيره جاز أن تقبل شهادته عليه كالمسلم؛ ولأنه عدل في دينه، فجاز أن تقبل شهادته كالمسلم.

وأما إذا اختلفت مللهم: فعندنا تقبل شهادة بعضهم على بعض، وقال ابن

(١) انظر الروايات في ذلك: نصب الراية، ٨٥/٤.

(٢) في أ (فعلمه) والمثبت من ل.

(٣) انظر: المدونة ١٥٦/٥.

(٤) انظر: الأم ص ١٣٧٢؛ رحمة الأمة ص ٢٦٩.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٤٥٢)؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٣١/٨.

أبي ليلي: لا تقبل .

لنا: أن من جاز أن تقبل شهادته على أهل دينه ، جاز أن تقبل على غيرهم كالمسلم .

٢٧٠٨ - فُضِّلَ : [اعتبار الدار في شهادة الكفار بعضهم على بعض]

قال: والكفر عند أصحابنا ملة واحدة ما داموا في حكم دار واحدة ، فإن اختلفت دورهم في أحكامهم لم تجز شهادة أهل دار على أخرى من غير [أهل] دارهم ؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ [الكافرون: ٦] ، فجعل لنا ديناً وللکفار ديناً .

وقال النبي ﷺ: «نحن خير وجميع الناس خير» ، ولأنه يجمعهم اعتقاد واحد يقرون عليه ، فصاروا كالمسلمين .

ولا يقال: إن أحكامهم مختلفة ؛ لأنه يجوز للمسلم أن يتزوج بالكتابية ، ولا يجوز أن يتزوج بالمجوسية ؛ لأن هذا الاختلاف فيما بينهم وبيننا ، وكلامنا في أحكامهم فيما بينهم .

فأما إذا اختلفت الدور فقد قالوا: إن شهادة المستأمن لا تقبل على الذمّي ، وتقبل شهادة الذمّي على المستأمن ؛ لأن اختلاف الدارين يقطع العصمة والموالاته كما تُقَطَّع باختلاف المِلَّتَيْنِ ، فكما تقبل شهادة المسلم على الكافر ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم ، كذلك تقبل شهادة أهل دارنا عليهم ولا تقبل شهادتهم على أهل دارنا .



٢٧٠٩ - فصل: [الأصل في المسلم العدالة]

قال: والمسلمون عندنا عدول في شهادتهم، يجرون على ذلك، وتمضي شهادتهم إلا من ظهرت منه ريبةٌ عند أبي حنيفة، إلا أن يطعن المشهود عليه في الشاهدين، فيوقف الأمر حتى يسأل عنهم، فإن زكوا حكم بشهادتهم وأظهر تزكيتهم، وإن جرحوا أوقف الشهادة ولم يمضها، ولم تكشف عن حال الشهادة ما خلا الحدود، فإنه لا يحكم بشهادة الشهود حتى يسأل عنهم.

أما جواز الحكم بظاهر العدالة فهو قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقبل شهادتهم حتى يسأل القاضي عن عدالة الباطن، وهو قول الشافعي، وكان أبو بكر الرازي يقول: لا اختلاف في هذه المسألة في الحقيقة؛ لأن أبا حنيفة [إنما] أجاب على أهل زمانه، وكان الغالب عليهم العدالة، وقد زكاهم رسول الله ﷺ بقوله: «خير الناس قرني الذين بعثت فيهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب»^(١).

وأجاب أبو يوسف ومحمد في أهل عصرهما، وقد تغير الناس وكثر الفساد، فلو شاهد أبو حنيفة [ذلك] لقال مثل قولهما.

لأبي حنيفة - على ظاهر الرواية - ما روي (أن النبي ﷺ قبل شهادة الأعرابي على رؤية الهلال لما أظهر الإسلام)^(٢)، ولم يسأل عن أمر عدالته؛ ولأن الظاهر أن الإنسان يبلغ وهو غير مرتكب لمعصية، فيحصل له عدالة الإسلام،

(١) وبلغه أخرجه المقدسي في المختارة ١/١٩٣؛ وابن حبان في صحيحه، ٤٣٦/١٠؛ وابن ماجه

(٢٣٦٣)؛ وأخرج البخاري (٢٥٠٩)؛ ومسلم (٢٥٣٣) الحديث ما عدا لفظ (يفشو).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٤٠)؛ والترمذي (٦٩١)؛ والنسائي (المجتبى) (٢١١١)؛ والبيهقي في

الكبرى، ٢١١/٤. وغيرهم.

فيجبُ الحكمُ بها ، إلا أن يظهر ما ينافيها ، كمن عدله الحاكم لما ثبتت له عدالته ، لم تجب المسألة [عنه] في الثاني .

ولأن الأئمة لم يسألوا عن الشهود ، وأول من سأل عن ذلك ابن [شبرمة] ^(١) ، فدلّ من اتفاهم على اعتبار عدالة الإسلام .

وجه قولهما: أن الشاهد يجوز أن يكون عدلاً في الباطن ، ويجوز أن يكون فاسقاً ، فوجب اعتبار حاله حتى لا يحكم بقول من لا يجوز الحكم بقوله .

ولأن الواجب الحكم بشهادة العدل ، فوجب البحث عن حصول هذه الصفة كالشهادة بالحدود .

وأما إذا طعن الخصم فقد ادعى معنىً حادثاً ، فصارت المسألة حقاً له بدعواه ، وإن لم تكن حقاً قبلها ، كالإحضار ^(٢) والاستحلاف .

فإن قيل: إذا كانت العدالة حاصلة بالإسلام ، فوجب أن لا يسأل عنه وإن طعن الخصم فيه ، [كمن] ^(٣) عدله الحاكم [ثم طعن الخصم فيه] .

قيل له: إن التعديل إن كان متقدماً فوجب أن ^(٤) يسأل [عنه] ؛ لأن العدالة قد تتغير .

و[قد] قال محمد: إن القاضي [قد] يجب عليه أن ينظر في عدالة الشهود

(١) في أ (سيرين) والمثبت من ل . انظر: شرح فتح القدير ، ٣٧٨/٧ .

(٢) في ل (قبلها كالإحصان) والمثبت من أ .

(٣) في أ (وقد) والمثبت من ل .

(٤) في أ (أن لا يسأل عنه) .



كل ستة أشهر، وإن كان التعديل قريباً فلا معنى للمسألة، وقد عرف القاضي حكمها.

٢٧١٠ - فُصْلُ: [المسألة في شهادة الحدود]

وأما في الحدود فلأنه قد اعتبر فيها من الاحتياط ما لم يعتبر في غيرها، ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء، ولا الشهادة على الشهادة، فجاز أن يؤكد أيضاً بعدالة الباطن؛ ولأن المسألة في ذلك إجماع؛ لأن القائل أحد قائلين: إما من قال: [لا تجب المسألة إلا في الحدود، أو من قال: تجب في الحدود وغيرها.

ومن أصحابنا من قال: [إنّ المشهود عليه في الحدود قد جرح الشهود بقوله: لم أزن، فكأنه قال: كذبوا، فصار كالشهادة في المال إذا طعن الخصم [في الشهود]، ولا يقال: وكذلك في الأموال؛ لأن جحود المطلوب في [الأموال] ليس بتكذيب، لجواز أن يشهدوا بدين صحيح، ويكون الطالب قبض أو أبرأ، ويجوز أن يشهد [الشهود بالغصب في الظاهر، فيقول المطلوب ما غصبت؛ لأن العين كانت وديعة [له] في الباطن، أو كان عليه دين فلم يكن في الجحود جرح له^(١).

٢٧١١ - فُصْلُ: [إظهار تزكية الشهود]

وأما قوله: فإن زكوا حكم بشهادتهم، وأظهر تزكيتهم؛ فلأن القاضي إذا زكى الشهود في الباطن أظهر التزكية؛ لجواز أن يكون عند بعض الناس جرح لم يظهره اختياراً للستر، فإذا علم أن الحكم ينفذ بقوله أظهره للحاكم، فهذه فائدة

(١) انظر: الأصل ١٦٦/٧.

إظهار التعديل .

فأما إذا جرح الشاهد أوقف شهادته ؛ لأنه لا يجوز الحكم بقوله مع عدم العدالة ، ولا يظهر ذلك لأننا قد أمرنا بستر المسلمين ، وأن لا نهتك عوراتهم ، فلم يجوز إظهار جرحهم .

وأما الحرّية والإسلام فلم يبين حالهما .

وقد كان بعض شيوخنا يقول : إنه يرجع في الحرّية والإسلام إلى ظاهر الدار ، ولا يرجع إلى المسألة فيها ؛ لأن ظاهر الدار يقتضي الإسلام والحرّية ، كما يقتضي ظاهر الإسلام العدالة ، ولا يقال : إن الأعرابي لمّا شهد عند النبي ﷺ برؤية الهلال ، قال له : «أتشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله؟» فدل أنه لا يرجع في الإسلام إلى الظاهر ؛ وذلك لأن الأعرابي لم يكن من أهل المدينة ، فيثبت له حكم الدار ، ولم تكن البوادي كلها دار إسلام . [١/٣٨٤] (١) .



(١) انظر: الأصل ١١/٥١٢، ٥٥١ .



بَابُ

اختلافِ الدعوى والشهادةِ عليها



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا كانتِ الدارُ في يدي رجلٍ أو العبدُ أو الثوبُ أو مالٌ من الأموالِ كائناً ما كان، فادّعاه رجلٌ ليس في يده، وادّعاه الذي هو في يده، فإن القول [قول] الذي ذلك الشيء في يده، وعلى الآخر البيّنة على ما قدمت في صدر الكتاب.

فإن أقام الذي ليس في يده ذلك الشيء [البيّنة] أنه له، وأقام الذي في يده الشيء أيضاً أنه له، فالبيّنة: بيّنة الذي ليس [هو] في يده؛ لأنه هو المدّعي، وإذا لم يكن له بيّنة، فعلى الذي في يده اليمين؛ لأنه المدّعي عليه، إلى آخر الفصل.

قال: وجملة هذا: أن الخارج هو المدّعي؛ لأنه يدّعي خلاف الظاهر، ولأنه لا يُجبر على الخصومة إن تركها، وقد قال عليه السلام: «البيّنة على المدّعي».

وأما صاحبُ اليد فهو المدّعي عليه؛ لأنه يجبر على الخصومة، ولأنه يدّعي الظاهر، وقد قال عليه السلام: «وعلى المدّعي عليه اليمين»^(١).

فأما بيّنة صاحب اليد على الملك المطلق فلا تقبل عندنا، وقال الشافعي: تقبل إذا أقام صاحب اليد بيّنة كانت بيّنته أولى من بيّنة الخارج^(٢).

(١) الحديث بلفظه أخرجه الترمذي (١٣٤١)؛ والدارقطني، ١٥٧/٤؛ والبيهقي في معرفة السنن، ٤٢١/٦؛ وهو في الصحيحين بلفظ: (ولكن اليمين على المدّعي عليه) البخاري (٤٢٧٧)؛ ومسلم (١٧١١)؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين، ١٨/٢.

(٢) انظر: الأصل ٥٨٠/٧، ٥٨١؛ رحمة الأمة ص ٢٦٥.

لنا: أن النبي ﷺ جعل جنس البينة في حق المدعي ، وقد بيّن أن الخارج هو المدعي ، فلم يبق بينة تثبت في حق غيره ، ولأنه أقام البينة على ما يشهد له ظاهر يده ، فلم تقبل ، كما لو أقامها ابتداءً ؛ ولأن يده قد دلت على الملك ، والشهود إنما يرجعون في الشهادة إلى هذا الظاهر ، وقد عرف القاضي هذا ولم تعارض به بينة الخارج ، فكذلك الشهادة المتصدرة عنه [لا تقبل] .

ولا يلزم البينة بالتاريخ ؛ لأن الظاهر لا يدل على التقدم في الملك ، فقد أقام البينة على معنى لا يدل عليه ظاهر يده ، وكذلك إقامة البينة على النتاج وعلى الشراء من الخارج .

ولا يلزم إذا أقام المدعي البينة أن هذا عبده ، وأقام هو البينة على الحرية ؛ لأن الشهود لا يرجعون في الشهادة بالحرية إلى ظاهر الدار .

ولا يقال: إن البينة تغلب على الخارج لضعف بينته ، فإذا أقام البينة ، فصاحب اليد أضعف سبباً ، فقبلت بينته ؛ لأن القاضي إذا قضى بينة الخارج ، فصاحبُ اليد أضعف سبباً ، فلا تقبل بينته .

ولو شهد للخارج بالملك عبيد ونساء قَوِي سببه ، ولا تقبل بينة صاحب اليد ، وإذا ثبت أن بينة صاحب اليد لا يتعلق بها حكم ، بقيت بينة الخارج ، فيقضي بها .

٢٧١٢ - فَصْل : [الاختلاف في توقيت البينة]

قال: فإن وُقِّت البينتان وقتاً ، والبينتان متساويتان ، أو أحدهما أقدم من الآخر ، أو وقت أحدهما ولم يوقت الآخر ، حكم لصاحب الوقت الأول أيهما

كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وحكى ابن سماعه عن محمد: أنه كان يقول هذا ، ثم رجع عنه بعد رجوعه من الرِّقَّة^(١) سنة ثلاث وثمانين ومائة ، وقال: لا تقبل من الذي في يده بينة على وقت ولا غيره .

وذكر محمد هذه المسألة في الدَّعْوَى ، فقال: عند أبي حنيفة يُقضى بها للخارج ، ثم رجع فقال: يقضى بها لصاحب اليد ، وهو قول محمد .

فمن أصحابنا من قال بقوله وهو قول محمد ، يعني: قوله الأول ، ورواية ابن سماعه الرجوع يبطل هذا التأويل .

لأبي حنيفة وأبي يوسف: أن صاحبَ اليد أقام البينة أنه أول المالكين ، وأن الشيء في يده لا يستحق إلا من جهته ، فلم تقبل بينة الخارج على استحقاق في المدة من غير جهته ، كما لو أقام صاحبُ اليد البينة على التناج ؛ ولأنه أقام البينة على ما لا يدل عليه ظاهر يده ، وهو جهة استحقاق ، فصار كما لو أقام البينة أنه ابتاع من الخارج .

لمحمد: أن التاريخ ليس بجهة الملك ، فصار كإقامة البينة على الملك المطلق .

وعلى هذا ، لو كانت الدار في أيديهما كان صاحبُ الوقت الأول أولى عند

(١) الرِّقَّة: هي واسطة ديار ربيعة ، وهي مدينة في شمال سوريا ، تقع على الضفة الشرقية لنهر الفرات ،

على بعد حوالي (١٦٠ك) شرق مدينة حلب . انظر: المغرب (رق) .

والرَّقِيَّات: مسائل جمعها محمد رحمه الله تعالى حين كان قاضياً بالرقعة .

أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: لا يُعتبر الوقت ، فكأنهما أقاما البينة على الملك ، فيكون بينهما^(١) .

٢٧١٣ - فَصْل : [رجحان البينة بالتاريخ]

وإن كانت الدار في يد ثالث وأقام الخارجان كل واحد منهما بيّنة على ملك مؤرخ ، فصاحب التاريخ المتقدم أولى في قولهم [جميعاً] ؛ لأن [كل واحد منهم] أقام البينة على تقدم الملك ، وبيّنة بالملك المطلق مسموعة ، فيجوز أن يرجح بالتاريخ .

٢٧١٤ - فَصْل : [بينة الخارج في حال التوقيت]

وأما إذا تساوى الوقتان ، فبيّنة الخارج أولى في قولهم ؛ [وذلك] لأن التاريخ لا يدل على تقدم أحد المالكين ، فصار كما لو أقاما البينة من غير تاريخ . وإن كان الشيء في يد ثالث ، فأقام خارجان البينة ، ووقتا وقتاً واحداً ، فالشيء بينهما ؛ لأن التاريخ لما لم يدل على تقدم أحد [الملكين]^(٢) ، صار كأنهما أقاما البينة على ملك مطلق ، فيكون بينهما .

وأما إذا وَقَّت أحدهما ولم يوقت الآخر ، فالبيّنة: بيّنة الخارج عند أبي حنيفة ومحمد .

وروى بشر عن أبي يوسف في الإملاء: أن البيّنة: بيّنة الذي وَقَّت ، أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١) انظر: الأصل ٥٨٠/٧ .

(٢) في أ (الشريكين) والمثبت من ل .



وروى ابن سماعه عن محمد في إملائه: أن الذي في يده إذا وُقَّت بينة ولم يوقت الخارج، قال أبو حنيفة: أقضي بها للمدعي، وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى، فاتفق بشر وابن سماعه في قول أبي يوسف، واختلفا في قول أبي حنيفة. وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن تاريخ صاحب اليد لا يدل على تقدم ملكه؛ لجواز أن يكون الخارج لو وُقَّت شهوده كان ملكه أقدم، فإذا لم يدل التاريخ على تقدم الملك سقط، وكانت بينة الخارج أولى.

لأبي يوسف: أن بينة صاحب اليد دلت على تقدم الملك، فكانت أولى من الملك المطلق كالمدعين للشراء من واحد، ومع أحدهما تاريخ.

والجواب: أن الشراء معنى حادث، فإذا لم يؤرخ، حكمنا بوقوعه في الحال، فكان المتقدم أولى، والملك ليس بمعنى حادث، فيجوز أن يكون ملك الأصل، فلا يحكم بوقوعه في الحال.

٢٧١٥ - فُصِّل: [تقديم الملك المطلق على المؤقت]

وعلى هذا: إذا كان الشيء في أيديهما فأقام أحدهما بينة على ملك منذ سنة، وأقام الآخر على ملك مطلق، سقط التاريخ عند أبي حنيفة، وكان الملك بينهما، وقال أبو يوسف: الذي وُقَّت أولى، والوجه فيه ما قدمنا.

٢٧١٦ - فُصِّل: [بينة الإطلاق وبينة التوقيت]

وأما إذا كانت الدار في يد ثالث فادّعاها خارجان، وأقاما بينة، ووقت أحدهما فهما سواء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: الذي وُقَّت أولى، وقال محمد: الذي أطلق أولى.

وجه قول أبي حنيفة: أن التاريخ لما لم يدل على تقدم الملك سقط فكأنهما أقاما البينة على ملكٍ مطلق.

لأبي يوسف: أن صاحب التاريخ أثبت ملكًا متقدمًا، فكان أولى كالمشترين.

لمحمد: أن البينة بالملك المطلق تدل على [٣٨٤/ب] ملك الأصل، بدلالة أن من أقام البينة على ملكٍ مطلق في جارية استحق أولادها، وملك الأصل أولى من التاريخ، وقد ألزمه أبو الحسن على هذا أن يتساوى بينة الملك المطلق والبينة بالنتاج.

وألزمه إذا أقام الخارج البينة أن العبد له، وأقام العبد البينة أن صاحب اليد أعتقه، أن يكون الخارج أولى؛ لأنه أثبت ملك الأصل، وقد قالوا: إن بينة العتق أولى^(١).



(١) انظر: الأصل ٥٩٣/٧ - ٥٩٦.



بَابُ

الشيء يكون في يد رجل فيدعيه خارجان



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدار في يد رجل فأقام رجل البينة أنها له، وأقام آخر أنها له، وهما خارجان جميعاً، فالدار بينهما نصفان في قول أصحابنا جميعاً.

وقال مالك: أحكم بأعدل البينتين، [وقال الأوزاعي]: أحكم بأزيدهما عدداً، وقال الشافعي: تقرع بينهما، وفي قول آخر: تتهاثر البينتان^(١).

لنا: ما روى الثوري عن سماك بن حرب، عن تميم بن طرفة (أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة، وأقام كل واحد منهما البينة أنها له، فقضى رسول الله ﷺ بها بينهما نصفين)^(٢).

وعن عمر: أن رجلين تنازعا في ولد فقضى به بينهما.

وعن أبي الدرداء: أنه اختصم إليه رجلان في أرض، وأقام كل واحد منهما البينة أنها له، فقضى بالأرض بينهما نصفين، وقال: لو كانت لنا سلسلة كسلسلة بني إسرائيل لعرفنا المحقّ منهما، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير.

(١) قال الربيع: «حفظي عن الشافعي: أن الشهادتين باطلتان، وهو أصح القولين». انظر: الأم ص ١٠٣٩؛ المدونة ٥/١٨٧؛ رحمة الأمة ص ٢٦٥.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦١٥)؛ وابن ماجه (٢٣٣٠)؛ والنسائي في الكبرى (٥٩٩٨)؛ وابن حبان في صحيحه، ٤٥٧/١١؛ والبيهقي في الكبرى، ٢٥٨/١٠. وغيرهم.

ولأنهما تساويا في سبب الاستحقاق فيما يصح قسمته ، فوجب أن يكون بينهما ، كما لو أقام كل واحدٍ منهما البينة أن الميت أوصى له بالثلث ، ولا معنى للترجيح بالعدد والأعدل ؛ لأن ذلك يبطل بالبنتين على الوصية وعلى ثبوت السبب من الميت .

وأما ما روي عن سعيد بن المسيب : (أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في شيء ، فأقام كل واحد منهما البينة عنده عدلاً ، فأقرع بينهما وقال : « اللهم أنت تقضي بينهما »)^(١) ، فإن هذا كان في بدء الإسلام ، ثم نسخت القرعة لما حرم القمار تعليق الاستحقاق [بالأخطار] ، ألا ترى أنه (روي عن علي عليه السلام أن ثلاثة تنازعوا إليه في ولد [في اليمن] على عهد رسول الله ﷺ فأقرع بينهم) ، ثم روي (أن اثنين تنازعا إليه في ذلك بعد النبي ﷺ فقضى به بينهما ولم يقرع) ، فدل على أنه رضوان الله عليه عرف النسخ .

ولأنه يجوز أن يكون تنازعا في قسمة كل واحد منهما أقام البينة [على شيء بعينه أنه له ، فلما تعارضت البيئتان أعاد القرعة بحكم القسمة] لما بطل التعيين .

٢٧١٧ - فصل : [تساوي الوقتين في البيئتين]

قال : فإن وقت كل واحد من البيئتين وقتاً وتساوى الوقتان فهو أيضاً بينهما وإن اختلف الوقتان كان صاحبُ الوقت الأول أُولاهما بالحكم ، روى هذا ابن سماعة عن محمد في إملائه عن أبي حنيفة ، وقد بيّننا هذا في الباب الأول .



(١) أخرجه البيهقي في الصغرى ، ٢٤٨/٩ ؛ والطحاوي في شرح المشكل ، ٢٠٨/١٢ .

٢٧١٨ - فِصْل: [بينه أحدهما على وقت]

فإن أقام أحدهما [بينه] على وقت ولم تشهد بينه الآخر على وقت، فإن محمداً روى عن أبي حنيفة أنه قال: أقضي بها بينهما نصفين، وقال أبو يوسف: أقضي بها لصاحب الوقت، وهي رواية بشر عن أبي يوسف حسب، ولا يكون واحدٌ أحق من صاحبه في قولهم جميعاً.

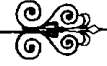
وقال محمد: أقضي بها للذي لم يوقت شهوده وقتاً، روى هذا ابن سماعة عن محمد في إملائه بعد رجوعه من الرقة.

وروى هشام عن محمد في هذه المسألة [إذا وقت أحد المدعين ولم يوقت الآخر أنه قال: لا أحفظ عن أبي حنيفة في هذا شيئاً، وقال أبو يوسف^(١): هي كلها لصاحب الوقت، وقد بيننا هذا^(٢).



(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥٩٥/٧.



بَاب

اختلاف البيئات في دعوى المواريث



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وأما إذا كانت الدار أو العبد أو غير ذلك من سائر الأموال في يدي رجل، فادّعى الذي في يديه ذلك [الشيء] أنه له، وأقام شاهدين أن أباه مات وتركها ميراثاً له، وأقام الخارج البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً له، ولم توقت البيئتان وقتاً، فالدار للذي ليست في يده في قول أصحابنا جميعاً؛ وذلك لأن كل واحد منهما إن جعلناه كالمثبت لملك الميت، فكأن المثبتين حضرا وأقام كل واحد البينة [على ملك مطلق، فيكون الخارج أولى، وإن جعلنا كل واحد منهما مثبتاً] لملك نفسه، فقد أقاما البينة على ملك مطلق، فالخارج أولى^(١).

٢٧١٩ - فُصِّل: [توقيت أحدهما قبل الآخر]

قال: (فإن وقتاً وقتاً، ووقت أحدهما قبل الآخر)^(٢)، فهي لصاحب الوقت الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد - الذي يرويه ابن سماعة عنه في إملائه -: يحكم بها للخارج ولا يقبل من الذي في يده بينة على ما في يده [على وجه] إلا النتاج، وما كان في معناه خاصة.

وجه قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الآخر: أن صاحب التاريخ أقام

(١) انظر: الأصل ٥٨٦/٧.

(٢) في ل (وإن وقت وقتين أحدهما قبل الآخر).



البيّنة أنه أول المالكين، وأن [الملك]^(١) لا يستحق في المدة إلا من جهته،
والآخر أقام البيّنة على استحقاق الملك في المدة من [غير] جهته، فلم يقبل.
وجه قول محمد: أن صاحب اليد أقام البيّنة على الملك في غير جهته،
فصار كالملك المطلق.

٢٧٢٠ - فُصّل: [الخارج في تساوي الوقتين]

قال: فإن تساوى الوقتان فهي للخارج في قولهم؛ وذلك لأن التاريخ لمّا لم
يدل على تقدم [ملك]^(٢) أحدهما، صارا كالمدعين من غير تاريخ.
ولأن كل واحد منهما قام مقام الميت، فكأنهما حضرا وأقاما بيّنة على ملك
مطلق، فالخارج أولى.

٢٧٢١ - فُصّل: [إقامة البيّنتين على الاستحقاق]

قال: فإن ادعى رجلان شيئاً في يد غيرهما، وأقام أحدهما البيّنة أن ذلك
الشيء له، مات أبوه وتركه ميراثاً، وأقام الآخر البيّنة على مثل ذلك، ولم يوقتا،
فهو بينهما نصفان في قولهم جميعاً؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق فيما
يصح قسمته^(٣)، فتساويا في نفس المستحق على ما قدّمناه^(٤).



(١) في أ (المالك) والمثبت من ل.

(٢) في أ (ذلك) والمثبت من ل.

(٣) في ل (تسميته).

(٤) انظر: الأصل ٥٨٢/٧.

٢٧٢٢ - فَصْل: [توقيت البينتين وقتين متساويين]

قال: فإن وُقِّت البينتان وقتين متساويين، فذلك الشيء بينهما نصفان؛ لأن الوقت لا يدل على تقدم أحد الملكين، فسقط التا[ريخان] (١)، فيصير كأن الشهود أطلقوا.

٢٧٢٣ - فَصْل: [توقيت إحدى البينتين قبل الآخر]

قال: فإن كان وقت أحدهما قبل وقت الآخر، حكم بذلك الشيء لصاحب الوقت الأول في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد في الميراث: ذلك كله سواء، وهو بينهما نصفان، هذا في رواية أبي سليمان، ولم يذكر [في رواية أبي] (٢) حفص [قول أبي حنيفة].

قال هشام في نوادره: سألت محمداً عن رجلين ادّعى داراً في يد رجل، وأقام أحدهما بيعة أن هذه الدار دار فلان مات منذ سنة وتركها ميراثاً، وأقام الآخر البيعة أن فلاناً آخر مات منذ سنتين وتركها ميراثاً، قال: هي بينهما نصفان، قلت: لِمَ وقد وقتوا؟ قال: لم يوقتوا متى كانت للميت، قلت: فإن أرّخا [ملك الميتين]، قال: هي لصاحب التاريخ الأول (٣).

وجه قولهما: أن صاحب التاريخ أقام البيعة أنه أول المالكين، وأن الملك في المدة لا يستحق إلا من جهته، فصار كأنهما أقاما البيعة على ملكٍ مطلقٍ؛ [أ/٣٨٥] ولأن الوارث يَخْلُفُ الميِّتَ في ملكه وَيَقُومُ مقامه، فصار تاريخ ملك

(١) في أ (التاريخ) والمثبت من ل.

(٢) في أ (لم يذكره أبو حفص) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٥٨٣/٧.

الوارثين كتاريخ ملك الميتين ، فيكون السابق [منهما] أولى .

وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول في الشراء من اثنين: إنه لصاحب الوقت الأول في قولهم ، ويفرق لمحمد بينه وبين الميراث ؛ لأن المشتري يُثبت الملك لنفسه ولا يقوم مقام بائعه في الملك (بخلاف الوارث)^(١) ، إلا أن محمداً ذكر في الإملاء: إذا أقام كل واحدٍ من الخارجين البيّنة على الشراء من الآخر وأرخا ، أن التاريخ لا يُقبل إلا أن يُورخا ملك البائعين ، وسوّى بينه وبين الميراث ؛ لأن ملك المشتري لا يسلم له إلا بسلامة ملك بائعه ، فصار في حكم الوكيل للبائع .

وجه قول محمد: أن كل واحد من الوارثين [إنما] يُثبت الملك للميت ؛ بدلالة أن ديونه تقضى منه ، ولأن الملك لا يسلم له إلا بعد ثبوت ملك الميت ، فصارا كميّتين حضرا وأثبتا ملكهما من غير تاريخ ، فيكون [الشيء] بينهما .



(١) ساقطة من ل .

بَابُ شَهَادَةِ الشُّهُودِ بِالْيَدِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدارُ في يد رجل ، فأقام خارج البينة أن الدار له منذ سنتين ، وأقام الذي [هي] في يده [البينة] أنها في يده منذ ثلاث سنين ، فإن أبا يوسف روى عن أبي حنيفة: أنها للذي هي في يده ، روي ذلك عن أبي يوسف معلى ، وبشر بن الوليد ، وهشام .

وقال في الأصل: أقضي بها للمدعي ، ولم يحك خلافاً ؛ لأن شهودَ الذي [هي] في يده لم يشهدوا أنها له ، ولم يصف هذا القول إلى أحد ، وإنما أبهم الرواية .

وقالوا جميعاً عن أبي يوسف: إنها للذي أقام البينة على الملك ، وهو الخارج ، والصحيح ما في الأصل: أن البينة على اليد لا تعارض بينة [الملك]^(١) ، ألا ترى أن اليد يجوز أن تكون يد ملك ، ويجوز أن تكون غير ذلك ، ولهذا لو لم يذكر التاريخ كان الملك المطلق أولى بالإجماع^(٢) .

ووجه الرواية الأخرى: أن صاحب اليد أثبت اليد في زمان لم ينازعه المدعي فيه ، وهي السنة الأولى ، فأثبت لنفسه بذلك حقاً ، والمدعي أقام البينة على حدوث ملكه بعد ثبوت هذه اليد ، لا من جهة صاحب اليد ولا من جهة

(١) في أ (المال) والمثبت من ل .

(٢) في ل (بالاتفاق) .

مستحق عليه ، فلا تقبل بينته .

٢٧٢٤ - فُضِّلَ : [إقامة المدعي البينة بأن الدار كانت في يده أمس]

قال: وإذا كانت دار في يد رجل ، فادّعاها رجل ، وجحد الذي في يده الدار ، فأقام المدّعي بينة أنها كانت في يده أمس ، فإنه لا يقضي بهذه البينة التي شهدت أنها كانت في يده أمس ، وذكر أبو بكر الرازي عن أبي يوسف [أنه يقضي بهذه البينة]^(١) ، وتدفع الدار إلى المدعي .

وجه قولهم المشهور: أن يد المدّعى عليه شهادة في الحال ، وشهادة الشهود بيد قد كانت عُرف زوالها أكد من قولهم كانت في يده ، وليست الآن في يده ، ومعلومٌ أنهم لو قالوا كانت في يده أمس وليست في يده الآن ، لم تقبل شهادتهم ، [فعلمنا أن ذلك]^(٢) أولى .

وعلى هذا قال أصحابنا: لو شهدوا أنها كانت لابنه لم تقبل ؛ لأنهم شهدوا بملك كان ، وقد علمنا زواله ، فلم يمكن استصحابه مع وجود ما ينافيه ، وليس هذا كإقرار صاحب اليد أنها كانت في يد الخارج أمس ، أو شهادة الشهود على إقراره بذلك ؛ لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه ، ويلزم المقر ، فوجود ما ينافيه في الحال لا يمنع من لزومه .

وأما الشهادة فلا يتعلق بها استحقاق إلاّ بحكم الحاكم ، والحاكم لا يجوز أن يستصحب اليد مع وجود ما ينافيها .

(١) في أ (أنها تقبل) والمثبت من ل .

(٢) في أ (فهاهنا) والمثبت من ل .

لأبي يوسف: أن اليد سبب للاستحقاق مثل الملك، فإذا جازت الشهادة بملك كان وقد زال؛ فكذلك بيد كانت ثم زالت.

والجواب: أن الملك المتقدم لا يعلم حدوث ما ينافيه، فجاز أن يستصحبه، أما اليد فقد عرفنا وجود ما ينافيها، فلم يجز استصحابها، وصار نظير الشهادة باليد الشهادة بملك كان للميت.

٢٧٢٥ - فصل: [إقامة الخارج البينة بكون الدار في يده أمس]

قال: ولو كان الخارج أقام البينة أنها كانت في يده أمس، وأخذها هذا منه، أو غصبه إياها، أو أودعه، أو أعاره، أو أسكنه فيها، أو آجره أو أنها وصلت إليه من يده، حكم بها للخارج؛ [وذلك] لأنهم شهدوا بيد كانت وبيّنوا^(١) جهة زوالها، فوجب أن يحكم بوجوب إعادتها، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(٢)، ويروى: «حتى ترد».

وعلى هذا قالوا: إذا شهدوا أن هذه الدار كانت في يد فلان إلى أن مات، قضي بها لورثته؛ لأنهم شهدوا باليد مع جهة انتقال^(٣) الملك، فجاز أن يحكم بها.

٢٧٢٦ - فصل: [دعوى المتنازعين بأن الدار لهما]

وقد ذكر محمد في كتاب الدعوى: في رجلين تنازعا داراً، كل واحد منهما

(١) في ل (مع).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦١)؛ والترمذي (١٢٦٦)؛ والنسائي في الكبرى (٥٧٨٣)؛ وابن ماجه (٢٤٠٠)؛ والبيهقي في الكبرى، ٨/٢٨٦.

(٣) في ل (باليد مع الملك) فقط.

يدعي أنها له وفي يده ، قال : على كل واحد منهما البيّنة ، وعلى كل واحد منهما اليمين ؛ لأن كل واحد منهما معترف [بوجود] ^(١) الخصومة عليه بما ادعى اليد ، فإذا أقام أحدهما بيّنة أنها في يده تثبت له اليد ، وصار هو المدعى عليه ، والآخر مدعٍ ، فإن قامت لكل واحد منهما بيّنة أنها في يده ، جعل القاضي الدار في أيديهما ؛ لأنهما تساويا في إثبات اليد ، فصار كما لو تساويا في إثبات الملك ، (فهي بينهما نصفان .

فإن قامت لكل واحد منهما بيّنة في إثبات الملك) ^(٢) ، فقد كان أصحابنا يقولون : إن المدعي إذا قال : هذه الدار ملكي وفي يدي ، لم تُسمع دعواه ؛ لأنه لا حق له على الخصم إذا كان ملكه في يده ، إلا أن في هذه المسألة اعترف خصمه أنها في يده ، فجاز أن تسمع بيّنته عليه لاعترافه .

وقد ذكر الخصاف عن أصحابنا : أن رجلاً لو أقام البيّنة على رجل أن في يديه الدار التي حدودها كذا ، وأنها له ، لم تقبل بيّنة المدعي ما لم يشهد الشهود أن الدار في يديه ، [ثم يقيم] ^(٣) المدعي البيّنة أنها له ؛ لأنه لا يؤمن أن يتفقا على دار في يد غيرهما ، فتسمع البيّنة من غير خصم .

فعلى ما قال الخصافُ يجبُ أن لا تسمع البيّنة في مسألة الدعوى إلا أن تحمل مسألة الخصاف على أن الخصم ينكر اليد ، ومسألة الدعوى كل واحد من الخصمين اعترف باليد ، ومن أصحابنا من حمل مسألة الدعوى على أنهما أقاما

(١) في أ (بوجوب) والمثبت من ل .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٣) في أ (لم يقيم) والمثبت من ل .

البينة على اليد، ثم أقام أحدهما البينة على الملك؛ فلهذا [لم] تقبل بينته.

فأما إذا وضع المسألة أنهما لم يقيما البينة على البيع حتى أقام أحدهما بينة على الملك، فإن القاضي يجب أن يقضي له في حق صاحبه خاصة، ولا يقضي في حق غيره، حتى لو وجدت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده؛ لأنه يجوز أن تكون الدار في يد غيرهما، [فاحتالا في] ^(١) ذلك لتسمع البينة؛ فلهذا سمعت البينة في حق الخصم الحاضر [خاصة] دون غيره.

وأما إذا لم يكن لواحد منهما بينة، حلف كل واحد منهما، فإن حلفا جميعاً، أعرض القاضي عنهما ولا يقضي لواحد منهما باليد؛ لأنه لم يثبت لواحد منهما شيء، وإن نكلا جميعاً قضى باليد [ب/٣٨٥] بينهما في حقهما خاصة، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى للذي حلف على صاحبه، ومنع صاحبه عن خصومته حتى لو وجدت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده. [والله أعلم] ^(٢).



(١) في أ (حيلة من) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥٧٥/٧، ٥٧٦.

بَابُ الدعوى في الشراء



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدار في يد رجل، أو الأرض، أو الدابة، أو غير ذلك، فادعى رجل أنه اشتراها منه بألف درهم ونقد الثمن، وادعى الآخر أنه اشتراها منه بألفي درهم ونقد الثمن، ولم تُوقَّتْ واحدة من البيئتين وقتاً، فإن أبا حنيفة قال: كل واحد من المشتريين بالخيار: إن شاء أخذها نصفها بنصف الثمن الذي سمى شهوده، ورجع على البائع بنصفه، وإن [شاء] اختار نقض البيع فهو مردود.

فإن اختار أحدهما البيع واختار الآخر النقض، فإن للذي اختار إجازة البيع نصف المبيع بنصف الثمن، ولا يكون له كله إذا وقع الخيار من الحاكم، فقد نقض نصف البيع فيما اشترى كل واحد منهما.

قال: والأصل في هذا: أن البيئتين إذا تعارضتا في الشراء من واحد، وليس هناك قبض ولا تاريخ، ففي المسألة أحكام:

أحدها: أن الشيء بينهما؛ لأنهما لا يحتاجان إلى إثبات الملك لأنفسهما^(١)، وإنما يحتاجان إلى إثبات الملك فقط، وكل واحد من العقدين بمعنى [حادث]^(٢)، وكل أمرين حادثين لا يعرف تاريخ ما بينهما، حكم بوقوعهما معاً كالغرقى، وإذا

(١) في ل (ملك بائعهما).

(٢) في أ (واحد) والمثبت من ل.

حكمتنا بوقوعهما معاً تساويًا في المستحق؛ لأنهما تساويًا في سبب الاستحقاق على وجه لم يبيّن كذب إحدى البيئتين، والشيء مما يصح فيه الاشتراك، فصار إقامة البيئتين على النسب والوصية.

ولا يقال: إنا تبينا كذب إحدى الفريقين لاستحالة أن يصح البيع من كل واحدٍ منهما؛ لأن الشهود لا يشهدون بصحة البيع، وإنما يشهدون بالبيع فقط، وليس يمتنع أن يشاهده كل فريق ببيع من واحدٍ، أو يكون قد وكل واحد بالبيع والآخر بالبيع، فباع الوكيلان معاً كل واحد منهما من واحد، فلم يتقدم أحد العقدين على الآخر.

وأما ثبوت الخيار لكل واحد منهما؛ فلأنه دخل في الشراء ليسلم له المبيع من غير شركة، والآن لم يسلم له [المبيع] إلا مع الشركة، والشركة عيب، فإن شاء التزمه وإن شاء رده.

فإن اختار أخذه رجع كل واحد منهما على الآخر بنصف الثمن؛ [لأن نصف المبيع استحقه كل واحد على الآخر]، وسلامة الثمن موقوف على سلامة المبيع، (فإن اختار الدار جميعاً أخذها كل واحد بجميع الثمن؛ لأن البيع انعقد في حقهما، فوجب لكل واحدٍ منهما الثمن؛ لأن المبيع يستحقه كل واحد على الآخر بنصف الثمن)^(١).

[فإن اختار الرد، رجع كل واحد بجميع الثمن؛ لأن البيع انفسخ بينهما في حقهما، فوجب لكل واحد منهما الثمن].

فإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ، وذلك بعد تخيير الحاكم، فليس له

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

أن يأخذ إلا النصف؛ لأن الحاكم لما حكم بالمبيع بينهما وخيرهما فقد فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف، فلا يعود إلا بتجديد عقد، وهذا كما نقول: إذا قضى القاضي بالدار للشفيعين فسلم أحدهما لم يكن للآخر أن يأخذ إلا النصف؛ لأن القاضي أبطل شُفَعَةَ كل واحدٍ منهما فيما قضى به للآخر.

وأما إذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير الحاكم، فللآخر أن يأخذ الجميع؛ لأن حقه ثبت في الجميع بالعقد، وإنما يسقط عن بعضه بالمزاحمة، فإذا زالت المزاحمة والعقد بحاله بقي حقه في جميعه، وهذا كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي، كان للآخر جميعها^(١).

٢٧٢٧ - فَصْلُ: [الْحَقُّ فِي تَوْقِيتِ الْبَيْتَيْنِ]

فإن وقتت البيتان، كان لصاحب الوقت الأول؛ لأننا لَمَّا حكمنا بالمبيع الأول ملكه المشتري، فصار كأن البائع بعد ذلك بائعاً مَلِكٌ غيره، فلم يجز بيعه.

٢٧٢٨ - فَصْلُ: [الْحَقُّ فِي تَوْقِيتِ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى]

فإن وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى فهي لصاحب الوقت؛ لما بَيَّنَّا أنا لا نحتاج إلى إثبات الملك للبائع، وإنما نحتاج إلى إثبات ملكهما، وقد عرفنا تقدم ابتياع صاحب التاريخ [فبقي بيع الآخر معنى حادثاً لا يعلم تاريخه، فيحكم به في الحال، فيكون الذي قبله] أولى به.

٢٧٢٩ - فَصْلُ: [الِدَارُ فِي يَدِ أَحْدَاهُمَا وَلَيْسَ لِأَحْدَاهُمَا تَارِيخٌ]

ولو لم يكن لواحد منهما تاريخ، وكانت الدار في يد أحدهما فهو أولى؛

(١) انظر: الأصل ٥٩٦/٧، ٥٩٧.

وذلك لأن أمر المسلم محمول على الصحة والجواز ، فلم يجز أن يحمل هذا على قبض غصب ، فبقي أن يحمل على قبض بيع ، والقبض معنىً حادث ، فيحكم بوقوعهما معاً ، فصار قبض أحدهما مع بيع الآخر والقبض متصدر^(١) عن عقد ، فصار عقد صاحب القبض متقدماً من طريق الحكم ، فهو أولى .

٢٧٣٠ - فَصْل : [الشهادة بالبيع مع التوقيت]

قال : وإن ذكر الآخر وقتاً لم ينتفع به ، إلا أن يشهدوا له أن بيعه كان قبل بيع الذي في يده الدار ، فيقضى له به ، ويرجع الآخر بالثمن على البائع ؛ وذلك لما بيننا أن القبض يدل على تقدم العقد ، فإذا ذكر الآخر تاريخاً جاز أن يكون هذا البيع قبله ، وجاز أن يكون أقدم منه ، فلا يعلم بالتاريخ حتى يقدم العقد ، وليس كذلك إذا لم يكن هناك قبض ؛ لأننا لم نحكم بتقدم العقد ، وهو معنى حادث ، فحكمنا بوقوعه في الحال ، فصار صاحب التاريخ أقدم منه .

وأما إذا شهدوا بتقدم البيع على بيع صاحب القبض ، فالمتقدم أولى ؛ لأنه ملك من الوقت السابق ، وبيع الآخر حصل بعده ، فلا يعتد به .

٢٧٣١ - فَصْل : [إقامة كل من المدعين البينة بالشراء من الآخر]

فإن أقام كل واحد منهما البينة على شراء من الآخر ، وعلى ملك البائع . فإن يقضي بها بينهما نصفين ؛ لأن المشتريين قاما مقام الباعين ، فكأن الباعين حضرا وأقاما البينة على الملك ، فيكون الشيء بينهما على ما قدمنا ، ولم يذكر في هذا الفصل الخيار اكتفاءً بما مضى ، وإلا فالخيار ثابت ؛ لأن الاستحقاق يوجب^(٢)

(١) في ل (مقدر) .

(٢) في ل (يوجد باستحقاق) .

استحقاق الملك من الأصل ؛ ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ، فيثبت لكل واحد من المشتريين الخيار .

٢٧٣٢ - [فصل: الاستحقاق يوجب الرجوع بالثمن]

فإن كانا أقرّا بقبض المبيع أو لم يقرّا ، فإن كل واحد من المشتريين منهما يرجع على بائعه بنصف [المبيع]^(١) ؛ وذلك لأن نصف المبيع استحق من يده ، والاستحقاق قبل قبض الثمن وبعده يوجب الرجوع بالثمن .

٢٧٣٣ - فصل: تقدم أحد الوقتين قبل الآخر]

قال: ولو كان الشهود وقتوا وقتاً في الشراء ، فكان أحد الوقتين قبل صاحبه ، فإنه يقضى به لصاحب الوقت الأول في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ؛ وذلك لأن صاحب الوقت الأول أثبت لنفسه الملك في وقت متقدم لم ينازعه صاحبه فيه ، فلم يستحق الملك بعد ذلك إلا من جهته ، وقد أقام الآخر البينة على الاستحقاق من غير جهته ، فلم تقبل بينته ، وهذه رواية الأصول ، وقد بينّا الفرق بين المشتريين [والوارثين]^(٢) على ما كان يقوله أبو بكر الرازي .

فأما على رواية الإملاء عن محمد: فالتاريخ لا يعتد به ؛ لأن المشتري يثبت ملك بائعه ، وهو مؤرخ^(٣) ، فتاريخه لملكه لا يعتد به ، فكأن البائعين حضرا وأقاما بينة على الملك من غير تاريخ ، فيقسم بينهما .

(١) في أ (الثمن) والمثبت من ل .

(٢) في أ (الوادعين) ، والمثبت من ل .

(٣) في ل (غير واضح) . في ر (غير مؤرخ) ، وهذا أصح كما يقتضيه السياق .

قال: ولو وقت إحدى البينتين وقتاً، ولم توقت الأخرى وقتاً، فإنه يقسم بينهما نصفين؛ وذلك لأن توقيت أحدهما لا يدل على ما تقدم ملكه لجواز أن تكون البينة الأخرى لو وقتت [وقتاً] [١/٣٨٦] لكان أقدم، وإذا لم يدل على التقدم سقط التاريخ.

وليس كذلك إذا كان البائع واحداً؛ لأنهما اتفقا على ملك البائع، [فلا] (١) يثبت لأحدهما تاريخ، وشراء الآخر معنى حادث حكم به في الحال.

٢٧٣٤ - فصل: [كون الدار في يد أحدهما ويقضى للآخر]

قال: ولو كانت الدار في يد أحدهما قضي بها للآخر؛ وذلك لأنهما قاما مقام البائعين، فكأنهما حضرا والدار في يد أحدهما، فأقاما البينة على الملك، فتكون بينة الخارج أولى.

وليس كذلك إذا كان البائع واحداً؛ لأنهما اتفقا على ملك البائع والقبض وبيع الآخر، فكأنهما في الحكم معاً، فيصير بيع صاحب القبض متقدماً على طريق الحكم، فكان أولى (٢).



(١) في أ (فإذا) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥٩٧/٧.



بَابُ

آخر: في الرجلين يَدَّعِي أحدهما بيعاً والآخر هبةً
أو صدقةً أو ميراثاً والمُدَّعَى عليهم متفرقون



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدارُ في يد رجل فادَّعَى رَجُلٌ
أنهُ اشتراها من فلان بمائة درهم وهو يملكها، ونقده الثمن، وادَّعَى آخر أن فلاناً
الآخر وهبها له وقبضها منه، وهو يومئذٍ يملكها، فإنه يقضي بها بينهما نصفين.

ولو كان معهما مُدَّعٍ يَدَّعِي ميراثاً عن أبيه، وأقام على ذلك بينة، وادَّعَى
آخر صدقة من آخر، فأقام على ذلك بينةً وعلى القبض، فإنه يقضي بينهم أرباعاً؛
وذلك لأن المدعَيْن هاهنا يثبتون ملك من استفادوا الملك من جهته، وقد تساوى
حكم أملاكهم، فلا [معنى] ^(١) بإثبات ملك المتنازعين من القوة والضعف،
[فكانوا جميعاً سواء]، وصار كأن البائع والواهب والمتصدق والميت حضروا
وأقام كل واحدٍ بينة على الملك المطلق، فيتساوون، وليس كذلك إذا كانت
الدعوى من [مالك] ^(٢) واحد؛ لأنهم اتفقوا على ملكه، وإنما اختلفوا في ملك
أنفسهم، فجاز أن يرجح أحدُ الأسباب على الآخر على ما سنبينه ^(٣).



(١) في أ (معتبر) والمثبت من ل.

(٢) في أ (ملك) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٥٩٨/٧.

بَاب إذا اختلف الدعوى والمدعى الملك من قبله واحد



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا كانت الدار في يد رجل ، فأقام رجل البينة أنه اشتراها من فلان بثمان مسمى ونقده الثمن ، وقبض الدار ، وأقام الآخر البينة أن فلاناً ذلك وهبها له وقبضها منه ، فإنه يقضى بها لصاحب الشراء ، وكذلك الشراء مع الصدقة ، وكذلك النُّحْلَى والعُمْرَى مع الشراء ، فإنه يقضى بها لصاحب الشراء ؛ وذلك لأن الشراء والهبة كل واحد منهما [معنى] حادث لا يعلم تاريخه ، فيحكم بوقوعهما معاً كالعَرَاقِي إذا وقعوا معاً ، تعلق الاستحقاق بعقد البيع ، ولم يتعلق بعقد الهبة حتى ينضم القبض إليه ، فكان البيع أسبق نفاذاً ، فكان أولى .

٢٧٣٥ - فُصِّلَ : [إقامة المدعين بينتين مختلفتين]

قال : فإن لم يقم واحد منهما البينة على الشراء ، وأقام واحد على الهبة والقبض ، والآخر على الصدقة والقبض ، فإنه يقضى [بها] بينهما نصفين ؛ وذلك لأن الهبة والصدقة تساوي في افتقار كل واحد منهما إلى القبض ، ولم يترجح أحدهما على الآخر ، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق .

فإن قيل : الصدقة أولى ؛ لأنه لا يصح الرجوع فيها ، وفي الهبة يصح ، قلنا له : الترجيح إنما يقع بتقدم أحد العقدين على الآخر ، والصدقة والهبة لا يتقدم أحدهما [على] الآخر حكماً ؛ ولأن الرجوع [معنى] يقع في ثاني العقد ، والترجيح

يقع حكمه ابتداء العقد، ولأن الرجوع^(١) حق ضعيف، ألا ترى أنه يمكن للموهوب له أن يطالبه^(٢) فلم يقع به الترجيح.

وقد فرضت هذه المسألة في هبة الدابة، وهي مما لا يحتمل القسمة، فوقع الهبة في بعضها والصدقة في بعضها جائز.

وأما إذا كانت المنازعة فيما يحتمل القسمة، والمسألة بحالها، فمن أصحابنا من [قال]: لا يحكم لواحد منهما؛ لأن هبة الواحد من الاثنين لا يصح عند أبي حنيفة، ومنهم من قال: لا فرق بين ما تحتمل القسمة أو لا تحتمل [القسمة]؛ لأن لكل واحد منهما بيّنته^(٣) على هبة الجميع، وإنما يستحق بعض ذلك حكماً، والإشاعة في الثاني لا تؤثر فيه الهبة ولا في الصدقة.

٢٧٣٦ - فَصْل: [إقامة امرأة البيّنة على الزواج والآخر على الهبة]

فإن أقام [أحدهما] بيّنة على هبة مقبوضة أو صدقة مقبوضة، وأقامت امرأة البيّنة أنها تزوّجت عليها، فالنكاح أولى، وهي للمرأة؛ وذلك لأن البدل في النكاح يُستحق بمجرد العقد، وفي الهبة لا يستحق إلا بالقبض، فصار كالبيع والهبة.

٢٧٣٧ - فَصْل: [إقامة امرأة البيّنة على الزواج ورجل على الشراء]

قال: وإن كانت المرأة أقامت على النكاح بالدابة البيّنة، وأقام رجل على

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ والمثبت من ل.

(٢) في ل (بيطله) والمثبت من أ.

(٣) في ل (أقام البيّنة) والمثبت من أ.

الشراء ، فهي بينهما نصفان في قول أبي يوسف ، وقال محمد: الشراء أولى من النكاح ، وتكون للمرأة القيمة على الزوج في قول محمد .

لأبي يوسف: أن النكاح والبيع تساويا في أن الملك يقع في كل واحدٍ منهما بنفس العقد ، فصارا كالبيّعين ، ولأن كل واحدٍ من العقدين يتعلق به الضمان والاستحقاق ، وحكم النكاح في العوض أقوى ؛ لأنه يثبتُ بغير تسمية ، فلا يجوز ترجيح البيع عليه .

ولمحمد: أن من أصله ترجيحُ البيّنات وتصحيحها ما أمكن حُسن الظن بالشهود ، وهو حكم يتقدم البيع فصَحَّ ، وصحّت التسمية في النكاح ؛ لأن من تزوج امرأة على ملك غيره ، صحّت التسمية وكان لها القيمة ، ولو حكم بتقديم النكاح لبطل البيع ، وما أدّى إلى تصحيح العقدين فهو أولى ؛ ولأننا لو لم نحكم بتقدم البيع ، لحكمنا بوقوع العقدين معاً ، فيبطل البيع في النصف ، وإذا تقدم البيع صحّ العقدان جميعاً ، فهو أولى .

٢٧٣٨ - فِصْلُ : [اجتماع الشراء والرهن]

قال: وإذا اجتمع الشراء والرهن ، فالشراء أولى من الرهن ؛ وذلك لأن الشراء يتعلق بالاستحقاق بعقده ، والرهن لا يتعلق ذلك بعقده ، فكان البيع أسبق من طريق الحكم ، فكان أولى كالبيع والهبة ؛ ولأن الشراء إثبات ملك ، والرهن إثباتُ حق ، والملك والحق إذا اجتمعا فالملك أولى^(١) من الحق ، ولأن الشراء يرد على الرهن ، والرهن لا يردُ على البيع ؛ لأنه لو باع^(٢) رهناً لم يصح ، وإذا

(١) في ل (إذا تساويا فالملك أقوى) والمثبت من أ.

(٢) في ل (لو باع ثم رهن).

اجتمعا كان البيع أولى ، كنيكاح الحرة والأمة .

٢٧٣٩ - [فصل : اجتماع الرهن والصدقة]

قال : والرهن أولى من الصدقة والهبة ، وذكر في كتاب الشهادات أن القياس يقتضي أن الهبة أولى من الرهن ؛ لأن [الهبة] فيها إثبات الملك ، فهي أولى من إثبات الحق ، ولأن الهبة ترد على الرهن ، والرهن لا يرد على الهبة .

ووجه الاستحسان : أن الرهن يتعلق [به ضمان]^(١) ، والهبة لا يتعلق بها ضمان ، [فصار الرهن مع الهبة]^(٢) كالبيع مع الهبة^(٣) .



(١) طمس في أ ، والمثبت من ل .

(٢) في أ (فهو) والمثبت من ل .

(٣) انظر : الأصل ٥٩٦/٧ - ٦٠٠ .

بَابُ

دَعْوَى مَنْ فِي يَدِهِ عَلَى خَارِجٍ وَدَعْوَى الْخَارِجِ عَلَى مَنْ فِي يَدِهِ



[٣٨٦/ب] قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدارُ في يد رجل ، فأقام آخر البينة أنه اشتراها من الذي هي في يده بألف درهم ونقده الثمن ، وأقام الذي في يده البينة أنه اشتراها من المدعي بألف ونقده الثمن ، فإن البينتين تتهاتران على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا يجب لواحد منهما على صاحبه ثمن ، وتبقى الدار في يد الذي هي في يده .

ولو وقتت البينتان وقتين أحدهما قبل صاحبه ، فإنه يقضى بها لصاحب الوقت [الأخير] ^(١) ، لأيهما كان ، والبيع الثاني ينقض البيع الأول .

وقال محمد في المسألة الأولى: إذا لم يوقت إحدى البينتين وقتاً فإني أقضي بالبينتين جميعاً ، وأقضي بالدار للمدعي الذي ليست الدار في يده .

وجه قولهما: أن دخول كل واحد من المتبايعين مع الآخر في البيع إقرار له بالملك ، فكأن كل واحد منهما أقام البينة على إقرار الآخر له ، ولو أقاما البينة على الإقرار بها تهاترت البينتان ، كذلك هذا .

ولأنه لا يخلو: إما أن يحكم بوقوع البيعين معاً ، أو بتقدم أحدهما على الآخر ، فإن حكمنا بوقوعهما معاً بطلا لاستحالة أن يستفيد كل واحدٍ منهما الملك من صاحبه في الحال الذي يفيدُه الملك ، وإن حكمنا بأحد البيعين بعينه

(١) في أ (الآخر) والمثبت من ل .

متقدماً على الآخر، أثبتنا تاريخاً لم يشهد به الشهود، [وهذا لا يجوز، كما لا يجوز إثبات قبض لم يشهد به الشهود].

وجه قول محمد: أن الشهود عدول، والواجب حُسْنُ^(١) الظنِّ بهم، وحمل أمرهم على الصحة ما أمكن، والبيئة إذا قامت على حقين^(٢) حكمت الأدلة في إثبات السابق منهما، واليد إحدى علامات السبق؛ بدلالة أن المشتريين من رجل واحد إذا أقاما البيئة ومع أحدهما قبض جعل عقده أسبق، فيحمل الأمر على أن الخارج باع من صاحب اليد وسلمه، ثم باع صاحب اليد منه ولم يسلمه إليه، فيؤمر بالتسليم.

ولا يجوز أن يحمل الأمر على أن صاحب اليد باع من الخارج ولم يسلم إليه، ثم ابتاع منه؛ لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز، فلم يجز حمل الأمر على ما يفسد معه أحد العقدين، بل يجب حمله على ما يصح معه العقدان جميعاً.

قال: ولو وقت البيئتان، وقبض أحدهما قبل صاحبه، فإنه يقضي بها لصاحب الوقت الآخر، أيهما كان، والبيع الثاني ينقض البيع الأول.

وهذا الفصل على وجهين: إما أن يكون ابتياع الخارج أسبق، أو ابتياع صاحب اليد أسبق، وكل واحد من الفصلين على فصلين: إما أن يكون الشهود أثبتوا القبض، أو لم يثبتوا.

فإن كانت بيئة^(٣) الخارج أسبق ولم يثبت قبض، ففي قول أبي حنيفة وأبي

(١) في ل (تحقيق).

(٢) في ل (البيعين).

(٣) في ل (وقت).

يوسف: يقضى بالدار لصاحب اليد ، وعلى قول محمد: يقضى بها للخارج .

أما على قولهما: فلأن الخارج ابتاع أولاً ثم باع قبل قبض المبيع ، وباع العقار قبل القبض جائز عندهما ، فيجوز البيعان معاً .

وعلى قول محمد: الخارج ابتاع أولاً ثم باع قبل القبض ، فلم يصح بيعه ، فيبقى على ملك الخارج .

وأما إذا أثبتوا القبض جاز البيعان جميعاً ، ويقضى للذي هي في يده في قولهم جميعاً ؛ لأن ابتياعه هو المتأخر ، وقد ابتاع بعد^(١) القبض فيصح على المذهبين .

وأما إذا كان وقت الذي هي في يده أسبق ولم يثبت القبض ، فإننا نجعل الذي في يده كأنه ابتاعها أولاً على ما شهدت شهوده ، ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إليه في قولهم جميعاً .

وأما إذا أثبتوا القبض ، ففي قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف: الجواب كذلك ، وفي قول محمد: يجب أن يكون مثله ؛ لأنه يجعل الذي في يده كأنه اشتراها أولاً ثم باع من الخارج وسلّم إليه ، ثم عادت إلى صاحب اليد بوجه آخر ، وهذا التفصيل لم يذكره أبو الحسن .

قال: ولو كانا أقاما [جميعاً] البينة على الشراء والقبض ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالوا في ذلك: هي للذي في يده ، والبيتان باطلتان ، وقال محمد: أما أنا فأراها للذي هي في يده ، وألف بألف قصاص .

(١) في ل (قبل) .

أما أبو حنيفة وأبو يوسف: فقد بنيا على أصلهما ، وأما محمد: فإنه يجعل الخارج كأنه اشتراها من الداخل وقبضها ، ثم اشتراها الداخل منه وقبض ؛ لأن من أصله أن القبض الموجود إذا أمكننا أن نجعله قبض بيع جعلناه كذلك ؛ لأنه موجب البيع ، والمسلم يجب حمل أمره على الصحة ، وإذا صار هذا قبض بيع ، كان ابتياع الخارج أولاً .

وقال معلى: قال أبو يوسف في عبد في يدي رجل أقام أحد البيعة أنه اشتراه منه وقبضه ، وأقام الذي في يديه البيعة أنه اشتراه من المدعي ، قال: هو للذي في يديه ، وهذا على ما بيناه من أصل أبي حنيفة وأبي يوسف في تهاتر البيعتين ، وأما محمد: فجعل المشتري صاحب اليد هو الثاني ، حتى يجعل القبض الموجود قبض بيع ، فهو أولى من حمله على غير ذلك ما أمكن ، وهذا باب فرّع عليه محمد في الجامع الكبير فروعاً مضطربة على أصله ، وفيما ذكره أبو الحسن كفاية^(١) .



(١) انظر: الأصل ٥٧٦/٧ .



بَابُ الدعوى إذا خالفت الشهادة



قال أيده الله: الأصل في هذا الباب أن البينة التي تقوم لحق آدمي لا تقبل إلا بمدعٍ؛ لأنها حق له، وحقوق الإنسان تقف على مطالبته، أو مطالبة من يقوم مقامه، فمتى خالفت الدعوى البينة لم تقبل البينة؛ لأنه لا مدعي لها، والمعتبر اتفاق الدعوى والشهادة من طريق المعنى لا من طريق اللفظ، ألا ترى أن المدعي يقول: أدعي كذا، والشاهد يقول أشهد بكذا، فيختلف اللفظ، ويتفق المعنى، فكل موضع أمكن أن يوفق بين الدعوى والشهادة لم تبطل، وإذا لم يمكن أن يوفق^(١) بينهما بطلت.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدار في يد رجل، فادّعاها آخر أنها له ورثها عن أبيه، وجحد الذي في يديه الدار دعواه، فأقام المدعي البينة أنه اشتراها من الذي هي في يديه منذ سنتين ولم يذكر أباه، فإن هذه الشهادة لا تقبل في قولهم؛ (وذلك لأنه ادّعى ملكاً من جهة الميراث، وشهد الشهود بالشراء، وهذه شهادة لا مدعي لها، فلا تقبل؛ لأنه في الظاهر أكذب الشهود بدعواه الإرث، فلا تقبل شهادتهم.

قال: ولو ادّعى أولاً أن الذي في يديه تصدق بها عليه، ثم أقام بينة أنه اشتراها من الذي [١/٣٨٧] هي في يديه، أو ادّعى أولاً الشراء ثم أقام بينة على صدقة أو هبة من الذي هو في يديه وأنه قبضها، لم تقبل بينته؛ وذلك لأنه ادّعى

(١) في ل (التلفيق).

الملك من جهة مخصوصةٍ وشهد الشهود بجهةٍ أخرى تخالف الدعوى ، فلا تقبل .

قال : فإن قال المدعي : قد كنت اشتريتها منه فجحد ، وسألته بعد ذلك فتصدق بها علي ، أو قال : سألته فوهبها لي ، فقبضتها ، وقد شهدت له البينة علي الهبة أو الصدقة والقبض ، قبلت بيّنته ، وحكمت له بالدار إذا فسّر هذا التفسير .

وكذلك إن قال : جحد في الميراث فاشتريتها منه ؛ وذلك لأنه يمكن الجمع هاهنا بين الدعوى والبينة ؛ لأن الأمر يجوز أن يكون علي ما قاله .

وكذلك إن لم يفسر ؛ لأن المخالفة موجودة في الظاهر ، فلم تقبل البينة .

قال : وإذا كانت دار في يدي رجل ، فادعى أنه اشتراها منه بعبد هذا ، فسئل البينة ، فأقام البينة في مجلس آخر أنه اشتراها بألف درهم ، فإن بينته لا تقبل ؛ وذلك لأن اختلاف البدل يوجب اختلاف العقود ، فقد ادعى عقداً وأقام البينة بعقدٍ آخر ، فلا تقبل بينته .

قال : فإن قال : جحدني الشراء بالعبد ، فاشتريته بعد قيامي من مجلس الحاكم بألف درهم ، فإنه تقبل بينته علي ذلك ، ويقضى له بالدار ؛ وذلك لأن العقد قد يطرأ علي العقد بعد الجحود ، ويمكن الجمع بين الدعوى الثانية والأولى .

قال : ولو أقام البينة أنه اشتراها منه منذ سنة ، أو منذ شهر ، أو قبل قيامه من مجلس الحكم بألف ، لم تقبل بينته ؛ وذلك لأنه لما ادّعى عند الحاكم الشراء بالعبد ، ثم ادعى أنه كان قبل ذلك الشراء اشترى بألف ، فقد نقض الشراء الأول بالثاني ، فدعواه مخالفة للبينة فلا تقبل .

قال: ولو ادعى أول مرة شيئاً في يد غيره أنه له، وجحد الذي هي في يديه الدعوى التي ادعاها الخارج، فأقام البينة أنه اشتراها من الذي هي في يديه، أو تصدق بها عليه وقبضها، أو وهبها له وقبضها، أو أنه ورثها من أبيه، أو ملكها بشراء أو صدقة أو هبة من غير مَنْ هي في يديه، فإنه يقضي بها له؛ وذلك لأنه لا منافاة بين هذه الدعوى وبين البينة، ألا ترى أن الملك لم يمنع ذلك من قبول شهادتهم.

وكذلك لو جاء ببينة أن ذلك لغيره وكّله بالخصومة فيها، فإنه يقضى بها للذي وكله بالخصومة فيها؛ لأن دعواه للدار لا ينفي إقامة البينة لموكله؛ لأن الوكيل قد يضيف الشيء إلى نفسه لثبوت حق المطالبة له فيه، وإذا كان كذلك ثبت ذلك، قبلت البينة.

قال: ولو ادعى أول مرة أنها لفلان أنه وكّله بالخصومة فيها، ثم أقام البينة أنها له لم يقبل ذلك منه؛ لأن المستحق للشيء لا يضيف ذلك إلى غيره، وإنما يضيف ملك الغير إلى نفسه إذا كان وكيلاً، فكانت البينة مخالفة لدعواه، فلم تقبل^(١).

وكذلك لو أقام بينة أنها لآخر وكّله بالخصومة فيها، لم يقبل ذلك منه، ولا أصدقه عليه؛ لأن الوكيل يضيف ملك الموكل إلى نفسه، ولا يضيفه إلى موكل آخر، فكانت الدعوى الثانية نقضاً للأولى.

قال: فإن قال بعدما ادعى الوكالة من الثاني أنه باعها من فلان، وهو يملكها، وقد وكّلتني فلان - يعني المشتري - بالخصومة فيها، وجاء بالبينة على

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

ذلك ، فإنني أقبل ذلك ، وأقضي بالدار للموكل الآخر ؛ وذلك لأنه يمكن الجمع من الدعويين لجواز أن يبيع الموكل الأول [من الثاني] ، وإذا أمكن الجمع بينهما لم يتنافيا .

قال: وكذلك لو ادعى [على] رجل [ديناً] في صكّ جاء به باسمه ، ثم جاء بالبينة أن ذلك المال بعينه في الصك لغيره وكله بالخصومة فيه ، فإنني أقبل ذلك منه ؛ وهذا لما بيّنا أن الوكيل قد يضيف ما وُكِّل به إلى نفسه ، فلم تتنافى البينة والدعوى .

قال: ولو أن رجلاً ادعى داراً في يد رجل أنه اشتراها من فلان ، وهو يملكها - رجل غير الذي الدار في يديه - ، ثم أقام المدعي البينة أنها داره ، فلم يشهدوا على الشراء ، فإن الشهادة باطلة ، وكذلك لو ادعى أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً ، ثم أقام البينة أن الدار داره ، لم تقبل بينته حتى يشهدوا بما قال ؛ وذلك لأن المدعي ادعى ملكاً مُقيداً^(١) بالشراء أو بالميراث ، وأقام البينة على ملكٍ مطلق ، والملك المطلق أعمُّ من المقيد ؛ لأن الملك المُرسَل يستحق من الأصل ؛ ولهذا يستحق أولاد الجارية .

وإذا كانت الشهادة أكثر من الدعوى لم تقبل ، مثل أن يدعي ألفاً فيشهدان بألف وخمسمائة ؛ ولأنه أقرَّ بالملك للبايع وللميِّت ، فلا تقبل الشهادة له حتى يشهدوا على الانتقال منه إليه .

[قال]: وإذا ادعى أنه اشتراها من فلان ، وجاء بشاهدين يشهدان أن فلاناً ذلك وهبها له وقبضها منه ، وهو يملكها ، فإن الشهادة باطلة ، إلا أن يقول اشتريتها

(١) في ل (حادثاً) .



فجحدني ، ثم وهبها لي بعد ذلك ، وهذا على ما قدمنا .

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل ادعى داراً في يد رجل ، وقال قد اشتريتها منه في شهر رمضان بألف ونقده الثمن ، فجحد الآخر البيع والخصومة ، فسأل القاضي المدعي البينة ، وكان تقدم إليه في ذي القعدة ، فجاء بالبينة ، فشهدت أن هذا تصدق بالدار على المدعي في شعبان وقبضها ، فإن القاضي لا يقبل هذه البينة ؛ لأن الشراء المتأخر الذي ادّعاه في رمضان ينقض التصديق في شعبان ، [فكان مكذباً للبينة] .

قال: وإذا قامت بينة على الصدقة في شوال قبل ذلك منه ؛ لأنه يقول: جحدني الشراء فطلبت إليه فتصدق بها عليّ ؛ وهذا لما بيننا أن دعوى الشراء في رمضان لا تنفي الصدقة في شوال مع الجحود .

قال: ولو لم يذكر بينة [على] الصدقة فجاء بالبينة على الشراء ، لم أقبل ذلك منه ؛ وذلك لأن الصدقة الأخيرة تنقض الشراء المتقدم ، فلم تقبل البينة مع إكذابها بالدعوى الأخيرة^(١) .



(١) انظر: الأصل ٥٩٦/٧ وما بعدها .



بَابُ الرجلين يَتَدَاعِيَانِ الشَّيْءَ بِالْأَيْدِي



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا اختصم رجلان في دابة أو بقرة أو ثوب أو عبد أو غير ذلك من العروض، قال: إذا كان قائماً بعينه فإن القاضي ينبغي له أن لا يسمع واحداً منهما حتى يُحضرَا ذلك الشيء الذي يتنازعان فيه بعينه [ب/٣٨٧] إلا أن يكون أحدهما قد استهلكه، والآخر يدّعي أنها له، فإن وقع الأمر على هذا قُبِلَت البيّنة؛ لأنه مُستهلك.

والأصل في ذلك: أن المنقولات لا تُضبط بالصفة، ومن حكم الدعوى أن تقع في معلوم، فإذا لم يحضر لم تقع الدعوى على عينها، فلم يعرفها القاضي ولا الشهود، فلذلك وجب إحضارها.

ولأن الخصومة تتعلق: بُمَدَّعي، ومَدَّعى عليه، ومدعى فيه، ومعلوم أن المتداعيين إذا أمكن حضورهما وقف الحكم على ذلك، فكذلك المدعى فيه.

وليس كذلك المستهلك؛ لأن الدعوى لا تقع في عين، وإنما تقع فيما في الذمة، وقد حضر صاحبُ الذمة، وليس هذا كالعقار؛ لأنه يصيرُ معلوماً بالتحديد، فتقع الشهادة على معلوم.

ولهذا لو وقعت الدعوى في غير محدود لم تصح حتى يحضر الحاكم عند الأرض، فُتسمع الدعوى على عينها، ويشير الشهود إليها بإشارة في الشهادة.

وأما إذا وقعت الدعوى في المنقولات التي يتعذر نقلها كالحجارة والأرحية،

فلم يذكر [ذلك] أصحابنا المتقدمون ، وكان شيوخنا يقولون: إن شاء الحاكم حضر عندها ، وإن شاء بعث بأمين من أمنائه ؛ لأنها لا تضبط بالحدود ويتعذر نقلها ، فتسمع الدعوى على عينها .

قال: ولو اختصم رجلان في شيء مما ذكرنا ، وكل واحد منهما متعلق به يقول: هو لي وفي يدي ، فإن على كل واحدٍ منهما البينة أنه له ، فمن أقام البينة منهما قضي له ، وإن لم يقم البينة وهو في أيديهما ، فهو بينهما نصفان على حاله ؛ وذلك لأن يدهما ثابتة عليه من طريق المشاهدة ، واليد من أسباب الاستحقاق ، فإذا تساويا فيها كانت مقرةً في أيديهما نصفين .

فإن أقام أحدهما بينة أنها له استحق النصف الذي في يد خصمه ، فيقضي له به ، ويبقى النصف الآخر في يده لا على طريق القضاء ؛ لأن بينة صاحب اليد لا تقبل على الملك [المطلق] ؛ ولهذا قالوا: لو أقام كل واحد منهما البينة أنها له ، قضي لكل واحد منهما بما في يد الآخر ، ويكون الشيء بينهما على طريق القضاء ؛ لأن العين في أيديهما على ما بيّننا ، ففي يد كل واحد منهما النصف ، وقد أقام البينة على الجميع ، فاجتمع في كل واحدٍ من النصفين بينة صاحب اليد والخارج ، فبينة الخارج أولى .

قال: وكذلك لو اختصما في عبد صغير لا يتكلم ؛ لأنه إذا لم يعبر عن نفسه ثبتت اليد عليه ، فهو كالعروض .

وقد قالوا إن الصغير إذا كان في يد رجل يدعي أنه عبده ، فكبر فادعى الحرية لم يقبل ؛ لأننا حكمنا بثبوت اليد عليه ، فلم يقبل قوله في إزالتها .

وقال محمد: لو لم يدع صاحب اليد في حال الصغر أنه عبده حتى كبر



فادعاه ، وقال الغلام: أنا حرّ ، فالقول قوله ؛ لأنه لما لم تتقدم الدعوى لم يحكم بالرقّ ، فصار بعد البلوغ في يد نفسه ، فالمرجع إلى قوله .

قال: ولو كان عبد كبير يتكلم ، فقال: أنا عبدٌ أَحَدِهِمَا ، لم يُصَدَّقْ ، وهو عبدهما .

وقال أبو حنيفة: إذا كان العبد في يد رجل فأقر العبد أنه عبد لرجل آخر ، والذي هو في يديه يقول هو عبدي ، فالقول قول الذي هو في يديه ، ولا يصدق العبد على ما قال [إذا أقرّ بالرق وهو في يد رجل] ؛ وذلك لأن الكبير في يد نفسه ؛ [لأنّه] ^(١) يعبر عنها ، فإن قال: إني حرّ ، فالقول قوله ، فأما إذا اعترف بالرق فقد أقرّ بأنّه لا يد له على نفسه ، وأنه ممن تثبت عليه اليد ، فصار هو في يد من هو في يده ، فلم يلتفت إلى قوله ((٢)) في إزالة اليد ، وصار كالصغير .

قال: وإذا تداعيا شيئاً من ذلك ، عبداً ، أو داراً ، أو غيرهما ، جاز إقراره له .

وكذلك لو أقر أن أحدهما أودعه ذلك الشيء ، أو أعاره ، أو آجره ، أو غصبه منه ، فهو مصدّق على ما قال ، ويحكم به للمقرّ له .

وهذه المسألة على ثلاثة فصول: ذكر أبو الحسن فصلاً منها وهو إذا أقرّ قبل سماع البيّنة .

والوجه فيه: أن الدار في الظاهر لصاحب اليد ، فإذا أقر بما في يده ولم يُبَطَّل بالإقرار حقاً لغيره ، فجاز إقراره به .

(١) في ل (لا) .

(٢) من هنا سقطت في ل .

قال: والفصل الثاني: إذا أقرَّ صاحب اليد بعد سماع البينة قبل التزكية، لم يجز إقراره؛ لأنه يبطل البينتين، ألا ترى أنه يقول إنَّ المُقَرَّ له أقام البينة على ملك نفسه، فلا فائدة له في بيئته، وأن الآخر أقام البينة على غير خصم، فلم يقبل قوله في إبطال البينتين، ولكنه يصدق في تحويل الخصومة إلى المقر له، ويصير المقر له كالوكيل له في الخصومة، فيدفع العبد إلى المقر له، ويصير هو الخصم، فإذا زكيت البيتان جميعاً قضي به بينهما نصفان، على مقتضى البينتين قبل الإقرار؛ إذ المقر لا يملك تغيير موجب البينة.

وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد: أن المُقَرَّ إذا كان بإقراره تقبل الخصومة، فكأنه وكل المقر له، وعندهما: أن توكيله يجوز بغير رضا خصمه. وأما على أصل أبي حنيفة: فلا يجوز التوكيل بغير رضاه، إلا أنه يقول: هاهنا خرج المقر من الخصومة، فلم يبق خصم المدعى عليه.

والفصل الثالث: إذا أقرَّ بعدما زكيت الشهود، ولم يذكر محمد هذا الفصل في الدعوى.

والجواب عنه: أن القاضي يقضي بالعبد بينهما، ولا تنتقل الخصومة؛ لأر البينتين إذا زكيتا في الدعوى فلم يبق خصومة، وإنما بقي إنفاذ الحكم بها.

وقد ذكر محمد في الدعوى هذه المسألة وقال: إذا أقر المدعى عليه بعد سماع البينة، أن أحدهما أودعه إياه سلمه إليه، صدَّقه المقر له أو لم يصدقه، ومعنى ذلك أنه صدقه أنه أودعه أو لم يصدقه في الوديعة، ولكنه ادعى الملك، فأما إذا كذبه ولم يدع الملك فيبطل.

وقال معلى عن أبي يوسف: لو أن شاهدين شهدا أن فلاناً مات وهذه الدار في يده، فإني أقضي بها للورثة.

وإن شهدوا أن فلاناً مات وهو ساكنها، أو قالوا: مات وهو فيها: لم أقض بها. والأصل في ذلك: أنهم إذا شهدوا بيد الميت عند الموت كانت ميراثاً؛ لأن الموت جهة لنقل الملك، وكل شيء في يد الميت ينتقل إلى ورثته، إلا أن يُستحق عليه، ولأن الأملاك لا طريق لنا إلى إثباتها إلا بظاهر اليد والتصرف.

وإذا شهدوا باليد مع جهة الانتقال فكأنهم شهدوا بالملك؛ لأنهم شهدوا باليد مع جهة انتقال الملك، وإذا ثبت أن الشهادة باليد عند الموت شهادة بالملك، قلنا: إذا لم يذكروا ملك الميت ولا صريح اليد، ولكن ذكروا فعلاً من الميت، فكل فعل تثبت به اليد فإن الملك يثبت به، وكل فعل لا تثبت به اليد [أ/٣٨٨] [لا] ^(١) يثبت به الملك.

فإذا قالوا: مات في الدار ^(٢) لم تستحقها الورثة؛ لأن كون الإنسان في داره وموته فيها ليس بتصرف فيها، بدلالة أن من دخل [دار إنسان بغير إذنه] ^(٣) فجلس فيها، لم يصر غاصباً عند من يضمن العقار بالغصب، فلم يشهدوا له بملك ولا يد ولا تصرف، فلا تستحقها الورثة.

فأما إذا شهدوا أنه مات وهو ساكن فيها، فقد ذكر في الجامع الكبير: أنه يقضى بها للورثة، خلاف ما حكاه عن أبي يوسف هنا، والصحيح ما في الجامع؛

(١) السياق يدل على الزيادة.

(٢) إلى هنا ساقطة في ل (قدر صفحتين).

(٣) في أ (دار غيره).

لأن [السكنى تصرف] ^(١) في الدار، والشهادة [بالتصرف] شهادة باليد.

وجه رواية معلى: هو أن السكنى في العادة تطلق على النزول في الدار التي لا يملكها، فلو عرف الشهود الملك [له] لذكروه، وذكروا صريح اليد.

وقال معلى: سألت أبا يوسف عن رجلين على دابة، أحدهما راكب في السرج والآخر رديفه، فادعيا جميعاً الدابة، قال: هي لراكب السرج، وإن كانا راكبين في السرج قضي بها بينهما، وكذلك قال هشام عن أبي يوسف في هذه المسألة؛ وذلك لأن تصرف الراكب في السرج أظهر، فصار [كلابس الثوب] ^(٢) وآخر متعلق به، ولأن في العادة أن مالك الدابة يركب في السرج ويردف معه غيره، فكان أولى بها.

قال: وأما إذا ركبا ^(٣) معاً في السرج فتصرفهما سواء، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق.

قال معلى: قال أبو يوسف في حمال عليه كارة ^(٤) وهو في دار بزاز، فادعى البزاز الكارة وأنكر الحمال، قال: إن كان من حمالي البزازين والكارة مما يحمل فيها، فالقول قول الحمال؛ لأن يد الحمال في المحمول أظهر، وهو ممن يحمل للبزازين في العادة، فالمرجع إلى قوله.

وقد قالوا: في خياط يخيط ثوباً في دار رجل، فنازعه صاحب الدار

(١) في أ (التصرف) والمثبت من ل.

(٢) في أ (كالابس) والمثبت من ل.

(٣) في ل (إذا كانا راكبين).

(٤) «الكاراة: ما يجمع ويثد ويحمل على الظهر من طعام أو ثياب». المعجم الوجيز (الكاراة).

والخياط ، أن القول فيه قول صاحب الدار ، فجعلوا يد صاحب الدار أظهر ؛ لأن العادة أن الخياط يخيط في دار الإنسان ثيابه .

وأما الحمل فقد يحمل الإنسان إلى دار إنسان متاع غيره ، وهذا من نوع الاختلاف في متاع البيت ، فالترجيح بأظهر اليدين .

وقد ذكر ابن رستم في نواتره عن محمد في الشهود: إذا شهدوا بأنا رأينا هذا يخرج من داره وعلى عاتقه هذا المتاع ، فادعاه كل واحد منهما ، قال: إن كان الحامل يُعرف ببيع ذلك المتاع وحمله فهو له ، وإن كان لا يعرف فهو لصاحب الدار ، وهذا على ما بيَّنا من الترجيح بالعلامة الظاهرة .

قال المُعلِّي عن أبي يوسف: في رجل اصطاد طائراً في دار رجل ، قال: إن اصطاده من الهواء فهو له ، وإن كان على شجرة أو غير ذلك فهو لرب الدار ، فإن اختلفا فالقول قول رب الدار .

والأصل في هذا: أنهما لو اتفقا على أن الصيد على أصل الإباحة إلى أن اصطاده ، فهو للصائد في الوجهين ؛ لأن الصيد يُملك بالأخذ ولا يملك بحصوله على حائطه وشجرته ؛ لأنه على الامتناع ، والمباح يملك بالأخذ ، وإنما مسألة الكتاب موضوعة على أن الصائد يقول: هذا الصيد على أصل الإباحة ، [فقد ملكت] ^(١) بالأخذ ، ويقول صاحب الدار: هذا الصيد اصطدته أنا قبلك ، أو ابتعته ، أو ورثته ، فإن كان الصيِّاد أخذه من الهواء فهو له ؛ لأن الهواء لا يد لصاحب الدار عليه ، فقد اختلفا فيما لا يد له فيه ، وإنما اليد للصائد فكان القول قوله .

(١) في أ (وقد ملكه) والمثبت من ل .

وإن أخذه من جداره أو شجرته فذلك الموضع يده ، ومن أخذ من يد إنسان شيئاً وزعم أنه مباح ، لم يقبل قوله .

فإن اختلفا في أخذه هل أخذه من الهواء أو من الجدار ، فالقول قول صاحب الدار ؛ لأن الظاهر أن ما في داره في يده ، فإذا زعم الصياد أنه أخذه من الهواء ، فقد نفى يد صاحب الدار ، وهي موجودة في الظاهر ، فلا يقبل قوله .

وقال محمد في الجامع الكبير: إذا كانت الدار في يد رجل ، فادعى رجل [آخر] أنها داره ورثها عن أبيه ، فجدد الذي في يديه الدار وأقام المدعي البينة أن أباه مات في الدار ، أو شهدوا أنها كانت لأبيه مات فيها ، ولم يشهدوا أنه مات وتركها ميراثاً ، فالشهادة باطلة ، ولا يستحق بها شيئاً ، حتى يشهدوا أن أباه مات والدار في يده ، أو يشهدوا أن أباه مات وهو ساكن فيها ، أو شهدوا أنه مات وتركها ميراثاً .

وقد بيننا هذه المسألة ، وذكرنا أن قولهم: مات [فيها] ، ليس بشهادة باليد ولا بالتصرف ، وأما السكنى فقد بيننا اختلاف الرواية [فيها] .

فأما قولهم: كانت لأبيه مات فيها ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد: إن الشهادة إذا كانت لأبيه لا تقبل حتى يشهدوا أنها كانت له عند موته ، أو يشهدوا أنها كانت في يده إلى أن مات .

وقال أبو يوسف: تقبل هذه الشهادة ، ويقضى بها .

وجه قولهما: أنهم شهدوا بملك كان وقد تيقنا بزواله ، فكأن الشهود قالوا: كانت لأبيه وليست له اليوم ؛ ولأنهم شهدوا بملك تيقنا بزواله ولا يُعلم إلى من

زال ، فلا يجوز الحكم باستصحابه مع وجود ما ينافيه .

لأبي يوسف: أنهم شهدوا بملك [متقدم] للأب ، فالظاهر بقاؤه إلى حين موته ، فكأنهم قالوا: كان الملك له إلى أن مات ، فإذا ثبت من أصلهما أن الشهادة بملك كان للميت لا تقبل ، فقولهم: كانت لأبيه مات فيها ، ليس بشهادة باليد عند الموت ، (ولا بالملك ، فلا تقبل .

ولو شهدوا أنه مات^(١) وهو لابس هذا القميص ، أو لابس هذا الخاتم ، والذي في يده القميص والخاتم يجحد ذلك ، قضيت به للوارث .

فهذا على ما قدمنا: أنهم إذا شهدوا بالتصرف عند الموت فهو كالشهادة باليد ولبس القميص والخاتم تصرف تثبت به اليد؛ بدلالة أن من لبس قميص غيره بغير إذنه أو خاتمه صار غاصباً ، فإذا شهدوا باليد قضيت به للوارث .

[قال]: ولو شهدوا أنه مات وهو قاعد على هذا الفراش ، أو على هذا البساط ، (أو قالوا: وهو نائم عليه)^(٢) ، لم يستحق الوارث بهذا شيئاً ؛ وذلك لأن الجلوس والنوم عليهما^(٣) - وهما للغير - لا يصير به هذا غاصباً ، والنوم عليه ليس بتصرف ، وإذا لم يكن ذلك تصرفاً في البساط لم تثبت به اليد ، فلا تقبل الشهادة .

قال: ولو شهدوا أنه مات وهو راكب هذه الدابة ، قضيت بها للوارث ؛ لأن

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٣) وفي ل العبارة: (على البساط ليس بتصرف منه ؛ بدلالة أن من جلس على بساط غيره أو نام ، لم يصر غاصباً) .

الركوب تصرف ويد ، بدلالة أن من ركب دابة غيره بغير إذنه صار به غاصباً .

وكذلك لو شهدوا أنه مات وهو حامل لهذا الثوب ، أو لهذا المتاع ، قضيتُ به للوارث [ب/٣٨٨] ؛ لأن الحمل [به] تصرف ويد ؛ بدلالة أن من حمل ملك غيره بغير أمره صار غاصباً .

قال : ولو شهدوا أنه مات وهذا الثوب على رأسه موضوع ، ولم يشهدوا أنه كان حاملاً [له] ، لم أقض به للوارث^(١) ؛ لأنه قد يُوضع على [رأسه] بغير فعله ، فلا يكون متصرفاً فيه ، ولا تثبت له عليه يدٌ ؛ ولهذا لا يضمه إذا كان لغيره ، وإذا لم تعد ذلك اليد لم تقبل هذه الشهادة .

قال : ولو كان رجل جالساً على بساط وآخر متعلقاً به ، وكلاهما يدعيه ، لم يكن بينهما نصفين ، وإنما يصير بينهما [نصفين] بدعواهما ، أنه لهما ليس لغيرهما ، أرايت^(٢) داراً فيها رجلان قاعدان ، كل واحد منهما يدعي أنها له [فإنها] في يده ، أكان للقاضي أن يقضي بأنها لهما ، أو بأنها في أيديهما بقعودهما فيها ، أو بقيامهما ؟ فليس ينبغي للقاضي أن يقضي لهما بذلك ، [ولكن] إذا علم القاضي أن أحدهما ساكن قضى بأنها في يده ، أو لا ترى أن السكنى تخالف للقعود في الدار والنوم فيها ونحوه .

والوجه في ذلك : ما بيّننا أن القعود على البساط ليس بيد ، ولكن القاضي لا يجد [اليد أقرب] منهما ، فيقضي به لهما .

ويجوز أن يكون معنى قوله في الكتاب : يترك القاضي ذلك في أيديهما ، لا

(١) في ل (لم يستحق وارثه بهذا شيئاً ؛ وذلك لأن الثوب) .

(٢) في ل (لو أثبت) .

على طريق القضاء ؛ لأنه لا منازع لهما فيه .

وعلى هذا: القاعدان في الدار ؛ لأن القعود في الدار ليست بيد ، وإنما اليد السكنى ، فإما أن يقول أنه يقضي بالدار بينهما ؛ لأنه ليس أقرب منهما ، أو نقول: معناه أنه يتركها على طريق القضاء ؛ لأنه لم يثبت لهما يد ولا ملك فيها .

وقال هشام في نوادره: حدثنا أبو يوسف [عن أبي حنيفة] قال: إذا قامت البينة على دار أو عبدٍ أو دابةٍ أو غير ذلك بأن الميت أعارها للذي في يده ، أو أودعه إياها ، أو وَكَّله بها ، أن هذا كله جائز بعد أن يقيم على [عدد] الورثة البينة ، فيقضي بذلك بينهم ؛ لأن يد المودع يد لمودعه ، وكذلك يد المستعير يد للمعير ، ويد الوكيل يد لموكِّله ، فإذا شهدوا بيد في الحال أوجبها الميت ، فقد شهدوا أنها كانت في يد الميت إلى أن مات .

وذكر بعد هذا خلاف أبي يوسف في الشهادة ، بأن الشيء كان ملكاً للميت ، وقول ابن أبي ليلى مثل قول أبي يوسف ، وقد بيَّنا ذلك .

وقال محمد في كتاب الدعوى: إذا كانت الدار والأرض في يد رجل فأقام آخر البينة أنها دار أبيه ، ولم يقولوا: مات ؛ وتركها ميراثاً فإنه لا يُقضى بشهادتهم ، وكذلك لو قالوا كانت هذه الأرض لأبيه ؛ وذلك لأن الشهادة بها لأبيه (١) بعد موت الأب كذب ، وقولهم كانت لأبيه شهادة بملك زال لا تُعرفُ كيفيته على ما ذكرنا (٢) .



(١) في ل بدل (لأبيه) (لا تثبت) .

(٢) انظر: الأصل ٥٨٤/٧ ، ٥٨٥ .

بَابُ دَعْوَى النَّتَاجِ



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا ادعى الرجل دابةً في يد رجل ، أو شيئاً من الحيوان كائناً ما كان من بني آدم أو غيرهم ، فادّعه رجل ليس في يده أنه وُلِدَ في ملكه ، وأقام البينة على ذلك ، وأقام الذي هو في يده البينة أنه [له] ، وُلِدَ في ملكه ، فإن البينة بينة الذي في ملكه ويده .

وقال ابن أبي ليلى: الخارج أولى^(١).

لنا: ما روى جابر بن عبد الله (أن رجلاً ادعى ناقةً في يد رجل ، فأقام البينة أنها ناقته نتجها ، وأقام الذي في يده أنها ناقته نتجها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه)^(٢)؛ ولأن بينة صاحب اليد دلت على معنى لا يقتضيه ظاهر اليد ، فصارت كبينة الخارج ، فتساوت البيئتان ، ومع صاحب اليد ترجيح باليد ، [فكانت] ^(٣) أولى .

وأما إذا أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك ، فصاحب النتاج أولى ، أيهما كان ؛ لأنه أقام البينة أنه أول المالكين ، وأن الشيء في المدة لا يستحق إلا من جهته ، والآخر أقام البينة على (استحقاقه لا من جهته)^(٤) ، فلا

(١) انظر: الأصل ، ٥/٨ .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ، ٢٥٦/١٠ ؛ والشافعي في مسنده ، ٣٣٠/١ .

(٣) في أ (فهو) والمثبت من ل .

(٤) في ل (على أن الاستحقاق من غير جهته) .



تقبل بينته ، فظاهر المذهب يقتضي أن صاحب اليد يقضى له .

قال عيسى بن أبان: تتهاتر البيّتان ، ويترك الشيء في يده لا على طريق القضاء .

وهذا الذي قال يخالف المذهب ؛ لأنهم قالوا في رجلين في يد أحدهما مسلوخة ، وفي يد الآخر سواقطها ، أقام كل واحد منهما بينة على النتاج ، قضى بها لصاحب اليد ، وقضى على الآخر بتسليم السقط إليه ، ولو كان على طريق التهاتر لترك على ما كان في يد كل واحد منهما ما في يده .

وقالوا في الخارجين: إذا أقام كل واحد منهما بينة على النتاج ، كانت الدابة بينهما ، ولو تهاترت البيّتان لترك في يد الثالث .

وأما الدليل على ذلك: فلأن جابراً روى عن النبي ﷺ (أنه قضى بها لصاحب اليد)^(١) ، ولأن النتاج يدل على تقدم الملك كالتاريخ ؛ لأن كل واحد منهما أثبت الملك بالنتاج بسبب واحد ، فصار كأن الرجلين أثبتا الشراء من واحد ، وأحدهما قابض ، فالقابض أولى .

وجه قول عيسى: أن القاضي قد عرف كذب أحد الفريقين ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فلا تقبل واحدة من البيّتين .

[كما] لو شهد شاهدان أن فلاناً قُتل يوم النحر بمكة ، (وشهد شاهدان أنه قتل يوم النحر)^(٢) بالكوفة ، لم تقبل واحدة منهما .

(١) أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح ، ٣٠٩/٧ .

(٢) ساقطة من ل .

والجواب: أن الشهود لا يشهدون بالنتاج بمشاهدة الولادة، وإنما يرون
الفصيل يتبع الناقة، فيشهدون أنه فصيلها، ولا نحكم بكذب أحد الفريقين، كما
لا نحكم بكذب أحدهما^(١) إذا شهدوا بملك مطلق.

[قال]: فإن وقّنت كل بينة بما شهدت به من النتاج وقتاً مخالفاً للوقت
الآخر، وكان سنُّ الدابة [يوافق]^(٢) أحد الوقتين، كان لصاحب الوقت الذي
سنُّ الدابة عليه، (وإن كان الوقتان سواء، وكانا مشكلين، فهي بينهما، وهذا
على فصول)^(٣):

أحدها: أن يوافق السنُّ أحد الوقتين، فيقضى له بها، أيهما كان؛ لأن الحال
تشهد بصدق شهوده، فكان أولى.

وأما إذا أشكل ذلك، فلم [يعمل]^(٤) بشهادة السنُّ لأحد الوقتين، فسقط
التوقيت؛ لأنه لا دلالة فيه، فكأنهما أقاما البينة على النتاج من غير تاريخ.

وإن كانا خارجين فالدابة بينهما، وإن كانت في يد أحدهما، فهي لصاحب
اليد.

وأما إذا خالف سن الدابة الوقتين جميعاً، فلم يذكر أبو الحسن هذا الفصل،
وقد ذكره في الأصل، فقال: فإن كان على غير الوقتين، أو كانت مشكلة، قضيت
بها بينهما نصفين.

(١) في ل (أحد الفريقين).

(٢) في أ (على) والمثبت من ل.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٤) في أ (يعلم) والمثبت من ل.



قال الحاكم: وفي رواية الأصل: إذا كان سن الدابة على غير الوقتين، فالبيتان باطلتان، وهو الصحيح [أ/٣٨٩]؛ لأن [السّن] ^(١) معين معلوم، وقد كذبت البيتان جميعاً، فسقطتا، وبقي الشيء في يد صاحب اليد، وهذا كمن اعترف بنسب غلام أنه ابنه، ومثله لا يولد لمثله.

ووجه رواية الأصل: أن [النظر في السن] ^(٢) إنما يكون لحقهما، فإذا خالف البيتين لم يكن فيه فائدة لواحدةٍ منهما، فسقط اعتباره، فكأنهما لم يذكر التاريخ.

ومن أصحابنا من جمع بين الروایتين، وقال: يجب أن ينقص من السؤال حتى يصير كأنه قال: فإن كانت على غير الوقتين، وكانت مشكلة، جعل بينهما نصفين، حتى تتفق الروایتان، ويصح الجواب.

قال: وكذلك صوف أو مرعزي أو شعر، إذا أقام كل واحد البينة أنه جزه في ملكه، فهو لصاحب اليد إذا كانت الخصومة بين الذي في يده والخارج. وإن كانا خارجين فعلى ما فسرت من التناج في الوجهين جميعاً.

وكذلك غزل قطن في يد رجل أقام بينة أنه غزله في ملكه، أو أقام الخارج أنه غزله في ملكه أو ادعاه خارجان، والذي في يده يجحده؛ وذلك لأن هذا سبب في الملك لا يتكرر [فهو] كالتناج.



(١) في أ (الشيء) والمثبت من ل.

(٢) في أ (البينة والسنة) والمثبت من ل.

٢٧٤٠ - نوع آخر [ثوب في يد رجل وادّعى الخارج أنه له بالبينة]

وإذا كان ثوب خز في يدي رجل أو مرعزيّ أو شعر ، فادّعه رجل ليس في يده وأقام بينة أنه [له ، نسجه في ملكه ، وأقام الذي في يده الثوب البينة أنه له نسجه في ملكه ، أو كان سيف في يد رجل فأقام خارج أنه له] طبعه في ملكه ، وأقام الذي في يده بينة أنه له طبعه في ملكه ، فإنه ينظر إليه أهل الصناعة ، فإن كان مما ينسج مثله مرتين فهو للخارج ، وإن كان مما ينسج مرة فهو لصاحب اليد .

وإن كان مُشكلاً لا يستبين ، امرأةً نسج أو مرتين ، قضيت به للمدعي ، وهذا قول محمد - (وقال في نسخة أخرى ، وهو قول أبي حنيفة مكان قوله ، وهذا قول محمد)^(١) - ، والأصل في هذا: أنهما إذا أضافا لملكهما إلى سبب^(٢) لا يتكرر ، فصاحب اليد أولى ، قياساً على الولادة .

وإن كان السبب يتكرر قضى به للخارج ، وكان كالمملك المطلق ، فإن أشكل ذلك ، سأل عنه أهل العلم بذلك ؛ لما روى عبادة بن الصامت (أن النبي ﷺ قال: «لا تنازعوا الأمر أهله»^(٣)) ؛ ولأن أهل الصناعة أعرف بذلك [الأمر] من غيرهم ، فإن أشكل ذلك على أهل الصناعة قضى به للخارج ، ولأن الأصل: أن النبي ﷺ جعل البينة بينة المدعي^(٤) .

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٢) في ل زيادة (في الملك) .

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط ، ١٣/٥ ؛ وقال الهيثمي: «وفيه علي بن زيد ، وهو ضعيف ، وقد وثق» ، وقال: «والصحيح طرف منه» . مجمع الزوائد ، ٤٩/٦ .

(٤) الحديث بلفظ (البينة على المدعي) أخرجه الترمذي (١٣٤١) وقال: «هذا حديث في إسناده مقال» ؛ وأخرجه البيهقي في الكبرى ، ٢٧٩/٨ ؛ والدارقطني ، ١٥٧/٤ .

وإنما عدلنا عن هذا الأصل الظاهر لخبر النتائج ، فما لم يُعلم أن فيه معناه^(١) ، فهو محمول على ذلك الأصل الظاهر .

وإذا ثبت هذا فثيابُ الخَزِّ والشَّعر قد تنسج مرةً بعد أخرى ، وثياب القطن لا تنسج إلا مرةً واحدة ، والسيف منه ما يطبع مرةً بعد مرة ، ومنه ما لا يطبع إلا مرةً^(٢) .

قال : وإذا كان حُلِيٌّ مصوغ في يد امرأة ، أقامت بينةً أنه لها صاغته في ملكها ، وأقامت أخرى بينة ليس في يدها أنها صاغته في ملكها ، حكم به للخارجة ؛ لأن الحلي يُصاغ مرة بعد مرة ، فهو كالملك المطلق [الذي] يتكرر مرة بعد مرة .

٢٧٤١ - نوع آخر [مما يُستحق بالفعل ولا يُستحق بالملك]

قال : وإذا كانت الأرض والنخل في يد رجل ، فأقام آخر البينة أنه نخله وأرضه ، وأنه غرسَ هذا النخل فيها ، وأقام الذي في يديه البينة على مثل ذلك ، فإنه يقضى بها للمدعي الخارج ؛ وذلك لأن غرسَ النخل ليس بسبب لملك الأرض ، [فلم يتكرر بسبب]^(٣) الملك ، ولأن غرس النخل يتكرر ؛ لأنه [قد] يغرس ويقلع ثم يغرس ، وما يتكرر من أسباب الملك فإنه يستحقه الخارج .

قال : وإذا كانت حنطة في يد رجل فأقام آخر البينة أنها حنطته ، زرعها في أرضه ، وأقام الذي هي في يديه البينة على مثل ذلك ، فإنه يُقضى^(٤) بها للمدعي ؛ وذلك لأن الحنطة قد تزرع ثم تؤخذ من الأرض مع التراب وتزرع ثانياً ، فهو سبب يتكرر .

(١) في ل (معزل) .

(٢) انظر: الأصل ٨/٥، ٦، ١١ .

(٣) في أ (ولم يذكروا سبب) والمثبت من ل .

(٤) في ل (يعطى) .

قال: وكذلك القطن والكتان وسائر الحبوب التي تزرع غير مرّة؛ لأن السبب متى تكرر فيها لم يستحقها من خرجت من أرضه؛ لجواز أن يزرعها ثم يزرعها الغير.

٢٧٤٢ - نوع آخر [قطن نابت في أرض رجل وادعاء الآخر أن الأرض له]

ولو كان قطنًا نابتًا في أرضٍ في يد رجل، فأقام رجل البيّنة أنها أرضه، وأنه زرعَ هذا القطن فيها، (وأقام الذي في يديه البيّنة أنها أرضه وزرع هذا القطن فيها)^(١)، فإنه يقضي بالأرض والقطن للمدعي على الذي في يده.

وكذلك دار في يد رجل، فأقام البيّنة أنها داره وأنه بنى هذا البناء، وأقام رجل البيّنة بمثل ذلك، فإنه يقضي بالدار والبناء للمدعي على الذي هي في يد غيره؛ وذلك لأنهما اختلفا في الأرض وتعارضت بيّنتاهما على الملك المطلق، فكان الخارج أولى؛ ولأن البناء والزرع لا يملك به الأرض، فلم تقم البيّنة على سبب الملك، وإن كان [سببًا للملك وكانت]^(٢) مما يتكرر.

٢٧٤٣ - نوع آخر [دعوى رجل بأمة في يد رجلٍ آخر]

قال: ولو أن أمة في يد رجل ادعاهها رجل [آخر] أنها أمته، وولدت في ملكه من أمته هذه التي هي في يده، وأقام الذي هي في يديه أنها أمته، ولدت عنده في ملكه من أمته هذه، فإنه يقضى بها للذي^(٣) هي في يده؛ [وذلك] لأن الولادة سببٌ في الملك؛ لأن الولد يُملك بملك الأصل، وهو مما لا يتكرر، فكان صاحبُ اليد أولى.

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) في أ (سبب الملك) والمثبت من ل.

(٣) في ل (للمدعي التي).

ولو أقام المدعي البيّنة على أنها التي هي عند المُدعَى عليه أنها أمته ، وأنها وُلِدَتْ هذه في مِلْكِهِ ، وأقام الذي هي في يديه البيّنة على مثل ذلك ، قضيت بها وبأمرها للمدعي ؛ وذلك لأنهما اختلفا في الأم وأقام كل واحد منهما البيّنة على ملك مطلق فيها ، كان الخارج أولى ، وإذا قضي له بالأم قضي له بالولد^(١) ؛ لأنه يُملك بملك الأصل .

قال: وإذا كان صوف في يد رجل ، وأقام [رجل] البيّنة أنه صوفه جَزَّه من شاته هذه وهي [في] ملكه ، (وأقام الذي هو في يده أنه صوفه ، وأنه جَزَّه من شاته هذه)^(٢) لشاة أخرى^(٣) ، وإنما تنازعا في الصوف ، والجَزُّ سبب [في] الملك ، وهو مما لا يتكرر كالولادة .

[قال]: ولو أقام المدعي البيّنة على الشاة التي عند المدعي عليه ، أنها شاته ، وأنه جَزَّ هذا الصوف منها في ملكه ، وأقام الذي في يديه البيّنة على مثل ذلك ، فأقضي بها للمدعي ؛ لأنهما تنازعا في الشاة ، وأقام كل واحد منهما البيّنة [فيه] على مِلْكٍ مُطلق ، فكان الخارج أولى ، [ب/٣٨٩] ، وإذا استحق الشاة استحق السقط والصوف ؛ لأنه يُستحق^(٤) بملك الأصل .

قال: وإذا كان عَبْدٌ في يد رجل ، فادّعى رجل أنه عبده ، وأنه [وُلِدَ] في ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا ، وأقام على ذلك البيّنة ، وادّعى الذي هو في

(١) في ل (بالبيّنة لأنها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٣) لعل في العبارة وقع نقص ، وهو: «أنه يقضي بذلك لذي اليد ؛ لأنه في معنى النتاج من كل وجه ، فيلحق به بدلالة النص» كما في مجمع الأنهر ، ٣/٣٦٠ .

(٤) في ل (يملك).

يده أنه عبده ، وُلِدَ في ملكه من أمته [هذه] وعبد هذا ، فإنه يقضى به للذي هو في يديه ، ويكون ابن عبده وابن أمته ، ولا يكون ابن عبده الآخر ولا أمته ، ولا يقضى له به ؛ لأنهما لم يتنازعا في [الأم و] الأب ، وإنما تنازعا في الولد ، وقد تعارضت البيتان في الولادة ، فكان صاحبُ اليد أولى .

وإذا كان عبد في يدي رجل ، فادعى رجل أنه عبده اشتراه من فلان ، وأنه ولد في ملك فلان الذي ابتاعه منه ، وأقام الذي في يده العبدُ البينة أنه عبده اشتراه من فلان رجل آخر ، وأنه وُلِدَ في ملكه ، فإنه يقضى به للذي هو في يده .

وكذلك لو ادعى عبداً ميراثاً ، وأنه وُلِدَ في ملك أبيه ، أو ادعاه هبةً أو صدقةً مقبوضة من رجل ، أو وصيةً وأنه ولد في ملك الواهب .

وكذلك إذا ادعى عبداً ميراثاً ، وأنه ولد في ملك الواهب أو الموصي أو المتصدق ، فإنه يقضى به للذي هو في يديه ؛ ذلك لأنه لما أقام البينة على الولادة في ملك من استفاد الملك من جهته ، فكأنه أقام البينة على الولادة في ملكه ، والشيء في يده ، فيكون أولى .

قال: ولو كان عبد في يد رجل فأقام البينة أنه عبده ، وأقام رجل [آخر] البينة أنه عبده ، وُلِدَ [في ملكه ، ولم يسموا أمه ، وأقام رجل آخر البينة أنه عبده وُلِدَ] عنده من أمته هذه ، فإنه يقضى به للذي أمه في يده ؛ وذلك لأنه أقام البينة على الملك [والنسب] ، وأقام الآخر البينة على الملك دون [النسب] ، فكانت البينة التي تثبت الأمرين أولى ؛ ولأن أحدهما لما استحق الأم بلا منازعة فسلم له ولدها ، ولو كانت الأمة في يد المدعى عليه ، ولها ولد في يديه ، فأقام البينة بأن الابن له ، وُلِدَ من أمته هذه ، وأن الأمة له ، وأقام خارج البينة أنه عبده ، ولدته

هذه الأمة في ملكه ، وأن الأمة له ، فإنه يقضي بالأمة وولدها للخارج ؛ لأنه لم
يقم واحد منهما بينة على نتاج الأمة ؛ وذلك لأن المنازعة وقعت في الأم ، وقد
تعارضت البيّنات فيها في ملك مطلق ، فكان الخارج أولى ، فإذا استحقها استحق
ولدها .

قال : ولو كانت شاتان في يد رجل سوداء وبيضاء ، فأقام خارج البينة : أن
البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه ، وأنهما جميعاً ملكه ، وأقام الذي في يديه
[الشاتان] البينة : أن السوداء شاته ولدتها البيضاء عنده في ملكه ، وأن الشاتين
جميعاً له ، فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت [به] شهوده أنها ولدت
في ملكه ؛ وذلك لأن الخارج أقام البينة على النتاج في البيضاء ، وأقام صاحب
اليد البينة على ملكها ، فالخارج أولى ، وأقام صاحب اليد البينة على النتاج في
السوداء ، وأقام الخارج البينة على الملك فيها ، فصاحب اليد أولى .

وهذه المسألة ذكرها في الدعوى على هذا الوجه ، ويجب أن تكون المسألة
موضوعة على أن سنّ الشاتين مُشكّل ؛ لجواز أن تلد كل واحدة منهما الأخرى .
فأما إذا علم أن أحدهما يصلح أن تكون أمّاً والأخرى لا تصلح ، فإنه يقضي
بالبينة التي شهد لها السنّ ، ويبطل البينة الأخرى .

وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي : أنه لا يُقضى لواحد من البيّتين ؛ لأننا
علمنا كذب أحدهما لا محالة ؛ لاستحالة أن تلد كل واحدة منهما الأخرى ، وإذا
تَيَقَّنَّا [بكذب أحدهما] ^(١) ولا يُدرى بعينها بطلتا جميعاً ^(٢) .

(١) في أ (بكذبهما) والمثبت من ل .

(٢) انظر : الأصل ١٣/٨ ، ١٩ .

ومما يلحق بهذا الباب [من مسائل الأصل]

٢٧٤٤ - [إقامة كل من المُدَّعِيَيْنِ بِأَنَّ الْجُبْنَ مِنْ صِنْعِهِ]

إذا اختلفا في جُبْنٍ ، فأقام صاحب اليد [البينة] ، أو أقام الخارج البينة ،
فالمسألة على خمسة فصول:

إن أقام كل واحدٍ منهما البينة أن الجُبْنَ له صنعه في ملكه ، فصاحب اليد
أولى ؛ لأن عمل الجُبْنِ سببٌ في الملك لا يتكرر كالنتاج .

فإن أقام كل واحدٍ منهما البينة أن اللبن الذي صنع هذا الجبن منه في ملكه ،
فإنه يقضي به للمدعي ؛ لأن المنازعة وقعت في اللبن ، وقد أقام كل واحدٍ منهما
البينة فيه على ملكٍ معلقٍ ، فالخارج أولى .

وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة أن ذلك اللبن حلب في يده ، فإنه يقضي به
لمن هو في يديه ؛ لأن الحلب لا يتكرر^(١) .

فإن أقام كل واحدٍ منهما [البينة] أن الجبن له صنع في ملكه من لبن حلب
في ملكه من شاته ، وأن الشاة له ، فإنه يقضي للخارج ؛ لأن الاختلاف وقع في
الشاة ، وقد أقام البينة فيها على ملكٍ مطلقٍ ، فهو أولى .

وإن أقام كل واحدٍ منهما البينة أن تلك الشاة نتجت عنده ، قضى بالجميع
لصاحب اليد ؛ لأن الولادة معنى لا يتكرر .

وقال في الأصل في المتنازعين في الشاة: إذا أقام كل واحدٍ منهما بينة على

(١) انظر: الأصل ١٨/١ ، ١٩ .

النتاج ، ففضى القاضي بها لصاحب اليد ، ثم ادّعاها آخر وأقام البيّنة أنها ولدت عنده ، فإن القاضي يقضي بها له ؛ إلا أن يعيد صاحب اليد البيّنة على النتاج فيكون أولى .

وذلك لأن بيّنة صاحب اليد لم تسمع على هذا المدعي ، وإنما سمعت على الأولى ، فلا يعتد بها في حق هذا الذي لم تسمع عليه .

وإذا شهد الشهود: أن هذه الحنطة من زرع حصد من أرض فلان ، فأراد رب الأرض أن يأخذ الحنطة ، ذكر في أكثر النسخ: أنه ليس له أن يأخذها ، وفي بعضها قال: له أخذها .

وجه الرواية التي قال لا يأخذها: أن الحنطة تتبع البذر وليس تتبع الأرض ؛ بدلالة أن الغاصب إذا بذر الأرض كان الخارج منها له ، فلم يكن في إضافتها إلى زرع أرضه دلالة على الاستحقاق .

ووجه الرواية الأخرى: فمن أصحابنا من قال: هو القياس ، أن الحنطة إذا [كانت] زرعت في أرضه ولا يعرف زارعها أنها لصاحب الأرض ، وقد ثبت هاهنا أنها في أرضه ، [فكانت] ^(١) له ما لم يعلم غير ذلك .

ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع هذا ، أو هذا التمر من نخل هذا ، فإنه يقضي له بها ؛ لأنهم أضافوه إلى ملكه في الحال ، وجعلوه جزءاً من أجزاء ملكه ، فكان أولى به .

قال: ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان في أرضه ، فإنه لا يقضي له به ؛

(١) في أ (فكأنه) والمثبت من ل .

لأن الشهادة بأنها كانت في أرضه شهادة بيد كانت ، فلا تقضى بها في المشهور من قولهم .

[قال]: ولو شهدوا [أن هذا جلد] ^(١) شاته أو صوف شاته لم يقض له به ؛ لأنهم لم يضيفوه إلى ملكه ، ولكن أضافوه إلى شاته ، وقد تكون [١/٣٩٠] الشاة [له] وصوفها وجلدها للغير بالوصية ^(٢) ، ونحوه .



(١) في أ (أنه جبن) والمثبت من ل .

(٢) في ل (لغيره أوصى به له) .

بَابُ الرجلين يدعي أحدهما الدار أكثر مما يدعي الآخر

قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا ادعى رجلان داراً في يد غيرهما، وادّعى أحدهما كل الدار، وادعى الآخر نصفها، فأقام كل واحدٍ منهما البيّنة على دعواه، فإنه يُقضى في قول أبي حنيفة لصاحب الجميع بثلاث أرباع الدار، ولصاحب النصف بربع الدار.

وقال أبو يوسف ومحمد: ثلثا الدار لمدعي الكل، وثلث الدار لمدعي النصف... إلى آخر الفصل (١).

قال الشيخ أيّده الله: هذا الباب مبني على أصول:

منها: أن عند أبي حنيفة أن من يدلي بسبب صحيح يضرب بجميع دعواه، ومن لا يدلي بسبب صحيح يضرب بقدر [نصيبه] ^(٢) بالمزاحمة، فالأول كأصحاب العول، والمؤصّي له بالثلث، والمؤصّي له بالسدس، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة على ديونهم.

والثاني: مثل مسألتنا، ومثل المؤصّي له بما زاد على الثلث.

وقال أبو يوسف ومحمد: في جميع المسائل يضرب كل واحد بالجميع، وسوّيا بينه وبين العول.

(١) انظر: الأصل، ٢٩/٨، ٣١.

(٢) في أ (ما تخصه) والمثبت من ل.

والفرق لأبي حنيفة بين السبب الصحيح وغيره: أن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر [ينضم] إليه، فهو سَبَبٌ صحيحٌ، وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه، فليس بسبب صحيح.

وجه قول أبي حنيفة: أن السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه أضعف مما يتعلق به الاستحقاق [ببيئة] ^(١)، ألا ترى أن عقد الهبة والوصية لما لم يتعلق [به] الاستحقاق بعقدتهما حتى ينضم إليهما معنى آخر (من قبض وموت) ^(٢)، صاراً أضعف من البيع الذي يتعلق بعقد الاستحقاق.

فلو سَوَّينا بين السببين في جواز أن يضرب كل واحد ^(٣) منهما بالجميع لسوَّينا بين السبب الضعيف والسبب القوي.

وهذا لا يصح؛ ولأن المدعي للنصف في مسألتنا لا دعوى له في النصف الآخر، فلم يجز أن يزاحمه فيه كدارين مختلفين ادعى أحدهما واحدة منهما وبعض [الأخرى]، وادعى الآخر الأخرى أو بعضها، لم يجز أن يتضاربا في الدار التي انفرد بدعواها أحدهما، كذا هذا.

وجه قولهما: أن كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما في يديه، فإذا تزاحما ضربا بما يدعيانه ^(٤) كأصحاب العول.

ومن أصول هذا النوع: أن المُتَدَاعِيَيْنِ إذا كانت يدهما فيما يَدَّعِيَانِهِ ثابتة،

(١) في أ (بنفسه) والمثبت من ل.

(٢) ساقطة من ل.

(٣) في ل (فلو سَوَّينا بين الشئيين في المضاربة بجميع كل واحد منهما).

(٤) في ل (ضرب بما يدعيه أصله أصحاب العول).

انصرفت الزيادة إلى ما في يد الآخر؛ وذلك لأننا لو لم نحمل دعواه على ما في يده صار ممسكاً لها في يده بغير حق، والواجب أن يحمل أمور المسلمين على الصحة.

وأصل آخر: وهو أن بيّنة صاحب اليد والخارج إذا تعارضتا في الملك المطلق، فالخارج أولى، وقد بيّنا [هذه المسألة].

وأصل آخر: وهو أن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في [نفس] المستحق، وإذا ثبتت هذه المسألة قلنا في مسألة الكتاب، أن المتداعيين كل واحد منهما لا يدلي بسبب صحيح، ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر^(١) إليها: إما بإقرار، أو بيّنة، أو حُكْمِ حَاكِمٍ، فانقسمت الدار عند المنازعة على الدعاوي، فيقول مدعي النصف: لا دعوى لي في النصف الآخر، فانفرد به مدعي الجميع، وبقي النصف الآخر، فكل واحد [منهما] يدعيه وأقاما البيّنة، والمساواة في سبب الاستحقاق توجب التساوي في نفس المستحق، فكان هذا النصف بينهما؛ فلذلك جعل لمدعي الكل ثلاثة أرباع [الدار]، ولمدعي النصف الربع.

وأما على قولهما: فكل واحد يضرب بجميع دعواه؛ لأن عندهما الأسباب كلها سواء، فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح، وأقل ذلك اثنان، فيضرب المدعي لجميع ذلك بالجميع، ومدعي النصف بسهم واحد، فتكون بينهما أثلاثاً.

قال: ولو كانت الدار في أيديهما والمسألة بحالها، قضى لصاحب الجميع بالنصف الذي في يد صاحبه، وترك النصف الذي في يده بحاله؛ وذلك لأن

(١) في ل (الضم).

الدار في أيديهما ، واليد من أسباب الملك والاستحقاق ، فإذا تساويا فيها تساويا في الدار ، فصار في يد كل واحد منهما النصف على ما قدمنا ، فمدعي النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده دون ما في يد صاحبه على ما قدمنا ، وقد أقام الخارج على ذلك بَيِّنَةً ، وأقام عليه صاحبُ اليد بينة فكان الخارج أولى ، والنصف الذي في يد المدعي للجميع لا منازع له فيه ، فيترك في يده على طريق القضاء^(١) .



(١) انظر: الأصل ٧/٨، ٩، ٢٩، ٣١.

بَابُ الدَّعْوَى فِي الْحَائِطِ



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا كان الحائط ما بين دارين ، فادّعى كل واحد من صاحبي الدارين الحائط أنه له دون صاحبه ، فإنه ينظر في ذلك: فإن كان عليه جُدُوع لأحدهما فهو لصاحب الجذوع^(١).

والأصل في هذا الباب: أن يد كل واحد من صاحبي الدار على الحائط من طريق الحكم [ثابت] ؛ بدليل أنه مستظل به ، فترجحت إحدى البيئتين على الأخرى بالعلامة ، كما قلنا في متاع البيت بين الزوجين ، وإذا ثبت هذا قلنا: صاحبُ الجذوع أولى به .

وقال الشافعي: هما سواء^(٢).

لنا: أن الجذع حمل مقصود لأحدهما على ما تنازعا فيه ، فجاز أن يترجح على [من]^(٣) لا حمل له عليه^(٤) ، كالبعير إذا تنازع فيه اثنان ولأحدهما عليه حمل ، فإن صاحب الحمل أولى [به] .

(١) انظر: الأصل ٣٢/٨ .

«الجُدُوع ، مفردها: الجِذْع - بالكسر - : ساق النخلة ، ويسمى سهم السَّقْفِ جِذْعًا» . المصباح (جذع) .

(٢) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٦٤ .

(٣) في أ (ما) والمثبت من ل .

(٤) في ل زيادة (قال: فإن كان له) .

قال: [قال: فإن كان لهما جميعاً فيه جذوع فهو بينهما نصفان، سواء كثرت الجذوع لأحدهما أو قلت بعد أن يكون لأحدهما عليه ثلاثة جذوع أو أكثر منها؛ وذلك لأنهما تساويا في كون الحمل [لهما] على الحائط، فلا معتبر بالزيادة إذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود، كما لو تنازعا في بعير ولأحدهما عليه مائة من، وللآخر خمسون مناً، أنهما جميعاً فيه سواء وإن زاد حمل أحدهما.

قال: فإن كان لأحدهما جذع واحد أو أقل من ثلاثة أجزاع، (وللآخر عليه ثلاثة أجزاع فما فوق ذلك) ^(١)، فلصاحب الجذع الواحد والجذعين موضع جذعه، والحائط للآخر، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الإملاء، وهو قول أبي يوسف.

وقال: كان في القياس ينبغي أن يكون بينهما نصفين؛ لأنه في أيديهما.

وفي رواية كتاب الدعوى: أن لكل واحد [ما] تحت جذعه ^(٢).

وقال محمد في كتاب الإقرار: إن الحائط كله لصاحب الخشب الكثيرة، ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبته، يعني حق الموضع.

وجه رواية كتاب الدعوى: أن وضع الخشب إذا استحق [٣٩٠/ب] به الحائط، استحق صاحب القليل بقدر خشبته، وصاحب الكثير بقدر خشبه؛ [لثبوت يد كل واحد منهما في المقدار الذي وضع خشبه عليه] ^(٣).

قال أصحابنا المتأخرون تفريراً على هذه الرواية: إذا كان لأحدهما عشر

(١) العبارة في ل (أو أكثر من ذلك، فهو لصاحب ثلاثة أجزاع وما فوق ذلك).

(٢) في ل (خشبته).

(٣) الزيادة من ل.



خشبات ، وللآخر^(١) خشبة واحدة ، فلكل واحد منهما على هذا ما تحت خشبه ، وما بين الخشبات من الحائط ما حكمه ؟

فقال بعضهم : هو بينهما نصفان ؛ لأن كل واحد منهما^(٢) يختص بما تحت خشبته ، وما بين ذلك لا يد لأحدهما [فيه] ، فلم يكن أحدهما أولى به من الآخر ، كرجلين تنازعا داراً في يد أحدهما منها بيت واحد ، وفي يد الآخر عشرة بيوت ، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده ، والساحة بينهما نصفان ، كذلك هذا .

ومنهم من قال : إن ما بين الجذوع بينهما على أحد عشر بيتاً ؛ لأن صاحب الخشب الكثير أكثر استعمالاً للحائط ، ألا ترى أن الجذوع تعتمد على ما تحتها ، وذلك يتقوى بما يليه ، فصار مستعملاً لما يلي الجذوع ، كما هو مستعمل لموضع الجذوع ؛ فلذلك كان الحائط بينهما على [قدر] عدد الخشب .

وجه رواية كتاب الإقرار : أن الخشب الكثير حمل مقصود ؛ لأن الحائط بني لأجله ، والخشبة الواحدة ليست بحمل مقصود ؛ لأن الحائط لا يبنى لذلك ، فصار كبعير تنازعا فيه ، لأحدهما عليه حمل وللآخر عليه إداوة ، إلا أن على هذه الرواية ينزل خشبة الآخر بحالها ؛ لأن صاحب الخشب الكثير استحق الحائط بالظاهر ، والظاهر لا يستحق به حق على الغير ، فلم يجز أن يزيل صاحب الخشبة الواحدة بالظاهر .

فإن قيل : إذا حكمت بالحائط لصاحب الخشبة ، يجب أن نكلف صاحب الخشبة الواحدة أن يرفع خشبته كما لو تنازعا بعيراً لأحدهما عليه حمل مقصود ،

(١) هنا كان في أ (وللآخر خمس خشبات) ، والسياق يدل على أنها زائدة .

(٢) في ل (قبض) .

وللآخر إداوة، لما حكم لصاحب الحمل بالبعير كلف صاحب الإداوة رفعها عنه.

الجواب: أن موضع الإداوة لا يجوز أن يُستحق في ملك البعير، وإنما يستحق استحقاقاً مؤقتاً من جهة مالكة، فإذا لم يثبت الاستحقاق وأمر بالإزالة، والخشبة الواحدة يجوز أن يستحق موضعها على التأييد في أصل ملك الحائط، إذا شرط ذلك في أصل القسمة.

وقد قدروا الخشب المقصود بثلاثة فصاعداً، وما ليس بمقصود بأقل منها؛ لأن الثلاثة يمكن أن يسقف عليها، فيبنى الحائط لأجلها.

والخشبة الواحدة والخشبتان لا يمكن أن يبنى عليهما، فلم يكن حملاً مقصوداً يبنى الحائط [لأجله] (١).

وجه القياس الذي رواه بشر عن أبي يوسف: أن وضع الخشب تصرف فلا يعتبر فيه القلة والكثرة؛ كثوب تنازعه اثنان، أحدهما ممسك بطرفه بيد واحدة، والآخر ممسك باليدين بطرفيه، فهما سواء.

قال: ولو كان [الحائط متصلًا ببناء ملك أحدهما، وللآخر] (٢) عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع، إلا أن يكون الحائط متصلًا بطرفيه، كذا قال أبو يوسف في الإملاء، فيكون لصاحب الاتصال، ويكون للآخر موضع جذوعه.

وقال في الأصل: هو لصاحب الجذوع، إلا أن يكون الحائط متصلًا [اتصالاً] بتربيع (٣) دار، أو بتربيع بيت، وللآخر موضع جذوعه.

(١) في أ (له الحائط) والمثبت من ل.

(٢) في أ (حائطاً متصلًا بينهما ولأحدهما) والمثبت من ل.

(٣) «والتربيع: جعل الشيء مُربعاً، أي ذا أربعة أجزاء، أو على شكل ذي أربع». تاج العروس (ربع).



أما الاتصال الذي جعل الجذع أولى منه ، فهذا الاتصال من جانب واحد ، وإنما [يعتبر]^(١) بالاتصال مداخله [اللَّبِن]^(٢) بعضه في بعض .

فإذا كان كذلك من جانب واحد فقد قال في كتاب الدعوى: إن صاحب الجذوع أولى .

وذكر الطحاوي: أن الاتصال أولى ؛ وذلك لأن الاتصال إذا حصل بحائط [المدعي] من جانب واحد فالجميع حائط واحد ، وقد حكمنا لصاحب الدار باستحقاق بعضه ، فاستحق باقيه ، وهذه الرواية كان الشيخ أبو عبد الله المرشد رحمه الله تعالى يُصَحِّحُهَا .

وجه رواية الكتاب: أن الجذوع تصرف ظاهر ، والاتصال من جانب واحد يد ، فصاحبُ التصرف أولى من صاحب اليد ، كما لو تنازع راكب الدابة والمتعلق بِلِجَامِهَا^(٣) ، كان الراكب أولى .

وأما اتصال التربيع الذي ذكره في الأصل ، فكان أبو الحسن يقول: هو أن يكون الحائط مداخلًا بجانبيه كحائطي المنازع ، وجانب كل واحد من حائطيه مداخل للحائط الذي في مقابلة الحائط المتنازع فيه ، فيصير الجميع بناءً واحداً ،

(١) في أ (يعني) والمثبت من ل .

(٢) في أ (الشيء) والمثبت من ل .

«واللَّبِن - بكسر الباء - : ما يعمل من الطين وينبئ به»: الطوب غير المحروق ، الواحدة لَبِنَةٌ . انظر: المصباح ؛ المعجم الوجيز (لَبِن) .

(٣) «اللِّجَام: أداة من حديد ، توضع في فم الركوبة ، ولها سُيُور تمكن الراكب من السيطرة عليها ، والجمع لُجْم» . المعجم الوجيز (لجم) .



وهي كالقُبَّة والأزج^(١)، وإذا حكمنا له ببعضها حكمنا له بجمعها.

وأما الذي ذكره أبو يوسف: أن اتصال الحائط بجانبه أولى؛ لأنه إذا اتصل من طرفيه بحائطه، فالجميع حائط واحد، واتصال [حائطه بحائطه]^(٢) بحائط له آخر ليس بشرط، وإن كان لو وجدنا كذبه الحق^(٣).

وقد فرّع أبو يوسف على هذا في الأمالي وقال: لو أن رجلاً اشترى داراً وللآخر دار بجانب هذه الدار، فأقام ذلك الرجل البينة على حائط بينهما أنه له، فأراد أن يرجع على البائع^(٤) بحصته من الثمن، قال: إن كان متصلاً ببناء حائط المدعي وليس له بالدار [المشترأة]^(٥) اتصال، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بشيء؛ لأن هذا الحائط إذا كان متصلاً ببناء غيره لم يدخل في البيع، وأما إذا كان متصلاً ببناء الدار المباعة غير متصل ببناء المدعي، فله أن يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن؛ لأنه قد دخل في البيع إذا كان متصلاً بحائط الدار، فلما استحق رجوع بعوضه.

وإن كان متصلاً بحائط الدار المباعة وبحائط الدار المدعى عليه، فله أن يرجع بالنصف؛ لأن نصفه دخل في البيع.

(١) «القُبَّة: بناء مستدير مقوَّس مجوَّف، يعقد بالأجر ونحوه، وجمعها: قُبَاب وقُبَّب». المعجم الوسيط (قُب).

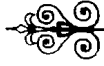
«والأزج: بناء مستطيل مقوَّس السقف، والجمع: أزاج». المعجم الوجيز (أزج).

(٢) في أ (حائطه).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي، ٨٨/١٧.

(٤) في ل (أن يرجع البائع بحصته).

(٥) في أ (المشتركة) والمثبت من ل.



ولو كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع ، فليس له أن يرجع .

ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ، فله أن يرجع بنصف الثمن .

وهذا التفريع من أبي يوسف يوافق رواية الكتاب ؛ لأنّ الاتصال من جانب واحد لا يعتد به مع الجذوع .

وإذا ثبت أن الاتصال بالتربيع يستحق به الحائط ، تركت الجذوع على حالها ؛ لما قدّمنا أن صاحب التربيع^(١) يستحق الحائط بالظاهر ، فلا يستحق به يد صاحب الجذوع ، وليس يمتنع^(٢) أن يكون الحائط في الأصل لأحدهما ، وللآخر عليه حق الوضع .

فعلى هذا قال أصحابنا في السُّفْلِ وَالْعُلُوِّ: إذا ادعى صاحبُ السُّفْلِ العُلُوَّ ، أن السُّفْل لمن هو في يده ، ولصاحب العلو حق الوضع على حاله ، لا تزال يده عنه بالظاهر .

وليس هذا كحائط بين دارين لأحدهما عليه جذوع ، وأقام آخر البينة أنه له ، وقضى القاضي ببينته أنه يأمر الآخر بوضع الجذوع ؛ لأنه استحق المِلْكَ بالبينة لا بالظاهر ، والبيّنات يجوز أن يستحق بها يد الغير .

وقال في الأصل: ولو لم يكن لأحدهما عليه جذوع ، وللآخر فيه اتصال به ، فهو أولى [به ؛ لأن الاتصال يد] لما بيّنا [١/٣٩١] ؛ لأننا إنما قدّمنا الجذوع عليه

(١) في ل (لا يستحق) .

(٢) في ل (بمبيع) .

إذا وجدت ، فإذا لم توجد جذوع فالاتصال أولى ، كما أن الراكب أولى من المتعلق باللجام ، فإذا لم يكن راكباً فالمتعلق باللجام أولى من غيره .

قال : ولو كان لأحدهما عليه سترة أو بناء يقرّان أن السترة والبناء لأحدهما ، فالحائط لصاحب السترة والبناء ؛ وذلك لأن السترة والبناء حمل مقصود ، فصار كالبعير إذا كان لأحدهما عليه حمل .

قال : فإن لم يكن عليه خشب لأحدهما ولا ستر ، وعليه بوارى لأحدهما ، فإن الحائط بينهما نصفان ، ولا يستحق بالبوارى والحرادي^(١) شيئاً ؛ لأنها ليست بحمل ؛ وذلك لأن الحرادي والبوارى ليس بحمل مقصود ، ألا ترى أن الحائط لا يُبنى لوضع ذلك عليه ، فلم يستحقه ، كما لا يستحق البعير بالإداوة والمخلّة^(٢) عليه لأحد المتنازعين .

قال : وإذا كان خُصٌّ^(٣) بين دارين ، فادّعه كل واحدٍ منهما ، والقمط^(٤) إلى أحدهما ، فالقُمُطُ بينهما نصفان عند أبي حنيفة ، ولا ينظر إلى القمط .

(١) البوارى : هو الحصير المعمول من القصب ، ويقال فيها : بارية وبورياء . انظر : لسان العرب (بور) .
الحرادي : وينطق (بالهاء) أيضاً : وهو حزمة من قصب تلقى على خشب السقف ، وهو نبطي مغرب . انظر : المصباح (حرد) .

(٢) الإداوة : المِطْهَرَةُ : «إناء صغير يحمل فيه الماء» . مختار الصحاح ؛ الوجيز . (أداء) .
«المِخْلَاةُ : ما يجعل فيه العَلْفُ ويعلق في عنق الدابة» . المعجم الوسيط (خلا) .

(٣) الخص - بضم الخاء - بيت من شجر أو قصب ، وجمعه : أخصاص وخصاص وخصوص . انظر : المصباح ؛ المعجم الوسيط (خص) .

(٤) القُمُطُ كما في النهاية «هي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق من ليف أو خوص أو غيرها» . (قمط) . وقيل : القمط : هي الخشب التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه يشد إليها حرادي القصب . وأصل القمط : الشد . انظر : المغرب ؛ معجم الوسيط (قمط) .

وقال أبو يوسف ومحمد: الخصم يقضى به لمن كان إليه القمط .

وجه قول أبي حنيفة: أن القمط نفس الخصم ، والشيء لا يجعل دليلاً على نفسه ؛ ولأن المتنازعين في الخصم يجوز أن يكون المالك جعل قمط الخصم إلى جاره ليكون مستويةً من جهته ، فيجصّصه أو يطينه ، وإذا جاز ذلك لم يقع به ترجيح .

وجه قولهما: ما روى [دهثم بن قران] (١) (أن رجلين تنازعا في خصم ، فبعث النبي ﷺ حذيفة بن اليمان ، فقضى بالخصم لمن إليه القمط ، وذكر ذلك لرسول الله ﷺ فرضيه) .

الجواب: أنه يجوز أنه قضى ببينة أبو بتراضٍ منهما [أو غيرهما ، وذكر القمط] (٢) ، وذلك اللفظ على وجه التعريف ، كما يقال قضى لصاحب الطيلسان ، ولا يدل ذلك على أن القضاء وقع لأجل الطيلسان .

وعلى هذا قالوا في الحائط: إذا اختلفا فيه ووجه البناء أو أخصاف اللبن أو الطاقات (٣) إلى أحدهما ، لم يحكم بذلك عند أبي حنيفة ، وقالوا: الحائط لمن إليه وجه البناء وأخصاف اللبن والطاقات .

لأبي حنيفة: أن الإنسان قد يبني ويجعل وجه (٤) البناء إلى الطريق ، ولو

(١) في النسخة (نعيم بن فزان) والمثبت كما في السنن الكبرى للبيهقي ، ٦٧/٦ ؛ وذخيرة الحفاظ للمقدسي ، ١٢١٥/٢ .

(٢) في أ (وذلك اللفظ) .

(٣) «الطاق: ما عُقِدَ من الأبنية ، والجمع: الطاقات» ، كما في مختار الصحاح (طوق) ؛ وفي المعجم الوجيز: «الطاق: ما عُطِفَ وجعل كالقوس من الأبنية» . (طوق) .

(٤) في ل (فرجة) .

كان ذلك مما يستدل (به على الملك لم يجعله إلى غير ملكه)^(١)؛ ولأن وجه البناء نفس الحائط، [والخلاف وقع فيه] فلا يستدل به على نفسه^(٢).

وجه قولهما: أن العادة جرت أن الإنسان يجعل وجه البناء إلى صاحب الحائط، وكذلك الطاقات والعلامة، فما يقع به الترجيح (فيرجحها هاهنا بذلك)^(٣).



(١) ساقطة من ل.

(٢) في ل (على الشيء بنفسه).

(٣) ساقطة من ل.

بَابُ السُّفْلِ وَالْعُلُوِّ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: وإذا كان سُفْلٌ لرجل وَعُلُوٌّ لآخر، فليس لصاحب العلو أن يُعلي^(١) عليه بناءً ولا يضع عليه جذوعاً لم تكن، ولا يشرع فيه باباً أو كنيفاً^(٢) لم يكن.

وقال أبو حنيفة: ليس لصاحب السفلى أن يهدم السفلى، وليس له أن يفتح كُوَّةً^(٣) فيه ولا باباً، ولا يدخل فيه جذعاً، ولا يشرع فيه كنيفاً لم يكن قبل ذلك إلا برضا صاحب العلو.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يفتح فيه باباً ويدخل فيه جذعاً إذا لم يضر^(٤) ذلك بالعلو، فإن كان الشيء الذي [يحدثه يضر^(٥)] بالعلو لم يكن له أن يفعل ذلك.

وجه قول أبي حنيفة: أن لصاحب العلو حق الحمل في مقدار معين، فلا تجوز الزيادة على ذلك، أضر بالمحمول عليه أو لم يكن يضر، كمن استأجر

(١) في ل (أن يحدث على علوه شيئاً).

(٢) والكنيف: الساتر، وهو المُسْتَرَّاح (المرحاض)؛ لأنه يستر قاضي الحاجة. انظر: المغرب؛ المصباح (كنف).

(٣) الكُوَّة: «ثقب البيت»: وهي الخرق في الجدار، يدخل منه الهواء والضوء. انظر: المغرب؛ المعجم الوجيز (كو).

(٤) في ل (يضيق).

(٥) في أ (يحدث ضرراً) والمثبت من ل.

بعيراً ليحمل عليه قدرًا معلومًا ، لم يجز له أن يزيد [على ذلك القدر] ^(١) ، سواء أضر بالبعير أو لم يضر ، وكذلك السفل لصاحب العلو عليه حق الحمل ، فلا يجوز لصاحب السفل التصرف فيه إلا برضا صاحب الحمل ، كما لو أراد مؤاجر البعير أن [ييزغه] ^(٢) من يديه أو يجرحه جراحة لا تضره ؛ لأننا لو جؤزنا اليسير لجوزنا مثله ، فيؤدي ذلك إلى الكثير الذي يضر ، فوجب أن يمنع من أصله .

وجه قولهما: أن السفل ملك لصاحبه ، وإنما منع من التصرف فيه كيلا يضر بملك غيره أو حقه ، فما لا يضره من التصرف لا يمنع عنه كالسكنى .

وكذلك صاحب العلو ، لا يمنع من الزيادة التي لا تضر ، كما لا يمنع من وضع متاعه فيه ، وإنزال الأهل ^(٣) ، وإحضار الإخوان .

قال: وإذا كان حائط بين دارين ، لكل واحد من صاحبي الدار فيه جذوع ، فانهدم ، فأراد أحدهما أن يقسم عَرَصَةَ ^(٤) الحائط ، قال: لا تكون القسمة إلا عن تراض منهما جميعاً بالقسمة ؛ لأن لكل واحد منهما حق الحمل على العرصة ، فليس للآخر أن يبطل حقه من ذلك .

قال الشيخ أيداه الله: والأصل في هذا: أن هذه العرصة قد تعلق بجميعها حق لصاحب الجذوع ، ولو قسمت بغير رضاه لسقط حقه عما يحصل لشريكه ،

(١) في أ (عليه) والمثبت من ل .

(٢) في أ ل (ينزعه) والمثبت يدل عليه السياق: «بزغه: شرطه فأسال دمه» كما في الوجيز (بزغ) ، وهو المقصود هنا .

(٣) في ل (واتخاذ الأهل وإحضار الأضياف) .

(٤) «والعَرَصَةُ: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء ، والجمع: العراض والعرصات» . مختار الصحاح (عرص) .

وذلك لا يجوز .

وأما إذا لم يكن على الحائط جذوع ، وجبت القسمة ؛ لأنها بقعة مشتركة [ليس في قسمتها إبطال أحد الشريكين ، فوجبت القسمة] .

قال : وإذا كان سفلى لرجل ، وعليه علو لغيره ، فانهما ، فإنه لا يجبر صاحب السفلى على البناء في قول أصحابنا [جميعاً] ، ويقال لصاحب العلو : ابن السفلى إن شئت ، وابن عليه علوك ، فإن فعل ذلك فله أن يمنع صاحب السفلى من سكناه حتى يؤدي إليه قيمة البناء مبنياً .

وإنما قلنا إنه لا يجبر على البناء ؛ لأن السفلى ملك له ، ينفرد به ، والإنسان لا يجبر على عمارة ملكه لينتفع غيره به ، وليس كذلك إذا هدم صاحب السفلى سفله ، فإنه يجبر على إعادته ؛ لأنه أبطل حق غيره بفعله ، فصار كالمولى إذا قتل عبده وعليه دين ، أو هو رهن ، يجب عليه قيمته لقيمتها مقام المقتول .

وليس كالبئر المشترك والدولاب^(١) ونحوه ، أن كل واحد منهما يجبر على عمارته ؛ لأن على كل واحد منهما ضرراً في تركه ، وله فيه نفع ، وهو مشترك بينهما ، فصار كالعبد المشترك إذا امتنع أحدهما من الإنفاق عليه .

وإذا ثبت أنه لا يجبر على البناء ، قيل لصاحب العلو : إن شئت فابن السفلى والعلو من [ذلك من مالك]^(٢) ؛ وذلك لأن له في بناء السفلى منفعة^(٣) ، [لا يصل

(١) «الدولابُ: الآلة التي تديرها الدابة ليُستقى بها، وهي: الناعورة أو الساقية». المعجم الوجيز (دول).

(٢) في أ (ملك) والمثبت من ل .

(٣) في ل (حق) .

إليه إلا بالبناء، فإذا رضي بذلك لم يكن لصاحب السفلى منعه منه^(١) فصار كالمستأجر للبعير [إذا عدل أن يعلفه ويهيئ جباله]^(٢)، لم يكن لصاحب البعير منعه عن ذلك.

وإنما قلنا: إنه يمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يردّ عليه القيمة؛ لأن العرصه وإن كانت على ملكه فلصاحب العلو فيها مال قائم، وهو البناء، فلم يكن له الانتفاع بها، كثوب لإنسان وقع في صبغ آخر، ليس لصاحب الثوب الانتفاع به [٣٩١/ب] حتى يؤدي قيمة الصبغ.

واختلفت الرواية فيما يرجع به: فقال في كتاب الدعوى: يرجع عليه بقيمة البناء، قال الخصاص في كتاب النفقات: يرجع بما أنفق.

وجه رواية الدعوى: هو أن العرصه لصاحبها، ولصاحب العلو فيها مال، فلم يجز له الانتفاع حتى يؤدي قيمة ما زاد^(٣)، كالثوب إذا كان فيه صبغ لغير مالكة، يجب عليه أن يؤدي قيمة ما زاد الصبغ فيه.

وجه رواية الخصاص: هو أن صاحب العلو مأذون في الإنفاق من طريق الحكم، فيرجع بما اتفق، كالوصي والأب إذا اتفقا على مال الصغير.

قال: وكذلك الحائط يكون بين الدارين إذا سقط لم يجبر واحد منهما على بنائه، ولا قسمة عرصته، إذا كان لهما عليه خشب حتى يتفقا على قسمة العرصه.

أما القسمة: فقد بيّنّا أنه لا يجبر عليها إذا كان على الحائط خشب، وأما

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل، وسقطت من أ.

(٢) في أ (إذا أبدل له علاوة)، والمثبت من ل.

(٣) في ل (ماله).



البناء: فلا يجبران عليه؛ لأن التخلص من ضرر الشركة يمكن بالتراضي بالقسمة، هذا إذا لم يهدمه أحدهما، فإن هدمه أحدهما أجبره الحاكم على إعادته.

فإن طلب صاحب الخشب قسمته وأبى الآخر، أجبر على ذلك؛ لأن المنع من ذلك لحق صاحب الخشب، فإذا طلبها فقد رضي بإسقاط حقه، فصار الحائط كأنه لا خشب عليه.

قال: وإن بنى الحائط أحدهما ولهما عليه خشب، فللباني^(١) أن يمنع الآخر من وضع خشبه على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنياً، وهذا مثل السفلى والعلو؛ وذلك لأن صاحب الخشب له حق الحمل، فإذا أنفق على ملك غيره ليسلم له حقه لم يمنع منه، كما ذكرناه في السفلى، ومنع الآخر من وضع الخشب عليه؛ لأن البناء ملكه، فلم يكن للآخر الانتفاع به إلا بعد ردّ النفقة.

وذكر عن أبي يوسف في الإملاء: أن السُّفْل في يد صاحب العلو بمنزلة الرهن، وهذا إنما عنى به في منع مالكة من الانتفاع به، كما يمنع من الانتفاع بالرهن^(٢).



(١) في ل (فللثاني).

(٢) انظر: الأصل ٣٥/٨، ٣٦.

بَابُ

الدَّعْوَى فِي الطَّرِيقِ [وَالْمَسِيلِ] ^(١)

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كان لرجل بابٌ من داره في دار رجل، فأراد أن يمرَّ في داره من ذلك الباب، فمنعهُ صاحبُ الدار، فله ذلك، ولا يستحقُّ صاحبُ الباب ببابه طريقاً في دار غيره، إلا أن يأتي بشاهدين يشهدان أنه طريق له ثابت ^(٢) فيها.

والأصل في ذلك: أنه يدعي حقاً في ملك غيره، (ومن ادعى ما في يد غيره) ^(٣) لم يقبل قوله، ولأن فتح الباب في حائطه لا يستحقُّ به حقاً في ملك الغير، ألا ترى أن كل واحد منهما يمكنه أن يفتح باباً (يستطرقه ولا يستطرق) [به] ملك غيره ^(٤).

وأما إذا [أقام] ^(٥) البينة استحققه؛ لأنه ادعى خلاف الظاهر وأقام البينة، فإن جاء شاهدان يشهدان أنه كان يمرُّ فيها من هذا الباب، [فإنه] لم يستحقُّ بهذه الشهادة شيئاً؛ لأن هذه شهادة بيد كانت، فلا يتعلق الاستحقاق بها؛ (لما قدمناه أن الشهادة بيد كانت لا يتعلق بها الاستحقاق) ^(٦).

(١) والمسيل: مجرى السيل، مفعول من سال يسيل سيلاً، والسيل: مياه الأمطار إذا سالت. انظر: لسان العرب؛ المصباح (سيل).

(٢) في ل (كانت).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٤) في ل (ليستطرق به ملك غيره، وهذا لا يصح).

(٥) في أ (أقاما) والمثبت من ل.

(٦) ساقطة من ل.

قال: وإذا شهدوا أن له طريقاً ثابتاً فيها، جازت شهادتهم.

فإن لم يجدوا الطريق ولم يسموا عَرْضاً ولا طُولاً ولا حُدُوداً بعد أن يقولوا: أن له حقاً ثابتاً، أو طريقاً، فقد تكلم أصحابنا في هذا الفصل فقالوا: هذا محمول على أن الشهود شهدوا على إقرار الخصم^(١) بالطريق، فتجوز شهادتهم؛ لأن الإقرار بالمجهول جائز.

وأما إذا شهدوا بشهادة أنفسهم لم تقبل حتى يثبتوا موضع الطريق من الدار ومقداره، ومن أصحابنا من قال: إن الشهادة مقبولة في الوجهين؛ لأن الجهالة تؤثر في الشهادة؛ إذ الحكم لا يمكن بالمجهول، فإذا أمكن الحكم [به] قبلت الشهادة، والطريق موضوعة بين الناس، ومقداره عرض الباب، فصار معلوماً وإن لم يثبتوه؛ فلذلك قبلت الشهادة عليه، وهذه الطريقة أشبه بما ذكر في الكتاب.

وقد زاد محمد على هذا فقال في الأصل: فإذا لم يجدوا الطريق فهو أجوز للشهادة؛ لأن الجهالة ترتفع بالشهادة^(٢)، وقيل في معنى ذلك: أن [بين]^(٣) الناس [خلافاً في قدر الطريق، فمنهم] من قال: إن الطريق يتقدر بسبعة أذرع، فإذا شهدوا بما دونه أبطل الشهادة، وإذا ذكر طريقاً مبهماً حكم كل حاكم على مذهبه^(٤).

قال: وكذلك لو قالوا: مات أبوه وترك هذا الطريق ميراثاً له، ولم يُسموا

(١) في ل (المحكوم عليه).

(٢) أوردتها باللفظ السرخسي في المبسوط، ٩٣/١٧.

(٣) في أ (من) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل، ٣٦/٨ وما بعدها.

طوله وعرضه ولا حدوده؛ وذلك لأن الطريق حق يُملك بالإرث، فإذا شهدوا بانتقاله بذلك صار كشهادتهم بالميراث في سائر الأموال والأماكن.

قال: وإذا كان الميزاب في دار رجل، فأراد صاحب الميزاب أن يسيل فيه الماء، فمنعه رب الدار، فله ذلك حتى يقيم البينة أن له في هذه الدار مسيل ماء؛ وذلك لأن المدعي يدعي حقاً في دار غيره، فلا تقبل دعواه فيه، ولأن الميزاب في ملك نفسه، فلا يستحق به حقاً على غيره.

وذكر أبو الليث عن المتأخرين من شيوخنا بخراسان رحمهم الله تعالى: أنهم قالوا: يستحسن في هذه المسألة: إن كان الميزاب قديماً وكان تصويب السطح إلى داره، وعلم هو أن التصويب قديم ليس بمحدث، بأن يجعل له حق المسيل؛ لأن هذه علامة شاهدة له بدعواه، بإقامة البينة على ذلك يتعذر في العادة.

وذكر محمد في كتاب الشُّرب: في نهر في أرض رجل، [ورجل] آخر يسيل فيه الماء، فاختلفا في ذلك، أن القول قول صاحب الماء؛ لأن الماء إذا كان جارياً فهو يد في النهر وتصرف، فالقول قول صاحب اليد، وأما في مسألتنا، فالاختلاف وقع وليس في الميزاب ماء، فلا يد فيه للمدعي، فأما إذا أقام البينة أن له في الدار حقاً في التسييل، قبلت بينته؛ لأنه أثبت حقاً لنفسه في ملك غيره، وهذا يتعلق بالبقعة على التأييد، فهو كملك للبقعة.

[قال]: وإن أقام البينة فشهدوا أنهم رأوه يسيل فيه الماء، فليس هذه الشهادة بشيء ولا يستحق بها شيئاً حتى يشهدوا أن له فيها مسيل ماء من هذا الميزاب؛ لأن الشهادة بمسيل كان [أ/٣٩٢] كالشهادة بيد كانت فزالت، فلا تُقبل.

فإن شهدوا أنه لماء المطر فهو لماء المطر، وإن شهدوا أنه مسيل دائم

للغسل والوضوء ولماء المطر فهو جائز .

فإن شهدوا أنه له مسيل ، ولم ينسبوه إلى شيء مما ذكرنا ، فالقول قول رب الدار الذي جحد ذلك مع يمينه .

[قال]: فإن قال: هذا [هو] لماء المطر ، فهو كما قال ، وإن قال: هو للوضوء ، فهو كما قال ، بعد أن يحلف على ذلك ؛ لأن حق المسيل يختلف .

فإن كان لماء المطر ، فهو خاص في زمان مخصوص ، وإن كان للوضوء فهو عام في سائر الأزمان .

فإن ذكروا مسيلاً مطلقاً ولم ينسبوه إلى شيء مما ذكرنا ، فالقول قول رب الدار الذي جحد مع يمينه ؛ [وذلك] لأنهم شهدوا بحق معلوم في نفسه ، فإن كانت الصفة مجهولةً فصار كما لو شهدوا أنه غصب ثوباً ولم يبينوا صفته ولا قيمته ، ويرجع إلى قول رب [الثوب] ^(١) ؛ لأنه المستحق عليه ، وقد ثبت عليه حق مجهول الصفة ، فالقول قوله في بيانه ^(٢) .

قال: فإن لم يكن للمدعي بينة استحلف صاحب الدار على ذلك ، فإن حلف برئ من الدعوى ، وإن نكل لزمه الدعوى ، وإنما وجبت اليمين لأجل أنا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة ويصحّ بذله .

فإن حلف فقد قطع الخصومة بيمينه ، وإن نكل عن اليمين لزمه الدعوى ؛ لأن النكول عند أبي حنيفة: بذل ، فهذا حق يصحّ بذله ، وعندهما: أنه قام مقام الإقرار ، والإقرار بهذا يصحّ .

(١) في أ (الدار) والمثبت من ل .

(٢) انظر: البدائع ٢٥٨/٦ ؛ الفتاوى الهندية ، ١٠٥/٤ .

قال: وإن كان مسيل ماءً في قناة، فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً^(١)، فليس له ذلك (إلا أن يرضي بذلك أهل الدار التي عليهم المسيل).

وكذلك إن كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة، فليس له ذلك، إلا أن يكون عليه في ذلك ضرر بيّن؛ لأن القناة يسيل الماء فيها مع بدن الحائط، فإذا جعل مكانها ميزاباً سائلاً في وسط الدار، ولأن القناة لا يفيض ماء الميزاب فيها^(٢)، والميزاب إذا زاد فيه الماء فاض من جانبه، [ولأنه ينصب في هذه الدار ما لم يكن]، وأما الميزاب فلا يجعل قناة؛ لأنه يحتاج إلى حفر الحائط ليركب فيها القناة.

وحكي عن أبي الحسن أنه قال: هذا إذا اختلف الأمران، وأما إذا تساويا في الضرر لم يمنع منه.

ومن أصحابنا من قال: هذا التفصيل موضوع على أنه له حق المسيل، فأما إذا كان يملك البقعة التي يسيل فيها، فله أن يتصرف في ملكه كيف شاء، ويغيره كيف شاء.

قال: وكذلك لو جعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض؛ لأنه إذا طوّل الميزاب جرى الماء في غير البقعة التي كان يجري فيها، وإذا عرّضه حمل من الماء أكثر مما كان يحمل.

قال: وكذلك لو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب، لم يكن له ذلك؛ لأن حقه ثبت في مقدار معلوم، فلا يجوز أن يضموا إليه غيره، ويزيدوا فيه.

قال: وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا [مسيله]^(٣) لم يكن

(١) في ل (ميراناً).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٣) في أ (سبيله) والمثبت من ل.

لهم ذلك ؛ لأن الحق ثبت عليهم ، فلا يجوز لهم إسقاطه .

قال: وكذلك لو أرادوا أن يزيلوا الميزاب عن موضعه ، أو يرفعوه ، أو يسفلوه لم يجز^(١) ؛ لأن هذا تغيير حق عن مكانه إلى غيره ، ومن ثبت له حق بصفة ، فليس له تغييره عما ثبت عليه .

قال: ولو بنى أهل الدار^(٢) بناءً ليسيل ميزابهم على ظهره ، كان لهم ذلك ؛ لأن له حق المسيل ، فلا فرق بين أن يسيل في وسط الدار أو على ظهر البناء .

قال: وليس لهم أن يبنوا في ساحة الدار إذا كان لرجل فيها طريق ما يقطع عليه طريقه ، وينبغي لهم أن يتركوا من ساحة الدار عرض باب الدار ، ويبنوا ما سواه ؛ وذلك لأنه إذا استغرق العرصة بالبناء أبطل^(٣) حق الطريق ، وليس له إبطاله .

فأما إذا تركوا له مقدار عرض الباب ، فهذا هو القدر الذي يثبت حقه فيه ، وما زاد عليه لا حق له فيه ، فلا يمنعون من البناء فيه^(٤)(٥) .



(١) في ل (لم يكن لهم ذلك) .

(٢) في ل (بديتات) .

(٣) في ل العبارة جاءت بصيغ الجمع .

(٤) في ل (من بنائه والتصرف فيه) .

(٥) انظر: الأصل ، ٣٦/٨ - ٣٨ ، ١٦٣ ، وما بعدها .

بَابُ (١) دَعْوَى النَسْبِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: [مَنْ] (٢) كان العلوق (٣) منه في زوجته أو أمته ، يثبت نسبُ الولد [منه] [ولم يكن له نفيه] (٤) إذا أقرَّ أن العلوق منه ، وإن لم يُعْلَم العلوقُ منه بإقراره ، فله أن ينفيه عن نفسه باللَّعَان من الزوجة ، وبالقول من الأمة ، فإذا كان الزوجان ممن لا لعان (٥) بينهما ، لم ينف الولد على حال وإن اجتمعا على نفيه .

فالأصل في هذا الباب: أن الأسباب التي يثبت بها النسب على ثلاثة أوجه ، بعضها أقوى من بعض:

أولها: النكاح وما في معناه من النكاح الفاسد وشبهة الملك .

والثاني: فراش أم الولد .

والثالث: الوطاء بالملك وشبهة الملك .

فأما النكاح: فالنسبُ يثبت به لقوله ﷺ: «الولد للفراش ، وللعاهر

(١) خ ر (كتاب) .

(٢) في أ (ما) والمثبت من ل .

(٣) العُلُوق من عَلَقْتُ الإبل من الشجر عَلَقًا وَعُلُوقًا ، «ومنه عَلِقَت المرأة: إذا حبلت عُلوْقًا» . انظر:

المغرب ؛ المصباح (علق) .

(٤) في أ (ولو لم يكن له بينة) والمثبت من ل .

(٥) في ل (يعلق) .

الحجر^(١)، والفراش هو الزوج .

ولا ينتفى إلا باللعان؛ لأن (النبي ﷺ) لَاعَنَ بين الزوجين وألْحَقَ الوَلَدَ بالأم^(٢)، فدلّ على أنّ الولد ينتفى باللعان؛ ولأنّ النسب إذا ثبت بالفراش فالزوج لا يملك نقل ما تعلق به من النسب بقوله، وهذا لا خلاف فيه .

وأما النكاح الفاسد والشبهة، فهما في حكم النكاح الصحيح في وجوب المهر والعدة، وكذلك في ثبوت النسب .

أما أمّ الولد، فيثبت نسب ولدها وإن لم يدعه، كما يثبت نسب ولد الزوجة؛ لأنها صارت فراشاً بالاستيلاد، بدلالة أن الفرقة إذا وقعت بالموت أو بالعتق وجبت العدة، ولا خلاف في هذا .

وأما الأمة، فلا يثبت نسب ولدها منه إلا بالدعوى، وقال الشافعي: إذا أقر بالوطء ثبت النسب منه وإن لم يدع .

لنا: أنها لو صارت فراشاً بمجرد الوطاء لصارت فراشاً بالسبب المبيح للوطء كالنكاح، ولأنه لو ثبت لها فراش لوجب بزواله عدّة ذات عددٍ، كأَم الولد، فلما لم يجب بزواله عدّة، دلّ على أنه لا فراش لها .

ولا يقال: إنه (يجب عليها حيضة؛ لأن ذلك ليس بعدة، وإنما هو استبراء، ألا ترى أن العدة لا تكون إلا ذات عدد؛ ولأن هذه حيضة لا تجب) لزوال الفراش، وإنما تجب ليستبيح بها المشتري الوطاء .

(١) أخرجه البخاري (١٩٤٨) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٤٥٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٥٠٠٩)؛ ومسلم (١٤٩٤) .

وأما قوله ﷺ في [ابن وليدة] زمعة لما قال لها عبد [ومعه آخر]: ولد علي فراش أبي: «هو لك يا عبد، الولد للفراش، وللعاهر الحجر» فمعناه: هو لك ملكاً، وإنما يلحق بالفراش بدلالة قوله ﷺ: «واحتجبي عنه يا سودة، فإنه ليس بأخ لك»^(١)، ولو ثبت [ب/٣٩٢] نَسْبُهُ من أبيها كانَ أَخاً لها، فلا تحتجب عنه.

والذي روى جابر بن عبد الله: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرَّ على خادم تستقي مع الرجال، فقال لها: أما إنها لو جاءت بولد ألزمته أباه، فيجوز أن تكون الخادم أم ولد؛ بدلالة أن النسب لا يثبت بمجرد الملك، وإنما يثبت عندهم بسبب غير مذكور، وهو الاعتراف بالوطء، وعندنا بثبوت النسب، وقد روي عن عُمر خلاف هذا.

وروي أن جارية له أتت بولد، فادّعت أنه من عمر، فقال: اللهم لا تلحق بأل عمر من ليس منهم، فاعترفت الخادمة أن الولد من فلان الراعي^(٢).

وروي أن زيد بن ثابت أتت جاريته بولد، وكان يطؤها فنفاه، وقال: كنت أعزل عنها، وعن أبي سعيد الخدري نحوه^(٣).

وإذا ثبت أن نسب ولدها لا يثبت إلا بالدعوى، لم يحتج إلى نفيه.

فأما أم الولد، فينتفي نسب ولدها بقول المولى؛ وذلك لأنه يملك نقل

(١) الحديث أخرجه الشيخان: البخاري (١٩٤٨)؛ ومسلم (١٤٥٧) ما عدا قوله (ليس بأخ لك)؛ وقال صاحب عون المعبود: «وقوله ليس بأخ لك، لا يعرف في هذا الحديث، بل هي زيادة باطلة مردودة، والله أعلم»، ٢٦٣/٦.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في السنن، ٩٢/٢؛ وعبد الرزاق في المصنف، ١٣٦/٧.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في السنن، ٩٢/٢؛ انظر: التلخيص الحبير، ٤/٤.



فراشها إلى غيره بفعله ، بأن يُزَوِّجها ، فكذلك يملك نقل نسب الولد المتعلق به ، وليس كذلك الحرّة ؛ لأنه لا يملك نقل فراشها بفعله ؛ فلذلك لا يملك نقل نسب ولدها .

وأما شبهة الملك ، فلا يثبت النسب فيها إلا بالدعوى ؛ لأنها معتبرة بالملك ، كما أن شبهة النكاح تعتبر في النسب بالنكاح .

فأما إذا أقرّ بالولد في الوجوه كلها لم يملك نفيه ؛ لأنه حق ثبت باعترافه ، فلا يملك الرجوع عنه كالدين ، ولأنه أكد من الدين ؛ بدلالة أنه إذا ثبت لا يلحقه فسخ ، فإذا كان الدين المعترف به لا يملك المعترف نفيه عن نفسه ، فالنسب أولى .

ولا يقال: إن النسب من ولد الزوجة يثبت بالفراش ، وينتفي باللعان ، فكذلك إذا ثبت بإقراره (في أم الولد والأمة جاز أن ينفيه)^(١) ؛ وذلك لأن ثبوت الشيء بالإقرار يخالف ثبوته من طريق الحكم ، بدلالة أن مَنْ أقرّ بعبد في يده لرجل ، فلم يسلمه إليه حتى استحق من يده ، ثم ملكه وجب عليه تسليمه إلى المُقرّ له .

ولو ابتاع رجل من رجل عبداً فاستحق من يد البائع ، ثم ملكه المشتري ذلك من جهة المستحق ، لم يجب عليه تسليمه إلى البائع إن كان دخوله معه في البيع اعترافاً له بالملك حكماً ، فدل على أن ثبوت الشيء بصريح الإقرار به يخالف ثبوته من طريق الحكم .

فأما إذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لم يثبت نسب الولد ؛ لأن النسب

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل .

ثابت بالفراش وإنما ينتفي باللعان، وإذا تعذر اللعان بقي النسب بحاله .

وأما قوله: وإن اتفقا عليه؛ فلأن النسب حق للولد، فلا ينتفي بقول الأبوين، كما لا يسقط سائر حقوقه بقولهما .

وأما العلوق إذا كان بنكاح فاسدٍ أو شبهة نكاح ثبت نسب الولد، ولم يجز فيه على حال؛ وذلك لما بَيَّنَّا أن هذا معتبر بالنكاح الصحيح في ثبوت النسب، فلا ينتفي إلا باللعان، وقد بَيَّنَّا في النكاح أن اللعان لا يثبت في النكاح الفاسد، فصار كالنكاح الصحيح، إذا تعذر فيه اللعان لم [يثبت] ^(١) منه النسب ^(٢) .



(١) في أ (ينتف) والمثبت من ل .

(٢) انظر: الأصل ٤١/٨ - ٤٣ .

بَابُ دَعْوَى اللَّقِيطِ^(١)



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا كان صبي منبوذ ليس في يد أحدٍ فادّعه رجل حرّ مسلم أنه ابنه ، فهو ابنه ، وهذا استحسان ، والقياسُ : أن لا يثبت .

وجه القياس : أن هذا حق يدّعيه لنفسه ، فلا يثبت بمجرد دعواه كسائر حقوقه .

وجه الاستحسان : أن هذه الدعوى في معنى الإقرار ؛ (لأنه أقرّ على نفسه بحق الحفظ والنفقة)^(٢) ، وإقراره على نفسه جائز .

ولأن في إقراره منفعةً للصبي ؛ لأنه يحتاج إلى من يتعاهده ويحفظه وينفق عليه ، والرجل غير متهم في دعواه ؛ فلذلك قبلت دعواه .

قال : وكذلك إن ادّعه رجلان في قول أصحابنا جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وقال الشافعي : نسب الولد لا يثبت إلا من واحد^(٣) .

لنا : ما ورى سِمَاك عن حنش : أن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد ، فعلمت الجارية ولم تدر من أيهما ، فأتيا عمر فاختصما في الولد ، فقال عمر : ما

(١) «اللَّقِيطُ: ما يُلْقَطُ، أي: يرفع من الأرض، وقد غلب على الصَّبِيِّ المنبوذ؛ لأنه على عَرَضٍ أن يلقط». المغرب (لقط).

وفي معجم لغة الفقهاء: اللَّقِيطُ: «الآدمي الصغير الذي يوجد مرمياً على الطريق، ولا يُعرف أبوه ولا أمه». (لقط).

(٢) ساقطة من ل .

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٣١٧؛ المهذب ٤/٤٤٤ (دار القلم).

أدري كيف أقضي في هذا ، فأتيا علياً رضوان الله عليه ، فقال : هو بينكما ، يرثكما وترثانه^(١) ، وهو للباقي منكما .

وروي عن الشعبي عن ابن عمر : (أن رجلين اشتركا في طهر امرأة ، فولدت ، فدعا عمر بالقافة^(٢))^(٣) ، فقالوا : أخذ الشَّبهَ منهما جميعاً ، فجعله بينهما .

وعن سعيد بن المسيب : أن نفرًا من التجار وقعوا على جارية بينهم في طهر واحد ، فاستتم حملها ، فأتوا بها عمر رضي الله عنه ، فدعا القافة ، فقال : كلهم قد نزل منه ، فقال لعلي رضي الله عنه : أي شيء تقول ؟ فقال علي : (ليستقر ملكه عليكم) ترثونه ويرثكم .

ولأنه نوع نسب لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة ثبت النسب منه ، فإذا ادَّعياه وتساويا جاز أن يثبت منهما كالأبوين ، ولأنهما تساويا في سبب الاستحقاق ، [تساويا في نفي الاستحقاق كالأملأك .

وقال أبو حنيفة وزفر : يثبت النسب من الجماعة ، ولم يقدر ، وقال أبو يوسف : أثبتته من الاثنين ولا أثبتته من ثلاثة ، وروى معلى عن أبي يوسف : أنه يثبت من [خمسة]^(٤) ، وقال محمد : يثبت من ثلاثة ولا يثبت من أكثر .

وجه قول أبي حنيفة وزفر : جمع تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا في الاستحقاق كالملك] .

– (وأما المرأتان إذا ادَّعتا الولد ثبت نسبه منهما ، وقال أبو يوسف

(١) أخرجه الطحاوي كما ذكر ابن حجر في الدراية ٨٩/٢ .

(٢) القافة من القائف : «وهو من يُحسن معرفة الأثر وتتبعه» . المعجم الوجيز (قاف) .

(٣) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار ١٧٥/٧ ؛ وابن حزم في المحلى ١٥١/١٠ .

(٤) في الأصل (حيث) والمثبت بدليل ما يأتي في بيان وجه هذا القول .

ومحمد: لا يثبت .

وجه قوله: ما بَيَّنَّا) - (١).

وجه قولهما: أن القياس بنفي ثبوت النسب من أكثر من واحد ، وإنما تركنا القياس لما روينا عن الصحابة ، فما سواه يبقى على أصل القياس .

[وجه قول محمد: أن الحمل الواحد يكون بثلاثة أولاد معتاد ، فيجوز أن يكون كل واحد من واطئ ، فإذا جاز أن يكون حمل الواحد ثلاثة ، فالولد الواحد حمل واحد ، فجاز أن يثبت من ثلاثة .

وجه رواية مُعَلَّى عن أبي يوسف: أن الحمل الواحد أكثر ما صَحَّ عنده أنه يوجد خمسة ، فإذا جاز أن يكون للولد الواحد أيضاً من خمسة اشتركوا فيه ؛ لأنه حمل واحد] .

ثم عند أبي يوسف: لا يثبت نسب الولد إلا من رجلين ، وعند محمد: يثبت من ثلاثة ، وقد بَيَّنَّا ذلك في موضع آخر) (٢).

قال: فإن التقط المنبوذ رجلٌ فادعاه ، فهو ابنه ، ولا يقبل دعوى غيره فيه (إذا كان هو في يده يدعيه مع دعوى غيره معاً ، أو قبل دعوى غيره فيه) (٣) ، وهو ابن الذي في يديه ؛ وذلك لأن الذي في يديه أسبق بدعواه ، فثبت نسبه منه على ما بَيَّنَّا ، ودعوى غيره بعد ذلك في ولد ثابت نسبه من غيره فلا يقبل .

وأما إذا ادَّعِيَاه معاً ، فقد تساويا في الدعوى ، ومع أحدهما يد ، وقول

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل ، وكأنها جملة معترضة في أ .

(٢) أيضاً ما بين القوسين ساقطة من ل ، وكأنها عبارة مختصرة عما ورد في ل كما ذكرت .

(٣) ساقطة من ل .

الإنسان فيما في يده مقبول ، وقول غيره لا يقبل فيه ، فكان صاحب اليد أولى .

قال: فإن ادَّعاه غير الذي هو في يديه ، (ولم يدَّعِ الذي هو في يديه) (١) ، فهو ابن للمدَّعي صدَّقه الذي هو في يده أو كذَّبه ، وكان القياس أن لا تقبل [دعوى] (٢) الخارج [فيه] ؛ لأنه يستحق بدعواه إزالة (٣) يد غيره ، فلا تقبل ، كما لو أراد أخذه ليحفظه ، وإنما استحسنه [١/٣٩٣] ؛ لأن يد الملتقط يد ضعيفة ، بدليل أن للحاكم إزالتها وتسليمه إلى غيره إذا رأى فيه صلاحاً ، ودعوى الخارج فيها زيادة حق للصغير ، وهو وجوب الحضانة ، ويد (٤) الملتقط لا يتعلق بها وجوب الحضانة ، فكان الأنفع للصغير أولى .

وليس كذلك إذا أراد الخارج أخذه من غير أن يدَّعي النسب ؛ لأن اللقيط من جملة المباح الذي يجوز لكل واحد أخذه وإمساكه ، فمن سبقت إليه يده كان أولى به كسائر المباحات من صيود وغيرها .

قال: وإذا سبق الذي هو في يده بالدعوى أو سبق الخارج ، فهو للمدَّعي الأول منهما ، ولا تقبل دعوته فيه بعد الدعوى الأولى ، إلا أن [يقيم الآخر] (٥) بينة أنه ابنه ، فيكون ابن الذي أقام البينة دون المدَّعي .

فإن كانت دعوى المدعي قبل البينة ، فالبينة بينته ، وتبطل دعوى المدعي ؛ وذلك لما بيَّنا أن السابق بالدعوى يثبت النسب منه ، فلا تقبل دعوى الآخر منه .

(١) ساقطة من ل .

(٢) في أ (بينة) والمثبت من ل .

(٣) في ل (بدعواه يد غيره) .

(٤) في ل (وجه) .

(٥) في أ (يقوم للآخر) والمثبت من ل .

وأما إذا أقام البيّنة فقد قابلت البيّنة الدعوى ، فالبيّنة أولى [منها] ، ألا ترى أن صاحب اليد في المال محكوم له بحكم الملك فيه من طريق الظاهر ، فلا يمنع ذلك من استحقاق [الخارج له] عليه بالبيّنة ، فكذلك حكمنا بالنسب بالدعوى لا يمنع الاستحقاق عليه بالبيّنة .

قال : فإن ادّعاه رجلان خارجان ، ليس اللقيط في يد واحد منهما ، وحكى أحدهما علامة في بدن اللقيط فوجدت العلامة فيه على ما قال ، فهو ابن لصاحب العلامة [دون] الآخر ؛ وذلك لأن علمه بالعلامة يدل على سبق يده إليه ، فكان أولى به ، ولأن العلامة ترجح بها الدعوى بدليل متاع البيت بين الزوجين ، ولأن مدعي اللقطة إذا وصف علامتها لزم الملتقط من طريق الدين أن يدفعها إليه ، فدلّ على أن الحكم يتعلق بها^(١) في الأصول .

وكان أبو الحسن يقول : إن وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح بالعلامة ؛ لأنه ليس الرجوع إلى الموافقة أولى من المخالفة ، فسقطت .

قال : وإن ادعى أحدهما اللقيط وقال : هو ابني ، وهو غلام ، فإذا هي جارية ، فإنني لا أصدقه على ذلك ، ولا أقبل دعواه ، لأننا تبيننا كذبه فيما يدّعيه ، والدعوى الكاذبة لا يلتفت إليها .

ولو ادّعى اللقيط رجلاً فقال : هو ابني من زوجتي هذه - وهي حرة أو أمة - فصدفته المرأة فهو [ابنهما]^(٢) جميعاً ؛ [وذلك] لأن الحق لهما ، وقد اتفقا عليه . ولأن المرأة [إنما] لا يقبل قولها في النسب لحق الزوج ، فإذا تصادقا ثبت ،

(١) في ل (بالعلامة) .

(٢) في أ (بينهما) والمثبت من ل .

ولم يبين أبو الحسن إذا كانت الزوجة أمة .

أما حكم اللقيط وهي مسألة منصوصة ، قال أبو يوسف: يكون الولد مملوكًا لمولى الأمة ، وقال محمد: يكون حرًا .

وجه قول أبي يوسف: أن النسب لما ثبت صار ولد أمة ، وولد الأمة لا يكون حرًا إلا باعتراف المولى أو بالغرور ، ولم يوجد هاهنا أحدهما^(١) ، فوجب أن يكون رقيقًا على حاله .

وجه قول محمد: أن العبد^(٢) يصدق في ثبوت النسب لما للقيط في ذلك من المنفعة ، ولا يصدق في الرق ؛ لأنه ضرر عليه ، ألا ترى أن ذميًا لو ادعاه لثبت نسبه منه ولم يصدق على الكفر ؛ لأنه ضرر عليه ، [فكذلك هاهنا]^(٣) .

قال: فإن ادعى اللقيط امرأة أنه ابنها - وهي حرّة أو أمة - لم تصدق على ذلك حتى تقيم بينة أنها ولدته ، فإن أقامت امرأة واحدة على الولادة قبل منها ذلك إذا كانت الشاهدة حرّة عدلاً ؛ وذلك لأن المرأة إذا ادّعت النسب حملته على صاحب الفراش ، وقولها غير مقبول في إلحاق النسب بغيرها ، ولأن النسب يثبت منها بالولادة ، وذلك معنى يطلع عليه غيرها ، فلا يثبت بقولها .

وأما إذا شهدت امرأة بالولادة ، فالولادة تثبت بشهادتها ، ثم يثبت النسب من صاحب الفراش بالفراش .

وقال في كتاب اللقطة: إذا وجد اللقيط بالكوفة فادّعه رجل من أهل الذمة

(١) في ل بالتصريح (اعتراف ولا غرور) .

(٢) في ل (أن الأمة) .

(٣) في أ (كذلك هذا) والمثبت من ل .

أنه ابنه ، فإنه لا يصدّق في القياس ؛ لأن اللقيط حرّ مسلم ، ولكن أستحسن أن يكون ابنه ، ويكون مسلماً ، وهذا القياس ليس بقياس الأصل في أن لا يثبت نسب اللقيط بالدعوى ، وإنما هو قياس آخر .

ووجهه : أن اللقيط الموجود في مصر المسلمين محكوم بإسلامه ، ودعوى الكافر نسبه يقتضي أن يتبعه في دينه ، فلا يجوز أن يبطل الإسلام المحكوم به .

وإنما استحسنوا ؛ لأن ثبوت النسب فيه نفع ، وثبوت الكفر فيه ضرر ، وأحد الأمرين ينفرد عن الآخر ، فيثبت ما فيه نفع للصغير ، ويسقط ما فيه ضرر عليه ، وليس يمتنع أن ينفرد الولد عن أبويه بالدين ، مثل أن يُسبى في دار الحرب ، فيحكم له بإسلامه وإن ثبت نسبه عن كافر .

وهذه المسألة على أربعة أوجه : إن وجد المسلم لقيطاً في مصر (١) المسلمين ، فهو مسلم في الروايات كلها .

وإن كان الواجد ذميّاً وجده في مكان أهل الذمة كالبيعة والكنيسة ، أو قرية من أهل الذمة ، فهو على دين أهل الذمة .

وإن كان الواجد مسلماً ووجده في مكان أهل الذمة ، أو كان الواجد ذميّاً وجده في مصر أهل الإسلام ، فقد اختلفت فيه الرواية .

قال في كتاب اللقيط : إذا وجد في مكان أهل الذمة فهو على دينهم ، فاعتبر المكان ، ولم يعتبر الواجد .

وذكر ابن سماعة عن محمد : أن المعتر الواجد دون المكان .

(١) في ل (موضع) .

وإن كان للقيط زيّ أهل الإسلام أو زيّ أهل الكفر فالمعتبر الزيّ دون
الواجد والمكان.

وجهُ رواية كتاب اللقيط في اعتبار المكان: المعتبر الظاهر، والظاهر أن
أهل الذمة لا يكون أولادهم في المساجد وفي مواضع المسلمين، والغالب أن
المسلمين لا يلقون أولادهم في البيع، فاعتبر الظاهر من الأمرين، يبيّن ذلك أن
[مَن التقط] لقيطاً في دار الحرب لم يحكم له بحكم الإسلام؛ لأن ظاهر البقعة^(١)
الكفر، كذلك هاهنا.

وجه الرواية الأخرى: أنه اجتمع فيه سببان: المكان والواجد، وأحد
[السببين]^(٢) يقتضي الإسلام، فكان أولى، لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا
يعلو»^(٣)، وقوله ﷺ: «المسلمون يد على من سواهم»^(٤)، ولهذا لو كان أحد
الأبوين مسلماً حكماً للولد بإسلامه.

فإن كان الواجد كافراً في موضع المسلمين؛ فلأن اللقيط كالتابع للواجد؛
لأنه في حكم المباحات التي تستحق [من يسبق] اليد [إليه]، فيتبع الواجد،
وليس يمتنع أن يحكم له بحكم الإسلام إذا انفرد [ب/٣٩٣]، فإذا كانت عليه يدٌ
لم يحكم له بذلك [كالصبي]^(٥) إذا كان معه أحد أبويه.

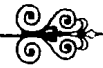
(١) في ل (لأن الظاهر أن البقعة للكفر).

(٢) في أ (البيتين) والمثبت من ل.

(٣) أورده المناوي في التيسير وعزاه للدارقطني والبيهقي والضياء في المختارة - وقال: «بإسناد
ضعيف» -، وعلقه البخاري في صحيحه. ٤٢٤/١.

(٤) رواه ابن ماجه (٢٦٨٤)؛ «ورواه الطبراني وفيه عبد السلام ابن أبي الجنوب وهو ضعيف» كما
قال ابن الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/٢٩٢؛ وابن خزيمة في صحيحه ٤/٢٦.

(٥) في أ (كالصبي) والمثبت من ل.



وأما وجه اعتبار الزيّ؛ فلأن السيماء يُستدل بها (على الحال، قال الله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٣]، ولأن اليهود لهم علامة يُخْتَصُّونَ بها، وكذلك^(١) النصراني.

وإذا وجد في الصبي زيّ المسلمين (لم يعتبر المكان، كالبالغ إذا كان في موضع الكفار عليه زيّ المسلمين)^(٢)، ومتى كان على الصغير زيّ الكفار صار كالكبير إذا كان في دار الإسلام عليه زيّ الكفار.

وقال عطفًا على مسألة الذمي إذا ادّعى اللقيط: فإن أقام بينة من أهل الذمة لم تقبل، وإن كانوا من المسلمين قبلت، وإنما يعني أن البينة لا تقبل في نقله عن دين الإسلام، فأما النسب فثابت بالدعوى، وإنما لم تقبل [البينة]؛ لأنه محكومٌ بإسلامه في الظاهر، وشهادة أهل الذمة لا تقبل على المسلمين، وإن كانوا من أهل الإسلام فقولهم مقبول على جميع الناس، فيثبت النسب، ويلحق بالكافر في الدين.

وكان أبو الحسن يقول: المسألة موضوعة على أن اللقيط في يد مسلمٍ لا يدعيه، ولا تقبل شهادة أهل الذمة في استحقاق يد المسلم، وتقبل عليه شهادة المسلمين في استحقاق يده.

قال الشيخ أيده الله: والصحيح أن يكون الفرق ما ذكرناه؛ لأن محمدًا ذكر في كتاب الدعوى في اللقيط: إذا كان في يد مسلمٍ لا يدعيه، فادّعاه مسلم وذمي، فأقام المسلم بينة من أهل الذمة، [وأقام الذمي^(٣) بينة من أهل الإسلام، أن

(١) ما بين القوسين سقطت من ل.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ل.

(٣) في أ (والذمة) والمثبت من ل.

المسلم أولى به ، فالمسلم استحق اللقيط بشهادة أهل الذمة .

وقال ابن سماعة في النوادر: عن محمد في الرجل يلتقط لقيطاً فيدعيه نصراني ، قال: هو ابنه وهو مسلم ، وإن كان عليه زيّ الإسلام فإني أجعله مسلماً وأثبت نسبه من النصراني ؛ لأن ذلك لا يضره ، وهو ينفق عليه .

قال: وإن كان عليه زيّ الشرك فهو ابنه ، وهو نصراني على دينه ؛ وذلك مثل أن يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ، ووسط رأسه مجزوز ، فهو على ما بيّنا عن محمد: أن المعتمر الزيّ إذا اختلف حكم المدعي والمكان .

قال: فإن التقط الذمي نفسه صبياً وزيّه مُشكِلاً ، فادّعاه النصراني فإنه على دينه ، وهو ابنه إذا ادّعاه ، ولا أنظر في ذلك إلى الموضع الذي وجدته فيه إن كان مسجداً أو غيره ، وإنما هو لمن التقطه وادّعاه ، وهذا على ما قدمنا عن محمد: أن المعتمر - مع عدم [الدلالة] ^(١) - الزيّ الواجد دون المكان .

وقال محمد في كتاب اللقطة: وإذا وُجدَ اللقيط بالكوفة ، أو في مصر من أمصار المسلمين ، فأدرك كافراً ، فإنه يحبس ويجبر على الإسلام ؛ لأنه وجد في مصر من أمصار المسلمين ، واستحسن ذلك .

وذلك لأننا حكمنا بإسلامه بالدار ، وكل من حكمنا له بالإسلام على طريق التبعية لغيره لم يقتل بإظهار الكفر ، كولد المسلم إذا [ملكه] ^(٢) كافر ، وإذا لم يقتل حبس حتى يعود إلى الإسلام ، كالمرأة .

قال: وإذا وُجدَ اللقيطُ في كنيسة أو بيعة أو [في] قرية ليس فيها إلا مشركون ،

(١) في أ (دلالة) والمثبت من ل .

(٢) في أ (بلغ) والمثبت من ل .



فإنه بمنزلة أهلها، فإن أدرك كافرًا لم أجبره على الإسلام؛ وذلك لأن الدار دار كفر، فالظاهر أن اللقيط من أهلها، فإذا بلغ على دينهم لم نعترض عليه.

قال: فإن التقطه مسلم وكان عند المسلم يربّيه، ثم ادعاه رجل من أهل تلك القرية من الكفار، فإني أجيز دعواه، ولو مات قبل أن يدعيه لم أُصلِّ عليه، وذلك لأننا حكمنا له بحكم البقعة، فإذا ادّعاه ذمّي قُبِلَ قوله كما يقبل قول (١) المسلم في لقيط المسلم، ولا يصلى عليه إن مات قبل الدعوى أو بعدها؛ لأنه محكوم له بالكفر، كولد الكافر المعروف.

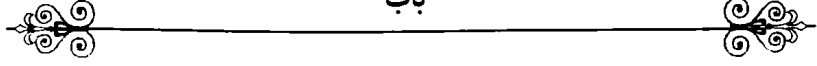
قال: وإذا وَجَدَ الذَّمِّيُّ لَقِيطًا في مصر من أمصار المسلمين أو [في] قرية من قراها، فكان في يده حتى مات فينبغي للمسلمين أن يُصَلُّوا عليه؛ لأنه محكوم بإسلامه بوجوده في دار الإسلام، فيصلّى عليه كأولاد المسلمين.

فإن وجد في قرية فيها مسلمون وكافرون، فوجده مسلم، فكان في يده حتى مات، فإني أستحسن أن أُصَلِّيَ عليه؛ وذلك لأن الغالب على الدار (٢) حكم الإسلام وإن كان فيها كفار، فوجب أن يصلى عليه.

قال في الأصل في كتاب الدعوى: وإن كان الذي ادّعاه ذميًا، والشهود مسلمون، أجزت ذلك، وإن كان الذي ادّعاه ذميًا والشهود ذمّيون، واللقيط في يد ذمي وجدته في قرية من قرى أهل الذمة، أو كنيسة أو بيعة، قبلت الشهادة؛ وذلك لأن المدعي إذا أقام شهودًا مسلمين جاز أن يستحق يد المسلمين بشهادتهم، فيحكم للمدعي باللقيط، وإذا كان الشهود ذميين والمقتط مسلمًا لم

(١) في ل (دعوى).

(٢) في ل (الكفار).



تقبل شهادتهم ؛ لأن يد المسلم لا تزال بشهادة أهل الذمة .

وهذا إنما يريد به أن الشهادة لا تقبل في إثبات دين اللقيط ، فأما في نسبه فإنه يثبت بمجرد دعوى الذمي على ما بيناه .

وأما إذا كان في يد ذمي وجده في قرية أهل الذمة ، قبلت شهادة أهل الذمة ؛ لأنها تقبل في إزالة يد الذمي^(١) . [والله أعلم] .



(١) انظر: الأصل ٢٤١/٥ - ٢٤٨ ، ٤٠٦/٦ ، ٧٤/٨ وما بعدها .

بَاب اختلاف الدعوى في اللقيط



قال أبو الحسن رحمته الله: وإذا أقامَ الرجل شاهدين على اللقيط أنه ابنه ، وأقامت امرأة شاهدين أنه ابنها ، جعلته ابنهما ؛ لأن مقتضى كل واحد [من البيّتين] ^(١) لا ينافي مقتضى الأخرى ، فيثبت النسب منهما ، وصار ابنه منها .

قال: وإن ادّعى أحدهما أنه ابنه ، وادّعى الآخر أنه عبده ، وأقاما البيّنة ، قضيت به للذي ادّعى أنه ابنه ؛ وذلك لأن إحدى البيّتين تضمنت النسب والحرية ، والأخرى تضمنت الرق ، فإثبات الحرية أولى ^(٢) .

وإذا أقام أحدهما [بيّنة] أنه عبده ، ولم يقم الذي ادّعى أنه ابنه [البيّنة] ، قضيت به عبداً له ؛ لأن البيّنة إذا قابلتها الدعوى فالبيّنة أولى .

فإن أقام أحدهما البيّنة أنه ابنه من هذه المرأة الحرة ، وأقام الآخر البيّنة أنه ابنه من هذه الأمة ، قضيت به للذي هو الحر ، وهو ابن الحر والحرة ، وأعتقه ؛ وذلك لأن ابن الزوجة الأمة رقيق ، فالبيّنة الأخرى تثبت الحرية ، فهي أولى .

ولو أقام الآخر البيّنة أنه ابنه من امرأة حرّة جعلته منهما ، وابناً للمرأتين جميعاً في قياس قول أبي حنيفة ، وأما في قول أبي يوسف ومحمد فهو ابن الرجلين [٣٩٤/أ] ، ولا يكون ابن المرأتين (إلا في هذه المسألة) ^(٣) .

(١) في أ (منهما) والمثبت من ل .

(٢) في ل (كانت البيّنة أولى منها) .

(٣) ساقطة من ل .

أما ثبوت النسب من رجلين فهو قول أصحابنا جميعاً ، وقال الشافعي : لا يثبت النسب من اثنين ، ويرجع فيه إلى قول القافة^(١) .

والأصل في ذلك : ما روي أن عمر بن الخطاب كتب إليه في جارية بين رجلين جاءت بولد ، فادّعياه ، فقال إنهما لبّسا فلبّس عليهما ، ولو بيّنا لبين لهما ، وهو ابنهما ، يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، و [روي] عن عليّ رضوان الله عليه مثل ذلك .

ولأن البُنوّة معنى يتعلق بالإرث لا يلحقه الفسخ ، فجاز أن يثبت للواحد على اثنين كالأبوة والولاء .

والدليل على أنه لا يرجع فيه إلى قول القافة : أن ذلك من أحكام الجاهلية ، وقد ذمّ الله تعالى أحكامهم بقوله : ﴿ أَفَكُمَ أَجْهَلِيَّةٌ يَبْغُونَ ﴾ [المائدة: ٥٠] ، ولأن القائف لا يقبل قوله في إثبات النسب مع قيام الفراش ، فلا يقبل مع عدم الفراش كالكافر والفاسق .

ولأن القائف يرجع إلى الشبّه والظاهر ، وهذا المعنى يشترك فيه جميع الناس ، وقول غير القائف لا يقبل فيه ، كذا قول القائف^(٢) ، وإذا ثبت بطلان القول بالقافة ، ثبت ما ذكرنا .

وقد قال أبو حنيفة على هذا الأصل : أن النسب يثبت من ثلاثة وما زادوا وإن كثروا ؛ لأنهم تساؤوا في سبب الاستحقاق ، والشيء عنده مما يصح فيه الاشتراك ، فهو كالأموال .

(١) انظر : مختصر المزني ص ٣١٧ ؛ المهذب ٤ / ٤٤٦ .

(٢) في ل (فإذا لم يقبل قول غير القائف فيه ، فقول القائف مثله) .

وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين؛ لأن القياس عنده ينفي ثبوت نسبه من أكثر من واحد، وإنما ترك فيه القياس بخبر عمر، فما سواه بقي على أصل القياس.

وأما محمد فقد قال: يثبت نسبه من ثلاثة، ولا يثبت من أكثر [من ذلك]؛ لأن المرأة قد تحمل ثلاثة أولاد في بطن واحد، فيجوز أن يكون كل ولد من واحد، وإذا اجتمعت [في حمل واحد] (١) جماعة جاز أن يكون الولد الواحد مخلوقاً من مائهم.

وأما ثبوت النسب من امرأتين وأكثر [من ذلك]، فيجوز عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز.

وجه قوله: أنهما تساويا في السبب الذي به يستحق كالرجلين، فإن قيل: يجوز أن يخلق [الولد] من ماء رجلين، ولا يجوز أن تلد امرأتان ولداً [واحدًا].

قلنا: عند أبي حنيفة تثبت أحكام الولادة لهما (٢) من الحضانة والإرث وغيره، ولا تثبت الولادة، وهذه الأحكام [قد] ينفرد عن الولادة؛ [فلذلك جاز] (٣) إثباتها.

وجه قولهما: أنه يستحيل ولادة امرأتين ولداً واحداً، فإذا شهدت البيّنة لهما [بالنسب] فقد عرفنا كذب إحداهما، فلا يجوز قبولها، وأما الرجلان فيشتركان في الوطء، فيجوز أن يخلق الولد من مائهما.

(١) في أ (الجملة) والمثبت من ل.

(٢) في أ (من الولادة لهما) مكررة.

(٣) في (فجاز) والمثبت من ل.

قال: فإن وقت كل بينة وقتاً معروفاً يعرف في الصبي أنه على وقت أيهما، جعلته لصاحب الوقت؛ لأن سنّ الصبيّ إذا وافق أحد الوقتين ثبت كذب البينة الأخرى، فلم يلتفت إليها.

وأما إذا أشكل السنُّ ولم يشهد لإحدى البينتين، فينبغي في قياس قول أبي حنيفة: أنه يقضى به للأول، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يقضى به بينهما.

وجه قول أبي حنيفة: أن السنّ (١) لما لم يشهد لإحدى البينتين سقط اعتبارها، والمثبت للتاريخ (٢) الأول يستحقه من ذلك الوقت، ولا منازع له فيه، فهو أولى.

وجه قولهما: أن السنّ لو وافقه أحد التاريخين كان أولى، فإذا أشكل الأمر سقط حكم التاريخين، فكأنهما أطلقا البينة.

قال: وإذا ادّعى اللقيط رجلاً، فأقام أحدهما البينة أنه ابنه، وأقام آخر البينة أنها ابنته، فإذا هو خنثى، فإن كان يبول [من] حيث يبول الغلام جعلته للذي ادّعى أنه ابنه، وإن كان يبول حيث مبال النساء فهو لمن ادّعى أنها ابنته؛ وذلك لأن الولد لو لم يكن خنثى نظرنا إلى حاله، فإن كان غلاماً قضي [به] للذي (٣) شهدوا أنه ابنه؛ لأنّ الحال أكذبت المدّعي الآخر، فإن كانت جارية قضي بها لمدّعي البنت؛ لأنّ الحال أكذبت مدّعي الابن.

فإذا كان خنثى وجب اعتبار البول، فإن كان يبول من أحد السبيلين أو كان

(١) في ل (البينتين).

(٢) في ل (للتنازع).

(٣) في ل (قضي به للذي شهد له بالابن).



يسبق بوله من أحدهما^(١)، فإن كان من مبال الغلام فهو لمدعي الابن، وإن سبق من مبال الجارية، فهو لمدعي الجارية.

ولم يعتبر أبو حنيفة كثرة البول من أحد المخرجين، واعتبره أبو يوسف ومحمد.

قال: وإذا ادعى اللقيط رجلان ذميًّا ومسلمًّا، جعلته ابن المسلم؛ لأن دعواه تثبت الإسلام، وفيه منفعة للصبي؛ لأنه يصير مسلمًا بإسلامه، فتثبت يده عليه، فكأنهما ادعياه وهو في يد أحدهما.

وكذلك لو ادعته ذميّة ومسلمة، كل واحدة جاءت بامرأة تشهد بالولادة، جعلته للمسلمة؛ لأنه يصير مسلمًا بإسلامها، فتثبت يدها عليه، فتكون أولى من الكافرة.

قال: ولو شهد لمسلم ذميّان، وللذميّ مسلمان، قضيت به للمسلم؛ لأن بينة كل واحد [منها] حجة مقبولة على الآخر، فتساويا، فالمسلم أولى^(٢).



(١) في ل (فهو غلام، فيقضى لمدعي الابن، وإن كان يبول من حيث تبول الجارية، أو بوله ذلك الفرجة، فهو جارية).

(٢) انظر: الأصل ٧٤/٨ - ٧٦.

بَابُ الإقرار بولد الزنا

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا زنى الرجل بامرأة، فجاءت بولد، فادّعاها الواطئ، لم يثبت نسبه منه، ولم يكن ابنه، وهو ثابت النسب من أمه؛ وذلك لقوله ﷺ: «الولد للفراس، وللعاهر الحجر» يعني لا شيء له، ولأن انتفاء النسب من الزاني لحق الله تعالى، فاعترافه به لا يؤثر ولا يفيد.

وأما الأم فالنسب يثبتُ منها بالولادة، وذلك موجود في الزنا وغيره.

قال: وإذا كان للرجل عبد صبي من أمة له، فادّعى رجل أنه ابنه من الزنا، وصدقه المولى بذلك أو كذّبه، (فإن أبا حنيفة قال) ^(١): لا يثبت النسب من هذا.

فإن ملك الصبي عتق عليه، ولم يثبت نسبه، وإن ملك أمّه لم تكن أم ولد له، وكان له أن يبيعها؛ وذلك لأنه ادعى النسب من جهة لا يجوز ثبوت النسب منها، فتصديق المولى وتكذيبه سواء.

وأما عتقه إذا ملكه؛ فلأنه في حكم الجزء منه؛ لأنه مخلوق من مائه، والإنسان لا يملك أجزاءه.

وأما الأم فلا تصير أم ولد له؛ لأن الاستيلاد فرع لنسب الولد لا لحرّيته، فإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد.

(١) ساقطة من ل.



قال: ولو كان الصبي عبداً لأب المدّعي، أو لعمه، أو لخاله، أو لامرأته، فهو سواء؛ لأن الزنا بجواري هؤلاء لا يثبت النسب به؛ لأنه لا شبهة للواطئ في الموطوءة.

وإن كان له شبهة في الفعل، فالنسب [٣٩٤/ب] إنّما يثبت لشبهة في الموطوءة.

قال: وإن كان مولى الصبي ابن المدّعي، ثبت النسب منه، وإن كان من الزنا، فيضمن قيمة أمه؛ لأن وطء الأب جارية ابنه ليس بزنا؛ لأن له شبهة ملك في رقبته، وشبهة الملك في الموطوءة كنفس الملك، ألا ترى أن شبهة النكاح جعلت كنفس النكاح في ثبوت النسب، فإذا كان كذلك فقط غلط في قوله أنه من زنا، فيثبت النسب ولا يعتد بقوله.

قال: وإن كان المدعي قال: هو ابني، ولم يقل من زنا، وهو [بمنزلة] الأب في جميع ما ذكرت لك، ثم ملكه، فإنه يلزمه نسبه، ويعتق؛ لأنه أقرّ بالنسب، ولم يبيّن جهته، فالظاهر أنه أقرّ به من جهة يجوز ثبوت النسب منها، فحمل قوله على الصحة، ولم يثبت النسب في حال الإقرار؛ لأنه لا يملكه، فإذا ملكه نفذ إقراره، وكذلك لو قال: هو ابني من نكاح فاسد، أو شراء فاسد، وأحلّها لي [الله تعالى] (١)، أو ادعى شبهةً بوجه من الوجوه، فكذب المولى، فإنه لا يكون ابنه مادام عبداً.

فإن ملكه المدعي يوماً [ما] عتق عليه.

وإن ملك أمةً كانت أم ولد؛ لأنه ادعى النسب، وبيّن جهةً يجوز ثبوت النسب منها، فلم يقبل [قوله] فيه لحق المالك، فإذا ملك لم يبق إلا حق نفسه،

(١) الزيادة من البدائع، ٤/١٢٨.

فيثبت نسبه منه .

قال: ولا يجوز دعوة الجد من قبل الأم في ذلك؛ لأن الأب إنما تقبل دعواه للولاية التي ثبتت له في مال ولده في^(١) صغره، فتستدام تلك الولاية وحكمها بعد البلوغ، وأب الأم لا ولاية له عليه، فهو كسائر الأقارب .

وأما أب الأب، فلا تقبل دعواه مع بقاء الأب؛ لأنه لا ولاية له عليه .

وإن كان العلوق من الجد والأب ميت، قبلت دعوته؛ وذلك لأن له ولاية عليه، فصار كالأب .

قال: وإذا كان للرجل امرأة، فولدت على فراشه، فقال الزوج: زنيته بفلان، وهذا الولد منه، وأقرت المرأة بذلك، وأقر بذلك فلان، فإن نسب الولد ثابت من الزوج صاحب الفراش، ولا يصدق واحد منهما على نفي الولد .

قال: وكذلك لو كانت أمة [قد] تزوجها، أو كان النكاح فاسداً؛ لأن الولد المولود على الفراش يثبت نسبه، فإذا تصادقا على نفيه فقد أسقطا حق الولد عن النسب بتصادقهما، [وهما يملكان إسقاط حقهما، ولا يملكان إسقاط حق ولدهما، فلم يلتفت إلى تصادقهما]^(٢)، فلم يجز .

قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً تزوج امرأة لا تحل له، فأغلق باباً وأرخى ستراً، ففرق بينهما، ولا يكون لها عليه مهر، فإن جاءت بولد لسته أشهر منذ تزوجها ثبت نسبه منه وعليه المهر .

(١) في ل (حال الصغر) .

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من ل .

وكذلك لو جاءت به لسته أشهر منذ أغلق الباب وأرخى الستر؛ وذلك لأن النكاح الفاسد سَبَبٌ لثبوت النسب كالنكاح الصحيح، (وكما يثبت النسب في النكاح الصحيح)^(١) لسته أشهر، وكذلك في الفاسد.

وأما المهر فلا يجب في العقود الفاسدة إلا بالتسليم؛ وذلك إنما يكون بالوطة.

وأما الخلوة فإنها توجد، وهناك منع من جهة الله تعالى فلا تصح الخلوة، ولا يثبت بها المهر.

فإن قيل: النكاح الفاسد لا يتعلق به حكم ما لم ينضم إليه الدخول، بدليل انتفاء المهر، وتحريم المصاهرة.

قلنا: النسب لا يثبت بنفس العقد، وإنما بالعقد يثبت شبهة الفراش، فيثبت به النسب لذلك، ويصير الوطاء محكوماً به لثبوت النسب، فلذلك^(٢) يجب المهر، وقد ثبت النسب بأسباب ضعيفة، ألا ترى أنه يثبت بالإملاك من المولى وإن لم يتعلق به حكم الإباحة، فجاز أن يثبت أيضاً بشبهة العقد.

[قال]: فإذا ادعى^(٣) الرجل الصبي في يد امرأة، فقال: هو ابني من زنا، وقالت المرأة: هو من النكاح، لم يثبت نسبه منه.

فإن قال بعد ذلك: هو من نكاح، ثبت نسبه؛ لأنه أقر بجهة لا يثبت منها

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) في ل (فلذلك حكم المهر).

(٣) في ل (وإذا أقر الرجل لصبي).

النسب ، وادعت هي عليه النسب ، فلم يقبل قولها ، فإذا عاد إلى تصديقها فقد تصادقا على النسب ، فيثبت .

وكذلك لو قال رجل لصبي في يد امرأة: هو ابني من نكاح منك ، وقالت: هو ابنك مني من الزنا ، لم يثبت نسبه منه ، فإن قالت بعد ذلك: هو ابني منك من نكاح ، ثبت نسبه ؛ لأنه ادعى نسب ولدها ولم يصدقه على ذلك ؛ لأن النسب لا يثبت من الزنا ، فلم يصدق عليها بدعواه ، فإن عادت إلى تصديقه فقد اجتمعا على ثبوت النسب ، فيثبت (١) .



(١) انظر: الأصل ١٠٦/٨ - ١٠٩ ، ٣٩٠ .



بَابُ البيّنة على دعوى الولد



قال: وإذا كان غلام قد احتلم ادّعى على رجل وامرأته: أنه ابنهما، وجحدا ذلك، فأقام عليهما البيّنة أنهما أبواه، وأن هذه المرأة ولدت من هذا الرجل على فراشه، وادّعى الرجل الآخر وامرأته أن هذا الغلام ابنهما، وأقاما البيّنة على ذلك، فإني أثبت النسب للغلام من الأب والأم الذين ادعاهما الغلام، فأبطل نسب الأب والأم الذين أنكرهما الغلام؛ وذلك لأن الغلام في يد نفسه، وقد قامت البيّنة على الولادة، وأقام الخارجان البيّنة عليه، فصار كدعوى النتاج إذا تعارض فيه بيّنة صاحب اليد والخارج.

قال: ولو كان الغلام نصرانياً، فأقام شاهدين من المسلمين على رجل من النصراني وامرأته من النصراني أنه ابنهما، ولدت هذه المرأة على فراش هذا الرجل، وادّعى مسلم وامرأته مسلمة [على] أنه ابنهما، ولدت هذه المرأة [المسلمة] على فراش هذا الرجل المسلم، وأقام على ذلك بيّنة من المسلمين، فإني أقضي به للنصراني والنصرانية؛ وذلك لأن البيّنتين تساويا، والغلام في يد نفسه، فبيّنته أولى من بيّنة الخارج.

ولا يقال: إن بيّنة المسلمين تقتضي إسلامه، وبيّنة النصراني تقتضي كفره، فبيّنة^(١) الإسلام أولى؛ وذلك لأن اليد والإسلام إذا تعارضا، فاعتبار اليد في النسب أولى؛ لأن اليد بانفرادها يستحق بها، والإسلام لا يستحق به.

(١) في ل (فالبيّنة التي تقتضي).

قال: ولو كانت بينة الغلام نصارى، أخذت [ببيّنة] المسلمين، وقضيت به للمسلمين، وأجبرته على الإسلام، وأبطلت بيّنة النصارى؛ لأن شهود الغلام لا يقبل قولهم على المسلمين، فسقطت بينته، فكأنه ادعى وقابلت دعواه البينة، فالبينة أولى.

قال: ولو أن غلاماً قد احتلم أقام البينة أنه ابن فلان [أ/٣٩٥] ولد على فراشه من أمته فلانة، والرجل حيّ ينكر ذلك، ويقول: عبدي، وُلد من أمتي هذه، زوجتها عبدي فلاناً، فولدت هذا الغلام منه، وأقام على ذلك بيّنة، والعبد حيّ يدّعي ذلك، ويقول: ابني من امرأتي، فإنه ابن العبد؛ وذلك لأن الغلام يدعي النسب بفراش الملك، والعبد يدعي النسب بفراش الزوجية، وفراش الزوجية أقوى، ألا ترى أن المولى إذا زوّج أمته فجاءت بولد فادّعيه، كان دعوى الزوج أولى؛ ولأن فراش الزوجية لا يُنفى النسب فيه بقوله، وفراش الملك ينتفى بقوله فيه النسب، فكان فراش الزوجية أقوى، فهو أولى.

ولو ادعى الولد أنه ابن العبد من هذه الأمة، وأقام بيّنة على ما ذكرنا، فأقر العبد بذلك، وادّعى المولى أنه ابنه، جعلته ابن العبد وأعتقته؛ لأن فراش النكاح أقوى على ما ذكرنا، ويعتق بدعوى المولى النسب؛ لأن دعواه تضمن النسب والحرية، وأحدهما ينفرد عن الآخر، فإذا بطل النسب ثبتت الحرية.

قال: ولو كان العبد ميتاً - والمسألة على حالها - فأقام الغلام بيّنة على ذلك، وأقام ورثة المولى بيّنة على ما ذكرنا في أول الكتاب، وأمّ الغلام ميتة، فإني أثبت نسبه من المولى، وأجعله ابنه، وأورثه منه، ولا أجعله ابن العبد.

وإنما عني بهذا: أن الغلام أقام البيّنة أنه ابن المولى، وأقام ورثة المولى

البيّنة أنه ابن العبد، والعبدُ ميّت، فبيّنة الغلام أولى؛ لأن الورثة ليسوا بخصوم للعبد الميت في إثبات النسب له، فسقطت بينتهم، وبقيت بينة الغلام بلا معارضة، فهي أولى.

قال: ولو مات الرجل وترك مالاً كثيراً، وأقام غلام قد احتلم بينة أنه ابن الميت من أمته فلانة، وأنه قد كان يملك فلانة قبل أن تلده، وأن الميت أقرّ أنه ابنه، وأنها ولدته في ملكه، ومثله يولد لمثله، وأقام رجل آخر البيّنة أن هذا الغلام عبده، وأن أمه أمته، وزوّجها عبده فلاناً فولدت هذا الغلام على فراشه، والعبد حيّ يدّعي ذلك أو ميّت، فإن كان حيّاً يدّعي قضيت له بالنسب، وأقضي بالأمة إن كانت حيّة للمدّعي.

وإن كان العبد ميّتا، أثبت نسب الغلام من الحي، وورثته منه، وجعلت أمه أم ولد؛ وذلك لأن العبد إذا كان حيّاً فهو يثبت فراش النكاح، وذلك أقوى من فراش الملك، فكان إثبات النسب منه أولى.

وإن كان ميّتا، فلا مدعي للبيّنة التي أقامتها الورثة، فسقطت وبقيت بينة الغلام على ثبوت النسب من الحر، فيقضى بها.

قال: وإذا كان الغلام وأمه في يد رجل، فادّعاه آخر وأقام بينة أن هذه الأمة ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه، وأقام الذي هو في يده البيّنة أنها أمته، ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه وعلى فراشه، والغلام صغير لا يتكلم، أو قد احتلم ومثله يولد لمثله، وهو مدّعي أنه ابن الذي هو في يديه، فإني أقضي به للذي هو في يديه؛ وذلك لأن البيّنتين تعارضتا على الولادة، فبيّنة صاحب اليد أولى.

وإن كان [الغلام] يدّعي أنه ابن الآخر، فإني أقضي بالأمة والغلام للمدّعي؛

لأن الغلام في يد نفسه ، وبينته أولى من بينة الذي في يده الجارية ، وصار كبينة صاحب اليد والخارج .

قال: وإذا كانت الحرّة لها ابن ، وهما في يد رجل ، فأقام آخر البينة أنه تزوجها ، فولدت هذا الغلام منه على فراشه ، (وأقام الذي في يديه البينة أنه تزوجها ، وأنها ولدت هذا الغلام منه على فراشه) ، والغلام يتكلم ، ويدعي (١) أنه للذي هو في يديه (٢) ، وأنه أباه ، فإني أقضي بالمرأة وبالولد للذي هو في يديه ، وأجعله أولى بالنسب وبالدعوى ؛ وذلك لأن الغلام إذا كان يتكلم فهو في يد نفسه ، فالبينة التي يدعيها أولى .

ولو كان الذي في يديه من أهل الذمة ، وشهوده مسلمون ، والمرأة ذمية ، قضيت بالمرأة والولد الذي هما في يده ؛ لأن بينته تقبل على المسلمين ، وهو في يد نفسه ، فيقضى له به .

فإن أقام المدعي البينة أنه تزوجها في وقت ، وأقام الذي في يده على وقت دونه ، فإني أقضي بها للمدعي ؛ لأن النكاح الثاني حصل وهي تحت زوج ، فهو فاسد ، وفراش النكاح الصحيح أولى .

قال: ولو أن رجلاً في يديه امرأة وولد ، وأقام البينة أنها امرأته تزوّجها ، وولدت على فراشه ، وأقام الآخر البينة أنها أمته ، ولدت منه هذا الغلام في ملكه ، وعلى فراشه ، فإني أقضي به للزوج ، وأثبت نسبه منه إن شهد الشهود أنها غرّته من نفسها ، فإن لم يشهدوا بذلك جعلت الأمة وابنها مملوكين للمدعي ، وأثبت

(١) ساقطة من ل .

(٢) في ل (أن الذي في يديه أبويه) .

نسبه من الزوج ، وأعتقت الولد بإقرار المدعي أنه ابنه ، وأجعل (١) أمه بمنزلة أم الولد ؛ وذلك لما قدّمنا أن فراش النكاح والملك إذا اجتمعا ، ففراش النكاح أولى .

قال: ولو أن رجلاً في يديه أمة لها ولد ، فأقام آخر البينة أنها أم ولد أبيه ، ولدت [هذا الولد] على فراش أبيه ، وأبوه ميت ، وشهدوا أنها ولدت في ملكه ، وشهد الشهود الآخرون أنها أمة الذي هي في يديه ، ولدت [الولد] في ملكه وعلى فراشه ، وأنه ابنه ، قضيت بالولد للميت الذي ليس في يديه ، وجعلت الأمة حرّة ، وولائها للميت ؛ وذلك لأن البينتين تعارضتا في ملك الأم ، فبيّنة الخارج أولى ؛ ولأن بينة الابن تثبت حرّية أم الولد ، لأنها عتقت (٢) بموت أبيه ، وبينة الآخر تثبت رق أم الولد ، فمثبت الحرية أولى (٣).



(١) في ل (وأجعلها أمة) .

(٢) في ل (بالولادة وبيّنة الأخير تثبت رواية الملك) .

(٣) انظر: الأصل ٤١/٨ - ٤٣ ، ٥٥ .

بَابُ الاستحلافِ على الدعوى

قال أيده الله: هذا الباب أبتدئ فيه بما يُستحلف فيه وما لا يُستحلف ، وقد بيَّنا الخلاف في النكاح ، وذكرنا أن عند أبي حنيفة لا يستحلف في النكاح والرجعة ، والفِيء في الإيلاء ، والنسب ، والرَّقِّ ، والاستيلاد ، والولاء . وعند أبي يوسف ومحمد: يستحلف في جميع ذلك .

وأجمعوا: أنه لا يستحلف في الحدود ، واللعان ؛ وذلك لأنه من أحكام القذف كالحدود .

وكل ما لا يستحلف فيه لا يصح بذله ، والنكول بذل (١) ، وإنما يحكم فيه بالبيِّنة أو بالإقرار .

قال: فإن كانت الدعوى في النسب ، فأقرار الرجل يجوز بالابن والأب والزوجة والمولى [ويجوز إقرار المرأة بالأب والزوج والمولى] ؛ وذلك لأن الرجل إذا أقر بالأب ، أو الزوجة ، فهو حق يلزمه نفسه ، (وإقرار الإنسان على نفسه مقبول ، وكذلك إذا أقر بالولاء ، وإذا أقر بابن فهو معنى يلزمه نفسه) دون زوجته ؛ لأنه يملك [استلحاق] (٢) النسب من غيرها ، [وأما المرأة إذا أقرت بأب أو زوج أو مولى ، فهي فيه كالرجل ؛ لأنها تُلزم نفسها ، فقاما] .

(١) في ل (فإنه لا يحكم فيه بالنكول) .

(٢) في أ (استحقاق) والمثبت من ل .

وأما المرأة إذا أقرت [ب/٣٩٥] بالولد لم يُقبل إلا بعد إقامة البيّنة على الولادة؛ لأنها تُلزم زوجها حقًا بإقرارها، وإقرار الإنسان لا يُقبل على غيره؛ ولأنه لا يخلو إما أن يكون لها زوج معروف فهو يلزمه النسب، أو غير معروف، فيجوز أن يظهر لها زوج.

وقد قالوا: إن من شرط الإقرار بالنسب أن يكون مدّعي الابن يلد مثله، والمدعي الأب يولد له مثله، وأن يكون المدعي صدق المدّعي في دعواه، ولا يكون للمدعي نسبٌ معروف^(١).



(١) انظر: الأصل ٣٨٩/٨ - ٣٩١.

بَابُ دَعْوَى الْوَلَدِ بَعْدَ الْعِتْقِ



قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا أعتق الرجل عبداً صغيراً، ثم ادّعى أنه ابنه، وقد ولد عنده أو لم يولد، فإن أبا حنيفة قال: هو ابنه، وإن كان كبيراً فأقر بذلك فهو ابنه، وإن جحد لم يكن ابنه؛ وذلك لأنه إذا كان صغيراً فهو في يد الرجل^(١)، فقلوه مقبول فيه، وإن كان كبيراً فهو في يد نفسه، فيرجع إلى تصديقه.

قال: وإذا كانت مدبرة بين رجلين جاءت بولد، فادّعى أحدهما الولد، فإن أبا حنيفة قال: نسبه ثابت منه، ويضمن نصف قيمتها مدبرة ونصف عقر أمة.

فإن مات أبو الولد وحده عتق نصيبه من الأمة من جميع المال، وسعت للآخر في نصف قيمتها مدبرة، ولو لم يمت أبو الولد ومات الآخر عتق نصيبه من الثلث، وعتق نصيب أبي الولد، [ولا سعاية على أم الولد].

وأما جواز الدعوى في المدبرة المشتركة، فكان القياس أن لا يجوز دعوى أحدهما؛ لأن ولاء الولد ثابت لهما بالتدبير، فإذا ادّعى أحدهما أنه ابنه فقد زعم أنه حرّ الأصل، فيريد أن يسقط الولاء الثابت، والولاء لا يلحقه الفسخ.

وأما الاستحسان: فلأن الولاء والنسب يجوز أن يجتمعا، ألا ترى أن الرجل يشتري ابنه فيعتق عليه، ويكون ولاؤه له، ونسبه ثابت منه، وإذا جاز اجتماعهما لم يمنع الولاء الثابت من الدعوى، ويجب العقر؛ لأنه اعترف بوطء مدبرة غيره،

(١) في ل (يديه).

والوطء في ملك الغير إما أن يتعلق به مهر أو حد، وقد سقط الحد للاشتراك في الجارية، فثبت نصف^(١) العقر، ولا تصير أم ولد؛ لأن الاستيلاء يثبت في الجارية المشتركة لانتقال نصيب [الشريك]^(٢) إلى شريكه، [والمدبرة]^(٣) لا يصح نقل الملك فيها إلى أحد، ويجب نصف قيمة الولد؛ لأنه أتلفه على شريكه بدعواه، ومن أتلف ولد المدبرة ضمنه.

وليس هذا كالأمة المشتركة؛ لأن هناك يثبت الاستيلاء في الأم، وينتقل الملك [إليه] فيها بالعلوق، ولا قيمة للولد في ذلك الوقت.

وفي مسألتنا لا تنتقل الجارية فيحدث الولد على ملك الشريك، فإذا أتلفه بدعوته ضمن نصف قيمته، ويضمن قيمته مدبراً؛ لأنه أتلفه ناقصاً بالتدبير^(٤)، ثم قد صار نصف هذه الجارية أم ولد ونصفها مدبرة.

فإن مات مدعي النسب عتق نصيبه من جميع المال، كما تعتق أم الولد المنفردة، ولا يضمن المولى؛ لأن العتق وقع بموته من طريق الحكم، فكان لشريكه أن يستسعي؛ لأن الضمان إذا تعذر في عتق العبد المشترك، كان للشريك السعاية.

وأما إذا مات المولى الذي لم يدع عتق نصيبه من الثلث؛ لأنه مدبر، ويعتق نصيب الآخر بغير سعاية؛ لأن أم الولد إذا حصلت في يد نفسها بالحرية فلا سعاية عليها، فكذلك إذا حصل جزء منها.

(١) في ل (فغرم).

(٢) في أ (شريكه) والمثبت من ل.

(٣) في أ (وأم الولد) والمثبت من ل.

(٤) في ل (وهو ناقص كالتدبير).

قال: ولو لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولداً آخر، فادّعاه الآخر، فهو ابنه، وهو ضامن لصف العقر، فأيهما مات عتقت الأمة كلها؛ وذلك لأن نصيب الآخر على ملكه، فإذا ادّعى الولد كان حكمه فيه حكم الأول، فيثبت النسب منه، ويصير نصيبه منها أم ولد، وأم الولد المشتركة تعتق بموت أحد الشريكين بغير سعاية على ما بيّنّا: أنها إذا حصلت في يد نفسها بالحرية عتقت بغير شيء.

قال: وإذا كان عبد صغير بين اثنين فأعتق أحدهما ثم ادّعاه الآخر، فهو ابنه في قول أبي حنيفة، ونصف ولائه للآخر، وإن كان ولد عندهما أو لم يولد فهو سواء؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن العتق يتبعض، فإذا أعتق أحدهما فنصيب الآخر على ملكه، فدعوته فيه جائزة.

فأما على قولهما: فقد عتق كله بعتق شريكه، فإذا ادّعى الآخر فقد ادّعاه ولا ملك له فيه ولا يد، فلا يقبل قوله.

وأما إذا كان كبيراً فادّعاه الذي أعتقه رجع فيه إلى تصديقه؛ لأنه صار بالحرية في يد نفسه، فأما من لم يعتق فدعوته جائزة عند أبي حنيفة؛ لأن نصيبه على ملكه، فهو في يده، فدعوته فيه جائزة.



بَابُ دَعْوَى الْوَالِدِ بَعْدَ الْبَيْعِ

قال: إذا باع الرجل جارية من رجل وقبضها المشتري أو لم يقبضها، حتى ولدت ولدًا لأقلَّ من ستة أشهر منذ باعها، فادّعى البائع أن ولد الجارية ابنه، فهو مصدق على ذلك، ويثبت نسبُ الولد منه، وتكون الجارية أم ولد للبائع، ويبطل البيع فيها وفي ولدها، ويردُّ البائع الثمن على المشتري إن كان قبضه، وإن لم يكن قبضه بطل عن المشتري؛ وذلك لأن الدعوى على ضروب:

منها: دعوى الاستيلاء، وهي هذه وصفها: أن يكون ابتداء العلق في ملك المدعي، وحكمها أنها كالحر فيما يؤثر في إبطال حق الغير.

والأصل في جوازها: أن ابتداء العلق إذا كان عند البائع استندت دعوته إلى العلق، فصار ذلك شاهداً على دعواه، فكأنه ادّعى ثم باع.

وقد قالوا: إن دعوى الاستيلاء تؤثر في إبطال حق الغير؛ بدلالة أن الجارية المشتركة إذا علقت في ملك أحد الشريكين، فادّعى أحدهما ضمن نصف قيمتها لشريكه، ولم يضمن من قيمة الولد شيئاً.

وإن كان ابتداء العلق قبل ملكها، ضمن نصف قيمتها، وضمن نصف قيمة ولدها، فدل على أن دعوى الاستيلاء أثرت في إسقاط الشريك من نصف الولد، فكذلك تؤثر هاهنا في إسقاط حق المشتري وإسقاط ملكه.

وإذا صحّت الدعوى ثبت النسبُ والاستيلاء، فكأنه باع أم ولده، فيفسخ

البيع فيها، فيرد الثمن؛ لأن سلامة الثمن موقوفة على سلامة المبيع، ولم يسلم.

٢٧٤٥ - فصل: [أحوال جواز دعوى البائع]

قال: ولو كان الولد خرج من ملك المشتري [١/٣٩٦] على وجه من الوجوه، [ببيع] ^(١) أو غيره، فدعوى البائع فيه جائزة؛ وذلك لأن تأثير دعوى الاستيلاد في حق المالك الثاني كتأثيرها في حق المشتري الأول، فإذا استحق ملك الأول بالدعوى، كذلك ملك الثاني ^(٢).

٢٧٤٦ - فصل: [أحوال بطلان دعوى البائع]

ولو كان المشتري أعتق العبد، أو مات في يده، أو أنه قتل، فأخذ قيمته، ثم ادعاه البائع والمسألة بحالها، فدعوى البائع باطلة، والأم أمة المشتري على حالها؛ وذلك لأن المشتري إذا أعتق فقد أحدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ، فلا يجوز فسخ الملك فيه بالدعوى.

ولهذا قلنا: إن دعوى الاستيلاد كالحرية ^(٣) فيما يؤثر في إبطال حق الغير، ولم يجعلها صريح الحق كالبينة؛ لأنها لو كانت كذلك لبطل بها العتق، ولم يجعلها كالدعوى؛ لأنها لو كانت كذلك لم يستحق بها ملك المشتري، فلم يبق إلا أن يجعل واسطة بين الأمرين.

فإن كان الولد بحاله لم يحدث فيه ما يلحقه الفسخ، قبلت الدعوى، كما يقبل

(١) في أ (بيينة) والمثبت من ل.

(٢) في ل (فيثبت للثاني).

(٣) في ل (كالحق).



البيّنة ، وإن حدث ما لا يلحقه فسخ لم [تقبل] ^(١) الدعوة ، كما لا تنفذ الدعوى .

وأما إذا مات الولد أو قتل فقد تعذر إثبات النسب فيه ؛ لأن الحقوق لا تثبت للميت ابتداءً ، ولا عليه ، فلا تقبل الدعوى ، وتكون الأمة ^(٢) بحالها ؛ لأن الاستيلاء فرع لثبوت النسب ، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاء .

وكذلك لو كان المشتري أخرج أم الولد من ملكه إلى ملك غيره ، فأعتقه الذي هو في ملكه أو مات عنده ، لما قدّمنا أنه حدث فيه ما يمنع من فسخ الملك فيه .

وكذلك لو دبّر المشتري أو الذي انتقل [الملك] إليه ؛ لأن التدبير لا يلحقه [الفسخ] ، فهو كالعتق .

وأما إذا باعه المشتري أو رهنه أو آجره [أو كاتبه] ، أو جرى ذلك من مالك ، ملكه المشتري ، ثم ادّعاه البائع ، فإن ذلك كله ينقض ويثبت النسب من البائع ، ويكون الولد ابنه ، والجارية أم ولده ؛ لأن هذه المعاني يلحقها الفسخ ، فهي كالمملك الذي يلحقه الفسخ ، فكما يفسخ الملك بالدعوى ، فكذلك هذه العقود تفسخ .

٢٧٤٧ - فِصْلُ : [جواز ادّعاء البائع في الولدِ فقط]

قال : ولو كان المشتري أعتق الأم ولم يعتق الولد ، ثم ادّعاه البائع ، جازت الدعوى في الولد ، ولم تجز في الأم ، وفسخ البيع في الولد دون الأم ، وكان على

(١) في أ (تنفذ) والمثبت من ل .

(٢) في ل (الأم) .

البائع حصة الثمن للولد إذا قسم الثمن على قيمة الأم يوم وقع العقد، وعلى قيمة الولد يوم ولد.

وكذلك لو كان المشتري دبر الأم؛ وذلك لأن الولد باقٍ بحاله لم يحدث فيه ما لا يلحقه فسخ، فجازت الدعوى فيه.

وأما الأم، فقد حدث فيها ما لا يلحقه الفسخ، فلم تجز الدعوى فيه؛ ولأنها عتقت، فلو جازت الدعوى فيها لعادت أم ولد، ولا يجوز أن تُردَّ من أعلى الأمرين إلى أدون الحالتين بالدعوى.

وإنما لم يؤثر عتقها في دعوى الولد؛ لأن النسب يجوز أن ينفرد عن الاستيلاء كولد [المغرور]^(١)، فلم يكن تعذر الاستيلاء مانعاً لثبوت النسب؛ ولأن الاستيلاء فرع، وثبوت النسب أصل، وتعذر الفرع لا يُبطل حكم الأصل.

وليس كذلك إذا أعتق الولد؛ لأننا لو أثبتنا الاستيلاء لأفردناه عن النسب، والاستيلاء لا ينفرد عن النسب، ولأنه فرع فلا يثبت حكمه مع عدم الأصل، وإنما وجب على البائع ردّ حصة الولد [دون]^(٢) حصة الأم؛ لأنه استحق الولد على المشتري، وسلمت الأم له، وما سلم له لا يرجع عليه ببدله، وما استحق عليه رجع بحصته.

فإن قيل: الولد لم يقع عليه العقد، ولا التسليم الموجب له، فكيف يكون

له حصة؟

(١) في أ (المعروف) والمثبت من ل.

(٢) في أ (وحصة) والمثبت من ل.

قلنا: لمّا انفرد الولد بالحكم عن الأم، صار له حصة بانفراده، فكأنه كان موجوداً في يد البائع، وإنما قسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم ولد؛ لأن الأم ملكت بالعقد، فاعتبرت قيمتها يوم العقد، والولد صارت له قيمة بالولادة، فيعتبر^(١) حاله عند أول ما يمكن تقويمه.

٢٧٤٨ - فصل: [ادعاء الولد بعد موت الأم]

قال: ولو كانت الأم ماتت، ثم ادعى البائع الولد، فهو مصدق في الدعوى، ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرد حصة الولد.

أما ثبوت النسب، فلما بيّننا أن تعذر الاستيلاء لا يمنع من ثبوت نسبه.

وأما قيمة الأم فعلى قول أبي حنيفة: إن في زعم البائع أنها أم ولده، ولا قيمة لها، إذ أم الولد عنده لا تضمن باليد، وعلى قولهما لها قيمة، فلما قبضها المشتري وتلفت في يديه، وجب عليه ضمانها باليد، فيرجع بحصة الولد خاصة.

قال: ولو كان المشتري كاتب الأم، أو رهنها، أو زوّجها، ثم ادعى البائع [أنها أم ولده] جازت دعوته ونقض ذلك كله؛ لأنه مما يلحقه الفسخ، فيبطل بدعواه الاستيلاء كالملك.

قال: ولو قطعت يد الولد في يد المشتري، وأخذ أرشها، ثم ادعى البائع، فإن دعوته جائزة، ويثبت نسب الولد، ويرد إلى البائع و[ترد] الأم معه ولا يرد الأرش إلى البائع، ويكون للمشتري، ويرد البائع الثمن إلا حصة أرش اليد؛

(١) في ل (فاعتبرت قيمته في أول حاله أمكن تقويمه).

وذلك لأن العضو المنفصل لا يمكن إثبات النسب فيه منه ، فلم ينفذ فيه الدعوى ، وسقوطها في الطرف لا يمنع [من] ثبوتها في الأصل ، فيثبت النسب ، فكان الأرش للمشتري ، وسقط عن البائع حصّة ذلك ؛ لأنه قد سلم له من جملة المبيع .

قال : وإذا باع الرجل جارية وقبضها المشتري ، ثم ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر منذ وقع البيع ، فادّعه المشتري ثبت نسبه بالملك ، وإن كان العلوق في ملك البائع ؛ وذلك لأن دعوى المشتري دعوى ملك ، وصفة دعوى الملك أن يكون العلوق في [غير] ملكه ، وحكمها : أن يكون كالعق الموقع ، فكل موضع نفذ العتق نفذت الدعوى ، وكل موضع لم ينفذ العتق لم تنفذ الدعوى ، والمشتري مالك للعتق ، فصحت دعوته ، فإنما اعتبرنا دعوى الملك بالعتق ؛ لأنها تتضمن الحرية ، ولا تستند إلى أمر سابق ، فهي كإيقاع الحرية .

٢٧٤٩ - فصل : [دعوى البائع بالاستيلاء مع كون المشتري أباً]

قال : فإن ادّعه البائع بعد ذلك لم تقبل دعوته ، وكان المشتري ابن المشتري ؛ وذلك لأن النسب ثبت من المشتري ، وهو معنى لا يلحقه الفسخ ، وقد بيّننا أن دعوى الاستيلاء لا تقبل إذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ ، إلا بيينة أو ما في معناها .

قال : ولو ادعى البائع والمشتري معاً ، فهو ابن البائع ؛ إلا أن تسبق دعوى المشتري ؛ لأن دعوى البائع تستند إلى أمر سابق ، وهو العلوق ، ودعوى المشتري لا تستند ، فإذا تساويا في الوقوع كانت دعوى البائع أقدم في المعنى ، فكأنه أسبق بالدعوى ، فكان أولى .

قالوا: ولو ولدت الولد لأكثر من ستة أشهر، لم تجز دعوى البائع فيه أبداً [ب/٣٩٦] إلا أن يُصدّقه المشتري في دعواه، ودعوى المشتري فيه جائزة، سواء تقدمت على دعوى البائع أو تأخرت أو كانتا معاً، إلا أن يدعي المشتري بعدما صدق البائع، فحينئذ لا يصدق؛ وذلك لأن دعوى البائع هاهنا دعوى ملك؛ لأننا لا نعلم أن العلق كان في ملكه (لجواز حدوثه في ملك المشتري)^(١)، ودعوى المشتري دعوى استيلاء، فهي أولى.

ولأن دعوى البائع إذا كانت دعوى ملك، فهي كعتق موقع، وعتقه لا ينفذ (في هذه الحالة).

وإنما قلنا: [إن] دعوته تقبل إذا صدقه المشتري؛ لأن النسب يجوز أن يكون كما قال، وإنما لا يصدق لحق المشتري، فإذا صدقه فقد رضي بإسقاط حقه، فجاز.

فإن ادعى المشتري بعد تصديق البائع لم تجز^(٢) دعوته؛ لأن النسب ثبت من البائع، [وذلك يبطل]^(٣) ملك المشتري، فلا تقبل دعوته في إبطال نسب ثابت^(٤).



(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) في ل (تقبل).

(٣) في أ (وزال) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل ٩٧/٨ - ١٠١.

بَاب دَعْوَى التَّوَامِ

قال: وإذا حبلت الأمة عند الرجل، فباعها، فولدت عند المشتري ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر جميعاً أو أحدهما فهو سواء.

فإن ادّعى البائع أحدهما أو كليهما، فإن أبا حنيفة قال: دعوته جائزة، ويلزمه الولدان جميعاً؛ وذلك لأن نسب أحدهما شاهد على نسب الآخر، ألا ترى أنهما حمل واحد، فلا ينفرد نسب بعض الحمل عن بعض كالولد الواحد، وإذا كان ذلك ثبت نسبهما بدعوى أحدهما.

وأما قوله: إذا جاءت بهما لأقل من ستة أشهر، أو أحدهما، فصحيح؛ لأنهما حمل واحد، فإذا وضعت أحدهما لأقل من ستة أشهر علمنا أن العلوق كان في يد البائع، والثاني يتبعه.

وإن كان لأكثر من ستة أشهر، (والآخر لأقل)^(١) فكأنهما جميعاً لأقل من ستة أشهر.

[قال]: فإن كان المشتري أعتق أحدهما قبل دعوى البائع جازت الدعوى فيهما، ونقض إعتاق المشتري، وترد الأم والولدين إلى البائع؛ وذلك لأن نسب أحدهما شاهد على نسب الآخر، فصار كشهادة شاهدين بنسبه فيبطل بها العتق، وإذا ثبت النسب فيهما ثبت الاستيلاد في أمهما؛ لأن الدعوى تستند إلى العلوق،

(١) ساقطة من ل.

فكأنه ادّعى قبل البيع .

٢٧٥٠ . فُصِّل : [جواز عتق المشتري الأم]

قال: وإن كان المشتري أعتق الأم، جاز عتقه، ولم ترد إلى البائع رقيقاً بعد العتق، وكذلك لو كان دبرها؛ وذلك لأن النسب في الولد ينفرد عن الاستيلاء في الأم على ما قدمنا، فلم يكن ثبوت النسب شاهداً على الاستيلاء، فلم يجر فسخ العتق به؛ ولأن المشتري إذا أعتق أحد الولدين فسخنا عتقه ورددنا الولد إلى البائع، وجعلناه حر الأصل، ولم ننقله من أعلى الحاليتين إلى أدونهما، فلو فسخنا العتق في الأم وجعلناها أم ولد، رددناها من أعلى الحاليتين إلى أدناهما، وهذا لا يصح .

٢٧٥١ . فُصِّل : [بطلان عتق المشتري]

قال: ولو كان البائعُ باع أحد الولدين فأعتقه المشتري، ثم ادّعاها البائع جازت دعوته، وبطل إعتاق المشتري؛ لأن ثبوت نسب أحدهما شاهد على الآخر، كالبينة فيفسخ بها العتق كما تفسخ بالشهادة .

٢٧٥٢ . فُصِّل : [ادّعاء البائع الولد الذي في يده]

قال: وإن كان جنى على أحد الولدين جنابة، فأخذ المشتري أرشها، ثم ادّعى البائع الولد الذي في يده كانت دعوته فيهما جائزة، وكان أرش الجراحة للمشتري على ما بيّننا أن شهادة أحد الولدين كقيام البينة .

ولو أقام البينة على الدعوى قبل البيع استحق الأرش، كذلك هذا، ولو قتل أحدهما ثم ادّعاها البائع، ثبت نسبهما منه، وتكون قيمة المقتول لورثة المقتول، ويصدق المدعي على القيمة لما بيّننا أن النسب يثبت في الباقي منهما،

ويصير ذلك شاهداً على نسب الميت ، فيثبت كما يثبت بالبينة ، فكأنه قتل حراً ، فيكون أرشه لورثته .

وأما قوله: ويصدق البائع على القيمة ، فقد [اختلفت هذه العبارة في الأصول ، فقال في موضع يصدق على القيمة ،^(١) وقال في موضع: لا يصدق ، وليس هذا باختلاف ، وإنما أراد أن البائع يصدق على القيمة ، بمعنى أنها تكون للورثة ، وينتقل عن ملك المشتري ، والذي قال: لا يصدق ، وإنما أراد به أنه لا يصدق على نقل القيمة إلى الدية ؛ لأن ثبوت النسب أصله الدعوى ، ولا يجوز أن تصير الدعوى كالبينة من جميع الوجوه ، فلو أوجبنا الدية لسوينا بين الدعوى والبينة ؛ فلذلك لم يصدق البائع على نقل الضمان .

٢٧٥٣ - فصل: [ادعاء البائع الولدين جميعاً]

قال: وكذلك لو كان المشتري أعتق أحدهما ، ثم قتل وترك ميراثاً ، فأخذ ديته وميراثه بالولاء ، ثم ادعى البائع الولدين جميعاً ، فإنه يقضى بالحي وأمه للبائع ، وألحق نسبه ونسب المقتول به ، ويصدق على الدية وعلى الميراث الذي وجب للمشتري ؛ وذلك لأن دعوته لأحد الولدين جائزة ، ولا يجوز أن ينفك عن الآخر ، فثبت نسبهما ، واستند ذلك إلى ما قبل البيع ، فاستحق الميراث والدية .

٢٧٥٤ - فصل: ثبوت النسب بسبب سابق]

قال: ولو كان لم يقتل ولم يمت ، صدق عليه ، ورجع النسب إلى البائع ، ويبطل ولاء المشتري ؛ وذلك لأن النسب ثبت بسبب سابق ، ويصير شاهداً على نسب المعتق ، فيبطل العتق ، ويزول الولاء .

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل .

بَاب دَعْوَى الْحَمِيلِ



[قال بشر]: فسّر محمد في الأصل الحَمِيل: بالنسب في الرقيق المحمول من دار الحرب، والصحيح: أن الحميل: كل من أقرّ بنسبٍ يحمله على غيره، فأقراره غير مقبول، سواء كان ذلك في السّبي أو في غيره.

ومن أقرّ بنسب لا يحمله على غيره فأقراره مقبول، سواء كان من السبي أو من غيره، فلا معنى لتخصيص ذلك بأهل الحرب^(١).

وإنما ذكر ذلك؛ لأن الغالب أن أنسابهم تشبهه لتعذر إقامة البيّنة عليها^(٢)، وإلا ما يحكم فيهم وفي أهل دارنا سواء.

قال الشيخ: وجملة ذلك ما بيّنا فيما مضى، أن إقرار الرجل يجوز بالابن والأب والزوجة والمولى، ولا يجوز بغير ذلك، وإقرار المرأة يجوز بالأب والزوج والمولى، ولا يجوز بما سواهم، وإنما كان كذلك؛ لأن ما سوى هؤلاء [١/٣٩٧] من القربات لا يثبت نسبهم من المُقَرَّر إلا بعد ثبوته من غيره، وهو غير مصدّق على إثبات النسب من غيره.

ثم المُدَّعِي للنسب الذي يجوز إقراره به، إن كان المدعى عليه كبيراً وقعت الدعوى على تصديقه؛ لأن الحق لهما، فيثبت بتصادقهما، ولا يثبت بقول أحدهما.

(١) انظر: البدائع ٢٢٩/٧.

(٢) في ل (على الولادة).

وإن كان المدعى عليه صغيراً وهو في يدي المدعي ، يثبت نسبه كاللقيط ، ودعوى المدعي جائزة ؛ لأنه لا قول للصغير في نفسه ، ودعوى المدعي فيما في يده ممن لا قول له مقبولة ، كدعوى الأموال ، وإن كان في يد من لا يدعيه ؛ لأن يده تستحق بالدعوى ، فكان الصبي في يدي المدعي .

وأما إذا ادعى نسباً لا يجوز اعترافه به ، كالأخ والعم ، وصدقه المقر به ، فإن النسب لا يثبت بتصادقهما ، ولكنهما يتوارثان به إذا لم يكن للميت [فيهما] وارث معروف قريب ولا بعيد ؛ وذلك لأن النسب لا يجوز ثبوته بهذه الدعوى ، وإذا لم يثبت النسب لم يسقط به حق الوارث المعروف .

فإن لم يكن هناك وارث ، استحق المقر له الميراث ؛ لأنه أقر بثبوت حقه في ماله ، وهو يملك إيجاب الحق في ماله ، كما يملك الوصية به^(١) .



(١) انظر: الأصل ، ٦١/٨ ، ٦٢ .

بَابُ دَعْوَى الْعَبْدِ التَّاجِرِ



قال: أصل هذا الباب: أن العبد التاجر له في إكسابه شبهة ملك؛ لأن من القُضاة من يقول: إنه يملك ما في يده.

[وأقل أحوال] ^(١) هذا الخلاف: أن يوجب شبهة، وشبهة الملك كنفس الملك في إثبات النسب، فإذا ادّعى [ولد جاريته] ^(٢) ثبت نسبه [منه] كما يثبت النسب في شبهة النكاح ^(٣).

٢٧٥٥ - فَصْل: [ثبوت نسب العبد]

قال: ولو تزوّج حرّةً أو أمةً، فوطئها فجاءت بولد فادعاه، فدعواه في ذلك جائزة؛ لأن العبد إما أن يتزوج بإذن مولاه، فنكاحه صحيح، أو يتزوج بغير إذنه، فالنكاح فاسد؛ والنسب يثبت بهما جميعاً ^(٤).

قال: ولو ادّعى أن مولاه أحلّها له، وكذّبهُ المولى، ثبت نسبه منه؛ لما بيّننا أن النسب يثبت من غير تحليل بشبهة الملك، فالتحليل لا يحتاج إليه.

ولو ادّعى ولداً من أمة لمولاه، وليست من تجارته، فادّعى أن مولاه أحلّها

(١) في أ (أصل هذا) والمثبت من ل.

(٢) في أ (ولدا جارية) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل، ٦٣/٨.

(٤) في ل (في الوجهين).

له ، أو زوجه إياها ، فإن صدقه المولى ثبت النسب ، وإن لم يصدقه لم يثبت النسب .

فإن أُعْتَقَ فملكه ثبت النسب منه ؛ وذلك لأن العبد لا شبهة له في مال المولى الذي ليس من تجارته ، فدعوته فيه ودعوى الأجنبي سواء .

[قال]: ولو ادّعى الأجنبي أنه تزوّج بأمة رجل فولدت منه ، وقفت الدعوى على تصديق المولى ، وكذلك إذا ادّعى التحليل فلا بد من التصديق في التحليل [وفي الولادة ؛ لأن التحليل إباحة ، يسيره كالمتعة ، فيجوز أن يثبت بها النسب ، إلا أنها أضعف من المتعة] ؛ لأن التحليل ليس بعقد ، فاعتبر فيه التصديق في التحليل والولادة ، فإن كذبه المولى ثم أعتق فملك جازت دعوته ؛ لأنه ادّعى النسب من جهة يجوز ثبوت الأنساب منها ، وإنما لم يصدقه لحق المولى ، فإذا ملك بالعتق زال حق مولاه ، فنفذت الدعوى . [والله أعلم] .



بَابُ دَعْوَى الْمَكَاتِبِ



قال الشيخ أيده الله: أصل هذا الباب: أن المكاتب إذا ادعى ولد جاريتته ثبت نسبه؛ لأن له شبهة ملك فيها، ألا ترى أنه ملكها موقوف عليه وعلى مولاه، وشبهة الملك سبب لثبوت النسب، وإذا ثبت النسب لم يجز له بيع ولده؛ لأنه يتبعه في كتابته، ألا ترى أن ولد الحر من أمته في حكمه، كذلك ولد المكاتب من أمته في حكمه^(١).

ولا يبيع الجارية؛ لأنه يثبت لها حق أن تصير أم ولد تابعة لولدها، فلم يجز بيعها، كما لا يجوز بيع الولد.

والعبد المسلم والذمي في دعوى النسب سواء؛ لأن النسب يثبت من [الكافر، كما يثبت من المسلم]^(٢)، وليس يريد به أنهما سواء، بمعنى أنهما إذا ادعيا نسباً تساويا فيه؛ لأن الكافر والمسلم الحران إذا ادعيا نسباً فالمسلم أولى به، وكذلك العبدان والمكاتبان.

(تم كتاب الدعوى والحمد لله كاشف الضر والبلوى، والصلاة والسلام على محمد وآله)^(٣).



(١) انظر: الأصل، ٦٥/٨.

(٢) في أ (المسلم كثبوته من الذمي) والمثبت من ل.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل.

فهرس الموضوعات

- باب جنایة العبد ٥
- ٢٥٠٣ - فصل: سقوط ما لزم المولى بهلاك العبد ٦
- ٢٥٠٤ - فصل: جنایة العبد على جماعة ٧
- ٢٥٠٥ - فصل: موت العبد في يد الغاصب ٨
- ٢٥٠٦ - فصل: عبْدُ لرجل قَتَلَ عَبْدًا أو قطع يده ٩
- ٢٥٠٧ - فصل: كَسْبُ العبد في دفع المولى العبد ١٠
- ٢٥٠٨ - فصل: دفع العبد القاطع يد رجل لولي الجنایة ١٢
- ٢٥٠٩ - فصل: قتل العبد المدين رجلاً خطأً ١٤
- ٢٥١٠ - فصل: إقرار العبد المأذون له في التجارة بجنایة ١٥
- ٢٥١١ - فصل: اختلاف ولي الجنایة والمولى في قطع اليد قبل الجنایة أو بعدها ١٧
- وممَّا يلحق بهذا الباب ١٨
- ٢٥١٢ - فصل: قَتَلَ الأمةِ العبدَ القاتِلَ خطأً ١٨
- ٢٥١٣ - فصل: قول الذي في يده العبد الجاني: هذا عبد فلان أو دَعَهُ عندي ١٩
- ٢٥١٤ - فصل: عبد أقر به لرجل فأقرَّ عليه بجنایة ١٩
- ٢٥١٥ - فصل: العبد يقتل رجلاً له وليّان ٢٠
- ٢٥١٦ - فصل: تداخل الحقوق والقسمة بين أصحابها ٢٣
- ٢٥١٧ - فصل: قتل الأمة قتيلاً خطأً ثم ابنتها أيضاً ٢٤
- باب العبد يجني فيحدثُ المولى فيه ما يكون اختياراً أو لا يكون ٢٨
- ٢٥١٨ - فصل: أرش الجنایة فيما إذا جنى العبد فيما دون النفس ٢٩
- ٢٥١٩ - فصل: العبد الجاني إذا ضربه المولى فابيضت عينه ٣١

- ٣١٠..... فصل: العبد الجاني يضمه القاضي الدية بعد الضرب
- ٣٢٠..... فصل: فسخ القاضي لإجارة العبد الجاني
- ٣٤٠..... فصل: وطء السيد الجارية الجانية
- ٣٤٠..... فصل: كتابة المولى للعبد الجاني ثم عجزه
- ٣٥٠..... فصل: بيع السيد العبد الجاني ثم رُدّ عليه بعبء
- ٣٥٠..... فصل: بيع العبد الجاني والخيار للمشتري
- ٣٧٠..... فصل: المعتبر في الخبر العدد أو العدالة
- ٣٩٠..... باب جنابة المُدبِّرِ
- ٤٠٠..... فصل: الاستحقاق في قيمة الجاني
- ٤٠٠..... فصل: الاعتبار بقيمة المدبر
- ٤١٠..... فصل: موت المدبر بعد قتل القتل خطأ
- ٤٣٠..... فصل: جنابة أم الولد على المولى
- ٤٤٠..... باب جنابة المكاتبِ
- ٤٤٠..... فصل: جنابة المكاتب تتعلق برقبته
- ٤٦٠..... فصل: الجنایات المتعلقة التي تتضایق رقبة المكاتب عنها
- ٤٧٠..... فصل: جنابة المكاتب جنایات قبل الحكم عليه
- ٤٧٠..... فصل: عجز المكاتب بعد حكم الحاكم
- ٤٨٠..... فصل: إقرار المكاتب بجنابة لم يحكم بها الحاكم
- ٤٩٠..... قال الشيخ: ومما يلحق بهذا الباب
- ٥٢٠..... باب جنابة المدبرِ والمكاتبِ وأم الولدِ على المولى وجنابة المولى عليهم
- ٥٤٠..... فصل: جنابة المولى على رقيق المكاتب
- ٥٤٠..... وَمِمَّا يُلْحَقُ بِهَذَا الْبَابِ
- ٥٥٠..... فصل: قتل العبد مولاه عمداً وعضواً أحد الابنين له

- باب ضمان الراكب ٥٧
- ٢٥٣٨ - فصل: ضمان صاحب الدابة في الطريق ٥٩
- ٢٥٣٩ - فصل: ضمان جنابة الدواب في المواقف المأذون بها ٦٠
- ٢٥٤٠ - فصل: ضمان ما يصيب في الطريق العام المشترك ٦٠
- ٢٥٤١ - فصل: الضمان في الوقوف في الفلاة ٦١
- ٢٥٤٢ - فصل: الضمان في المواضع التي أذن الامام فيها بالوقوف ٦١
- ٢٥٤٣ - فصل: إصابه الدابة بعد انفلاتها ونفورها ٦٢
- باب ما يحدثه الرجل في الطريق مما يضمن به ٦٤
- ٢٥٤٤ - فصل: ما تتحمله العاقلة من الجنائيات وما لا تتحمله ٦٤
- ٢٥٤٥ - فصل: حرمان الميراث في القتل بسبب ٦٥
- ٢٥٤٦ - فصل: الضمان إذا وقع القتل بسبب وقوع شيء هو لابسه ٦٦
- ٢٥٤٧ - فصل: الموت بسبب وقوع شيء حامل له ٦٦
- ومِمَّا يُلْحَقُ بِهَذَا الباب ٦٧
- ٢٥٤٨ - فصل: في عطب إنسانٍ ببناء المسجد ٦٧
- ٢٥٤٩ - فصل: الضمان لعطب في المسجد ٦٩
- ٢٥٥٠ - فصل: فيمن حفر بئراً في السوق ويقع فيها إنسان ٦٩
- باب في الناحس ٧١
- ٢٥٥١ - فصل: ضرب الدابة بأمر الراكب ٧٢
- ٢٥٥٢ - فصل: الكفارة في القتل بسبب ٧٣
- ٢٥٥٣ - فصل: الضمان في حال النخس وهي واقفه ٧٣
- ٢٥٥٤ - فصل: نخس الرجل الدابة وعليها راكب ٧٤
- ٢٥٥٥ - فصل: وقوع النخس بغير إذن القائد والسائق ٧٥
- باب جنابة القطار ٧٦

- ٢٥٥٦ - فصل: الاشتراك في الضمان ٧٦
- ٢٥٥٧ - فصل: الضمان على من كان من الركبان خلف البعير ٧٧
- ٢٥٥٨ - فصل: الضمان على من كان من الركبان أمام البعير الواطئ ٧٧
- ٢٥٥٩ - فصل: ربط البعير بالقطار والقائد لا يعلم ٧٨
- ٢٥٦٠ - فصل: ٧٨
- ٢٥٦١ - فصل: ربط البعير بالقطار والقائد يعلم ٧٩
- باب الرجل يجنى عليه جنایاتٌ مختلفةٌ بعضُها مضمونٌ وبعضها غيرُ مضمونٍ ٨٠
- ٢٥٦٢ - فصل: اشتراك السَّبُع مع الإنسان في الجراحة ٨٠
- ٢٥٦٣ - فصل: اشتراك رجلين في الجراحة ٨١
- ٢٥٦٤ - فصل: الدية في الجنایات مختلفة الأحكام ٨١
- ٢٥٦٥ - فصل: اشتراك غير المأمور مع المأمورين بالضرب ٨٣
- ٢٥٦٦ - فصل: الدية في اختلاف الجراحات ٨٥
- ٢٥٦٧ - فصل: عفو المجروح عن أكثر الجراحات ٨٥
- ٢٥٦٨ - فصل: عفو المجروح عن أقل الجراحات ٨٥
- باب الرجل يأمرُ غيرهُ بالجنایةِ عليه ٨٦
- ٢٥٦٩ - فصل: القصاص في الأمر بقتل الوارث ٨٨
- ٢٥٧٠ - فصل: القصاص فيما إذا أمر بقطع يد ابنه ٨٩
- باب الجنایةِ بحفرِ البئر ٩١
- ٢٥٧١ - فصل: أرش الجنایة بسبب الحفر ٩٢
- ٢٥٧٢ - فصل: أرش الجنایة إذا كان الحافر مُدَبَّرًا ٩٣
- ٢٥٧٣ - فصل: أرش الجنایة إذا كان الحافر عبداً ٩٤
- ٢٥٧٤ - فصل: تعلق الحقوق برقبة العبد الحافر ٩٤
- ومما يلحق بهذا الباب: ٩٥

- ٢٥٧٥ - فصل: الضمان بحال الاشتراك في حفر البئر ٩٥
- ٢٥٧٦ - فصل: الاشتراك في سبب الوقوع ٩٦
- ٢٥٧٧ - فصل: الحافر سدَّ رأس البئر فجاء آخر فنقض ذلك ٩٧
- ٢٥٧٨ - فصل: وقوع إنسان في بئر بفناء الدار ٩٨
- ٢٥٧٩ - فصل: موت أحد العاملين أثناء الحفر ٩٩
- ٢٥٨٠ - فصل: موت الجميع بتعلق بعضهم ببعض في بئر ١٠٠
- ٢٥٨١ - فصل: وقوع إنسان في بئر حفره العبد بأمر سيده ١٠٣
- ٢٥٨٢ - فصل: في موت أجراء مختلفين أثناء حفر البئر ١٠٣
- ١٠٥ باب الحائطِ يميلُ على الطريقِ
- ٢٥٨٣ - فصل: ضمان صاحب الحائط إذا لم يهدم بعد الإشهاد عليه ١٠٥
- ٢٥٨٤ - فصل: موت إنسان بسقوط حائط أثناء بحث صاحبه من يهدمه ١٠٦
- ٢٥٨٥ - فصل: فيما تتحملة العاقلة من الجناية وما لا تتحملة ١٠٧
- ٢٥٨٦ - فصل: الضمان بالجناية في غير بني آدم ١٠٧
- ٢٥٨٧ - فصل: الإشهاد حق لجميع أهل الدار بالإزالة ١٠٧
- ٢٥٨٨ - فصل: الإشهاد إذا كان الميلان إلى دار رجل ١٠٧
- ٢٥٨٩ - فصل: تعلق الضمان بالتفريط في النقض ١٠٨
- ٢٥٩٠ - فصل: إباء أو تأجيل صاحب الدار في الهدم ١٠٨
- ٢٥٩١ - فصل: الضمان في حال سقوط الحائط إلى الطريق ١٠٩
- ٢٥٩٢ - فصل: إبراء صاحب الدار للمحدث حدثا في داره ١٠٩
- ٢٥٩٣ - فصل: بيع الدار وسقوط الحائط المائل في يد المشتري ١١٠
- ٢٥٩٤ - فصل: الضمان فيما إذا أشهد ممن لا يجوز له نقضه ١١٠
- ٢٥٩٥ - فصل: الإشهاد في هدم حائط الصغير ١١١
- ٢٥٩٦ - فصل: الضمان في نقص الحائط على أحد الشركاء دون سائر شركائه ١١١

- ٢٥٩٧ - فصل: العقل في حال إنكار العاقلة بملكية الدار لصاحبها ١١١
- ٤٦ - باب القسامة ١١٣
- ٢٥٩٨ - فصل: اختيار الخمسين الذين يحلفون من العاقلة ١٢٠
- ٢٥٩٩ - فصل: القسامة على أهل الخطة ١٢١
- ٢٦٠٠ - فصل: القسامة في أهل الذمة ١٢٣
- ٢٦٠١ - فصل: دية القتيل يوجد في السجن ١٢٣
- ٢٦٠٢ - فصل: القتيل يوجد في السوق ١٢٤
- ٢٦٠٣ - فصل: دية القتيل يوجد في مسجد الجامع ١٢٥
- ٢٦٠٤ - فصل: القتيل وجد في سفينة ١٢٥
- ٢٦٠٥ - فصل: القتيل وجد في نهر جار صغير ١٢٦
- ٢٦٠٦ - فصل: الرجل يُجرح في القبيلة فيُحْمَل إلى أهله فيموت ١٢٦
- ٢٦٠٧ - فصل: القتيل وجد في درب من دروب الأرض ١٢٧
- ٢٦٠٨ - فصل: القتيل وجد في دار مفرغة مغلقة في يد رجل ١٢٧
- ٢٦٠٩ - فصل: أخذ الدية من الديوان ١٢٩
- ٢٦١٠ - فصل: الامتناع عن الأيمان في القسامة ١٢٩
- ٢٦١١ - فصل: الاستحلاف في القسامة من أهل النصر ١٣٠
- ٢٦١٢ - فصل: وجود القتيل في السوق العام أو المسجد ١٣٠
- ٢٦١٣ - فصل: الدية المؤجلة ١٣٠
- ٢٦١٤ - فصل: وجود القتيل في سوق خاص ١٣١
- ٢٦١٥ - فصل: وجود القتيل في مثل الفرات أو دجلة ونحوهما ١٣٢
- ٢٦١٦ - فصل: القسامة فيمن وجد في الفرات محتبساً ١٣٣
- ٢٦١٧ - فصل: وجود القتيل في فلاة من الأرض ١٣٣
- ٢٦١٨ - فصل: وجود القتيل في سفينة ١٣٤

- ٢٦١٩ - فصل: وجود القتيل على دابة ولها قائد ١٣٤
- ٢٦٢٠ - فصل: وجود القتيل في أرض رجل غريب عن القرية ١٣٧
- ٢٦٢١ - فصل: وجود قتيل في دار ١٣٧
- ٢٦٢٢ - فصل: وجود القتيل في دار نفسه ١٣٩
- ٢٦٢٣ - فصل: المكاتب وجد قتيلاً في دار نفسه ١٤٠
- ٢٦٢٤ - فصل: ١٤٠
- ٢٦٢٥ - فصل: وُجد المولى قتيلاً في دار مكاتبه ١٤١
- ٢٦٢٦ - فصل: وُجد المكاتب قتيلاً في دار مولاه ١٤١
- ٢٦٢٧ - فصل: وجود القتيل في دار عبد مأذون له في التجارة ١٤١
- ٢٦٢٨ - فصل: وجود المأذون في دار مولاه قتيلاً ١٤٢
- ٢٦٢٩ - فصل: وُجد ابن الرجل أو أخيه قتيلاً في داره ١٤٣
- ٢٦٣٠ - فصل: عبد الرهن يوجد قتيلاً في دار الرهن ١٤٤
- ومما يلحق بهذا الباب ١٤٤
- ٢٦٣١ - فصل: في دية قتيل وجد بين دارٍ لرجلين ١٤٤
- ٢٦٣٢ - فصل: دية قتيل في دارٍ مباحة ١٤٦
- ٢٦٣٣ - فصل: ادعاء مولى القتيل على رجل بعينه من أهل المحلة ١٤٧
- ٢٦٣٤ - فصل: ادعاء الولي القتل على رجل من غيرهم ١٤٨
- ٢٦٣٥ - فصل: ادعاء الأولياء القتل على واحد من أهل المحلة ١٤٩
- ومما لم يُلحقه أبو الحسن من المسائل المشهورة ١٤٩
- ٢٦٣٦ - فصل: قطع المرأة يد رجل عمداً ثم تزوجها على تلك الجراحة ١٤٩
- ٢٦٣٧ - فصل: قطع عضوٍ عمداً ثم قتله ١٥١
- ٢٦٣٨ - فصل: حصول الموت بسرابة القطع ١٥٢
- ٢٦٣٩ - فصل: استيفاء القود ١٥٣

- ٢٦٤٠ - فصل: الضمان في القتل بالسمّ ١٥٤
- ٢٦٤١ - فصل: دية اصطدام الفارسين ١٥٤
- ٢٦٤٢ - فصل: موت رجلين بانقطاع حبل وسقوط كلٍ منهما على ظهره ١٥٥
- ٢٦٤٣ - فصل: موت الصبي بجذبه من يد أبيه ١٥٦
- ٢٦٤٤ - فصل: الضمان في خرق ثوب بجذبه صاحبه ١٥٦
- ٢٦٤٥ - فصل: سقوط أسنان الذي عض ذراع آخر ١٥٧
- ٢٦٤٦ - فصل: الضمان في شقّ ثوب بسبب الجلوس عليه ١٥٧
- ٢٦٤٧ - فصل: اشتراك جانبيين في قطع يد رجل ١٥٨
- ٢٦٤٨ - فصل: فيما لا قصاص فيه على القاتلين ١٥٨
- ٢٦٤٩ - فصل: الضمان بالسبب ١٦٠
- ٢٦٥٠ - فصل: الخيار في جناية العبد ١٦١
- ٢٦٥١ - فصل: المزاحمة في الاستحقاق بالجناية ١٦٣
- ٢٦٥٢ - فصل: تداخل الضمان بسبب واحدٍ ١٦٤
- ٢٦٥٣ - فصل: فيما لا قصاص فيه على الولي ولا على الشهود ١٦٦
- ٢٦٥٤ - فصل: فيما لا قصاص فيه على أحد الجانبيين ١٦٧
- ٦٥ - كتابُ الحدودِ ١٦٩
- وكلّ واحدٍ من هذه الحدود قد أفردته في الكتاب ، وبدأ بحدّ الزنا: ١٦٩
- ٢٦٥٥ - فصل: الجمع بين الجلد والرجم ١٧١
- ٢٦٥٦ - فصل: حدُّ البكر ١٧٢
- باب صفة المُحصَن ١٧٤
- باب صفة الزنا ١٧٩
- باب الرجل يطأ امرأة لا تحلّ له ويقول: ظننتها تحلّ لي أو يقول: ظننتها امرأتي أو
أمتي ، ما يصدّق فيه ، وما لا يصدّق ١٨٧

- ١٩٤ باب الإقرارِ بالزنا
- ٢٠٢ قال وممَّا يُلحقُ بهذا الباب
- ٢٠٢ ٢٦٥٧ - فصل: إقرار العبد بالزنا
- ٢٠٤ باب كيف يقامُ الحدُّ؟
- ٢١٥ باب الإقرارِ بالزنا والمزني به منكراً
- ٢١٦ ٢٦٥٨ - فصل: الحدُّ في حالة إنكار الزنا بها
- ٢١٧ ٢٦٥٩ - فصل: اعتراف الرجل بالزنا ولكن المرأة قالت مستكرهة
- ٢١٨ ٢٦٦٠ - فصل: إقرار المرأة المسلمة بالزنا بحربي مسلم
- ٢١٩ ٢٦٦١ - فصل: إقرار الرجل بالزنا بخرساء أو العكس
- ٢٢١ باب الشهادةِ على الزنا
- ٢٢٢ ٢٦٦٢ - فصل: مجيء الشهود متفرقين يشهدون على الزنا
- ٢٢٥ ٢٦٦٣ - فصل: في توقيت التقادم
- ٢٢٥ ٢٦٦٤ - فصل: الشهادة على زنا متقادم
- ٢٢٦ ٢٦٦٥ - فصل: معرفة الشهود بتفاصيل موجبات الحدِّ
- ٢٢٨ ٢٦٦٦ - فصل: ثبوت الإحصان بالشهادة
- ٢٢٩ ٢٦٦٧ - فصل: تعمد الشهود النظر إلى الوقاع
- ٢٣٠ باب رجوع الشهود وما في معناه
- ٢٣٣ ٢٦٦٨ - فصل: رجوع الشاهد الخامس بعد مضي الحد
- ٢٣٤ ٢٦٦٩ - فصل: الحد فيما إذا لم يُعرف عدالة الشهود
- ٢٣٦ ٢٦٧٠ - فصل: كون أحد الشهود زوجاً
- ٢٣٧ ٢٦٧١ - مسألة: اختلاف الشهود بين الإكراه والطوع بالتساوي
- ٢٣٨ ٢٦٧٢ - فصل: شهادة الرابع بالإكراه مخالفاً للثلاثة
- ٢٣٩ ٢٦٧٣ - فصل: شهادة الرابع بالطوع مخالفاً للثلاثة

- ٢٣٩ ٢٦٧٤ - مسألة: اختلاف الشهود في المكان والزمان
- ٢٤٠ ٢٦٧٥ - مسألة: الحد فيما شهد الشاهدان بزاوية في البيت والآخرا بآخرى
- ٢٤١ ٢٦٧٦ - مسألة: ظهور خلاف التزكية في الشهود بعد إقامة الحد
- ٢٤٤ باب الحدّ تدخله الشبهة بعد وجوبه
- ٢٤٦ ٢٦٧٧ - فصل: الملك في الأمة يسقط الحد أو لا يسقط؟
- ٢٤٨ باب حدّ القذف
- ٢٥١ ٢٦٧٨ - فصل: الوكالة في استيفاء الحدود
- ٢٥١ ٢٦٧٩ - فصل: الوكالة في الخصومة وإقامة البينة في القذف
- ٢٥٢ ٢٦٨٠ - فصل: إسقاط الحد بعد ثبوته عند الإمام
- ٢٥٣ ٢٦٨١ - فصل: سؤال المدعى عليه عن القذف
- ٢٥٥ ٢٦٨٢ - فصل: الاستحلاف في إثبات القذف
- ٢٥٦ ٢٦٨٣ - فصل: في الشهادة على القاذف
- ٢٥٦ ٢٦٨٤ - فصل: حبس المدعي وكفالاته
- ٢٥٨ ٢٦٨٥ - فصل: الكفالة بعد ثبوت الحد وقبله
- ٢٦٦ باب من له المطالبة بالحدّ
- ٢٦٧ ٢٦٨٦ - فصل: فيمن يأخذ بالحدّ للميت
- ٢٦٨ ٢٦٨٧ - فصل: مطالبة الأبعد من الولدان بحد الميت
- ٢٦٩ ٢٦٨٨ - فصل: مطالبة العبد والذمي بحد الميت المقذوف
- ٢٧٠ ٢٦٨٩ - فصل: مطالبة الولد بحد القذف إذا كان القاذف أباه أو جدّه
- ٢٧٠ ٢٦٩٠ - فصل: الحد في قذف الرجل جماعةً بكلمة واحدة
- ٢٧٣ باب ما يكون الوطاء شبهةً في إسقاط الحدّ عن القاذف وما لا يكون
- ٢٧٣ ٢٦٩١ - فصل: فيما لا يحدّ القاذف
- ٢٨٠ باب الرجل ينفي الرجل عن أبيه

- ٢٨٥ باب متشابه القذف
- ٢٨٨ ٢٦٩٢ - فصل: الحد فيما إذا اختلف الشاهدان في موقع القذف
- ٢٩٦ باب آخر مما لا يكون قذفاً
- ٢٩٦ ٢٦٩٣ - فصل: اعتبار القذف بحال المقدوف
- ٣٠٠ ٦٦ - باب في التعزير
- ٣٠٤ باب الحدود إذا اجتمعت ما يقام منها وما يبطل
- ٣٠٦ باب يرى الرجل أو يسمعه أو يعلم به قبل أن يُستقضى هل يحكم به أم لا ؟
- ٣١١ ٦٧ - كتاب السرقة وقطع الطريق
- ٣١٦ باب القدر الذي يقطع فيه السارق
- ٣٢٠ ٢٦٩٤ - فصل: صفة ما يقطع في السرقة من الدراهم
- ٣٢١ ٢٦٩٥ - فصل: اعتبار كمال القيمة من وقت الأخذ إلى حال القطع
- ٣٢٣ باب معرفة الحرز
- ٣٢٩ باب كيف يصح الأخذ من الحرز
- ٣٤٣ باب ما يكون في حكم سرقة واحدة، أو سرقات
- ٣٤٧ باب السارق يحدث في السرقة قبل إخراجها ما يوجب الضمان عليه
- ٣٥٠ باب السارق يحدث في السرقة حدثاً بعد إخراجها من الحرز
- ٣٥٧ باب ما يجب في سرقته القطع، وما لا يجب
- ٣٥٨ ٢٦٩٦ - فصل: فيما لا قطع فيها من الأشياء
- ٣٧١ باب من لا يقطع السارق فيه
- ٣٨١ باب السارق يسرق مالا من غير مالكة
- ٣٨٦ باب السارق يرد السرقة على صاحبها أو يملكها قبل القطع
- ٣٨٩ باب السارق يسرق السرقة فيقطع فيه، ثم يعود فيسرقه
- ٣٩١ باب الرجل يسرق سرقات مختلفة فيرفع في بعضها

- ٣٩٤ باب القومُ يشتركون في السرقة
- ٣٩٩ باب الرجلُ يسرقُ شيئين أحدهما لا قطع فيه
- ٤٠٥ باب المسائل المتفرقة
- ٤١٢ باب قُطَاع الطريق
- ٤٢٩ باب من له أن يقيم الحدودَ
- ٤٣٣ ٦٨ - كِتَابُ الهَبَةِ
- ٤٣٥ ٢٦٩٧ - فصل: رجوع الواهب في الهبة
- ٤٣٨ ٢٦٩٨ - فصل: تملك الصدقة
- ٤٣٨ ٢٦٩٩ - فصل: هبة وصدقة المشاع
- ٤٤٠ باب قبض الهبة
- ٤٤١ ٢٧٠٠ - فصل: قبض الموهوب له الهبة مع عدم إذن الواهب
- ٤٥١ باب العوض من الهبة
- ٤٦١ باب الرجوع في الهبة
- ٤٦٨ باب الهبة على شرط
- ٤٧٠ باب العُمري
- ٤٧٢ باب الرُّقبي والحبيس
- ٤٧٥ باب المِنحة
- ٤٧٩ باب السُّكنى
- ٤٨١ باب في الصدقة
- ٤٨٤ باب هبة الأجنبي للصغير ومن يجوز قبضه عليه
- ٤٩١ ٦٩ - كِتَابُ الوديعة
- ٥٠٨ وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْكِتَابِ الْمَشهُورَةِ:
- ٥٠٨ ٢٧٠١ - مَسْأَلَةٌ: ضمان الصبي المحجور إذا أتلّف الوديعة

- ٧٠ - كتابُ العارية ٥١١
- ٧١ - كتاب الدعوى والبيّنات ٥٢٣
- ٢٧٠٢ - فصل: الأحكام المستنبطة من الخبر ٥٢٧
- ٢٧٠٣ - فصل: اليمين تقوم مقام البيّنة ٥٢٨
- ٢٧٠٤ - فصل: مَرَاتِبُ الشَّهَادَةِ فِي الدَّعَاوِي ٥٣٠
- ٢٧٠٥ - فصل: العدد في شهادة النساء ٥٣١
- ٢٧٠٦ - فصل: اعتبار العدالة في الشهود ٥٣٢
- ٢٧٠٧ - فصل: شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ٥٣٤
- ٢٧٠٨ - فصل: اعتبار الدار في شهادة الكفار بعضهم على بعض ٥٣٥
- ٢٧٠٩ - فصل: الأصل في المسلم العدالة ٥٣٦
- ٢٧١٠ - فصل: المسألة في شهادة الحدود ٥٣٨
- ٢٧١١ - فصل: إظهار تزكية الشهود ٥٣٨
- باب اختلاف الدعوى والشهادة عليها ٥٤٠
- ٢٧١٢ - فصل: الاختلاف في توقيت البيّنة ٥٤١
- ٢٧١٣ - فصل: رجحان البيّنة بالتاريخ ٥٤٣
- ٢٧١٤ - فصل: بيّنة الخارج في حال التوقيت ٥٤٣
- ٢٧١٥ - فصل: تقديم الملك المطلق على المؤقت ٥٤٤
- ٢٧١٦ - فصل: بيّنة الإطلاق وبيّنة التوقيت ٥٤٤
- باب الشيء يكون في يد رجل فيدعيه خارجان ٥٤٦
- ٢٧١٧ - فصل: تساوي الوقتين في البيّنتين ٥٤٧
- ٢٧١٨ - فصل: بيّنة أحدهما على وقت ٥٤٨
- باب اختلاف البيّنات في دعوى المواريث ٥٤٩
- ٢٧١٩ - فصل: توقيت أحدهما قبل الآخر ٥٤٩

- ٢٧٢٠ - فصل: الخارج في تساوي الوقتين ٥٥٠
- ٢٧٢١ - فصل: إقامة البينتين على الاستحقاق ٥٥٠
- ٢٧٢٢ - فصل: توقيت البينتين وقتين متساويين ٥٥١
- ٢٧٢٣ - فصل: توقيت إحدى البينتين قبل الآخر ٥٥١
- باب شهادة الشهود باليد ٥٥٣
- ٢٧٢٤ - فصل: إقامة المدعي البينة بأن الدار كانت في يده أمس ٥٥٤
- ٢٧٢٥ - فصل: إقامة الخارج البينة بكون الدار في يده أمس ٥٥٥
- ٢٧٢٦ - فصل: دعوى المتنازعين بأن الدار لهما ٥٥٥
- باب الدعوى في الشراء ٥٥٨
- ٢٧٢٧ - فصل: الحق في توقيت البينتين ٥٦٠
- ٢٧٢٨ - فصل: الحق في توقيت إحداهما دون الأخرى ٥٦٠
- ٢٧٢٩ - فصل: الدار في يد أحدهما وليس لأحدهما تاريخ ٥٦٠
- ٢٧٣٠ - فصل: الشهادة بالبيع مع التوقيت ٥٦١
- ٢٧٣١ - فصل: إقامة كل من المدعين البينة بالشراء من الآخر ٥٦١
- ٢٧٣٢ - فصل: الاستحقاق يوجب الرجوع بالثمن ٥٦٢
- ٢٧٣٣ - فصل: تقدم أحد الوقتين قبل الآخر ٥٦٢
- ٢٧٣٤ - فصل: كون الدار في يد أحدهما ويقضى للآخر ٥٦٣
- باب آخر: في الرجلين يدعي أحدهما بيعاً والآخر هبةً أو صدقةً أو ميراثاً والمدعى عليهم متفرقون ٥٦٤
- باب إذا اختلف الدعوى والمدعى الملك من قبله واحد ٥٦٥
- ٢٧٣٥ - فصل: إقامة المدعين بينتين مختلفتين ٥٦٥
- ٢٧٣٦ - فصل: إقامة امرأة البينة على الزواج والآخر على الهبة ٥٦٦
- ٢٧٣٧ - فصل: إقامة امرأة البينة على الزواج ورجل على الشراء ٥٦٦

- ٢٧٣٨ - فصل : اجتماع الشراء والرهن ٥٦٧
- ٢٧٣٩ - فصل : اجتماع الرهن والصدقة ٥٦٨
- باب دَعْوَى من في يده على خارج ودَعْوَى الخارج على من في يده ٥٦٩
- باب الدعوى إذا خالفت الشهادة ٥٧٣
- باب الرجلين يتداعيان الشيء بالأيدي ٥٧٨
- باب دعوى النتاج ٥٨٩
- ٢٧٤٠ - نوع آخر ثوب في يد رجل وادّعى الخارج أنه له بالبينة ٥٩٣
- ٢٧٤١ - نوع آخر مما يُستحق بالفعل ولا يُستحق بالملك ٥٩٤
- ٢٧٤٢ - نوع آخر قطن نابت في أرض رجل وادعاء الآخر أن الأرض له ٥٩٥
- ٢٧٤٣ - نوع آخر دَعْوَى رجل بأمة في يد رجلٍ آخر ٥٩٥
- ومما يلحق بهذا الباب من مسائل الأصل ٥٩٩
- ٢٧٤٤ - إقامة كل من المُدَّعِيَيْن بأن الجُبْنَ من صنعه ٥٩٩
- باب الرجلين يدعي أحدهما الدار أكثر مما يدعي الآخر ٦٠٢
- باب الدعوى في الحائط ٦٠٦
- باب السُّفْلِ والعُلُو وما في معناه ٦١٦
- باب الدَّعْوَى في الطريقِ والمَسِيل ٦٢١
- باب دَعْوَى النسب ٦٢٧
- باب دعوى اللقيط ٦٣٢
- باب اختلاف الدعوى في اللقيط ٦٤٤
- باب الإقرار بولد الزنا ٦٤٩
- باب البينة على دعوى الولد ٦٥٤
- باب الاستحلاف على الدعوى ٦٥٩
- باب دَعْوَى الولد بعد العتق ٦٦١

٦٦٤	باب دعوى الولد بعد البيع
٦٦٥	٢٧٤٥ - فصل: أحوال جواز دعوى البائع
٦٦٥	٢٧٤٦ - فصل: أحوال بطلان دعوى البائع
٦٦٦	٢٧٤٧ - فصل: جواز ادعاء البائع في الولد فقط
٦٦٨	٢٧٤٨ - فصل: ادعاء الولد بعد موت الأم
٦٦٩	٢٧٤٩ - فصل: دعوى البائع بالاستيلاء مع كون المشتري أباً
٦٧١	باب دعوى التوأم
٦٧٢	٢٧٥٠ - فصل: جواز عتق المشتري الأم
٦٧٢	٢٧٥١ - فصل: بطلان عتق المشتري
٦٧٢	٢٧٥٢ - فصل: ادعاء البائع الولد الذي في يده
٦٧٣	٢٧٥٣ - فصل: ادعاء البائع الولدين جميعاً
٦٧٣	٢٧٥٤ - فصل: ثبوت النسب بسبب سابق
٦٧٤	باب دعوى الحميل
٦٧٦	باب دعوى العبد التاجر
٦٧٦	٢٧٥٥ - فصل: ثبوت نسب العبد
٦٧٨	باب دعوى المكاتب
٦٧٩	فهرس الموضوعات



أبْنُ فَارِيسَ
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

✦ أهداف المشروع:

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي ، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق ، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد .

(٢) إيجاد الحلق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية ؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة ، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي ، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية .

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع ، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه ، ولو كان ناقصاً ؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها .

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية ، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية) ؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية . والثاني: مصادر مرجعية .

✦ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

✉ s.faar16@gmail.com

📧 @sfaar16

مكتبة
لنشر نفييس الكُتبِ والرّسائلِ العَلَمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

مختصر الكرخي

تأليفُ

أبي الحسين القُدُوريِّ
أحمد بن محمد البغداديِّ الحنفيِّ
(٥٤٢٨ هـ)

تحقيقُ

د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الثامن

مختصر الكافي

حُقوقُ الطَّبَعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبَعَةُ الثَّانِيَّةُ

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

السَّفار

لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ

دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيْعِ

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثني - مجمع البديري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦

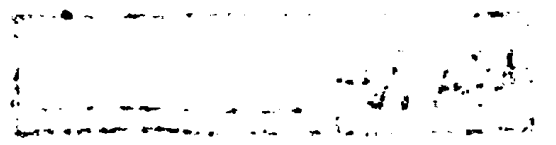
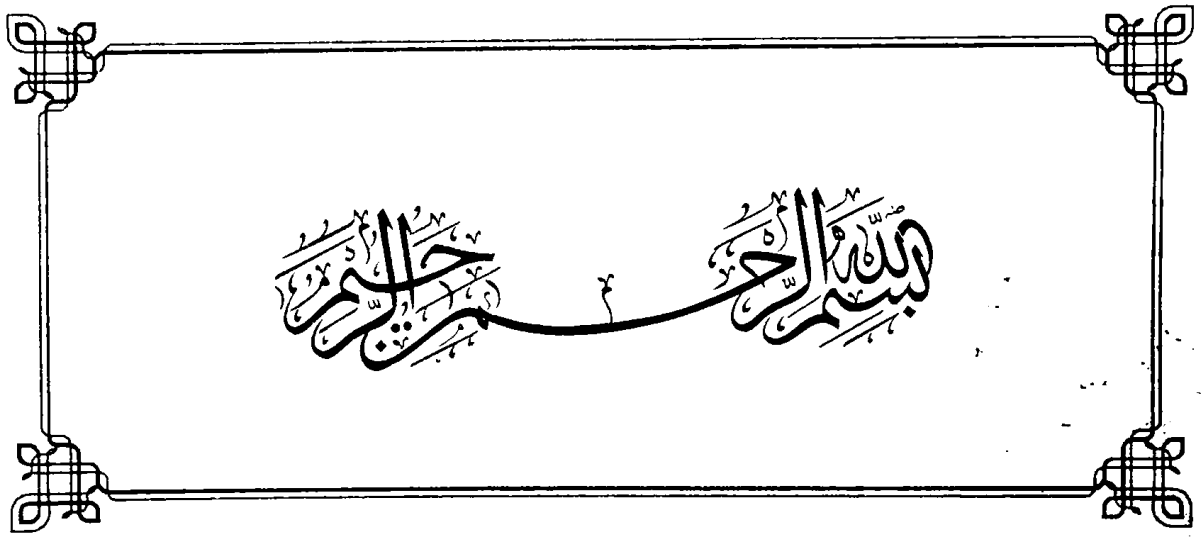
فرع المصاحف: ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٥٥٧٧٦٥١٣٨ ٠٠٩٦٦

الخط الساخن: جوال: ٥٥٥٩٠٥٤٤٠٩٦٥

 z.zahby74@yahoo.com    Imamzahby



[٧٢] كتاب الوصايا^(١)

قال أبو الحسن: الوصية [محثوث]^(٢) عليها، مرَّغبٌ فيها، غير مفروضة، ولا موجبة.

والأصل في جواز الوصية قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

وقال سعد للنبي ﷺ: أوصني بثلث مالي؟ فقال: «الثلث، والثلث كثير»^(٣)، فأجاز الوصية بذلك.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم»^(٤)، وهذا يدل على جواز الوصية.

وأما وجوبها: فإنها ليست واجبة [عندنا]، ومن الناس من قال بوجوبها، ومنهم من قال: إنها تجب للوالدين والأقربين إذا لم يكونوا من أهل الميراث.

(١) أراد بالوصايا: ما يعم الوصية والإيضاء، يقال: أوصى إلى فلان، أي: جعله وصياً، والاسم منه الوصاية: [هي مقصورة على إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته في تصرف من التصرفات، أو في تدبير شؤون أولاده الصغار، ورعايتهم، ويُسمى ذلك الشخص المقام وصياً]. وأوصى لفلان، بمعنى: ملكه بطريق الوصي.

ثم الوصية: اسم بمعنى المصدر، ثم سُمِّيَ به الموصى به، وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. اللباب (مع الجوهرة) ٣٦٧/٢؛ معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٣٥٠.

(٢) في أ (مجبور).

(٣) أخرجه البخاري (١٢٣٣) ومواضع أخرى؛ ومسلم (١٦٢٨).

(٤) أخرجه البيهقي في الصغرى ٥٥/٦؛ وعبد الرزاق في المصنف ٥٥/٩؛ وابن عبد البر في الاستذكار، وقال «روي من وجوه فيها لين» ٢٧٤/٧.

والدليل على أنها ليست بواجبة: أنها إثبات حق في ماله بعقد، كالهبة والعارية؛ ولأن ما لا يجب عليه في حال حياته لا يجب عليه بعد موته كالمبيع.

وأما قوله ﷺ: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه»^(١)، فلا دلالة فيه على الوجوب؛ لأنه خبر، والخبر لا يقتضي وجوب المخبر عنه؛ ولأن هذا خبر واحد، ووجوب الوصية مما به يعم البلوى، فلا يثبت بأخبار الآحاد^(٢).

وأما قوله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فمنسوخة، واختلفوا في نسخها، فقال أبو بكر الرازي: نسخت بقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ [النساء: ١١]؛ وذلك لأن الله تعالى جعل المال للوارث بعد وصية منكرة، ولو كانت الوصية للوالدين واجبة لذكر وصية معرفة، فلما نكرها وجعل الباقي بعدها للورثة، دل ذلك على نسخ الوصية للوالدين^(٣).

ومن [٣٩٧/ب] أصحابنا من قال: إنها نسخت بقوله ﷺ: «لا وصية لوارث»^(٤)، وهذا خبر تلقته الأمة بالقبول، وعملوا بموجبه، فهو في خبر ما

(١) أخرجه النسائي في (الكبرى) بلفظ (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به من ماله أن يوصي به من ماله)؛ وابن ماجه (٢٦٦٩)؛ وأحمد في المسند، ١٠/٢؛ رواه الطبراني في الأوسط، ١٢٣/١؛ قال الهيثمي: «وفيه جماعة لم أعرفهم»، وأورده بطريق آخر وقال: «رواه أبو يعلى في الكبير، وفيه عبد الله العمري، وفيه ضعف، وقد وثق، وبقيّة رجاله رجال الصحيح»، مجمع الزوائد، ٢٠٩/٤.

(٢) انظر: تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي ٣٠٥/١.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٦٠.

(٤) أخرجه الترمذي (٢١٢٠)؛ وابن ماجه (٢٧١٤)؛ والمقدسي في المختارة، ١٤٩/٦؛ والبيهقي في الكبرى، ٨٥/٦؛ وغيرهم من أصحاب السنن والمسانيد؛ ويوب له البخاري (باب لا وصية لوارث) وروى حديث ابن عباس قوله: (كان المال للولد...) (٢٥٩٦).

يوجب العلم ؛ ولأن القرآن يجوز عندنا أن ينسخ بالسنة .

قال: والوصية في ثلث المال بعد الدين ، والمواريث بعدهما ، والدليل على اختصاص الوصية بالثلث إذا كان هناك وارث: ما روي في حديث سعد ، أنه قال للنبي ﷺ: أفأوصي بثلثي مالي؟ قال: «لا» ، قال: أفأوصي بنصف مالي؟ قال: «لا» ، قال أفأوصي بثلث مالي؟ قال: «الثلث ، والثلث كثير ، إنك أن تدع ورثتك أغنياء ، خير من أن تدعهم عالة يتكفون»^(١) الناس»^(٢) .

وقال ﷺ: «إن الله جعل لكم ثلث أموالكم في آخر»^(٣) أعماركم زيادة في أعمالكم» ، وهذا يدل على اختصاص الوصية بالثلث .

وأما تقديم الدين عليها ، فلما روي عن علي ﷺ أنه قال: (إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين ، وإنما هي بعده) وكذلك قال ابن عباس .

ومعناه: أن في الآية تقديمًا وتأخيرًا ، فدل على أن الدين مقدم على الوصايا ، [ولأن الدين واجب ، والوصية ليست بواجبة ، بل هي تبرع ، والواجب مقدم على التبرع] ، ثم هما جميعاً مقدمان على الميراث ؛ لأن الله تعالى أثبت الميراث بعدهما بقوله: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١١]^(٤) .

٢٧٥٦ - فصل: [تقديم أحد الشريكين على الآخر في الوصية]

قال: والوصايا في ثلث المال ، لا يستحق الموصى له شيئاً إلا إذا أخذ

(١) «يتكفون»: يسألونهم بالأكف بأن يسطوها للسؤال .

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٩١) وموضع أخرى .

(٣) في ل (عند انقطاع) .

(٤) انظر: الأصل ، ٤٢٤/٥ وما بعدها .

الورثة [مثلثه] ^(١) ، ويكون [قبضهما] ^(٢) معاً لا يقدم أحدهما على الآخر ؛ وذلك لأن الموصى له شريك الوارث ، وحق أحد الشريكين لا يقدم على الآخر ^(٣) .

٢٧٥٧ . فَصْل : [الوصية بأكثر من الثلث]

قال : وإن أوصى بأكثر من ثلث ماله ، فأجاز ذلك الورثة ، جاز بإجازتهم ، وإن أتى على المال ؛ وذلك لأن الوصية لما زادت على الثلث وصية بحق الوارث فتقف على إجازته ، وقد دل على ذلك قوله ﷺ : « لا وصية لوارث إلا أن تُجيزها الورثة » ^(٤) ، فأبطل الوصية للوارث ، وأجازها بإجازتهم ، فإن أجازوا ذلك في حياة الموصي فلا ^(٥) اعتبار بإجازتهم ، ولا يردهم حتى يجيزوا بعد موته ، أو يردوا ذلك ؛ لأن الورثة [إنما] يملكون المال بالموت ، وإجازة العقد الموقوف لا تجوز قبل الملك ، ولأنهم أسقطوا حقهم بالإجازة قبل ثبوت الحق ، وإسقاط الحقوق قبل وجوبها لا يصح ^(٦) .

٢٧٥٨ . فَصْل : [قبول الموصى له بالوصية]

قال : وقبول الموصى له بالوصية إنما يكون بعد الموت ، فإن قبل [قبل] الموت أو ردّها فلا معتبر لذلك .

(١) في أ (بثلثه) والمثبت من ل .

(٢) في أ (قبضه) والمثبت من ل .

(٣) انظر : التجريد للقدوري ، ٤٠٠٥/٨ (دار السلام) .

(٤) أخرجه الأربعة إلا النسائي من حديث أبي أمامة وإسناده قوي ، وأخرجه أحمد وصححه الترمذي « كما قال ابن حجر في الدراية ٢٩٠/٢ .

(٥) في ل (فلا اعتبار) .

(٦) انظر : التجريد ، ٣٩٩٩/٨ .

والكلام في هذا الموضع يقدم عليه: أن [المَلِكَ في] الوصية يقف على قبول الموصى له عندنا، وقال زفر: لا تفتقر إلى القبول.

لنا: أنه تمليك بعقد [موقوف] ^(١) على القبول، كالتمليك بالهبة والبيع؛ ولأن الوصية لو دخلت في ملك الموصى له بغير قبوله، كان الموصى قد ألزمه الملك بغير اختياره، والإنسان لا يملك نقل شيء إلى ملك غيره بغير اختياره، إلا أن يكون له عليه ولاية، ولا ولاية للموصى على الموصى له؛ ولأن ذلك لو جاز لأوصى له بما يستضر به من ملكه، وهذا لا يصح.

وجه قول زفر: أنه مَلِكٌ ينتقل بالموت، فلا يفتقر إلى القبول كالميراث، وإذا ثبت أن القبول معتبر، فإن وجد بعد الموت ثبتت ^(٢) به الوصية، وإن وجد قبل الموت لم يتعلق به حكم؛ وذلك لأن الوصية تمليك متعلق بالموت، وكان إيجابها بعد الموت، فلا يصح القبول قبل الإيجاب.

والذي يدل على ذلك: أنه لو أوصى بثلث ماله أو بثلث غنمه، استحق الموصى له ما يوجد في ملك ^(٣) الموصى عند الموت، ولا معتبر لما كان عند الوصية، فدل على أن العقد منعقد عند الموت، فالقبول قبل الانعقاد لا يتعلق به حكم.

وإذا ثبت أن الوصية لا تملك إلا بالقبول؛ قلنا: إذا مات الموصى زال ملكه عن الثلث الموصى به، ولم يدخل في ملك الموصى له، ولا ملك الورثة؛ وذلك

(١) في أ (فوقف) والمثبت من ل.

(٢) في ل (تمت الوصية به).

(٣) في ل (مال).

لأن الموت ينافي الإملاك ، فلا بد من زوال ملك الميت ، ولا يجوز أن يملك الموصى له ؛ لأن ملكه موقوف على قبوله ، ولا يجوز أن يملك الورثة ؛ لأن حق الموصى له متعلق به ، وتعلق الحق بالمال يمنع من تملكه بالإرث كالدين ، فلم يبق إلا أن يكون الشيء قد خرج من ملك الميت ، ولم يملكه أحد ، ويصير كالمبيع المشروط فيه الخيار للمشتري على قول أبي حنيفة .

فإن مات الموصى له ولم يقبل ، فالقياس أن تبطل الوصية ؛ [وذلك لأن تمامها موقوف على القبول ، وإنما استحسنا فقالوا: يملكها ورثة الموصى له] وذلك لأن الوصية تمت من جهة الموصي بما لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما وقفت على [إجازة]^(١) الموصى له ، فإذا مات [دخلت]^(٢) في ملكه كالمبيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة ، دخل في ملكه .

وأما الوصية بما زاد على الثلث فقد بيّنّا أنها موقوفة على الإجازة ، فإذا مات الموصي دخل ما زاد على الثلث في ملك الورثة دخولاً مراعىً ، فإن أجازوا خرج من ملكهم وعاد إلى حكم ملك الميت ، فاستحقه الموصى له من ملكه ، وإن ردّوا استقر ملكهم فيه ؛ وذلك لأن الموت يوجب زوال ملك الميت وانتقال التركة إلى الوارث ، إلا أن يكون هناك حق متعلق بها^(٣) .

(١) في أ (حق) والمثبت من ل .

(٢) في أ (جعلت) والمثبت من ل .

(٣) انظر: الأصل ٥١٦/٥ وما بعدها .

وأكد ابن عطية في تفسيره بقوله: «والدين مقدم على الوصية بإجماع»، ثم قال: «إنه قدم الوصية إذ هي أقل لزومًا من الدين؛ اهتمامًا بها، وندبًا إليها، وأيضًا قدمها من جهة أنها مضمّنها الوصية التي هي كاللازم يكون لكل ميت؛ إذ قد حضّ الشرع عليها، وأخر الدين لشذوذه، وأنه قد يكون وقد لا يكون، فبدأ بذكر الذي لا بدّ منه...». تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٤٠٨ .



٢٧٥٩ - فصل: [لزوم الوصية بما زاد على الثلث]

والوصية بما زاد على الثلث ليس بمعنى لازم، ولا يمنع من انتقال الملك، [وصار ذلك كالبيع]^(١) المشروط فيه خيار للمشتري على قول أبي يوسف ومحمد: أن الشيء يدخل في ملك المشتري دخولاً مراعى، فإن فسخ البيع عاد إلى ملك البائع، وإن أجاز استقر ملكه [فيه]^(٢).



(١) في أ (ووزان ذلك البيع) والمثبت من ل.

(٢) انظر: التجريد، ٨/٣٩٩٩، ٤٠٠٦.

بَاب معرفة الوصية ما هي؟



قال أبو الحسن: الوصية ما أوجبها الموصي في ماله متطوعاً بها من غير أن يستحق ذلك عليه، وسواء أوجبها بموته أو بمرضه الذي مات فيه، وهذا صحيح؛ لأن الوصية اسم لعقد أفرد به، وقد قدمنا أن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، والتبرع في حال الحياة هبةٌ وصدقة وعارية، وإن تبرع بذلك بعد موته [أ/٣٩٨] سُمي وصيةً.

وإنما اختصت الوصية لما كان تبرعاً؛ لأن الأمور الواجبة لا يقف استحقاقها على قول الميت، وإنما يستحق بقوله ما لم يكن واجباً؛ فلذلك قلنا: إن الوصية تختص بالتبرع الموجب بعد الموت.

فأما قول أبي الحسن: إن الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه، فهذا يجوز؛ لأن ما تبرع به في مرضه من العتق والهبة والمحابة حكمه حكم الوصايا في اعتبار الثلث فيه.

فأما أن تكون وصية، فلا؛ لأنه منجز قبل موته كما ينجزه في صحته، ولكنه بينها، والوصايا في اعتبار الثلث فيه.

قال: ما أوجبه بعد الموت من الثلث وإن أوجبه في صحته؛ لأنه علَّقه بالموت، وتلك الحالة حق الورثة متعلق بالمال، فلا معتبر بحال العقد، وإنما

المعتبر بحال الإضافة^(١).

فأما ما بعده من التبرع؛ فالمعتبر فيه حال العقد، فإن كان صحيحاً جاز من جميع المال، وإن كان مريضاً جاز من الثلث؛ لأنه لم يصفه إلى حالة مستقبلية، فاعتبر حال إيجابه، فإن كان صحيحاً فلا حق لأحد في ماله، فيجوز من جميع المال، وإن كان مريضاً فحق الورثة متعلق بماله، فلا يجوز إلا من الثلث.

وكل [مريض]^(٢) صَحَّ منه فهو كحال الصَّحَّة [فيما]^(٣) أوجبه فيه من جميع المال؛ لأن الحكم يتعلق بثبوت حق الغير في مال الموصي، فإذا برئ من مرضه قلنا: إنه أوجب، ولا حق لأحد في ماله [في حال الصحة]، فالصحة والمرض سواء.

قال: والوصية للوارث باطلة، إلا أن تجيزها الورثة؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»، وروي أنه ﷺ قال: «لا وصية لوارث إلا أن تجيزه الورثة»^(٤)، ولأن الله تعالى جعل لكل وارث نصيباً معلوماً، فلو جوّزنا وصية الموصي لبعضهم، زاد ذلك على ما فرض له، وغير سهام الموارث، وذلك لا يصح.

وأما القاتل عمداً أو خطأً فلا وصية له عندنا، وقال مالك: الوصية [له] جائزة.

(١) انظر: تبيين الحقائق، ٣/٣٢٦.

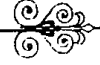
(٢) في أ (مَن) والمثبت من ل.

(٣) في أ (ما) والمثبت من ل.

(٤) الحديث روي بلفظ: (... إلا أن يشاء الورثة) كما في الكبرى للبيهقي، ٦/٢٦٣؛ والدارقطني

٤/٩٧؛ والطبراني في مسند الشاميين ٣/٣٢٦؛ انظر للتفصيل: التلخيص الحبير ٣/٩٢؛ نصب

الراية ٤/٤٠٤.



لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس لقاتل شيء»^(١)، ولأن الوصية تملك يتعلق بالممات^(٢) كالميراث، ولأن الموصي مُتَّهَم في حقه؛ لأنه يعوضه بالوصية عما حرم من الإرث.

وأما^(٣) إن اتَّهَم فيه الموصي لم ينفذ وصيته به، وليس [هذا]^(٤) كالوصية لو ارثه الكافر؛ لأن المسلم لا يتهم أنه قصد أن يورث الكافر أو يعوضه عن ميراثه.

وقد اختلف أبو يوسف ومحمد في الوصية للقاتل إذا أجازها الورثة، فقال أبو حنيفة ومحمد: تجوز بإجازة الورثة، وقال أبو يوسف: لا تجوز.

لهما: أن المنع من هذه الوصية حق للورثة، بدلالة أنها تضر بهم ويتوفر حقهم بإبطالها، فصارت كالوصية للوارث، فتجوز بالإجازة.

وجه قول أبي يوسف: أن المانع من الوصية له [لحق]^(٥) الله تعالى، كما يمنع الميراث، فكما لا يستحق الميراث بالإجازة فكذلك الوصية.

٢٧٦٠ - فَصْل: [إيجاب المريض في ابتداء مرضه على نفسه]

قال: وأما ابتداء المريض إيجابه على نفسه في مرضه من ماله أو ذمته فهو

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٥٥٧)؛ والبيهقي في الكبرى ٢٢٠/٦؛ والدارقطني ٩٥/٤؛ وأحمد في المسند ٤٩/١؛ والحديث روي موصولاً ومنقطعاً، وفي بعض طرقه ضعف. انظر نصب الراية ٣٢٨/٤.

(٢) في ل (الموت).

(٣) في ل (وما يتهم).

(٤) في أ (هنا) والمثبت من ل.

(٥) في أ (قول) والمثبت من ل.

كالوصية ، وهذا كالضمان والكفالة ، ترد^(١) ذلك ؛ لأنه ابتداء إيجاب [الضمان] ما لم يجب عليه ، فاتّهم فيه ، كما يتهم في الهبات .

قال : وكل حج لزمه فريضة أو غير فريضة ، أو زكاة مال ، أو كفارة ، أو قرينة لله تعالى لزمه ذلك في صحته أو مرضه ، فإن ذلك كله يبطل عنه ، ولا يلزمه منه شيء من ثلثه ولا في غيره ، إلا أن يوصي به ، فيجوز من ثلثه لا يتجاوزه إلا أن يجيزه الوارث ؛ وذلك لأنه قد ثبت من أصلنا أن الواجبات تسقط بالموت كالحج والزكاة ، فإذا أوصى بها فإنما يأمر بإخراج شيء لا يجب إلا بأمره ، وهو كالوصايا بالتبرع ، فيكون من الثلث ، إلا أن [يجيزها]^(٢) الورثة .

٢٧٦١ - فُصِّلَ : [تملك المجاز له بإجازة الوارث]

قال : وما نجوّز بإجازة الوارث ، فإنما يملكه المجاز له من قبل المورث لو وصيته له ، وليس الملك منتقلاً إليه من ملك الميت ؛ وذلك لأن الميت عقد على ملك نفسه وللغير فيه حق ، فإذا أجاز ذلك صاحب الحق ، كانت تملكاً من قبل العاقد ، كالراهن إذا باع الرهن فأجاز بيعه المرتهن .

ولا يجوز أن يقال : إن الوارث لو أجاز الوصية في مرضه كانت من ثلثه ، فلولا أن التملك من جهته لم يعتبر فيه ثلثه ؛ لأن الوارث بالإجازة يسقط حقه عن المال ، ولا فرق بين التملك المبتدأ [أو بين]^(٣) إسقاط الحقوق عن المال في أن ذلك تبرع منه ، فلذلك [جاز]^(٤) من ثلثه .

(١) في ل (وذلك لأن) .

(٢) في أ (غيره) والمثبت من ل .

(٣) في أ (في) والمثبت من ل .

(٤) في أ (كان) والمثبت من ل .

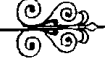
٢٧٦٢ - فِصْل: [إجازة بعض الورثة ورد بعضهم]

قال: فإن أجاز بعض الورثة ما كان موقوفاً على الإجازة فرد بعضهم، فإن ذلك يجوز عن المجيز منهم بقدر حقه في نصيبه خاصة، وبطل ما في أنصاء [الرّادّين]^(١)؛ وذلك لأنهم لو أجازوا جميعاً جاز العقد، ولو ردوا جميعاً بطل، فإذا أجاز بعضهم ورد بعضهم اعتبر حق كل واحد منهم على الانفراد^(٢).



(١) في أ (الوارثين) والمثبت من ل.

(٢) انظر: التجريد، ٤٠٢١/٨.



بَاب متى تستحق الوصية؟



قال أبو الحسن: وإذا أوصى الرجل، فقال: قد أوصيت لفلان بثلث مالي، أو بربعه، أو ذكر قدرًا من ماله مشاعًا أو معلومًا، فإنما يعلم قدر ما يستحقه الموصى له من المال يوم يموت الموصي، ولا ينظر في ماله يوم تكلم بالوصية، فإن كان أوصى بثلث ماله وهو يوم أوصى بثلته ألف، ويوم مات ثلاثمائة، فله مائة.

وكذلك ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم مات وقد كسب مالاً، فله ثلث المال يوم يموت الموصي، ولو كان له مال يوم أوصى، ومات وليس له مال بطلت وصيته؛ وذلك لأننا قدّمنا أن الوصية عقد مضاف إلى الموت، والمضاف إلى الشروط كالموجب عندها، فكأنه قال عند الموت: لفلان ثلث مالي يستحق [ثلث ما] ^(١) يملكه في ذلك الحال، ولا يعتبر ما قبلها.

٢٧٦٣ - فُصِّل: [الوصية بشاة من غنمه]

قال ابن سماعه عن أبي يوسف في نوادره: إذا أوصى رجل [فقال] ^٢ لفلان شاة من غنمي، أو نخلة من نخيلي، أو جارية من جواربي، ولم يقل من غنمي هذه، [ولا من نخلتي هذه] ^(٣)، ولا من جواربي هؤلاء، [فعلى] هذا فإن

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من نسخة ل، وفي الأصل طمس غير مقروء.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من نسخة ل، وفي الأصل طمس غير مقروء.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من نسخة ل، وفي الأصل طمس غير مقروء.

الوصية هذه تقع يوم يموت الموصي ، ولا تقع يوم يختصمون^(١).

ولو ماتت غنمه تلك ، أو [٣٩٨/ب] باعها ، فاشترى مكانها [أخرى] ، أو ماتت جواريه فاشترى غيرهنّ ، أو باع نخله فاشترى غيرهن ، فإن للموصي له نخلة من نخله يوم يموت ، وليس للورثة أن يعطوه [غير]^(٢) ذلك ؛ لما بيّنّا أن الوصية عقد مضاف إلى الموت ، فكأنه قال : في تلك الحال لفلان شاة من غنمي ، فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله .

٢٧٦٤ - فُصِّلَ : [لحاق الأولاد بالأمهات في الوصية]

قال : فإن ولدت الغنم قبل أن يموت الموصي ، أو ولدت^(٣) الجوّاري قبل موت الموصي ، فلحقت الأولاد بالأمهات ، ثم مات الموصي ، فإن للورثة أن يعطوه إن شاءوا من الأمهات ، وإن شاءوا من الأولاد ؛ لأن الجميع يتناوله الاسم عند الموت ، والمستفاد بالولادة كالمستفاد [بالشراء]^(٤).

قال : فإن اختار الورثة أن يُعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد يولد^(٥) به يوم يموت الموصي ، فإن ولدها يتبعها ، وكذلك صوفها ولبنها ؛ وذلك لأن الوصية تعلقت بشاة غير معينة ، والتعيين إلى الورثة ، فإذا عيّنوا ، فكأن الوصية وقعت ابتداءً بها على عين ، فما حدث من نمائها بعد الموت فهو للموصي له .

(١) في ل (يوم أوصى) .

(٢) في أ (عن) والمثبت من ل .

(٣) في ل (ورث) .

(٤) طمس في الأصل ، والمثبت من ل .

(٥) في ل (قد ولدته بعد موت الموصي) .

٢٧٦٥ - فَصْل: [استحقاق الوصية]

قال: وأما التي ولدت قبل موت الموصي ، والصوف واللبن ، فليس له في ذلك شيء ؛ وذلك لأن الوصية لم تستحق قبل الموت ، فما حدث قبل الاستحقاق فهو على ملك الورثة .

وإنما يعني بالصوف واللبن: ما انفصل منها قبل الموت ، فأما ما كان متصلاً بها فهو للموصي له ، كأنه حدث قبل الموت ؛ لأنه لا ينفرد عنها بالتمليك .

٢٧٦٦ - فَصْل: الضمان في إتلاف ما استحقه الموصي له

قال: ولو استهلك الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت ، فعليهم ضمانه ؛ لأن الموصي له استحق ذلك استحقاق الأصل ، وإتلاف ما استحقه الموصي له يتعلق به الضمان .

٢٧٦٧ - فَصْل: تلف العين الموصى بها في الوصية

قال: ولو قال: قد أوصيت له بشاة من غنمي هذه ، أو بجارية من جواربي هؤلاء ، أو قال: أوصيت له بإحدى جارياتي هاتين ، فهذا على هذه الغنم (بأعيانها ، وعلى النخل بعينه ، وعلى الجواري بأعيانهن^(١)) ، فإن تويت [الغنم ، أو باعها] بطلت وصيته ؛ وذلك لأنه أوصى بعين من الأعيان ، فلا تتعلق الوصية بغيرها ، كما لو قال له: أوصيت له بهذه الجارية ، لم يجر أن تتعلق الوصية بغيره .

[قال]: فإن ولدت الغنم والجواري في حياة الموصي ، ثم إن الورثة أرادوا أن يعطوه من الأولاد لم يكن لهم ذلك ؛ لأن الوصية مختصة بواحدة من الجواري ،

(١) في ل (وهؤلاء الجواري) .

فما حدث من الأولاد [بعد] كما استفيد بالشراء ، فلا تتعلق الوصية به .

فإن دفع إليه الورثة جارية من الجوارى لم يستحق ما ولدت قبل الموت ؛ لأن الوصية لم تكن وجبت فيها ؛ لما بيّننا أن الوصية ينتقل الملك فيها بالموت ، فما حدث قبل الموت على ملك الميت ، وما ولدت^(١) بعد الموت فهو للموصى [له] ؛ لأنه ملكها بالموت ، فحدث الولد على ملكه .

٢٧٦٨ . فُصِّلَ : [متى تتعين الوصية ؟]

قال : فإن ماتت الأمهات كلها إلا واحدة ، [تعيّن] ^(٢) الوصية فيها ؛ لأنه لم يبق من يجوز أن تتعلق به الوصية غيرها ، فتعيّن فيها .

فإن ماتت الأمهات كلها ، واحترق النخل ، وقد بقي لها أولاد ، وللنخل ثمر ، كان عليهم أن يدفعوا إليه ولد جاريته وثمر نخلته ؛ وذلك لأن الوصية كانت متعلقة بها ، فالولد بعد الموت حدث على حق الموصى له ، فإذا هلكت الأم بقي الحق في الولد على حاله^(٣) .



(١) في ل (حدث) .

(٢) في أ (بقيت) والمثبت من ل .

(٣) انظر : الأصل ٤٥١/٥ وما بعدها .

بَابُ

ما يشترك فيه أهل الوصايا وما يبدأ بعضهم على بعض



قال أبو الحسن: وما ذكرت من هذه الوصايا ، فما كان منها لمن تجاوز قدره الثلث ، فإن كل واحد من أصحابها يضرب بقدر وصيته الثلث ، فيكون الثلث بينهم على قدر ذلك ؛ لا يبدأ بعضهم على بعض .

إلا أن [يكون] عتقاً موقعاً في المرض أو موقعاً بموت الموصي ، أو محاباة في بيع وقع في المرض ، فإنه يبدأ بذلك قبل كل وصية ، ثم يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك فيما بقي من الثلث ، فيكون بينهم على قدر وصاياهم ؛ وذلك لأن الوصايا إذا تساوت ، فكل واحد منهم يستحق بسبب مثل سبب الآخر ، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق .

وأما العتق الموقع والمعلق بالموت كالتدبير الصحيح والعتق ، فإنه يقدم ؛ لأن القسمة لا تلحقه من جهة الموصي ، وكذلك المحاباة يستحقه بعقد معاوضة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي ، والوصايا يلحقها الفسخ من جهته ، وكذلك المحاباة يستحقه بعد معاوضة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي ، فحلت محل العتق^(١) .

وهذا الذي ذكره أبو الحسن إنما أفرد في الوصايا: إذا كانت لآدميين معينين ، فأما الوصايا بالحق لله تعالى فتقدم بعضها على بعض ، وإن لم يكن عتقاً على ما سنبين فيما بعد .

(١) انظر: الأصل ، ٤٦٣/٥ وما بعدها .



قال: فإن ضاق الثلث عن العتق والمحاباة^(١)، فإن أبا حنيفة قال: إن كانت المحاباة قبل العتق أو معاً، بدئ بالمحاباة قبل العتق، إلا أن يقدم العتق، ورواه معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يبدأ بالعتق قبل المحاباة [تقدم أو تأخر.

لأبي حنيفة: أن العتق والمحاباة^(٢) كل واحد منهما قد يساوي الآخر؛ لأنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، وللمحاباة مزية، وهو أنها يتعلق استحقاتها بعقد معاوضة، فإذا تقدم العتق فقد ساوى المحاباة في الثبوت، وحصل له مزية التقدم؛ لأن الإنسان يقدم الأهم عنده، وللمحاباة مزية، وهي تعلق استحقاتها بعقد معاوضة، فكانا سواء.

فإذا تقدمت المحاباة ولها مزية التقديم، وتعلقها بعقد معاوضة، حصلت لها مزيّتان، وللعق مزية واحدة، وقد تعذر الفسخ، وقد ساوت المحاباة في هذه المزية، أن الفسخ لا يلحقها من جهة الموصي؛ فلذلك تقدمت المحاباة.

وجه قولهما: أن العتق لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها الفسخ، فكان ما لا يلحقه الفسخ أولى بالتقديم.

(١) المحاباة: «من حبا يحبُّ حَبَوَةً - بالفتح - أعطاه، والحِباء - بالكسر - العطاء، وحابى في البيع مُحاباة». مختار الصحاح (حبا).

قال الفيومي: «وحاباه محاباة: سامحه، مأخوذ من حَبَوْتُهُ إِذَا أَعْطَيْتَهُ». المصباح (حبا). وفي الاصطلاح: «المحاباة: عبارة عن تبرع مقصود في ضمن معاوضة. ويطلقه الفقهاء: على البيع بأقل من القيمة بكثير؛ قصداً لنفع المشتري، وعلى الشراء بأكثر من ذلك؛ قصداً لنفع البائع». انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٤٠٤.

(٢) ما بين المعقوفين زيدت مز ل ساقطة من الأصل.

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن تعلق المحاباة بعقد مستحق مقدّم على ما تعذر الفسخ فيه [١/٣٩٩] ، ألا ترى أن الدين مقدم على العتق وإن كان يفسخ فيه ، إلا أنه لما تعلق بعقد يقتضي الاستحقاق ؛ قدم العتق ، وكذلك المحاباة .

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة : إذا حابى ثم أعتق ، ثم حابى ، ثم قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في الجهة ، فما أصاب المحاباة الأخرى قسم بينهما وبين العتق نصفين ؛ لأن العتق متقدم عليها ، وقد بيّنا أنه إذا تقدم على المحاباة ساواها .

ولو أعتق ، ثم حابى ، ثم أعتق ، قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين ، فما أصاب العتق الأول قسم بينه وبين العتق الثاني .

قال : فإن كان من أهل الوصايا من سمى له أكثر من الثلث ، فإن أبا حنيفة كان يردّ وصية ما جاوزت وصيته الثلث إلى الثلث ، فيضرب له بالثلث ، ولا يضرب له بما جاوز ذلك ، إلا خمس وصايا : العتق الموقع في المرض أو [المعلق] بموت الموصي ، والمحاباة في المرض ، والوصية بالعتق الموقع ، والوصايا المرسلة .

والوصية المرسلة : ما كانت وصية شيء بغير عينه ، ولا يكون منسوباً إلى جزء من المال ، وهو أن تقول : أوصيت لعمره بمائة درهم ، ولزيد بمائة درهم ، وما كان في معنى هذا ، فإن أبا حنيفة كان يضرب لأصحاب هذه الوصايا في الثلث بجميع ما سمى لكل واحد منهم إن جاوزت دون وصية الثلث .

وقال أبو يوسف ومحمد : نضرب لكل واحد موصى له من الثلث بعدد وصيته ، جاوزت الثلث أو لم تجاوز .

وجه قول أبي حنيفة: أن الموصى له بما زاد على الثلث ، موصى له بحق الغير ، [بدلالة أنه لا يجوز له أن يستحقه إلا بانضمام الإجازة إليه ، فصار كمن أوصى له بمال غيره ، فلا يضرب له مع أصحاب الوصايا ؛ ولأن للموصى له بالثلث بسبب صحيح^(١) بدلالة أنه يجوز أن يستحقه من غير إجازة ولا قضاء ، وللموصى له بما جاوز الثلث بسببه ليس بصحيح ، ألا ترى أنه ما استحقه إلا بإجازة ، وما كان سببه صحيحاً ، لا يساوى ممن لا يصح سببه ، ولا يلزم الدراهم المرسلة ؛ لأنها غير متعلقة بغير التركة ، ويجوز أن يستحق من غير إجازة ، ألا ترى أن المال إذا زاد فخرج من ثلثه نفذت ؛ فلذلك ضرب بجميعها .

والعتق الموقع ، والموصى به ، والمتعلق بالموت ، والمحابة ، هي وصايا بالسعاية ، وتعذر المغابنة ، وذلك دراهم مرسلة ، والباب فيها واحد .

فإن قيل: قد قال أبو حنيفة فمن أوصى له بعين من تركته ، فجاوز قيمتها الثلث ، أن الموصى له لا يضرب منه إلا بقدر الثلث ، فإن جاز أن يخرج من الثلث بزيادة المال .

قلنا: هذه وصية بعين تعلق حق الورثة بها ، فهي كالوصية بما زاد على الثلث سواء ، وليس كذلك الدراهم ؛ لأنها لم تتعلق بعين التركة ، ألا ترى أن مال الوصي لو هلك واستفاد مالا آخر لم تبطل الوصية ، فدل على أنها لم تتعلق بأعيان التركة التي تعلق بها حق الورثة .

ومن مسألة الإلزام: لو هلكت التركة ، واستفاد مثلها بطلت الوصية ، فدل على أنها متعلقة بعين التركة .

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل ، ساقطة من الأصل .

وجه قولهما: أن الثلث إذا تضايق عن الحقوق، ضرب كل واحد منهم بجميع (ما سمي له)^(١) كأصحاب العول والغرماء؛ ولأن الميت قصد إلى التفضيل بينهم، فلو رددنا من زادت وصيته على الثلث إلى الثلث لسوينا بينهم، وهذا خلاف ما قصد الميت^(٢).



(١) في ل (ما أوصى به).
(٢) انظر: الأصل ٤٤٤/٥ وما بعدها.



بَابُ

ما يتداخل من الوصايا



قال أبو الحسن: والتداخل^(١) من الوصايا ما كان من وصية بعينها أوصى بها لاثنين أو أكثر من ذلك، [أو] أوصى لكل واحد منهما بجميع العين، فإن أبا حنيفة كان يقسم العين بين أهل الوصايا على عددهم، [فما]^(٢) حصل لكل واحد منهم من ذلك العين إذا قسمها بينهم، ضرب له بذلك القدر الذي حصل له بالقسمة، ولا يضرب له بجميع تلك العين، وإن كانت القسمة وقعت بجميع العين.

مثاله: أن تقول: (قد أوصيت لعبدي سالم)^(٣)، وأوصيت بعبي سالم [لزيد]^(٤)، وأوصيت بعبي سالم لعمر، فإن العبد يقسم بينهما نصفين على عددهما، وهما اثنان، فيضرب كل واحد بنصف العبد، لا يضرب بأكثر من ذلك، وكذلك لو أوصى به لثلاثة، أو لأربعة.

وكان أبو يوسف ومحمد يضربان لكل واحد منهما بجميع وصيته.

وهذا المثال الذي ذكر يتفق قولهم من أصلين مختلفين؛ لأن العبد إذا كان يخرج من الثلث.

فعند أبي حنيفة: يضرب كل واحد منهما بنصفه، فيتساويان فيه.

(١) في ل (والمداخل).

(٢) في أ (كما) والمثبت من ل.

(٣) ساقطة من ل.

(٤) الزيادة من ل.

(وعندهما: يضرب كل واحد منهما بجميعة ، فيتساويان فيه) (١).

وإنما يظهر الخلاف إذا انضمت إلى وصيتهما وصية أخرى ، مثاله: إذا كان له عبد يقال له سالم ، قيمته ألف درهم ، أوصى به لزيد ، وأوصى به لعمر ، وله ألفا درهم سوى العبد ، وأوصى لرجل آخر بألف درهم ، فعند أبي حنيفة: يضرب لزيد بنصف سالم ، وعمر [بنصفه] ، والموصى له الآخر بألف ، فيقتسمون الثلث أرباعاً (٢).

وقال أبو يوسف ومحمد: يضرب لزيد بجميع العبد ، وعمر بجميعة ، والموصى له بألف فيقتسمون التركة أثلاثاً.

وجه قول أبي حنيفة: أن الوصية يصح إبطالها من جهة من استحققت عليه ، وهو الموصى ، فما استحقه كل واحد منهما على الآخر تبطل وصيته فيه ، فلا يجوز [أن يضرب] بما قد استحق عليه ، كما لا يضرب بحق غيره من الوصايا .

وليس كذلك أصحاب الديون ؛ لأن الدين لا يجوز أن يبطل بسبب من جهة المستحق عليه ، وكذلك أهل العول ، لا تبطل سهامهم بسبب من جهة الميت ؛ فلذلك ضربوا بجميع ما يثبت حقهم فيه من الأصل ، وهذا جارٍ على أصل أبي حنيفة: أن من كان لا يدلي بسبب صحيح لا يضرب بجميعة دعواه ، [وللموصى له بعين] (٣) تعلق بها حق الغير لا يدلي بسبب صحيح ، ألا ترى أنه لا يستحقها بنفس السبب حتى تنضم إليها معنى آخر .

(١) ساقطة من ل .

(٢) في ل (أثلاثاً) .

(٣) في الأصل (والموصى بها) والمثبت من ل .

وجه قولهما: أن كل واحد منهم يثبت حقه في جميع ما أوصى له به ، وإنما نقص بالمزاحمة ، فيضرب بجميع دعواه ، كأصحاب الديون والعول .

قال: ولو كانت المسألة بحالها والتركة عبدٌ وألفاً درهم ، وأوصى له ، وأوصى لزيد بعبده سالم ، وأوصى لعمرو بثلث ماله ، ولم يوص بغير ذلك ، فإن الوصية في قول أبي حنيفة في العبد: قد تداخلت في ثلث العبد ؛ لأنه موصٍ بثلثه لصاحب الثلث ، وبجميع العبد لصاحب العبد ، (والثلث من العبد يوصى به لزيد ولعمرو ، وكذلك الثلث بينهما نصفان ، وبقية العبد لزيد)^(١) ، فيضرب زيد في الثلث بخمسة أسداس العبد ، ويضرب عمرو بسدس العبد ، وثلث الألفين^(٢) ، وهو ثلثا ألف ، [فجميع وصيته ألف من المال ، فوصية كل واحد مثل وصية الآخر ، فيكون الثلث - وهو ألف درهم - بينهما نصفين]^(٣) ، [وخمسمائة]^(٤) لزيد [٣٩٩/ب] يأخذها من العبد ، وهو نصفه^(٥) ، ويأخذ عمرو خمسمائة [خمس ذلك] من العبد وهو مائة ، وهو [عشر]^(٦) العبد ، وأربعمائة من المال ؛ (لأن عمراً ضرب بخمسمائة ، خمس ما ضرب له من العبد ، وأربعة أخماس ما ضرب له من المال ؛ فلذلك يستوفي خمس ما أصابه من العبد ، وأربعة أخماسه من المال)^(٧) .

وهو على أصل أبي حنيفة ؛ لأنه اجتمع في رقبة العبد وصيتان ، وصية لزيد

(١) ساقطة من ل .

(٢) في ل (فيضرب عمرو وسدس العبد بثلث الألفين) .

(٣) في أ موضعها (والثلث بينهما نصفان) فقط ، والمثبت من ل .

(٤) في أ (والوصية) والمثبت من ل .

(٥) في ل (وهو قدر نصف العبد ؛ لأن وصيته فيه) .

(٦) في أ (وعين) والمثبت من ل .

(٧) ما بين القوسين ساقطة من ل .

لصاحب الثلث ، فثلثا العبد لصاحب العبد بغير مزاحمة ، وثلث العبد استوت فيه وصية زيد ووصية صاحب الثلث ، فيقسمه بينهما ، فصار لزيد خمسة أسداس العبد ، فيضرب بها ، وللموصى له بالثلث سدس العبد ، وثلث ما بقي من المال ، وهو ثلثا^(١) ألف ، فذلك خمسة أسداس الألف ، فتساوت الوصيتان ، فيقسم الثلث نصفين ، فما أصاب زيد فهو من العبد خاصة ، وذلك خمسمائة ، وهو نصف العبد ، وما أصاب الموصى له بالثلث ، وهو من العبد والمال ؛ لأن وصيته تعلقت بهما ، ووصية الأول اختصت بالعبد ، وقد استحق من العبد السدس ، ومن [الألفين] ثلثا ألف ، فصار حقه أخماساً ، خمس من العبد ، وهو مائة ، وذلك عشر العبد ، وأربعة أخماسه وهو أربعمائة من الألفين .

ولم يبين قول أبي يوسف ومحمد ، والذي يجيء على أصلهما : (أن زيداً يضرب بجميع العبد ، وهو ألف ، ويضرب الموصى له بالثلث بجميع الثلث وهو ألف)^(٢) ، فيقسمان الثلث بينهما نصفين ، فما أصاب الموصى له بالعبد كان من العبد ؛ لأن وصيته فيه خاصة ، وما أصاب الموصى له بالثلث فثلثه من العبد ، وثلثاه من الألفين ؛ لأنهما ضربا له من العبد ذلك الثلث^(٣) ، فقد استوى القولان ، [في] قدر الوصية .

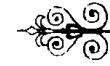
وإنما ظهر الخلاف في مقدار ما استحقه الموصى له بالثلث في رقة العبد ، فجعل أبو حنيفة له العشر ، وجعلا له السدس من العبد ، وذلك مائة وستون وثلثان^(٤) . [والله أعلم] .

(١) في ل (ثلث) .

(٢) ساقطة من ل .

(٣) في ل (ثلث الثلث) .

(٤) انظر: الأصل ٤٣٦/٥ وما بعدها .



بَابُ

ما يُجاوِزُ الثلثَ من الوصايا إذا أجازته الورثةُ



قال أبو الحسن: لو أن رجلاً أوصى لرجل بجميع ماله، وأوصى لآخر بثلث ماله، فأجازت الورثة الوصيتين جميعاً، فإن علياً الرازي حكى عن أبي يوسف ومحمد، ذكراً أن قول أبي حنيفة: إن الموصى له بجميع يأخذ الثلثين خاصة؛ لأن صاحب الثلث لا يدعيه، ويكون الثلث الباقي بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث^(١).

وقال الحسن بن زياد: ليس هذا قول أبي حنيفة، ولكن قول أبي حنيفة: أن للموصى له بالثلث رُبع المال، وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه.

وهذه المسألة ليس لأبي حنيفة فيها قول، وإنما اختلفوا في قياس قوله، فقال أبو يوسف: يسلم لصاحب الجميع ثلثا المال؛ لأنه لا منازع له فيه، ثم يتضاربان في الثلث [بالمزاحمة]، فينقسم بينهما نصفين.

[فأما محمد فقال: قياس قول أبي حنيفة: أن ما يتفقان الإجازة، وهو الثلثان، يدفع إلى صاحب الجميع، ثم يقسمان الثلث على العول]، (فثلث المال الذي لا إجازة فيه، فيقسم بينهما لم يدفع الباقي إلى صاحب الثلثين)^(٢)، وهذا الاختلاف لا يبين في الحكم^(٣) في هذه المسألة؛ لأنه لا يؤدي إلى معنى واحد،

(١) الأصل، ٥٦٣/٥.

(٢) ساقطة من ل.

(٣) في ل (له في الحكم) فقط.

وإنما يتبين في غيرها من المسائل ، [وهي إذا أوصى لأحدهما بالجميع ، وللآخر بالثلث ، وللآخر بالربع ، فعلى قياس قول أبي يوسف: لصاحب الجميع الثلثان ، ونصف السدس بين صاحب الثلث والربع بينهم أثلاثاً .

وعلى قياس قول محمد: لصاحب الجميع الثلثان ، والثلث بينهما على أحد عشر ، وقال أبو يوسف ومحمد: يضرب لصاحب الجميع بثلاثة أرباع المال ، ولصاحب الثلث سهم ، فيكون المال بينهم أرباعاً .

قال ابن زياد: قياس قول أبي حنيفة: أن لصاحب الجميع ثلاثة أرباع المال ، ولصاحب الثلث الربع .

وجه قول أبي حنيفة: أن الثلثين لاحق فيها لصاحب الثلث ، والثلث حقهما فيه ، فصار كمن أوصى لرجل بثوب وأوصى لرجل آخر بثوب .

وجه قولهما: أن كل واحد منهما عند الإجازة حقه ثابت ، فصار كأصحاب العول والدين .

وأما وجه قول الحسن ؛ فلأنه يقول: الثلث بينهما نصفان لتساويهما فيه مع عدم الإجازة ، ثم النصف لا دعوى فيه لصاحب الثلث ، فينفرد به صاحب الجميع ، ويتساويان في السدس ، فيكون بينهما نصفين^(١) ، وإنما ابتداء أبو يوسف بقسمة الثلث ؛ لأنه لا إجازة للورثة فيه ، وإنما يجوز بكل حال ، وكذلك ابتداءه بالقسمة .

وقد اعترض الحسن على هذا القول ، وقال: إنه يؤدي إلى أن نصيب صاحب

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أوزيدت من ل .



الثالث عند الإجازة ما يصيبه عند الرد، ومعلوم أن الورثة أجازوا لهما جميعاً، فلا يجوز أن تعمل إجازتهم في زيادة أحدهما دون الآخر، ألا ترى أنهم لو ردوا وصية صاحب الثلث وأجازوا لصاحب الجميع استحق صاحب [الثالث] السدس عنده، فكيف يستوي في حقه الإجازة والرد.

(وجه رواية الحسن: أن الثلث مقسوم بينهما نصفان، كما كان يقسم بينهما عند عدم الإجازة، ثم قد بقي في وصية الثلث السدس، فيضرب به إلى الثلثين، ويضرب صاحب الجميع بمثله؛ لأنه موصى له بذلك السدس، فيقسم بينهما نصفين، وينفرد صاحب الجميع بالباقي، فيختلف ما يصيب صاحب الثلث بحال الإجازة والرد)^(١).

وقد اعترض محمد على هذا القول، وعلى قول نفسه الذي خرج على قول أبي حنيفة، وعلى ما حكاه أبو يوسف في قياس قوله، وزعموا أن جميع ذلك مضطرب لا يصح.

وذكر أن الذي ذكر الحسن عن أبي حنيفة قول زفر، واختار أبو الحسن من هذا ما ذكر الحسن عن أبي حنيفة، وقال: إنه الصحيح عنده.

واعترض محمد على ما ذكره أبو يوسف من قياس قول أبي حنيفة، فقال: إن هذا يؤدي إلى أن تكون حصة صاحب الثلث عند عدم الإجازة أكثر من حصته عند وجودها، وهذا لا يصح.

وبيان ذلك: أنه لو أوصى لأحدهما بجميع ماله، وللآخر بالثلث، أو بالسدس، كان على قوله يجب أن يكون الثلث بينهما إذا لم تجز الورثة أثلاثاً،

(١) ساقطة من ل.

فنصيب صاحب السدس تسع المال ، وصاحب الجميع تسعا المال ، ولو أجازوا: جُعِل لصاحب الجميع خمسة أسداس المال ، وجعل السدس بينهما ، فأصاب الموصى له بالسدس مع الإجازة نصف السدس ، وما أدّى إلى هذا فهو فاسد .

قال محمد: ولهذا قلت: إنه يبتدأ بالثلث الذي لا إجازة فيه أولاً ، ثم ينفرد صاحب الجميع بالباقي ، وقد ذكر محمد أن ما قاله من [قياس] قول أبي حنيفة ، وما قاله أبو يوسف والحسن كل واحد منهما معترض ، وصحح أبو الحسن ما قاله الحسن .

وأما على [قياس] قول أبي يوسف ومحمد: إذا أوصى لأحدهما بالجميع ، وللآخر بالثلث ، فأجازت الورثة ، فإن المال بينهما أرباعاً ؛ لأنهما ضربا لصاحب الجميع بالجميع ، وهو ثلاثة أسهم ، فضربا لصاحب الثلث بسهم ، وقسما على ذلك^(١) .



(١) انظر: الأصل ، ٥٦٣/٥ وما بعدها ؛ التجريد ، ٣٩٩٧/٨ وما بعدها .

بَابُ الوصايا إذا ضاقَ عنها الثلثُ



قال هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف - وهو قول محمد -: إن كل شيء كان جهته الله تعالى من وجوه الحج والصدقة والعتق وغير ذلك ، وأوصى به ، فكان الثلث لا يبلغ ذلك ، فإن كان كله تطوعاً ، بُدئ بالأول فالأول فيما نطق به حتى يأتي على آخره [٤٠٠/أ] أو ينقص المال ، فيبطل ما بقي إلى آخر ما ذكر^(١).

قال ﷺ : ما [يحصل]^(٢) بهذا أن الوصايا إذا [لم يكن] فيها عتق موقع [ولا معلق]^(٣) بالموت ، فإن كانت كلها فرائض متساوية بدئ بما قدمه الميت منها ؛ لأنها تساوت في القوة والوجوب ، والإنسان يتدئ بالأهم إليه ، فوجب أن يقدم ما قدمه إذا ضاق الثلث عن جميعها .

واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة ، فقال في إحدى الروايتين : يبدأ بالحج ، وإن آخره ، وقال في الأخرى : يقدم الزكاة ، وهو قول محمد .

وإنما قدم الحج في الرواية الأولى ؛ لأنه [يتعلق]^(٤) بالبدن ، والمال معتبر فيه ، والزكاة تتعلق بالمال ، وليس لها تعلق بالبدن ، فكان الحج أقوى وهو أولى بالتقديم .

وجه الرواية الأخرى : أن كل واحد من الحج والزكاة منصوص عليه في

(١) انظر: الأصل ، ٤٤٣/٥ .

(٢) في أ (يجعل) والمثبت من أ .

(٣) في أ (إذا كان) .

(٤) (فلا يتعلق) والمثبت من ل .

القرآن، وهو فرض، إلا أن الزكاة يتعلق حق الآدمي بها، فكانت أقوى، ثم ما أوجبه الله تعالى من الواجبات ابتداءً أولى [بالتقديم] مما أوجبه الله تعالى عند سبب يوجد من المكلف.

فقالوا في الحج والزكاة: إنهما يقدمان على الكفارات لإيجاب الله تعالى لهما في القرآن [ابتداءً من غير سبب من جهة المكلف]، وهي كفارة القتل والظهار، واليمين مقدمة على صدقة الفطر؛ لأن القرآن لم يدل على وجوب صدقة الفطر، [ودلّ على وجوب هذه الكفارات، فكانت أولى].

وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية؛ لأنها متفق على وجوبها، ولذلك تقدم على كفارة الفطر في رمضان؛ لأن كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد، وصدقة الفطر ثبتت بأخبار الاستفاضة والإجماع.

ثم صدقة الفطر تُقدم على النذر؛ لأنها وجبت بإيجاب الله تعالى، والنذر يقدم على الأضحية؛ لأنه لم يختلف في وجوب النذور، وقد اختلف في وجوب الأضحية، ثم الأضحية مقدمة على النوافل؛ لأنها واجبة عندنا.

ثم النوافل تبدأ بما ابتداءً به؛ لأنها تساوت في الثبوت، والإنسان يبدأ بالأهم عنده، فوجب أن يبدأ به؛ لأن تنفيذ الوصية إنما يثبت لحقه.

وإنما قلنا: إن الواجب يقدم وإن أخرها؛ لأن الواجب حسن الظن به، وأنه لا يقصد إلى تأخير الواجب، وتقدم النفل يدل على أن ذلك على طريق السهو، فوجب تقديم الواجب إن قدم الأخرى وإن أخره، وإنما يقدم ما قدمه من النفل [وإن تساوت] ^(١) جهاته.

(١) في أ (لأنه صارت) والمثبت من ل.



وأما الوصايا بعق، فإن كان عتقاً واجباً في كفارة، فحكمه حكم الكفارات على ما قدمنا، وإن كان غير واجب فحكمه حكم الوصايا المتنفل بها؛ لأن الوصية بالعتق يلحقها الفسخ، كما يلحق سائر الوصايا.

فإن كان مع هذه الوصايا الثابتة لحق الله تعالى وصية لآدمي معين بشيء ما، ضربه ما أوصى له به مع الوصايا بالقرّب، ويجعل كل جهة من جهات القرّب مفردة بالضرب، ولا تجعل كلها جهة واحدة.

فإذا قال: ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات [ولزيد] ^(١)، قسم على أربعة أقسام؛ لأن كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى، وهي [كالوصية بجماعة معينين] ^(٢)، ولا يقال إن المقصود بالقرّب جهة واحدة، فيجب أن يضرب الموصى له بسهم، والقرّب بسهم؛ لأن المقصود بالقرّب وإن كان لله تعالى، فكل جهة منها يقصد بها خلاف ما يقصد بالأخرى، فصار كمن أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل أنه يضرب لكل جهة منها بسهم، وإن كان المقصود من جميعها الله تعالى.

فإن قيل: إن كان يجب تقديم الواجب من الوصايا على ما لا يجب، فهلا قلتم: إنه إذا أوصى بالحج، وأوصى لآدمي معين، أن الحج مقدم؛ لأنه فرض، وما أوصى به لآدمي تبرع.

قيل له: تعلق حق الآدمي [المعین] ^(٣) يقوي هذه الجهة؛ ولأن الموصى له [إن قبل]، لزمه حق واجب ^(٤) بالوصية، فلذلك ساوى الفرض.

(١) في أ (ولذلك) والمثبت من ل.

(٢) في أ (كالوصايا) والمثبت من ل.

(٣) في أ (بالغير) والمثبت من ل.

(٤) في ل (قبل الوصية).

بَابُ الرجل يُوصي لقربته

قال أبو الحسن: وإذا أوصى الرجل فقال: ثلث مالي لذوي قرابتي، فإن أبا حنيفة قال: الوصية لقربته لذوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، الأقرب فالأقرب منهم، وقال أبو يوسف ومحمد: [الوصية لجميع] قرابته من جهة الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام، الطرفين جميعاً، يشتركون في الثلث، الأقرب منهم والأبعد والذكر والأنثى فيه سواء.

فأما أبو حنيفة: فاعتبر في هذه الوصية الأقرب فالأقرب [بينهم]، وذو الرَّحِمِ المَحْرَمِ، وأن لا يكون منهم [والدُّ ولا ولد]، اثنين فصاعداً.

واعتبر أبو يوسف ومحمد: اثنين فصاعداً ممن ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام، والقريب والبعيد فيه سواء، أما الأقرب فالأقرب فلأنها تملك يتعلق بالموت، فإذا استحق [بالقرب]^(١) كان الأقرب فالأقرب؛ والدليل عليه الميراث، ولأننا لو سوينا فيه بين القريب والبعيد أدى إلى إبطال الوصية، ألا ترى أن المقصود من هذه الوصية الآدمي، فإذا اشترك فيها ممن لا يحصى [عدده]، دخل فيها الغني والفقير، فلم تصح الوصية.

وأما اعتبار [الرحم] المحرم: فلأن هذا يقصد به الصلة، فتخص بالرحم المحرم كالنفقة، ولا يدخل فيهم ولد ولا والد؛ وذلك لأن القرابة ممن يُقَرَّب إلى الإنسان بغيره، فأما الأب والابن فهما أصل القرابة، وينفرد كل واحد بنفسه،

(١) في أ (بالموت) والمثبت من ل.

فلا يتناوله إطلاق الاسم؛ ولأن الله تعالى عطف الأقربين على الوالدين، [والمعطوف] ^(١) غير المعطوف عليه.

وجه قولهما: أن القرابة اسم للقريب والبعيد؛ بدلالة ما روي عن النبي ﷺ لما نزل عليه قوله تعالى: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤]، سعد الصفا وقال: «يا بني فلان، يا بني فلان» حتى دعا قبائل قريش، وقال: «إني نذير لكم بين يدي عذاب شديد»، فدل على أن القرابة يتناول الجميع؛ ولأن كل حكم يتعلق بالقرابة لا يخرج منه الولد والوالد، كالميراث والنفقة، وإنما اعتبروا بنسب إلى أقصى أب في الإسلام، وكولد العباس إذا أوصى دخل في وصيته كل منتسب إلى العباس، والعلوي يدخل في وصيته كل منتسب إلى عليّ؛ (لأن البيت شرف بالإسلام، وصار الأب المسلم أهلاً للبيت) ^(٢)، فلم يعتبر من تقدمه.

وأما قوله: اثنان فصاعداً، فهذا على وجهين: إن أوصى لذوي قرابته استحقها الواحد [فصاعداً]؛ لأن الاسم [يتناول جمع] الواحد.

وإن قال: لذوي قرابتي، فهو اسم جمع يتناول الاثنین فصاعداً؛ لأن اسم الجمع في الموارث محمول على الاثنین، فكذلك الوصايا.

٢٧٦٩ - فَصْلٌ: [موت الموصى له وله عمّان وخالان]

قال: فإن مات الموصى له وله عمان وخالان، فالثلث على قول أبي حنيفة للعمّين، وفي [٤٠٠/ب] قول أبي يوسف ومحمد: [بينهم] أرباعاً؛ وذلك لأن أبا حنيفة يعتبر الأقرب فالأقرب، فالعم أقرب من الخال، فكان أولى بالوصية.

(١) في أ (والعطف) والمثبت من ل.

(٢) في ل (لأن الجد المسلم صار هو الثالث، وشرفوا به) هكذا.

وعلى أصلهما: القريب والبعيد سواء، فيشترك العمان والخالان.

وقال أبو حنيفة: إن كان له عم وخالان، فللعم نصف الثلث، وللخالين النصف؛ وذلك لأن البعيد عنده لا يشارك القريب، فكأن العم انفراد، فيستحق نصف الوصية؛ لأن الموصي جعل الوصية للجميع، فلا يستحق العم أكثر من نصفها؛ لأن أقل من ينضم إليه مثله، وإذا استحق نصف الثلث [بقي النصف] (١) الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين، فكان لهما.

فإن كان الآخر له عم واحد، ولم يكن له غيره من ذي الرحم المحرم، فنصف الثلث لعمه، ونصف الثلث رد على ورثة الموصي؛ وذلك لأن العم لا يستحق أكثر من النصف، على ما قدمنا فيما بقي لا مستحق له، فتبطل [فيه] الوصية.

فإن كان أوصى لذوي قرابته، فجميع الثلث للعم على ما قدمناه؛ لأن هذا الاسم يتناول الواحد فصاعداً.

قال محمد في الزيادات: أوصى لذوي قرابته ولأنسابه، أو أقربائه، أو لذوي أرحامه، أو لأرحامه بثلاث ماله، فهذا على كل ذي رحم محرم من الرجال والنساء، وعلى بني الأب الذين ينسبون إليه من قبل الرجال أقصى أب [له] في الإسلام، ومن قبل النساء أقصى أب في الإسلام، كانوا ذوي رحم محرم، أو لم يكونوا، ولا يتلفت إلى من كان من الآباء في الجاهلية، وهذا على ما قدمنا في قولهما (٢).

(١) في أ (بغير نصف) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٤٣٠/٥.

٢٧٧٠ - فَصْل: [الوصية بالثلث لأهل بيته]

وقال: إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته أو لحسبه، فهذا على بني^(١) أبيه الذين ينسبون إلى أقصى أب في الإسلام، فإن كان أبواه على غير دينه دخلوا في الوصية؛ لأن البيت عبارة عمن ينتسب إلى الأب دون الأم، وكذلك الحسب، ألا ترى أن الهاشمي إذا تزوج أمة فولدت، فينسب إليه، وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه، فدل على أن الحسب والبيت مختص بالأب دون الأم^(٢).

٢٧٧١ - فَصْل: [الوصية بالثلث لآل فلان]

ولو أوصى [بثلث ماله] لآل فلان، كان بمنزلة قوله: لأهل بيت فلان، فلا يدخل من ينسب إلى الأم [في الوصية]؛ لأن الآل هم القبيلة، ألا ترى أن العربي إذا كانت أمه أمة فأهله العرب دون أقارب أمه.

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا أوصى فقال: ثلث مالي لأهل فلان، فهذا على زوجة فلان خاصة، وقال أبو يوسف ومحمد: على جميع من يعولهم فلان ممن يضمه نفقته عربياً كان أو غيره: الزوجة، واليتيم في حجره، والولد إذا كان يعوله، فإن كان كبيراً قد اعتزل عنه، أو كانت ثيباً قد تزوجت، فليست من أهله.

وقال في الزيادات: إذا أوصى لأهل فلان، فالقياس في هذا أن الوصية للزوجة خاصة دون من سواها، ولكننا استحسنا فنجعل الوصية لجميع من يعول ممن يجمعه منزله وداره من الأحرار، ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث

(١) في ل (قرايته).

(٢) انظر: المصدر السابق ٤٣١/٥.

الموصي ، ولا يدخل الموصى لأهله في شيء من هذه الوصية ، ولم يذكر قول أبي حنيفة في الزيادات .

وجه قول أبي حنيفة: أن الأهل في الإطلاق يتناول الزوجة ، ألا ترى أنهم يقولون: فلان متأهل إذا تزوج ، ولم يتأهل إذا لم يكن له زوجة ، فدل على أن الاسم يتناول الزوجة ، فوجب أن تحمل الوصية على ذلك .

وجه قولهما: أن الأهل عبارة عمن ينفق عليه الإنسان ، بدلالة قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَبْنِيَّ مِنْ أَهْلِي﴾ [هود: ٤٥] ، وقال في قصة لوط: ﴿فَنَجَّيْنَاهُ وَأَهْلَهُ﴾ [الشعراء: ١٧٠] ، فدل على أن الاسم يتناول من يشتمل عليه الميراث ، ويجمعه النفقة .

وأما المماليك فلا يدخلون في الوصية ؛ لأنه [لا] يقال: إنهم من أهل المولى .

ولا يدخل في ذلك وارث للموصي ؛ لأنه لو عينه بالوصية لم يصح ، فكذلك إذا أطلق لا يدخل في الوصية .

فأما فلان الذي أوصى إلى أهله ، فلا يدخل في الوصية ؛ لأنه أوصى لمن يضاف إليه ، والمضاف غير المضاف إليه ، فلا يدخل في الوصية ، كمن أوصى لولد فلان ، لم يدخل فلان في الوصية .

٢٧٧٢ - فُصِّلَ: [الوصية لأختانه بالثلث]

وقال في الزيادات: إذا أوصى لأختانه^(١) بثلث ماله ثم مات ، فالأختان:

(١) «الْحَتْنُ - بفتحيتين - عند العرب: كل من كان من قبَل المرأة ، كالأب ، والأخ ، والجمع: أختان ، وختن الرجل عند العامة: زوج ابنته . وقال الأزهري: الختن: أبو المرأة ، والختنة: أمها ، فالأختان من قبَل المرأة ، والأحماء من قبَل الرجل ، والأصهار يعمهما ، ويقال: المخاتنة: المصاهرة من الطرفين ، يقال: خاتنتُهُمْ ، إذا صَاهَرَتْهُمُ . المصباح (ختن) .

أزواج البنات والأخوات والعمات والخالات ، وكل امرأة ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الموصي ، فزَوْجُهَا من أختانه ، وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر أو أنثى فهو أيضاً من أختانه ، ولا يكون الأختان إلا أزواج ذوات الرحم المحرم ، ومن كان من قبلهم من ذوي الرحم المحرم ، ولا يكون الأختان ما كان من قبيل نساء الموصي ؛ وذلك لأن الختن اسم لزوج الابنة ، وزوج كل ذات رحم ، ومن ينسب إليه فهو من الأختان ، وقد قالوا: نعم الختن القبر ، فدل على أن الختن من اتصل نسباً للموصي .

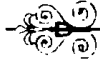
فأما قوله: لا يدخل فيه من كان قبيل نسائه ، فإنما يعني [به]: زوجاته ؛ وذلك لأن من ينسب إلى الزوجة صهر ، وليس بختن .

وقال محمد في إملائه: إذا قال: قد أوصيت لأختاني ، فأختانه أزواج كل ذي رحم محرم منه ، وكل ذي رحم محرم من الزوج .

فإن كانت له أخت وبنت أخت وخالة ، ولكل واحدة منهن زوج ، ولزوج كل واحدة منهن أب ، فكلهم أختانه ، والثالث بينهم بالسوية ، الأنثى والذكر فيه سواء ، أم الزوج وجدته وغير ذلك سواء ، وهذا على ما قدمنا .

فأما التساوي بين الذكر والأنثى ؛ فلأن الإضافة إليهم متساوية ، فافتضى تساويهم في الحق .

وقال في الإملاء: إذا قال: أوصيت بثلاث مالي لأصهاري ، فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته ، وزوجة ابنه ، وزوجة أبيه ، وزوجة كل ذي محرم منه ، هؤلاء جميعاً أصهاره ، ولا يدخل في ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ، ولا امرأة أخيه ؛ وذلك لأن الأصهار من كان أهل الزوجة ، بدلالة ما روي أن النبي ﷺ لما



أعتق صفية وتزوجها أعتق كل من ملك ذا رحم محرم منها ، ما ملكه إكراماً لها ،
وكانوا يسمون أصهار رسول الله ﷺ .

٢٧٧٣ - فَصْل : [الوصية بالثلث للجيران]

قال في الإملاء: قال أبو حنيفة: إذا أوصى فقال: ثلث مالي لجيراني ، فهو
لجيرانه الملاصقين لداره من السكان وغيرهم عبيداً كانوا أو أحراراً ، نساءً كانوا
أو رجالاً ، ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية ، قربت الأبواب أو بعدت ، أو كانوا
ملاصقين للدار .

وقال أبو يوسف ومحمد: الثلث لهؤلاء الذين ذكر أبو حنيفة ولغيرهم من
الجيران من أهل المحلة ، ممن يضمهم مسجد واحد وجماعة واحدة ، ودعوة
واحدة ، فهؤلاء جيرانه في كلام الناس .

وقال في الزيادات عن أبي حنيفة: إذا أوصى لجيرانه فقياسه [٤٠١/أ] أن
يكون للملاصقين ، وهو قول أبي حنيفة ، وينبغي أن يكون الثلث للسكان وغيرهم
ممن يسكن تلك الدور التي يجب لأهلها الشفعة ، ومن كان [منهم] له دار من
تلك الدور وليس بساكن فيها ، فليس من جيرانه .

قال محمد: أما أنا فأستحسن أن أجعل الوصية لجيرانهم الملاصقين ممن
يمك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ، وعلى من يجمعه مسجد تلك المحلة
الذين فيهم الموصي من الملاصقين وغيرهم ، والسكان ممن في تلك المحلة
وغيرهم سواء في الوصية ، الأقربون والأبعدون ، الكافر والمسلم والصبي والمرأة
في ذلك سواء .



وليس للمماليك والمُدَبَّرِينَ وأمّهات الأولاد في ذلك شيء، وأما المكاتبون فهم في الوصية سواء إذا كانوا سكاناً في المحلة.

أما أبو حنيفة فقال: إن الحكم المعلق في الشريعة بالجوار تختص بالملاصقة، وهو الشفعة، فوجب حمل الوصية على الحكم الشرعي [المعلق] بالجوار.

وأما هما: فاستحسننا أن الموصي قصد بالوصية من يختص به ويخالطه ويقرب منه، وهذا المعنى يستوي فيه الملاصق وغيره، ألا ترى أن برّ الجار مستحب، فلا يختص ذلك بالقرب دون البعيد، فكذلك الوصية، وإنما اعتبرا من يجمعهم مسجد واحد؛ لأن هذا قرب واختلاط، وإذا اختلف المسجد زال الاختلاط؛ فلذلك حملاه عليه.

وإنما استوى الساكن والمالك؛ لأن الجار اسم للمقارب؛ وذلك لا يختص بالمالك دون الساكن، وكذلك الكافر والمسلم، والأنثى والذكر، وإنما لم يجعل للمماليك فيها حقاً؛ لأن المملوك ليس بجار، وإنما ينسب الجوار إلى مولاه، فلو دخل في الوصية استحقها المولى، وليس بجار للموصي، وأما المكاتب فيستحق ما (يعطى به)^(١) دون مولاه فهو كالحر.

٢٧٧٤ - فَصْل: [الوصية لأيتام بني فلان]

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أوصى بثلث ماله لأيتام بني فلان، فإن كانوا يُحصون دخل فيهم الغني والفقير، وكان الثلث بينهم سواء، الذكر والأنثى فيه سواء، وإن كانوا لا يُحصون، فالثلث للفقراء منهم، يعطي الورثة^(٢) مَنْ شَاؤُوا.

(١) ساقطة من ل.

(٢) في ل (الوصي).

وكذلك إذا أوصى لعميان بني فلان ، أو لزمنى بني فلان ؛ وذلك لأن الاسم إذا كان يصلح للغني والفقير ، إلا أنه يستعمل في ذوي الحاجة غالباً فالوصية على وجهين :

إن كانت ممن يحصى استوى فيها الغني والفقير ؛ لأن الاسم يتناولهما ، وحمل الوصية عليهما لا يفسدها ، فأما إن كانوا لا يحصون ، فالوصية لفقرائهم ؛ لأننا لو حملنا الاسم على الأغنياء ، وهم لا يحصون ، بطلت الوصية ، فوجب أن يحمل على ذوي الحاجة ؛ لأن الاسم قد يستعمل فيهم [خاصة] ، ألا ترى أن الله تعالى ذكر اليتامى في آية الخمس ، والمراد بهم الفقراء ، وكذلك الزمنى يراد بهم الفقراء ، وكذلك العميان ، فحملت الوصية على ما يتناوله الاسم في حال التخصيص^(١) لتصح الوصية .

وعلى هذا أرا مل^(٢) بني فلان ؛ لأن هذا الاسم وإن جمع الغنية والفقيرة ، فقد يستعمل في الفقراء خاصة ، فحمل عليهن لتصح الوصية ، وليس كذلك^(٣) من أوصى لبني فلان ، وهم لا يحصون ؛ لأن هذا النسب لا يختص بالفقراء في حال من الأحوال ، فلم يمكن تصحيح الوصية تخصيصاً لفقرائهم .

وأما إذا قال : لأَيَّامِي^(٤) بني فلان ، فهو كقوله لبني فلان ، لا يختص ذلك بالفقراء في حال من الأحوال ، فإذا كانوا لا يحصون بطلت الوصية ، وقد حمل محمد

(١) في ل (التصحيح) .

(٢) والأرا مل جمع أرملة : هي التي لا زوج لها ؛ وذلك لافتقارها إلى من ينفق عليها . انظر : المصباح (رمل) .

(٣) في (وليس هذا كمن) .

(٤) « الأيِّمُّ : العزب رجلاً كان أو امرأة ، قال الصَّغاني : وسواء تزوّج من قبل أو لم يتزوّج ، فيقال : رجل أيِّمُّ ، وامرأة أيِّمُّ » . المصباح (أيِّم) .

الأيم على الثيب ، والاسم يتناول البكر والثيب ، وقد بيّنّا ذلك في كتاب النكاح .

٢٧٧٥ . فَصْل : [الوصية لكل ثيب من بني فلان]

قال : وإذا قال : لكل ثيب من بني فلان [فإن كن يُحصَيْن فالوصية جائزة ، وإن كن] لا يُحصَيْن فالوصية باطلة ؛ لأن الثيب لا تختص بالفقيرة دون الغنية ، فلم يمكن حمل الوصية على التخصيص .

والثيب عند أبي حنيفة : كل امرأة جومت بنكاح أو شبهة نكاح ، والزانية ليست بثيب ؛ لأن أحكام الثيب لا تثبت بها عنده .

وعلى قولهما : الثيب كل امرأة زالت بكارتها بجماع على ما مضى في كتاب النكاح .

٢٧٧٦ . فَصْل : [الوصية لأبكار بني فلان]

فإذا أوصى لأبكار بني فلان ، وهنّ لا يُحصَيْن ، فالوصية باطلة ؛ لأن هذا الاسم لا يستعمل مختصاً بالفقراء ، فلم يمكن تخصيص الاسم .

والبكر : كل امرأة [لم يتكرها] رجل عند أبي يوسف ومحمد ، ومن زالت بكارتها بوثة أو حيضة فهي بكر .

وعلى قول أبي حنيفة : من زالت بكارتها بالزنا بكر ، فتدخل في الوصية .

نوادر في هذا المعنى

٢٧٧٧ . فَصْل : [المقصود بالقرابة في الوصية]

قال مُعَلَّى عن أبي يوسف : إذا أوصى لقرابته ، فالقرابة من قبل الأم والأب ،

والْحَسَبُ^(١) واللُّحْمَةُ من قبل الأب ؛ لأن القربة لمن يتقرب إلى غيره ، وهذا المعنى موجود في الطرفين .

فأما الْحَسَبُ : فهم بنو الأب ؛ لأن الإنسان يتحسبن بأبيه ، ولا يتحسبن بأمه ، وكذلك اللَّحْمَةُ : عبارة عما يعبر عن الحسبية .

وأما إذا أوصى لأهل بيته دخل : أبوه وَجَدَّهُ فيهم إذا كان ممن لا يرث ؛ لأن بيت الإنسان أبوه ومن ينسب إلى أبيه ، فالأب أصل البيت ، فيدخل في الوصية ، وليس كالقربة ؛ لأن القربة ممن يتقرب إلى الإنسان بغيره لا بنفسه ، وذلك لا يوجد في الأب .

قال أبو يوسف : إلا أن يقول : لقرايتي (الأقرب فالأقرب ، فيدخل فيه الأب ؛ لأنه جعل الوصية لأقرب الناس إليه ، ومن يتقرب بنفسه أقرب)^(٢) ممن يتقرب بغيره .

وقال أبو يوسف : في رجل أوصى بثلث ماله في الصلة ، وله إخوة وأخوات ، وبنو أخ وبنو أخت ، قال : يوضع الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ، ومن وُلِدَ منهم بعد موته لأقل من ستة أشهر ؛ لأن الصلة إنما يراد بها صلة الرحم ، فكأنه نطق بهذا المعنى ، ومن وُلِدَ لأقل من ستة أشهر فقد كان موجوداً يوم الموت ، فدخل فيها .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف : قال أبو حنيفة : [إذا أوصى بثلث ماله للبايس والفقير والمسكين ، فهذا في قول أبي حنيفة] الثلث على ثلاثة أجزاء :

(١) وفي ل (الجنس) في جميع ما يأتي .

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل .

البائس: وهو الضرير الذي به الزمانة إذا كان محتاجاً.

قال: والفقير: هو المحتاج الذي لا يطوف على الأبواب.

والمسكين: الذي يسأل ويطوف^(١).

وقال أبو يوسف: على جزأين: الفقير والمسكين واحد، والبائس واحد، وقد بيّنا في كتاب الزكاة الفرق بين المسكين والفقير، واختلاف أهل اللغة فيهما، وإذا كان كل واحد منهما غير الآخر، أفرد بسهم غير سهم الآخر.

وأما البائس: فهو الفقير الذي به الزمانة، وقد حصل فيه معنى زائد، فيفرق بينهم.

وأما أبو يوسف فقال: إن المسكين والفقير [يشملهما]^(٢) الفقر وإن كان أحدهما أحوج، فصارا جميعاً قسماً واحداً.

[وهذا]^(٣) الذي قاله ليس بصحيح؛ لأن الله تعالى أفرد في آية الصدقات الفقراء عن المساكين، وجعل كل واحد منهما نوعاً، فدلّ على [أن] أحدهما غير الآخر [٤٠١/ب].

٢٧٧٨ - نَوَادِرُ أَيْضًا

قال ابن سماعه: سمعتُ أبا يوسف قال في رجل قال: أوصيتُ بثلث مالي

(١) وفي ل: الفقير: (الذي يطوف)، والمسكين: (الذي يسأل)، وفي متن القدوري: (الفقير: من له أدنى شيء، والمسكين: من لا شيء له)، وهذا مؤيد لنسخة أ المثبت.

(٢) في أ (سبيلهما) والمثبت من ل.

(٣) في أ (وهو) والمثبت من ل.

لشبان أهل بيتي ، أو لكهولهم ، أو لمَشِيخِيهِمْ^(١) ، قال : الشَّبَابُ من خمس عشرة إلى ثلاثين^(٢) سنة ، إلا أن يغلب عليه الشَّمَطُ^(٣) قبل ذلك ، والكهَلُ : من ثلاثين إلى آخر عمره ، والشيخ : من زاد على الخمسين .

قال ابن سماعه : وقد [كان يقول قبل]^(٤) هذا خلاف هذا ، وقال ابن سماعه : سمعته يقول : الكهَلُ : إلى ثلاثين سنة فصاعداً إلى مائة وأكثر ، والشيخ : من أربعين سنة فصاعداً ، والغلام : أقل من خمس عشرة سنة إلى أن يحتلم .

وذكر ابن سماعه قولاً آخر ، قال : الكهَلُ : من ثلاثين إلى أربعين ، والشيخ : ما زاد على الخمسين وإن لم يشب ، وإذا زاد على الأربعين وكان شبيه أكثر فهو شيخ ، وإن كان السواد أكثر فليس بشيخ ، والشاب : إذا احتلم .

وقال عمرو بن أبي عمر عن محمد : الغلام : ما كان [له] أقل من ابن خمس عشرة سنة ، والشاب والفتى : من بلغ خمس عشرة سنة وفوق ذلك ، والكهَلُ : إذا بلغ أربعين ما بين الخمسين إلى الستين [إلا أن يكون الشيب قد غلب عليه ، فيكون شيخاً وإن لم يبلغ الخمسين] ، إلا أنه لا يكون كهلاً حتى يبلغ الأربعين ، وكذلك لا يكون شيخاً حتى يجاوزها .

وإنما جعلوا الشاب من له خمس عشرة سنة فصاعداً ؛ لأنها عندهما مدة

(١) « الشَّيْخُ : فوق الكَهْلُ ، وجمعه : شُيُوخٌ ، وشَيْخَانٌ - بالسَّكْرِ - ، وربما قيل : أشياخٌ ، وشَيْخَةٌ ، والشَّيْخُوخَةُ : مصدر شاخ يشيخ ، وامرأة شَيْخَةٌ ، والمَشِيخَةُ : اسم جمع للشيخ ، وجمعه مشايخٌ » .
المصباح (شيخ) .

(٢) وذكر المطرزي قولاً آخر : بأن « الشاب : بين الثلاثين إلى الأربعين » . المغرب (شيب) .

(٣) الشَّمَطُ - بفتح السين - : بياض شعر الرأس ، يخالطه سواده ، والرجل أشمط ، والمرأة شمطاء ، وقوم شُمَطَانٌ . انظر : الصحاح (شمط) .

(٤) في أ (يكون بقول) والمثبت من أ .



البلوغ ، ومن لم يبلغ فهو صبي و غلام ، فلا يسمى شاباً .

وأما الشاب : فهو عبارة عن البالغ إلى الثلاثين ؛ لأن ما زاد على الثلاثين هو كَهْلٌ ، وقد قال الله تعالى في عيسى ويحيى : ﴿ وَيُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلًا ﴾ [آل عمران : ٤٦] ، وقيل : إنه مات وسِنُّه ثلاث وثلاثون سنة ، فدل على أن ما زاد على الثلاثين كهل .

ثم جعل أبو يوسف الكهل والشيخ سواء فيما زاد على الخمسين ، وجعل الشيخ في الرواية الأخرى ما زاد على الأربعين .

وجعل محمد الكهل ما قبل الستين ، وما زاد على ذلك شيخاً ، وهذا صحيح ؛ لأن الشيخ والكهل يفترقان .

واعتبروا في رواية غَلْبَةِ الشَّيْبِ ، فقالوا فيمن غلب عليه الشيب بعد الأربعين : إنه شيخ ، وإن لم يغلب عليه الشيب فهو كَهْلٌ ، وهذا صحيح في العرف ؛ لأن الناس يعتبرون في التسمية غلبة الشيب .

فأما أهل اللغة ، فقد قال أبو حاتم : ثم قال بعض القدماء - ولم يسمه - : و غلام إلى أن يستوفي^(١) سبع عشرة سنة ، ثم هو شاب إلى أربعة وثلاثين ، ثم هو كهل إلى أحد وخمسين ، ثم هو شيخ إلى [آخر] عمره .

قال أبو حاتم : إذا حذب^(٢) فهو مسن ، فإذا ارتفع عن ذلك فهو مجن ومحم .

قال الأصمعي : كان يقال شباب المرأة من خمس عشرة سنة إلى الثلاثين ،

(١) في ل (يستتم)

(٢) «والحَدْبَةُ: التي في الظهر ، وقد حَدَبَ ظَهْرُهُ فهو حَدِبٌ» . الصحاح (حذب) .

وفيما بين الثلاثين إلى الأربعين مستمتع ، ثم قد ابتسلت ، والمعتبر في هذا هو العادة في التسمية .

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل أوصى لفلان ولعقب^(١) فلان رجل آخر ، قال: إن مات الموصي والموصى لعقبه حي ، فالوصية لعقبه باطلة ، والثالث لفلان الذي أوصى له ؛ لأن العقب في قول محمد إنما يكون بعد الموت ، فإن مات الموصى لعقبه قبل موت الموصي فالوصية جائزة ، ويكون الثلث لفلان ولعقب فلان على عدد الرؤوس .

وعقب فلان ولده من الذكور والإناث ، فإذا لم يكن له وَلَدٌ فولد وَلَدِهِ الذكور دون الإناث ، يعني ولد الإناث ؛ لأن ولد ابنه من الذكور والإناث عقب له ، فأما ولد بناته فليسوا من عَقْبِهِ .

والأصل في ذلك: أن العقب عبارة عمّن وجد من الولد بعد موت الإنسان ، فأما في حال حياته فليسوا بعقب له ؛ لأن العقب ما ثبت بعد غيره ، فأما ما وجد معه فلا يقال أنه بعقب .

فإذا مات الموصي ، والمُوصَى له لعقبه باق ، فهذا رجل أوصى بثلاث ماله لفلان ولعقب غير موجود ، فلا تقع به المشاركة ، فيبقى الثلث لفلان خاصة ، وأما إذا كان المُوصَى لعقبه قد مات قبل المُوصِي ، فقد وجد العقب ، فصحت المشاركة بهم .

(١) «والعقب - بكسر القاف أيضاً وبسكونها للتخفيف - : الولد وولد الولد» . كما في المصباح ؛ وفي المغرب: «عقب الرجل: نسله ، وفي الأجناس: هم أولاد الذكور ، وعن بعض الفقهاء: أولاد البنات عَقِب ؛ لقوله تعالى: ﴿ وَجَعَلَهَا كَلِمَةً بَاقِيَةً فِي عَقْبِهِ ﴾ [الزخرف: ٢٨] .

وإنما قدم ورثة الصُّلبِ على ولد الولد؛ لأن الاسم يتناول الأعلى فالأعلى، ألا ترى أن ولد الولد عقب لأبائهم، وآباؤهم عقب [لجدهم]^(١)، فإن عدم الآباء فالعقب ولد الولد؛ لأن الاسم يتناولهم، وإنما [لم] يدخل ولد البنات في ذلك؛ لأنهم عقب لأبائهم.

وسوى بين الذكور والإناث؛ لأن الاستحقاق قبل الوصية استحقاق بعقد، فيستوي فيه الذكر والأنثى كالهبة والبيع، وإنما سوى بين الموصى له بالثلث، وبين عقب فلان، وقسم على رؤوسهم؛ لأن الاسم يتناول جماعتهم، فصار كما لو قال [المُوصِي]: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وفلان، فيتساوون في الوصية.

ولو قال: أوصيت [بثلث مالي] لفلان ولورثة فلان، فإن مات الموصي قبل أن يموت الموصى لورثته، فإن الوصية لهم باطلة [والثلث لفلان إن مات الموصى لورثته قبل موت الموصي، ثم مات الموصي بعده، فإن] الثلث بين فلان وبين ورثة فلان على عدد الرؤوس؛ وذلك لأن الورثة لا يتناولهم الاسم إلا بعد موت المورث، وهم كالعقب.

وأما قوله: إن الوصية بينهم على عدد الرؤوس، فإنما يعني به: أن ورثة فلان يقاسمون الموصى له بالثلث برؤوسهم لمشاركتهم له في الوصية، فما أصابهم من ذلك قسموه بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه لما علق الوصية بالإرث، دل على أن معنى الإرث معتبر فيها.

وقد فرقوا بين الوصية لبني فلان وورثة فلان، فقالوا: إذا أوصى لبني

(١) في أ (لحيهم) والمثبت من ل.

فلان ، فالذكر والأنثى سواء ؛ لأن الاستحقاق بعقد يقتضي التساوي ، ولو أوصى لورثة فلان ، كان على التفاضل ؛ لأن تعليق الوصية باسم الإرث يقتضي اعتبار المواريث .

٢٧٧٩ - فَصْل : [الوصية لعصبة فلان]

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل أوصى لعصبة فلان ، فمات الموصي ، والموصى لعصبة حي ، فالوصية لعصبة جائزة ، وليس هذا كورثته ولعقبه ؛ لأن العصبة يتناولهم الاسم في حياة من هم عصبة له كما يتناولهم بعد موته ؛ ولهذا يقال: إن أولياء المرأة عصباتها ، وإذا تناولهم الاسم ، استحقوا الوصية .

فإن كان لفلان ابن وأب [فعصبته] ابنه دون أبيه ودون إخوته وعمومته ، فإن لم يكن له أب فأخوته عصبته دون عمومته ، وهذا على ترتيب التعصيب ، فالعصبة البنون ، ثم الآباء ، ثم الأجداد ، على قول أبي حنيفة ، ثم الإخوة ، ثم الأعمام ، لا يكون البعيد عصبة مع القريب .

٢٧٨٠ - فَصْل : [الوصية لرجل بخدمة عبده]

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة في رجل أوصى لرجل بخدمة عبده ، أو سكنى داره ، أو بعلّة بستانه ، ولم يوقت في ذلك [وقتاً] ، فإن ذلك جائز ، وينظر إلى قيمة الأعيان التي أوصى فيها بذلك ، فإن كانت رقابها مقدار الثلث جازت الوصية ، ولا يضم إلى ذلك قيمة الغلة ، ولا ما يكون منها من ثمره ، ولا إلى قيمة الخدمة والسكنى ، وإنما الأعيان برقبة كل شيء مما وقعت فيه الوصية دون غلته ومنفعته ، فإذا خرج ذلك من الثلث جازت الوصية في جميعه ،

[يستغل] ^(١) ذلك ما عاش ، ويسكن ما أوصى بسكناه ، ويستخدم ما أوصى بخدمته مدة حياته ، فإذا مات الموصى له بذلك بطلت الوصية ، وعاد الموصى به [٤٠٢/أ] إلى ملك ورثة الموصي ، ولم يكن شيء من ذلك موروثاً عن الموصى له ، إلا أن تكون الغلة قد حصل منها شيء قبل موت الموصى له ، فإن مات وفي النخل ثمر ، أو كان وجب بما يستغل أجر ، فهو لورثة الموصى له ، وما لم يحصل من ذلك إلا بعد موت الموصى له ، فهو لمورث الموصي .

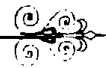
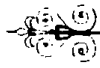
أما جواز الوصية بالسكنى والخدمة والركوب والغلة والثمرة خلاف ما قال ابن أبي ليلى: إن الوصية بالسكنى والخدمة والمنافع لا تجوز؛ فلأن المنافع يجوز أن تستحق بعقد الوقف ، وكذلك السكنى ، فجاز أن تستحق بالوصية ، كالثمرة والولد؛ ولأن الموصى له شريك الوارث [حكما] كما جاز أن يستحق الوارث منافع الأعيان ، فكذلك الموصى له؛ ولأن التملك في حال الحياة يصح في الأعيان ، ويصح في المنافع دون الأعيان ، فكذلك بعد الموت .

وأما ابن أبي ليلى [فإنه] يقول: إن الملك في المنافع لا ينتقل بالميراث؛ بدلالة الإجارة ، فكذلك لا ينتقل بالوصية .

فأما اعتبار خروج الرقاب من الثلث دون المنافع ، وإنما كان فلأن الموصي منع الرقاب عن الورثة ، فكأنه أوصاها بأعيانها؛ فلأنه لا يجوز أن يحبس عنهم ما زاد على الثلث إن لم يزل ملكهم عنهم ، ألا ترى أنه لو أجل ماله لم [يجز] ^(٢) تأجيله إلا في الثلث وإن كان ملكهم باقياً؛ لأن حبسه عنهم في مدة الأجل

(١) في أ (يستعمل) والمثبت من ل .

(٢) في أ (يحبس) والمثبت من ل .



[لا يجوز] ، فكذاك إذا أوصى لمنفعته .

وأما إذا مات الموصى له بطلت الوصية ؛ لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ، ويستحق المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقلت إلى ورثته استحقها الوارث ابتداءً من ملك الموصي ، ولم يرض له بشيء ، فلا يجوز ذلك .

وأما ما وجد من الثمر قبل الموت أو وجب من الأجر ، فذلك مال استحقه الموصى له ، فيملكه وارثه من جهته لا من جهة الموصي ، كما يملك سائر أمواله .

٢٧٨١ - فَصْل : [الوصية بأصواف غنمه وأشعارها]

ولو كان أوصى بثلثي غنمه ، أو بأصوافها ، أو أولادها ، أو أشعارها ، ثم مات الموصي ، فللموصى له من ذلك ما في ضروع الغنم وبطونها ، وما على ظهرها من الأصواف والأشعار يوم مات الموصي ، ولا يكون له غير ذلك مما يحدث بعد موته ، فذلك كله لورثة الموصي ؛ لأن الموجود أعيان يملكها الموصي ، وإنما لا يجوز عقده عليها لما في تسلمها من الحظر والجهالة ، وذلك لا يمنع من صحة الوصية .

فأما ما يحدث بعد الموت من اللبن والحمل والشعر ، فقال محمد : كان القياس أن يكون كالثمر إذا أوصى بثمره نخله ، فإما أن تبطل الوصية فيها ، أو يجوز فيها ؛ لأن كل واحد منهما عين معدومة فيه ، وهو نماء من ماله ، فجزياً مجزئاً واحداً ، إلا أنهم استحسنا فقالوا : إذا أوصى بثمره نخله ولا ثمرة فيها يوم الموت ، استحق الموصى له الثمرة التي تحدث ، وإذا أوصى بأولاد غنمه وشعورها وألبانها ، وليس من ذلك شيء يوم الموت ، لم يستحق الموصى له ما



يحدث منها ؛ لأن الثمرة والمنافع يجوز أن تستحق بعقد الوقف ، فجاز أن تستحق بالوصية ؛ لأن كل واحد منهما تصح مع الحظر .

فأما الأولاد والألبان والأصواف فلا يجوز أن يستحق بعقد الوقف ، فلم يكن لإجازة الوصي فيها [أصل] لمن جعل الوصية فرعاً له ، [فأبطل] ^(١) الوصية به .

٢٧٨٢ - فصل : [الوصية بالثمر أو الغلة للمساكين]

قال [أبو حنيفة] : وإذا أوصى بالثمر أو بالغلة للمساكين ، فالوصية جائزة ؛ وذلك للمساكين أبداً إذا كانت قيمة ذلك الشيء يخرج من ثلث ماله ؛ لأن المساكين يستحقون الثمرة بعقد الوقف ، فكذلك [بعقد] ^(٢) الوصية .

وقال أبو حنيفة : إن أوصى بسكنى داره ، أو بخدمة عبده ، أو بظهر فرسه للمساكين ، فالوصية باطلة ، فإن أوصى لإنسان بعينه جازت الوصية .

وقال أبو يوسف ومحمد : الوصية بذلك جائزة للمساكين .

وجه قول أبي حنيفة : أن إيجاب الحق في منفعة لا يجوز إثباته لغير عين ، أصله الإجارة والعارية ؛ ولأن الموصى له بالسكنى والركوب يلزمه النفقة على الدار والفرس ، فيصير ذلك في حكم [العوض] ^(٣) عن المنفعة ، [فالمعاوضة] ^(٤) لا تصح مع المجهول .

(١) في أ (فأطلق) والمثبت من ل .

(٢) في أ (بعد) والمثبت من ل .

(٣) في أ (المعوض) والمثبت من ل .

(٤) في أ (والمعلوم) والمثبت من ل .

وجه قولهما: قوله ﷺ: «أما خالد فقد حبس أدرعاً وأفراساً في سبيل الله»^(١)؛ ولأنه نماء في ماله كالثمرة، فإذا [جازت]^(٢) الوصية بالثمرة لغير عين، فكذلك المنفعة.

قال أبو حنيفة: فإن أوصى بذلك لإنسان بعينه، [فنفقته و]^(٣) كسوته وطعامه وما يصلحه على الموصى له؛ وذلك لأن المنفرد بالانتفاع دون الورثة، فصار في حكم المالك.

وأما على قولهما: إذا أوصى بذلك لغير عين فإنه يستغل، فيبرأ من غلته بعلفه وطعامه، فإذا اكتفى سلم إلى الموصى له، وكانت الوصية بالفاضل من غلته، وأجريا ذلك مجرى الوقف، أنه يجب أن يتدبى بعمارته على سبيله، وإن لم يذكرها الواقف، فكذلك قالوا في الدار إذا أوصى بسكنائها، [فانهدمت]^(٤)، أن القاضي يستغلها ويعمرها، ثم إذا استغنت عن العمارة سلمها إلى الموصى له كما قالوا في الوقف^(٥).



-
- (١) أخرجه البخاري تعليقاً في (باب ما قيل في درع النبي ﷺ) قبل (٧٧٥٨)؛ وأورده ابن حجر في تعليق التعليق، ٤٤٦/٣.
- (٢) في أ (كانت) والمثبت من ل.
- (٣) في أ (منفعة في) والمثبت من ل.
- (٤) في أ (فاسترمت) والمثبت من ل.
- (٥) انظر بالتفصيل: كتاب أحكام الأوقاف، للخصاص، ص ٣٨ وما بعدها (مكتبة الثقافة الدينية).



بَابُ

إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِثُلُثِ مَالِهِ أَوْ سُدُسِ مَالِهِ



[قال]: وإذا أوصى الرجل بثلث ماله، أو بسدسه، فإن ثلث ماله يوم تقع القسمة [بينه وبين] (١) الورثة، وما هلك من مال الموصي قبل موته وبعده قبل [القسمة] (٢) فلا وصية فيه، فله ثلث ما بقي يوم يقتسمون إذا كان أوصى بالثلث أو بالسدس؛ وذلك لأن الوصية عقد مضاف إلى الموت، فوجب أن يُعتبر سدس ماله أو ثلثه يوم يقع العقد، والعقد يقع عند الموت، فتتعلق (٣) الوصية فيما يملكه في [تلك] (٤) الحال، فما هلك [من المال] بعد ذلك هلك على الحقين؛ لأن المال مشترك بين الموصي له وبين الورثة، فالهالك يهلك على الحقين.

٢٧٨٣ - فَصْلُ: [الوصية بسدس شيء بعينه مما يقسم]

قال: وإن أوصى بسدس شيء بعينه مما يقسم دنانير أو دراهم، أو شيء من الكيل أو الوزن من جنس واحد، أو بقر أو غنم أو إبل، أو ثياب من جنس واحد، فقال: لك ثلث دراهمي أو دنانيري، أو طعامي أو ثيابي، فهلك ثلثا ذلك، وبقي ثلثه، فإن وصيته في الثلث الباقي كله لا ينقص من وصيته شيء.

قال في الجامع الصغير: عند أبي حنيفة في رجل أوصى بثلث ثلاثة دراهم،

(١) في أ (سدس) والمثبت من ل.

(٢) في أ (الوصية) والمثبت من ل.

(٣) في ل (فيتعلق بالوصية).

(٤) في أ (ملك) والمثبت من ل.

فهلك درهمان ، وبقي درهم ، وذلك الدرهم يخرج من ثلثه ، قال : يكون الدرهم كله له .

وكذلك لو أوصى له بثلث ثياب من صنف واحد ، فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه ، فله الثلث الباقي .

وإن قال : أوصيت له بثلث ثلاثة من الرقيق ، فهلك اثنان وبقي واحد ، لم يكن له إلا ثلثه ، وكذلك الدور المختلفة^(١) .

وقال في كتاب الأصل : في رجل أوصى بثلث غنمه أو بقره أو إبله ، أو طعامه ، أو بشيء مما يكال أو يوزن من صنف واحد ، [أو] أوصى بثلثه [فاستحق]^(٢) الثلثان من ذلك ، أو هلك وبقي الثلث ، وله مال كثير يخرج [ذلك] من ثلثه ، فإن الثلث الباقي من ذلك كله جائز الوصية .

قال : ألا ترى أنه لو أوصى بثلث هذه [الدار]^(٣) ، واستحق الثلثان منها ، وبقي الثلث ، وهي تخرج من ثلثه ، كان جائزاً إذا أوصى بثلث ثلاثة من الرقيق ، أو ثلث ثلاثة من الدور ، أو ثلث ثلاثة من الدواب ، فتختلف أجناسها ، فهلك اثنان [ب/٤٠٢] وبقي واحد ، وهذا الواحد يخرج من ثلثه ، فإنه لا يكون له إلا ثلث هذا الواحد من قبل أن هذا لا يقسم^(٤) .

والأصل في هذا : أن الوصية إذا تعلق بثلث شيء يصح قسمته ، فهلك

(١) انظر : الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ، ص ٦١٦ .

(٢) في أ (لم يستحق) والمثبت من ل .

(٣) في النسخ (الجارية) والمثبت من كتاب الأصل ، وهو المناسب لسياق العبارة .

(٤) انظر : الأصل ٥/٤٣٥ ، ٤٣٦ .

بعضه وبقي بعضه ، ومقدار الموصى به يخرج من ثلث ما بقي من مال الميت ، فإن الوصية تتعلق بثلث الباقي ؛ وذلك لأن هذا الثلث قد كان يجوز أن يستحقه الموصى له إذا وقعت القسمة بينه وبين الورثة ، فعلم أن الوصية متعلقة به ، وما تعلقت به الوصية إذا كان يخرج من ثلث الباقي من المال نفذت الوصية فيه ، ولم يعتبر هلاك ما هلك منه .

كما لو أوصى بثلث شيء بعينه ، فاستحق ثلثاه .

وليس كذلك إذا أوصى بثلث ثلاثة أشياء لا يقسم بعضها في بعض ، مثل الأجناس المختلفة ؛ لأن الباقي منها لا يجوز أن يستحقه الموصى له بالقسمة ؛ (لأن بعضها لا يقسم في بعض) ، فلم تكن الوصية متعلقة بالباقي ، فلم يجز أن يستحق الموصى له أكثر من ثلثه ، وهذا ظاهر في الأجناس المختلفة .

وأما الرقيق فهو صحيح على أصل أبي حنيفة ؛ لأن بعضه لا يقسم في بعض ، فالباقي منه لا يجوز أن يستحق الموصى له ، فلم تتعلق الوصية إلا بثلثه ، فكذلك الدور المختلفة .

وأما على أصل أبي يوسف ومحمد : فالدور تنقسم بعضها في بعض ، [والرقيق يقسم بعضه في بعض] ، فالواجب على قولهما أن يكون كالثياب والدواب .

ويجوز أن يقولوا : إن القسمة إنما تقع في الدور إن كان القاضي يرى ذلك مصلحة ، وإن كان الأصلح قسمة كل واحدة منها على الأفراد لم يقسم بعضها في بعض ، فضعف معنى القسمة فيها ، وفارقت ما يقسم بكل حال .

فأما الرقيق ، فإن كان يقسم عندهما متفاوتة تفاوتاً كثيراً ، فجرى مجرى الجنسين .

بَابُ الْوَصِيِّ وَالرَّدِّ

قال أبو الحسن: وإذا أوصى رجل إلى رجل وهو حاضر فقبّل الوصية في حياة الموصي، ثم مات الموصي فقد لزمته الوصية، فإن ردها في حياته في غير وجهه لم يكن رده رداً، وإن لم يقبل حتى مات الموصي فباع شيئاً من التركة جاز بيعه وقد لزمته الوصية.

والأصل في هذا: أن الوصيّ لا يلزمه الوصية إلا بقبوله، أو ما يجري مجرى قبوله؛ لأنه متبرع بالتصرف، والتبرع لا يلزم الإنسان إلا برضاه؛ ولأن الوصية في حال الحياة كالوكالة، فكما لا يلزم الوكيل التصرف بغير رضاه، فكذلك الموصي له.

وإنما صحّ قبول الوصية في حال حياة الموصي؛ لأن تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصي، فلو كان الرد والقبول في حال الحياة لا [يتعلق] ^(١) به حكم، لم يؤمن أن يموت الموصي، ولو لم تسلم وصيته إلى أحد فيكون في ذلك إضرار به؛ فلذلك جاز القبول والرد في حال الحياة.

فليس هذا بقبول الوصايا؛ [لأنه] ^(٢) لا يجوز إلا بعد الموت، فإن قبّل في حال الحياة أو ردّ لم يتعلق [بقبوله] ورده حكم؛ وذلك لأن استحقاق الوصية إنما هو لحق الموصي له، لا لحق الموصي فيه، فلم يحتج إلى تقديم القبول على

(١) في أ (يتفق) والمثبت من ل.

(٢) في أ (أنه) والمثبت من ل.

الموت ، فوقف على ما بعد الموت .

وأما إذا قَبِلَ الوَصِيُّ في حياة الموصي ، ثم ردّ بغير حضرته ، لم يكن ذلك ردًّا ؛ لأنه لما قَبِلَ الوصية فقد سكن الموصي إلى تصرفه ، فلو جاز له أن يخرج نفسه من الوصية بغير حضوره كان في ذلك تغرير بالموصي ؛ لأنه يموت ولا يوصي إلى أحد ، وهذا لا يجوز ، كما قالوا في الوكالة: إن الوكيل لا يملك عزل نفسه عنها بغير محضر من الموكل .

وأما إذا ردّ في وجهه بطلت الوصية ؛ لأنه متبرع بقبولها ، والمتبرع إن شاء أقام على التبرع ، وإن شاء رجع ؛ ولأن الإنسان قد يقبل الوصية ظنًّا منه أنه يقدر على القيام بها ، ثم يعلم أنه يعجز عن ذلك ، فلو لم يجز له الردّ أدّى إلى الإضرار بالوصي وبالورثة ، وهذا لا يصح .

وإنما لا يجوز رده في غير وجهه ؛ لما في ذلك من الغرور ، وهذا المعنى لا يوجد إذا رد في وجهه .

وأما إذا مات الموصي قَبْلَ القبول ، فتصرف الوصي في ذلك كالقبول ؛ لأن الوصية تمت من جهة الموصي ، وإنما وقفت على حق الوصي ، فتصرفه كقبوله .

أصله: البيع المشروط فيه الخيار للمشتري ، إذا تصرف قبل الإجازة .

وإذا قَبِلَ الوصي وتصرف بعد الموت ثم أراد أن يخرج نفسه من الوصية ، لم يجز ذلك إلا عند الحاكم ؛ لأنه التزم القيام بها ، فعزله نفسه بغير حضرة الموكل ، وأما إذا حضر عند الحاكم ، فالحاكم قائم مقام الموصي لعجزه عن استيفاء حقوقه ، فصار كالوكيل إذا عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإنما [جاز] (١)

(١) في أ (كان) والمثبت من ل .

للحاكم أن يقبل منه العزل ويقيم غيره مكانه ؛ لأنه متبرع بالتصرف ، وإن شاء بقي على التبرع ، وإن شاء رجع ؛ ولأننا لو ألزمناه التصرف مع طلبه العزل انقطع عن أموره ، فأضّر بنفسه ، أو أخل بالنظر في الوصية ، فأضّر بالميت ، فكان إقامة غيره مقامه أولى .

وقد قالوا: إن الوصي إذا حضر عند القاضي فأخرج نفسه ، نظر القاضي في حاله ، فإن كان مأموناً قادراً على التصرف لم يخرج به ؛ لأنه التزم القيام بالوصية ، وليس في بقاءه عليها ضرر في عمله ، فأما إذا عرف عجزه أو كثرة أشغاله ، فإنه يخرج به ؛ لأن في تبقّيته ضرراً به أو بالورثة .

٢٧٨٤ - فصل: [الموصي له لم يقبل الوصية]

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجل أوصى إلى رجل ، والموصي [له] حاضر ، فقال: لا أقبل ، فقال له الموصي: ما كان ظني بك ، إلى من أوصي إذا لم تقبل [وصيتي]؟! ، ثم قال: قبلت ، فسكت الموصي ثم مات الموصي ، قال: فهذا ليس بوصي ؛ لأن الإيجاب بطل بالرد ، فقبوله بعد ذلك حصل بغير الإيجاب ، فلا يتعلق به حكم .

٢٧٨٥ - فصل: [قبول الوصيّ الوصية بغير إيجاب من الموصي]

قال: وإن أوصى إليه وهو غائب عنه ، فقال: لا أقبل ، ثم قال: قد قبلت ، ثم مات الموصي ولم يقل شيئاً ، قال: ليس هو بوصي ؛ وذلك لأنه يملك الرد بغير محضر من الموصي ، إذا لم يتقدم ذلك [قبول] (٢) ، فبطل الإيجاب بالرد ،

(١) في أ (ونسي) والمثبت من ل .

(٢) في أ (قول) والمثبت من ل .

فلا يَصِحُّ القبول بعد ذلك إلا بالإيجاب .

٢٧٨٦ . فُصِّلَ : [رفض الموصي له الوصية أولاً ثم قبل]

قال في رواية ابن سماعة: وإذا أوصى إليه وهو غائب ، فبلغ ذلك الوصي بعد الموت ، فقال: لا أقبل ، ثم قال: قد قبلت ، فهو جائز ما لم يخرجهُ السلطان من الوصية قبل أن يقول: قد قبلت ؛ لأن الوصية قد تمت من جهة الموصي بما لا يلحقه الفسخ من جهته ، فلا يبطل بالرد إلا أن يبطلها القاضي ، كما لو تمت بالإيجاب والقبول ، وإذا لم تبطل جاز أن يرجع إلى القبول ، فإذا أخرجهُ القاضي فقد بطلت الوصية ، فإذا قَبِلَ مع بطلان الإيجاب لم يتعلق بقبوله شيء .

وقال في الأصل: إذا قبل الوصية فقد لزم ؛ وذلك لأنها صَحَّت من قبل الموصي ، وإنما وقفت على التزام الوصي ، وإذا قَبِلَ [فقد]^(١) التزم ، فتجب الوصية .

قال: فإن لم يقبلها في حياة الموصي حتى مات ، فهو بالخيار: إن شاء قبل وكان وصياً ، وإن شاء ردّ ذلك ؛ لأنه متبرع ، فالخيار إليه في التزام التصرف أو في ردّه^(٢) .

وذكر بعد هذا رواية [٤٠٣/أ] الحسن ، وقد ذكرنا وجهها ، ثم قال فيها: إذا قَبِلَ في غير وجه الموصي لم يكن له أن يخرج إلا في وجهه ؛ وذلك لأن العقد تم بالإيجاب والقبول ، فلا يجوز له فسخه بغير علم الموصي ، كما لو قبل في وجهه .

(١) في أ (هذا) والمثبت من ل .

(٢) انظر: الأصل ٤٩٤/٥ .

وذكر عن زفر: أنه إذا قَبِلَ الوصية بغير محضر من الموصي ثم رَدَّها، فردَّه صحيح، وليس له أن يقبل بعد ذلك؛ وذلك لأن الموصي إذا لم يعلم بقبوله فليس في إبطاله الوصية تغرير به، فجاز له الرد في غير وجهه، كما يجوز قبل القبول.

وما ذكر بعد هذا من الروايات عن زفر، فقد تكلمنا على وجهها.

قال: وإن لم يعلم القاضي أن له وصيًا، فنصب له وصيًا، ثم حضر الوصي فأراد الدخول في الوصية، فله ذلك، وليس هذا الفعل بإخراج من الوصية، ويخرج القاضي عنه الوصِّي الذي نصب؛ وذلك لأن نصب الموصي بوصي آخر لا يخرج الأول من الوصية، فنصب القاضي أولى، وإذا ثبت أن هذا ليس بإبطال للوصية [الأولى]^(١)، وحكم الوصي الذي نصبه القاضي من الأمانة حكم وصي الميت، وقد انضم إلى وصي الميت اختيار الميت له، فكان أولى.

٢٧٨٧ - فَصْل: [إخراج القاضي الوصِّي من الوصية]

[وليس للقاضي أن يخرج الوصِّي من الوصية، ولا يُدخل معه غيره إلا أن تظهر منه خيانة، أو يكون فاسقًا معروفًا بالشر، فيخرجه وينصب غيره، فإن كان ثقة وهو ضعيف أدخل معه غيره؛ لأنه إذا كان ثقة عدلاً قادراً على التصرف، فالقاضي إنما ينصب من هو بمثابته، ممن رضي الميت بتصرفه]^(٢).

وأما إذا كان خائنًا، ففي تبقيته إلحاق ضرر بالميت، والميت لا يقدر على

(١) في أ (أولى) والمثبت من ل.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من ل.



استدراك حقه ، فأقيم القاضي مقامه في عزله ، فكذلك الفاسق ؛ لأنه غير مؤتمن في [مال] ^(١) الميت .

فأما الضعيف فهو مؤتمن ؛ إلا أنه لا ينهض بالتصرف ، فيضم القاضي [إليه غيره] ^(٢) ليستوفي حظ الميت من التصرف [المقصود] ^(٣) ، ولا يجوز إخراجه ؛ لأنه ليس في تبقيته ضرر ، وقد رضي الميت برأيه . [والله أعلم] ^(٤) .



-
- (١) في أ (ملك) والمثبت من ل .
 (٢) في أ (الدعوة) والمثبت من ل .
 (٣) في أ (المعمول) والمثبت من ل .
 (٤) انظر: الأصل ٤٩٤/٥ .

بَابُ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْأَوْصِيَاءِ



قال ابن سماعه عن أبي يوسف في الإملاء: في رجل أوصى إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، فهما وصيان جميعاً ؛ وذلك لأن الموصي يملك أن يرجع عن الوصية إلى الأول ؛ لأنه أقامه مقام نفسه في التصرف كالوكيل ، ويملك أن يشرك معه غيره ؛ لأن في الاشتراك تغيير تصرفه ، فإذا ملك إبطال تصرفه ، ملك تغييراً .

إذا أوصى إلى آخر ولم يرجع عن الوصية إلى الأول ، صار حكم الثاني حكم الأول ، فافتضى ذلك اشتراكهما في الوصية .

قال: فإن قال: إن حدث بي حدثٌ من مرضي هذا ، أو حدث بي حدث من وجهي هذا ، فبرئ من ذلك المرض ، ورجع من ذلك الوجه ، فإن الوصية قد بطلت عن هذا الوصي .

وكذلك كل وصية أوصى بها من صدقة ، أو صلة ، أو حج ، أو عتاق ، فإن رجع من ذلك الوجه بطل ذلك ، وكذلك إذا برئ من ذلك المرض ؛ وذلك لأن الوصية يصح تعليقها بالشروط ، فإذا علقها بشرط اختصت به ، وبطلت ببطلانه كالوكالة والطلاق ، وسائر ما يتعلق بالشروط .

قال: فإن لم يرجع من ذلك الوجه أو لم يبرأ من ذلك المرض ، فالوصية جائزة بالذي أوصى به ، وإلى من أوصى [به] ، فإن حدث بعد ذلك حدث الموت ، أو من ذلك الوجه ، أو قبل شخوصه فهو واحد ؛ وذلك لأنه أطلق

الوصية ، فتعلقت بالموت على عموم أحواله ، فاستوى الموت من ذلك المرض الذي هو فيه ومن غيره .

قال أبو حنيفة: إذا أوصى إلى رجل بدين ، وإلى آخر بأن يعتق عنه ، فهما وصيان في كل شيء .

قال: وإن أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل ، وبنصيب من بقي إلى آخر ، فهما يشتركان في ذلك كله .

وقال أبو يوسف خلاف ذلك ، [فإن] كل واحد منهما وصي على ما سمي له ؛ [لأنه] لا يدخل مع الآخر .

إن أوصى بميراثه في بلد إلى رجل ، وبميراثه في بلد آخر إلى رجل آخر ، فهو كمثل ذلك .

وذكر في الباب [الثاني] هذه المسألة ، فقال: في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: كل واحد منهما وصي في الجميع .

وقال محمد: كل واحد منهما وصي فيما جعل إليه خاصة ، وهذا هو المشهور من الخلاف ، وذلك رواية أخرى عن أبي يوسف .

وجه قول أبي حنيفة: المشهور أن الوصي يتصرف من طريق الولاية ؛ بدلالة أنه يتصرف مع انقطاع أمر الموصي ، والولاية لا تنتقض كولاية الأب والجد ، وليس هذا كالوكالة ؛ لأنه تصرف بالأمر ، والأمر خاص ، وعلى هذا ولاية القاضي يجوز أن يختص ؛ لأن ولايته مستفادة من الأمانة ، فهو [ينصرف] مع بقاء أمره

كالوكالة؛ ولأن الوصية تصح بقول الموصي: أوصي لك^(١)، وإن لم يبين ما أوصى فيه، فالتعيين بعد ذلك لا يحتاج إليه، فيلغو؛ لأن كل تعيين من العقود لا يحتاج إليه يسقط حكمه، وليس كذلك الوكالة؛ لأنه لو قال: وكلتك، لم يصح حتى يبين ما يوكله فيه، فلذلك تعلق بالتعيين فائدة، وعلى هذا ولاية القاضي لا تصح مطلقة، فتعلق بالتعيين فيها فائدة.

وجه قول محمد: أن الوصي يتصرف من طريق الأمر، فحل محلّ الوكيل؛ ولأنه يستفيد الولاية بالأمر كالحاكم، فكما أن ولاية الحاكم يجوز أن تختص، فكذلك ولاية الوصي.

٢٧٨٨ - فَصْل: [جعل الوصاية لرجل ثم تعليقه بآخر إذا قدم]

قال: ولو أوصى بوصية إلى رجل فقال: إذا قدم فلان فهو وصيي دون هذا، فذلك سواء في القولين جميعاً، في قول أبي يوسف: على ما سماه، وفي قول أبي حنيفة: هما مشتركان، قال ﷺ: يعني أنه أوصى بعد قدوم فلان وقبّله.

فوجه قول أبي حنيفة: أن التصرف من طريق الولاية فإذا لم يختص بنوع دون نوع لم يصح تخصيصه بزمان دون زمان، وإذا بطل التخصيص كان وصياً في جميع الأوقات، وشاركه الآخر في الوصية عند وجود الشرط، وهو القدوم. وعلى أصل محمد ومذهب أبي يوسف في هذه الرواية: أن التصرف يجوز أن يختص بنوع دون نوع، وكذلك يجوز أن يختص بمدة دون مدة، كتصرف الوكيل.

(١) في ل (أوصيت إليك).



قال: وسمعت أبا يوسف قال: ولو أوصى إلى رجل وكان الميت وصياً
لآخر، فإن أبا حنيفة قال: الآخر وصي لهما جميعاً.

وقال ابن أبي ليلى: هو وصي للآخر دون الأول إلا أن يسمي وصية الأول.

وقال أبو يوسف: إذا أوصى إليه في تركته فسمها، أو في عياله فسمّاهم،
لم يكن وصياً للأول، فإذا أوصى إليه في كل شيء فهو وصي للأول.

وجه قول أبي حنيفة: أنه نقل إليه الولاية فيما [يصح]^(١) النقل فيه، وقد
كان يلي على ولده وعلى ولد الميت الأول، [فانتقل]^(٢) إليه على ذلك الوجه،
ولا تلزمه الولاية في النكاح؛ لأنها [لا] تنتقل بالنقل، فلا يملكها.

وأما أبو يوسف على هذه الرواية: فقد جوّز أن تقع الوصية خاصة، فإذا
سمّى مالاً بعينه اختصت بتصرف الوصي بذلك دون مال الموصي الأول، فإذا
أطلق اقتضى التصرف [في كل ما كان يملكه الميت]^(٣) التصرف فيه فما يجوز
انتقاله انتقل.

وقال ابن أبي ليلى: الوصية تقتضي التصرف في حقوق الموصي،
والتصرف في حق الميت الأول ليس من حقوقه، فلا يدخل في إطلاق الوصية
حتى [ينص]^(٤) عليها.

وهذا فرع على أن الوصي يملك أن يوصي؛ والدليل عليه أن الوصي قائم

(١) في أ (لا يصح) والمثبت من ل.

(٢) في أ (ما ينتقل) والمثبت من ل.

(٣) في ل (من كل مال كان للميت يملك).

(٤) في أ (يتقدم) والمثبت من ل.

في الولاية مقام الأب ، فصار كالجد ؛ ولأنه تصرف بالولاية على ما قدمنا كالجد .

٢٧٨٩ - **فصل:** [التصرف في جعل الوصاية لرجلين فمات أحدهما]

قال أبو حنيفة: إذا أوصى إلى رجلين ، فمات أحدهما أو أبى أن يقبل ، أدخل مكانه وصياً مع الباقي ، وكذلك قال أبو يوسف .

فأما أبو حنيفة: فمن أصله أن أحد الوصيين لا يجوز له أن ينفرد بالتصرف ، فلا بد من ضم غيره إليه ، وقد عجز الميت عن [٤٠٣/ب] نصب وصي ، فقام الحاكم مقامه .

فأما أبو يوسف: فمن أصله أن أحد الوصيين يجوز تصرفه ، ولا يحتاج [القاضي] إلى نصب وصي آخر في جواز تصرف هذا الباقي ؛ إلا أنه ينصبه ؛ لأن الميت أقام مقام نفسه اثنين ، ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ، فكان على القاضي أن يفعل ما اختار الميت أن يفعله في ماله ، (وهذا على المشهور من روايته) (١)(٢) .



(١) ساقطة من ل .

(٢) انظر: الأصل ٤٩٢/٥ ، ٤٩٣ .

بَابُ الرجل يوصي في بعض ماله

قال [في الأصل]: في رجل أوصى إلى رجل بماله فهو وصيُّه في ماله وولده؛ [لأن الوصية لا تميز] بعض هذا من بعض، ألا ترى أنه ينفق على ولده.

قال ﷺ: وهذا ينبغي أن يكون على قولهم؛ لأن الوصية في المال إنما هي لحق الولد، فكأنه قال: أوصيت من مالي وولدي.

قال: وإذا أوصى رجل إلى رجل فقال: فلان وصيِّي حتى يَقدِّم فلان [ثم] الوصية إلى فلان، فهو كما أوصى، وقد بيَّنا في الباب الأول من مذهب أبي حنيفة أنهما يشتركان في الوصية؛ وأن الوصية عنده لا تختص بزمان، وذكرنا في قول أبي يوسف: لأن الأول يخرج من الوصية بقدوم الثاني، فهذا الذي حكاه في الأصل قول أبي يوسف خاصة.

ويجوز أن يكون قوله: فهو كما أوصى، يعني: أن الثاني وصيٌّ، وإن كان هذا مخالفاً في قول أبي حنيفة، [لتلك] ^(١) الرواية.

ووجهه: أنه عَزَلَ الوَصِيَّ عن الوصية بشرط قدوم الآخر، والوصية تجوز أن يتوقت [حكما] ^(٢)، ألا ترى أنها تَتَوَقَّتُ ببلوغ الولد، وكذلك يجوز أن يوقتها القدوم.

(١) في أ (كذلك) والمثبت من ل.

(٢) في أ (حكما) والمثبت من ل.

٢٧٩٠ - فُصِّل: [جعل الوصاية لرجل والتقاضي لآخر]

قال: وإذا أوصى بالمال العين إلى رجل، وبتقاضي الدين إلى رجل آخر، فهما وصيّان جميعاً في العين والدين في قول أبي حنيفة، وإذا أوصى ببعض ولده وميراثهم [إلى رجل، وبقية] ^(١) ولده ومالهم إلى آخر، فهما وصيّان جميعاً في جميع الولد والمال، استحسَن ذلك، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: كلُّ [واحد منهما] وصي فيما أوصي إليه [به]، وقد بيَّنا هذه المسألة.

٢٧٩١ - فُصِّل: [حصر الوصاية في التقاضي بالدين]

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمداً [يقول]: في رجل أوصى إلى رجل فقال: لقد أوصيت إلى فلان بتقاضي ديني ولم أوص إليه بغير ذلك، وأوصيت في جميع مالي حفظه والنفقة على ورثتي والقيام به فلاناً.

قال أبو حنيفة: هما وصيان جميعاً، [وبذلك] قال أبو يوسف، وهذا صحيح؛ لأن الوصية عندهما إذا لم تتبع في بعض التصرف، [فلا فرق بين إطلاقها وبين تخصيصها في البعض في جواز التصرف في] ^(٢) غير المذكور، كالعفو عن دم العمد: لما لم يتبع في كان لا فرق بين أن يقول: عفو عن بعض الدم - أو يقول: عن الدم - ولم أعف عن الباقي.

قال أبو حنيفة: لا يجوز لواحد منهما [أن يتصرّف] ^(٣) دون صاحبه من شراء

(١) في أ (وبنفقة) والمثبت من ل.

(٢) النص في أ: (والفرق بين اختلافهما وبين نفي النص من) والمثبت من ل.

(٣) في أ (شيء) والمثبت من ل.



ولا بيع ولا تقاضي دين [يعني] قبضه ، وقال أبو يوسف: يجوز لكل واحد منهما ما صنع من ذلك .

قال ابن رستم: قال محمد: قال أبو حنيفة: يجوز فعل أحد الوصيين في خمسة أشياء: الشراء للكسوة والطعام ، وتنفيذ الوصية ، وشراء الكفن ، وتقاضي الدين ، ويكون خصماً عن الميت ، فهذه الخمسة الأشياء يجوز فيها فعله وحده ، وهو قول محمد .

وجملة هذا: أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه ، إلا فيما في تأخيره ضرر ، أو [فيما] في اجتماعهما عليه ضرر ، أو فيما لا يفتقر إلى الرأي ، وهذا كسواء الكفن ، وشراء الطعام ، والكسوة للصغار ، [الخصومة] وتنفيذ وصيته بعينها ، وعتق عبد بعينه ، وقضاء الدين .

وقال أبو يوسف: لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف .

وجه قولهما: أن الميت رضي برأيهما ، ولم يرض برأي أحدهما ، ورأي الاثنين مخالف لرأي الواحد ، فلم يجز انفراد أحدهما [كالوكيلين] ^(١) .

ولا يقال: إن تصرفهما من طريق الولاية ؛ لأن الولاية إذا تعلقت بسبب متبعض جاز أن يعتبر فيها الاشتراك ، كولاية الموليين على تزويج الأمة .

وقد روي عن أبي حنيفة في الابن إذا كان له أبوان: أن أحدهما لا يجوز أن ينفرد بالتصرف دون الآخر ، فعلى هذه الرواية قد أجرى تصرف أحد الوصيين مجرى تصرف أحد الأبوين .

(١) في أ (الوكيل) والمثبت من ل .

وقال في الرواية الأخرى: يجوز لكل واحد من الأبوين أن ينفرد بالتصرف؛ لأنه يتصرف [بالولاية]^(١)، وهو أب كامل في حق الولد، والوصي يتصرف بالتفويض، فوجب أن يعتبر الصفة التي فوض إليه.

وأما الكفن والطعام والكسوة؛ فلأن في تأخيرها حتى يحضر الآخر ضرر؛ إذ الموصي قصد بجمعهما الاحتياط، ولم يقصد الإضرار، وكذلك الخصومة؛ لأنهما إذا اجتمعا [فيها] لم يفهم عن واحد منهما، وكان في اجتماعهما ضرر.

وأما تنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، ورَدَّ وديعة؛ فلأنه لا [يفتقر]^(٢) إلى الرأي، واجتماعهما [فيه] إنما يحتاج إليه للرأي.

وأما قضاء الدين؛ فلأن الذي له الدين لو تناوله من مال الميت جاز، [ففعل]^(٣) أحد الوصيين لا يكون بأقل من فعل الغريم.

وجه قول أبي يوسف: أن الوصي يتصرف بالولاية، فهما كالوليَّين في النكاح، فينفرد كل واحد منهما بالتصرف، [وأما] إذا مات الرجل ولم يوص إلى أحد وله أب وأولاد صغار، والأب مأمون، فالأب في ذلك بمنزلة الوصي الذي يوصي إليه الأب، فإن مات الجد فأوصى إلى رجل، جاز ذلك، وكان وصي الجد بمنزلة وصي الأب إذا لم يكن للأب وصي.

وقال مالك: لا يملك الجد الولاية في مال الصغير.

لنا: أن الجد [عصبة] بالولاء كالأب؛ ولأنه يجري مجرى الأب من الشفقة

(١) في أ (بالأبوة) والمثبت من ل.

(٢) في أ (يقف) والمثبت من ل.

(٣) في أ (فيقول) والمثبت من ل.

وزوال التُّهْم ، فيجري مجراه من الولاية ؛ ولأنه لا يحد بوطء جارية ابنه ، ولا يقتل بالأب ، وإذا ثبت أنه كالأب في باب الولاية ، كان وصيه في مكانه^(١) .

قال: ووصي الأب أولى من الجد ؛ لأن وصي الأب انتقلت إليه ولاية الأب ، وهي مقدمة على ولاية الجد .

قال: ولو أن رجلاً مات وأوصى إلى وصي ، ثم مات للميت ابن كبير [له ولد] ولم يصر وصيُّ الجد وصياً لهم ؛ لأن الميت لم تكن له ولاية على ابنه الكبير ، فوصيته بمثابته ، فلا يثبت له على ولده ولاية .

قال: ولو مات الابن أولاً وترك أولاداً صغاراً ، أو ترك أباه ثم مات أبوه ، فأوصى بهم ، كان وصياً لهم ؛ لأن موت الابن لمّا تقدم وليّ الجد على ولده ، فانتقلت ولايته إلى وصيه .

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف: في الجد يجوز شراؤه من ولد ولده وبيعه منهم ، كما يجوز شراء الأب من ولده الصغير وبيعه ، [كما يجوز شراء الأب في مال ولده الصغير وبيعه] ، وهذا صحيح ؛ لأن ولاية الجد ثابتة ، وهو غير متهم في حقه ، فصار كالأب^(٢) .



(١) في ل (بمثابته كالأب) .

(٢) انظر: الأصل ٤٩٦/٥ وما بعدها .

بَاب

الوصية بخدمة العبد لرجل وبرقبته لآخر أو بعلّة بستانه لرجل وبرقبته لآخر



[٤٠٤/أ] قال: وإذا كان لرجل بستان أو عبد أو أمة أو أرض، فأوصى برقبة البستان لرجل، وبثمرته لآخر، أو برقبة الأرض لرجل وبغلتها لآخر، أو أوصى بالعبد لرجل وبخدمته لآخر، فذلك جائز^(١).

وكذلك لو كانت له دار فأوصى بسكناها لرجل أو بغلتها أو بخدمة عبده أو بما في بطن جاريته، ولم يوص من الرقبة بشيء، فذلك جائز.

قال ﷺ: الأصل في هذا ما بيّنّا: أن عقد الوصية يجوز أن يتناول الثمّرة والمنفعة والعلّة التي هي بدل المنفعة، فجاز أن يتناول الوصية الرقبة على الأرض على الانفراد، وهذه الأشياء على الانفراد، ألا ترى أنه إذا أوصى بها منفردة انتقل الملك في الرقاب إلى الورثة دون النماء، فإذا أوصى بها على الانفراد، وهذا على الانفراد انتقل إلى الموصى له الرقاب دون النماء، وهو يملك بالموت كالورثة، فيجوز أن ينتقل إليه ما ينتقل إليهم.

وعلى هذا الحمل لما جاز أن ينفرد بالوصية ويملك الورثة الأمّ دونه، جاز أن يوصى بها لواحد وبالحمل لآخر، فينتقل الملك إلى كل واحد منهما مما أوصى له به.

(١) انظر: الأصل ٤٥٩/٥.

وقال ابن أبي ليلى فيما ذكر عنه^(١) أبو يوسف: إذا أوصى بسكنى داره لرجل ، وليس له مال غيرها ، ولم تجز الورثة ، أن الوصية باطلة .

وقال أبو حنيفة: الوصية جائزة ، ويسكن الموصى له بالسكنى ثلث الدار ، وتسكن الورثة الثلثين حتى يموت الموصى له ، فيرجع إلى الورثة .

وجه قول أبي حنيفة: أنه لو عقد على رقبة الدار جازت الوصية في ثلثها ، وكذلك إذا عقد على منافعها جازت من الثلث ؛ لأنه لا يملك إنفاق كل التركة عن ورثته ، كما لا يملك الوصية بجميع التركة^(٢) ، وإذا نفذت الوصية في الثلث وجب أن تقع المهايأة بين الورثة وبين الموصى له ، والدار على سكنها لهم جميعاً ، فيسكن كل واحد منهم بقدر حقه .

وأما العبد الموصى له بخدمته ، فلا يمكن أن يخدمهم في حالة واحدة ، فالمهايأة^(٣) فيه تقع على الأيام ، فيخدم الورثة [يومين] والموصى له يوماً .

وأما ابن أبي ليلى فإنه يقول: إن الوصية لما بطلت في ثلثي المنافع ، صارت مشاعة ، والإشاعة تؤثر في المنافع كالإجارة .

[قال أبو حنيفة: ليس للورثة أن يبيعوا الثلثين ولا أن يقسموا .

وقال أبو يوسف: لهم أن يبيعوا الثلثين ولهم أن يقسموا ، فيعزل لصاحب

(١) في ل (فيما ذكر عن أبي يوسف) .

(٢) في ل (المال) .

(٣) المهايأة لغة: المناوبة ، وهي عند الفقهاء: «قسمة المنافع على التعاقب والتناوب» ، كما ورد في التعريفات (مهايأة) . وذلك: بأن يتواضع المتشاركون على أمر فيتراضوا به ، بمعنى: أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها . وقسم بعضهم المهايأة إلى نوعين: زمانية ، ومكانية . انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٤٤٨ .

الوصية الثلث .

لأبي حنيفة: أن حق الموصى له متعلق بمنافع الجملة على الإشاعة ، فيمنع ذلك البيع كالأجازة^(١) .

وأما القسمة ؛ فلأننا لو قسمنا لسقط حق الموصى له عن الثلثين ، ويجوز أن [يؤخر] الثلث [المفرز] له فيتعلق [حقه] بالباقي ، فلا تجوز القسمة .

وجه قول أبي يوسف: أن الوصية لما تعلق بالثلث ، وجب أن [يفرز]^(٢) حق الورثة من الأصل ، ليتصرفوا فيه بما شاءوا ، ولا حق للموصى له [فيه] ؛ ولأننا لو منعنا البيع [لوقفه]^(٣) جميع التركة على الورثة ، والموصى لا يملك ذلك .

٢٧٩٢ - فُصِّلَ : [القسمة في الوصية بغلة الدار]

قال أبو حنيفة: إذا أوصى بغلة الدار ، قاسموه الغلة ، وأعطوه ثلثها ، ولا أقسم [نفس]^(٤) الدار . وهذا صحيح ؛ لأن الغلة أعيان يمكن وقوع القسمة فيها ، ولا تحتاج إلى قسمة الأصل ، وأما المنافع فلا يمكن القسمة فيها ، فلا بد من تمييز الأصل بالمهاياة .

وقال أبو يوسف: أقسم الدار وأدفع إلى الموصى له بالغلة الثلث منها مستغلة ، حتى لا يقف جميع التركة على الورثة .

قال أبو الحسن: وقول محمد مثل قول أبي يوسف .

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ والمثبت من ل .

(٢) في أ (يعرف) والمثبت من ل .

(٣) في أ (لوقعت) والمثبت من ل .

(٤) في أ (لغير) والمثبت من ل .

ولو أوصى بخدمة العبد، ولا مال له غيره، خدَم الوَرَثةَ يومين والمُوصَى له يوماً؛ لما بَيَّنَّا أن القسمة لا يمكن في العبد إلا على هذا الوجه، لاستحالة أن يفعل الخدمتين في زمان واحد.

ولو أوصى بغلة العبد: اقتسموا الغلة؛ لأنها أعيان يمكن إيقاع القسمة عليها، ولا يحتاج إلى قسمة الأصل.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز لهم بيع ثلثي العبد لتعلق حق الموصى له بمنافعه.

وقال أبو يوسف ومحمد: لهم ذلك؛ لأنه^(١) يجوز إبقاء جميع التركة عليهم.

قال: ومن أوصى له بغلَّة داره، أو أرضه، أو بخدمة عبده، فنفقة العبد على الموصى له بمنافعه، وعليه النفقة وجميع ما يصلح الدار والأرض، وليس على صاحب الرقبة من ذلك شيء.

قال رحمه الله تعالى: لأن صاحب الرقبة ممنوع من الانتفاع بها بغير الدار^(٢)، فلا يلزمه النفقة، كما لا يلزم الزوج نفقة المرأة الناشزة، وليس هذا كالمؤجر والراهن؛ لأنهما منعا من الانتفاع بإيجابهما، فلم يسقط ذلك النفقة عنهما؛ ولأن حبس المستأجر لمنفعة المؤجر هو سلامة الأجرة، وقبض المرتهن لحق الراهن؛ لأن الدين سقط عنه بالهلاك، وأما صاحب المنفعة فإنه [لا] يستحق منافع العين بغير عوض، فكانت النفقة عليه كالزوج.

٢٧٩٣ - فَصْل: [الوصية بسعف النخل]

قال أبو يوسف: ولو أوصى بسعف نخل له لفلان، أجزت ذلك، وقطعت السعف.

(١) في ل (لا يجوز).

(٢) في ل (بغير إيجابه).

ولو أوصى لرجل برجلٍ شاةً أبطلت ذلك؛ وذلك لأن السعف يجوز استحقاقه بعقد البيع، فجاز استحقاقه بعقد الوصية، ورجل الشاة لا يجوز استحقاقها بعقد من العقود^(١)، فلا يجوز استحقاقها بالوصية؛ ولأن تسليم السعف ممكن، [وتسليم]^(٢) عضو من الحيوان متعذر.

٢٧٩٤ - فَصْل: [العبرة في الوصية إطلاق الاسم في العرف]

قال: ولو أوصى بغلة أمته لم يكن للموصى له من ولدها شيء، ولو أوصى له بغلة نخله كان له الثمرة؛ لأن المعتبر إطلاق الاسم في العرف، وغلة الدار والعبد اسم لبدل منافعها، وغلة الأراضي والنخل والشجر عبارة عن ثمارها وزروعها، وغلة الجارية عبارة عن بدل منافعها، فأما الولد فالاسم لا يتناوله، فوجب أن يحمل الاسم على مقتضاه، وقد قال ﷺ: «الخراج بالضمان^(٣)»، والغلة بالضمان» ففهم من هذا المنافع وبدلها، ولم يفهم منه الولد.

قال: ولو أوصى بثمرة بستانه، وفيه ثمرة، فله الثمرة الموجودة يوم الموت، وليس له ما يحدث بعدها؛ لأن الثمرة في الحقيقة اسم الموجود، والمعدوم يتناول الاسم على سبيل المجاز، فإذا تناول الاسم الحقيقة لم يجز أن يتناول المجاز.

وأما إذا لم يكن في البستان ثمرة يوم الموت، فله المستقبل^(٤)؛ لأن الحقيقة قد سقط اعتبارها، فوجب حمل الوصية على المجاز، وليس سنة أولى

(١) في ل (وأعضاء الشاة لا تستحق).

(٢) في أ (وتقسيم) والمثبت من ل.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١٠) وقال: «إسناد ليس بذلك»؛ والترمذي (١٢٨٥) وقال: «حسن صحيح»؛

والنسائي في (الكبرى) (٦٠٨١)؛ وابن ماجه (٢٢٤٣)؛ والبيهقي في الكبرى ٣٢١/٥.

(٤) في ل (ما يحدث أبداً).



من سنّة ، فحمل على عموم السنّين .

وليس هذا كالوصية بغلة البستان إذا كان فيه ثمرة عند الموت ، أن الوصية تتناول الموجود وما يحدث أبداً ؛ لأن اسم الغلة تتناول الأعيان ، وما يوجد في الثاني على طريق الحقيقة ، فوجب حمل الاسم على جميع ذلك .

٢٧٩٥ - فصل : [الوصية بثمره البستان ولا مال له غيره]

قال : وإن أوصى بثمره بستانه ولا مال له غيره ، فللموصى له ثلث الثمرة ؛ لأنه لا يملك إيجاب الحق في أكثر من ثلث ماله ، والثمرة غير موجودة يمكن القسمة فيها ، فاستحق ثلث كل ما يوجد منها .

قال : وإن مات الموصى له بعدما أثمر النخل فجميعه للورثة ؛ لأنه ملك بظهورها ، ومن ملك عيناً من الأعيان بالوصية ، انتقل الملك فيها إلى الورثة .

وأما إن مات قبل أن تثمر فقد بطلت الوصية ؛ لأن الموصى لم يوجب الحق من ذلك إلا للميت ، فلو بقيت الوصية لاستحقها [٤٠٤/ب] ورثته من ملك الموصى ابتداءً ، وهو لم يوجب لهم الحق فيها .

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف : في رجل أوصى بخاتم لرجل ، ولآخر بفصّه ، فالحلقة لصاحب الوصية بالخاتم ، والفص للآخر ، ولا يشتركان ؛ لأن الخاتم اسم للحلقة ، وإنما يدخل الفص في الوصية إذا أطلقها على طريق التبع ، فإذا أفرد [الفص] ^(١) بوصية أخرى ؛ خرج من أن يكون تابعاً ، فاستحقه الموصى [له] الثاني دون الأول .

(١) في أ (الوصية) والمثبت من ل .

[وعند محمد: كل شيء يحتمل الاستثناء للورثة، جاز المتبوع للذي أوصى به، والتبع بينهما نصفان، يعني: في الخاتم والفص، والجارية والنخل، والدار والبناء، إذا كانت منفصلة بالوصية ونحوها، وما لا يحتمل الاستثناء، فلكل واحدٍ ما أوصى، مثل العبد والخدمة، والدار والسكنى.]

لمحمد: أنه أوصى بالأصل لرجل، وفرعه مما يجوز استثناءه للورثة ولم يستثن، صار كأنه [أوصى]^(١) بالفرع له أيضاً باللفظ، فلما أوصى بالبناء لآخر، فقد اجتمعت في البناء وصيتان، فيجعل بينهما نصفان، بخلاف الغلة والخدمة، فإذا أوصى بالعبد لرجل وبالخدمة لآخر، وهذا مما لا يجوز استثناءه للورثة، فيكون الكل لصاحب الأصل، فإذا أوصى بالخدمة لآخر، فقد وجد أحد آخر منها وصية في ذلك الشيء باللفظ، فيكون لكل واحد منهما ما أوصى به خاصة، هذا [ما] ذكر محمد في الزيادات، ولم يذكر قول محمد في هذا الكتاب.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وقول محمد ليس من أصل هذا الكتاب، وهذا كالوصية برقبة عبد لرجل، وبخدمته لآخر، صاحب الرقبة لا [يتناول]^(٢) صاحب الخدمة؛ لأن اسم العبد لا يتناول المنافع، وإنما يملك الموصى له المنافع بحكم ملك الأصل تبعاً، فإذا أفردت المنافع بالوصية لم يستحقها صاحب الرقبة.

وعلى هذا، لو أوصى لرجل بأتمته، وبما في بطنها لآخر؛ لأن اسم الأمة لا يتناول الحمل، وإنما يستحق الحمل بإطلاق الوصية على طريق التبع، فإذا أفرده بوصية أخرى، فإفراده صحيح، فلم يقع فيه مشاركة.

(١) بهذه الزيادة تستقيم العبارة.

(٢) في الأصل (يتبادل) ولعلها حرفت من الناسخ.

٢٧٩٦ - فَصْل: [الرجوع في الوصية]

ولو أوصى بعبد، ثم مكث يوماً، فقال: قد أوصيت بخدمته لفلان، فهو رجوع في الخدمة، وهو بمنزلة قوله: العبد لفلان وصية، وخدمته لفلان.

وكذلك الخاتم والحامل؛ لأن الموصي يملك الرجوع عن [جميع] وصيته، فيملك [الرجوع] عن بعض ما اشتملت عليه، فإذا أوصى بالعبد، ثم أوصى بمنافعه، كان ذلك رجوعاً عما يستحقه الموصي له الأول بحكم ملكه.

قال: ولو أوصى لصاحب الخدمة، ولصاحب الفص، ولصاحب الولد بالأمة، فقد أوصى بولدها له، وأوصى لصاحب الفص بالخاتم بعد ذلك، وأوصى لصاحب الخدمة بالعبد بعدما أوصى له بالخدمة، فإن العبد بين هذين نصفان، فلهذا نصف خدمته، ولهذا نصف خدمته، [وكذلك الأم الحامل هي وولدها بينهما نصفان؛ لأنه لما أوصى لأحدهما بالرقبة، اقتضت وصيته الرقبة بتوابعها، فلما أوصى للآخر بالتبع، ثم أوصى له بالأصل، صار كأنه أوصى لكل واحد منهما بالعبد منافعه، فيتساويان في الوصية]؛ وذلك لأنه لما ابتداء الإيجاب في الخدمة والولد [ثم أوصى لآخر]^(١) بالأصل مطلقاً، فنصيب الوصية الثانية الأصل والنماء، فصار النماء موصى لهما به، فيكون بينهما، فصارت الرقبة لصاحب الرقبة خاصة، ومنافعها وولدها بينهما نصفين.

٢٧٩٧ - فَصْل: [الوصية بالعبد لرجل وبخدمته لآخر]

قال أبو يوسف: إذا أوصى بالعبد لرجل، وبخدمته لآخر في كلام متصل،

(١) في أ (ممن أوصى من بعد) والمثبت من ل.

أو منقطع ، وهو يخرج من ثلثه ، فالخدمة لصاحب الخدمة ، والرقبة لصاحب الرقبة ، وكذلك الدار والسكنى ، والخاتم والفص ، والشاة والصوف ، والعبد والغلة ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، والسيف والحمائل مثل ذلك ، والدار والبناء مثل ذلك ، والبستان والثمر مثل ذلك ، والأرض والنخل مثل ذلك ، وكل شيء يشبه هذا مما لا يكون الاسم في الوصية تاماً ، فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء ، وهذا على ما بيّننا .

٢٧٩٨ - فصل : [الوصية بالدار لرجل وبيت منها لآخر]

قال : ولو أوصى لرجل بالدار ، وأوصى منها ببيت بعينه لرجل بالحصص ، وكذلك لو أوصى بألف لرجل بعينها ، وأوصى بمائة منها لآخر ، كان تسعمائة لصاحب الألف ، والمائة بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة .

وأما قول أبي يوسف : فعلى أحد وعشرين سهماً ، لصاحب المائة جزء من أحد عشر في المائة ، ولصاحب الألف عشرة أجزاء في جميع الألف ، وكذلك الدار والبيت .

قال عليه السلام : وذلك لأن الدار اسم لجميع البيوت ، فالوصية الأولى تناولت البيوت من طريق الصريح ، فإذا أوصى به للثاني ؛ فكل واحد منهما موصى له به بصريح الوصية ، فاشتركا فيه ، وكذلك الألف عبارة عن كل مائة منها بالصريح ، فالمائة موصى له بها لصاحب الألف ولصاحب المائة ، فكانت بينهما .

فأما الخلاف في كيفية القسمة ؛ فلأن عند أبي حنيفة من لا يدلي بسبب صحيح لا يضرب إلا بقدر ما يستحقه بالمزاحمة .

وعندهما: أن كل واحد منهما يضرب بجميع حقه، فيضرب هذا بكل الألف، وهذا بسهم منها، فيكون على أحد عشر.

قال: ولو أوصى ببيت بعينه لرجل، وبينانه لآخر، كان بينهما بالحصص، [يعني]^(١): البناء؛ لأن البيت لا يسمى بيتاً إلا بالبناء، فوصية الأول قد تناولت البناء بالصريح، فتناول الموصى له بالبناء.

وليس هذا كما لو أوصى بالدار للأول، وللآخر ببناؤها، أنهما لا يشتركان في البناء؛ لأن الدار اسم للعرصة، فلم تتناول وصية صاحب الدار البناء من طريق الصريح، فكان للأول العرصة، وللثاني البناء.

قال: وليس للأول منه شيء كفص الخاتم.

٢٧٩٩ - فَصْلُ: [الوصية بالعبد لرجل ثم بالخدمة والرقبة لآخر]

قال: ولو أوصى لرجل بعبد، وأوصى بخدمته لآخر، ثم أوصى لصاحب الخدمة برقبته أيضاً، فإنهما يقتسمان العبد نصفين إذا خرج من الثلث، والخدمة باطلة؛ وذلك لأن الموصى [له] بالخدمة إنما كان ينفرد عن صاحب الرقبة؛ لأن كل واحد منهما موصى له بما لا يتناوله إطلاق الوصية للآخر، فإذا ضمّ إلى صاحب الخدمة بالرقبة، صارت المنافع تابعة لوصيته، فسقط حكمها، فكأنه أوصى لكل واحد منهما بالرقبة.

٢٨٠٠ - فَصْلُ: الوصية بالعبد لرجل وبالخدمة ثم بالرقبة لآخر]

ولو كان أوصى للثاني بنصف العبد، قسم العبد بينهما أثلاثاً، وكان للثاني

(١) في أ (بغير) والمثبت من ل.

نصف الخدمة ؛ لأنه لما أوصى بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف ؛ لأنها تبعت الرقبة^(١) ، وبقيت الوصية في النصف الآخر بحالها .

قال ابن سماعة: ثم رجع أبو يوسف عن هذا فيما ذكر لي ، فقال: إذا أوصى بالعبد لرجل ، وأوصى بخدمته لآخر ، ثم أوصى برقبة العبد ، أيضاً لصاحب الخدمة ، فإن العبد [بينهما] ، والخدمة كلها للموصى له بالخدمة ؛ لأن كل واحد منهما لما صحَّ إفراده بالوصية ، فالموصى له الثاني موصى له بالرقبة وبالخدمة على الانفراد ، وإفراد الخدمة يقتضي خروجها من وصية الأول ، فيستحق الثاني نصف العبد ؛ لمساواته في الوصية ، وانفرد بالخدمة فيستحقها .

قال: ولو أوصى بما في بطن جاريته لرجل ، وأوصى بالخادم بعد ذلك لآخر ، فالخادم لهذا ، والولد لهذا ، [على ما بيَّنا: أن اسم الأمة لا يتناول الحمل ، وإنما يستحق على وجه] التبعية ، فإذا أفرد بالوصية لم يستحقه صاحب الرقبة .

٢٨٠١ - فصل: [الوصية بالأمة لرجل ولآخر بما في بطنها]

قال: ولو أوصى لرجل بأمة تخرج من الثلث ، وأوصى لآخر بما في بطنها ، وأوصى بها أيضاً للذي أوصى له بما في البطن ، قال أبو عبد الله: روي عنه [أنه] قال: الأمة بينهما نصفان ، والولد [كله] للذي أوصى له به خاصة ، لا يشركه صاحبه فيه ؛ وذلك لما بيَّنا أن المساواة حصلت في الرقبة بينهما ، وانفرد صاحب الولد بالوصية به فيما تساويا فيه بينهما ، وما أفرد لأحدهما يختص به . [والله أعلم]^(٢) .

(١) في ل (الوصية) .

(٢) انظر: الأصل ٤٥٧/٥ ، ٤٥٩ ، ٤٦١ .



بَاب

الوصية لبني فلان وولد فلان



قال أبو الحسن: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لبني تميم، أو لقبيلة لا يحصى عددهم، فكل وصية يدخل فيها الغني والفقير، فإنها تبطل إذا كان عددهم لا يحصى، وإن كان إنما تقع الوصية لفقرائهم، أو على وجه القرية لهم، فإن ذلك جائز [أ/٤٠٥] خصت القبيلة أو لم تخص.

مثل أن يقول: ثلث مالي لفقراء بني فلان، فإن قال: ليتامى بني فلان، أو لأرامل بني فلان، فإن ذلك الضرب يحصون، فالوصية لأغنيائهم وفقرائهم.

وقد بينّا هذه الجملة فيما سلف، وذكرنا أن الوصية إذا لم [يقصد] ^(١) بها القرية فهي حق لأدمي، وحقوق الأدميين لا تثبت لغير معين.

فإذا أوصى لقبيلة يحصون جازت الوصية؛ لأن الموصى له معلوم، والتسليم إليه ممكن، وأما إذا كانوا لا يحصون، دخل في الوصية، الأغنياء والفقراء، فيثبت حق الأدمي غير معين، فلم يصح ثبوته لتعذر التسليم إليهم.

فإذا قال ^(٢): لفقراء بني تميم، فالوصية جائزة؛ لأن المقصود بها الله تعالى، وهو معلوم، والفقراء جهة الصرف؛ فجهالتهم لا تؤثر إذا كان المستحق معيناً؛ ولأن الوصية في مسألتنا لا يجب أن تستغرق كل الأنواع، ألا ترى أن الجنس إذا لم يمكن استيفاءه تعلق الحكم ببعضه، كقوله: لا أتزوج النساء، وكذلك قوله

(١) في أ (الوصف) والمثبت من ل.

(٢) في ل (فأما إذا كانت).

تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ ﴾ [التوبة، ٦٠] ، ففهم أنه لا يجب دفعها إلى جميعهم ، وإنما يدفع إلى بعضهم ، فالخيار إلى المتصدق ، فكذلك في الوصية يدفع إلى بعض الفقراء ، والاختيار في تعيينهم إلى الوصي ، فأمكن التسليم ، فجازت الوصية .

وأما إذا ذكر صفة تصلح للغني والفقير ، وقد تستعمل في العادة في الفقراء ، فإن أضافها إلى من يحصى دخل فيها الغني والفقير ، مثل الوصية لیتامی بني فلان ، ولأراملهم ، ولزمناهم ؛ لأن هذا الاسم يصلح للغني والفقير ، وقد أمكن استغراقهم ، فحمل اللفظ على عمومهم فيهم .

وإن كانوا لا يحصون ، فالوصية لفقرائهم ؛ لأن هذا اللفظ في العادة يذكر في الفقراء ، بدلالة قوله تعالى في آية الخمس : ﴿ وَالْيَتَامَى ﴾ ^(١) ، [الأنفال: ٤١] وأجمعوا أن المراد به الفقراء منهم دون الأغنياء .

وقد روي « أن النبي ﷺ ابتاع سلعة فربح فيها قبل أن يدفع ثمنها ، فتصدق بذلك على أرامل بني عبد المطلب » ^(٢) ، ومعلوم أن هذا الجنس [إنما] يقصد به الفقراء ، فدل على أن الاسم مستعمل في الفقير وإن كان يصلح للغني .

ولو حملنا الوصية فيمن لا تحصى من الغني والفقير لبطلت ، وإذا حملناها على الفقير الذي جرت العادة باستعمال الاسم فيه صححت ، ومقصود الموصي تصحيح الوصية ، فكان ذلك أولى من إبطالها .

(١) وذلك في قوله تعالى: ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ حُسْبُهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَنَّ السَّبِيلَ ﴾ [الأنفال: ٤١] .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٤٤) ؛ ورواه الطبراني في الكبير، ٢٨٢/١١ ؛ وقال الهيثمي: «ورجاله ثقات»، مجمع الزوائد، ٤/١١٠ .

بَاب الوصية لمن لا يُحصى عددهم أو يُحصى



قال أبو الحسن: قال أصحابنا: كل وصية يُحصى عدد أهلها فإنها جائزة، وهي بينهم بالسوية على عدد رؤوسهم، لا يفضل أحد على الآخر فيما يستحقه فيها، والذكر والأنثى فيها سواء، ويدخل [فيها] الغني والفقير.

وذلك لأن الحق يجوز إثباته لآدمي معين؛ لأن التسليم إليه ممكن، فإذا كانوا يحصون فالاسم يتناول الغني منهم والفقير، وإثبات الوصية لجميعهم لا يبطلها، فصحت الوصية لهم، وتساووا فيها؛ لأنه استحقاق بالعقد، فاستوى فيه الذكر والأنثى كعقد البيع.

ويدخل فيها الغني والفقير؛ لأن دخول الغني فيها لا يفسدها.

قال: وإذا كان عددهم لا يُحصى، فهم على وجوه ثلاثة:

إذا كانت الوصية لا يدخل فيها غني ولا يدخل فيها إلا أهل الحاجة والمسكنة والفقير، فإنها جائزة وإن كانوا لا يحصون، ويجعل الوصي الوصية فيمن قدر عليه منهم، فإن جعلها في واحد، فما زاد جاز عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا يجوز أن يعطي إلا اثنين منهم فصاعداً، ولا يجوز أن يعطي واحداً إلا نصف الوصية، وقالوا: جميعاً، وأن يعطي من قدر عليه منهم أفضل.

قال عليه السلام: وهذا مثل قوله لفقراء بني تميم، فالوصية جائزة، لما قدمنا أنها

ثبتت لحق الله تعالى، وهو معين، فجهالة الجهة المصروفة إليها لا تؤثر فيها، وإنما جاز الدفع إلى واحد عند أبي يوسف؛ لأن الجنس لا يمكن استغراقه، فيحمل على أدناه، كمن قال: لا أتزوج النساء.

وأما محمد فقال: إن اسم الجميع في المواريث يثبت عبارة عن الاثنين فصاعداً، فالوصايا معتبرة بالمواريث، فلم يحمل الجمع فيها على أقل من الاثنين، وإنما يوقف ذلك على اختيار الموصي؛ لأنه هو الذي يجب عليه النفقة فكان الاختيار إليه، كما يقف تعيين الفقراء في الزكاة على اختيار المُزَكِّين.

وإنما كان الدفع إلى الجماعة أفضل منه إلى الواحد والاثنين في قولهم؛ لأنه قصد بالوصية إيصال المنفعة إليهم، فإذا وصلت إلى الجماعة فهو أقرب من [جميع الجنس]^(١) وأكثر [إلى] الانتفاع.

قال: وإن [كان] لفظ الوصية يقع للفقير والغني، ولا يخص به أحدهما دون الآخر، فهي باطلة، وهذا مثل قوله: لشبان بني تميم؛ وذلك لأنها تثبت لحق الآدمي، والحق لا يثبت لآدمي غير معين، ولأن تنفيذها متعذر، لتعذر التسليم.

قال: وإن كان اللفظ يقع للغني والفقير، وقد يستعمل ذلك اللفظ في أهل [الحاجة]^(٢) دون أهل الغنى، فإنك تعتبر الموصى لهم، فإن كانوا يحصون كانت الوصية لهم جميعاً، الفقير والغني سواء فيها.

وإن كانوا لا يحصون جعلت الوصية في [أهل] الحاجة، فيعطي الوصي من شاء منهم، كقوله: ليتامى بني تميم، ولزمتى بني تميم، فإن كانوا يحصون

(١) في أ (الجمع الإنس) والمثبت من ل.

(٢) في الأصل (الجماعة) والمثبت يدل عليه السياق.

فالاسم يقع على الفقير والغني، والوصية لهم جائزة جميعاً، فلا يحتاج إلى التخصيص.

فإن كانوا لا يحصون، فهذا الاسم يذكر في الغالب ويراد به أهل الحاجة، بدلالة أن الله تعالى ذكر اليتامى في آية الخمس وأراد الفقراء منهم، فوجب تخصيص الوصية [وحملها] ^(١) على الفقراء خاصة، إذا كان الاسم قد يستعمل فيهم، والذكر والأنثى في جميع ذلك سواء؛ لأن الاستحقاق بالعقد لا يفضل فيه الذكر على الأنثى كالأستحقاق بالبيع.

وإذا قال: [لفقراء بني فلان] ^(٢)، وبنو فلان أولئك قبيلة لا تحصى، دخل مواليتهم في الوصية، موالي الموالاة الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم، ومولى العتاقة وحلفاؤهم، أعدادهم معهم.

وإن كان أوصى لبني فلان، وهم بنو ^(٣) نسب، وليسوا بقبيلة ولا فخذ، كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة، دون الموالي، ودون الحلفاء؛ وذلك لأنه إذا ذكرت القبيلة، فمن لا يحصى فالمراد بها النسب، وذلك يوجد في الموالي والصلب، فيحمل على الأمرين.

وإذا ذكر البنوة فيمن يحصى، فإنما يراد به الولادة، فاخص ذلك بالصلب دون الموالي ^(٤).

(١) في أ (بأن حمل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (لبنو فلان لفقرائهم) والمثبت من ل.

(٣) في ل (وهم موالي).

(٤) انظر: الأصل ٤٣٠/٥، ٤٣١.

بَابُ الوصية لبني أب رجلٍ من الناس يُعرفُ

قال بشر عن أبي يوسف في رجل أوصى بثُلثه لبني [فلان] رجل من الناس يُعرفُ ، فإن أبا حنيفة قال في ذلك: هو لولده جميعاً [ب/٤٠٥] ، الذكر والأنثى فيه سواء ، ثم رجع عن ذلك وقال: هذا للذكور دون الإناث .

وقال أبو يوسف ومحمد: هو للذكور والإناث جميعاً .

وجه قول أبي حنيفة: أن الابنة لا يتناولها اسم الابن على الحقيقة ، وإنما يتناول الاسم الذكور والإناث على المجاز ، ومن حكم اللفظ أن يحمل على حقيقته ، ولا يحمل على مجازه إلا بدليل .

وليس كذلك إذا كان فلان من قبيلة أو فخذ ؛ لأن النسبة إليه لا يقصد بها الأعيان ، وإنما يقصد بها الأنساب ، وهذا موجود في الذكر والأنثى ، ولهذا المعنى يتناول الاسم الإناث منهم وإن لم يكن معهن ذكر ، ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف بتناول [التي] لا ذكر معهن .

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن الذكور إذا اجتمعوا مع الإناث غلب [عليهم] اسم الذكور ، ويتناولهم الاسم جميعاً وإن كان لا يتناولهم في حال الانفراد ، فوجب أن يحمل على جميعهم .

قال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إن لم يكن لفلان ولد لصلبه ، فإنه يعطى ولد ولده الذين من قبيل الرجال ، ولا يعطى ولد ولده من قبيل البنات .

وقال [أبو يوسف ومحمد]: لا يشرك في هذا النساء مع الرجال ، إنما هو للرجال دون النساء .

وإن قال: لولد فلان ، اشترك فيه الرجال والنساء ؛ وذلك لأن اسم الولد يتناول ولد الصلب حقيقة ، وولد الولد مجازاً ، فإذا لم يمكن حمل الاسم على الحقيقة لعدم ولد الصلب ، حمل على المجاز ، فاستحق الوصية ولد الولد .

وأما ولد البنات فلا يدخل في الوصية عند أبي حنيفة .

وذكر الخصاف عن محمد: أن ولد البنات يدخلون فيه كولد البنين^(١) .

وقال في السَّير الكبير: إذا أخذ الأمان لنفسه وولده لم يدخل فيه ولد البنات .

وجه الرواية الأولى ، وهي رواية بشر: أن ولد البنات يُنسَبُونَ إلى آبائهم ، [فلم يضافوا إلى أب أم ، فلا يدخلون]^(٢) في الوصية ، وقد دلَّ على ذلك قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠] ، ولو كان ولد البنات ينسبون إلى جدهم لكان رسول الله ﷺ أباهم .

وجه الرواية الأخرى: أن الولد ينسب إلى أبويه ، فهو ابن لأبيه وابن لأمه حقيقة ، وابن لجديه على وجه المجاز ، فإذا نسب إلى أب أبيه ، فإنه ابنه ، وكذلك إلى أب أمه ؛ ولأن عيسى ﷺ يقال إنه من بني آدم وإن كان [لا] ينسب إليه إلا لمن أمه ، فدل على أن ولد البنات يدخلون في اسم البنين .

فأما إذا وصى لولد فلان: الأنثى والذكر فيه سواء في قولهم ؛ لأن كل واحد

(١) كتاب أحكام الأوقاف للخصاف ، ص ٢٨ . (الثقافة الدينية) .

(٢) في أ (ولم يصح إلى ولد الأم ، وقال يدخلون) والمثبت من ل .



منهم يتناوله اسم الولد على الانفراد، فيتناولهم على الاجتماع.

قال: فإن كان لفلان ابن، وله بنو ابن، وقد قال: لبني فلان، فلابنه النصف، وما بقي فهو مردود على الورثة لا يعطى بنو الابن شيئاً، وإن كان له ابنان لصلبه فهو لهما.

وقال أبو يوسف: إن كان له ابنان لصلبه فهو لهما، وإن كان له ابن وأبناء ابن، فلابنه النصف، وما بقي فلابن ابنه، وهذا قول محمد.

وذكر في آخر الباب عن الحسن: أن الوصية لبني الابن للصلب وبني الأب، قال: وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، والصحيح على أصل أبي حنيفة الأول؛ لما بيننا أن اسم الابن يتناول ولد الصلب حقيقة، وولد الولد مجازاً، ومن أصله: أن الاسم لا يحمل على الحقيقة والمجاز في حالة^(١) واحدة، فإذا أردت الحقيقة سقط المجاز.

فأما على قولهما: فالاسم يحمل على الحقيقة والمجاز [في حالة واحدة]، فيشرك الولد وولد الولد، فأما إذا كان له ابنان فلا شيء لولد الولد؛ لأن اسم الجمع في الوصايا يتناول الاثنين فصاعداً، وأما [وقد وجد من يستحق حملة]^(٢) الوصية، فلم يحمل على غيرهم.

قال: وإن كان له بنات لصلبه وبنو ابن، فلا شيء لهم في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: هو بينهم بالسوية.

أما أبو حنيفة قال: فالاسم يتناول ولد الصلب حقيقة، وهم موجودون،

(١) في ل (جهالة).

(٢) في أ (ووجد من حمل) والمثبت من ل.

فسقط ولد الولد، ولم يستحق البنات شيئاً؛ لأن اسم البنين لا يتناولهم على الانفراد، فبطلت الوصية إلى الفريقين.

وعلى أصلهما: تحمل الوصية على ولد الولد والولد إذا لم يجز [انفراد] الولد بهما، فإذا تناو [لهما] على الاشتراك صاروا كالبطن الواحد، فيشترك ذكورهم وإناثهم.

قال محمد في أصل الوصايا، عطفًا على هذه المسائل: لو قال: لولد فلان، وله امرأة حامل، دخل ما في بطنها في الوصية؛ وذلك لأن الوصية استحقاق يتعلق بالموت، كالمواريث، فكما يجوز أن يستحق الحمل الميراث، فكذلك يدخل في الوصية.

قال: وإن كان له بنات وبنو ابن، فالوصية لبناته دون بني ابنه؛ وذلك لأن البنات بانفراد^(١)، فلم يتناولهم اسم الولد، فكان حمل الاسم على الحقيقة أولى. قال: ولو لم يكن له إلا ولد واحد، فإن الثلث كله له؛ لأن اسم الولد تناول الواحد فما زاد عليه فلا يختص بالجمع.

قال هشام: سألت محمدًا عن رجل قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وإخوة فلان، وفيهم ذكور وإناث، فأخبرني أن أبا حنيفة قال: هو للذكور دون الإناث.

قال محمد: هو بينهم بالسوية، لا يزداد الذكر على الأنثى، وهذا على ما قدمنا: أن اسم الذكور إنما يتناول الإناث إذا اجتمع [مع] الذكور على وجه

(١) في ل (بانفرادهن يتناولن اسم الولد).

المجاز ، ومن حكم الاسم أن يحمل على الحقيقة .

وعلى قول محمد: اسم الذكور يطلق غالبًا على الإناث ، فيتناولهم الاسم جميعاً .

قال هشام: قلت: فإن مات رجل وله ابن وبنت ، فقال: قد أوصيت بنصيب أحد ابني فلان ، فلم يجعل للموصى له ، قال: ذلك للورثة: إن شاءوا أعطوه أقل الأنصباء ، قلت له: فإن كان له ابنتان وابن ؟ قال: فكذلك أيضاً ، قلت: فإن كان [له] ابنان وبنت ، أو ابنان وابنتان ، أو بنون وبنات ، فقال: قد أوصيت لفلان بنصيب أحد بني ، فقال: يعطى الموصى له في هذا بنصيب ابن ؛ لأن قوله: أحد بني ، فيكون ابنان ، والثلاثة بنون دون البنات .

وهذا صحيح ؛ لأنه إذا خلف بنتاً وابناً ، فقال: أحد بني ، فقد علم أنه [سمى] الانثى ابناً ؛ لاجتماعها مع الذكر ، فدخلت في الكلام ، فجاز للورثة أن يحملوا الوصية على نصيبها .

فإن كان له بنون وبنات فقال: أحد بني ، فالاسم حقيقة للذكور على الانفراد ، فحملت الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات .

قال محمد: فإذا كان له ابن وبنت ، أو ابن وبنتان [أو ابن وبنات ، فالابن وحده لا يكون بنين]^(١) .

هذا صحيح ؛ لأن اسم الجمع لا يتناول الواحد ، فلا بد من إدخال الإناث معه ، فحملت الوصية على نصيب أحدهم . [٤٠٦/أ] .

(١) في أ (فالابن هذا لا يكون...) والمثبت من ل .

بَابُ الوصية للموالي



قال: وإذا أوصى رجل فقال: ثلث مالي لمواليّ، فإنه يدخل في الوصية جميع من أعتقه في صحته، ومن أعتقه في مرضه جازَ عتقه، وإن كان أعتقهم قبل الوصية أو بعدها، فهو سواء؛ وذلك لأن الوصية عقد يتعلق بالموت، وكل واحد من هؤلاء قد ثبت له الولاء عند الموت، فاستحق الوصية لوجود الاسم فيه.

وأما المدبرون وأمّهات الأولاد؛ فروى [بشر] عن أبي يوسف: أنهم يدخلون في الوصية.

قال بشر عن أبي يوسف: أنه قال بعد ذلك: لا يدخل في الوصية إلا من عتق قبل موته، وكذلك قال محمد في الجامع الكبير: إذا قال: أوصيت بثلث مالي لمواليّ، وله مدبرون وأمّهات أولاد، فإنهم لا يدخلون في الوصية؛ (لأنهم إنما صاروا مواليه بعد موته).

قال: ولو كان أعتق عبداً بعد وصيته في حياته، دخلوا مع مواليه في وصيته^(١).
وجه قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد: أن الوصية لما كانت عقداً يتعلق بالموت، استحقت عقيبته، وفي ذلك الحال تعتق أمّهات الأولاد والمدبرون، ويثبت [لهم] الولاء بعدها، فحال ثبوت الوصية ليسوا بموالي، فلا يدخلون فيها.

(١) ساقطة من ل. انظر: الجامع الكبير ص ٢٨٩.

وجه قول أبي يوسف الأول: أنهم يستحقون الحرية على وجه لا يلحق الفسخ، فنسبوا إلى الولاء كالمعتقين.

قال محمد: ولو كان قال لعبده: إن لم أضربك فأنت حر، فمات قبل ضربه، دخل في الوصية.

وهذا صحيح؛ لأنه يعتق عند عجزه عن الضرب في ذلك في آخر جزء من أجزاء حياته، فيستحق اسم المولى عقيب الموت، فيدخل في الوصية.

قال: فإن أوصى لمواليه، وله موال أعتقهم، وموال أعتقوه، ولم يبين أي الفريقين أراد، فالوصية باطلة في قولهم؛ وذلك لأن اسم [الموالي] ^(١) يتناول المعتق والمعتق بجهتين مختلفتين؛ لأن المعتق مُنْعَمٌ، والمعتق مُنْعَمٌ عليه، وليس في اللفظ ما يبين له أحد الأمرين من الآخر، فلم يجر حمل الاسم عليهما؛ لأن الاسم لا يحمل على المعاني المختلفة، ولا يجوز تخصيصه بإحدى العلتين؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، فبطلت الوصية.

وليس هذا كالوصية للأخوات، [أنه] يدخل فيها الإخوة المفترقون؛ لأن الاسم يعبر به عن كل واحد منهم، وهذا [معنى] ^(٢) يجمعهم، وهو الانتساب إلى أحد الأبوين؛ فلذلك جاز أن يحمل على جميعهم.

وليس هذا كمن حلف لا يكلم موالي فلان، أن اليمين على الموالي الأعلى والأسفل؛ لأن النكرة في النفي تتناول المختلفين، وإن كان الإثبات لا يجوز أن يتناول المختلف ^(٣).

(١) في أ (الوصية) والمثبت من ل.

(٢) في أ (مقر) والمثبت من ل.

(٣) انظر: تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوي ١/١٦١.

قال أبو يوسف: ولو كان الموصي من العرب وله موالى عتاقة وموالى أسلموا على يديه [ووالوه] ، قالوا: فهم في الوصية شركاء .

وقال محمد في الجامع الكبير: الوصية للمعتقين وأولادهم دون موالى الموالاة، أستحسن ذلك، وأدع القياس فيه^(١) .

وجه قول أبي يوسف: أن المعتق والمعاقد تناولهما اسم المولى، ولهما [معنى] معتبر [يجمعهما]^(٢) ، وهو كونهما تبعاً للمولى، فوجب أن يحمل الاسم عليهما .

وجه قول محمد: أن الاسم يتناول المعتق بالنعمة، ويتناول [المعاقد]^(٣) بالعقد، فهما معنيان مختلفان، فلا يجوز أن يحمل عليهما، كما لا يحمل على الأعلى والأسفل، وليس هذا عنده كالموالى وأولادهم؛ لأنهم ينسبون إليه بولاء واحد، فلذلك دخلا في الوصية .

قال محمد: إذا أوصى الرجل لمواليه، وهو من العرب، وله موال أعتقهم، وأولاد موال نساء ورجال حرائر لم يملكوا [مواليه الذين أعتقهم، فالثلث للموالى الذين أعتقهم وأولادهم من الرجال والنساء، ولا يكون لموالى مواليه من ذلك شيء؛ وذلك لأن المعتقين وأولادهم ينسبون إليه بحقيقة الولاء؛ لأنهم قد جرى عليهم ولقاء لغيرهم، فصاروا كولد الولد الذين لا يدخلون في الوصية للولد مع وجود ولد الصلب؛ لأنهم ليسوا بأولادهم في الحقيقة، وقد حصل لهم

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٢٨٨ .

(٢) في أ (بجميعهما) والمثبت من ل .

(٣) في أ (المعاهد) والمثبت ما دل عليه السياق . والله أعلم .

أولاد من غيره ، فأما أولاد الموالي فإنما ينسبون [بالمعتق] الأول ، وليس عليهم ولا لغيره .

قال : فإن لم يكن له موال أعتقهم ولا أولادهم ، فالثلث لموالي مواليه الذين أعتقهم مواليه ؛ وذلك لأنه لما لم يوجد من ينسب إليه بالولاء على الحقيقة ، حمل على من ينسب إليه على وجه المجاز ، كالوصية للأولاد إنما يحمل على ولد الصلب ما وجدوا ، فإن لم يكونوا فعلى ولد الولد .

قال : فإن كان له من مواليه الذين أعتقهم أو من أولادهم ابنان فصاعداً ، وله موالٍ أعتقهم مواليه ، فالوصية للابنين الباقيين خاصة دون موالى مواليه الذين أعتقهم ؛ لأن اسم الجمع في الوصايا يحمل على الاثنين فصاعداً ، فإذا وجد من الموالى على الحقيقة من يستحق اسم الجمع لم يحمل على المجاز .

فإن كان له من المعتقين واحد ، فأوصى الثلث لمواليه ، فللواحد النصف ، ويرد نصف الثلث إلى الورثة ؛ وذلك لأن الاسم يتناول المعتقين على الحقيقة ، ويتناول معتق المعتق على وجه المجاز ، فإذا بقي من المعتقين واحد ، فالحقيقة مراده ، فلم يحمل على المجاز ، واسم الجمع لا يتناول أقل من اثنين ، فاستحق الواحد النصف ، وبطلت الوصية في الباقيين ، وهذا كالوصية للولد إذا لم يكن ولد الصلب إلا واحد ، استحق نصف الوصية ، ولم يستحق ولد الولد شيئاً .

قال محمد : فإن كان له ابن ، وله موال أعتقهم ابنه ، فأوصى بالثلث لمواليه ولم يكن له موال ولا موال غير موالى ابنه ، لم يكن لموالى ابنه وصية ؛ لأن هؤلاء موالى ابنه في الحقيقة ، وإنما يستحق ميراثهم ؛ لأنه عصبه كالابن ؛ [لا] لأنه مولاهم ، وليس كذلك معتق معتقه .

بَابُ ما يكون رجوعاً في الوصية



قال في الأصل: إذا أوصى رجل لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصاً، أو بقطن فغزله، أو بغزل فنسجه، أو بحديد فصنعه إناءً أو سيفاً، أو بفضة ثم صاغ منها خاتماً، أو بزيت ثم لثته، أو بدار لا بناء فيها ثم بنى فيها، فهذا كله رجوع.

قال رحمه الله تعالى: الأصل في هذا الباب: أن الموصي يملك الرجوع من الوصية؛ لأنها تبرع لم يتم، فجاز الرجوع فيها كالهبة؛ ولأن [قبولها] ^(١) موقوف على الموت، فما لم يوجد الموت يجوز الرجوع، كالإيجاب بغير قبول.

وإذا ثبت أن الموصي يملك [الرجوع] عن الوصية، فكل فعل يستدل به على رجوعه يقوم مقام قوله: قد رجعت؛ لأنه مخير بين تبقية العقد وبين إبطاله، فإذا فعل ما دل على الإبطال قام مقام قوله: [ب/٤٠٦] قد أبطلت.

أصله: البيع المشروط فيه الخيار [إذا فعل] المشتري ما يدل على إبطال خياره.

وإذا ثبت هذا قلنا: كل فعل لو فعله الإنسان في ملك غيره يسقط حق المالك عن العين، فإن الموصي إذا فعله كان رجوعاً؛ لأن تعلق حق المالك بملكه أبلغ من تعلق حق الموصي له بالوصية، فإذا كان هذا الفعل يسقط حق المالك؛ فلأن يبطل الوصية أولى، وهذا قد دخل فيه من قطع ثوباً ثم خاطه، أو [أوصى] بقطن ثم غزله، أو بغزل ثم نسجه، أو بحديدة ثم صنع منها إناء.

(١) في أ (قولها) والمثبت من ل.

وأما ما لا يسقط حق المالك من العين، فهو على ضروب: فكل موضع اتصلت العين بزيادة لا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع، فهذا كالسويق إذا لته؛ لأن السمن زيادة من مال الموصي لم يدخلها في الوصية، ولا يمكن تسليم الزيت دون السويق، فقد تعذر تسليم العين الموصى بها بفعل الموصي، فبطلت الوصية.

فعلى هذا: إذا بنى في الدار؛ لأن البناء وقع بحق، وكانت العين على ملك الموصي، فلا يجوز أن يكلف نقضه، ولا يمكن تسليم العين الموصى بها دون البناء، والبناء لم يستحق بالوصية، فبطلت الوصية.

وأما إذا أوصى بقطن ثم حشاه، أو ببطانة [ثم بطن بها قباء^(١)]، أو بظهارة ثم ظهر بها ثوباً^(٢)؛ فلأن العين اتصلت [بما لم]^(٣) يتعلق الوصية بها غير مستحق؛ لأن الموصي تصرف في ملكه، فتعذر التسليم، فمنع [من] الرجوع.

وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع، كمن أوصى بعين ثم باعها ثم اشتراها؛ لأن البيع أوجب زوال الملك، ويستحيل أن تبقى الوصية في حكم ملك العين، فلم يبق إلا أن يكون أبطلها ببيعه^(٤)، فلا يعود إلى الوصية مستقبلة.

وأما إذا أوصى بشاة ثم ذبحها بطلت الوصية؛ لأنه تصرف في نفس العين الموصى بها، فيستدل به على الرجوع، ألا ترى أن الملك في الوصية يقع بالموت، والشاة المذبوحة لا تبقى في العادة، فدل الذبح على أنه رجوع؛ ولأنها

(١) «والقَبَاءُ: ثوبٌ يُلبَس فوق الثياب أو القميص، وَيَتَمَنَّقُ عَلَيْهِ». المعجم الوجيز (القباء).

(٢) في أ (ثم ظهر بها، أو بظهارة ثم بطن بها) والمثبت من ل.

(٣) في أ (ثم لم) والمثبت من ل.

(٤) في ل (إلا أن يبطل ببيعه).



لا تصلح بعد الذبح لما كانت تصلح له قبله ، فصار تغييرها دلالة على الرجوع .
 وأما إذا أوصى بقميص [ثم نقضه] فجعله قَبَاءً ، فهذا رجوع ؛ لأن الخياطة
 لو حصلت في ثوب غير منقوض كانت رجوعاً ، فإذا حصلت مع النقض فهو أولى .
 وأما إذا نقضه ولم يخطه ، فيحتمل أن يقال : ليس برجوع ؛ لأن العين باقية
 تصلح لما كانت تصلح له من قبل النقض ، فلا تنتقض الوصية ، كما قالوا في
 نقض بناء الدار .

قال : ولو أوصى له بثوب ثم غسله ، أو بدار ثم جَصَّصَهَا^(١) ، أو هدمها ،
 فليس [هذا] برجوع ؛ [لأن غسل الثوب ليس بتصرف في عينه ، وإنما هو] لإزالة
 الوسخ منه ، فالوسخ لا يتعلق به الوصية ، فكذلك التجصيص ليس بتصرف في
 نفس ما أوصى به ؛ لأن البناء [تبع]^(٢) للدار ، والتصرف مع التبع لا يسقط الحق
 عن المتبوع .

وأما إذا نقض البناء ؛ فلأن البناء في الوصية تبع للعَرَصَةِ ، والعقد [وقع]
 على الأصل ، [فزوال التبع]^(٣) لا يوجب بطلان العقد في المتبوع .

قال : ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبداً بعينه ، ثم رجع إلى الموصي بهبة
 أو بميراث أو وصية ، فهو جائز له من ثُلُّه ؛ لأن الوصية لم تقع بالثمن ، وإنما
 وقعت بعين العقد ، وإنما ذكر الشراء ليتوصل به إلى تحصيله بتنفيذ الوصية فيه ،
 فإذا حصل له بغير الشراء وجب تنفيذ الوصية [فيه] .

(١) « جَصَّصَ البناء : طلاه بالجِصِّ ، والجِصُّ : ما تُطْلَى به البيوت من الجير » . المعجم الوجيز (جص) .

(٢) في أ (يقع) والمثبت من ل .

(٣) في أ (من مال التبع) والمثبت من ل .

قال: وإذا أوصى بعبد يخرج من ثلثه لفلان؛ ثم أوصى بذلك لفلان آخر، قال: العبد بينهما نصفان؛ وذلك لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق [فيه، فوجب أن يتساويا في نفس الاستحقاق]؛ ولأن عقد الوصية إذا جاز أن يشرك بينهما فيه، لم يكن العقد [الثاني] بَيِّنًا في دلالة على الرجوع؛ لاحتماله الاشتراك، فكان بينهما.

فإن قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان، كان هذا رجوعاً عن الوصية الأولى، والوصية [للآخر] (١) منهما، وكذلك إذا قال: العبد الذي أوصيت به لفلان؛ (قد أوصيت به فلاناً) (٢)، كان هذا رجوعاً [عن الوصية الأولى]، ونفذ [الوصية للآخر] (٣) منهما؛ وذلك لأنه لما أعاد الوصية ثم أوصى [بها] للثاني، [دلّ] (٤) على الرجوع؛ لأنه لو لم يرد ذلك لذكر لفظ الشرك.

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان، لم يكن هذا رجوعاً؛ لأنه ذكر لفظاً يدل على الاشتراك، والاشتراك ضد الرجوع.

٢٨٠٢. فصل: [الرجوع من الوصية]

قال مُعَلَّى عن أبي يوسف في نوادره: قال أبو يوسف: في رجل أوصى بوصية، ثم عرضت عليه من الغد فقال: لا أعرف هذه الوصية، قال: فهذا رجوع منه، قال: وكذلك لو قال: لم أوص بهذه الوصية.

(١) في أ (الأخرى) والمثبت من ل.

(٢) في ل (هو لفلان).

(٣) في أ (الأخر) والزيادة من ل.

(٤) في أ (داراً عادت) والمثبت من ل.

قال: وسألت محمداً عن ذلك، فقال: لا يكون الجحود رجوعاً، وقال في الأصل: إذا جحد الوصية فهو رجوع، ولم يُضِفْهُ إلى أحد، وقال في الجامع الكبير: إذا أوصى بثلث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك: اشهدوا أنني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير، لم يكن هذا رجوعاً منه عن وصيته لفلان.

ولو أوصى لفلان بالثلث، ثم قال: [كل وصية]^(١) أوصيت بها لفلان فهي باطلة، فهذا كرجوع منه^(٢).

قال ﷺ: فيجوز أن يكون ما في الأصل قول أبي يوسف، وما في الجامع قول محمد.

وجه قول أبي يوسف: أن الجاحد نافٍ للوصية في الحال وفيما مضى، فالرجوع نفي لها في الحال، فإذا نفاه في الحالين فهو أولى أن يكون رجوعاً. وقد قالوا في المرتد إذا جحد الردة: كان توبة؛ لأن التوبة نفي الكفر في الحال، فإذا نفاه في الحال وفيما مضى فهو أولى.

وجه قول محمد: أن الرجوع إثبات الوصية فيما مضى، وإبطالها في الحال والجحود نفي لأصل العقد؛ ولذلك لا يصح معه رجوع؛ ولهذا [قالوا]: إن جحود النكاح لا يكون طلاقاً.

فأما إذا قال: كل وصية أوصيت بها لفلان [فهي] حرام، أو فهي رباً، فليس هذا برجوع، والوصية له نافذة؛ لأن التحريم قد يجتمع مع بقاء الوصية، ألا ترى أنه قد يوصي بما دخل فيه من الربا فتنفذ الوصية، وهو ربا.

(١) في أ (ثم) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الجامع الكبير ص ٢٩٥.

ولو قال: [كلُّ] وصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان [ولدي] ، أرى: كانت الوصية [لولده]^(١) ، فإن شاءت الورثة أجازوا ، وإن شاؤوا ردّوا ، وقد رجع عن وصيته لفلان ؛ لأن إعادة الوصية الأولى وإثباتها لغير الأول رجوع على ما قدمناه ، والوارث يستحق الوصية بالإجازة .

ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لعمرو ، وكان عمرو وحيداً يوم قال هذا القول ، ولكنه مات قبل الموصي ، فالوصية ميراث لورثة الموصي ، وليست لفلان ولا لورثة عمرو ؛ لأنه لما أعاد الوصية الأولى وأثبتها للثاني فقد رجع عن الوصية الأولى ، وصحت الثانية ثم بطلت بموت الموصي له .

قال: فلو كان هذا القول وعمرو ميت ، فالوصية نافذة لفلان على حالها ؛ لأننا نبطل الوصية بإثباتها للثاني ، فإذا كان الميت ممن لا يستحق الوصية [٤٠٧/أ] ، ألغيت الوصية له ، وبقيت الوصية^(٢) الأولى على حالها .

قال: ولو كان قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لعقب عمرو ، وعمرو حي ، [ثم مات عمرو قبل الموصي وله عقب ، فهي لعقبه]^(٣) ، [وإن] مات الموصي قبل موت عمرو ، ثم مات عمرو ، فإن الوصية لفلان [على حالها] ، ولا يكون لعقب عمرو وصية .

فإن مات عمرو (ثم مات الموصي بعد ذلك)^(٤) ، فالوصية ميراث لورثة

(١) في ل (لوارثه) والمثبت من أ .

(٢) في ل (وبقت للأول) .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من النسخ ، والمثبت من الجامع الكبير ، والعبارة بكاملها من الجامع الكبير ص ٢٩٥ ، وهذه العبارة ذكرها المؤلف بعد أربعة أسطر ، فيكون شارحاً هناك للعبارة كعادته .

(٤) موضع ما بين القوسين في الجامع الكبير: (ثم مات عقبه قبل الموصي) .

الموصي ، فقد رجع عن الوصية ؛ وذلك لأنه إذا بقي عمرو بعد الموصي فلا عقب له عند الوصية ، والرجوع إنما يثبت بإثبات الوصية لغير الموصي له ، فإذا لم يثبت بقيت الأولى بحالها .

فأما إذا مات عمرو [قبل الموصي ، وله عقب باقٍ - أي : حين موت الموصي - فالوصية لعقب عمرو ؛ لأنه لما أعاد الأولى وأثبتها للعقب ، صحّت الثانية] ^(١) وبطلت الأولى ، وإن هلك عقبه قبل موت الموصي فقد صحّ الرجوع عن الوصية الأولى ؛ لأنه أثبتها لعقب عمرو ، وهم موجودون ، ثم بطلت بموتهم ، فلم تعد الوصية الأولى .

وقال ابن رستم عن محمد: لو أن رجلاً أوصى بوصية إلى رجل ^(٢) ، فقيل له: إنك ستبرأ ، فأخر الوصية ، فقال: أخرتها ، فليس هذا برجوع ، ولو قيل له: اتركها ، فقال: قد تركتها ، فهذا رجوع ؛ لأن تأخير الحق ليس بإسقاط له ، وتركه إسقاطه ، ألا ترى أنه لو أخر الدين لوجب ذلك التأخير ، ولو كان تركه كان براءة .

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمّى وأخبر الميت: أن ثلث ماله ألف ، أو قال: وهو هذا ، فإذا ثلث ماله أكثر من ألف ، فإن أبا حنيفة قال: له الثلث من جميع ماله ، والتسمية التي سمى باطلة ، لا ينقض الوصية خطؤه من ماله ، إنما غلط في الحساب ، ولا يكون هذا رجوعاً عن الوصية ، وهذا قول أبي يوسف ؛ وذلك لأنه أوصى بالثلث ، وبين الثلث المبلغ الذي ذكره ، وصحة الوصية لا تقف على ذكر المبلغ ، فلم يوجب إسقاط بعض الوصية ، وحمل [هذا] على الغلط في القدر ؛ ولأنه لما احتتمل أن يكون هذا رجوعاً

(١) ساقطة من أ والمثبت من ل .

(٢) في ل (بوصايا لرجل) .

عما زاد على القدر المذكور، واحتمل أن يكون غلطاً، فلم تبطل الوصية بالشك.

قال: ولو قال: أوصيت بغنمي كلها، وهي مائة شاة، فإذا هي أكثر، وهي تخرج من الثلث، فالوصية جائزة في جميعها؛ لما بيّننا أنه أوصى بجميع الغنم ثم غلط في العدد، حين ظن أنها مائة شاة، فلا يسقط بذلك ما أوصى به.

قال: ولو قال: قد أوصيت له بغنمي، وهي هذه، وله غنم غيرها تخرج من الثلث، فإن هذا في القياس مثل ذلك، ولكنني أدع القياس في هذا، وأجعل له الغنم التي سمّاها من الثلث؛ وذلك لأنه لما أوصى بالغنم على الإطلاق وعيّنهما بما أشار إليه، فالوصية تتعين بما عيّنه، فكانت الإشارة من باب التعيين أقوى من الإضافة، فلم يجز استحقاق ما لم تقع الإشارة إليه.

وليس هذا كقوله: أوصيت له بثلاث مالي، وهو هذا؛ لأن التعيين لم يقع فيما تعلق به الوصية حتى تكون أولى^(١) من الإضافة، وإنما وقعت الإشارة إلى جملة المال، وذلك لا يمنع أن يكون ما سواه من ماله؛ فلذلك تعلق الوصية بالأمرين، وفي مسألتنا أشار إلى ما علق الوصية به وما سواه.

وإن كان من غنمه فقد يجوز أن لا تتعلق الوصية به؛ فلذلك تعلق الحكم بالإشارة.

قال: وكذلك لو قال: قد أوصيتُ برقيقي وهم ثلاثة، فإذا هم خمسة، جعلت الخمسة كلهم له من الثلث، وهذا مثال الباب الأول؛ لأنه أوصى له بالرقيق وغلط في عددهم، فالغلط لا يمنع من استحقاق جميعهم^(٢).

(١) في ل (أقوى).

(٢) انظر: الجامع الكبير ص ٢٩٥.

بَابُ فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجْلِ بَسِيفِهِ

ذكر الحسن عن زفر أنه قال: فيمن أوصى لرجل بسيفه: أنه له بجفنه وحمائله، وإن أوصى له بسرج فله السَّرجُ واللُّبْدُ والرِّفَادَةُ والصِّفَّةُ.

وقال أبو يوسف في السيف: له النَّصْلُ دون الجَفْنِ، وفي السرج: يكون له الدَّفْتان والرِّكَّابان واللَّبَبُ والميْثرة، ولا يكون له اللبد والرفادة، ولا الصفة.

وقال محمد في الأصل: إذا أوصى له بسيف، أعطيته السيف بجفنه وحليته، ولو أوصى له بسرج، أعطيته السرج ومتاعه.

وجه ما ذكره في الأصل، وهو قول زفر: أن السيف في العادة اسم لأمرين، [فصار] ^(١) بالجفن بائعاً للسيف، فيدخل في الوصية، وكذلك السرج اسم للعود ولما تبعه مما لا ينتفع بالسرج [إلا به، فدخل] ^(٢) الجميع في الوصية.

وأما أبو يوسف: فجعل له ما اتصل بالسرج دون ما انفصل عنه، [فلذلك] ^(٣) لم يجعل له الجفن؛ لأنه منفصل عن السيف ولم يدخل في الوصية، كمن أوصى بدار، لا يدخل ما فيها من المتاع.

وأما إذا أوصى له بمصحف وله غلاف، قال أبو يوسف: له المصحف دون

(١) في أ (فجاز) والمثبت من ل.

(٢) في الأصل (إلا أنه قد دخل) والمثبت من ل.

(٣) في أ (كذلك) والمثبت من ل.



الغلاف ، وهو قول أبي حنيفة .

وقال زفر : له المصحف والغلاف .

أما أبو يوسف : فمضى على أصله : أن الغلاف منفصل عن المصحف ، فلا يدخل في الوصية إلا بالتسمية .

وأما زفر فقال : إن الغلاف تابع للمصحف ، كجفن السيف .

وقال أبو يوسف : إذا أوصى له بميزان ، فإن له الكفتين ، والعمود الذي به الكفتان ، واللسان ، وليس له الطرزدان والصنجات ، وأما الشاهين : فله الكفتان والعمود ، وليس له الصنجات والتخت .

وقال زفر : إذا أوصى له بميزان : له الطرزدان والصنجات [والكفتان ، وإن أوصى له بشاهين ، فله التخت والصنجات] .

وأما أبو يوسف : فذهب إلى أن الصنجة والطرزدان والتخت منفصل مما أوصى به ، فلا يدخل في الوصية إلا بالتسمية .

وأما زفر : فجعل ذلك من توابع الميزان ؛ لأن الانتفاع لا يحصل إلا بالجميع ، فصار كتوابع السرج ، وأما القبان والقرسطون فله العمود والحديد والرمان والكفة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعاً ؛ لأن اسم القبان يتناول هذه الجملة ، وإذا تناولها الاسم فالانفصال والاتصال سواء .

قال محمد في الأصل : وإذا أوصى لرجل بحنطة في جوالق ، فله الحنطة دون الجوالق ؛ لأن الحنطة يعقد عليها دون ظرفها في العادة ، بدلالة البيع ، وكذلك الوصية .



ولو أوصى له بجراب ثياب^(١) هو فيه ، فله الثياب والجراب ؛ لأن ذلك يدخل في بيعه [بطريق التبّع في العادة]^(٢) ، فكذلك الوصية ؛ ولأن اسم الجراب يتناول الظرف وإن عبّر به عما فيه في العادة ، فلا يخرج من الوصية ما يتناوله الاسم في الحقيقة .

[قال]: وعلى هذا: لو أوصى له بهذا الدنّ^(٣) من [الخلّ] ، كان له الدنّ [٤٠٧/ب] بما فيه ؛ لأن اسم الدنّ حقيقة في الظرف ، فإذا حمل على ما فيه لم يخرج من العقد ما يتناوله الاسم .

قال: ولو أوصى له بقوصرة^(٤) تمر ، أعطيته القوصرة وما فيها ؛ لأن الظرف يدخل في العقود على طريق التبّع في العادة ، بدلالة [البيع] ؛ ولأن الاسم يختص الظرف ، فلم يخرج من الوصية .

قال: ولو أوصى له بقبة أعطيته عيدانها دون كسوتها ؛ لأن القبة اسم للخشب دون الثياب ، والثياب منفصلة منها ، فلم تدخل في الوصية إلا بالتسمية .

قال: ولو أوصى له بقبة [تركية]^(٥) ، وهذا إنما يراد به الخركاه ، أعطيته

(١) في ل (بجرب هروي) . «والجرب: وعاء يحفظ فيه الزاد ونحوه ، وجمعه: أجربة وجرب» . المعجم الوجيز (جرب) .

(٢) في أ (على طريق العادة في البيع) والمثبت من ل .

(٣) الدنّ واحد الدنان: وعاء ضخم للتخليل ، وقال الفيومي: «كهيئة الحُبّ ، إلا أنه أطول منه وأوسع رأساً» . المصباح (دن) .

(٤) القوصرة - بالثقل والتخفيف - : وعاء التمر يتخذ من قصب» . المصباح (قصر) .

(٥) في أ ، ب (مركبة) والمثبت من ل ، حيث ذكر في المغرب بأن: «(الحركاه) بالفارسية: القبة التركية ، ويقال في تعريبها: خرّ قاهة» . (خركاه) .



العيدان واللبود^(١)؛ لأن الاسم يتناولها بلبودها، فدخلت في الوصية.

ولو أوصى له بحجلة، أعطيته الثياب دون الخشب؛ لأن الاسم يتناول الثياب والخشب منفصلة عنها، فلا يدخل في الوصية بها.

قال: ولو أوصى له بسَلَّة^(٢) زعفران، أعطيته الزعفران دون السلة، وهذا إنما أجاز فيه على عادة شاهدها في وقته أن السلة تنفرد عن الزعفران في البيع، فلا يتبعه، فأما الآن فالعادة أن الزعفران يباع بظرفه كما يباع التمر بظرفه، واسم السلة يتناوله الظرف خاصة، فلم يجز إخراجها من الوصية.

قال: ولو أوصى له بهذا العسل، وهو في زِق^(٣)، أعطيته العسل دون الزق، وكذلك السمن والزيت؛ لأن الزق لا يسمى عسلاً، فلا يدخل في الوصية إلا ما سمّاه دون غيره.



(١) في ل العبارة هذه جاءت بعد (مركبة)، [تركية، أعطيته العيدان واللبود].

(٢) «السَلَّةُ: وعاء يُحمل فيه الفاكهة، والجمع: سَلَات». المصباح (سلل).

(٣) الزَّقُّ: وعاء من جلد يُجَزُّ شعره، يتخذ للماء والشراب وغيره. المعجم الوجيز (زق).

بَابُ مَنْ لَا تَصَحُّ إِلَيْهِ الْوَصِيَّةُ



قال: وإذا أوصى الرجل إلى عبد غيره، فالوصية باطلة لا تجوز، وإن أجازها مولى العبد؛ وذلك لأن منافع العبد مستحقة لمولاه، فلا يجوز له صرفها إلى ورثة الموصي.

وإذا أجاز الوصية المولى فله أن يرجع ويمنع العبد من التصرف، فلم تصح الوصية، وهو محمول على أن القاضي لا يصحح الوصية ويخرجه منها، فأما إن تصرف العبد قبل أن يخرجه القاضي فهو جائز؛ وذلك لأن تصرف العبد بالوصية كتصرفه بالوكالة؛ وكذلك إذا تصرف على وجه الوصية، وإنما يخرجه القاضي؛ لأن منفعه لمولاه، فإذا أقره على الوصية وهو لا يقدر على القيام بأمر الميت، كان في [ذلك] تضييع للورثة، فإذا أخرجها منها له ذلك^(١).

وأما إذا أوصى الرجل إلى عبده، فإن كان ورثته كباراً، أو كان فيهم [كبير]^(٢)، فالوصية باطلة، وإن كانوا صغاراً جازت الوصية عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز.

وجه قول أبي حنيفة: أن العبد ليس في الورثة من يلي عليه، وهو يقدر على التصرف والقيام بمصالحهم، ومنفعه مستحقة لهم، فجازت الوصية إليه كالحرة.

(١) في ل (فلذلك أخرجها منها).

(٢) في أ (صغير) والمثبت من ل.

وليس كذلك عبد غيره؛ لأن منفعه لمولاه، فلا يقدر على صرفها إلى الورثة؛ فلذلك لم يقره القاضي على الوصية.

وأما إذا كان في الورثة كبير، فإنه يلي على العبد؛ بدلالة^(١) جواز بيعه [لنصيبه منه]^(٢)، ويستحيل أن يثبت للعبد الولاية [عليه] بالوصية، ويثبت له الولاية على العبد بالملكية؛ فلذلك لم تجز الوصية.

فإن قيل: فالصغير وإن لم يملك بيع عبده، فإن القاضي يملك بيعه بولايته على الصغير، قلنا: ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية إليه؛ بدلالة ولايته على الأحرار، وإن جازت الوصية إليهم.

وجه قولهما: أن [مَنْ] لا تجوز الوصية إليه إذا كانت الورثة كباراً، لا تجوز مع صغرهم، كالكافر والفاسق، ولأن الوصي يتصرف بالولاية، والعبد [ليس] من أهل الولايات.

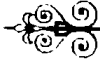
[قال]: فإن أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره، فالوصية جائزة؛ وذلك لأن المكاتب مالك لمنافع نفسه كالحرة؛ ولأنه يتصرف له بالوكالة، فكذلك بالوصية، فإن عجز صار حاله كحال العبد على ما قدمنا.

قال: ولو أوصى مسلم إلى ذمي، فالوصية باطلة، وذكر في كتاب القسمة ما يدل على جواز الوصية ما لم يخرج القاضي.

فإن حملنا المسألة على رواية واحدة، كان قوله أن الوصية باطلة، أن

(١) في ل (للولاية).

(٢) في أ (له) والمثبت من ل.



القاضي يبطلها ، ويقيم [غيره] مكانه مسلماً .

وإن حملنا هذه الرواية على ظاهرها ، كان فيها (روايتان .

والوجه)^(١) في بطلانها: أن الوصي يتصرف بالولاية ، والكافر لا تثبت له على المسلم ولاية ، ولأنه متهم في حقه ؛ فلذلك لم تقبل شهادته عليه ، فكذلك وصيته إليه .

وأما وجه الرواية الأخرى: فإنه يجوز أن يتصرف بالوكالة ، فكذلك بالوصية كالمسلم ، إلا أن القاضي يخرجها للتهمة التي تلحقه في حق المسلمين .

قال: ولو أوصى ذمي إلى ذمي جاز ؛ لأن أهل الذمة يثبت لبعضهم على بعض الولاية ، [وتقبل شهادة بعضهم على بعض ، فكذلك وصيتهم .

ولو أوصى ذمي إلى حربي لم يجز ؛ لأنه لا يثبت لبعضهم على بعض ولاية^(٢) ، ولا يتوارثون ، فصاروا كالمسلمين وأهل الذمة ، ولو أوصى ذمي إلى مسلم جاز ؛ لأن المسلم تثبت له الولاية على الكافر .

ولو أوصى رجل إلى امرأة جاز ، وكذلك المرأة إلى الرجل ؛ لأن المرأة من أهل الولاية كالرجل ؛ ولأن شهادتها عليه مقبولة ، فجاز أن تكون الوصية [إليها صحيحاً]^(٣) .

ولو أوصى إلى أعمى جاز ؛ لأن الأعمى من أهل الولاية كالبصير .

(١) في ل (ما يوجد) .

(٢) ما بين المعقوفتين سقطت من أ والمثبت زيدت من ل .

(٣) في أ (له) والمثبت من ل .

قال: ولو أوصى إلى محدود في قذف جاز، وإنما يعني بهذا المحدود التائب؛ لأنه إذا لم يتب فهي مسألة الوصية إلى الفاسق، وسنذكرها، فأما المحدود التائب فهو من أهل الولاية كغير المحدود؛ ولأنه عدل ناهض^(١) بالتصرف كسائر الناس^(٢)، وليس إذا لم تقبل شهادته لم تثبت ولايته؛ لأنه يلي على أولاده مع وجود هذا المعنى.

قال: ولو أوصى إلى فاسق مُتَّهِمٍ مَخُوفٍ في ماله^(٣)، فالوصية إليه باطلة؛ وذلك لأن الفاسق متهم في التصرف، فلم تجز الوصية إليه كالكافر، وكان أصحابنا يقولون: إن الوصية جائزة، ويخرجه القاضي منها؛ لأنه متهم على الورثة، فإن تصرف قبل أن يخرجه القاضي نفذ تصرفه؛ لأنه يتصرف بأمره كالوكيل.

وذكر ابن رستم عن محمد في هذه المسألة قال: إن وجدته ثقة أجعله وصياً؛ إلا أنه محتاج فإني أجعله وصياً ولا أسلم المال إليه؛ وذلك لأن المحتاج لا يؤمن أن تدعوه الحاجة إلى تناول المال، فجاز للقاضي أن يستعين^(٤) بتصرفه، ولا يُثبت يده في المال حتى يأمن عليه.

وجملة هذا: أن الوصي إذا كان [٤٠٨/أ] من أهل الولاية، وكان عدلاً ناهضاً بالتصرف، فإن القاضي لا يجوز له الاعتراض عليه؛ لأنه لو أقام غيره مقامه أقام

(١) «ناهض من نهَضَ: قام يَقِظاً نشيطاً، ويقال: شباب ناهض: يَقِظٌ مهتم بالقيام بواجباته». المعجم الوجيز (نهض).

(٢) في ل (التائبين).

(٣) مَخُوفٍ في ماله، أي: يُخَافُ أن يُهْلِكَ مَالَهُ وينفقه فيما لا ينبغي». كما في المغرب؛ وفي مختار الصحاح: «لأنه لا يُخِيفُ، وإنما يُخِيفُ فيه قاطعُ الطريق». (خوف).

(٤) في ل (يستغن).

من هو في مثل صفته ، فإذا تساويا فمن رضيه الميت أولى ، وإن كان فاسقاً متهماً أخرجته من الوصية ، ونصب للميت وصياً ؛ لأنه غير مؤتمن^(١) على المال ، والموصي إنما أوصى إليه لأنه لم [يجرب]^(٢) حاله ، ولو علم ذلك لم يوص [إليه] ، وقد عجز الآن عن [استدراك]^(٣) حقه ، فقام القاضي مقامه .

وأما إذا كان عدلاً مأموناً إلا أنه ضعيف لا ينهض بالتصرف ، فإن القاضي لا يخرج به ؛ ولكنه يضم إليه غيره ؛ لأنه لو تركه لم ينتفع به الورثة لعجزه ، ولا يجوز إخراجه ؛ لأنه غير متهم ، فوجب على القاضي أن يكمل تصرفه ، فيضم إليه غيره^(٤) .



-
- (١) في ل (لأنه متهم) .
 (٢) في أ (يجز) والمثبت من ل .
 (٣) في أ (اشترك) والمثبت من ل .
 (٤) انظر: الأصل ٤٤٤/٥ وما بعدها .



بَابُ مقاسمة الوصي للورثة أو عليهم وما يجوز من التصرف عليهم وما لا يجوز من ذلك



قال: وإذا أوصى رجل إلى رجل ، وأوصى بالثلث وترك ورثة صغاراً وقاسمَ الوصي أهل الوصية ، وأعطاهم الثلث ، وأمسك الثلثين للورثة ، فهذا جائز ، فإن هلكت حصة الورثة من يديه لم يرجع على أهل الوصية بشيء ؛ وذلك لأن الوصي قائم مقام الصغار لولايته عليهم ، والموصى له خصم له ، والقسمة تصح بين المتخاصمين ، فكأن الصغار كانوا كباراً ، فقاسموا الموصى له ، صحت القسمة ، ولم يرجع واحد منهم على الآخر بشيء .

قال: فإن كان الوارث كبيراً أو صاحب الوصية كبيراً غائباً ، وأعطى الوارث الثلثين ، وأمسك الثلث لصاحب الوصية ، ثم هلك الثلث ، فإن لصاحب الوصية أن يرجع على الوارث بثلث ما بقي في يده ؛ لأن الوصي لا ولاية له على الموصى له ، فلم يصح أن يقاسم عنه ، فصار وجود هذه القسمة كعدمها ، فما هلك هلك على الحقين ، وما بقي بقي عليهما .

قال: وإن كان الوارث هو الغائب فأعطى الوصية صاحب الثلث وأمسك الثلثين ، فهلك الثلثان ، فإن القسمة جائزة ؛ وذلك لأن الوصية^(١) تثبت له ولاية على الكبير الغائب فيما أدى إلى حفظ المال ، وفي المقاسمة وإفراد^(٢) حقه حفظ

(١) في ل (الموصى له ولاية على الكبير).

(٢) في ل (وإقرار).

له ، فجاز مقاسمته عنه .

وإذا صحت المقاسمة لم يرجع أحدهم على الآخر .

قال: وإن كان الوارث^(١) صغيراً أو كبيراً فقسام الموصي الكبير؛ فأعطاه حقه ، فهو جائز؛ وذلك لأنه يلي على الصغير ، فقام مقامه في القسمة ، والكبير يلي على نفسه ، فصار كالكبيرين إذا تقاسما .

ولو كانت الورثة صغاراً ، فقسام الوصي بينهم ، لم تجز القسمة ؛ وذلك لأن العقد إنما تمّ به وحده ، والقسمة فيها معنى التملك ، وكأنه باع حق أحد الصغيرين لحق الآخر ، وهذا لا يجوز .

وإن كانوا كباراً وبعضهم غائب فقسام الحاضر ، وأمسك نصيب الغائب جاز؛ لما بيّننا أن الوصي يلي على الغائب في حفظ ماله ، والقسمة تؤدي إلى الحفظ ، فجازت مقاسمته عن الغائب .

ولو كانوا كلهم كباراً غيباً ، أو كان فيهم صغير ، فيقسم الوصي [وأفرز]^(٢) نصيب كل واحد ، لم يجز؛ لأن القسمة لا تصح إلا بين المتقاسمين ، فلم يجز أن يليها الوصي بنفسه .

قال: ولو كانا وصيين لیتامی ، فقسام أحدهما ، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن من أصلهما أن تصرف أحد الوصيين لا يجوز إلا في الأشياء المخصوصة التي قدمناها ، فلم تجز قسمته .

(١) في ل (كانت الورثة صغاراً) .

(٢) في أ (وأفرد) والمثبت من ل .

فأما على قول أبي يوسف: فقسمة كل واحد منهما جائزة، كما يجوز بيعه وتصرفه.

قال: فإن كانا وصيين فمات أحدهما، وأوصى بوصية الميت إلى صاحبه، فهو جائز؛ وذلك لأنه فوض الرأي إليه، فنفذ العقد برأيهما، فكأنه [وكّله] ^(١) في حال الحياة.

وقد روي عنهم: أن ذلك لا يجوز حتى يقيم القاضي مقام الميت وصياً آخر؛ لأن الميت لم يرض برأي هذا الباقي ^(٢) وحده.

قال: ولو أوصى إلى رجل وعليه دين، فقضاه الوصي بشهود، فلا ضمان عليه؛ وذلك لأنه فعل ما هو مستحق، ألا ترى أن القاضي يجبره على ذلك، ولأنه قام مقام الميت في مصالحه، ومن مصالحه تعجيل قضاء دينه.

قال: فإن كان قضي بغير أمر ^(٣) قاض، فلحق الميت بعد ذلك دين، فهو ضامن لحصة من لحق؛ وذلك لأن حقوق الغرماء متعلقة بالتركة، فإذا دفع الوصي إلى أحدهم، فقد دفع [إليه] ما تعلق حق غيره به، فلزمه الضمان.

وأما إذا قضي بأمر الحاكم، فلا ضمان عليه، ولكن الغريم الثاني يشارك الأول؛ وذلك لأن [الوصي] زالت يده عما قضاه بغير اختياره، فصار ذلك كالهلاك في يده، فلا يلزمه الضمان.

قال: ولو كان أوصى إلى رجلين، فدفعا إلى رجل ديناً وشهدا له به على

(١) في أ (ملكه) والمثبت من ل.

(٢) في ل (الثاني).

(٣) في ل (قضاء).

الميت ، ثم لحق الميت دين بشهادة غيرهما ، فهما ضامنان لجميع ما دفعا .

ومعنى هذا: أنهما [دفعاً إلى رجل] ^(١) شيئاً بدعواه ، ولم يثبت له ذلك ، ثم شهدا عند الحاكم بذلك الدين ، فشهادتهما لا تقبل ؛ لأنهما ضمنا بالدفع ، ثم شهدا ليسقطا الضمان عن أنفسهما بشهادتهما ، فلم تقبل .

ولو كانا شهدا عند القاضي للغريم ، فقضى بشهادتهما ، وأمرهما بالدفع ، ثم قامت الشهود بعد ذلك بدين لم يلزمهما ضمان ؛ لأنهما لا يدفعان بهذه الشهادة مغرمًا ، ولا يحصلان بها مغنمًا ، فصارا كغيرهما ، فإذا جازت الشهادة صحَّ القضاء ، فلم يلزمهما الضمان .

قال: وإذا شهد وارثان من الورثة [بدين] ^(٢) على الميت ، فهو جائز ؛ فإنهما لا يتهمان في هذه الشهادة ، ألا ترى أنهما يسقطان بها حقاً لهما ، وإذا لم يتهما قبلت شهادتهما .

قال: والوصي مُصَدِّقٌ في كفن الميت فيما يكفن فيه مثله ، يعني أنه إذا قال: قد كفنته من ماله ، أو كفنته من مالي وأراد الرجوع ، صدق ؛ لأن الكفن مستحق ، فإذا فعله [فقد] فعل ما جعل له فعله ، فقبل قوله فيه .

قال: ولو اشترى الوصي الكفن من ماله كان له أن يرجع في مال الميت ؛ وذلك لأنه لو اشتراه مطلقًا ، [ثبت] ^(٣) الثمن دينًا في ذمته ، فإذا اشتراه ابتداءً بماله فقد فعل مقتضى العقد المطلق المأذون فيه ، فجاز ، ولم يكن متبرعًا .

(١) في أطمس ، والمثبت من ل .

(٢) في أ (على دين) والمثبت من ل .

(٣) في أ (ثلث) والمثبت من ل .

وكذلك لو كفنه الوارث من ماله رجع بالكفن ؛ لأن الوارث [مأمور]^(١) بالتكفين ، وله حق في المال ؛ لأن الفاضل منه له ، فإذا فعل ذلك تعجيلاً لأمر الميت لم يكن متبرعاً .

[قال] : ولو قضى الوصي أو الوارث ديناً من ماله بشهود ، كان له أن يرجع في مال الميت ، يعني أن الدين ثابت بشهادة ، فالوصي مطالب به ، فإذا عَجَّلَهُ من ماله ليتخلص من المطالبة التي أدخله الموصي فيها لم يكن متبرعاً .

وكذلك الوارث ؛ لأن [الفاضل من التركة]^(٢) له ، وقد يختار تبقية أعيانها لنفسه ، فيقدم الدين بهذا المعنى ، وله في ذلك حق [من قبل أنه هو المأخوذ بالمخاصمة في دين الميت] ، فلم يكن بذلك متبرعاً .

قال : وإذا اشترى الوصي لليتيم الطعام [٤٠٨/ب] والكسوة بشهادة الشهود حتى يرجع به في مالهم ، جاز ؛ وذلك لأنه لو أطلق الشراء ثبت الدين في ذمته ، وكان هو بقاء المطالبة بقضائه ، فإذا دفع من ماله فقد فعل مقتضى العقد المأذون فيه ، وإنما اعتبر أن يكون اشترى لهم بشهادة ؛ لأن قول [الوصي]^(٣) يقبل فيها [إن] زعم أنه أنفقه من مالهم ؛ لأنه مؤتمن فيه ، [فلا يقبل]^(٤) قوله في الرجوع بالدين عليهم ، فلا بد من بينة يشهد بثبوت الأصل .

وكذلك لو شهد على أداء خراجهم ؛ لأن الخراج مستحق كالنفقة .

(١) في أ (مأذون) والمثبت من ل .

(٢) في أ (فاضل التركة) والمثبت من ل .

(٣) في أ (القاضي) والمثبت من ل .

(٤) في أ (ولأن) والمثبت من ل .

قال: ولو كان للميت عنده مال، فقال: أنفقت عليهم منه، جاز؛ لأنه مأذون في الإنفاق، وهو مؤتمن في الحال، فكان القول قوله.

قال في الجامع الكبير: إذا مات وفي يده ودائع لقوم شتى، وترك مالا، وعليه دين يحيط بماله، وأوصى إلى رجلين، فعمد أحد الوصيين فقبض المال والودائع من منزل الميت بغير أمر [صاحبه] (١)، [أو قبض ذلك بعض الورثة بغير أمر الوصيين] وبغير أمر [بقية الورثة] (٢)، فهلك ذلك في يده، فلا ضمان عليه؛ وذلك لأن أحد الوصيين يملك الانفراد برد الودائع وقضاء الديون، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بقبض المال، فكان مأذوناً فيه.

وكذلك الوارث يملك رد الودائع وقضاء الدين، فإذا قبض المال ليتوصل بقبضه إلى دفع ماله (أن يدفعه) (٣) لم يضمن.

قال: ولو لم يكن على الميت دين، فقبض (٤) أحد الوصيين تركته، فضاعت في يده، لم يضمن شيئاً؛ وذلك لأن أحد الوصيين يملك دفع نصيب الورثة إليهم، فإذا قبض ليتوصل بالقبض إلى دفع ما يجوز له دفعه لم يضمن.

قال: فإن قبض أحد الورثة، ضمن حصة أصحابه من الميراث؛ وذلك لأنه [لا] يملك التصرف في نصيبهم، وإنما جوّزوا له بالقبض لما يتوصل به إلى دفع الديون، فإذا لم يكن هناك دين ولا وديعة لم يجر قبضه على شركائه؛ إذ لا ولاية له عليهم.

(١) في أ (الوصيين) والمثبت من ل.

(٢) في أ (ورثة البقية) والمثبت من ل.

(٣) ساقطة من ل.

(٤) في ل (فقضى).

قال: وإن كان المال في موضع يخاف عليه الضياع استحسنت أن لا يضمن؛ لأنه يخاف تلف نصيبه، ولا يمكنه حفظه إلا بحفظ الجميع، فكان مأذوناً فيه.

قال: وإذا مات الرجل وله عند رجل ودائع من ماله ومال أودعه غيره، فأراد وارثه - وليس له وارث غيره - قبض ذلك، وعليه دين كثير يحيط بماله، فدفعت ذلك المستودع إلى الوارث بغير إذن القاضي، فضاء في يد الوارث، فالمستودع ضامن لما دفع إلى الوارث، والوارث ضامن لما قبض، ويضمن الغرماء وأصحاب الودائع أي الرجلين شأؤوا؛ وذلك لأن المال هاهنا في يد صحيحة، والوارث لا يملك التركة لوجود الدين، فلم يستحق القبض.

وليس كذلك^(١) المسألة الأولى؛ لأن التركة في منزل الميت، فليس في يد صحيحة غير يد الورثة، فإذا أخذها الوارث [واليد له] لم يضمن.

قال: وإن كان المستودع إنما غصب ذلك غصباً من الميت بعد موته، كان بهذه المنزلة؛ لأن يد الغاصب يد صحيحة، فلم يجز له القبض منها.

وكذلك لو كان الميت أوصى إلى وصيين، فدفعت المودع إلى أحدهما، ضمن؛ لأنه ليس لأحدهما أن [يتسلم]^(٢) الودائع؛ لأنها في يد صحيحة، وليس كذلك إذا أخذ من منزل الميت؛ لأنه في حكم يد الميت، فلم يأخذه من يده، فلم يضمن.

قال: وإن ارتفعوا إلى القاضي، وأحد الورثة مأمون، أخذ القاضي المال من يد الغاصب، وتركه في يد الوارث حتى يقضي منه الديون؛ لأن القاضي لا يجوز [له] أن يقر اليد المتعدية، فلا بد له من نقل المال إلى يد مأمونة، فإن كان

(١) في ل (بخلاف).

(٢) في أ (يسلم) والمثبت من ل.



الوارث مأموناً وله حق في فاضل المال ، كان بالحفظ أولى .

وأما إذا كان المال في يد المودع وهو لذلك أهل ، لم ينقله القاضي من يده ؛
لأنه لو نقله ^(١) ، نقله إلى [يد] من هو في مثل حاله ، فمن رضي به الميت أولى .
[والله أعلم] ^(٢) .



(١) في ل (لأنه لم ينقله) .

(٢) انظر: الجامع الكبير ص ٢٧٩ ، ٢٩٧ ؛ الأصل ٥٢٨/٥ وما بعدها .

بَابُ

الوصية بالنفقة

قال: وإذا أوصى أن ينفق على رجل من ثلث ماله عشرة دراهم كل شهر، فإنه يوقف^(١) عليه الثلث كله، فينفق عليه في كل شهر عشرة حتى يموت، فإذا مات رجع^(٢) إلى ورثة الموصي [ما بقي]، وكذلك لو أوصى بنفقة درهم في كل شهر.

وقال أبو يوسف: ينظر مقدار ما يعيش الموصى له غالباً، فيوقف له من الثلث بحساب ذلك، والباقي للورثة.

وجه قولهما: أن الوصية يجوز أن تستغرق جميع الثلث، بأن يمتد عمر الموصى له أو يهلك بعض الثلث، فتتعلق الوصية بالباقي، وإذا جاز أن تستغرق الثلث وقف عليه جميع ذلك، كما لو كان [أوصى بنفقته]^(٣) مدة عمره.

وجه قول أبي يوسف: أن أكثر ما يعيش الإنسان إليه معلوم بالعادة، فكأنه أوصى له بذلك القدر، [فيوقف]^(٤) عليه.

قال: ولو أوصى أن ينفق على زيد خمسة دراهم في كل شهر، وعلى عمرو عشرة دراهم في كل شهر، حبس الثلث عليهما نصفين؛ وذلك لأن كل واحد

(١) في ل (ينفق).

(٢) في ل (دفع).

(٣) في أ (نفقة) والمثبت من ل.

(٤) في أ (فينفق) والمثبت من ل.



منهما لو انفرد بوصيته وقف عليه^(١) جميع الثلث، فإذا اجتمعا، كان الثلث بينهما، كما لو أوصى لكل واحد منهما بالثلث، وأما قوله إن الموصى له إذا مات رجع الفاضل إلى الورثة؛ فلأن الوصية بطلت فيه، وما لا وصية فيه من مال الميت لورثته. [والله أعلم]^(٢).

تم كتاب الوصايا

والحمد لله على دفع البلايا، وصلى الله على محمد النبي وآله كثيراً



(١) في ل (عليهما).

(٢) انظر: الأصل ٤٥٩/٥ وما بعدها؛ الجامع الكبير ص ٢٩٣.

[٧٣] كتابُ الوكالةِ

قال [الشيخ] رحمه الله: الوكالة^(١) في اللغة: هي الحفظ، ومنه قولهم: (حسبنا الله ونعم الوكيل)، معناه: نعم الحافظ.

قال أصحابنا: إذا قال: وكّلتك في كذا، فهو وكيل في حفظه؛ لأن اللفظ يقتضي الحفظ، فلا يثبت ما زاد عليه إلا بلفظ يقتضيه.

والأصل في جواز الوكالة قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ حكاية إلى قوله: ﴿فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ [الكهف: ١٩].

وروي «أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي ديناراً، [وأمره أن] يشتري به أضحية»^(٢)، وروي عن حكيم بن حزام «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري [له شاة]»^(٣)، وروي أن رجلاً طلب من رسول الله ﷺ شيئاً وأخذ هدية من ثوبه، وقال: «إنه وكيلي بخبير، وقل له بعلامة هذه فليعطك»^(٤)، ووكل علي بن أبي طالب أخاه عقيلاً، ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه، وهذه بحضرة الصحابة، من غير نكير ولا خلاف في هذا بين الأمة.

(١) الوكالة في اللغة: التفويض إلى الغير، ورد الأمر إليه.

وفي الاصطلاح: إقامة الغير مقام النفس فيما يقبل النيابة من التصرفات.

وفي الجوهرة: «عبارة عن إقامة الغير مقامه في تصرف [جائز] معلوم». ص ٣٨٣.

(٢) أخرجه البخاري (٣٤٤٣).

(٣) حديث حكيم أخرجه أبو داود (٣٣٨٦)؛ والبيهقي في الكبرى ١١٢/٦؛ والدارقطني في سننه ٩/٣؛ الدراية ١٧٤/٢.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه من حديث جابر، ١٥٤/٤؛ وأورده ابن حجر في تغليق التعليق، ٤٧٦/٣.

بَابُ جملة ما تجوزُ فيه الوكالةُ

قال أبو الحسن: الوكالة جائزة في كل ما يجوز تملكه ، وأن [يكون] يوجب فيه الحقوق ، وما لا يجوز تملكه وإيجاب^(١) الحقوق ، فالوكالة فيه لا تجوز .

قال: وهذا الذي قاله صحيح في الوكالة وإسقاط الحقوق واستيفائها ؛ لأن ما جاز تملكه وإيجاب الحق فيه ، جاز التوكيل ببيعه وشرائه وقبضه ، وأما الخصومة في [الحدود]^(٢) فلا يدخل في هذا الحد ؛ لأن الحد لا يجوز تملكه ولا إيجاب الحق فيه .

وتجوز الوكالة بالخصومة فيه عند أبي حنيفة ومحمد .

والوجه [فيه] أن يقال: ما جاز تملكه وإيجاب الحق فيه جاز التوكيل به ، ويعني بذلك: أن التوكيل يجوز تملكه ، وتملكه ، واستيفاؤه ، والخصومة [فيه] .

وما لا يجوز تملكه ولا إيجاب الحق فيه ، لا يجوز التوكيل في استيفائه ، ويجوز بالخصومة فيه عند أبي حنيفة ومحمد .

وإنما جاز التوكيل بما جاز إيجاب الحق فيه ؛ لأن التوكيل إيجاب لحق الوكيل فيما وكل فيه ؛ ولأن الناس يوكلون في البيع والشراء والصلح والقبض والخصومة في الأموال في سائر الأعصار من غير نكير .

(١) في ل (وما لا يوجب فيه الحقوق) .

(٢) في أ (الحقوق) والمثبت من ل .

وأما ما لا يجوز تملكه ولا إيجاب الحق فيه كالحدود والقصاص ، فلا يجوز التوكيل في استيفائها عندنا مع غيبة الموكل ، وقال الشافعي: يجوز^(١).

لنا: أنه استيفاء الحد بما قام مقام [الغير]^(٢)، فصار [كاستيفاء الحد]^(٣) بالشهادة على الشهادة ؛ ولأن [الوكيل]^(٤) يستوفي مع الشبهة ؛ لجواز أن يكون الموكل قد عفا ، والقصاص لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة .

وقد كان القياس [ينبغي]: أن لا يجوز التوكيل بالاستيفاء مع حضور الموكل في المجلس ؛ لأنه استيفاء بما قام مقام الغير ، وإنما استحسنا ؛ لأننا لو لم نجوز النيابة فيه لبطل الحد والقصاص ؛ لأن المستحق لا يحسن الاستيفاء ، فلا بد من أن يستنيب^(٥) من يقدر على ذلك ؛ ولأنه استوفى مع الشبهة ، ألا ترى أن الموكل لو عفا لأظهر العفو ؛ ولأن ما يستوفيه الوكيل بحضرة موكله ، فكأن الوكيل فعله ؛ بدلالة ما قالوا: إن الوكيل بالبيع لا يجوز أن يوكل ، فإن وكل من باع^(٦) بمشهد منه جاز ، فكأنه باع بنفسه .

وكذلك قالوا في الولي إذا حضر مع الزوج وشاهدين فقال لأحد الشاهدين:

(١) قال الشافعي في الأم: «إذا وكل الرجل الرجل بطلب حد له أو قصاص ، قبلت الوكالة على تثبيت البينة ، فإذا حضر الحد أو القصاص ، لم أحده ، ولم أقصص حتى يحضر المحدود له والمقتص له .» ص ٦٠٩ .

وقال العثماني: «وتصح الوكالة في استيفاء القصاص عند مالك ، والشافعي على الأصح من قوله .» انظر: رحمة الأمة ص ١٣٤ .

(٢) في أ (العين) والمثبت من ل .

(٣) في أ (كلاستيفاء) والمثبت من ل .

(٤) في أ (التوكيل) والمثبت من ل .

(٥) في ل (يثبت) .

(٦) في ل زيادة (وكيله) .

زَوْج ، [فقد] ^(١) صَحَّ العقد ، وكان العاقد شاهداً تقبل شهادته في إثبات النكاح ؛ لأنهم جعلوا عقده كعقد الولي .

وأما الوكالة في إثبات الحدود والقصاص والخصومة فيها ، فيجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف: لا يجوز ^(٢) .

وجه قولهما: أنها وكالة في إثبات حق كالوكالة في إثبات الديون ؛ ولأن [المانع] ^(٣) من التوكيل بالاستيفاء أنه لا يستدرك بعد استيفائه ، فلا يجوز أن يفعل مع الشبهة ، وهذا غير موجود في الإثبات ؛ لأن استدراكه ممكن ، فصار كسائر الحقوق .

ولأبي يوسف: أن إثبات الحدود بما قام مقام الغير لا يجوز ، كالشهادة على الشهادة ؛ ولأن الإثبات يحتاج ^(٤) إليه الاستيفاء ، فإذا لم يجز الاستيفاء بالوكالة ، فكذلك الإثبات ^(٥) .

٢٨٠٣ - فِصْلُ : [الوكالة في العقود التي تتعلق بها الحقوق]

قال أبو الحسن: ومن هذه الوكالات الجائزة: ما لها حقوق تلزم ، فمنها ما يكون حقوقه للوكيل وعليه ، ومنها ما يكون حقوقه للموكل وعليه ، وإذا كانت وكالة [يعقد] ^(٦) فيه بدل فهو على وجهين: ما كان يستحقه كل واحدٍ من

(١) في أ (بعقد) والمثبت من ل .

(٢) انظر: الجامع الصغير ، ص ٤٠٧ ، (عالم الكتب) .

(٣) في أ (المنافع) والمثبت من ل .

(٤) في ل (لا يحتاج) .

(٥) انظر: الأصل ٢٠٧/١١ وما بعدها .

(٦) في أ (العقد) والمثبت من ل .

المتعاقدين يجوز أن يقلد^(١) إلى غيره، فالحقوق التي يوجبها [ذلك] العقد للوكيل وعليه.

وإذا كان مما وقع عليه العقد ما لا يجوز أن يقلد^(٢) مستحقه إلى غيره، ولا أن يوجب فيه حقاً لغيره، فحقوق ذلك العقد للموكل وعليه.

وإنما قال أبو الحسن: إن من الوكالات ما لها حقوق تلزم؛ لأن [منها ما لا حقوق له]^(٣) إلا ما أمر به، كالوكالة بتقاضي الدين، والوكالة بالملازمة لا تقتضي الحقوق، وأكثر ما سمي فيها.

ومن الوكالة ما يتعلق بها حقوق كالوكيل بالبيع الذي يلزم التسليم، ويستحق قبض الثمن، ويخاصم في العيب.

ثم العقود التي تتعلق بها حقوق تنقسم إلى القسمين اللذين ذكرتهما، فهذا القسم [الذي] خصّه بالوكيل حتى لا يدخل فيه القاضي وأمين القاضي.

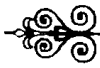
ولم يحترز عن توكيل الصبي والعبد والمحجور؛ لأنه جعل التقسيم للعقد، ولم يجعله للعاقد، وعقد البيع في الجملة يتعلق حقوقه بالعاقد، وإذا كان في العاقدين من هو لا يتعلق به الحقوق لمعنى يختص به.

والدليل على أن هذه العقود تتعلق حقوقها بالعاقد: أنه أضاف العقد إلى نفسه، وهو ممن يلزمه الضمان بعقده، وإيجاب الضمان عليه لا يبطل السبب الذي ملك به التصرف، فصار كالعاقد لنفسه، ولا يلزم على هذا الصبي المحجور

(١) في ل (ينقله).

(٢) في ل (ينقله).

(٣) في أ (فيها ما لا يجوز له) والمثبت من ل.



[والمجنون] ؛ لأن الضمان لا يتعلق بعقودهما ، ولا القاضي و[لا] أمينه ؛ لأنَّ إيجاب الضمان عليهما يبطل السبب الذي ملكا به التصرف ، وهو العطاء^(١) ؛ ولأن عقد التصرف يجوز بين الوكيلين مع غيبة الموكلين .

فلولا أن الحقوق تتعلق بهما لم يجز العقد ، كما لا يجوز بالرسول ، ولا يقال عقد التصرف ينعقد بالصبي المحجور ، وأمين القاضي ، وإن لم تتعلق الحقوق بهما ؛ لأنه لا يتعلق بهما الضمان ، وإن تعلقت بهما الحقوق ، بدلالة أنهما يجبران على التسليم والتسليم ، وهذا من حقوق العقد .

وهذا القسم قد اشتمل على هذه البياعات ، والأشربة ، والإجازات ، والصلح الجاري مجرى البيع .

وأما (ما لا يجوز أن [ينقله])^(٢) مستحقه إلى غيره ، ولا أن يوجب فيها حقاً لغيره ، فحقوقه تتعلق بالمعقود له : كالنكاح ، والخلع ، والطلاق على مال ، والصلح من دم العمد ، [والعفو]^(٣) على مال ، [٤٠٩/ب] والصلح للإنكار .

والدليل على أن حقوق هذه العقود لا تتعلق بالعاقد : أن الوكيل لا يضيف العقد إلى نفسه ، وإنما يضيفه إلى موكله ، فصار كالرسول له ، فلا تتعلق به الحقوق ؛ لأن القائل أحد قائلين :

إما من قال : إن الحقوق تتعلق بالموكل بكل حال .

أو من قال : إنها تتعلق بالوكيل في العقوبة التي يضيفها إلى نفسه ، فصار

(١) في ل (القضاء) .

(٢) في أ (يتقلده) والمثبت من ل ، وفي ل (ما لا يصلح أن ينقله) .

(٣) في أ (العتق) والمثبت من ل .



هذا موضع إجماع .

وقد كان أبو الحسن يقول: إن الملك في الشراء ينتقل إلى الوكيل ، ومن جهته ينتقل إلى الموكل .

وقال أبو طاهر الدباس: ينتقل الملك ابتداءً إلى الموكل .

وجه قول أبي الحسن: أن الوكيل إذا خالف لزمه الشراء ، فلو كان الملك لا ينتقل إليه لم يلزمه بالمخالفة ، كما لا يلزم الوكيل بالنكاح إذا خالف ، فلما انتقل الملك في الشراء إذا خالف ، دل على أنه ينتقل [إليه] وإن لم يخالف ، ولا يلزم [العبد] والصبي والمحجور ؛ لأنهما إذا خالفا لم ينتقل الملك إليهما ، ولا يلزم القاضي إذا عقد على وجه لا يجوز على الصغير ، أن المعقود عليه ينتقل إليه ، وإن كان لو لم يخالف لم ينتقل ؛ لأن من أصحابنا من قال: إن الملك ينتقل إلى القاضي ، وإما لا يلزمه الضمان .

ويجوز أن يقال: إن القاضي إذا [عقد] (١) العقد على وجه لا يجوز ، خرج من القضاء ، فصار عقده كعقد الوكيل ، فإن فعل ذلك ساهياً لم يخرج من الولاية ، فلم ينقل الملك إلى الوكيل (٢) ، كما لا ينتقل إلى المحجور إذا خالف .

فأما أبو طاهر فقال: لو انتقل [الملك] (٣) إلى الوكيل لعنت ذوو أرحامه ، وذوو محارمهم إذا اشتراهم بالوكالة ؛ لأنه ملكهم .

والجواب: أنهم لا يعتقدون ؛ لأن ملك الوكيل لا يستقر ، ألا ترى أن السبب

(١) في أ (اعتمد) والمثبت من ل .

(٢) في ل (إليه) .

(٣) في أ (إلى انتقل) والمثبت من ل .

الموجب لانتقال ملكه قائم ، والعتق يقع عقيب الملك [المستقر] ، وفي تلك الحال الملك [منتقل]^(١) غير ثابت ، فلذلك لا يعتق عليه .

وهذا كما قال أصحابنا: إن من تزوج أمةً ، ثم تزوج حرةً على رقبته ، فأجاز مولاها جاز ، وصارت مهراً للحرّة ، ولا يفسخ النكاح بينها وبين الزوج ، وإن كان الملك منهما ينتقل إلى الزوج ثم ينتقل منه إلى الحرّة ؛ إلا أنه لما انتقل انتقالاً غير مستقر لا يفسد النكاح بينه وبينها^(٢) .



(١) في أ (ينتقل) والمثبت من ل .

(٢) انظر: الأصل ٢٥٩/١١ وما بعدها .

بَابُ

الوكالة في الهبات والصدقات والعواري والودائع والشراء والرهن وما في معناها مما ليس له أبدال

قال أبو الحسن: وإذا وَكَّلَ رَجُلٌ رجلاً بأن يهب عبده لرجل بعينه، أو يتصدق به عليه، أو يعيره إياه، أو يودعه، أو يرهنه، فقبض الوكيل العبد، ففعل فيه ما أمره به الموكل، فذلك جائز على الموكل، [وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا يقبض شيء منه، وذلك إلى الموكل]، وليس للوكيل في الهبة أن يرجع فيها، ولا أن يقبض الوديعة من المودع، ولا العارية من المستعير، ولا القرض ممن هو عليه، ولا الرهن من المرتهن.

وإن كانت هذه الوكالة من الملتمس لذلك من المالك، فوكل رجل رجلاً أن يرتهن عبد فلان بدينه، أو يستعير دابة له، أو يستقرض له ألفاً، فإن الوكيل في ذلك يضيفه إلى يد موكله، ولا يضيف إلى نفسه، فيقول: إن زيداً يستقرض منك ألفاً، أو يستوهبك عبدك، أو يستوهبك ما لك عليه من الدين، أو يستعير منك.

وإنما لم تتعلق حقوق هذه العقود بالعاقدة؛ لأنه لا يضيفها إلى نفسه، ألا ترى أنه يقول: وهب لك موكلي كذا، أو رهنك أو أعارك، أو أودعك، وإذا لم يضيف العقد إلى نفسه لم يتعلق [حقوقه] ^(١) به، كما لا يتعلق بالرسول.

وكذلك وكيل الملتمس، يضيف العقد إلى موكله [دون نفسه]، فلا تتعلق

(١) في أ، ب (تصرفه) والمثبت من ل، فيدل عليه السياق.

حقوقه به .

فإن أضافه إلى نفسه فقال: هب لي ، أو أعرنني ، أو أقرضني ، أو تصدق علي ، فذلك كله للوكيل دون الموكل ؛ لأن إضافة العقد في الهبة إلى نفسه يقتضي انتقال الملك إليه ، فلا يجوز أن ينتقل بالوكالة بعد ذلك إلى موكله^(١) ؛ لأنها إنما تنتقل في الشراء بالضمان من الموكل للثمن ، ولا ضمان في الهبة ينتقل به الشيء إلى الموكل .

وأما القرض ، [فالمقبوض]^(٢) تابع بما في ذمته بما يأخذ ، ولا يجوز أن يستحق بالعوض غيره بالوكالة ، كما لو قال: وكلتك بأن تبيع مالك علي أن ثمنه لي ، لم تجز .

قال: وكذلك [الوكالة] بالشركة والمضاربة ؛ لأنه لا يضيف العقد إلى نفسه ، وإنما يضيف إلى موكله ، فحقوقه لا تتعلق به^(٣) .



(١) ورد هنا في أ ، ب عبارة: (لأنها إنما تنتقل بالوكالة بعد ذلك إلى موكله) ، وهي ساقطة من ل ،

فسياق العبارة يدل على إقحامها هنا بين العبارتين ، وصحة ما ورد في ل . والله أعلم .

(٢) في أ (فالقرض) والمثبت من ل .

(٣) انظر: الأصل ٣٤٦/١١ .

بَابُ الوكالة في الخصومة

—•••••—

قال أبو الحسن: الوكالة في الخصومة جائزة في جميع الحقوق التي تجوز المطالبة بها، كان الطالب الموكل بذلك أو المطلوب في قول أبي حنيفة ومحمد، وكذلك قال أبو يوسف، إلا الخصومة في الحدود والقصاص واللعان، فإنه لم يجز الخصومة في ذلك.

والأصل في جواز التوكيل بالخصومة: ما روي أن علياً رضي الله عنه وكَلَّ عقيلاً بالخصومة، ثم وكَلَّ بعده عبد الله بن جعفر، وكان لا يحضر الخصومة ويقول: إن لها [قُحْمًا] ^(١) وإن الشيطان يحضرها.

وأما الخصومة في الحدود والقصاص فقد بَيَّنَّا الكلام فيها، واللعان من مقتضى القذف، كالحد.

قال: وكان أبو حنيفة لا يقبل الوكالة في الخصومة من حاضر في المصر صحيح، فإن كان مريضاً أو غائباً عنه قبل وكالته في الخصومة.

قال معلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا تقبل الوكالة في الخصومة من رجل ولا امرأة بكر وإن كانت شريفة إلا من عذر مرض أو غيبة.

وقال أبو يوسف ومحمد: ذلك جائز.

(١) في النسخ (لفحا) وفي البدائع (لحمًا) ٢٢/٦؛ وابن شبة في أخبار المدينة (لحمي) ١٤٧/٢؛ والمثبت ما ذكره ابن الأثير في النهاية والزمخشري في الفائق (قمح).

وجه قول أبي حنيفة: قوله ﷺ: «من ولي القضاء بين اثنين فليسوا بينهما في مجلسه والنظر»، وقال [لعلي]: «لا تسمع من أحد الخصمين حتى يحضر الآخر»^(١)؛ ولأن الخصومة حق يلزم المطلوب يختلف باختلاف من يتولاه، ولا يجوز أن يحيل به على غيره إلا برضا صاحب الحق، كالدين.

وجه قولهما: ما وري أن علياً عليه السلام وكل في الخصومة، ولم ينقل أنه طلب رضا الخصم؛ ولأنه توكيل في حق، فصار كالتوكيل باستيفاء الدين، فأما الخصم المريض الذي لا يقدر على الحضور^(٢)، فيجوز توكيله؛ لأن الحضور^(٣) لا يلزمه مع تعذره، وإذا أسقط الحضور عنه انتقلت الخصومة إلى ما قام مقامه (كالميت)^(٤).

فأما الغائب على مسافة يقصر فيها الصلاة، فالحضور لا يلزمه؛ لأن في تكلف السفر [٤١٠/أ] مشقة، وإذا أسقط الحضور عنه جاز أن يوكل.

فأما المرأة، فكان أبو بكر الرازي يقول: إذا كانت غير برزة جاز لها أن توكل؛ لأنها لم تألف خطاب الرجال، فإذا حضرت مجلس الحكم انقبضت، فلم تنطق بحجتها، ويلحقها بذلك ضرر.

وقال أبو بكر: وهذا شيء استحسنته المتأخرون من أصحابنا، فأما ظاهر الأصل فيقتضي خلاف ذلك، وقد كان ابن أبي ليلى يقول: يجوز توكيل البكر؛ لأن البكر تستحي في العادة، ولا يجوز توكيل الثيب؛ لأنها لا تستحي.

(١) أخرجه أبو داود عنه بلفظ (إذا جلس بين يدك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول...)(٣٥٨٢).

(٢) في ل (الخصومة).

(٣) في ل (الخصومة).

(٤) ساقطة من ل.



قال: وإذا صحَّت الوكالة بالخصومة، جاز إقرار الوكيل على موكله، كما يجوز إقرار الموكل على نفسه إذا [كان] إقراره بذلك عند الحاكم [الذي يخاصم إليه، فإن كان إقراره] عند غير الحاكم، لم يجز ذلك على موكله، وخرج من الوكالة بعد إقراره، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عند الحاكم وغيره، وهو قوله الآخر.

وقال زفر: لا يجوز [إقراره] بحال.

وجه قولهما: أن الموكل أقامه مقام نفسه في الخصومة، فإذا كان [هو] يملك الإقرار والإنكار فكذلك وكيله؛ ولأنه وكَّله بالجواب، وذلك يكون تارة بالنفي، وتارة بالإثبات، فإذا ملك أحدهما بمطلق الوكالة، كذلك الآخر؛ ولأنه إقرار يسقط به الحق، فإذا أقر به الوكيل جاز أن يلزم الموكل، كما لو قال: قبضت أنا.

وجه قول زفر: أن إقرار الوكيل لا يجوز بحال؛ لأنه أقامه مقام نفسه في الخصومة، والإقرار ضد الخصومة؛ ولأنه لو وكَّله بالإقرار لم يصح مع التصريح به، فلأن لا يملك ذلك من غير تصريح أولى.

وقد قال الطحاوي: إنهم لا يختلفون أن الخصم لو قال: ما أقرَّ به فلان عليّ فقد التزمته، لم يصح إقراره عليه.

وهذا غير مُسلَّم؛ لأن محمداً ذكر في آخر الوكالة أنه إذا وكَّله بالإقرار عليه جاز.

وإن التزم على ما قدمنا إقرار الوصيِّ، قلنا: هو قائم مقام الصغير، فلا يجوز

إقراره، كما لا يجوز إقرار الصغير، أو قائم مقام الميت، وإقرار الميت على الصغير لا يجوز.

فإن التزم الوكيل بالخصومة في القصاص إذا أقرّ أن موكله [قتل] (١)، قلنا: إقراره جائز عليه، إلا أنه قام مقام إقراره، والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير. وإذا ثبت جواز إقرار [الوكيل]، قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز بغير حضرة الحاكم؛ لأنه وكله بالخصومة، [والخصومة] ما كان بحضرة القاضي، وما لم يكن بحضرة فليس بخصومة؛ ألا ترى أن المدعي لو استحلف المدعي عليه عند غير القاضي لم تنقطع الخصومة، فإذا لم يكن [وكيلاً] (٢) بغير حضرة القاضي، فقد أقر في حالة لم يوكل فيها، فلا يجوز إقراره.

لأبي يوسف: أنه أقامه مقام نفسه، وهو يملك الإقرار بحضرة القاضي وبغير حضرة القاضي، وكذلك وكيله في الوجهين، وكل من لم يُجَوِّز إقرار الوكيل، أبطل وكالته بإقراره؛ لأن الإقرار قد تضمن أمرين: أحدهما: إسقاط حق الموكل، فالوكيل لا يملك ذلك. والآخر: إسقاط [حق] الوكيل من الخصومة، وهو يملك ذلك.

فإن قيل: أليس لو وكله على أن [لا] (٣) يقر عليه جاز، فلو كان الإقرار من مقتضى الوكالة لم يجز استثناءه، كما لا يجوز إذا وكله بالبيع على أن لا يتعلق به الحقوق.

(١) في أ (قبل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (موكلاً) والمثبت من ل.

(٣) ما بين المعقوفتين مزيدة من ل.

قيل له: إن الإقرار ليس بحق للوكيل ، وإنما يملكه بإطلاق الوكالة ، فصار التوكيل بالخصومة ، كالوكالة بالخصومة والإقرار ، فإذا استثنى أحدهما جاز .
 وأما حقوق البيع ، فهي حق للوكيل يملكها بمقتضى عقده ، حتى لا يصحَّ عزله عنها بعد البيع ؛ فلذلك لم يجز استثنائها من العقد ، وبه قال محمد في الزيادات .
 ولو وكله واستثنى^(١) الإقرار جاز [ولم يفصل ، وروى ابن سماعة عن محمد: أن الطالب] لو وكل المطلوب واستثنى الإقرار لم يجز ؛ لأن الطالب لا يجبر على الخصومة ، فله أن يوكل بشيء دون شيء ، والمطلوب يجبر عليها ، فلا يملك التوكيل بما فيه إضرار بالطالب .

٢٨٠٤ - فَصْل: [الوكيل في الخصومة في المال وكيل في القبض]

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بالخصومة في مال ، فهو وكيل في قبضه ، وقال زفر: لا يملك القبض .
 وجه قولهم: أن المقصود بالخصومة الاستيفاء ، ومقصود الوكالة من حقوقها ، ومن وكل بشيء فهو وكيله بحقوقه ، كالوكيل بالبيع أنه وكيل بالرد بالعيب .
 وجه قول زفر: أنه قد يوكل بالخصومة من لا يؤتمن على القبض ، فلم يكن التوكيل بأحدهما توكيلاً بالآخر .

وأما الوكيل [بتقاضي الدين]^(٢) فله القبض ؛ لأن المقصود بالتقاضي القبض ، فصار من حقوقه .

(١) في ل (إذا وكله على أن لا يقر عليه) .

(٢) في أ (بالتقاضي) والمثبت من ل .

وأما الوكيل بقبض الدين فهو وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة ، وقالوا : ليس بخصم ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة .

لأبي حنيفة : أنه موكل بأخذ الشيء من ملك الغير ، فصار كالوكيل بالأخذ بالشفعة .

وجه قولهما : أنه قد يصلح للقبض من لا يصلح للخصومة ، فلم يكن [رضاه بقبض الدين] ^(١) رضاً بخصومته .

وأما الوكيل بقبض العين ، فليس بوكيل في الخصومة في قولهم ؛ لأنه موكل بالنقل ، فصار كالوكيل بنقل الزوجة .

وقد قالوا في الوكيل بالملازمة : إنه لا يملك القبض ، وقد قالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب والقسمة : إنه يملك الخصومة ؛ لأن الشفعة والقسمة لا تتوصل إليهما إلا بالخصومة ، وكذلك الرد بالعيب ، فصار ذلك من حقوقها .

وقد قالوا في الوكيل بقبض العين : إذا أقام الذي في يده العين البينة أن الموكل باعه إياها ، سُمعت البينة في منع الوكيل من القبض ، ولا يثبت بها [البيع] ^(٢) ؛ لأن الوكيل بقبض العين ليس بخصم ، فلا يقوم مقام الموكل في سماع البينة ؛ إلا أن بهذه البينة تتضمن إسقاط حق الوكيل من النقل ، فجاز سماعها في إسقاط حقه من ذلك .

٢٨٠٥ - فصل : [شهادة الوكيل بالخصومة لموكله بعد العزل]

قال : وإذا وكل رجلاً رجلاً بخصومة في شيء ثم عزله موكله عن الخصومة

(١) في أ (رضاً بقبضه بالدين) والمثبت من ل .

(٢) في أ (المنع) والمثبت من ل .

فيه ، ثم شهد الوكيل للموكل بذلك الشيء ، فإن ابن سماعه روى عن محمد في نوادره: في رجل [وكل رجلاً في] طلب كل حق له قبل فلان ، ثم أخرجه [موكله] (١) من الوكالة ، ويخاصم هو والمطلوب ، فشهد له الوكيل ، قال : شهادته جائزة .

وقال أبو يوسف : إذا شهد [له] بالوكالة (٢) وقبل الوكيل ، ثم أخرجه من الوكالة لم تجز شهادته ، وهذا فرع على مسألة الإقرار .

فعند أبي حنيفة ومحمد : أن الوكيل لا يصير خصماً إلا بحضرة القاضي ؛ فلذلك لا يجوز إقراره بغير حضرته ، فإذا لم يصير خصماً حتى عزل صار كالأجنبي ، فتقبل شهادته .

فأما على قول أبي يوسف : فهو خصم [خاصم أو] (٣) لم يخاصم ، فلم تجز شهادته فيما هو خصم فيه .

قال : وإذا خاصم إلى القاضي ثم أخرجه الطالب ، لم تجز شهادته له بحق قد كان له عليه يوم وكله أو حدث له بعد ذلك عليه ؛ لأنه موكل في طلب كل الحقوق ، فإذا أجاز له القاضي الوكالة ، فهو خصم فيما خاصم فيه وما لم يخاصم [فيه] ، فلا تقبل شهادته .

قال : فإن أخرجه بعدما خاصم ، ثم حدث للموكل حق بعد إخراج الوكيل من الوكالة ، فشهادة الوكيل تجوز عليه ؛ لأن هذا الحق لم يكن هذا الوكيل فيه خصماً ، فشهادته [فيه] مقبولة .

(١) في أ (مكانه) والمثبت من ل .

(٢) في ل (له به الوكيل) .

(٣) الزيادة من ل ، وفي أ (لو) .

قال: ولكل من الخصمين أن يعزل وكيله من الوكالة بعد وكالته ، وليس لخصمه منعه من ذلك ، إلا أن يكون خصمه طالبه بإقامة وكيل في خصومته فأجابه إلى ذلك ، فلا يكون له أن يخرجه إلا بمحضر من خصمه ؛ وذلك لأن الوكالة حق للموكل ، فإذا لم يتعلق بها حق غيره فهو بالعزل يسقط عن نفسه ، فجاز له ذلك ، فإذا تعلق به حق غيره مثل من [٤١٠/ب] وكّل في الخصومة بمطالبة خصمه ، فليس له أن يعزله إلا بحضور خصمه ؛ لأن في ذلك إسقاط حق الخصم ، ألا ترى أنه يعزله ويغيب ، فلا يقدر خصمه إلى إثبات حقه .

وعلى هذا قالوا في الوكالة المشروطة في عقد الرهن: إن الراهن لا يملك عزل الوكيل لما في ذلك من إسقاط حق المرتهن .

قال: وكُلُّ خصومة وجبت للمضارب أو لشريك شركة عِنان ، أو مُفَاوِضَةً ، أو لعبد مأذون له في التجارة ، أو لمكاتب ، فإن لكل واحد من هؤلاء أن يوكل في خصومة من له [في] قِبَلِهِ خصومة ؛ لأنهم [يملكون] ^(١) الخصومة فملكوا التوكيل بها ، كما ملك الإنسان في حق نفسه .

والذمّي بمنزلة المسلم في ذلك ؛ لأن الوكالة من حقوق الملك ، والذمي يملك ما يخاصم فيه ، فملك أن يوكل .

قال: وتوكيل المرتد في حال رده موقوفة ، فإن أسلم جازت ، وإن قُتِلَ أو لَحِقَ بدار الحَرْبِ وحُكِمَ بِلِحَاقِهِ بطلت .

وقال أبو يوسف ومحمد: وكالته جائزة حتى يُقْتَلَ أو يَمُوتَ ، أو يُحْكَمَ لِحَاقِهِ .

(١) في أ (لأنهم لا يملكون) والمثبت من ل .

وهذا فرع على اختلافهم في أملاك المرتد ، فعند أبي حنيفة: أنها تزول في آخر جزء من أجزاء إسلامه^(١) ، وذلك مراعى حتى يقتل أو يلحق [بدار الحرب] ، وكذلك توكيله ؛ لأن التوكيل تصرف في ماله ، فهو كسائر وجوه التصرف .

فأما على قولهما: [فلأن] أملاكه باقية ، وتصرفه جائز ، (وتوكيله جائز)^(٢) .

وأما إذا وكل المسلم مرتداً جاز ؛ لأن الوكيل لا يتصرف في ملك نفسه ، وإنما يتصرف في منفعه ، ولا حق لورثته فيها .

وأما المرتدة فتوكيلها جائز في قولهم ؛ لأن ردتها لا تغير حكم ملكها فهي كالمسلمة .

قال: وإن ارتد [الوكيل] ولحق بدار الحرب ، انقطعت وكالته ما دام في دار الحرب ، فإن عاد لم يعد حتى يجددها في قول أبي يوسف .

وقال محمد: تعود الوكالة إذا عاد إلى دار الإسلام مُسْلِماً .

وإنما لم يجز تصرفه بعد لحاقه ؛ لأن اختلاف الدارين يمنع من ثبوت الأحكام بينهما ، فتعذر التصرف .

وأما إذا عاد فوجه قول أبي يوسف: أن الوكالة عقد ، فإذا أبطل باللحاق لم يعد كالنكاح ؛ ولأن لحاق المرتد كموته ، فتبطل وكالته ، فلا يعود بعد ذلك .

لمحمد: أن الردة لا تنافي الوكالة ، وإنما لم يجز تصرف الوكيل لتعذر ذلك في دار الحرب ، فإذا عاد أمكن التصرف ، فجاز ، فصار هذا كمن وكل رجلاً أن

(١) في ل (حياته) .

(٢) ساقطة من أ .

يبيع له عبداً بالكوفة ، فخرج الوكيل إلى البصرة ، ليس له أن يبيع العبد ، فإذا عاد إلى الكوفة كان على وكالته .

وأما إذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ، ثم عاد مسلماً لم تعد الوكالة في قولهم المشهور ، وروي عن محمد: أنها تعود .

وجه قولهم: أن اللحاق كالموت ، ولو مات بطلت الوكالة ولم تعد ، كذلك هذا ؛ ولأن الأملاك زالت بالحكم بلحاظه ، فبطلت الوكالة المتعلقة بها .

لمحمد: أن الوكالة بطلت بزوال الأملاك ، فإذا عاد مسلماً عادت أملاكه ، فعادت لحقوقها ، كما قالوا فيمن وكل رجلاً ببيع عبده ، ثم باع الموكل العبد ، انعزل الوكيل ، فإن رد العبد بعيب بقضاء ، عادت الوكالة ؛ لأن الملك الأول عاد ، ويرد^(١) بحقوقه .

وقال الحسن عن أبي حنيفة: في رجل وكل رجلاً بقبض ألف في صدك على رجل ، وغاب الطالب فجاء الوكيل فأثبت الوكالة ، والمطلوب مقر بالألف يدعي أنه قد أوفاهما الطالب: لم يكن على الوكيل أن يجيء بالطالب حتى يحلف ، ولم يكن عليه أن يجيء ببينة ، ولكن يقال للمطلوب: ادفع [إليه] هذه الألف ، واتبع [الطالب]^(٢) باليمين ، فإن حلف ، وإلا رجعت عليه .

وذلك لأن عقد المدائنة قد أوجب القضاء ، وذلك حق ثبت للوكيل ، فإذا ادعى المطلوب الإيفاء فهو يسقط حقاً ثابتاً بأمر يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون ، ولا يجوز ذلك .

(١) في ل (فعادت بحقوقها) .

(٢) في أ (المطلوب) والمثبت من ل .

وعلى هذا قالوا في الوكيل بطلب^(١) الشفعة: إذا ادعى المشتري أن الموكل [نزل]^(٢) عنها، قيل له: سلّم الدار إلى الوكيل واتبع أنت الشفيع [باليمين]؛ لأن عقد البيع لا يقع إلا موجّباً للشفعة، فلم يصدق في إسقاط حق ثابت بالدعوى.

فأما الوكيل بالرد بالعيب: إذا ادعى البائع أن المشتري قد رضي، فإنه لا يرد السلعة حتى يحضر الموكل، فيحلف؛ ولأن عقد البيع قد يقع غير موجب للرد، بأن يشتري ما قد علم بعيبه، فلم يتيقن ثبوت الحق، فوجب أن تقف الخصومة على يمين المشتري.

قال: فإن أراد المطلوب أن يحلف الوكيل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الألف منه، لم يكن له أن [يحلفه]^(٣) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر: أحلفه على علمه، فإن أبي أن يحلف خرج من الوكالة، ولم يبرأ المطلوب، وكان الطالب على حجته.

وجه قولهما: أن الدعوى وقعت على الموكل، فلو استحلف الوكيل كان ذلك نيابة في اليمين، والنيابة لا تصح في الأيمان.

وليس هذا كما لو مات الطالب، فادعى المطلوب أن الميت استوفى، استحلف الوارث؛ لأن اليمين هاهنا تثبت حقاً للطالب في مال المطلوب، فصار الاستحلاف حقاً عليه لا على وجه النيابة.

وجه قول زفر: أن اليمين يسقط بها حق الوكيل من المطالبة إذا نكل، فصار

(١) في ل (بطلت).

(٢) في أ (نزىل) والمثبت من ل.

(٣) في أ (يحلف) والمثبت من ل.

كما لو ادعى أنه عزله عن الوكالة .

قال: ولو كان المطلوب ادعى أنه قد أوفاهما الطالب وجاء بينة على ذلك ،
والوكيل وكيل بالقبض دون الخصومة ، قبلت بينته ، وكان ذلك دفعاً له عن
الخصومة ، ولم يكن ذلك قضاء على الطالب ، والطالب على حجته .

وهذا عطف على رواية الحسن: أن الوكيل بالقبض ليس بوكيل بالخصومة ،
فالبينة [تسمع]^(١) عليه في إسقاط القبض الذي هو حق له ، ولا تسمع في إسقاط
حق موكله .

فأما على الرواية المشهورة: أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة ،
[فالبينة مسموعة عليه] ، ويقضي بها على الموكل ، ويبرأ من الحق .

قال: وكذلك لو أقام بينة أنه أعطاه بالألف دنانير ، أو باعه [به] متاعاً ، أو
جارية ، أو داراً ، أو لأن الطالب قد قبض ذلك ، أو لم يقبضه ، كان ذلك دفعاً عن
المطلوب ، والطالب على حجته ، وهذا ظاهر على رواية الحسن ؛ لأنه ليس بوكيل
في الخصومة ، فلا تُسمع البينة في أخذ عوض الدين ، كما لا تُسمع البينة في أخذ
نفس الدين ، إلا أن خصومة الوكيل تسقط لأنها حق له ، والبينة تقتضي سقوطها .

فأما على رواية الأصل: أن الوكيل بالقبض وكيل بالخصومة ، فيجب أن
تسمع البينة على دفع العوض عن الدين ، كما تسمع على دفع نفس الدين .

وقد روى محمد: أن بينة المطلوب لا تقبل إذا ادعى أنه باعه جارية أو غير
ذلك عن أبي حنيفة .

(١) في أ (مسموعة) والمثبت من ل .

ووجهه: أنه خصم في الدين وما يتعلق به، وليس بخصم في البياعات،
وهذه بينة بعقد مبايعة، فلم يكن الوكيل بالقبض خصماً فيها، فلم يسمع عليه
[٤١١/أ]^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٣٢/١١ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص ٢٦٢.

بَابُ الوكالة بقبض الدين



قال أبو الحسن: وإذا وجب لرجل على رجل دين بأي وجه وجب، وبما كان سببه، فوكل صاحب الدين رجلاً بقبضه، فذلك جائز؛ لأنه يملك القبض، وهو مما لا يسقط بالشبهة، فملك التوكيل به كما [يملك أن] يوكل في سائر حقوقه؛ ولأن الإنسان قد تجب له الديون المختلفة، فلا يستطيع أن يقبض جميعها بنفسه، فلو لم يجز له التوكيل في قبضها أدى ذلك إلى وقوف حقوقه.

ولا فرق في ذلك بين رأس مال [السلم]^(١)، وبين الصرف وغيرهما؛ لأن التوكيل بذلك جائز في المجلس، وإنما لا يجوز^(٢) بعد المجلس؛ لأن الموكل لا يملك القبض بعد المجلس، وهو إنما يوكل بما يملك دون ما لا يملك.

قال: وإذا قبض الوكيل برئ الذي عليه الأصل منه، فكان ما قبضه الوكيل ملكاً لصاحب الدين وأمانة في يد الوكيل، يضمن بما يضمن به الوديعة؛ لأن الوكيل قام مقام الموكّل في القبض، فكما لو قبض الموكل برئ المطلوب، كذلك قبض الوكيل.

وإنما كان المقبوض ملكاً للموكل؛ لأن يد الوكيل كيد الموكل، فكما لو قبض الموكل كان المقبوض ملكاً له، كذلك قبض وكيله.

وإنما كان المقبوض أمانة؛ [وذلك] لأنه قبضه بأخذ مالكة، لا على طريق

(١) في أ (المسلم) والمثبت من ل.

(٢) في ل (يجوز).

البدل والوثيقة .

قال: والقول قول الوكيل مع يمينه في أنه دفعه إلى الطالب ، وفي كل ما يبرأ به المودع عن الوديعة ؛ لأنه أمانة ، والقول قول الأمين في براءة نفسه .

قال: فإن جحد الغريم أن يكون للموكل عليه شيء ، فأراد الوكيل أن يقيم البينة ، فقد بَيَّنَّا الخلاف في ذلك ، قال أبو حنيفة: تقبل بينته ، وروى الحسن عنه: أنها لا تقبل ، وهو قولهما .

قال: وليس للوكيل بالقبض أن يوكل بقبضه غيره ؛ لأن المالك رضي برأيه ، والقبض يختلف باختلاف الأداء ، ورضي بيده ، وحكم اليد مختلف .

قال: فإن فعل ذلك ، وقبض الوكيل الثاني الألف لم يبرأ الغريم من الدين ، إلا أن يصل ما قبض إلى الوكيل الأول ؛ لأن التوكيل لم يصح ، فصار قبض الوكيل الثاني كقبض الأجنبي ، فلا يسقط به حق الطالب ، فإن وصل الدين إلى [يد] الوكيل الأول فقد حصل القبض بيد قائمة مقام [يد] المالك ، فكأنه قبضه ابتداءً ، وكأنه أرسل رسولاً فحمل الدين إلى الوكيل .

قال: فإن [هلك] ^(١) في يد القابض قبل ذلك ، ضمنه الذي قبضه ، ولم يبرأ الدافع من الدين الذي عليه ، وكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه ، فإذا أخذه منه رجع الغريم على من دفعه إليه ، ورجع الوكيل الثاني على الأول إن [كان] هلك ما قبض في يده ، روى ذلك الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ؛ وذلك لأن قبض الوكيل الثاني بغير حق .

فإذا هلك في يده كان مضموناً عليه ، ويرجع الطالب على المطلوب ؛ لأن

(١) في أ (قال) والمثبت من ل .

قبض الوكيل الثاني في حقه كلاً قبضٍ، ويرجع المطلوب إذا ادعى على الوكيل؛ لأنه دفع إليه ليملك ما في ذمته بما دفع، فإذا لم يملك بالقبض كان له الرجوع عليه. ولا يقال: إن المطلوب دفع إليه باختياره؛ لأنه وإن كان كذلك، فإنما دفع على وجه العوض، فيتعلق بالقبض الضمان.

وإنما رجع الوكيل الثاني على الأول؛ لأنه تصرف له، فما يلحقه من الضمان يرجع به عليه.

ولا يقال: فلمَ ضَمَّنَ أبو حنيفة الوكيل الثاني؟ وهو لا يرى تضمين مودع المودع؛ لأن هناك قد وجب بذلك القبض الضمان على المودع الأول، فلا يجب به الضمان على المودع الثاني؛ لأن القبض الواحد لا يوجب ضماناً في حق اثنين، فضمن كل واحد منهما كل المقبوض.

وأما في مسألتنا: فالضمان وجب على الوكيل الثاني بقبضه، وعلى الأول بحكم الغرور والأمر، فلم يجب بقبض واحد ضمان على اثنين.

قال أبو الحسن: لو أن الطالب حين وكل الموكل بقبض المال جعل أمره فيه جائزاً، أو قال: ما صنعت في ذلك فهو جائز، كان للوكيل أن يوكل في قبضه من شاء، وليس للوكيل أن يقبض عن الدين شيئاً غيره مما للموكل أن يمتنع من قبضه من الغريم؛ وذلك لأنه فوّض إليه الرأي في القبض، فإذا وكل فقد فعل ما رأى، فجاز له ذلك.

وأما إذا أخذ عوضاً عن الدين لم يجز؛ لأن تفويض الرأي في القبض



يقتضي [تجويز]^(١) الحقوق المتعلقة بالقبض ، فأما أخذ العوض فهو عقد معاوضة لا يتعلق بالقبض ، فلم يكن من حقوقه .

وقال أبو يوسف: في رجل وَّكَّل رجلاً بقبض دين له فأبى أن يقبل ، ثم ذهب الوكيل فقبضه ، فإن الغريم لا يبرأ منه^(٢) ، والدين على حاله ؛ لأنه لما أبى فقد ردّ الوكالة ، فلا يعود إليها إلا بتوكيل جديد ، فإذا قبض صار قبضه كقبض الأجنبي .

قال: وإذا كان لرجل على رجل دين ، فقال: إن الطالب أمرني بقبضه منك ، فدفعه ، ثم جاء الطالب فأنكر أن يكون أمره بذلك ، فهذا على ثلاثة أوجه:

إن كان المطلوب صدق الوكيل بالوكالة ودفَع إليه ، قيل له: ادفع الدين إلى الطالب ، ولا حق لك على الوكيل ؛ لأن تصادق المطلوب لمدعي الوكالة لا ينفذ في حق صاحب الدين ، فالقول قوله إنه لم يوكل ، ولا يرجع المطلوب على الوكيل ؛ لأنه صدَّقه على الوكالة ، ففي زعمه أنه أمين في القبض ، وأن الدين سقط بما أعطاه ، وأن الموكل ظلمه فيما طالبه به ، فيقبل إقراره على نفسه .

وأما إن صدقه وضمَّنه ما دفعه إليه ثم حضر الموكل ، فرجع عليه ، ثم رجع هو على القابض ؛ لأنه وإن اعترف أنه قبض بحق ، وأن الطالب ظالم في المطالبة ، فقد ضمنه ما يطلبه الطالب بغير حق ، فيصح الضمان ، كما لو قال: ما [غصبك]^(٣) فلان فهو علي .

وأما إن كان المطلوب كذب الوكيل في دعواه ، أو قال: لا أعلم أصداً ما

(١) في أ (وجوب) والمثبت من ل .

(٢) في ل (الدين) .

(٣) في أ (أعطيتك) والمثبت من ل .



تقول أم لا ، ودفعت إليه ، ثم حضر الطالب فأخذ منه ، رجع على الوكيل ؛ لأنه لما كذبه فقد اعترف أنه أخذ بغير حق ، فلما لم يملك ما في ذمته رجع عليه .

وإذا لم يصدقه ولم يكذبه ، فله حق التصديق ، وله حق التكذيب ، فإذا طالبه فقد كذبه .

قال: وكُلُّ من وكَّل بوكالة في جميع ما ذكرناه ، ثم أخرج الموكل من الوكالة بغير محضر منه ، فأخراجه باطل ، وهو على وكالته ؛ وذلك لأن العزل نهى ، فلا يثبت حكمه إلا بالعلم كنهى صاحب الشريعة ؛ ولأنه فوض إليه القبض من غير ضمان يلحقه ، فلو جوزنا العزل من غير علم الوكيل ضمن ما يتصرف فيه ، وذلك غرور ، فلا يجوز .

قال: فإن أتى الوكيل رجلٌ فأخبره أن الموكل قد أخرج من الوكالة ، فإن كان جاءه برسالة من الموكل ، خرج عن الوكالة في قولهم ؛ وذلك لأن الرسول قائم مقام المرسل ، فكأن المرسل شافهه القول ، فلا يعتبر صفاته^(١) .

وأما إذا جاءه على وجه الخبر ، لم ينزل عند أبي حنيفة حتى يخبره رجل عدل أو اثنان على أي صفة كانا .

وقال أبو يوسف ومحمد: ينزل بإخبار الواحد عدلاً كان أو غير عدل^(٢) .

لأبي حنيفة: أن هذا الخبر يوجب ضماناً على [ب/٤١١] الوكيل بالتصرف ، فهو كالشهادة الموجبة حقاً على المشهود عليه ، وهذا يقتضي اعتبار العدد والعدالة ، وكونه [خبراً]^(٣) يقتضي أن لا يعتبر واحد من الشرطين ، فاعتبر أبو

(١) نقل الكاساني المسألة وقال في آخرها: «... على أي صفة كان» ٣٧/٦ .

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٥٩ .

(٣) في أ (جائزاً) والمثبت من ل .



حنيفة الشبهين ويشترط أحد شَرْطَي الشهادة، إما العدد، وإما العدالة.

وجه قولهما: أن هذا الخبر من أخبار المعاملات، فلا يعتبر فيه العدالة كسائر أخبار المعاملات.

قال: وإذا وكل صاحب الدين رجلين بقبض دينه، فليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه، فإن قبض لم يبرأ الغريم حتى يصل ما قبض أحدهما إلى صاحبه، فيقع ذلك في أيديهما جميعاً، أو يصل إلى الموكل؛ لأنه رضي برأيهما ولم يرض برأي أحدهما، والشيء مما يختلف باختلاف الآراء، فلم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف، فإذا قبض صار قبضه كقبض الأجنبي، فإن وصل إلى صاحبه أو إلى الموكل برئ المطلوب؛ لأن المقصود بالقبض قد حصل، فكأنهما قبضاه ابتداءً.

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بقبض دينه الذي على زيد، أو بقبض دينه بالشام، أو بمصر من الأمصار، فليس له أن يتعدى ذلك إلى غيره، وهو وغيره من الناس في قبض غير ما سمى له سواء؛ لأن الوكيل يتصرف من طريق الأمر، فاختص تصرفه بما أمر به، وما هو من حقوقه دون غيره.

قال: وإذا قبض الوكيل [الدين] فوجده معيباً، فما كان للموكل رده فللوكيل رده وأخذ بدله؛ لأن يده قائمة مقام يد الموكل، فكأن الموكل قبض؛ ولأن الوكيل يقبض [دين الموكل]^(١) بالتمليك، فله الرد بالعيب كالوكيل بالشراء^(٢).



(١) في النسختين (الدين موكل) وما أثبتته هو ما يناسب السياق.

(٢) انظر: الأصل ٣١٢/١١ وما بعدها.

بَابُ الرجل يُوكَّلُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ



وإذا قال رجل لآخر: اقض زيدا ما له عليّ من الدين ، فقضاه ، فهو جائز ،
وقد برئ الأمر ، وللمأمور أن يرجع عليه بما قضاه عنه .

قال: والأصل في جواز التوكيل بقضاء الدين: أن الموكل يملك ، وهو مما
لا يسقط بالشبهة ، فملك التوكيل به .

وإنما رجع المأمور بما أدّى على الأمر ؛ لأنه أمره أن يملك ما في ذمته لما
يعطي ، فصار كالوكيل بالشراء أنه يرجع على الأمر بالثمن وإن لم يشترط الرجوع .
وكذلك الكفيل إذا قال [له]: تكفل عني ، فكفل [وأدّى ، رجع] ^(١) عليه ،
وإن لم يشترط الرجوع ؛ لما ذكرنا من العلة .

وليس هذا كما لو قال: عوض [عني هبتي] أو تصدّق عن كفارتي ؛ لأنه لما
أمره بالعوض [عنه] وهو غير واجب عليه ، لم يتعلق به وجوب لحق الوكيل
أيضاً ، وأما الإطعام في الكفارة وإن كان واجباً على الأمر ؛ فلأن الوكيل لو رجع
بغير شرط لرجع بأكثر مما أسقط عن الأمر ، ألا ترى أن الوجوب كان من أحكام
الآخرة دون الدنيا ، فلو ثبت الرجوع بمطلق الأمر لحق بالمضمون ^(٢) في الدنيا
والآخرة ، فلا يجوز أن يرجع بأكثر مما أسقط عن ذمته .

(١) في أ (ويرجع) والمثبت من ل .

(٢) في ل (بحق مضمون) .

قال: فإن دفع إليه مالاً، فقال: اقضه عني زيداً، جاز ذلك، والمأمور أمين فيما دفع إليه، إن هلك في يده لم يضمنه؛ لأنه قبضه بإذن مالكة لا على طريق البدل أو الوثيقة.

[قال]: فإن قال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين المال الذي دفعته إليّ، وأنكر الذي له الدين أن يكون قبض منه شيئاً، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه مع يمينه، ولا ضمان عليه، ولا يصدق على الغريم فيما ادّعى عليه من دفع المال إليه؛ لما بيّننا أنه أمين [في المال]، والقول قول الأمين في براءة نفسه، فلا يقبل في إيجاب الضمان على غيره؛ لأنه شاهد في حق الغير، فلا تقبل شهادته بفعل نفسه؛ ولأننا جعلنا القول قوله في البراءة؛ لأن الموكل ائتمنه على المال، ولم يأتمنه، فلم يقبل قوله في حقه.

قال: فإن كان الذي عليه المال دفع إلى الوكيل ألفاً ليقضي دينه [بها]، فدفع الوكيل إلى الغريم ألفاً من ماله، وقبض له الألف الذي دفع إليه، جاز ذلك؛ لأنه وكله بتملك ما في ذمته بما أعطاه، فلا يتعين^(١) المدفوع كما لو وكله بالشراء بهذه الألف، فاشترى بألف من مال نفسه، ثم أخذها عوضاً عنه.

قال: فإن كان لم يدفع إليه شيئاً وقال: اقض زيداً عني ما له علي، وادّعى المأمور أنه^(٢) دفع، لم يُصدق على الغريم ولا على الأمر، وعلى كل واحد منهما اليمين، يحلف للطالب: بالله ما قبض المأمور دينه، ويحلف الأمر للمأمور: بالله ما يعلم أن المأمور قضى عنه الدين؛ وذلك لأن الوكيل يدعي إيجاب الضمان على وكيله، وقول الوكيل مقبول في براءة نفسه، غير مقبول في

(١) في ل (يعتبر).

(٢) في ل (أنه قد فعل).

إيجاب الضمان على غيره .

وإنما استحلف المطلوب ؛ لأن الوكيل يدعي الإيفاء ، واليمين على البتات ؛ لأنها يمين على فعله .

وإنما استحلف الأمر ؛ لأنه يدعي إيجاب الضمان عليه ، وهو مُنْكَرٌ ، واليمين على العلم ؛ لأنها يمين على فعل الغير .

قال: فإن أقام المأمور بالقضاء البينة أنه قضى صاحب الدين ، قبلت بينته ، وبرئ الأمر من الدين ، ورجع المأمور على الأمر بما قضى عنه ؛ لأن القضاء يثبت بالبينة ، فيسقط الدين من ذمة^(١) الطالب ، ويثبت الرجوع للوكيل ؛ لأنه أدى دينه بأمره .

قال: فإن كان المأمور لما ادّعى أنه قضى الغريم ، فصدّقه الأمر وكذّبه صاحب الدين ، فإن الأمر مُصدق على نفسه ، ويرجع المأمور عليه بما قضى ، ويغرم ألفاً أخرى للذي له الدين ؛ لأنه اعترف بوجوب الضمان للوكيل ، وادعى سقوط الدين عن ذمته ، فما كان حقاً عليه قبل قوله فيه ، وما كان حقاً له على الغريم لم يثبت بدعواه .

قال: وكذلك وكالة للعبد للتاجر ، والمُكَاتَب ، والصَّبِيّ المأذون له في التجارة ، يوكل أحدهم بقضاء دينه بمال دفعه أو بغير مال ؛ لأن هؤلاء يملكون القضاء ، فملكوا التوكيل به كغيرهم .

قال: وكذلك [هذا في] كل من لزمه دين ممن يجوز له أن يودع ماله ، فله أن يدفع^(٢) إلى من يقضيه ؛ لأن الدفع يقتضي الأمانة ؛ لأن من ملك الإيداع ملك

(١) في ل (جهة) .

(٢) في ل (يرجع) .

الدفع للقضاء .

وبعكسه الصبي والمجنون ، إذا لزمه دين لم يملك أن يوكل بالقضاء ، ولا يدفع لما يقضى به ؛ لأنه لا يملك الإيداع ، والمدفوع في حكم الوديعة .

قال: وإذا دفع رجل إلى رجل ديناً ليقضي به غريماً له ، ثم أن الذي عليه الدين قضى صاحب الدين دينه ، ثم لقيه الوكيل ، فقضاه ما كان قد دفعه إليه ، فإن كان الوكيل لا يعلم بقضاء الأمر دينه فلا ضمان على الوكيل ، ويرجع دافع المال على الغريم فيأخذ منه ما قبض من الوكيل ، وإن كان يعلم بذلك الوكيل ، فالوكيل ضامن بما دفع إلى الغريم ، وله أن يرجع على الغريم بما قبضه منه ؛ وذلك لأنه إذا لم يعلم بقضاء الموكل ، فقد تصرف على الوجه المأمور به ، فلا يلزمه ضمان فيه .

ولا يقال: إنه انعزل عن الوكالة بتصرف الموكل فيما وكله ، والعزل من طريق الحكم لا يقف على العلم ، كموت الموكل ؛ وذلك لأن تصرف الموكل ليس بعزل للوكيل ، ألا ترى أنهم قالوا لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل ، لم يجز للوكيل أن يبيعه ؛ ليس لأنه [انعزل]^(١) ، ولكن لأن العبد في ملك غير موكله .

يُبين هذا أنهم قالوا: لو رد العبد على الموكل بعيب [٤١٢/أ] بقضاء ، فإن^(٢) للوكيل بيعه ، فدل على أن تصرف الموكل لا يُوجبُ [عزل]^(٣) الوكيل .

ولا يقال: فقد قال أبو حنيفة في المتفاوضين: إذا أذن كل واحد منهما للآخر أن يؤدي زكاته ، فأديا ، فالثاني منهما ضامن علم [بأداء الأول]^(٤) أو لم

(١) في أ (لم يعزل) والمثبت من ل .

(٢) في ل (كان) .

(٣) في أ (عن) والمثبت من ل .

(٤) في أ (بالأداء) والمثبت من ل .

يعلم ؛ [هذا لا يقال] ^(١) لأنه في الزكاة ، وإنما أمره بأداء الزكاة ، والمؤدى ثانياً ليس بزكاة ؛ بدلالة أنه يقع موقع [النفل] ^(٢) ، وفي مسألتنا إنما أمره بدفع يصير مضموناً على الأمر ، وذلك حاصل وإن كان قد استوفى .

وإنما يفترقان في ثبوت المفاوضة ، [والمفاوضة إنما] تثبت بفعل الوكيل ، وإذا ثبت أن الوكيل لا يضمن ، رجع الموكَّل على الطالب ؛ لأن يد الوكيل كيد موكله ، فكأنه دفع الدين مرتين ، فيرجع بأحدهما .

وأما إذا علم الوكيل أن الموكل قد قضى فدفعت المال ، فهو ضامن لما دفع ، وله أن يرجع على الغريم بما قبضه منه ؛ لأنه تعدى في الدفع بعد العلم بسقوط الدين ، فلذلك ضمن ، فيرجع على القابض ؛ لأنه أعطاه [عوضاً عما له في ذمة الموكل ، فإذا لم يكن هناك دين يتعوض عنه ، رجع بما أعطاه] .

قال: والقول قول الوكيل أنه لم يعلم في نفي الضمان مع يمينه ؛ لأن [الأصل] ^(٣) عدم العلم ، ومن ادعى الأصل فهو متمسك بالظاهر ، فالقول قوله .

قال: وكذلك إن مات الأمر والوكيل لا يعلم بموته ، فدفعت المال ، فهو مثل ذلك ، بمعنى أنه لا ضمان عليه ؛ لأنه مؤتمن في المال ، وقد دفع على الوجه المأمور به ، فلم يلزمه ضمان ^(٤) .



(١) في أ (وذلك) والمثبت من أ .
 (٢) في أ (الفعل) والمثبت من ل .
 (٣) في أ (الضمان) والمثبت من ل .
 (٤) انظر: الأصل ٣٢٧/١١ وما بعدها .

بَابُ الْوَكَالَةِ بِالشَّرَاءِ وَالبَيْعِ

قال أبو الحسن: الوكالة بالشراء والبيع يجوز مع الجهالة اليسيرة، فإذا كثرت بطلت الوكالة، وكان القياس أن لا يجوز، وأن يمنع من جوازها ما يمنع من جواز البيع.

وجه القياس: أن المبيع ينتقل إلى الوكيل، ومن جهته إلى الموكل، فصار الوكيل كالبائع، وكما أن المبيع لا يجوز أن ينتقل مع الجهالة، فكذلك لا يجوز التوكيل.

وقد قال أصحابنا: إن الوكالة على ضربين:

وكالة عامة^(١): فيصح مع الجهالة، كقوله: اشتر ما شئت، وما رأيت؛ لأنه قد فوّض إليه الرأي، فصار كالمبضع والمضارب.

وكالة خاصة^(٢): فالقياس أن لا يجوز حتى يذكر جنس ما وكله فيه، وصفته، وقدر الثمن.

إلا أنهم استحسنا إذا ذكر مع الجنس أحد أمرين، إما الصفة، أو مقدار

(١) «الوكالة العامة: هي تفويض عام، لا يختص بشيء دون شيء، مثل أن يقول شخص لآخر: أنت وكيل في كل شيء».

(٢) «والوكالة الخاصة: هي توكيل خاص ببعض ما تصح فيه الإنابة، فيختص بما جعل الموكل للوكيل فيها من قبض، أو بيع، أو خصومة، أو نكاح، أو هبة، أو غير ذلك مما تقبل النيابة، ويسمى الوكيل فيها: (الوكيل الخاص)، و(الوكيل المختص)». معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٤٧٧.

الثمن ، أن يجوز ؛ لما روي أن النبي ﷺ أعطى عروة البارقي ديناراً وأمره أن يشتري شاةً ، فذكر الجنس وقدر الثمن ، وسكت عن الصفة ؛ ولأن الثمن إذا عُلِمَ صارت الصفة معلومةً ، فإذا ذكرت الصفة صار الثمن معلوماً ، فأجزأ ذكر أحدهما عن الآخر .

وقد حصل أبو بكر الرازي هذا تحصيلاً آخر فقال في الوكالة الخاصة: إذا كان الاسم يجمع أجناساً مختلفة ، أو ما هو في حكم الأجناس ، فإن الوكالة لا تجوز حتى يبين الصفة أو الثمن ، كقوله: اشتر لي ثوباً ؛ لأن ذلك يقع على أجناس مختلفة ، فلا بد من ذكر جنس منها .

فكما لو قال: اشتر لي داراً ؛ لأن الدور وإن كانت جنساً واحداً فقد صارت في حكم الأجناس لكثرة تفاوتها .

وإن كان الاسم يقع على جنس واحد جاز وإن لم تذكر الصفة ولا الثمن ، كقوله: اشتر لي حماراً ، أو بغلاً ، وتصير الصفة معلومة بحال الموكل .

وعلى هذا قالوا: لو أن رجلاً وكل رجلاً أن يشتري له عبداً أو شاة فلم يذكر لذلك صفة ولا ثمناً ، أن الوكالة باطلة ، وما اشتراه الوكيل فهو لازم له دون موكله ؛ لأن العبد يقع على أجناس كثيرة ، [فتكثر] ^(١) الجهالة فيمنع من صحة الوكالة ، والشاة وإن كانت اسماً لجنس واحد ، فصفتها ^(٢) مختلفة ، ولا تخصص بحال الأمر ، فلا بد من الصفة أو ذكر الثمن .

فلو قال: اشتر لي عبداً بألف ، جازت الوكالة ؛ لأن مقدار الثمن يصير صفة

(١) في أ (فكثير) والمثبت من ل .

(٢) في ل (فقبضها) .

العبد به معلومة .

ولو وصف العبد فقال: اشتر لي عبداً حبشياً، ولم يذكر ثمناً جازت [الوكالة] ؛ لأن الثمن معلوم بالصفة ، ويرجع في ذلك إلى حال الموكل فيما يشتري به أمثاله .

فإن اشترى له ما يخرج عن عادة أمثاله لم يلزمه ؛ لأن الوكالة اختصت بما هو من عادة مثله ، فلا يلزمه ما يتفاوت في عاداته .

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لرجل: اشتر لي خادماً من جنس كذا وكذا، ولم يسم شيئاً، فهو جائز، وهو على ما يتعامل الناس من ذلك الجنس، وإن جاء من ذلك وهو شيء [مشتبه] كثير الثمن لا يتعامل به العامة، لم يجز على الأمر .

[قال]: ولو أن بدوياً أمر رجلاً أن يشتري له خادماً حبشياً أو حلاشياً، ولم يسم ثمناً جاز، وذلك إذا اشترى من الضرب الذي يتعامل عليه أهل البادية، يشترونه ويشترى لهم، فإن تعداه إلى غيره مما لا يشتريه أهل البادية فإنه لا يجوز، وهذا استحسان وليس بقياس؛ وهذا على ما قدمنا أن الصفة معلومة، ومقدار الثمن يعلم بها، ويخصص ذلك بحال الموكل، فإذا اشترى له ما لا يشتريه أمثاله، فإنه لا يجوز^(١).



(١) انظر: الأصل ٢٧٢/١١ وما بعدها.

بَابُ شراء المعيب



قال: وإذا أمر رجل رجلاً أن يشتري له جاريةً أو عبداً، فإن هذا لا يجوز؛ [لما قدمنا] (١) أن الاسم يقع على أجناس مختلفة، وكثير الجهالة (٢) يُبطله.

قال: فإن وكله بشراء جارية سمى جنسها أو ثمنها، فاشترى له عوراء، أو عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو الرجلين، أو إحداهما، فإن أبا حنيفة قال في ذلك: هو جائز على الأمر.

وقال أبو يوسف: تجوز العمياء، ولا المُقعدة، ولا المقطوعة اليدين والرجلين، وتجاوز القطعاء، والعوراء.

لأبي حنيفة: قوله: اشتر لي جارية، يقتضي ما يتناوله الاسم، والاسم موجود في الصحيح والمعيب؛ لأن عقد الوكالة لو اقتضى الصحة منع من لزومها اليسير من العيب والكثير، كعقد البيع، ولا يقال قد قلتم في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] إن ذلك يقتضي [بقاء] منفعة الجنس، حتى لا تجوز العمياء، فهلاً قلتم في الوكالة كذلك؛ لأن من أصحابنا من قال: إنا لو خلينا وظاهر اللفظ لجوزنا عتق العمياء، وإنما عدلنا عن الظاهر بدليل، وهو أن المقصود إخراج الرقبة من الرق لتنتفع بنفسها في العمل، وذلك لا يوجد في العمياء، فأما الوكالة

(١) في أ (لأن) والمثبت من ل.

(٢) في ل (فتكثر الجهالة).

فقد يقصد الإنسان شراء العمياء [ابتغاء الثواب ، كما يقصد] ^(١) الصحيحة ، فلما لم يختص ، حملت الوكالة على الأمرين .

ومن أصحابنا من قال: إن الله تعالى أوجب عتق رقبة ، وذلك يقتضي [كمال الأجزاء] ^(٢) ، ولو وكله بشراء رقبة لم تجز العمياء ، فلما وكله بشراء عبد أو جارية ، وذلك يقتضي ^(٣) سلامة الأجزاء ، حمل على [الجميع] ^(٤) .

وجه قولهما: أن الوكالة محمولة على العادة ، وفي العادة أن الناس لا يشترون العمياء ، ولا المقعدة ، وقد [يشترون] ^(٥) المعيب [و] الصحيح ، فإذا كان العيب لا [يفوت] ^(٦) منفعة الجنس جاز ، وإذا فوّت منفعة الجنس لم يجز . [٤١٢/ب]

قال: وإذا قال: اشتر لي جارية تخدمني [أو للخدمة] ، أو عبداً [للخدمة] ^(٧) ، أو لعمل من الأعمال ، فاشترى له عمياء ، أو مقطوعة اليدين ، أو الرجلين ، لم يجز في قولهم [جميعاً] ؛ لأنه بيّن ما يصلح للعمل ، وما لا يصلح للعمل لا يدخل في الوكالة ، ولو قال: اشتر لي جارية أطؤها ، فاشترى له أخت الأمر ، لم يجز ؛ لأنه بين الوكالة فيما يحل وطؤها ، فما هو حرام على التأبيد لا يدخل فيه .



-
- (١) طمس في أ ، والمثبت من ل .
 (٢) طمس في أ ، والمثبت من ل .
 (٣) في ل (لا يقتضي) .
 (٤) طمس في أ ، والمثبت من ل .
 (٥) طمس في أ ، والمثبت من ل .
 (٦) في أ (يعود) والمثبت من ل .
 (٧) في أ (للخز) والمثبت من ل .

بَابُ الوكالة بشراء الغنم والبقر والدُّحْمَانِ والفاكهة والأطعمة



قال بشر: سمعت أبا يوسف يقول في رجل أعطى رجلاً عشرة دراهم فقال: اشتر لي بها طعاماً: فإنه لا يجوز له أن يشتري بها إلا الحنطة والدقيق، ولو اشترى بها فاكهة أو لحماً لم يلزم الأمر، وكذلك الخبز لا يجوز.

ولو كان دفع إليه درهماً جاز في الخبز إذا جاء بالدرهم ونحوه، جاز في الخبز والحنطة والدقيق، وإذا كثرت الدراهم لم يجز إلا على الحنطة والدقيق.

وجملة هذا: أن الطعام في الإطلاق اسم للحنطة ودقيقها، وقد يستعمل في سائر ما يستطعم، فالوكالة فيه محمولة على دلالة الحال، فإذا دفع الرجل [إليه] مالاً كثيراً فقال: اشتر لي به طعاماً، ففي العادة أن ذلك القدر لا يشتري به الخبز والفاكهة دفعة واحدة، فحملت الوكالة على الحنطة والدقيق المدخر للأوقات.

وإذا دفع درهماً واحداً، فهذا القدر لا يشتري به الحنطة في العادة، فحمل ذلك على الخبز وما يؤكل في الحال.

[قال]: وإذا دفع إليه دراهم كثيرة وهناك وليمة، فقال: اشتر بها طعاماً، فاشترى الخبز، جاز؛ لأن الولايم يُحتاج فيها إلى الخبز الكثير، [والحنطة]^(١) لا تحتاج إليها فيها.

فأما ذكُرُ أبي يوسف للعشرة؛ فعلى عادة أهل زمانه، وشدة الرخص

(١) في أ (الطعام) والمثبت من ل.

عندهم ، فالعشرة لا يشتري بها الخبز دفعة واحدة ، فأما الآن : فقد يشتري بها ذلك ، فاعتبر فيه العادة بحسب الوقت .

قال : لو أمره أن يشتري له كَبْشًا ، فاشترى له نَعْجَةً ، لم يلزمه ، وكذلك لو قال : اشتر لي عَنَاقًا ، فاشترى جَدْيًا ؛ لأن الكبش عبارة عن الذَّكْرِ ، فإذا اشترى النعجة فقد اشترى غير ما وَّكَلَهُ به ، والعناق عبارة عن الأنثى ، فإذا اشترى الجَدْيَ فقد اشترى غير ما وَّكَلَهُ فيه .

قال : ولو أمره أن يشتري له فَرَسًا ، أو بِرْدُونًا^(١) ، وسمى له الثمن ، فاشترى له رَمَكَةً^(٢) من الخيل والبراذين ، فإن هذا لا يجوز على أهل الأمصار ، ويجوز في البلدان التي تتخذ فيها والحجور^(٣) والرَّمَاك ؛ لأن الفرس والبردون اسم للذكر ، فلا يدخل فيه الأنثى ، فأما للبادية والذين يولدون الخيل فغرضهم الإناث دون الذكور ، فحمل الأمر فيهم على العادة .

فأما البغال^(٤) فيجوز فيها الذكر والأنثى في الأمصار وغيرها ، ما لم يسم [له] أنثى [فيخالفه]^(٥) إلى الذكر أو ذكرًا فيخالفه إلى الأنثى ؛ لأن البغال اسم جنس ، فيتناول الذكر والأنثى ، وأما البغل فهو اسم للذكر ، والبغلة [اسم] للأنثى ، فلا يدخل فيها غيرها .

(١) «البردون» يطلق على غير العربي من الخيل والبغال ، من الفصيلة الخيلية ، عظيم الخلق ، غليظ الأعضاء ، قوي الأرجل ، عظيم الحوافر ، والجمع براذين . المعجم الوجيز (برذن) .

(٢) «الرَّمَكَةُ» الأنثى من البراذين ، والجمع رَمَاك . المصباح (رمك) .

(٣) «وحجور» أنثى الخيل ، وجمعه حُجُور . المعجم الوسيط (حجر) .

(٤) «البغل» ابن الفرس من الحمار ، والجمع أبغال ، وبِغَال ، والأنثى بغلة . المعجم الوجيز (بغل) .

(٥) في أ (مخالفة) والمثبت من ل .



[قال]: ولو قال: اشتر لي عشرة من البراذين ، لم يلزمه أنثى إذا كان في مواضع لا يتخذ فيها الحُجور والرّمّاك ؛ لأن البرذون ليس باسم جنس ، وإنما هو اسم للذكر ، فجمعه [لا]^(١) يدخل فيه الأنثى كالرجال .

ولو قال: اشتر لي من البقر عشراً ، جاز في الذكور والإناث ؛ لأن البقر اسم جنس ، فيتناول الذكر والأنثى .

ولو قال: اشتر لي بقرة ، فاشترى ثوراً لم يجز ؛ لأن البقرة اسم للأنثى .

[قال]: فإذا قال: اشتر لي عشر بقرات ، لم يكن فيها ذكر ؛ لأن التاء للتأنيث .

ولو قال: اشتر لي ثوراً فاشترى بقرة ، لم يجز ؛ لأن الثور اسم للذكر .

[قال]: ولو أمره أن يشتري جنساً من الطير فسّمَاه ، جاز في ذلك الذكر والأنثى ؛ لأن الواحد من ذلك والجماعة سواء ، وهذا كالعصفور والحمام ؛ لأن الاسم للجنس فيتناول الذكر والأنثى كالإنسان .

[قال]: ما خلا الدجاج ، فإنه يجوز في الجماعة الذكر والأنثى ، فإذا سمى الدجاجة لم يجز إلا الأنثى^(٢) ؛ لأن اسم الجمع في الدجاج يصلح للذكور .

وقال الشاعر^(٣):

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من ل .

(٢) وقال الجوهري في الصحاح: «... الواحدة دَجاجة للذكر والأنثى ؛ لأن الهاء إنما دخلته على أنه واحد من جنس ، مثل حَمَامَة وَبَطَّة» . (دجج) .

(٣) في أ (لما مررت على.... وضرب بالنواقيس) ، وفي الصحاح (تذكرت) و(ضرب) ، والمثبت من ل .

والشاهد لجريير كما في معجم ما استعجم للبكري ، ص ٩٦ ؛ وفي اللسان لابن منظور ؛ والجوهري =

[لما مررتُ بالديرين أرقني ❀ صوت الدجاج وقزعُ بالنواقيس]

فأما الدجاجة قالها فيها للتأنيث ، فلا يتناول الذكر^(١) .

[قال]: ولو قال: اشتر لي بغيراً ، فاشترى [له] ناقة ، لم يلزمه ، ولو قال:

اشتر لي ناقة ، فاشترى بغيراً لم يلزمه ؛ لأن البعير اسم للذكر ، والناقة للأنثى .

ولو قال: اشتر لي [بُخْتِيَّة]^(٢) ، لم يلزمه إلا أن يكون في بلده لا يشتري

فيها العراب ؛ لأن البُخْتِ عبارة عن ضرب من الإبل يشتد سيره ؛ وذلك من العراب خاصة ، فيحمل الاسم عليه ، وإن كان في بلد لا يباع العراب فيه حمل ذلك على ما يتناوله الاسم عندهم .

وقد قالوا: إن ذلك في بلاد العجم ، يحمل ذلك على الحمارة ؛ لأنها في

معنى البخت ، وهذا لو كانوا يتعارفون التسمية فيها .

ولو^(٣) قال: اشتر لي بقرة ، فاشترى جاموسة ، لم يجز ؛ لأن الاسم لا

يتناولها على الإطلاق .

قال: ولو أن رجلاً أعطى رجلاً درهماً فقال: اشتر لي به لحماً ، فاشترى

[به] من لحم المعز أو الضأن على ما يشتري الناس ، فهو جائز ، وكذلك لحم

= في الصحاح (دجج) .

(١) قال الجوهري: «إنما يعني زُقاء الديوك» . الصحاح (دجج) .

(٢) في أ (عبيداً) والمثبت من ل .

«البُخْتِ: الإبل الخراسانية ، واحدها بُخْتِي ، والأنثى بُخْتِيَّة ، والجمع بِخَاتِي» . انظر: الصحاح ؛

المعجم الوجيز (بخت) .

(٣) في ل (قال: ولو أمره أن يشتري له...) .

البقر والإبل ، هذه لحمان الناس التي تباع في الأسواق ، وهذا صحيح ، والمعتبر في ذلك عادة كل بلد ، فإن كانوا يعتادون في الأسواق شراء جميع ذلك حُمَلٍ عليه ؛ لأن الاسم عام فيه ، فأما الآن فالإبل غير معتادة ، فلا يحمل الاسم عليها ، فكذا الضأن والمعز على حسب العادة .

قال: ولو اشترى بطوناً لم يلزم الأمر وإن كانت لحمًا ، وكذلك الأكباد والكروش والأكارع والرؤوس ؛ لأن هذه الأشياء لا تشتري كما يشتري اللحم وإن كانت لحمًا ، والوكالة تحمل على العادة دون الاسم .

ولو حلف لا يأكل لحمًا ، فأكل هذه الأشياء حِنثٌ ؛ لأنها تصنع كما يصنع اللحم ، فهي لحم ، وإن لم يعتاد شراؤها كما يشتري اللحم ، وليس يمتنع أن تختلف اليمين والوكالة ، ألا ترى أن الطعام في الوكالة اسم للحنطة ودقيقها ، ولو حلف أن لا يأكل طعامًا فأكل سكرة حِنثٌ .

قال: ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له لحمًا بدرهم ، فاشترى له كبداً ، لم يلزمه ، إلا أن يكون في بلد لحمها الذي يباع في أسواقها الكبود ؛ لأن الوكالة محمولة على ما يباع في العادة دون ما يتناوله الاسم ، ألا ترى أنه لو اشترى قديداً^(١) لم يجز وإن كان الاسم يتناوله ؛ لأنه ليس هو اللحم الذي يباع في العادة .

وكذلك لو اشترى صفيق الوحش [٤١٣/أ] فهو لحم ولا تتناوله الوكالة .

قال: ولو اشترى [له] لحمًا مطبوخاً أو مشويًا لم يجز ذلك على الأمر ؛ لأن شراء اللحم في الإطلاق إنما يراد به ما لم يعمل منه ، فإذا أرادوا المعمول قالوا: شِواء ، فإذا اشترى لحم الطير أو الوحش ، فإن كان في بلده يباع ذلك في أسواقها

(١) «القديد من اللحم: ما قُطِعَ طويلاً ومُلِّحٌ وجُفِّفَ في الهواء والشمس». المعجم الوجيز (قدد).

ومنه يشتري الناس جاز؛ لاجتماع الاسم والعادة فيه .

[قال]: ولو أمره أن يشتري له لحماً بعشرة دراهم ، فاشترى شاةً حيَّةً ، لم يلزمه ؛ لأن اسم اللحم لا يتناولها ، فإن اشترى شاةً مذبوحة غير مسلوخة ، لم يلزم الأمر ؛ لما بيَّنَّا أن الوكالة تحمل على ما يتبايعه الناس ، والناس لا يبيعون المذبوح قبل السلخ .

فإن اشترى مسلوخة ، جاز ؛ لأنه لحم يعتاد الناس بيعه على هذه العادة والصفة .

قالوا: ولو أن رجلاً مسافراً نزل خاناً من الخانات ، فأمر رجلاً أن يشتري له لحماً بدرهم ، وإنما يباع [في] ذلك [البلد] المطبوخ والمشوي ، فأيهما اشترى له جاز ، وهذا إنما خصه بدليل الحال ؛ لأن الغريب لا ينتفع باللحم إلا أن يكون معمولاً ، فحمل الوكالة على العادة .

قال: ولو [أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري] ^(١) له سمكاً [بدرهم] ، فهذا على الطَّريِّ الكبار دون المالح والصغار ، إلا أن يقول مالِحاً أو صِغاراً ، إلا أن العادة في شراء السمك هو الطري الكبار ، فأما المالح فله اسم يختصه ، والصغار له اسم يختصه ، فحمل الاسم على الظاهر .

قال: ولو ألزمته المالح لألزمته [الصَّحْنَاء] ^(٢) من الصبر ؛ لأنها من السمك .

قال: ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له رأساً ، فهذا على رؤوس الغنم دون رؤوس البقر والإبل ، وهو على المشوي منها دون النيء .

(١) في أ (اشترى) والمثبت من ل .

(٢) «الصَّحْنَاء: إدام يتخذ من السمك الصغار المُمَلَّح» .

ولو حلف لا يأكل من رأسٍ شيئاً، فأكل من رأس بقرة أو بغير أو شاة حنث، وإن كان رأس سمكة أو طائر [أو جرادة] لم يحنث، وهذا يعتبر فيه العادة أيضاً، وكان قول أبي حنيفة الأول: أنه إذا حلف لا يشتري رؤوساً، حمل على الإبل والبقر والغنم، ثم رجع فقال: على البقر والغنم.

وقال أبو يوسف ومحمد: على الغنم.

وهذا ليس بخلاف، وإنما اليمين محمولة على ما يعتاده الناس كبسه^(١) [في التنانير]؛ لأنهم يريدون ذلك، وكان في الكوفة يكبس الإبل والبقر والغنم، ثم تركوا الإبل، فرجع أبو حنيفة عن ذلك.

وأما هما [أجابا على عصرهما]^(٢) فقد ترك الناس كبس البقر، فقالا ذلك على الغنم خاصة.

والباب كله محكي عن أبي يوسف، ومذهبه: أن الاسم يختص الغنم، إلا أنه قال ذلك في الشراء، وقال في الحلف بالأكل: إنه محمول على الإبل والبقر والغنم، لأنها قد يكبس في [التنانير]^(٣)، وإن لم يعتاده، فالاسم يتناولها، فيحنث بها، ولا يتناولها الوكالة كما قال في الوكالة باللحم: إنها لا تحمل على البطون، واليمين تحمل على ذلك.

فأما رؤوس العصافير والجراد والسمك، فلا تكبس بحال، فلا تحمل عليها الوكالة و[لا] اليمين، وإنما خصّ الوكالة بالمكبوس دون النّيء؛ لأنها محمولة

(١) بمعنى: أي يُطمُّ به التنور أو يُدخّل فيه» كما في المغرب (كبس).

(٢) في أ (على غيرهما) والمثبت من ل.

(٣) في أ (الناس) والمثبت من ل.

على العادة ، وفي العادة أن الناس إنما يشترون في الأمصار الرؤوس المعمولة ، ولا يشترون النّبيء منها ، فحملت الوكالة على ذلك .

وقال [بشر] في نسق روايته عن أبي حنيفة: وليس للوكيل ولا للمأمور أن يوكل غيره ، ولا بأمر غيره ، إلا بمحضر منه ، فإن أمر غيره أو وكلّ غيره فاشترى بغير محضر منه لم يلزم [الأمر] ، وقد [بيّننا هذه المسألة] ، وذكرنا أن الموكل رضي برأيه ، ولم يرض برأي غيره .

وأما إذا باع الوكيل الثاني بمحضر الوكيل الأول ، فقد نفذ العقد برأيه ، وهو مقصود الموكل .

قال: ولو قال الأمر للمأمور: ما صنعت من شيء فهو جائز ، فللمأمور أن يوكل في ذلك من أحبّ ؛ لأنه فوّض إليه الرأي ، ومن رأيه التوكيل [١] .

قال: ولو أمره أن يشتري له لحماً بدرهم ، فاشترى له شحم البطن والألية ، لم يلزم الأمر ، ولزم المأمور ؛ لأن هذا ليس بلحم ، ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ، فلم يدخل تحت الأمر .

[قال: ولو أمره أن يشتري له أليةً ، فاشترى له شحمًا ، أو أمره أن يشتري شحمًا ، فاشترى أليةً ، لم يلزمه ؛ لأن كل واحد منهما لا يتناوله اسم الآخر ، ويقصد منه ما لا يقصد من الآخر] [٢] .

قال: ولو أمره أن يشتري له اللبن ، فاشترى لبن البقر أو الغنم [جاز] ، فإن

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل وساقطة من أ .

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ل وساقطة من أ .

كان في أيام لبن البقر [أو غيره] ، فهو على لبن الغنم دون لبن البقر ، إلا أن يسمى البقر ، أو يكون في بلده الغالب منها لبن البقر [أو يتساويان] .

وكذلك [السمن] وهذا محمول على العادة ، فإن كان في العادة يباع هذا وهذا في الأسواق على حد واحد ، والاسم يتناولهما ، والعادة جارية بهما ، فيلزم الموكل ، وإن كان في العادة يغلب ابتياع لبن الغنم فالوكالة عليه ، إلا أن يسمى البقر .

ولو أن رجلاً حلف لا يذوق لبناً ، فهذا [محمول] على لبن الإبل والبقر والغنم ؛ لأن الأيمان لا يعتبر فيها العرف في البياعات ، وإنما يعتبر العرف في التسمية ، وكل واحد من هذه الأنواع يتناوله الاسم في العادة ، ولو ذاق لبن آدمية لم يحنث ؛ لأن ذلك لا يعتاد تسميته لبناً على الإطلاق ، ولا يشربه الناس في الغالب حتى يمتنعوا منه بأيمانهم .

٢٨٠٦ - فُصِّلَ : [احتمال الأمر على المعتاد بيعه في الأسواق]

ولو أمره أن يشتري له بيضاً كان هذا على بيض الدجاج دون ما سواه ؛ لأن البيض الذي يعتاد بيعه في الأسواق هو بيض الدجاج دون ما سواه .

ولو حلف لا يأكل بيضاً ، كان على بيض الطير دون [بيض السمك] ^(١) ؛ لأن بيض الطير ^(٢) يعتاد تسميته بيضاً ، (وقد بيّننا أن اليمين محمولة على ما يعتاد بالتسمية ، فأما بيض السمك فلا يعتاد تسميته بيضاً) ^(٣) على الإطلاق .

(١) في أ (غيره) والمثبت من ل .

(٢) في ل (الصيد) .

(٣) ساقطة من ل .

قال: ولو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل شحم بطن لم يحنث، وكذلك إن أكل ألية؛ لأن [كل] واحد منهما لا يتناوله اسم اللحم، وإن أكل صفيف^(١) وحش مكسودًا كان أو قديدًا، أو لحم طير، أو شحم الظهر^(٢)، فإنه يحنث؛ لأن الأيمان تحمل على ما يعتاد بالتسمية، وهذا كله يسمى لحمًا.

فأما شحم الجنب فهو لحم سمين، ألا ترى أنه يتخذ منه ما يتخذ من اللحم، [ولا يفرد عن اللحم بالبيع].

[قال: ولو أكل مُخًا أو دماغ الرأس، لم يحنث؛ لأن هذا لا يتناوله الاسم، ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم، فلا يحنث بتناوله].

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل أمر رجلاً أن يشتري له ثوبًا ولم يسم جنسه ولا ثمنه، ودفع إليه الدراهم أو لم يدفع، قال: هذا لا يجوز.

وكذلك لو قال: اشتر لي مملوكًا أو مملوكة، أو قال: اشتر لي دابة؛ لأن الثوب مجهول الجنس، وكذلك الدابة مجهولة الجنس، يتناول اسمها الخيل والحمير والبغال، وكذلك المملوك، وإذا جهل الجنس، كثرت الجهالة فلم تصح الوكالة وإن سمى الثمن.

وكذلك لو قال: اشتر لي دارًا؛ لأن الدور تختلف باختلاف البلدان والمواضع من كل بلد، فصارت كالأجناس.

وكذلك لو قال: اشتر لي جوهرًا؛ لأنه اسم لأجناس مختلفة.

(١) «الصفيف من: «صفت اللحم: فهو صفيف، أي: قديد مجفف في الشمس، وصفته على النار لينشوي». المصباح (صفف).

(٢) في ل (الطير).

قال: [ولو سمّي جنس الثوب ولم يُسمِ ثمنه، كان جائزاً، فإن جمعهما فهو أجوز، وكذلك] لو سمّي جنس الجارية ولم يسمِ الثمن، جاز، وإن سمّي الثمن مع ذلك فهو أجوز؛ وذلك لأنه إذا سمّي الجنس والصفة معلومة بحال الأمر، فكأنه ذكر الجنس والصفة، وأما إذا بيّن الثمن فقد بيّن الصفة نطقاً^(١)، فهو أولى من الرجوع إلى دلالة الحال فيها.

ولو قال: اشتر لي داراً^(٢) في موضع كذا، أو حبة لؤلؤ، أو فص ياقوت أحمر، ولم يسمِ الثمن، فإن ذلك لا يلزم الأمر؛ لأن الجنس هاهنا معلوم، وهو يتفاوت تفاوتاً كثيراً، لا يدل عليه حال الأمر، فلم يكن بد من بيان الثمن.

وقال الحسن: قال أبو حنيفة: إذا وُكِّل الرجل رجلاً أن يشتري له جارية أو خادماً أو غلاماً، ولم يسمِ ثمناً ولا جنساً، فالوكالة باطلة، وإن قال: بألف، فهي جائزة [٤١٣/ب]، وهذا على ما بيّناه.

قال: فإن اشترى جارية بيضاء، أو سوداء، أو أندلسية، أو بها عيب، أو عور، أو عمياء، أو قطعاء اليدين والرجلين، بعد^(٣) أن يكون مثلها يشتري بمثل ذلك الثمن، جاز على الأمر في قول أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: ليس له أن يشتري العمياء، ولا قطعاء اليدين ولا الرجلين، وله أن يشتري العوراء، أو من بها عيب فاحش، بعد أن يكون مثلها تعمل أو ينتفع بها وتشتري بمثل ذلك الثمن، وهذا على ما قدمنا من الخلاف.

(١) في ل (مطلقاً).

(٢) في ل (ذراعاً).

(٣) في ل (بمقدار).

وإنما يشترط أن يكون مثلها تشتري بمثل ذلك الثمن؛ لأن الوكيل بالشراء لا يجوز عقده إلا بمثل القيمة أو بزيادة يسيرة.

وقال أبو حنيفة: لو وكله أن يشتري له جارية بيضاء، أو حبشية، أو خراسانية، أو سنديّة، ولم يسم ثمنًا، فاشتراها على الصفة التي وصف له بثمن قليل أو كثير لزم ذلك الأمر، بعد أن يكون مثلها تشتري بمثل ذلك؛ لأنه بين الجنس والصفة، فقلّت الجهالة.

ولو أمره أن يشتري له جارية بألف، فاشترى له جارية بثمان مائة، ومثلها تشتري بألف، جاز ذلك على الأمر؛ لأنه حصل له الصفة المقصودة وزاده خيرًا بنقصان العوض.

قال أبو الحسن: وإن وكله أن يشتري له جارية بعينها^(١) بمائة دينار، فاشتراها بأقل من مائة دينار، جاز؛ لما قدمنا^(٢).

وإن اشتراها بدراهم تكون قدر مائة دينار أو أقل، جاز على الأمر، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر: لا يلزم الأمر أن يشتريها بمثل ما سمى له من النوع الذي سمى.

قال أبو الحسن: والمشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد: أنه لا يجوز أن يشتريها بالدراهم كما قال زفر؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان، وإذا أمره بالشراء بالدراهم لم يجز أن يشتري بالدنانير^(٣)، كما لو

(١) في ل (بيضاء).

(٢) انظر: الأصل ٢٨٧/١١.

(٣) في ل (بأحدهما لم يجز أن يشتري بالآخر).

اشتراها بحنطة أو شعير .

وجه رواية الحسن: أن الدراهم والدنانير أجريا مجرى الجنس الواحد، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترى شيئاً بدراهم نسيئاً، لم يجز أن يبيعه من بائه بدنانير أقل من ذلك .

وقالوا في الشفيع إذا بلغه أن الدار بيعت بألف، فسلم ثم علم أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف، صحّ تسليمه .

وإذا أجريا في هذه المسألة مجرى الجنس الواحد، فكذلك الوكالة؛ ولأن نقل أحد الجنسين إلى الآخر يتسهّل، فصار الشراء بأحدهما كالشراء بالآخر .

وليس هذا كما لو اشتراها بحنطة، أو شعير، أو مكيل، أو موزون؛ لأن ذلك لم يجز مجرى الدراهم في شيء من الأصول؛ ولأن نقل ذلك إلى الدراهم يصعب، فلو ألزمنه المؤكّل لألحقنا به الضرر .

قال الحسن: قال أبو حنيفة: ولو أمره أن يشتري له طيلساناً^(١) بمائة درهم، ولم يسم جنسه، أجوز^(٢) ذلك، وكذلك لو أمره أن يشتري له ثوب خز بمائة درهم، جاز ذلك، وهذا محمول على أن جنس الطيلسان معلوم بحال الأمر، وذكر الثمن يقوم مقام الصفة .

(١) «الطَيْلَسَانُ - فارسي مُعَرَّب: من لباس العجم، والجمع طَيْالِسَةٌ». كما في المصباح؛ وفي المعجم الوجيز: «الطَيْلَسَانُ: ضرب من الأوشحة يلبس على الكتف، أو يحيطُ بالبدن، خال من التفصيل والخياطة، أو هو ما يُعرف في العامية المصرية: بالشَّال». (طلس).

(٢) في ل (أجزت).

قال: وإن أمره أن يشتري له حنطة ولم يسم كيلاً ولا ثمنًا بطلت الوكالة؛ لأنه لا يعلم مقدار ما يشتري منها، فكثرت الجهالة لجهالة القدر^(١).

قال: فإن سمي كيلاً جاز، سمي ثمنًا أو لم يسم، وكذلك الدقيق والسمن والعسل والزيت والبنز؛ وذلك لأن القدر يعلم ببيان قدر الثمن، والجنس معلوم، [فقلت] ^(٢) الجهالة.

قال أبو حنيفة: إن قال: اشتر لي دهنًا بدرهم، فأني دهنٍ اشترى جاز، وإن قال: اشتر لي فاكهة، فأني فاكهة اشترى مما يباع في الأسواق جاز؛ لأن هذا وإن اختلف جنسه فهو معلوم بالعادة، فكأنه خيرّه في الأنواع.

ولو قال: اشتر مما يباع في الأسواق، جاز؛ لأن هذا وإن اختلف جنسه، فهو معلوم بالعادة، فكأنه خيرّه في الأنواع.

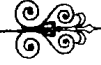
[قال]: ولو قال: اشتر لي لحمًا بدرهم، فاشترى لحم غنم أو لحم إبل أو بقر من الذي [ينصب] ^(٣) في الأسواق، جاز، وقد بيّننا هذا فيما تقدم.

وقال زفر - نسق روايته عن أبي حنيفة -: وليس للوكيل ولا للمأمور أن يوكل غيره، ولا يأمر غيره إلا بمحضر منه، فإن أمر غيره فاشترى بغير محضر منه لم يلزم الأمر، وقد بيّننا هذه المسألة، (وذكرنا أن الموكل رضي برأيه ولم يرض برأي غيره).

(١) في ل (وكثرة الجهالة كجهالة القدر).

(٢) في أ (فغلب) والمثبت من ل.

(٣) في ل (يقصب).



فأما إذا [اشترى]^(١) الوكيل الثاني بمحضر من الوكيل الأول فقد انعقد العقد برأيه ، وهذا مقصود الموكل .

قال: ولو قال الأمر للمأمور: ما صنعت من شيء فهو جائز ، فللمأمور أن يوكلَ بذلك من أحب ؛ لأنه فوّض إليه الرأي ، ومن رأيه التوكيل . [والله أعلم]^(٢) .



(١) في أ (باع) والمثبت من ل .

(٢) انظر: الأصل ٢٧٨/١١ وما بعدها .

بَابُ الْوَكَالَةِ فِي الْبَيْعِ

قال: وإذا وَكَّلَ [رجُلٌ] رجلاً ببيع شيء له كائناً ما كان، فوكالته جائزة، وله عند أبي حنيفة أن يبيعه بأي قدر من الثمن شاء، قليلاً كان أو كثيراً، أو بأي شيء كان الثمن عيناً أو ديناً، وهذه رواية أبي يوسف ومحمد.

وقال الحسن عن أبي حنيفة وزفر: إذا باعه بشيء^(١) بعينه يساوي ما باعه جاز.

وأما جواز الوكالة بالبيع؛ فلِمَا قَدَّمْنَا أن الإنسان لا يقدر أن يتصرف في أمواله بنفسه [لكثرتها]، فلو لم يجز له التوكيل؛ أَدَّى إلى الإضرار به، ولأنه يملك البيع، وهو مما لا يسقط بالشبهة، فملك أن يوكل به.

فأما مقدار الثمن فعند أبي حنيفة: إذا أطلق الوكالة جاز بيع الوكيل بالقليل والكثير، وقالوا: لا يجوز بيعه إلا بمثل قيمته أو بنقصان يسير.

لأبي حنيفة: أن الأمر متعلق بالعين التي وكل ببيعها، بدلالة أنه لو لم يسمها لم تصح الوكالة، والأمر عام في جميع الأثمان، فوجب اعتبار عمومها إلا أن يمنع منه مانع؛ ولأنه سَمَّى ما يجوز أن يكون ثمنًا، فكأنَّه سَمَّى ثمن المثل.

وليس كذلك الوكيل بالشراء؛ لأن الأمر لا يتناول الثمن المشتري به؛ لأن صحة الوكالة لا تقف على تسميته، فلا تتعلق بالعين المأمور بشرائها، لأنها على ملك الغير، فلم يجز اعتبار عموم الأمر، وليس هناك مال تعلق به الأمر، فلم يبق إلا

(١) في لزيادة (شيئاً معيناً).

أن ينفذ تصرف الوكيل حكماً ، فلا يجوز إلا بالنقصان اليسير ، كبيع الأب والوصي .
وجه قولهما: أن الوكالة مخصوصة بالعادة ، وفي العادة أن الإنسان لا يبيع
بالثمن اليسير ، فلم يحمل الأمر عليه ؛ ولأن النقصان الكثير في معنى الهبة ،
بدلالة أنه يكون من الثلث ، وهبة ملك الغير لا تجوز .

وأما إذا باع بغير الأثمان ، جاز عند أبي حنيفة ؛ لأن الأمر بالبيع ينتظم^(١)
الجميع ، ولأننا لو اعتبرنا الأمر فهو عام ، وإن اعتبرنا العادة فالناس يبيعون تارة
بالأثمان ، وتارة بغيرها .

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيع الوكيل إلا بالأثمان ؛ لأن إطلاق
البيع يقتضي مبيعاً^(٢) وثنماً ، وما سوى ذلك يقال فيه [مقايضة]^(٣) ، فلم يدخل
تحت إطلاق البيع .

فأما رواية الحسن [٤١٤/أ] إذا باع بعرض^(٤) : فهو مخالفة للرواية المشهورة ؛
لأن الظاهر من قول أبي حنيفة: أن بيع الوكيل يجوز بالقليل والكثير ، سواء
بالأثمان أو بالأعيان .

ووجه رواية الحسن: أن البيع إذا وقع بالأعيان ، فالوكيل مشتر لها بالسلعة
التي وكل ببيعها ، والوكيل بالشراء لا يجوز أن يعقد مع الغبن الكثير^(٥) .

(١) في ل (يتضمن) .

(٢) في ل (بيعاً) .

(٣) في أ (مقارضة) والمثبت من ل . «والمُقَايَضَةُ: بيع السلعة بالسلعة» . التعريفات (المقايضة) .

(٤) «والعَرْض - بالسكون - : المتاع ، قالوا: والدرهم والدنانير عَيْنٌ ، وما سواهما عَرْضٌ ، والجمع:
عُرُوضٌ» . المصباح (عرض) .

(٥) «الغَبْنُ الفَاحِشُ: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وقيل: ما لا يتغابن الناس فيه» . التعريفات
(غبن) .

وأما إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين:

إن كان مما لا ضرر في تبغيضه: جاز في قولهم، مثل أن يوكله ببيع كُرّ حنطة، فيبيع بعضه، أو يوكله ببيع عبيدين فيبيع أحدهما؛ لأن قوله: بع، عام في^(١) بيع الجملة صفقة واحدة، وفي بيعها صفقتان، وليس في تفريق ذلك ضرر، [وأما إذا كان في التفريق ضرر]: مثل أن يوكله ببيع عبد فيبيع نصفه، فذلك جائز عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعه للنصف إلا أن يجيزه الأمر.

لأبي حنيفة: أن قوله: بع، ينتظم الجملة وبعضها؛ بدلالة أنه إذا وكله في بيع الحنطة جاز أن يبيع بعضها، فإذا باع بعض العبد فقد فعل ما اقتضاه الأمر، فجاز.

ولأن من أصله: أنه لو باع الجميع بالثمن الذي باع به النصف جاز، فإذا باع به النصف فقد زاد الأمر خيراً، وليس هذا كما لو وكله بشراء عبد، فاشترى نصفه؛ لأن الشركة في العبد عيب فاحش، وقد أدخل الضرر فيما عقد عليه بالوكالة، فلم يلزم الأمر.

وفي مسألتنا: أدخل الضرر فيما لم يبعه، ومخالفة الوكيل فيما لا يقع عليه العقد لا يمنع من جواز عقده في غيره.

وجه قولهما: أن الشركة عيب فاحش، فإذا باع النصف ألحق بالموكل الضرر في الباقي، فلم ينفذ عقده، ووقف على إجازة الأمر.

وقد اختلف أبو يوسف ومحمد: في الوكيل يشتري عبداً إذا [اشترك

(١) في ل زيادة (في جميع).

بنصفه] ^(١)، قال أبو يوسف: إن أعتقه الأمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز.

[وقال محمد: إن أعتقه الوكيل جاز، وإن أعتقه الموكل لم يجز].

لأبي يوسف: أن الوكالة إذا تعلقت بعين لم يملك الوكيل أن يشتريها لنفسه، فلما اشترى نصف العبد وفي ذلك ضرر، وقف على إجازة الأمر، فإذا أعتقه فقد أجاز الشراء؛ ولأن العقد لو لم يقف على الأمر لم ينفذ بإجازته، وللزم الوكيل؛ لأن الشراء لا يقف.

وجه قول محمد: أن الوكيل لما ابتاع على وجه خالف به الأمر، لزمه الشراء كما لو وكله أن يشتري بقدر فاشترى بأكثر منه، إلا أنه لا يقف؛ لأن الوكيل يقدر بحكم الوكالة أن يشتري الباقي فتزول المخالفة، فوقف لهذا المعنى على الوكيل، فإذا أعتقه الأمر لم يجز.

فإن قيل: فهلا قال محمد: أنه إذا أمره أن يشتري بألف، فاشترى بألفين، أن الشراء واقف في حق الوكيل؛ لأن المخالفة يجوز أن تزول بأن يحطّ البائع الفضل.

قيل له: حطّ البائع ليس بمعنى استفاد بالوكالة، فلا يقف العقد عليه، وشراء النصف الباقي من العبد مستفاد بالوكالة؛ فلذلك جاز أن يقف الشراء [عليه].

ومن هذا النوع قال أبو حنيفة: إذا وكله أن يشتري له عبيد بأعيانها بألف قيمتهما سواء، فاشترى أحدهما بستمائة، لم يلزم الأمر إلا أن يشتري الآخر ببقية الألف.

وقالا: يلزمه إذا كانت الزيادة يتغابن في مثلها، وكان يمكن أن يشتري العبد

(١) في النسختين (اشترى نصفه) والمثبت هو ما يدل عليه السياق.

الباقي ببقية الألف .

لأبي حنيفة: أنه لما وُكِّلَ بهما بألف وقيمتها سواء ، فكأنه وُكِّلَ أن يشتري كل واحد بخمسمائة ، فإذا زاد على ذلك لم يجز ، قَلَّتْ الزيادة أم كثرت .

وجه قولهما: أنه إذا ازداد زيادة يتغابن في مثلها ، ويمكن أن يشتري الباقي ببقية الألف ، فلم يحصل الخلاف ؛ لأن القسمة تقع بالحزر^(١) والظن ، فإذا لم [يتحقق]^(٢) الخلاف جاز الشراء .

قال أبو الحسن: إذا سَمِيَ الموكل جنساً من الثمن ، أو قدرًا منه ، فباع بخلاف ذلك الجنس ، أو بأقل من القدر لم يجز البيع في قولهم ؛ لأن الوكيل يتصرف من جهة الأمر ، فإذا خالف الأمر فكأنه ابتداء التصرف ، وإن باع بأكثر من القدر لم يجز البيع في قولهم ، وإن باع بأكثر من القدر الذي سَمِيَ له وبجنسه ، جاز عندهم ؛ لأنه عقد على القدر الذي أذن له في العقد فيه ، وزاد الموكل خيرًا .

قال: وكل ما كان خلافًا في البيع ، فالسلعة على ملك صاحبها ، لا تزول عن ملكه إلا بإجازته ؛ لأن الخلاف في الأمر يجعل الوكيل كالمبتدئ بالبيع بغير وكالة ، فيقف على إجازة الموكل .

قال: وكل ما كان خلافًا في الشراء ، فالشراء لازم للوكيل المشتري في ملكه دون الأمر ، ولا يقف الشراء على إجازة من اشترى له ، وإن أجازته الموكل لم يلزمه إلا أن يسلمه المشتري له ، فيكون عند تسليمه بيعًا مستقلًا بينه وبين الأمر .

(١) «الحزر: التقدير ، ومنه حَزَرَتِ النخل: إذا حَرَصَتْه ، والجمع: حَزَرَات» . انظر: المغرب ؛ المصباح (حزر) .

(٢) في أ (يتبين) والمثبت من ل .

قال: وجملة هذا: أن العقود عندنا تقف على إجازة مجيزها، ولا فرق في ذلك بين [البيع والشراء]^(١)؛ وذلك لأن البيع إذا نفذ لم يقف، وإذا لم ينفذ وقف، وكذلك الشراء عندنا إذا نفذ لم يقف، وإذا لم ينفذ وقف، فإذا خالف الوكيل [الموكل] فهو مشتري في ذمة نفسه، والمبيع عندنا ينتقل إلى ملكه^(٢)، [ثم]^(٣) ينتقل منه إلى موكله بالأمر، فإذا خالف الأمر بقي نافذاً في ذمته، فلم يقف، وإن لم ينفذ وقف.

وقد قالوا: إن الشراء يقف في مسائل:

منها: مشتري العبد المحجور، والصبي المحجور، وشراء المرتد، ومن وَّكَل بشراء عبد فاشترى نصفه، وإذا وكله بشراء عبد فاشترك^(٤) - يعني في ملك الموكل -، وقف العقد على إجازة الموكل.

والمعنى في هذه المواضع: أن العقد لا ينفذ فيها، فوقف، وفيما سواها ينفذ في ذمة المشتري، فلا يقف، فإذا أجاز الأمر وسلم المأمور قام ذلك مقام البيع المبتدأ فيما بينهما؛ لأن صحة البيع لا تقف على لفظ البيع.

قال: وإذا أجاز البيع على الموكل بوكالته أو بإجازته، فحقوق البيع كلها للوكيل وعليه قبض الثمن، وعليه تسليم المبيع دون الأمر، وهو خصم في العيب إن وجده المشتري في المبيع دون الأمر، وعليه الضمان إن استحق العبد دون

(١) في أ (البائع والمشتري) والمثبت من ل.

(٢) في ل (الوكيل).

(٣) في أ (لم) والمثبت من ل.

(٤) في ل (فاشتراه).

الآمر، وهذا قول أصحابنا جميعاً، وقد بيّنا هذه المسألة فيما مضى.

قال: فإن أبرأ الوكيل المشتري من الثمن، أو أحال به على غير المشتري، أو أحاله بالثمن على المشتري في غيره، أو ارتهن الوكيل بالثمن، أو أقره^(١) على المشتري، أو أخذ به عوضاً كائناً ما كان، جاز ذلك على الوكيل للمشتري بعد أن يكون العوض يجوز أن يشتريه بالثمن، وكذلك إن صالحه من الثمن على شيء، فذلك كله جائز على الوكيل للمشتري، ليس للآمر إبطال شيء من ذلك ولا فسخه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، غير أنهما قالوا: الوكيل ضامن للثمن في ذلك كله للآمر.

وقال أبو يوسف: لا يجوز ما فعل الوكيل من ذلك، كله على الأمر، والثمن على المشتري كما كان، استحسّن هذا أبو يوسف، والقياس ما قالوا.

وجه قولهما في جواز البراءة: أن الثمن في الذمة [١٤/ب] [يثبت له] حق المطالبة، والمطالبة من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالوكيل، وهو يملك إسقاط حق نفسه، وإذا أسقطه سقط، كمن باع لنفسه.

لأبي يوسف: أن الثمن ملك للموكل، فإذا أبرأ الوكيل فقط أسقط حق غيره، والإنسان لا يملك إسقاط حق غيره، إلا أن على الوكيل الضمان؛ لأنه بالبراءة منع أن يتعين حق الموكل في الثاني، ومنع^(٢) تعيين الملك كإتلاف الملك، بدلالة ضمان المغرور؛ لأنه [منع] من وقوع الرق.

وإذا ثبت أن البراءة جائزة، فكذلك الحط؛ لأنه براءة عن بعض الثمن،

(١) في ل (أو أجره عن المشتري).

(٢) في ل (ومن منع... فكأنه أتلف...).

وكذلك التأخير؛ لأنه إسقاط حق المطالبة في مدة مخصوصة، والوكيل يملك إسقاط المطالبة على التأيد وكذلك في مدة، ويضمن؛ لأنه آخر تغيير الحق عن مستحقه، ولا فرق بين إتلاف الملك وبين تأخير إيصالها إلى مستحقيها، ألا ترى أن الغاصب إذا أتلف العين ضمن، وإذا [غيبها] ^(١) ضمن؛ لتعذر [الوصول إليها] ^(٢) وإن جاز أن يصل إليها في الثاني.

وأما أن يشتري الوكيل بالثمن شيئاً، جاز؛ لأن ذلك يوجب سقوط الثمن حكماً، وهو يملك إسقاطه قولاً، ويضمن؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي ضمان العوضين.

وكذلك إذا صالح من الثمن، جاز؛ لأن الصلح موضوع لإسقاط الحق كالبراءة، ويضمن؛ لأن الصلح وإن لم يقتض الضمان فقد منع من تغيير حق الموكل.

قال: وللوكيل أن يوكل في الحقوق التي يُوجبها العقد له وعليه من شاء، وإن وكل الموكل في ذلك لم تجز وكالته؛ لأنها ليست حقوقاً له ولا عليه؛ وذلك لما قدمنا أن حقوق العقد تثبت للوكيل بعقده لا بالوكالة، وكذلك لا يملك الموكل عزله عنها، فصار كحقوق نفسه، فجاز له التوكيل فيها. [والله أعلم] ^(٣).



(١) في أ (غشها) والمثبت من ل.

(٢) في أ (وصولها) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٢٧٢/١١ - ٢٨٢.

بَابُ مَا يَخْرُجُ الْوَكِيلُ مِنَ الْوَكَالَةِ



قال [أبو الحسن]: وإذا وكلَّ رجلٌ رجلاً ببيع أو شراء أو غير ذلك، ثم أخرج الموكل الوكيل من الوكالة [بغير محضر من الوكيل]، فأخراجه باطل، وهو على وكالته حتى يشافهه الأمر بذلك، أو يرسل به إليه رسوياً.

فإن أخبر الوكيل بإخراج الموكل له من الوكالة رجل على غير رسالة من الموكل، وكان المخبر رجلاً حراً عدلاً أو غير عدل، أو امرأة حرة، أو عبداً، أو أمةً، أو صبيّاً، خرج الوكيل من الوكالة عند أبي يوسف ومحمد إذا علم أن الخبر صدق.

وقال أبو حنيفة: لا يكون ذلك إخراجاً حتى يخبره رجل عدل أو امرأة عدلة، أو يخبره رجلان وإن كانا غير عدلين، وقد بينّا هذه المسألة فيما مضى.

قال: وإذا مات الموكل أو جنَّ جنوناً مُطَبَّقاً خرج الوكيل من الوكالة؛ وذلك لأن الوكيل يتصرف بالأمر، وموت الموكل وجنونه يبطل أمره، فأبطل تصرف وكيله.

ولا يقال: لو جنَّ الرهن أو مات جاز بيع العدل، وإن كان يتصرف بأمره؛ لأن الوكالة هناك تعلق بها حق الغير، حتى لا يملك الرهن العزل، وتعيّنت في العين، فتعلقت بها كتعلق الإمساك، فلذلك لم يبطل بالموت والجنون.

فإن قيل: فقد قالوا في المُدَّعِي إذا طالب المُدَّعِي عليه [توكيلاً] ^(١) بحضرة الحاكم، فوكّل، لم يجز له عزله بغير حضور خصمه، ولو مات أو جُنَّ بطلت وكالته.

قلنا: هناك قد تعلق بالوكالة حق الغير؛ إلا أنها لم تتعلق [بالعين] ^(٢)، فلذلك بطلت ببطلان الأمر وإن لم يبطل بالعزل ^(٣).

قال: وكذلك إذا ارتد الموكل عند أبي حنيفة، وهو رجل، فإن الوكيل تقف وكالته، فإن أسلم جازت وكالته الأولى، وإن قتل أو لحق بدار الحرب خرج الوكيل من الوكالة إذا حكم بلحاقه.

وقال أبو يوسف ومحمد: وكيل المرتد على وكالته ما لم يقتل أو يموت أو يلحق [بدار الحرب] فيحكم بلحاقه، وقد بيّنا هذا فيما مضى، وهو فرع على اختلافهم في وقوف تصرف الوكيل.

[قال]: فإن كان الموكل امرأة فارتدت، فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق فيحكم بلحاقتها، إلا أن ردة المرأة لا توجب زوال أملاكها، فلم يؤثر ذلك في تصرفها.

قال: وحدّ الجنون المُطَبَّق عند أبي حنيفة شهراً، وقد كان محمد يقول [بهذا] ثم رجع فقال: حولاً كاملاً، وقد حكى عنه أكثر الحول، وحكى أبو بكر الرازي عن أبي يوسف: أكثر من يوم.

(١) في أ (وكيل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (بالغير) والمثبت من ل.

(٣) في ل (بالقول).

ووجهه: أن الجنون إذا زاد على يوم وليلة أسقط فرض الصلاة، وزال التكليف، فصار كالموت.

وجه الرواية التي اعتبرت الشهر: لأنه يسقط الصلاة والصوم.

[ووجه الرواية التي اعتبرت الحول: أنه يسقط كل العبادات: الصلاة، والصوم]، والزكاة، والحج.

قال: وإن جاء المرتد في دار الحرب مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه، فالوكيل على وكالته؛ لأن أملاكه موقوفة، [فتصرفه كذلك]^(١)، فإذا عاد مسلماً قبل الحكم، فكأنه لم يزل كذلك.

وإن جاء مسلماً بعد الحكم بلحاقه لم يعد الوكيل في الوكالة الأولى أبداً، [وقد بينّا هذا الفصل، وذكرنا ما روي عن محمد: أن الوكالة تعود].

قال: وإن ارتد الوكيل وخرج إلى دار الحرب^(٢) انقطعت وكالته، فإن عاد لم يعد في قول أبي يوسف، وقال محمد: يعود، وقد قدمنا هذا.

وقال ابن سماعه عن أبي يوسف: في رجل أمر رجلاً ببيع عبده، ثم أخرجه من الوكالة وهو لا يعلم، ثم باع وقبض الثمن، فهلك في يد الوكيل، أو مات العبد في يد الوكيل قبل أن يسلمه: أن للمشتري أن يرجع بالثمن على الوكيل، ويرجع الوكيل على مولى العبد؛ لأنه لم ينعزل عن الوكالة، فما يلزمه من الضمان يرجع به على موكله.

(١) في أ (وتصرفه) والمثبت من ل.

(٢) في ل (دار الإسلام).

قال: وكذلك إن كان مولى العبد باعه ولم يعلم الوكيل؛ وذلك لأن [البيع]^(١) إن زال به ملك الموكَّل فقد غرَّر الوكيل في التصرف حين لم يعلم بالعزل، فرجع عليه بحكم الغرور.

وكذلك لو دبره أو أعتقه؛ لأنَّ الملك قد زال في العتق، وتعذر البيع بالتدبير، وذلك لا يمنع من بقاء الغرور.

ولو أن العبد استحق، وكان حرًّا في الأصل، كان مثل ذلك؛ لأنه قد [غرَّه]^(٢) بالأمر ببيعه.

قال: ولو [كان] وكله بقبض دين على رجل ثم إن رب المال وهب المال للذي عليه الدين، والوكيل لا يعلم، فقبض الوكيل المال، فهلك في يده، فإن لدافع الدين أن يأخذ به الموكل، ولا ضمان على الوكيل؛ [لأنَّ]^(٣) قبض الوكيل كقبض الموكل، ويده قائمة مقام يده، فكأنه قبض الدين مرتين، فيرجع إليه بأحدهما.

قال: ولو كان العبد الذي أمر الوكيل ببيعه مات، أو مات الموكل، والوكيل لا يعلم بذلك، فباع وقبض الثمن بعد موت الأمر، فإن المشتري يرجع على الوكيل، ولا يرجع المشتري على الأمر في تركته إن كان هو الميت.

قال أبو يوسف: [٤١٥/أ] خرج الأمر من الغرور بالموت، وموته وموت العبد سواء؛ وذلك لأن الوكالة بطلت بالموت، وإنما كان يجب الضمان بالغرور، فإذا

(١) في أ (المبيع) والمثبت من ل.
 (٢) في أ (يحرم) والمثبت من ل.
 (٣) في أ (إلا أن) والمثبت من ل.

مات استحال أن يكون غاراً بعد موته ، فلم يلزمه الضمان ، وإذا مات العبد فالعقد [عليه] لم ينصرف [إلى غيره] ، فهو عقد باطل ، فلا يدخل تحت الأمر حتى يثبت الغرور لأجله ، وليس كذلك بيع الحر ؛ لأن هناك [عيناً] ^(١) تقع الإشارة بالعقد إليها ، فيثبت حكم الغرور لأجلها .

وقال أبو يوسف : إذا وكل رجل رجلاً بطلاق امرأته ، ثم طلقها الزوج ، فقد خرج الوكيل من الوكالة ، وهذا محمول على أن الموكل طلقها ثلاثاً ، أو طلقها واحدة ، وانقضت عدتها ؛ لأنه لم يبق هناك طلاق يقع تصرف الوكيل فيه .

فأما إذا طلقها الموكل واحدة ، فَتَصَرَّفُ الوكيل غير متعذر بأن يطلق بقية الطلاق .

قال : وكذلك لو قال : اخلعها ، ثم خلعها ؛ لأن الخلع بعد الخلع لا يصح ، فيتعذر التصرف على الوكيل .

وكذلك لو وكله بعق عبده ثم أعتقه ، أو [بمكاتبة] ^(٢) ثم كاتبه ، أو بتزويج امرأة فتزوجها ، أو شراء شيء ثم اشتراه ؛ لأن الموكل لما تصرف فيما وكل فيه ، تعذر التصرف على وكيله ، فلم يصح تصرفه .

قال ابن سماعة عن محمد : في رجل وكل رجلاً ببيع عبده فباعه ثم ردّ عليه بعيب : فله أن يبيعه مرة أخرى ، ولو وكله أن يهب عبده ، فوهبه ثم رجع في هبته ، لم يكن للوكيل أن يهبه ثانية .

(١) في أ (عقداً) والمثبت من ل .

(٢) في أ (بكاتبة) والمثبت من ل .

قال: لا يشبه البيعُ الهبةَ ؛ وذلك لأن الوكيل إذا باع لم ينقض وكالته ؛ بدلالة أنه يقبض الثمن بحكمها ، ويخاصم في العيب ، وإذا بقيت الوكالة ثم انفسخ بيعه ، جاز أن يبيع بحكمها ، وأما إذا وهب فقد انقضت وكالته ، بدلالة أنه لا يملك الرجوع ، ولا يصح تسليمه ، فإذا رجع الموكل في الهبة ولا وكالة ، لم يجز للوكيل أن يهب .

قال محمد: في رجل وكّل رجلاً ببيع عبد له فباعه الأمر ، فرُدَّ على الأمر بعيب: كان للوكيل أن يبيعه ، ولا يكون بيعه إخراجاً له من الوكالة .

وكذلك لو وكّل كلُّ واحد من الرجلين فباعه أحدهما ، فرُدَّ عليه بعيب ، فلكل واحد منهما أن يبيعه .

وقال أبو يوسف: ليس للوكيل أن يبيعه .

وجه قول أبي يوسف: أن الموكل لما تصرف فيما وكّل فيه صار ذلك منعاً للوكيل من التصرف ، فهو كالعزل ، فلا يعود الأمر إلا بوكالة مستقلة .

لمحمد: أن الموكل لم يتلفظ بالعزل ، وإنما تعذر على الوكيل البيع لخروج العبد من ملك الموكل ، فإذا عاد على حكم الملك الأول عادت حقوقه [فيه] ، فجاز البيع .

قال محمد: ولو وكّل رجلاً بكتابة عبد ، فكاتبه ، ثم عجز ، لم يكن له أن يكاتبه مرة أخرى ؛ لأن حقوق الكتابة لا تتعلق بالعاقد ، فإذا عقدها [فقد] انقضت وكالته ، فلا يجوز [له] بعد ذلك أن يكاتب ، قال: وكذلك لو كان المولى كاتبه ، خرج الوكيل من الوكالة .

وكذلك لو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها، ثم تزوجها وطلقها تطليقة بائنة، لم يكن له أن يزوجه من الزوج مرة أخرى؛ لأن حقوق هذه العقود لا تتعلق بالعاقد، فإذا عقدها انقضت وكالته، فلم يجوز بعد ذلك عقده، وإذا كان لو عقد هو لم يجوز له أن يعقد، فإذا عقد موكله لم يجوز له أن يعقد بعده، ألا ترى أن عقد البيع لما كان عقده [له] لا يمنعه من العقد بعده إذا انفسخ، كان كذلك عقد موكله.

وقال ابن سماعه: سمعت أبا يوسف يقول في رجل وكل رجلاً ببيع عبد له، ثم إن المولى باعه، فرد عليه بعيب بقضاء [قاضي]: فليس للوكيل أن يبيعه؛ لأن بيع المولى إخراج للوكيل من الوكالة، وقد بينا وجه ذلك.

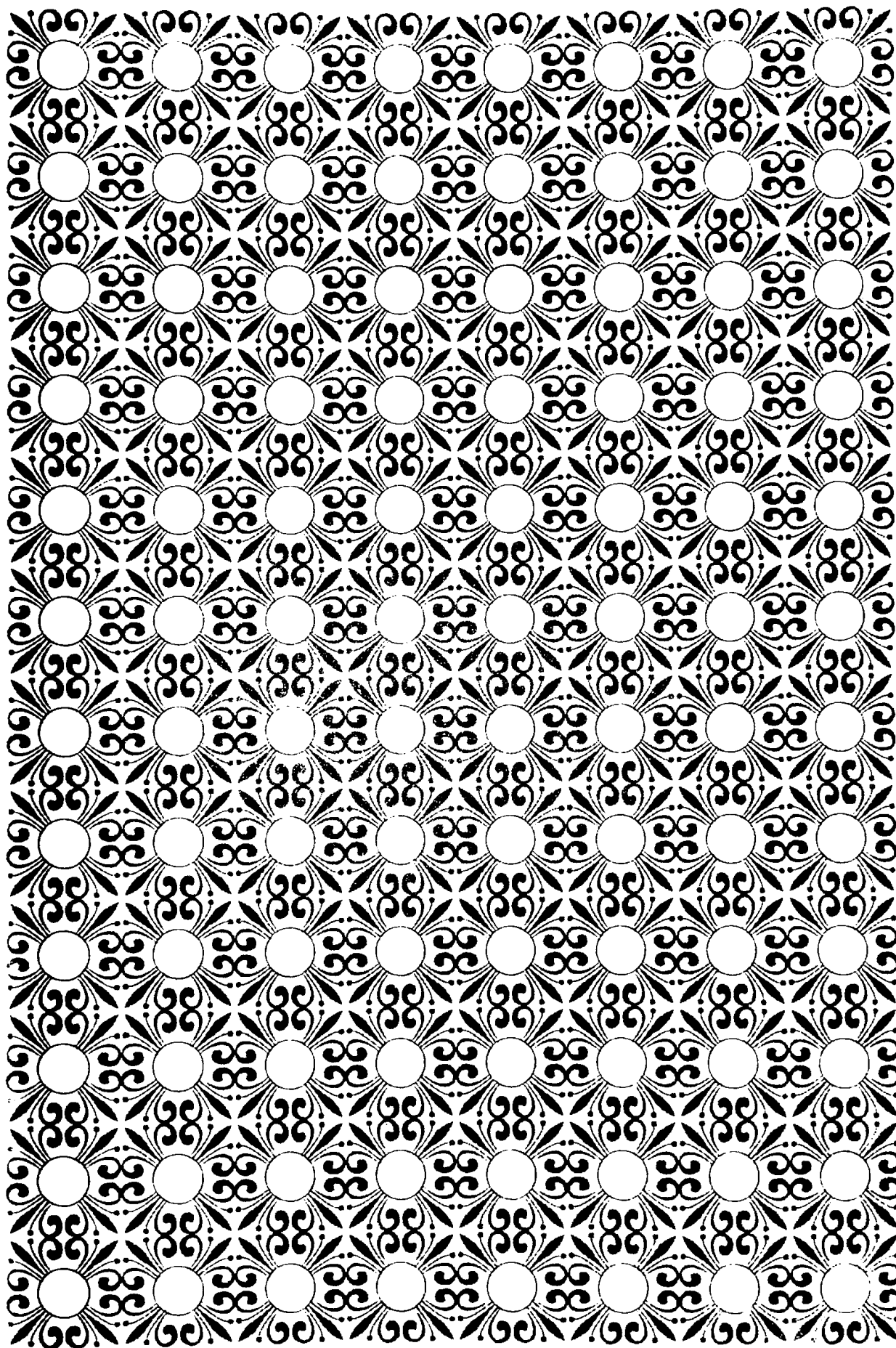
قال: ولو كان الوكيل باعه، ثم رد عليه بعيب بقضاء، فإن الوكيل على وكالته؛ لما قدمنا أن بيعه لا يبطل وكالته، بدلالة أنه يتصرف بحكم الوكالة في حقوق العقد الأول، فكذلك يملك أن يبيع ثانياً. [والله أعلم] (١).

تم كتاب الوكالة والحمد لله وحده

وصلواته على محمد الهادي من الضلالة، وآله الطاهرين



(١) انظر: الأصل ٥٠٢/١١، ٥٠٣؛ مختصر القدوري ص ٢٥٩.



[٧٤] كتابُ الكفالةِ والحوالةِ

قال رحمه الله تعالى: الكفالة^(١) في اللغة عبارة^(٢) عن الضم ، ومنه الكفل للخشبة التي يُعمد بها الحائط ، وقال الله تعالى: ﴿وَكَقَلَهَا زَكْرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] ، يعني ضمّها إلى نفسه .

وإنما سميت الكفالة كفالة ؛ لأنه ضمُّ إحدى الذمتين إلى الأخرى في التوثق ، وهو عقد جائز ، والدليل عليه قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٣) ، وبُعِثَ [النبي ﷺ] والناس يتكفلون ، فأقرهم على ذلك كما أقرهم على سائر العقود .

وقال أصحابنا: الكفالة لا توجب براءة المكفول عنه ، وقال ابن أبي ليلى: يبرأ .

لنا: أن الكفالة ضم إحدى الذمتين إلى الأخرى ، فلو برئ المكفول عنه لم [يوجد]^(٤) معنى الضم ؛ ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها ، فلو اقتضت الكفالة البراءة لصارت حوالة ، واتفق معنى العقدين ، وهذا يمنع من

(١) الكفالة لغة: بمعنى الضم ، قال المطرزي: الكفيل: الضامن ، وتركيبه دال على الضم والتضمين .
المغرب (كفل) .

وشرعاً عرفها الموصلي بأنها: «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة» . الاختيار ١٦٦/٢ ؛
وزاد الحدادي: «دون الدين ، بل أصل الدين في ذمة الأصيل على حاله» . الجوهرة ص ٤٠٠ .

(٢) في ل (مأخوذة) .

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٤٤) ؛ والترمذي (١٢٦٥) ؛ والبيهقي في الكبرى ، ٨٨/٦ .

(٤) في أ (يصح) والمثبت من ل .



اختلاف اسمها؛ ولأنه يقال إن صاحب الحق له مال واحد، فلو ثبت كله^(١) في ذمة كل واحد منهما لثبت له مالان، وهذا لا يصح.

[قيل له: هذا]^(٢) باطل بالغايب وغايب الغايب أن الضمان ثابت في ذمة كل واحد منهما، وإن لم يكن للمغصوب إلا مال واحد؛ ولأن الدين ثبت في ذمتها على طريق البدل، ألا ترى أن المضمون له لا يستوفي منهما، وإنما يستوفي من أحدهما، ويسقط حقه من الآخر، فلم يكن في ذلك إثبات مالين.

قال أبو الحسن: كل دين ثبت في ذمة امرأة أو رجل، حر أو عبد، صغير أو كبير، مأذون له أو محجور عليه، فكفل بذلك عليه رجل يجوز تبرعه في ماله: جازت كفالته، ولزمه ما كفل به من ذلك، وهذا صحيح؛ لأن كل دين صحيح فضمانه جائز؛ لأن الكفيل يلزمه ما في ذمة المكفول عنه، فإذا كان في ذمته دين صحيح لزم كفيله، وهذا موجود فيما ذكره من دين الرجل والمرأة والحر والعبد؛ ولأن العبد المحجور يلزمه الديون، وإنما تتأخر مطالبته، فالكفالة بدينه جائزة، كما يجوز بالدين المؤجل.

وأما مال الكتابة فلا يجوز الكفالة به؛ لأنه ليس بدين صحيح، ألا ترى أنه دين المولى على عبده، فلا يثبت ثبوتاً صحيحاً؛ فلذلك لم يجز الكفالة به.

يبين ذلك: أن الكفالة لو صحّت لم يخل أن يثبت الدين في ذمة الكفيل ناقصاً أو كاملاً، ولا يجوز أن يثبت كاملاً؛ لأن الكفيل لا يلزمه^(٣) أكثر مما لزم

(١) في ل (ما في ذمة).

(٢) في أ (لأنه) والمثبت من ل.

(٣) في ل (يلزمه).

المكفول عنه ، ولا يجوز أن يثبت ناقصاً ؛ لأنَّ النقص في ذمة المكاتب إنما هو لأنه دين المولى عليه ، وهذا المعنى لا يوجد في حق الكفيل ، و [قد] قالوا: إن الكفالة لا تصح ؛ لأن من حكم مال الكتابة أن تثبت في ذمة عبد ، فإذا تكفل الحرّ به لم يجز ثبوته مع الحرّية .

فأما مال السعاية [٤١٥/ب] فلا تجوز الكفالة به عند أبي حنيفة على أصله: أن المستسعى مكاتب ، فأما على قولهما فهو حرٌّ ، فتجوز الكفالة بدينه ، كما تجوز بدين سائر الأحرار .

فأما ما شرطه أبو الحسن من كون الكفيل ممن يصح تبرعه في ماله ؛ فلأن الكفالة عقد تبرع ، فمن لا يصح تبرعه لا تصحُّ كفالته ، فمن ذلك الصبي المحجور ، لا تصح كفالته كما لا يصح قرضه ، والعبد المحجور لا يطالب بحكم الكفالة في الحال ، ويطالب بها بعد الحرية ، والمريض كفالته من الثلث ، كما أن تبرعه من الثلث ، والمكاتب لا تصح كفالته كما لا يصح تبرعه .

قال: والمكفول له بالخيار: إن شاء طالب بذلك الكفيل ، وإن شاء طالب المكفول عنه ؛ لما ثبت^(١) أن الدين ثابت في ذمة كل واحد منهما ، فجاز للطالب أن يستوفي من أيهما شاء .

وقد قالوا: إن الطالب [إذا اختار مطالبة الكفيل ، فإن له بعد ذلك مطالبة المكفول عنه] ، وإذا اختار مطالبة المكفول [عنه] ، كان له مطالبة الكفيل ، وقالوا في الغاصب وغاصب الغاصب: إذا اختار المالك تضمين أحدهما لم يكن له تضمين الآخر ؛ وذلك لأن اختيار التضمين يتضمّن نقل الملك إلى الضامن في

(١) في ل (بيّننا) .

العين المغصوبة ، ويستحيل أن يملك العين لاثنين كل واحد منهما جميعاً ، وفي مسألتنا: ليس في المطالبة تمليك للطالب ؛ فلذلك لم يمنع من المطالبة .

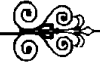
وقد قال أبو حنيفة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر ، فشريكه بالخيار: إن شاء ضمنه ، وإن شاء استسعى ، فإن اختار أحد الأمرين لم يكن [له] اختيار الآخر ؛ لأن في اختياره الضمان نقلاً لنصيبه إلى شريكه ، ويستحيل أن ينقل نصيبه ثم يختار سعايته بعد ذلك .

قال: وإن أخذ الطالب المكفول عنه بالمال فأداه ، برئ الكفيل ، ولا يرجع المكفول عنه عليه بشيء ؛ وذلك لأن أداء المكفول عنه تبرئة من الدين ، وبراءة المكفول براءة لكفيله ، ألا ترى أن الكفيل إنما يضمن ما في ذمته ، فإذا سقط ما في ذمته بالأداء لم يجز إبقاء الضمان على كفيله ، وإنما لا يرجع المكفول عنه على الكفيل ؛ لأن حاصل الضمان عليه ، فلو رجع على كفيله لرجع كفيله عليه ، فلم يكن للرجوع فائدة .

قال: وإن أخذه الكفيل فأداه إليه ، رجع بما ضمن^(١) على المكفول عنه إذا [كان] كفل عنه بأمره ، وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ؛ وذلك لأن الكفيل يملك ما في ذمته بالأداء ، فرجع على المكفول عنه بحكم الأمر ؛ لأن الكفالة طلب للقرض ، والكفيل إذا أدى مقرضاً للمكفول عنه فيرجع عليه بما أقرضه .

وأما إذا كان المكفول عنه ممن لا يلزمه إقراره ، لم يرجع عليه كفيله بشيء ، كالصبي المحجور إذا أمر رجلاً أن يتكفل عنه ؛ لأن الأمر بالكفالة طلب للقرض ،

(١) في ل (بما كان) .



واستقراض الصبي لا يتعلق به ضمان عليه .

وأما العبد المحجور عليه إذا أمر رجلاً أن يتكفل عنه ، فإنه لا يرجع عليه [بشيء] حتى يعتق ؛ لأن قوله صحيح في حق نفسه ، غير ثابت في حق مولاه ، فلم يلزمه ضمان في الحال ، فإذا أعتق لم يبق إلا حق نفسه ، فيلزمه الضمان .

وأما إذا كانت الكفالة بغير أمر المكفول عنه لم يرجع الكفيل عليه عندنا ، وقال مالك : يرجع (١) .

لنا : أنه تبرّع بقضاء دين غيره ، فصار كمن تبرع بالإنفاق على أهله أو داره ، فلا يرجع به عليه ، ولا يقال : إن صاحب الدين ملكه الدين بما أخذ منه ؛ لأن تمليك الدين عندنا لا يجوز لغير من في ذمته .

قال : وإذا طوّل الكفيل بأداء ما عليه من المال ، فله أن يطالب المكفول عنه لخلاصه مما يطالب به ، فيقول للمكفول عنه أدّ المال إلى الطالب ، وليس له أن يقول أدّ المال إليّ ، فإن لم يؤدّه حتى أدّاه الكفيل رجع بما أدّى على المكفول عنه إن كان أمره بالكفالة .

وجملة هذا : أن الكفيل ليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدّي ؛ لأنه في حكم المقرض ، ومن سأل رجلاً أن يقرضه فلم يفعل لم يكن له أن يرجع عليه بشيء ، إلا أنه إذا طوّل طالب المكفول عنه بالخلاص ، فإن حبس كان له أن يحبس المكفول عنه ؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه المطالبة ، فكان عليه خلاصه منها ، ألا ترى أنه لو أدّى رجع ؛ لأنه هو الذي ألزمه [الأداء] (٢) ، فلزمه خلاصه

(١) انظر : المدونة ٢٥٣/٥ ، ٢٥٩ ؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٤ .

(٢) في أ (الأول) والمثبت من ل .

منه ، فكذلك المطالبة والحبس .

قال محمد في إملائه: إذا قال رجل لرجل له علي رجل مال: دعه وأنا ضامن ما عليه ، أو كفيل بذلك ، أو قبيل ، أو زعيم بذلك ، أو هو عليّ ، أو إليّ ، أو هو لك عندي ، فهذا كله ضمان صحيح جائز ، و [كذلك] لو قال: هو لك قبلي ، ولا يبرأ صاحب الأصل في هذه الوجوه ، ولصاحب المال أن يطالب أيهما شاء .

[وأما قوله: وأنا ضامن لما عليه ، فهذا صريح الضمان ، وذلك معنى الكفالة ، وذكر معنى العقد كذكر العقد] .

وأما قوله: وأنا كفيل ، فهذا اللفظ صريح بالعقد ، فيلزمه حكمه ، وأما القبيل فهو في اللغة الكفيل ، ومعناه القابل للضمان ، فذكر أحد اللفظين كذكر الآخر ، وأما الزعيم فهو الكفيل ، قال الله تعالى: ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: ٧٢] ، أي: ضمين ، قال النبي ﷺ: «الزعيم غارم»^(١) .

وأما قوله: فهو عليّ ، [فعليّ]^(٢) من ألفاظ الوجوب ، وقوله (إليّ) يفيد الضمان ، الدليل عليه: قول رسول الله ﷺ: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك ديناً فإليّ»^(٣) ، وروي من حديث قتادة: (أن رجلاً من الأنصار مات ، فلما وضع ليصلي عليه ، فقال رسول الله ﷺ: [«هل علي صاحبكم من دين؟» فقالوا: نعم ، ديناران ، فتأخر النبي ﷺ وقال: «صلوا علي صاحبكم»^(٤) ، فقال أبو قتادة: هما إليّ والميت منهما بريء ، فصلّى عليه ﷺ) ،

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥) ؛ والترمذي (١٢٦٥) وقال: «حسن غريب» .

(٢) في أ (قيل) والمثبت من ل .

(٣) أخرجه البخاري (٦٣٥٠) ؛ ومسلم (٨٦٧) .

(٤) أخرجه البخاري (٢١٧٣) ؛ ومسلم (١٦١٩) .

فدل هذا على أن هذا لفظ ضمان .

وأما قوله: هو لك عندي و[قبلي] ، فظاهر هذا اللفظ يفيد اليد ، ألا ترى أنهم قالوا فيمن أقرّ أن لفلان عنده أو قبله ألفاً ، أنها عنده وديعة ، [وجعلوا]^(١) ذلك في مسألتنا ضمناً في الذمة ؛ لأنه لما أشار إلى الدين فقال هو عندي ، فالدين لا يوصف بثبوته^(٢) في اليد ، فلم يبق إلا أن يراد به الذمة ، [وقد]^(٣) يعبر بهذا اللفظ عمّا في الذمة ، وإن لم يكن ظاهراً ؛ فلذلك حمل عليه في مسألتنا لما لم يمكن حمله على حقيقته .

قال: فإن وهب الذي له المال لأحدهما ، فهذا [وأداء المال]^(٤) سواء ، وكذلك لو مات الطالب فورثه أحدهما ؛ لأن الهبة يملك بها ما في الذمة ، وكذلك الميراث ، فإن كان الموهوب له والوارث كفيلاً فقد ملك ما في ذمته بالهبة والميراث ، فيرجع على صاحب الأصل ، كما لو ملك ذلك بالأداء ، فإن الموهوب له [أو] الوارث [هو] المكفول عنه برئ الكفيل ؛ لأن المكفول عنه ملك ما في ذمة نفسه ، فكأنه أدّى^(٥) .

قال: ولو أبرأ الطالب أحدهما ، فقال: قد أبرأتك من المال ، فإن كان المبرأ الذي عليه الأصل فقد برئاً جميعاً ، فلا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء ، فإن كان المبرأ هو الكفيل برئاً [خاصة]^(٦) والمال على صاحب الأصل على

(١) في أ (وفعلوا) والمثبت من ل .

(٢) في ل (بكونه) .

(٣) في أ (وهذا) والمثبت من ل .

(٤) في أ (وأما) والمثبت من ل .

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٢٤٠/٣ .

(٦) في أ (صاحبه) والمثبت من ل .



حاله ، وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره .

أما براءة صاحب الأصل فهي براءة الكفيل ؛ لأن الضمان لا يجب إلا فيما هو مضمون على صاحب الأصل ، فإذا سقط [أ/٤١٦] الضمان من ذمته بالبراءة سقط عن كفيله ؛ لاستحالة بقاء الفرع مع زوال أصله ، ولأن سقوط الدين عن ذمة صاحب الأصل بالبراءة كسقوطه بالأداء ، فكما برئ الكفيل بأحدهما ، فكذلك الآخر .

وأما براءة الكفيل فإنها لا توجب براءة صاحب الأصل ؛ لأن سقوط الدين عن ذمة الكفيل لا يمنع بقاءه على صاحب الأصل كالأبتداء ، ألا ترى أن قبل الكفالة كان الدين ثابتاً على صاحب الأصل دون الكفيل ، كذلك بعد^(١) البراءة .

قال: ولو قال لأحدهما: برئت إلي من المال ، فهو إقرار بالقبض ، وهو بمنزلة الأداء ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا ؛ لأنه ذكر براءة مضافة إلى فعل المطلوب ، وهو [لا] يملك أن يبرئ نفسه [إلا بالأداء]^(٢) ، فكأنه قال: أديت إلي .

وقال أبو يوسف: إذا قال لأحدهما: قد برئت من المال ، فهو إقرار بالقبض ، وقال محمد: هذا بمنزلة قوله: قد أبرأتك من المال .

لأبي يوسف: أنه ذكر براءة مضافةً إلى المطلوب ، وذلك يكون بالأداء ، فكأنه قال: برئت إلي .

لمحمد: أنه يحتمل أن يكون برئت ؛ لأنك أديت ، ويحتمل [أن يكون]

(١) في ل (بغير) .

(٢) المضافة ما بين المعقوفتين زيدت من ل لاستقامة العبارة .



برئتُ ؛ لأنني أبرأتك ، فلا يجوز إثبات الأداء بالشك .

وليس كذلك إذا قال: برئت إلي ؛ لأنه ذكر براءة ابتداءً ، وهذا في المطلوب ، وغايتها الطالب ، وذلك لا يكون إلا بالأداء .

قال أبو الحسن: فإن لم يؤد المكفول عنه المال حتى أبرأه الكفيل مما ضمنه عنه قبل أدائه ، أو وهبه له ، أو تصدق به عليه ، جاز ذلك ، فإن أدى الكفيل المال بعد ذلك لم يرجع به على المكفول عنه ، وهذا في إملاء أبي سليمان عن محمد .

والوجه فيه: أن العقد يثبت للكفيل في ذمة المكفول عنه مثل ما يثبت في ذمة الكفيل للمكفول له ، وإن كان لا يطالب إلا بعد الأداء فقد صار العقد سبباً في ثبوت الحق ، فجازت البراءة عند وجود سبب الحق ، كما يجوز من الدين المؤجل ، وكما يجوز من الأجرة مع (١) العقد ، فإذا أدى الكفيل بعد البراءة لم يرجع كما لو أبرأه بعد أدائه (٢) .



(١) في ل (بعد) .

(٢) انظر: الأصل ٣٧٠/١٠ وما بعدها .

بَاب

كفالة الرجلين عن الرجل



قال ابن سماعه في نوادره: سمعت محمداً إملأء قال: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم من قرض أو غيره، فكفل بها عنه رجلان، ولم يكفل كل واحد [منهما] عن صاحبه، فالكفالة جائزة، وعلى كل واحد منهما خمسمائة، ليس [عليهما] (١) غيرها، فأيهما أدى شيئاً مما عليه لم يرجع على صاحبه بشيء، ورجع على الذي عليه الأصل بما أدى عنه إن كان كفل بأمره؛ وذلك لأنهما لما ضمنا فقد دخلا في إطلاق العقد على وجه واحد، والضمان ينقسم، فكان على كل واحد منهما النصف، كالمشترين [للعبد] (٢) من واحد، يملك كل واحد منهما نصفه. وإذا لزم كل واحد منهما نصف الدين لم يرجع عليه المكفول له بأكثر من ذلك، ولا مطالبة لأحدهما على الآخر؛ لأنه ليس بكفيل له، ويرجع على صاحب الأصل؛ لأنه أمره بالضمان.

قال: فإن لقي صاحبُ المال أحد الكفيلين فأخذه حتى كفل له بما على صاحبه من الكفالة، فذلك جائز؛ لأن الكفالة عن الكفيل جائزة، بدلالة أن الدين ثابت في ذمته، فجاز أن يتكفل عنه كما يتكفل عن صاحب الأصل.

قال: فإن أخذ الكفيل الذي كفل المال، فأدى إليه منه خمسمائة، فالقول قوله من أي المالين أداه، إن قال: أدبته عن كفالة صاحب الأصل، قبل ذلك منه،

(١) في أ (عليه) والمثبت من ل.

(٢) في أ (للعقد) والمثبت من ل.

وإن قال: أدّيته عن صاحبي الذي كفل معي، صدق أيضاً، وسواء قال ذلك قبل الأداء أو بعده؛ لأن هذا الكفيل لزمه الدين من وجهين مختلفين: خمسمائة بالكفالة الأولى عن صاحب الأصل، وخمسمائة بالكفالة الثانية عن الكفيل، وحكم [المالين] (١) مختلف؛ لأن كل واحد منهما يثبت به الرجوع على غير من يثبت من الرجوع في الآخر، فإذا أدّى وأبهم الأداء فالقول قوله، كمن عليه ألف من ثمن [مبيع] (٢)، وألف من قرض، إذا أدّى ألفاً كان القول قوله في أي المالين أدّى.

وإنما كان كذلك لأنه هو [المملك لما] (٣) أدّى، والقول قول المملك (٤) في صفة ما ملكه؛ بدلالة قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، فالقول قول البائع» (٥)؛ ولأنه لا يعلم ما قصده بالأداء إلا من جهته، فالمرجع فيه إلى قوله.

قال: فإن لم يأخذ صاحب المال شيئاً من المال حتى لقي صاحب المال الكفيل الآخر، فكفل له عن شريكه بماله عليه، فذلك جائز.

فإن أخذ صاحب المال أحدهما بشيء من المال فأداه، فما أدّى من ذلك عن صاحب الأصل دون الكفيل حتى يؤدي خمسمائة، وإن أدّى أكثر من خمسمائة كانت عن شريكه.

ولو قال ابتداءً: أوّدي عن شريكي، لم يقبل [ذلك] منه، وكان عن صاحب

(١) في أ (المال) والمثبت من ل.

(٢) في أ (بيع) والمثبت من ل.

(٣) في أ (غير مقروء) والمثبت من ل.

(٤) في ل (المالك).

(٥) أخرجه الترمذي (١٢٧٠) وقال: «هذا حديث مرسل...»؛ والدارقطني مرفوعاً، ٢١/٣؛

والطبراني في الكبير مرفوعاً، ١٧٤/١٠؛ وأحمد في المسند مرفوعاً، ٤٦٦/١.

الأصل ؛ وذلك لأن الكفيلين كل واحد منهما قد لزمه خمسمائة ، خمسمائة بالكفالة عن صاحب الأصل ، وخمسمائة بالكفالة عن شريكه ، فما أداه عن صاحب الأصل يرجع به على شريكه ، وما أداه عن شريكه لا يرجع به على صاحب الأصل .

فإذا أدى خمسمائة ، فلو لم نجعلها عن صاحب الأصل وجعلناها عن الشريك ، لكان للشريك أن يجعلها عن شريكه ويرجع بها عليه ، فلم يكن في ذلك فائدة .

وإذا أدى أكثر من خمسمائة فالزيادة على الخمسمائة إذا رجع بها على شريكه لم يكن لشريكه أن يرجع بها عليه ؛ لأنها لا تجوز أن تكون إلا من الكفالة .

وعلى هذا قال أصحابنا: في رجلين اشتريا من رجل عبداً بألف ، وضمن كل واحد منهما جميع الثمن ، فإن أدى أحدهما نصف الثمن لم يرجع به على شريكه ، وإنما يكون ذلك من نصيبه ؛ لأنه لو رجع على شريكه به ، لجاز لشريكه أن يرجع به عليه .

فإذا أدى أكثر من النصف رجع على شريكه بالزيادة ؛ لأنه لا يقدر أن يرجع عليه بها إذا كان قد بقي^(١) في نصيبه للبائع .

وكذلك قالوا في المتفاوضين: إذا افترقا وعليهما دين ، فلصاحب الدين أن يطالب به كل واحد منهما ، فإن أدى أحدهما النصف لم يرجع على شريكه بشيء ، وإن أدى [أكثر]^(٢) من النصف رجع بالزيادة على شريكه ؛ لما ذكرنا .

قال: فإن كان الكفيلان لم يؤد^(٣) واحد منهما شيئاً حتى لقيهما الطالب

(١) في ل (قد وفى) .

(٢) الزيادة اقتضتها السياق .

(٣) في ل (لم يؤديا أحدهما) .

وصاحب الأصل ، فكفل الثلاثة جميعاً بعضهم عن بعض بجميع المال الذي له على الذي عليه المال ، فقد نقضت هذه الكفالة الكفالة الأولى ، فإن أخذ صاحب المال أحد الكفيلين فأخذ شيئاً قليلاً كان أو كثيراً ، فله أن يرجع بجميعه على الذي عليه الأصل ، وإن شاء رجع بنصفه على شريكه ، ولا يغرم أحدهما شيئاً إلا غرم صاحبه مثله ، ثم يرجعان بما غرما على الذي عليه الأصل ؛ وذلك لأنه لما كفل [عن] كل واحد منهما [بجميع المال ، وكفل عن صاحبه ، فصار ما لزم كل واحد منهما] هو الذي لزم الآخر لتساويهما في الكفالة ، فما أداه كل واحد منهما من قليل أو كثير رجع على صاحبه بنصفه حتى يساويه في الأداء ، كما يساويه في الضمان .

وليس كذلك المسألة الأولى ؛ لأن كل واحد [٤١٦/ب] منهما لزمه الدين من وجهين مختلفين ، فلم يتساوى دَيْتُهُمَا ؛ فلذلك لم يجب ^(١) أن يتساويا في الأداء .

وأما قوله: إن الكفالة الثانية نقضت الأولى ؛ فلأن حكمها مخالف للحكم الأول ، وكل واحد منهما عقد على ما يعود ^(٢) عليه وأخذ ، فالثاني من العقدين [نقض للأول] ^(٣) .

قال: فإن لم يأخذ من واحد منهما شيئاً ، ولكنه أخذ من الذي عليه الأصل كل المال أو بعضه ، فليس له أن يرجع على واحدٍ منهما بشيء ؛ لما قدّمنا أن حاصل الضمان عليه ، فلو رجع عليهما لرجعا عليه ^(٤) .



(١) في ل (فلم يتساويا في الأداء) .

(٢) في ل (على مقصود عليه) .

(٣) في أ (بعض الأول) والمثبت من ل .

(٤) انظر: الأصل ٥٠١/١٠ وما بعدها ؛ ٥٤٩/١٠ وما بعدها .

بَاب أداء الكفيل عن المكفول عنه المال



قال: وإذا كفل رجل عن رجل بألف درهم صحاح، ثم أداها إلى الطالب، فله أن يرجع بها، فإن أدّى عنه مكسرة أو بهرجة أو زيوفاً وتجاوز بها الطالب، أو أدّى إليه عنها ثوباً أو عرضاً من العروض كائناً ما كان، وقبّله الطالب، جاز.

وكذلك لو أدّى شيئاً من الكيل أو الوزن، فإنه يبرأ الكفيل ويرجع الكفيل على المكفول عنه بمثل ما ضمن، يرجع بألف صحاح، ولا يرجع بشيء مما أدّاه إلى الطالب.

وكذلك لو أعطاه عن الألف دنانير^(١)؛ وذلك لأن الكفيل ملك ما في ذمته بما أدّى، [فكأنه أدّى نفس المضمون والدرهم الجياد تملك بالزيوف، والصحاح تملك بالمكسور] فكأنه أعطى [نفس]^(٢) الحق، وليس كذلك إذا صالحه عن الألف على خمسمائة، [إنه] لا يرجع بأكثر منها؛ لأن الألف لا تملك بخمسمائة، وإنما تملك بمثل وزنها، فلم يجوز أن يرجع بأكثر مما أعطاه.

قال: ولو أمره بأداء المال عنه بغير ضمان، فأدّى إلى الطالب دون ما عليه، أو أدّى مما عليه، فإن المأمور يرجع بمثل ما أدّى، ولا يرجع بمثل ما [أمر]^(٣)، وهو قول أصحابنا الثلاثة؛ وذلك لأن المأمور لم يثبت في ذمته دين ليملكه بما

(١) في ل (مائة دينار).

(٢) في أ (نصف) والمثبت من ل.

(٣) في أ (ضمن) والمثبت من ل.

يعطي ، وإنما هو وكيل بالقضاء ، فلم يجز أن يرجع بأكثر من المؤدى ، وليس كذلك الضامن ؛ لأن الدين ثابت في ذمته ، وهو يملكه بما يؤدي ، فلذلك رجوع به .

قال ابن سماعة عن محمد في نواذره: في رجل له على رجل خمسة دنانير ، وله بها كفيل ، فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة دنانير ، فدفعها إليه ، ولم يقل صالحتك على أن تبرئني ، فإن هذا الصلح عن الذي عليه الأصل وعن الكفيل ، وقد برئاً ، ويرجع الكفيل على الذي عليه الأصل بثلاثة دنانير ؛ لأنه لما أطلق الصلح عن المال ، وهو ثابت في ذمتهما ، انصرف العقد إلى الذميتين ، فبرئاً جميعاً بما أدى من ذلك ، ويرجع الكفيل بثلاثة دنانير لما بيّن أن المكفول عنه برئ مما زاد على ذلك ؛ ولأنه لا يملك بثلاثة دنانير أكثر منها .

ولو قال: أصالحك على ثلاثة دنانير على أن تبرئني ، فإن ذلك عن الكفيل وحده ، وهو جائز ، ويرجع الطالب [على] الذي عليه الأصل بدينارين ، ويرجع عليه الكفيل بما أدى [عنه] ، وهو ثلاثة دنانير ؛ لأنه لما شرط [عليه] في الصلح براءة الكفيل ، دلّ على أنه لم يبرأ صاحب الأصل ، وقد بيّن أن براءة الكفيل لا توجب براءة المكفول عنه ، فيبرئ الكفيل مما زاد على المؤدى ، ويرجع بما أذاه على صاحب الأصل ، وبقي في ذمة صاحب الأصل ديناران ، وإن لم يبرأ منها فلا كفيل بها فيؤد بهما إلى الطالب . [والله أعلم] .



بَابُ ضَمَانِ الْأَعْيَانِ

—•••••—

قال أبو الحسن: الأعيان تكونُ في يد مَنْ هي في يديه على وجهين: أمانة أو مضمونة.

فما كان منها أمانة: فضمنها ضامنٌ عن مَنْ هي في يديه لصاحبها، فالضمان باطل، ولا يجب على الضامن تسليمها إن كانت قائمة، ولا ضمان في قيمتها إن هلك.

وما كان منها مضموناً: فتكفل به كفيل، أو ضمنه ضامن، وجب عليه تسليمه في حال قيام عينه إلى صاحبه، أو تسليم قيمته إليه إن هلك.

وقال: والأعيان الأمانة: الودائع، والعواري، وأموال المضاربة، والشركة، وما كان مستأجراً في يد مستأجره.

والمضمون: الغصب، والبيع [الفاسد، وما كان مقبوضاً على سوم البيع].

والأصل في هذا: أن الكفالة عقد ضمان، [والضامن]^(١) إنما يلزمه ما هو مضمون على المكفول عنه، والأمانات ليست بمضمونة على من هو في يديه، ولا يجوز أن يضمنها ضامن عنه.

وأما العارية، فعينها غير مضمونة، وتسليمها مضمون، فإن ضمن ضامن تسليمها جاز، وما سواها ليس بمضمون العين، ولا مضمون الرد.

(١) في أ (والضمان) والمثبت من ل.

وكذلك لو ضمن ضامن تسليمها عن المؤجر: تسليم العين التي أجرها جاز؛ لأن العين وإن لم تكن مضمونة فتسليمها [مضمون] ^(١) عليه.

وأما الأعيان المضمونة، فهي على ضربين: مضمون بنفسه، ومضمون بغيره.

فما كان مضموناً بنفسه: فالكفالة جائزة فيه كالمغصوب، والمقبوض على وجه بيع فاسد، وسوم البيع، فالضمان يلزمه ما يلزم المضمون عليه فيه: وهو ردّ العين حال بقائها، ودفع قيمتها بعد هلاكها.

فأما المضمون بغيره: فكالبيع في يد البائع، فإن ضمنّ ضامن تسليمه جاز؛ لأن التسليم مستحق على البائع، فإن هلك لم يجب على الضامن شيء؛ لأن البيع انفسخ، ووجب على البائع رد الثمن، ولم تجب قيمة العين؛ فلذلك لم يلزم الضامن.

ومن ذلك الرهن في يد المرتهن، فهو مضمون بغيره: وهو الدين، فإن ضمن ضامن تسليمه بعد الفكاك جاز؛ لأن التسليم واجب على المرتهن، فإذا هلك الرهن سقط الضمان؛ لأن المرتهن يصير مستوفياً لدينه، ولا يلزمه حق، فكذلك لا يلزم الضامن.

قال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمداً قال في رجل قال له رجل: إن فلاناً غصبني عبداً، فقال الرجل: أنا ضامن للعبد الذي تدعي، قال: فهو ضامن للعبد حتى [يلزمه أن] يأتي به ويقيم عليه البيعة، فإذا لم يأت به واستحقه بيعة فهو ضامن لقيمته؛ وذلك لأن [الواجب] ^(٢) بالدعوى على الذي في يده العبد

(١) في ل (يقدر).

(٢) في أ (الواحد) والمثبت من ل.

إحضاره مجلس القضاء، فلزم ذلك كفيله، فإذا هلك العبد وقامت عليه البينة على استحقاق المدعي إياه؛ فالواجب ضمان قيمته، ولزم ذلك الضامن.

قال: ولو كان قال: إن فلاناً غصبني ألف درهم، ثم استهلكها، أو قال: غصبني عبداً ثم مات في يده، فقال رجل: أنا ضامن للمال أو لقيمة العبد، قال: هو ضامن للمال أو لقيمة العبد، يأخذ بذلك المدعي [من ساعته]؛ وذلك لأن الدعوى في المستهلك إنما هي القيمة، فإذا ضمنها ضامن لزمه ذلك، وليس كذلك العبد القائم؛ لأن ضمانه يقتضي الإحضار والتسليم، ولا يقتضي وجوب القيمة إلا بعد هلاكه [٤١٧/أ] وثبوت الدعوى فيه؛ فلذلك لم يلزمه ضمان القيمة حتى يثبت الاستحقاق، فأما المستهلك فضمن الضامن لقيمته يدل على اعترافه بوجوب الضمان، فلم يقف ذلك على إقامة البينة.

قال: وإذا ادعى شيئاً [قائماً] لم يستهلك، وإنما عليه أن يأتي به حتى يقيم عليه البينة، وقد بيننا هذا.

قال: ولو ادعى رجل على رجل أنه غصبه ألف درهم، وهي في يده أو في منزله، أو ادعى شيئاً مما يكون ديناً من طعام أو نحوه، فضمن له رجل ما ادعى، فإن على الضامن أن يأتي بذلك الشيء بعينه، فإن لم يأت به لم يضمه حتى يستحقه المدعي.

وإن ادعى ألفاً مستهلكاً أو كراً مستهلكاً، فضمنه له رجل، فهو ضامن من ساعته، وإن لم يقيم المدعي بينة عليه، وهذا على ما بيننا أن العين ما دامت باقية فالضمان ينصرف إلى إحضارها وتسليمها، فلا يلزمه قيمتها إلا بعد الاستحقاق، وإذا كانت هالكة فالضمان لا يتعلق إلا بقيمتها، فصار ضمانه دلالة على



الاعتراف بالضمان .

قال ابن سماعه في نوادره: سمعت محمداً قال: قال أبو حنيفة في رجل قال لرجل: إن قتلك فلان فأنا ضامن لِدَيْتِكَ ، أو قال: إن شَجَّكَ موضحة أو قطع يدك ، أو غصبك ألف درهم ، أو قتل عبدك ، فأنا ضامن لقيمة ذلك ، فقال المضمون له: قد رضيت ، وخاطبه على ذلك ، فهو جائز .

قال: وهذا كقوله: إن غصبك ألف درهم فأنا لها ضامن ، أو أقرضته ألفاً فأنا ضامن ، ورضي المضمون له ، فهو جائز ؛ وذلك لأن الضمان يجوز تعليقه بالشرط والخطر ، خلاف ما قال الشافعي^(١) ، والدليل عليه إجماع الأمة على جواز ضمان الدرك ، وهو ضمان متعلق بشرط الاستحقاق .

فكلُّ ضمان متعلق بشرط هو سبب في الضمان أو في وجوب المطالبة مقيس عليه ، ولا يقال: إن ضمان الدرك ليس بمتعلق بشرط في الثاني ، وإنما يتبين بالاستحقاق أن المضمون كان ثانياً ، فهو ضمان ما كان لازماً للبائع عند العقد ؛ وذلك لأن الضمان صحيح في الحال .

وإن كنا لا نعلم بوجود الضمان ، فيجوز أن يستحق ، ويجوز أن لا يستحق ، فلو لم يجر تعليقه بشرط يحدث ؛ لم يجر انعقاده مع التجويز [كما لا ينعقد عقد البيع مع التجويز] لما لم يجر تعليقه بالخطر .

وإذا ثبت أن الضمان يتعلق بالشروط ، وكل واحدة من هذه الأشياء^(٢) سبب لثبوت الضمان ، فجاز أن يضيف الكفالة إليه .

(١) انظر: الأم ص ٦٠٧ .

(٢) في ل (الأسباب) .

قال محمد: إن قال: إن غضبك فلان ضيعتك، أو غضبك عبدك، أو دابتك، فأنا [لذلك] ^(١) ضامن، فرضي المضمون له وقبل ذلك، فهو جائز، وهذا [على] قول محمد خاصة على أصله في ضمان العقار بالغصب.

فأما على قول أبي حنيفة: فإنه لا يضمن، فالكفالة به لا تصح.

قال محمد: قال أبو حنيفة: إذا قال: من قتلك من الناس، أو مَنْ غضبك من الناس، أو مَنْ بايعت من الناس، فأنا لذلك ضامن، فهذا باطل، ولا يجوز إذا عمّ، ويجوز إذا خصّ على ما وصفتُ لك؛ وذلك لأن هذا ضمان عن مضمون [عنه] ^(٢) مجهول، والضمنان لا يصحُّ إلا عن معلوم؛ ولأنه إذا لم يبيّن المضمون عنه كثرت الجهالة، [وإذا بيّن] ^(٣) ذلك قلتُ الجهالة، وقد يجوز العقد مع قلة الجهالة، ولا يجوز مع كثرتها.

قال محمد: قال أبو حنيفة: إن لم يكن المضمون له حاضرًا فيقول: قد رضيت ذلك وقبلت، فإنه لا يجوز.

قال: وكذلك لو قال: قد كفلت لفلان بما له على فلان، والمكفول له غائب، فإنه لا يجوز، وإن بلغه فقال: قد قبلت ورضيت، لم يجز إلا في خصلة [واحدة، وهي]: أن يقول المريض عند موته لورثته: اضمنوا ما عليّ من الدين لغرمائي، ففعلوا ذلك، فهو جائز، وهو يلزمهم.

قال أبو حنيفة: هو بمنزلة [المُقَرَّر على غرمائه] ^(٤)، وقال أبو يوسف: المريض

(١) في ل (لك).

(٢) في أ (له) والمثبت من ل.

(٣) في الأصل (وإذا لم يبين) والمثبت يدل عليه السياق.

(٤) في أ (المعبر عن مائة) والمثبت من ل.

[وغيره في هذا سواء] (١).

وإذا ضمن رجل لرجل غائب عنه فبلغه ذلك فرضي ، فهو جائز ، يعني أن الضامن خاطب المكفول عنه في الضمان عنه للغائب .

وقال محمد: بقول أبي حنيفة: [نأخذ] .

لأبي حنيفة ومحمد: أن الكفالة [عقد] يتعلق به حق للمكفول له ، فوقف على قبوله كعقد المبيع .

وإنما لا يقف عنده على الإجازة ؛ لأن قول الكفيل: تكفلت بكذا ، شطر (٢) العقد ، وذلك لا يقف على غائب عن المجلس ، وهذا هو القياس عنده في مسألة المريض .

وإنما استحسن ؛ لأن المرض يوجبُ تعلق الديون بالمال ، وقد يثبت في المال حق الورثة ، فكان الدين عليهم ، وصار قول المريض قائماً مقام قول صاحب الدين في مسألة الكفالة ، فينعقد ذلك بينهما .

فإن قيل: فهلاً قلتم في الصحيح: إذا قال لرجل: تكفل عني لفلان الغائب ، ففعل ، أن الكفالة تنعقد ، ويقوم قول الذي عليه الدين مقام قول الذي له الدين .

[قيل له: وذلك] (٣) لأن الصحيح لا تتعلق الديون بماله ، ولا يتعلق بماله حق غيره ، فلم يصرف فيه كالأجنبي ، حتى يقوم مقام صاحب الدين في قبول

(١) في أ (في هذا وفي غيره سواء) .

(٢) في ل (أحد شرطي) .

(٣) في أ (قلنا) والمثبت من ل .

الكفالة، وأما المريض فقد [تناول] ^(١) تعلق حق الغرماء بماله، وانتقال الديون إليه؛ فلذلك كان كالأجنبي في القبول.

وأما أبو يوسف فقد قال: إن الكفالة جائزة إذا أجازها المكفول له، وهذا يدل على أن العقد عنده واقف، وقد ذكر قول أبي يوسف في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر.

فإن قال: إن الكفالة جائزة من غير إجازة؛ فلأن الكفالة إيجاب مال في الذمة بقوله كالإقرار، فلا يقف على القبول.

وإن قال: إن الكفالة موقوفة؛ فعلى أصله: أن قوله تكفلت لفلان العقد، فيقف على غائب عن المجلس، كما قال في المرأة إذا قالت: زوجت نفسي من فلان، أن ذلك يقف على غائب عن المجلس.

وأما على قولهما: فهذا شرط العقد، فلا يقف، وقد ذكر الطحاوي في هذه المسألة أن محمداً مع أبي يوسف، والصحيح ما ذكره أبو الحسن.

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل في يده عبد مقر له بالرق، فخاف المولى العبد، وأخذ منه كفيلاً بنفسه، فأبق العبد، أو كفله كفيلاً بعد إباقه منه: [فإنه] لا ضمان على الكفيل قبل الإباق و[لا] بعده.

أما قبل الإباق: فهو ملكه، ويده ثابتة عليه، فلا يصح أن يضمن له وليس بمضمون في نفسه.

وأما بعد الإباق: فيد المولى ثابتة عليه ما دام في دار الإسلام في قولهم،

(١) في أ (بيتا) والمثبت من ل.

فلا يجوز أن يضمن له - كما قيل - الإباق ؛ ولأن العبد لا يكون مضموناً على نفسه بالإباق ، فلا يصير مضموناً على غيره .

وقال ابن سماعه ، عن أبي يوسف : في رجل ادّعى على رجل أنه عبده ، وأنكر المدّعى عليه ، زعم أنه حرٌّ ، فكفل رجل بنفس العبد المدعى عليه ، فأقام المدّعي البيّنة أنه عبده ، فمات المدعى عليه ، فلا شيء على الكفيل ؛ وذلك لأن الحر ليس بمضمون ، وهو يدعي الحرّية ، ولا يد لغيره عليه يتعلق الضمان بها ، فلا يصحّ أن يضمّنه الكفيل .

ولو قال : أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقته ، فضمن له قيمته ، فأقام المدعي البيّنة ، ومات المدعى عليه ، قال : فالكفيل ضامن ، وهذا محمول على أن هذا المدعى عليه في يد غيره ، وإن كان يدعي الحرّية ، فإذا ضمن الضامن قيمته [وثبت] ^(١) الاستحقاق ، كان صاحب اليد غاصباً ؛ فلذلك صحّ ضمان القيمة ، فأما إذا كان في يد نفسه فلا ضمان عليه بجحود الرق ، فلا يلزم الضمان الكفيل [٤١٧/ب] .

قال : ولو كان صبي في يد رجل فادّعاه آخر ، وزعم أنه عبده ، وقال الذي هو في يديه : هو ابني وهو حرٌّ ، فكفل به رجل للمدعي ، أو ضمّنه له ، فأقام المدعي البيّنة ، ومات المدعى عليه ، ومات الصبي ، فالكفيل ضامن ، وهذا صحيح ؛ لأن الصّبي تثبت عليه اليد ، فإذا ادّعى من هو في يده أنه ابنه ، وقامت البيّنة بالرق ، تبيّن أن صاحب اليد غاصب ، فصح ضمان الكفيل عنه ^(٢) .



(١) في أ (لم يثبت) والمثبت من ل .

(٢) انظر : الأصل ٥٣١/١٠ وما بعدها .

بَابُ الكفالةِ بالمالِ إلى أجلٍ معلومٍ أو مجهولٍ

قال أصحابنا جميعاً - أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد -: إذا كفل رجل لرجل بمال إلى العطاء، أو إلى الحصاد، [أو إلى الجذاذ^(١)]، أو إلى الدياس^(٢)، أو النيروز^(٣)، أو المهرجان^(٤)، أو صوم النصارى، أو [فطر اليهود]^(٥)، أو إلى الرزق، فالكفالة جائزة.

قال رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن كل شيء يدل على طريق التأجيل إذا علق وجوب المال في الكفالة به، صحّ ذلك وإن كان مجهولاً.

وما يذكر على طريق الشرط دون الأجل على ضربين: إن كان الشرط سبباً لوجوب الحق أو مكان الاستيفاء، جاز أن تتعلق الكفالة به، وإن كان بخلاف ذلك لم يجز.

والدليل على جواز الآجال المجهولة في الكفالة، أن المعقود عليه فيها يجوز دخول الجهالة فيه مثل أن يقول: ما بايعت فلاناً فهو على فلان، تصحّ

(١) «والجذاذ - بضم الجيم وكسرها -: ما كُسِرَ منه، والضم أفصح». مختار الصحاح (جذذ).

(٢) «الدياس في الطعام: أن يُوطأ بقوائم الدواب، أو يكرر عليه المدّوس: يعني الجرّجر حتى يصير تيناً». المغرب (دوس).

(٣) «التَّيروز - بفتح النون - «في الفارسية: اليوم الجديد، وهو أول يوم من السنة الشمسية الإيرانية، وعيد النيروز: أكبر الأعياد القومية للفرس». المعجم الوجيز (نوروز).

(٤) «المِهْرَجَان - بكسر فسكون - لفظ معرب: عيد الخريف عند الفُرس». معجم لغة الفقهاء (مهرج).

(٥) في أ (فطرهم) والمثبت من ل.

الجهالة في الأجل أولى، وليس كذلك البيع؛ لأن الجهالة لا يجوز [دخولها]^(١) في المعقود عليه، فكذلك في أجله.

فإن قيل: فما تقولون في المهر إذا أجله إلى الحصاد، أو الدّياس؟

قلنا: لا تعرف الرواية في ذلك، ويحتمل أن [يقال] إنه جائز؛ لأن المهر يثبت مع ضرب من الجهالة، فكذلك التأجيل يجوز أن يثبت مع الجهالة، وإن قلنا: لا يجوز ذلك؛ فلأن المعقود عليه في النكاح هو الاستباحة، وذلك لا يصح فيه الجهالة، فصار من هذا الوجه كالبيع [والمهر لأجنبي من]^(٢) العقد، فلا يعتبر فيه جواز الجهالة.

وأما الشرط، فإن كان سبباً لوجوب الحق، مثل أن تقول: إذا قدم زيد، أو استحق المبيع، فالكفالة جائزة؛ لأن الاستحقاق سبب لوجوب الحق، وقدم زيد سبب يتسهل^(٣) به الأداء؛ لأنه يجوز أن يكون مكفوفاً عنه، فجاز تعلق الكفالة بذلك.

فأما إذا قال: إذا جاء المطر، أو هبّت الريح، أو دخل زيد الدار، فإن ذلك لا يجوز؛ لأن هذا [لا يدرك]^(٤) على طريق التأجيل، ولا هو سبب لوجوب الحق، ولا لتسهيل الاستيفاء والأموال، ولا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشروط.

قال: وكذلك [لو] كانت الكفالة حالة فأخر إلى شيء من هذه الآجال، فهو

(١) في أ (لأجلها) والمثبت من ل.

(٢) في أ (أجنبياً في العقد) والمثبت من ل.

(٣) في ل (يسهل).

(٤) في أ (يذكر) والمثبت من ل.

جائز؛ لأن ما جاز أن يكون أجلاً في العقد، جاز أن يلحق^(١) به كالأجل المعلوم في البيع.

قال: وإذا كفل رجل عن رجل إلى أجل مجهول لا يشبه آجال الناس، مثل: المطر، والريح، وأشباه ذلك، فالكفالة جائزة، والشرط باطل، والمال حالّ على الكفيل.

أما بطلان الشرط فقد بيّناه، وإنما لا تبطل الكفالة؛ لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لم تبطله الشروط الفاسدة: كالطلاق والعتاق إذا بطل الشرط، بقي المال على حلوله بإطلاق العقد.

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل له على رجل ألف درهم، فقال [له]: قد أخّرتك بها إلى الحصاد، أو إلى الدياس، فهذا بمنزلة [كفيل كفّل]^(٢) بها إلى هذا الوقت.

قال: وإنما يفسد هذا في البيع إذا جعل محله إلى الحصاد والدياس، فإذا وجب عليه ثم أخّره إلى هذا الوقت فهو جائز؛ وذلك لأن الدين إذا أخّره إلى أجل مجهول، فهو أجل لم يشرط في عقد معاوضة، فيصح ثبوته مع الجهالة، كالأجل في الكفالة.

وليس كذلك إذا شرط في البيع؛ لأن الجهالة تؤثر في إفساد العقد، فيمنع من ثبوت الثمن.

(١) في ل (أن يكون ملحقاً به).

(٢) في أ (الكفيل) والمثبت من ل.

وهذه المسألة من أفراد المسائل ؛ لأنهم ألحقوا التأجيل بالبيع على وجه لو كان في العقد لم يجز .

وقد قال أبو حنيفة في الشروط الفاسدة إذا لحقت بالعقد: لحقت وأفسدت كما لو شرطت في العقد .

[وقال أبو يوسف ومحمد: لا تلحق ، ثم ألحق محمد الأجل المجهول ولم يفسد به العقد ؛ لأنه إنما يفسد إذا شرط فيه الجهالة الموجودة في العقد] ، فإذا عري العقد عنها ثم لحقت على وجه لو كان يثبت في الديون لم يفسد العقد .

قال: ولو أخذ منه خمسمائة ، وأخر خمسمائة إلى قدوم الرجل الذي [عليه أصل المال]^(١) ، قال: هو جائز .

وكذلك لو قال للطالب الذي عليه الأصل وللكفيل: قد أخرجتكم بالمال [إلى] قدوم فلان ، فهو ضامن عنهما ، قال: وإذا أخرهما إلى قدوم رجل هو منهما بسبب في المال فهو جائز ؛ وذلك لأن قدوم فلان يجوز أن يكون سبباً لإيجاب^(٢) الحق ، ألا ترى أنه يكون مكفولاً عنه ، فيمكن الاستيفاء بقدومه ، أو يكون ضامناً ، أو يكون الذي عليه الدين مفلساً وليس له إلا دين على فلان الغائب ، فإذا حضر أمكن الاستيفاء منه ، فجاز التأخير إلى ذلك .

قال: وإن كان لرجل على رجل مائة درهم إلى أجل مسمى ، فكفل بها رجل عنه كفالة مُبَهَمَةً ، ولم يُسَمَّ أجلاً ولا حالاً ، فإنها^(٣) على الكفيل إلى ذلك الأجل ؛

(١) في أ (عليه الأصل عليه المال) والمثبت من ل .

(٢) في ل (لأداء) .

(٣) في ل (فإنما ذلك) .

لأن الكفيل يضمن ما على صاحب الأصل فلزمه الدين بصفته ، إلا أن يشترط خلاف ذلك .

قال: وكذلك لو ضمنها الكفيل إلى أجل قد سماه دون ذلك الأجل ، أو أكثر منه ، أو مثله ، فإنه^(١) على الكفيل إلى الأجل الذي سماه ؛ وذلك لأن الكفيل يجوز أن يشترط في الكفالة ما يخالف الأصل ، بأن يكون المال مؤجلاً فيضمنه حالاً ؛ لأنه تبرع بإسقاط الأجل ، ويجوز [أن يكون المال]^(٢) حالاً فيضمنه مؤجلاً ؛ لأن التأجيل يجوز في حق صاحب الأصل ، فكذلك في حق كفيله ، فإذا كان [المال] في الأصل مؤجلاً بمدّة ، فتكفل بأكثر منها أو بأقل جاز ، كما لو كان المال حالاً فتكفل به مؤجلاً ، أو مؤجلاً فتكفل به حالاً .

قال: فإن كان [أصل] المال حالاً وأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلاً إلى سنة ، فإنه جائز ، والتأخير عنهما ، هذه رواية الأصل^(٣) .

وقال في موضع آخر من الأصل: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم ثمن مبيع ، فتكفل بها رجل إلى سنة ، فهو جائز إلى ذلك الأجل ، وليس للطالب أن يأخذ صاحب الأصل بها حتى يحل ذلك الأجل .

وقال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً عليه ألف درهم إلى سنة ، وبها كفيل ، فمات الذي عليه الأصل قبل السنة ، فالمال عليه حال ، وهو على الكفيل إلى أجله .

(١) في ل (فله) .

(٢) في أ (كونه) والمثبت من ل .

(٣) كما في المبسوط للسرخسي ٦٨/٢٠ .

ولو مات الكفيل ولم يمت الذي عليه الأصل ، فإن المال يحل في مال الكفيل بموته ، ولا يحل على الذي عليه الأصل .

أما إذا تكفل بالمال مؤجلاً فقد جعل الأجل متعلقاً بالمال ، فيتعلق به من أصله ، وذلك يوجب ثبوت الأجل في حق الكفيل والمكفول عنه (١) .

فأما المسألة التي ذكرها أبو يوسف [٤١٨/أ] فليس من هذا في شيء ؛ لأن المال مؤجل في حقهما ، فإذا مات أحدهما حلّ دينه لحق ورثته ، ألا ترى أنه لو لم يحلّ لم يقدروا على التصرف في التركة ، فلم يجوز أن يحل (٢) في حق غيرهم ؛ لأن هذا المعنى لم يوجد فيهم .

قال أبو يوسف: ألا ترى لو أن رجلاً أقرض رجلاً مالاً فكفل به عنه رجل إلى وقت ، كان على الكفيل إلى وقته ، وكان على المكفول (٣) عنه حالاً (٤) . وهذا المعنى [الذي] استشهد به مفارقاً لغيره ؛ لأن القرض لا يجوز التأجيل فيه ، ويجوز التأجيل في الكفالة به ؛ لأن الكفيل لم يلزمه الدين بعقد القرض ، فلذلك تأجل الدين في حقه دون حق صاحب الأصل .

قال أبو يوسف: ولو كان المال من ثمن مبيع ، والمسألة على حالها ، جاز ذلك في القياس ؛ ولكنني أستحسن وأجعلها إلى الأجل على الكفيل والمكفول عنه .

(١) انظر: الأصل ٤٨٥/١٠ .

(٢) في ل (يجعل) .

(٣) في ل (المقرض) .

(٤) انظر: المصدر السابق ٥٠٨/١٠ .

أما وجه القياس: فلأنه ذكر الأجل في حق الكفيل، ويجوز أن ينفرد بالأجل عن صاحب [الأصل]، فلم يكن التأجيل في حقه تأجيلاً في حق غيره.

وأما [وجه] الاستحسان: فلأن الأجل يصح أن يثبت في حقهما، فإذا أَجَّلَ المالَ وأطلق، انصرف التأجيل إلى الأصل، وأما القرض فلو صرح بالتأجيل في حق المكفول عنه^(١) لم يثبت، فكذلك إذا أطلق لا يثبت.

وقال ابن سماعه في نوادره عن محمد: في رجل له على رجل ألف درهم حالة، فأعطاه المطلوب بالمال الذي عليه كفيلاً إلى سنة، قال: فالكفيل كفيل بالمال إلى الوقت الذي وُقِّت، وهو على صاحب الأصل حال. وهذا مخالف لرواية الأصل.

ووجه ما قدمنا في وجه القياس: أن الأجل يجوز أن يثبت في حق أحدهما دون الآخر، فلم يكن ثبوته في حق الكفيل يوجب ثبوته في حق المكفول عنه.

قال: فإن مات الكفيل أخذ الطالب المال من ماله حالاً، ولم يرجع ورثته على الذي أمره بأن يتكفل عنه [حالاً] إلى الوقت الذي وُقِّت له؛ لأن المال وإن كان حالاً على صاحب الأصل، فهو مؤجل على الكفيل، فلم يثبت له حق الرجوع إلا بعد الأجل، وإنما حلَّ الدين بموته لحق ورثته ولمنفعتهم، فلا يجوز له الرجوع قبل الوقت الذي ثبت الرجوع فيه.

وقال ابن سماعه عن محمد: في رجل قال لرجل: قد ضمنت لك ما لك على فلان، إن نوى فذلك جائز، فإن مات فلان ولم يدع شيئاً فهو ضامن.

(١) في ل (المقرض).

وكذلك لو قال: قد ضمننت ما لك على فلان إن خرج من المصر ولم يعطك ، فهذا جائز ؛ لأنه علق الضمان بالشرط ، وقد دللنا على جواز تعليق الكفالة بالشرط .

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل [قال لرجل]: قد كفلت لك بما لك على فلان **حالا** ، على أنك متى طلبته مني فألى أجل شهر ، فهذا جائز منه ، فمتى طلب منه فله أجل شهر ، فإذا مضى شهر كان له أن يأخذه متى شاء بالطلب الأول .

قال: ولو كفل بالمال **حالا** فلم يشترط أنه متى طالبه به فله أجل شهر ، [ثم إن المكفول له لقيه بعد ذلك ، فقال: متى طالبتك بهذا المال فلك أجل شهر] ، كان قوله هذا باطلاً ، وكان له أن يطالبه بالمال متى شاء ؛ وذلك لأنه إذا شرط هذا في أصل الكفالة فقد علقها بشرط ، وابتداء الكفالة يجوز تعليقها بالشروط ، وإذا لم يشترط في العقد فهذا تأجيل عليه بالشرط ، والتأجيل لا يصح تعليقه بالشروط .

وقد استشهد على ذلك بمن قال: تكفلت لك بهذا المال عن فلان إلى قدومه ، جاز ، وكأنه علق الضمان بالقدوم ، ولو أطلق الكفالة ثم قال: قد أخرتك إلى قدومه ، لم يجز ذلك ، وبطل التأخير ؛ لأنه تأخير علقه بشرط^(١) .



(١) انظر: الأصل ٥٠٨/١٠ وما بعدها .

بَابُ الكفالةِ بالنفس



قال أبو الحسن: الكفالة بالنفس جائزة عند أصحابنا جميعاً، في كل ما يلزم المكفول بنفسه، كالحضور فيه لخصومة من يدعي قبْله حقاً، وسواء كان الحق المدعى مالاً، أو حقاً [في] ^(١) مال، أو غير ذلك من سائر الحقوق والمطالبات.

قال: والأصل في جواز الكفالة بالنفس ما روي أن عبد الله بن مسعود كفل أصحاب عبد الله بن رواحة بعشائريهم ونفاهم إلى الشام، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف؛ ولأن الحكام يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، ولأن الحضور مستحق على المطلوب، [ويمكن] ^(٢) استيفاؤه من الكفيل، فجاز [عقد الكفالة] به كالمال.

[وقد قال أصحابنا: إن الكفالة بالنفس تجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره، كما تجوز في المال]؛ لأنه يقدر على إحضاره وقد التزم ذلك.

فإن قيل: إذا تكفل بغير أمره لم يقدر على إحضاره؛ لأن للمطلوب أن يمتنع عليه.

قلنا: [هو] يقدر على إحضاره، ولكن لا يلزم ذلك للمطلوب، وجواز الكفالة موقوف على إمكان الأداء دون استحقاقه.

(١) في ل (عن).

(٢) في أ (ولكنه) والمثبت من ل.

فأما ما يصح دخول الكفالة بالنفس فيه: قال أبو الحسن: الكفالة بالنفس جائزة في كل ما يلزم المكفول بنفسه الحضور فيه للخصومة [مع] مَنْ يدعي قبّله حقاً، وسواء كان الحق المدعى مالاً، أو حقاً في مال أو غير ذلك من سائر الحقوق والمطالبات.

وقال في موضع آخر: إذا ادعى رجل على رجل حقاً في قذف، فأنكر وسأل الطالب القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه، وقال: بيّتي حاضرة، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه، ولكن يقول له: ألزمه ما بينك وبين قيامي، فإن أحضر شهوده قبل أن يقوم [القاضي] وإلا خلّى سبيله.

فإن أقام شاهدين [غير عدول]، أو شاهداً عدلاً يعرفه القاضي، فإن القاضي يحبسه حتى يسأل عن الشهود، أو يأتي بشاهد آخر، ولا يكفله.

وإن ادعى قصاصاً في نفس أو دونها، فكذلك أيضاً لا يأخذ منه كفيلاً بنفسه.

قال: ويجوز أن يأخذ الحاكم كفيلاً بالنفس في التعزير، أما ما ابتدأ به أبو الحسن في حد الكفالة [فيقتضي] جواز الكفالة بالنفس في الخصومة في الحد أو القصاص، وفي كل حق، وما بني به يعارض ذلك الحد، وأما الحد فيقتضي أن لا تجوز الكفالة.

وقد كان أبو الحسن يقول: إن الكفالة بالنفس في الحد والقصاص جائزة في قولهم إذا بذلها المطلوب.

وأما ما قال أبو حنيفة: لا يطلبها القاضي منه. وقالوا: يؤخذ منه كفيلاً بالنفس في جميع ذلك.

فعلى هذا التأويل: الحد الأول صحيح لا يحتاج فيه إلى الاستثناء، وإنما جازت الكفالة في جميع ما ذكر؛ لأن الحضور مستحق عليه للخصومة في جميع ذلك، والكفيل إنما يضمن الإحضار المستحق [عليه].

وإنما قال أبو حنيفة: إن القاضي لا يلتمس الكفالة بالحدود والقصاص؛ لأنها للتوثق، وهو مأمور بدرء الحدود وترك التوثق فيها، فإذا ابتدأ بذلك المطلوب [جازت] الكفالة.

ولا يقال: فقد قال أبو حنيفة: إنه يحبس، والتوثق بالحبس أعظم من التوثق بالكفالة؛ لأنه ليس يحبس للتوثق [٤١٨/ب]، وإنما يحبس للتهمة، ألا ترى أن الشهود قد أخبروا: أنه يفسد في الأرض، يقتل الناس، ويهتك الأعراض؟ والحبس في التهمة واجب.

وجه قولهما: أن الحضور مستحق لسماع البيعة، فجازت الكفالة به [كالحضور]^(١) في الأموال.

فأما نفس الحد والقصاص، فلا تجوز الكفالة به في قولهم؛ لأن ذلك لا يمكن استيفاؤه من الكفيل، فلا تصح الكفالة به.

فأما التعزير فتجوز الكفالة به؛ بمعنى أنه يجوز للقاضي الابتداء بطلب ذلك؛ لأنه لا يؤمن بدرئه ولا بإسقاطه؛ ولأنه من حقوق الآدميين كالديون.

قال أبو الحسن بعد ذلك: وكذلك إن كفل رجل بنفس رجل، والطالب يدعي قبله دم عمد، أو قصاصاً فيما دون النفس، أو حدّاً في قذف أو سرقة،

(١) في أ (كالخصومة) والمثبت من ل.

فالكفالة بالنفس في جميع ذلك جائزة ، وهذا محمول على الكفالة المبتدأة ، وقد بيَّنَّا أن ذلك يجوز في قولهم .

قال أبو الحسن : ويؤخذ الكفيل بالنفس بإحضار المكفول عنه بنفسه ما كان إحضاره ممكناً مقدوراً عليه ، فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه سقطت الكفالة [عن الكفيل وبرئ منها ، مثل أن يموت المكفول بنفسه ، وإنما وجبت مطالبة الكفيل] بالإحضار إذا كان ممكناً ؛ لأن الإحضار مضمون في ذمته ، وما كان مضموناً على الإنسان وهو يقدر على إيفائه فإنه يؤخذ به ، فأما إذا مات المطلوب وقد سقط الحضور عنه ، فسقط عن الكفيل ؛ لأن براءة المكفول عنه من الحق المضمون يوجب براءة كفيله .

قال : فأما مادام ^(١) المكفول بنفسه حياً يُرجى إحضاره على وجه من الوجوه ، فالكفالة بنفسه قائمة ، غير أنه إن كان إحضاره متعذراً لغيبة أو ما أشبه ذلك ، فتأخرت المطالبة بإحضاره عن الكفيل ، ولا يحبس الكفيل به ، ولكن [يؤجل] ^(٢) الكفيل به أجلاً إذا كان المكفول به غائباً [مقدار] ^(٣) المسافة في ذهابه ورجوعه ، فإن أحضره وإلا حُبس ؛ وذلك لأن الغائب يرجى إحضاره وإن تعذر في الحال واقتضى ذلك تأخير المطالبة إلى حين الذهاب والمجيء ، ألا ترى أنا لو طالبناه وحبسناه لحبسناه بما لا يقدر على دفعه ، وذلك لا يجوز ، كما لا يجوز حبس المُفلس ^(٤) .

(١) في ل (إذا كان) .

(٢) في أ (يؤخر) والمثبت من ل .

(٣) في أ (متعذر) والمثبت من ل .

(٤) والمُفلس من أفلس ، «فهو مُفلسٌ» ، والجمع : مفاليس ، وحقيقته : الانتقال من حالة اليُسْر إلى حالة العُسْرِ . المصباح (فلس) .



قال: وإن تعذر الإحضار على الكفيل إذا لم يقدر عليه ، وعلم بذلك الحاكم [من حاله] ، أو شهدت بينة مثل تعذر المال على الكفيل به إذا أعسر ، وعلم بذلك الحاكم ، أو قامت به بينة ، فلا تبرئ العسرة من المال ، وينظره الحاكم إلى حال الميسرة ، وكذلك الإحضار .

وهذا صحيح ؛ لأن الإحضار حق مضمون ، فإذا تعذر استيفاؤه في الحال تأخر الحبس إلى [حين] الإمكان ، كالإفلاس بالدين ، إلا أنه يجب أن لا يحال بين المكفول له وبين الكفيل قبلها فيلزمه ويطالبه ، ولا يحول بينه وبين أشغاله . وعلى هذا الاختلاف في المفلس إذا أخرج القاضي من الحبس ، أن لا يحول بينه وبين غرمائه .

قال أبو الحسن: وأحكام الكفيل بالنفس جارية^(١) على مثل أحكام الكفالة بالمال ، وهي متفقة في المعنى ، وأن النفس ظاهرها: مثل أن يموت المكفول بنفسه ، فيبرأ الكفيل ، وموت المكفول عنه بالمال مفلساً لا يسقط الضمان عن الكفيل ؛ وذلك لأن الموت يسقط الحضور ، وهو الحق المضمون ، فيسقط عن الكفيل ، والموت لا يسقط الدين إذا كانت هنا كفالة أو تركة ، وكذلك لا يسقط الضمان عن الكفيل .

قال: وكذلك ثلاثة رهط كفلوا بنفس رجل كفالة واحدة ، وأحضره أحدهم ، برئوا جميعاً ، وإن كانت الكفالة متفرقة ، لم يبرأ الباقيون ؛ لأن الكفالة إذا كانت واحدة فالإحضار المستحق واحد ، فإذا سلّمه أحدهم لم يبق هناك إحضار أحد مكفول به .

(١) في ل (جائزة) .



وإذا تفرقت الكفالة ، فكل عقد أوجب إحضاراً آخر ، فالإحضار الواحد لا يسقط إحضار غيره .

ولو تكفل ثلاثة رهط بمال كفالة واحدة أو متفرقة ، فأدى أحدهم جميع المال ، برئ الباقيون ؛ وذلك لأن المال المكفول به مال واحد ، فإذا أدى أحدهم لم يبق على غيره مال يؤديه بالكفالة ، والحضور لأجل الخصومة ليس لواحد بل يلزم الخصم حضور بعد [حضور]^(١) ؛ فلذلك افرقت الكفالتان .

قال أبو الحسن : كل شرط جاز أن يتعلق به الكفالة في المال ، جاز [أن يتعلق] بالنفس ، وما جاز في التأجيل في أحدهما جاز في الأخرى ، والشرط الذي لا يجوز أن يتعلق به إحدى الكفالتين لا يجوز أن يتعلق به الأخرى ؛ لأن كل واحد منهما عقد ضمان ، والجهالة التي يحتملها أحد العقدين يحتملها الآخر ، وما لا يحتملها أحد العقدين لا يحتملها الآخر .

[قال] : والتسليم في الكفالة بالنفس ، كالتسليم في الكفالة بالمال ؛ لأن المضمون في أحد الموضوعين المال ، وفي الآخر الإحضار ، فإذا خلّى بينه وبين الخصم فهو كالتخلية بينه وبين المال^(٢) .



(١) في أ (خصمه) والمثبت من ل .

(٢) انظر : الأصل ٣٦٩/١٠ وما بعدها .

بَابُ الألفاظ التي تكون عبارةً عن الكفالة بالنفس



قال في الأصل: إذا تكفل رجل برأس رجلٍ، أو بوجهه، أو برقبتة، أو بجسده، أو ببدنه، أو بنصفه، أو بثلثه، أو بجزءٍ منه، أو بروحه فهو جائز، وهو كفيل به كله، وإن كفل بغير ذلك في جسده فهو باطل لا يجوز^(١)؛ وذلك لأننا قدمنا أن هذه الأشياء يعبر بها عن الجملة، فذكرها كذكر الذات، وأما الجزء الشائع؛ فلأن الكفالة تتعلق بالخطر، كالطلاق والعتاق، وإذا صح إضافة الطلاق إلى جزء شائع، وسرى إلى الجميع، فكذلك الكفالة.

قال: ولو قال: هو إليّ، أو عليّ، أو أنا كفيل به، أو ضامن له، أو قبيل به، أو زعيم به، كان هذا كله جائزاً يؤخذ به الكفيل^(٢)؛ لأن هذه الألفاظ قد بينّا أنها تفيد الكفالة بالمال، وحكم الكفالة بالنفس كحكم المال فيما ضمن به أحدهما ضمن به الآخر.

قال أبو يوسف: وكذلك لو قال: هو عليّ، حتى يجتمعا أو يوافيا أو يلتقيا، فهو جائز؛ لأن قوله: هو عليّ، ضمان مضاف إلى الغير^(٣)، وجعل الالتقاء غاية الضمان، وهذا معنى الكفالة.

فإن قال: أنا ضامن لك حتى يجتمعا أو يلتقيا، فهو غير ضامن؛ لأنه لم

(١) انظر: الأصل ٣٧٥/١٠.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٢٦٥.

(٣) في ل (العين).

يبين المضمون ، هل هو المال أو النفس أو غيرهما ، ولو قال : أنا ضامن لوجهه ، فإنه يؤخذ به ؛ لأن الوجه يعبر به عن الجملة ، فكأنه قال : ضامن له ، فإن قال : أنا ضامن بمعرفته فهو باطل ؛ لأن ضمان المعرفة أن يدلّه عليه ، ويعرفه مكانه ، وهذا المعنى لا يصح ضمانه^(١) .



(١) انظر: الأصل ٣٧٥/١٠ .



بَابُ الكفالة بالنفس إذا شرط الكفيل أنه إن لم يواف به إلى أجل كذا فعليه المال



[٤١٩/أ] قال: وإذا كان لرجل على رجل دين دراهم أو دنانير، أو شيء مما يكال أو يوزن، إلى أجل أو حال، سلم أو قرض، أو ثياب معلومة بذرع معلوم من سلم، أو كفالة، أو غضب، أو وديعة جحدها، فكفل في جميع ذلك على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ما عليه، وهو كذا وكذا، وسمى الدين، ومضى غد فلم يواف به، فهو ضامن للمال الذي سمي في قولهم؛ لأنه تكفل بالنفس، وضمن المال بشرط [ترك]^(١) الموافاة، والضمان تعلق بالشروط، فإذا لم يواف به غداً فقد وجد شرط الضمان، فيلزمه المال.

وكذلك لو كفل لامرأة بنفس زوجها، فإن لم يواف به غداً، فعليه صداقها، وهو وصفان، فهو جائز مثل الأول؛ لأن الوصف يثبت في ذمة المكفول عنه بالعقد، فيثبت في ذمة الكفيل بالكفالة.

قال: وإذا لم يسم المال، وقال: أنا كفيل لك بنفسه، فإن لم أوافك به غداً فعلي ما لك عليه، ولم يسم [كم هو]، فمضى غد، ولم يواف به، فالمال عليه في قولهم؛ وذلك لأنها كفالة علقها بشرط، وقد بيننا جواز ذلك، [وأنه] كفالة مال مجهول، فالجهالة لا تمنع من صحة الكفالة.

قال محمد [مستشهداً على ذلك]: ألا ترى أنه لو قال: ما لك على فلان من

(١) في أ (تلك) والمثبت من ل.

الدرهم ، فهو عليّ ، كان جائزاً .

ولو قال: كفلت لك بما أصابك من هذه الشَّجَّة التي شجَّك فلان وهي خطأً ، كان جائزاً وإن تلفت النفس ، وهذا صحيح ؛ لأنه ليس فيه أكثر من جهالة المقدار ، فأما الشَّجَّة فقد تكفل بالسراية عند وجود سببها ، فتصح .

قال: فإن كفل بالمال الذي عليه وسمَّاه ، وقال: إن وافيتك به غداً فأنا بريء من هذا المال ، فوافاه به من الغد ، فهو بريء من المال ، وهذه براءة الكفيل متعلقة بخطر ، فيجوز ذلك في إحدى الروايتين ؛ لأنه إسقاط حق ليس فيه معنى التمليك ، ألا ترى أن الكفيل إذا أبرئ لم يرجع ، فصار كالطلاق والعتاق .

والرواية الأخرى: أن البراءة لا تجوز ؛ لأنها براءة من مال ، فلا يتعلق بشرط كالبراءة من صاحب الأصل .

قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل عليّ أنه إن لم يواف به غداً فعليه المال الذي عليه ، وهو ألف درهم ، فمضى غد ولم يواف به ، فإن المال قد لزمه ولا يبرأ من الكفالة بالنفس أيضاً ؛ لأنه يضم إلى الكفالة الأولى كفالة ، فلم يشترط البراءة من الأولى ، فبقيت بحالها .

قال: وإذا كفل بنفس رجل ، وقال: إن لم أوافك به غداً فعلي ألف درهم ، ولم يقل التي لك [عليه] (١) ، فمضى غد ولم يواف به ، وفلان ينكر أن يكون عليه شيء ، والطالب يدعي ألفاً عليه ، فالمال لازم للكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: لا يلزمه .

وجه قولهما: أن قوله: فإن لم أوافك به فعلي ألف ، يحتمل أن يكون ألفاً

(١) في أ (عليّ) والمثبت من ل .

اعترف أنها على المكفول به ، ويحتمل [أن يكون] ألفاً أوجبها على نفسه ابتداءً ، ومن حكم المتعاقدين أن يحمل أمرهما على الصحة ، وذلك لا يكون إلا أن يكون يضمن الألف [التي عليه]^(١) عنه .

وأما أن يوجبها ابتداءً على نفسه ، فذلك لا يجوز ، فكأنه قال : فعليّ الألف التي عليه .

وجه قول محمد : أن قوله : فعليّ ألف ، ظاهره يقتضي إيجاب ما في ذمته ابتداءً ، وذلك مخاطرة ، والمال لا يجب بالخطر .

قال : وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم ، فكفل رجل بنفسه على أن يوافي به إذا دعاه به ، فإن لم يفعل فعليه الألف التي عليه ، فسأله الرجل أن يدفعه إليه بنفسه ، فدفعه مكانه ، فإنه يبرأ من المال ، وإن لم يدفعه إليه فالمال عليه ؛ لأنه علق الكفالة بشرط الدفع ، فإن دفعه فلم يوجد شرط الضمان ، فلا يلزمه ، فإن لم يدفعه فقد وجد شرط الضمان ، فيلزمه المال .

قال : فإن قال : ائتني به العشيّة أو غدوة ، فلم يواف به على ما قال ، فالمال له لازم ؛ لأن شرط الضمان قد وجد .

ولو قال : ائتني به [غدوة] ، فقال الكفيل آتيتك به بعد غدٍ ، فأبى الطالب أن يفعل ، فلم يواف به الوكيل غدوة ، فإن المال عليه ؛ لما بيّنّا أنه آخر دفعه إليه عند مطالبته به .

قال : وإن أخره الطالب إلى بعد الغد كما قال ، فوافاه به ، فهو بريء من المال ، فإن مضى بعد الغد ولم يواف به ، فهو عليه ؛ وذلك لأنه لما أخره بالإحضار

(١) في أ (عنه) والزيادة من ل .



صار الشرط ترك الموافاة في الوقت الثاني ، فإذا لم يواف به لزمه المال .

قال: فإن كان شرط عليه في الكفالة أن يوافي به غدًا عند مكان القاضي ، فدفعه الكفيل في السوق ، [فهو] بريء من المال ، وكذلك الكِنَاس^(١) ، وناحية^(٢) المسجد .

قال: والأصل في هذا: أنه إذا سلّمه في مكان يقدر أن يحضره منه إلى القاضي ، فهو كتسليمه في مجلس القاضي ؛ لأن الغرض في شرطه مكان القاضي المحاكمة ، وذلك ممكن إذا سلّمه في نواحي المصر .

فأما إذا سلّمه في موضع لا يقدر على إحضاره إلى الحاكم كالصحراء أو البرية^(٣) ، فليس بتسليم ؛ لأن الغرض لا يوجد به ، فوجوده وعدمه سواء .

قال: ولو شرط أن يدفعه في مصر فدفعه في مصر آخر ، فهو بريء عند أبي حنيفة ، وإن دفعه في السواد^(٤) أو كُورَة^(٥) ليس فيها قاضٍ ولا سلطان لم يبرأ .

وقالا: إذا سلّمه في بلدٍ آخر لم يبرأ .

وجه قول أبي حنيفة: أن المقصود [من] إحضاره في البلد للمحاكمة ، وذلك موجود عند كل قاضٍ ، فصار التسليم في هذا البلد وغيره سواء .

وجه قولهما: أن الطالب يجوز أن يكون له بينة في بلد يتمكن من إقامتها فيه ،

(١) «والكِنَاس - بالكسر - مدخل في الشجر يأوي إليه الطَّيِّبُ ، ليكتنَّ فيه ويستتر ، ولعل المراد: مواقع الصيد من الغابة بنواحي المصر» . انظر: الصباح ؛ المصباح (كنس) .

(٢) في ل (رحبة) .

(٣) في ل (القرية) .

(٤) السَّوَاد: القُرَى ، يقال: خرجوا إلى سواد المدينة . انظر: المصباح ؛ المعجم الوجيز (سود) .

(٥) والكُورَة بوزن الصورة: الصُّفْعُ ، ويطلق على المدينة ، ومنه سواد العراق ، والجمع كُورٌ . انظر:

المصباح (كور) .

ولا يمكنه إقامتها في بلد آخر ، فلا يوجد الغرض [من التسليم في غير البلد المشروط .

والجواب: أنه يقدر على محاكمته في بلد آخر] ، ويتنجز^(١) كتاب القاضي بالشهادة ، فكأنه سلّم في البلد الذي فيه البينة .

وأما إذا سلّمه في قرية ليس فيها قاضي ولا سلطان ، فليس بتسليم ؛ لأنه لا يحصل الغرض بالمخاصمة .

قال: ولو شرط له أنه يدفعه [إليه] عند الأمير ، فدفعه عند القاضي ، أو شرط أن يدفعه إليه عند القاضي ، فدفعه إليه عند الأمير ، أو عزل هذا القاضي ، فاستعمل الأمير قاضياً غيره: برئ في قولهم ؛ لأن الغرض المحاكمة ، وذلك موجود عند كل القضاة ، وكل الأمراء ، فلذلك لم يتعين المسمى دونه غيره .

قال: ولو كفل له بنفس رجل أو بما عليه ، وهو مائة دينار ، فوَقعت الكفالة له على هذا ، كان جائزاً ، [فعليه أيّ ذلك شاء] الكفيل: فإن كفل بنفس فلان أو بما عليه ، أو بنفس فلان آخر أو بما عليه ، فهو جائز في أي ذلك ما [دفع]^(٢) فهو بريء ؛ وذلك لأن هذه الجهالة لا تنفي الكفالة ، وليس هذا أكثر من جهالة المعقود عليه ؛ ولأن هذه الجهالة تصحّ عندنا في البيع إذا باعه أحد هذين العبدین على أن المشتري بالخيار ، فكذلك يصحّ في الكفالة .

فإذا ثبت صحة الكفالة ، كان الخيار للكفيل ؛ لأن الضمان لزمه في مجهول ، [فالتعيين]^(٣) إليه .

قال: وإذا ادّعى رجل على رجل ألف درهم ، فأنكرها ، [فقال رجل]^(٤):

-
- (١) في ل (ويأخذ) .
 (٢) في أ (وقع) والمثبت من ل .
 (٣) في أ (فالتغيير) والمثبت من ل .
 (٤) في أ (ثم قال) والمثبت من ل .

إن لم أوافك [به] غداً ، فهي عليّ ، فلم يوافق به من غدٍ ، فليس عليه شيء ؛ وذلك لأن المكفول عنه ما اعترف بوجوب المال ، ولا اعترف الكفيل به ، [٤١٩/ب] فصار هذا مالاً متعلقاً بخطر ، فلا يجوز .

قال : وإذا كفل بنفس رجل ، فإن لم يوافق به غداً ، فعليه المال الذي عليه ، وهو ألف [درهم] ، فلم يوافق به الكفيل ، ولكن الرجل لقي الطالب ، وخاصمه وتلازما في المسجد^(١) إلى الليل ، فإن المال لازم للكفيل ؛ لأننا قد قدمنا أن المكفول به^(٢) لا يلزمه حضور واحد ، وإنما يلزمه حضور بعد حضور ، فإذا سلم نفسه إلى الطالب لم يقع ذلك موقع الإحضار المضمون ، فبقي بحاله ، فوجب المال لعدمه .

قال : ولو كان الرجل قال للطالب : قد دفعت نفسي إليك من كفالة فلان ، برئ الكفيل من المال ، وكذلك لو دفعه الكفيل ؛ لأنه وإن لزمه حضور مختلف ، فقد تبين أن جعل هذا الحضور ما تعلق الضمان به ، فيبرأ الكفيل منه .

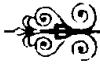
قال : وإذا ضمن رجل رجلاً بنفسه لفلان ، فإن لم يوافق به إلى شهر ، فعليه ما عليه ، وهو ألف درهم ، فمات الكفيل قبل الشهر ، وعليه دين ، ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلى الطالب ، فإن المال يلزم الكفيل ، ويضرب الطالب مع الغرماء ؛ وذلك لأنه لم يوجد الموافاة ، وهي شرط في وجوب الضمان ، ويستند ذلك إلى حين الكفالة ، فكأن المال لزمه عند العقد ، فيتساوى الغرماء .

قال : وكذلك لو مات المكفول به ، ثم مات الكفيل قبل الشهر ؛ لأن موت المكفول به يتأكد به تعذر الحضور ، فيوجد الشرط الموجب لضمان [المال]^(٣) .

(١) في ل (الغد) .

(٢) في ل (بنفسه) .

(٣) في أ (الأول) والمثبت من ل .



قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أن يوافي به غداً، فإن لم يفعل فعليه ما ادعى الطالب، [وإن] لم يواف به الغد، وادعى الطالب ألف درهم، وأقر المطلوب بها، أو جحدها، فإنهما لا يتصدقان على الكفيل، ويسأل الكفيل، فإن أقر بشيء كان القول قوله مع يمينه على علمه، وإن لم يقر بشيء حلف على دعوى الطالب على علمه؛ لأن الضمان لا يجوز أن يتعلق به الدعوى؛ لأنه مال متعلق بخطر، فلم يبق إلا أن يصير بعد^(١) يوم على ما يدعيه إن ثبت، والمال لا يثبت بالدعوى، فوجب أن يقف على الاعتراف أو البينة.

وإذا كفل رجل بنفس رجل (على أن يوافي به غداً)^(٢)، فإن لم يواف به غداً فعليه المال الذي عليه، فلم يواف به، ولزمه المال، وأدّاه وأخذه الطالب بكفالة النفس، وقال: لي عليه مال آخر، أو لي قبلة خصومة، أو حق في يده، فإنه كفيل بنفسه لا يبرأ منه حتى يدفعه [إليه]؛ لما بيّننا أنه ضم إلى الكفالة بالنفس الكفالة بالمال؛ وذلك لا يبرئه في الكفالة بالنفس، فإذا أدّى المال بقي الحضور بحاله، فكان عليه أن يسلمه.

قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه متى طلبه الطالب فلم يواف به فعليه المال الذي هو عليه، وهو كذا أو كذا، فطلبه منه فلم يدفعه إليه، فإن طلبه غدوة فلم يدفعه إليه حتى العشي فعليه المال، إلا أن يدفعه من ساعته؛ لأن الكفالة بالمال شرطها ترك الدفع عند المطالبة، وقد يوجد ذلك، فلا فرق بين تأخر الدفع في الوقت اليسير أو الكثير^(٣).

تمت الكفالة والله الحمد والمنة

(١) في ل (تقديره).

(٢) ساقطة من ل.

(٣) انظر: الأصل ٣٧٨/١٠ وما بعدها.

[٧٥] كتاب الحِوَالَةِ



قال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فأحاله بها على رجل له عليه مال، أو ليس له عليه مال، وقَبِلَ المحال عليه الحِوَالَةَ^(١)، فهو جائز، وقد برئ الذي كان عليه المال منه، وصار للطالب المال على المحال عليه.

قال رحمه الله تعالى: الأصل في جواز الحوالة قوله ﷺ: «من أُحِيلَ على مَلِيءٍ فليَتَّبِعْ»^(٢)؛ ولأنه عقد ضمان كالكفالة، ولأنه للتوثق كالشهادة.

وإذا صحَّت^(٣) الحوالة؛ قال أصحابنا: يبرأ المحيل من الدين، وقال زفر: لا يبرأ.

وجه قولهم: أن الحوالة مأخوذة من التحويل، وذلك لا يكون مع بقاء الدين في الذمة الأولى؛ ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، ولو لم يبرأ

(١) «الحوالة في اللغة: مشتقة من التحويل والنقل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل. وفي الشرع: عبارة عن تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به». الجوهرة ص ٤٠٧.

وحكى عن محمد بن الحسن الشيباني أنه قال: «هي نقل المطالبة فقط، مع بقاء الدين في ذمة المحيل».

والمحيل: هو الذي عليه الدين الأصلي.

والمحال له: هو الطالب، والمحال عليه: هو الذي قَبِلَ الحِوَالَةَ. والمحال به: هو المال. المرجع السابق نفسه.

(٢) «الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة بلفظ مطلق الغني ظلم...» كما قال ابن حجر في الدراية، ١٦٤/٢.

(٣) في ل (وإذا ثبت صحة).

المحيل صارت الحوالة والكفالة عقداً واحداً ، وهذا خلاف الظاهر .

وجه قول زفر: أنه عقد ضمان كالكفالة ، وكذلك لو كفل عن صاحب الأصل^(١) كفيل أو ضمن عنه ضامن ، على أن صاحب الأصل بريء مما عليه ، كان ذلك جائزاً ، وبرئ الذي عليه الأصل ؛ وذلك لأنه أتى بمعنى الحوالة ، وعبر عنها بالضمان والكفالة ، والمعتبر معنى العقود دون ألفاظها .

قال: وليس للمحال أن يرجع على المحيل إلا أن يتوي المال ، والتوي عند أبي حنيفة: أن يجحد المحال عليه الحوالة ، ويحلف ، أو يموت مُفلساً .

وقال أبو يوسف ومحمد: التوي [كل] واحد من هذين الوجهين ، ووجه ثالث: وهو أن يفلس في حال الحياة ، ويحكم الحاكم [بتفليسه]^(٢) .

أما جواز الرجوع عند التوي - خلاف ما قاله الشافعي^(٣) - ؛ لقوله ﷺ: «من أحيل على مليء فليتبع» فجعل الملاء شرطاً في الإتيان ، وإذا عدم الشرط ينتف الإتيان ؛ ولأنه نقل الحق من الذمة إلى غيرها (بشرط أن يسلم له البدل) ، فإذا لم يسلم [له] رجع بما في الذمة الأولى ، كمن اشترى بالدين ثوباً فهلك قبل القبض .

فإذا ثبت أنه يرجع عند التوي: فإذا جحد وحلف ، ولا بينة للمحال عليه ، فقد توى الحق ، ألا ترى أنه لا يقدر على المطالبة بعد اليمين ، وكذلك إذا مات

(١) في ل (الأجل) .

(٢) في ل (بفلسه) ، في المصباح: «وفلسه القاضي تفليساً» . (فلس) .

(٣) انظر: الأم ص ٦٠٦ . وقال النووي: «فإن تعذر بفلس ، أو حجر ، أو حلف ، لم يرجع على المحيل . . . ، وقيل: له الرجوع إن شرطاً يساره» . المنهاج ص ٢٦٤ .

مفلساً؛ لأنه ليس هناك ذمة يتعلق الحق بها، ولا تركة، فلم يبق للدين محل، فسقط.

وأما إذا قضى القاضي بتفليسه في حال الحياة، فعند أبي حنيفة: أن الفليس لا يقضى به، فلا تغير الذمة، فيبقى الحق على ما كان عليه.

وعندهما: أن القضاء بالتفليس صحيح، وتصير الذمة معينة، فيثبت له حق الرجوع لذلك.

قال: وقالوا جميعاً: إن نقد المحيل بهذا المال الذي كان له المال، كان هذا جائزاً، ولم يكن متبرعاً فيما تقدم من ذلك؛ لأن الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق الحكم وإن برئ في الظاهر؛ ألا ترى أن الرجوع مترقب، فهو بالقضاء يقصد أن يسقط عن نفسه [حق الرجوع ولا يكون متبرعاً كالوارث إذا قضى دين الميت، وليس كذلك الأجنبي؛ لأنه لا يسقط عن نفسه] حقاً بالأداء، فكان متبرعاً.

قال: فإن كان الذي عليه المال أحال صاحب المال على رجل عليه مال حوالة مطلقة، ولم يقل: أحلته عليك بما لي عليك، أو على أن تعطيه مما لي عليك، فقبِل، فعلى المحال عليه ألفان، ألف للمحال، وألف للمحيل، ولكل واحد منهما أن يطالبه بالألف؛ لأن صحة الحوالة لا تقف على ثبوت مالٍ على المحال عليه، فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين؛ لأنه لم [يعلقها به]^(١)، وإنما تعلقت بذمته، فيبقى الدين [٢٤٠/١]، وصار كما لو أحال عليه بألف [درهم]، وفي يده ألف وديعة، لم تتعلق الحوالة بها، وكان له أن يطالبه بها، فكذلك [إذا]

(١) في أ (لم يعلقه له) والمثبت من ل.

كان عليه دين .

وأما إذا أحاله عليه بالألف الذي عليه ، فليس له أن يطالبه بها ؛ لأنه علق بها حق المحال ، وتعلق حق الإنسان بمال غيره يمنعه من التصرف [فيه] كالمرتهن .

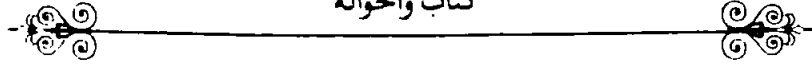
قال: فإذا أدّى المحال عليه المال إلى المحيل ، أو وهبه له ، أو تصدق به عليه ، أو مات المحال فورثه المحال عليه ، رجع في ذلك كله على المحيل ؛ لأنه ملك ما في ذمته بالأداء ، أو الهبة والصدقة والميراث ، فإذا كان يرجع في الأداء فكذلك في كل سبب ملك به .

وإن أبرأ المحيل المحال عليه من المال ، برئ ، ولا يرجع على المحيل ؛ لأن البراءة إسقاط ، وليست بتمليك ، ومتى لم يملك ما في ذمته لم يرجع .

وإن نقد المحال عليه دنانير عن الدراهم ، أو عروضاً ، فهو بمنزلة الأداء ؛ لأنه ملك ما في ذمته بالعوض ، فكأنه ملكه بالدفع .

قال: وكل دين يجوز فيه الكفالة ، فالحوالة أيضاً جائزة به ؛ لأن الحوالة عقد ضمان كالكفالة ، فما صحَّ في أحدهما صحَّ في الآخر .

قال: وإن كان لرجل على رجل ألف درهم ، فأحاله بها على رجل ، فأداها المحال عليه إلى المحتال ، فقال المحيل: قد أحلتك بألف كان لي على المحال عليه ، وأنت وكيل في قبضه ، وقال المحتال: بل أحلتني بألف كان لي عليك ، فإن القول قول المحيل مع يمينه ، فإذا حلف أخذ الألف الذي قبضها المحتال ، ولا يصدّق المحتال على ما ادّعى من الدين على المحيل إلا بينة ؛ وذلك لأنه قد يحيله بدين عليه ، وقد يحيله ليستوفي له المال ، فلم يكن في الحوالة ما يوجب



الاستحقاق للمال ، فلم يجر إثبات الاستحقاق بالشك ؛ ولأن الميحل هو المملك للقبض ، والقول قوله كيف ملك وما ملك .

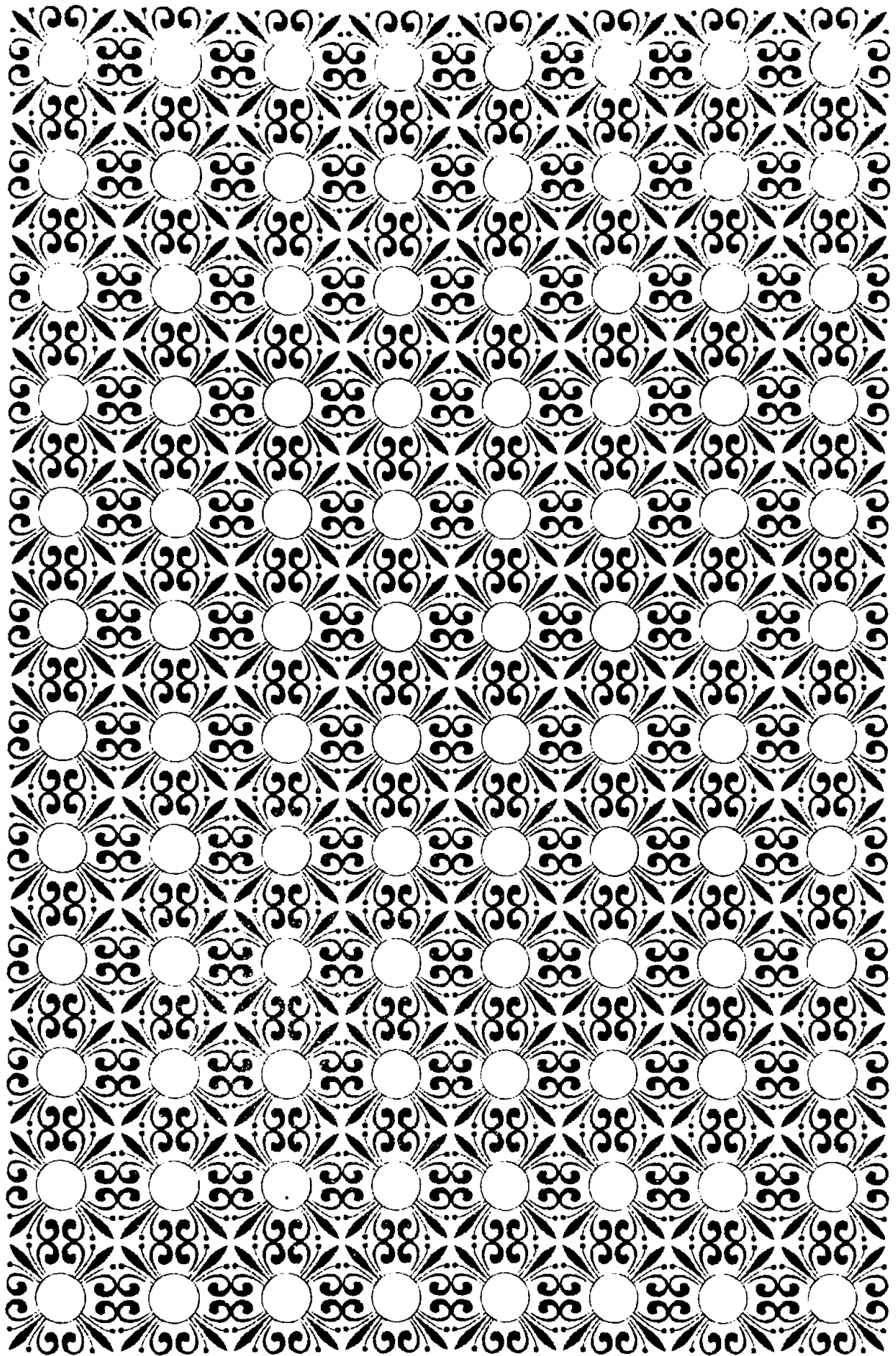
فإن قيل : قد قلت إن المحيل لا يملك إبطال الحوالة ، فلو لم يجعل مستحقه لملك إبطالها ؛ لأنه يملك فسخ التوكيل بالقبض .

[قيل له] : فأما الحوالة فقد صحّت وهي محتملة أن يكون بمال هو دين على المحيل ، ويحتمل أن يكون أقامه مقام نفسه في القبض ، ولا يجوز إبطال الحوالة بالاحتمال^(١) .

تمت الحوالة بحمد الله ومنتته



(١) انظر: الأصل ٤٤٥/١٠ وما بعدها.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[٧٦] كتاب الصلح

قال رحمه الله تعالى: الأصل في جواز الصلح^(١) قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، وقال عليه السلام: «الصلح بين المسلمين جائز، إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^(٢)، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «ردوا الخصوم لكي يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن».

والصُّلْحُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرَبٍ:

أحدها: أن يكون المدعى عليه مُقَرَّراً بِالْمَالِ، فيجوز الصلح بإجماع الظواهر التي قدّمناها؛ ولأن المدعى عليه إذا أقرَّ وصَالِحَ فيما يعطيه، عوض عما أقرَّ به، فهو كالبيع.

والنوع الثاني: الصُّلْحُ مَعَ السُّكُوتِ، وهو أن يقول الخصم: لا أقرُّ ولا أنكر، وصَالِحَ، فالصلح جائز عندنا، وهو قول ابن أبي ليلى، وقال الشافعي: لا يجوز، وقد دل على ذلك ما قدّمنا من الظواهر؛ ولأن الساكت يجوز أن يكون مقرراً، ويجوز أن يكون منكرراً، فالعقود إذا احتملت الصحة والفساد وجب حملها على الصحة.

(١) «الصُّلْحُ لُغَةً: مُشْتَقٌّ مِنَ الْمَصَالِحَةِ، وَهِيَ الْمَسَالِمَةُ بَعْدَ الْمَخَالَفَةِ، وَفِي الشَّرْعِ: عِبَارَةٌ عَنْ عَقْدِ

وَضَعِ بَيْنَ الْمُتَصَالِحِينَ لِرَفْعِ الْمُنَازَعَةِ بِالتَّرَاضِي، يَحُلُّ عَلَى عَقُودِ التَّصَرُّفَاتِ». الجوهرة ص ٤١.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)؛ والترمذي (١٣٥٢)؛ والحاكم في المستدرک، ٥٨/٢.

[والنوع] الثالث: الصلح على الإنكار^(١)، يجوز عندنا، وقال ابن أبي ليلى والشافعي: لا يجوز^(٢).

وقد دلَّ على جوازه ما قدّمنا من الظواهر.

ولا يقال: إن قوله ﷺ: «إِلَّا صَلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا» يتناول الصلح على الإنكار؛ لأن مال المدعى عليه حرام على المدعي مع إنكاره؛ وذلك لأن هذا القول لو تناول ما كان حراماً قبل الصلح وحلّ بالصلح لوجب أن لا يصحّ الصلح مع الإقرار إذا وقع على غير جنس الحق؛ لأن ذلك كان حراماً على المدعي، فلم يبق إلا أن يحمل على ما يتأوله أصحابنا، وهو أن قوله ﷺ: «إِلَّا صَلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا» هو الصلح على الخمر.

وقوله ﷺ: «أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا» هو الصلح على عبد أن لا يبيعه ولا يستخدمه، فَيَحْرُمُ الصلحُ الاستخدامَ الذي [أحلّه العقد]^(٣)؛ ولأنّ عقد الصلح إذا جاز مع إقرار المدعى عليه، جاز مع إنكاره.

أصله: إذا صالحه المتبرع وهو مُقَرَّرٌ، والخصم مُنْكَرٌ.

قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: وأجود ما يكون الصلح على الإنكار، و[معنى] ذلك: أن الصلح مع الإقرار بالبيع أشبه، وأحكامه أحكام البيع، وانفراد

(١) صورة الإنكار: هو من ادّعى عليه بعين أو دين، فأنكر، وهو يجهل ما ادّعى به عليه، ثم صالح عنه بمال حال أو مؤجل.

«قال أبو حنيفة: إذا ادّعى رجل في دار في يدي رجل دعوى، فأنكر الذي هي في يديه، وقال:

هي داري، ثم صالحه بعد الإنكار على دراهم مسّامة، فهو جائز...». الأصل ٥٨٤/١٠.

(٢) انظر: منهاج الطالبين ص ٢٦٠.

(٣) في أ (ملكه بالعقد) والمثبت من ل.

العقد باسم يقتضي انفراده بحكم ، وما ذلك الحكم إلا جواز هذا العقد مع الإنكار حتى يخالف جواز البيع .

قال: وذكر أبو الحسن حديث عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: «أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة...» ثم ذكر الحديث إلى قوله: «والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» وهذا الخبر الذي أورده دلالة على جواز الصلح، وهذا كتاب مشهور ظهر في الصحابة، ولم يخالف فيه مخالف، فيصح الاستدلال به، كما يستدل بالإجماع.

وذكر حديث أبي جعفر محمد بن علي: «لما فتح رسول الله ﷺ مكة، بعث خالد بن الوليد داعياً ولم يبعثه مقاتلاً...»، فذكر القصة إلى قوله: «ثم دعا رسول الله ﷺ علي بن أبي طالب فقال: «اخرج إلى هؤلاء القوم، فأدّ دماءهم وأموالهم، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك»، فخرج عليّ وقد أعطاه رسول الله ﷺ مالا فوداهم، حتى أنه ليعطيهم ثمن ميلغة الكلب، فبقيت مع عليّ بقية من مال، فقال: «أعطيتكم هذا احتياطاً لرسول الله ﷺ فيما لا يعلم وفيما لا تعلمون»، فأعطاهم إياه، ثم قدم على رسول الله ﷺ، فأخبره الخبر، فقال: «أحسن وأصبت»، ثم ذكر ما في القصة^(١).

وهذا الخبر أورده ليتبين جواز الصلح في الجملة، وبيان الصلح عن المجهول؛ لأن قوله: «هذا عما لا يعلمونه ولا يعلمه رسول الله ﷺ» وهذا صلح عن مجهول، وقد أجاز ذلك.

(١) أورده ابن حجر في فتح الباري عن الإسماعيلي، ٥٧/٨، ٥٨.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، والمسلمون عند شروطهم»^(١)، وهذا دلالة على جواز الصلح.

وذكر حديث صالح بن إبراهيم، وقال: صولحت امرأة عبد الرحمن من ثلث الثمن على [ثمانين ألفاً]^(٢)، وهذا يدل على جواز الصلح، ويدل على أن الورثة يجوز لهم أن يخرجوا أحدهم بمال يدفعونه إليه ليسلم لهم التركة.

٢٨٠٧ - فَصْل: [صلح المدعى عليه المدعى على تسليم ما ادّعاه]

قال أبو الحسن: وإذا ادعى رجل على رجل مالاً عيناً، أو عقاراً وعروضاً، كائناً ما كان العرض، فأقرّ به المدعى عليه، ثم صالح المدعى عليه المدعى على أن يسلم له ما ادّعاه بمال شرطت عليه عين أو دين، فهذا جائز بعد أن يكون الدين الذي وقع به الصلح معلوم القدر والصفة.

فإذا كان كذلك، فما وقع عليه الصلح مما [ادّعاه] فهو [مبيع]^(٣)، وما وقع به الصلح [عنه] فهو ثمن^(٤).

والأصل في [٤٢٠/ب] هذا ما قدمنا: أن الصلح إذا وقع عن الإقرار فهو في حكم البيع، فالواجب اعتباره بالبياعات.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)؛ والترمذي (١٣٥٢) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٣٥٣)؛ وأحمد في المسند، ٣٦٦/٢؛ التلخيص الحبير، ٤٤/٣.

(٢) في الأصل (على ثلاثة وثمانين ألفاً) والمثبت كما في السنن الكبرى للبيهقي، ٦٥/٦؛ وتهذيب التهذيب لابن حجر، ٢٢١/٦.

(٣) في أ (ممتنع) والمثبت من ل.

(٤) في ل (عين).

فإذا كانت الدعوى في عَيْن والصلح على [حق] ^(١) في البيع وفي الذمة مكيل أو موزون، فهو ثمن؛ لأن المكيلات والموزونات إذا ثبتت في الذمة [وصحبها حرف الباء] وفي مقابلتها الأعيان، فهي ثمن يعتبر فيها ما يُعتبر في الأثمان، فما صحَّ أن يكون ثمنًا في البيع، جاز [في مسألتنا] أن يكون بدلاً في الصلح. وما لا يجوز أن يكون ثمنًا، لم يجز أن يكون بدلاً.

وإذا كان ثمنًا اعتبر فيه ما يعتبر في الأثمان من العلم بالقدر والصفة، فإن وقع الصلح على عين من الأعيان، فالعقد في حكم البيع إذا وقع على عوض ^(٢) بعوض، أو عين بعين.

قال: وإن كان المدعى عليه جحد دعوى المدعي، فصالحه المدعى عليه من دعواه على عين أو دين، فذلك جائز إذا كان ما وقع به الصلح معلومًا عينًا ومعلومًا دينًا، قدرًا وصفةً.

فالدين من ذلك في حكم الثمن، والعين في حكم المبيع، والعين المدعاة متروكة، ليس لها حكم المبيع، ولا حكم الثمن.

والأصل في هذا ما قدمنا: أن الصلح على الإنكار جائز، كما يجوز على الإقرار، إلا أن العقد في حق المدعي معتبر بالبيع، وفي حق المدعى عليه براءة وإسقاط، وليس ببيع ولا معاوضة؛ وإنما كان كذلك لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه، وأن الذي أخذه عوضًا عنها، لولا ذلك لم يصح له الأخذ، فوجب أن يعامل في حقه بما اقتضاه إقراره، وأما المدعى عليه ففي زعمه أنه مالك لما في

(١) في أ (حد) والمثبت من ل.

(٢) في ل (عرض بعرض).

يده، وأن المدعي مبطل في دعواه، وإنما دفع المال إليه ليسقط الخصومة عن نفسه، فوجب أن يعامل بما اقتضاه إقراره.

وليس يمتنع أن تختلف أحكام العقد في حقهما كما اختلف أحكام الإقالة بين العاقدين وبين غيرهما، فقال أبو حنيفة: الإقالة: فسخ في حق المتبايعين^(١) بيع في حق غيرهما، وكما قال الشافعي: إن من ادعى حرية عبد في يد غيره فاشتره جاز الشراء، وكان العقد في حق البائع [بيعاً] ينفذ، وفي حق المشتري فداء للعبد وتخليصاً له.

ولهذا [المعنى] قال أصحابنا: إذا وقع الصلح على دار وجبت الشفعة فيها؛ لأن [مدعي الدار]^(٢) بالصلح يزعم أنه ملكها بعوض، فيلزمه الشفعة بحكم اعترافه به.

ولو كانت الدعوى في دار فصولح منها [عن إنكار] لم تجب فيها الشفعة؛ لأن المدعى عليه يزعم أنه [لم] يملكها بالصلح، وأنها لم تزل على ملكه، وإنما دفع العوض لافتداء اليمين، فلم يصدق المدعى عليه؛ فلذلك لم تجب الشفعة.

قال: فإن ظهر بالدار عيب، لم يرجع بعيبها، [يعني الدار المدّعاة؛ لأن في زعم المدّعى عليه أنه لم يملكها من جهة المدّعي، فلا يرجع بعيبها].

[قال]: فإن استحقت الدار وقد بنى فيها المدعى عليه [بناءً]، أو كانت جارية فأولدها المدعي، لم يكن المدعى عليه مغروراً في الرجوع على المدعي بقيمة الولد، ولا بقيمة البناء إذا نقض، ويكون مغروراً بالجارية في إثبات نسب

(١) في ل (المتعاقدين).

(٢) في ل (المدعي المالك للدار).

الولد منه ، وفي كون الجارية أم ولد ؛ وذلك لأن المدعى عليه يزعم أنه لم يملك المدعى بالصلح ، فلا يكون المدعى غاراً له في الوطاء ، ولا في البناء ؛ فلذلك لم يرجع عليه .

ويكون مغروراً في ثبوت النسب والاستيلاد ؛ لأنه وطئها وهي على ملكه في الظاهر ، وهذا المعنى لا تعلق له بالصلح ؛ لأنه إذا وطئها قبل الصلح ثبت نسبُ الولد والاستيلاد ، إن لم يكن هناك [غارٌ غيره] ^(١) .

فأما الرجوع بقيمة الولد والبناء فلا يكون إلا على غار ، ولم يوجد ذلك ، فإن قيل : السر إذا استحقت الدار ، رجع المدعى عليه على المدعى بما أخذ منه ، وإن كان في زعمه أنه لم يملك الدار من جهته .

قيل له : إنما يرجع ؛ لأنه دفع المال ليسقط عن نفسه الخصومة واليمين ، فلما استحقت الدار ، تبيناً أنه لم يكن للمدعى حق الخصومة ولا الاستحلاف ^(٢) ، فقد أخذ العوض عن غير شيء ، فلذلك لزمه رده .

قال : فإذا أقرَّ المدعى عليه بعد الصلح بدعوى المدعى وصدقه فيها ، أو أقام المدعى البينة على صحة دعواه ، فإن الحكم بينهما كما بينت لك ، إذا أقر المدعى عليه بدعوى المدعى في الابتداء قبل وقوع الصلح ؛ وذلك لأنه إذا أقر فالظاهر أنه صادق في إقراره ، فكأنه أقر ابتداءً ، ولا [يفسخ] ^(٣) الصلح ؛ لأن المدعى كان أخذ العوض في زعمه عن الدار ، فإذا أقر المدعى عليه فقد بان أن

(١) في أ (عاد غره) والمثبت من ل .

(٢) في ل (الاستحقاق) .

(٣) في أ (يفسد) والمثبت من ل .



المدفوع عوض عنها، فلم يتغير الحكم عما كان عليه؛ فلذلك لم يفسخ الصلح.
 فأما قوله: إذا أقام المدعي البينة بعد الصلح على حقه، وإنما يصح ذلك
 إذا طالب المدعي بحقوق الصلح على الإقرار، فمنع المدعى عليه ذلك، مثل أن
 يجد بما صالح عليه عيباً يسيراً فيريد رده، فلا يجوز [له] ذلك إلا أن يقيم بينة
 على حقه، وإلا فلا معنى لإقامته البينة؛ لأنه أسقط حقه عن الدار التي ادّعاها
 بصلحه، فالبينة التي لا يثبت بها المدعي حقاً لا تقبل، فإذا أراد الرد بالعيب
 اليسير فهو يثبت بهذه البينة حقاً، فلذلك سمعت، وحينئذ يعلم أن دعواه كانت
 صحيحة، فيصير ما أخذه عوضاً عنها، فتعامل بما يعامل به لو كان الصلح عن
 إقرار. [والله أعلم] (١).



(١) انظر: الأصل ٥٨٠/١٠ وما بعدها.

بَابُ الصلح في الدين

—•••••—

قال: وإذا ادّعى رجل على رجل ديناً كائناً ما كان، فأقرّ به المدّعى عليه، أو قامت له عليه بيّنة، ثم إن المدّعى عليه صالح المدّعي على بعض ما ادّعاه، فهو جائز، والمأخوذ من الدين هو الذي كان وجب له بالمداينة.

فإن كان بعضه دون جميعه، وذلك البعض هو ملكه الأول، لم يحدث له فيه ملك بعقد الصلح، فلا يكون ذلك بمنزلة البيع ولا المعاوضة؛ وذلك لأنه إذا ادّعى ألفاً فصالحه على خمسمائة، فقد وقع الصلح على ما كان مستحقاً لعقد المداينة، فكأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن الباقي، وكل واحد من الأمرين جائز.

ولا يجوز الحمل على المعاوضة؛ لأنه يصير يبيع ألفاً بخمسمائة، وذلك لا يجوز؛ ولهذا القول أنه لو ادّعى عليه ألفاً حاله له، فصالحه على خمسمائة مؤجلة، جاز، وكأنه أجّل الدين الأول، ولو جعل ذلك عوضاً لم يصح بيع الدراهم بالدراهم [نسيئاً] (١).

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل ادّعى على رجل ألف درهم ومائة دينار، فصالحه (٢) من جميع ذلك على مائة درهم دفعها إليه، أو [أجلها] إلى شهر، قال: هو جائز، وقد أبرأه من الدنانير، وخطّ عنه الدراهم إلا

(١) في أ (شيئاً) والمثبت من ل.

(٢) في ل (فصالحه الغريم).

مائة؛ وذلك لأن المائة مستحقة بالمداينة، فإذا أخذها وقعت عن مستحقها، وصار مسقطاً لحقه عما بقي^(١).

[وإذا حُمِلَ] على ذلك، جاز التأجيل فيها؛ لأنها ليست بعوض، وإنما هي نفس ما كانت في الذمة، فإذا أجّله جاز.

قال: ألا ترى أنه لو كانت له عليه ألف درهم وكُرِّ سَلَمٌ، فصالحه منهما على مائة درهم، فإن هذه المائة من الألف ليس فيها للكر من الطعام حصّة [١/٤٢١]؛ وذلك لأننا لو جعلناها عن السلم والدرهم بطل العقد؛ لأنه لا يصح أخذ العوض عن المسلم فيه، فلم يبق إلا أن يكون أخذ بعض حقه من الدراهم، وأبرأ عن بقيّتها وعن الكُرِّ.

قال: ولو كان لرجلين على رجل ألف درهم ومائة دينار، الألف لأحدهما، والمائة الدينار لآخر، فصالحهما من جميع ما لهما [عليه] على مائة، دفعها إليهما فهذا جائز، والمائة بينهما على قيمة الدنانير والألف، فما أصاب قيمة الدنانير فهو لصاحب الدنانير، وما أصاب الألف فهو لصاحب الألف؛ وذلك لأن الصلح لا يمكن أن يجعل عن الدراهم خاصة؛ لأن مستحقها غير مستحق الدنانير، [فلا بد أن يجعل عوضاً عنها]^(٢) فيقسم على قيمتهما، فما أصاب الدنانير فهي عوض عنها، وبيع الدراهم بالدنانير جائز كيفما كان، وما أصاب الدراهم فهو محمول على استيفاء بعض الحق وإسقاط باقيه، ولا يحمل على المعاوضة؛ [لأنّ المعاوضة] لا تجوز في ذلك لما فيه من الربا.

(١) انظر: الأصل ١١/١٣٩.

(٢) في أ (ولأننا لم نجد عوضاً عنها) والمثبت من ل.

٢٨٠٨ - فصل: [وقوع الصلح من الدين على جنس غير الدين]

قال أبو الحسن: وإن وقع الصلح من الدين على جنس غير الدين مما لم يوجبه عقد المداينة، فهو بمنزلة البيع في جميع وجوهه، وكذلك إن أخذ عن الدين عيناً، فهو أيضاً بمنزلة الدين في جميع وجوهه؛ وذلك لأن الصلح إذا وقع على ما لم يكن مستحقاً بالمداينة، فلا بد من حمله على المعاوضة فيعتبر فيه ما يعتبر في المعاوضات، فإن وقع العقد على دنانير عن دراهم فهو معتبر بعقد الصرف، فما جاز في ذلك جاز في الصلح، وما بطل فيه بطل في الصلح.

فإن وقع على عين من الأعيان فهو معتبر بعقد البيع، ما جاز في عقد البيع جاز فيه، وما بطل في عقد البيع بطل فيه.

قال: وإن أخذ من الدين من جنسه ما هو أقل من الدين قدرًا أو صفةً، فهو جائز، أمّا إذا أخذ أقل من قدره: فقد بينا.

وأما إذا أخذ أقل من صفته - مثل أن يصلحه عن ألف بيض على خمسمائة سود -: فذلك جائز؛ لأن المستحق للخيار كمستحق لما دونها؛ بدلالة أنه لو أخذ السود من مال غريمه بغير أمره لم يجبر على ردها، والصلح وقع على المستحق، وقد أبرأه عن الصفة فجاز ذلك، وعلى هذا إذا صالح من الدين الحال على المؤجل، لم يحمل على المعاوضة؛ لأنه لو حمل عليها بطل، فلم يبق إلا أن يكون [أخذ] ^(١) نفس المستحق.

قال: وإن كان الدين مؤجلاً فصالح عن بعضه عاجلاً: كان الصلح باطلاً؛ وذلك لأن من له دين مؤجل لا يستحق المعجل، فإذا صالح على ما لم يكن

(١) في أ (أجل) والمثبت من ل.

مستحقاً بعقد المداينة صار عوضاً، وبيع خمسمائة بألف لا يجوز^(١).

وعلى هذا قالوا: لو كان عليه ألفان سود، فصالحه على خمسمائة بيض، لم يجز؛ لأن مستحق السود لا يستحق البيض، وهي أجود منها، فلم يبق إلا أن يكون البيض عوضاً، وبيع [ألف سود]^(٢) بخمسمائة بيض لا يجوز.

قال: فإن صالح على أكثر من الدين وهو مثل الدين في الصفة، أو أجود منه، أو دون منه، فالصلح باطل.

وإن صالحه على قدر الدين، وهو أجود، فهو جائز إذا قبض ذلك قبل أن يتفرقا، فإن افترقا قبل القبض بطل الصلح؛ وذلك لأن الدين إذا كان ألفاً بيضاً، فصالحه على ألفين بيض، فالزيادة على الألف مال مأخوذ بالباطل؛ لأنه لا يجوز أن يملك ما في ذمته من الدراهم بأكثر منها.

وإن صالحه على ألفين سود، لم يجز؛ لأنه جعل الزيادة بإزاء الجودة، وذلك لا يجوز في الشريعة.

فأما إذا صالحه من ألف سودٍ على ألف بيض، فسلمها في المجلس، جاز؛ لأنهما من جنس واحد، وقد سمح المطلوب بالصفة وتبرّع بها، فيجوز ذلك، فإن افترقا لم يلزمه؛ لأنه وعد بأن يعطي أجود مما عليه، فإن شاء وفى بعهده، وإن شاء رجع عنه. [والله أعلم]^(٣).



(١) انظر: الأصل ١١/١٤١.

(٢) في أ (السود) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ١٠/٦١٠ وما بعدها.

بَابُ

الصلح من الحقوق التي ليست بمالٍ

—•••••—

قال: وإذا وجب لرجل على رجل قصاصٌ في نفسٍ أو فيما دونها، وصالح صاحب الحق من ذلك على مال، فذلك جائز قليلاً كان المال أو كثيراً، كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر، فهو حَالٌ في مال الجاني، ولا يكون ذلك في مال العاقلة.

والأصل في جواز الصلح من دم العمد قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨].

ولأن دم العمد حق يجوز أن يفضي إلى مال؛ بدلالة أنه لو دخلته شبهة انتقل مالاً، فجاز الصلح منه على مال، كالرد بالعيب.

وإنما جاز الصلح على مقدار الدية وما زاد عليها؛ لأن الحق ليس بمال فيقدر العوض عنه، فإنما هو عقوبة، والعوض عنه لا يتقدر.

وليس هذا كقتل الخطأ أن الصلح عنه لا يجوز بأكثر من الدية؛ لأن الواجب بقتل الخطأ الدية، وقد بينا أن المال لا يجوز أن يصلح عنه بأكثر [منه] من جنسه.

وإنما كان البدل في الصلح حالاً؛ لأنه مال وجب بالعقد، وكل مال وجب بالعقد فهو حال، إلا أن يشترط فيه التأجيل، كعقد البيع، فلا يلزم ذلك العاقلة؛ لأنه وجب بعقد القاتل، فكان عليه؛ ولأن العاقلة لا تتحمل ما يجب بالعمد،

وإنما تتحمل [ما يجب] بالخطأ وشبه العمد^(١).

قال: وكل ما سمينا في عقد الصلح عن القصاص مما بيّنت لك [في كتاب النكاح أنه يكون المال مهراً مسمّى ، فهو كذلك في الصلح عن القصاص ، وكلّ ما بيّنت لك]: أنه لا يكون مسمّى صحيحاً في النكاح ، وأن تسمية ذلك يوجب للمرأة مهر المثل ، فهو كذلك في الصلح من القصاص ، لا يصح أخذه للولي ، وعلى القاتل فيه دية النفس إن كانت نفساً ، وأرش الجراحة إن كانت جرحاً في مال الجاني حالاً ، ولا يجب شيء من ذلك على العاقلة ، وما كان يكون في النكاح إذا سمّاه الزوج على الوسط منه ، وكذلك هو في الصلح عن القصاص .

وإنما اعتبر البدل في الصلح عن الدم بالمهر ؛ لأن كل واحد منهما يثبت بالعقد بدلاً عما ليس بمال ، فما جاز أن يثبت في أحدهما جاز أن يثبت في الآخر .

فإذا صالح على عبد غير موصوفٍ ، أو حيوانٍ غير موصوفٍ ، فيجوز الصلح عليه ، ويجب منه الوسط ، كما يجب في المهر .

وما لا يصح تسميته في المهر لجهالته ، فكذلك لا يصح في الصلح ، مثل أن يصالح على ثوب غير موصوفٍ ؛ لأن هذه الجهالة كثيرة ؛ ولذلك تمنع صحة التسمية في النكاح ، فكذلك في الصلح ، إلا أن القصاص يسقط ؛ لأن من شرط سقوطه القبول ، وقد وجد ، فإذا سقط القصاص من غير عفو وجب بدل النفس ، وهو الدية وأرش الجرح ، كما لو تزوجها على ثوب بطلت التسمية ووجب لها مهر المثل .

ثم يفترق النكاح والصلح من وجه: وهو أنه لو تزوجها على خمر ، وجب

(١) انظر: الأصل ٣١/١١ .

لها مهر المثل ، ولو صالح على خمر وقع العقد ولم يجب له شيء ؛ وذلك لأنها لا تملك أن [تبيح بضعها بغير عوض] ^(١) ، فإذا رضيت بالخمر مهراً ، فقد رضيت بما ليس بمال ، فكأنها تزوّجت بغير شيء ، فيجب لها مهر مثلها ، فأما في الصلح [فالولي يملك] ^(٢) العفو من غير عوض ، فإذا صالح على خمر فقد رضي بما لا قيمة له ، فكأنه عفا من غير بدل ، فلا يجب له شيء .

وقول أبي الحسن [٤٢١/ب] : كل ما كان تسميته من النكاح يُوجب مهر المثل للمرأة ، وكذلك في الصلح ، وهذا لا ينتقض بمسألة الصلح على الخمر ؛ لأنها إذا تزوّجت على خمر لم يجب لها مهر المثل بحكم التسمية ، وإنما يجب بأن النكاح لا يخلو من عوض ، فلذلك لم تجب هاهنا الدية .

قال : وكذلك الخلع والعتق على مال ، والكتابة ، فهذا كله في حكم واحد ، يعني : أن البدل يثبت فيه مع الجهالة ؛ لأنه بدل عمّا ليس بمال ، وإن كان الخلع يفارق النكاح والصلح ؛ لأنه يحتمل من الجهالة ما لا [يحتملان] ^(٣) ، ألا ترى أنهم قالوا : لو خالعهما على ما في بطن جاريتها من الولد ، جاز ، ولو تزوّجها على ذلك لم يجز .

ولو عفا من الدم على ذلك لم يجز ؛ لأن النكاح [والعفو] وإن كان البدل يثبت عما ليس بمال ، فهو معنى متقوم ، بدلالة أنه يجوز أن يجب العوض فيه حكماً ، فكذلك اعتبر في بدله ما يُعتبر في المعاوضات ، ولا يصحُّ في الحمل ، فأما الخلع والعوض فيه عوض عن خروج البضع من ملك الزوج ؛ وذلك لا

(١) طمس غير مقروء في أ ، والمثبت من ل .

(٢) طمس غير مقروء في أ ، والمثبت من ل .

(٣) في أ (يحتمل) والمثبت من ل .



يتقوم ، فلم يعتبر بالمعاوضات ، فاعتبروه بالوصايا .

وفرق آخر: وهو أن الأحكام المعلقة بالحمل موقوفة على الولادة ، بدلالة الميراث والوصية ، والنكاح والصلح لا يجوز أن يتعلقا بشرط ، فلم يجوز أن يكون البدل عنهما متعلقاً استحقاقه بالولادة ، فأما الخلع فيجوز تعلقه بالشروط ، فلذلك جاز أن يكون العوض فيه ما يقف استحقاقه على شرط الولادة .

قال: وللمصالح أن يُبرئ [عن بدل الصلح] ^(١) قبل قبضه ، وأن يملكه قبل القبض ببيع أو هبة أو غير ذلك ؛ وذلك لأنه مملوك بسبب لا يفسخ [بهلاكه] ^(٢) ، فجاز التصرف فيه قبل القبض كالميراث والوصية .

قال: فإن صالح من القصاص على ما لا يحل من ميتة أو دم أو خمر أو خنزير ، وهو يعلم ذلك ، فذلك عفو ، ولا شيء على القاتل من دية ولا أرش الجراحة ، وقد بيّنا هذا .

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل صالح من دم عمد على عبد وسط ، فذلك جائز ، وإن لم يسم له أجلاً ، فإن باعه قبل أن يقبضه ، جاز ، ألا ترى أنه لو هلك لم يفسخ الصلح ، ورجع بقيمته ، فكل مملوك لسبب لا يفسخ بهلاكه ، فالتصرف فيه قبل القبض جائز .

أما جواز الصلح على عبد وسط أو مطلق ، فقد بيّناه ، وأما جواز التصرف فيه قبل القبض ، فكما ذكرنا .

وإنما قلنا: إنه إذا هلك رجع بقيمته ؛ لأن تسليمه واجب ، والسبب الموجب

(١) في أ (منه) والمثبت من ل .

(٢) في أ (لملاكه) والمثبت من ل .

لتسليمه لا ينفسخ بهلاكه ، فصار كالعين المغصوبة إذا هلكت ، وجبت قيمتها .
ولم يذكر أبو الحسن : إذا صلح على خمر أو خنزير وهو لا يعلم ذلك ،
مثل أن يقول : صلحتك على هذا الخل ، فإذا هي خمرٌ ، والواجب في ذلك على
قول أبي حنيفة : الدية ؛ [لأن التسمية لا يتعلق بها حكم مع التعيين والإشارة ،
فكأنه قال : صلحتك على هذا الخمر ، فلا تصح التسمية ، إلا أنه قد غرّه بتسمية
ما له قيمة ، فإذا لم يسلم له ، وجبت الدية .

وأما على قوله : فالواجب مثل تلك الخمر خلاً ؛ لأن تسمية الخل صحيحه ،
فتعلق العقد بها ، وبطلت الإشارة إلى الخمر .

وأما إذا صلح على عبدٍ ، فإذا هو حرٌ ، فالواجب في ذلك على قول أبي
حنيفة : الدية ^(١) ؛ لما قدمنا .

وقال أبو يوسف : استحقاق العبد لنفسه بالحرية كاستحقاق أجنبي له ،
فتجب قيمته .

وقال محمد : تجب الدية ؛ لأنه لما أبطل الحر أن يكون تسمية ، أبطل ما هو
من جنسه ، وهذا مبني على الاختلاف في النكاح ^(٢) .

* نوع آخر : في الصلح من الحقوق التي ليس فيها استبدال بمالٍ

قال : وإذا وجب لرجل على رجل شفعة في دار اشتراها ، فصالح المشتري
الشفيع على مال معلوم على أن يسلم له الدار ، فالصلح باطل عند أصحابنا

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ والمثبت من ب .

(٢) انظر : الأصل ٣٢/١١ وما بعدها .

جميعاً، ولا يجب المال على المشتري، وتبطل الشفعة؛ وذلك لأن ملك المشتري في الدار بعد الصلح على الوجه الذي كان قبله، وال عوض مأخوذ عن غير شيء، فيكون أخذ مال باطل^(١).

ولا يلزم على هذا الصلح من دم العمد؛ لأن ملك القاتل في الدم بعد الصلح مخالف لما كان قبله؛ بدلالة أنه كان مباح الدم للولي، ألا ترى أنه على أي وجه قتله لم يلزمه شيء، فإذا صالح زالت الإباحة؛ فلذلك جاز الصلح.

ولأن حق الشفعة ليس بمال، ولا فيه معنى المال، ألا ترى أنه إذا أسقط حكماً لا ينتقل إلى مال، فليس له إزالة ملك الشفيع عن شيء يجوز تصرفه فيه، فلم يجز أخذ العوض عنه، كحق الوكالة والمضاربة؛ ولأن الشفيع يثبت له خيار إن شاء، فلا يجوز أن يتعوض عنه [كخيار الشرط والرؤية]^(٢).

وإنما سقطت الشفعة، وإن لم يسلم العوض؛ لأن إسقاط الشفعة لا يقف على عوض، والحق غير مَقوم، فإذا بطل العوض فيها حكماً لم يرجع إلى شيء كالطلاق، وليس هذا كما لو صالح المشتري الشفيع على أن يأخذ شفيعه شيئاً من الدار بحصته من الثمن، أن الصلح باطل، والشفعة بحالها في كل الدار؛ لأنه لم يصلح على إسقاط شفعته، وإنما صالح على أخذ بعض حقه، فإذا لم يسلم له ما صالح عليه بقي حقه بحاله^(٣).

فأما الكفالة له بالنفس إذا صالح الكفيل المكفول له على مال أعطاه على

(١) انظر: الأصل ٦٠٧/١٠.

(٢) في أ (والرؤية بخيار الشرط) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٦٠٥/١٠.

أن يبرئه من الكفالة ، فالمال باطل ؛ لأن الكفالة بالنفس حق ليس بمال ، ولا يؤول إلى مال ، وليس فيه إسقاط المكفول له حقه عن ملك لم يتصرف فيه ، فلم يجز أخذ العوض عنه ، كإسقاط الشفعة .

وإذا بطل العوض ، فهل تبطل الكفالة ؟ فيه روايتان : إحداهما : أنها تبطل ؛ لأن إسقاط الحق عنها لا يقف على عوض ، فإذا بطل العوض عنها من طريق الحكم سقطت .

والرواية الأخرى : أن الكفالة بحالها ؛ لأن الكفالة بالنفس أقوى في الثبوت من الشفعة ، بدلالة أنها لا تبطل بموت المكفول له ، ولا بموت الكفيل ، ويطالب الورثة بالإحضار .

وليس كذلك الشفعة ؛ لأنها تبطل بموت الشفيع ؛ فلذلك^(١) بطلت بالصلح وإن بطل العوض .

قال بشر عن أبي يوسف : إذا ادّعت المرأة على رجل أن هذا الصبي الذي في يدها ابنه منها ، وجحد الرجل ذلك ، فلم تدّع المرأة النكاح وقالت : قد طلقني ، وأقرّ الزوج أنه كان طلقها وبانت [منه] ، فصالح من النسب على مائة درهم ، فالصلح باطل وإن لم تقم بينة ؛ لأن النسب حق للصغير ، فلا يجوز صلح أمه في إسقاطه ؛ ولأن النسب الثابت لا يصح إسقاطه بعوض .

قال : ولو ادّعت نكاحاً بغير ولد ، فصالحها على مائة درهم ، فإن الصلح باطل وإن لم تقم بينة على النكاح ، ويرجع في المال ؛ وذلك لأنها إذا ادّعت أنه

(١) في ل (وكذلك يبطل بالصلح).

زوجها ، وصالحها على عوض أعطائها لتترك النكاح ، فإن جعلنا هذا فُرْقَةً فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة ، وإن لم تكن فرقة ، فالحال على ما كانت عليه في الدعوى ، فلا يكون العوض عن شيء .

قال بشر عن أبي يوسف: لو كان لرجل ظُلةٌ على طريق نافذ ، أو كنيف [على] شارع ، فخاصمه رجل فيه ، وأراد طرحه ، فصالح على دراهم ، فالصلح باطل ، ويخاصمه في طرحه متى شاء ؛ وذلك لأن الحق في منع الظلة والكنيف لجماعة المسلمين ، فإذا صالح [الواحد]^(١) على تركها فلبقية المسلمين الخصومة فيها والمطالبة لقلعها ، ولم يستفد صاحب الظلة بدفع العوض فائدة ، فلا يصح الصلح .

قال: ولو كان على طريق غير نافذ ، فخاصمه رجل من أهل الطريق ، فصالحه على دراهم مسمّاة ، كان الصلح جائزاً ؛ وذلك لأن الطريق إذا لم ينفذ فهو ملك لأهله ، وكل واحد منهم يملك جزءاً منه ، فإذا صالحه فقد أسقط حقه عن ملك مشاع ، فيجوز الصلح^(٢) .

فإن قيل: أليس صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح [٤٢٢/أ] فائدة ؛ لأن لبقية أهل الدار أن يخاصموا فيها .

قيل له: بل له فائدة ؛ لأنه يجوز أن يصالح بقيتهم ، فيستفيد بالصلح الأول ، والثاني^(٣) ببقية الظلة ، وليس كذلك الطريق الشارع ؛ لأنه لا يقدر على صلح جميع المسلمين ، فلا يستفيد بصلح الواحد منهم فائدة .

(١) في أ (أو أخذ) والمثبت من ل .

(٢) انظر: الأصل ١٠/٥٨٥ ، ٥٨٦ .

(٣) في ل (الباقي) .

وكان أبو بكر الرازي يقول: هذا محمول على أنه بنى في الطريق بناء ووضع عليه الظلَّة ، وزعم أن موضع البناء ملكه ، والظلة له قديم^(١) ، وزعم المدعي: أن موضع البناء مشترك ، [فإذا صالح]^(٢) فقد أسقط حقه عن [بقعة بعينها]^(٣) فيجوز ذلك كما لو باع .

فأما إذا لم يكن هناك بناء وإنما أسقط حقه عن الهواء ، [وذلك] لا يجوز أخذ العوض عنه .

قال: ولو صالحه المصالح عن مائة درهم على أن يطرح هذه الظلة عن هذه الطريق ، كان جائزاً؛ لأن هذا منفعة لأهل الطريق^(٤) . وهذا موضع على أن صاحب الظلة يقول: بنيتها بحق ، ويقول المنازع: بنيتها بغير حق ، فإذا دفع المنازع إلى صاحبها مالا [لينقضها]^(٥) فهو مسقط للخصومة عن نفسه وعن شركائه في الطريق ، فيصير متبرعاً عليهم في الصلح ، فيجوز .

قال: وإذا ادعى رجل على رجل مائة درهم ، فأنكرها المدعى عليه ، فصالحه المدعى على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء ، فحلف المدعى عليه: ما لفلان [عليه]^(٦) قليل ولا كثير ، فإن أبا حنيفة قال: الصلح باطل لا يجوز ، والمدعي على دعواه ، فإن أقام بينة أخذه بها ، وإن لم يكن [له] بينة فأراد

(١) في ل (برسم) .

(٢) في أ (فإني) والمثبت من ل .

(٣) في أ (بقية بقيتها) والمثبت من ل .

(٤) انظر: الأصل ٥٨٦/١٠ .

(٥) في أ (ليقبضها) والمثبت من ل .

(٦) في أ (علمه) والمثبت من ل .

استحلافه عند القاضي فله ذلك ؛ لأن هذه براءة متعلقة بشرط ، وبراءة صاحب الأصل لا يجوز تعليقها بالشروط .

وأما قوله: إن له أن يستحلفه ثانياً ، فهو على وجهين: إن كانت اليمين الأولى عند غير القاضي ، فله أن يستحلفه عند القاضي ؛ لأن اليمين عند غير القاضي لا تقطع الخصومة ، ألا ترى أنها لا تجب على المدعى عليه ، وإنما بذلها باختياره .

وإن كانت اليمين الأولى عند القاضي لم يكن له استحلافه ثانياً ؛ لأن اليمين لا تتكرر عند القاضي في مال واحد .

قال: وإذا اصطلحنا على أن يحلف المدعي ، فمتى حلف فالدعوى لازمة للمدعى عليه ، ضامن لها ، فحلف المدعي على ذلك ، فإن الصلح لا يجوز ، ولا يلزم المدعي قبله بهذا شيء ؛ وذلك لأنه علق استحقاق^(١) المال بشرط وهو اليمين ، والأموال لا يتعلق استحقاقها في حال الحياة بالشروط .

قال: وإذا ادعى رجل قبل امرأة تزويجاً ، فجددت ، فصالحها على مائة درهم على أن تقرّ بذلك ، وأقرت بالنكاح ، فهو جائز ، والذي جعل لها لازم ؛ وذلك لأن إقرارها بالنكاح محمول على الصحة ، فإذا أعطها مائة درهم جعل ذلك زيادة في مهرها^(٢) .

قال: ألا ترى أن رجلاً لو ادعى عبداً في يده فجحده ، فصالحه على مائة درهم ، على أن يقر له بالعبودية ، أن ذلك جائز ؛ وذلك لأن العبد في زعم المدعي ملكه ، وإنما بذل المال [لقطع] الخصومة فيه ، وفي زعم صاحب اليد أن العبد

(١) في ل (استحلاق) .

(٢) انظر: الأصل ١١/١٣٤ .



ملكه ، وأنه أخذ العوض عنه ، وذلك جائز .

قال : ولو ادعى ألف درهم ، فقال : أقر لي بها على أن أعطيك مائة درهم ، كان هذا باطلاً ؛ لأنه إن كان له عليه ألف ، فلا معنى لأخذ المائة | منه |^(١) ، وإن لم يكن له ، فلا يجوز أن يوجب على نفسه ألفاً بمائة .

قال : وكذلك لو قال : أعطيك مائة درهم على أن تكوني امرأتي ، فهو جائز إذا قبلت ذلك بمحضر من الشهود ؛ لأن هذا كناية في النكاح ، فإذا حضره الشهود جاز .

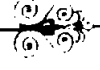
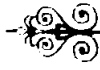
وكذلك لو قال : تزوجتك أمس على ألف ، فقالت : لا ، فقال : أزيدك مائة على أن تقري لي بالنكاح ، فأقرت ، كان لها الألف ومائة ، والنكاح جائز ، لأنها إذا أقرت حمل بذل المائة على الزيادة في المهر على ما قدمنا^(٢) .

قال : وإذا ادعى رجل على رجل أنه عبده وهو مجهول ، فأنكر المدعى عليه ذلك ، [ثم صالحه المدعى عليه من ذلك على مائة درهم ، فهو جائز ، وإن أقام المدعي البينة بعد ذلك] أنه عبده ، لم يقبل منه ، وهذا بمنزلة العتق ، غير أنه ليس له الولاء إذا لم يقيم البينة^(٣) ؛ وذلك لأن في زعم المدعي أنه يأخذ المائة لإسقاط الرق ، وإسقاط الحق عن الرق جائز ، وفي زعم المدعى عليه أنه حر الأصل ، وإنما يسقط الخصومة عن نفسه بما يعطى من العوض ، وذلك جائز ، فإن أقام المدعي البينة فلا شيء له إلا الولاء ؛ لأن رضاه بأخذ العوض من عبده عتق على

(١) في أ (هبة) والمثبت من ل .

(٢) انظر : المرجع السابق ١١/١٣٤ ، ١٣٥ .

(٣) انظر : الأصل ١١/١٣٥ ، ١٣٦ .



مال ، وإن لم تقم له بينة فلا ولاء له ؛ لأنه غير مصدق في الدعوى .

قال : وكذلك لو قال : أصالحك من دعواي على وصيف إلى أجل ، أو على كذا وكذا من الغنم إلى أجل ، كان جائزاً ، وكل ما جاز في الكتابة من ذلك فهو جائز في هذا ؛ لأنه إنما يأخذ العوض عن الرق ، فهو في حكم المعتق والمكاتب ، إلا أنه إن أخذ بهذا المال كفيلاً جاز ، ولو أخذ بمال الكتابة لم يجز ؛ لأن العتق هاهنا في زعم المدعي قد وقع بنفس الصلح ، فالكفالة [وقعت] عن حر فتجوز ، والكتابة لم يقع العتق فيها بالعقد ، فيبقى الدين على نقصانه ، فلا تصح الكفالة به .

قال : وإذا ادعى الرجل قِبَل الرجل قذفاً ، فصالحه المدعى عليه على دراهم مسمّاة على أنه أعفاه منه ، فالصلح باطل ، وله أن يرجع بالدرهم إن كان نقدها ، وهو على حجّته ؛ لأن حد القذف عندنا حق لله تعالى ، فلا يجوز للمطالب إسقاطه ، ولا أخذ العوض عنه .

قال : وكذلك رجل أخذ زانياً أو سارقاً سرق من غيره ، فأراد رفعه إلى السلطان ، أو أخذه في شرب خمر ، أو سكر ، فصالحه على أن لا يرفعه إلى السلطان ، فالصلح باطل ، ويرجع بما دفع .

وكذلك لو صالحه عنه غيره ، أو أعطاه [بذلك] كفيلاً ؛ لأن المطالبة بالحدود وإقامتها حق لله تعالى ، ولا يملك أحد من الناس إسقاطها ، ولا أخذ العوض عنها .

قال : وإذا صالح رجل شاهداً عليه لحق من حقوق الله ، على أن لا يشهد

عليه ، فالصلح باطل ، ويرد ما أخذ على ذلك ، وإذا أثبت ذلك عند الحاكم أبطل شهادته في ذلك وفي غيره ، إلا أن يحدث توبة ؛ لأن إقامة الشهادة عبادة ، فتلزم الشاهد لحق الله تعالى ، ولا يجوز أخذ العوض على إسقاطها كسائر العبادات ، ويكون هذا جرحاً في الشهادة ، فممنوع من قبول شهادته في ذلك الحق وفي غيره^(١) .



(١) انظر: الأصل ٦٠٥/١٠ وما بعدها.

بَاب الصلح في قتل الخطأ

قال ابن سماعة عن محمد: في رجل قتل رجلاً خطأً فصالح وليّه القاتل على مائة بعير، أو مائتي بقرة، أو ألفي شاة، أو مائتي حلة، أو ألف دينار، أو عشرة آلاف درهم، فذلك جائز؛ لأن هذه الأنواع هي التي فرض الديات منها، فإذا صلح على أحدها فقد أخذ نفس المستحق^(١).

وفائدة الصلح: كان التعيين في أحد الأنواع إلى الحاكم، فإذا تراضيا بالتعيين لم نحتج إلى [الحاكم]^(٢).

وإن صالحه على شيء أقل من هذه الأنواع، جاز؛ لأن المستحق مقدار الدية من أحد هذه الأجناس، فإذا صالحه على بعضها فقد أخذ بعض حقه [٤٢٢/ب] وأسقط باقيه.

قال: فإن صلح على شيء من هذه الأنواع على أكثر مما سُمّي من الدية لم تجز الزيادة؛ لأنه إذا صالحه على نوع تعيّن الوجوب فيه فقد صلح على أكثر من حقه، فالزيادة باطلة.

قال: وإن صالحه على شيء مما لم يفرض فيه الدية، فهو جائز إذا دفعه إليه؛ وذلك لأن ما لم تفرض فيه الدية عوض عنها، فيجوز قليلاً كان أو كثيراً؛

(١) انظر: الأصل ٥٦١/٦، ٥٦٢.

(٢) في أ (حكم) والمثبت من ل.

إلا أنه يعتبر فيه القبض في المجلس؛ لأنه بدل عن الدية، وهي دين، فإذا لم يعجله صار ديناً بدين، وقد نهى النبي ﷺ عن الكالئ بالكالئ، وهو الدين بالدين.

قال: وهذا كله إذا لم يكن القاضي قضى على القاتل بالدية، فإن قضى عليه بالدية بمائة بعير فصالح القاتل الولي من مائة بعير على أكثر من مائتي بقرة، وهي عنده، ودفع ذلك إليه، جاز؛ لأن قضاء القاضي [عين] ^(١) الوجوب في الإبل، وإذا صالح على البقر فالبقر الآن ليست مستحقة، وبيع البقر بالإبل جائز بغير تقدير.

قال: وإن صالح بعدما [قضى القاضي] بالإبل على شيء من الكيل والوزن سوى الدراهم والدنانير إلى أجل، لم يجز؛ لأن [الإبل] ^(٢) دين في الذمة، فإذا صالح منها على مكيل أو موزون مؤجل فقد عاوض ديناً بدين، فلا يجوز.

قال: وإن صالحه من الإبل على مثل قيمة الإبل أو أكثر من ذلك مما يتغابن الناس فيه، فهو جائز؛ وذلك لأن القيمة مستحقة، ألا ترى أن من قضى عليه بالإبل مخير بين دفعها أو دفع قيمتها، فإذا صالح على القيمة جاز.

قال: وإن صالح على أكثر من القيمة مما لا يتغابن الناس [فيه]، لم يجز؛ وذلك لأن القيمة كالمستحقة، فإذا صالح بزيادة يتغابن في مثلها، لم يتيقن بحصول الزيادة؛ لأنها تدخل بين تقويم المقومين.

وإذا صالح على زيادة كثيرة، فقد تيقننا أنه صالح على أكثر من المستحق، فلا يجوز.

قال: فإن قضى عليه القاضي بالدنانير أو بالدراهم، فصالحه القاتل على

(١) في أ (غير) والمثبت من ل.

(٢) في أ (الأجل) والمثبت من ل.

طعام [شعير]^(١) أو بعير ، أو بقر أو إبل ، مما ليس عنده ، فإنه لا يجوز وإن دفعه إليه قبل أن يفارقه ؛ وذلك لأن الحق هو للدرهم التي قضي لها ، فإذا صالح منها على الأعيان صارت مبيعة ، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا في السلم .

قال : وإذا كان ما قضي به القاضي إبلاً أو بقرًا ، فصالحه من ذلك على شيء من الطعام أو غيره ، وليس عنده ، ثم دفعه إليه قبل أن يفارقه ، فهو جائز ؛ وذلك لأن الطعام إذا ثبت في الذمة في مقابلة الأعيان فهو ثمن ، فجاز العقد به وإن لم يكن في ملك العاقد .

قال : فإن لم يدفع إليه الطعام أو الشعير حتى يفارقه ، لم يجز ؛ لأنه يصير ديناً بدئياً ، وذلك لما بيننا أن الدين بالدين معفو عنه مقدار المجلس ، فإذا افترقا قبل قبضه بطل البيع فيه .

قال : ولو لم يقض على شيء حتى صالحه القاتل على مائة كُرٍّ من الطعام ، وذلك أكثر من قيمة ما فرضت فيه الدية ، فإنه جائز إذا دفع الطعام إليه قبل أن يفارقه ؛ وذلك لأن الطعام ليس بمستحق ، فإن صالحه عليه فهو عوض عما فرض فيه الدية ، فيجوز ذلك ، ولا يضره أن لا يكون عنده ؛ لأنه يمكن أن يحمل العقد فيه على الصحة ، وهو أن يجعل عوضاً عن الإبل والبقر والغنم دون الدرهم والدنانير ، فيكون ثمنًا ، فيجوز العقد به وإن لم يكن عنده .

قال بشر عن أبي يوسف : لو صالح من الدية على أكثر منها لم يجز ، [وإن صالح على أقل جاز ، وقد بينّا ذلك] .

وإن صالح على ثياب قيمتها أكثر من الدية جاز ؛ لأنه صلح على غير

(١) في أ (بعير) والمثبت من ل ، ويدل عليه السياق بعده .

المستحق ، فلا يعتبر فيه التقدير .

قال : وإذا قتل رجل رجلاً خطأً ، فلم يقض على عاقلته بالدية حتى صالحه غيره على صلح وضمن ذلك ، وإن كان صالح على خمسة عشر ألف درهم ، والقاتل من أهل الورق ، أو على ألف دينار ، والقاتل من أهل الورق ، قضى على المصالح بالضمنان ، إن كان صالح على ورقٍ بعشرة ألف ، وإن كان صالح على ذهب بألف دينار ؛ [وذلك] لأن المتبرع بالصلح يجوز عقده فيما يجوز عقد الذي عليه الحق ، و صلح القاتل على أكثر من الدية لا يجوز ، وكذلك الذي يتبرع عنه .

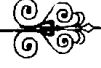
قال : ألا ترى أن رجلاً لو كان له على رجل ألف درهم ، [فصالح عنه رجل على ألفين درهم] وقبضها ، إني أجيز من ذلك ألفاً وأبطل ألفاً ، ولو صالح على مائتي دينار ودفعها إليه أجزت ذلك ، فإن افرقا قبل أن يقبضها أبطلت الصلح ؛ وذلك لأنه إذا صالح من الألف على ألفين ، فالزيادة على الألف مأخوذة بغير حق ، فيجب ردها .

فإذا صالح على دنانير فهي عوض عنها ، فيجوز بالقليل والكثير ، إلا أن التقابض [معتبر] ؛ لأنه عقد صرف .

فأما الدية فإن كان لم يقض بالدرهم ، لم يجز الصلح على أكثر من ألف دينار ؛ لأن الدية مستحقة من كل واحد منهما ، فالصلح بالدنانير يقع عن المُستحق ، لا على وجه العوض ، فلا^(١) تجوز الزيادة فيه .

فإذا قضى بالدرهم فصالح منها على ألفي دينار ، جاز إذا قبضها في المجلس ؛

(١) في ل (تجوز) .



لأن [الحق تعيّن] ^(١) في الدراهم ، والدنانير عوض عنها ، فيجوز بغير تقدير .
وكذلك لو صالحه على مائتي بغير بأعيانها ؛ لأن المستحق ^(٢) هو الدراهم
وفي مقابلتها الإبل ، وهي مبيعة ، فيجوز بغير تقدير .

وأما إذا لم يقض القاضي بالدراهم فصالحه على مائة بغير بعينها أو بغير
عينها ، أجزت من ذلك مائة ؛ لأن المستحق لم يتعيّن ، والإبل نفس الحق ، فلا
تجوز [الزيادة] عليها .

قال : وإن لم يكن بأعيانها جعلت الدية من الإبل المائة على أسنان الإبل
في الدية ؛ لأننا بيّنا أن هذا صلح على نفس المستحق ، فوجب الرجوع فيه إلى
الأسنان المستحقة .

قال : وإذا كانت بأعيانها أجزت المائة من ذلك ، وجعلت التخيير إلى
الطالب ، وإن شاء أنفذ الصلح ، وإن شاء ردّه إن كان في أسنان الإبل نقصان من
أسنان الإبل المسماة في الدية ؛ لأن الطالب لم يرض بنقصان السن إلا ليسلم له
زيادة العدد ، فإذا لم يسلم له بعيوب صفة العقد ، فكان الخيار : إن شاء أمضاه ،
وإن شاء فسخه .

قال : ولو صالحه على مائة بعينها على أسنان الدية وضمنها ، أو بغير عينها
وضمنها ، فهذا جائز لازم للطالب والمطلوب ، لا خيار للطالب في ذلك ؛ لأن
الصلح وقع على نفس المستحق ، فجاز عن مستحقه ولا خيار للطالب ؛ لأنه
استوفى ما ثبت في الأصل ^(٣) .

(١) في أ (الجودة عين) والمثبت من ل .

(٢) في ل (المسمى) .

(٣) انظر : الأصل ٥٦١/٦ ، ٣٨/١١ .

بَابُ الصلح في المنافع

قال: وإذا ادّعى رجل على رجل داراً أو عبداً في يده، أو حقاً في عين؛ فجدّد المدّعى عليه الدعوى، فصالحه من ذلك على خدمة [عبد]، أو سكنى دار، أو مزارعة أرض، وذلك كله بعينه مدة معلومة، وبين ما يزرع في الأرض، فالصلح جائز^(١).

وكذلك لو صالحه على ركوب دابة بعينها وقتاً معلوماً، أو إلى مسافة معلومة، فالصلح جائز.

ويصح جميع ذلك بما تصح به الإجارة، وينقض الصلح بما تنتقض به الإجارة، ويجري ما وقع به الصلح مجرى إجارته فيما يصح فيه وما يبطل، وما يبطل في الإجارة [١/٤٢٣] فأوجب بطلانه الرجوع بالأجر كله رجوع في الصلح إذا بطل على جميع دعواه.

وما أوجب في الإجارة بطلان بعض الأجر وصحة بعضه، فهو كذلك في الصلح يبطل قدر ما بطل فيه، ويعود على دعواه في ذلك القدر، وما صح فيه الصلح بطل من الدعوى قدر ذلك.

والأصل في هذا: أن الصلح فرع للعقود، فالواجب اعتباره بنظيره منها، فإذا وقع عن عين أو دين بمنافع فهو في حكم الإجارة؛ فلذلك صحّحوه بشروط

(١) انظر: الأصل ١١/١٣٠.

الإجارة ، وأبطلوه بما أبطلوا به الإجارة .

ولهذا قالوا في الصلح: إذا وقع على عين أنه معتبر بالبيع ، وإذا وقع عن الدراهم [بالدنانير]^(١) فهو معتبر بعقد الصرف .

قال أبو الحسن: وتفسير ذلك أن أحد المتصالحين لو مات انتقض الصلح بموته ، كما يبطل الإجارة بموت أحد المتعاقدين لها ، فإن كان ذلك قبل الانتفاع [بما وقع به الصلح] ، رجع المدعي على دعواه ، وإن كان المدعي قد انتفع بما وقع به الصلح نصف المدة أو ثلثها أو ربعها ، بطل من حقوق دعوى المدعي قدر ذلك ، ورجع على دعواه فيما بقي .

وكذلك لو تلف ما وقع به الصلح ، فكان عبداً فمات ، أو دابة فنفتت ، أو داراً أو أرضاً فغرقت ، أو كان بناءً فانهدم ، فهو مثل ذلك ينتقض الصلح في ذلك كله ؛ وذلك لما بيّنا أن العقد معتبر بالإجارة ، فيبطل بموت أحد المتعاقدين ، كما تبطل الإجارة ، فإذا بطل بهلاك العين التي تستوفي المنفعة منها كما تبطل الإجارة ، وإذا بطل العقد قبل الانتفاع فوجب الرجوع بما في مقابلته .

فإن كان الصلح عن إقراره رجع بحقه ، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى ، وكذلك إن استوفى بعض المنافع ثم انتقض العقد رجع ببقية حقه إن كان عن إقرار ، وبقدر ذلك من الدعوى إن كان عن إنكار .

قال: ولا يعتبر ما وقع عليه الصلح معلوماً كان أو مجهولاً ، مُقَرَّراً كان أو مجهوداً ؛ وذلك لأن المدعي لا يفتقر إلى التسليم والجهالة ، إنما كان يمنع التسليم ، فما كان مسلماً لم يعتبر كونه معلوماً ، فأما المصالح به فيفتقر إلى

(١) في أ (والدنانير) والمثبت من ل .

التسليم ، والجهالة تؤثر فيه .

ولهذا قالوا: لو ادَّعى كل واحد من المتخاصمين حقاً على [الآخر] وتجاهدا ، ثم اصطلحا على أن يجعل ما ادعاه هذا صلحاً عمّا ادعاه الآخر ، جاز ، وإن [كان] كل واحد من الدعويين مجهولة ؛ لأن كل واحد منهما لا يفتقر [إلى التسليم] فالجهالة لا تؤثر فيه .

قال: ولو كان الصلح وقع على خدمة عبدٍ سنّةً ، فقتل العبدُ خطأً ، [فغرم القاتل] ^(١) من قيمته ، فإن شاء صاحب الخدمة: اشترى له [بها] عبداً يخدمه باقي المدة ، وإن شاء ترك ذلك ، وكان على دعواه .

وقال محمد: إذا قُتل العبد ، أو انهدم البيت ، انتقض الصلح .

لأبي يوسف: أن المنافع ليس في مقابلتها مال مستقر ، فصارت كالمنافع الموصى بها .

وقد قالوا فيمن أوصى لرجل بخدمة عبد فقتله قاتل: اشترى بقيمته عبداً آخر لخدمة الموصى له ، فكذلك هذا .

فإن قيل: إذا كان عند أبي يوسف أن هذا معتبر بالوصية ، فلم يجوز للمصالح إجارة العبد ، وهلاً [منع الإجارة] ^(٢) كما يمنع الموصى له بالخدمة .

قيل له: إن هذا العقد لما كان فرعاً لكل العقود اعتبره أبو يوسف ، وإذا قتل العبد بالوصايا لتصحيحه ، واعتبره بالإجازات إذا أجر العبد ليصح العقد في الوجهين .

(١) في أ (يغرم القليل) والمثبت من ل .

(٢) في أ (منعه) والمثبت من ل .

وكان أبو علي الشاشي يقول: إن المنافع ليس في مقابلتها مال مستقر، إلا أنها مأخوذة على طريق العوض، فصارت كالعبد الذي تزوجت عليه المرأة أو خالعت به، فإذا قتل لم ينتقض العقد، وإذا آجرت جازت الإجارة.

وجه قول محمد: أنه عقد على منافع بعوض فيبطل بالموت كالإجارة، ولهذا جوز للمصالح أن يؤاجر العبد كما للمستأجر أن يؤاجره.

قال: وكذلك لو هدم البيت رجل، أو انهدم من غير ذلك، فقال صاحب البيت: أنا [أبنيه] ^(١) لك، فإن صاحب السكنى بالخيار: إن شاء رضي بذلك، وإن شاء [كان] على حجته، وهذا على قول محمد ^(٢) اعتباراً بالإجارة؛ لأن انهدام البيت لا يوجب بطلان العقد؛ لأن [المنفعة] ^(٣) باقية يمكن الانتفاع بها، وإنما ثبت الخيار للمستأجر بين الرضا بالصبر حتى يبني البيت، وبين [الفسخ] ^(٤)، فكذلك في الصلح.

قال: ولو كان عبداً فأعتقه المصالح [عنه]، جاز عتقه وكان صاحب الخدمة على حجته، وكذلك لو قتله، وهذا على أصل محمد.

فأما على قول أبي يوسف: فيلزم القيمة [حتى] يشتري بها عبداً آخر، كما لو قتل الوارثُ العبدَ الموصى بخدمته، وإنما جاز العتق؛ لأن العبد على ملكه، وإن ثبت لغيره فيه حق كالمرهون والمؤجر.

(١) في أ (بنيته) والمثبت من ل.

(٢) في ل (أبي حنيفة).

(٣) في أ (النفقة) والمثبت من ل.

(٤) في أ (القسم) والمثبت من ل.

قال: وإن أعتقه صاحب الخدمة لم يجز عتقه؛ لأنه لا يملكه، وقد قال ﷺ: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»^(١).

قال: ولو قتله كان القول فيه كالقول في العبد المقتول؛ لأن الضمان يجب عليه بالقتل؛ لأنه أتلّف ملك غيره، فتقوم القيمة [فيه] مقام العبد، ويشترى بها عبداً آخر على قول أبي يوسف.

قال: ولو أنّ ربّ العبد ورب البيت باع العبد والبيت، لم يجز ذلك؛ لأن حق المصالح متعلق بالمنفعة، فيمنع ذلك من التسليم، وتعذر التسليم يمنع من جواز البيع.

قال: ولصاحب الخدمة أن يخرج بالعبء من المصر إلى أهله، وقد ذكر في الإجارة: أن من استأجر عبداً لخدمته لم يجز^(٢) أن يخرج به من المصر؛ لأن خدمة السفر مخالفة لخدمة الحضر.

وكان أبو بكر الرازي يقول: [إنّ] مسألة الصلح محمولة على أن المدعي كان يتأهب للسفر ويخاصم، فصالح على الخدمة، فيصير ذلك دلالة على أن [ربّ] العبد رضي بإخراجه، وكأنه شرط ذلك.

وكان غيره من أصحابنا يقول: إن المستأجر ليس له أن يخرج بالعبء؛ لأن رد العبد المستأجر على المؤجر، فلو جوّزنا للمستأجر السفر به، لجاز أن يلزم المؤجر أضعاف ما أخذه من الأجرة على رده؛ فلذلك لم يجز السفر به.

(١) أخرجه «أبو داود والترمذي من حديث عمرو بن شعيب...» كما في الدراية، ٨٥/٢.

(٢) في ل (يجبر).

ولهذا قالوا: إن المرتهن يسافر بالعبد؛ لأن رده عليه على الراهن، فلا يؤدي السفر به إلى التزام غرم لم يرض به.

قال: وللعبد المصالح بخدمته ليس في مقابلة الخدمة مال مستقر، فهو في حكم المرتهن؛ فلذلك جوّزوا السفر به.

قال: وله أن يؤاجر العبد، وهذا ظاهر على أصل محمد؛ لأنه يعتبره بالإجارة، وأما أبو يوسف فكان ينبغي أن لا يُجوّز ذلك، اعتباراً بالوصايا، وقد بيّنا ما نفرق به بينهما.

قال: وإذا ادعى رجل على رجل داراً في يديه، فأنكر الدعوى ثمّ صالحه على أن يسكن [الدار] التي في يديه سنة، ثم يدفعها إلى المدّعي، فهذا جائز.

وكذلك لو كانت أرضاً فصالحه المدعي على أن يزرعها الذي هي في يديه خمس سنين على أن رقبتهما للذي ليست في يديه، فإن هذا جائز؛ وذلك لأن في زعم المدعي بأنه مالك لهذه الأرض والدار، وإذا بذل منافعها لصاحب اليد، فقد رضي بإسقاط حقه عن بعض ما ادعى، وهو المنافع في المدة المشروطة، وأخذ بقية حقه، وذلك جائز.

فأما في حق صاحب اليد فهو مشكل؛ لأنه يزعم أنه مالك للدار والأرض، وأنه يستوفي منافعها بحق ملكه، ثم قد شرط إزالة ملكه عنها بعد استيفاء المنافع، وذلك تعليق للملك بخطر، فلا يصح.

ويجوز أن يقال: إن الأمر محمول على أن صاحب اليد سلم الملك إلى المدّعي افتداءً للخصومة، وبقي المنافع في المدة المشروطة على ملكه، لم يزل

ملكه عنها ، ويجوز أن يفتدي [عنه] ^(١) بتسليم الدار بمنافعها ، فكذلك يجوز تسليم الدار دون المنفعة . [٤٢٣/ب]

ولا يقال: فكيف يصح أن ينتقل الملك في دار إلا منافعها؟

قلنا: يجوز إذا كانت المنفعة معلومة المدة، كمن آجر داراً، ثم باعها والمستأجر يعلم .

قال: وإذا صالح رجل رجلاً من دعواه في عين أو دين ^(٢) على مسيل أو على شرب يوم من هذا النهر، على أنه لا حق فيه في رقبة النهر، أو على أن يحمل كذا وكذا أجذاً على هذا الحائط، وعلى مسيل ميزابه في داره أياماً معلومة، فإن هذا فاسد لا يجوز؛ وذلك لأن المسيل مجهول، ألا ترى أنه لا يعلم مقدار ما يسيل في الأرض من الماء، والشرب مجهول؛ لأنه إذا لم يعقد على ملك نفس الشرب، فالعقد على الماء، وذلك مجهول، وكذلك مسيل الميزاب؛ لأنه يختلف بقله الماء وكثرته، وأما حمل الجذوع على الحائط، فلا يجوز أن يستحق بالعقود؛ لأنه إجارة بقعة لا يمكن سكنها، فلم يجز الصلح ^(٣) عليه .

قال أبو الحسن: وكل صلح وقع بمجهول أو بما لا يجوز بيعه أو الشراء به، فإن الصلح فاسد؛ لما بينا أن ما يقع الصلح به معتبر بالبيع ^(٤)، فلا يجوز العقد عليه مع الجهالة ^(٥).

(١) في أ (يمينه) والمثبت من ل .

(٢) في ل (أو أرش) بدل (أو دين) في أ .

(٣) في ل (فلم يصح) .

(٤) في ل (بالمنافع) .

(٥) انظر: الأصل ٥٨٥/١٠، ١٢٨/١١ وما بعدها .

بَاب الرجل يتبرع بالصلح عن المدعى عليه



قال: وإذا ادعى رجل في دار في يد رجل دعوى في أرضه، وصالحه [عنه] أجنبي بأمره أو بغير أمره بإنكار أو بإقرار، أو بغير إقرار ولا إنكار، فإن ذلك جائز.

أما إذا صالح بأمر المطلوب فهو وكيله في الصلح، وعقده لعقد الموكل، فكما جاز للمطلوب أن يصالح، فكذلك توكيله.

وأما إذا صالح بغير أمره، فقد تبرع بإسقاط الحق عن المطلوب، والإنسان يجوز أن يتبرع بإسقاط حق غيره، كما يتبرع بقضاء دينه، وكما لو تبرع ببذل ما للزوج ليخلع امرأته، أو للمولى حتى يعتق عبده، أو للولي حتى يعفو عن القاتل، جاز في جميع ذلك؛ لأنه تبرع بإسقاط الحق عن الغير، وكذلك في مسألتنا.

ويستوي فيه الإقرار والإنكار؛ لأنه إن كان مُقَرَّراً فقد تبرع بإسقاط الدين^(١)، وإن كان منكراً فقد تبرع بإسقاط الخصومة، وكل واحد من الأمرين يجوز للمطلوب فعله، وكذلك يجوز للمتبرع عنه.

قال: ولا يكون من حق المدعى للمصالح شيء، إنما يكون ذلك للذي في يده الدار؛ لأن المصالح لم يبع الحق المدعى، وإنما صالح عن المطلوب، وذلك يفيد إسقاط الحق دون نقل الملك، فكان الحق المدعى للمطلوب خاصة.

(١) في ل (الدم).



قال: ولا يكون على المصالح من المال الذي صالح عليه شيء إلا أن يضمن ذلك للذي صالحه ، وهذا على وجوه:

إن صالح على مال مطلق ، فالصلح موقوف ، فإن أجازة المطلوب جاز ، ولزمه المال ، وإن رده بطل ذلك ؛ [وذلك] لأن العاقد قد تبرع بالعقد ولم يتبرع بالمال ، فلا يجوز أن يلزمه زيادة على مال التزمه ، وسقوط الحق موقوف على سلامة المال للطالب ، فإذا أجاز المطلوب لزمه المال ، وإن كان العاقد صالح بأمره ، فيتم العقد بسلامة العوض للمدعي ، وإن لم يجر فلم يسلم العوض فبطل العقد .

والوجه الثاني: أن يقول صالحتك من دعواي على فلان على ألف دينار ، على أنني ضامن لها ، فتم العقد ، ويلزمه الضمان ؛ وذلك لأن العقد وإن لم يوجب الضمان عليه ، فضمانه للمال يلزمه ذلك ، ويسلم^(١) العوض بضمانه للمدعي ، فيتم العقد .

ولا يقال: كيف يصح ضمانه والعقد لا يوجب الضمان عليه؟

قلنا: هو متبرع بالعقد ، متبرع بالضمان وإن لم يلزمه بالعقد ، كالوكيل بالنكاح إذا ضمن المهر .

والوجه الثالث: أن يقول: صالحتك على ألفي هذه ، أو على عبدي هذا ، فيتم العقد ، ويلزمه التسليم ؛ لأن إضافة المال المعقود عليه إلى نفسه يقتضي التزامه لتسليمه وإتمام العقد به ، لولا ذلك لم يكن لإضافته إلى نفسه معنى ، وإذا

(١) في ل (ولم يسلم) .

لزمه التسليم فتم العقد .

والوجه الرابع: أن يقول: صالحتك على هذه الألف، أو هذا العبد، ويُسَلَّم ذلك من غير ضمان، فيتم العقد؛ لأن التسليم يوجب سلامة العوض للمدعي، وإذا سلم له العوض وهو مقصوده في العقد صحَّ العقد .

قال: فإن كان إنما صالحه على عبد بعينه، فوجد به عيباً أو استحق لم يكن لصاحب الدعوى على المصالح شيء، فكان المدعي على دعواه في الدار، وكذلك كل عوض صالحه عليه؛ لما بيّنا أن العاقد للصلح بغير أمر المطلوب متبرع بالعقد، وإنما يلزمه الضمان بالتزامه، ولم يضمن في مسألتنا، وإنما تبرع ببذل العين من غير ضمان، فإن سلمت تم الصلح، وإن استحققت لم يجب أن يلزمه عوضها؛ [لأنه لم يتبرع بغيرها، وكذلك إذا وجد بها عيباً]؛ لأنه لم يرض أن يلتزم إلا العين، فلو ألزمناه نقصان العيب لألزمناه ما لم يلتزمه، إلا أن المدعي يرجع بدعواه؛ لأن البذل متى استحق لم يسلم له عوض مقصود، وكذلك إن رده بعيب، وإذا تم ما يسلم له الفسخ للعقد وعاد بدعواه .

قال: ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها، فدفعها إليه، فاستحققت، أو وجد فيها زيوفاً، أو ستوقة، فله أن يرجع بذلك على الذي صالحه دون الذي في يده الدار؛ لأن إطلاق الدراهم يقتضي الجياد، وضمانه لها يوجب عليه التسليم، فإذا استحققت فلم يوجد التسليم فكان عليه العوض عنها، وكذلك إن ردت عليه بعيب .

قال: ولو صالحه على دراهم وضمنها، ثم قال: لا أدفعها إليك، أجبرته على أن يؤديها إليه؛ وذلك لأنه التزمها بالضمان، فلزمه تسليمها كما يلزمه سائر

الأموال الواجبة بالعقود .

قال: ولو أن رجلاً في يديه دار، فادّعى فيها رجل حقاً، فصالحه الذي في يديه الدار على دراهم مسمّاة ودفع إليه الدراهم، ثم إن الدار استحققت، كان له أن يرجع بدراهمه .

قال: ولو كان صالح عنه غيره، رجع بدراهم ذلك الرجل؛ لأنه هو الذي أدّاه؛ وذلك لأن استحقاق الدار تبين له أنه لا حق للمدعي، فقد أخذ العوض من غير حق، فوجب أن يرجع به .

وأما إن صالح عنه رجل متبرع ثم استحققت الدار، رجع المتبرع بما أعطى؛ لأنه إنما تبرع ليسقط الحق عن المطلوب، فإن بان أن لا حق عليه، وجب أن يرجع بما أعطى، وليس للمطلوب أن يرجع بشيء؛ لأن الصلح يفسخ بالاستحقاق، فكأنه لم يكن، ويعود المال إلى الذي تبرع به؛ لأنه لا يملكه المطلوب .

قال: ولو لم يستحق الدار، ولكن استحق بعضها، نصفها أو ثلثها أو ربعها، لم يرجع على المدعي بشيء، وكذلك لو استحق منها ثلث معلوم؛ لأنني لا أدري لعل [أن يكون] دعواه فيما بقي دون ما استحق، وهذا على وجهين:

إن كان ادّعى حقاً في الدار غير معين فصالحه عنه، ثم استحق بعض الدار، لم ينقض الصلح على ما ذكرت؛ لأنه يجوز أن يكون الحق ما بقي في الدار، فلم يجز فسخ الصلح بالشك .

وأما إن ادّعى جميع الدار، فصالحه من دعواه، ثم استحق بعضها، رجع



بحصة المستحق ؛ لأنه لم يبذل العوض إلا ليسلم له الدار ، ولم يسلم [٤٢٤/أ] إلا بعضها ، فيرجع بقدر ذلك .

وقال في باب آخر: إذا كان لرجل على رجل دين ألف درهم ، والمطلوب يقرُّ به أو ينكره ، فصالحه عنه رجل بغير أمره على مائة درهم ، حالاً أو إلى أجل ، ثم إن المصالح أبى أن يدفع المال ، وأراد الطالب أخذ المال من المصالح ، ولم يضمن له شيئاً ، فإنه لا يلزم من ذلك شيء ، وإنما المصالح هاهنا طالب المعروف ، وهذا على ما بيّنا أن عقد الصلح لا يوجب الضمان على المتبرع ، إلا أن يضمن ذلك .

قال: وإن كان المصالح صالح الطالب بأمر المدعى عليه ، فالصلح جائز إذا كان المدعى عليه مقراً بالحق ، ويلزم المدعى قبله الصلح ، وإن كان جاحداً للحق ولم يأمر بالصلح لم يلزمه شيء ، إلا أن يجيز الصلح أو يضمن المصالح .

وهذا على ما قدمناه: أنه إذا صالح عنه بأمره فكأنه عقد الصلح بنفسه ، فيلزمه الضمان دون الوكيل ؛ لأن حقوق عقد الصلح لا تتعلق بالعاقد .

وإن كان الصلح بغير أمره لم يضمن العاقد ، ووقف على إجازته .

وبقيّة الباب مبنيّة على ما قدمنا .



بَاب

الرجل يصلح على بعض دينه على أن يعطي الباقي منه إلى وقت



قال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فقال له: أصالحك على أن أحطّ عنك خمسمائة، على أن تعطيني اليوم خمسمائة، فصالحه على ذلك، فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا: إن أعطاه خمسمائة في ذلك اليوم برئ من الخمسمائة الأخرى، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم انتقض الصلح، وكان عليه ألف.

وقال أبو يوسف: إنما عليه خمسمائة، وهو بريء من الخمسمائة.

وإن قال له: أصالحك على خمسمائة تعجلها اليوم، فإن لم تعجلها فالألف عليك، فلم يعجل له، يبطل الصلح، وكان عليه الألف في قولهم.

قال: والأصل في ذلك: أن الخمسمائة التي شرط تعجيلها مستحقة بعقد المدائنة، فهو إنما شرط أخذ بعض حقه وإبراء عن باقيه، وجعل ترك التعجيل شرطاً في فسخ البراءة، والصلح من العقود المحتملة بشرط الخيار كالبيع.

وقد قالوا - فيمن قال: أبيعك هذا العبد بألف على أن تعجلها اليوم، فإن لم تعجلها فلا بيع بيننا -: إن البيع جائز، وجعل ترك التعجيل شرطاً في الفسخ، فالفسخ يتعلق بالشروط، وكذلك في مسألتنا، ولا يجوز أن يكون تعجيل الخمسمائة شرطاً في البراءة في الباقي؛ لأن براءة [صاحب] الأصل لا تتعلق بالشروط.

فأما إذا لم يقل: فإن لم تعجلها فلي الألف؛ فوجه قول أبي حنيفة ومحمد:

أن شرط تعجيل الخمسمائة لا معنى له ، وهي مستحقة قبل الشرط ، إلا أن يكون جعل الفسخ متعلقاً بترك التعجيل ، فكأنه قال : على أنك إن لم تعجلها فلا صلح بيننا .

لأبي يوسف : أنه صلح عن عوض بشرط تعجيله ، فإذا لم يقع الوفاء بالتعجيل لم يفسخ ، إلا أن يكون شرط الفسخ ، كمن قال : بعثك هذا العبد بألف على أن تعجلها لي اليوم .

قال محمد : إن صالحه على أن يعطيه خمسمائة إلى شهر ، على أن يحطّ عنه خمسمائة الساعة ، وإلا فإن لم يعطه إلى شهر فعليه ألف ، فهو كما شرط ؛ وذلك لأنه أبرأه في الحال وجعل ترك الدفع في الشهر شرطاً في الفسخ ، فإذا لم يعجل في الشهر انفسخ العقد ، وهذا ظاهر على أصل محمد ؛ لأن من أصله أن الخيار يجوز أن يشرط أكثر من ثلاثة أيام .

قال : فإن أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر ، فعليه الألف فهو جائز ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفّه خمسمائة إلى رأس الشهر ، فعليه الألف ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه ؛ وذلك لأنه تكفل بخمسمائة في الحال ، وخمسمائة متعلقة بالشرط ، وهو تأخير الأداء ، فإذا حصل الشرط وجب الألف .

قال : ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال : قد حطت عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليك ، فهذا أوثق من الباب الأول ؛ لأن هاهنا ضمن جميع الألف في الحال ، ثم حطّ عنه خمسمائة ،

[وجعل] ^(١) ترك التعجيل في الباقي شرطاً في فسخ البراءة ، فهو أوثق ؛ لأنه ليس فيه إيجاب متعلق بالشرط .

قال : وكذلك لو جعلها نجوماً بكفيل ، أو غير كفيل ، وقال : إن ^(٢) لم توافني كل نجم عند محله فالمال حال عليك ، وما حططت عنك فهو عليك ، فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا : هذا جائز على ما (اشترط ، وكذلك قال أبو يوسف ؛ وذلك لأنه جعل ترك التعجيل في النجوم) ^(٣) شرطاً في فسخ البراءة ، وقد بينا أن الفسخ على هذا الوجه يجوز أن يتعلق بالشرط .

قال : وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم ، فقال متى أديت إليّ خمسمائة منها فأنت بريء عن الباقي ، فأدّى إليه خمسمائة ، فأبى الطالب أن يفي له بذلك [الشرط] ، فإن أبا حنيفة قال : له ذلك ، ولا يبرأ مما بقي .

وكذلك لو قال : قد صالحتك على أنك متى أديت إليّ خمسمائة (فأنت بريء عن الباقي ، فأدّى إليه خمسمائة ، فأبى الطالب أن يفي له بذلك ، فإن أبا حنيفة قال : له ذلك ، ولا يبرأ مما بقي .

وكذلك لو قال : قد صالحتك على أنك متى أديت إليّ خمسمائة ، فأنت بريء من خمسمائة) ^(٤) ، فهذا باب واحد ، ذكر فيه الصلح أو لم يذكر فيه صلحاً ؛ لأن هذه براءة متعلقة بشرط ، وبراءة صاحب الأصل لا يجوز تعليقها بالشروط ؛

(١) في أ (وكفل) والمثبت من ل .

(٢) وفي ل (على أن توفيني كل نجم) .

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل .

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ل .

لأن فيها معنى التملك ، ألا ترى أنها تبطل بالرد ، كما يبطل به التملك ، وما فيه معنى التملك لا يجوز تعليقه بالشروط .

قال : وأهل الذمة وأهل الإسلام في ذلك سواء ؛ لأنهم محمولون على حكم الإسلام إلا ما استثنى لهم بعقد الأمان .

قال : وكذلك كل ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ يقول هذه المقالة ، وكذلك المرأة تقول لزوجها هذه المقالة في مهرها ؛ لأن العقود لا تختلفُ بالقرب والبعيد ، فأحكامها في الجميع سواء .

قال : وكذلك الرجل يقول هذه المقالة لمكاتبه : إذا أدت إلي خمسمائة فأنت بريء مما بقي من مكاتبك صلحاً ، قال ذلك ، أو غير صلح ، ثم أبى أن يفي له بعدما أدى ، [فذلك له] ^(١) ، ولا تجوز البراءة .

ولو قال : إذا أدت إلي خمسمائة فأنت حرٌّ ، فأدى إليه خمسمائة عتق ؛ وذلك لأن مال الكتابة دين للمولى ، فإذا علق البراءة من بعضه بشرط ، لم يجز لما في ذلك من معنى التملك ، وليس كذلك إذا قال له : إذا أدت إلي خمسمائة فأنت حرٌّ ؛ لأن هذا عتق معلق بشرط ، والبراءة المتعلقة [بالعتق] من طريق الحكم لا تشتط به . [والله أعلم] ^(٢) .



(١) في ل (فذلك كله لازم) .

(٢) انظر : الأصل ٥٠/١١ وما بعدها .

بَابُ الصلح من العيوب

[٤٢٤/ب] قال: وإذا اشترى الرجل من الرجل عبداً بألف درهم، وتقابضا، ثم وجد بالعبد عيباً، فخاصم البائع فيه، فصالح المشتري من العيب على شيء دفعه إليه أو حطّ عنه من ثمنه شيئاً، فإن كان العبد يجوز رده على البائع، أو له المطالبة بأرش عيبه دون ردّه، فالصلح جائز؛ فإن كان العبد قد صار في حال لا يجوز للمشتري ردّه ولا المطالبة بأرش عيبه، فالصلح باطل لا يجوز؛ لأنه لا خصومة له قبل البائع ولا حق؛ وذلك لأن حق الرد إذا ثبت للمشتري فصالح، فهذا إسقاط حق [يفضي]^(١) إلى مال بعوض، فيجوز كالصلح من دم العمد.

وأما إذا أسقط الرد فحقه إنما هو الأرش، فإذا صالح عنه فقد صالح عن مال المدعي على مال، فيجوز.

وأما إذا كان المبيع لا يقدر على رده ولا يجوز المطالبة بأرشه، فالصلح باطل، وهذا مثل أن يكون المشتري قد باع العبد وأخرجه من ملكه، أو قتله؛ وذلك لأنه لا يثبت له الخصومة هاهنا في الرد، ولا في الأرش، فإذا صالح فقد صالح عن غير حق، فلا يجوز صلحه.

قال: وإذا ظهر المشتري على عيب بما اشتراه، فصالح البائع على دراهم أخذها منه، أو على غير ذلك، أو على أن يحط البائع عنه بعض الثمن ثم زال

(١) في أ (بعض) والمثبت من ل، م.

ذلك [العيب بأن]^(١) كان بياضاً في العين فذهب، أو حبلاً ظهر [بالجارية، ثم]^(٢) تبين أنه كان ريحاً فتفشى، فإن البائع يرجع على المشتري بما أخذ منه، وبما حط عنه من الثمن؛ وذلك لأن العيب إذا زال سلم [المبيع]^(٣) للمشتري من غير نقص، وهو إنما أخذ العوض عن النقص، فثبت^(٤) أنه أخذ عوضاً عن غير معوض، فوجب رده.

قال: وهذا في كل بيع يجوز التفاضل فيه بين المبيع وبين ثمنه، وإن كان بيعاً لا يجوز التفاضل فيه، فإنه لا يرجع بأرش عيب ولا يحط أحدهما عن صاحبه شيئاً. وهذا مثل أن يبيع ما فيه الربا بجنسه، ولو حطَّ لأجل العيب^(٥) أو صالح على شيء، صار العوض ما بقي، فيؤدي ذلك إلى الربا.

قال: وإذا ظهر^(٦) المشتري بعيب فصالحه البائع على إن أبرأه من ذلك العيب ومن كل عيب، فهو جائز، ولو لم يظفر المشتري بعيب فصالحه، ولكن البائع خاف [اطلاع] المشتري على ذلك، فصالحه من كل عيب على شيء دفعه [إليه]، فالصلح جائز؛ لأن عقد البيع [سبب] لثبوت الخصومة في العيب، فإذا صالح بعد العقد من العيوب، فقد صالح عند وجود السبب الحق، وإسقاط الحقوق عند وجود أسبابها جائز.

قال: وإن صالحه من ضرب من العيوب، فقال: صالحتك من الشجاج أو

(١) الزيادة من ل، م.

(٢) في أ (بجارية لم) والمثبت من ل.

(٣) في أ (العبد) والمثبت من ل، م.

(٤) في ل، م (فتبيناً).

(٥) في م (البيع).

(٦) في ل (ظفر).

القروح أو الشَّمط ، فهو جائز ، وهو بريء من ذلك الصنف خاصة ، فإن ظهر عيب غيره كان له أن يخاصم فيه ؛ لأننا قد بينا أن الصلح يجوز من كل العيوب ، فإذا صالح من نوع منها أقل جهالة ، فأولى أن يجوز .

قال : ولو اشترى شيئاً من امرأة فظهر على عيب ، فصالحته من ذلك أن تزوجته ، كان النكاح جائزاً ، وكان هذا إقراراً منها بالعيب ، فإن كان أرش العيب تبلغ عشرة دراهم فهو مهرها ، وإن كان أقل من ذلك أكمل لها عشرة ؛ وذلك لأن العيب يجوز الصلح منه على مال على ما بينا ، فإذا تزوجت عليه فقد جعلت الأرش مهرًا ، وذلك مال من الأموال ، فيجوز تسميته في العقد .

وإنما جعل التزويج إقراراً بالعيب ؛ لأنه عقد معاوضة ، فلما دخل البائع فيه كان ذلك إقراراً منه بحصول العوض .

وكذلك لو اشترى شيئاً بأرش العيب ، كان إقراراً بالعيب ؛ لأن عقد الشراء يقتضي ثبوت العوضين ، فالدخول فيه اعتراف بثبوتها ، وليس هذا كالصلح ؛ لأنه ليس بمعاوضة ، وإنما هو من عقود [التبرع]^(١) ، فلا يتضمن الاعتراف ، وإنما يتضمن إسقاط الحق .

ولا يقال : هلا جعلتم العيب كدم العمد إذا تزوجت عليه أن القصاص يسقط ، ويجب [لها] المال^(٢) ؛ لأن القصاص حق ليس بمال ، فلا يجوز أن يكون مهرًا ، والعيب حق هو مال ، ألا ترى أنه نقصان جزء من المبيع ، والمال يجوز أن يكون مهرًا ، وإنما قال إنه يكمل لها عشرة ؛ لأن الأرش متى كان أقل من عشرة فذلك لا يجوز أن يكون مهرًا ، فتسميته تسمية العشرة عندنا ، فلذلك لزم إتمامها .

(١) في أ (اليبوع) والمثبت من ل ، م .

(٢) في ل (ويجب لها مهر المثل) .

قال: وإذا اشترى الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة، فقبضهما، ووجد بأحدهما عيباً، فصالحه على أن يرده بالعيب إن زاده في ثمن الآخر درهماً، فالرد جائز وزيادة الدرهم باطلة في قول أبي حنيفة ومحمد.

وفي قول أبي يوسف: لا يجوز شيء من ذلك؛ وذلك لأن الرد مستحق، فإذا صالحه على أن يزيده في الآخر إذا قبل المعيب، فقد علق الزيادة بشرط الرد، والزيادة عوض، فلا يجوز أن يتعلق بالشرط؛ إلا أن الرد جائز؛ لأنه مستحق، فوقع عن مستحقه، ولأنه [لا] ^(١) يفتقر إلى عوض، فبطلان العوض فيه لا يوجب بطلانه، كالطلاق.

وأما أبو يوسف فقال: إنه جعل استحقاق الدراهم شرطاً في الفسخ، فإذا لم يسلم بطل الفسخ، وهذا على أصله: أن الإقالة بيع في [حقهما] ^(٢)، فإذا علقت بشرط لم يسلم بطلت.

فأما على قول أبي حنيفة: فهي فسخ، فلا يبطلها الشرط.

قال: وكل ما يثبت لك أن الصلح لا يجوز به في الأموال أو في الحقوق المدعاة منها، فإنه لا يجوز أيضاً في الصلح من العيب، وما جاز في دعاوي الأموال ودعاوي الحقوق [فيه] فهو جائز في العيوب، وهذا صحيح؛ لأن العيب [إما أن] يقتضي الرد، [فالصلح صلح على حق، أو لا يقتضي الرد] ^(٣)، فهو يوجب النقصان، وذلك مال؛ فلذلك اعتبره بالصلح عن الحقوق والأموال ^(٤).

(١) الزيادة من ل، م.

(٢) في أ (حقها) والمثبت من ل، م.

(٣) الزيادة من ل، م.

(٤) انظر: الأصل ٥٨٧/١٠ وما بعدها، ١٧٠/١١، ١٧١.



بَاب صلح الوالد على ولده



قال: وإذا ادعى رجل على صبيّ دعوى في شيء من ملكه أو في يده، كائناً ما كان، فصالح أبو الصبي المدعي من دعواه على مال الصبي، فإن كان للمدعي بينة فما أعطى الأب (من مال الصبي مثل الحق أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز).

وإن لم يكن له بينة لم يجز الصلح على الصبي في ماله؛ وذلك لأن المدعي إذا كانت له بينة فالحق مستحق للمدعي، ويجوز أن يكون دفع العوض عنه أنفع للصبي من دفعه، والأب غير متهم عليه؛ فلذلك جاز صلحه عنه بمثل القيمة أو بزيادة يتغابن^(١) في مثلها؛ لأن ذلك يدخل بين [تقويم المقومين]^(٢)، فلا تتعين^(٣) الزيادة، وإن كانت الزيادة كثيرة فكأنه اشترى ذلك الحق^(٤) على وجه المغابنة، فلا يجوز في حق الصبي.

وأما إذا لم يكن للمدعي بينة لم يجز الصلح من مال الصبي؛ لأن الأب يبذل ماله من غير شيء، ألا ترى أن المدعي لا يستحق أكثر من اليمين^(٥)، والصبي لا يستحلف، فلا يجوز أن يبذل ماله بغير شيء في مقابلته.

قال: وإن كان الأب صالح من مال نفسه فهو جائز؛ لأنه متبرع بإسقاط الحق

(١) في م (بزيادة يسيرة).

(٢) في أ (التقويمين) والمثبت من م.

(٣) في م (تتيقن).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٥) في ل (الضمن).

عن ابنه ، [ببذل ماله من غير شيء في مقابلته] (١) ، فجاز ذلك في جميع الوجوه .
وأما إذا ادعى الأب للصبي حقاً فصالح منه ، فهو على وجهين : إن كانت
له بينة جاز صلحه .

[٤٢٥/أ] وإذا أخذ مثل القيمة أو نقصاناً يسيراً ؛ لأن الحق يثبت للصبي ،
ويجوز أن يكون أخذ العوض أنفع له ، والأب غير متهم عليه ، فكأنه باع ، فيجوز
بيعه بمثل القيمة أو بنقصانٍ يسير .

وأما إذا لم يكن له بينة جاز صلحه بالقليل والكثير ؛ لأنه ليس في يده أكثر
من استحلاف المدعى [عليه] ، ولا فائدة للصبي في ذلك ، فإذا أخذ [عنه] (٢)
عوضاً كان قليلاً أو كثيراً جاز .

قال : ولا يجوز صلح أحدٍ على الصغير إلا أبٌ ، أو جدُّ أبو الأب ، [إذا لم
يكن أبٌ] ، ولا وصيُّ الأب ، [أو وصيُّ الجد] إذا لم يكن [الجد] (٣) .

وكلٌّ من لا يجوز بيعه على الصبي ولا شراؤه ، فإن صلحه لا يجوز عليه ؛
وذلك لأن صلحه عقدٌ من العقود ولا يملكه في حقه إلا من له ولايةٌ عليه ، وهذا
إذا صالحوا بماله ، وأما إذا تبرعوا بأموالهم فالصلح جائزٌ في حق الصغير كما
يجوز في حق الكبير .

قال : ولا يجوز حطُّ الأب من مال الصغير على رجلٍ وإبرأؤه منه على وجه
الصلح ولا غيره ، وهذا إذا لم يكن ولي العقد ؛ لأنه يسقط حقاً للصغير من غير

(١) الزيادة من ل ، م .

(٢) في أ (ثمنه) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٣) في أ (الأب أو وصيه) ، والمثبت من ب ، وهو أوضح في السياق .

عوضٍ ، وذلك تبرعٌ ، ولا يجوز في حقّه ، وأمّا إذا كان الأب هو الذي وَلِيَ العقد فحطّه وإبرائه جائزٌ [منه على وجه] ، ويضمن عند أبي حنيفة ومحمدٍ ، كما يجوز حطّ الوكيل ، ولا يجوز عند أبي يوسف^(١) ، وقد بيّنا [ذلك] في الوكالة .

قال: وكذلك حقوق الصغير لا يجوز البراءة منها إلا في الشُّفعة ، فإنّ تسليم الأب على ابنه الصغير جائز ، وكذلك سكوته عن المطالبة بها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمدٌ وزفر: لا يجوز ، وقد مضت هذه المسألة في كتاب الشُّفعة .

قال: وصلاح الوصيِّ على اليتيم مثل صلح الأب عليه ؛ لأنّه قام مقام الأب فعقده كعقد الأب^(٢) .

قال: ولا يجوزُ صلح أحدٍ على حمليٍّ ، أباً كان المصالح أو غيره ، وإن وُلد بعد ذلك حيّاً ورث ، وجازت له الوصايا ؛ وذلك لأنّ الحمل لا يُعلم حياته ، وكذلك لا يكمل أرشه ، ومتى لم يكن حيّاً لم يثبت له الحقُّ ولا عليه ، ولا يجوز^(٣) الصلح ، ولأنّا قدّمنا أنّ حقوق الحمل تقف على الولادة ، والصلح لا يجوز أن يقف على شرطٍ .

قال: وما كان من صلح له أو عليه بعد ولادته فهو جائزٌ ، كما يجوز على الصغير ؛ لأنّ الحقوق تثبت له وعليه ، وصحّت الولاية ، فجاز الصلح .

قال: وإذا وجب لصغيرٍ على رجلٍ قصاصٌ في نفسٍ أو دونها ، فإنّ محمداً

(١) انظر: الأصل ، ١٢/١١ .

(٢) في ب (كعقده) .

(٣) في ب (فيجوز)

روى عن أبي حنيفة في إملائه أنه قال: صلح الوصي للقاتل من الدم على الدية أو أكثر جائز بمنزلة الوالد، وإن صالح على أقل من الدية لم يجز، وكان على الجاني تمام الدية.

والأصل في ذلك: أن الأب يملك استيفاء القصاص الواجب للصغير في النفس وفيما دونها؛ وذلك لأنه يلي عليه بنفسه كما يلي على حقوق (نفسه؛ ولأن الصبي عاجز عن استيفاء القصاص لنفسه، فانتقل الاستيفاء إلى أقرب الناس إليه، وذلك) (١) الأب؛ ولهذا قال أبو حنيفة: إن القصاص إذا ثبت لصغير وكبير استوفاه الكبير؛ لأن القصاص ثابت للميت، وقد عجز الصبي عن استيفائه، فيثبت الاستيفاء للكبير، ولذلك قالوا: إن من قتل رجلاً (٢) ولا وارث له، فلإمام أن يقتص؛ لأن الدم ثبت لجماعة المسلمين، وقد عجزوا عن استيفائه، فقام الإمام مقامهم.

وإذا ثبت أن الأب يجوز استيفاؤه للقصاص جاز صلحه عنه؛ لأن المال أنفع للصبي من الدم، والأب غير متهم، فجاز أن يجعل الحق الذي ليس بمال مالا.

فأما الوصي فلا يملك القصاص في النفس، ويملك فيما دون النفس، والقياس أن يملك الجميع؛ لأنه قائم مقام الأب، [إلا أنه لما قام مقامه] بعقد الوصي، صار كالوكيل، فلم يجز له استيفاء النفس استعظماً لها.

ولا يقال: فهلاً قلتم: (إن الإمام لا يستوفي القصاص في النفس بهذه العلة) (٣)؛ لأن الإمام لا يلي على المسلمين بعقد، وإنما يلي عليهم حكماً؛ بدلالة أن المتخاصمين إليه يحكم بينهما، ولو كان يتصرف بعقدهما لم يجز حكمه عليهما.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

وأما ما دون النفس فقد أجري مجرى الأموال ؛ بدلالة أنه يكون عمداً محضاً لا شبهة فيه ، ويجب فيه المال ، كالمشتركين في قطع يدٍ ، وقطع اليد من نصف الساعد ، فيتبعص^(١) في الوجوب كما يتبعص المال ، بدلالة القاطعين ليدٍ واحدةٍ ، وللوصي أن يتصرّف في المال كما يتصرّف في القصاص الجاري مجرى الأموال .
وإذا ثبت هذا : فلا شبهة في صلحه عمّا دون النفس ؛ لأنه يملك الاستيفاء ، فيملك الصلح كالأب ، فأما في النفس فإذا لم يملك الاستيفاء ، لم يملك الصلح .
وقد ذكر محمد^(٢) في بعض نسخ الأصل : أن صلحه في النفس لا يجوز ، وفي أكثرها أنه جائز ؛ وذلك لأن القياس كان يقتضي جواز استيفاء القصاص ، وإنما سقط لشبهه ، والمال لا شبهة فيه ، فيملك العقد عليه ؛ ولأنه يجعل^(٣) الحق الذي ليس بمالٍ مالاً ، وذلك أنفع للصبّي فجاز .

وأما إذا صالح الأب أو الوصي على أقل من الدية ، لم يجز ؛ لأن الصلح أوجب سقوط القصاص ، فوجب المال ، وهو مقدّرٌ ، كما يجب إذا تعذر القصاص حكماً ، فإذا حطّ منه فقد حطّ من حق الصغير ، فلا يجوز ، والحطّ اليسير والكثير سواءٌ ؛ لأن ذلك متيقّنٌ ، وليس هذا كبيعته بنقصانٍ يسيرٍ ؛ لأن العوض هناك غير مقدّرٍ ، وإنما يتقدّر بالتقويم ، والحطّ اليسير يدخل بين التقويمين ، فلا يجوز أن يتيقّن بالحطّ ، فلذلك جاز ؛ (لجواز أن لا حطّ فيه)^(٤) .



(١) في أ (فينتقص) .

(٢) هنا في ب زيادة (أن القياس كان يقتضي جواز استيفاء القصاص) ، والسياق لا يحتمله .

(٣) في ب (يجوز) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب . انظر بالتفصيل : الأصل ، ٣١/١١ وما بعدها .

بَاب

الصلح في الوديعة وما في معناها



قال: إذا أودع رجلٌ رجلاً وديعةً ثم جاء يلتمس أخذها، فقال المُودِع: قد هلكت أو [قد] رددتها عليك، أو ادّعى وجهاً مما يكون القول قوله فيه مع يمينه، وكذّبه الطالب، وادّعى أنه استهلكها، ثم اصطلحا بعد هذا القول على شيءٍ، فالصلح باطلٌ في قول أبي يوسف.

وقال محمدٌ: الصلح جائز إذا ادّعى ربّ الوديعة ما يوجب الضمان على المُودِع.

لأبي يوسف: أن دعوى المُودِع للردّ أو الهلاك تبرّئه من الدعوى، كما يبرأ بإبراء صاحب الدين من الدين، فكما لا يجوز الصلح في الديون بعد البراءة، فكذلك لا يجوز في الوديعة بعد دعوى الهلاك.

ولا يقال: لو برئ بقوله لم يجب عليه اليمين؛ لأنّ اليمين إنّما هي لتأكيد البراءة؛ لا أنّ البراءة تقف عليها، ولأنّ المالك لما أئتمن المُودِع وأقامه مقام نفسه في الحفظ، صار دعواه للهلاك كاعتراف المُودِع بذلك، فيمنع [من جواز] الصلح^(١).

وجه قول محمدٍ: أن المدّعي يدّعي وجوب الضمان على المُودِع بالاستهلاك، فجاز الصلح كما يجوز في سائر الدعاوي؛ ولأنّ دخولها في عقد

(١) انظر: الأصل، ١٠٢/١١ وما بعدها.

الصلح اعترافٌ منهما بصحته ، وذلك لا يكون مع براءة المُودَع ، فوجب أن يُحمَل العقد على الجواز ما أمكن .

قال: وإن كان الصلح قبل دعوى المُودَع ما يوجب براءته ، فالصلح جائزٌ [٤٢٥/ب] في قولهما ؛ لأنَّ البراءة لم تحصل ، فالمطالبة ثابتةٌ ، فجاز الصلح عنها كما يجوز عن سائر الحقوق .

قال: فإن اختلفا بعد وقوع الصلح ، فقال المُودَع: كان الصلح بعدما [ادّعيته] ^(١) من البراءة ، وقال الطالب: كان قبل ذلك ، فالقول قول الطالب ، إلا أن يقيم المطلوبُ البيّنة أن الصلح وقع بعد دعواه البراءة ، وإن لم يكن له بيّنةٌ فله أن يستحلف الطالب على ذلك ، فهذا إنما يجيء على قول أبي يوسف .

فأمّا على قول محمدٍ: فلا فائدة لهذا الاختلاف ؛ ولأنَّ الصلح عنده جائزٌ قبل دعوى البراءة وبعدها .

وأمّا على قول أبي يوسف: فالأمر مختلفٌ ، إلا أنه جعل القول قول المدّعي ؛ لأنَّ المودَع ^(٢) يدّعي بطلان العقد الذي دخل فيه ، فلا يُصدّق على ذلك .

وأمّا إن أقام البيّنة بطل العقد عنده ؛ ولأننا بيّنا أنه صالح بعدما برئ من الحقّ ، ولا يقال: كيف تُسمَع بيّنته بفساد العقد بعد دخوله فيه ؟ لأنه تبين أنه لم يكن بينهما عقدٌ ، فتقبل البيّنة على ذلك ، كما تُقبل بيّنة المرأة بعد الخلع: أن الزوج كان طلقها ثلاثاً .

قال: فإن كان المُودَع جحد الوديعة ، وقال: لم تودعني [شيئاً] ، ووقع

(١) في أ (أودعنتيه) ، والمثبت من ب ، وتصوير المسألة يقتضيه .

(٢) في ب (المدّعي) .



الصلح بعد جحوده، فالصلح جائزٌ أيضاً^(١)؛ لأنَّ الجحود سببٌ لضمان الوديعة لو كانت، وليس بسببٍ للبراءة؛ فلذلك جاز الصلح.

والعارية والمُضاربة كالوديعة؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أمانةٌ يبرأ منها بقوله^(٢).



(١) في ب (هنا).

(٢) انظر: الأصل ١١/١٠٤، ١٠٥.

بَابُ صُلْحِ الْمُرْتَدِّ

—•••••—

قال عليه السلام: الأصل في هذا الباب: أن عند أبي حنيفة ردة الرجل تُوجب زوال ملكه زوالاً مراعىً، فإن قُتل أو مات على رده، أو لحق بدار الحرب وحُكِمَ بلحاظه، زالت المراعاة، وحكمنا بانتقال^(١) الملك في آخر جزءٍ من أجزاء إسلامه، فإن أسلم، حكمنا ببقاء أملاكه على ما كانت عليه.

وعقوده [عنده]^(٢) على الأموال موقوفةٌ أيضاً، وهذه المسألة تأتي في كتاب السير، فإذا صالح وُقِفَ عقده، كما تقف سائر العقود.

فأمّا على قول^(٣) أبي يوسف: فحكم المرتد حكم من وجب عليه القصاص؛ لأنّ دمه مُستحقٌّ، فإذا صالح جاز صلحه.

وعند محمد: هو كالمریض؛ لأنّ حاله مخوفةٌ، فيجوز صلحه فيما يجوز صلح المريض عليه.

فأمّا المرتدة فصلحها جائزٌ في قولهم؛ لأنّ ردها لا تزيل ملكها عن مالها^(٤)، كما لا تبيح دمه، فإذا عقدت جاز عقدها.

(١) في ب (بزوال).

(٢) في أ (عندهم)، والمثبت من ب، وهو أنسب؛ لأنّ الكلام عن اختيار أبي حنيفة.

(٣) في ب (أصل).

(٤) في ب (أملاكها).

قال: فإن لحقت بدار الحرب، وحُكِمَ بلحاقها، بطل ما وقع من صلحها في دار الحرب، كما يبطل بصلح الحربية؛ لأنَّ الحكم بلحاقها يوجبُ زوال أملاكها، ويجعلها في حكم أهل الحرب^(١).



(١) انظر: الأصل ١١/١٥٩، ١٦٠.

بَابُ صَلْحِ الْمَكَاتِبِ

[قال]: وإذا كان للمُكَّاتِبِ على رجلٍ دينٌ، فصالحه على أن يحطَّ [عنه] بعضه، أو آخر بعضه، أو جميعه، فإن الحطَّ لا يجوز إذا كان من دينٍ له [عليه] بيّنة، وإن لم يكن عليه بيّنةٌ جاز حطّه؛ وذلك لأنَّ الحطَّ تبرُّعٌ ومعروفٌ، والمُكَّاتِبُ لا يملك التبرُّع، وإذا كان له بيّنةٌ فالحقُّ ثابتٌ، [فلا يجوز إسقاطه لشيءٍ منه، وإن لم يكن له بيّنةٌ، جاز صلحه؛ لأنَّ الحقَّ ليس بثابتٍ]، وإنما يثبت له اليمين، والمال له أنفع من ذلك.

قال: وتأخيرُه جائزٌ، [سواءً] كانت له بيّنةٌ أو لم تكن؛ وذلك لأنّه مَلَكٌ أن يقبض الحقَّ ثم يبيعه بالتأجيل^(١)، فإذا أجلَّ ابتداءً جاز.

قال: وصلح المُكَّاتِبِ في التجارات جائزٌ ما لم يحطَّ شيئاً من مالٍ قد ثبت بالبيّنة ما خلا العيب، فإني أستحسن أن أجز الحطَّ فيه؛ لأنَّ الرَدَّ بالعيب مستحقٌّ، ويجوز أن يكون الثمن مع الحطَّ أنفع من أخذ السلعة، فلم يكن في ذلك تبرُّعٌ.

قال: فإن عجز المكاتب، فادّعى رجلٌ قبله ديناً، واصطلحا على أن يأخذ بعضها ويؤخر بعضها، فإن هذا لا يجوز إلا أن يكون عليه بيّنةٌ؛ لأنَّ العجز حَجْرٌ عليه، فلا يجوز تصرّفه مع الحجر.

وأما إذا كانت عليه بيّنةٌ فهو الخصم في ديونه بعد العجز، وإذا صالح على إسقاط بعضها فهذا تبرُّعٌ عليه، فيجوز^(٢).

(١) في ب (إلى أجل).

(٢) انظر: الأصل، ١١/١٦٦، ١٦٧.

بَابُ صلح العبد التاجر

—•••••—

قال: وإذا كان للعبد دينٌ له بيّنة^(١) فأسقط بعضه، لم يجز؛ لأن ذلك تبرّع،
والعبد لا يملك التبرّع، فإن لم يكن له بيّنة جاز لما ذكرنا في المكاتب، ويجوز
حطّه لأجل العيب استحساناً؛ لأن ذلك مُستحقّ على ما بيّناه.

قال: ولو ادّعى رجلٌ عليه ديناً، فجحده، أو أقرب به، ثمّ صالحه على أن يحطّ
الثلث ويؤدّي الثلث ويؤخر عنه الثلث إلى أجلٍ، كان ذلك جائزاً؛ لأنّه يملك
الاعتراف مع بقاء الإذن، فإذا صالح فقد تبرّع المُستحقّ عليه^(٢)، والتبرّع على العبد
جائز.

قال: ولو حجر مولى العبد على العبد، فادّعى رجلٌ عليه ديناً، وليس في
يد العبد مالٌ، فصالح العبد على مالٍ ضمنه على أن يحطّ عنه طائفةً، فإن الصلح
لا يجوز، فإن عتق يوماً جاز عليه؛ لأنّ الحجر يمنع من جواز العقود في حقّ
المولى، فالصلح عقدٌ من العقود، فإذا أعتق جاز عليه؛ لأنّ له قولاً صحيحاً،
وإنما لم^(٣) ينفذ صلحه بحقّ المولى؛ وقد زال حقّ المولى، ولم يبق إلا حقّ
العبد، فينفذ عقده على نفسه.

قال: ولو كان في يده مالٌ جاز صلحه في قول أبي حنيفة، ولا يجوز في

(١) في ب (على ديونه بينة).

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) هذه الكلمة سقطت من ب.

قولهما^(١).

لأبي حنيفة: أن إقرار المأذون موقوفٌ على ثبوت يده على المال، لا على الإذن؛ بدلالة أن المولى إذا أخذ من يده بعض اكتسابه لم ينفذ إقراره فيما أخذه مع بقاء الإذن لعدم اليد، واليد باقيةٌ، فجاز إقراره، وإذا جاز الإقرار جاز الصلح؛ لأنه إسقاط بعض المستحق عليه.

وجه قولهما: أن الإقرار يتعلّق بالإذن، وقد زال الإذن، فلم ينفذ إقراره، وكذلك الصلح^(٢).



(١) في ب (قول أبي يوسف ومحمد).

(٢) انظر: الأصل، ١١/١٦٧، ١٦٨.

بَاب صلح الصبي التاجر

قال محمدٌ في الأصل: كلُّ شيءٍ من التجارة [الصلح فيه] ^(١) يجوز على الرجل التاجر، فهو يجوز على الصبي [التاجر]، إلا الحطَّ خاصَّةً من غير عَيْبٍ ^(٢)؛ وذلك لأنَّ الصلح عقدٌ من العقود، فإذا لم يكن تبرُّع بماله [جاز كعقود التجارات]، وأمَّا الحطُّ فهو تبرُّعٌ بماله]، فلا يجوز.

قال: وإن صلح من سلَّم أسلَّمه على رأس ماله، كان جائزاً؛ وذلك لأنَّ الصلح على رأس المال إقالةٌ، والإقالة معاوضةٌ، فملكها الصبيُّ التاجر كما يملك البيع.

قال: ولو ابتاع سلعةً، [فظفر] ^(٣) بعيبٍ، فصالحه البائع على أن قبَّلها ^(٤) كان جائزاً؛ لأنَّ الثمن أنفع له من [المبيع] ^(٥) المَعِيْب.

قال: ولو كان عليه مالٌ فحطَّ بعضاً وأخر بعضاً، كان جائزاً؛ وذلك لأنَّ هذا تبرُّعٌ [عليه]، والممتنع التبرُّع منه، فأما عليه فلا. [٤٢٦/أ] ^(٦).

تم كتاب الصلح بالأمثال والحجج

(١) في أ (فيه الصلح)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.

(٢) انظر: الأصل ١١٧/١١.

(٣) في أ (فطعن)، والمثبت من ب.

(٤) في ب (قبولها).

(٥) في أ وفي ب: (العبد)، ولعل الصواب (المبيع)، كما في بدائع الصنائع للكاساني (٤٠/٦).

(٦) انظر: الأصل، ١١٧/١١.

[٧٧] كتاب المزارعة

قال عليه السلام: المزارعة^(١) في اللغة مفاعلة من الزرع: وهي عبارة عن العقد على الزراعة ببعض الخارج، وقد سمي هذا العقد مخابرةً.

وقيل في اشتقاقه: الهاء مأخوذة من الزراعة؛ لأنّ الزارع خبيرٌ، وقد قيل: إنه مشتقٌّ من عقد النبي صلى الله عليه وآله مع أهل خيبر.

وهو عقدٌ فاسدٌ عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو جائز^(٢).

لأبي حنيفة: ما روى رافع بن خديج: (أنّ النبي صلى الله عليه وآله نهى عن المخابرة)^(٣)؛ ولأنّه عقدٌ على المنافع بما يحدث من الزرع، والعقد ببدلٍ معدومٍ لا يجوز، وليس هذا كالمضاربة؛ لأنّ الربح [فيها] ليس ببدلٍ عن العمل، وإنّما هو في مقابلته؛ ولذلك لا يفتقر إلى ذكر المدّة.

وجه قولهما: «أنّ النبي صلى الله عليه وآله نصب عاملاً على أهل خيبر على نصف ما يخرج من تمرٍ وزرع»^(٤)؛ ولأنّ الحاجة داعيةٌ إلى هذا العقد؛ ولأنّ مالك الأرض

(١) «المزارعة في اللغة: مفاعلة من الزرع، ومنه زرع الزراع الأرض: أثارها للزراعة». وفي الشرع: «عبارة عن العقد على الزرع ببعض الخارج»، كما ذكر المؤلف، وتوضيح ذلك: هي معاقدة على الزرع بين صاحب الأرض وبين المزارع، على أن يقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد. انظر: المغرب (زرع)؛ الجوهرة ص ٤٧٧.

(٢) انظر: مختصر القدوري (مع الترجيح)، ص ٣٢٧، ٣٢٨.

(٣) رواه البخاري (٢٢٥٢)؛ ومسلم (١٥٣٦) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٤) رواه البخاري (٢٢١٣)؛ ومسلم (١٥٥١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.



لا يجد أجره يستعمل بها، (وما دعت إليه الحاجة)^(١) والضرورة في العقود فهو جائز، كعقد الإجارة على منافع معدومة.

وذكر أبو الحسن حديث رافع بن خديج قال: «نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، نهى إذا كان لأحدنا أرضاً أن يعطيها ببعض خراجها؛ بثلث أو نصف، وقال: «من كانت له أرض فليزرعها، أو ليمنحها أخاه»^(٢).

وهذا الخبر أورده حجة لأبي حنيفة في امتناع المزارعة، وهو متأخر عما كانوا يعقدونه، فيقتضي ذلك فسخ جواز العقد.

وذكر عن زيد بن ثابت قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة»، قال: قلت: وما المخابرة؟ قال: تأخذ أرضاً بثلث أو نصف أو ربع^(٣)، وهذا دلالة لأبي حنيفة أيضاً.

وذكر عن رافع بن خديج: «أن النبي ﷺ نهى عن [الحقل]^(٤)، وقال: «[الحقل] الثلث والربع»^(٥)، و[الحقل] في اللغة: الزرع^(٦)، فكأنه نهى عن العقد به.

وذكر عن ثابت بن الضحاك أنه سئل عن المزارعة، فقال: «نهى عنها

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) رواه البخاري (٢٢١٤)؛ ومسلم (١٥٤٨).

(٣) رواه أبو داود (٣٤٠٧)

(٤) في أ (الجعل)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٥) روه أبو داود (٣٣٩٨)؛ والنسائي (٣٨٦٣)؛ وابن ماجه (٢٤٦٠)؛ وصححه ابن حبان

(٥١٩٨).

(٦) وفي القاموس المحيط: «الحقل: الزرع إذا تشعب ورقه وظهر وكثر». (حقل).

رسول الله ﷺ»^(١)، [وذكر عن رافع بن خديج، قال: نهى رسول الله ﷺ] عن المحاقلة والمزابنة، وقال: «إنما يزرع ثلاثة: رجلٌ له أرضٌ فيزرعها، أو رجلٌ مُنح أرضاً فهو يزرع ما مُنح، أو رجلٌ اُكترى أرضاً بذهب أو فضة»^(٢)، وهذا الخبر دلالةٌ لأبي حنيفة؛ لأنه لم يذكر استئجار الأرض ببعض الخارج، وهذا يمنع المزارعة بذلك.

فأما المُحاقلة: فهي مفاعلةٌ من الزرع، فيحتمل ذلك بيع الزرع بالزرع، ويحتمل العقد على المنافع بالزرع^(٣).

فأما المُزابنة: فهو بيع الرطب على رؤوس النخل بخرصها تمرأً^(٤).

وذكر حديث ابن عمر قال: (كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً، يعني بالثلث والرابع، حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة)^(٥)، وهذا يدل على أنه ترك ما كان يعتقد به بروايته؛ لأنه جعل الرواية عامّةً^(٦) لما كانوا يفعلونه، وذكر في خبرٍ آخر عنه أنه قال: «فتركناه من أجل قوله»^(٧).

وذكر عن حنظلة بن قيس: أنه سأل رافعاً عن [كراء] الأرض^(٨)، فقال:

(١) رواه مسلم (١٥٤٩).

(٢) رواه أبو داود (٣٤٠٠)؛ والنسائي (٣٩٠٠)؛ وابن ماجه (٢٤٤٩).

(٣) قال المطرزي: «المحاقلة: بيع الطعام في سنبله بالبئر، وقيل: اشتراء الزرع بالحنطة، وقيل: بيع الزرع قبل بُدُو صلاحه، وقيل: المزارعة بالثلث والرابع وغيرهما، وقيل: كراء الأرض بالحنطة». المغرب (حقل).

(٤) وفي المغرب: «المزابنة: بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر كلاً». (زين).

(٥) رواه مسلم (١٥٤٧).

(٦) في ب (غاية).

(٧) مسلم (١٥٤٧).

(٨) في أ (كري)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

«نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، وسأله عن كرائها بالذهب والفضة، فقال: لا بأس بكرائها بالذهب والفضة»^(١)، وهذا الخبر يدل على بطلان المزارعة؛ لأنه [منع العقد على]^(٢) الأرض بما يخرج منها، ولا حجة لمالك في هذا الخبر؛ لأنه يقول: [لا يجوز] استئجار الأراضي بما تُنبته الأراضي^(٣)، واحتج بهذا الخبر، فلا حجة فيه؛ لأنه إذا استأجر بحنطة مطلقة، فلم يستأجر الأراضي بالخارج منها، وإنما استأجرها بذلك: أن يشترط [عليه] من طعامها، وذلك لا يجوز عندنا^(٤).

المسائل

٢٨٠٩ - [اشتراط أحدهما قفزاناً معلومة]

قال أبو الحسن: وإذا تعاقد رجلان على زراعة أرض على أن الخارج بينهما؛ لكل واحدٍ منهما جزءٌ مشاعٌ من جميع ما تخرج الأرض، فهي المزارعة، وهي فاسدةٌ في قول أبي حنيفة، وجائزةٌ في قول أبي يوسف ومحمد، وقد بينا الكلام في ذلك، والتفريع [الآن] على قولهما، وتارةً يقع^(٥) التفريع على قول

(١) رواه البخاري (٢٢٢٠)، ومسلم (١٥٤٧)

(٢) في أ (كري)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب. وفي المدونة: «لأن مالكاً كره استكراء الأرض بشيء من الطعام»

٥٤٧/٤؛ انظر: بداية المجتهد، ٢٢٠/٢ (التجارية الكبرى).

وقال ابن جزى: أما المزارعة: فهي الشركة في الزرع، وتجوز بشرطين عند ابن القاسم: أحدهما:

السلامة من كراء الأرض بما ينبت، والثاني: تكافؤ الشريكين فيما يخرجان، وأجازها عيسى بن دينار

وإن لم يتكافئا، وبه جرى العمل بالأندلس، وأجازها قوم. قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٠٧.

(٤) انظر: الأصل ٥١٥/٩ وما بعدها.

(٥) في ب (يكون).

أبي حنيفة لو كان يرى جواز المزارعة .

قال: وإن اشترط أحدهما شيئاً معلوماً قَدْرُهُ مما تخرجه الأرض أيّهما كان ، لم تجز المزارعة في قولهم ، فهي والمضاربة في هذا الوجه سواءً ، وهذا مثل أن يشترط أحدهما قُفْزَانًا معلومًا ، أو شرط جزءاً مشاعاً وقُفْزَانًا معه ، فلا يصحّ العقد [معه] ؛ لأنّ القياس يمنع من جواز المزارعة ، وإنما أجازوه للأثر ، وذلك [ورد] ^(١) في الشَّرْكة في جميع الخارج ؛ ولأنّه روي: «أنهم كانوا يزرعون ويشترطون لأحدهما ما على الماذيانات والربيع الساقى ، [فأبطل] النبي ﷺ ذلك» ^(٢) ، وكأنّ المعنى فيه قطع الشركة [عن] بعض الخارج ؛ ولأنّ الأرض يجوز أن لا تخرج إلا المقدار المسمّى ، فيستحقه أحدهما دون الآخر ، وذلك يؤدّي إلى قطع الشركة ، [فلا يصحّ] .

وعلى هذا المضاربة: لو شرط أحدهما دراهم مسمّاةً ، أو شرط جزءاً مشاعاً ودراهم مسمّاةً معه ، لم يجز العقد ؛ لأنّ ذلك يؤدّي إلى قطع الشركة عن بعض الربح .

قال: وإن شرط أحد المزارعين البذر لنفسه ، وأن يكون الباقي بينهما ، فهذه مزارعةٌ فاسدةٌ ؛ لما بيّنا أن جواز المزارعة يثبت بالأثر ، وذلك ورد من غير استثناء البذر ؛ ولأنّ الخارج كلّهُ نماءٌ ، والبذر قد تلف ، فلو شرط ردّ مثل البذر ، أدّى إلى قطع الشركة عن بعض النماء .

فأما المضاربة: فإن شرط فيها قسمة جميع [المال] ، فسدت حتى يشترط

(١) في أ (وقع) ، والمثبت من ب .

(٢) رواه من حديث رافع رضي الله عنه : مسلم (١٥٤٧)

الشركة فيما زاد على رأس المال؛ لأن رأس المال ليس بمُتَلَفٍ، وإنما تثبت الشركة في النماء، والنماء هو الربح دون رأس المال، فهذا الوجه تفارق المضاربة فيه المزارعة.

قال: وإذا وقع العقد بين المتعاقدين على زراعة أرضٍ على أن الخارج بينهما، فإنك تنظر إلى واقع البذر ممن هو منهما؟ فإن كان البذر من قِبَلِ صاحب الأرض، [فهو مستأجرٌ للعامل، وإن كان البذر من قبل الذي أخذ الأرض] فهو مُسْتَأْجِرٌ للأرض، ومن كان من قبله البذر فما يَسْتَحِقُّه من الزرع فهو يأخذه ببذره لا بالشرط، ومن لم يكن من قبله البذر فإنما يستحق ما شُرِّط له بالشرط لا بغيره؛ وذلك لأن صاحب الأرض إذا أعطى البذر للعامل من جهته المنافع [بعوضٍ]، وهذا معنى (من أجر نفسه، وإذا كان البذر للعامل فزرع الأرض أعطى منافع أرضه بعوضٍ، فهذا معنى) ^(١) إجارة الأرض.

وإنما قال: إن صاحب البذر يستحق الخارج ببذره لا بالشرط؛ لأن الخارج نماءٌ من البذر، فهو لصاحب الأصل إلا أن يملكه غيره، ومن ليس له بذراً إنما يستحق [من] ملك غيره، ولا يستحقه إلا بالشرط.

قال: وما كان الجواب فيه: إن المزارعة فاسدةٌ، فالزرع كله لصاحب البذر، كان العامل أو صاحب الأرض؛ وذلك لأن العقد الفاسد لا يُسْتَحَقُّ فيه التسمية، ومن لا بذر له إنما يستحق بعض الخارج بالتسمية، وإذا بطلت التسمية بالفساد [٤٢٦/ب] بقي النماء كله على ملك صاحب البذر.

قال: فإذا كان المُسْتَحَقُّ للزرع العامل، [فعلية مثل أجر الأرض، فإن كان

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

المستحقّ للزرع ربّ الأرض] ، فعليه للعامل أجر عمله ؛ وذلك لأنّ العامل قد استوفى منافع الأرض بعقدٍ فاسدٍ ، فوجب عليه ردّها ، قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ تُبْتِئْ فَلََكُمْ رُوُسُ أَمْوَالِكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٧٩] ، فأوجبَ في الربا ردّ رأس المال ، والمنافع لا مثل لها ، فيجب ردّ قيمتها ، وإن كان البذر لصاحب الأرض ، فقد استوفى منفعة العامل بعقدٍ فاسدٍ ، فيجب عليه ردّها ، ولا مثل لها ، فيردّ قيمتها .

قال: وإن كان المستحقّ للزرع ربّ الأرض ، فعليه للعامل أجر عمله ، فيأخذ ربّ الأرض من الزرع مثل بذره ، وما غرم من الأجر للعامل ، ولا يتصدّق بما فضل عن ذلك ؛ لأنّ الخارج نماءً من ماله في أرضه ، والفساد حصل في منافع العامل ، والنماء غير متولّد^(١) من ذلك ، فلم يحصل له من وجهٍ محظورٍ ، فلا يتصدّق بشيءٍ .

قال: وإن كان المستحقّ للزرع العامل ، أخذ من الزرع قدر بذره ، وقدر أجر الأرض ، ويتصدّق بالفضل ؛ لأنّه أخذ فضل زرع خرج في أرض غيره بإجارةٍ فاسدةٍ ، وإنما رفع مقدار بذره ؛ لأنّ ذلك ليس بنماءٍ ، ورفع أجر الأرض ؛ لأنّ ذلك قد أدّى عوضه .

ولا يرفع أجر مثل عمله ؛ لأنّ المنافع لا قيمة لها إلا بعقدٍ ، ولم يعقد على منفعه ، وإنما هو العاقد على منفعة الأرض ، ويتصدّق بالفضل ؛ لأنّه حصل [له] متولّداً^(٢) من أرضٍ قبضها بعقدٍ فاسدٍ ، فهو مالٌ حصل له من وجهٍ محظورٍ لم يؤدّ بدله ، فصار كشاة الأنصار .

(١) في ب (حادثٍ) .

(٢) في ب (حادثاً) .

قال: وإذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ أرضاً وبذراً وبقراً، على أن يعمل المدفوع إليه الأرض بنفسه، على أن ما يخرج منها من شيء فهو بينهما، فهذا جائزٌ.

قال: وجملة هذا على قولهما: إن المزارعة على أربعة أوجه: إما أن يكون الأرض والبذر من واحدٍ، والعمل والبقر من الآخر، [أو يكون الأرض والبقر والبذر من واحدٍ، والعمل من الآخر]، أو يكون البذر والبقر والعمل من واحدٍ، والأرض من الآخر، أو يكون الأرض والبقر من واحدٍ، والبذر والعمل من الآخر، [فإن] كان البذر والأرض [من واحدٍ]، فالعقد جائزٌ؛ لأنه استأجر العامل ببعض الخارج، والبقر ليست مستأجرةً، وإنما [هي] تابعةٌ لعمل العامل المعقود عليه، فلا يكون في مقابلتها^(١) عوضٌ، كما لو استأجر خيَّاطاً كانت الإبرة تابعةً لعمله، ليس في مقابلتها أجرٌ.

وأما إذا كان البذر والأرض والبقر لواحدٍ، جاز؛ لأنه مستأجرٌ العامل، والبقر ليست مستأجرةً، ألا ترى أن ربَّ الأرض يستحيل أن يستأجر بقره ليعمل في أرضه، وأما إذا كان البذر والبقر للعامل، جاز؛ لأنَّ العامل مستأجرٌ للأرض، وهو مستعملٌ لبقره في عمل نفسه، فلا تكون مستأجرةً.

وأما إذا كانت الأرض والبقر لواحدٍ، والبذر والعمل لآخر، فالعقد فاسدٌ على رواية الأصل؛ لأنَّ البقر هاهنا مستأجرةٌ ببعض الخارج، ألا ترى أنها لا تكون تابعةً للعمل؛ لأنها لم تُشترط على العامل، واستئجار البقر ببعض الخارج لا يجوز^(٢)، والدليل عليه قوله: روي: «أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله ﷺ: من قبل

(١) في ب (لعملها).

(٢) انظر: الأصل، ١٣/١٠ وما بعدها.

أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر ، ومن قبل الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل ، فأبطل النبي ﷺ المزارعة عليه» (١).

وروي عن أصحاب الإماء عن أبي يوسف: أن هذا العقد جائز؛ لأن العامل كالمضارب ، وصاحب الأرض كرتب المال ، ولو دفع في المضاربة مالاً ودابةً يحمل عليها ما يشتريه ، جاز [ذلك] ، فكذلك في المزارعة .

وقد قال أصحابنا في المشهور عنهم: إن المزارعة بالبذر لا تجوز ، ومعناه: إذا دفع بذراً إلى رجل ليزرعه في أرضه بنصف (٢) الخارج ، فالمزارعة فاسدة ، وعن أبي يوسف: أنها جائزة .

وجه قولهم: ما روي: «أن أربعةً اشتركوا على عهد رسول الله ﷺ ، من أحدهم الأرض ، ومن الآخر العمل ، ومن الآخر البقر ، ومن الآخر البذر ، فأبطل النبي ﷺ المزارعة» (٣)؛ ولأنها تشبه الشركة بالعروض ، والشركة بالعروض فاسدة .

لأبي يوسف: أن استئجار الأرض ببعض الخارج جائز ، واستئجار العامل ببعض الخارج جائز ، وفي مسألتنا صاحب البذر استأجرهما جميعاً ، فإذا جاز استئجار أحدهما ، فكذلك استئجارهما ، وإذا شرط عملهما جميعاً في المزارعة فهي فاسدة ؛ لأن البذر [إن كان من قبل العامل ، فهو مستأجرٌ للأرض ، فإذا شرط

(١) رواه الدارقطني (٧٦/٣) ، من طريق واصل بن أبي جميل عن مجاهد: أن نفراً اشتركوا..... قال الدارقطني: (هذا مرسل ولا يصح وواصل هذا ضعيف).

(٢) في ب (ببعض).

(٣) سبق تخريجه .

عمل صاحبها، فلم يُسَلَّم ما آجر]، وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض، وشرط عمله، فلم يُخَلَّ بين المزارع وبين الأرض، ومن شرط المزارعة التخلية، كالمضاربة إذا شرط فيها عمل ربِّ المال، لم يجز؛ وذلك لأنها عقد أمانة، فإذا لم تحصل التخلية وانفرد المؤتمن باليد، لم يصحَّ، كالوديعة.

قال: وإذا لم تخرج الأرض شيئاً في المزارعة الصحيحة، فلا شيء لواحد منهما؛ لأنَّ العقد الصحيح يجب فيه المسمَّى، ولم يُوجد المسمَّى، فلم يستحق عوضاً.

وأما إذا كانت المزارعة فاسدة، ولم تخرج الأرض شيئاً، فأجرُ المثل واجب؛ وذلك لأنَّ الإجارة الفاسدة لا يجبُ فيها المسمَّى، وإنما يجب أجر المثل في الذمة، ففوات الخارج لا يمنع من وجوبه، وقد قال في كتاب المزارعة: إنَّ الواجب في الفاسد أجرُ المثل، ولم يفصل، والمسألة على الخلاف^(١).

عند أبي يوسف: يجب للعامل أجرٌ مثله، لا يجاوز به مقدار ما سُمِّي له من الخارج.

وعند محمدٍ: له أجر المثل بالغاً ما بلغ.

وهذا الخلاف مذكورٌ في باب شركة الاحتطاب من كتاب الشركة.

لأبي يوسف: أن الإجارة الفاسدة يجبُ فيها الأقل من المسمَّى ومن أجر المثل، والمسمَّى^(٢) نصف الخارج، فلا يجوز إيجاب ما زاد عليه.

(١) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٤٤٠.

(٢) في ب (والمستحق).

لمحمد: أن الزيادة على المُسمَّى إنما لا تجوز؛ لأنّ العاقد رضي بذلك بدلاً عن منافعه، ونصف الخارج غير معلوم القدر، حتى يكون رضي بإسقاط ما زاد عليه، فوجب إيجاب الأجر بالغاً ما بلغ.

ولو دفع أرضاً وبذراً وبقراً على أن يعمل العامل عند أصحاب الأرض، فما أخرج الله تعالى من ذلك فلصاحب العمل الثلث، ولصاحب الأرض والبذر الثلث، ولعبد ربّ الأرض الثلث، كان هذا جائزاً على ما [شرطوا]^(١)، ونصيب العبد لصاحب الأرض؛ لأنّ صاحب الأرض أزال يده عنها، وخلّى بين [المزارع]^(٢) وبينها، وأعانه بعمل عبده، فهو كمعونه ببقره، والمشروط للعبد في حكم المسكوت عنه؛ لأنّ المزارعة تفتقر إلى التسمية، وقد سمّى له، وما بقي بعده لا يفتقر إلى التسمية، فكأنّه سكت عن ذكره، فيكون لصاحب الأرض.

قال: ولو كان البذر من عند صاحب العمل، والمسألة بحالها، كان هذا فاسداً، والخارج لصاحب البذر، وعليه أجر مثل الأرض والبقرة والعبد؛ لأنّ صاحب الأرض أجر عبده وبقره ببعض الخارج، وقد بيّنا أن إجارة البقر يفسد المزارعة، وكذلك لو اشترط على رب الأرض أن يعمل معه بنفسه، كان له أيضاً أجرٌ مثله فيما عمل على صاحب البذر؛ لأنّه استوفى منافعه بعقدٍ فاسدٍ، ولو كان البذر من قبل صاحب الأرض وشرط عمله، وعمل العامل في الأرض، كان العقد فاسداً؛ لما [بيّنا] أنّ رب الأرض لم يخلّ بينها وبين المزارع.

قال: وإن دفع رجل أرضه إلى رجلٍ [٤٢٧/أ] على أن يزرعها بيده وبقره،

(١) في أ (شرطنا)، والمثبت من ب، وهو أنسب في السياق.

(٢) في أ (المزارعة) والمثبت ما يقتضيه السياق.

ومعه هذا الرجل الآخر، فما أخرج الله منها من شيء: فالثلث من ذلك لربّ الأرض، والثلث لصاحب البذر والعمل، والثلث لصاحب العمل الآخر، فهذا فاسد^(١)، والثلث [من] الخارج لربّ الأرض، والثلثان لصاحب البذر، وعلى صاحب البذر أجر مثل صاحب العمل الذي عمل معه، ولا يتصدّق واحدٌ منهم بشيء؛ وذلك لأنّ المزارعة تنعقد على أحد وجهين: إمّا على استئجار الأرض، أو على استئجار العامل، فإن^(٢) كان البذر لأحد العاملين فهو مستأجرٌ للأرض ومستأجرٌ للعامل الآخر، وهذا خلاف [موضوع]^(٣) المزارعة؛ لأنّها تتضمن استئجار أحد الأمرين دون الآخر، فإذا لم يصلح استئجار العامل، فالمزارعة صحيحةٌ بين صاحب الأرض وصاحب البذر، فاسدةٌ في حقّ صاحب العمل؛ لأنّ الفساد جاء بدخوله، فوجب أن يعتبر في حقّ صاحب الأرض والبذر حكم العقد الصحيح، فيجب لصاحب الأرض الثلث الذي سمّي له، ولصاحب البذر ما بقي؛ لأنّه خارجٌ من بذره، ولا يتصدّق واحدٌ منهما بشيء؛ لأنّ العقد صحيحٌ في حقهما، فأما صاحب العمل فقد استوفى عمله بعقدٍ فاسدٍ، وله أجر المثل.

قال: ولو كان البذر من صاحب الأرض والمسألة على حالها، كانت هذه مزارعةً جائزةً، والثلث مما أخرجت الأرض لصاحب الأرض، والثلثان للعاملين؛ لأنّ ربّ الأرض يستأجر العاملين، فيجب لها ما سمّي لها.



(١) انظر: الأصل، ١٠/١٤.

(٢) في ب (فأما إذا).

(٣) في أ (من موضوع)، بزيادة (من)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

بَابُ

امتناع المزارعين من الزراعة



قال: وإذا تعاقد الرجلان على زراعة أرضٍ سنةً، ثمّ بدا لأحدهما أن لا يزرع، فقال: لا أزرع هذه الأرض ولا غيرها، أو قال: لا أريد أن أزرع هذه الأرض، وأريد أن أزرع غيرها، فإنك تنظر في ذلك: فإن كان الممتنع من قبّله البذر فله ذلك، وإن كان الممتنع من ليس من قبّله البذر فليس له أن يمتنع من ذلك، إلا من عذرٍ؛ وذلك لأنّ الذي من جهته البذر لا يتوصّل إلى الوفاء بالعقد^(١) إلا بإتلاف ماله الذي هو البذر، ولا يُجبر على ذلك.

كما قالوا فيمن استأجر رجلاً لهدم دارٍ، ثمّ بدا لصاحب الدار، لم يجبر على الوفاء بها، ولهذا قال أصحابنا فيمن باع ذراعاً من ثوبٍ أو جذعاً في سقف: إنّ البيع فاسدٌ؛ لأنّه لا يقدر على الوفاء إلا بضرٍ [يلحقه] بإتلاف ماله، فلم يُجبر عليه.

وأما الذي ليس من جهته بذرٌ، فالوفاء بالعقد ليس بإتلاف مالٍ عليه؛ فلذلك لزمه البقاء على العقد، كما يلزم في سائر الإجازات.

قال: ولو كانت الإجارة للزراعة وقعت بأجرٍ غير ما يخرج منها، ثمّ أراد المستأجر أن يدع الزراعة ولا يزرع هذه الأرض ولا غيرها، فذلك له، وإن قال: لا أزرع هذه الأرض وأزرع غيرها، لم يكن له ذلك، وقيل له: اقبض الأرض،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

فإن شئت فازرعها ، وإن شئت فلا .

وإن امتنع صاحب الأرض وقال: قد بدا لي أن أوجر الأرض للزراعة فلم يكن له ذلك ، ويَجبر على تسليم أرضه ؛ إلا أن يكون له عذرٌ في ذلك ، والعذر أن يكون عليه دينٌ فادحٌ لا يقدر على أدائه إلا من ثمن الأرض ؛ وذلك لأنَّ المستأجر يمكنه الوفاء بالعقد من غير إتلافٍ في مالٍ ، ألا ترى أنه إذا قبض الأرض وجبت الأجرة وإن لم يزرع ، فلما أمكن الوفاء بالعقد من غير إتلاف مالٍ ، لزمه ذلك إلا من عذرٍ ؛ لأنَّ الإجازات تنسخ بالعذر عندنا ، والعذر أن يختار المستأجر ترك الزراعة في ذلك العام ، فلا يُكَلَّف البقاء على الإجارة (مع عدوله عن الزرع ، والعذر من جهة ربِّ الأرض أن يلزمه دينٌ ؛ لأنَّ في تبقية الإجارة إلحاق ضررٍ به) ^(١) ؛ لأنه يحبس في الدين .

قال: وإذا دفع أرضاً وبذراً على أن يزرعها العامل هذه السنة بنفسه وبقره ، فما أخرج الله تعالى فهو بينهما نصفان ، فلما وقع عقد المزارعة قال الذي أخذ الأرض ليزرعها: لا أريد أن أزرع هذه الأرض ولا غيرها ، أنا أريد ترك الزرع سنتي هذه ، فليس له ذلك ، ويُجبر على أن يزرع ؛ لأنَّه ليس في إلزامه العقد إتلاف مالٍ عليه ، وإنما هو إتلاف منفعةٍ ، فصار كمن أجر نفسه .

وليس هذا كالمستأجر للأرض إذا اختار ترك الزراعة ؛ لأنَّ في تبقية العقد مع اختيار ترك الزراعة ^(٢) إلحاق ضررٍ به في إلزامه الأجرة ، فلذلك كان عذراً .

قال: وإذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ نخلاً معاملةً على أن يقوم عليه ويسقيه

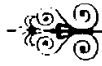
(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أنها زيادة عبارة (تلك الصناعة) ، وهي ليست في ب ، والسياق لا يقتضيها .

ويُلَقَّحُه ، فليس لصاحب النخل ولا للعامل الامتناع من الوفاء بالعقد إلا من عذرٍ ؛
لأنه ليس من جهةٍ واحدٍ منهما مالٌ متلفٌ ، فصار كالإجارة ، فلا يفسخ إلا بعذرٍ ،
والعذر أن يمرض العامل ، أو يلحق صاحب الأرض ^(١) دينٌ على ما قدمنا ^(٢) .



(١) في ب (النخل) .
(٢) انظر: الأصل ٥٣٦/٩ .



بَابُ

ما يفسد المزارعة من الشروط وما لا يفسده



إذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ أرضاً له سنته هذه على أن يبذرهما ويعمل فيها ، فما أخرج الله تعالى منها فهو بينهما نصفان ، واشترط ربُّ الأرض على المزارع الحصاد ، فإنَّ هذه مزارعةٌ فاسدةٌ ؛ لأنَّ الحصاد ليس مما يجب على المزارع ، إنّما عليه أن يقوم عليه حتى ينتهي إلى الغاية التي يبلغ فيها الزرع ويبيس ، والحصاد عليهما على قدر مالهما من الزرع ، وكذلك لو اشترط مع الحصاد رفعه إلى البيدر ، كان قد اشترط عليه ما ليس عليه .

وكذلك لو اشترط عليه [التَّذرية] ^(١) والدِّياس ، وأيِّ شرطٍ من هذا فهو يفسد المزارعة ، وكذلك لو كان البذر من قبل ربِّ ^(٢) الأرض .

وما كان بعد بلوغ الزرع وتناهيه وجفافه فهو عليهما جميعاً حتى يقتسماه ، فإذا اقتسماه لزم كلّ واحدٍ منهما في نفسه خاصّةً الحمل والحفظ دون الآخر ، وهو على ثلاثة وجوه :

ما كان قبل بلوغ الزرع ممّا يحصل به الزرع ، فهو على العامل ، وما كان بعد تناهي الزرع فهو عليهما ، وما كان بعد القسمة فهو على كلّ واحدٍ منهما في نصيبه

(١) في أ (البذرية) ، والمثبت من ب .

والتَّذرية : من «ذرّيت الطعام تذرية : إذا خلصته من تيّبه» . المصباح (ذرو) .

والدِّياسة : من داس الطعام يدوسه دياسةً ، والدِّياسة في الطعام : أن يوطأ بقوائم الدواب ، أو يكرر عليه المِدّوس . المغرب ؛ مختار الصحاح (دوس) .

(٢) في ب (صاحب) .

خاصّة دون صاحبه .

وروى ابن سَمَاعَةَ وبِشْر عن أبي يوسف: أنهما إذا شرطا الدّياس والرّفاع والحصاد من الوسط ، فهو جائز ، ولو شرطا ذلك على الدخيل كان جائزاً أيضاً ، بمنزلة رجلٍ أخذ مالاً مضاربةً ، فشرط النفقة على المال ، وكذلك النفقة على الدخيل ، وإن شرط على الدخيل حملان الطعام إلى موضعٍ قد سمّاه ، أو إلى منزل ربّ الأرض ، فإنّ هذا يفسد الإجارة .

أمّا وجه رواية الأصول: فلأنّ عقد المزارعة يقع على عملهما ، ومتى [٤٢٧/ب] تنهى الزرع فلم يبق هناك عملٌ يقع به النماء ، وإذا تمّ العقد صار الزرع مشتركاً بينهما ، والعمل فيه عليهما ، وإذا شرط على أحدهما فقد شرط عليه ما لا يقتضيه العقد ، (يفسد ذلك العقد)^(٢) ، وإنّما جعل العمل على ثلاثة أقسام ؛ لأنّ ما قبل بلوغ الزرع هو عمل المزارعة ، فيختصّ به المزارع ، والحصاد والدّياس عملٌ في مالٍ مشترك ليس له تعلّق بالمزارعة ، فيكون على قدر المِلْكَيْن ، وما بعد القسمة ملك كلّ واحدٍ منهما قد تميّز عن ملك الآخر ، فنفقته عليه .

لأبي يوسف - وهو اختيار شيوخنا بخراسان: نصير بن يحيى ، ومحمد بن سلمة - أنّ التعارف في المزارعة قد حصل على أنّ الحصاد والدّياس والتذرية على العامل ، واستحسنوا في جوازه لعمل الناس ، كما استحسنوا في الاستصناع^(٣) .

(١) «ورفعُ الزرع: أن يُحمَل بعد الحَصَاد إلى البيدر، يقال: هذه أيام رفاع بالفتح والكسر». كما في مختار الصحاح ، (رفع).

(٢) في ب (يفسده) فقط .

(٣) في ب (الاستبضاع) ، وليس بمنسجمٍ مع العبارة .

والاستصناع لغة: طلب صنع الشيء . وفي الاصطلاح: هو العقد على مبيع موصوف في الذمة ، اشترط فيه العمل . إلا أن الفقهاء اختلفوا في تكييفه الفقهي: فقال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع ، =

وأما حمل الطعام بعد القسمة فلم يتعارف الناس شرطه على^(١) المزارع ،
فبقي على أصل القياس .

قال عطفاً على رواية الأصل : فإن بلغ الزرع حتى صار قصيلاً^(٢) وأجمعا^(٣)
على أن يقصلاه وبيعه قصيلاً ، فإن حصاد القصيل وبيعه على قدر مال كل واحد
منهما في الزرع ؛ وذلك لأنهما اتفقا على قطعه ، فقد أسقطا ما بقي من عمل
المزارعة ، فكأنها انتهت ، فيكون القطع كالحصاد بعد التناهي .

وكذلك إذا دفع نخلاً معاملةً ، فكل عمل كان قبل أن يصير التمر تمرًا فهو
على العامل ، وما كان بعد ذلك فهو عليهما على قدر [ما لكل]^(٤) واحدٍ منهما
من الثمرة ؛ لأن ما قبل تناهي العمل يحصل به النماء فهو عمل المساقاة ، وكان^(٥)
على العامل ، فإذا صار تمرًا فقد انتهى العمل ، فما بعد ذلك عليهما .

وهذا على الروايتين : أن الجذاذ لا يلزم العامل ؛ لأن القياس في الحصاد
والجذاذ واحدٌ ، وإنما ترك أبو يوسف القياس في الحصاد لعمل الناس ، ولم يوجد
ذلك في المعاملة ؛ لأن الثمرة إذا بلغت تولّى صاحب النخل التصرف فيها^(٦) .

= وقيل : هو وعد ملزم للصانع ، وقيل : هو عقد ملزم للطرفين ، وقيل : هو بيع ، لكن للمشتري فيه
خيار الرؤية . انظر : معجم المصطلحات الاقتصادية ؛ معجم لغة الفقهاء . (استصناع) .

(١) في ب (في) .

(٢) «القصيل : وهو الشعير يُجَرُّ أخضر لعلف الدواب ، قال الفارابي : سُمِّيَ قَصِيلاً ؛ لأنه يُقَصَّل وهو
رَطْبٌ» . المصباح المنير (قصل) .

(٣) في ب (فاجتمعا) .

(٤) في أ (مال كل) ، والمثبت من ب ، وهو أليق بالسياق .

(٥) في ب (فهو) .

(٦) انظر : الأصل ٥٥٠/٩ وما بعدها .



بَابُ آخِرٍ مِنَ الشَّرْوَطِ فِي الْمَزَارَعَةِ



قال: وإذا دفع الرجل أرضاً مزارعةً بالتَّصَفِ [سنته هذه] ^(١) على أن البذر والعمل من قِبَلِ ^(٢) العاملِ الذي يعمل، فقال صاحب الأرض: أكرِّبها ^(٣) ثم ازرعها، وقال الآخر: ازرعها بغير كِراب، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ: فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ تُزْرَعُ بِغَيْرِ كِرَابٍ وَيُخْرَجُ زَرْعُهَا، إِلَّا أَنْ الْكِرَابَ أَجُودٌ، فَذَلِكَ إِلَى الْمَزَارِعِ: إِنْ شَاءَ كَرِبَهَا، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَكْرِبَهَا، وَإِنْ كَانَتْ لَا يَخْرُجُ زَرْعُهَا إِلَّا بِكِرَابٍ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا إِلَّا بِكِرَابٍ، فَإِنْ كَانَتْ تَخْرُجُ شَيْئًا قَلِيلًا، فَإِنِّي أَنْظُرُ إِلَى ذَلِكَ: فَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا يَخْرُجُ لِلنَّاسِ أَجَزَتْ ذَلِكَ لِلْمَزَارِعِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَعْمَلُ النَّاسُ، أَجَبَتْ الْمَزَارِعَ عَلَى الْكِرَابِ.

وكذلك إن زرع فقال: لا أسقي زرعه حتى تسقيه السماء، نظرت: فإن كان يُسْقَى بِمَاءِ السَّمَاءِ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ سُقِيَ كَانَ أَجُودًا لِلزَّرْعِ، لَمْ أَجْبِرْهُ عَلَى السَّقْيِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَكْتَفِي بِسَقْيِ السَّمَاءِ أَجْبَرْتَهُ عَلَى السَّقْيِ.

وكذلك لو كان البذر من قبل رب الأرض؛ وذلك لأنَّ العقد وقع على الزراعة ^(٤)، ولم يشترط فيها كيفية العمل، فالمستحق أدنى ما يتناول له الاسم، فإذا

(١) في أ (سنة)، والمثبت من ب، وهو أوضح.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) (الكرب: إثارة الأرض للزرع، كالكراب). القاموس المحيط (كرب)

(٤) في أ (المزارعة)، والمثبت من ب، وهو أولى لأنَّ العقد مزارعةٌ على الزراعة.

كانت تخرج زرعاً يقصد^(١) مثله بغير كرابٍ ولا بسقي، فذلك عملٌ يتناوله اسم المزارعة، فهو المستحقُّ بالعقد، وما زاد على ذلك لا يُعلم استحقاقه، فإن كانت الأرض لا تنبت بغير كرابٍ ولا سقيٍّ، أو تنبت شيئاً قليلاً لا يقصده الناس، فذلك ليس بعملٍ للمزارعة، فلا يمكن العامل الاقتصار عليه.

قال: ولو كان شرط في أصل المزارعة الكراب لزمه في الوجهين؛ لأنه شرط عقداً بصفة، فلزمه الوفاء [بها]، وإن كان إطلاق العقد لا يوجبها، وهذا كمن باع عبداً خبازاً، فوجده المشتري لا يحسن الخبر. كان له الخيار، وإن كان إطلاق العقد لم يثبت له الخيار.

وكذلك قال أصحابنا - فيمن أسلم في طعامٍ وشرط تسليمه ببغداد: كان على المسلم إليه أن يدفعه في أي أطراف المصر شاء، ولو شرط أن يُسلمه في منزل ربِّ السلم، لزمه ذلك وإن لم يقتضه الإطلاق.

قال: ولو شرط في عقد المزارعة أن يكربها أو يُثنيها^(٢)، فالمزارعة فاسدة، وقد تكلم أصحابنا في هذه المسألة فقالوا: إن كان الثنيان يُنتفع به في السنة [الثانية]، فقد شرط منفعةً تبقى لربِّ الأرض بعد المزارعة، فلا يجوز، كما لو شرط أن يهب له شيئاً، وعلى هذا: لو شرط أن يُسرقها^(٣)، وقد أشار محمدٌ إلى هذه العلة.

(١) في ب (بعمل).

(٢) (الثني: الأمر يعاد مرتين). مختار الصحاح (ثني)، وقال المرغيناني في الهداية (٢٤٣/٣): (المراد بالثنية أن يردها مكروبةً، وقيل: أن يكربها مرتين).

(٣) (يُسرقها: أي يجعل السرقة عليها، وهو الزبل، وهو معرّب، ويقال له: السرجين). مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخه زاده (٥٤١/٣)

ومن أصحابنا من قال: إنه أجاب على عادة شاهدها بالكوفة، أن منفعة الثنّيان تبقى للسنة الثانية، وهذا يختلف باختلاف البلاد، فإن كان العقد في بلد لا تبقى منفعة الثنّيان، فشرطه جائز كشرط الكراب^(١).

ومن أصحابنا من قال: معنى هذا أنه شرط على المزارع أن يثنّيها بعد الحصاد حتى يذرها^(٢) مكروبةً، فهذا شرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه عملٌ تبقى منفعته للسنة الأخرى، وليس هو من عمل هذه المزارعة.

فأمّا إذا شرط الثنّيان ابتداءً قبل الزراعة، فهذا من عمل المزارعة، فشرطه لا يفسدها.

قال: وكذلك إن شرط [على] العامل عمل المُسَنِّيات^(٣)، وكرب الأنهار؛ لأنّ هذا ممّا تبقى منفعته بعد تقضي العقد.

قال: ولو دفع الرجل إلى الرجل أرضاً وبذراً على أن يعملها سنته هذه على أنه إن زرعها بغير كراب، فما أخرج الله تعالى من شيءٍ فهو بينهما أرباعاً، لربّ الأرض والبذر ثلاثة أرباعه، وللمزارع ربه^(٤)، [فإن كان كربها ثمّ زرع، فهو بينهما أثلاثاً، لربّ الأرض ثلثاه، وللمزارع ثلثه]، فإن [كان] كرب وثنّى ثمّ زرع، فما خرج فهو بينهما نصفان، فهذه مزارعة جائزة، وهو على ما اشترط.

قال عليه السلام^(٥): وقد طعن في هذه المسألة، وقيل: إن جوابها خطأ، والصحيح

(١) في ب (الكرام).

(٢) في ب (يردها).

(٣) (المسناة: حائطٌ بينى في وجه الماء، ويسمى السد). المصباح المنير (سنن)

(٤) في أ (وللمزارع ثلاثة أرباعه).

(٥) هذه العبارة ساقطة من ب.

أنه إن زرعها بغير كراب أو بكراب فهو على ما اشترطا، وإن كرب وثني فالعقد فاسد؛ لأنه خيره بين ثلاثة أعمال؛ جائزين وفساد، فإن اختار الجائز، صح، وإن اختار الفاسد، فسد.

ووجه ما في الأصل: أن شرط التثنية إنما يفسد^(١)؛ لأنه أوجب على المزارع عملاً لا تقتضيه المزارعة، وتبقى منفعته، وفي مسألتنا خيره بين أن يثني، وبين أن لا يثني، فلم يوجب عليه ذلك؛ فلهذا صحت الشروط الثلاثة.

قال: [أ/٤٢٨] فإن زرع بعضها بغير كراب، وبعضها بكراب، وبعضها بكراب وثنيان، فهذا جائز كله، وما زرع بغير كراب فهو بينهما أرباع، وما زرع بكراب فهو بينهما أثلاث، وما زرع بثنيان فهو بينهما نصفان؛ وذلك لأنه لما خيره بين الأعمال الثلاثة، فقد جوز له كل واحد منها في الأرض، فإذا فعله في بعض الأرض جاز على الشرط.

قال: ولو قال: على أن [ما] زرع [منها] بغير كراب، فللمزارع ربه، وما زرع بكراب فله ثلثه، وما زرع بثنيان فله نصفه، فهذا جائز.

قال عليه السلام: وقد قيل: إن هذا كله خطأ، والصحيح أن تكون الشروط كلها فاسدة؛ لأن قوله: «منها» يقتضي التبعض، فكأنه شرط أن يزرع بعضها بكذا، وبعضها بكذا، وذلك البعض مجهول، فلا تصح المزارعة.

وقد ذكر محمد فيمن دفع أرضاً على أن يزرعها العامل [ببذره]^(٢): فما زرع منها حنطة فله منه الثلث، وما زرع منها شعيراً فله نصفه، وما زرع منها

(١) في ب (يفسدها).

(٢) في أ (بيده)، والمثبت من ب.

سَمِسِمًا فله ثلثاه: إنَّ العقد فاسدٌ؛ لأنَّه عقد على كل نوع في بعض الأرض، وذلك البعض مجهولٌ.

ووجه المسألة: أن المزارعة عقدٌ بُني على المسامحة للحاجة إليه، فإذا شرط الحنطة والشعير، فالجهالة في جنس العوض، وذلك جهالةٌ كثيرةٌ، فيمنع من صحة العقد.

أمَّا إذا قال: على أن ما زرعت منها بكَراب فبكذا، فالجنس المزروع للمزارع^(١) واحدٌ، وإنَّما الجهالة حاصلةٌ في الصفة، فقد خفَّت الجهالة، فلم تمنع من صحة العقد.

قال: وإن دفع إليه أرضاً على أن يزرعها سنته هذه ببذره ونفقته، على [أنه] إن زرعها حنطةً، فالخارج بينهما نصفان، وإن زرعها شعيراً فللعامل الثلث، وإن زرعها سَمِسِمًا فللعامل الربع، فهي مزارعة جائزة؛ لأنَّه خيرٌ بين أعمالٍ ثلاثة، كل واحدٍ منها جعل له بدلاً معلوماً، فصار كقوله: إن خطته رومياً [فبنصف]^(٢)، وإن خطته فارسياً فبدرهم.

وليس هذا عند أبي يوسف ومحمدٍ كقوله: آجرتك هذا الدكان، فإن جلست فيه طحاناً فبدرهم، وإن جلست فيه خبازاً فبنصف؛ لأنَّ الأجرة تجب بالتخلية بينه وبين الدكان، وهو لا يدري عند التخلية هل يكون طحاناً أو خبازاً، فصارت الأجرة مجهولةً عند وجوبها.

وفي مسألتنا إنَّما يحصل البدل بخروج الزرع، وقد تغَيَّر البذر، فيصير

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (فبنصفه)، والمثبت من ب.

[معلوماً] ^(١) عند الوجوب .

قال: فإن زرع بعضها حنطةً وبعضها شعيراً وبعضها سمسمًا، كان ذلك جائزاً؛ لأنه جعل له أن يزرع جميع الأرض كل واحدٍ من الأنواع، فإذا زرع البعض، فقد فعل ما يتناوله العقد .

قال: وكذلك لو قال: على إن ما زرعت فيها حنطةً أو ما زرعت فيها شعيراً؛ لأن هذا ممّا لا يقتضي التبعض، فهو كقوله: على أنك إن زرعتها، قال: وإن قال: على أن تزرع بعضها حنطةً وبعضها شعيراً وبعضها سمسمًا، فما زرع منها حنطةً فهو بينهما نصفان، وما زرع منها شعيراً فللمزارع ثلثاه، ولصاحب الأرض الثلث، وما زرع منها سمسمًا فلصاحب الأرض ثلاثة أرباعه، وللمزارع ربعه، فهذا كله فاسدٌ، والمزارعة فاسدةٌ .

والوجه في ذلك ما بيّناه: أنه عقد على بعض الأرض في كل نوع، وذلك البعض مجهولٌ .

قال: وكذلك لو قال: خذ هذه الأرض على أن ما زرعت منها حنطةً فبكذا، وما زرعت منها شعيراً فبكذا، وما زرعت [منها] سمسمًا فبكذا؛ لأن «من» يقتضي التبعض، والتبعض مجهولٌ، وقد بيّنا الفرق بين هذا وبين الكراب والثنيان ^(٢) .

(١) في أ (فعلها)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه .

(٢) انظر: الأصل ٥٥٤/٩ وما بعدها .

بَاب

ما يكون عذرًا في فسخ المزارعة



[قال]: وإذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ أرضه سنَّته هذه على أن يزرعها العامل [ببذره]^(١)، فما أخرج الله تعالى من شيءٍ فهو بينهما نصفان، ثم أراد صاحب الأرض أخذ أرضه قبل أن يعمل فيها أو بعدما عمل، فليس له ذلك، إلا أن يكون عليه دينٌ ليس عنده وفاءٌ إلا يبيع أرضه؛ وذلك لما قدّمنا: أن الوفاء بالعقد ليس فيه إتلافٌ مالٍ لربِّ الأرض، فلزمه الوفاء به إلا من عذرٍ، فأما الدين فهو عذرٌ؛ لأنه يستتزرّ بالبقاء في الحبس، فكان له الفسخ.

فإن كان العامل قد كرب الأرض وكربى سواقيها وحفر أنهارها، وسوى مُسنَّاتِهَا، فقال صاحب العمل: ردّ علي ما أنفقت، لم يكن لصاحب العمل قليلٌ ولا كثيرٌ؛ وذلك لأنّ المنافع لا قيمة لها إلا بالعقد، ولم يقوماها إلا بالخارج من الأرض، فإذا لم يحصل ذلك لم يتقوم بغيره؛ ولأنّ العامل عمل فيما هو شريكٌ فيه، والعمل المشترك لا يستحقّ به أجره.

قال: فإن زرعها العامل ونبت زرعها فلم يبلغ الحصاد، ثم أراد أخذ الأرض وبيعها في دينه، فليس له أن يبيع الأرض حتى يستحصد الزرع؛ لأنها إن بيعت في دينه أضرّ ذلك بزراع الزارع، فإن كان حبسه القاضي أخرجته حتى يبلغ الزرع، ولا يحول بين أصحاب الدين وبين لزومه.

(١) في أ (بيده)، والمثبت من ب.

فإذا استحصد رده القاضي إلى السجن حتى يبيع الأرض ونصيبه من الزرع ،
ويؤفّي ما عليه من الدين ؛ وذلك لأنّ فسخ العقد إنما يثبت لنفي الضرورة عن
صاحب الأرض ، ولو فسخت بعد الزراعة ألحقنا الضرر بالزارع ؛ ولأنّ الزارع
زرع بحقّ ، فلا يجوز أن نقطع^(١) زرعه ، بل تبقىة العقد فيه منفعة للمزارع
وللغرماء ؛ لأنّ المال يزيد بحصول الزرع ، فلذلك ترك العقد بحاله .

ولا يُحبس صاحب الأرض ؛ لأنّه ممنوعٌ عن [بيع] ^(٢) الأرض ، والحبس
إنما يثبت لامتناعه مما يقدر عليه ، فأما ما لا يقدر عليه فلا يجوز أن يُحبس به ،
فإذا استحصد الزرع فقد أمكنه البيع ، فيحبس حتى يبيع .

قال: وإذا دفع إلى رجل أرضاً على أن يزرعها ثلاث سنين ببذره وبقره
وعمله ، على أن ما أخرج الله منها من شيءٍ فهو بينهما نصفان ، فنبت الزرع ولم
يستحصد حتى مات ربّ الأرض ، فأراد ورثته أخذ أرضه ، فليس لهم ذلك ،
ولكنّ الأرض تُترك في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ، فإذا استحصد قسّموه
على شرائطهم ، وقد انتقضت المزارعة فيما بقي من السنين ؛ ذلك لأنّ موت ربّ
الأرض يوجب نقل الملك فيها إلى ورثته ، ولم يعقدوا على [منافعها] ^(٣) ، فلم يجز
أن يستحقّ عليهم منافع ملكهم بغير اختيارهم ، فلهذا فسخنا الإجارة بالموت .

إلا أنهم استحسنوا: إذا كان في الأرض زرعٌ ؛ لأنّ في تبقىة العقد إيفاء
الحقّين ، ألا ترى أنّ الزارع يسلم له الزرع ، ويسلم للورثة أيضاً نصيبُ الميت ،

(١) في ب (يقلع) .

(٢) في أ (بعض) ، والمثبت من ب .

(٣) في أ (منافعهم) ، والمثبت من ب .

وفي فسخ العقد إلحاق ضررٍ بأحدهما، فكان نفي الضرر عنهما أولى [٤٢٨/ب].
وأما ما بقي من السنين فلا حاجة بنا إلى تبقية العقد فيها، فيُحتمل على
القياس.

قال: ولو مات ربّ الأرض قبل أن يزرع الزارع بعدما كرب وحفر الأنهار
وأصلح المسنّيات، انتقضت المزارعة، وأخذ الورثة الأرض، ولم يكن عليهم
في نفقة المزارع قليلاً ولا كثيراً؛ لأنّه ليس في الفسخ إتلاف مالٍ للمزارع، فلم
يجز أن يبتدئ الزراعة حتى يوفي حقّ المزارع.

وأما الكِراب، فقد بيّنا أنّه لم يتقوّم إلا بالخارج من الأرض؛ ولأنّه عملٌ
وقع على وجه الشركة.

قال: ولو كانت المسألة على حالها، فأخّر المزارع الزرع حتى زرع في آخر
السنة، فانقضت السنة والزرع بقُلّ لم يستحصد، فالزرع بين المزارع وصاحب
الأرض نصفان، والعمل فيما بقي حتى يستحصد عليهما، وعلى الزارع العامل
أجر مثل الأرض [لصاحب الأرض]؛ وذلك لأنّ المدّة لما انقضت وجب قطع^(١)
الزرع، إلا أنّ في قطعه^(٢) ضرراً عليهما، وفي تبقيته في الأجر إيفاء حقّهما،
فوجب أن يترك على حاله كما قالوا في مدة العارية والإجارة إذا انقضت وفي
الأرض زرعاً.

وإنّما كان العمل عليهما وعلى العامل الأجرة؛ لأنّ المزارعة انقضت
بذهاب مدّتها، وصارَ هذا عملاً في مالٍ مشتركٍ، فيلزم الشريكين، وليس هذا

(١) في ب (قلع).

(٢) في ب (قلعه).

كموت ربّ الأرض ؛ لأنّ الموت أوجب فسخ العقد ، إلا أنا أبقيناه للعذر ، ألا ترى أنا نفسخ هذا العقد للعذر ، فإذا بقي العقد كان العمل على العامل في المدّة على ما اقتضاه العقد ، وهذا كما قالوا في الحّمّال إذا مات في بعض الطريق : [أنّ المستأجر]^(١) يمضي إلى مكّة بالمسمّى ، [فيبقى العقد للعذر ، كما فسّخوه في العذر]^(٢) .

قال : فإن أراد ربّ الأرض أن يأخذ الزرع بقلّاً ، لم يكن له ذلك ؛ لأنّه مشتركٌ بينهما ، وفي أخذه إسقاط حقّ المزارع ، فلم يجز ذلك .

قال : وإن أراد المزارع أخذ الزرع بقلّاً ، قيل لصاحب الأرض : اقلع الزرع ، فيكون الزرع بينكما ، أو أعطه قيمة حصّته ، أو أنفق أنت على الزرع كلّه ، وارجع بما تنفق في حصّته ؛ وذلك لأنّ المزارع إذا اختار ترك العمل فقد أسقط حقّ نفسه ، ولا يجبر على العمل ، ويبقى الزرع مشتركاً ، ولا سبيل إلى تمييزه إلا بالحصاد ، فيحصد حتى يتميّز بالقسمة .

فإن اختاره صاحبُ الأرض إن هلك يغرم له قيمة نصيبه من الزرع ، فله ذلك ؛ لأنّه قد رضي بأخذ حقّه قصيلاً ، فإذا أعطيناه قيمته ، حصل له ما رضي به ، ولم يضرّ بصاحب الأرض ، فإن اختار ربّ الأرض أن ينفق على الزرع ويرجع بالنفقة فيه ، فله ذلك ؛ لأنّ هذا مالٌ مشتركٌ يتلف بترك الإنفاق ، فكان لأحدهما أن ينفق عليه ، كالعبد المشترك إذا امتنع أحد الشريكين من الإنفاق عليه وبذل ذلك الآخر .

(١) في أ (أو المستأجر) ، والمثبت من ب ، وهو أليق .

(٢) في أ (فبقوا للعذر ، كما فسّخه للعذر) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .

قال: وإذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ أرضاً وبذرًا على أن يزرعها ببذره هذه السنة فما أخرج الله تعالى من ذلك من شيءٍ فهو بينهما [نصفان] ، وكربها المزارع وحفر أنهارها، ثم إنَّ ربَّ الأرض بدا له أن لا^(١) يزرعها فله ذلك، ولا شيء للعامل في عمله من الكِراب وغيره.

ولو أراد العامل أن يدع^(٢) الأرض ولا يزرع، لم يكن له ذلك، وهذا على ما قدّمنا: أنَّ صاحبَ البذر لا يجبر على الوفاء بالعقد، والعامل يُجبر على ذلك.

وأما سقوط الأجرة للكِراب، فقد بيّناه، ومن أصحابنا من قال: إنّما تسقط الأجرة في الحكم، فأما فيما بين صاحب الأرض وبين الله تعالى فلا يحلّ له أن يفعل ذلك، بل يجب أن يغرمَ له العِوض؛ لأنّه غرّه في دفع الأرض [إليه] حتى استوفى منافعها، والتغريب بالمسلم حرامٌ، فهو - وإن لم يلزمه ذلك في القضاء - مؤاخِذٌ فيما بينه وبين الله تعالى، فعليه أن يسترضي العامل.

قال: وإذا انقضت السنة والزرع لم يستحصد، تُرك على حاله حتى يستحصد، وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض، والنفقة عليهما، وإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه ولا بأمر قاضٍ فهو متطوعٌ؛ وذلك لأنّه أنفق على ملك غيره بغير أمره^(٣)، ولأنّه لا ولاية له عليه، فلم يصر ذلك ديناً.

قال محمدٌ: ولا يتصدّق واحدٌ ممّن ذكرت لك في هذه المسائل بشيءٍ من الزرع، يعني إذا مات صاحب الأرض في بعض السنة، أو إذا انقضت السنة

(١) (لا) سقطت من ب.

(٢) في ب (يترك).

(٣) في ب (إذنه).

والزرع بقل؛ لأن: تبقية العقد^(١) ليس بمحظور، وإنما يبقى بحكم الحاكم، ومن حصل له المال من وجه غير محظور، لم يلزمه أن يتصدق بشيء.

قال: وإذا دفع رجل إلى رجل أرضاً على أن يزرعها ببذره وبقره، فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان، فزرع الأرض، فلما نبت قبل أن يستحصد مات المزارع، فقال ورثته: نحن نعملها حتى يستحصد الزرع، فأبى ذلك رب الأرض، فالأمر في ذلك إلى ورثة المزارع، يعملونها، فما أخرج الله تعالى [من ذلك من شيء]، فهو بينهما على ما شرطاً في أصل المزارعة.

ولا أجر عليهم إن عملوها بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء؛ وذلك لأن المزارع لما مات انقضت المزارعة بموته، ألا ترى أننا لو بقيناها ألزمتنا الورثة العمل، ولم يرضوا به، فإذا اختاروا العمل فلا ضرر في ذلك على رب الأرض، وعليهم في قلع الزرع ضرراً، فوجب تبقية العقد للعدر، فإذا بقي العقد لم تلزمهم أجره.

قال: فإن أراد الورثة قلع الزرع، لم يجبروا على العمل، وقيل لصاحب الأرض: اقلعه فيكون بينكم، أو أعطهم قيمة حصّتهم، والزرع كله لك، أو أنفق على حصّتهم، ويكون نفقتك في حصّتهم، وذلك لأننا بقينا العقد لحقهم.

فإذا اختاروا القلع لم يجز أن يجبرهم^(٢) على العمل بغير اختيارهم، وبقي الزرع على الشركة، ولا يمكن قسمته إلا بعد الحصاد، وإن اختار صاحب الأرض أن يدفع قيمة حصّتهم أو ينفق جميعه، فله ذلك على ما قدّمنا^(٣).

(١) في ب (الزرع).

(٢) في ب (يلزمهم).

(٣) انظر: الأصل، ٥٦٢/٩ وما بعدها، ١٦٨/١٠ وما بعدها.

بَاب

المعاملة في النخل والشجر والكرّم والرّطاب والثمار

—•••••—

قال: وإذا دفع [الرجل] إلى رجلٍ نخلاً له معاملةً، على أن يقوم عليه ويلقّحه ويسقيه سنين معلومةً، على أن ما أخرج الله تعالى [من شيء] من ذلك فهو بينهما نصفان، أو شرط للعامل الثلث أو الربع، فهو جائزٌ، وهذا على قول أبي يوسف ومحمد.

وأما على قول أبي حنيفة: فالعقد فاسدٌ؛ لما روي: «أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة»^(١)؛ لأنه استئجار [بجزء]^(٢) من المعمول [فيه، كنفقة]^(٣) الطحّان، ولأنّه جعل في مقابلة^(٤) عمل العامل النماء المتولّد^(٥) من نخله، فصار كما لو قال: اعمل في هذا النخل بما يُخرج هذا النخل الآخر [١/٤٢٩].

وجه قولهما: «أن النبي ﷺ عامل خبير بنصف ما يخرج من تمرٍ وزرع»^(٦)؛ ولأن الحاجة تدعو إلى المعاملة، فسومح العقد للضرورة، كما جازت الإجارة على المنافع المعدومة لما تعذر [إيجادها]^(٧) للعقد عليها.

(١) سبق تخريجه. «والمُخَابَرَةُ: وهي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض». مختار الصحاح، (خبر).

(٢) في أ (نخل) والمثبت من ب.

(٣) ما بين المعقوفتين بياضٌ في أ.

(٤) في أ (معاملة).

(٥) في ب (الحادث).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) في أ (إعادتها)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.

وقد قال أبو يوسف ومحمد: إنَّ المعاملة في سائر الشجر وفي [الرَّطاب] (١) جائزة.

وقال الشافعي: لا تجوز إلا في النَّخْلِ وَالكَرْمِ (٢).

وهذا فاسد؛ لأنه عامل ﷺ أهل خيبر على نصف الثمر، وهي بلادٌ كبيرةٌ، ولا تجوز أن تختصَّ بالنخل والكرم خاصَّةً؛ ولأنَّ سائر الشجر تدعو الضرورة إلى المعاملة فيه، وتحصيل النماء منه بالعمل، فصار كالنخل، والشافعي لا يصح له في هذا الكلام، إلا أن يلتزم تخصيص العلة، فيقول: القياس يمنع من جواز هذا العقد، وإنما تركت القياس في النخل والكرم لعقد النبي ﷺ، فما سواه على أصل القياس، وهو لا يرى تخصيص العلة.

قال: فإن أراد صاحب النخل، أو الشجر، أو الكرم، أو الرطبة، أن يخرج العامل من ذلك، لم يكن له ذلك إلا من عذرٍ؛ لما بيَّنا: أن البقاء على هذا العقد ليس فيه إتلاف مالٍ على واحدٍ منهما، فلزمه الوفاء به.

قال: والعذر ما قدّمناه، ومن العذر: أن يكون العامل سارقاً معروفاً بالسرقة، فيخاف على فسادِ النخل، وأخذ سعفه، فيكون هذا عذراً لصاحب النخل أن يخرج به؛ لأنه لا يقدر على إبقاء (٣) العقد إلا بضررٍ، وإن مرض العامل فهو عذرٌ؛ لأنَّ المرض يمنع من تسليم المنافع المعقود عليها.

(١) في أ (الرمان)، والمثبت من ب، وهو المناسب في بيان حكم المسألة.

والرَّطاب - غير البقول -: «هو القنَّاء والبَطِّيخ والباذنجان، وما يجري مجراه». المغرب (رطب).

(٢) انظر: الأم ص ١٤٣٢؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ٣٤٢.

(٣) في ب (أن يقي).

قال: وإذا دفع نخلاً، أو شجراً، أو كرمًا، ولم يذكر سنين معلومة، فهذا جائزٌ على أول ثمره تخرج أول سنة، أستحسن ذلك وأدع القياس فيه.

أما وجه القياس: فلأنه عقد إجارة، فلا يصح^(١) إلا بذكر مدة معلومة.

وجه الاستحسان: أن العقد يقع على العمل في الثمرة، ولكل ثمرة وقت معلومٌ تبتدئ فيه [الثمرة] وتنتهي، والثمرة الأولى يتيقن دخولها [في] ^(٢) العقد فيجوز فيها، وما بعدها غير متيقن، فلا يجوز العقد فيه.

قال: وإذا دفع إليه أصول رطبه ثابتة في أرض له معاملة، ولم يسم سنة ولا أكثر من ذلك، فهذا فاسدٌ، وذلك على وجهين: إن كانت الرطبة ليس لابتداء إنباتها ولا انتهاء جزها (مدة معلومة، فالعقد عليها فاسدٌ؛ لأنه ليس للعقد مدة معلومة.

وإن كان مدة جزها) ^(٣) معلومةً فالعقد جائزٌ، وهو على الجزة الأولى كما بيناه في الثمر.

قال: وإذا دفع إليه نخلاً (فيه طلع معاملةً بالنصف، فهو جائزٌ) ^(٤)، وإن لم يسم شيئاً فهو على المعاملة حتى تبلغ، كذلك [لو دفعه] ^(٥) وقد صار بُسرًا أخضر أو أحمر، إلا أنه لم يتناه عظمه، فهذه معاملةٌ جائزة.

فإن دفعه وقد انتهى عظمه، وليس يزيد على ذلك قليلاً ولا كثيراً، إلا أنه

(١) في ب (يجوز).

(٢) في أ (أن)، والمثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين في ب (فيه طلع معاملةً، فالعقد جائزٌ، وهذه معاملةً بالنصف، فهو جائزٌ).

(٥) في أ (ربعه)، والمثبت من ب، وهو أنسب في العبارة.

لم يرطب ، فالمعاملة فاسدة^(١) ، والثمرة لصاحب النخل ، [وللعامل أجر]^(١) مثله .
وكذلك الثمار كلها ؛ وذلك لأن الثمرة ما لم تبلغ فللعمل تأثير في زيادتها ،
فصار كالاتداء ، ولأن العقد على ثمرة موجودة (أنفذ من العود)^(٢) فهو أولى
بالجواز ، وأما إذا تناهى عظمها فليس للعامل تأثير في النماء ، وذلك خارج من
باب المعاملة ، فلم يصح العقد .

على هذا قالوا فيمن دفع أرضاً فيها زرع معاملة^(٣) : فإن كان لم يستحصد
جاز ؛ لأن العمل له تأثير في قيمته ، وإن [استحصد]^(٤) ، لم يجز ؛ لأنه ليس
للعمل فيه تأثير ، فلم يجز العمل^(٥) عليه^(٦) .



-
- (١) في أ (ولا يعامل أحد) ، والمثبت من ب .
 - (٢) ما بين القوسين في ب (أبعد من التغير) .
 - (٣) سقطت هذه الكلمة من ب .
 - (٤) في أ (لم يستحصد) ، والمثبت من ب .
 - (٥) في ب (العقد) .
 - (٦) انظر: الأصل ، ٦١/١٠ وما بعدها .

بَابُ

المعاملة في النخل والشجر يكون بين رجلين أو يدفع إلى رجلين



قال: وإذا كان النخل بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه [معاملة] سنته هذه على أن يقوم عليه ويسقيه، فما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء فهو بينهما: للعامل ثلثاه، وللآخر ثلثه: فهذه معاملة فاسدة، فإن عمل العامل على هذا فأخرج النخل تمراً كثيراً، فجميع ما أخرج النخل من ذلك فهو بينهما نصفان، ولا يتصدق واحدٌ منهما بشيءٍ منه، ولا أجر للعامل على شريكه في عمله؛ وذلك لأن المساقاة عقد إجارة، والاستئجار للعامل على ما هو شريك^(١) فيه لا يصح، ولا يجب فيه أجرٌ على ما بيناه في الإجارة، وإذا لم يصح العقد استحقا الخارج بملكهما، فيكون بينهما على قدر الملكين.

وقد ذكر محمدٌ في المزارعة: في أرضٍ بين شريكين دفعها أحدهما إلى الآخر على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج، جازت المزارعة، هكذا في أكثر النسخ.

والفرق بين المزارعة والمساقاة أن الشركة في البذر ليست متقدمة على العقد، فلم يكن ذلك استئجاراً على ما هو شريكٌ فيه، والشركة هاهنا حاصلة في النخل؛ فلذلك لم تصح المعاملة عليه، وقد ذكر في بعض نسخ المزارعة: أن العقد فاسدٌ، فعلى هذه الرواية لا فرق بينهما.

وإنما لم يتصدق واحدٌ منهما بشيءٍ؛ لأن كل واحدٍ منهما حصل له الخارج

(١) في ب (شريكه).

من ملكه ، ولم يستحق شيئاً منه بسبب محظورٍ ؛ فلذلك لا يتصدق به .

قال: وإن شرط أن الخارج بينهما نصفان على قدر مالهما في النخل ، كان هذا جائزاً على ما اشترط ؛ لأن كل واحدٍ منهما شرط لنفسه الخارج من ملكه ، فصار العامل مُعِيناً لشريكه في العمل بغير عَوْضٍ ، وذلك جائزٌ .

قال: وإن كان الشريك الذي [لم] يعمل أمر الآخر أن يشتري ما يلقح به النخل ، فاشتراه ، رجع عليه بنصف الثمن في المسألتين جميعاً ؛ لأن العين التي يؤبّر بها مالٌ ، فإذا أذن له في ابتياعها واستعمالها في نخله فقد صار قابضاً لها ، فيرجع عليه بثمانها بحكم الوكالة .

قال: وإذا دفع الرجل إلى الرجلين نخلاً له على أن يقوموا عليه ويسقياه ويلقحاه بتلقيح^(١) من عندهما هذه السنة ، فما أخرج الله تعالى من ذلك^(٢) فهو بينهما أثلاثٌ ، فهو جائزٌ ، وكذلك لو شرطوا^(٣) لصاحب النخل النصف ، وللعاملين النصف بينهما نصفين ؛ وذلك لأن المعاملة جائزة على قولهما: إن العامل أجيرٌ لصاحب النخل ، فلا فرق بين أن يستأجر واحداً ليعمل ، وأن يستأجر اثنين .

وكذلك لو شرطوا^(٤) لأحد العاملين بعينه النصف ، وللعامل الآخر

(١) وتلقيح النخل: تأبيره، «أبّر النخل: ألقحه وأصلحه إباراً». كما في المغرب (أبر).
والتأبير: «تلقيح النخل بشقّ طلع النخلة الأنثى، ووضع شيء من طلع النخلة الذكر في هذا الشقّ». معجم لغة الفقهاء (التأبير).

(٢) (من ذلك) سقطت من ب .

(٣) في ب (شرط).

(٤) في ب (اشترط).

السدس ، ولصاحب النخل الثلث ، كان هذا جائزاً ؛ لأن كل واحدٍ منهما مُستأجرٌ ببعض الخارج ، ويجوز استئجار الاثنين ويخالف بين [أجرتهما] ^(١) .

قال: ولو اشترط لأحد العاملين مائة درهمٍ على ربّ الأرض ، وللآخر الثلث ممّا تخرج الأرض ، والثلثان لصاحب النخل ، كان هذا جائزاً ؛ لأنّه يجوز لصاحب النخل أن يستأجر العامل ببعض الخارج ، ويجوز أن يستأجر [٤٢٩/ب] بالدرهم ، فإذا جمع بين الأمرين ، وجعل أحدهما أجيراً ، والآخر معاملاً ببعض الخارج ، جاز .

قال: ولو اشترطوا لصاحب النخل الثلث ، ولأحد العاملين بعينه الثلثين ، وللآخر أجر مثله ^(٢) على العامل الذي اشترط الثلثين ، كان هذا فاسداً .

وقد ذكر محمدٌ في المزارعة: في رجلٍ دفع أرضه إلى رجلٍ على أن يزرعها ، على أن لربّ الأرض الثلث ، وللمزارع منه الثلثان ، وعلى أن يعمل معه فلانٌ بثلثي الخارج له: فالمزارعة جائزةٌ بين ربّ الأرض والمزارع الأول ، فاسدةٌ في حقّ الآخر .

فمن أصحابنا من قال: إنّه وَضَعَ مسألة المزارعة: على أن الشرط الفاسد لم يكن في نفس العقد يفسدُ في نفسه ، (ولم يفسد العقد ، ووضع مسألة المساقاة) ^(٣):

(١) في أ (أحدهما) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (مائة درهم) .

(٣) «المساقاة لغة: مفاعلة من السقي . وشرعاً: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره ، وهي كالمزارعة حكماً ، وخلافاً ، وشروطاً» . الباب مع الجوهرة ص ٤٨١ ، ومن ثمّ لم يجعل المؤلف باباً للمساقاة ، وكذا محمد في الجامع الصغير ، وبوّب الطحاوي للمساقاة بدلاً من المزارعة ، وجعل مسائلها ضمناً للمساقاة ؛ لما بينهما من اشتراك في الأحكام .

على أن الشرط كان في العقد يفسد^(١)، فأفسد العقد.

ومنهم من قال: إنّما فرّق بينهما؛ لأنّه شرط للعامل في مسألة المزارعة جزءاً من الخارج، وذلك لا يثبت له، وإنّما يستحقّ أجر المثل^(٢)، فلم يحصل المعنى المفسد في العقد، وفي مسألتنا شرط للعامل الدراهم، فهي ثابتة له، فلما ثبت الشرط الفاسد أفسد العقد.

ومن أصحابنا من قال: إنّ المساقاة والمزارعة فيهما معنى الشركة ومعنى الإجارة، وإذا قال: على أن يعمل فلانٌ معك بمائة درهم، فقد شرط فيها إجارةً، فغلب معنى الإجارة عليها، [فبطلت]^(٣) بالشروط الفاسدة، وإذا شرط ثلث الخارج فقد غلب عليها معنى الشركة، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإنّما لم يصحّ ما شرط للعامل في المسألتين؛ لأنّ صاحب الأرض والنخل عقّد مع المزارع، والعامل عقد أو شرط عليه أن يستأجر رجلاً بعينه يعمل معه، فصار عقد الإجارة مشروطاً في عقد المزارعة، فيبطل العقد بالشرط^(٤).



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (العمل).

(٣) في أ (والإجارة)، والمثبت من ب، وهو أولى بالسياق.

(٤) انظر: الأصل، ٦٦/١٠ وما بعدها.

بَابُ المعاملة يدفع ذلك إلى رجل ويأمره أن يعمل في ذلك

قال [أبو الحسن]: وإذا دفع رجلٌ إلى رجلٍ نخلاً معاملةً هذه السنة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقّحه ، فما أخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما نصفان ، ولم يأمره أن [يعمل] ذلك برأيه ، فدفعه إلى رجلٍ آخر على أن يقوم عليه ويعمل به ويسقيه ويلقّحه هذه السنة ، فما أخرج الله تعالى من ذلك [فهو لصاحب النخل] ^(١) ، وللعامل الآخر على العامل الأول أجر مثله فيما عمل بالغاً ما بلغ ، ولا أجر للعامل الأول ؛ لأنّه خالف حين دفع ذلك إلى غيره ؛ وذلك لأنّ العامل إذا دفع نخلاً إلى غيره [بغير أمره] ، أوجب له شركةً في مال ربّ المال لم يرض بها ربّ المال ، ومن أوجب شركةً في مال غيره بغير أمره ، فقد تعدّى ، فصار كالغاصب إذا عمل في نخل غيره ، ولا يستحقّ أجره ، وتكون الثمرة لربّ النخل ، وأمّا العامل الثاني فقد استوفى العامل الأول منفعته بحكم عقدٍ فاسدٍ ، فكان له عليه أجر المثل .

فأما قوله: «بالغاً ما بلغ» ؛ فهذا قول محمدٍ ، وأمّا على قول أبي يوسف: فيجب له أجر المثل لا يتجاوز به ما شرطه له [من] المسمّى ، وهذا على اختلافهم في شركة الاحتطاب .

قال: فإن هلك الثمر في يد العامل الآخر ^(٢) من غير عمله ، وهو في رؤوس

(١) في ب (فهو بينهما نصفان) .

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب .

النخل، فلا ضمان على واحدٍ من العاملين في قولهم؛ لأنّ النخل مغصوبٌ بالتسليم إلى العامل الثاني، والثمر نماءً من العين المغصوبة، فإذا هلك في يد الغاصب بغير عمله لم يضمّنه، كولد المغصوبة، فإن هلك الثمر من عمل الآخر في أمرٍ خالف فيه ما أمره، فالضمان فيه لصاحب النخل على العامل الآخر، ولا ضمان على العامل الأوّل؛ لأنّه لمّا خالف العامل الأوّل لم يقع عمله له، وإنّما وقع لنفسه، فصار متلفاً للثمر على مالكة، فينفرد بضمانه.

قال: وإن كان الثمر هلك في يد العامل الآخر من عمله من أمرٍ لم يخالف فيه ما أمر به العامل الأوّل، فلصاحب النخل أن يضمّن أيّ العاملين شاء، فإن ضمّن الأوّل لم يرجع على الآخر بشيءٍ، وإن ضمّن الآخر رجع على الأوّل بما ضمّن؛ وذلك لأنّه إذا لم يخالف في العمل فقد وقع عمله للعامل الأوّل، فكأنهما عملا، ويصير الأوّل كالغاصب الأوّل، والثاني كالغاصب الثاني، فيثبت لربّ النخل الضمان على أيّهما شاء، فإن ضمّن الأوّل لم يرجع على الآخر [بشيءٍ]؛ لأنّ حاصل الضمان عليه، وإن ضمّن الآخر رجع على الأوّل؛ لأنّ عمله وقع له.

قال: ولو كان أمره أن يعمل في ذلك برأيه، وقد شرط ربّ النخل للعامل الأوّل النصف من الثمرة، ودفعه إلى الثاني على أن له الثلث ممّا يخرج من النخل، فهو جائزٌ، وما خرج من ثمره فثلثه للعامل الآخر، وسدسه للأوّل، ونصفه لصاحب النخل؛ وذلك لأنّ ربّ الأرض لما فوّض الرأي إلى العامل جاز تسليم العامل إلى غيره وإن أثبت له شركةً، فإذا جاز التسليم فقد شرط للعامل الثاني بعض حقه، وهو مالكٌ للشرط في حقه، ويستحقّ العامل الثاني ما شرط له من نصيب العامل الأوّل، ولصاحب النخل ما شرط له، وما بقي للعامل الأوّل.

وقد ذكر محمدٌ هذا الباب في الأصل^(١)، وزاد في تفريعه، وجعله على أربعة أوجه:

إن كان الشرط [الأول والثاني]^(٢) جائزين، فالثمر كله لصاحب النخل، فهي مسألة هذا الباب.

وإن كان الأول شرط له شرطاً فاسداً مثل أن يشترط له قُفزاناً معلومة، وشرط الأول للثاني مثل ذلك، فهما فاسدان، ولا ضمان على العامل الأول؛ لأنه لم تثبت الشركة للعامل الثاني في ملك^(٣) ربّ الأرض.

وإن كان الشرط الأول جائزاً والثاني فاسداً، فلا ضمان على المزارع؛ لأنّ الشرط الثاني غير ثابتٍ، فلا تثبت الشركة.

وكذلك إن كان الشرط الأول فاسداً والثاني جائزاً، لم يضمن العامل الأول؛ لأنه لا يملك بالشرط شيئاً من الخارج [لفساد العقد، فإذا شرط للثاني ثلث الخارج] لم يملك الشرط، فلم تثبت الشركة، فلا يجب الضمان عليه.



(١) انظر: الأصل، ١٠/٨٣، ٨٤.

(٢) في أ (للاول وللثاني)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.

(٣) في ب (مال).

بَابُ مِزَارَعَةِ الْمُرْتَدِّ

قال أبو الحسن عليه السلام: وإذا ارتدَّ^(١) الرجل عن الإسلام ثم أعطى أرضاً وبذراً رجلاً مزارعاً هذه السنة، على أن يزرعها، فما أخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما نصفان، فعمل المزارع على هذا، وأخرجت زرعاً كثيراً، وقُتِلَ المرتدُّ على رِدِّته، فجميع ما أخرجت الأرض للمزارع، وعليه ما نقصت الأرض وبِذْرٌ مثل البذر (الذي قبض)^(٢).

وكذلك لو لم تخرج [أ/٤٣٠] الأرض شيئاً، لم يكن^(٣) للمزارع قليلٌ ولا كثيرٌ، وكان عليه مثل البذر الذي زرع، وما نقصت الزراعة الأرض لورثة المرتد، وهذا على قياس قول أبي حنيفة في^(٤) قول من أجاز المزارعة.

وقال أبو يوسف ومحمد: المزارعة جائزة، وما يخرج من الأرض بين ورثة المرتد والمزارع على ما اشترط المزارع والمرتد.

وهذا مبنيٌّ على اختلافهم في تصرف المرتد، فعند أبي حنيفة: أن أملاكه تزول برِدِّته زوالاً مراعىً، فإذا قُتِلَ على رِدِّته أو مات استقرَّ ذلك الزوال، فكأنه

(١) «المرتد» اسم فاعل من الارتداد: وهو الرجوع على الإطلاق لغة، وفي الشريعة: وهو الرجوع من الدين الحق إلى الباطل». كما في أنيس الفقهاء ص ١٨٧، وتوضيح ذلك: «الردة: الخروج عن الإسلام بإتيان ما يُخرج عنه قولاً، أو اعتقاداً، أو فعلاً». كما في معجم لغة الفقهاء (الردة).

(٢) (الذي قبض) سقطت من ب.

(٣) (لم يكن) سقطت من ب.

(٤) هنا زيادة في العبارة (في قياس) قول من أجاز، والسياق يدل على زيادة وتكرار (قياس).

دفع أرض الورثة وبذرهم مزارعةً ، فلا يصحّ دفعه ، ويصير المزارع غاصباً للأرض والبذر ، فيلزمه مثل البذر ونقصان الأرض ، ويكون الخارج للمزارع .

(فأمّا على قولهما ، فملكه لا يزول بالردّة ، وعقوده جائزةٌ ، فلذلك كان الخارج على ما شرطاً)^(١) .

قال: ولو كان المرتدّ دفع أرضاً بغير بذر إلى مسلمٍ أو ذميٍّ على أن يزرعها هذه السنة (ببذره وبقره)^(٢) ، فما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء فهو بينهما ، فزرعها المزارع ، فأخرجت زرعاً كثيراً ، وقُتل المرتدّ على ردّته ، أو مات ، أو لحق بدار الحرب مرتدّاً ، ففي هذا أيضاً قولان:

أما أحدهما: إن كان الزرع نقص الأرض شيئاً ، فالمزارع ضامنٌ لما نقصت الأرض ، ويكون جميع ما أخرجت الأرض للمزارع ، (يستوفي منه بذره ونفقته وما غرم ، ويتصدّق بالفضل .

وإن كان الزرع لم ينقص الأرض شيئاً ، فهذا والأوّل سواءٌ في القياس ، وينبغي أن يكون جميع ما أخرجت الأرض للمزارع)^(٣) ، ولا شيء عليه من أجرٍ ولا غيره .

وفي الاستحسان: إذا لم تنقص الأرض شيئاً كان ما خرج بين ورثة المرتدّ والمزارع [نصفين ، وهذا قياس قول أبي حنيفة ، في قول من أجاز المزارعة ، فأمّا في القول الآخر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد: ما صنع المرتدّ] من ذلك جائزٌ ،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

وهو على ما اشترطوا عليه .

أمّا أبو حنيفة فمن أصله: أنّ ملك المرتد قد زال ، فكأنّه سلم ملك الورثة [والمزارع غاصباً] ^(١) ، وإذا نقصت الأرض غرم نقصانها ، والضمان والأمانة لا يجتمعان ، فكان الخارج كلّهُ للمزارع .

وأما إذا لم ينقص ، فالقياس مثله ؛ لأنّه صار غاصباً ، فكأنّه أخذ أرضهم بغير أمرهم ، فزرعها ولم تنقص ، وإنّما استحسّن ؛ لأنّ إبطال عقد المرتدّ إنّما يثبت لحقّ الورثة ، وليس من حقّهم أن يبطل العقد في هذه المسألة ؛ لأنّه لا يحصل لهم شيءٌ ، فإذا جوّزنا العقد حصل لهم نصف الخارج ، وليس هناك ضمان يمنع من بقاء الأمانة ؛ ولأنّا ^(٢) أبطلنا المزارعة للضمان الذي لزم المزارع ، فإذا بيّنا أن لا ضمان بقيت الأمانة بحالها ، كما قالوا في العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل : إنّ الأجرة واجبةٌ استحساناً .

فأمّا على قولهما: فملك المرتدّ بحاله ، فشرطه فيه جائزٌ .

قال: وإن كان المرتدّ أسلم بعد ما انقضت المزارعة ، فجميع ما صنع المزارع من ذلك جائزٌ ، وهو على ما اشترطوا نقصت الأرض أو لم تنقص ؛ لأنّ المرتد إذا أسلم فكأنّه لم يزل مسلماً فيصحّ عقوده .

قال: وإذا دفع المسلم إلى المرتد أرضاً له مزارعة هذه السنة على أن يزرعها ببذره وبقره ، فما أخرج الله تعالى (من شيءٍ) ^(٣) فهو بينهما نصفان ، فعمل على

(١) في أ (والمزارعة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٢) في ب (وإنّما) .

(٣) (من شيءٍ) سقطت من ب .

ذلك ، فأخرجت زرعاً كثيراً ، ثم قُتل المرتدّ على رِدّته ، أو مات ، أو لحق بدار الحرب ، فجميع ما أخرجته الأرض لورثة المرتدّ ، ولا شيء لربّ الأرض .

وقال أبو يوسف ومحمد: الخارج بينهما على ما شرطاً .

أمّا أبو حنيفة: فمن أصله أن ملك المرتد زائلاً ، وعقوده على ماله موقوفة ، وإذا زرع ببذره فقد شرط لصاحب النماء الحاصل من البذر ، وهو لا يملكه ، فلا يصحّ شرطه فيه ، فيكون الخارج كلّ لورثته .

ولا يقال: فهلا كان المرتد كالمسلم [يغصب] (١) بذراً ويزرعه في أرض غيره على وجه المزارعة ؛ وذلك لأنّ الغاصب يملك البذر بالضمان الذي يلزمه ، فيصير كأنه زرع بذر نفسه ، والمرتد لا يضمن لورثته ولا يملك البذر ، فلا يصحّ شرطه فيه .

وإنّما لم يجب نقصان الأرض ؛ لأنّ المرتدّ زرعها بأمر مالکها ، فلم يكن متعدّياً بالزراعة ، فلا يجب عليه الضمان .

وأمّا على قولهما: فعقوده جائزة على ما قدّمنا ، فإن أسلم هذا المرتد بعدما استحصد الزرع ، فالعقد جائز في قولهم ؛ لأنّ المراجعة زالت ، فكأنه لم يزل مسلماً .

قال: وإذا دفع المسلم إلى المرتد أرضاً وبذراً بالنصف ، فزرعها المرتدّ ، فأخرجت زرعاً كثيراً ثم قُتل [المرتدّ] على رِدّته ، أو مات ، أو لحق [بدار الحرب] ، فجميع الخارج بين ربّ الأرض وبين ورثة المرتدّ نصفان في القولين جميعاً ؛ وذلك لأنّ المرتدّ إنّما عقد على منافع نفسه ، ولا حقّ للورثة فيها ، فجاز

(١) في أ (قبض) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

عقده وصحّ شرطه ، فالخارج لورثته .

قال: وإذا دفعت المرتدة إلى المرتدة أرضاً وبذراً مزارعةً بالنصف ، فالمزارعة جائزةٌ ، وهذا ودفع المسلم^(١) سواءً ، ومن أيتهما كان البذر فهو كذلك ؛ لأنّ المرتدة لا يزول ملكها عن مالها بالردّة ، كما لا يزول حظر دمها ، فصار عقدها وعقد المسلم سواءً .

قال: ولو كان العقد بين مسلمين ، ثمّ ارتدّا أو ارتدّ أحدهما الذي من قبّله البذر^(٢) ، [أو الذي من قبّله الأرض ، فإن كان المرتد الذي من قبّله الأرض] فهو جائزٌ في القولين جميعاً ، وما أخرجت الأرض [فهو] بين الزارع وورثة المرتدّ نصفان ، فإن كانا ارتدّا فهو بين ورثة هذا وورثة هذا نصفان في القولين جميعاً ؛ لأنّ العقد وقع في حال الإسلام ، والعقود الصحيحة لا [تبطلها الردّة]^(٣) ، فبقي العقد بحاله^(٤) .

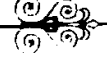


(١) في ب (المسلمة) .

(٢) في أ هنا زيادة (كأن ارتدّا والآخر) .

(٣) في أ (يبطلها الرد) ، والمثبت من ب .

(٤) انظر: الأصل ، ٨٨/١٠ وما بعدها .



بَابُ

مزارعة العبدِ والصبيِّ المأذون لهما في التجارة



قال: وإذا دفع العبد أرضاً اشتراها إلى رجلٍ مزارعةً على أن يزرعها هذه السنة، فما أخرج الله تعالى من شيءٍ فبينهما^(١) نصفان، ولو اشترط أحدهما البذر على صاحبه فذلك جائزٌ على ما اشترط.

وكذلك لو أخذ المأذون [له] لأحدٍ^(٢) أرضاً على أن يزرعها هذه السنة بنصف الخارج، واشترط أحدهما البذر على صاحبه، فهذا جائزٌ.

وكذلك الصبيُّ الذي يعقل الشراء والبيع يأذن له أبواه، أو وصيُّ أبيه؛ وذلك لأن الإذن يقتضي التصرف في التجارات، والإجارة من [التجارات]^(٣)، وإذا عقد مزارعةً فقد استأجر وأجر نفسه، والمأذون يملك كل واحدٍ من الأمرين؛ ولأن هذا العقد في معنى الشركة، المأذون [له] يملك الشركة.

قال: وإذا دفع العبد المأذون إلى رجلٍ أرضاً مزارعةً على أن يزرعها [سنته هذه بنصف الخارج، واشترط البذر على المزارع، ثم حجر المولى على عبده] حين وقع العقد قبل أن يزرع المزارع، فإن للمزارع أن يزرع الأرض على حاله، وليس لمولى العبد ولا العبد أن يمنعه من ذلك؛ وذلك لأنه^(٤) لو أراد الامتناع

(١) في ب (فهو بينهما).

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) في أ (التجارة) والمثبت من ب.

(٤) في ب (لأن العبد).

وليس من جهته بذراً، لم يملك ذلك، وعلم أنّ العقد قد تمّ^(١) من جهته، فلا يفسخ بالحجر^(٢) عليه [ب/٤٣٠] وليس كذلك إذا كان البذر من جهة العبد فحجر المولى عليه قبل الزراعة؛ لأنّ العبد كان (يملك الامتناع من الزراعة)^(٣)، فعلمت أنّ العقد لم يتمّ في حقه، فيبطل بالحجر، ولهذا قالوا في المضاربة إذا دفعها المأذون أو أحدهما، ثمّ حجر المولى عليه: أنّها تبطل؛ لأنّها ليست بلازمة من الطرفين، فلذلك بطلت بالحجر.

قال: وكذلك لو أخذ العبد المأذون من رجل أرضاً وبذراً مزارعةً، ثمّ حجر المولى عليه؛ لأنّ العقد قد تمّ [في] حقه، بدلالة أنّه كان لا يملك الامتناع منه قبل الحجر.

قال: ولو كان المأذون دفع أرضاً وبذراً مزارعةً، فلم يزرع المزارع حتى حجر المولى على عبده، فللمولى أن يمنع المزارع أن يزرع، وكذلك لو كان المأذون أخذ أرضاً على أن يزرعها ببذره؛ [وذلك أنّ العبد كان به الامتناع، فلم يتمّ العقد في حقه، فبطل بالحجر، ولهذا^(٤) قالوا] هاهنا: لم يتمّ في حقّ العبد؛ بدلالة أن له الامتناع قبل الحجر، فإذا حجر المولى عليه كان له المنع من العقد.

وقد ذكر هذه المسألة فقال: إذا دفع العبد أرضاً وبذراً، ثمّ حجر المولى عليه، فله أن يفسخ المزارعة، وإن أخذ أرضاً ليزرعها ببذره انفسخت المزارعة، والفرق

(١) في أ (تم فيه)، بزيادة (فيه)، والسياق لا يقتضي هذه الزيادة.

(٢) في ب (بالعقد).

(٣) ما بين القوسين في ب (يملك الامتناع وليس من جهته بذراً، لم يملك ذلك)، والزيادة مكررة عن الصورة التي ذكرها قبل، والسياق لا يقتضيها.

(٤) في أ هنا (وذلك لأنّ العقد).

بينهما: أنه إذا دفع البذر والأرض لم [يتعدّر] (١) العمل بالحجر، وإنما يثبت للمولى المنع لما في العقد من إتلاف البذر (٢) الذي هو [على] ملكه، فوقف ذلك على فسخه.

وإذا أخذ العبد أرضاً فقد تعدّر عليه بالحجر العمل، ففات المعقود عليه، وفوات المعقود عليه، يوجب فسخ العقد.

قال: وإذا كان للعبد أو للصبي نخلٌ فدفعه إلى رجلٍ معاملةً بالنصف هذه السنة، فذلك جائزٌ، فإن حجر المولى على عبده، أو الأب على ابنه فالمعاملة على حالها، لا تنتقض بالحجر.

وكذلك لو كان النخل من قبل الرجل الأجنبيّ دفعه إلى العبد أو الصبيّ؛ لأنّ العقد قد تمّ في حقهما، بدلالة أنّه ليس لهما الفسخ قبل [الحجر] (٣)، فلا يثبت فسخ العقد، بعد تمامه بالحجر.

قال: ولو كان مكان الحجر نهياً من المولى عن المزارعة، وفسخٌ لها بعد عقد المزارعة أو قبل ذلك، إلا أنّه لم يحجر عليه، فذلك جائزٌ، والنهي باطلٌ.

وكذلك نهى الأب قبل المزارعة وبعدها؛ وذلك لأنّ المولى لا يملك أن يبيّع الحجر، فيحجر في بعض الأشياء دون بعض، فلا يتعلّق بحجره حكمٌ، ولأنّه إذا حجر في بعض الأشياء بقي الإذن في باقيها، والإذن في بعض الأشياء إذنٌ في جميعها (٤)(٥).

(١) في أ (ينفذ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) ما في أ (إتلاف البذر بالحجر)، بزيادة (بالحجر)، وهي ساقطةٌ من ب، والسياق يقتضي ذلك.

(٣) في أ (الحق)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير الحكم.

(٤) في ب (باقيها).

(٥) انظر: الأصل، ١٠٠/١٠ وما بعدها.

بَابُ الزِّيَادَةِ فِي الْمَاعَمَلَةِ وَالْمَزَارَعَةِ وَالْحَطِّ مِنْهَا



قال: والأصل في هذا الباب: أن كلَّ حالٍ [جاز] فيها ابتداء المزارعة جازت الزيادة والحطُّ؛ لأنَّ العقد بحاله، وكلَّ موضعٍ لا يجوز ابتداء العقد، فالزيادة لا تجوز، والحطُّ يجوز.

وهذا كما قالوا في البيع: إنَّ الزيادة جائزةٌ مع بقاء المعقود عليه، فإن هلك المعقود عليه، جاز الحطُّ، ولم تجز الزيادة.

قال: وإذا دفع الرجل أرضاً مزارعةً بنصف الخارج، فعملها المزارع، فأخرجت زرعاً كثيراً واستحصد، ثمَّ إنَّ المزارع زاد ربَّ الأرض في حصته السدس، فجعل له الثلثين، ورضي بذلك ربَّ الأرض، فهذا باطلٌ، و[الزرع] بينهما نصفان، فلو زاد ربَّ الأرض المزارع السدس واصطلحا على ذلك، فهذا جائزٌ؛ لأنَّ البذر إذا كان من قبل المزارع، فهو مستأجر الأرض، فإذا استحصد الزرع فقد انقضى العقد^(١) واستوفيت المنافع، فما يبذله المزارع زيادةً في الأجرة، والزيادة لا تجوز بعد تقضي العقد، وما يبذله من الزيادة حطُّ من الأجرة، وذلك يجوز بعد تقضي العقد.

قال: ولو كان البذر من قبْلِ ربِّ الأرض، فلما استحصد الزرع زاد ربَّ الأرض المزارع السدس، فهذا باطلٌ، وإن زاد المزارع ربَّ الأرض فهذا جائزٌ؛

(١) في ب (الزرع).

لأن المزارع هاهنا مستأجرٌ، فما يبذله ربُّ الأرض زيادةً في أجره، فلا يجوز مع تقضي العقد، وما يبذله المزارع^(١) حطُّ من الأجر فيجوز بعد تقضي العقد.

ولو دفع رجلٌ نخلاً معاملةً بالنصف، فأخرج ثمراً كثيراً وبلغ، فإن زاد العامل ربُّ الأرض السُدُسَ جاز، وإن زاد ربُّ الأرض العامل لم يجز؛ وذلك لأنَّ العامل هاهنا^(٢) أجيرٌ، فما [يبذله]^(٣) من الزيادة حطُّ، فيجوز مع تقضي العقد، (وما يبذله ربُّ الأرض زيادةً له في الأجر، ولا يجوز مع تقضي العقد)^(٤).

قال: ولو لم يستحصد الزرع في المزارعة حتى زاد أحدهما الآخر السدس، أيهما كان جاز.

وكذلك لو زاد أحدهما الآخر^(٥) في المعاملة بعدما صار التمر بُسراً^(٦) ولم يتناهه عظمه؛ وذلك لأنَّ العقد لم ينقض؛ بدلالة أنَّ ابتداء المزارعة والمساقاة في هذه الحال جائزة، فالزيادة مع بقاء المعقود عليه والحط جائزان، ولو كان البُسْر قد تناهى عظمًا ولم يصر رطبًا جاز أن يزداد لربِّ الأرض، ولم تجز الزيادة للعامل؛ لأنَّ العقد قد انتهى، بدلالة أنَّه يجوز ابتداء المعاملة فيه، فجاز الحطُّ،

(١) في ب (باقية).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (بيطله)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٦) «البُسْر: أوله طلع، ثم خالاً - بالفتح -، ثم بلح - بفتحتين -، ثم بُسْرٌ، ثم رُطْبٌ، ثم تمرٌ، الواحدة بُسْرَةٌ وبُسْرَةٌ، والجمع بُسْرَاتٌ وبُسْرٌ بضم السين في الثلاثة». مختار الصحاح (بسر)، والمقصود من البُسْر: التمر قبل إرطابه.

ولم^(١) تجز الزيادة.

تم كتاب المزارعة والله الحمد والمنة
والصلاة على نبيه محمد وآله
يتلوه كتاب الإكراه



(١) في ب (وإن لم).

[٧٨] كتابُ الإِكْرَاهِ

[٤٣١/أ] قَالَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: الإِكْرَاهُ^(١) مَعْنَى يَفْعَلُهُ الْإِنْسَانُ بغيرِهِ يَنْتَفِي بِهِ الرِّضَا، وَهُوَ مِمَّا يَغَيِّرُ الْأَحْكَامَ تَارَةً وَلَا يَغْيِرُهَا أُخْرَى، وَقَدْ اعْتَبَرَهُ أَصْحَابُنَا فِي الْعُقُودِ بِالْهَزْلِ، فَقَالُوا: مَا أَثَّرَ فِيهِ الْهَزْلُ، أَثَّرَ فِيهِ الْإِكْرَاهُ، وَمَا لَمْ يُوْثِّرْ فِيهِ الْهَزْلُ، لَمْ يُوْثِّرْ فِيهِ الْإِكْرَاهُ، كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ كَشَرطِ الْخِيَارِ، فَمَا أَثَّرَ فِيهِ شَرطُ الْخِيَارِ، أَثَّرَ فِيهِ الْإِكْرَاهُ، [وَمَا لَمْ يُوْثِّرْ فِيهِ شَرطُ الْخِيَارِ، لَا يُوْثِّرْ فِيهِ الْإِكْرَاهُ]؛ [لَأَنَّ]^(٢) الْخِيَارَ يَمْنَعُ الرِّضَا كَالْإِكْرَاهِ الْمَانِعِ مِنَ الرِّضَا.

وَيُعْتَبَرُ فِي الْإِكْرَاهِ: صِفَةُ الْمَكْرِهِ وَالْمَكْرَهُ، وَالْمَعْنَى الَّذِي يُهَدَّدُ بِهِ، وَالْمَعْنَى الَّذِي أَكْرَهُ^(٣) عَلَيْهِ.

فَأَمَّا صِفَةُ الْمَكْرِهِ: [فَهُوَ] أَنْ يَكُونَ قَادِرًا عَلَى إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدُ بِهِ؛ وَلِهَذَا

(١) «الإِكْرَاهُ فِي اللُّغَةِ: حَمَلُ الْغَيْرِ عَلَى مَا يَكْرَهُهُ قَهْرًا، وَفِي الْإِصْطِلَاحِ الشَّرْعِيِّ: هُوَ حَمَلُ الْغَيْرِ عَلَى مَا لَا يَرْضَاهُ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ؛ بِحَيْثُ لَا يَخْتَارُ مَبَاشَرَتَهُ لَوْ خُلِّيَ وَنَفْسَهُ». مَعْجَمُ الْمَصْطَلِحَاتِ الْاِقْتِصَادِيَةِ ص ٧٧.

وَوَضَّحَ ذَلِكَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ: «وَالْإِكْرَاهُ: أَنْ يَصِيرَ الرَّجُلُ فِي يَدَيْ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْاِمْتِنَاعِ مِنْهُ: مِنْ سُلْطَانٍ، أَوْ لِيَصُّ، أَوْ مَتَغَلِّبٍ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ، وَيَكُونُ الْمَكْرَهُ يَخَافُ خَوْفًا عَلَيْهِ، دَلَالَةٌ أَنَّهُ إِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ قَوْلٍ مَا أَمْرُ بِهِ، يَبْلُغُ بِهِ الضَّرْبُ الْمُؤَلِّمَ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ، أَوْ إِتْلَافَ نَفْسِهِ». الْأَمِّ ص ٦١١.

(٢) فِي أ (إِلَّا أَنْ)، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ ب، وَهُوَ الْمُنَاسِبُ فِي السِّيَاقِ.

(٣) فِي ب (أَكْرَهُ).

يستوي إكراه السلطان وغيره؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما قد يقدر على فعل ما توعد^(١) به .

وأما صفة المكره: فإن يغلب على ظنه أن المكره يوقع ما توعد^(٢) به، فإن غلب على ظنه [ذلك] كان مكرهاً، وإن غلب على ظنه أنه لا يفعل، لم يكن مكرهاً.

وأما صفات^(٣) ما يتوعد بإيقاعه: فتارةً يتوعد بالقتل، أو بإتلاف^(٤) عضوٍ من الأعضاء، أو بالضرب العظيم، أو بالقتل، أو بالحبس، أو القيد، وذلك يختلف بحسب ما أكرهه عليه .

وأما صفات ما أكرهه على إيقاعه: فتارةً يكون ممّا مُنع منه لحقّ الله تعالى، وتارةً لحقّ المكره، وتارةً لحقّ آدميٍّ آخر. والكلام في تفصيل ذلك بين في المسائل .

قال: وإذا أكره الرجل على فعل شيءٍ لا يحلّ له ذلك في دينه: من شرب خمرٍ، أو أكل ميتةٍ، أو خنزيرٍ، بقتلٍ أو بتلف عضوٍ من أعضائه^(٥)، وكان على ذلك أكثر رأيه، فإنه يسعّه فعل ذلك، وسواءً كان العضو من أعضائه: قطع [أذن]^(٦) أو أصبع أو غير ذلك، فهذا سواءً؛ لأنَّ الله تعالى أباح الخمر والخنزير

(١) في ب (تواعد).

(٢) في ب (تواعد).

(٣) في ب (صفة).

(٤) في ب (وتارةً بإتلاف).

(٥) في ب هنا (قطع أذن، أو أصبع، أو غير ذلك) وذكرت بعد ذلك أيضاً.

(٦) في أ (عضو)، والمثبت من ب، وهو أولى بالسياق.

والميتة عند الضرورة بقوله: ﴿إِلَّا مَا أَضْطُرِرْتُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]، فإذا أكره بالقتل، أو بإتلاف عضوٍ، فقد اضطر إلى ذلك، فصار كالجائع الذي يخاف التلف، فيجوز له الإقدام على هذه المحرمات، ألا ترى أنها حرّمت [بالشرع] (١)، فلم يحرمها [بالشرع] (٢) إلا مع الاختيار، فأما مع الضرورة فقد أُبيحت؛ فلذلك جاز تناولها.

قال: وكذلك لو أكره بضربٍ يخاف منه على نفسه، أو ذهاب عضوٍ من أعضائه، [وكان على ذلك أكثر رأيه، فإنه يسعه فعل ذلك، وسواءً] كان الضرب قدر الحد أو أكثر أو أقل، بعد أن يخاف [منه على نفسه] ما ذكرنا، ويكون على ذلك أكثر رأيه؛ وذلك لأنه إذا خاف من الضرب أو التلّف أو إتلاف عضوٍ، فقد صار مضطراً، فلا معنى لاعتبار مقدار الضرب.

ومن الفقهاء من قال: إن تُوعِد بقدر الحدّ فما زاد كان مكرهاً، وإن تُوعِد بأقلّ من الحدّ لم يحلّ له شرب الخمر أو أكل الميتة؛ لأنّ ذلك يستوفى في التعزير، فصار كالحبس والاستخفاف.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنه إذا خاف منه على نفسه أو على أعضائه (٣) فهو كالضرب الكثير، وإن جاز أن يستوفى مقداره في التعزير؛ لأنّ الإمام لا يعزّر إذا خاف التلف.

وما لا يخاف منه التلف على النفس ولا عضوٍ من الأعضاء ليس بإكراهٍ على

(١) في أ (بالسمع) والمثبت من ب.

(٢) في أ (بالسمع) والمثبت من ب.

(٣) في ب (أو عضو).

شرب الخمر وأكل الميتة .

قال: فإن خوفه^(١) بضربه سوطاً أو سوطين ، فلا يسعه عندي أن يفعل شيئاً من ذلك .

ولو قالوا له: لنحبسك في السجن سنة ، أو لنقيّدك أبداً ولا نخرجك من السجن حتى تفعل ذلك ، لم ينبغ^(٢) له أن يفعل [شيئاً من] هذا ؛ لأنه لا يخاف من هذا تلف نفسٍ ولا غير ذلك ؛ لأنّ ضرب السوط أو السوطين والحبس ليس فيه خوف تلفٍ على نفسٍ ، ولا عضوٍ من الأعضاء ، فلا يبيح ذلك شرب الخمر ، ألا ترى أن الفساق إنّما يشربون الخمر لصرف الهّم عنهم ، فلا يجوز أن يُستباح بذلك .

قال: فإن قالوا: لنجوعنك أو لتفعلنّ [بك بعض ما ذكرنا]^(٣) ، لم ينبغ^(٤) له أن يفعل حتى [يجيء]^(٥) من الجوع أمرٌ يخاف منه التلف^(٦) .

قال محمد: وإنّما يقاس الإكراه في ذلك بالضرورة في هذه الأشياء ، وهذا على وجهين: إن كان يعلم أنه إذا امتنع من الشرب حتى يأتي من الجوع ما يخاف منه التلف ، ثمّ بدأ^(٧) لهم شربها [أزالوا عنه الإكراه] ، لم يجوز له أن يتعجّل

(١) في ب (وإن كانوا أخوفوه) .

(٢) في ب (يسع) .

(٣) في أ (واحداً مما) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيها أوضح .

(٤) في ب (يسع) .

(٥) في أ (يمر) والمثبت من ب .

(٦) انظر: الأصل ، ٤١٤/٧ .

(٧) في ب (بذل) .

بتناولها ؛ لأنَّ الضرورة لم تحصل ، وإن كان يغلب في ظنه أنه إن امتنع من شربها ثم جاع فاستدعى منهم شربها لم يمكِّنوه من الطعام ، جاز له أن يشربها في الحال ؛ لأنَّ الخوف موجودٌ .

قال : محمدٌ : وكلَّ شيءٍ جاز له فيه شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير في الإكراه ، فكذلك يجوز له عندنا الكفر بالله تعالى إذا أكره [على ذلك] وقلبه مطمئن بالإيمان ؛ وذلك لأنَّ الكفر لا يُعلم تحريمه بالشرع خاصَّةً ، وإنما يُعلم [بالعقل] (١) ، فهو أكد في التحريم من الميتة والخمر ؛ ولهذا لا تبيحه الضرورة ، وإنما تبيح إظهاره مع التوبة ، فإذا كان ما أبيع [بالعقل] (٢) وحُرِّم بالشرع لا يُستباح إلا عند الخوف على النفس أو على عضوٍ من الأعضاء ، فالمحظور [بالعقل] (٣) أولى (٤) .

والأصل في جواز إظهار كلمة الكفر عند الإكراه: ما روي أن المشركين أخذوا عمار بن ياسر وهددوه حتى قال في آلهتهم خيراً ، أو قال في رسول الله ﷺ شراً ، فلما جاء إلى النبي ﷺ ، قال : «ما وراءك؟» ، فقال : شراً ، أكرهوني حتى قلت في آلهتهم خيراً ، أو قلت فيك شراً ، فقال : «كيف وجدت قلبك؟» فقال : مطمئناً بالإيمان ، فقال : «إن عادوا فعد» (٥) .

(١) في أ (بالفعل) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (بالفعل) .

(٣) في ب (بالفعل) .

(٤) انظر : الأصل ٤١٧/٧ .

(٥) رواه من حديث عمار رضي الله عنه : الحاكم في المستدرک (٣٨٩/٢) ، وقال : (صحيحٌ على شرط الشيخين

ولم يخرجاه) ، ووافقه الذهبي ، ورواه البيهقي في الكبرى (٢٠٨/٨)

وروي في تأويل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]، أنها نزلت في عمار بن ياسر، [وقوله]: ﴿وَلَا كُنْ مِّنْ شَرَحٍ بِالْكَفْرِ صَدْرًا﴾ [النحل: ١٠٦]، في عبد الله بن أبي سرح^(١).

قال محمد: ولو تهدد بالقتل، أو بقطع يد^(٢)، أو بضرب يخاف فيه التلف حتى يشرب الخمر، أو يأكل [لحم] الخنزير أو الميتة، فلم يفعل ذلك حتى قُتل أو يفعل به ذلك، خفت أن يكون آثماً؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ عَلَيْهِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، وهذا مضطر.

وهذا صحيح؛ لأنَّ تحريم الميتة والخمر معلوم بالشرع، ولم يحرمها الشرع في حال الضرورة، فصار في هذه الحال كالطعام المباح، ومن وجد طعاماً مباحاً فامتنع من أكله حتى مات كان آثماً، فكذلك هذا.

قال: ولو أن رجلاً أكره بتهديد بقتل أو بقطع أو بضرب يخاف منه تلفاً حتى يفترى على رجل مسلم، ففعل، رجوت أن يكون في سعة؛ لأنَّ هذا ليس بفعل يفعل به؛ وذلك لأنَّ الإكراه قد أباح إظهار [كلمة] الكفر، وهو شتم الله تعالى ورسوله ﷺ، فلأن يبيح شتم المسلم أولى.

قال: ولو أكره على الكفر بالله سبحانه، أو شتم محمد ﷺ، أو قذف^(٣) مسلم فلم يفعل حتى قتل، كان إن شاء الله مأجوراً، وكان ذلك أفضل من إقدامه عليه وإن كان ذلك واسعاً؛ وذلك لما روي أن المشركين أخذوا خبيب بن عدي،

(١) رواه عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر: ابن سعد في الطبقات (٢٤٩/٣)

(٢) في ب (بالقطع ليد).

(٣) في ب (أن يقذف).

فباعوه من أهل مكة ، فقالوا له : لنقتلنك [ب/٤٣١] أو لتذكرن آلهتنا بخير ، ولتشتمنن محمداً ، فكان يشتم آلهتهم ويذكر محمداً بخير ، حتى قتلوه ، فقال : النبي ﷺ : «هو رفيقي في الجنة»^(١) ؛ ولأن الكفر لم يبيح [له] بحال ، وإنما أُبِيح إظهار الكفر من غير اعتقادٍ ، فإذا صبر ولم يظهر الكفر فقد قصد بذلك إعزاز الدين ، فهو أولى من إظهاره .

وكذلك شتم المسلمين^(٢) من مظالم العباد ، وذلك غير مباح بحال ، وتحريمه معلومٌ بالعقل ، فهو كالكفر ، والصبر فيه أولى من الإقدام عليه .

قال : ولو أن اللصوص أو غيرهم قالوا لرجلٍ : لنفعلن بك كذا ، بما يكون إكراهاً ، والرجل المتهدد يرى أنهم لا يقدمون على ذلك ولا يفعلون ، لم يجز أن يفعل ما يُكرهونه عليه ، وهذا على ما قدّمنا أن المعبر دفع الضرر عن نفسه ، فإذا غلب على ظنه أنهم لا يفعلون ما هُدد به ، لم يحصل هناك ضرراً ، فلم يجز له أن يقدم على الفعل المحرم^(٣) .



(١) ، ذكره الزيلعي في نصب الراية (١٥٩/٤) ، وابن حجر في الدراية (١٩٧/٢) ، وقال الزيلعي : (وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع ، وليس فيه أنه صلب ، ولا أنه أكره ، ولا أن النبي ﷺ سماه سيد الشهداء ، ولا قال فيه : هو رفيقي في الجنة) ، ومثله في الدراية .

(٢) في ب (المسلم) .

(٣) انظر : الأصل ، ٢٩٨/٧ وما بعدها .

بَابُ الإكراه في الأموال

قال: وإذا أكره الرجل بما ذكرت لك أنه أكره في شرب الخمر أو أكل الميتة على أن يقرّ بمالٍ لرجلٍ، فأقرّ، فإنّ الإقرار باطلٌ لا يلزمه شيءٌ ممّا أقرّ به؛ وذلك لأنّ الإقرار ممّا يختلف بالجدّ والهزل، ألا ترى أنّ من أقرّ بشيءٍ ثم اتفق المقرّ والمقرّ له أنّهما كانا هازلين لم يلزمه الإقرار، فالإكراه ينافي القصد كما ينفيه الهزل.

ولا يقال: إنّ الإكراه عندكم يجري مجرى شرط الخيار، ولو شرط الخيار في الإقرار لم يصحّ، فكذلك الإكراه لا يؤثر فيه؛ وذلك لأنّ الخيار يصحّ دخوله في الإقرار، ألا ترى أنّه إذا شرط الخيار في البيع فقد لزمه [التمن]، وله فيه الخيار، وإنّما لا يقبل إذا أطلق الإقرار؛ لأنّه لا يُصدّق على إثبات الخيار فيه.

قال: وكذلك لو قال: لنحبسّنك حتّى تقرّ^(١)، أو لنقيدنك حتّى تقرّ، [فأقرّ]، فالإقرار باطلٌ؛ وذلك لأنّ الحبس والقيد ينفيان الرضا، ومن شروط صحة الإقرار وجود الرضا.

وذكر عن شريح أنّه قال: (القيد كره، والوعيد كره، والضرب كره، والسجن كره)^(٢).

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال: (ليس الرجل بأمينٍ على نفسه إذا

(١) (حتّى تقر) سقطت من ب.

(٢) رواه عبد الرزاق (٤١١/٦)؛ وابن أبي شيبة (٤٩٣/٥).

ضربت ، أو وثقت ، أو جوعت^(١) .

قال محمدٌ: ولو كانوا قالوا: لنضربنك سوطاً ، أو لنحبسنك يوماً ، أو لنقيدنك يوماً ، أو لتقرن بألف درهمٍ ، وهو لا يخاف أكثر من ذلك ، فأقر به ، كان الإقرار جائزاً ، وليس هذا بإكراهٍ ، وهذا كقولهم: [لنطرقنك]^(٢) طرقةً ، أو لنشتمنك .

قال محمدٌ: وليس في هذا وقتٌ ، ولكنه ما يجيء منه الاغتمام البيّن بالحبس والتقييد [ولسنا نعرف]^(٣) من هذا الحدّ الذي لا يُزاد عليه ولا يُنقص عنه ، وذلك على ما يراه الحاكم إذا رُفع ذلك إليه ، وجملة هذا: أن الإقرار ينفيه عدم الرضا ، [وكلّ]^(٤) شيءٍ [لو] توعدّ به ممّا يخاف منه الضرر^(٥) البيّن ، فهو ينفي الرضا ، وما كان الضرر فيه أقلّ من الضرر في التزام المال المُقرّ به فإنه لا ينفي الرضا ، وإنّما لم يحدّد ذلك ؛ لأنّه يختلف باختلاف الناس .

وقد كان أصحابنا يقولون: بأنّ السوط الواحد والقيّد في اليوم الواحد إكراهٌ في حقّ بعض الناس ، وليس بإكراهٍ في حقّ بعضهم ؛ لأنّ من الناس من لا يستصرّ بذلك ، ومنهم من يقدح ذلك في مروءته ، فيستصرّ به^(٦) ؛ لذلك فوضه محمدٌ إلى اجتهاد الحاكم .

(١) رواه عبد الرزاق (٤١١/٦) ؛ وابن أبي شيبة (٤٩٣/٥) ؛ وصحح ابن حجر إسناده في فتح الباري (٣١٤/١٢) .

(٢) في أ [لنطرقنك] ، والمثبت من ب ، ولنطرقنك من الطّرق بالمِطْرقة: «ما يُطرق به الحديد ، أي: يُضرب» . المغرب (طرق) .

(٣) في أ (وأشياء تعرف) ، والمثبت من ب ، وهو أنسب في السياق .

(٤) في أ (فعل) ، والمثبت من ب ، والعبارة تقتضيه .

(٥) في ب (الضرب) .

(٦) في ب (بذلك) .

قال: ولو أن رجلاً أكرهه لَصَّ غالبٌ فقال: لأقتلنك أو لأحبسنك في السجن، أو لأقيدنك، أو لتقرن لهذا الرجل بألف [درهم]، فأقر له بخمسمائة، فالإقرار باطل؛ وذلك لأنه مُكْرَهٌ على ألفٍ، وعلى أبعاضها، فإذا أقر بما دخل تحت الإكراه لم ينفذ إقراره.

قال: فإن أكرهوه على أن يقر له بألفٍ، فأقر له بألفين، [ألزمته] ^(١) ألف درهم، وأزلت عنه ألفاً؛ لأن الألف مكرهٌ عليها، والألف الأخرى لم يكرهوه عليها، فقد ابتدأ الإقرار بها من غير إكراهٍ، فيلزمه ذلك.

[فإن] قيل: فهلا قلت: إنه يلزمه ألفان؛ لأن عند أبي حنيفة أن الشاهدين إذا شهد أحدهما بألفٍ [والآخر بألفين]، لم تقبل شهادتهما على الألف؛ لأن كل واحدٍ منهما يشهد بغير ما شهد به الآخر، كذلك في مسألتنا أكره على ألفٍ فأقر بألفين، وذلك غير ما أكره عليه، يلزمه الجميع ^(٢).

قيل له: المعتبر في الشهادة عند أبي حنيفة: اتفاق الشهود في اللفظ، والألف غير الألفين في اللفظ، فأما الإكراه: فالمعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ؛ لأن غرض المكره أن يتخلص بإقراره من الإكراه، ويفعل ما أراد المكره، وقد اتفقا في الألف في [المعنى] ^(٣)، وإن اختلفا في اللفظ.

قال: وإن أقر بمائة دينار، فالإقرار جائز، وكذلك إن أقر بصنف غير ما أكرهوه عليه؛ لأن الدينائر غير الدراهم، فقد ابتدأ الإقرار بغير ما أكره عليه، فلزمه.

(١) في أ (لزمه)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) انظر: الهداية ٣/١٢٦؛ البدائع ٦/٢٧٩؛ البحر الرائق ٧/١١٧.

(٣) في أ (النعته)، والمثبت من ب.

ومن أصحابنا من قال: إنّما لزمته؛ لأنّ مائة [دينار] أكثر من الألف في العادة، فلما خالف في الجنس والعدد^(١) لزمه.

قال: فإنّ أكرهوه على أن يقرّ له^(٢) بألفٍ، فقال له ولفلانٍ الغائب عليّ ألفٌ، الإقرار كلّ باطلٌ في قياس قول أبي حنيفة، صدّق الغائب بالشركة أو كذب.

وأما في قول محمد^(٣): فإن صدّق الغائب بالشركة، بطل الإقرار، وإن كذب جاز الإقرار للغائب بالنصف وبطل للحاضر، أمّا إذا صدّق الغائب بالشركة، فإقرار المقرّ للحاضر باطلٌ لأجل الإكراه، فلو صحّ للغائب ثبت مشاركة الحاضر له، فاحتجنا إلى إبطال نصف ذلك، فلم يثبت له المشاركة بالنصف، فيبطل نصفه، ثمّ كلّ جزء^(٤) يثبت فيه حقّ^(٥) المشاركة سقط نصفه.

وأما إذا كذب الغائب بالشركة فالإقرار باطلٌ في قول أبي حنيفة؛ لأنّه [وقع فاسداً]^(٦) لمشاركة المكره عليه، والإقرار الفاسد من جهة المقرّ له، وإنما يصحّ من جهة [المقرّ]، فلو صححناه في مسألتنا لصححناه بتكذيب الغائب، وهو لا يملك تصحيح الإقرار؛ ولأنّ المقرّ أقرّ بمالٍ مشتركٍ، فلو أثبتنا للغائب الألف من غير شركة، [لأثبتنا]^(٧) الإقرار على غير الوجه الذي أقرّ به المقرّ^(٨)،

(١) في ب (والقدر).

(٢) في ب (لزيد).

(٣) في ب (في قياس قول أبي يوسف ومحمد).

(٤) في ب (حق).

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٦) في أ (دفع ما يتبدأ المشاركة) والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٧) في أ (لا يثبت) والمثبت من ب.

(٨) هذه الكلمة سقطت من ب.

وهذا لا يصحّ .

وجه قولهما: أنّ الإقرار للغائب حصل بغير إكراه، وإنما بطل بالشركة، وإذا جحد الغائب شركة الحاضر بقي الإقرار في حقه، وليس فيه معنى يفسده، فصحّ .

وهذا الاختلاف فرعٌ على اختلافهم في المريض إذا أقرّ لوارثه وأجنبيّ [بمالٍ]، فقال: قال أبو حنيفة: يبطل الإقرار، صدّق الأجنبي بالشركة أو كذب، وقال أبو يوسف ومحمد: إن صدّق بالشركة [أ/٤٣٢] بطل الإقرار، وإن كذب لم يبطل .

قال: ولو أكرهوه على أن يهب جاريتته هذه لفلانٍ، أو أن يهب العبد هذا لفلانٍ، ويدفعه إليه، ولم يذكر دفعاً، [ففعل] ودفعه إلى فلانٍ، فالهبة باطلة . وكذلك لو أكرهوه على البيع والدفع؛ وذلك لأنّ البيع والهبة ممّا يختلف فيه الجدّ والهزل، فكذلك يؤثّر فيه الإكراه؛ ولأنّ شرط الخيار يؤثّر فيه، والإكراه ينفي الرضا كشرط الخيار .

وفرق بين الهبة والبيع، فقال في الهبة: إذا أكرهوه على الهبة ولم يكرهوه على الدفع، فوهب وأقبض [لم تصحّ الهبة، ولو أكرهوه على البيع، ولم يكرهوه على الدفع فباع وأقبض] جاز البيع .

والفرق بينهما: أنّ مقصود المُكره أن يُكره على ما يتعلّق به الاستحقاق، وعقد الهبة لا يتعلّق الاستحقاق به، فصار الإكراه عليه إكراهاً على القبض الذي لا يتمّ إلا به، ومن أكره على أن يهب ويقبض، ففعل، لم تصحّ هبته، وليس

كذلك البيع ؛ لأن الاستحقاق يتعلّق به^(١) ، فيحصل بالعقد غرض المكروه ، ولا يحتاج إلى القبض ، فلما أقبض البائع وهو غير مكروه على الإقباض ، صار بذلك إجازةً للبيع ، ومن أكره على البيع فأجازه بعد الإكراه وفعل فعلاً يدل على الإجازة جاز بيعه ، وكذلك هذا .

قال : ولو أكرهوه على هبة جاريتيه لعبد الله ، فوهبها لعبد الله وزيد ، وقبضاها جميعاً بأمره ، جازت حصّة زيد ، وبطلت حصّة عبد الله ؛ لأنهم لما أكرهوه على هبتها^(٢) لعبد الله ، فقد أكرهوه على هبة كلّ جزءٍ منها ، فالهبة في النصف قد تناولها الإكراه ، والهبة لزيد لم يتناولها الإكراه ، فصحت ، وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة .

قال : ولو أكرهوه على هبة ألفٍ لعبد الله ، فوهبه جملةً لعبد الله وزيد ، ودفعه إليهما بطلت الهبة كلّها في قول أبي حنيفة .

وقال محمدٌ : الهبة أيضاً لا تجوز [عندي] لعبد الله ، ولا لزيد .

أمّا أبو حنيفة : فعنده أنّ هبة الواحد لاثنين من غير إكراه باطلة ، فمع الإكراه أولى ؛ ولأنّ الهبة لعبد الله لا تصحّ لأجل الإكراه ، فتبقى الهبة لزيد في مشاعٍ يحتمل القسمة ، فيبطل .

وأمّا على قولهما^(٣) : فهبة الواحد من الاثنين جائزة ؛ لأنّها صفةٌ واحدةٌ ، فإذا كان مكرهاً على أحدهما بطلت الهبة في حقّه ، [وبقي]^(٤) في حق الآخر

(١) في ب (بعقده) .

(٢) في ب (هبة الجارية) .

(٣) في ب (قول أبي يوسف ومحمد) .

(٤) في أ (وهي) والمثبت من ب .



مشاعاً ، فلم تصحّ .

وليس هذا عند محمدٍ كالمريض إذا وهب مالا يخرج من ثلثه ، ثم مات ، فلم تجز الورثة ؛ لأنّ هناك وقعت الهبة في الأصل جائزةً في الجميع ، ثمّ بطلت في بعضها لمعنىّ طارئٍ ، والإشاعة في حال البقاء لا تمنع الهبة^(١) .

قال : وكذلك الإكراه على البيع والشراء والصدقة ، فإنّ الإكراه يبطل في ذلك كلّهُ ، وكذلك كلّ ما كان من تمليكٍ يلحقه فسحٌ ؛ وذلك لأنّه لا يختلف بالجِدِّ والهَزْلِ ، والإكراه في حكم الهَزْلِ .

قال : ولو أكره على بيع جاريتهِ من هذا الرجل بألفٍ ، وقيمتها عشرة آلاف ، فباعها منه بأقلّ من ألفٍ ، كان القياس في هذا أنّ البيع جائزٌ ، والاستحسان : أنّ البيع باطلٌ .

وجه القياس : أنّه لَمَّا عدل عن الثمن الذي سمّوه له وسمّى غيره ، دلّ على أنّه اختار ذلك [فنفذ]^(٢) عليه ، كما لو باعها بألفين .

وجه الاستحسان : أنّ غرض المُكْرهِه بالإكراه إيصال المنفعة إلى المشتري ، وغرض المُكْرَه أن يفعل ما وافق المُكْرَه ليتخلّص من وعيده ، وهو إذا [نقص]^(٣) ممّا ذكر له من الثمن [كان] أقرب إلى حصول غرضه ، فعلم أنّ ذلك ممّا تناوله الإكراه ، فلم ينفذ .

(١) انظر : الأصل ٣٠٩/٧ .

(٢) في أ (قبضه) والمثبت من ب .

(٣) في أ (بقض) والمثبت من ب .

وأما إذا باعه بألفين ، فذلك غير الثمن^(١) الذي سمّاه المكره ، ولا هو ممّا يوافق غرضه ؛ لأنّه [لا يختار]^(٢) الزيادة ، فصار ذلك بيعاً مبتدأً لم يتناوله الإكراه ، فينفذ .

قال : ولو أكرهوه على بيع فوهب ، جاز ذلك ؛ لأنّ الهبة عقدٌ مخالفٌ للبيع ، والإكراه لم يتناوله ، فنفذ عليه .

قال : ولو أكرهوه على بيع جاريتيه ، ولم يسمّوا له أحداً ، فباعها من إنسانٍ ، كان البيع باطلاً ، لأنّ الإكراه إنّما يتناول العقد ، وقد وقع بحسب مقتضى الإكراه ، فلم ينفذ .

قال : ولو أخذوه بمالٍ يؤديه فأكرهوه على أدائه ، ولم يذكروا له جاريتيه بشيءٍ ، [فباع جاريتيه] ليؤدي ذلك [المال] ، وذلك المال أصله باطلٌ فالبيع جائزٌ ؛ وذلك لأنّ الإكراه تناول المال ، ولم يتناول البيع ، وإنّما هو المختار بالبيع ليتخلص به من الإكراه ، فإذا وقع البيع باختياره ، فنفذ عليه .

[قال : ولو أكرهوه على أن يبيع جاريتيه ليؤدي ذلك المال ، وذلك المال أصله باطلٌ ، فالبيع جائزٌ] .

(قال : ولو أكرهوه على أن يبيع)^(٣) من فلانٍ بألف درهمٍ ، فباعها منه بقيمة الألف دنانير ، كان القياس في هذا : أنّ البيع جائزٌ ، والاستحسان : أنّ البيع باطلٌ .

وجه القياس : أنّه لما عدل عن الجنس الذي سمّوه إلى غيره ، دل على أنّه

(١) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٢) في أ (اختار) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .



قصد البيع ، ولم يفعل ما تناوله الإكراه ، فنفذ^(١) البيع ، كما لو باع [بعرض]^(٢) أو بمكيل .

وجه الاستحسان: أن الدراهم والدنانير في البياعات قد أجريت^(٣) مجرى الجنس الواحد ، ألا ترى أنهما أثمان الأشياء ، فصار (القصد من أحدهما كالقصد من الآخر)^(٤) ، فالإكراه على أحدهما كالإكراه على الآخر ، وليس كذلك العروض والمكيلات ؛ لأنها لم تجر مع الدراهم [مجرى] الجنس الواحد ، فبقيت على أصل القياس .

فإن قيل : أليس قد قال في أصل^(٥) هذا الباب : إنهم إذا أكرهوه على الإقرار بألف درهم ، وأقرّ بمائة دينارٍ جاز الإقرار .

فالجواب : أن من أصحابنا من قال : إن المكره إذا أقرّ بدنانير قيمتها ألف أو أقلّ لم يجز الإقرار ، وإنما جاز الإقرار ؛ لأنّ المائة دينار قيمتها في الغالب أكثر من ألف ، [فلما]^(٦) عدل عن الجنس والقدر لم يكن مكرهاً .

ومن أصحابنا من حمل المسألة على ظاهرها وقال : إنّ الدراهم والدنانير في البياعات أجريا مجرى الجنس الواحد استحساناً ، ولم يوجد ذلك في الإقرار ، فبقي على أصل القياس .

(١) هذه الكلمة ساقطة من ب .

(٢) في أ (بعوض) والمثبت من ب .

(٣) في ب (أجريا) .

(٤) ما بين القوسين في ب (العقد بأحدهما كالعقد بالآخر) .

(٥) في ب (أول) .

(٦) في أ (فيما) والمثبت من ب .

وهذه المسألة نظيرها ما قالوا فيمن باع شيئاً بدراهم نسيئةً ، ثم اشتراه بدنانير أقلّ من تلك الدراهم: أنّه لا يجوز [الشراء] ، فأجروها مجرى الجنس الواحد (١).

قال: ولو أنّ رجلاً له على رجلٍ حقٌّ من ملكٍ (٢) أو كفالةٍ بنفسٍ أو غير ذلك ، فأكرهه بوعيدٍ بقتلٍ أو حبسٍ حتى أبرأ منه الذي عليه الحقّ ، كانت البراءة باطلةً ، وكذلك لو وجبت له شفعةٌ ، فلمّا علم بها [أراد] أن يتكلّم بطلبها ، فأكرهه حتى سدّ فوه ولم يُترك ينطق يوماً أو أكثر من ذلك ، لم تبطل شفעתه ، وكذلك لو أكرهوه على تسليمها بعدما طلبها ، كان تسليمه باطلاً ، وكان على شفעתه إن زال عنه الإكراه ، فإن طلب عند ذلك وإلا بطلت شفעתه ؛ لأنّ البراءة من الدين إسقاطٌ (٣) ، وإسقاط الكفالة والشفعة يختلف فيه الجدّ والهزل ، فلا يصحّ مع الإكراه.

وكذلك السكوت عن طلب الشفعة [بإكراه] لا يبطل الشفعة ؛ لأنّ السكوت إنّما يبطل لدلالته على الرضا بإسقاط الحقّ ، فإذا كان بإكراه لم يدلّ على الرضا (٤).



(١) انظر: الأصل ٣٣٢/٧ وما بعدها.

(٢) في ب (مال).

(٣) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل ، ٣٣٠/٧ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤١/٨ ، ٤٤٢ .

بَابُ الإكراهِ على العتقِ والطلاقِ والنكاحِ وغيرِ ذلك



قال: ولو أن رجلاً أكره بوعيدٍ بقتلٍ أو تلف عضوٍ على عتق عبده، أو على طلاق امرأته، أو على تزويج امرأة، أو على [عفوٍ من دم] ^(١) وجب له، فذلك كله جائزٌ عليه، وقال الشافعي: لا يجوز ^(٢).

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا قيلولة في الطلاق» ^(٣)، وقال: «ثلاثٌ جدُّهن وهزلهن جدُّ: الطلاق، والعتاق، واليمين» ^(٤)، وروي: «الطلاق، والنكاح، واليمين»، فإذا استوى فيه الجدُّ والهزل، فكذلك الإكراه [والطوع]؛ ولأنه قاصدٌ إلى الإيقاع وإلى العقد، غير راضٍ بأحكامه، فصار كشرط الخيار وكالهزل.

قال: وإن أكره على عتق عبده، فللمولى أن يرجع بقيمة العبد على المكره (موسراً كان أو معسراً، والولاء للمولى للمعتق).

وهذه المسألة تتضمّن أحكاماً:

- (١) في أ (عقد من عقود ممن)، والمثبت من ب.
- (٢) انظر: الأم ص ٦١١؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ٤١٧.
- (٣) رواه من حديث صفوان الطائي: سعيد بن منصور في السنن (٣١٤/١)؛ والعقيلي في الضعفاء (٢١١/٢)؛ وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: (ذكره ابن أبي حاتم في العلل عن أبي زرعة، وإنه وإه جداً) (٢١٧/٣).
- (٤) رواه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أبو داود (٢١٩٤)؛ والترمذي (١١٨٤) وقال: «حسنٌ غريبٌ»؛ وابن ماجه (٢٠٣٩).

أولها: نفوذ العتق ، وقد بيّناه .

والثاني: وجوب الضمان على المكره ؛ لأنه أتلف ملك الغير على طريق التعدي ، فيلزمه الضمان ؛ ولأن فعل المكره ينتقل إلى المكره^(١) فيما يصح أن يفعله الإنسان لغيره ، فصار المكره هو المُتْلَفُ .

والثالث: استواء اليسار والإعسار ؛ لأن المكره في حكم المباشر للإتلاف ، وضمان المباشر يستوي فيه اليسار والإعسار ، وإنما يفترق في العتق اليسار والإعسار في ضمان السراية .

والرابع: أن العبد لا سعاية عليه ؛ لأن العتق وقع من جهة المولى ، ولا حق لأحد في ملكه مع تمام الملك ، فصار كالمختار للعتق ، وليس هذا كعبد الرهن إذا أعتقه الراهن وهو معسر ؛ لأن تعلق حق الغير بالملك هو الذي أوجب السعاية ، وليس هذا كالمحجور عليه إذا أعتق ، أن السعاية واجبة عند أبي يوسف ومحمد ؛ لأن الحجر أوجب نقصان تصرفه ، ونقصان ملكه .

والخامس: ثبوت الولاء للمولى ؛ لأن العتق صحّ من جهته ، وقال ﷺ :
«الولاء لمن [أعتق]»^(٢)»^(٣) .

السادس: أن المكره لا يرجع على العبد بالضمان ؛ وذلك لأن الملك في رقبة العبد لا تنتقل إليه ، ولا يجوز أن يرجع بالسعاية ؛ ولأن المضمن^(٤) في

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (للمعتق) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في الرواية .

(٣) رواه من حديث عائشة رضي الله عنها : البخاري (٤٤٤) ، ومسلم (١٥٠٤)

(٤) في ب (المسمى) .

الغير^(١) إنما يرجع على العبد؛ لأنه قام مقام المولى فيه، وفي ما كان له من السعاية، والمولى في مسألتنا لم يكن له حق في السعاية، فلا يثبت لمن قام مقامه.

قال: ولو كان عبدٌ بين رجلين، أكره أحدهما بوعيدٍ بقتلٍ أو قطعٍ أو ضربٍ يخاف منه تلفاً، حتى أعتقه، كان حرّاً كله في قول أبي يوسف ومحمد، والولاء للمعتق، وهذه المسألة [أيضاً] تتضمن أحكاماً:

منها: نفوذ العتق، وقد بيّناه.

ومنها: أن الشريك المعتق لا ضمان عليه لشريكه؛ لأن فعله انتقل إلى المكره، فكأنه الفاعل له، والعتق إذا وقع في نصيب أحد الشريكين بغير فعله لم يلزمه ضمان، كما (لو أبرأ أحدهما)^(٢).

والثالث: وجوب الضمان على المكره للمعتق في نصيبه^(٣)، موسراً كان أو معسراً؛ لأنه باشر الإتلاف على ما قدمنا.

والرابع: [ضمانه]^(٤) لنصيب الذي لم يعتق، فإن كان المكره موسراً فللشريك الذي لم يعتق عند أبي حنيفة ثلاثة^(٥) خيارات: (إن شاء ضمّن المكره)^(٦)، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، وصار المكره كأحد الشريكين إذا أعتق نصيبه، وإن كان المكره معسراً فلا ضمان عليه، وللشريك خياران: إمّا

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) ما بين القوسين في ب (كما لو ورثا ابن أحدهما).

(٣) في ب (نفسه).

(٤) في أ (عليه ضمانه)، بزيادة (عليه)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.

أن يعتق، أو يستسعي.

وإنما اختلف الضمان في هذا التصرف باليسار والإعسار؛ لأنه ليس بمباشر الإلتلاف، وإنما يضمنه بالسراية، فهو [كعتق] ^(١) أحد الشريكين، فإن كان الشريك قد اختار تضمين المكره، (فالولاء بين) ^(٢) المكره والمكره؛ لأن نصيب الشريك بالضمان انتقل إلى المكره، فعتق على ملكه، وإن اختار الضمان أو السعاية، (فالولاء بين) ^(٣) الشريكين نصفان.

فأمّا على قول أبي يوسف ومحمد: فإن كان المكره موسراً، فليس للشريك إلا الضمان، وإن كان معسراً، فليس له إلا السعاية، على أصلهما: أن العتق لا [يتبعض] ^(٤)، وللمكره في هذا الفصل إذا ضمن أن يستسعي العبد ^(٥)؛ لأنه قام مقام الشريك، وقد كان له أن يستسعي، فكذلك لمن قام مقامه ^(٦).

قال: وإذا أكره على الطلاق قبل الدخول، فعليه نصف الصداق ^(٧) الذي سمي، ويرجع الزوج على المكره بما غرم من ذلك، وإن كان الزوج لم يسم مهراً فعليه المتعة للمرأة، ويرجع الزوج على المكره بذلك؛ وذلك لأن المكره قرّر على الزوج ضماناً كان يجوز أن [يتخلص منه] ^(٨) بذلك، ألا ترى أن الفرقة لو

(١) في أ (كعبد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) في ب (قالوا لا يبرأ).

(٣) في ب (قالوا لا يبرأ).

(٤) في أ (ينتقص) والمثبت من ب.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٦) انظر: الأصل ٣١٣/٧ وما بعدها.

(٧) في ب (المهر).

(٨) في أ (يتخلص عنه) والمثبت من ب.

كانت بسبب من جهة المرأة أسقطت المهر والمتعة، فلمّا وقع الطلاق بإكراهه ألزمه ذلك الضمان، وقرّره عليه، فكأنّه أخذه من ماله فأتلفه.

قال: وإن كان الزوج قد دخل بها، فلها المهر كاملاً، ولا ضمان على المكره للزوج؛ وذلك لأنّ المهر استقرّ بالتسليم الأوّل، وإن سلم المُبدل للزوج لم يجز أن يرجع ببدله على غيره؛ ولأنّ المكره لم يقرّر على المكره ضماناً لم يكن؛ لأنّ المهر قد استقرّ بالتسليم، فلم يبق إلا إخراج البضع من ملك الزوج، وذلك لا قيمة له، فلا يضمن.

قال: [ولو] أكرهه فتزوجها بألف درهم، ومهر مثلها عشرة آلاف، زوّجها أولياؤها وهم مكرهون، فالنكاح جائز، ولا ضمان على المكره، ويقول القاضي للزوج: أنت بالخيار: إن شئت فآتّم لها مهر مثلها وتكون امرأتك إن كان الزوج كفؤاً لها، وإن أبى فرّق بينهما ولا شيء لها، وإن رضي كانت امرأته بمهر مثلها.

وهذه المسألة تتضمّن أحكاماً:

منها: انعقاد النكاح، وقد قدّمناه^(١).

ومنها: أنّ المكره لا ضمان عليه؛ لأنّه أخرج من ملكها منفعة البضع، وهي لا تتقوم إلا بعقد، أو شبهة عقد^(٢).

والثالث: أنّ الزوج إن لم يكن كفؤاً فالمرأة بالخيار من وجهين:

أحدهما: يقال للزوج: أتم لها مهر مثلها، وإلا فرّقنا بينكما.

(١) في ب (بيناه).

(٢) في ب (شبهة) فقط.

والثاني: الخيار لعدم الكفاءة.

وإنما يثبت الخيار لوجهين؛ لأن المال يختلف فيه الجِدُّ والهَزْلُ، ولا تصح التسمية مع الإكراه، فيجب مهر المثل.

فأمَّا الكفاءة فلم ترض المرأة بالعقد، فكأن المولى زَوَّجَهَا [ظلمًا] ^(١) بغير كفاءٍ، فثبت لها الخيار، وللأولياء الخيار أيضًا من هذين الوجهين؛ لأن عند أبي حنيفة لهم أن يعترضوا لعدم الكفاءة، ولنقصان المهر.

فأمَّا على قولهما: فلهم الاعتراض لعدم الكفاءة، وليس لهم الاعتراض لنقصان المهر، فإن لم يتمم الزوج لها المهر، فُرق بينهما، ولا شيء عليه؛ لأنَّ الفرقة جاءت قبل الدخول من جهة المرأة.

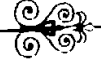
قال: فإن دخل بها غير [مكرهة] ^(٢)، فهذا رضا منها بالنكاح؛ وذلك لأنَّ تمكينها له من نفسها إجازة للعقد، فتصير كقولها: رضيت، ويسقط الخياران الثابتان لها، ويبقى الخيار للأولياء.

قال: ولو أن رجلاً أكرهه أهل الشرك من العدو على أن يكفر بالله تعالى، وله [٤٣٣/أ]، امرأة حرة مسلمة، ففعل ثم خُلي سبيله، فأتاها، فقالت: إنك قد كفرت بالله، وقد بنتُ منك، فقال الرجل: إنما أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان، فالقول قوله مع يمينه على ما ادَّعاه، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن يفرق بينهما.

وجه القياس: أن كلمة الكفر سببٌ لوقوع الفرقة كلفظ الطلاق، فكما

(١) في أ (طائعا) والمثبت من ب.

(٢) في أ (مكرهه)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.



يستوي لفظ الطلاق للطائع والمكروه ، فكذلك يستوي في الردّة ، وإنّما استحسنوا ؛ لأنّ كلمة الكفر ليست بفرقةٍ ، وإنّما تقع الفرقة بحصول الكفر ، ووجود الإكراه يمنع من الحكم بكفره ، فلم يجز إيقاع الفرقة بحكم الكفر ، والكفر لم يثبت^(١) .



(١) انظر: الأصل ٣١٣/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤٣/٨ .

بَاب

من الإكراه على الإقرار بالحدود

—•••••—

قال: ولو أن رجلاً أكرهه سلطانٌ بضربٍ أو تهديدٍ بذلك، أو بحبسٍ أو قيدٍ حتى يقرّ على نفسه بحدٍّ، أو قصاصٍ، أو بغير ذلك، فإن هذا كله باطلٌ، لا يؤخذ منه شيءٌ؛ وذلك لأنّ الإقرارَ خبرٌ يحتمل الصدق والكذب، وإنما يُحمل على الصدق لحسن الظنّ بالمقرّ، فإذا كان مكرهاً زال حُسن الظنّ به، فبقي الاحتمال، فلم يجز إلزامه بما أقرّ به؛ ولأنّ الحدود تسقط بالشبهة، فإكراهه على الإقرار شبهةٌ.

قال: فإن أكرهه حتى أقرّ ثم خلّى سبيله، ثم أخذ بعد ذلك فجيء به، فأقرّ بما كان قد تهدّد عليه بغير إكراهٍ إقراراً مستقبلاً، أخذ بذلك؛ وذلك لأنّ المكره إذا خلّى وزال يد المكره عنه حتى صار لا يقدر عليه، فقد انقطع حكم التهديد الأوّل، فإذا عاد إليه أو أخذ^(١) فأقرّ، فقد أقرّ بغير إكراهٍ، فيلزمه ما أقرّ به، وليس كذلك إذا لم يخلّه، ولكن قال له: إنّي لا آخذك بإقرارك، فإن شئت فأقرّ، وإن شئت فلا تقرّ، فأقرّ وهو في يده على حاله لم يجز الإقرار؛ لأنّ اليد ما دامت باقية عليه، فحكم الوعيد لم يسقط عنه، فهو وإن قال له: إن شئت فأقرّ، وإن شئت فلا [تقرّ]، [فهو]^(٢) باقٍ على حكم الإكراه الأوّل، فلا ينفذ إقراره^(٣).

(١) (أو أخذ) سقطت من ب.

(٢) في أ (صار)، والمثبت من ب، وهو أليق بالسياق.

(٣) انظر: البدائع ٧/١٩٠.

قال: فإن خلى سبيله فلم يتوارَ عن عين^(١) المكره حتى بعث من أخذه وردّه إليه، وأقرّ بالذي أقرّ به أوّل مرّة من غير إكراه ولا تهديد، فإنّ هذا ليس بشيء؛ وذلك لأنّ اليد باقية ما لم يغب عن عينه فتزول يده عنه، فإذا أقرّ مع بقاء حكم يده فالإكراه بحاله.

قال: ولو كان حين أقرّ به^(٢) [أقامه]^(٣) عليه الذي أقرّ [له]^(٤) من ذلك، فإن كان المقرّ معروفاً بما أقرّ به من ذلك إلا أنّه لا بيّنة به، فإنّ القياس في هذا أن يقتص مما يقتص من مثله، وما لا يستطيع فيه القصاص ففيه الأرش في ماله، ولكننا نستحسن ونجعل عليه الأرش في الجميع، وندراً عنه القصاص.

وإن كان المكره لا يُعرف بشيءٍ ممّا أقرّ به، أخذ فيه بالقياس فيما يستطيع فيه القصاص؛ وذلك لأنّ الإقرار مع الإكراه لا يتعلّق به الحكم، فصار الحاكم كالمبتدئ لإقامة الحدّ من غير بينة ولا إقرار، وإنّما استحسنوا إذا كان المقرّ معروفاً بما أقرّ [به]؛ لأنّ ذلك شبهةٌ في مثله، والقصاص يسقط بالشبه، والأرش لا يسقط، فأما إذا كان غير [متهم]^(٥)، فلا شبهة فيه، فيؤخذ فيه بالقياس.

وهذا كما قالوا في رجل دخل دار رجلٍ فقتله صاحب الدار وقال: إنّه داعرٌ،

(١) في ب (بصر).

(٢) في ب (بذلك).

(٣) في أ (إذا قام)، والمثبت من ب، وما في أ لا يتضح معناه.

(٤) في أ و ب (به)، ولا يتضح معنى العبارة بها، ولعل الصواب، (له)؛ إذ المعنى أنه أقرّ للسلطان،

فأقام السلطان عليه الحد، والله أعلم. وينظر المبسوط للسرخسي (٧١/٢٤)

(٥) في أ (منهي)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

دخل عليّ (ليأخذ مالي ، أو ليقتلني)^(١) ، فدفعته [عن نفسي] فقتلته^(٢) : فإن كان المقتول معروفاً بالدعارة^(٣) ، فلا قصاص على صاحب الدار ؛ لأن الظاهر من أهل الدعارة أنّهم يدخلون المنازل للفساد ، فصار ذلك شبهةً في سقوط القصاص ، فوجب الأرش ، وإن كان المقتول لا يُعرف بالدعارة ، اقتُص من صاحب الدار ؛ لأنه قتله وزعم أنّه وجد منه ما أباح القتل ، فلا يُقبل قوله^(٤) .

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنّ المقتول إذا كان معروفاً بالدعارة فلا قصاص ولا أرش^(٥) .



-
- (١) ما بين القوسين في ب (دخل علي ليلاً ليقتلني) .
 (٢) في أ (أو قتلته) ، والمثبت من ب .
 (٣) في النسخ (الدعارة) [بالدال المعجمة] وهو من الإفراع .
 والدعارة [بالدال المهملة]: الفساد والشُّر ، ورجل داعر: خبيث مفسد . كما في لسان العرب (دعر) ، وهو المقصود هنا .
 (٤) انظر: لسان الحكام ٣١٢/١ .
 (٥) انظر: الأصل ، ٣٢٠/٧ وما بعدها .

بَابُ الرَّجُلِ يُكْرِهُ عَلَى مَا يَجْعَلُ اللَّهُ عَلَى نَفْسِهِ



قال: ولو أن لصاً غالباً أكره رجلاً حتى جعل على نفسه صدقةً لله تعالى، أو حجاً، أو عمرةً، أو غزوةً في سبيل الله، أو بدنةً، أو شيئاً مما يُتقرب به إلى الله، فتهدد بقتلٍ، أو تلفٍ، أو غير ذلك، حتى أوجب ذلك على نفسه، فهو واجبٌ كله، بمنزلة الطلاق والعِتاق.

وكذلك إذا (أكره على أن) ^(١) يجعل على نفسه المشي ^(٢) إلى بيت الله [الحرام]، أو حلف بذلك على شيءٍ يُقدَّرُ أن يفعله، أو لا يقدر، أو أكرهه على يمين معصية، أو طاعة، ثم حنث في يمينه، وجب عليه جميع ما أوجب على نفسه؛ لأن النذر واليمين مما يستوي جدها وهزلها، فلا تختلف بالإكراه والطوع.

وقد دل على ذلك قوله ﷺ: «ثلاث جدهن جدٌّ، وهزلهن جدٌّ: الطلاق والنكاح واليمين» ^(٣)، ولما قدمنا من حديث حذيفة: أن المشركين استحلفوه أن لا يعين رسول الله ﷺ، فقال ﷺ: «نفي لهم بعهدهم، ونستعين عليهم بالله» ^(٤)، والنذر من جنس اليمين لقوله ﷺ: «النذر يمين، وكفارته كفارة يمين» ^(٥)، فلا يختلف بالإكراه وغيره.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (الحج).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) رواه مسلم (١٧٨٧).

(٥) رواه من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه: أحمد (١٧٣٧٨)، وقال المناوي في فيض القدير (٢٩٨/٦): =

وقد قالوا: إنَّ المَكْرَه لا يرجع على المَكْرِه بما لزمه من ذلك؛ لأنَّه أوجبَ عليه حقًّا فيما بينه وبين الله تعالى، لا يأخذه به الحاكم، ولا يحبس فيه، ولو أثبتنا له الرجوع، أخذ به الحاكم وحبسه فيه، وذلك إثبات الرجوع بأكثر مما أوجبه المَكْرِه، فلا يصحّ.

قال: ولو أُكْرِه على ظهارٍ من امرأته، كان مُظَاهِرًا، لا يقربها حتى يُكْفِّر؛ لأنَّ الظهار يستوي جده وهزله كالطلاق، ولأنَّه موجبٌ للتحريم كالطلاق.

قال: فإن أُجبره على أن يُكْفِر، ففعل، لم يرجع بذلك على الذي أكرهه؛ لِمَا قَدَّمْنَا أَنَّ الكفارة معنًى يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى، ولو رجع بها لثبت رجوعه بأكثر ممَّا ألزمه المَكْرِه، وهذا لا يصحّ.

وقد قالوا: إنَّه لو أُكْرِه على أن يعتق عبداً بعينه عن ظهاره، فأعتقه، لم يرجع عليه بشيءٍ إذا كان قيمة العبد قيمةً وسطاً^(١) [يعتق مثله في الكفارة؛ لأنَّ ذلك كان مُسْتَحَقًّا عليه]، وإن كانت قيمة العبد كثيرةً لا يعتق مثلها، فالمكْرِه ضامنٌ؛ لأنَّه أتلف عليه، وذلك حين ألزمه تعيين العتق فيه، ولم يكن لازماً له، ولا تجزئ الرقبة عن الكفارة؛ لأنَّ وجوب الضمان بالعتق [ينفي]^(٢) الجواز عن التكفير^(٣).



= (الحافظ العراقي قال: إن الحديث حسن).

(١) في ب (قيمة عبدٍ وسطٍ).

(٢) في أ (بمعنى)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) انظر: الأصل، ٣٥٦/٧ وما بعدها.

بَابُ الرجل يُكره على الإقرار بشيء ماضٍ



[٤٣٣/ب] قال أبو الحسن: كلُّ شيءٍ أخبرتك^(١) أنه يلزم المكره مبتدئاً به على الإكراه، فإنه إذا أُكِرِه على أن يقرَّ أنه قد فعله أمسٍ، أو يوم كذا، فذلك باطلٌ، عتاقاً كان أو ظهاراً، أو طلاقاً، أو نذراً، أو حلفاً، والمقرّ يعتقه على ملكه كما كان.

وكذلك المقرّ بطلاقها زوجةً له، وكذلك لو أُكِرِه على أن يقرَّ بنسبٍ لم يلزمه؛ لأنَّ الإقرار إخبارٌ عن [أمرٍ] ماضٍ، والخبر يحتمل الصدق والكذب، فإذا كان معه إكراهٌ فالظاهر ينفي حمله على الصدق، فلم يلزمه.

ولا يقال: إنَّ من مذهب أبي حنيفة أنَّ من قال لعبده ومثله لا يولد لمثله: هذا ابني، عتق [عليه]، وإن علمنا أنه كذب في إخباره.

وذلك لأنَّ الإقرار بالنسب إيقاع حريّة، وذلك لا يحتمل الصدق والكذب، فلذلك أوقع العتق.

قال: ولو أنَّ نصرانياً أُكِرِه على الإسلام حتى أسلم، كان مسلماً، فإن رجع إلى النصرانية لم يُترك، وأُجبر على الإسلام، فإن أبى أن يسلم لم يقتل، وحُبس.

أما وقوع الإسلام مع الإكراه فلقوله تعالى: ﴿وَلَهُوَ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ

(١) في ب (ألزمتك).

وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا ﴿١﴾ [آل عمران: ٨٣] ، وقال ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»^(١) ، وهذا إكراهٌ على الإسلام ؛ ولأنَّ النبي ﷺ قَبِلَ ظاهر الإسلام من المنافقين الذين أسلموا خوفاً وأبطنوا الكفر ، وهذا إنَّما يكونُ مسلماً في الظاهر ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلمٍ .

فأما إذا رجع عن الإسلام لا يُقبل ؛ لأنَّ فعل المكره ينتقل إلى المكره ، فيصير كمن أسلم بإسلام غيره ، وقد قالوا في الكافر إذا أسلم وله أولادٌ صغارٌ: حكم بإسلامهم ، فإن بلغوا كفاراً أُجبروا على الإسلام ولم يُقتلوا ؛ لأنَّهم لم يسلموا بأنفسهم ، كذلك هذا .

قال: ولو لم يُكره على الإسلام ، ولكن أُكره على أن يقرَّ أنه أسلم أمس ، فأقرَّ ، لم يُحكم بإسلامه ؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الإقرار مع الإكراه لا يتعلَّق به حكمٌ ، وإن كان المكره عليه لا يؤثر الإكراه فيه^(٢) .



(١) رواه البخاري (٢٥) ؛ ومسلم (٢٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) انظر: الأصل ، ٣٦٦/٧ .

بَاب

الإكراه على الزنا والقطع وقد أُذِنَ له في ذلك المَفْعُولُ به أو لَمْ يَأْذَنْ



قال محمدٌ: كان أبو حنيفة يقول: لو أن سلطاناً أو غيره أكره رجلاً حتّى زنى، كان عليه الحدّ؛ لأنّه لا ينتشر إلا بلدّة، وإن أكرهوا^(١) امرأة لم يكن عليها الحدّ، ثم رجع أبو حنيفة بعد ذلك فقال: إذا أكره الرَّجُلُ سلطاناً على ذلك فلا حدّ عليه، وإن أكرهه غير السلطان كان عليه الحدّ، وإذا دُرِيَ [عنه] الحدّ وجب [عليه] المهر، وإذا وجب عليه الحدّ بطل المهر.

وقال محمدٌ: إذا أكره الرجل [قومٌ] غير السلطان، وكانوا في ذلك بمنزلة السلطان، كلصوصٍ أخذوه [في طريق المسلمين]، أو في منزلٍ لا يقدر فيه على منعهم، فقالوا له: لنقتلنك، أو لنقطعنّ منك عضواً، أو لتزنيّن بهذه المرأة، فوقع في (غلبة علمه)^(٢) أنّهم فاعلون [به] ذلك، فزنى بها فلا حدّ عليه، [وعليه] المهر.

أمّا قول أبي حنيفة الأول أنّ إكراه السلطان وغيره لا يُسقط الحدّ، وهو قول زفر؛ لأنّ الوطاء لا يمكن إلا بالانتشار، وذلك لا يكون مع الخوف، فلمّا وُجد [ذلك] دلّ على أنه ليس بخائفٍ، فكأنّه زنى بغير إكراه.

(١) في ب (أكرهت).

(٢) في ب (قلبه).

وأما وجه قوله الثاني في الفرق بين إكراه السلطان وغيره^(١): فقد اختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: عند أبي حنيفة لا يكون الإكراه إلا من السلطان؛ وذلك لأن السلطان لا يمكن مغالبتة، ولا التظلم منه إلى غيره، وغير السلطان يُتظلم منه إلى السلطان، فيغالب؛ فلذلك تعلق الحكم بإكراه السلطان دون غيره.

ومنهم من قال: إنه كان في زمن أبي حنيفة لا غلبة إلا للسلطان، ولم يكن غيره يقدر على إجبار^(٢) الناس، فأجاب على ما شاهد، وكان في عصرهما قد تكون الغلبة [للسلطان]^(٣) ولغير السلطان، فأجابا على ما شاهدها.

ومن أصحابنا من قال: إنه أراد بالسلطان: الإمام؛ لأنه إذا أكره على الزنا فسق وانعزل، فحصل الزنا وليس هناك من يملك إقامة الحد.

ولا يقال: إن خلفاء الإمام لا ينزلون بعزله؛ لأنهم إنما يملكون الولاية بأمره، فإذا لم يملك هو الإقامة^(٤)، صار ذلك شبهة [في إسقاط الحد].

ومن أصحابنا من قال: الإمام وغيره من السلاطين سواء؛ لأن السلطان مأمورٌ بدرء الحد، فإذا أكره على أسبابها فقد توصل إلى إثباتها، فيلحقه التهمة، ولا يملك [الإقامة]^(٥).

وجه قولهما: أن الانتشار في^(٦) طبع الآدمي يحصل بغير اختياره، ثم يُكره

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (إكراه).

(٣) في أ (للمصوص)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.

(٤) في ب (لم يملك هذا الإمام).

(٥) في أ (إلا به)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تعليل الحكم.

(٦) في ب (من).

على الموافقة فيصح الإكراه ويسقط الحدّ، وإنّما وجب المهر (إذا سقط الحدّ)^(١)؛ لأنّ الوطاء في ملك الغير لا يخلو: من حدّ، أو مهر، فإذا سقط [الحدّ] بالشبهة وجب المهر، وإذا وجب الحدّ لانتفاء الشبهة سقط المهر^(٢).

قال: فإن أذنت له في ذلك من نفسها حين استكروهه^(٣)، [واستكروهها استكراهاً]، فهو آثمّ إن أقدم على ذلك؛ لأنّ في ذلك مظلمة لها إن استكروهها (إن كانت مستكرهة)^(٤)، وإن لم تكن مستكرهة فليس يحلّ لها أن تأمره، ولا حدّ عليه في الوجهين [جميعاً]، ولا يرجع على الذي أكرهه بالصدّاق [إن وجب عليه ذلك]؛ وذلك لأنّ وطأها على وجه الزنا من مظالم العباد التي لا تبيحها الضرورة، فإذا أقدم عليها كان آثمًا، فأما إذا أذنت له غير مكرهة، فهي لا تملك الإباحة، فوجود إذنها وعدمه سواء.

قال: فإن كان [أكره]^(٥) بسجنٍ أو قيدٍ أو ضربٍ لا يخاف منه تلفًا على أن يزني بامرأة مطاوعة أو مستكرهة، فليس يحلّ له أن يفعل هذا، فإن فعل فهو آثمّ، وعليه الحدّ، لا يُدْرَأ [الحدّ] إلا في الضرورة التي يخاف منها التلف، أو تلف بعض الأعضاء؛ وذلك لأنّ السجن والقيد إكراهٌ في الأموال والعقود، فأما المحظورات [فلا إكراه]^(٦) فيها [إلا] ما يخشى منه تلف نفسه أو عضوٍ من أعضائه، وذلك لم يوجد.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٣٤٣/٧.

(٣) في ب (أمروه).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في أ (الكره) والمثبت من ب.

(٦) في أ (والإكراه) والمثبت من ب.

قال: ولو أكره على قطع يد رَجُلٍ، فقال الرجل: قد أذنت لك في القطع، فاقطع! والآذن له غير مكره، فإن المكره لا يَسَعُه أن يقطع، فإن قطعها فهو آثم، ولا شيء عليه، ولا على المكره؛ وذلك لأنَّ صاحب اليد لو قطعها بنفسه كان آثمًا، وإذا أمر بقطعها فالمأمور في حكمه، وإنما يسقط الضمان؛ لأنه لو وجب لوجب الحق للمقطوع^(١)، وقد رضي بإسقاط حقه حين أذن في ذلك.

قال: فإن كان صاحب اليد أكره بقتل^(٢) حتى أمره بذلك، فالمأمور بالقطع آثم، فإن فعل كان لصاحب اليد أن يقطع به^(٣) الأمر.

وهذه مسألة الإكراه على القتل، قال أبو حنيفة ومحمد: يجب القصاص على المكره، وقال أبو يوسف: يجب على المكره الدية، وقال زفر: يجب على المكره القصاص.

لأبي حنيفة ومحمد: أن فعل المكره ينتقل إلى المكره، فيصير كأنه هو الفاعل له، فكأنه أخذ بيده وضربه [٤٣٤/أ]؛ ولأنه صار [كألة]^(٤) حين ضربه على اختياره، فوجب القصاص عليه.

وجه قول زفر: أن المأمور لا يحلّ له الإقدام على الفعل بالإكراه^(٥)، فصار وجود الإكراه وعدمه سواءً، فكأنه قتله بغير إكراه.

لأبي يوسف: أن المكره لم يباشر الإتلاف، وإنما هو سبب فيه، وضمان

(١) في ب (لحق المقطوع).

(٢) في ب (بقطع).

(٣) في ب (يد).

(٤) في أ (كالدلالة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في التعليل.

(٥) في ب (بالإقرار).

الأسباب يتعلّق به الدية دون القصاص .

قال: ولو قيل له: لنقتلنك أو [لتقتلن فلاناً]^(١) ، فقال الذي أمر بقتله: [اقتلني]^(٢) وأنت في حلّ من ذلك ، وهو غير مكره ، فقتله عمداً بالسيف ، فهو آثم ولا شيء عليه ، والدية في مال الأمر .

وهذه رواية الأصل: أنّ من أذن لغيره في قتله فقتله فعليه الدية ، فإن أذن له في قطع يده فقطعها فلا شيء عليه ، (والدية في مال الأمر)^(٣) .

وقال أبو يوسف: لا شيء عليه فيهما .

وقال زفر: عليه القصاص في النفس .

ذكر الاختلاف في اختلاف أبي يوسف وزفر .

أمّا وجه رواية الأصل في وجوب الضمان: فلأنّ الواجب بالقتل إنّما يستحقه الورثة ، فإذا أذن فيه فكأنه أسقط حقاً لهم ، والواجب بالقتل أحد أمرين: [إمّا] القصاص ، أو الدية ، والقصاص من حقّ المقتول ، وإنّما يستوفيه الورثة له ، فإذا يؤثّر فيه ، والدية [حق للورثة]^(٤) ، فإذا لا يؤثّر في إسقاطها ؛ ولأنّ إذنه في القتل شبهة في سقوط القصاص ، [والقصاص] إذا دخلته الشبهة وجبت الدية ، وليس هذا كقطع اليد ؛ لأنّ الواجب بها حقّ الأمر دون الورثة ، فإذا يسقط حقه .

(١) في أ (لتقتلنه) والمثبت من ب .

(٢) في أ (اقتله) والمثبت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب . انظر: الأصل ٣٤٤/٧ .

(٤) في أ (والدية عن الورثة) والمثبت من ب .

وجه قول زفر: أن الإذن لا يتعلّق به حكمٌ؛ لأنه أذن فيما لا يملك، فكأنّ القاتل قتله بغير إذنه.

وأما أبو يوسف فقال: إنّ الواجب بالقتل من الدية حقٌّ للمقتول؛ بدلالة أنّه يقضى منه ديونه وتنفّذ وصاياه، فإذنه في سببه يُسقطه؛ ولأنّ الإذن في القتل يجري مجرى [العفو]^(١)، ولو عفا بعد الجرح سقط القصاص والدية، فكذلك هذا.

قال: ولو أكره على أن يصنع فيه شيئاً لا يخاف منه تلفاً من ضرب سوطٍ أو نحوه، ففعل به ذلك، رجوت أن لا يكون عليه إثمٌ؛ لأنّ هذا فيه [ضررٌ]^(٢) وليس فيه تلفٌ، فصار كأخذ ماله.

قال: فإن مات منه، فإن كان المقتول أمره بأن يفعل ذلك، فلا ضمان عليه، ولا على المكره، وإن كان لم يأمره، فعلى الذي أكرهه الدية؛ وذلك لأنّه أذن له في ضربه، وذلك مستباحٌ بالإذن له، ألا ترى أنّه قد يفعل ما دون النفس للحاجة، كقطع اليد عند^(٣) الأكلة^(٤)، فأمر الأمر يُسقط ما يتعلّق بما دون النفس من الضمان، فإن كان لم يأمره فقد قتله بالضرب، فيجب عليه الدية.

قال: وإن أكرهه على أن يأخذ من ماله فيرمي به في مهلكة، فأذن له صاحب المال بغير إكراه، فلا شيء فيه^(٥)؛ لأنّ حرمة المال إنّما تثبت لأجل المالك،

(١) في أ (العقود)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٢) في أ (ضرب) والمثبت من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) الأكلة: داءٌ في العضو يأكل منه). القاموس المحيط (أكل).

(٥) في ب (فلا ضمان عليه).

وهو ممّا يستباح بالإباحة، وإذا أذن في استهلاكه سقط الضمان، (وإن كان أكره حتى أذن، فالضمان على المكره للمتلف؛ لأن فعل المتلف انتقل إليه، وقد أتلف بغير رضا صاحب المال)^(١).

قال: ولا إثم على المكره في المال؛ لأنّ مال الغير يجوز استباحته لدفع الضرر، كما لو خاف على نفسه [عند الجوع] فأكله.

قال: والعبد والأمة فيما يأذن به مولاهما كالحرّ والحرّة، يعني أنّ المولى إذا أذن في جماع الأمة، فهو كإذن حرّة؛ لأنّ المولى لا يملك إباحة ذلك، وكذلك إذا أذن المولى في قطع يدها؛ لأنّه لا يملك ذلك منها، فلا يصحّ إذنه فيه، فكذلك لو أذنت الأمة؛ لأنّها لا تملك ذلك منها^(٢)، فإذا أذن له المولى في قتلها، فلا ضمان عليه؛ لأنّ الضمان إنّما يجب لحقّ المولى، وقد رضي بإسقاطه حين أذن في [سببه]^(٣)(٤).



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (من نفسها)، وهنا في أ زيادة (فلا يصحّ إذنه)، وليست في ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) في أ (نفسه)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في تصوير تعليل الحكم.

(٤) انظر: الأصل، ٣٤٢/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٥/٨.

بَابُ الإكراه على البيع والشراء فيبيعه المشتري أو يعتقه

قال أبو الحسن: لو أنّ لصوصاً غالبين ممتنعين أكرهوا رجلاً على بيع عبدٍ يساوي عشرة آلاف درهم، على أن يبيعه من هذا الرجل بألف درهم، وأكرهوه بوجه من تلف: من قتل، أو قطع عضو، أو ضرب يخاف منه تلف بعض ذلك^(١)، فأمره [أمراً]، وهو يخاف إن لم يفعل ذلك لما [يناله]^(٢) من حالهم، فأمره أن يبيعه من هذا الرجل بهذا الثمن، ويدفع إليه ويقبض الثمن، ففعل ذلك وتقابضا، والمشتري غير مكره، فلما تفرّقوا عن المجلس قال البائع المكره: قد أجزت ذلك البيع، كان جائزاً.

وكذلك لو لم يكن قبض الثمن فقبضه من المشتري بعد ذلك^(٣)، كان هذا إجازة للبيع^(٤).

والأصل في ذلك: أنّ فعل المكره ينتقل إلى المكره، فصار كأنه باع، فإذا أجازته المالك، جاز.

ويجوز أن يقال: إنه بمنزلة البيع المشروط فيه الخيار للبائع؛ لأنّ المكره لم يرض بخروج الشيء من ملكه، فإذا أجاز العقد جاز، كما لو أجازته من شرط

(١) (بعض ذلك) سقطت من ب.

(٢) في أ (بدا له) والمثبت من ب.

(٣) (بعد ذلك) سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٣٤٦/٧.

الخيار لنفسه .

ويجوز أن يقال: إنَّ العقد انعقد، والإكراه مانعٌ في تمامه، فهو كما لو شرط البائع لنفسه شرطاً فاسداً، ثم أسقطه .

وقد شبهه محمدٌ البيع مع الإكراه تارةً بشرط الخيار للبائع، وتارةً بالشرط الفاسد إذا كان [مُلْحَقاً]^(١) بالعقد، وإذا ثبت أن البيع يتم بالإجازة، فكذلك بقبض الثمن؛ لأنَّ [الفعل]^(٢) الدالُّ على الإجازة يجري مجرى القول .

وعلى هذا قالوا في البيع الموقوف: إذا قبض المالك الثمن كان ذلك إجازةً للعقد .

قال^(٣): ولو أن البائع لم يجز العقد، ولم يقبض الثمن حتى أعتق المشتري العبد، فعتقه جائزٌ، وكذلك لو دبره، وكذلك لو كانت أمةً فوطئها^(٤)، فعلمت منه^(٥)؛ وذلك لأنَّ [البائع]^(٦) قد سلَّط المشتري على التصرف، والإكراه لا يمنع صحة التسلُّط على العتق، كما لا يمنع نفوذ العتق لو أكرهوه على إيقاعه، فصار [هذا] العقد في الأحكام التي يلحقها الفسخ كالبيع الموقوف والمشروط فيه الخيار، وهو في الأحكام التي لا يلحقها الفسخ كالبيع الفاسد إذا قبضه المشتري [نفذ]^(٧) عتقه فيه، وإنَّما كان كذلك؛ لأنَّ التسليط على العتق مع الإكراه صحيحٌ،

(١) في أ (عليها) والمثبت من ب .

(٢) في أ (العقد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق .

(٣) في ب (قالوا) .

(٤) في ب (فاستولدها) .

(٥) (فعلقت منه) سقطت من ب .

(٦) في أ (المنافع)، والمثبت من ب .

(٧) في أ (بعد) والمثبت من ب .

فهو كالتسليط في العقد الفاسد، والتسليط على البيع بالإكراه، لا يصحّ، فصار كالموقوف، ففارق هذا العقد الموقوف؛ لأنّ التسليط لا يوجد هناك من المالك، وقد وجد هاهنا التسليط، فإن كان معه إكراهٌ وفارق البيع المشروط، فيه الخيار؛ لأنّ الخيار هاهنا من طريق الحكم.

قال: فإن قال المكره بعد ذلك: قد أجزت البيع، كانت إجازته باطلة؛ لأنّ العقد قد وجب للمشتري بالقيمة، فلا يتحوّل عن ذلك، وإنّما لم تجز الإجازة لِمَا قَدَّمْنَا [ب/٤٣٤] (١) أن العتق وقع، فصار العبد لا يجوز ابتداء البيع فيه، فلا يلحقه الإجازة، كما لو مات ثم أجاز المالك، لم يجز.

قال: ولو لم يكن عتقٌ، ولا تدبيرٌ، ولا استيلاذٌ، ولا إجارةٌ، حتى قال المشتري للبائع: قد نقضت البيع فيما بيني وبينك، فقال البائع: لا أجزى نقضك، وقد أجزت [البيع]، لم يكن إجازته بشيءٍ، فقد انتقض البيع؛ وذلك لأنّ القبض إذا لم يوجد فلكل واحدٍ منهما فسخ العقد، أمّا البائع فلا إكراه، وأمّا المشتري [فحتى] لا يلزمه الضمان، وهذا كمن باع ملك غيره بغير أمره، له أن يفسخ العقد قبل الإجازة ليتحرّر من ضمان العهدة التي تلزمه بالإجازة.

فأمّا إذا قبض المشتري، فللبائع أن يفسخ لأجل الإكراه، وليس للمشتري أن يفسخ؛ لأنّ الضمان قد وجب عليه بالقبض، وإنّما جاز له الفسخ ليتخلّص من الضمان، وإذا كان الضمان قد وجب فلا معنى للفسخ.

(١) بداية هذا الوجه [ب] من هذه الورقة (٤٣٤) كان (وجوب المهر استقر بالدخول...)، وهو لا يتناسب مع السياق، وظهر عند المقارنة مع النسخة ب أن الوجه المناسب في السياق هو الوجه [ب] من الورقة (٤٣٥)، فتمّ إثباته هنا، فقد جرى خللٌ في النسخة أ، فوضع الوجه [ب] من الورقة (٤٣٤) مكان الوجه [ب] من الورقة (٤٣٥)، وبالعكس.

وعلى هذا [قالوا]: لو كان المشتري مكرهاً والبائع غير مكره، فإن لكل واحدٍ منهما الفسخ قبل القبض، فإذا قبض المشتري ثبت الفسخ للمشتري دون البائع؛ لأنهما إذا لم^(١) يتقابضا فللمشتري الفسخ للإكراه، وللبيع الفسخ حتى لا يخرج الشيء^(٢) من ملكه، فإذا حصل القبض فللمشتري الفسخ للإكراه^(٣)، والبائع ليس له الفسخ؛ لأن الشيء خرج من ملكه^(٤).

وعلى هذا: البيع إذا فسد بشرطٍ ملحقي، جاز لكل واحدٍ منهما [فسخه] قبل القبض، وإذا قبض ثبت الفسخ لمن له الشرط، ولم يثبت للآخر، وإذا ثبت أن البيع انفسخ بفسخ المشتري، لم تعمل إجازة البائع من بعدها^(٥)؛ لأنها حصلت ولم يبق هناك عقد.

قال: ولو لم يبطل البائع البيع حتى قبضه المشتري بإكراه البائع، فباعه من آخر بغير إكراه، فالبائع على خياره: إن شاء أبطل البيع وأخذ عبده، وإن شاء أجازته، فإن أجاز البيع الأول جاز الثاني، وإن أجاز الثاني جاز الأول، وكذلك لو تفسخ العقد عشرة بعضهم يبيع من بعض؛ وذلك لأن الفسخ ثابتٌ للبائع، وقد بينا أن تسليطه في باب البيع كلا تسليط، فلا يملك المشتري إسقاط حقه من الفسخ ببيعه، فصار هذا [كله] كالبيع الصحيح.

وإذا لم يدفع المشتري الثمن، وقبض [المبيع]^(٦) بغير إذن البائع،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (فاستولدها).

(٣) في ب (المبيع).

(٤) انظر: الأصل ٣٤٨/٧.

(٥) في أ (هذه)، والمثبت من ب.

(٦) في أ (البائع)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في تصوير المسألة.

[فباعه]^(١) ، كان للبائع حقّ الفسخ ، وكذلك المشتري إذا باع ، فللشفيح نقض بيعه ؛ لأنّه ثبت له حقّ الأخذ ، وليس للمشتري إسقاط ما ثبت له .

فأمّا إذا أجاز أحد العقود جازت كلّها: ما قبله وما بعده ؛ لأنّ الملك قد وقع للمشتري بالعقد ، بدلالة جواز عتقه ، فالإجازة تعمل في إسقاط حقّ الفسخ ، لا في إفادة الملك ، و[سقوط] حقّ الفسخ في البيع لا يتمّ إلا بجواز^(٢) البيع الذي قبله ، وإذا سقط فيه سقط فيما بعده .

وليس هذا كالشراء الموقوف إذا تناسخته أيدي ، [فأجاز]^(٣) المالك أحد العقود بطل ما قبله وما بعده^(٤) ؛ لأنّ العقود كلها [وقفت]^(٥) على إجازة المالك ، فإجازته لأحدها إسقاط لبقيتها ؛ ولأنّ العقد الموقوف وقف للمالك ، فإذا أجاز أحد العقود ملك بالإجازة ، فطراً ملك صحيح على ملك موقوف ، فأبطله .

وفي مسألتنا ، الإكراه لم [يوقف]^(٦) الملك على ما قدّمنا ، وإنما وقف لإسقاط الحقّ ، فهو كالقبض بغير إذن البائع .

قال: فإنّ أعتقه المشتري الآخر قبل إجازة البيع ، وقد [تناسخ]^(٧) البيع عشرة ، كان العتق جائزاً على الذي أعتقه ، قبضه أو لم يقبضه ، وإن سلّم البائع

(١) في أ (فباعه) والمثبت من ب ، والسياق يدل عليه .

(٢) في ب (بإجازة) .

(٣) في أ (فأذن) ، والمثبت من ب .

(٤) (وما بعده) سقطت من ب .

(٥) في أ (وقعت) والمثبت من ب .

(٦) في أ (يقدم) ، وفي ب (يقف) والمثبت هو المناسب في السياق .

(٧) في أ (تناسخ) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق ؛ إذ الكلام عن تداول الأيدي على العقد ، وليس عن تناسخ أصحاب العقود .

المكروه المبيع بعد ذلك لم يجر تسليمه ، وكان له أن يضمّن أيّهم شاء: إن شاء ضمّن الذي أكرهه ، وإن شاء ضمّن [أيّ] المشتريين شاء^(١).

أمّا جواز العتق من المشتري الآخر قبل القبض وبعده ؛ فلأنّ البائع المكروه يصحّ تسليطه على العتق ، فملك ذلك المشتري منه بتسليطه ، وإذا باع فقد سلّط المشتري على ملكه ، فصار في حقهما كالبيع الصحيح ، فينفذ العتق [من المشتري الآخر] قبل القبض وبعده .

وإنّما لم تعمل إجازة المالك بعد ذلك ؛ لأنّ العبد قد صار بالعتق بحيث لا يصحّ دخوله تحت العقد ، فلا تلحقه إجازة بالقول كالعبد الهالك ، وإذا وقع العتق ولم يلحق [العقد]^(٢) إجازةً ، صار كلّ واحد من المكروه والمشتريين كالغاصب للعبد ، فللمالك أن يضمّن أيّهم شاء قيمة عبده .

قال: فإن ضمّن المكروه كان للمكروه أن يرجع على المشتري الأول بالقيمة ، وصحّت البياعات كلّها ؛ وذلك لأنّ المكروه ليس بينه وبين المشتري الأوّل عقد بيع حتى يجوز العقد بينهما بالتضمين ، وإنّما أقامه المولى مقام نفسه فيما كان له من تضمينه ، فرجع عليه بالقيمة التي ضمّنها ، وقد كان ثبت له حكم الملك بضمان الثمن ، فلمّا ضمن القيمة سلم له الملك بها ، ويستحيل أن يملك العبد بضمان القيمة والثمن ، فبطل ضمان الثمن عنه ، وملك العبد من طريق الحكم من وقت قبضه ، [فصحّ]^(٣) كلّ بيع حصل بعد ذلك .

(١) انظر: الأصل ٣٤٧/٧ .

(٢) في ب (العتق) .

(٣) في أ (ففسخ) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب ؛ لأنّ الكلام عن بيع المشتري الذي ضمّنه المكروه ، وإذا ضمن ملكه بالضمان ، فيكون قد باع ملكه ، فتصحّ العقود بعده ، ولا يحكم بفسخها .

وقد فرّقوا بين التملك^(١) الواقع بالتضمين ، وبين الملك الواقع بالإجازة في العقد الموقوف ، فقالوا: لا تصحّ الإجازة بالقول الأوّل لمعقودٍ عليه يصح ابتداء العقد فيه ، والإجازة بالتضمين يملك بها بعد العتق .

والفرق بينهما: أنّ الإجازة في الموقوف يلحق العقد قولاً ، فهي كالعقد ، فلا يصحّ فيما لا يصحّ العقد فيه ، فأما التضمين فيملك به حكماً ، فيصح مع العتق كما يصحّ في المستهلك .

قال: فإنّ ضمّن البائع المشتري برئ الذي أكرهه ، وصحّت البياعات كلّها ؛ وذلك لأنّ تضمين المشتري يملك به المبيع من جهة البائع ، فيستحيل أن يثبت له الضمان على غيره كالمالك إذا ضمّن غاصب الغاصب ، برئ الغاصب .

قال: فإنّ اختار تضمين أحد المشتريين صحّ كلّ بيع كان بعد ذلك ، وبطل كلّ بيع كان قبله ؛ وذلك لأنّ الضامن ملك [العبد]^(٢) حكماً ، وأُسند ملكه إلى حين القبض ، فكأنّه كان مالكاً من ذلك الوقت ، فجازت البياعات بعده ، ويبطل ما قبله ؛ لأنّ بائعه ثبت عليه ضمان الثمن ، وفيما ملك المبيع بالقيمة استحال أن يبقى ضمان^(٣) الثمن مع ذلك ، فبطلت البياعات المتقدّمة على الضمان .

قال: ولو أنّ رجلاً أكره رجلاً أن يشتري من رجلٍ عبداً له يساوي ألفاً بعشرة آلاف ، والبائع غير مكره ، فأكرهه على الشراء والقبض ، ودفع الثمن ببعض ما وصفت لك من الإكراه ، فلمّا قبض المشتري العبد أعتقه ، أو دبّره ، أو [كانت]^(٤)

(١) في ب (الملك) .

(٢) في أ (العقد) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في سياق الكلام .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في أ (كاتب) والمثبت من ب .



أمة فوطئها ، فعلقت أو لم تعلق ، أو قبّلها بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة ، وأقرّ بذلك ، أو قال : قد رضيتها بذلك الثمن الذي أخذت ، فذلك جائزٌ عليه كلّهُ ؛ وذلك لأنّ الشراء مع الإكراه واقعٌ ، ولم يوجد الرضا من المشتري ، فصار بمنزلة شرط الخيار للمشتري ، ولأنّ العقد لم يتمّ من جهته ، فصار كما لو شرط الخيار ابتداءً ، أو اشترى إلى الحصاد ثم أسقط الشرط ، أو فعل ما يدلّ على الرضا نفذ العقد عليه ، كذلك هذا ، وإذا تمّ العقد وقع العتق والتدبير .

ولو أعتقه البائع ، والمسألة بحالها بعد قبض المشتري ، فالعتق باطلٌ ؛ لأنّ المشتري ملكه بالقبض [أ/٤٣٥] ^(١) فله الخيار ، فعتق البائع فيه لا ينفذ .

ولو لم يقبضه المشتري والمسألة بحالها فأعتقه البائع ، فعتقه فيه جائزٌ ؛ لأنّه على ملكه ؛ إذ ملك المشتري لا يقع إلا بالقبض أو بالإجازة ، فإن أعتقه المشتري ، فالقياس : أن لا يقع عتقه ؛ لأنّه [يملكه] ^(٢) بالقبض ، ولم يوجد ، والاستحسان : أن ينفذ عتقه ؛ لأنّ العتق قد تمّ من جهة البائع ، وإنما وقف لعدم الرضا من المشتري ، (فإذا أعتقه فقد أجاز البيع ورضي به ، فكأنّه أجاز ثمّ أعتق) ^(٣) .

(وهذا كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا أعتق نفذ عتقه وصار العتق إجازةً) ^(٤) ، فأما إذا أعتقاه معاً فعتق البائع أولى ؛ لأنّ العبد على ملكه ، وملك

(١) بداية هذا الوجه [أ] من الورقة (٤٣٥) كان (ولم يستهلك المال فيلزمه...) ، وهو ما لا يتناسب مع السياق ، وظهر عند المقارنة مع النسخة ب أنّ الوجه المناسب في السياق هو الوجه [أ] من الورقة (٤٣٦) ، فتمّ إثباته هنا ، فقد جرى خللٌ في النسخة أ ، فوضع الوجه [أ] من الورقة (٤٣٥) مكان الوجه [أ] من الورقة (٤٣٦) ، وبالعكس .

(٢) في أ (قد ملكه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في سياق الكلام .

(٣) ما بين القوسين في ب (فإذا أعتقه نفذ عتقه ، وصار العتق إجازةً) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

المشتري تأخر عن القبض أو الإجازة ، فصار ملك البائع أقوى ، فنفوذ عتقه أولى .

قال: ولو كان البائع مكرهاً ، والمشتري غير مكره ، فأعتقه المشتري قبل القبض ، فعتقه باطلٌ ؛ وذلك لأنَّ العبد على ملك البائع ، لم يزل ملكه عنه لعدم الرضا ، وقبض المشتري لم يوجد ، فلم ينفذ عتقه ، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع ، وكالبيع الفاسد إذا أعتق المشتري قبل القبض ، فإن أجاز البائع البيع بعد العتق نفذ البيع ولم ينفذ العتق ؛ لأنَّ المشتري ملك المبيع بالإجازة ، وهي متأخرة عن العتق ، فصار كمن أعتق عبد غيره ثم ملكه .

فإن أعتقه معاً [نفذ]^(١) العتق من البائع وبطل عتق المشتري ؛ لأنَّ العبد على ملك البائع ، فصادف عتقه [ملكه] ، وعتق المشتري صادف ملك غيره ، فلم ينفذ .

قال: ولو كان المشتري قبض العبد فأعتقه البائع والمشتري معاً نفذ عتق المشتري ؛ لأنه ملك العبد بالقبض ، وزال ملك البائع عنه ، فنفذ العتق من المالك ، وبطل عتق البائع الذي زال ملكه عنه .

قال: ولو كان البائع والمشتري أكرها على البيع والشراء والقبض ، [ففعلاً]^(٢) ذلك ، فقال أحدهما بعد ذلك: قد أجزت البيع بغير إكراه ، كان البيع جائزاً من قبله ، وبقي الآخر على خياره بمنزلة لو لم يكره عليه ؛ لأنَّ الإكراه في حقهما كشرط الخيار لهما ، فإذا أجاز أحدهما سقط خياره [وكانه عقد بغير إكراه] ؛ ، وبقي خيار الآخر بحاله .

(١) في أ (بعد) والمثبت من ب .

(٢) في أ (يفعلان) والمثبت من ب .

وإن أجازا جميعاً بغير إكراه جاز البيع ؛ لأن خيار كل واحدٍ منهما سقط بإجازته ، فكأنه عقد بغير إكراه .

قال : وإن لم يجيزا حتى أعتق المشتري العبد ، كان عتقه جائزاً ، وكان ضامناً لقيمته ، فإن أجاز الآخر بعد ذلك لم يلتفت إلى إجازته ؛ لأن عتق المشتري إجازةً منه ، فسقط خياره ، وصار كأن البائع [أكره] ^(١) دون المشتري ، فإذا أعتقه بعد القبض نفذ عتقه كالمقبوض على وجه بيع ^(٢) فاسدٍ .

فإن أجاز البائع بعد ذلك لم تعمل إجازته ؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الإجازة من طريق القول لا تصح إذا كان [المبيع] ^(٣) لا يصح التصرف فيه .

قال : وإن كانا لم يتقابضا وقد ^(٤) عقد البيع بالإكراه ، فأجاز أحدهما بغير إكراه ، فالبيع فاسدٌ على حاله ، والعبد في ملك البائع حتى يجيز الآخر ، وهذا على ما قدمنا ^(٥) .

قال : فإن أعتقا جميعاً معاً [وقد أجاز أحدهما] ، فعتق [البائع] ^(٦) جائزٌ ، وعتق المشتري باطلٌ ؛ لأن المشتري إن كان هو أجاز فقد تم البيع من جهته ، ووُوقِفَ لحقّ البائع ، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع إذا أعتقه البائع والمشتري نفذ عتق البائع ، وإن كان البائع أجاز البيع ، ثم أعتقا فعتق البائع أيضاً

(١) في أ (إذا أكره) ، وزيادة (إذا) ، وسقطت الزيادة من ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٣) في أ (البائع) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في سياق الكلام .

(٤) في ب (بعد) .

(٥) في ب (بيننا) .

(٦) في أ (البيع) والمثبت من ب .

أولى، وكأنَّ البائع باع بغير إكراه، والمشتري مكره، فأعتق البائع والمشتري نفذ عتق البائع؛ لأنَّ عتق البائع بعد إجازته فسح للعقد وعتق، وعتق المشتري بعد إجازة البائع إجازة للعقد، ومتى اجتمع ما يوجب فسخ العقد وإجازته وتساويا كان الحكم للفسخ.

قال (١): وإن كان البائع أجاز البيع ثم أعتق المشتري وأعتق البائع بعده، نفذ عتق المشتري، وعليه الثمن؛ لأنَّ البائع لما أجازَه وقف العقد على إجازة المشتري، فعتقه إجازةً، فكأنَّهما أجازا العقد ثم أعتق المشتري.

وإن كان البائع أعتق أولاً ثم المشتري جاز عتق البائع وانتقض البيع، ولا يجوز عتق المشتري؛ لأنَّ البائع لما أجاز ووقف العقد على حق المشتري، فإذا فسخه البائع قبل إجازة المشتري جاز فسخه، كما لو كان المشتري هو الذي أكره [وحده]، فأعتق المشتري.

قال: ولو كان المشتري أجاز البيع وحده، ثم أعتقه البائع، وأعتق المشتري بعده، أو أعتق المشتري، ثم البائع بعده، فعتق البائع أولى؛ لأنَّ المشتري لما أجاز تمَّ العقد من جهته، ووقف لحق البائع، فكأنَّ الخيار مشروطاً للبائع، وإن أعتق نفذ وانفسخ البيع، وإن أعتق المشتري لم ينفذ العتق من جهته؛ لأنَّه لم يملك، فعتق البائع بعده أولى، وقد شبه محمد هذا برجل اشترى عبداً على أن المشتري بالخيار، ثم أعتقا جميعاً معاً، أو أحدهما بعد الآخر، وقد بينا هذا فيما تقدّم (٢).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل، ٣٤٥/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٤٨/٨.

بَابُ الْخِيَارِ فِي الْإِكْرَاهِ



قال^(١): فلو أن لصاً غالباً أكره رجلاً مسلماً بوعيدٍ بقتلٍ على أن يعتق عبده، أو يطلق امرأته ولم يدخل بها، فقال له: لأقتلنك أو لتعتقنَّ عبدك [هذا]، أو لتطلقنَّ امرأتك هذه، أيهما شئت، ففعل المكره أحدهما فهو واقعٌ، ويغرم الذي أكرهه [الأقل]^(٢) من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة الذي تزوجها عليه.

وأما وقوع العتق أو الطلاق؛ [فلأن]^(٣) الإكراه لا يمنع من وقوعهما، وأما الضمان؛ فلأن الإكراه لما وقع على أحد الأمرين، والمكره لا يتخلص من الإكراه إلا بفعل أحدهما، صار مكرهاً على ذلك، فوجب له الضمان على المكره^(٤).

فإن كان الذي أوقعه أقلهما ضماناً، فقد تلف عليه بالإكراه، فيجب على المكره ضمانه، فإن أتلف أكثرهما، فقد كان يقدر على التخلص من ضرر الإكراه بفعل الآخر، فلما عدل إلى أكثرهما ضماناً^(٥) صار هو المختار لإتلاف الفضل، فلم يرجع به على المكره.

قال: ولو كان الزوج دخل بالمرأة وفعل المكره أحدهما، لم يغرم الذي

(١) في ب (قالوا).

(٢) في أ (الأول)، والمثبت من ب، وهو المناسب كما يظهر في بقية الكلام.

(٣) في أ (فإن) والمثبت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٣١٥/٧.

(٥) في ب (الأكثر).

أكرهه في ذلك قليلاً ولا كثيراً؛ لأن المدخول بها لا يجب على المكره بطلاقها غرمٌ، ألا ترى أن [ب/٤٣٥] (١) وجوب المهر استقرّ بالدخول، فلم يتلف عليه بالطلاق أكثر من منفعة البضع، وذلك غير متقوم.

فإذا ثبت هذا: فقد كان المكره يقدر على التخلص من ضرر الإكراه بفعل ما لا يتلف عليه [به] مالٌ، فلما عدل إلى عتق العبد صار هو المختار للإتلاف، فلا يرجع على المكره بشيء.

قال: ولو كان الإكراه على ذلك بحبس أو قيد، ولم يخف أكثر من ذلك، ففعل أحدهما، ولم يدخل بالمرأة؛ لزمه الذي (٢) فعل، ولم يغرم الذي أكرهه شيئاً؛ وذلك لأن الإكراه بالقيد والحبس ليس بإكراه في الأفعال، ولا بإكراه فيما يستوي جدّه وهزله، ووجوده وعدمه سواءً، وكأنّه فعل ذلك [باختياره] بغير إكراه.

قال: ولو أكره بقتل على أن يكفر بالله تعالى، أو يقتل هذا الرجل عمداً، فإن كفر بالله وقلبه مطمئن بالإيمان فذلك يسعه عندنا، ولا تبيّن منه امرأته، وإن أبي أن يكفر حتى يُقتل؛ فذلك أعظم للأجر (٣)، ولا يحلّ له أن يقتل الرجل المسلم.

فإن لم يكفر وقتل الرجل المسلم، فالقياس: أن يقتل المكره، والاستحسان: أن أدرأ عنه القتل (٤)، وأضمّنه دية المقتول في ماله ثلاث سنين، إن لم يكن عالماً بأن الكفر يسعه في هذا الوجه؛ وذلك لأنّه لما أكرهه على إظهار

(١) الوجه [ب] المثبت في الورقة (٤٣٦) مكانه الصحيح في الوجه [ب] من الورقة (٤٣٤)، والصواب هنا هو الوجه [ب] من الورقة (٤٣٤)، كما أشرنا سابقاً.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (لأجره).

(٤) في ب (الحد).

الكفر أو القتل ، والضرورة تبيح إظهار الكفر على ما قدّمنا ، ولا تبيح قتل المسلم ، كان له أن يظهر الكفر الذي أُبيح له عند الإكراه إظهاره ، ولا يُقدم على قتل المسلم الذي لم يبيح له ، فإذا أظهر كلمة الكفر فقد تناولها الإكراه ، وقد بيّنا أن المكره على الكفر لا يُحكم بكفره ، وأمّا إذا صبر حتى قُتل فهو مأجورٌ ؛ لأنّه قصد إعزاز الدين والتمسك به ، وترك الإقدام على قتل المسلم ، وذلك أفضل من إظهار الكفر لما قدّمنا^(١).

وقد روي أنّ مسيلمة أخذ رجلين من أصحاب النبي ﷺ ، قال لأحدهما: أتشهد أنّ محمداً رسول الله؟ قال: نعم ، فقال: أتشهد أنّي رسول الله؟ فقال: لا أدري ما تقول ، فكرّر ذلك عليه ثمّ قتله ، وقال للآخر: أتشهد أنّي رسول الله؟ قال: نعم ، فقال: أتشهد أنّي رسول الله؟ فقال: نعم ، فذكر ذلك للنبي ﷺ ، فقال: «[أمّا] الأوّل فقد أوتي أجره مرّتين ، وأمّا الثاني فلا إثم عليه»^(٢).

وأما إذا قتل المسلم ولم يُظهر الكفر ، فالقياس أن يُقتص منه ؛ لأنّه كان يقدر على التخلص من ضرر الإكراه بإظهار الكفر ، ولا يَأثم بذلك ، ولا يستضرّ به ، فلمّا عدل عنه إلى قتل المسلم صار مختاراً لقتله ، فوجب عليه القصاص .

وأما الاستحسان: فلأنّ الشبهة موجودةٌ في هذا القتل إذا كان لا يعلم بإباحة إظهار الكفر ؛ لأنّ النفوس تتلف لأجل الكفر ، ألا ترى أنّنا نقتل الكفار لإظهار^(٣) الكفر ، فيجوز أن يكون المكره استعظم [الكفر] ، ورأى أنّ الدم أيسر منه ، فعدل إليه ، فصار ذلك شبهةً ، وتمكّن الشبهة في القتل يسقط القصاص .

(١) انظر: الأصل ٤١٧/٧ .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٤٧٣/٦) من حديث الحسن البصري مرسلًا .

(٣) في ب (لأجل إظهار) .

وقد شرط محمدٌ: أن يكون لا يعلم بأن الكفر يسعُه ، فمن أصحابنا من قال: إن المكره إذا كان فقيهاً يعلم أن إظهار الكفر يجوز عند الإكراه ، فلم يظهر وقتل: إن القصاص واجبٌ عليه ؛ لأنه لا شبهة له حينئذٍ في القتل .

ومنهم من قال: لا قصاص في الوجهين استحساناً: لأنه وإن علم بإباحة إظهار الكفر ، فقد ثبت^(١) أن الدماء تتلف لأجل الكفر ، فيجوز أن يشتهه عليه في هذا الوجه .

وأما إيجاب الدية في ماله ؛ فلأنه عمدٌ محضٌ يسقط القصاص فيه بشبهة ، ولا يرجع بالدية على المكره ؛ لأنه كان يقدر أن يتخلص من إكراهه بإظهار الكفر ، فلا يلزمه ضمانٌ ، فلما عدل إلى القتل ، صار هو المختار لالتزامه الضمان ، فلا يرجع [به] .

قال: ولو كان الإكراه بالقتل على أكل ميتةٍ أو قتل مسلمٍ فلا بأس بأكل الميتة ، فإن لم يأكلها حتى قُتل فهو آثمٌ ، وعليه القود ؛ وذلك لأن الإكراه ضرورة ، وقد أباح الله تعالى له الميتة عند الضرورة ، فهو يقدر على التخلص من ضرر الإكراه بما لا مآثم فيه ، فإذا عدل إلى القتل فقد قتل باختياره من غير إكراهٍ ، فيلزمه القود .

قال: ولو أكره^(٢) بقتلٍ على قتل مسلمٍ أو الزنا بامرأةٍ ، فليس ينبغي له أن يفعل واحداً منهما حتى يُقتل ، فإن صنع واحداً منهما كان آثماً ، وإن أبى أن يفعل حتى قُتل كان مأجوراً ، وقُتل به الذي قتله .

وإن زنى فالقياس أن عليه الحد ، ولكننا نستحسن: أن ندرأ عنه الحد ،

(١) في ب (علم) .

(٢) في ب (أكرهه) .

ونجعل عليه المهر^(١)، وإن قُتل الرجل المسلم، لم يكن عليه قتلٌ، (وقُتل به الذي أكرهه على القتل)^(٢)، و[كان] على [الذي ولي] القتل الأدب بالحبس والتعزير.

وإنما لم يبيح واحدٌ من الأمرين؛ لأن الإكراه لا يبيح قتل النفس لما قدّمنا أنه لا يجوز أن يُحْيِي نفسه بقتل غيره، وكذلك الزنا لا يبيحه الإكراه؛ لأنَّ الضرورة لا تبيحه، فإذا أُكْرِه على أحدهما كان عليه أن يصبر حتى يُقْتَلَ^(٣)، فإن لم يصبر فهو آثمٌ؛ لأنه أقدم على ما لا يجوز الإقدام عليه، فإن اختار قتل المسلم فقد تناول الإكراه ذلك، ومن قتل رجلاً [مسليماً] مكرهاً، وجب على المكره القود في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: الدية، وقد بيّنا ذلك.

فإن عدل إلى الزنا فالقياس أن يُحَدَّ، والاستحسان أن يُدْرَأ عنه الحدُّ، فمن أصحابنا من قال: القياس (إنما أراد قول أبي حنيفة؛ لأنَّ عنده الإكراه لا يُتصوّر في الزنا، فكأنه اختار ذلك، والاستحسان قولهما).

ومن أصحابنا من قال: القياس^(٤) أن يُحَدَّ؛ لأنَّه لو عدل إلى القتل لفعل ما يضاف فعله إلى غيره، ويصير المكره كالفاعل [له]، فلمَّا عدل إلى ما لا يضاف إلى غيره صار هو المختار له، فوجب عليه الحدُّ.

وجه الاستحسان: أن القتل أمرٌ مستعظَمٌ، فيجوز أن يكون عدل عنه لاستعظام حرمة الدم، فصار ذلك شبهةً في سقوط الحدِّ، وأمَّا التعزير [فلأنَّه]^(٥)

(١) في ب (الصدّاق).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (على القتل).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في أ (فلا)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

أقدم على فعلٍ محرّمٍ لا يسوغ الإقدام عليه .

قال: فإن أكرهه على الزنا أو قتل مسلمٍ بوعيدٍ بسجنٍ أو قيدٍ ، (فزنئى ، أقيم عليه الحدّ ، وإن قتل فيلزمه القود ؛ وذلك لأنّ السّجن والقيد ليسا بإكراهٍ في الأفعال ، فكأنّه فعلٌ بغير إكراهٍ .

قال: ولو أكرهت المرأة على الزنا بوعيدٍ بقيدٍ أو سجنٍ^(١) ، درأنا عنها الحدّ ، ولا تشبه المرأة في الإكراه بالسجن والقيد الرجل ؛ وذلك لأنّ السجن والقيد ينفي الاختيار ، وليس من جهة المرأة أكثر من التمكين ، فإذا لم تكن مختارةً [له] ، لم يجب عليها حدٌّ^(٢) .

قال: ولو أكره^(٣) بقتلٍ على: قتل رجلٍ أو أخذ مالٍ الآخر ، والمال أكثر من الدية أو أقلّ ، فلا بأس بأن يأخذ المال ويستهلكه ، فإن فعل ، فضمن المال على الذي أكرهه إن كان أكثر من الدية أو أقلّ .

فإن قتل الرجل المسلم [٤٣٦/أ] ولم يستهلك المال ، [قتل به]^(٤) الذي ولي القتل ، ولو لم يفعل واحداً منهما حتى يُقتل كان عندنا غير آثمٍ ، وإنما جاز له الإقدام على استهلاك المال ؛ لأنّ مال الغير يجوز استهلاكه عند الضرورة وإن كره [مالكه]^(٥) ؛ بدلالة أنّه لو اضطر إلى طعام غيره وخاف الموت ، وسعه أن يأكله بغير رضاه ، ويضمن له ، فلما أكره على ما لا تبيحه الضرورة ، وهو القتل ،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الأصل ٤١٦/٧ ، ٤١٧ .

(٣) في ب (أكرهه) .

(٤) في أ (فيلزمه) والمثبت من ب .

(٥) في أ (ذلك) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

أو ما تبيحه الضرورة ، وهو استهلاك المال ، كان له أن يعدل إلى ما تؤثر الضرورة فيه .

فإن قُتِلَ اقْتَصَّ منه ؛ لأنه كان يقدر أن يتخلص من ضرر الإكراه بإتلاف المال ، وذلك مباح ، فلما عدل إلى القتل صار مختاراً له^(١) من غير ضرورة .

وأما قوله: إنه لو صبر ولم يفعل واحداً منهما لم يكن آثماً ؛ لأنه جوّز له أن يصبر على القتل دفعاً عن ماله ؛ فلأن يجوز [له] الصبر على القتل دفعاً عن مال غيره أولى ، يبين ذلك أنه يجوز له أن يقاتل عن ماله حتى يُقتل ، وكذلك يجوز له أن يقاتل عن مال غيره حتى يُقتل ، فإذا صبر على القتل ولم يستهلك مال الغير لم يأثم ، كما لو دفع عنه حتى قُتِلَ .

وعلى هذا^(٢) قالوا: إن المضطر إلى طعام غيره إذا امتنع صاحبه من بذله يجوز له أخذه بغير رضاه ، فإن صبر حتى مات لم يأثم ؛ لأنه دفع عن مال غيره ، فكأنه قاتل عنه .

قال: ولو قيل [له]: لنقتلنك أو لتطلقن امرأتك ، أو لتعتقن عبدك ، فلم يفعل حتى قُتِلَ ، فلا إثم عليه ؛ وذلك لأنه صبر على القتل لحفظ ماله ومملكه ، وذلك ليس بمحذورٍ [عليه] ، كما لو قاتل دونه^(٣) .



(١) في ب (اقتص منه صار مختاراً له) ، بزيادة (اقتص منه) ، والسياق لا يقتضيها .

(٢) في ب (ولهذا) .

(٣) انظر: الأصل ، ٤١٤/٧ وما بعدها .

بَابُ الإِكْرَاهِ فِي الْوَكَالَةِ

—•••••—

قال محمدٌ: لو أنّ رجلاً^(١) لصّاً غالباً أكره رجلاً بوعيد بقتلٍ أو ضربٍ يخاف منه تَلَفًا على أن يوكل رجلاً بعقوبته أو بطلاق امرأته، ولم يدخل بها، ففعل، فجميع ما صنع [الوكيل] من ذلك جائزٌ، ولا ضمان على الوكيل، ويرجع الموكل على الذي أكرهه بقيمة عبده ونصف الصداق الذي غرم لامرأته^(٢).

أما الوكالة فقد كان القياس: أن لا تصحّ مع الإكراه؛ لأنّ جدّها وهزلها يختلف، فصارت كالبيع، وإنّما استحسنوا فقالوا: إنّ المكره على البيع ينعقد بيعه، ويثبت له حقّ الفسخ، كما يثبت لو شرط شرطاً فاسداً، فكذلك توكيله ينعقد، فكأنّ شرطه فيه شرطاً، والوكالة لا تبطلها الشروط، وإذا لم تبطل فقد تصرف الوكيل فينفذ تصرفه.

وأما الرجوع على المكره فقد قالوا: إنّ القياس أن لا يرجع عليه؛ لأنه إنّما أكرهه على الوكالة، وقد يعتق الوكيل وقد لا يعتق، ولم يكرهه على العتق، فلم يكن المكره متلفاً، فلا يضمن.

وهذا كما قالوا في شاهدين شهدا أنّ فلاناً وكلّ بعث عبده، فأعتقه الوكيل، ثم رجعا: لم يضمننا؛ لأنّهما أثبتا بشهادتهما الوكالة، وقد يعتق الوكيل وقد لا يعتق.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٤٤٠/٧.

وجه الاستحسان: أن المكره إنّما قصد الإضرار بالمكره حين ألزمه التوكيل بالعتق، فإذا أعتق صار المكره هو المتلف^(١)، فلزمه الضمان.

والفرق بين هذا وبين الشهود: أن الشهود شهدوا على أمرٍ ماضٍ، وهو التوكيل، والعتق مستقبلٌ بعد الشهادة، فلم تتضمنه شهادتهم.

وأما المكره، فإنّما أكره على توكيلٍ مستقبلٍ بالعتق مستعمل، فقد تضمنه الإكراه؛ فلذلك ضمن المكره.

قال^(٢): ولو كان أكرهه بوعيدٍ بحبسٍ أو قيدٍ حتى وكله (كان ذلك جائزاً)^(٣)، ولم يكن على الذي أكرهه ولا على الوكيل ضمانٌ؛ لأنّ الإكراه بالقيّد والحبس ليس بإكراهٍ فيما [لا] يختلف جدّه وهزله، فلم يعتدّ به في العتق والطلاق، فكأنه وكلّ بغير إكراه.

قال: ولو أكره ربُّ العبد بقتلٍ على أن وكلّ^(٤) ببيع عبده من هذا الرجل بألف درهمٍ، وأكرهه على دفعه إليه حتى يبيعه، [فباع الوكيل العبد]^(٥) وأخذ الثمن، ودفع العبد إلى المشتري، فهلك في يده، والوكيل والمشتري غير مكرهين، فمولى العبد بالخيار: إن شاء ضمّن المشتري (قيمة عبده، وإن شاء الوكيل، وإن شاء ضمّن الذي أكرهه، فإن ضمّن المشتري)^(٦)، لم يرجع على

(١) في ب (المعتق).

(٢) في ب (قالوا).

(٣) ما بين القوسين في ب (لم يكن ذلك إكراهاً).

(٤) في ب (توكيل).

(٥) في أ (العبد والوكيل)، والمثبت من ب، وهو المناسب في سياق العبارة.

(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.

أحدٍ بشيءٍ، وإن ضمّن الوكيل، رجع على المشتري بالقيمة، ولم يكن على المكره سبيلٌ، وردّ الثمن إن كان قبضه، ولا يكون الثمن له بما ضمن من القيمة؛ لأنّه باعه للمكره^(١).

قال محمدٌ: ولا يشبه هذا الغصب، فإن ضمّن الذي أكرهه القيمة، كان للذي أكرهه أن يرجع على المشتري بالقيمة، وإن شاء رجع بها على الوكيل، ورجع بها الوكيل على المشتري؛ وذلك لأنّ الإكراه يؤثّر في البيع؛ لأنّه ممّا يختلف جدّه وهزله، فالمقبوض بهذا العقد كالمقبوض ببيعٍ فاسدٍ، فإذا هلك ضمّن بالقيمة.

وإنّما كان للمولى أن يضمّن المشتري؛ لأنّه تلف^(٢) في يده، وقد قبضه بحكم عقدٍ فاسدٍ، وإنّما كان له أن يضمّن الوكيل؛ لأنّه قبض العبد، وسلّمه (بغير إكراه، فهو كالغاصب).

وله أن يضمّن المكره؛ لأنّه هو الذي ألزمه التسليم، فانتقل فعله إليه، فكأنّه أخذه وسلّمه^(٣).

فإن ضمّن المشتري لم يرجع على أحدٍ بشيءٍ؛ لأنّ حاصل الضمان عليه، ألا ترى أنّه قبض العبد بغير إكراه، فهلك في يده.

فأمّا إن ضمن الوكيل رجع على المشتري بالقيمة؛ لأنّه قام مقام المالك بالتضمين، فرجع بما كان يرجع به المالك، ولا يرجع الوكيل على المكره؛ لأنّه

(١) انظر: الأصل ٤١١/٧.

(٢) في ب (هلك).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

لم يكرهه على القبض ولا على البيع ، وإنما فعل ذلك باختياره ، فلا يرجع عليه .
ولا يصحّ البيع بتضمين الوكيل ؛ لأنه لم يعقد لنفسه ، وإنما عقد للموكل ،
فإذا ضمن القيمة انفسخ ذلك العقد ، فليس هذا كالغاصب إذا باع ثم ضمن القيمة
جاز بيعه ؛ لأنه عقد لنفسه ، فإذا ضمن ملك [ذلك] بالغصب السابق من طريق
الحكم ، فكأنه باع ملك نفسه .

وأما إذا ضمّن المولى المكره ، كان له أن يرجع بالقيمة على المشتري ، فإن
شاء رجع على الوكيل ، ورجع الوكيل على المشتري ؛ لأنّ المولى لمّا ضمنه أقامه
مقام نفسه ، فكان له أن يُضمّن أيهما شاء ، كما ^(١) كان للمالك .

قال : فإن قال الوكيل للمكره : لا أضمن لك شيئاً ؛ لأنك أنت ^(٢) أمرته أن
يدفع إليّ ، لم [ينفعه] ^(٣) ذلك شيئاً ؛ لأنه قبض بغير إكراه ، وقد كان يقدر على
الامتناع ، فصار هو المتلف للملك .

قال : فإن قال الوكيل حين ضمّنه القيمة : إني أجزى بيعه فيما بينه ^(٤) وبين
المشتري ، ويكون الثمن لي بمنزلة عبدٍ غصبته فبعته ، فإذا ضمننت قيمته كان
الثمن لي ، قيل له : لا يشبه هذا الغصب ؛ وهذا لِمَا بيّنا أنّ الوكيل إنّما باع لغيره ،
ولم يبع لنفسه [ب / ٤٣٦] ^(٥) فوقف العقد على الإجازة بالثمن ، فإذا ضمن القيمة
لم يجز ذلك البيع ، والغصب بخلاف ذلك .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في أ (ينعقد) والمثبت من ب .

(٤) في ب (بيني) .

(٥) هذا الوجه المناسب في إصلاح الخلل في ترتيب الأوراق في النسخة أ ، كما أشرنا سابقاً .

قال: فإن كان أكرهه في هذا كله بوعيدٍ بحبسٍ أو قيدٍ، لم يغرم الذي أكرهه^(١) من ذلك شيئاً، وكان له أن يضمّن الوكيل في هذا الوجه، كما كان له أن يضمّنه في الوجه الأوّل؛ وذلك لأنّ الإكراه بالقيد والحبس ليس بإكراهٍ في الأفعال، فلا يكون مكرهاً على التسليم، فلا يلزم المكره الضمان، وهو إكراه على العقود فيؤثر في البيع؛ فلذلك كان للمولى حقّ التضمين للوكيل والمشتري^(٢). [والله أعلم].



(١) في ب (المكره).
 (٢) انظر: الأصل ٤١٠/٧ وما بعدها.

بَابُ الإكراه الذي يَحْطُرُ عَلَى بَالِ الْمَكْرَهِ غَيْرَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ



قال محمدٌ: ولو أن رجلاً قال له أهل الحرب - وقد أخذوه أسيراً - : لتكفرن بالله ، أو لنقتلنك ، فقال: قد كفرت بالله ، وقلبه مطمئن بالإيمان ، وله عندنا امرأة ، لم تبين امرأته منه ، وقد بينا هذا فيما مضى .

قال^(١): فإن قال: قد كان خطر ببالي أن أقول لهم: قد كفرت بالله ، أريد الخبر عن أمرٍ مضى ، فقلت ذلك أريد به الخبر عما مضى^(٢) والكذب ، ولم أكن فعلت ذلك فيما مضى ، بانت امرأته منه [عندنا] في الحكم ، ولم تبين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ وذلك لأنه اعترف أنه فعل^(٣) ما لم يكرهوه عليه ، ألا ترى أنهم أكرهوه على إظهار [الكفر]^(٤) ، ولم يكرهوه على الخبر عما مضى ، فإذا فعل ما لم يكره^(٥) عليه صار كالمبتدئ ، ومن أخبر عن كفر سابق بانت [منه] امرأته في الحكم ، ولم تبين فيما بينه وبين الله ﷻ ؛ لأنه لم يعتقد الكفر .

ولو قال: قد خطر على بالي أن أقول: قد كفرت بالله ، أريد [به] الخبر بالباطل^(٦) عما مضى ، [فقلت: قد كفرت بالله أريد به ما طلب مني ، ولم أرد به

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (الماضي) .

(٣) هنا في أ فقط زيادة (غير) فحذفت ؛ لأن بقاءها تغير المعنى .

(٤) في أ (إظهاره) والمثبت من ب .

(٥) في ب (مكرهاً) .

(٦) سقطت هذه الكلمة من ب .

الخبر عما مضى] ، فإن هذا عندنا كافراً تبين منه امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ؛ وذلك لأنه لما خطر بباله الخبر عما مضى^(١) ، كان يقدر على التخلص من الضرر بغير إظهار الكفر ، فلما أظهره وهو غنيٌّ عنه ، صار كالمبتدئ بإظهار كلمة الكفر ، فتبين امرأته^(٢) .

ولا يقال: إنه لم يعتقد الكفر ، والكفر يكون بالاعتقاد ؛ لأنه لما قدر على ترك إظهار الكفر ، فأظهره من غير اعتقادٍ ، صار كالهازل بالكفر ، والهازل بالكفر تبين امرأته ، ويُحَكَمُ بكفره .

ولو قال: إن ذلك لم يخطر على بالي ، ولم يحضرني ، وكفرت بالله تعالى كفرةً مستقبلاً على غير [إخبارٍ] بما مضى ، وقلبي مطمئنٌ بالإيمان ، لم تبين امرأته منه ؛ لأنه لما لم يخطر على باله غير ما أكره عليه ، فقد أظهر الكفر بالإكراه ، وذلك لا يكفر به ، فلم تبين امرأته .

وعلى هذا لو قالوا له: [لنقتلنك أو]^(٣) لتصلين لهذا الصليب ، فقام يصلي ، فخطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبلها ، فينبغي أن ينوي الصلاة لله تعالى ، (فإن قال: نويت ذلك ، بانت امرأته في القضاء ، ولم تبين فيما بينه وبين الله تعالى)^(٤) ؛ لأنه فعل غير ما أكره عليه ، وإن صلى للصليب ولم يصل لله تعالى ، (وقد خطر ذلك على باله)^(٥) ، فهو كافراً ، وتبين منه امرأته في

(١) في الأصل: (لأنه حين خطر على باله في الخبر الباطل عما مضى) ، ٣٩١/٧ .

(٢) انظر: الأصل ٣٩١/٧ ، ٣٩٢ .

(٣) الزيادة من الأصل ٣٩٢/٧ ؛ وبدونها لا تستقيم العبارة .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) العبارة التي بين القوسين ، غير موجودة في الأصل .

القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ، وإن لم يخطر على باله شيءٌ وصَلَّى للصليب وقلبه مطمئنٌ بالإيمان ، (لم تبين امرأته) (١) ؛ لأنه فعل ذلك بإكراهٍ (٢) .

وكذلك لو قالوا: [لَنَقُتِلَنَّكَ أَوْ] (٣) لَتَسْبَنَّ محمداً ، فخطر بباله أن يسبَّ (٤) رجلاً سُمِّي بهذا الاسم ليس هو رسول الله ﷺ ، ففعل وأخبر بذلك ، بانته امرأته في الحكم ؛ لأنه فعل ما لم يُكره عليه ، ولم تبين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه لم يعتقد الكفر ، وإن سبَّ محمداً ﷺ ، وقد خطر بباله غيره ، [فترك ما خطر بباله وشتَم محمداً ﷺ] ، كفر وبانت منه امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ، وإن لم يخطر على باله شيءٌ ، فسبَّ محمداً ﷺ ، وقلبه مطمئنٌ بالإيمان ، لم تبين امرأته ؛ لأنه فعل ذلك بإكراهٍ (٥) .



(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الأصل ٣٩٢/٧ .

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من (الأصل) ٣٩٢/٧ لاستقامة العبارة .

(٤) (أن يسب) سقطت من ب .

(٥) انظر: الأصل ٣٩١/٧ وما بعدها .

بَابُ الرجل يُكره على قتل من يرثه

قال أبو الحسن: وإذا أكره رجلٌ^(١) بقتلٍ على قتل أبيه أو أخيه، فقتله المكره، لم يكن على المكره القاتل قودٌ ولا ديةً، ولا يمنع الميراث للقتل، وللقاتل الوارث أن يقتل الذي أكرهه على القتل في قياس قول أبي حنيفة ومحمد؛ وذلك لأن فعل المكره في القتل ينتقل إلى المكره، فيصير كالفاعل [له]، فكأن المكره هو القاتل، فلا يجب على المكره قودٌ ولا ديةً، ولا يحرم الميراث كمن لم يقتل.

ويجب القصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تجب^(٢) عليه الدية^(٣).

قال: ولو أن المكره على القتل كان غلاماً لم يبلغ، فأكرهه السلطان على القتل، لم يكن على الغلام شيءٌ، وكان القود على الذي أكره الغلام على ذلك في قياس قول أبي حنيفة ومحمد.

وكذلك لو كان معتوهاً^(٤)، إلا أنه يعقل ما أمر به؛ وذلك لأن المكره إذا

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) انظر: الأصل ٣٢٧/٧.

(٤) المعتوه - من عته عتياً - «الناقص العقل، وقيل: المدهوس من غير جنون»، كما في المغرب؛ وفي التهذيب: «المعتوه: المدهوس من غير مس أو جنون». كما في المصباح (عته).

صار كالألة للمكره، فكأنه أخذ بيده وفيها سيف وضربَ بها، فيجب القود على الضارب دون الذي في يده السيف.

وقد استشهد محمد على ذلك فقال: ألا ترى أن رجلاً لو أكره رجلاً [كبيراً عاقلاً]^(١) على قطع يد نفسه، فقطعها، كان للمكره أن يقتص من المكره وإن كان فعله بنفسه، ولو عري عن الإكراه لم يتعلّق به حكمٌ، فكذلك فعل الصبي والمعتوه وإن كان القود لا يتعلّق به، فإذا انتقل إلى المكره تعلّق به القود.

قال: ولو كان الأمر غلاماً لم يحتلم إلا أنه يعقل، وهو مسلطٌ يجوز إكراهه ويطاع في ذلك، أو رجل به مرة^(٢) مختلط العقل، وهو مسلطٌ يجوز إكراهه، فأكره رجلاً على قتل رجلٍ بتهدد بقتلٍ أو تلف [عضوٍ] حتى قتله، فلا قود على القاتل ولا دية، ولا يحرم الميراث بقتله إن كان وارثاً، (وإن كان قتلاً بسيف)^(٣)، فتكون الدية على عاقلة الذي أكرهه في ثلاث سنين، وهذا على ما بينا أن فعل المكره ينتقل إلى المكره، فكأن الغلام هو القاتل^(٤)، فتجب الدية على عاقلته وإن كان عامداً، ولا يحرم المأمور الميراث.

قال: وإن كان المكره وارثاً للمقتول، لم يحرم الميراث؛ لأن قتل الصبي لا يتعلّق به حرمان الميراث، كما لا يتعلّق بالقتل بالسبب^(٥).

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من الأصل ٣٢٨/٧.

(٢) (المرة - بالكسر - مزاجٌ من أمزجة البدن، والمرة إذا غلبت على الطبع، أفسدت العقل). انظر: القاموس المحيط؛ لسان العرب (مر).

(٣) العبارة في الأصل: (وإن قتله بالسيف) ٣٢٨/٧.

(٤) في ب (هو الذي قتل).

(٥) انظر: الأصل ٣٢٨/٧.

لأنه أكرهه على الدخول وهو غير متقومٍ ، والعتق وقع بيمينه ، فلا يلزم المكره ضمانه .
قال: وكذلك إن قال: إن تزوّجتُ فلانةً فهي طالقٌ ، فأكره حتى تزوجها
بمثل مهر مثلها ، فالنكاح جائزٌ ، وهو ضامنٌ لنصف المهر للمرأة ، ولا ضمان على
الذي أكرهه في شيءٍ من هذا ؛ وذلك لأنه أكرهه على التزويج ، فقد حصل له مثل
ما أخرج من ملكه ، والطلاق وقع بيمينه ، ولا صنع للمكره في ذلك .

قال: ولو أنّ رجلاً أكره حتى جعل أمر امرأته^(١) - ولم يدخل بها - في يد هذا
الرجل الذي^(٢) أكرهه بقتلٍ أو تلفٍ ، ففعل ذلك ، وطلّقها الذي جعل ذلك إليه ، أو
كان أكرهه على أن جعل عتق عبده في يد هذا الرجل ، ففعل ذلك ، فطلّقها الذي
جعل ذلك إليه ، أو أعتق العبد ، كان القياس في هذا أن يُعتق العبد وتُطلّق المرأة ،
ولا يغرم الذي أكرهه من ذلك شيئاً ، ولكنني أستحسن أن أضمن الذي أكرهه قيمة
عبده ، ونصف المهر الذي غرم ، وقد بيّنا هذه المسألة في باب الإكراه على الوكالة .

قال: ولو أنّ رجلاً أكره على أن يجعل كلّ مملوكٍ يملكه فيما يستقبله حرّاً ،
ففعل ذلك ، ثم اشترى مملوكاً ، أو وهب له ، أو تُصدّق به عليه ، أو أوصي له به ،
عتق ولم يغرم الذي أكرهه من قيمة المملوك قليلاً ولا كثيراً ؛ وذلك لأنه لا يملك
في هذه الوجوه إلا بقبوله ، واختياره وقبوله للعقد مع تقدم اليمين رضاً بالحرية ،
فلا يجب على المكره شيءٌ .

قال: فإن ورث مملوكاً ، كان في القياس: أنه لا يضمن أيضاً الذي أكرهه
شيئاً ، والاستحسان: أن أضمن الذي أكرهه قيمة المملوك^(٣) .

(١) هنا في ب فقط زيادة (بيدها) ، وفي الأصل: (. . . عتق عبده في يد هذا الرجل ، أو طلاق امرأته ،
ولم يدخل بها) ، ٣٥٣/٧ ، وهذا يؤيد حذف عبارة ب .

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٣٥٤/٧ .

وجه القياس: أنه أكرهه على اليمين، ولم يكرهه على العتق، (فقد يرث بعد اليمين)^(١)، وقد لا يرث، فلم تكن اليمين مختصةً بالضمان، فلم يضمن؛ ولهذا قالوا في شاهدين شهدا بنسبٍ ثم مات المشهود عليه، فورثه المشهود له، ثم رجعا: لم يضمننا؛ لأنهما لم يوجبا الميراث، ألا ترى أنهما قد يشهدان بالنسب، فيرث، وقد لا يرث.

وجه الاستحسان: أنه لما أكرهه في ذلك [على اليمين بالعتق فيما يستقبل، والعبء بالميراث يدخل في ملكه بغير اختياره، صار المكروه كأنه أتلف العبد عليه بإكراهه على اليمين، فضمن.

قال: ولو أكرهه على ذلك [بحبسٍ أو قيدٍ لم يضمن؛ لأن الحبس والقيد ليسا بإكراهٍ فيما [لا] يختلف جده وهزله، فلم يعتد بهما.

قال: لو أن رجلاً أكره رجلاً^(٢) بقتلٍ أو تلفٍ عضوٍ على أن قال لعبده: إن شئت فأنت حرٌّ، وشاء عبده العتق، عتق وغرم الذي أكرهه قيمة العبد.

وكذلك لو أكرهه حتى قال لعبده: إن دخلت هذه الدار فأنت حرٌّ، ودخل العبد؛ وذلك أنه لما أكرهه على اليمين - والعتق وقع بغير اختيار المكروه - صار الإتلاف بسبب من جهة المكروه، فلزمه الضمان.

قال: ولو أكره على أن علق العتق بفعل نفسه، ففعل المولى ذلك الفعل، فإن كان فعلاً مفروضاً على المولى [فعله]، أو يخاف المولى [من تركه] تلف نفسه، مثل الأكل والشرب، ففعل المولى ذلك، عتق العبد وضمن المكروه؛

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

وذلك لأنه إذا قال له: قل (١): إن أكلت أو شربت فعبدني حرًّا، وهو لا يقدر على ترك الأكل والشرب إلا بضررٍ في نفسه يخاف منه التلف، وكذلك إن قال له: قل: إن صليت فعبدني حرًّا، فقال ذلك وهو لا يقدر على ترك الصلاة لما يخاف من المأثم، فصار مكرهاً على فعل الشرط، وفعل المكره ينتقل إلى المكره، فيصير كأنه هو الفاعل له، فيلزمه الضمان.

ولو أكرهه على أن يقول: إن تقاضيت ديني الذي على فلان، أو أكلت [طعام] كذا وكذا - لطعامٍ خاصٍّ يجد منه بُدًّا - ثم فعل ذلك الذي حلف عليه، عتق العبد، ولم يغرم المكره شيئاً؛ وذلك لأنه لا يخاف على نفسه بترك تقاضي الدين، وكذلك لا يخاف إذا كان ترك أكل طعام بعينه، وإنما يلحقه من ذلك ضررٌ، فصار الإكراه به كالإكراه بالقيد والحبس، فلا يؤثر في حكم العتق.

وقد قالوا في المريض [إذا قال] لزوجته: إن تقاضيت دينك على فلان، فأنت طالق، فاقترضت دينها: إنها تطلق وترث؛ وذلك لأنه يلحقها بترك الاقتضاء ضررٌ، فصار كأن الزوج أكرهها بالقيد والحبس، حتى سأله الطلاق، ولو فعل ذلك لم يسقط ميراثها، فكذلك تقاضي الدين.

وفي مسألتنا ترك الاقتضاء يُلحق به ضرراً لا يخاف منه تلفاً (٢) على نفسه، فهو كالقيد والحبس، ولو أكرهه على العتق بذلك لم يضمن. وبالله التوفيق (٣)(٤).

تم كتاب الإكراه

-
- (١) هذه الكلمة سقطت من ب.
 (٢) هذه الكلمة سقطت من ب.
 (٣) (وبالله التوفيق) سقطت من ب.
 (٤) انظر: الأصل ٣١٣/٧ وما بعدها.

[٧٩] كِتَابُ الْقِسْمَةِ



قال ﷺ: القسمة^(١) من الحقوق اللازمة في المال المشترك إذا التمسها أحد الشركاء^(٢).

والدليل على جوازها: أن النبي ﷺ قسم خيبر بين أصحابه^(٣)، ونصّب علياً قاسماً يقسم للناس^(٤) بالأجر، وهو فعل المسلم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا.

وإنما وجبت بطلب أحد الشركاء^(٥)؛ لأن كل واحدٍ [منهم] منتفعٌ في حال الإشاعة بملك صاحبه، فإذا التمس القسمة فهو مانعٌ لصاحبه من الانتفاع بملكه، فله حقٌّ في ذلك.

والقسمة عندنا على ضربين:

(١) القسمة لغة: الاقتسام.

وشرعاً: «تمييز الحقوق وإفراز الأنصبة». التوقيف (قسم)، وفي اللباب: «شرعاً: جمع نصيب شائع في مكان مخصوص»، أي: في نصيب معين.

«وإنما كانت جمعاً للنصيب بعد تفرق؛ لأنه كان قبل القسمة موزعاً على جميع أجزاء المشترك؛ إذ ما من جزء مهما قلّ، إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ما له في المجموع الكلي، ثم صار بعد القسمة منحصراً في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء، ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان، كما في المهابة الزمانية». معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٣٦٣.

(٢) في ب (الشريكين).

(٣) رواه البخاري (٢٢٠٩) من حديث عمر رضي الله عنه.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) في ب (الشريكين).

أحدهما: وضع لتمييز الحقوق، وهو القسمة فيما لا يُختلف فيه^(١)،
كالمكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تتفاوت^(٢)، وإذا قُسمت فكأنَّ كلَّ
واحد من الشريكين أخذ ما استحقه في الأصل؛ فلذلك جاز له أن يبيعه مرابحةً.

والنوع الثاني: قسمةٌ في معنى المعاوضة، وهي قسمة ما يتفاوت، كالثياب
والعقار، فما يأخذه كلُّ واحدٍ منهما فبعضه بحقِّ ملكه، وبعضه عوضٌ عمَّا له في
يد الآخر^(٣)؛ فلذلك لا يجوز له أن يبيعه مرابحةً^(٤) [٤٣٧/ب].



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) وهي ما تعرف بقسمة الإفراز: قسمة الشيء المتماثل الأجزاء باعتبار المقدار، وتسمى أيضاً:

(القسمة بالأجزاء)؛ لهذا الاعتبار، كما تسمى: (قسمة المتشابهات)؛ لأنها لا تكون إلا فيما

تشابهت أنصباؤه دون تفاوت يذكر، أو يُعتدَّ به. انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٣٦٤.

(٣) وهذه تعرف بـ: (قسمة التعديل): وهي قسمة الشيء باعتبار القيمة والمنفعة، لا باعتبار المقدار؛

وذلك عندما تدعو الحاجة إلى تقويم المقسوم؛ لأن الأنصباء لا تتعادل بذاتها، وإنما تعدل باعتبار

القيمة؛ لجواز أن يكون الجزء الأقل معادلاً للجزء الأعظم في قيمته ومنفعته. انظر: معجم

المصطلحات الاقتصادية ص ٣٦٤.

(٤) انظر: الأصل، ٢٦٨/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٧/٨.

بَابُ قسمة العقار

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: إذا كانت الدار بين رجلين، فاقسماها مزارعةً، وذَرَعهَا^(١) بينهما قاسمٌ، فإنَّ ذلك جائزٌ، وكذلك قسمة قاسم القاضي إذا قسم بين قومٍ وأقرع بينهم، فإنَّ أبا حنيفة قال: هو جائزٌ^(٢).

أمَّا جواز القسمة إذا [تراضوا]^(٣) بقاسمٍ يقسمُ بينهم ذلك؛ لأنَّ القسمة حقٌّ لهم، فإذا تراضوا فيها على شيءٍ جاز، ولأنَّها إن كانت في معنى العقود فعقدهم من غير حكمٍ جائزٌ، وإن كانت في معنى الحكم، فيصح أن يتراضي الخصمان بِحَكْمٍ يحكمُ بينهما، وكذلك يتراضيان [بقاسم]^(٤).

وأما إذا قسمها قاسم القاضي؛ فلأنَّ القسمة مما يُجبر الحاكم عليها، فإذا تولاهما قاسم القاضي فقسمه حكمٌ منه فيجوز ذلك.

وقال أبو حنيفة: القرعة في القياس لا تستقيم، ولكنَّا تركنا القياس في ذلك وأخذنا بالآثار والسنة.

وجه القياس: أنَّ القرعة فيها تملكٌ معلقٌ بخطرٍ، ألا ترى أن ما يخرج لكلِّ واحدٍ منهم بالقرعة يملكه، وينقطع عنه حقُّ الباقيين، والقرعة في إسقاط الحقوق

(١) في ب (فقسماها).

(٢) انظر: الأصل ٢٧٣/٣.

(٣) في أ (تراضيا) والمثبت من ب.

(٤) في أ (في تقاسم)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

وإيجاب الملك لا تصحّ .

وجه الاستحسان: أن السلف استعملوا القرعة في القسمة من غير نكيرٍ ، وقد روي أن النبي ﷺ لما قَسَمَ خيبر جعلها سهاماً ، فضرب لكل فريق سهماً^(١) .

وقد قال أصحابنا: [إنّ] القرعة تُستعمل في كلّ شيءٍ جاز التراضي عليه ، ولا تُستعمل فيما لا يجوز التراضي عليه ، ومعلومٌ أنّ الحاكم إذا قَسَمَ جاز للخصمين التراضي بكلّ قسمٍ ، وجاز للقاضي أن يقول: هذا القسم لهذا وهذا [القسم] لهذا ، وإنّما وُضعت القرعة لتطيب القلوب وإزالة التهمة ؛ لئلا يظنّ أحدٌ أنّ القاضي مال إلى خصمه ؛ ولهذا قال أصحابنا: إنّ [القرعة]^(٢) لا تُستعمل في العتق ؛ لأنّ التراضي لا يجوز على نقل الحرّية من شخصٍ إلى شخصٍ .

وقد قالوا: [إنّ القسمة إذا كانت بالتراضي ، فخرجت بعض السهام ، جاز لهم الرجوع عن القسمة ، إلا أن تكون خرجت السهام إلا سهماً واحداً ؛ وذلك] أنّ القسمة إذا كانت بتراضيهم ، فالعقد لا يتمّ إلا بانفراد كلّ واحدٍ منهم ، وما لم يتمّ العقد ، جاز الرجوع كالبيع الذي لم يتمّ ، وأمّا إذا بقي سهمٌ واحدٌ ، فقد تعيّن مستحقّه ، وتمّت القسمة ، فصار كخروج جميع السهام ، وأمّا إذا كانت القسمة بالحكم ، فإن الرجوع لا يؤثر فيها وإن لم تخرج السهام ؛ لأنّهم إذا امتنعوا أجبرهم القاضي ، فلا معنى لامتناعهم .

قال: وإذا كانت الدار^(٣) بين ورثةٍ ، فاقسموها ، وفضلوا بعضاً على بعض

(١) رواه أبو داود (٣٠١٠) من حديث سهل بن أبي حنّمة ؛ وقال الزيلعي في نصب الراية: (قال صاحب التنقيح: إسناده جيد) (٣/٣٩٧) .

(٢) في أ (القسمة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب ؛ لأنّ الممنوع في العتق القرعة لا القسمة .

(٣) في ب (الأرض) .

لفضل قيمة البناء والموضع ، فهو جائزٌ ؛ لأنَّ القسمة لتعديل الحقوق ، (وقد يكون بعض مواضع الدار خيراً من بعض) ^(١) ، وقد يكون بعض بنائها خيراً من بعض ، فلا يقع التعديل والقسمة ^(٢) إلا بالترتيب ، فجاز ذلك .

قال : وإن كان البناء حين اقتسموا الأرض غير معروف القيمة ، فلا يجوز هذا في القياس ، ولكننا استحسنا فيه وأجزناه .

وجه القياس : أن القسمة في الأرض والبناء قسمةً واحدةً ؛ بدلالة أنه لا يجوز أن يفرد أحدهما بالقسمة عن الآخر ، فلم يجر أن يقسم العرصة ^(٣) مع جهالة البناء ، كما لا يجوز أن يميّز بعض العرصة [مع جهالة بقيمتها .

وجه الاستحسان : أن الذرع إذا وقع في العرصة [وميّزت ، فالعقد موقوف على تمام القسمة بتقويم البناء وتعديله ، فإذا تمَّ العقد تمَّ مع زوال الجهالة ؛ فلذلك جاز ، ولأنَّ العرصة والبناء [قد جُعلا] كالشيئين المختلفين ، بدلالة أن أحدهما يُقسم على الذرع ، والآخر بالقيمة ، [فلم] يمنع جهالة أحدهما من صحّة الآخر .

قال أبو حنيفة رضي الله عنه : إن كانت الدار بين ورثة كبارٍ ، وأقروا أنها ميراثٌ بينهم ، فأرادوا [من] القاضي أن يأمر بقسمتها [بينهم] ، فإنَّ القاضي لا يأمر بذلك إلا أن تقوم بينةٌ على أصل الميراث ^(٤) .

قال : وجملة هذا : أن العقار إذا كان في يد جماعةٍ ادَّعوا أنه ميراثٌ بينهم

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب .

(٢) في ب (والتمييز) .

(٣) «العرصة - بسكون الراء - : كل بُعْعة بين الدور واسعة ليس فيها بناءٌ ، والجمع : العرّاص ، والعرّصات» . الصحاح (عرص) .

(٤) انظر : الأصل ٢٧٣/٣ .

عن فلانٍ ، فإن القاضي لا يقسمه بينهم [حتى يقيموا البيّنة على الوفاة وعدد الورثة .
وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يقسم بينهم] باعترافهم ، ويُشهد أنه قسمها
بإقرارهم ، ولو كان في أيديهم عروضٌ أو شيءٌ مما يُنقل ويُحوّل ، [تجوز] قسمته
بإقرارهم استحساناً^(١) .

فأما إن كان العقار في يد جماعةٍ يدعون أنه ملكٌ لهم ، ولا يدعون انتقال
الملك فيه من غيرهم ، فإنه يقسم باعترافهم في قولهم^(٢) جميعاً .

وإن ادّعوا أنهم اشتروا ذلك من فلانٍ الغائب ، فيه روايتان: رواية
الأصل^(٣): أن القاضي يقسم بينهم باعترافهم في قولهم ، وروي عن أبي حنيفة:
أن القاضي لا يقسم حتى يثبت انتقال الملك من الغائب .

أما الميراث: فوجه قول أبي حنيفة: أن التركة باقيةٌ على حكم ملك الميت ،
ولهذا يردّ [الوارث]^(٤) على بائع الميت بالعيب ، وتنفذ منه وصاياه ، وتقضى
ديونه ، فإذا قسم القاضي نقل الشيء من حكم ملك الميت إلى [ملك] الورثة من
غير أن يكون في ذلك حظٌ للميت ، وذلك لا يجوز ؛ ولأنّ القاضي يلي على
الميت في حقوقه ؛ فلهذا ينصبُّ له وصياً ليستوفي ديونه ، ويقضى ديونه^(٥) ، وإذا
ادّعوا انتقال الملك إليهم فيما للقاضي فيه ولايةٌ ، لم يجوز أن يعمل على دعواهم

(١) انظر: المصدر السابق ٢٧٤/٣ .

(٢) هنا في ب زيادة (وروي عن أبي حنيفة: أن القاضي لا يقسمه في قولهم جميعاً) ، والسياق لا
يقتضي هذه الزيادة .

(٣) في ب (الأصول) .

(٤) في أ (الموارث) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٥) في ب (ما عليه) .

إلا بيّنة، كما لو حضر خصم ينازعهم في ذلك، وهذا هو القياس في العروض، وإنما استحسنوا؛ لأنّ في قسمتها حظاً للميت، ألا ترى أنّها تحتاج إلى الحفظ، فإذا قُسمت حفظ كلّ واحدٍ منهم ما حصل في يده، والعقار محفوظٌ بنفسه لا يحتاج إلى الحفظ؛ ولأنّ العروض إذا قسمها صار ما يأخذه كلّ واحدٍ [منهم] مضموناً عليه بالقبض، وذلك أنفع للميت، وأما العقار، فلا يضمن عنده بالقبض، فلم يكن في قسمة منفعة؛ فلذلك لم يقسم^(١).

وجه قولهما: أن كلّ من في يده شيءٌ فالظاهر أنّه ملكه، فإذا كان الظاهر أنّه على ملكهم جازت القسمة بقولهم.

وأما إذا ادعوا الشراء من غائبٍ، فوجه الرواية الظاهرة أنّ المبيع إذا كان في يد المشتري فقد انقطع حقّ البائع عنه، ولم يبق له فيه حكم ملكٍ، ولهذا لا يردّ المشتري المبيع على بائع بائعه بالعيب، فإذا لم يبق للبائع حقٌّ فيه، قُسم بقولهم.

وجه الرواية الأخرى: أنّهم اعترفوا بالملك للبائع، وادّعوا انتقاله إليهم، فلا يقبل إلا بيّنة، كما لو ادّعوا الميراث، وإنّما قالا ذلك؛ لأنه يكتب^(٢) في كتاب القسمة أنّ القاضي قسمها باعترافهم، حتى لا يكون ذلك قضاءً على مالكٍ لها أو شريكٍ لهم.

قال: وإذا كان في الورثة كبيرٌ غائبٌ أو صغيرٌ، والدار في يد الكبار الحضور، فأقرّوا بأنّها ميراثٌ بينهم، وأرادوا القاضي على قسمة بينهم، فإنّ أبا حنيفة قال: لا أقسمها^(٣).

(١) انظر: الأصل ٢٧٦/٣.

(٢) في ب (يكتب).

(٣) انظر: الأصل ٢٧٥/٣.

وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم بينهم وأعزل حقَّ الغائب و[حقَّ] الصغير،
وأشهدُ الشهودَ على أنِّي قسمتها [بينهم] بإقرارهم، وأجعل الغائب والصغير على
حجّته.

أمّا أبو حنيفة: فمن أصله أنّهم لو حضروا جميعاً، وطلبوا القسمة لم تقسم
إلا بعد إقامة البيّنة، فمع غيبة بعضهم أولى. [أ/٤٣٨]

وأمّا هما فقالا: إنّ الظاهر أنّ الدار على ملكهم، فإذا أقرّوا بسهمٍ للغائب
فالقول قولهم فيه، فيقسمها باعترافهم، ويشهد [الشهود] أنّه قسمها بقولهم، حتى
لا يكون في ذلك تملكٌ لنصيب غيرهم.

فقال أبو يوسف: إذا كانت الدار في يد الغائب، أو في يد الصغير، أو في
أيديهما منها شيءٌ [لم أقسمها حتى تقوم البيّنة على الميراث، وهو قول محمد،
وكذلك لو كان في يد الغائب منها شيءٌ] استودعه رجلاً وغاب، لم أقسم ذلك
حتى يحضر؛ وذلك لأنّ القسمة فيه استحقاقٌ ليد الغائب والصغير، وذلك لا
يجوز إلا ببيّنة، ولأنّا إنّما نقبل إقرارهم؛ لأنّ الشيء في أيديهم، وإذا كانت اليد
لغيرهم لم يكن بدٌّ من الرجوع إلى قول الغائب، كما يجب الرجوع إلى قولهم.

قال أبو الحسن: وإذا قامت البيّنة على الموارث والحاضر اثنان أو أكثر،
والغائب واحدٌ أو أكثر، فإنّ أبا حنيفة [قال]: أمر القاضي بقسمتها وبعزل نصيب
كلّ صغيرٍ وغائبٍ، ويوكّل وكيلاً بحفظه^(١)؛ وذلك لأنّ كلّ واحدٍ من الورثة قائمٌ
مقام الميت وخصمٌ عنه، فإذا حضر اثنان وطالب أحدهما الآخر بالقسمة، قام
الطالب مقام الميت، (فجاز أن يقضى عليه كما يقضى على أحد الورثة بدين

(١) انظر: الأصل ٢٧٥/٣.

المدعي على الميت ؛ لأن القاضي قام مقام الميت^(١) وخصم عنه ، فإذا تنازع اثنان من ورثته ، قام القاضي مقام الغائب [منهم] والصغير بولايته على الميت ، فجاز أن ينصب عنه خصماً ويقضي بالقسمة .

وأما إذا كانت الدعوى [للملك]^(٢) من غير المواريث ، فتنازع شريكان في القسمة ، ولهم شريك غائب ، فإن القاضي لا يقسمها في قولهم ؛ لأن كل واحد منهم ليس بخصم عن الآخر ، والقاضي لا ولاية له على الغائب ، فلم يجز القضاء [عليه] من غير أن يحضر من يقوم مقامه .

وأما إذا حضر [وارث] واحد وغاب الباقي ، وطلب القسمة ، فإن القاضي لا يقسم ؛ لأن القسمة^(٣) لا تصح إلا بين متقاسمين ، فمتى حضر اثنان فالعقد يصح بينهما ، وحق الغائب على طريق التبع ، وإذا حضر واحد وليس هناك خصم [له] ، فلم يصح الحكم به وحده ؛ لأن المتنازعين يقوم المدعي مقام نفسه ، والآخر مقام الميت ، فإذا حضر واحد لم يجز أن يكون هو المدعي والمدعى عليه ؛ ولذلك لا يقسمها القاضي^(٤) .

فإن كان الوارث الحاضر كبيراً ، وهناك وارث صغير ، نصب القاضي للصغير وكياً وقسم ؛ لأن القاضي يلي على الصغير في حقوقه ، فيلزمه أن ينصب من يدعي له ويجيب عما يدعى عليه ، ولو أقام الوكيل مقام الصغير ، فكأن الورثة كباراً حضوراً .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (للمالك) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٣) في ب (العقد) .

(٤) انظر: الأصل ٢٧٥/٣ .

قال: ولو أن بيتاً في دارٍ بين رجلين^(١)، أراد أحدهما قسمته، وأبى الآخر، فارتفعا إلى القاضي، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك: إن كان ينتفع كلّ واحدٍ منهما بنصيبه إذا قسم ويصلح لشيءٍ، فإنّ القاضي ينبغي أن يقسمه بينهما.

قال^(٢): وجملة هذا: أنّ المتخاصمين في القسمة إذا كان كلّ واحدٍ منهما ينتفع بنصيبه، قسم القاضي [بينهما]؛ لأنّ لكلّ واحدٍ منهما حقاً في القسمة ومنفعته، فإذا طلب ذلك أحدهما أُجبر الآخر عليه.

وأما إن كان أحدهما ينتفع بنصيبه، والآخر يستضرّ به لقلّته، فإن طلب القسمة الذي ينتفع بها، قسم بينهما وإن استضرّ الآخر، (وإن طلبها الذي يستضرّ)^(٣)، لم يقسم.

وقال ابن أبي ليلى: لا يقسم في الوجهين.

أما إذا كان الطالب ينتفع بنصيبه وله حقٌّ في القسمة، [فهو مطالبٌ]^(٤) بما له فيه حقٌّ فصحت مطالبته، ولا يعتدّ باستضرار الآخر؛ لأنّه يريد أن ينتفع بملك شريكه، وللإنسان [أن] يمنع غيره من الانتفاع بملكه.

وأما ابن أبي ليلى فيقول: إنّ القسمة إذا أضرت بأحدهما لم يجز للقاضي أن يتولاها، كما لو أضرت بهما.

وهذا ليس صحيحاً؛ لأنّ صاحب النصيب القليل قد التزم هذا الضرر

(١) في ب (نفسين).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في أ (ومن طلب)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

ورضي به حين ملك شيئاً يسيراً، والضرر الذي التزمه يجوز أن يقضى به عليهم.
فأمّا إذا طلب القسمة الذي يستضرّ، فلا حقّ له في هذه^(١) المطالبة، ومن
لا حقّ له في الشيء لا تصحّ دعواه فيه، فلا يقضى له به.

وأما إذا كان كلّ واحدٍ منهما يستضرّ، فإنّ القاضي لا يقسمها إلا إذا اتفقا؛
لأنّ كلّ واحدٍ منهما لا حقّ له في المطالبة بما يستضرّ به، فلم تصحّ مطالبته، ولا
يجوز القضاء له، فإن تراضيا بذلك قسمناه؛ [لأنّه] وإن استضرّ كلّ واحدٍ منهما،
فقد يجوز أن يكون له فيه نفعٌ من وجه، وإنما لم يقسم لحقه، فإذا رضي جاز.

قال أبو حنيفة: لا يقسم القاضي الحائط بين رجلين، ولا يقسم الحمام؛
وذلك لأنّ في قسمة كلّ واحدٍ منهما ضرراً^(٢)، ألا ترى أنّه لا يُنتفع ببعضه دون
بعض، وقد بيّنا أنّ القسمة إذا استضرّ بها^(٣) الشريكان لم يفعلها القاضي بطلب
أحدهما.

وقال أبو حنيفة: القسمة جائزة على الرجال والنساء وأهل الذمّة؛ وذلك
لأنّها من حقوق الملك، والرجل والمرأة، والمسلم والذميّ، في الملك سواءً،
فكذلك في حقوق الملك.

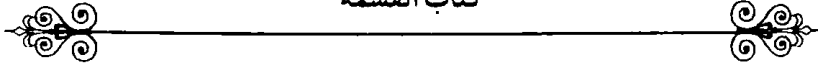
قال: وكذلك حرٌّ وعبدٌ تاجرٌ ومكاتبٌ، فالقسمة عليهم جائزة؛ لأنّ القسمة
من أحكام الملك، والعبد التاجر في أحكام الملك كالحرّ.

قال أبو حنيفة: وإذا كانت الدار شراءً بين قومٍ وأحدهم غائبٌ، وأقاموا بيّنةً

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) الأصل ٢٧٥/٣.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



على ذلك ، فإنني لا أقسمها ، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد ؛ وذلك لأن القاضي لا ولاية له على الغائب ، فلم يجر أن يحكم عليه مع غيبته ، وليس كذلك الميراث لما قدّمناه .

وقال أبو يوسف : إذا كانت الدار ميراثاً ، وفيها وصيةٌ بالثلث ، وبعض الورثة غائبٌ ، وبعضهم شاهدٌ ، فأراد الموصي له بالثلث أن يقسمها ، فأقام البيّنة على المواريث والثلث ، فإن الدار تقسم على ذلك ؛ [وذلك] لأن الموصي له شريك الوارث ، ولو حضر الوارثان قسمت الدار وإن كان هناك وارثٌ [واحدٌ] غائبٌ ، فكذلك إذا حضر وارثٌ وموصيٌ له .

وقال أبو حنيفة : إذا كانت الدار بين ورثةٍ ، قسمت كل دارٍ على حدةٍ ، ولم أجمع نصيب أحدهم في دارٍ واحدةٍ إلا أن يتراضوا على ذلك ، وكذلك الداران المتلاصقان ، فأما المنزلان في دارٍ واحدةٍ إذا كانا متلاصقين ، فإنني أقسمهما جملةً واحدةً .

وقال^(١) : ينظر القاضي في ذلك ، فإن كانت إذا جمعت أنصباء كل واحدٍ [منهم] في دارٍ كان أعدل للقسمة ، جمع ذلك .

قال محمدٌ : لو كانت إحدى الدارين بالرقّة ، والأخرى بالبصرة ، قسمت أحدهما في الأخرى^(٢) .

لأبي حنيفة : أن اختلاف [الدور قد أجري مجرى اختلاف الأجناس ، لأن

(١) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٢) انظر : الأصل ٢٧٦/٣ ، ٢٧٧ .

الأغراض تختلف فيها باختلاف البلدان [والفلوات ^(١) والمحالّ في كلّ بلدٍ ، ومواضع الدار في كلّ محلّةٍ ، ولهذا لو تزوّج على دارٍ لم تصحّ [التسمية] ^(٢) ، كما لو تزوجها على ثوبٍ ، وإذا جرت مجرى الأجناس ، لم يجوز أن يقسم بعضها في بعضٍ إلا بالتراضي ، وأمّا المنزلان المتلاصقان وهما في دارٍ واحدةٍ ، فحكمهما حكم الشيء الواحد ، فإن افترق المنزلان في دارٍ ، قسم كلّ واحدٍ على حدّته كما يقسم الداران .

فأمّا هما فقالا: بأنّ [٤٣٩/ب] ^(٣) القاضي غرضه في القسمة إيفاء كلّ واحدٍ حقّه ، واستعمال العدل في القسمة ، وإذا كان جمعُ النصيب في دارٍ أنفع [لمن يأخذها] ^(٤) من التفريق ، فعل ما هو الأحوط .

قال: ولو اختلفا في قيمة البناء ، فقال بعضهم: اجعل قيمة البناء بذرع من الأرض ، وقال بعضهم: اجعلها على الدراهم ، فإن القاضي يجعلها على الذرع .
قال ^(٥): وجملة هذا: أنّ القاضي لا ينبغي أن يقسم ^(٦) ويدخل في القسمة الدراهم ، فإن فعل ذلك ، جاز .

(١) الفلوات ، مفردها: الفلّاة: المفازة: وهي الأرض التي لا ماء فيها . انظر: الصحاح ؛ المصباح (فلا) .
(٢) في أ (القسمة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .
(٣) الأصل هنا أن يكون الوجه [ب] من الورقة (٤٣٨) ، وكانت بدايتها: (فيتعذر مع ذلك التعديل ...) ، وهو ما لا يتناسب مع السياق ، وظهر بالمقارنة مع ب وجود خلل في ترتيب الأوجه في النسخة أ ، وأنّ الصواب هنا هو الوجه [ب] من الورقة (٤٣٩) ، فتمّ إثباته .
ويكون الترتيب المناسب في الأوراق والأوجه من هذا الموضع: [٤٣٩/ب] - [٤٤٠/أ] - [٤٣٨/ب] - [٤٣٩/أ] - [٤٤٠/ب] ، ثم تكون الأوراق على الترتيب السوي .

(٤) في أ (بأحدهما) والمثبت من ب .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٦) (أن يقسم) سقطت من ب .

وقال مالك: إن كانت يسيرةً جاز، وإن كانت كثيرةً لم يجز وأفسدت القسمة.

والوجه في ذلك: أن القسمة من حقوق الملك المشترك، والشركة بينهم في الدار، ولو أدخلنا الدراهم لقسمنها ما ليس بمشترك، وهذا لا يصح؛ ولأن الذي يُعطى الدراهم يتعجل استيفاء زيادة النصيب في الدار، ويجعل الدراهم في ذمته، ويجوز أن يسلم لحصته^(١)، ويجوز أن لا يسلم، فلم يجز للقاضي أن يعجل نصيب أحدهم ويؤخر نصيب الآخر.

فأما إذا فعل ذلك جاز؛ لأنه قد لا يمكن القسمة إلا بالتعديل بالدراهم، ألا ترى أن قيمة البناء في أحد الحيزين يكثر، فلو عدلناه بالعرصة^(٢) لم يبق لصاحب البناء في العرصة ما ينتفع به، فيعدل^(٣) ذلك بالدراهم حتى ينتفع كل واحدٍ منهم بقطعةٍ من العرصة، إلا أن الأولى أن لا يفعل ذلك ما أمكن؛ لأن الدراهم في مقابلة البناء بيع، والقاضي يجبر على القسمة، ولا يجبر على البيع.

قال: فإن اختلفوا في رفع الطريق، فقال بعضهم: ارفع طريقاً بيننا، وقال بعضهم: لا ترفع، فإن الحاكم ينظر في ذلك: فإن كان يستقيم لكل واحدٍ منهم طريقٌ مستقيمٌ يقيمه^(٤) في نصيبه، فإنه يقسم بينهم لغير طريقٍ يرفع لجماعتهم، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع الطريق بين جماعتهم؛ لأنه إذا كان كل واحدٍ يمكن أن ينفرد بطريق، فالمانع من رفع الطريق يطلب قسمة [كل المال]^(٥)، والآخر

(١) في ب (أن يسلم لخصمه).

(٢) «العرصة: كل بقعة بين الدور واسعة، ليس فيها بيناء، والجمع: العرّاص، والعرصات». المصباح (عرص).

(٣) في ب (فيعدل).

(٤) في ب (يصح).

(٥) في أ (الملك) والمثبت من ب.

يطلبُ قسمة بعض الملك دون بعضٍ، فالواجب أن يقسم كلّ ملكٍ مشتركٍ إذا أمكن قسمته من غير ضررٍ، فأما إذا لم يكن، فالواجب رفع الطريق بينهما على الشركة؛ لأننا لو لم نرفعه لم ينتفع كل واحدٍ بنصيبه، فالقسمة لا تقع على وجه الضرر بالمتقاسمين.

قال: ولو اختلفوا^(١) في سعة الطريق وفي ضيقه^(٢)، جعل على عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيهم؛ وذلك لأن الطريق يُحتاج إليه لئسلك منه إلى الباب^(٣)، فمقدار الباب يُحتاج إليه، وما زاد عليه لا تدعو الحاجة إليه، فلا وجه لتركه.

قال: وإذا وقع حائط بين قسمين، وذلك الحائط لأحد القسمين، وعليه جذوعٌ للآخر، فوقعت القسمة على أن يكون هكذا، أو لم يذكروا في القسمة شيئاً، فإنه يُترك على حاله، إلا أن يشترط [قلع الجذوع عنه]^(٤).

وكذلك لو كان [أزج]^(٥) [٥] وقع على حائط على هذه الصفة، أو درجةً، وكذلك الأسطوانة وقع عليها جذعٌ، وكذلك روشنٌ وقع لصاحب العلو مشرفاً على نصيب الآخر، فأراد صاحب السفل أن يقطع^(٧) الروشن، فليس له ذلك،

(١) في ب (اختلفوا).

(٢) في ب (صفته).

(٣) في ب (الدار).

(٤) في أ (وضع الجذوع عليه)، والمثبت من ب، وهو المناسب لأن المسألة في جدارٍ عليه جذوعٌ، فكيف يشترط وضع الجذوع عليه.

(٥) (الأزج: بناءً مستطيلٌ مقوّس السقف). المعجم الوسيط (أزج).

(٦) في أ (الرحا)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق، وانظر: المبسوط للسرخسي (٢١/١٥).

(٧) في ب (يقلع).



إلا أن يشترط قطع ذلك ، ألا ترى أن أحدهما لو [أصابه] ^(١) بيت علو وأصاب الآخر سفله ، لم يكن لصاحب السفلى أن يهدم العلو ؛ وذلك لأن القاسم لما قسم بينهما وجعل الحائط لأحدهما والحيز الآخر لخصمه ، فقد حصل له بالقسمة الروشن والسقف الموضوع على هذا الحائط ، فلو جَوَّزنا لصاحب الحائط إزالة ما عليه ، لم يسلم للمقاسم ما سُلم إليه بالقسمة ؛ فلذلك وجب تبقيته على ما هو عليه ، وإن لم يشترط .

وأما إذا شرط قطعه ^(٢) ، فلم يجعل لمن هو في نصيبه حق الاستقرار على الحائط ، فلم يجوز تركه .

وقد قالوا في المتقاسمين : إذا كان لأحدهما أطراف خشب على حائط طاعنة في قسمة شريكه ، فإن كانت ممّا يمكن أن يجعل عليها سقف لا يكلف قطعها ؛ لأنّ هذا لم يشترط قطعه ، وهو مما ينتفع به ، فصار كالعلو والروشن .

وإن كانت الأطراف لا يمكن التسقيف عليها ، فإن صاحبها يكلف قطعها ؛ لأنّه إذا لم ينتفع بتبقيتها ، لم يجوز أن يكون ذلك من حقوق القسمة المستقرة ، فصار صاحبها شاغلاً بها نصيب صاحبه لما له بغير حق ، [فيؤمر بإزالتها] ^(٣) .

وذكر ابن رستم في نواتره في المتقاسمين : إذا مُيز نصيب أحدهما وفيه شجرة أغصانها مطلّة على قسمة الآخر ، فإنّ الأغصان تقطع ؛ لأنّه لما لم يمكن أن يستقرّ هذا الحق حتى يصير شرطاً في القسمة ، صار كالأطراف التي لا سقف ^(٤) عليها ،

(١) في أ (أوصى به) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (قلعه) .

(٣) في أ (فهو من باب إليه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٤) في ب (لا يستقر) .

فيقطع .

وذكر ابن سماعة في نوادره: أنّها لا تقطع؛ لأنّ في ذلك ضرراً على الشجرة، وقد استحقّ صاحب الشجرة هذه الشجرة على وجه لا يستضرب به، فصار بقاء أغصانها حقاً على شريكه، كأطراف الجذوع التي يمكن التسقيف عليها.

قال: وإذا أصاب رجلاً مقصورة^(١) في دار، وأصاب الآخر منزل آخر، طريق هذا المنزل في هذه المقصورة، [ولم يذكروا ذلك عند القسمة، فلا طريق له في المقصورة].

قال: وجملة هذا: أنّ القسمين إذا كان طريق أحدهما في الآخر، أو مسيل ماء أحدهما في الآخر أو على علوّه، فاقتسما ولم يبيّنوا ذلك، ولم يذكروا الحقوق، فإنه ينظر: فإن كان يقدر كلّ واحدٍ من المتقاسمين أن يفتح لنفسه طريقاً ويُسيل ماءه في ملكه من غير أن يستطرق في نصيب الآخر ولا يسيل فيه الماء، فإنه يقطع طريقه ومسيله من نصيب شريكه، فالقسمة جائزة؛ لأنّها موضوعةٌ لتمييز حقّ أحد الشريكين من حقّ الآخر، [وقد أمكن ذلك ولم يشترط لأحدهما حقّ في نصيب الآخر]، فوجب أن يصرف طريقه ومسيله عنه.

وإن كان لا يمكنه أن يُسيل ماءه إلا على نصيب شريكه، ولا طريق له إلا في ملك شريكه، فهو على وجهين:

إن شرط القاسم في القسمة أن ما أصاب كلّ واحدٍ [منهما] فهو له بحقوقه، فإنه يترك الطريق والمسيل في حقّ الآخر على حاله؛ لأنه لا يمكن صرفه إلا

(١) «ومقصورة الدار: الحجرة منها»، كما في المصباح، وفي المعجم الوجيز: «المقصورة من الدار: حجرة خاصة مفصولة عن الغرف المجاورة، فوق الطبقة الأرضية». (قصر).

بضررٍ؛ ولأنّه يبقى بلا طريق ولا مسيل، فصار الاستطراق في نصيب الشريك حقاً له، وقد شرط له في القسمة الحقوق، فوجب أن يترك حقه في الاستطراق على ما كان عليه.

وإن كان القاسم لم يشرط في القسمة الحقوق، فالقسمة باطلة، ويستأنفها القاسم على وجه يمكن كلّ واحدٍ منهما أن يجعل لنفسه (١) طريقه أو مسيله؛ لأنّه لما لم يشرط الحقوق، لم يجر أن يُترك له حق الاستطراق في نصيب شريكه، فبقيت القسمة لا ينتفع [كلّ واحدٍ منهما] (٢) بنصيبه، وهذا غلطٌ من القاسم، فوجب أن يفسخ قسمته ويستأنفها على وجه ينتفع به كلّ واحدٍ من الشريكين (٣) بنصيبه.

قال: [٤٤٠/أ] وإذا وقع للرجل في القسمة ساحةٌ لا بناء [فيها]، ووقع للآخر بناءً، فأراد صاحب الساحة أن يبني ساحته ويرفع بناءه، فقال صاحب البناء: تسدّ عليّ الريح والشمس، فلا أدعك ترفع بناءك، فلصاحب الساحة أن يرفع بناءه ما بدا له، وليس للآخر أن يمنعه؛ لأنّه حقّه يصنع فيه ما بدا له، وهذا قولهم.

ولو أراد أن يصنع في الساحة مخرجاً أو تنوراً (٤)، أو أراد أن يبني حماماً ومنعه صاحبُ البناء، فليس له منعه من ذلك.

وكذلك لو جعل فيها رحاً (٥)، أو قصّاراً (٦)، أو صانعاً، ولو كفّ عن شيءٍ

(١) في ب (لنصيبه).

(٢) في أ (أحدهما)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (منهما).

(٤) «التَّنُورُ: القُرن يخبز فيه، وجمعه تنانير». المعجم الوجيز (التنور).

(٥) الرِّحَا: الأداة التي يُطحن بها؛ وهي حجران مستديران يوضع أحدهما على الآخر، ويُدار الأعلى

على قطب، والجمع أرحاء، وأرْحِيَّةٌ. المعجم الوجيز (رحا).

(٦) والقَصَّارُ: المبيض للثياب. انظر: المصباح (قصر).

يؤدي جاره كان أحسن له ، ولكن لا يُجبر على ذلك ؛ لأنّ صاحب الساحة يتصرّف في ملكه ، وله ذلك وإن آذى^(١) غيره ، ألا ترى أنّ الدكاكين الشارعية في الطريق يستضرّ أهلها ، بغبار [الرّكاب]^(٢) والتراب الذي تنثره الدوابّ ، ولا يُمنع أهل الطريق من ذلك ؛ لأنّهم يتصرّفون في حقّهم وإن أضرّ بغيرهم .

وكذلك أرباب الحوانيت ، يوقدون النار فيها ، فيستضرّ [بهم] مارة الطريق ، ولا يمنعهم من ذلك ؛ لأنّهم يتصرفون في ملكهم ، فكذلك هذا .

وإنما قال : إنّ الكفّ عمّا يؤدي الجار أولى^(٣) ؛ لما روي أنّ النبي ﷺ قال : «أوصاني جبريل بالجار حتى ظننت أنّه يورثه»^(٤) .

قال : ولو فتح صاحب البناء في علوه وفي بنائه باباً أو كوةً فطلب صاحب الساحة أن يسدّ ذلك ، وتأذّي به ، لم يكن له سدّه ، ولكن يبني في ملكه ما يستره من ذلك^(٥) .

وكذلك جميع هذا القول في دارين إحداهما لرجل ، والأخرى [لآخر]^(٦) ؛ وذلك لأنّ صاحب البناء لو أراد أن يرفعه لم يكن لجاره منعه من ذلك ، فإذا فتح فيه باباً فإنّما رفع بعضه دون بعض ، فله ذلك .

(١) في ب (أضرّ) .

(٢) في أ (الدكان) والمثبت من ب .

(٣) «والرّكابُ - بالكسر - : المَطِيُّ ، الواحدة راحلة من غير لفظها» . المصباح (ركب) .

(٤) في ب (أو المار) .

(٥) رواه البخاري (٥٦٦٨) ؛ ومسلم (٢٦٢٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٦) انظر : الأصل ٢٧٨/٣ - ٢٨١ .

(٦) في أ (لرجل) والمثبت من ب .

وأما إذا بنى صاحب الساحة في ملكه ما يستر ذلك الباب [جاز] ؛ لأنه متصرف في ملكه ، فجاز ذلك ، وإن منع [به] ^(١) الغير من الاطلاع عليه .

قال: ولو اتخذ رجل في منزله في ملكه [كرياساً] ^(٢) أو بالوعة ^(٤) أو بئراً استقى منها الماء ، [فنز] ^(٥) منها حائط جاره ، فطلب جاره تحويل ذلك ، فإنه لا يُجبر على تحويله ؛ لأنه ملكه ، يصنع به ما بدا له ، وإن سقط الحائط من ذلك ، لم يضمن صاحب البئر شيئاً ؛ لما بينا أنه ملكه يصنع فيه ما بدا له ، أنه تصرف في ملكه فلم يمنع من ذلك وإن أضرب غيره ، وإذا لم يكن متعدياً في السبب ، لم يضمن ما يتولد ^(٦) منه ^(٧) .

وذكر بعد هذا مسألة في النصيبين ، إذا كان لأحدهما على الآخر مسيلٌ أو طريقٌ ، وقد بينا ^(٨) ذلك .

قال: ولو رفع ^(٩) طريقاً بينهما ، وكان على الطريق ظلّة ^(١٠) ، وكان طريق

(١) في أ (منه) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٢) (الكرياس: الكنيف في أعلى السطح بقناة من الأرض). القاموس المحيط (كرس).

(٣) في أ (كوماً) ، والمثبت من ب ، وانظر المبسوط للسرخسي (٢١/١٥)

(٤) «البالوعة: ثقب يُعدّ لتصريف الماء ، والجمع: بواليع». المعجم الوجيز (بُلَع).

(٥) في أ (فنصر) والمثبت من ب .

«النز - بفتح النون وكسرها - ما يتحلّب من الأرض من الماء ، وقد أنزّت الأرض: صارت ذات نَزٍّ: هو الندى السائل . انظر: المصباح ؛ مختار الصحاح (نزّ).

(٦) في ب (يحدث).

(٧) انظر: الأصل ٣٨٢/٣ .

(٨) في ب (قدمنا).

(٩) في ب (وقع).

(١٠) الظلّة - بالضم - كهيئة الصّفّة ، وجمعها ظلل وظلال ، والمقصود هنا: السقيفة ونحوها ، ومنه ظلّة =

أحدهما على تلك الظلة، وهو يستطيع أن يجعل طريقاً آخر، فأراد صاحب الممر^(١) أن يمنعه [المرور] على ظهر ظلته^(٢) لم يكن له ذلك؛ لأنَّ حُكْم العلو حُكْم السفل [إلا أن يشترط غير ذلك، وإذا كان لهم في السفل الاستطراق] فكذلك العلو لا يمنع من الاستطراق عليه.

قال: ولو أنَّ رجلين اقتسما داراً فوق الباب لأحدهما، ووقع قسم الآخر في الناحية الأخرى، و[ليس] له طريقٌ يمرّ فيه، فإنَّ أبا حنيفة قال: إن كان له موضع^(٣) يفتح فيه باباً آخر أخرجت القسمة، وأمرته أن يفتح في ذلك باباً، وإن لم يكن له في ذلك مفتاح باب، (أبطلت القسمة؛ لأنَّ هذا ضررٌ، وهذا على ما قدّمنا: إذا أمكن الذي لا باب له أن يفتح باباً)^(٤) لم يجوز أن يستطرق نصيب شريكه إلى الباب، وإن [كان]^(٥) لا موضع له وقد شرط^(٦) الحقوق، فله أن يسلك في نصيب شريكه إلى الباب، وإن لم يشترط الحقوق، فسخت القسمة على ما قدّمنا.

ولم يذكر أبو الحسن في هذا (الفصل إذا شرطت الحقوق وذكره في)^(٧) الفصل الذي قبله، وهذا محمولٌ عليه وإن سكت عنه^(٨).

= المسجد. انظر: الصحاح؛ معجم لغة الفقهاء (ظلّ).

- (١) في ب (صاحبه).
- (٢) في ب (تلك الظلة).
- (٣) (له موضع) سقطت من ب.
- (٤) ما بين القوسين سقطت من ب.
- (٥) في أ (طلب)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
- (٦) في ب (شرطت له).
- (٧) ما بين القوسين سقطت من ب.
- (٨) انظر: الأصل، ٢٧٣/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٨/٨ وما بعدها.

بَابُ قسمة غير العقارِ

قال علي بن الجعد عن أبي يوسف: إذا كانت غنمٌ بين رجلين ميراثاً أو شراءً، فأقرأ بذلك، فإنَّ أبا حنيفة قال: أقسمها بينهما وإن لم يقم بينهُ علي الميراث بعد أن يكون في أيديهما ويقرا أنه لا وارث [له] غيرهما، وكذلك قال أبو يوسف.

وكذلك الإبل والبقر والثياب المروية^(١) والهروية^(٢).

قال: وهذا علي ما قدّمنا فيها، أن العروض يخاف عليها التّوى^(٣) والتلف، فللحاكم ولايةٌ في حفظها، فإذا قسمها كان أقرب إلى حفظها؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من الورثة ينفرد بحفظ ما يحصل في يده منها؛ ولأنَّ ما سلمه إلى كلِّ واحدٍ يصير مضموناً عليه، وفي ذلك حظ للميت.

قال: فأما الثوب الواحد فلا يستقيم فيه القسمة؛ لأنّه لا ينقسم إلا بقطعه، وذلك إتلاف جزءٍ منه، وهذا فيه ضررٌ علي المتقاسمين، فلا يجوز أن يفعله القاضي، فإن تراضيا عليه لم يقسم أيضاً لما فيه من إتلاف الملك، ولكنهما يقتسمانه إن اختارا بأنفسهما.

قال: وكذلك الثوبان إذا اختلفت قيمتهما لا تستقيم القسمة، إلا أن يزداد مع

(١) نسبة إلى (مرو).

(٢) هي ثيابٌ تُحمَل من هراة. انظر: القاموس المحيط (هرو).

(٣) التّوى: الهلاك. انظر: القاموس المحيط (توي).

الأوكس^(١) دراهم مسمّاة؛ وذلك لأنّ الثوبين المختلفين لا يتعدّل أحدهما بالآخر إلا بزيادة دراهم مع الأوكس، وقد بيّنا أنّ إدخال الدراهم في القسمة لا يُجبر عليها إلا أن يتراضى^(٢) بها الخصمان، فإن تراضيا فعلها الحاكم؛ لأنّه ليس في ذلك إتلاف مالٍ لهما.

قال: وثلاثة أثواب يستقيم فيها القسمة (على ما فسّرت لك من القيمة)^(٣)، ثوبٌ بثوبين، أو ثوبٌ وربّعٌ بثوبٍ وثلاثة أرباع، أو دراهم يردّها الذي نصيبه الأفضل على صاحب الأوكس، أمّا بالدراهم فلا يصحّ إلا بالتراضي لما بيّنا، وأمّا إذا قسم على أن يصيب أحدهما ثوبٌ وربّع، والآخر ثوبٌ وثلاثة أرباع، على أن تكون الشركة في هذا الثوب بينهما، فهو جائز؛ لأنّها قسمة [في بعض]^(٤) المشترك دون بعض، ألا ترى أنّ كلّ واحدٍ منهما تفرّد بثوب، وتبقى الشركة في ثوبٍ، وذلك جائزٌ إذا لم يكن غيره^(٥).

كما لو قُسمت الضيعة وتُركت العين على الشركة أو النهر، جاز ذلك وإن كان فيه قسمة بعض الملك دون بعض، كذلك هذا.

قالوا: إن كان ثوباً، من [كلّ] ذلك صنّف أو قَبَاء^(٦) وجِبَّةٌ وقَمِيصٌ وبِسَاطٌ ووِسَادَةٌ، فإنّ هذا لا ينقسم، وكذلك شاةٌ وبعيرٌ، وبرذونٌ وحمارٌ؛ وذلك لأنّ

(١) الوُكْسُ من وَكَسَ، أي: النقص. انظر: الصحاح (وكس).

(٢) في ب (يرضى).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في أ (لم يتبعّض) والمثبت من ب.

(٥) انظر: الهداية ٤/٤٥.

(٦) القَبَاء: ثوبٌ يلبس فوق الثياب أو القميص، ويُتمنطق عليه. المعجم الوسيط (قبا).

الأجناس المختلفة لا ينقسم بعضها في بعضٍ إلا بالتراضي؛ لأن القسمة إنما هي لتمييز أحد الحقيين من الآخر، وليس بين الجنسين اختلاطٌ حتى تكون القسمة للتمييز فيها، فلم يبق إلا أن يكون معاوضةً، وذلك لا يجوز إلا بالتراضي.

قال أبو حنيفة: لا أقسم الرقيق، وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم.

لأبي حنيفة: أن تفاوت الرقيق أكثر من تفاوت الأجناس للتفاضل بين الآدميين، فكما لا يقسم أحد الجنسين في الآخر^(١)، كذلك لا يقسم الرقيق؛ ولأنّ الآدمي يظهر من نفسه خلاف ما هو عليه في الحقيقة [٤٣٨/ب]^(٢) فيتعذر مع ذلك التعديل، (والقسمة موضوعاً للتعديل)^(٣).

وجه قولهما: أنه جنسٌ واحدٌ، فيقسم بعضه في بعضٍ كالغنم والإبل.

وقد قال في الأصل: إذا كان مع الرقيق غيره، قسمته^(٤). وكان أبو بكر الرازي [يقول]: معناه قسمته بتراضيهما، وقال^(٥): لأنّ الجنسين إذا كان كل واحدٍ منهما يقسم على الانفراد، لم يقسم أحدهما في الآخر، فإذا كان أحدهما [لو] انفرد لم يقسم، فأولى بأن لا يقسم مع الآخر.

ومن أصحابنا من قال: إنّ الرقيق إذا كان معه غيره صار تبعاً في القسمة، وقد يتبع العقود ما لا يفرد، كدخول الشُّرب والطريق في البيع، فكذلك دخول

(١) (في الآخر) سقطت من ب.

(٢) الأصل أن يكون هنا الوجه [ب] من الورقة (٤٤٠)، ولكن ثمة خللٌ في ترتيب الوجوه في النسخة أ، والصواب في السياق أن يكون هنا هذا الوجه من الورقة (٤٣٨)، كما أشرنا سابقاً..

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٣٠٤/٣.

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.

العين والنهر في القسمة .

وقال في مسألة الرقيق عطفًا عليها: وكذلك اللؤلؤ واليواقيت والزمرد [والزبرجد] ، يعني أن هذه الأجناس المختلفة لا يقسم بعضها في بعضٍ كما لا يقسم سائر الأجناس ، فأما إذا انفرد جنسٌ منها ، فالتعديل فيه ممكنٌ ، فيجوز قسمته .

قال: فأما الفضة التبر^(١) ، فإنها تقسم ، والذهب التبر والحديد التبر والنحاس التبر ، ولا يقسم الآنية من ذلك ؛ لأن التبر يمكن قسمته [بالوزن]^(٢) ، فيعزل نصيب كل واحدٍ منها .

وأما الآنية ، فإن الصناعة فيها تجعلها كالأجناس المختلفة ؛ فلذلك لا يقسم بعضها في بعضٍ .

قال: ويقسم قليل الموزون والمكيل وكثيره ؛ لأن التمييز يمكن في القليل كما هو ممكنٌ في الكثير .

قال: ولا يقسم حائطٌ بين جارين ، ولا حمامٌ ، ولا حانوتٌ صغيرٌ لا ينتفع كل واحدٍ منهما بما يصيبه منه ؛ لأن الحائط لا يقسم إلا بنقضه ، وذلك إتلافٌ لملكهم ، والحمام إذا قسم استضرَّ كل واحدٍ منهما ، وكذلك الحانوت الصغير ، ومتى استضرَّ كل واحدٍ من المتقاسمين بالقسمة ، لم يكن فيها حقٌ لواحدٍ منهما ، فلا يصح مطالبته به .

فأما إذا كان الذي يصيب أحدهما من الحانوت ينتفع به ، فقد بينا الكلام

(١) «التبر: ما كان من الذهب والفضة غير مَصُوغٍ» . كما في المصباح (تبر) .

والمقصود: سبائك الذهب أو الفضة قبل ضربها نقوداً .

(٢) في أ (بالورق) والمثبت من ب .

فيه فيما مضى .

وقال أبو يوسف في قسمة العقار: لا يجعل لبعضهم طريقاً على بعض ولا مسيل ماء إذا وجد سبيلاً إلى ذلك ، ولا يضم نصيباً إلى نصيب إلا برضاً منهما ؛ لأن القسمة موضوعة للتمييز ولإزالة الشركة ، فإذا أمكن تمييز الطريق والشرب [والمسيل]^(١) لم يجز تبقيته بالشركة ، فإذا لم يمكن ذلك فلا بأس به ؛ لأن التمييز لا يمكن من [كل] وجه ، فوجب أن يميز أصل الملك وإن بقيت الشركة في الحقوق ، وأما ضم بعض الشركاء إلى نصيب بعض ، فيجوز إذا رضوا بذلك ، لأن القسمة إنما ثبتت لحقهم ، فإذا اصطح الشريكان على [ضم]^(٢) نصيبهما ، فقد اختارا تمييز نصيب بقية الشركاء ، ولم يختارا تمييز^(٣) نصيب كل واحد منهما من نصيب الآخر ، فوجب أن يترك على الشركة .

قال: وخيار [الرؤية]^(٤) ، وخيار^(٥) الشرط^(٦) ، والرد بالعيب في القسمة مثله في البيع ، لا يختلفان ، ما كان فيه خيار الرؤية في البيع فكذلك في القسمة ، [وما لم يوجب خيار الرؤية في البيع ، فهو كذلك في القسمة ، وما لم يجز في البيع فليس بجائز في القسمة] ، (وما جاز من خيار الشرط في البيع ، فهو جائز

(١) في أ (والمسلم) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٢) في أ (جميع) والمثبت من ب .

(٣) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٤) في أ (الورثة) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٥) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٦) «خيار الرؤية: هو أن يشتري ما لم يره ، ويرده بخياره» .

«خيار الشرط: أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل» . التعريفات (خيار) .

«وخيار العيب: هو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب» .

في القسمة^(١)، وما لا يوجب ردّ البيع في العيب، لا يوجب ردّ القسمة، وسواءً اقتسم الشريكان، أو قسمه الحاكم بينهما.

أما خيار الرؤية والشرط، فيصحّان في القسمة إذا كانت بتراضيهما؛ لأنها في معنى البيع، وأما إذا كانت بحكم الحاكم فلا معنى لخيار الشرط والرؤية؛ لأنّ الخيار يثبت للفسخ، فإذا تفاسخا أجبرهما القاضي على إعادة القسمة، فلم يكن في ذلك فائدة.

فأما خيار العيب، فيثبت^(٢) في القسمة بكلّ وجه؛ لأنّ القسمة موضوعاً للتعديل [فإذا ظهر العيب بنصيب أحدهما، فلم يقع التعديل من الحاكم، فوجب أن يفسخ لتحصيل التعديل] المستحقّ.

قال: وما يرجع بنقصان العيب فيه [في المبيع]، رجع بمثل ذلك في القسمة، إلا أنّه يرجع على شريكه بنصف ما نقص نصيبه ذلك العيب؛ لأنّ الردّ بالعيب واجبٌ في القسمة كما يجب في البيع، فإذا تعذّر الردّ من طريق الحكم، وجب الرجوع بنصف النقصان، وإنّما رجع بنصف النقصان؛ لأنّ ما يأخذه يأخذ بعضه بحقّ الملك، وبعضه عوضاً عمّا له في يد الآخر، فما كان من نصيب نفسه لا يرجع به، وما كان من نصيب شريكه يرجع به^(٣).



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (يسقط).

(٣) انظر: الأصل، ٣/٣٠٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٧٣/٨.



بَابُ مَا لَا يَقْسَمُ مِنَ الْعَقَارِ وَغَيْرِهِ



قال أبو الحسن: قال محمدٌ في الأصل: قال أبو حنيفة: لا أقسم الحائط، ولا الحمام، وكذلك البيت الصغير إذا لم يصب واحداً [منهم] ما ينتفع به، وقد بيّنا ذلك^(١).

قال: ولو كان بيتٌ بين رجلين في أرض رجلٍ قد بنيا فيها بإذنه، ثم أرادا أن يقسما البيت وأن يهدماه، وصاحب الأرض غائبٌ، فلهما ذلك، وأن يهدماه إن اتفقا^(٢) على ذلك، فإن أبى أحدهما لم يُجبر على قسمته، فإن أخرجهما صاحب الأرض هدماه؛ وذلك لأنّ البناء لو قسم كان لكل واحدٍ من المتقاسمين منع الآخر من بقية ما أصابه، ألا ترى أنّ الأرض مستعارةٌ لهما أو مستأجرةٌ، وكلّ جزءٍ منها حقهما، ولأحدهما^(٣) أن يمنع الآخر من الانفراد بها، فصارت القسمة تؤدي [إلى] نقض البناء، وذلك ضررٌ على الشريكين، فلا يجوز إلا بتراضيهما^(٤).

فأمّا إذا أخرجهما صاحب الأرض، فالنقض واجبٌ، وذلك لأنه ملكٌ مشترك يمكن فيه القسمة، فوجب أن يقسم.

وقال أبو حنيفة: إذا اجتمع صاحبا الحائط على قسّمته قسّمته، وكذلك

(١) انظر: الأصل ٢٧٥/٣.

(٢) في ب (اجتمعا).

(٣) في ب (ولكل واحدٍ منهما).

(٤) انظر: المصدر السابق ٢٧٥/١.

الحمام؛ لأن هذه القسمة فيها ضررٌ عليهما، ولهما فيها منفعةٌ، ألا ترى أن كل واحدٍ منهما يجوز أن يتخذ من نصيبه من الحمام بيتاً، وإذا كان لهما [فيه] ضربٌ من المنفعة، جاز أن يقسم^(١).

فأما الحائط فيجب أن يكون محمولاً على أنهما اقتسماه، فأخذ هذا طائفةً منه، والآخر مثلها، فيجوز كالحمام، وأما إذا أراد نقضه وقسمة آتته، فيجب أن لا يتولى الحاكم [ذلك]، ويتركهما وما اختارا؛ لما فيه من الإتلاف بالنقض.

قال أبو حنيفة^(٢): إذا كان طريقٌ بين قومٍ، إذا اقتسموه كان لكل قومٍ طريقٌ نافذٌ، فإنني أقسم ذلك بينهم إذا طلب واحدٌ منهم وإن أبى الآخر، وإن كان بعضهم لا يجد طريقاً، لم أقسم ذلك بينهم إلا أن يتراضوا؛ لأن كل واحدٍ منهم إذا أصابه ما يمكن الاستطراق فيه، فهذا ملكٌ مشترك لا ضرر في قسمته، فإن كان لا يصيبه ما يستطرق فيه، فالقسمة فيها ضررٌ، فلا يجوز إلا بالتراضي كالحمام.

قال: وإن كان طريقٌ بين رجلين لو اقتسماه لم يكن لواحدٍ^(٣) منهما فيه ممرٌ، وكل واحدٍ منهما يقدر أن يفتح من منزله باباً ويجعل طريقه من وجهٍ آخر، فأراد أحدهما قسمته، وأبى الآخر، فإنني أقسم بينهما [٤٣٩/أ]؛ وذلك لأن الضرر في الطريق إنما هو لبطلان الاستطراق، فإذا أمكن كل واحدٍ منهما أن يستطرق من جهةٍ أخرى، ولم يستضرر بقسمته هذا الطريق، فوجب أن يقسم.

قال: وإذا كان مسيل ماءً بين رجلين، فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر، فإن كان له موضعٌ يسيل فيه [ماؤه] سوى هذا، قسمته بينهما، وإن لم يكن له

(١) انظر: الأصل، ٣/٣٢٥، ٣٢٦.

(٢) في ب (أبو يوسف).

(٣) في ب (لكل واحد).



موضعٌ إلا بضررٍ لم أقسمه ، وهذا على ما بيناه في الطريق .

قال: وإن كان زرعٌ بين رجلين في أرضٍ ، [والأرض] لغيرهم ، وأرادا قسمة الزرع دون الأرض ، وقد بلغ [وسنبل] ^(١) ، لم أقسمه حتى يحصد ، فأقسمه بالكيل ؛ لأنه إذا بلغ دَخَله الربا ، فالقسمة [فيها يدخله] ^(٢) الربا لا تجوز مجازفةً ، وقسمته قبل الحصاد مجازفةً فيه رباً ، فلم يجز .

وإن كان الزرع بقللاً لم أقسمه ؛ لأنه إذا قسم من غير قطع ، فلكل واحدٍ منهما منع الآخر [من] تبقية ما أصابه من الزرع لشريكه في موضعه ، فصار في القسمة ضررٌ على الشريكين ، وإن قطعه القاضي ثم قسمه ، ففي قطعه ضررٌ عليهما ؛ وذلك لا يجوز إلا بالتراضي .

(قال: وكذلك الزرع بين رجلين في أرضٍ) ^(٣) لغيرهما ؛ لأنهما إما أن يكونا استأجرا ، أو استعارا ، [وأيهما كان] فإذا قسم الزرع فلكل واحدٍ منهما منع الآخر من تبقية نصيبه ، فيدخل عليهما الضرر .

قال: وكذلك طلعٌ بين قوم أرادوا قسمة الطلع دون النخل ودون الأرض ، فإن اقتسموه وشرطوا تركه ، فإن ذلك فاسدٌ ، وإن اقتسموا على أن يقطع كل واحدٍ منهما ما أصابه ، فهو جائزٌ ؛ لأنهما إذا شرطا التبقية ، فقد شرط كل واحدٍ منهما في القسمة الانتفاع بملك شريكه ، وذلك لا يجوز ، وإن شرطا القطع ، فقد رضيا بإدخال الضرر عليهما ، فيجوز .

(١) في أ (وسمن) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٢) في أ (فيها) والمثبت من ب .

(٣) بدل ما بين القوسين في ب (لأن الأرض إذا كانت) .

قال: وإن استأذن رجل^(١) منهم أصحابه بعد القسمة في ترك ما أصابه، فأذنوا له في ذلك، فأدرك وبلغ، فإن الفضل له طيبٌ؛ وذلك لأنه لما حصل بإذنهم، فقد حصل له النماء من غير وجهٍ محظورٍ، فيطيب، وإن تركه بغير إذنهم تصدَّق بالفضل؛ لأنه حصل له من وجهٍ محظورٍ.

قال: وإن كان ثوبٌ بين رجلين، أراد أحدهما قسمته وأن يشق نصيبه منه وأبى الآخر، لم أجبره على ذلك، ولم أقسمه بينهما، وكذلك السيف والخاتم والإناء الفضة والذهب^(٢)، والشَّبه^(٣) والصُّفْر^(٤)؛ وذلك لأنَّ القسمة لا تمكن إلا بإتلاف جزءٍ منه بالقطع، فلا يجوز للحاكم أن يتولَّى ذلك، وإن تراضيا فإنما يتولَّىان ذلك بأنفسهما^(٥).

قال: وإن أوصى رجلٌ بصوفٍ على ظهر غنمٍ بين رجلين، فأرادا قسمة ذلك قبل أن يجرَّ، لم يقسم، وكذلك اللبن في ضروعها، وأولادها^(٦) في بطونها؛ لأنَّ الصوف واللبن يدخلهما الربا، فلا يجوز القسمة فيهما إلا بكيلٍ أو وزنٍ، وذلك لا يمكن مع اتصاله بالأصل، فأما الأولاد، فلا يمكن التعديل فيهم قبل الانفصال، والقسمة موضوعةٌ للتعديل.

قال: فإن كان ساجةً^(٧)، أو خشبةً، أو باباً، أو رحاً، أو دابةً، أو بعيراً بين

(١) في ب (كل واحدٍ منهم).

(٢) في ب (فضة كان أو ذهباً).

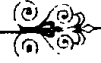
(٣) (الشبه: النحاس الأصفر). القاموس المحيط (شبه)

(٤) (الصُّفْر: بالضم، من النحاس، وصانعه الصفار). القاموس المحيط (صفر)

(٥) انظر: الأصل ٣/٣٠٧.

(٦) في ب (والأولاد).

(٧) (الساج - بتخفيف الجيم - نوعٌ من الخشب، وهو من أجوده، والواحدة منه ساجةٌ، وجمعه السيجان). تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٣/١٥٠)، دار الفكر، ط ١٩٩٦ م



رجلين ، فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر ، فإن هذا لا يقسم ، وكذلك اللؤلؤة والياقوتة والفص بين اثنين ؛ لأن القسمة في هذا لا يمكن إلا بالقطع ، وفي ذلك ضررٌ عليهما ، فلا يجوز .

[قال: وإن كان لؤلؤاً أو ياقوتاً قسمته ؛ لأن التعديل في ذلك ممكنٌ من غير ضررٍ].

قال: وإن كان رحل^(١) بين رجلين ، أو جوالق ، أو بساط ، أو شق محمل ، فإنني لا أقسمه ؛ لما في ذلك من الضرر عليهما جميعاً^(٢) .

فإن كانت جُبنة^(٣) بين رجلين ، فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر ، فإن كان في قطعها ضررٌ [على أحدهما لم أقسمها ، وإن لم يكن ضررٌ قسمتها ، وإن كان جنباً كثيراً قسمته بينهما ، وكذلك المصل والبيض والجوز ، وإن أبى بعضهم ذلك ، وكذلك الثياب المروية والهروية والإبل والبقر والغنم والخيل والحمير ، أما الجبنة الواحدة فإن كان في قطعها ضررٌ] ، فهي كالثوب الواحد ، وإن كان جنباً كثيراً فالتعديل يمكن من غير ضررٍ .

قال: وكذلك نُقرّة^(٤) فضةٍ أو ذهبٍ ، وكل ما يوزن من القطن^(٥) والأدهان ؛ لما بيّنا .

وكذلك علو بين رجلين ، يصيب كل واحدٍ منهما ما ينتفع به ، والسفل

(١) في ب (حبل) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) «الجُبنة: القرص من الجُبْن» . المغرب (جبن) .

(٤) «والنُقْرَةُ: القطعة المذابة من الفضة ، وقبل الذوب: هي تبر» . المصباح (نقر) .

(٥) في ب (العطر) .

لغيرهما ، وكذلك سفلاً بين رجلين علوه لغيرهما ؛ لأنّ القسمة ممكنة في العلو كما يمكن في السفل ، فجازت في (١) كلّ واحدٍ منهما .

وكذلك اللحم بين رجلين ، والزيت ، والسمن ، والخلّ ، والأشربة ، والماء [في الإناء] ؛ لأنّ التعديل في جميع ذلك ممكنٌ .

قال : فإن كانت بئرٌ بين رجلين (٢) ، أو عينٌ ، أو قناةٌ ، أو نهرٌ ، وليس لهم معه أرضٌ ، فإن أراد (٣) أحدهما القسمة وأبى الآخر ، فإنّي لا أقسم ذلك بينهما ؛ لأنّ القسمة في البئر والنهر تبطل المقصود لهما ، وتدخل الضرر على كلّ واحدٍ من الشريكين ، فلم يجز .

قال : فإن كان مع ذلك أرضٌ ليس لها شربٌ إلا من ذلك ، قسمت الأرض بينهما وإن أبى أحدهما (٤) ، وتركت القناة والنهر والبئر والعين لكلّ واحدٍ [منهما] شربه منها ؛ لأنّ الأرض يمكن قسمتها بغير ضررٍ ، والبئر والنهر لا يمكن ذلك فيهما ، فتركا على الشركة .

قال : فإن كان كلّ واحدٍ منهما يقدر أن يجعل [لأرضه] (٥) شرباً من مكان الآخر ، وكانت أنهار الأرضين متفرقةً ، أو عيوناً متفرقةً ، [أو آباراً] (٦) ، قسمت ذلك كلّ بينهما ، العيون والآبار والأرضين ؛ لأنّه يمكن أن يفرد كلّ واحدٍ ببئر

(١) في أ (في إناء) .

(٢) في ب (اثنين) .

(٣) في ب (فأراد) .

(٤) في ب (أحد منهما) .

(٥) في أ (الأرض) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٦) في أ (إذا كان) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .



ماء^(١) أو نهرٍ ، فلا يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر .

قال: وإذا كان سرجٌ ، أو درع حديدٍ ، أو مصحفٌ ، أو فرسٌ ، أو قميصٌ ، أو جبّةٌ ، أو طيلسان ، أو فراشٌ ، أو وسادة^(٢) ، أو بساطٌ ، أو فسطاطٌ بين رجلين ، أراد أحدهما قسمته وأبى الآخر ، فإنّي لا أقسمه ؛ لأنّ القسمة فيها ضررٌ على المتقاسمين جميعاً ، فلا يجوز للحاكم أن يفعلها بطلب أحدهما .

وقال أبو حنيفة: لا أجبر واحداً منهما على أن يبيع نصيبه من شيءٍ ممّا سمّينا ، فإن أراد أحدهما البيع وأبى الآخر ، فإنّه لا يجبر على البيع ، ويقال للآخر: بع نصيبك إن شئت أو دَع .

وقال مالكٌ فيما لا يمكن قسمته: إذا اختصم^(٣) فيه الشريكان باعه الحاكم وقسم ثمنه بينهما .

[وهذا فاسدٌ] ؛ لأنّ البيع من غير رضا حَجْرٌ ، وليس من أصلنا الحجر على البائع العاقل الحرّ ؛ ولأنّ في البيع إزالة ملك المالك بغير رضاه ، وذلك غير مستحقّ بالشركة ؛ بدلالة ما يمكن فيه القسمة ؛ ولأنّ كلّ واحدٍ منهما [يقدر] على بيع نصيبه على الانفراد ، وإنّما يستضرّ ؛ لأنّ الثمن يقلّ لأجل الشركة ، ومَنْ لم يملك إلا نصيباً مشتركاً لا يجوز أن يجبر الآخر على البيع [لينتفع من]^(٤) نصيب شريكه^(٥) . [والله أعلم] .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) (أو وسادة) سقطت من ب .

(٣) في ب (اختلف) .

(٤) ما بين المعقوفين سقطت من ب ، وصورتها في أ غير واضحة ، وهي أقرب ما تكون لما أثبت ، والسياق يقتضيه .

(٥) انظر: الأصل ، ٣/٣٢٥ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ، ٨/٤٦٧ .

بَاب الدار فيها الطريق لغير أهلها

—•••••—

قال أبو حنيفة: إذا كانت الدار بين رجلين فأرادا قسمتها وفيها طريق لغيرها، فأراد صاحب الطريق أن [ب/٤٤٠] يمنعها من القسمة، فليس له ذلك، ويترك الطريق عرضة عرض [باب] (١) الدار [الأعظم] (٢) وطوله من باب الدار [إلى باب] الذي له الطريق، ويُقسَم بقية الدار [بين الرجلين] على حقوقهما، ويترك هذا الطريق بينهما نصفين، ولصاحب الطريق ممره في ذلك، وليس له قسمة هذا الطريق إذا أسخط ذلك بعضهم إلا أن يتراضوا جميعاً، وإنما لم يكن لصاحب الطريق منع القسمة؛ لأنه لا حق له إلا في مقدار ما يجتاز فيه، وما سوى ذلك لهما (٣) لا حق له [فيه]، فيجوز قسمته (٤).

و[قد] قالوا في الساحة: إذا كان فيها طريق لغير أهلها، فأرادوا أن يبنوا فيها، فليس لصاحب الطريق منعهم من البناء، ولكن يترك مقدار ما يجتاز فيه، ويقال لهم: ابنوا الباقي، وكذلك هذا (٥).

[وكان ما] (٦) بقي [من] الطريق بين الشريكين نصفين؛ لأن ملك البقعة

(١) في أ (ثلث)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٢) في أ (إلا عرضه)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) في ب (ملكهما).

(٤) انظر: الأصل ٣/٣٣٢.

(٥) في ب (ها هنا).

(٦) في أ (وإنما)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

كان نصفين ، ولصاحب الطريق حق الاجتياز ، فإذا بقي ذلك لم يقسم ، وبقي على ما كان عليه .

وإنما جعل عَرَضُ الطريق على عَرَضِ باب الدار ؛ لأنه يحتاج إليه للاجتياز من الباب ، فما زاد على عرض الباب لا تدعو الحاجة إليه^(١) .

والذي روي عن النبي ﷺ أنه قال : «اذرعوا سبعة أذرع للطريق ، فابنوا ما سوى ذلك»^(٢) ، فإنما قاله في الأرض [المحياة]^(٣) ترفع [فيها] الطريق للمارة ، فيرفع لهم ما يحتاجون إليه حتى لا يضرّ بمحبي الأرض ، وأمّا في مسألتنا ، فالحاجة تدعو إلى الاجتياز ، وذلك مقدار الباب .

وأما قوله : إن هذا الطريق لا يقسم [إلا] بالتراضي ؛ فلأنّ في قسمته ضرراً ، وهو إسقاط حقّ [الاستطراق]^(٤) ، ولا يجوز إلا برضا صاحب الطريق .

قال : فإن باعوا هذه الدار وهذه الطريق برضاهم جميعاً ، اقتسموا الثمن ، فيضرب فيه صاحب الأصل^(٥) بثلثي الثمن^(٦) ، ويضرب فيه صاحب الممر بالثلث ، وكذلك إن كان في الدار مسيل ماء^(٧) ، وهذا محمولٌ على أنّ صاحب

(١) انظر: الأصل ٣/٣٣٣ .

(٢) رواه البخاري (٢٣٤١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) في أ (المجتازة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب لما في آخر العبارة (بمحي الأرض) .

(٤) في أ (الطريق) والمثبت من ب .

(٥) في الأصل : (يضرب فيها أصحاب الأصل بثلثي الطريق) ، ٣/٣٣٢ .

(٦) في ب (الطريق) .

(٧) أي : مسيل ماء «لرجل» ، فأراد أصحاب الدار قسمتها ، ومنعهم صاحب المسيل القسمة ، فليس له

ذلك ، وتترك له مسيله ، ويقسمون ما بقي من الدار بينهم على حقوقهم . كما في الأصل ٣/٣٣٢ .

الاجتياز له [ملك] ^(١) في نفس البقعة ، فيساوي الشريكين فيها ، فكانت بينهم أثلاثاً ، فيقسم الثمن على ذلك .

وأما إذا كان ملك البقعة للشريكين ، وللآخر حق الاجتياز ، فباعاها بإذنه ، فكان أبو الحسن يقول: الثمن لهما ، وقد سقط حق صاحب الاجتياز ؛ لأنه حق لا يجوز أخذ العوض عليه ، ألا ترى أن بيع الطريق لا يصح ، فلما أذن لهما في البيع أسقط الحق الثابت له ، ولا عوض ، فسقط حقه بغير شيء .

وقد روي عن محمد أنه قال: يضرب كل واحدٍ منهما بحقه من البقعة ، ويضرب صاحب الطريق بحق الاستطراق ؛ لأن الحق متعلق بالبقعة على وجه التأييد ، فصار [كملك] ^(٢) جزء منها ، ومعنى هذا أن الأرض التي لا طريق فيها لها قيمة ، فإذا كان فيها طريق لغير أهلها نقصت قيمتها ، فيضرب صاحب الطريق بفضل القيمة [بين] ^(٣) الأرض إذا لم يكن فيها طريق ، وبينها إذا كان فيها طريق ، ويضرب كل واحدٍ من الشريكين بنصف قيمة البقعة إذا كان فيها طريق ، ويقتسمون على ذلك .

قال: وإذا كانت الدار فيها طريق لرجل ، وفيها طريق لآخر من [ناحية] ^(٤) أخرى ، فليس لهما [أيضاً] أن يمنعا القسمة ، ويعزل لهما طريق واحد عرضه عرض باب الدار إلى باب كل واحدٍ منهما ، ويقسم باقي الدار بين أهلها ؛ وذلك لأن صاحب الطريق لا يتعلق حقه بكل البقعة ، وإنما يتعلق بقدر ما يستطرق فيه ،

(١) في أ (ذلك) ، والمثبت من ب ، السياق يقتضيه .

(٢) في أ (كل) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٣) في أ (من) ، والمثبت من ب .

(٤) في أ (ساحة) والمثبت من ب .

ويمكن أن يستطرقا بقعةً واحدةً إلى حيث يختلف أبوابها، ثم ينفرد كل واحدٍ منهما بطريقٍ، فلم يجر أن يجعل لكل واحدٍ منهما طريقاً مفرداً؛ لِمَا في ذلك من الضرر بصاحب الدار، فيجعل لهما طريقاً واحداً، ويقسم باقي الدار.

قال: ولو كان لرجل صُفَّةٌ^(١) في دارٍ، وطريقٌ إلى باب الدار، وما بقي بين الورثة، فأرادوا قسمتها، كان لهم ذلك، ورفع الطريق قدر عرض باب الدار إلى باب الصُفَّةِ، وتكون ما بقي من الدار بعد الصفة والطريق يقسم بين أهل الدار على المواريث.

فإن كان باب الصفة أعرض من باب الدار، فأراد صاحب الطريق أن يكون عرض الطريق عرض باب الصفة، فليس له ذلك، ولكن الطريق عرضه عرض باب الدار؛ لأن الطريق إذا كان أعرض من باب الدار، لم يمكن أن يجتاز فيه ما يزيد عرضه على عرض الباب، فلا فائدة في الزيادة.

فإن أراد صاحب هذا المنزل أن يفتح في هذا الطريق باباً آخر^(٢)، كان له ذلك، وليس يستحق ببايين وثلاثة من الطريق إلا ما يستحق بواحدٍ؛ وذلك لأن فتحه الباب في حائطه إلى الطريق ليس بأكثر من رفع حائطه، ولو رفع حائطه جاز، فكذلك إذا فتح فيه باباً.

قال: ولو كان هذا المنزل بين رجلين قسماه بينهما، وجعل كل واحدٍ منهما طريقاً على حدة في هذا الطريق، كان جائزاً، وكان ذلك لهما، ولا يمنعهما [من] ذلك أهل الطريق؛ لما بيننا أن فتح الباب تصرّف في حائطه على ملكه، واستطراقهما

(١) «الصُفَّةُ من البيت، جمعها صُفْفٌ»، والمقصود بها هنا: المكان المظلل. انظر: المصباح (صفف).

(٢) هنا في أفقط زيادة (ثلاثاً)، والسياق يدل أنها زائدة.

من بابين كاستطراقهما من بابٍ واحدٍ .

قال: ولو كان صاحب المنزل واحداً، واشترى داراً من وراء هذا المنزل، وفتحها إلى هذا المنزل وهذا الطريق، فإن أبا حنيفة قال: إن كان ساكن الدار والمنزل واحداً، فله أن يمر في الدار وفي المنزل وفي الطريق الموضوعة^(١) بينهما، وإن كان للدار ساكنٌ وللمنزل ساكنٌ، فليس [لصاحب] الدار أن يمر في الطريق؛ وذلك لأن الساكن إذا كان واحداً فهو يستطرق من الدار إلى المنزل، وليس لأهل الطريق منع ذلك، ثم يستطرق من المنزل إلى الطريق كما كان يستطرق قبل فتح الدار.

وإذا كان [الساكن] في الدار آخر، فليس له الاستطراق إلى المنزل، وإنما هو يستطرق من الدار إلى الطريق، ولا حق لتلك الدار في هذا الطريق.

قال: ولو اختصم أهل الطريق في الطريق، وادّعى كل واحدٍ منهم أنه له، فإن أبا حنيفة قال: هو بينهم^(٢) بالسوية، ولا يُجعل [بينهم] على قدر ما في أيديهم من ذرع الدار والمنزل؛ لأنهم تساوا في التصرف فيه بالاستطراق، فتساوا في استحقاقه؛ ولأن الاستطراق من الذرع الكثير كالاستطراق من الذرع اليسير؛ فلهذا جوّزنا لصاحب المنزل أن يفتح إليه [باباً]^(٣) ويستطرق منه؛ لأنه لا يزيد حقه في الطريق، وإن استطرق من ذرع كثير.

وقالوا: إذا اختلف الساكنان في الدار [والمنزل]، لم يجز؛ لأنهما إذا

(١) في ب (المرفوع).

(٢) هنا في أ فقط زيادة (ثلاثاً) والسياق يدل على أنها زائدة.

(٣) في أ (داراً) والمثبت من ب.

استطرقا استحقَّ كلُّ واحدٍ منهما حقًّا من الطريق بتصرفه ، فأضّر ذلك بأهل الطريق .
قال: ولو عُرِفَ أصل^(١) الطريق كيف كان بينهم ، جعلته على ذلك ؛ لأنَّ
الحكم بالتساوي في التصرف بالظاهر ، فإذا عرف باطن الملك بخلاف الظاهر ،
وجب أن يُحكَمَ به .

قال: فإن كانت الدار لرجلٍ واحدٍ فيها طريقٌ لآخر ، فمات صاحب الدار ،
فورثها ورثته فاققسموا [الدار] بينهم ، ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ، ثم
باعوه وأرادوا قسمة ثمنه ، فلصاحب الطريق نصفه ، وللورثة نصفه . [٤٤١/أ]

وإن لم يُعَرَفَ أنَّ الدار كانت بينهم ميراثاً ، وجحدوا ذلك ، فإنَّ الطريق
بينهم على قدر أرباب الأنصباء ، وإن كانوا أربعة وصاحب الطريق واحداً ، فهو
بينهم أخماساً ؛ وذلك لأنَّهم إذا^(٢) ورثوا الدار من واحدٍ ، فالورثة تقوم مقامه في
الاستحقاق ، فكأنه حضر وخاصم صاحب الطريق ، فيضرب له بسهم (ولصاحب
الطريق بسهم)^(٣) ، وتستحقُّ الورثة ما كان للميت من ذلك .

وأما إذا لم يُعلم أنها ميراث ، فلكلِّ واحدٍ منهم قد ثبت له حقُّ الاستطراق
كما يثبت للآخر ، والتساوي في التصرف يوجب التساوي في الاستحقاق .

قال: فإذا قسم القوم داراً فيها كنيف شارع على الطريق العظمى أو ظلَّةً على
الطريق العظمى ، فليس يحتسب ذرع^(٤) الظلَّة ولا الكنيف من ذرع الدار ، ولو
كان ذلك على طريق غير نافذٍ كان ذرعه يحتسب من ذرع الدار ؛ وذلك لأنَّ

(١) في ب (أهل) .

(٢) في ب (لما) .

(٣) فيما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

الكنيف والظلة إذا كانت على الطريق ، فوضعها ليس بحق ثابت ، ألا ترى أن عند أبي حنيفة: لكل واحد من المسلمين الخصومة في إزالتها ، وعند أبي يوسف ومحمد: وإن لم يكن لهم الخصومة إذا لم يضر فلا ملك لصاحبها في البقعة ، فلم يكن لصاحب الدار فيها حق إلا بالقبض^(١) ، فوجب أن يحتسب بقيمة ذلك في القسمة دون الذرع .

وأما إذا كانت على طريق غير نافذ ، فهي موضوعة لحق واجب ؛ بدلالة أنه ليس لأحد قلعها ، فصارت كعلو الدار ، فتحسب بذرعها .

وقد قال أبو حنيفة: إنه يحسب في القسمة كل ذراع من السفلى الذي لا علو له [بذراعين]^(٢) من العلو الذي لا سفلى له .

وقال أبو يوسف: كل ذراع من السفلى بذراع من العلو^(٣) .

وقال محمد: يقسم على القيمة دون الذرع .

وأصحابنا يقولون: إنما أوجب^(٤) أبو حنيفة على العادة التي عرفها بالكوفة من اختيارهم السفلى على العلو ، وأجاب محمد على حكم سائر البلاد .

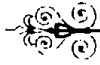
لأبي حنيفة: أن السفلى له منفعتان: منفعة السكنى و[منفعة] البناء ، والعلو له منفعة واحدة ، وهو السكنى دون البناء ؛ لأن من أصله أن صاحب العلو لا يبنى

(١) في ب (النقض) .

(٢) في أ (بذراع) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق ؛ إذ لو كانت العبارة (بذراع) ، لكان موافقاً لقول أبي يوسف بعد ، ولما فصل عنه . انظر: الأصل ، ٢٧٨/٣ .

(٣) ذكر في الأصل بطريقة أخرى: «وقال أبو يوسف: يحسب العلو بالنصف ، والسفلى بالنصف ، يُنظر كم جملة ذراع كل واحد منهما ، فيطرح النصف من ذلك» . ٢٧٨/٣ .

(٤) في ب (أجاب) .



إلا برضا صاحبِ السفلى ؛ ولذلك جعل الذراع من السفلى بذراعين من العلو ، حتى يكون منفعتان بإزاء منفعتين .

وأما أبو يوسف فيقول: إن صاحب العلو يسكن ويبنى ، وصاحب السفلى يسكن ويبنى ، فتساويا في الانتفاع ، وكذلك في ذراع القسمة .

فأما محمد فقال: إن من البلاد ما يفضل العلو على السفلى ، كمكة وما والاها ، ومنها ما يفضل السفلى على العلو كبغداد والكوفة ، فوجب أن يعتبر في كل واحدٍ منهما بالعادة فيه .

والعمل في هذه المسألة على قول محمدٍ ؛ لاختلاف حال البلاد في ذلك ، فعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا زرعت مائة ذراعٍ من السفلى [الذي] له العلو ، ومائة ذراعٍ من السفلى الذي لا علو له ، حسبتهما بستة وستين ذراعاً وثلثين ؛ لأن العلو عنده بنصف السفلى ، فسقط من ذراع السفلى المنفرد الثلث ، ثم يذرع العلو الذي لا سفلى له ، فإذا كان مائة ذراعٍ حسبته بثلاثة وثلاثين وثلث ؛ لأن العلو المنفرد له منفعةٌ واحدةٌ ، والسفلى مع علوه ثلاث منافع ، فجعل هذا على الثلث من ذلك .

وقال أبو يوسف: إذا زرعت مائة ذراعٍ من السفلى الذي لا علو له ، جعلتها خمسين ذراعاً من السفلى والعلو ، فكذلك العلو المنفرد .

قال ابن الوليد: وكنت أنظر إلى المواضع التي [يتفاضل فيها السفلى والعلو] ^(١) ، فأقومه على قدر ذلك ، وقد رأيت أصحابنا يستحسنون ذلك ، وهذا على قول محمدٍ ^(٢) .

(١) في أ (التي تتفاضل فيها السفلى وتتفاضل فيها العلو) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح في العبارة ، لأن المسألة في التفاضل بين السفلى والعلو ، لا في تفاضل السفلى بعضه على بعض .

(٢) انظر: الأصل ، ٣٣١/٣ وما بعدها .



بَابُ دَعْوَى الْغُلْطِ فِي الْقِسْمَةِ



قال محمدٌ: وإذا اقتسم القوم داراً، وقبض كل واحدٍ منهم حقه من ذلك (١)، ثم ادعى أحدهم غلطاً، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك: لا تعاد القسمة، ولكنه يسأل البيّنة على الغلط، فإن أقام البيّنة على ذلك، أعدت القسمة فيما بينهم حتى يستوفي كل ذي حقّ حقه؛ وذلك لأن مدعي الغلط يدعي حقّ الفسخ في عقدٍ قد عقده، فلا يُلتفت إلى دعواه إلا ببيّنة، كما لو ادعى المشتري غشاً (٢) في المبيع، فإذا ثبت الغلط في القسمة بالبيّنة، استؤنفت القسمة؛ لأنها للتعديل، وقد تبينا أنّ القاضي لم يعدل، فوجب أن يستأنفها على العدل، فإن لم تقم بيّنة فأراد المدعي للغلط استحلاف [الباقيين] (٣) فله ذلك؛ لأنه يدعي حقّ الفسخ عليهم، فهو كما لو ادعى الخيار، فمن حلف منهم لم يكن عليه سبيلٌ؛ لأنّ اليمين تقطع الخصومة، فإن نكل الآخر نظرت إلى حصة الذي نكل، (وقضيت للذي) (٤) ادعى الغلط، فقسمت بينهما على قدر أنصباؤهما؛ وذلك لأنّ الناكل كالمعترف بما ادّعى عليه، واعترافه يلزمه في نفسه، ولا يلزم بقيّة الشركاء، فوجب أن يُعامل في حقّ نفسه بما يُعامل به لو لم يكن غيره، فيجمع نصيبه إلى نصيب المدعي، ويقتسمان على قدر حقّهما في الأصل.

(١) في ب (منها).

(٢) في ب (عياً).

(٣) في أ (الناس)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٤) في ب (ونصيب الذي).

قال (١): وإن ادّعى أحدهما الغلط بعد القسمة والقبض ، فهو مثل ذلك ، ولا يعاد ذرعٌ ولا مساحةٌ ولا كيلٌ ولا وزنٌ ، يعني: إذا لم تقم البيّنة ؛ لأنّ العقد قد تمّ بالتقابض ، فلا يلتفت إلى دعوى الفسخ بغير بيّنة .

قال: وإذا قسم الرجلان دارين ، فأخذ أحدهما داراً والآخر داراً ، ثم ادّعى أحدهما غلطاً وأقام البيّنة (٢) ، فإنّه يُقضى له بذلك الذرع ، ولا تعاد القسمة ، وليس هذا كالدار الواحدة .

وأما في قياس قول أبي حنيفة: فالقسمة فاسدةٌ ، و[الداران] (٣) بينهما نصفان ، وهذا فرعٌ على اختلافهم في بيع أذرعٍ من دارٍ .
قال أبو حنيفة: لا يصحّ ، وقال (٤): يصحّ .

فعلى أصل أبي حنيفة: لو لم تنتقض القسمة لرجع بأذرعٍ من الدار الأخرى ، وتمليك ذراعٍ من دارٍ عنده لا يجوز؛ ولأنّ الدارين لا يقسم بعضها في بعضٍ عنده إلا بالتراضي ، فقسمتها في معنى البيع ، والبيع على هذا الوجه لا يصحّ .

فأمّا على قولهما: فهذه القسمة فيها معنى البيع ؛ بدلالة أنّ القاضي لا يقسمها إلا إذا كان ذلك أصلح (٥) للشركاء ، فلم يكن قسمةً محضّةً ، وإذا صارت في معنى البيع ، لم ينقض بالغلط ، فوجب استيفاء الزيادة من الدار الأخرى ، وذلك (عندهما لا يفسد البيع ؛ لأنّ بيع الذراع من الدار جائزٌ ، فكذلك القسمة ،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (وجاء بالبيّنة) .

(٣) في أ (الدار) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب ؛ فالكلام عن قسمة دارين لا داراً واحدة .

(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٥) في ب (صلح) .

وليس هذا عندهما كالدار الواحدة^(١)؛ لأن الغلط في الذرع إذا [بان]^(٢) فيها وجب الرجوع بأذرع من إحدى الحصتين^(٣)، فبقى الشركة بحالها، وليس فيها معنى البيع، فوجب أن ينقض فيستأنف على الوجه الجائز.

قال: وإذا اقتسم الرجلان أقرحة^(٤)، فأصاب أحدهما قراحان، وأصاب الآخر أربعة أقرحة، ثم ادعى صاحب القراحين أحد الأقرحة [ب/٤٤١] التي في يد صاحب الأربعة، وأقام البيّنة أنه أصابه في قسمته، فإنه يُقضى له بذلك؛ لأنه يدعي أنه لم يستوف ما أصابه بالقسمة، فوجب أن يُقضى له بتسليم ما أصابه.

قال: وإذا اقتسم رجلان عشرة أثواب، فأخذ أحدهما أربعة، والآخر ستة، فادعى صاحب الأربعة ثوباً بعينه أصابه من القسمة، وأقام على ذلك بيّنة، فإنه يُقضى له به على ما قدّمنا، فإن لم يكن^(٥) له بيّنة، كان له أن يستحلف الذي في يده الثوب؛ وذلك لأنه يدعي حقاً في يده.

قال: فإن أقام البيّنة كلّ واحدٍ منهما بقسمتهما^(٦) على هذا الثوب أنه أصابه، [فإنه] يُقضى به لصاحب الأربعة؛ وذلك لأنه خارج، فبيّنته أولى من بيّنة صاحب اليد.

قال: وإذا اقتسم رجلان مائة شاة، فأصاب أحدهما خمس وخمسون،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (زال)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) في ب (الخصمين).

(٤) الأقرحة جمع القراح والقريح، الأرض التي لا ماء بها ولا شجر، أو المُخلّصة للزرع والغرس. انظر: القاموس المحيط (قرح).

(٥) في ب (نقم).

(٦) في ب (يقيمها).

وأصاب الآخر خمساً وأربعون، ثم ادّعى صاحب الأوكس أنه غلط في القسمة، وقال: أخطأنا في تقويمها، فإنه لا تعاد القسمة، ولا تُقبل منه في ذلك بيّنة، فإن قال: أخطأنا في العدّ، فأصاب كلّ واحدٍ منا خمسون شاةً، وهذه الخمس كانت منّا غلطاً، وقال الآخر: قد اقتسمنا على هذا، وليس بينهما بيّنة، والغنم قائمةٌ بعينها، [فإنّهما] يتحالفان ويتراذان، فإن أقام كلّ واحدٍ منهما بيّنةً على ذلك، رددت القسمة.

قال: وجملة هذا: أن المدّعي للغلط في القيمة لا يلتفت إلى دعواه، ولا تسمع بيّنته^(١)؛ لأنه قد تمّ العقد، ثم ادّعى فساده، فلا يُقبل منه^(٢)؛ ولأنّ القيمة تختلف بحسب الاجتهاد والأوقات، فإذا مضت القسمة عليها لم تُقبل البيّنة بعد ذلك؛ لجواز أن تكون القيمة اختلفت؛ ولأنّ الشهود بالقيمة يشهدون على فعل أنفسهم، ولا يثبتون بالشهادة حقاً على غيرهم، فلا تُقبل شهادتهم.

وليس هذا كالشهادة بزيادة القيمة في الغصب؛ لأنّ الشهود يثبتون حقاً في ذمّة الغاصب؛ فلذلك قُبِلت شهادتهم.

وأما إذا ادّعى مدّعي الغلط: أنه قد استوفى حقّه من [القيمة]^(٣)، ثم أخذ^(٤) شريكه بعض حقّه، فهذا مدّعي الغصب؛ لأنّ القسمة تمّت باستيفاء حقوقها من القبض، وغلبة أحد الشريكين بعد ذلك غصبٌ، فإن قامت به بيّنة [قضي به]^(٥)، وإلا استُحلف للشريك.

(١) في ب (منه).

(٢) في ب (قوله).

(٣) في أ (الغنم)، والمثبت من ب.

(٤) هنا في أ فقط زيادة (بعد) وحذفها أولى.

(٥) في أ (بعين)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

وأما إذا ادّعى: أن الذي أصابه من العدد لم يقبضه، فإنّهما يتحالفان؛ لأنّ العقد لم يتمّ، وقد اختلفا في المعقود عليه، فيتحالفان ويفسخ العقد كالبيع.

فإن قال أحدهما: أخذت إحدى وخمسين غلطاً، وأخذتُ أنا سبعة وأربعين، وقال الآخر: ما أخذتُ إلا خمسين، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنّ شريكه يدّعي عليه استيفاء ما ليس له، فلا يُقبَل قوله.

قال: وإذا اقتسم رجلان داراً، وأخذ كلّ واحدٍ منهما طائفةً، فادّعى أحدهما بيتاً في يد الآخر، وقال: هذا فيما أصابني، وكذبه الآخر، فإنّ عليه البيّنة، فإن أقاما جميعاً البيّنة أخذت بيّنة المدّعي، وقد بيّنا هذا.

ولو لم يشهدا على القسمة، واختلفا في هذا البيت، تحالفا؛ لما بيّنا أنّ العقد لم يتمّ، وقد اختلفا في المعقود عليه، فيتحالفان.

قال: وإذا اختلفا [في الحدّ] فيما بينهما، فقال أحدهما (١): هذا الحدّ لي، فأدخَلَ في نصيب صاحبه، وقال الآخر: هذا الحدّ لي، فأدخَلَ في نصيب صاحبه، فإن قامت البيّنة [لهما] (٢) أخذت بيّنة [هذا] وبيّنة هذا، فإن قامت البيّنة لأحدهما، أخذت ببيّنته، وإن لم تقم لهما بيّنة، حلف كلّ واحدٍ منهما على دعوى صاحبه؛ وذلك لأنّ الأكبر منهما ادّعى [حدّاً] ممّا في يد الأصغر، والأصغر ادّعى حدّاً آخر ممّا في يد الأكبر، فإذا أقاما البيّنة قضي لكلّ واحدٍ منهما بما قامت ببيّنته عليه، فأما إذا لم تقم بيّنة تحالفا؛ لأنّه اختلافٌ في المعقود عليه، فإن أراد أحدهما أن يردّ القسمة، ردّها بعد أن يتحالفا؛ وذلك لأنّ العقد

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (لأحدهما)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.



عندنا [لا يفسخ] بالتحالف حتى [يفسخه]^(١) الحاكم، والحاكم إنما يفسخ
بمطالبة الخصم، فإن طالب فسخ، وإلا لم يفسخ^(٢).



(١) في أ (يقسمه) والمثبت من ب .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٧٣/٨ .

بَابُ الْقِسْمَةِ يَسْتَحِقُّ مِنْهَا الشَّيْءُ

قال محمدٌ: إذا كانت دارٌ بين رجلين نصفين ، فاقسماها ، فأخذ أحدهما الثلث من مقدّماتها وقيمتها ستمائة ، وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها ، وقيمتها ستمائة ، ثم استحقَّ نصف ما في يد صاحب المقدّم ، فإنّ أبا حنيفة قال في هذا: يرجع صاحب المقدّم على صاحب المؤخر بربع ما في يده ، وقيمة ذلك مائة وخمسون ديناراً^(١) ، وإن شاء نقض القسمة ، وهو قول محمدٍ .

وقال أبو يوسف: يردّ ما بقي في يديه ، ويبطل القسمة ، ويكون ما بقي في أيديهما بينهما نصفين .

وقد نقل الحاكم في هذه المسألة قول محمدٍ مع قول أبي يوسف ، والصحيح ما ذكره أبو الحسن ؛ لأنّ ابن سَمَاعَةَ كتب إلى محمدٍ فقال له: قولك في هذا مثل قول أبي حنيفة؟ فقال: نعم .

وجه قولهما: أنّ القسمة فيها معنى البيع ، ومعلومٌ أنّ المتبايعين إذا استحقَّ بعض نصيب أحدهما ، كان بالخيار: إن شاء أمسك الباقي ويرجع بحصّته ، وإن شاء فسخ البيع ، وكذلك القسمة ؛ لأنّ الاستحقاق إذا حصل في نصف ثلث المقدّم ، بقي للمستحقّ عليه نصف الثلث ، وبقي حقُّ له فيما في يد الآخر .

ولو كانت الدار ابتداءً بينهم: الثلث المقدّم منها للمستحقّ نصفه ، وللشريكين

(١) في ب (درهماً) .

نصفه ، والثلاثان بينهما ، جاز أن يبدأ بالقسمة ، فيأخذ أحدهما نصف الثلث المقدم ، ويُبقى لنفسه ربع الثلثين مع شريكه ، فإذا جاز ابتداء القسمة على هذا الوجه ، جاز البقاء .

لأبي يوسف : أن الاستحقاق تبين به أنه كان لهما شريكٌ ثالثٌ في الدار ، ومعلومٌ أن الدار إذا كانت بين ثلاثةٍ واقتسمها اثنان منهم ، فالقسمة باطلةٌ ، كذلك هذا ، ولأنّ هذا الاستحقاق يؤدي إلى إثبات الشيوع^(١) في النصيبين ، ألا ترى أن المستحقّ عليه يصيرُ شريكاً للمستحقّ ، ثم رجع على شريكه فيشركه فيما في يده ، وإذا أدى إلى الإشاعة في النصيبين صار كالشريك الثالث .

والجواب : أن الشريك الثالث يثبت حقه في جميع الدار ، فلا يجوز أن تصحّ القسمة من دونه ، وليس كذلك الاستحقاق من مكانٍ بعينه ؛ لأنه لا يؤدي إلى الإشاعة [في] كلّ الدار ، فكما يصحّ أن يبدأ القسمة على هذا الوجه ، فكذلك البقاء ، وإنّما^(٢) رجع صاحب الثلث المقدم [بربع]^(٣) ما في يد صاحب الثلثين ؛ لأنه لو استحق جميع الثلث رجع بنصف الثلثين ، فإذا [٤٤٢/أ] استحقّ نصفه ، رجع بالربع ؛ ولأنّ الدار كان قيمتها ألفاً^(٤) ومائتين ، فلما استحقّ نصف المقدم تبين أن المشترك بينهما [تسعمائة]^(٥) ، لكل واحدٍ منهما أربعمائة

(١) في ب (الإشاعة) .

(٢) في ب (وإن) .

(٣) في أ (برفع) والمثبت من ب .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٥) في أ (سبعمائة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق ، وفيه (لكل واحدٍ منهما أربعمائة وخمسون) .



وخمسون ، (وفي يد صاحب المؤخر ستمائة ، فقد فضل معه مائة وخمسون)^(١) ،
وذلك ربع ما في يده .

قال: ولو كان صاحبُ المقدم باع نصف ما في يده ، واستحقَّ النصف
الباقى ، فله أن يرجع [على صاحبه] في قول أبي حنيفة ومحمد ، بربع ما في يده .
وفي قول أبي يوسف: يغرم نصف قيمة ما باع ، [ويضمّ]^(٢) ما بقي إلى
الثلاثين ، فيقتسمانه نصفين .

أما على أصلهما: فالقسمة لا تنسخ بالاستحقاق ، وإنما يثبت للمستحقّ
عليه الخيار ، فإذا باع بعض^(٣) نصيبه سقط خياره ، فلم يبق إلا الرجوع .

فأما على قول أبي يوسف: فالقسمة فاسدة ، فإذا باع أحدهما ما حصل في
يده بعقدٍ فاسدٍ [نفذ]^(٤) بيعه ، كما يحصل في يده ببيع [فاسدٍ] ، ويجب عليه
نصف قيمته ؛ لأنّ الذي باعه حصل له بعضه بحقّ الملك وبعضه على طريق
العوض ، فيردّ نصف قيمته ويقتسمان ما بقي نصفين .

قال: فإن كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ، فاقتسما وأخذ أحدهما أربعين
شاةً تساوي خمسمائة ، وأخذ الآخر ستين شاةً تساوي خمسمائة ، فاستُحِقَّت شاةٌ
من الأربعين تساوي عشرة دراهم ، فإنّه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاةً في
قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ؛ وذلك لأنّ استحقاق الشاة [لا] يتبيّن به

(١) ما بين القوسين في ب (في يده منها ثلاثمائة ، يبقى له مائة وخمسون ، يرجع بها على صاحب الثلاثين) .

(٢) في أ (يضمن) والمثبت من ب .

(٣) في ب (بعين) .

(٤) في أ (بعد) والمثبت من ب .

أنه كان للمتقاسمين شريكاً ثالثاً، فلم يوجب ذلك نقض القسمة على قول أبي يوسف، إلا أننا تبيننا أن بينهما ألفاً إلا عشرة [دراهم]، حق كل واحد منهما أربعمئة وخمسة وتسعين، وقد أخذ صاحب الأربعين أربعمئة وتسعين، وأخذ الآخر خمسمئة، فبقي لهذا الشريك [خمسة]، فوجب أن يضرب في الستين شاة بخمسة دراهم، ويضرب فيها شريكه بأربعمئة وخمسة وتسعين، فيقتسمانها على ذلك.

قال: فإن كان كُرُّ حنطة بين رجلين نصفين، يكون أربعين قفيزاً، منها عشرة أقفزة طعاماً جيداً، وثلاثون قفيزاً ردياً على حدة، فأراد أحدهما أن يأخذ عشرة أقفزة طعاماً^(١) [بحقه]، ويأخذ الآخر ثلاثين قفيزاً، فإن هذا لا يجوز؛ لأن القسمة فيها معنى التمليك، وتمليك الحنطة بأكثر من كيلها لا يجوز.

قال: فإن زاده صاحب الثلاثين قفيزاً ثوباً، فاقتسما على ذلك فهو جائز؛ وذلك لأن العشرة الجيدة لا يجوز أن تكون في مقابلتها أكثر من عشرة، ويبقى بينهما عشرون قفيزاً أخذها [أحدهما] وأعطى ثوباً بدلاً عن عشرة منها، وهو حق صاحبه، فيجوز ذلك، وهذا على أصلنا في قسمة [الاعتبار]^(٢)، وقد بينا ذلك في البيوع.

قال: فإن استحق [عليه] في الثلاثين عشرة مخاتيم^(٣)، فإنه يرجع عليه بنصف الثوب؛ لأن عشرة من الثلاثين بالعشرة الخيار، والثوب بحصة صاحب

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (الأعيان)، والمثبت من ب، وهو المناسب؛ لأن المسألة من صور قسمة الاعتبار المعروفة عند الحنفية.

(٣) (جمع مختم، وهو مكيال معروف عندهم). طلبة الطلبة للنسفي (٢١٨)

العشرة من العشرين الباقية ، فلما استحق نصفها رجع عليه بنصف الثوب .

قال: وهذا الجواب في كتاب القسمة ، وقال في زيادة الزيادات: إذا استحق عشرة أفضرة من الطعام الرديء ، رجع [عليه] بثلث^(١) الثوب وثلث الطعام الجيد ، فمن أصحابنا من قال: بأن ما في الزيادات هو القياس ، وما في الكتاب هو^(٢) الاستحسان .

وجه القياس: أن العشرة مستحقة من جملة الثلثين مشاعاً ، فقد استحق من كل عشرة ثلثها ، ومعلوم أن عشرة منها بإزاء الثوب ، فرجع بثلثه ، وعشرة منها بإزاء العشرة [الجياذ]^(٣) ، فيرجع بثلثها ، وعشرة مال المستحق عليه ، فلا يرجع بما استحق منه .

وجه الاستحسان: أن الاستحقاق إذا حصل من الجملة مشاعاً ، وجب أن يُجعل من جميعها إذا كان لها حكمٌ واحدٌ ، فإذا اختلف حكمها ، جاز أن يُجعل من بعضها دون بعضٍ ؛ بدلالة ما قالوا فيمن باع إبريقاً وزنه عشرة دراهم وثوباً بعشرين درهماً ، وتقابضا وافتراقاً ، ثم استحق من العشرين عشرة: جعلت من ثمن الثوب ، ولم تُجعل من جملة^(٤) ثمن الثوب وثمان^(٥) الإبريق ؛ لأن ذلك يؤدي إلى بطلان جواز^(٦) الصرف ، فلما صار لأحد الأمرين مزية على الآخر ، جعل

(١) في ب (بنصف).

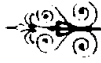
(٢) في ب (جواب).

(٣) في أ (الخيار) والمثبت من ب .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٦) في ب (عقد).



الاستحقاق من أحدهما، كذلك في مسألتنا: العشرة الجيدة بالعشرة الرديئة قسمةً، والعشرة بالثوب بيعٌ، فإذا جعلها الاستحقاق من حصة البيع، لم يحتج إلى إعادته، وإذا جعلناها من حصة القسمة، وجب إعادة القسمة، فوجب أن يُجعل من حصة الثوب دون حصة القسمة.

وإذا كان الاستحقاق مما يسوي^(١) القسمة، صار من العشرين الباقية، فخمسة أفضز مستحقة من بدل الثوب، وهي نصف ثمنه؛ فلذلك رجع بنصفه.

قال: وإذا اقتسم رجلان داراً واحدةً، وأرضاً واحدةً، فبنى أحدهما فيما صار له، أو غرس ثم استحقَّ كله أو بعضه فيما فيه [من] البناء، فإنه [يقلع]^(٢) المستحقَّ البناء والغرس، ولا يكون المستحقُّ عليه مغروراً، ولا يكون له أن يسلم ما نقض إلى شريكه، ويضمَّنه قيمة ذلك مَبْنِيًّا أو مغروساً.

قال: وجملة هذا: أن القسمة إذا وقعت بإجبار الحاكم، [أو]^(٣) وقعت بتراضيهما فيما يجبر الحاكم عليه، ثم استحقَّ أحد النصيبين، لم يرجع الذي أخذه بقيمة البناء والغرس؛ لأن الرجوع بذلك إنما هو لأجل الغرور، ألا ترى أن البائع قد غرَّ المشتري [حين]^(٤) أوجب له البيع في أرضٍ ضمَّن^(٥) أنها ملكه، فأفق فيها مغتراً بالضمان، وهذا لا يوجد في القسمة؛ لأن المقاسم [إنما] أخذ منه نصف العقار بغير اختياره حين أجبره القاضي.

(١) في ب (سوي).

(٢) في أ (يلغ)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) في أ (إن)، والمثبت من ب.

(٤) في أ (حتى) والمثبت من ب.

(٥) في ب (ظن).

وإن كان لم يجبره فقد كان معرضاً للإجبار لو لم يقسم ، فلم يكن غاراً فلم
يضمن قيمة البناء والغرس .

ولهذا قالوا: إن الشفيح إذا أخذ العقار بالشفعة فبنى فيه ، ثم استحق ، فقلع
البناء ، لم يرجع بقيمته على المشتري ؛ لأنه لم يغرّه فيه ، وإنما أخذه بغير اختياره .
وكذلك قال محمدٌ في الجارية المأسورة إذا اشتراها رجلٌ من أهل الحرب ،
فأخذها المولى الأول بالثمن ، واستولدها ، ثم استحققت : [لم] ^(١) يرجع بقيمة
الولد ؛ لأنه أخذها بغير اختيار المشتري ، فلم يكن المشتري غاراً .

فكذلك قال في جارية بين شريكين استولدها أحدهما ، ثم استحققت وضمن
قيمة الولد ، لم يرجع به على الشريك ؛ لأن الشريك لم يوجب الملك فيها ، وإنما
أخذت بغير اختياره .

وكذلك قال في الأب إذا وطئ جارية الابن ، فعلمت واستحققت فضمن
قيمة الولد ، لم يرجع به على ابنه ؛ لأنه أخذ من المالك بغير اختياره .

وقد قال أبو يوسف في غاصب الجارية: إذا لم يقدر على ردّها فضمّنه
المولى القيمة ، ثم رجعت ، فاستولدها الغاصب ، ثم استحققت ، رجعت الغاصب
على مولاها بالقيمة التي ضمن له ، وبقيمة الولد ، ولم يحك خلافاً ، وهذا
صحيح ؛ لأن الملك يحصل باختيار المولى للتضمنين ، فقد أوجب الملك فيها
بالضمان ، فصار كالبائع .

قال: ولو كانت بينهما داران ، أو أرضان ، فأخذ كلّ واحدٍ منهما واحدةً ،

(١) في أ (أن) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

فبنى فيها، ثم استُحِقَّت، ونقض البناء، رجع بقيمة البناء [٤٤٢/ب]؛ وذلك لأنَّ من أصل أبي حنيفة أنَّ الدارين لا يُجبر على قسمة إحداهما في الأخرى، فلمَّا وقعت القسمة بغير اختيارٍ، صار كلُّ واحدٍ منهما كالْبائع لنصيبه من شريكه، فيصير غارًّا.

ومن أصحابنا من قال: إن على قول أبي يوسف ومحمدٍ لا يرجع؛ لأنَّ من أصلهما أنَّ الدارين تقسم إحداهما في الأخرى، فهما كالدار الواحدة.

والصحيح: أنَّه لا خلاف في هذا؛ لأنَّ عندهما إنَّما تقسم إحدى الدارين في الأخرى إن رأى القاضي ذلك صلاحًا، وإن لم ير فيه صلاحًا لم تقسم، فإذا اقتسماها بغير حكمٍ لم تقع القسمة على ما يجبر القاضي عليه، فصارت في معنى البيع.

وقد قالوا في الجاريتين المشتركتين: إذا اقتسماهما وأخذ كلُّ واحدٍ من الشريكين^(١) [جاريةً] فاستولدها، ثم استُحِقَّت، رجع على شريكه في قول أبي حنيفة؛ لأنَّ الرقيق عنده لا يقسم بعضه في بعض، فصارت القسمة كالبيع.

و[يجيء] على قول أبي يوسف ومحمدٍ: أن لا يرجع؛ لأنَّ القسمة في الرقيق يجبر القاضي عليها، فصارت كالدار الواحدة^(٢).



(١) في ب (منهما).

(٢) انظر: الأصل، ٣١٧/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤٧٧/٨.



بَابُ ما يوجبُ نقضَ القسمة

—•••••—

قال محمد: إذا اقتسم الورثة داراً للميت، وعلى الميت ديوناً، فجاء الغرماء يطلبون دَيْنَهُمْ، فإن القسمة تردّ قليلاً كان الدين أو كثيراً، فإن كان للميت مالٌ سوى ذلك، جعلته في الدين وأنفذت القسمة؛ وذلك لأنّ الدين يمنع الوارث من التصرف؛ لتعلّق حقّ الغرماء بالمال، وإذا لم يجز التصرف - والقسمة تصرّف - لم تنفذ؛ ولأنّ الدين [إذا] كان مستغرقاً، فالورثة لا يملكون الدار، فلا تصحّ قسمتهم، وإذا كان غير مستغرقٍ، فالحقّ متعلّق بالتركة، فيمنع التصرف كالرهن. وأما إذا كان للميت مالٌ، جعل الدين فيه؛ لأنّ الحاكم لا حاجة به إلى إبطال القسمة، ألا ترى أنّ الغرماء لا حقّ لهم إلا في مقدار دينهم، فإذا استوفوه من بقية المال، لم يُحتجّ إلى فسخ القسمة.

قال: فإن لم يكن للميت مالٌ، فأدّى الورثة الدين من مالهم على قدر مواريتهم، فالقسمة جائزة؛ وذلك لأنّ القسمة إنّما بطلت^(١) لأجل الدين، فإذا قضى الدين^(٢) زال المعنى المانع، فنفذت القسمة.

قال: وكذلك إن كان الميت قد أوصى بالثلث، فاققسم الورثة وصاحب الثلث غائباً، ثم جاء، فإنّه يبطل القسمة إذا كانوا اقتسموا بغير قضاء القاضي؛

(١) في ب (وقفت).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.



وذلك^(١) لأن الموصى له شريك الوارث، فصار غيبته كغيبه أحد الورثة، فتمنع القسمة، وإنما شرط أن تكون [القسمة] بغير قضاء؛ لأن القاضي إذا قسم مع غيبه أحد الشركاء نفذ حكمه؛ (لأنه موضع يسوغ فيه الاجتهاد).

قال: ولو كان للميت وصي، فقسم حصّة صاحب الثلث، لم يجز عليه؛ لأنه لا ولاية له على الموصى له^(٢)، فلم يجز قسمته في حقه.

قال: وكذلك إن اقتسم الورثة وفيهم وارثٌ غائبٌ، وليس للميت وصيٌ ولا للغائب وكيلٌ، ثم قدم الغائب، فله أن يبطل القسمة.

وكذلك لو كان في الورثة صغيرٌ ليس له وصيٌ، [فكبر، فله]^(٣) أن ينقض القسمة، فكذا كل قسمة وقعت بين الشركاء وأحدهم غائبٌ؛ وذلك لأنه لا ولاية لهم على الغائب والصغير، فلا يجوز قسمتهم لحقه.

قال: ولو أذى بعض المقتسمين ديناً، وأقام بيّنة، فله أن ينقض القسمة، فلا تكون قسمته إبراءً من دينه؛ وذلك لأن القسمة قد تقع مع وجود الدين [ثم يقضى]^(٤) الدين من مالٍ آخر، أو تقضيه الورثة من أموالهم، فتنفذ القسمة، فلم يكن في دخول هذا الوارث معهم في القسمة إقراراً بعدم الدين؛ فلذلك جاز أن يقيم عليه البيّنة.

فإن ادعى وارثٌ وصيةً لابنٍ له صغيرٍ بعد القسمة، فإن القسمة لا تبطل

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في أ (فللورثة)، والمثبت من ب، وهو المناسب؛ لأن المسألة في ورثة تقاسموا، فكيف ينقض الورثة القسمة.

(٤) في أ (بقضاء) والمثبت من ب.

حق الصغير، ولكن الأب لا يملك أن يقيم البيّنة؛ وذلك لأنه لما قاسم فقد اعترف بصحة القسمة، والوصية لابنه حق في عين الدار، فيمنع من جواز القسمة، فصار الأب مدّعياً لبطلان القسمة، فلا تقبل بيّنته على ذلك، ولا يسقط حق ابنه من الوصية؛ لأن الأب لا يملك إسقاط حق الولد، وليس في دخوله معه في العقد أكثر من الاعتراف بسقوط حقه.

قال: و [كذلك] لو ادّعى بعض المقتسمين أن أخاً له من أبيه وأمه قد ورث أباه معهم، وأنه مات بعد أبيه، وورثه هو وأراد ميراثه، وقال: إنما قسمت (١) ميراثي من أبي، ووجد بقية الورثة، وأقام المدّعي البيّنة؛ فإنه لا يُقضى له بحقه، ولا تُقبل بيّنته على ذلك، ولا تبطل القسمة إن كانوا كتبوا في القسمة أن لا حق لبعضهم فيما اقتسموا، أو لم يكتبوا؛ لأن المدّعي يدّعي ملكاً في غير ما قاسم عليه، وذلك يمنع من صحة القسمة، فكان في دخوله في القسمة إسقاطاً لحقه في هذه الدعوى، فلم تُقبل.

وكذلك كلّ ميراث يدّعيه أو هبة أو شراء أو صدقة؛ لأن هذه الحقوق تقتضي ثبوت ملكه فيما قاسم فيه، وقسمته على أنه ميراث يخالف ذلك، فلم تُقبل.

قال: وقسمة المُكاتب شركاءه مثل قسمة الحرّ، [وكذلك قسمة المأذون؛ لأن كلّ واحدٍ منهما يملك التصرف فيما في يده كما يملك الحرّ]، وكذلك قسمة الأب على الصغير والمعتوه، وكذلك كل من يجوز بيعه على الصغير، فقسمته عليه جائزة؛ لأنه يلي عليه، فجاز [له] أن يقسم بحق الولاية، كما يجوز [له أن يبيع] (٢).

(١) في ب (أنا أقسم).

(٢) في أ (في البيع) والمثبت من ب.

قال: وإذا قاسم على الصغير وصيُّ أمّه، أو وصيُّ أخيه، أو [وصيِّ] عمّه، جازت قسمته في غير العقار، ولا يجوز في العقار؛ لأنه يملك بيع غير العقار، فيملك قسمته لِمَا في ذلك من الحظِّ وللميت من الحفظ لِماله^(١)، ولا يملك بيع العقار، فكذلك لا يملك قسمته^(٢).



(١) في ب (الحفظ له ولِماله).

(٢) انظر: الأصل ٣/٣١٣، ٣١٤.

بَابُ المهايأة

—•••••—

قال: وهذا النوع من المسائل لم يورده أبو الحسن ، فذكرناه في القسمة ؛ لأنه أشبه بها .

والمهايأة^(١) عندنا في المنافع المشتركة عقدٌ واجب إذا طلبه أحد الشريكين ولم يطلب شريكه قسمة [الأصل] ، وقال الشافعي: لا يجوز^(٢) .

لنا: قوله تعالى حكايةً: ﴿ قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴾ [الشعراء: ١٥٥] ، وهذه مهايأة في الشرب ، وروي أن امرأةً جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: وهبت نفسي منك ، فقال: « لا حاجة لي في النساء » ، فقام رجلٌ فقال: زوجنيها يا رسول الله ، فقال ﷺ: « هل معك ما تعطيها » ؟ فقال: هذا الإزار ، فقال: « إن تزوجتها على نصفه جلست في البيت يوماً لتلبسه ، ولبسته هي يوماً »^(٣) ، وهذا يدل على وجوب المهايأة ؛ لأن المنافع ملكٌ مشتركٌ يجوز استحقاقه بالعقود ، فجاز وقوع القسمة فيه كالأعيان .

[١/٤٤٣] وقد قال أصحابنا: إنَّ العقود إذا اختصت باسم ، انفردت بمعنى ،

- (١) «من التهايؤ - تفاعل - وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به ، وحقيقته: أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها ، يقال: هايأ فلان فلاناً . وأما المهايأة (بإبدال الهمزة ألفاً فلغة) . المغرب (هياً) .
- (٢) انظر: الأصل ٦١٦/١٠ ؛ الأم ص ١٢٩٥ ؛ المنهاج ص ٥٦٦ .
- (٣) رواه البخاري (٤٨٢٩) ، من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ، ولكن لفظه: (وما تصنع بإزارك ، إن لبسته لم يكن عليها منه شيء ، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء) .

والمعنى الذي انفردت المهياة به أنها ليست بإجارة؛ لأنها استيفاء منفعة على ملك المنتفع، والإجارة: استيفاء منفعة من ملك الغير.

ويفارق العارية؛ لأن الاستحقاق يتعلق بها، ولا يبطل بالموت وإن بطلت الإجارة والعارية بالموت، ويجوز لأحد الشريكين نقضها إذا [التمس] (١) عقد القسمة، وليس في الأصول عقد لازم يجوز فسخه باختيار عقد آخر [إلا المهياة].

ولا يجوز أن يقال: إن المهياة تمليك منافع بمنافع من جنس واحد، فهو كإجارة دارٍ بدارٍ؛ لأن [المتهايئين] (٢) ما يأخذه كل واحدٍ منهما في التقدير كأنه ما ملكه بالأصل، وهذه المنفعة هي التي يستحقها بملكه، وليست [عوضاً عما] (٣) انتفع به شريكه، فإن طلب أحدهما القسمة قسم الحاكم بينهما، وفسخ المهياة؛ لأن القسمة هي الأصل، والمهياة إنما تثبت إذا عدلا عنها؛ بدلالة أن أحدهما لو طلب القسمة في الابتداء، وطلب الآخر المهياة لم يُهاياً بينهما، فإذا طلبها في الثاني سقطت المهياة كالاتداء.

وإنما قلنا: إن المهياة لا تبطل بالموت؛ لأنها لو انتقضت احتاج الحاكم إلى إعادتها في الحال، فلا معنى لنقضها واستئنافها.

٢٨١٠ - فصل: [التهايؤ في الدار بين رجلين]

فإذا كانت الدار بين رجلين فتهيأ فيها على أن أخذ هذا طائفةً، وأخذ (٤)

(١) في أ (التمييز) والمثبت من ب.

(٢) في أ (المتقاسمين)، والمثبت من ب، والسياق يدل عليه.

(٣) في أ (غرض بما)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

هذا طائفة يسكنها ، جاز ذلك ؛ لأنّ قسمة الأرض تجوز على هذا الوجه ، فالمنفعة غير مختلفة ، فجازت المهايأة ، وسواء ذكر المهايأة مدّة ، أو لم يذكر ؛ لأنها عقد قسمة ، ولا يفتقر إلى التوقيت ، كقسمة الأصل .

فإن شرط كلّ واحدٍ منهما أن يستعمل ما أصابه بالمهايأة ، جاز ؛ لأنّ المهايأة قسمة المنافع ، فقد ملك كلّ واحدٍ منهما ما أصابه من المنفعة ، فجاز له أن [يستغلّها] ^(١) ويأخذ العوض عنها ، وإذا جاز ذلك ، فشرطها له في العقد شرطاً لمقتضى العقد ، فلا يفسد بالشرط .

وكان أبو علي الشاشي يقول: إن الاستغلال إنّما يجوز بالشرط ، فإن وقع بالعقد ولم يشترط الاستغلال ، لم يجز لواحدٍ منهما أن يؤجر ، كما لا يجوز ذلك من المستعير ، فظاهر الكتاب يدل على جواز الاستغلال من غير شرط .

وإن تهاياً على أن أخذ أحدهما السفلى والآخر العلوى ، جاز ؛ لأنّ قسمة الأصل تجوز على هذا الوجه ، فكذلك قسمة المنفعة .

٢٨١١ - فصل : [التهايو في دارين]

وإن تهاياً في دارين : فأخذ أحدهما داراً والآخر داراً ، على أن يسكن كلّ واحدٍ منهما ما أخذ ويستغل ، جاز ، وهذا ظاهرٌ على قول أبي يوسف ومحمد ؛ لأنّ قسمة الأصل تجوز على هذا الوجه ، فكذلك قسمة [المنفعة] ^(٢) .

فأمّا على أصل أبي حنيفة : فلا يجوز قسمة إحدى الدارين في الأخرى ؛

(١) في أ (يستعملها) والمثبت من ب .

(٢) في أ (المنفعتين) والمثبت من ب .

فلذلك لا تجوز قسمة المهايأة، فمن أصحابنا من حمل المسألة (على أن ذلك جائزٌ بتراضيهما، ولو تراضيا على قسمة العقار^(١) بعضها في بعضٍ جاز)^(٢)، ومن أصحابنا من قال: إن المهايأة تقع بفعل الحاكم، فلو رأى الحاكم قسمة العقار^(٣) بعضها في بعضٍ جاز.

وكان أبو الحسن يقول: معنى قول أبي حنيفة: إن العقار لا يقسم بعضه في بعضٍ: أن الأولى أن [لا] يفعل ذلك، فإن لم يفعل الأولى، جاز، فعلى قول أبي الحسن: القسمة في الأصل جائزة، وكذلك المهايأة.

٢٨١٢ - فُصِّلَ: [التهايؤ في دار واحدة لا تتسع لسكناهما معاً]

وإن كان بينهما دارٌ واحدةٌ لا تتسع لسكناهما فيها معاً^(٤)، فتهايأ على أن يسكنها هذا شهراً وهذا شهراً جاز، أو كان له عبدٌ واحدٌ، تهايأ على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً، جاز؛ لأن المهايأة في العبد والدار الصغيرة لا يمكن إلا بأن [يقدم]^(٥) أحدهما بالانتفاع، فيجوز ذلك، إلا أن هذه المهايأة تصير في معنى العارية؛ لأن قسمة الأصل على هذا الوجه لا تجوز؛ لأنها تمليكٌ مؤقتٌ، فكذلك قسمة المنفعة، وإنما يحمل هذا على أن كل واحدٍ منهما [أباح] لصاحبه الانتفاع في تلك المدة.

ولهذا قالوا: إنهم لو شرطوا الاستغلال لم يجز، كما لا يجوز للمستعير أن

(١) في ب (الدور).

(٢) ما بين القوسين في أ مؤخره عن موضعها هنا، والمثبت بحسب المذكور في ب.

(٣) في ب (الدور).

(٤) فيها معاً) سقطت من ب.

(٥) في أ (يقوم) والمثبت من ب.

يؤاجر، فإن استغل كل واحد منهما تقاسما الفضل؛ لأن كل واحد منهما أجر بإذن شريكه ملكاً مشتركاً؛ [فكأنه] ^(١) وكله بالإجارة، فإن تساويا في الاستغلال، كان ذلك قصاصاً، وإن استغل أحدهما أكثر، رد نصف [الفضل] ^(٢).

وليس كذلك الداران ^(٣)؛ لأن أحدهما إذا [استغل] ^(٤) أكثر من الآخر سلمت له الزيادة؛ لأنه ملك المنفعة، فحصل له العوض عن ملكه، فلا يلزمه رد شيء منه.

٢٨١٣ - فصل: [التهايو بين شريكين في خدمة العبد]

ولو تهاياً، وأخذ أحدهما عبداً يخدمه، والآخر عبداً، جاز، وهذا ظاهرٌ على قولهما في جواز قسمة الرقيق، فأما على أصل أبي حنيفة: فلا تجوز القسمة في العبدین، إلا أنه قال في المنافع: إنها تجوز؛ لأنها جنسٌ واحدٌ غير مختلفٍ، فصار كمنفعة الدارين.

وأما الدواب المشتركة إذا أخذ أحدهما دابةً يركبها، والآخر دابةً، وشرطا الاستغلال، فعند أبي حنيفة لا يجوز.

وقالوا ^(٥): يجوز، وقولهما ظاهرٌ؛ لأن قسمة الأصل تجوز على هذا الوجه، فكذلك المنفعة، ولأن أبا حنيفة جَوَّز المهياة في العبدین وإن لم تجز قسمتهما،

(١) في أ (لأنه) والمثبت من ب.

(٢) في أ (الأصل)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق، لأن الرد للفضل لا للأصل.

(٣) في ب (الدار).

(٤) في أ (استعمل) والمثبت من ب.

(٥) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).



فلأن يجوز في [الدابتين]^(١) مع جواز قسمتهما أولى .

إلا أن أبا حنيفة قال: إن المنافع في الدوابّ مختلفة؛ بدلالة أن من استأجر دابةً ليركبها، لم يجر له أن يؤجرها، وإذا اختلفت المنفعة لم تصحّ المهايأة، وليس كذلك منفعة العبدین والدارين؛ لأنها غير مختلفة؛ بدلالة أن من استأجر [عبداً ليخدمه، جاز له أن يؤجره، ومن استأجر] داراً ليسكنها، كان له أن يؤجرها، وكأنّ أبا حنيفة اعتبر كون المنفعة من جنسٍ واحدٍ غير مختلفةٍ .

٢٨١٤ - فصل: [التهايؤ بين شريكين في النخل والشجر]

وإذا كان النخل والشجر بين شريكين قد تهايأ على أن يأخذ أحدهما طائفةً يستثمرها وأخذ الآخر طائفةً، أو كانت [الغنم]^(٢) مشتركةً واتفقا على أن يأخذ كلّ واحدٍ [منهما] طائفةً يرعاهما وينتفع بألبانها، لم يجر ذلك؛ لأنّ المهايأة تختصّ المنافع، فلو جوّزناها في مسألتنا، استحقّ بها الأعيان، وهذا لا يصحّ؛ ولأنّ ما يحصل من الولد والثمر^(٣) يتفاوت، والأعيان لا يجوز قسمتها إلا بالتعديل؛ ولأنّ المنافع بنا ضرورةً إلى قسمتها قبل وجودها .

٢٨١٥ - فصل: [التهايؤ بين شريكين في إطعام العبد]

وقد قالوا في الشريكين إذا أخذ كلّ واحدٍ [منهما] عبداً يخدمه، وشرط كلّ واحدٍ منهما على نفسه^(٤) طعام العبد: جاز استحساناً .

(١) في أ (الدارين)، والمثبت من ب، وهو المناسب إذ الكلام عن قسمة الدوابّ .

(٢) في أ (القيمة)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه، بدلالة ذكر الانتفاع بالألبان بعد .

(٣) في ب (اللبن) .

(٤) في أ (صاحبه نفسه)، بزيادة (صاحبه)، وقد سقطت من ب، والسياق لا يقتضيها .



وجه القياس: أن الطعام يجب عليهما، فإذا شرطاه على أحدهما، صار كالعوض عما شرط على الآخر، وهو مجهولٌ.

ووجه الاستحسان: أن التفاوت في الطعام لا يعتدّ به في العادة لقلّته، فسومح به؛ لأنّه من توابع العقد.

ولو شرط كلّ واحدٍ منهما كسوة العبد، لم يجز؛ لأنّ التفاوت في الكسوة يكثر، فبقي ذلك على أصل القياس^(١).

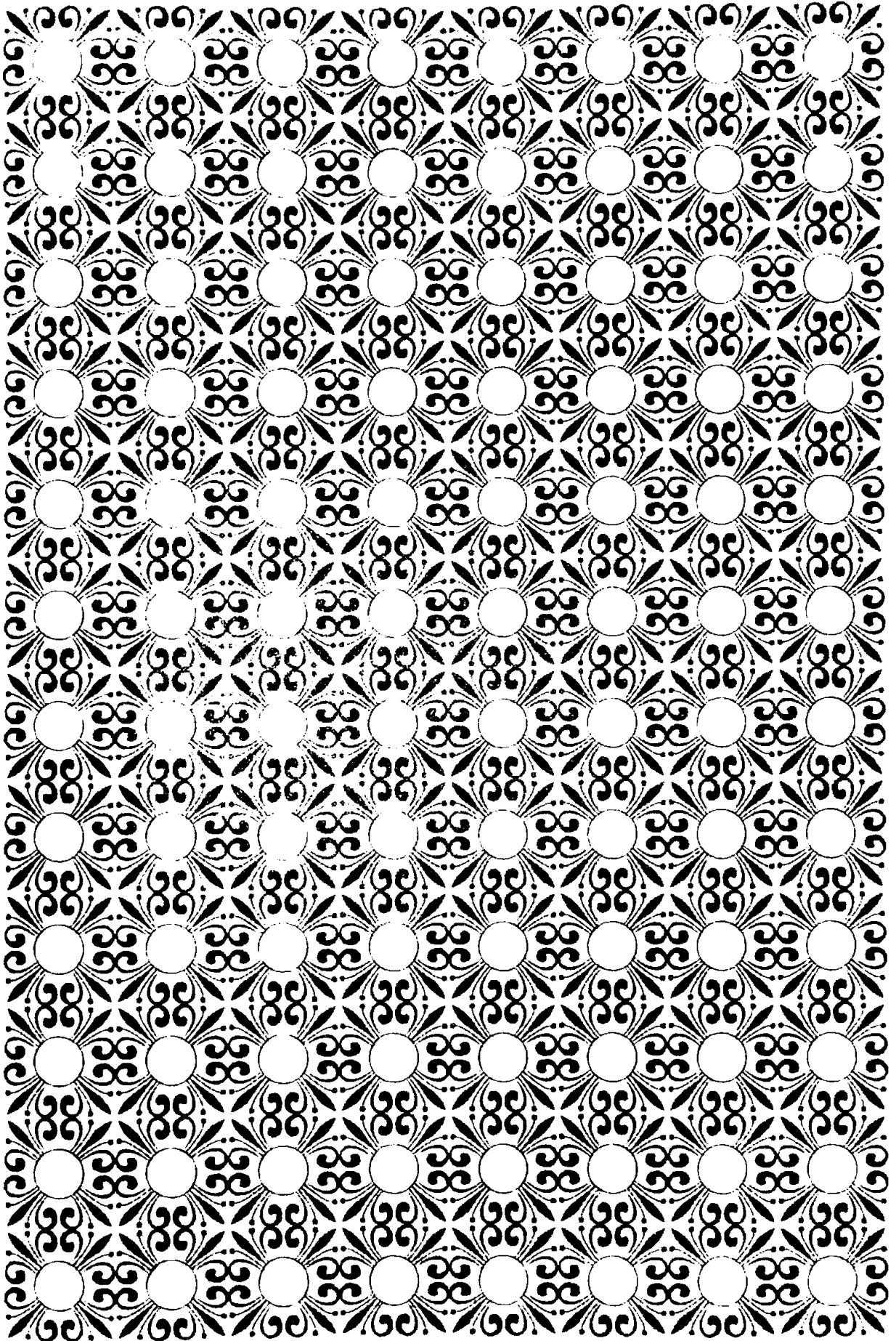
تمّ كتاب القسمة

(ولله الحمد والنعمة، والصلاة على محمد وآله)^(٢)



(١) انظر: الأصل ١٦١/١٠ وما بعدها؛ ٥/١١ وما بعدها.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.



[٨٠] كتابُ المأذونِ^(١)

قال عليه السلام: يجوزُ الإذنُ للعبدِ في التجارة^(٢)، والدليلُ عليه ما روي: (أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يركب الحمار، ويوجب دعوة المملوك)^(٣)، ومعلومٌ أنَّه لا يجيب المحجور، فلم يبق إلا أنَّه يجيب المأذون، وهذا يدلُّ على جواز الإذن.

وروي أنَّ العباس كان له عشرون عبداً، كلُّ واحدٍ يتجر بعشرة آلاف^(٤)، وكان هذا بحضرة الصحابة من غير نكيرٍ؛ ولأنَّ العبد ممنوعٌ من التصرف لحقِّ المولى، فإذا أذن المولى فقد أسقط حقَّ نفسه، فجاز التصرف، ولا خلاف في هذا.

والإذن [للعبد] عندنا: إطلاقٌ من حجرٍ؛ لأنَّ المانع من تصرف العبد مع صحة قوله الحجر الثابت بالرَّقِّ، فإذا أذن المولى زال الحجر بالإذن، كما يزول بالعتق، فيجوز تصرف العبد؛ ولهذا نقول: إنَّه يتصرف لنفسه؛ بدلالة أنَّه لا يرجع

(١) المأذون - بضم الذال - من أذن، أباح، ومنه: «أذنت للعبد في التجارة، فهو مأذون له. والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفاً، فيقولون: «العبد المأذون». المصباح (أذن).

وشرعاً: «فكَّ الحجر وإسقاط الحق». الهداية ٢٥٨/٣؛ في ومعجم لغة الفقهاء: «المأذون له بالتصرف: الذي أبيع له التصرف؛ لأنَّ الإذن يفيد الإباحة، ومنه: المحجور عليه: الذي أباح له مولاه» ممارسة البيع والشراء. (المأذون).

(٢) انظر: الأصل ٤٩٦/٨.

(٣) رواه الترمذي (١٠١٧) وقال: (هذا حديثٌ لا نعرفه إلا من حديث مسلم عن أنس، ومسلم الأعمش يضعف)؛ وابن ماجه (٤١٧٨).

(٤) رواه الحاكم في المستدرک (٣٦٦/٣)، والبيهقي في الكبرى (٣٢٢/٦)، وقال الحاكم: (صحيحٌ على شرط مسلم ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي.

بالديون على مولاة، فلو تصرف بالإذن لرجع عليه^(١) كالمضارب والوكيل.

والإذن [يثبت] لمعانٍ: منها: أن من أذن له في التجارة إذناً عاماً، أو أذن له في شيءٍ خاصٍّ يفوض إليه الرأي فيه مما لا يُفعل في العادة على وجه الاستخدام، أو يراه يتصرف ولا ينكر عليه، أو يضع عليه غلّةً في كلِّ يوم، أو في كلِّ شهرٍ، أو يقول له: إذا أدّيت إليّ ألفاً فأنت حرٌّ، (أو أدّ إليّ ألفاً وأنت حرٌّ)^(٢).

وأما إذا أذن له إذناً عاماً جاز تصرفه في جميع الأشياء؛ لأنها دخلت تحت الإذن الصريح، فيجوز التصرف كما يجوز في المضارب

وأما إذا أذن في نوعٍ خاصٍّ، جاز له أن يتصرف في كلِّ نوعٍ استحساناً، والقياس أن لا يجوز تصرفه إلا في ذلك النوع، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه أذن له في نوعٍ فلم يجز أن يتجاوزه كالمضارب والوكيل.

وجه الاستحسان: أنه أطلق حجره بالإذن كما أطلقه بالعتق، ولو أعتقه لم يتخصّص الإذن^(٣)، كذلك إذا أذن [له]؛ ولأنّ الإذن في نوعٍ يدخل فيه كل الأنواع من طريق المعنى؛ بدلالة أنه إذا قال له: أذنت لك في البزّ^(٤)، جاز أن يبيع البزّ بالحنطة، ثم يبيع الحنطة بالدراهم، وجاز [له] أن يشتري البزّ بالحنطة، ثم يبتاع الحنطة ويوفّيها، فلو اختصّ الإذن بنوعٍ دخل غيره فيه حكماً، فلذلك قلنا: إنه عامٌّ.

(١) في ب (على مولاة).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (التصرف).

(٤) البزّ - بالفتح - نوع من الثياب، وقيل: الثياب خاصة من أمتعة البيت. كما في المصباح (بزّ)؛ «والبزّ: هو الثياب من القطن والكتان، والبزاز: بائع القماش». كما في معجم لغة الفقهاء (بزّ).

وليس هذا كالوكيل والمضارب ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يرجع بما يلزمه من الدين ، وللأمر غرضٌ صحيحٌ في أن لا يوجب الرجوع على نفسه في كلّ شيءٍ ، ولا [غرض] ^(١) للمولى في التخصيص ؛ لأنّ العبد لا يرجع عليه ، وإنّما تعلق رقبته بالدين ، ولا فرق بين استحقاقها في النوع الذي عينه أو في غيره .

وعلى هذا قال أصحابنا: إذا أذن لعبده دهرًا ^(٢) أو شهرًا ، كان مأذونًا أبدًا ، إلا أن يحجر عليه ؛ لأنّ الإذن إطلاقٌ من حجر ، فلا يتوقّت كالبلوغ .

وقالوا: إذا قال له: أذنت لك في شراء البزّ ، فلا تشتري غيره ، ولا تتجر في غيره ، فهو إذنٌ في جميع التجارات ؛ لأنّه حجر عليه مع بقاء الإذن ، وهو لا يملك إلا الإذن على الإطلاق ، أو الحجر على الإطلاق .

وقالوا: لو أمره بضربٍ من الصنائع فقال: [اقعد] ^(٣) قصارًا أو صباغًا ، فقد أذن له في جميع الصنائع وجميع التجارات ، وله أن [يقعد] ^(٤) صيرفيًا ، وأن يشتري ما بدا له من الدوابّ ^(٥) والرقيق وغير ذلك ؛ لأنّه لما أذن له في الصنّاعة ، فقد أذن له في ابتياع آلاتها ، وفي استئجار الأجرء للعمل ، والإذن في نوعٍ [من] الشراء إذنٌ في كلّ نوعٍ ؛ لأنّ العمل ^(٦) يلزمه في جميعها على وجهٍ واحدٍ .

وأما إذا أمره فيما يجري مجرى الاستخدام ، فلا يكون إذنًا ، وهو مثل أن

(١) في أ (عوض) والمثبت من ب .

(٢) في ب (يومًا) .

(٣) في أ (افعل) ، والمثبت من ب ، وهو أولى في العبارة .

(٤) في أ (يفعل) ، والمثبت من ب .

(٥) في ب (البز) .

(٦) في ب (الدين) .

يرسله ليشتري له ثوباً أو لحمًا بدرهم، أو ثوباً يلبسه المولى أو العبد أو طعاماً لرزق المولى أو لرزق أهله، فالقياس أن يكون هذا إذناً؛ لأن الإذن [لا] يتبعض، وإنما استحسنا فقالوا: إنه لم يفوض إليه الرأي، وإنما عيّن له التصرف؛ ولأننا لو جعلنا هذا إذناً تعذر على المولى استخدام عبده؛ لأنه يستخدمه بهذه الألفاظ؛ فلذلك لم يكن إذناً.

وعلى هذا، لو قال^(١): اشتر^(٢) من فلان ثوباً فاقطعه قميصاً، أو طعاماً ففعله، فهو كالأول؛ لما بينا أنه لم يفوض الرأي إليه على الإطلاق، وإنما هو استخدام في العادة^(٣).

٢٨١٦ - فَصْل: [بيع العبد مال مولاه والمولى ساكت]

فأما إذا رأى المولى العبد يبيع متاعاً للمولى أو لغيره فلم ينهه، كان إذناً من المولى للعبد في التجارة، ولا يجوز بيع العبد متاع المولى ولا متاع غيره إذا لم يأذنا في بيع ذلك، وقد كان القياس أن لا يكون السكوت إذناً؛ لأن الساكت قد يكون راضياً وساخطاً، فلم يدل السكوت على الرضا.

وهذا هو القياس في البكر إذا سكت؛ [لولا] قوله ﷺ: «سكوتها رضاها»^(٤)، وهو القياس في [الشفيع]^(٥) إذا سكت، لولا قوله ﷺ: «الشفعة

(١) في ب (قالوا).

(٢) في ب (لو اشترى).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٨٣/٨ وما بعدها.

(٤) رواه مسلم (١٤٢١)، من حديث ابن عباس ﷺ.

(٥) في أ (البيع)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

لمن واثبها ، والساكت ليس بمواثب»^(١).

وإنما استحسنوا في سكوت المولى ؛ لأنّ العادة أنّه إذا أذن لعبده في التجارة لم يشهد على نفسه ، وإنّما يتصرف العبد فلا ينهأه^(٢) ، فصار المعتاد كالمنطوق [به] ؛ ولأنّ العبد يتصرّف بنفسه ، وللمولى حقّ في المنع ، فسكوته عن الإنكار يجوز أن يكون إذناً ، كما أن المشتري يتصرف في ملك نفسه وللشفيع حقّ الاعتراض ، فكان سكوته إسقاطاً لحقه ؛ ولأنّ لو لم نجعل سكوته إذناً ، كان ذلك تغريراً بالناس ؛ لأنّهم إذا عاينوا المولى لا ينكر عليه بايعوه ، فيؤدّي الغرور إلى إسقاط حقّهم ، وهذا لا يصحّ .

وأما إذا باع العبد مال مولاه ، والمولى ساكتٌ ، فسكوته عن تصرّفه يتضمّن أمرين : أحدهما : الإذن في التجارة ، والآخر : التوكيل في البيع ، والإذن يثبت بالسكوت ، والوكالة لا تثبت بالسكوت ، فصار مأذوناً [له] ، فلم يجز البيع ، وكذلك لو رآه يبيع متاع الأجنبيّ ، كان مأذوناً وإن لم يجز البيع .

ولا يقال : إنّ الملك إذا لم ينتقل بهذا العقد ، فكيف يثبت به الإذن ؟ لأنّ البيع بشرط الخيار يثبت بسكوت المولى عند الإذن^(٣) ، [والوكالة لا تثبت بالسكوت ، فصار مأذوناً له ، ولم يجز البيع] ، وإن كان لا ينقل الملك .

وعلى هذا ، لو رآه المولى يشتري أو يبيع بيعاً فاسداً فلم ينهه ، فهو إذنٌ ؛

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١٧٦) ، وقال : (غريبٌ ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح ، وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث في باب كلام التابعين) . ومثله في الدراية لابن حجر (٢/٢٠٣)

(٢) في ب (بلا شهادة) .

(٣) (عند الإذن) سقطت من ب .

لأن البيع الفاسد ينقل الملك بانضمام القبض إليه ، فهو كالصحيح .

٢٨١٧ - فصل : [الإذن للعبده بالتجارة]

ولو قال المولى لعبده: أدّ إليّ الغلّة في كلّ شهرٍ خمسة دراهم ، فهو إذنٌ في التجارة ؛ وذلك لأنّه لا يتوصّل إلى الغلّة إلا بالتصرّف ، فصار الأمر بأداء الغلّة أمراً بما لا يتمّ إلا به ، وكذلك لو قال له: أدّ إليّ ألف درهم وأنت حرٌّ ، أو قال: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حرٌّ ؛ وذلك لأنّ العبد لا يقدر على [أداء] المال إلا بالتصرّف ، فلمّا علّق حرّيته بأداء المال ، كان ذلك إذناً فيما يتوصّل به إلى الأداء .

وإنما ذكر في جواب الشرط «الفاء» ، فقال: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حرٌّ ؛ لأنّ «الفاء» جواب الشرط [٤٤٤/أ] ، ولو لم يذكر الفاء فذكر الواو عتق في الحال .
وأما إذ لم يأت بالشرط فقال: أدّ إليّ ألفاً ، فلا بدّ من الواو ؛ لأنّه إذا قال: [أدّ] إليّ ألفاً ، فأنت حرٌّ عتق في الحال ، فلذلك ذكر محمدٌ «الفاء» مع الشرط ، و«الواو» إذا لم يأت بالشرط (١) .



(١) انظر: الأصل ٤٩٧/٨ ، ٤٩٨ .

بَاب

الدين الذي يلحق المأذونَ في التجارة

قال أصحابنا: إذا أذن لعبده في التجارة، فما لحقه من دينٍ من شراءٍ أو بيعٍ، أو استئجارٍ أو أجرٍ، أو من غَصْبٍ، أو من وَدِيعَةٍ، أو [من] مُضَارَبَةٍ، أو [من] بِضَاعَةٍ، أو [من] عَارِيَةٍ، فجحوده لشيءٍ^(١) من ذلك، أو دَابَّةٍ عَقَرَهَا، أو ثوبٍ خرقه، أو مهرٍ جاريةٍ اشتراها فوطئها، فاستُحِقَّت [عليه]، فهذا كله لازمٌ له يباع فيه، إلا أن يفديه مولاه^(٢).

قال رحمته: [وجملة هذا] أن كلَّ تصرّفٍ يتضمّن الإذن، فما يلحقه فيه من الدين يتعلق برقبة المأذون، فيبيعه الحاكم فيه، إلا أن يفديه المولى؛ وذلك لأنه حقٌّ يمكن استيفاءؤه من الرقبة، فإذا لزم العبد بسببٍ ثابتٍ في حقِّ مولاه استوفى من رقبته كالجناية؛ ولأنَّ تصرّف العبد موقوفٌ على إذن المولى، فلا يخلو: إمّا أن يكون وقوف^(٣) الإذن ليثبت الدين في رقبته، أو ليثبت في ذمته، ولا يجوز أن يقف التصرّف على إذن المولى ليثبت الدين في الذمّة؛ لأنَّ المحجور لو تصرّف بغير إذن مولاه يثبت الدين في ذمته، فلم يبق إلا أن يكون التصرّف وقف ليثبت الدين في رقبته.

وقد قال أصحابنا: إنَّ ديونه تُستوفى من اكتسابه ورقبته، ولا شبهة في

(١) في ب (لسائر)

(٢) انظر: الأصل ٥٣٦/٨.

(٣) في ب (وقف).

استيفائها من الكسب ؛ لأنّ الديون سببٌ ^(١) في حصول الاكتساب فيستوفى منها كديون الحرّ .

وإذا ثبت أنّ الدَّيْنَ يتعلّق بالرقبة وهي مالٌ ، بيعت فيه كالرهن .

وأما إن أدّى المولى الديون لم يجز البيع ؛ لأنّه لا حقّ للغرماء إلا في ذممهم ، فإذا استوفوا ، لم يبق لهم حقٌّ في المطالبة بالبيع .

وقد ذكر أبو الحسن جهات الديون المتعلقة بالإذن: فذكر الشراء والبيع ، وهذا مضمون الإذن ، وذكر الاستئجار والإجارة من التجارة ، وذكر الغصب ، وهو ضمان مالٍ متعلّق بالقبض ، كالمقبوض على وجه بيعٍ فاسدٍ ، والوديعة والمضاربة والبضاعة والعارية إذا جحدتها: [فهى] ^(٢) غصبٌ ، والمأذون يملك من التصرف ما جرت به عادة التجار ، وقد جرت عادتهم بقبول الودائع ، وأخذ المضاربة والبضاعة ، فما يلحق بذلك من الضمان يتعلّق بسبب إذن المولى فيه ، فيصير ^(٣) كالبيع والشراء .

وأما المهر ، إذا اشترى جاريةً فوطئها ثم استحققت ، فهذا الضمان متعلّق بعقد البيع ، ألا ترى أنّه لولا البيع لوجب عليه الحدّ ، والضمان المستند إلى البيع يلزم المأذون في الحال ، وهذا لا خلاف فيه .

وإنما اختلف أصحابنا في المأذون إذا أقرّ أنّه افتضّ جاريةً [بكرًا] بإصبعه ، فقال أبو حنيفة ومحمدٌ: لا يلزمه في الحال ؛ لأنّه غير متعلّق بالتجارة ، وقال أبو

(١) في ب (ثبت) .

(٢) في أ (يقتى) والمثبت من ب .

(٣) في ب (فهو) .



يوسف: يلزمه في الحال ؛ لأنه مالٌ يتعلّق ضمانه بالفعل كالغصب .

و[قد] قال أبو حنيفة ومحمد: فيمن غصب جاريةً بكَراً وذهب بعُذرتها^(١) ، فإن ضمّنه المولى نقصان البكارة بالغصب ضمنه في الحال ، وإن ضمّنه بالوطء لم يلزمه حتى يعتق ؛ لأن الغصب ضمانه ضمان التجارة ، والوطء ليس هو من ضمان التجارة^(٢) .

٢٨١٨ - فَصَّل: [اقتسام الغرماء ثمن العبد بالحصص]

[قال]: وإذا بيع العبد ، اقتسم غرماءه ثمنه بالحصص ؛ وذلك لأن ديونهم^(٣) متعلّقة برقبته ، ويتحصّون^(٤) في بدله كغرماء الميت في تركته .

قال: ولا فرق بين أن تثبت ديونهم بإقرار من العبد^(٥) أو ببينة قامت عليه ؛ لأن إقراره جائز مع الإذن كإقرار الحرّ ، ومعلومٌ أنّ ما لزم الحرّ بإقراره وبالبينة سواءً ، فكذلك العبد .

قال: ولا يجوز بيع المولى العبد إلا بإذن الغرماء له في ذلك ، أو يقضي الدين ، أو يكون القاضي هو الذي أمره ببيعه للغرماء ؛ وذلك لأن الملك للمولى ، وللغرماء فيه حقٌّ ، وفي بيعه إسقاط حقّهم ، ألا ترى [أنهم] يختارون ترك البيع ليستوفوا الديون من الكسب ، فإذا كان لهم حقٌّ في ذلك ، لم يجر إسقاطه إلا

(١) في ب (فذهب بها ووطنها) .

(٢) وتحصّص: من الحصص ، وأحصصته: أعطيته حصّةً .

«وتحصص الغرماء: أي اقتسموا المال بينهم حصصاً» . المغرب ؛ المصباح (حصص) .

(٣) في ب (ديونه) .

(٤) انظر: الأصل ٥٣٦/٨ ، ٥٣٧ .

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب .

بإذنتهم ، فإذا باع بغير إذنتهم وقف البيع كما نقول في بيع الرهن والإجارة ، فإن قضى المولى الديون نفذ البيع ؛ ولأنَّ القاضي ملك البيع ، فإذا نه للمولى في البيع كإذنه للأجنبي .

قال: ولو باع المولى بإذن بعض الغرماء لم يجز بيعه ، إلا أن يجيز الباقيون ؛ وذلك لأنَّ امتناع البيع حقٌّ لجماعتهم ، فإذا أذن بعضهم فقد رضي بإسقاط حقه ، فبقي حقُّ الآخرين بحاله .

قال: ولو رافعه^(١) بعض الغرماء إلى القاضي ، ومن بقي منهم غائبٌ ، فباعه القاضي للحضور ، جاز بيعه ، ويدفع إلى الحضور حصّتهم من ثمنه ، ويوقف حصّة الغيب حتى يحضروا فيأخذوا حقوقهم ؛ وذلك لأنَّ البيع حقٌّ لجماعتهم ، فغيبه بعضهم لا تسقط حقُّ الحاضرين ، ولأنَّ القاضي له ولايةٌ على الغائب فيما يؤدي إلى حفظ ماله ، ونقل الدين من الرقبة إلى الثمن حفظاً للمال ؛ لجواز أن تتلف ، فينفذ قول القاضي في البيع لمطالبة الحاضرين ، [فيدفع]^(٢) إلى من حضر حصّته ؛ لأنَّ البيع وقع لحقه ، وإنما قصد بالبيع سلامة الحقّ من الثمن ، ويقف نصيب الغائب ؛ لأنه ليس [له] من يملك [قبضه]^(٣) ، فيجعله القاضي في يد أمين .

قال: فإن قال العبد قبل أن يُباع: لفلانٍ عليّ كذا [وكذا] ، وصدّقه المولى أو كذبه ، وفلانٌ غائبٌ ، وأنكر غرماءه الحضور ، فإنَّ العبد يُصدّق ويُباع ، ويُوقف من ثمنه حصّة الغائب الذي أقرّ له العبد حتى يحضر .

(١) في ب (رفع) .

(٢) في أ (لم يدفع) والمثبت من ب ، والسياق يدل عليه .

(٣) في أ (حصته) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

فإن ادعى ما قال العبد^(١) أخذ حقه ، وإن كذبه قُسم ما وُقف من ثمنه بين الغرماء ؛ لأنَّ العبد ما لم^(٢) يبع على حكم الإذن ، وإقرار المأذون بالدين جائز ؛ ولأنَّ لزوم الدين لا يوجب الحجر في الإقرار ، كالحرِّ إذا لزمته الديون ، لم يوجب [ذلك] الحجر [عليه] عند أبي حنيفة .

وعلى قولهما: يحجر القاضي لأجل الدين ، ولم يحجر [له] في مسألتنا ، [فنفذ]^(٣) الإقرار ، ووجبت المحاصة بنصيب المُقرِّ له ، فإن حضر وصدق العبد أخذ ذلك ؛ لأنَّ التصديق انضم إلى الإقرار ، فكأنَّ صدقه حين أقرَّ ، وإن كذبه بطل الإقرار ووجب ردُّ ما أقرَّ [به] إلى الغرماء .

قال: ولو لم يقرَّ العبد حتى يبع في الدين ، ثمَّ أقر بعد البيع ، لم يجز إقراره وإن صدَّقه المولى ؛ لأنَّ البيع سببٌ للحجر ، بدلالة أنَّ الإذن كان ثابتاً في الملك الأول ، وقد زال الملك الأول ، فلم يجز تبقية الإذن في ملك من لم يأذن ، فإذا صار محجوراً لم [ينفذ]^(٤) إقراره .

قال: فإن قَدِم الغائب فأقام بيّنةً على حقه ، اتَّبع الغرماء بحصّته فيما أخذ من الثمن ، ولم يكن له على العبد ولا على مولاه البائع ولا على المشتري سبيلٌ [ب/٤٤٤] ؛ وذلك لأنَّ (ثبوت الدين)^(٥) بالبينة لا يلحقها ثمنه^(٦) ، فيثبت الدين

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في أ (فنفق) والمثبت من ب .

(٤) في أ (ينقل) والمثبت من ب .

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٦) في ب (تهمة) .

بها ، وحقوق الغرماء تتعلّق بالثمن كتعلّق حقّهم بتركة الميت ، ومعلوم أنّ القاضي لو قسم التركة بين الغرماء ثم ظهر غريمٌ^(١) آخر ، شاركهم^(٢) فيما قبضوا ، كذلك هذا .

وإنما قالوا: إنّ لا سبيل لهم على العبد ؛ لأنّ الدين أبطل^(٣) من [رقبته] ^(٤) بالبيع ، فصار كعبدٍ لا دين عليه ، ولا سبيل على المشتري ؛ لأنّ الثمن الذي يتعلّق به حقّ الغرماء استوفي منه ، ولا سبيل لهم على المولى الأوّل ؛ لأنّه لم يكن له صنعٌ في القسمة ، وإنّما باع القاضي وقسم ، فلم يلزم المولى الضمان .

قال: وما لحق العبد من دينٍ من تجارته من سائر ما ذكرت لك ، فحقّهم^(٥) في رقبته وكسبه الذي في يده ، وما يحدث له من الكسب بعد ذلك ، وقد بيّنا أنّ الدين يتعلّق بالرقبة والاكتساب ، وإنّما استوى [الكسب] الحاصل له قبل الدين وبعده ؛ لأنّ أكساب المأذون كتركة الحرّ ، ومعلوم أنّ ديون الحر تستوفي من أكسابه التي كانت في يده قبل لزوم الدين وما اكتسب بعد الدين ، كذلك هذا .

قال: وكذلك ما وُهب له أو تُصدّق به عليه قبل لحوق الدين وبعده ، وقال زفر: الهبة للمولى لا حقّ للغرماء فيها .

وجه قولهم: أنّ الهبة من اكتساب العبد ؛ بدلالة أنّه يملكها بقبوله ، فصار كالاكتساب [بالشراء والبيع] .

(١) في ب (طراً شريك) .

(٢) في ب (قاسمهم) .

(٣) في ب (انتقل) .

(٤) في أ (قيمته) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٥) في ب (فهو) .

وجه قول زفر: أن الهبة ليست من المعاملة ، وإنما ملكها المولى من جهة [الواهب] ، فلم يتعلّق بها حقّ الغرماء كسائر أموال المولى .

قال: ولو اكتسب العبدُ مالاً فأخذه المولى ، ثم لحقه دينٌ ، سلّم للمولى ما أخذ [منه] ، ولم يكن فيما أخذه المولى شيئاً من دين العبد ؛ وذلك لأنّ المولى يملك الكسب ، فإذا أخذه من يد العبد فقد حجر عليه ، ألا ترى أنّ تصرّفه فيه لا يجوز ، فصار كسائر أموال المولى ، فلا يتعلّق به الديون الحادثة .

قال: وإن كان [أخذ المولى ما في يد العبد] ^(١) وعليه دينٌ ، فللغرماء أن يأخذوا من المولى ما أخذه ، وإن كان استهلكه [ضمّنه] ^(٢) ؛ وذلك لأنّ ديونهم متعلّقة بالكسب ، فقد أخذ المولى ما تعلّق حقّهم به ، فيجب [عليه] ردّه أو ردّ عوضه ، كما يجب ردّ الرهن إلى المرتهن ، وكما لو أخذ الوارث التركة وعلى الميت دينٌ وجب عليه ردّها ، واشترك في ذلك الغرماء الأولون ومن حدث له دينٌ بعدهم ؛ وذلك لأنّ حال المأذون حالٌ واحدةٌ ، فالمتقدّم من دينه والمتأخّر منهما سواءٌ كديون المريض .

قال: ولو كان المولى يأخذ الغلّة من العبد في كل شهرٍ عشرة [دراهم] ، حتى أخذ مالاً كثيراً ، فإنّ هذا جائزٌ للمولى ، ولا يرجع الغرماء عليه بشيءٍ ؛ لأنّه قبض غلّة مثله ، وهذا استحسانٌ ، وكان القياس أن لا يجوز قبضه للغلّة مع وجود الدين ؛ لأنّ ما يُقبَض من جملة الكسب ، وحقّ الغرماء مقدّمٌ على حقّ المولى في الاكتساب .

(١) في أ (المولى أخذها من يد العبد) والمثبت من ب .

(٢) في أ (ضمّنه) والمثبت من ب .

وإنما استحسنوا إذا أخذ غلّة مثله أن يجوز؛ لأنّ في ذلك منفعةً للغرماء،
ألا ترى أنّه إذا أخذ الكسب بقاءه على التصرف واكتسب لهم، فإذا لم يأخذ الغلّة
حجر عليه [فانقطع الاكتساب] ^(١)، وإذا كان في ذلك منفعةً لهم ^(٢) كان جائزاً؛
ولأنّ الغلّة بدلٌ عن المنفعة، ولو استخدمه جاز، فكذلك إذا أخذ عوضها.

فإن أخذ أكثر من غلّة مثله ردّ الفضل على الغرماء؛ لأنّ الزيادة ليس في
مقابلتها شيءٌ، فيصير كأنّه أخذها بغير عوضٍ.

قال: وإذا أذن الرجل لأمته في التجارة، فلحقها دينٌ، وقد ولدت ولدين:
أحدهما قبل أن يلحقها دينٌ، والآخر بعدما لحق الدين، فإنّ الغرماء يثبت دينهم
فيما ولدت بعد الدين، فيباع معها، ولا يباع ما ولدت قبل الدين في [دينها] ^(٣).

ولو كان وُهب لها هبةٌ ولا دين عليها، ولم يقبضه المولى حتى لحقها دينٌ،
فإنّ الدين يلحق الأمة وما وُهب لها وإن كانت الهبة قبل أن يلحق الدين؛ وذلك
لأنّ الدين حقٌّ مستقرٌّ في الرقبة؛ بدلالة أنّه ينتقل إلى القيمة، والحقوق المستقرّة
في الرقاب تسري إلى الأولاد، كالأستيلاد والتدبير؛ فلذلك دَخَلَ الولد الحادث
بعد الدين.

وأما الولد قبل الدين فلم يكن في الرقبة حقٌّ يسري إليه، فإذا حدث ^(٤)
الدين بعده في الرقبة، فالولد منفصلٌ لم تثبت السراية مع الانفصال.

(١) في أ (كالقطع للاكتساب) والمثبت من ب.

(٢) في ب (منفعتهم).

(٣) في أ (ذمتها)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٤) في ب (تجدد).

وليس كذلك الموهوب والكسب؛ لأن الدين لا يتعلّق به من طريق السراية، وإنّما يتعلّق به لأنّه كسب المديون، (والكسب الأوّل والآخر سواء، يبيّن الفرق بينهما أن الأمة لا تملك بيع ولدها وتملك بيع كسبها، فما لا تملك بيعه لا يتعلّق به الدين إلا على وجه السراية)^(١).

قال: وما وجب لها من أرش^(٢) [هو] كالولد؛ وذلك لأنّ الأرش ليس من كسبها، وإنّما يتعلّق به الدين لتعلّقه بالرقبة، فما كان من أرش قبل الدين لم يتعلّق به حقّ الغرماء، وما كان من أرش بعد الدين تعلّق به حقّهم.

قال: وإذا أذن لعبده في التجارة ودفع إليه مالاً يعمل به، فباع واشترى، ولحقه دين، فإنّه لا يكون في المال [الذي] دفعه إليه المولى من دينه شيء، والمولى [أحقّ]^(٣) بما دفع إلى العبد؛ وذلك لأنّ الدين إنّما يتعلّق بأكساب العبد، وهذا مالٌ للمولى ليس بكسب، فصار كسائر أموال المولى؛ ولأنّ المولى لم يرض بتعلّق حقّ الغرماء بهذا المال، فلم يتعلّق به.

قال: وإن أقرّ العبد بجنائية على عبدٍ أو حرٍّ، أو بمهرٍ وجب عليه بنكاح جائزٍ أو فاسدٍ أو بشبهة نكاح، فأقراره باطلٌ لا يلزمه حتى يعتق؛ لأنّ المأذون يملك الإقرار بالتجارة وما كان من أنواعها، والجنائية والتزويج ليسا من التجارة في شيء، فأقراره فيها كإقرار المحجور.

(١) ما بين القوسين في ب (ولهذا يملك المأذون بيعه، والولد ليس من كسبها، بدلالة أنّها لا تملك بيعه، فلا يتعلّق به الدين إلا على وجه السراية).

(٢) الأرش، والجمع أروش: الدية، ومنه: أرش الجراحات، وأرش الكسور. انظر: المغرب؛ معجم الفقهاء (أرش).

(٣) في أ (أذن)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

قال: فإن صدّقه المولى جاز عليه ولم يجز على الغرماء؛ وذلك لأنّ تصديق المولى يجوز في حقّه، ولا يجوز في حقّ غيره^(١).

قال: فإن قامت على العبد بيّنة: بأنّه تزوّج بإذن مولاه^(٢)، لزمه المهر، تحاصّ به المرأة الغرماء؛ وذلك لأنّ هذا الدين لزمه بسبب ثابت في حقّه وحقّ مولاه، فهو كالدين اللازم بالبيع؛ ولأنّ دخول البضع في ملكه متقومٌ، فتحاصّ المرأة في عوضه، [أ/٤٤٥] كما تحاصّ بثمن المبيع.

قال: فإن أقرّ بوطء أمة بنكاح، وجحد المولى، فأقراره باطلٌ حتى يعتق؛ وذلك لأنّه لا يملك الإقرار بالنكاح؛ لأنّ الإذن لم يتناوله، فصار فيه كالمحجور.

قال: وكذلك لو أقرّ أنّه افتضّها بأصبعه غضباً، كان إقراره باطلاً في قياس قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قياس قول أبي يوسف: إقراره جائزٌ، كان عليه دينٌ أو لم يكن [عليه]، ويضرب مولاه بمهرها مع الغرماء.

وجه قولهما: أنّ هذا إقرارٌ بجناية؛ بدلالة أنّه إتلاف جزءٍ من الآدمي لا يتعلّق بسبب التجارة، فصار كالإقرار بسائر الجنایات.

ولهذا قال أبو حنيفة في المأذون: إذا غضب جارية ثم افتضّها بإصبعه، فأراد مولاه تضمينه بالغضب، قبل إقراره؛ لأنّ ضمان الغضب من التجارة، وإن أراد تضمينه بالافتضاض، لم يكن له ذلك؛ لأنّه جنايةٌ، فلا يثبت بإقراره.

وكذلك قال في المأذون يتزوّج جاريةً بغير إذن مولاه [وينقلها]^(٣) إلى

(١) في ب (على غيره).

(٢) في ب (سيده).

(٣) في أ (في نقلها) والمثبت من ب.

منزله ، فافتضّها وهي بِكْرٌ: إنّ لمولاها أن يضمّنه النقصان بنقلها ، وليس له أن يضمّنه بالافتضاض .

وجه قول أبي يوسف: أنّ هذا الضمان يجري مجرى ضمان الغصب دون ضمان الجناية ، بدلالة أنّه لو ثبت بالبينة لزم المولى [بيعه فيه] ، وضمان الأموال يثبت بإقرار المأذون ، فيصير^(١) كسائر الديون^(٢) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) انظر: الأصل ٥٣٧ وما بعدها .

بَاب شراء المأذون وبيعِهِ



[قال]: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، فاشترى وباع فيما يتغابن^(١) الناس فيه، [فهو] جائزٌ [في] قولهم؛ لأنه تصرف على عادة التجار، وهذا القدر من الغبن يتفق للتجار^(٢).

وأما إذا باع واشترى فنقص في البيع نقصاناً كثيراً لا يتغابن فيه، أو زاد في ثمن^(٣) المشتري زيادةً كبيرةً، فذلك جائزٌ في قول أبي حنيفة، وقالوا^(٤): لا يجوز.

(١) يتغابن: من غَبِنَ، النقص، ومنه قيل: غَبِنَ فلان ثوبه، إذا أثنى طرفه وخاطه.

والغَبْن عند الفقهاء: هو النقص في أحد العوضين: بأن يكون أحدهما أقل مما يساوي البديل الآخر عند التعاقد. ومن ثَمَّ فالغبن: هو كون المقابلة بين البديلين غير عادلة؛ لعدم التساوي بين ما يأخذه أحد العاقدين، وبين ما يعطيه.

وهو عند الفقهاء نوعان: يسير وفاحش، فاليسير: هو ما يتغابن الناس في مثله عادة، أي: ما يجري بينهم من الزيادة والنقصان، ولا يتحرزون عنه، وعلى ذلك عرفوه بأنه: «ما لا يخرج عن تقويم المقومين»، أي: تقدير أهل الخبرة في السوق السالمين من الفرض، ولا تكاد تخلو عنه المعاملات في الغالب.

والفاحش: هو ما لا يتغابن الناس عادة، أي: ما يتحرزون عنه من التفاوت في المعاملات، وعلى ذلك عرفوه بأنه: «ما يخرج عن تقويم المقومين». انظر: المغرب؛ المصباح؛ التعريفات (غبن)؛ درر الحكام شرح المجلة ١/١١٣؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (غبن).

(٢) في ب (في التجارة).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (وقال أبو يوسف).

لأبي حنيفة: أن المأذون يتصرّف لنفسه؛ بدلالة أنه لا يرجع بالديون على مولاه، فجاز تصرفه بالقليل والكثير كالحرّ؛ ولأنّه مأذونٌ في جميع البياعات، ولو لم يجز تصرفه بما لا يتغابن فيه، لصار تصرفه خاصاً، وهذا لا يصحّ.

وقد قال أبو حنيفة في الوكيل بالبيع: إذا باع بالقليل والكثير جاز، وقال في الوكيل بالشراء: لا يجوز شراؤه إلا بزيادةٍ يسيرةٍ، وقال في المأذون: إنّ الشراء والبيع سواءٌ.

والفرق بينهما: أن الوكيل بالبيع يتصرّف بالأمر، فاعتُبر عموم الأمر، والوكيل بالشراء يتصرّف من طريق الحكم، فصار كالوصيّ والأب، وأمّا المأذون فإنه يشتري ويبيع لنفسه، فحكم أحد الأمرين حكم الآخر.

ولأنّ الوكيل بالشراء ينتقل المبيع إليه، وينتقل منه إلى الموكل، فتلحقه تهمه في الزيادة، (والمأذون يلزمه اليمين دون المولى، فلا يلحقه تهمّة في الزيادة)^(١).

وجه قولهما: أنّ المغابنة الكثيرة تبرّع؛ بدلالة أنها في حال المرض من الثلث، فصارت كالهبة، والمأذون لا يملك الهبة، كذلك المغابنة.

والصبي المأذون كالعبد المأذون؛ لأنّه يتصرف لنفسه، وعلى قولهما: لا يصح تبرّعه، فلا يجوز حطّه.

قال: ولو اشترى المأذون عبداً بألفٍ، [وقبضه]، ونقد الدراهم، ثم باعه بجاريةٍ أو بعوضٍ، فبيعه^(٢) جائزٌ، وكذلك بيعه المكيل والموزون إذا كان بعينه

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

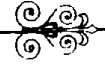
أو بغير عينه ؛ لأنه يتصرّف على عادة التّجّار ، ومن عادتهم أن يبيعوا بالأثمان والسلع .

ولو أسلم شيئاً ممّا في يده من عروضٍ أو طعام ، جاز ؛ وذلك لأنّ السّلم قد يكون أنفع من البيع ، وإذا جاز له البيع ، فكذلك السّلم .

ولو قبل السّلم ، جاز ؛ لأنّ التجار يقبلون السّلم لينتفعوا بالأثمان ، ويتأخر عنهم العوض ، وللمأذون غرضٌ صحيحٌ في ذلك ، فجاز له . [والله أعلم] (١) .



(١) انظر: الأصل ٥٦٠/٨ وما بعدها .



بَابُ تَأْخِيرِ دِينَ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ



قال: وإذا وجب للمأذون [دينٌ] على رجلٍ آجره^(١)، فأخّره سنة، جاز؛ وذلك لأنه لو قبضه ثم باعه نسيئةً جاز، فإذا أخّره ابتداءً، جاز؛ ولأنّ التأخير يؤدي إلى الاستيفاء؛ لأنه قد لا يمكن من عليه الدين توفيته عاجلاً؛ ولأنّه يتصرّف على عادة التجار، ومن عادتهم التأخير.

قال: ولو صالح على أن أخّر ثلاثاً سنةً، وقبض ثلاثاً، وحطّ ثلاثاً، كان التأخير جائزاً والحطّ باطلاً؛ لأنّ الحطّ هبةٌ، وهو لا يملك الهبة، وليس كذلك التأخير؛ لأنّ الدين بحاله لا يسقط منه شيءٌ.

قال: ولو وجب له مالٌ [بقرضٍ]^(٢)، فأخّره لم يجز التأخير؛ لأنّ الحر لا يجوز تأخيره للقرض، فالعبد أولى، فإذا وجب للمأذون ولرجلٍ آخر على رجلٍ ألف درهمٍ هما فيه شريكان، فأخّر العبد نصيبه سنةً^(٣)، فالتأخير باطلٌ في قول أبي حنيفة، [وقال أبو يوسف ومحمد]: التأخير جائزٌ.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لا يخلو: أن يؤخّر نصيب [نفسه] خاصةً، أو يؤخّر نصف الدين من الدينين^(٤)، ولا يجوز أن يؤخّر نصيبه خاصةً؛ لأنّ ذلك

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (بعوض)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) في ب (منه).

(٤) في ب (النصيبين).



قسمة الدين حال كونه^(١) في الذمة ، وقسمة الدين في الذمة لا يجوز .

والدليل على أنّ ذلك قسمة ؛ أنّ أحدهما ينفرد بمقدارٍ من الدين لا شركة للآخر فيه .

وجه قولهما: أنّ التأخير إسقاط للمطالبة في وقتٍ معلومٍ ، فهو كالبراءة التي تسقط المطالبة في جميع الأوقات ، ولو أبرأ أحد الشريكين من نصيبه جاز ، وكذلك إذا أخر .

ثم فرّع على قولهما ، فقال: إذا أخذ [الذي]^(٢) لم يؤخر قبل حلول الأجل شيئاً ، فهو له خاصّة ، لا شركة فيه للعبد ؛ وذلك لأنّ العبد أسقط حقه بالتأخير ، فلم يثبت له حقّ المطالبة ، فإن حلّ الأجل ، وقد استوفى شريكه ، فالعبد بالخيار: إن شاء أخذ من شريكه نصف ما أخذ ، ثم رجع على الغريم بما بقي ، وإن شاء أخذ حقه من الغريم ؛ وذلك لأنّ الأجل إذا انقضى صار المال حالاً ، والدين الحالّ بين الشريكين إذا قبض أحدهما بعضه فشريكه بالخيار: إن شاء أجاز قبضه ورجع على الغريم ، وإن شاء شاركه في المقبوض ؛ لأنّه قبض ما تعلق حقه به .

قال: فإن قبض العبد قبل الأجل ما أخره ، كان للشريك أن يأخذ نصف ما أخذ ؛ لأنّه لمّا قبض [فقد] أسقط الأجل فيه ، فصار كالدين الحالّ إذا أخذ بعضه .

قال: ولو كان دينهما في الأصل إلى سنةٍ ، فأخذ أحدهما شيئاً قبل محل الأجل ، دخل معه صاحبه فأخذ منه نصفه ؛ لأنّ الغريم لما دفع ، فقد رضي بإسقاط الأجل ، فصار كالمال الحالّ .

(١) (حال كونه) سقطت من ب .

(٢) في أ (الدين) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .



قال: ولو كان المال كله لهما إلى سنة (على الغريم، فأخره العبد سنة) (١) أخرى، كان تأخيرها جائزاً في قول أبي يوسف ومحمد، فإن أخذ شريك العبد من الغريم نصيبه من السنة الأولى، لم يكن للعبد أن يرجع فيما [٤٤٥/ب] أخذ شريكه بقليل ولا كثير حتى يحلّ دينه، فإذا حلّ دينه أخذ من شريكه نصف ما أخذ؛ لأنّه لما أجلّ حقه سقطت مطالبته، فلم يجز أن [يشركه] (٢) في المقبوض مع ثبوت الأجل، فإذا جاء الأجل صار [كأنّ] المال حالاً [بالباع] في الأصل، فله الخيار: بين تضمين القابض، وبين تضمين الغريم. [والله أعلم].



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (يشروط)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

بَاب

وكالة المأذون له في التجارة بالبيع ووكالة الحر له بالشراء



قال أبو يوسف ومحمد^(١): إذا أذن الرجل لعبده في التجارة، وأمره رجل أن يشتري له عبداً أو أمة أو طعاماً أو غير ذلك بألف درهم نقداً، ولم يدفع إليه الألف، أو دفعها إليه فاشترى له العبد [على] ما أمره به، فالشراء جائز، والعُهدة^(١) عليه.

وليس هذا كمال الكفالة^(٢)، وقد كان القياس عندهما أن لا تجوز الوكالة؛ وذلك لأن المأذون إذا ابتاع لزمه الثمن في ذمته، وحصل المبيع ملكاً لغيره، فيصير كالكفيل عن الموكل بالثمن، وكفالة المأذون لا تجوز، وكذلك وكالته.

وإنما استحسنوا إذا وكله أن يشتري بالنقد؛ لأن المبيع ينتقل إلى الوكيل ويثبت له حق الحبس حتى يستوفي الثمن، فيصير كالبائع.

ويفارق ذلك الكفالة؛ لأنها تبرع، ألا ترى أن حق الكفيل لا يتعلق بعين يتوثق بها، وفي مسألتنا يتعلق الدين بعين المبيع، فيخرج من معنى التبرع.

قال: ولو كان الأمر أمر العبد أن يشتري له ذلك نسيئةً، فاشترى العبد ذلك

(١) العُهدة: - من العَهْد - الذي يَرِدُ بمعنى الإلزام والالتزام.

والمقصود بالعُهدة: الضمان والكفالة. فتعني: تضمين كل عيب يحدث في المبيع. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٤٩/٢؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (عهد).

(٢) في ب (وليس هذا كالكفالة).

كما أمره [الآمر] ^(١) جاز ^(٢) جميع ما اشترى العبد من ذلك للعبد، ولا شيء للآمر؛ وذلك لأنَّ الشراء للموكل بثمن [نساءً] ^(٣) لو صح لم يملك العبدُ حبس ذلك المبيع، ولزمه تسليمه، وصار الثمن ديناً عليه للبائع، ويثبت له على الموكل مثله، فيصيرُ في معنى الكفالة، وكفالة العبد لا تجوز إلا أن يأذن فيها المولى ولا دين عليه، فإذا [لم] يصحَّ له الشراء بالوكالة، صار مشترياً لنفسه.

قال: ولو وكلَّ المأذون رجلاً ببيع شيءٍ مما في يده، أو شراء شيءٍ، فهو جائزٌ، وهو في ذلك بمنزلة الحرِّ؛ وذلك لأنَّ الإذن ينصرف إلى العادة بين التُّجَّارِ، ومن عادتهم التوكيل؛ ولأنَّ الإنسان لا يقدر أن يتولى جميع العقود بنفسه، بل يحتاج إلى من يتولاها له، فالمأذون والحرُّ في ذلك سواءٌ.

قال: وإذا دفع رجلٌ إلى المأذون جاريةً يبيعها نقداً أو نسيئةً، فالبيع جائزٌ؛ وذلك لأنَّ العبد لا يلحقه في البيع ضمانٌ في الحال، فلم يكن في معنى الكفالة، فلذلك جاز؛ ولأنَّ المحجور لو وكلَّ بالبيع جاز بيعه، فالمأذون أولى، إلا أنهما مختلفان في أنَّ المحجور لا يتعلَّق به الحقوق في الحال؛ لأنَّه لا يملك التصرف في حقِّ مولاة، والمأذون يملك التصرف، فتتعلَّق به الحقوق.

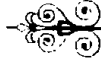
ولا يجوز أن يقال: إنَّه يلحقه ضمان ^(٤) الدَّرَك، وهذا بمعنى الكفالة؛ لأنَّ

(١) في أ (المولى)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة، لأنَّ الكلام عن الأمر عموماً وإن لم يكن المولى.

(٢) في ب (كان).

(٣) في ب (سبب) والمثبت من ب.

(٤) ضَمَانُ الدَّرَك، «والدَّرَك - بفتحيتين وسكون الراء لغة - : اسم من أدركت الشيء، ومنه: ضمان الدرك: ضمان البائع برَدِّ الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، بأن يقول: تكفلت أو ضمنت =



ذلك يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون ، فلا يبطل العقد في الحال بالتجوز .
وليس كذلك الوكالة بالشراء نسيئةً ؛ لأنّ الضمان يلزمه في الحال ؛ فلذلك
لم يجز الشراء للموكل^(١) .



= بما يدرك في هذا المبيع .
انظر: المصباح ؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (درك) .
(١) في ب (للوكيل) .

بَابُ عتق المولى عبده المأذون ورقيقه والدعوى في ذلك



قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، فلحقه دينٌ، ثم أعتقه المولى، فعتقه جائزٌ، فإن كان الدين أقلَّ من القيمة، ضمن الدين لغرماء العبد، وإن كان الدين أكثر من قيمته، غَرِمَ قيمته، وإن كان قيمته^(١) عشرين ألفاً، غرم ذلك كله إن علم بالدين أو لم يعلم، واتبع العبد الغرماء بما بقي من دينهم، فأخذوا منه.

أما جواز العتق؛ فلأنَّ العبد على ملكه وهو صحيح القول، وإنما تعلق حقَّ الغرماء به؛ وذلك لا يمنع من وقوع العتق كعبد الرهن؛ ولأنَّ تعلق حقَّ الغرماء ليس بأكثر من حقَّ أحد الشريكين، فإذا لم يمنع ذلك العتق، فلأنَّ لا يمنع حقَّ الغرماء أولى.

وأما وجوب الضمان على المولى؛ فلأنَّه أتلف ما تعلق [به] حقَّ الغرماء؛ بدلالة أنه لو لم يعتق ثبت لهم [حق] بيع العبد واستيفاء [الدين]^(٢) من ثمنه، وقد فوّت ذلك عليهم، فلزمه الضمان كالراهن (إذا أعتق عبد الرهن)^(٣).

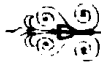
وإنما لزم المولى الأقلَّ من قيمته ومن الدين؛ لأنَّ الدين إذا كان [أكثر]^(٤) من القيمة، فلم يتلف عليهم إلا مقدار الدين، فلا يلزمه ضمان ما زاد على ذلك.

(١) في ب (قيمة العبد).

(٢) في أ (الضمن)، والمثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في أ (أقل)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.



وإنما ضمن قيمته بالغه ما بلغت ؛ لأن هذا ضمان مالٍ وليس بضمان جنائية ،
وضمان العبد بالمال لا يتقدّر ، وإنما يتقدّر بالجنائية .

وإنما استوى في ذلك العلم والجهل ؛ لأن هذا ضمان استهلاكٍ ، فيستوي
فيه العلم والجهل .

وأما ما زاد على قدر قيمته من الدين ، فإن الغرماء يتبعون المعتقد به ؛ وذلك
لأن الدين في ذمة العبد ، وإنما لزم المولى منه مقدار ما أتلّف من الرقبة ، فما زاد
على ذلك باقٍ في الذمة على ما كان عليه .

قال: وإن كان قتل عبداً أو حراً فأعتقه مولاه وهو يعلم بذلك ، كانت عليه
قيمة العبد المقتول بالغه ما بلغت ، وإن كان أكثر من قيمة عبده ، إلا أن تكون عشرة
آلاف أو أكثر ، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة [دراهم] ، وإن كان المقتول حراً غرم
المولى دية الحرّ ؛ وذلك لأن الجنائية لازمة للمولى في رقبة العبد ؛ بدلالة أن
المولى هو المخاطب بها دون العبد ، ولو [لم] يعتق العبد لم يلزمه شيءٌ عنها ،
فإذا أعتق مع علمه بها ، وقد كان مخيراً بين الدفع والفداء ، فمنع الدفع بالعتق ،
فتعيّن عليه الفداء ، فلزمه ذلك باختياره ؛ فلذلك لزمه إن زاد على قيمة عبده .

قال: وإن كان لا يعلم بالجنائية ، غرم المولى قيمة عبده لأولياء الحر ، إلا
أن يبلغ عشرة آلاف ، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة [دراهم] ، وإن كان المقتول
عبداً غرم المولى الأقلّ من قيمة عبده ومن قيمة المقتول ، إلا أن تكون [القيمة] ^(١)
عشرة آلاف أو أكثر ، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة .

ولا يشبه ذلك (قتل الدابة) ^(٢) ، وغصب الأموال ؛ وذلك لأن المولى إذا

(١) في أ (أقل القيمة) بزيادة (أقل) ، وقد سقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٢) في ب (الدية) .

أعتق عبده وهو لا يعلم بجنايته ، لم يصبر مختاراً ؛ لاستحالة أن يثبت الاختيار مع عدم العلم ، فلم يبق [إلا] إتلاف الرقبة التي تعلقت بها الجناية ، فيغرم الأقل من قيمتها ومن دية الحرّ ، أو قيمة العبد على ما ذكره^(١) في ضمان الأموال ، إلا أن يكون أقلّ القيمتين عشرة آلاف فصاعداً ، فيغرم عشرة آلاف إلا عشرة [دراهم] ؛ لأنّ قيمة العبد بالجناية لا تبلغ دية الحرّ ، وليس كذلك ضمان المال ؛ لأنّه لا يتقدّر ، فيضمن قيمة عبده بالغه ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها .

وقالوا جميعاً: إذا كان [١/٤٤٦] قيمة المأذون عشرين ألفاً ، فأدان ديناً كثيراً يحيط بقيمته (وجنى جنایاتٍ تحيط بقيمته)^(٢) ، فأعتقه [المولى] وهو لا يعلم بالجناية ، فإنّه يغرم لأصحاب الدين قيمته كاملةً ، علم بالدين أو لم يعلم ، ويغرم لأصحاب الجناية عشرة آلاف إلا عشرة إذا لم يعلم ، ولا يدخل أصحاب الجناية في قيمة أصحاب الدين ، ولا أصحاب الدين في قيمة أصحاب الجنایات^(٣) .

وإن كان المولى أعتق العبد وهو يعلم بالجنایات ، ضمن الجنایات كلّها ، ولم تدخل في قيمة أصحاب الدين .

وإنّما ضمن المولى لأرباب الدين ؛ لما ذكرنا أنّه يُتلف عليهم الرقبة التي ثبت لهم (استيفاء بدلها بدينهم ، ويضمن لأصحاب الجناية ؛ لأنّه منع من تسليمها في الجناية ، وقد كان ثبت لهم)^(٤) حقّ التسليم أو الفداء^(٥) .

(١) في ب (ذكرنا) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (الجناية) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) في ب (البدل) .

فإن قيل: لو قتل أجنبيُّ هذا العبد لزمته قيمةٌ واحدةٌ، فإذا أتلفه المولى بالعتق ألزمتموه (قيمه لأصحاب الدين، وألزمتموه)^(١) بدلاً آخر لأرباب الجناية، (وأقلُّ أحوال المولى أن يكون كالأجنبيِّ)^(٢).

قيل له: المولى مفارقٌ للأجنبي؛ لأنه كان يلزمه حقُّ لأرباب الجناية^(٣)، وهو الدفع أو الفداء، ويلزمه حقُّ لأرباب الدين، وهو البيع [في دينهم، إلا أن حقَّ أولياء الجنایات مقدّمٌ، فيدفع إليهم إن اختار عوض الدفع]، ثم يباع في أيديهم لحقَّ الغرماء، فلما أعتق المولى أبطل حقَّين^(٤) لزمه كلٌّ واحدٍ منهما، وكان عليه عوضٌ لهؤلاء وعوضٌ لهؤلاء حين منع بالعتق ما لزمه من الحقَّين، فأما الأجنبي، فلم يلزمه حقُّ لهم، وإنما أتلف ملك غيره، فلزمه البديل بالإتلاف، ولا يجب بالإتلاف أكثر من قيمةٍ واحدةٍ.

وإنما لم يشارك أرباب الجناية أرباب الدين، ولا أرباب الدين أرباب الجناية؛ لأنَّ محلَّ^(٥) كلٍّ واحدٍ من الحقَّين مخالفٌ لمحلِّ الآخر، وحكمه مخالفٌ له، ألا ترى أن الجناية متعلِّقة بالرقبة، ويخاطب المولى بالدفع أو بالفداء، والدين متعلِّق بالذمة، فقد اختلف محلُّ الحقِّ، واختلف الحقُّ في نفسه؛ لأنَّ الجناية لازمةٌ للمولى في رقبة العبد، والدين لازمٌ للعبد، والاشتراك إنما يكون في الحقوق المتساوية؛ ولأنَّ العبد لو لم يعتق لم يشترك أرباب الدين وأرباب الجناية فيه، بل ينفرد حقُّ أحدهما عن الآخر، ألا ترى أنه يُدفع بالجناية،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) هذه العبارة في ب (قيل له: لأنَّ المولى وجب عليه حقُّ لأرباب الجنایات).

(٤) في ب (حقه).

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.



ثم يبيعه أرباب الدين ، فإذا لم يشتركوها في رقبته^(١) ، فكذلك في عوضها .

وإذا أذن الرجل لعبده المُدبّر في التجارة ، أو لأمّ ولده ، فلحق واحداً منهما دينٌ كثيرٌ ، ثم إنَّ المولى أعتق المدبر وأعتق أمّ الولد ، فعتقه جائزٌ ، ولا ضمان عليه من الدين ، ولا من قيمة المدبر ولا أمّ الولد ؛ وذلك لأنَّ الغرماء لم يثبت لهم حقٌّ في ثمنهما ، ألا ترى أنه لا يجوز [لهم] بيعهما ، وإنما كان حقّهم متعلقاً بالذمة ، فإذا أعتق المولى فلم يبطل حقاً لهم ، بل قويت لهم الذمة التي تعلق بها الحق ؛ لأنَّ ذمة الحرّ أقوى من ذمة المملوك ، وإذا لم يتلف بعتقه حقاً لهم لم يلزمه الضمان .

قال أبو حنيفة: إذا لحق المأذون دينٌ كثيرٌ أو قليلٌ ، ثم أعتق المولى أمةً من رقيقه ، فعتقه باطلٌ ، كان الدين قليلاً أو كثيراً ، ثم رجع أبو حنيفة بعد ذلك فقال: إن كان الدين كثيراً يحيط برقبة العبد وبجميع ما في يده فعتقه باطلٌ ، وإن كان في قيمته وفيما في يده فضلٌ عن دينه ، عتقت الجارية التي أعتقها المولى ، وضمن قيمة الجارية المُعتقة ، فإن كان معسراً كانت القيمة ديناً على الجارية المُعتقة ، [ويضمن] ، ويرجع بذلك على الذي أعتقها في قياس قول أبي حنيفة ، وكذلك التدبير .

وقال أبو يوسف: عتقه وتدبيره جائزٌ ، ويضمن المولى قيمة الجارية المُعتقة للغرماء إن كان موسراً ، وإن كان معسراً فللغرماء أن يضمّنوا الجارية ، ويرجع بذلك على المولى .

وهذا مبنيٌّ على أصلٍ: وهو أن المولى عند أبي حنيفة لا يملك اكتساب عبده إذا كان عليه دينٌ مستغرقٌ ، وكان قوله الأوّل: إنه لا يملك وإن كان الدين

(١) في ب (رقبة العبد) .

غير مستغرقٍ .

وقال [أبو يوسف ومحمد^(١)] : هو مالكٌ في الوجهين :

أمّا وجه قوله الأوّل: فلأنّ المولى يملك الأكساب من جهة عبده، وتعلّق حقّ الغرماء يمنع من الانتقال قليلاً كان الحقّ^(٢) أو كثيراً، كما يمنع الدين من انتقال الملك في الرهن وإن كان أقلّ منه .

وأمّا وجه قوله الثاني: فلأنّ الأكساب تنتقل إلى العبد، ومن جهته تنتقل إلى مولاه من طريق الحكم، كما ينتقل من الميت إلى ورثته، ومعلومٌ أنّ دين الميت إن كان مستغرقاً منع الانتقال، وإن كان غير مستغرقٍ لم يمنع، فكذلك دين العبد؛ ولأنّ الدين إذا لم يستغرق لا يخلو إمّا أن يمنع الانتقال في قدره أو في كلّ الكسب، ولا يجوز أن يمنع في جميع الكسب؛ لأنّ المانع هو الدين، فما فضل عن الدين لا معنى يمنع من الانتقال .

ولا يجوز أن يمنع الانتقال في بعض الكسب دون بعضٍ؛ لأنّ حكم الأكساب حكمٌ واحدٌ، فلا تتبعّض في الانتقال .

وجه قولهما: أنّ المولى مالكٌ لكسب عبده، كما يملك [رقبة عبده، ومعلومٌ أنّ الدين لا يغير ملكه] في الرقبة، فكذلك في الأكساب، فإذا ثبت أنّ المولى لا يملك ما في يده لم ينفذ عتقه فيه .

وعلى قولهما: هو مالكٌ للكسب، إلا أنّ حقّ الغرماء يتعلّق به بعد العتق،

(١) في أ (قالا)، والمثبت من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

[فينفذ العتق ، ويغرم] ، ويضمن .

وأما إذا كان معسراً ، فللغرماء أن يستسعوا المعتق ؛ لأن الرق كان حقهم متعلقاً به فسلم للمعتق ، فصار المولى كالغاصب ، والمعتق كغاصب الغاصب ، وإنما رجع المعتق بما غرم ؛ لأنه لزمه قضاء دينه من طريق الحكم ، ولأنه هو الذي أدخله في هذا الضمان ، فكان عليه غرمه .

٢٨١٩ - فصل : [لحوق المأذون دين يحوط برقبته]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إذا لحق المأذون دين كثير يحوط برقبته وبجميع ما في يده ، ثم إن المولى وطئ جارية من رقيق العبد ، فجاءت بولد ، فادعاه ، فالولد ولد المولى ، وأمه أم ولد له ، ويغرم المولى قيمة الجارية ، ولا يغرم من عقرها كثيراً ولا قليلاً .

وقال : لا يشبه [الدعوة] ^(١) في هذا العتق والتدبير .

أما [على] أصل أبي يوسف ومحمد : فلا شبهة [فيه] ؛ لأن المولى مالك لها ، ووطئ الرجل لملكه يوجب ثبوت النسب والاستيلاد ، [كوطئ جارية الابن] .

وأما على قول ^(٢) أبي حنيفة : (فإنه لا يملكها ، إلا أن حق الملك كنفس الملك في ثبوت النسب والاستيلاد ، كوطئ جارية الابن) ^(٣) ؛ ولأن شبهة المولى في جارية عبده أقوى من شبهته في جارية ابنه ، [ألا ترى أنه يقدر أن يتملك هذه ،

(١) في أ (المدعوة) والمثبت من ب .

(٢) في ب (أصل) .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

ولا يقدر أن يتملك جارية ابنه [إلا باختياره .

فإذا كان الوطاء في جارية الابن يثبت النسب والاستيلاء، فهذا أولى، وليس يمتنع أن لا ينفذ عتقه فيها ويثبت استيلاؤه [٤٤٦/ب] كجارية الابن .

وإنما غرم قيمتها؛ لأنه أتلّفها على الغرماء، وحقّهم متعلّق بها، ولا عُقر^(١) عليه؛ لأنّ ضمان العقر ضمان جزئ، وضمان القيمة ضمان الكلّ، فإذا اجتمعا وتعلّقا بسببٍ واحدٍ دخل الأقلّ في الأكثر .

قال: وإذا كان على العبد دينٌ يحيط برقبته وبجميع ما في يده، ثم إنّ المولى أعتق جاريةً من رقيق عبده، فعتقه باطلٌ في قول أبي حنيفة، فإنّ قضى العبدُ الغرماءَ دَيْنَهُمْ، أو أبرأ الغرماءُ العبدَ من دينهم، أو أبرأه بعضهم حتى صار في يده فضلٌ عن الدين، فعتق المولى جائزٌ؛ وذلك لأنّ عتق المولى وإن لم [ينفذ]^(٢) فهو موقوفٌ، فإذا أبرأ الغرماء من دينهم أو استوفوا، زال المانع من تمليك المولى، فملك الجارية بسببٍ سابقٍ للعتق، فينفذ عتقه فيها .

(وهذا كما قالوا فيمن مات وعليه دينٌ مستغرقٌ، فأعتق الوارث جاريةً من التركة: لم ينفذ عتقه، فإنّ قضى الدين أو أبرأ الغرماء، نفذ العتق)^(٣)؛ لأنّ الدين لما سقط انتقل الملك إلى الوارث [فينفذ عتقه .

وقد قال الحسن بن زياد: إنّ عتق الوارث [والمولى لا ينفذ بعد قضاء

(١) (العُقر: ما تعطاه المرأة على وطاء الشبهة، لأنّ الواطئ إذا افتضها عقرها، فسمى مهرها عُقرًا، ثم استعمل في الثيب وغيرها). تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٢١٢/٣).

(٢) في أ (يقف)، والمثبت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

الدين ؛ لأنه ملكٌ بعد إيقاع العتق ، فصار كالمضارب إذا أعتق عبداً من المضاربة ولا فضل في المال ، ثم صار فيه فضلاً ، لم ينفذ عتق المضارب ؛ لأنه ملك بعد العتق ، فكذلك هذا .

وذكر هذا محمد بن الحسن فقال : هذا يُوجب أن النصراني إذا مات وترك ابنين نصرانيين ، وعليه دينٌ مستغرق ، فأسلم أحدهما ، ثم أبرأ الغرماء من دينهم ، أن تنتقل التركة إلى النصراني دون المسلم ، ولا خلاف أن الميراث لهما ، فدل على أن الغرماء إذا أبرؤوا ، انتقل الملك بالموت لا بالبراءة ؛ فلذلك نفذ العتق .

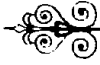
فإن قيل : لو عتق المولى عبد مكاتبه ، ثم عجز المكاتب ، لم ينفذ عتق المولى .

والجواب : أن ملك المكاتب موقوفٌ عليه وعلى مولاه ، وليس أحدهما أخص من الآخر ؛ لجواز أن يعتق فيملك ، أو يعجز فيملك المولى ، وإذا لم يكن أحدهما أخص بالملك من الآخر ، لم ينفذ عتق أحدهما .

وفي مسألتنا : الملك موقوفٌ على المولى ، والغرماء والمولى أخص به على ما بينا ، فلذلك وقف عتقه فيه .

قال : ولو كانت المسألة [بحالها] ، فوطئ المولى^(١) الجارية التي أعقتها ، فجاءت بولدٍ وادّعاه ، فدعوته جائزة ، والولد حرٌّ ، والمولى ضامنٌ لقيمة الجارية للغرماء ، والجارية حرّةٌ بالعتق الذي كان من المولى قبل الوطاء ، وعلى المولى العقر للجارية ؛ وذلك لأن المولى لما أعقتها فالعتق موقوفٌ عند أبي حنيفة على ما قدّمناه ، فلما وطئها فجاءت بولدٍ فادّعاه ، سقط حق الغرماء عنها [ونفذ العتق

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .



الموقوف ، كما لو أبرؤوا من الدين] ، ألا ترى أنه لو لم يكن أعتقها يثبت نسب ولدها ، وصارت أم ولدٍ ، وإذا سقط حقّ الغرماء [نفذ] ^(١) العتق الموقوف كما لو أبرؤوا من الدين ، وإذا عتقت بالإعتاق دون ^(٢) الاستيلاء يثبت النسب ، ولزمه [العُقْر] ^(٣) ، فصار كالوطء لامرأة حرّة بشبهةٍ فيلزمه العُقْر لها ^(٤) .



(١) في أ (بعد) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (قبل) .

(٣) في أ (القيمة) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٤) انظر: الأصل ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٦٣ وما بعدها .

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ أَنْ يَفْعَلَهُ وَمَا لَا يَجُوزُ



قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: ليس للعبد المأذون أن يكتب عبداً من عبده ولا أمةً من إماءه، إلا أن يجيز ذلك المولى ولا دين عليه؛ وذلك لأن الإذن يقتضي التصرف في التجارة، والكتابة ليست من التجارة، وما لم يتناوله الإذن [فهو فيه] باقٍ على أصل الحجر، أصله التزويج^(١).

وأما إذا كاتب ولا دين عليه فأجاز المولى، جاز؛ لأن هذا العقد له مجيز؛ بدلالة أن المولى يملك ابتداء الكتابة، فوقف العقد على إجازته، فإذا أجاز فمال الكتابة للمولى لا سبيل للعبد على قبضه؛ وذلك لأن حقوق عقد الكتابة لا تتعلق بالعاقد، وإنما تتعلق بالمعقود له، وقبض المكاتب من حقوق العقد، فيملكها المولى دون العبد.

قال: فإن دفع المكاتب إلى العبد، لم يبرأ منها، إلا أن يوكله المولى بقبضها؛ لأن العقد اقتضى التسليم إلى المولى، فإذا سلم إلى غيره لم^(٢) يعتق.

قال: فإن لحق المأذون دينٌ بعد إجازة المولى الكتابة، فالمكاتب للمولى ليس للغرماء فيها قليلٌ ولا كثيرٌ؛ لأن الكتابة لما صحت بإجازة المولى، خرج العبد من كسب [المأذون]^(٣)، وصار في يد المولى، وما أخذه المولى من

(١) في ب (كالتزويج).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (المولى)، والمثبت من ب.

أكساب المأذون^(١) قبل الدين ، لا يتعلّق به حقوق الغرماء .

قال: ولو كان العبد كاتب عبداً ، وعليه دينٌ قليلٌ أو كثيرٌ ، فالكتابة باطلةٌ وإن أجازها المولى ؛ لأنّ المولى لا يملك التصرف في أكساب العبد مع وجود الدين ، فلا يملك إجازة المكاتب .

قال: فإن لم يؤد^(٢) المكاتبه حتى أدّى المكاتب جميع الكتابة ، فإن كان المولى لم يجز الكتابة ، لم يعتق ، ورُدّ رقيقاً ، وكان جميع ما أخذ المأذون من المكاتب له يقضي به دينه ، والمكاتب عبداً على حاله .

وإن كان المولى أجاز الكتابة وأمر العبد بقبضها ، فقبضها ، وعلى العبد دينٌ يحيط برقبته وبجميع ما في يده ، فهذا والأول سواءٌ في قياس قول أبي حنيفة ، والمكاتب عبداً بحاله يباع في الدين .

وأما في قول أبي يوسف: فالمكاتب حرٌّ ، والمولى ضامنٌ لقيمته للغرماء ، والمكاتبه التي قبض العبد للغرماء يستوفونها من دينهم ؛ وذلك لأنّ العبد إذا كاتب ، فالكتابة موقوفةٌ ، فإذا أدّى [قبل] الإجازة ، لم يتعلّق بالأداء في [عقد] ^(٣) موقوفٍ عتقٌ ، فبقي العبد على حاله .

وأما إذا كان المولى أجاز الكتابة وأذن المأذون في القبض ، فقبض وعليه دينٌ مستغرقٌ ، لم ينفذ العتق عند أبي حنيفة ؛ لأنّه لو ابتداء بالعتق لم يقع ، كذلك لا يقع العتق المعلق بالشرط ، وأما على قولهما: فلو ابتداء المولى عتق هذا العبد ،

(١) في ب (العبد) .

(٢) في ب (يجز) .

(٣) في أ (عبد) ، والمثبت من ب .

نفذ عتقه فيه ، كذلك إذا عتق بالأداء ، والكسب الذي أذاه المكاتب ، يُردّ إلى الغرماء ؛ لأنّ دينهم^(١) متعلّق بكسب عبد المأذون كما يتعلق بكسب المأذون ، فلم يجوز للمولى أن يستوفيه من دين الكتابة .

وأما إذا كان^(٢) الدين غير مستغرقٍ ، عتق المكاتب في قولهم ، وضمن المولى قيمته ؛ لأنّه يملك العتق بالإيقاع ، فكذلك يملكه بالشرط ، ويضمن القيمة ؛ لأنّه أتلف على الغرماء رقبة العبد ، وحقهم متعلّق بها .

٢٨٢٠ - فصل : [هبة وصدقة المأذون]

وقالوا جميعاً: ليس للمأذون أن يهب درهماً ، ولا يتصدّق به ، ولا يكسو ثوباً ؛ لأنّ ذلك صريح التبرع ، والعبد لا يملك ما [٤٧/أ] في يديه ، فلا يملك التبرع فيه . وقد كان القياس عندهم: أن لا يجوز تبرعه في جميع الأشياء ، وإنّما استحسنا في هدية الطعام اليسير الذي يفعل مثله التجار إذا وهب ذلك ، أو أطعمه للناس ، لما روي: «أنّ النبي ﷺ كان يجيب دعوة المملوك»^(٣) ، وروي: «أنّ سلمان أهدى إلى النبي ﷺ وهو مملوكٌ ، فقبل [وأكل] ، وأكل أصحابه ، وأتاهم بصدقة ، فأمر الصحابة فقبلوها ، ولم يأكل منها شيئاً»^(٤) .

وسئل عمر عن العبد يتصدّق؟ فقال: «بالرغيف ونحوه»^(٥) ، [فجوزوا

(١) في ب (حقهم) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) رواه أحمد (٢٣٧٦٣) ، وصححه ابن حبان في صحيحه (٧١٢٤)

(٥) رواه ابن أبي شيبة (٣١٩/٢)



له^(١) ذلك للأثر، فأما هبة الدراهم والثياب فعلى أصل القياس؛ ولأن من عادة التُّجَّار أن يطعموا الشيء اليسير [ويستجلبون]^(٢) بذلك المعاملة، والإذن يقع على ما تعتاده التجار، والكثير لم تجر به عادة^(٣)، فبقي على أصل القياس.

وقد قال أصحابنا: لا بأس بأن تتصدَّق المرأة من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه؛ لأن ذلك غير ممنوع منه في العادة، ولا يجوز في الكثير.

قال: وليس للمأذون أن يتكفل بنفسٍ ولا مالٍ، كان عليه دينٌ أو لم يكن؛ وذلك لأن الكفالة عقدٌ موضوع للتبرُّع، وهو لا يملك التبرُّع، وليس هذا كالوكالة بالشراء؛ لأن عقد الشراء ليس بموضوع للتبرُّع.

ولو أعار دابةً أو ثوباً، فلا بأس بذلك، كان عليه دينٌ أو لم يكن؛ لأن من عادة التجار في الدوابِّ إعارتها وإعارة الثوب، وقد بيَّنا أن الإذن ينصرف إلى عادة التجار.

قال: وليس للمأذون أن يقرض؛ وذلك لقوله ﷺ: «قرضٌ مرتين صدقةٌ مرةً»^(٤)؛ ولأن القرض موضوعٌ للتبرُّع كالهبة.

قال: ولو أعتق عبداً على مالٍ لم يجز؛ وذلك لأن العتق موضوعٌ للتبرُّع، فلا يدخل تحت الإذن؛ ولأنه ليس من التجارة، وقد بيَّنا أن ما ليس من التجارة مبقًى على [أصل] الحجر.

(١) في أ (فيجوز روي)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٢) في أ (ويستخدمون)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (وما لم تجر به عادة).

(٤) رواه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ابن حبان في الصحيح (٥٠٤٠).

فإن أجاز المولى عتقه ولا دين عليه ، جاز ؛ لأن العتق موقوفٌ على المولى ؛ لأنه يملك أن يبتدئه ، فوقف على إجازته ، وقبض [المال] ^(١) للمولى دون العبد ؛ لأن حقوق [العتق] ^(٢) لا تتعلق بالعاقد .

قال : وإن لحق العبد دينٌ بعد عتق هذا ، لم يكن للغرماء من المال الذي على المعتق قليلٌ ولا كثيرٌ ؛ لأنه بالعتق خرج من كسب المأذون ، وما خرج من كسبه قبل لزوم الدين لا يتعلق به [الدين] ^(٣) .

وإن كان على العبد دينٌ مستغرقٌ ^(٤) ، فأجاز المولى العتق ، جاز ، وضمن قيمة العبد لغرماء المأذون ، (والمال الذي على المعتق للمولى) ^(٥) ، ولا سبيل للغرماء عليه .

ولا يشبه هذا المكاتب ؛ وذلك لأن الدين [إذا لم] يستغرق فملك المولى في الأكساب بحاله ، إلا أن حقوق الغرماء في الاستيفاء تتعلق به ، فلا يمنع ذلك العتق كالعبد المرهون ، وإذا ملك المولى العتق ، ملك الإجازة ، ويغرم قيمة العبد ؛ لأن حق الغرماء يتعلق به ، وقد أتلفه عليهم بالعتق ، فيضمنه لهم كما يضمن الراهن القيمة بإعتاق العبد المرهون ، والمال للمولى ؛ لأنه كسب المعتق بعد الحرية ، فحقوق الغرماء لا تتعلق به .

(١) في أ (المولى) ، والمثبت من ب .

(٢) في أ (العقد) والمثبت من ب .

(٣) في أ (الرق) ، والمثبت من ب .

(٤) في ب (غير مستغرق) ، بزيادة (غير) ، وقد سقطت من أ ، والسياق لا يقتضيها .

(٥) ما بين القوسين في ب (ويملك المال الذي على المعتق بالإجازة ، ويغرم قيمة العبد لأنه حقٌ لغرمائه ، ولا سبيل للغرماء على المولى) .

وليس كذلك مال الكتابة؛ لأنّ [المُكاتب] ما لم يعتق على حكم الرق، فأكسابه تتعلّق حقوق الغرماء بها.

وقالوا جميعاً: ليس للمأذون أن يتزوَّج بغير إذن مولاه؛ لأنّه مأذونٌ [له] في التجارة، والتزويج ليس من التجارة، وما لم يدخل تحت الإذن يبقى على أصل الحجر.

وإذا لم يجرز النكاح، فُرق بينهما لفساد العقد، فإن كان دخل بها، فالمهر عليه [بعد] ^(١) الحرية؛ لأنه دين لزمه بسبب غير ثابت في حقّ [المولى]، فهو كدين المحجور.

وقالوا جميعاً: ليس له أن يزوّج عبده؛ لأنّ تزويج العبد فيه ضررٌ؛ بدلالة أنّ رقبته تُستحقّ بالمهر والنفقة، ولأنّ تزويج العبد لا يملكه أحدٌ في حقّ غيره. وقال أبو حنيفة ومحمد: ليس له أن يزوّج أمته، وقال أبو يوسف: يجوز [له] تزويجها.

وجه قولهما: أنّ تصرّفه خاصّ في التجارة، والتزويج ليس من التجارة. وجه قول أبي يوسف: أنّه جعل المنفعة التي ليست بمالٍ مالاً، فصار كما لو أجرها.

قال: ويجوز عندهم جميعاً أن يأخذ المأذون مالاً مضاربةً [ويدفع مالاً مضاربةً]؛ لأنّ الإذن ينصرف إلى عادة التجار، ومن عاداتهم أن يأخذوا المضاربة ويدفعوها؛ ولأنّه إذا أخذ مالاً مضاربةً فإنه [يحصل] ^(٢) لنفسه الربح والضمان،

(١) في أ (بهذا)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (يجعل)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

ويرجع به على ربّ المال ، فهو أنفع له من الشراء لنفسه .

وأما إذا أعطى مالا فيجوز أن يستأجر فيه من يعمل مثل عمل المضاربة بأجرة مضمونة ، فإذا دفع المال بأجرة^(١) غير مضمونة فهو أولى .

قال: ويجوز أن يشارك شركة عَنان ؛ لأن الشركة من التجارة ، ولأن شركة العنان تتضمن الوكالة ، وهو يملك أن يوكل ويتوكل ، ولا يجوز أن يشارك [شركة] مفاوضة ؛ لأن المفاوضة تنعقد على الكفالة ، وهو لا يملك الكفالة ، فإذا عقدها انعقدت شركة^(٢) عنان ؛ لأن المفاوضة تشتمل على العنان وزيادة ، فإذا بطل منها الكفالة بقي معنى العنان .

ويجوز له أن يأذن لعبده في التصرف^(٣) ؛ لأنه يتصرف على عادة التجار ، ومن عادتهم أن يأذنوا لعبيدهم .

قال: ولو اشترك العبدان شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة ، (جاز ما اشترياه بالنقد ، وكان بينهما ، وما اشترياه نسيئة)^(٤) فهو للذي اشتراه خاصة ؛ لما قدّمنا أن العبد لا يجوز أن يتوكل فيما يشتريه نسيئاً ؛ لما فيه [من] معنى الكفالة ، ويجوز أن يتوكل فيما يشتريه نقداً ، فإذا تضمنت الشركة الأمرين ، جاز أحدهما ، ولم يجز الآخر^(٥) .



(١) في ب (بديل) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في ب (التجارة) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) انظر: الأصل ٤٩٦/٨ وما بعدها .

بَابُ الغُرُورِ^(١) فِي الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ

—•••••—

[قال]: وإذا جاء الرجل بالعبد إلى السوق، فقال: هذا عبدي فبايعوه، وقد أذنت له في التجارة، فبايعه أهل السوق ولحقه دينٌ، ثم عَلِمَ بعد ذلك أن العبد كان حرًّا، أو مُدَبَّرًا، أو مُكَاتَّبًا، أو كانت أمةً فكانت أمّ ولدٍ، أو اسْتُحِقَّ العبد، فإنَّ على الذي أمرهم بالمبايعة الأقلَّ من قيمة العبد ومن الدين، وإن شأؤوا رجعوا بدينهم على الذي ولي مبيعتهم إن كان حرًّا، فإن كان عبدًا، أو مُدَبَّرًا، أو مُكَاتَّبًا، أو كانت أمّ ولد، لم يرجعوا عليه بشيءٍ حتى يعتق، فإذا أعتق اتَّبَعَهُ ببقية دينهم؛ وذلك لأنه [لَمَّا] أضاف العبد إلى نفسه، وأمرهم بالمبايعة، فصار [غَارًّا]^(٢) لهم في البيع؛ لأنَّ ذلك يقتضي أن يستوفوا ديونهم من ثمنه، فإذا كان حرًّا أو مُكَاتَّبًا أو عبدًا لغيره تعذَّر الاستيفاء، وثبت [به] الغرور، والغرور يتعلق به الضمان [كمن زوج رجلاً أمةً على أنها حرّة، ولا بدَّ في إثبات الضمان] من شرطين: أحدهما إضافة العبد إلى نفسه، والثاني أمرهم بالبيع.

وإن أضاف العبد إلى نفسه وأخبرهم أنه أذن له، ولم يأمرهم بالبيع، لم يرجعوا عليه؛ لأنه أخبرهم [بحاله]^(٣)، ولم يأذن لهم في مبيعته، وأمّا إن أمرهم

(١) «الغُرُورُ: هو سكون النفس إلى ما يوافق الهوى، ويميل إليه الطبع»، كما في التعريفات (غرر)؛ ومنه بيع الغرر - الخطر -: وهو ما كان مستور العاقبة، أو ما عرفه البعض أنه: «بيع مال ظاهر تؤثره، وباطن تكرهه»، أو هو: «ما خيفت عاقبته، أو تردد بين الحصول والفوات». انظر: التعريف؛ المصباح؛ معجم المصطلحات الاقتصادية (غرر).

(٢) في أ (إجازة)، والمثبت من ب.

(٣) في أ (بماله) والمثبت من ب.

[٤٤٧/ب] بمبايعته ولم يقل [لهم]: إنه عبدي، فلا ضمان عليه؛ لأن الأمر بالبيع ليس فيه استيفاء الدين من الثمن، ولم يثبت الغرور، وإنما قال: إن العبد إذا كان حرّاً فلهم الرجوع عليه في الحال؛ لأن الدين لزمه بالعقد، ولزم الغار بالغرور، فصار كالكفيل عنه، فلهم أن يرجعوا على أحدهما.

وأما إذا كان مستحقّاً أو مكاتباً أو مدبراً، فالرجوع عليه في الحال لا يمكن، فلم يبق إلا الرجوع على الغار.

وأما إذا أعتقوا، رجع عليهم بالباقي من الدين؛ لأن الذمة صحّت بالعتق.

فإن كان الغار لم يدر شيئاً، رجع الغرماء عليهم بالجميع؛ لأن الغار في الحكم كالكفيل بالدين، فإذا طولب وتوى^(١) ما عليه، لم يمنع ذلك من مطالبة المكفول عنه.

قال: فإن كان جاء به إلى السوق، فقال: إن هذا عبدي فبايعوه، فقد أذنت له في التجارة، أو لم يقل: قد أذنت له، فهو سواء، وهو غارٌّ؛ لأنه لما أمرهم بالبيع أمراً عاماً فقد ثبت الإذن سواء صرح به أو سكت عنه.

قال: وسواء أمر بمبايعته بتجارةٍ خاصّةٍ أو عامّةٍ، فمن بايعه بتلك الخاصّة أو غيرها فهو مغرورٌ، وليس للمولى أن يقول: إنّما أذنت لكم في مبايعته التمر^(٢)، فمن بايعه غير التمر فلا ضمان له عليّ، ولا يُلتفت إلى قوله؛ وذلك لأنّ إذن المولى في نوع^(٣)، إذن في كلّ الأنواع، والتخصيص لا يتعلّق به فائدة.

(١) توى: هلك. انظر: القاموس المحيط (توى).

(٢) في ب (البز)، وكذا في الموضوع التالي.

(٣) في أ (كل نوع)، بزيادة (كل)، وقد سقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

وليس هذا كمن قال لرجلٍ: ما بايعت فلاناً من البزّ فهو عليّ، لم يضمن ما سوى البزّ؛ لأنّ الضمان يثبت هناك بصريح الكفالة، فوجب اعتبار ما نصّ عليه، وهاهنا ليس بصريح^(١) الكفالة، وإنّما يثبت من طريق الحكم الضمان لأجل الغرور، والغرور عامٌّ وإن اختصّ الإذن، ألا ترى أن شراء المأذون يجوز فيما خصّ له وفيما لم يخصّ.

قال: ولو كان^(٢) قال لهم: هذا عبدي فبايعوه، فقد أذنت له في التجارة، ثم إنّ المولى دبّره بعد ذلك، ثم لحق الدينُ العبدَ بعد التدبير، لم يضمن المولى من ذلك الدين قليلاً ولا كثيراً؛ وذلك لأنّه لم يغرّهم في شيءٍ، ألا ترى أنّ العبد كان على ملكه، فإذا لم يكن غرورٌ، فقد دبّره ولا حقّ لهم في رقبته، فلم يتلف عليهم شيئاً^(٣)، فلا يضمن.

وكذلك لو أعتقه ثم بايعوه؛ لأنّهم اغتروا حين ظنوا أنه يبقى على الرّق، ولم يغرّهم المولى، فلا يضمن.

قال: ولو كان القائل لهم عبداً محجوراً، فلا ضمان عليه حتى يعتق؛ لأنّ ضمان الغرور يجري مجرى ضمان الكفالة، وكفالة العبد [المأذون] لا تلزمه إلا بعد الحرّية.

قال: ولو كان الآذن^(٤) له حرّاً، والذي أمرهم بمبايعته عبداً مأذوناً له في

(١) في ب (لم يصرح).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (المأذون).

التجارة، أو مكاتباً، أو صبيّاً حرّاً قد أذن له أبوه في التجارة، فلا ضمان على الأمر في ذلك إن كان الذين بايعوه علموا أو لم يعلموا؛ وذلك لأنّ ضمان الغرور قد بيّنا أنه يجري مجرى ضمان الكفالة، فلا يلزم المأذون ولا المكاتب ولا الصبيّ.

فأمّا المأذون والمكاتب، فيلزمهما [ضمان] بعد الحرّيّة؛ لأنّ قولهما صحيحٌ، وإنّما لم يضمنا لحقّ المولى، وقد سقط حقّ المولى بالعتق. وأمّا الصبي، فليس له قولٌ صحيحٌ، فلا يلزمه الضمان بالغرور في الحال ولا بعد البلوغ^(١).



(١) انظر: الأصل ٥٦٠/٨ وما بعدها.

بَابُ الشهادة على العبد والمولى غائباً

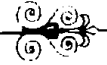


قال: وإذا خوصم العبد في دينٍ ادَّعى عليه وهو ممَّا بيَّنت لك أنه يلزمه في رقبته وكسبه، وجحد ذلك، وشهد عليه شهوداً بإقراره بذلك، أو شهدوا عليه ببيعٍ أو شراءٍ أو إجارةٍ، فأنكر ذلك العبد، ومولاه غائبٌ، فالشهادة عليه جائزةٌ في جميع ذلك، ويقضي عليه القاضي بذلك كله، ولا يلتفت إلى غيبة المولى.

وكذلك الصبيِّ والمعتوه المأذون لهما في التجارة، يجوز عليهما الشهادة، ولا يلتفت إلى غيبة الأذن لهما؛ وذلك لأنَّ المأذون فيما يتصرَّف فيه كالحرِّ، بدلالة أنه لا يرجع بالضمان على غيره، فإذا قامت عليه البيّنة، لم يعتبر حضور غيره، كما لا يعتبر في الحرِّ.

قال: وإذا كان العبد محجوراً عليه، فشهد عليه شاهدان بغصبٍ غصبه، أو بوديعةٍ استهلكها، أو مضاربةٍ استهلكها، أو بضاعةٍ، وجحد ذلك كله، وشهد عليه شاهدان بمعينة ذلك، ولم يشهدوا على الإقرار، فإن كان المولى غائباً، فإن القاضي لا يقضي على العبد بشيءٍ من ذلك حتى يحضر المولى، فإذا حضر قضى على العبد بالغصب.

وأما المضاربة والبضاعة والوديعة، فإنَّ القاضي لا يقضي عليه بشيءٍ من ذلك وإن حضر مولاه حتى يعتق؛ وذلك لأنَّ المحجور لا يملك الخصومة، ولا يجوز سماع البيّنة عليه، وهو لا يقدر على دفعها بالمخاصمة، فإذا حضر المولى



قضى عليه بالغصب ؛ لأنه ليس بمحجورٍ في أفعاله .

فأمّا الوديعة والمضاربة ، فعند أبي حنيفة ومحمدٍ : لا يقضى بها ؛ لأنّ من أصلهما أنّ العبد المحجور لا يضمنها إلا بعد العتق ، فلا معنى للقضاء بها .

وأمّا على قول أبي يوسف : فإنّ العبد يضمنها كما يضمن الغصب ، فيُقضى بها عليه .

قال : وإن كان الشاهدان شهدا عليه بإقراره في بعض ما وصفت ، ولم يشهدوا بمعينة شيءٍ من ذلك ، لم يُقضى على العبد بشيءٍ من ذلك حتى يعتق وإن كان مولاه حاضراً ؛ لأنّ المحجور لا يتعلّق بإقراره حكمٌ ، فلم يجز القضاء عليه بالإقرار .

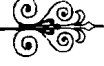
قال أبو حنيفة ومحمدٌ : إذا شهد على المأذون بقتل عمده ، أو قذفٍ ، أو زناً ، أو شرب خمر ، فإن كان المولى حاضراً قضى القاضي^(١) عليه بذلك ، وإن كان المولى غائباً والعبد يجحد ذلك لم يقضى عليه بشيءٍ من ذلك حتى يحضر مولاه .
وقال أبو يوسف : يقضى عليه [بذلك] .

وجه قولهما : أنّ هذه البينة يتعلّق^(٢) بها استحقاق رقبة العبد ، أو استحقاق^(٣) جزءٍ منها ، أو استحقاق إزالة يد المولى عنه [ليحدّ] ، ولا يجوز القضاء باستحقاق الرقبة ، ولا باستحقاق جزءٍ منها ، ولا بإزالة اليد إلا بعد حضور المولى .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (يقع) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .



وجه قول أبي يوسف: أن العبد في هذه الأحكام كالحرّ، بدلالة أنه لو أقرّ بها نفذ إقراره، فتُسمع عليه البيّنة كما تُسمع على الحرّ.

قال: فإن كانوا شهدوا عليه بإقراره، وهو يجحد، لزمه القود والقذف، ولم يلزمه ما سواهما؛ لأنّ الرجوع عن الإقرار بالقصاص والقذف لا يُقبل، والرجوع عن الإقرار ببقية الحدود مقبولٌ، فجحوده كرجوعه [٤٤٨/أ].

قال: ولو شهد الشهود على صبيٍّ مأذونٍ له، أو معتوهٍ مأذونٍ له بقتلٍ عمدٍ أو بقذفٍ أو بشربٍ خمرٍ أو بزناً، ومن أذن لهما حاضرٌ، لم يلزمه من ذلك شيءٌ إلا بالقتل، فإنّ على عاقلته الدية؛ لأنّ الصبي والمعتوه لا يجب عليهما الحدود، فلا معنى للشهادة عليهما بأسبابهما، وأمّا القتل فعمده عندنا في حكم الخطأ، فيلزم العاقلة.

قال: وإن كان الشهود شهدوا بإقرارٍ لبعض ما ذكرنا، لم يجز؛ لأنّ قول الصبي لا يتعلّق به حكمٌ، فوجوده وعدمه سواءٌ.

قال: ولو شهد على المأذون شاهدان بسرقة عشرة دراهم، وهو يجحد، فإن كان مولاه حاضرًا قطع ولم يضمن السرقة، إلا أن تكون قائمةً بعينها، فتردّ، وإن كان المولى غائبًا ضمن العبد السرقة ولم يقطع؛ وذلك لأنّ المولى إذا حضر فالشهادة بالسرقة شهادةٌ باستحقاق [يده]، فتُسمع البيّنة على المولى كما تُسمع باستحقاق نصفه أو ثلثه.

وأما الضمان؛ فلأنّه لا يجتمع عندنا مع القطع، فإن كانت العين قائمةً رُدّت، وإن كانت هالكة فلا ضمان.

وأما إذا غاب المولى، فالشهادة بالمال مقبولة؛ لأن المأذون يملك الخصومة في المال، ولا يجوز القضاء بالقطع مع غيبة المولى لما قدمنا، فيقضى بالمال دون القطع.

ولو شهدا على سرقة أقل من عشرة دراهم ضمّنه القاضي السرقة^(١) ولم يقطعه، ولا ينظر في ذلك إلى غيبة المولى ولا إلى حضوره؛ لأن القطع لا يتعلق بسرقة ما دون العشرة، فالخصومة إنما هي في الضمان، والمأذون يملك الخصومة في المال، فتسمع البيّنة.

قال: ولو كان المشهود عليه صبيّاً أو معتوهاً شهد عليه بسرقة عشرة دراهم، ضمّنه القاضي ولم يقطعه، ولا ينظر في ذلك إلى غيبة الذي أذن له؛ لأن الصبيّ والمعتوه لا يلزمهما حدٌّ، والخصومة إنما هي في الضمان، والصبيّ المأذون يملك المخاصمة في ذلك، فسمعت البيّنة عليه.

قال: ولو شهدوا على إقرار المأذون بسرقة عشرة دراهم^(٢)، وهو يجحد، فإنّ القاضي يلزمه ضمان السرقة وإن كان المولى^(٣) غائباً؛ لأنّ إقرار المأذون بالمال جائزٌ، وهو خصمٌ فيه، والقطع لا يثبت مع جحوده كما لا يثبت بعد رجوعه، فلم يبق إلا المال، وهو خصمٌ فيه.

قال: ولو كان العبد محجوراً عليه، فشهد عليه بسرقة عشرة دراهم، وهو

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (المالك).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

يجحد ، فإن كان المولى غائباً لم يقض عليه القاضي بشيءٍ من ذلك حتى يحضر مولاه ، فإن حضر وشهد عليه شاهدان ، قضى القاضي بقطع الغلام وردّ السرقة إن كانت [قائمةً] بعينها ؛ لأنّ المحجور لا يملك الخصومة في المال ، فلا تسمع عليه البيّنة مع غيبة المولى في القطع ، ولا في الردّ .

وإذا حضر^(١) المولى سمعت عليه البيّنة في القطع ، ووجوب القطع يُسقط [الضمان] .

قال: ولو كانت الشهادة على إقرار العبد ، وهو يجحد ذلك ، فالشهادة باطلةٌ ، ولا يُقضى عليه بشيءٍ من قطعٍ ولا ضمانٍ ، كان المولى غائباً أو حاضراً ؛ لأنّ الشهادة لا تسمع في إقرار السارق مع جحود السارق لمعنى يعود إلى إثبات القطع ؛ لأنّه يسقط بالرجوع ، وإذا لم يثبت القطع لهذه البيّنة ، لم يثبت المال بإقرار المحجور ؛ لأنّا نثبتته تبعاً للقطع ، وقد سقط القطع ، فسقط المال بالتابع له^(٢) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) (بالتابع له) سقطت من ب .

بَاب

اختلاف المأذون والمولى وغيره في مال في يد المأذون

—•••••—

قال: وإذا كان في يد المأذون مالٌ، فقال المولى: هو مالي، وقال العبد: هو مالي، وعلى العبد دينٌ، فالقول قول العبد، ولا يُصدّق المولى على ذلك، حتى يقضي الدين؛ لأنّ يد العبد يدٌ للغرماء، فكأنّ المولى والغرماء اختصموا في أيديهم، فلا يقبل قول المولى فيه.

قال: وإن كان المال في يد المولى وفي يد العبد، فهو بينهما نصفان؛ لما بيّننا أنّ العبد يده لنفسه، فصارا كأجنيين إذا تداعيا الملك كان بينهما؛ لتساويهما في اليد التي هي سبب الاستحقاق.

قال: وإن كان معهما يد [رجل] أجنبيّ، فالمال بينهم أثلاثاً؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم له فيه يدٌ صحيحةٌ، والتساوي في اليد يقتضي التساوي في الملك.

قال: فإن كان العبد لا دين عليه، فالمال بين المولى والأجنبيّ نصفان؛ لأنّ العبد الذي لا دين عليه يده لمولاه، (فكأنّ المولى ممسكٌ) ^(١) للشيء بيديه، والأجنبيّ بيدٍ واحدةٍ، فيكون بينهما نصفين، ولا يترجّح زيادة أحد اليدين.

وقالوا جميعاً: لو كان ثوبٌ في يد رجلٍ وعبدٍ مأذونٍ له، وكلّ واحدٍ منهما يدّعيه، فهو بينهما نصفان؛ لأنّ المأذون له يدٌ صحيحةٌ، فصار كالحرّ.

(١) ما بين القوسين في ب (فصار ممسكاً).



قال: وإن كان في يد أحدهما معظمه، وفي يد الآخر بعضه، فهو بينهما نصفان، وإن [لم] يكن أحدهما متعلقاً إلا بطرفه؛ لأن كل واحدٍ منهما يده ثابتةٌ عليه، فقد تساويا في ثبوت اليد من جنسٍ واحدٍ، فلا معتبر بزيادة التمسك.

وإن كان أحدهما متزراً به، أو مرتدياً به، أو كان قميصاً فكان لابسه، والآخر متعلقٌ به، أو كانت دابةً وأحدهما راكبٌ عليها، والآخر ممسكٌ باللجام، فهو للراكب واللابس؛ وذلك لأن أحدهما له تصرفٌ وللآخر إمساكٌ بغير تصرفٍ، والتصرف أظهر في اليد [وأدل] ^(١) على الملك، فكان أولى.

قال: ولو أن رجلاً حرّاً، أو عبداً مأذوناً له في التجارة، أو مكاتباً أجر نفسه من رجلٍ بأجرٍ ^(٢) يبيع معه [البز] ^(٣)، أو أجر نفسه من خياطٍ يخييط معه، وكان في يد الآخر ثوبٌ، فقال المستأجر: هو لي، وقال الأجير: هو لي، فإن كان في حانوت التاجر والخياط، فهو للتاجر والخياط؛ وذلك لأن الأجير إذا كان في منزل المستأجر فالظاهر أنه يتصرف في ماله، فدعواه أظهر من دعوى الأجير، فكان أولى بما في يده.

قال: ولو كان في السكة التي فيها منزل الأجير، فهو للأجير؛ لأنه إذا لم يكن في منزل المستأجر فلا يد [له] عليه، فبقيت اليد لنفسه، فصار كغير الأجير.

قال: ولو أن عبداً محجوراً عليه أجره مولاه من رجلٍ، وكان مع العبد ثوبٌ، فقال المستأجر: هو لي، وقال مولاه: هو لي، كان ذلك الثوب للمستأجر؛ لأن

(١) في أ (وأولى)، والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (الشيء) والمثبت من ب.

مولاه قد آجره منه ؛ وذلك لأنَّ العبد في يد المستأجر ، وقد زالت يد المولى عنه ، فهو يتصرّف للمستأجر في الظاهر ، وصارت يده يداً له .

قال : فإن كان العبد في غير منزل المستأجر ، أو في السكّة أو في السوق ، في يده ثوبٌ ، أو كان راكباً على دابةٍ ، فادّعى ذلك المولى ، فادّعه المُستأجر ، فهو للمستأجر^(١) ، ولا يُصدّق المولى [ب/٤٤٨] في شيءٍ من ذلك ؛ لأنَّ العبد ثبت عليه اليد ، وقد صار في يد المستأجر بعقد الإجارة ، فيده يداً له في منزله وغير منزله ، فالقول قوله ، ولا يُلتفت إلى قول العبد ؛ لأنَّ يده إذا كانت مستحقّةً ، فالقول قول المستحقِّ لها ، وليس هذا كالأجنبيِّ الحرِّ ؛ لأنَّ اليد يده ، وإذا خرج فيده لنفسه .

وقالوا جميعاً : لو كان العبد في منزل المولى ، (وفي يده ثوب) ^(٢) ، فقال المستأجر : هو لي ، وقال المولى : هو لي ، فهو للمولى ؛ لأنَّ منزله في يده ، فإذا كان العبد فيه ، فقد ثبتت يده عليه وزالت يد المستأجر ، فالقول قوله فيه .

ولو كان العبد المأذون له في التجارة وعليه دينٌ في منزل مولاه ، وفي يده ثوبٌ ، فقال المولى : هو لي ، وقال العبد : هو لي ، فإن كان الثوب من تجارة العبد فهو له ، وإن لم يكن من تجارته فهو للمولى ؛ لأنَّ لكل واحدٍ منهما فيه يداً ، فرجحت [يد] العبد [بالعلامة] ^(٣) ، فالظاهر فيما كان في تجارته أنّه له ، وما لم يكن من تجارته فلا ظاهر معه ، وهو والثوب في يد المولى ، فالقول قوله .

(١) (فهو للمستأجر) سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (بالعلانية) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

قال: ولو كان العبد راكباً على دابةٍ، أو لابساً ثوباً، فقال العبد: هو لي، وقال المولى: هو لي، فهو للعبد إن كان من تجارته أو لم يكن؛ لأنّ للعبد يداً وتصرفاً، وليس للمولى تصرفٌ، فلم تُساوِ [يده] يد العبد، فكان العبد أولى.

تم كتاب المأذون

(بحمد الله ومنه، ويتلوه كتاب الإقرار)^(١)



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

[٨١] كتابُ الإقرار

قال ﷺ: الأصل في لزوم الإقرار^(١) للمقرّ قوله تعالى: ﴿وَلِيَمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فلو لم يلزم المقرّ ما أقرّ به لم يرجع إلى إملائه، ثم ذمّه على الكتمان، فلولا أنّه إذا ظهر تعلق بإظهاره الحكم، لم يكن لذمّه معنّى، ألا ترى أنّ الله تعالى لما ذمّ الشهود على كتمان الشهادة، دلّ على أنّ إظهارها يتعلّق به حكمٌ، ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، قال ابن عباس: [شاهدة^(٢)]، وروى أنّ ماعزاً أقرّ عند النبي ﷺ بالزنا، فرجمه النبي ﷺ^(٣).

وقال في قصة العسيف: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»^(٤)، وهذا يدلّ على أنّ الاعتراف يثبت به الحدّ، فلا يُنزل به المال أولى. ولأنّ المقرّ غير متّهم على نفسه فيما يقرّ به، فوجب أن يلزمه حكم إقراره. قال أبو الحسن: وإذا أقرّ البالغ العاقل الحرّ بشيءٍ في ذمّته، أو فيما في يده، أو في بدنه بشيءٍ من حقوق الناس، جاز ذلك عليه وأخذ به، فإن رجع عنه

- (١) الإقرار لغة: مشتق من قرّ الشيء إذا ثبت، وقيل: هو ضد الجحود. وشرعاً: «هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه، وليس بإثباته». كما في أنيس الفقهاء ص ٢٤٣. وفصل الجوهرة: «عبارة عن إخبار عن كائن سابق، وإظهار لما وجب بالمعاملة السابقة، لا إيجاب ولا تملك مبتدأ». ص ٣٢٠.
- (٢) مزيدة من ب، رواه ابن جرير الطبري في تفسيره (١٨٥/٢٩)، دار الفكر، ط ١٤٠٥هـ.
- (٣) رواه البخاري (٦٤٣٨)؛ ومسلم (١٦٩٣).
- (٤) رواه البخاري (٢١٩٠)؛ ومسلم (١٦٩٧) من حديث أبي هريرة.

بعد إقراره لم يقبل رجوعه عنه ، وسواءً كان الحق الذي أقرّ به لآدميٍّ مالاً أو غير مالٍ .

أمّا لزوم الإقرار ؛ فقد بيّناه ، وأمّا اعتبار البلوغ والعقل ؛ فلأنّ قول الصبي والمجنون لا يتعلّق به حكمٌ ؛ لقوله ﷺ : «رفع القلم عن ثلاث...»^(١) .

فأمّا شرط الحرّيّة ؛ فلأنّ العبد إذا أقرّ بالأموال ، لزمته بعد الحرّيّة ، وإذا أقرّ بالحدود والقصاص ، لزمته في الحال ، [فلمّا اختلف]^(٢) حكم إقراره ، شرّط في جواز الإقرار الحرّيّة .

وأمّا إذا رجع لم يقبل رجوعه ؛ لأنّ الحقّ قد لزمه للمقرّ له ، وفي رجوعه إسقاط حقّه ، فلا يقبل قوله فيه .

قال : فإن كان ما أقرّ به حقاً لله تعالى مجرّداً من حقوق الناس ، مثل الزنا ، وشرب الخمر ، و[حدّ] السرقة ، فإن أقرّ بذلك ثم رجع عنه قبل استيفاء الحدّ ، بطل الحدّ ؛ لما روي أنّ ماعزاً لما مسّه حرّ الحجارة هرب ، فاتبعوه فقتلوه ، وذكر ذلك للنبي ﷺ ، فقال : «هلا خليتم سبيله»^(٣) ، فجعل الهرب [الدالّ] على الرجوع كالرجوع .

فإذا وجد [صريح]^(٤) الرجوع أولى أن يسقط الحدّ ؛ ولأنّ الحدود تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهةٌ ، فسقطت به [الحدّ] .

(١) رواه أبو داود (٤٣٩٨) ؛ والنسائي (٣٤٣٢) ؛ وابن ماجه (٢٠٤١) ؛ وصححه ابن حبان فرواه في صحيحه (١٤٢) .

(٢) في أ (فلا يختلف) ، والمثبت من ب .

(٣) رواه أبو داود (٤٤١٩) ؛ وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٥٨/٤) : (إسناده حسن) .

(٤) في أ (مع) ، والمثبت من ب .

قال: ويثبت عليه جميع ذلك بإقراره مرةً واحدةً، إلا الإقرار بالزنا، فإنه لا يلزمه إلا أن يقرّ أربع مراتٍ.

[وقال أبو يوسف: عدد الإقرار معتبرٌ بالشهود، فما كان الشهود فيه أربعةً، فالإقرار أربعةً، وما كان الشهود فيه اثنين، فالإقرار مرتان في الحدود].

وجملةُ هذا: أن كل ما جاز إثباته بشهادة شاهدين، جاز إثباته بإقراره مرةً واحدةً^(١) كالمال؛ ولأنّ السارق أقرّ عند النبي ﷺ بالسرقة فقطعه^(٢)، ولم يعتبر تكرار الإقرار.

لأبي يوسف: أنّ العدد في الإقرار بالحدود معتبرٌ بعدد الشهود فيها، كالإقرار بالزنا.

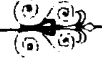
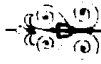
فأمّا الإقرار بالزنا، فقد بيّناه في كتاب الحدود، وقد روى بشرٌ عن أبي يوسف في نوادره: أنّه رجع في الإقرار بالسرقة إلى قول أبي حنيفة.

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف قال: وإذا قال: سرقت من هذا عشرة دراهم، لا بل سرقت من هذا عشرة دراهم، قال أبو حنيفة: أضمنه للأول عشرةً، وأقطعه للثاني، وقال أبو يوسف: لا أقطعه حتى يقرّ للثاني مرةً أخرى.

وقال بشرٌ: رجع أبو يوسف إلى قول أبي حنيفة.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) رواه من حديث أبي أمية المخزومي: أبو داود (٤٣٨٠)؛ والنسائي (٤٨٩٢)؛ وابن ماجه (٢٥٠٧). قال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٣١٣/٢): (في إسناده مجهولٌ أعلمه به الخطابي وعبد الحق والمنذري، وأما ابن السكن فذكره في سننه الصحاح، وأما الإمام فإنه قال في نهايته إنه متفقٌ على صحته). خلاصة البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير، مكتبة الرشيد في الرياض، ط ١، ١٤١٠هـ.



وهذا صحيح؛ لأنَّ قوله: لا رجوع - ورجوعه مقبولٌ في الحدِّ - غير مقبولٍ في المال، فيضمن للأول، ولا يقطع، ثم قد استدرك على نفسه الإقرار بالسرقة للثاني، واستدراكه مقبولٌ على نفسه^(١)، والعدد غيرٌ معتبرٌ عند أبي حنيفة، فيقبل^(٢) ويُقطع.

وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: إذا أقرَّ بسرقةٍ أو شرب خمر أو زناً بعد حين، أخذ بذلك، إلا شرب الخمر، فإنه لا يؤخذ به في قول أبي حنيفة [وأبي يوسف]، ويؤخذ به في قول محمدٍ.

وقد كان القياس: أن يُقبل إقرار الإنسان بعد حينٍ بجميع الحدود؛ لأنه غير متهم [على نفسه فيما يقرُّ به، فصار التقديم والتأخير سواءً، وإنما استحسَن أبو حنيفة وأبو يوسف] في الشرب إذا أقرَّ به بعد ذهاب ريحه أن [لا] يقام عليه الحد؛ لحديث ابن مسعود: «أن رجلاً جاء بابن أخيه، فقال: إن هذا ابن أخي، وإنه كان يتيمًا في حجري، وقد شرب الخمر، فسأله ابن مسعود، فأقرَّ، فقال لعمه: بئس كافل يتيم أنت، إنك لم تحسن أدبه ولا سترت خزيته، ثم قال تترتوه، مزمزوه، فإن وجدتم ريحاً فاجلدوه»^(٣)، فهذا يدلُّ على أن بقاء الرائحة معتبرٌ في إقامة الحدود، ولم ينقل عن أحدٍ من الصحابة خلاف ذلك، وأمّا محمدٌ فذهب إلى القياس.

قال: وإن جاء السكران في حال سكره يقرُّ على نفسه، لم يؤخذ بإقراره؛ لأنَّ السكران زائل العقل، والحدود يُعتبر فيها الاحتياط، فلا تثبت بقوله^(٤).

[أ/٤٤٩]

(١) (على نفسه) سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٣٣١/٨)

(٤) انظر: الأصل ٣٨٨/٨؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩٣/٣.

بَابُ الإقرار بما يكون مضموناً وبما لا يكون

قال أبو حنيفة: إذا أقرّ لرجل أن لفلانٍ عليّ ألف درهم، فهو جائزٌ، وهو دينٌ^(١)؛ لأنّ «عليّ» من ألفاظ الوجوب، قال الله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولأنّه جعل الألف عليه، وذلك لا يكون إلا وهي في ذمته.

قال: وكذلك إذا قال: له قبلي؛ لأنّ القبالة اسمٌ للضمان، ولهذا قالوا: بأنّ القبالة والكفالة واحدٌ، وإذا كانت من ألفاظ الضمان اقتضت الذمّة، فإن قال المقرّ: هي وديعةٌ، ولم يوصل ذلك بإقراره، لم يُصدّق؛ لأنّ ظاهر قوله: «عليّ وقبلي» يفيد الدين، فإذا قطع الإقرار، لزمه.

فإذا قال بعد ذلك: هو وديعة، ويريد أن يسقط عن نفسه ما لزمه، فلا يُقبل قوله، وأمّا إذا وصل ذلك بالكلام، فقال: له عليّ ألف [درهم] وديعةً، (أو قبلي، أو قبلي ألف وديعةً)^(٢) صدّق؛ لأنّ الكلام لم يستقرّ حتى وصل [به] ما يفيد سقوط الضمان، فكأنّه وصل به استثناءً، فيقبل قوله، ويصير قوله: عليّ، أي: عليّ تسليمها وحفظها.

فإن قال: له عندي ألف درهم، فهي وديعةٌ؛ لأنّ هذا يقتضي^(٣) إقراراً بالحقّ

(١) انظر: الأصل ٢١٢/٨.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

في يده، وذلك وديعةً، إلا أن يُعلم غير ذلك .

وكذلك لو قال: معي، لأن «مع» للمقارنة، وهذا يقتضي ما يثبت فيه في يده، وكذلك لو قال: في منزلي، أو بيتي، أو صندوقي، أو في كيسي؛ لأن هذا اعترافٌ بكونها في يده، [وقد تكون في يده المضمونة]، وقد يكون في يده الأمانة، والمضمون مثل الغصب، إلا ما لا يعلم^(١) بالضمان، فيثبت المتيقن: وهو الأمانة، فإن قال الطالب: هي قرضٌ، لم يُصدّق؛ لأن القرض ثابتٌ في الذمة، والمقرّر أقرّ بحق في يده .

فإن قال: له في مالي ألف درهم، فهذا إقرارٌ له بذلك في ماله، ولم يبيّن محمداً في الأصل أنه يكون مضموناً أو لا يكون .

وكان أبو بكر الرازي يقول: إن هذا إقرارٌ بشركة؛ لأنه جعل ماله ظرفاً لما أقرّ به، وذلك يقتضي اختلاطه .

وكان الشيخ^(٢) أبو عبد الله يقول: إن كان ماله [محصوراً]^(٣)، فهو إقرارٌ بشركة؛ لأن الشركة يصحّ أن تثبت في مال محصورٍ، وإن كان غير محصورٍ فهو إقرارٌ في ذمّته؛ لأن الشركة في غير المحصور لا تثبت، فقد أقرّ أن ذلك في جملة ماله، فإذا لم يحضر حتى يستحق [سهماً]^(٤) منه، فقد حكمنا بذلك المال للمقرّر، فيلزّمه عوضه للمقرّر له .

(١) في أ ب (إلا أنا لا نعلم الضمان) .

(٢) في ب (شيخنا) .

(٣) في أ (محظوراً)، والمثبت من ب، وكذا في المواضع الثلاثة الآتية .

(٤) في أ (شيئاً)، والمثبت من ب .

قال: فإن قال: له من مالي ألف درهم، فهذه هبةٌ لا تجوز عليه إلا أن يدفعها؛ لأن «مِنْ» قد تكون للابتداء، فكأنه قال: له مائة ابتداءً استحقاقها^(١) من مالي، فهذا لا يكون إلا أن يملكه إياها، وقد تكون «مِنْ» للتبعيض، والتبعيض لا يصح فيما هو ماله، إلا أن يهب جزءاً منه.

قال: فإن قال: له من مالي ألف درهم لا حق لي فيها، فهذا إقرار؛ لأن ما وهبه له ينقطع حقه عنه بالتسليم^(٢)، ولا يصح أن يحمل الإقرار على [هبةٍ غير مقبوضة، فلم يبق إلا أن يُحمل على] ما قبض وتعلق الاستحقاق به.

قال: فإن قال: له في دراهمي هذه ألف، فهذا إقرار، وهذا يجب أن يكون إقراراً بالشركة على ما قدمنا.

فإن قال: لفلانٍ عندي ألف درهم وديعةٌ قرضاً، وادعى الطالب القرض، فهو قرضٌ، وكذلك وديعة دينٍ أو بضاعة^(٣)، وكذلك مضاربة قرضاً أو ديناً، أو وديعةً ديناً أو بضاعةً قرضاً؛ لأنه لما جمع في إقراره بين الأمانة والضمان - والأمانة لا تطرأ على الضمان، والضمان يطرأ على الأمانة - وجب أن يُحمَلَ إقراره على الضمان، وأن الشيء كان وديعةً، ثم صار قرضاً أو غصباً.

قال: وإذا قال: لفلانٍ عندي ألف درهمٍ عاريةً، فهو قرضٌ، وكذلك كل ما

(١) في ب (استحقاقها).

(٢) في ب (لا ينقطع حقه عنه إلا بالتسليم).

(٣) (أو بضاعة) سقطت من ب.

والبضاعة: القطعة من المال، «أو المال التي تُقْتَنَى، أو تُعَدُّ للتجارة، يقال: ضع بضاعةً وابتضعها». معجم المصطلحات الاقتصادية (بضاعة).

يكال أو يوزن أقرّ بعاريته؛ لأنّ العارية تقتضي استيفاء المنفعة المقصودة من العين، وذلك لا يكون في الدراهم إلا بالاستهلاك، وهذا معنى القرض أنّه: أذن باستهلاك العين بشرط ضمان الردّ^(١).



(١) انظر: الأصل، ٢١٢/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٠٤/٣ وما بعدها.

بَاب

الإقرار بشيء مجهول

قال: وإذا أقرَّ أنه غصبَ رجلاً شيئاً، ولم يبيِّن ما هو، فإنه يلزمه من ذلك ما شاء، والقول قوله مع يمينه، ولا بد أن يقرَّ بشيء يتمانه الناس، ويحلف على دعوى المغصوب منه.

أما جواز الإقرار، فقد بيَّناه، وأما الإقرار بالمجهول، فالدليل عليه قوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانِ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، ولم يُفصّل؛ ولأن المقرَّ إنما يقر بما لزمه الإقرار به ويثبت في ذمته، وقد يلزم الإنسان الحقوق المجهولة، فإذا أقرَّ بها جاز.

وليس كذلك الشهادة؛ لأنَّ الشهادة لا بد أن يعلم ما يشهد به، والمجهول لا يعلمه؛ ولأنَّ الشهادة لا يتعلّق بها حكم، إلا أن ينضمَّ إليها حكم الحاكم، والحاكم لا يحكم بتسليم المجهول.

فإذا ثبت لزوم الإقرار والبيان إلى المقرِّ، فإن بيّن وإلا أجبره القاضي على البيان؛ لأنه أقرَّ بلزوم حق في ذمته، ومن لزمه حق مجهول فبيانه عليه، كمن أعتق أحد عبيده، وكمن باع قفيزاً من صبرة لزمه تمييزه، [ولا بد أن يقرَّ]^(١) بشيء يتمانه الناس ويقصدونه بالغصب؛ لأنه أقر بالغصب، وما لا يتمانه لا يُغصب. ولهذا قالوا: لو بيّن ما يغصبه الناس مما لا قيمة له أو لا يُضمّن، صدق،

(١) في أ (ولأنّه إن أقرّ)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

مثل أن يقرّ بغضب العقار، أو بغضب خميرٍ على مسلم، أو بغضب صبيٍّ حرٍّ، أو بغضب جلد ميتة، فإنه يُقبَل ذلك كله، وإن لم يضمن؛ لأنّ الناس يقصدون ذلك بالغضب.

وأما اليمين، فإن ادّعى المقرّ له أكثر مما قاله المقرّ استُحلف على الزيادة؛ لأنّ الأصل براءة الذمة، فما بيّنه تيقنًا لزومه، وما لم يبين به لا يُعلم لزومه، فيُستحلف عليه.

قال: فإن أقرّ أنه اغتصب من رجلٍ عبدًا، أو ثوبًا، أو شاةً، أو بقرةً، أو بعيرًا، أو شيئًا من العروض، فإنه يلزمه واحدٌ من ذلك، والقول قوله أنه هذا، صحيحًا كان أو معيبًا، وما كانت قيمته إذا كان قائمًا في يده؛ لأنّ الغضب إيقاع فعلٍ في عين، ولا يقتضي صحة العين، فإذا بيّن ما يتناوله الاسم، فالقول قوله فيه؛ لأننا لم نتيقن وجوب ما زاد عليه، فإن كان مُستهلكًا فعليه قيمته [٤٤٩/ب].

والقول قول المقرّ فيها مع يمينه؛ لأنّ الغضب يقتضي ردّ العين ما أمكن ردّها، أو ردّ قيمتها إذا تعذّر ردّ العين، ومن لزمه ضمان شيءٍ، فالقول قوله في مقداره مع يمينه^(١)، وكذلك الدار والأرض، يعني: إذا أقرّ بغضبها.

قال: ولو أقرّ أنه غصب دارًا، وقال: هي بالبصرة، فالقول قوله؛ لأنّ الإقرار يقتضي غصب دارٍ، فلا يختصّ بمكانٍ.

فإن قال: هي هذه التي في يد زيدٍ، وزيدٌ ينكر، فالقول قوله في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، ولا ضمان عليه في قولهما، ويضمن قيمتها في قول

(١) (مع يمينه) سقطت من ب.

محمد؛ وذلك لأن من أصلهما أن العقار لا يُضمّن بالغصب، وقد بينّا ذلك، فإذا بين ما غصبه علي وجه لا يلزمه ضمانه، صدّق فيه.

وأما علي قول محمد: فالعقار يُضمّن بالغصب، فإذا أقرّ بغصبه وتعذر رده لزمه ضمانه.

قال: وإذا أقرّ^(١): أن لفلان عليّ حقًا، أو [قال]: لفلان عليّ شيء، فالقول في ذلك ما قال المقرّ يقرّ بما شاء، لما بينّا أن من لزمه حقّ مجهول، فالقول قوله في بيانه، ولا بدّ أن يبين هاهنا ماله قيمة؛ لأنّ «عليّ» تقتضي ثبوت الحقّ في الذمة، ولا يجوز أن يثبت في ذمته إلا ما يتقوم.

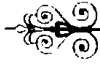
وإذا قال: له عليّ قفيز حنطة، فهو بقفيز البلد، وكذلك الرطل والأمناء^(٢) والصنجات، فذلك كله علي وزن البلد؛ لأنّ إطلاق الكيل والوزن انصرف إلى المعتاد في المصر بدلالة البياعات^(٣).



(١) في ب (قال).

(٢) (المنا والمناة: كيل أو ميزان، جمعه أمناء وأمن ومُنِيٌّ ومِنِيٌّ). القاموس المحيط؛ وفي المعجم الوجيز: «معيار قديم كان يُكّال به أو يوزن»، «والمنّ = ٢٥٧,١٤ درهماً = ٢٤ أوقية = رطلان = ٨١٥,٣٩ غراماً». معجم لغة الفقهاء (المقادير). (منو).

(٣) انظر: الأصل ٨/٢٥٢.



بَابُ

الإقرار بالدرهم



وإذا أقرّ الرجل أن لفلانٍ عليّ ألف [درهم] ، وذكر عدداً أقلّ من ذلك أو أكثر ، فإنّه على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان .

فإن ادّعى المقرّ أقلّ من ذلك الوزن ، لم يُصدّق ، فإن أقرّ بذلك بالكوفة فعليه وزن سبعة ، ولا يُصدّق على النقصان إذا لم يبيّن وزنها مع كلامٍ موصولٍ ، وذلك لأنّ الدرهم اسمٌ للوزن ، ألا ترى أن الدرهم موزون ، وجملة الموزون موزون^(١) ، والوزن يرجع فيه إلى غالب وزن البلد ؛ لأنّه هو المعتاد الذي ينصرف إليه الإطلاق ، كما يعتبر الغالب من نقد البلد في إطلاق العقود .

فأمّا بالكوفة فوزنهم وزن سبعة ، ولا يُصدّق المقرّ في أقلّ من ذلك ، ومعنى قوله وزن سبعة أي : كلّ عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، وكلّ درهمٍ وزن أربعة عشر قيراطاً ، وهذا هو الوزن الشرعيّ الذي يتعلّق به نصاب الزكاة ونصاب السرقة ؛ وذلك لأنّ الدراهم كانت مختلفةً ، منها ما وزنه مثقال عشرون قيراطاً ، ومنها ما وزنه اثنا عشر قيراطاً ، ومنها ما وزنه عشرة قيراط ، وكان الناس إذا تبايعوا اختلفوا ، فاستشار عمر رضي الله عنه الصحابة رضي الله عنهم في ذلك ، فأشاروا عليه أن يجعل الدرهم الوسط من ذلك ، فجمع^(٢) ثلاثة منها من كلّ نوع درهمٍ ، فكان اثنين

(١) في ب (مثله) .

(٢) في ب (فجعل) .

وأربعين قيراطاً ، فجعلها بثلاثة دراهم متساوية^(١) ، واستقرت أحكام الشريعة على ذلك .

فالوزن إذا أطلق حمل عليها ، إلا أن يكون في بلدٍ غالب وزنهم أقل من سبعة ، فيحمل عليه .

قال : فإن كان في بلادٍ يتبايعون فيها على دراهم معروفة الوزن فيما [بينهم] ينقص من وزن سبعة ، فالقول قول المقرّ ، فإن أراد أن ينقص من قدر وزن ذلك البلد لم يُصدّق ؛ وذلك لما بيّنا أن الوزن ينصرف إلى المعتاد في المصر الذي وجد^(٢) فيه الإقرار ، وإذا اعتادوا وزناً ناقصاً حمل الإقرار عليه ، فإن كان في بلدٍ أوزانهم مختلفةً ، فهو على أقلها ؛ وذلك لأنّ العادة في الوزن إذا اختلفت ولم يغلب بعض الأوزان على بعضٍ تساوت ، والأقلّ متيقنٌ دخوله تحت الإقرار ، وما زاد عليه مشكوكٌ فيه ، فلا يُستحقّ .

قال : ولو أقر بضربٍ من الدراهم ، فقال : له علي مائة درهمٍ أصهبديّة^(٣) عدداً ، ثم قال بعد ذلك : إنما عنيت (هذه الصغار)^(٤) ، فإنما عليه وزن سبعة ؛ لما بيّنا أن الدرهم اسمٌ للوزن ، فكأنه ذكر الوزن وضمّ العدد إليه ، فلا يتعلّق بذكر العدد [حكّم] .

(١) ذكر حادثة الدرهم العربي هذه : ابن الأثير الجزري في الكامل في التاريخ (٤/١٦٧) ، والبلاذري في فتوح البلدان (٤٥١) ، لكن الرواية عندهما ليس فيها أنّ عمر من أمر بذلك ، وعند ابن الأثير في الكامل أن ذلك كان في عهد عبد الملك بن مروان .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في المبسوط (٥/١٨) : (أصهبديّة) ، قال السرخسي : (الأصهبديّة فارسيّةٌ معربةٌ ، معناه أسبه سالادية ، والصغار هو الذي تسميه الناس مهراً ، تكون ستة منه بوزن درهم) .

(٤) في ب (المعتاد) .

والأصبهيدية: بيان نوع، كقوله: سود^(١)، فلا [يتغير]^(٢) حكم الوزن بها.
وقال أبو حنيفة: لو أقرّ [أن] عليه مائة درهم سوداء [كبار]^(٣)، ثم قال بعد ذلك: هي عليّ وزن سبعة، وقال الطالب: هي مائة مثاقيل، فالقول قول المقرّ مع يمينه.

قال محمد: الدراهم عندنا في بلادنا [كلها] على وزن سبعة، لا ينقص ولا يزيد، إلا أن يبين زيادة تُعرف أو نقصاناً يُعرف في الوزن موصولاً؛ وذلك لأنّ السود بيان للجنس، والدراهم [اسم للوزن، فلا يتغير حكم الوزن بذكر الجنس]، فأما إذا ذكر المقرّ زيادةً على ذلك، فقد فسّر أكثر ممّا يقتضيه الظاهر، فيقبل قوله، وإن فسّر أقلّ من ذلك موصولاً صدق، وصار بذلك كاستثناء من الجملة.

فإن قال: لفلان عليّ مائة درهم مثاقيل، كان عليه ما قال؛ لأنّه بين قدرًا^(٤) زائداً، فإن قال: [له] عليّ مائة وزن خمسة، فهو كما قال؛ لأنّه بين النقصان ووصله بكلامه، فصار كاستثناء المتصل، فإن قال: له عليّ درهمٌ وزنه نصف درهم، فهو مُصدّق إذا وصل، وإذا لم يصل وسمّي درهماً فهو وزن سبعة؛ وذلك لأنّه إذا وصل فقد عدل عن إطلاق الكلام بلفظ متصل، فصار كاستثناء، وإذا قطع استقرّ الوزن عليه، فلا يُصدّق في النقصان فيه.

فإن قال: عليّ دريهم أو دنينير، فعليه درهم تامّ، ودينار تامّ^(٥)؛ وذلك لأنّ

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (يعتد) والمثبت من ب.

(٣) في أ (جاز)، والمثبت من ب.

(٤) في ب (وزناً).

(٥) (ودينار تام) سقطت من ب.

التصغير قد يذكر لحجم^(١) الدينار، وقد يذكر عن طريق الاستقلال له، فلم يجز أن ينقص من الوزن الذي اقتضاه الظاهر^(٢) بالاحتمال.

وقال ابن سَمَاعَةَ عن أبي يوسف في نوادره: في رجل قال: لفلانٍ عليّ شيءٌ من دراهم أو شيءٌ من الدراهم، قال: عليه ثلاثة دراهم؛ وذلك لأنّ قوله: «شيءٌ» إقرارٌ مبهمٌ، وقوله: «من الدراهم» تمييزٌ لما أقرّ به، وأقلّ اسم الدراهم يتناول^(٣) ثلاثةً، فيحمل عليها.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: وإذا قال: لفلانٍ عليّ دراهم [كثيرةً، أجعل عليه عشرة دراهم]؛ وذلك لأنّ الدراهم اسمٌ يتناول [الجمع]، أقلّه ثلاثةً، وأكثره عشرةً، وما زاد على ذلك من العدد لا يفسر بدراهم، فصار أكثر ما يتناوله الاسم عشرةً، فحمل اللفظ عليها.

ولم يذكر قولهما: [٤٥٠/أ] وقيل^(٤) قالوا في هذه المسألة: إنّه يلزم المقرّ مائتا درهمٍ، أدنى ما يجب فيه الزكاة من النوع الذي أقرّ به؛ لأنّ النصاب في حكم الكثير، ألا ترى أنّ الإنسان يخرج به من حيّز الفقر إلى حيّز الغنى^(٥).

وقال أبو يوسف: إذا قال: له عليّ مالٌ كثيرٌ أو عظيمٌ، فعليه مائتا درهمٍ، وإن قال: أموالٌ عظامٌ، فإنّي أجعلها ستمائة؛ لأنّ النصاب مستعظمٌ في الشرع حين خرج به الإنسان من الفقر إلى الغنى، فحمل الإقرار عليه، ولم يُصدّق في

(١) في ب (جملة).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (وقد).

(٥) في ب (من حيّز الفقراء إلى حيّز الأغنياء).

النقصان عنه .

فإذا قال: أموالٌ عظامٌ، فهو جمع للمال، فيحمل على ثلاثة أموال، ولم يذكر في الأصل قول أبي حنيفة في هذا [الفصل] ^(١)، فمن أصحابنا من قال: [إن] قوله مثل قولهما، ومنهم من حمّله على العشرة وجعله كدراهم كثيرة، ومنهم من قال: اعتبر فيه حال المقرّ وما يستعظمه مثله في العادة.

وقد قال الشافعي: إن المرجع في ذلك إلى بيانه، [وأغنى] ^(٢) الصفة ^(٣). وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ المفهوم من قولنا: «مالٌ عظيمٌ»، أكثر ممّا يفهم من قولنا: «مالٌ»، ولا يجوز إلغاء اللفظ مع إمكان حمّله على وجه صحيح.

قال: ولو قال: غصبت إبلاً كثيرةً، جعلت عليه خمساً وعشرين إبلاً ^(٤)؛ وذلك لأنّ الكثير عنده هو النصاب، ونصاب الإبل المستكثرة هو ما يجب فيه الزكاة من جنسها، فأما الخمسة وإن كان نصاباً فلم تُجعل في حدّ الكثير؛ فلذلك يوجب [الغنم] ^(٥).

قال: فإن قال: له عليّ حنطةٌ كثيرةٌ، فإنّي أجعل عليه خمسة أوسق، والوسق ستون صاعاً، وهذا على أصلهما: أنّ النصاب في الخارج من الأرض يتقدّر بالأوسق، فيحمل الكثير عليه، كما يحمل على النصاب في بقية الأموال.

(١) في أ (الأصل)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) في أ (فالغني) والمثبت من ب.

(٣) وقال الشافعي: «... فالقول قوله مع يمينه». الأم ص ٦١٢.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) في أ (النعيم) والمثبت من ب.

فأما عليّ قول أبي حنيفة: فلا نصاب للحنطة، فيرجع في ذلك إلى بيان المقرّ، إلا أنه لا بدّ من أن يبيّن زيادةً عليّ ما يقبل بيانه فيه لو قال: عليّ حنطةٌ، حتى لا يلغي الصفة.

فقال ابن سَماعة عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ طبرية، أو درهمٍ طبريٍّ: فإن قال هذه المقالة ببغداد، فعليه ألف درهم وزن سبعةٍ من الطبرية، ولو قال عليه ألف درهم مروزيّة، فقال هذا ببغداد، كان عليه دراهم بوزن بغداد مروزيّة؛ [وذلك] لأنّ الدراهم اسمٌ للوزن، وذُكر الطبرية والمروزيّة بيانٌ للصفة، فلا يغيّر حكم الوزن.

ولو قال ببغداد: له عليّ كُرّ حنطةٍ^(١) موصليةً، كان عليه موصليةً^(٢) بكرّ بغداد.

ولو قال بالموصل: له عليّ كُرّ حنطةٍ سواديةً، فعليه كُرّ حنطةٍ سواديةً بكيل الموصل؛ لأنّ الكُرّ اسمٌ للكيل، فإذا ضم إليه الموصل والسوادية، فهو بيانٌ للصفة، فلا يغيّر حكم الكيل عن ظاهره.

وقال ابن سَماعة في موضعٍ آخر في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ قال: لفلانٍ عليّ درهمٌ طبريٍّ، فعليه درهمٌ وزنٌ من الطبرية، فكذلك لو قال: عليه أو [سنديةً، أو نجيةً]^(٣)، إنما هذه أجناسٌ، فهو عليّ ما سمّي من الجنس وزن سبعةٍ، وهذا عليّ ما قدّمنا.

(١) الكُرّ بالصاع = ٧٢٠ = ٢٣٤٨،٢٨٠ غراماً لدى الحنفية = ١٥٦٣،٨٤٠ غراماً عند الجمهور. والتقدير فيه خلاف لدى أهل التقدير. معجم لغة الفقهاء (المقادير).

(٢) في ب (حنطة الموصل).

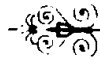
(٣) في أ (سبية أو نحسية) والمثبت من ب.

ولو قال: لفلانٍ عليّ دينارٌ شاميٌّ، أو كوفيٌّ، أو دينارٌ مثقالٌ^(١)، والدينار مخالفٌ للدرهم في هذا، إنّما ينسب الدينار إلى الوزن، وليس إلى الجنس، ألا ترى أنّ نقصان الدينار وضيعةٌ فيه ليس على النقصان، ولكنه لا يجوز كما يجوز الدينار الوزان، إنّما يجوز كما يجوز التبر، وله وضيعةٌ لنقصانه، ليس نقصان الوزن، ولكنه نقصانٌ؛ لأنه لا يجوز مكانه دينارٌ وازنٌ، ألا ترى أنّ رجلاً لو كان له على رجلٍ دينارٌ فأعطاه دينارين صغيرين (يكونان ديناراً، فإنّا لم نجبر على قبض ذلك، فأما الدراهم فإنّي أجزى درهمين صغيرين)^(٢) وزنهما درهمٌ بدرهم، فكأنه أشار إلى [أنّ] الدينار الشاميّ والمثقال ينصرف الإقرار فيه إلى الوزن والعدد، فلا يجوز أن يعطي دينارين صغيرين، وهذا على عادةٍ عرفها: أنّ الدينار الناقص الوزن ينقص ثمنه، لا لنقصان وزنه خاصّةً^(٣)؛ ولكن لأنّ نقصان الوزن معه نقصان الصفة، فيعتبر الوزن والعدد.

فأما الدراهم فلم يكن نقصان الوزن فيها وضيعةً، فاعتبر الوزن خاصّةً دون العدد^(٤).



-
- (١) في ب (فقال).
 (٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
 (٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
 (٤) انظر: الأصل، ٢٠٤/٨ وما بعدها.



بَابُ الإقرار بالدرهم ثم يدعي أنها زُيوفٌ



قال في الأصل: قال أبو حنيفة: إذا أقرّ الرجل بألف درهم وزن سبعة قرضاً، أو [من] ثمن بيع، ثم قال بعد ذلك: هي زُيوفٌ، أو بهرجةٌ، فإنه لا يُصدّق، وهي جياذٌ على ما يتبايع الناس [ويتقارضون] (١)، وكذلك لو وصل بنطقه لم يُصدّق على ذلك في قول أبي حنيفة، (وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل صدّق، وإن قطع لم يُصدّق).

أما البيع، فوجه قول أبي حنيفة (٢): أن العقد يقتضي صحّة المعقود عليه، فلا يقبل قوله في استحقاق المبيع (٣)، كما لو قال: بعتك هذا العبد على أنه معيبٌ، لم يُصدّق على ذلك وإن وصل.

وجه قولهما: أنه لما وصل ذلك بإقراره فقد التزم ثمناً (٤) بصفةٍ، فهو كما لو قال: ألف سود من ثمن مبيعٍ.

فأما القرض فعنه روايتان: جعله في هذه الرواية كالبيع؛ لأنه معاوضةٌ وتمليك الشيء بمثله، فهو كالبيع، وقال في الرواية الأخرى: يُقبَل قوله إذا وصل؛ لأن

(١) في أ (يتعارفون)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة إذ الكلام عن البيع والقرض، وهكذا في الأصل، ٢١٤/٨.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (العيب).

(٤) في ب (مالاً).

القرض يتم بالقبض ، فهو كالغصب ، ولو قال : غصبته ألفاً زيوفاً ، كان القول قوله ، كذلك القرض .

قال : ولو أقرّ أنه غصبه ألف درهم ، ثم قال بعد ذلك : هي بهرجة أو زيوف ، كان كما قال ، وَصَلَ أو قَطَعَ^(١) ، وكذلك لو قال : له عندي ألف درهم وديعة ، ثم قال بعد ذلك ، هي بهرجة أو زيوف ، كان كما قال ، وصل أو قطع ؛ لأنّ الوديعة والغصب إيقاع فعلٍ في عينٍ لا يقتضي صحّة العين ، فالقول قوله فيما وقع عليه الغصب ، ألا ترى أنه لو قال : غصبته عبداً ، أو أودعته^(٢) عبداً ، ثم جاء بعبدي معيبٌ صدق ، كذلك العيب في الدراهم .

[قال] : فإن قال : له عليّ ألف درهم ، ولم ينسب ذلك إلى بيع ولا قرض ، ثم قال : هي زيوف ، لم يُصدّق إن قطع الكلام ، وإن وصل صدّق في قول أبي يوسف ومحمد .

وهذا الأصل^(٣) لا خلاف فيه ؛ لأنّه لم ينسب ذلك إلى عقدٍ يقتضي صحّة المعقود عليه ، فإن وصل بكلامه الزيوف (لزمه على ما أقرّ به ، فإن قطع فقد ثبت الحقّ في ذمّته ، وإطلاق الدراهم يقتضي الجياد)^(٤) ، فإذا فسّر بالزيوف منقطعاً^(٥) فقد عدل عن ظاهر كلامه ، فلا يُصدّق .

وأما إذا قال : أودعني ألف درهم ، قال : هي رصاص ، أو ستّوقة^(٦) ، فإن

(١) (وصل أو قطع) سقطت من ب .

(٢) في ب (أودعني) .

(٣) في ب (الفصل) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) في ب (بكلام منقطع) .

(٦) أي زيّف بهرج . انظر مختار الصحاح (ستق) .

وصل الكلام صدق ، وإن قطع لم يُصدق ؛ لأن السُّوقَةَ ليست من جنس الدرهم [٤٥٠/ب] ، فإذا قطع لزمته الدرهم ، فلا يُصدق في بيان ما ليس من جنسها ، وأما إذا وصل فقد عدل عن ظاهر كلامه بلفظ متصل ، فيصير كعدوله عن العدد بالاستثناء .

قال بشرٌ عن أبي يوسف : في رجل^(١) قال : غصبتك ألف درهمٍ زيوفاً ، فإنّ أبا حنيفة قال : أصدّقه ، وقال أبو يوسف : إن قطع ما بين الزيوف والألف بكلام ، لم أصدّقه ، وهذا خلاف الرواية الأولى .

والظاهر : أنّه يُصدق في الوجهين ؛ لأنّ الغصب لا يقتضي صحّة المغصوب ، فالقول قوله قطع أو وصل .

ووجه هذه الرواية^(٢) : أنّ إطلاق الدرهم يقتضي الجياد ، والغصب يثبت في الذمّة ، فإذا استقرّ الإقرار بالسكوت لم يُصدق في بيان ما لا يقتضيه الظاهر .

وقال أبو حنيفة : إذا قال : أو دَعَنِي ألف درهمٍ ، أو أعطاني ألف درهمٍ ، ثم جاء بها زيوفاً أو بهرجةً ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن لم يصل ذلك بالكلام الأوّل . وكذلك قال أبو يوسف .

أمّا أبو حنيفة فمضى على الظاهر : أنّ الوديعة قبضٌ لا يقتضي صحّة المقبوض ، فالقول قول المودّع في البيان .

وأمّا أبو يوسف : ففرّق في إحدى الروايتين بين الغصب والوديعة ؛ لأنّ الغصب ثبت في الذمّة ، فإذا استقرّ الإقرار بالسكوت لم يُصدق في نقصان

(١) (في رجل) سقطت من ب .

(٢) في ب (وجه الرواية الأخرى) .

الصفة ، وأما الودیعة فلا تثبت في الذمة ، فالقول قوله في بيانها .

قال أبو یوسف: إذا قال: سَتُّوقَة ، صدَّقته في الغصب والودیعة إذا وصل ، وكذلك قال أبو حنیفة (إذا وصل .

قال أبو حنیفة^(١): ولا أصدِّقه إذا قطع ؛ لأنَّ السَّتُّوقَة ليست بدراهم ، فإذا بین ذلك بكلامٍ منقطعٍ ، فهو رجوعٌ عمَّا أقرَّ به من الودیعة ، فلا يُصدَّق .

قال: وإذا قال: ابتعتها بألفٍ سَتُّوقَة ، لم يُصدَّق في قول أبي حنیفة ، وهي جیادٌ ، وقال أبو یوسف: يُصدَّق ، والبيع فاسدٌ .

أما أبو حنیفة: فمضى على أصله: أنَّ العقد يقتضي صحة المعقود عليه ، وكما لا يُصدَّق في الزيوف ، فكذلك في السَّتُّوقَة .

وأما أبو یوسف فقال: أقرَّ بالبيع بثمنٍ موصوفٍ فيُصدَّق فيه ، كالسود والبيض ، إلا أنَّ البيع فاسدٌ ؛ لأنَّ السَّتُّوق لا يصح إطلاقها في العقد ، كما لا يصح إطلاق العروض ، فيفسد البيع لذلك .

قال ابن سَمَاعَة: سمعت أبا یوسف قال: في رجلٍ أقرَّ فقال: لفلانٍ عليّ ألفٌ بيضٌ زيوفٌ ، أو سودٌ زيوفٌ ، أو مكسرةٌ زيوفٌ ، أو وضحٌ^(٢) زيوفٌ ، فهو مُصدَّقٌ إذا وصل ؛ لأنَّ الزيوف قد تكون بيضاء ، وقد تكون سوداء ، فالقول قول المقرِّ في ذلك .

ولو قال: له عليّ ألفٌ درهمٍ جیادٍ زيوفٍ ، فهي جیادٌ ، وكذلك لو قال: نقد

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) الوَضَح: الدرهم الصحيح . انظر: القاموس المحيط ، (وضح) .

بيت المال زيوفٌ، فإنه لا يُصدّق؛ وذلك لأنّ الجياد لا تكون زيوفاً، فلما أقرّ بالجياد ثم ذكر الزيوف فقد رجع عن إقراره، فلا يقبل^(١)، وكذلك نقد بيت المال عبارةً عن الجياد، فلا يقبل قوله في الزيوف.

ولو قال: له عندي ألف درهمٍ وديعةً، ثم جاء بألفٍ زيوفٍ، صدّق، وهذا على ما قدّمنا.

فلو جاء بسُتُوقة وقال: هي هذه، لم يُصدّق؛ لأنّ السُتُوقة ليست بدرهم، وقوله يقبل^(٢) في بيان صفة ما أقرّ به، فأما إذا بيّن جنساً غير الجنس^(٣) المقرّ به، لم يقبل قوله فيه.

قال أبو عبد الله: ولو قال: له عليّ عشرة دراهم إلا درهماً زائفاً، ففي قول أبي يوسف: له عليه عشرة [دراهم] جياد، [وعلى المقرّ له درهمٌ زائفٌ، فيدفع المقرّ عشرة دراهم جياد]، ويأخذ درهماً زائفاً، وفي قول أبي حنيفة: عشرة [دراهم] جياد.

أما أبو حنيفة فقال: إنّ الجودة إذا لاقَت جنسها فيما فيه الربا، لا قيمة لها؛ ولهذا قال: إن من اقتضى دينه زيوفاً وهو لا يعلم به، فأنفقه، لم يرجع بشيء، فإذا قال: له عليّ عشرةٌ إلا درهماً زائفاً؛ لو صححنا الاستثناء لزم المقرّ له درهمٌ زائفٌ، والمقرّ عشرةٌ جيادٌ، والزائفٌ عنده يصير قصاصاً بالجد، وكان يلزمه تسعةٌ جيادٌ، ويصير الاستثناء في درهمٍ جيديٍّ، وهو لم يستثن هذا، فبطل الاستثناء.

(١) في ب (يصدق).

(٢) في أ (لم يقبل)، بزيادة (لم)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



وأما أبو يوسف: فعنده أن الجودة لا يسقط حكمها، ويلزم المقر عشرة جياذ، والمقر له درهم زائف، وهما مختلفان، فلا يثبت بينهما القصاص، فدفع كل واحد منهما ما وجب عليه.

قال: ولو قال: عشرة دراهم إلا درهماً ستوقاً، فعليه عشرة دراهم إلا قيمة درهم ستوق، وكذلك قياس قول أبي حنيفة؛ [لأن] الاستثناء من غير الجنس يجزئ عندهما، والستوق يجري مجرى العروض، ألا ترى أنها لا تصير قصاصاً بالجياذ، فيسقط من العشرة قيمة الدرهم الستوق^(١).



(١) انظر: الأصل، ٢١٣/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥٠٣/٣.

بَابُ

ما يكون إقرارًا بقبض ما أقربه أو لا يكون



قال ابن سَمَاعَةَ عن أَبِي يوسُفٍ في رَجُلٍ قال: أَقْرَضَنِي فلانٌ ألفَ درهِمٍ، ثم قال: لم أَقبِضْها مِنْهُ، إِنَّمَا طَلَبْتُ إِلَيْهِ فَأَقْرَضَنِي ولم أَقبِضْ، قال: لا أَصدِّقُه، والمالُ لا زَمُّ لَهُ.

و[قد] كان القياس أن يصدق؛ لأن [القرض] ^(١) اسمٌ للعقد، والقبض يتمُّ العقد به كما يتمُّ عقد البيع، ومعلومٌ أن الإقرار بالبيع لا يشتمل على الإقرار بالقبض، فكذلك القرض؛ ولأنه أضاف الفعل إلى المقرض، ولم يضيفه إلى نفسه، فلم يكن في اعترافه ما يدلُّ على القبض.

وجه الاستحسان: أن القرض لا يتمُّ إلا بالقبض، فهو كالقبول في البيع، ومعلومٌ أنه لو أقر بالبيع وجدَّ القبول لم يقبل قوله، كذلك إذا أقر بالقرض وجدَّ القبض.

وليس هذا كمن أقرَّ أنه اشترى عبداً بألف درهم، وزعم أنه لم يقبضه؛ لأنَّ عدم القبض في البيع لا يخرجُه من أن يكون بيعاً، فلم يكن في دعواه عدم القبض رجوعٌ عمَّا اعترف به من البيع، وعدم القبض في القرض يبطل القرض، فدعواه لذلك رجوعٌ.

قال ابن سَمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ قال: أعطيتني ألفاً، أو أقرضتني ألفاً،

(١) في أ (القبض)، والمثبت من ب.

أو أودعتني ألفاً، أو أسلفتني ألفاً، أو أسلمت إليّ ألفاً، ثم قال بعد ذلك: لم أقبضها [١/٤٥١]، لم أصدّقه، وإن وصل الكلام بهذا صدّفته.

والقياس في هذا على ما بيّنا: أنه أضاف العطاء والقرض والوديعة والسلف إلى المقرّ له، فلم يدلّ ذلك على الاعتراف بفعله.

والاستحسان في القرض ما قدّمناه، وكذلك قوله: أعطيتني؛ لأنّه إذا لم يقبض فإنّما عرض عليه العطاء، ولم يعطه، وهو إنّما اعترف بالعطاء، وقوله: أودعتني اعترافٌ بما قبض؛ لأنّه لو لم يقبض لكان قد عرض عليه الوديعة، [وأما] ^(١) قوله: أسلفتني، أو أسلمت إليّ، فهي عبارةٌ عن القبض؛ لأنّ السلم والسلف في اللغة عبارةٌ عن عقدٍ يتضمّن تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر.

فإذا قال: لم أقبض متصلاً بكلامه، فهو كالأستثناء المتصل، فيُصدّق فيه.

قال: ولو قال: نقدتني ألفاً فلم أقبضها، أو دفعت إليّ ألفاً ^(٢) فلم أقبض، لم يصدّق في قول أبي يوسف وإن وصل، وقال محمد: يُصدّق.

لأبي يوسف: أنّ قوله: نقدتني، يقتضي القبض؛ بدلالة أنّهم يقولون: فلانٌ يبيع بالنقد، فيفهم من ذلك التقابض، فكأنّه قال: أقبضتني، ثم رجع.

وجه قول محمد: أنه أضاف النقد إلى فعل نفسه ^(٣)، فهو كقوله: أقرضتني،

وأعطيتني، فيصدق إذا وصل.

(١) في أ (فإنما)، والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (غيره)، والمثبت من أ.

[قال]: فإن قال: بعثني دارك بألف درهم، أو أجرّني، أو أعرتني، أو وهبتها لي، أو تصدّقت بها عليّ، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض، فإنّي أصدقه، وصل أو لم يصل؛ وذلك لأنّ البيع يتم دون القبض، وكذلك الإجارة، فلم يلزم في الاعتراف بهما اعتراف بالقبض.

وأما الهبة والعارية والصدقة، فإذا قال: لم أقبضها، فإنه أسقط حقّ نفسه عنها، وقول الإنسان مقبولٌ فيما يسقط به حقّه، وإن خالف ظاهر كلامه^(١).



(١) انظر: الأصل، ٢١٧/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٠٨/٣.

بَابُ الإقرارِ بعدِ مجهولٍ



قال ابن سَمَاعَةَ عن أبي يوسف فيمن قال: لفلانٍ عليّ دراهم مضاعفةً^(١)، فعليه [ستّة]^(٢)؛ لأنّ اسم الجمع أقلّ ما يتناولُه ثلاثة، والتضعيف ([أقله] مرةً واحدةً)^(٣)، وضعف الثلاثة ستّة.

فإن قال: له عليّ دراهم أضعافاً مضاعفةً، فله عليه ثمانية عشر درهماً؛ لأنّ الأضعاف جمعٌ فيقتضي أقلّه ثلاثة، والدراهم أقلّ ما يتناول ثلاثة، فإذا ضعفت ثلاث مراتٍ كانت تسعة، وقوله: مضاعفةً، يقتضي ضعف ذلك، فيكون ثمانية عشر.

ولو قال: له عليّ دراهم أضعافاً، فهو تسعة؛ لأنّ الأضعاف جمعٌ فإذا ضوعفت الثلاث ثلاث مرات، كانت تسعة.

ولو قال: له عليّ دراهم مضاعفةً أضعافاً، فعليه ثمانية عشر؛ لأنّ الدراهم المضاعفة ستّة، فإذا أوجبها أضعافاً اقتضى ذلك ثلاث مرات، فيكون ثمانية عشر.

قال: ولو قال: له علي عشرة دراهم وأضعافها مضاعفةً، فعليه ثمانون درهماً؛ لأنّ أضعاف العشرة ثلاثون، فإذا ضُمَّت إلى العشرة كانت أربعين، وقد

(١) في ب (بضاعه).

(٢) في أ (مثلثة ثلاثة)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (أقل أقله مرة واحدة)، وفي أ (أوله).

أوجبها مضاعفةً ، فتكون ثمانين .

قال ابن رستم عن محمدٍ: في رجل قال: لفلانٍ عليّ غير ألفٍ ، فعليه ألفان ، فإن قال: عليّ^(١) غير ألفين ، فعليه أربعة آلاف ، فإن قال: عليّ غير درهمٍ ، فله عليه درهمان ، فإن قال: غير درهمين ، فعليه أربعة [دراهم] ؛ لأنّ الغير ما قابل الشيء حتى يغيّره ، فكأنّه أوجب عددًا من الألوف غير الألف ، وأقلّ ذلك ألفان ، فأوجب عددًا من الدراهم غير درهمٍ ، وأقلّ ذلك درهمان .

قال أبو حنيفة: إذا أقرّ الرجل فقال: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ إلا شيئًا ، أو إلا قليلًا ، أو قال: له عليّ زهاء الألف أو عِظَم ألفٍ ، أو جلّ ألفٍ ، أو قريبٌ من ألفٍ ، فعليه خمسمائة وشيءٌ ، والقول في الزيادة [قوله] ، ولا يُصدّق في النصف وما دونه ؛ وذلك لأنّ قوله: «إلا شيءٌ» إنّما يستعمل في القليل في العادة ، وأقلّ الشيء ما نقص عن نصفه .

فأمّا إذا قال: زهاء [ألفٍ]^(٢) أو عِظَمُه أو جلّه ، فهو عبارة عن أكثره ، وذلك يحصل بالزيادة على النصف وإن قلّت ، وكذلك إن قال: قريبٌ من الألف ؛ لأنّه إذا زاد على النصف فهو إلى الغاية أقرب .

قال: وإذا قال: لفلانٍ عليّ ما بين مائةٍ إلى مائتين ، فإنّ عليه في قول أبي حنيفة مائة وتسعين ؛ لأنّ من أصله أنّ الابتداء يدخل والغاية لا تدخل ، فإذا جعل الغاية جملةً ، أسقط منها أبو حنيفة العدد الذي يكمل به الجملة ، ومعلومٌ أنّ المائة تتركب من العشرات ، فسقطت العشرة التي تكمل بها المائة .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في أ (هي ألفان) والمثبت من ب .



فأمّا على قولهما: فإنّ الغاية تدخل في الكلام ، فيلزمه المائتان .

ولو قال: له عليّ ما بين كُرّ شعيرٍ إلى كُرّ حنطةٍ [لزمه في قياس قول أبي حنيفة كُرّ شعيرٍ وكُرّ حنطةٍ] إلا قفيزاً ؛ وذلك لأنّ الكُرّ اسمٌ لجملةٍ من القُفزان ، وقد جعل كُرّ الحنطة غايةً لما أقرب به ، فيسقط منه العدد الذي يكمله [وهو] القفيز .

فأمّا على قولهما: فيلزمه الكُرّان ؛ لأنّ الغاية داخلةٌ عندهما [في الكلام] (١) .



(١) انظر: الأصل ٢٠٩/٨ .

بَابُ الإقرار بعددين يُبهم أحدهما ويسمي الآخر

قال في الأصل: إذا قال: له عليّ ألفٌ، ولم يبيّن، فالقول [قوله] يقرّ بما شاء؛ لأنّ الألف عددٌ مبهمٌ يصحّ أن يُفسّر بكلّ معدودٍ، فوجب أن يرجع في بيان ذلك إلى قول المقرّ.

ولو قال: له عليّ مائة وثوبٌ، فالقول قوله في المائة، يقرّ بما شاء، وكذلك كلّ شيءٍ لا يكال ولا يوزن ولا يعدّ^(١)؛ وذلك لأنّ قوله: عليّ مائةٌ، يقتضي ثبوتها في الذمّة، وقوله: ثوبٌ، والثوب ممّا لا يثبت في الذمّة بنفسه، فيقتضي تغاير الأمرين، فلم يجز أن يُجعل أحدهما من جنس الآخر بظاهر اللفظ؛ فلذلك رجع إلى البيان، وكذلك لو قال: وثوبان، كان القول في المائة [قوله]؛ لما بيّنا.

ولو قال: مائةٌ وثلاثة أثواب، [كان ذلك كلّه ثياباً؛ لأنّ قوله: مائةٌ وثلاثةٌ، إقرارٌ بعددين مبهمين، وقوله: أثواب، تفسيرٌ] وكلّ واحدٍ منهما يحتاج إلى التفسير، فكان ذلك تفسيراً لهما.

وقال ابن سَماعة عن أبي يوسف في نوادره: إذا قال: لفلانٍ عليّ ألفٌ وعبدٌ، فعليه عبدٌ وألفٌ (مما شاء)^(٢)، وكذلك لو قال: له عليّ عشرةٌ وعبدٌ؛ وذلك لأنّ العبيد لا يقسم بعضها في بعضٍ، فهي كالأجناس المختلفة، ولا يكونُ عطْفُ [ب/٤٥١] أحد العددين على الآخر يقتضي مساواتهما، فوجب الرجوع في

(١) (ولا يعد) سقطت من ب.

(٢) في ب (لما بيّنا).

العدد المبهم إلى التفسير .

ولو قال: له عليّ ألفٌ وشاةٌ، فعليه ألفٌ شاةٍ وشاةٌ، وكذلك ألفٌ وبعيرٌ، [وكذلك عشرةٌ وثورٌ، وعشرةٌ وفرَسٌ؛ لأنّ هذا كلّهُ يقسم بعضه في بعضٍ]، فصار جنساً واحداً، وحكم المعطوف^(١) حكم المعطوف عليه، فيثبت الجميع من جنسٍ واحدٍ .

وقال في الأصل: إذا قال: له عليّ عشرة آلافٍ ووصيفٌ، جعلت عليه الوصيف، وجعلت عليه عشرة آلافٍ من أيّ نوعٍ شاء، وهذا كما قدّمنا .

ولو قال: [له عليّ] ألفٌ وشاةٌ، جعلتها من الشياه كلّها، أستحسن ذلك، وأصرفه عليّ^(٢) معاني كلام الناس .

وجه القياس: أنّ قوله: [له عليّ]^(٣) ألفٌ، عددٌ مبهم، وذكر الشاة ليس بتفسيرٍ له، فبقي العدد الأوّل عليّ إبهامه .

وجه الاستحسان: أنّ الشاة لَمّا كانت ممّا يقسم بعضها في بعضٍ، صارت كالشيء الواحد، وحكم العطف حكم المعطوف عليه، ولأنّهم [يستثقلون]^(٤) التكرار في البيان، ولا يقولون: مائة درهمٍ ودرهمٌ، ومائة شاةٍ وشاةٌ، وإنّما يقولون: مائةٌ ودرهمٌ، والمراد بالجمع جنسٌ واحدٌ، فحمل ذلك عليّ العادة .

قال: وإذا أقرّ فقال: لفلانٍ عليّ عشرة دراهمٍ ونيّفٌ، فالقول في النيّف ما

(١) في ب (العطف) .

(٢) في ب (عن) .

(٣) في النسخ (أن)، والمثبت ما يقتضيه السياق .

(٤) في أ (يستعملون)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة .

قال من شيء، درهم أو أكثر منه، وله أن يجعله أقل من درهم؛ وذلك لأن النيف: ما زاد وأناف؛ ولهذا سُمي الأنف أنفاً، ويقال: جبلٌ منيفٌ، وإذا كان الاسم عبارة عن الزيادة، حمل عليها قلت أم كثرت.

وإذا قال: عليّ بضعةٌ وخمسون درهماً، فإنّ البضعة ثلاثة دراهم فصاعداً، وليس له أن ينقص من ثلاثة؛ لأنّ الله تعالى قال: ﴿فِي بَضْعِ سِنِينَ لِلَّهِ الْأَمْرُ مِنْ قَبْلُ وَمِنْ بَعْدِ﴾ [الروم: ٤]، فخاطر أبو بكرٍ قريشاً على أن الروم تغلب فارس [إلى ثلاث سنين]، فقال ﷺ: ((ما البضع في لغتكم؟)) فقال^(١): من ثلاثة إلى تسعة، فقال ﷺ: ((زد في الخطر وأبعد في الأجل))^(٢)، وهذا يدلّ على أنّ أقلّ ما يتناوله اسم البضع ثلاثة، فلم يُصدّق في النقصان منها.

قال: وإذا قال: لفلانٍ عليّ عشرة [دراهم] ودانقٌ، أو قيراطٌ، فالدانق والقيراط فضةٌ؛ لأنّ الدانق عبارةٌ عن جزءٍ من درهمٍ، فكأنه قال: عشرةٌ وسُدُسٌ؛ ولأنّ الظاهر أنّ حكم العطف حكم المعطوف عليه، فإنّ قال: مائةٌ ودينارٌ، فالمائة كلّها دنانير، [وإن قال: مائةٌ وقفيز حنطةٍ، فالمائة حنطةٌ]، وإن قال: مائةٌ ودرهمٌ، فالمائة دراهم على ما قدّمنا في القياس وفي الاستحسان.

وكان القياس: أن يرجع في المائة إلى بيانه؛ لأنّها عددٌ مبهمٌ، والاستحسان: أنهم يذكرون [ذلك] على طريق الاختصار، ويجعل من جنسٍ واحدٍ في العادة^(٣).



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) رواه الترمذي (٣١٩٤)، وقال: (صحيحٌ حسنٌ غريبٌ من حديث نيار بن مكرم، لا نعرفه إلا من حديث عبد الرحمن بن أبي الزناد).

(٣) انظر: الأصل ٢٩٣/٨؛ مختصر القدوري ص ٢١٣، ٢١٤.

بَابُ الرجل يُقر بشيءٍ لا يُسمى عددهُ

قال أبو حنيفة: إذا أقرّ الرجل أنّ لفلانٍ عليه دراهم ، ولم يسمّها ، فإنّ الذي يلزمه ثلاثة دراهم ، وكذلك قال أبو يوسف ومحمدٌ ؛ لأنّ الدراهم اسم جمعٍ ، وأقلّ ما يتناوله اسم الجمع على الحقيقة: ثلاثة دراهم ، فحمل الاسم على ذلك .
فإن قال: دراهم كثيرةٌ ، فهي عشرة دراهم^(١) عند أبي حنيفة ، وقال^(٢): مائتا درهم .

وإن قال: دنانير كثيرةٌ ، فعشرون ديناراً ، وقد بيّنا هذه المسألة وذكرنا أنّ أبا حنيفة يقول: إنّ جنس ما يسمّى دراهم عشرةٌ ، وما زاد على ذلك يقال له أحد عشر درهماً ، فوجب أن يحمل الكثير على الجنس .

وهما يقولان: إنّ الدراهم الكثيرة ما يقع^(٣) بها الغنى ، وذلك لا يكون فيما دون النصاب .

وإذا قال: غصبتك شيهاً كثيرةً ، فهي أربعون شاةً ، فإن قال: إبلاً كثيرةً ، فهي خمسةٌ وعشرون ، وإن قال: حنطةً كثيرةً ، فهي خمسة أوسق ، وقد بيّنا هذا .
فأمّا على قول أبي حنيفة: فيرجع إلى بيان المقرّ فيما يسمّى كثيراً في العادة .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٣) في ب (يلغ) .

وقال أبو يوسف: إذا قال: مالٌ كثيرٌ، أو مالٌ عظيمٌ، فعليه مائتا درهم، وأما إن قال: أموالاً عظيماً، فستمائة، وقد بيّنا هذه المسألة^(١). [والله أعلم].



(١) راجع المسألة السابقة. انظر: الأصل ٢٩٣/٨.

بَابُ الرجل يقرُّ بشيءٍ من الكيلِ أو الوزنِ أو غيرهما من صِنْفين

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا أقرَّ الرجل أن لرجلٍ عليه مائتي مثقال ذهبٍ وفضةٍ، فعليه من كلِّ واحدٍ النصف، ولو قال: [كُرَّان] ^(١) من حنطةٍ وشعيرٍ، فعليه من كلِّ واحدٍ كُرٌّ، وإن قال: استودعني عشرة أثواب يهودية ^(٢) ومروية، فهي نصفان.

وكذلك هذا في التزويج إذا تزوّجها على كُرِّين حنطةٍ وشعيرٍ، أو اشترى بكُرِّين حنطةٍ وشعيرٍ، كان عليه من كلِّ واحدٍ [منهما] النصف.

فإن أقرَّ لرجلٍ بكُرٍّ حنطةٍ وشعيرٍ وسمسمٍ، كان عليه من كلِّ واحدٍ الثلث؛ وذلك لأنّه دخل في الإطلاق على وجهٍ واحدٍ، فاقتضى التساوي، كقولنا: هذه الدار لزيدٍ وعمرو.

قال الله تعالى في ولد الأم: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، فاقتضى ذلك تساويهم؛ ولأنّه لو أضاف الإقرار إلى اثنين، فقال: لفلانٍ وفلانٍ عليّ ألف [درهم]، كان المقرّ به بينهما [على السواء]، وكذلك إذا ذكر المقرّ به من جنسين.

قال: ولو قال: استودعني ثلاثة أثواب زُطِّيٍّ ويهوديٍّ، [كان القول قول المقرّ، إن شاء قال: زُطِّيَّين ويهوديٍّ] مع يمينه؛ وذلك لأننا قد علمنا أن التساوي

(١) في أ (كُرٌّ)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) في ب (هروية).

الرجل يقرَّبشيء من الكيل أو الوزن أو غيرهما من صنفين

لا يوجد، وأنَّ أحد الجنسين أكثر من الآخر، فلزمه ثوب زُطِّي وثوب يهوديٌّ
بيقين، وشككنا في الثوب الآخر أنه زُطِّي أو يهوديٌّ، فكان القول قوله مع يمينه
في بيانه (١).



(١) انظر: الأصل، ٢٩٥/٨ وما بعدها.



بَابُ

إقرار الرجل بمالٍ اقتضاه من آخر



قال أبو الحسن: وإذا قال^(١) الرجل: إنني اقتضيت^(٢) من فلان ألف درهمٍ كانت لي عليه، وقبضتها، وقال المقر له: قد أخذت مني [هذا] المال ولم يكن لك عليّ شيءٌ، فردّه عليّ! فإنه يُجبر على ردّه بعد أن يحلف ما كان لفلان عليه شيءٌ.

وكذلك لو أقرّ أنّه قبض من فلان ألف درهمٍ كانت له عنده وديعةً، وقال فلان: بل هو مالٌ قبضته مني، فإنه يردّ المال عليه [٤٥٢/أ] بعد أن يحلف [أنه] ما استودعه؛ وذلك لأنّ الاقتضاء قبضٌ مضمونٌ، وكذلك القرض^(٣) يتعلّق به الضمان لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردّه»^(٤)، وقد اعترف المقرّ بالضمان وادّعى^(٥) السقوط؛ لأنّه زعم أنّه صار قصاصاً بحقّ له، فلا يُصدّق على ذلك؛ ولأنّ ما ظهر بإقرار المقرّ [فهو] في حكم ما ظهر بالمشاهدة، ولو شاهدنا قبضه من غيره شيئاً، وزعم اقتضاه من دينه أو قبضه من وديعةٍ، لم يقبل قوله، ولزمه الردّ، فكذلك هذا.

(١) في ب (أقر).

(٢) في ب (أنه اقتضى).

(٣) في ب (القبض).

(٤) رواه من حديث سمرة: أبو داود (٣٥٦١)؛ والترمذي (١٢٦٦) وقال: «هذا حديثٌ حسنٌ

صحيحٌ»؛ وابن ماجه (٢٤٠٠).

(٥) في ب (واقضى).

وَيُسْتَحْلَفُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ يَدْعِي عَلَيْهِ حَقًّا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ [مَعَ] ^(١) يَمِينِهِ .

قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً قال: أسكنت فلاناً بيتي هذا، ثم أخرجته، فادّعى الساكن في البيت أنه له، فالقول قول صاحب البيت، وعلى الساكن البيّنة.

وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الساكن بعدما يحلف ما أسكنه.

وقال أبو حنيفة: لو أقرّ ^(٢) أن هذه الدابة له أعارها فلاناً، ثم قبضها منه، وقال فلان: بل هي دابّتي، فالقول قول الذي في يده الدابة، مثل الأوّل.

وقال أبو يوسف ومحمد: بل يردّ على الذي قبض منه.

لأبي حنيفة: وهو استحسان أن المقرّر أثبت اليد لنفسه، ثم أقرّ أنه أوجبها لغيره، فلم يقرّ للغير باليد على الإطلاق، وإنّما زعم أنه الموجب لها، فكان القول قوله في كفيّتها؛ ولأنّ للناس ارتفاعاً بالعواري، فلو لم يقبل قول [المعاري] ^(٣) فيما أعاره امتنع الناس من ذلك، فانقطعت منافعهم منه، (وهذا لا يصحّ.

وجه قولهما، وهو القياس: أنه أقرّ بيد الساكن والراكب، ثم ادّعى ما يوجب استحقاقها) ^(٤)، فلا يُعبأ ^(٥) بدعواه في ذلك؛ ولأنّ ما ظهر بإقراره كالظاهر بالمشاهدة، ولو رأينا الدار يسكنها فلان، فأخذها المقرّر منه، وزعم أنه أعاره

(١) في أ (فيهم عن)، والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (المقر).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في ب (يقبل).

إياها ، لم يقبل قوله ، فكذلك إذا أقرّ به .

قال: فإذا أقرّ أن فلاناً الخياط خاط [له قميصاً]^(١) بنصف درهم ، وقبض منه القميص ، فقال الخياط: بل هو قميصي أعزتكه ، فالقول فيه مثل الأوّل ، وكذلك الثوب يُسلم إلى الصّبّاغ ، وهذا على الخلاف .

فأبو حنيفة يقول: إنّه أقرّ بأنّه الموجب لليد ، فالقول قوله كيف أوجبها .

وهما يقولان: أقرّ باليد للخياط ، فلا يقبل قوله في استحقاقها .

قال: فإن قال ربّ الثوب: خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ، ولم يقل: قبضته منه ، لم يردّ على الخياط [الثوب] في قولهم جميعاً^(٢) ، وكذلك الصّبّاغ ؛ وذلك لأنّ قوله: خاطه لي ، ليس باعترافٍ للخياط باليد ؛ لجواز أن يخيط له في منزل ربّ الثوب ، فلا تثبت يده عليه ، فإذا لم يوجد الاعتراف باليد لم يردّ على الخياط في قولهما .

قال: وإذا كان الثوب معروفاً أنّه للمقرّر ، أو الدابّة^(٣) ، أو الدار ، فيقال: أعزّت فلاناً هذه الدار ، وهذه [الدابّة] ، وقبضتها منه ، فالقول قول المقرّر في قولهم ؛ وذلك لأنّه إذا عُلِمَ أنّ الشيء على ملك المقرّر ، فثبوت يد غيره فيه لا يوجب استحقاقه ، فبقي على حكم ملكه .

قال: وإذا أقرّ رجلٌ أنّ فلاناً ساكنٌ في هذا البيت والبيت لي ، فادّعى فلانٌ

(١) في أ (قميصه) والمثبت من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) (أو الدابة) سقطت من ب .

البيت ، فإنه يقضى [به] للساكن^(١) على المقرّ ؛ وذلك لأنّ السكنى يدّ وتصرف يُستحقّ بهما^(٢) الملك في الظاهر ، فإذا أقرّ بها لغيره ثم ادّعاها لنفسه لم يقبل .

قال : فإذا أقرّ أنّ فلاناً زرع هذه الأرض ، أو بنى هذه الدار ، أو غرس هذا الكرّم ، أو هذا البستان ، وذلك كلّه في يد المقرّ ، فادّعى الباني والزارع والغارس ، الأرض والزرع والغرس والبناء ، فقال المقرّ : بل هو كلّه لي ، استعنت بك ، ففعلت ذلك ، أو فعلته بأجرٍ ، فإنّ القول في هذا قول المقرّ مع يمينه ؛ وذلك لأنّ الغرس والبناء والزرع ليس بإقرارٍ باليد ، لجواز أن يبني ما هو في يد غيره ويغرس ، وإذا لم يعترف له باليد ، لم يقبل قول المقرّ له في استحقاقه .

قال ابن سَماعة في نوادره : سمعت أبا يوسف قال : إذا قال الرجل : هذه الدابة لفلانٍ ، أرسل بها إليّ مع فلانٍ ، فإنه يردها على الذي أقرّ بها له ، ويدفع قيمتها إلى الذي دفعها إليه إذا أنكر أن يكون لفلانٍ المقرّ له .

وهذا في قياس قول أبي حنيفة : يدفعها إلى المقرّ ، ولا يدفعها إلى الذي زعم أنّه دفع إليه شيئاً ، وكذلك إذا قال : هي لفلانٍ ، أرسل بها إليّ مع هذا ، فإنه يدفعها إلى فلانٍ ، ولا يضمن لهذا الذي زعم أنّه رسولٌ شيئاً .

وفرق أبو حنيفة بين الدابة والشيء بعينه ، وبين الدراهم وما يكون ديناً .

أمّا أبو يوسف ، (فذهب إلى أن)^(٣) قوله : هذه الدابة لفلانٍ ، إقرارٌ [له] بالملك ، [وقوله]^(٤) : أرسل بها إليّ مع فلانٍ ، إقرارٌ لفلانٍ بيدٍ في عينٍ أقرّ بها

(١) في ب (للثاني) .

(٢) في ب (والتصرف يستحق به) .

(٣) في ب (فقال) .

(٤) في أ (يقول) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

للغير ، فلا يُقبل إقراره في ملك غيره ، فإن كان دفعها إلى الأول بقضاء ، فلا ضمان عليه للثاني ؛ لأنه مؤتمنٌ لم يفعل ما يقتضي الضمان ، وإنما الحاكم أزال يده ، فلا شيء عليه .

فإن دفعها إلى الأول بغير قضاء ، ضمن للثاني قيمتها ؛ لأنه أقرّ بقبضها من الثاني ، فقد أتلفها عليه بتسليمها إلى الأول ، فصار كالوديعة إذا ضيّعها .

فأمّا ما ذكره من قياس قول أبي حنيفة ، فإنه بناه على قوله : هذه الدار لي أسكنتها فلاناً .

ووجه البناء : أنه لما قال : هذه الدابة لفلانٍ ، أرسل بها إليّ مع فلانٍ ، فقد أثبت اليد للأول ، وزعم أنه أوجبها للثاني ، فلم يقرّ بالثاني بيدٍ مطلقة ، فلم يتعلّق بها الاستحقاق .

وقد ذكر مسألة العارية في الأصل في موضعين ، قال في أحدهما : لا ضمان عليه للثاني ؛ لأنه زعم أنه رسولٌ ، وقد انتهت الرسالة بالتسليم ، ولم يعترف له بحقّ الردّ ، فلم يجب له (١) شيء .

وقال في الموضع الآخر : [إن سلّمها] (٢) إلى الأول بغير قضاء ، ضمن للثاني (٣) .

ووجهه ما قدّمناه ، وأصحابنا يقولون : إن هذا أقيس .

(١) في ب (عليه) .

(٢) في أ (أنه يسلمها) والمثبت من ب .

(٣) انظر : الأصل ، ٢٠٠/٨ .

فأمّا قوله: إنَّ أبا حنيفة فرّق بين هذا وبين الدراهم وما يكون ديناً ، فمعناه: أنه إذا قال: لفلانٍ عليّ مائةٌ قبضتها من فلانٍ ، فادّعاها كلّ واحدٍ منهما ، لزمه لكلّ واحدٍ مائةٌ ؛ لأنّه أقرّ للأوّل بدينٍ في الذمّة ، وأقرّ للثاني بالقبض ، فلزمه الأمران (١).

وفي مسألتنا: أقرّ بالعين لفلانٍ ، ثم زعم أنّه قبضها من غيره ، والعين إذا استحقّها الأوّل لم ينفذ إقرار المقرّ فيها .

٢٨٢١ - مسألة [في موت المقرّ بعد القول: هذا الألف لفلان وسمّاه]

قال ابن سَماعة (٢): سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ أقرّ أنّ هذا [العبد] (٣) الذي في يده وديعةٌ عنده لفلانٍ ، وسمّاه ، ولا يُعرَف إلا بالاسم الذي سمّاه به [٤٥٢/ب] الذي هو في يديه ، ثم مات المقرّ ، قال: يوقف هذا العبد حتى يحضر المقرّ له ، وكذلك لو أقرّ أنّ هذه الألف التي في يديه لفلانٍ ، وسمّاه ، فإنّي لا أجعلها ميراثاً وأوقفها حتى يحضر المقرّ له .

قال: ولو قال: لرجلٍ - ولم يسمّه - عليّ ألفٌ ، أو قال: هذا العبد وديعةٌ عندي ، ولم يسمّ صاحبه ، فهو ميراثٌ ؛ وذلك لأنّه إذا سمّى المقرّ له فقد تعلق حقه بالمال ، فلا ينتقل إلى الوارث ، وإذا لم يسمّ المقرّ له ، فليس هناك حقٌّ ثابتٌ ؛ لاستحالة أن يكون الحقّ لا مستحقّ له ، وإذا بطل الاستحقاق ، انتقل إلى الوارث (٤). [والله أعلم] .

(١) في ب (الإقرار) .

(٢) في ب (ابن رستم) .

(٣) في أ (العين) ، والمثبت من ب .

(٤) انظر: الأصل ، ٣٠٦/٨ وما بعدها .

بَاب

الإقرار بكذا، لا بل بكذا

قال أبو حنيفة^(١): إذا أقرّ الرجل أنّ لفلانٍ عليه ألف درهم، لا بل ألفين، فعليه ألفا درهم، وكان ينبغي في القياس أن يكون عليه ثلاثة آلاف، ولكنا تركنا القياس، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وجه القياس: أنه أقرّ بألفٍ ثم رجع عنها؛ لأنّ «لا» للرجوع، ثم استدرك الإقرار بألفين؛ لأنّ «بل» للاستدراك، ورجوعه لا يُقبَل، واستدراكه مقبولٌ [منه] على نفسه، فيلزمه المالان، كما لو قال: لفلانٍ علي ألف، لا بل مائة دينار.

ووجه الاستحسان: أن الإقرار خبرٌ، والخبر قد يقع فيه الغلط، [وهو غير متهم]، فإذا قال: ألف لا بل ألفان، فالظاهر أنه استدرك الزيادة على نفسه، وهو غير متهم؛ لأنه ألزم نفسه أكثر ممّا أقر به أولاً، فكان الظاهر أنه استدرك الزيادة، فيُقبَل إقراره^(٢) فيها.

وليس كذلك إذا قال: أنت طالقٌ واحدةً، لا بل اثنتين؛ لأنّ الطلاق وإن كان لفظه لفظ الخبر، فهو إيقاعٌ في الشرع، والموقع يستحيل أن يوقع ثانياً، فرجوعه عن الموقع الأول لا يُقبَل، وإيقاعه للثاني يلزمه.

فأمّا الإقرار فهو خبرٌ، والمُخبر عنه قد يخبر عنه ثانياً وثالثاً، فوزان الإقرار من الطلاق أن يقول: كنت قد طلقت امرأتي واحدةً، لا بل اثنتين، فيُصدّق في

(١) في ب (ابن سماعة).

(٢) في ب (قوله).

ذلك ، ولا يلزمه أكثر من اثنتين .

قال أبو الحسن : وهذا الباب على ثلاثة معانٍ : أحدهما : الاستدراك في القلّة والكثرة ، فيلزمه أكثر المالين ، مثل أن يقول : [لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ ، بل ألفان ، وقد بيّنا ذلك ، أو يقول] : لفلانٍ عليّ ألفان ، لا بل ألفٌ ، فيلزمه الألفان ؛ لأنّه متهمٌ في الاستدراك الذي يسقط به بعض الإقرار ، فلا يقبل قوله ، ويلزمه الزيادة ، وتكون الألف من جملة الألفين [لأنّه إنّما استدرك حتى يسقط نصف الألفين] ، ولم يقرّ بألفٍ غيرها .

والنوع الثاني : أن يستدرك في الصّفة ، فيكون عليه أعلى الصفتين ، وهذا مثل أن يقول : له عليه ألفٌ سودٌ ، لا بل بيضٌ ، أو بيضٌ لا بل سودٌ ، فيلزمه الأفضل^(١) منهما ؛ لأنّه إذا بدأ بالأدون ثم بالأفضل^(٢) ، لم يتّهم في الاستدراك ، فصار كقوله ألفٌ لا بل ألفان ، وأمّا إذا بدأ بالأجود فيريد [أن يستدرك الصفة ليسقط]^(٣) عن نفسه بعض ما أقرّ به ، فلا يقبل قوله فيه .

والنوع الثالث : أن يستدرك في الجنس ، فيقول : له عليه ألف [درهمٍ] لا بل مائة دينارٍ ، أو كُرّ حنطةٍ لا بل كُرّ شعيرٍ ، فيلزمه الأمران ؛ لأنّ الإنسان لا يستدرك في العادة في الجنس ، وإنّما يستدرك في القدر أو الصفة ، فهذا ليس باستدراكٍ ، وإنّما رجوع عن الأوّل وأقرّ بالثاني ، فرجوعه عمّا أقرّ به لا يقبل ، وإقراره على نفسه بحقٍّ آخر مقبولٌ^(٤) .

(١) في ب (الأجود) .

(٢) في ب (بالأجود) .

(٣) في أ (بالاستدراك أن يسقط) ، والمثبت من ب .

(٤) انظر : الأصل ، ٣٠٠/٨ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩٨/٣ .

بَابُ الإقرارِ بِمَالٍ دَفَعَهُ إِلَيْهِ فُلَانٌ لِأَخْر



قال: وإذا أقرَّ الرجل فقال: دفع إليّ فلانٌ هذه الألف، وهي لفلانٍ، وادّعى كلّ واحدٍ منهما الألف، فإنّها للدافع.

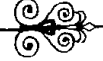
فإن قال: هذه الألف (١) لفلانٍ دفعها إليّ فلانٌ، فهو للمقرّر [له] الأوّل، ولا يكون للدافع منه شيء.

فإن ادّعاه الدافع وحلف الدافع ما هو لفلانٍ، ضمن المستودع ألفاً آخر؛ وذلك لأنّه إذا ابتداءً فقال: هذه الألف دفعها إليّ فلانٌ، فقد أقرّ بوجوب الردّ عليه؛ لأنّ التسليم يقتضي وجوب الردّ، فإذا قال: وهي لفلانٍ، فقد أقرّ بها بعد ثبوتها للأوّل، فلا يقبل قوله في حقّ الأوّل.

وإذا قال: هذه الألف لفلانٍ دفعها إليّ فلانٌ، فقد أقرّ بها للأوّل، ثم اعترف للدافع بوجوب الردّ بعد ثبوت الألف لغيره، فلا يقبل قوله في حقّ الأوّل، فإن دفع إلى الأوّل بقضاء، فلا ضمان عليه للثاني عند أبي يوسف، وقال محمد: يضمن.

لأبي يوسف: أنّ قوله: دفعها إليّ فلانٌ، إقرارٌ بالوديعة، ولم يوجد [فعل] فيها على وجه التعدي، وإنّما أزال الحاكم يده، (والمودع إذا أزيلت يده عن الوديعة بغير فعله، لم يضمن).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.



وجه قول محمدٍ: أن الحاكم إنما أزال يده^(١) بحكم اعترافه، فصار هو الموجب لإزالة اليد، فكأنه دلّ على الوديعة من أتلّفها؛ (ولأنّه ضيّع الحفظ في الوديعة حين أقرّ بها لغير المودع، فيلزمه ضمانها)^(٢).

وأما إذا سلّم إلى الأوّل بغير قضاء، ضمن للثاني في قولهم؛ لأنّه لمّا سلّمها فقد زالت يده عن الوديعة بفعله، والمودع إذا سلّم الوديعة إلى غير المودع ضمن.

قال: وإذا قال: هذه الألف لفلان، أقرضنيها فلانٌ الآخر، وادّعاه كلّ واحدٍ منهما، فإنّه للذي أقرّ له أولاً، وللمقرض عليه ألفٌ؛ وذلك لأنّه أقرّ للأوّل بالألف، وأقرّ للثاني بعقدٍ يتعلّق به وجوب الضمان، فيلزمه المال لكلّ واحدٍ منهما.

[قال]: ولو قال: هذا الألف لفلان، أرسل بها إليّ مع فلانٍ وديعةً، وادّعاه كلّ واحدٍ منهما، فإنّه للأوّل، فإن قال الأوّل: ليس لي ولم أرسل به، وادّعاه الرسول، فهو للرسول؛ و[ذلك] لأنّه بدأ بالإقرار لفلان، ثم أقرّ باليد للرسول، فلا يقبل قوله في حقّ المقرّ له.

قال: فإن كان المقرّ له غائباً، فأراد الرسول أن يأخذه، وادّعاه لنفسه، لم يأخذه، وإن قال: إنه لفلانٍ [وإني كنت]^(٣) رسولاً فيه، فذلك [له] أبعد؛ لأنّ الرسالة قد انقطعت، وهذا قول أبي يوسف؛ وذلك لأنّه لمّا أقرّ للغائب بالألف استحقتها، ثم أقرّ للرسول باليد، فلا يقبل قوله، فإن ادّعاه الرسول لنفسه، لم

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في أ (وأنه كان)، والمثبت من ب.

يقبل قوله بعد استحقاق الغائب لها، فإن زعم أنه رسولٌ، فقد انقطعت الرسالة بالتسليم، فلا يثبت له حق المطالبة.

وقال أبو يوسف: لو قال هذه الألف لفلانٍ دفعها إليّ فلان، كان مثل ذلك.

ولو قال: هذه الألف لفلانٍ، أخذتها من فلانٍ [أ/٤٥٣]، فادّعياه جميعاً، فالألف للمقرّ له [الأوّل]، ويضمن للذي أقرّ أنه أخذه منه ألفاً مثلها، ولا يشبه هذا الأوّل.

وقال محمدٌ: أرسل به، ودفعه إليّ، وأخذته، كلّه سواءً إذا ادّعياه جميعاً، دفع الألف إلى الأوّل، وضمن للثاني، وهذه ثلاث مسائل:

أولها: إذا قال: هذه الألف لفلانٍ بل لفلانٍ، فإن دفع إلى الأوّل بقضاء لا يضمن للثاني؛ لأنّ الأوّل استحقّ الألف، فلما أقرّ بها للثاني لم يقبل إقراره في حقّ الأوّل، ولم يلزمه الضمان للثاني؛ لأنّه إنّما أقرّ في ملكه، والحاكم ألزمه التسليم، ومجرّد الإقرار في ملك الغير لا يتعلّق به الضمان.

فأمّا إذا دفع إلى الأوّل بغير قضاء، ضمن للثاني؛ لأنّه أقرّ بها للثاني، وقد أتلفها بالتسليم إلى الأوّل، فيضمن بالتسليم لا بالإقرار.

والمسألة الثانية: إذا قال: أودعني فلانٌ لا بل فلانٌ، أو هذه الألف لفلانٍ دفعها إليّ [فلانٌ]، فهو مثل الأوّل عند أبي يوسف، وقال محمدٌ: يضمن للثاني سواء سلّم إلى الأوّل بقضاء أو بغير قضاء، وقد بيّناه.

والمسألة الثالثة: إذا قال: غصبت هذا العبد من فلانٍ لا بل من فلانٍ،

وإدعى كل واحد منهما العبد ، سلمه إلى الأول ، وضمن للثاني ، سواء سلم بقضاء أو بغير قضاء ؛ لأن الغصب يجب ضمانه على الغاصب وإن زالت يده عنه بغير فعله .

وإذا ثبت هذا ، قلنا : إذا قال : هذه الألف لفلان ، أخذته من فلان ، ضمن للثاني ؛ لأن الأخذ فعل مضمون ، فيجب عليه الرد ، سواء سلم إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء كالغصب .

قال : وإذا أقر الخياط أن هذا الثوب الذي في يده لفلان ، سلمه إليه فلان ، وكل واحد منهما يدعيه ، فإنه للذي أقر له أول مرة ، وكذلك القصار والصبّاغ والصائغ ، وكل عامل من العمال ، فلا يضمن للثاني شيئاً في قياس قول أبي حنيفة ، ويضمن قيمة الثوب للثاني في قول أبي يوسف ومحمد ، وهذا إذا كان سلمه إلى الأول بقضاء ؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة : أن الأجير المشترك مؤتمن لا يتعلّق بقبضه الضمان ، فهو كالمودع ، وإذا أقر للأول استحقّ الثوب ، فلما أقر للثاني ودفع إلى الأول بقضاء ، فقد زالت يده عن العين بغير فعله ، فكانها هلكت .

فأما على قولهما ، فقَبَضَ الأجير مضمون كقبض الغاصب ، وإذا استحقّ الأول العين بالإقرار ، صار كالهلاك ، فيضمن قيمتها للثاني .

قال : وإن أقر أن هذا الثوب أسلمه إليه فلان ليقطعه قميصاً ، وهو لفلان ، فادّعه كل واحد منهما ، فإنه للذي سلمه [إليه] ، وليس للثاني شيء ؛ لأنّ قوله : أسلمه إليّ ، اعتراف له بالثوب ، وقوله : وهو لفلان ، إقرار في ملك المقرّ [له] ، فلا يقبل قوله .

قال: وإذا أقرَّ أن هذا الثوب استعاره من فلانٍ، فبعث به إليه مع فلانٍ، فهو للذي أعاره إيَّاه في قول أبي يوسف.

[قال]: فإن قال: إن فلاناً أتاه بهذا الثوب عاريةً من قِبَل فلانٍ^(١)، فادَّعاه كَلِّ واحدٍ منهما، فهو للرسول؛ لأنَّ الذي ابتداءً بذكره قد استحقَّ الثوب، فأقراره بعد ذلك لغيره لا يُقبَل.

قال ابن سَماعة عن أبي يوسف في نوادره: في رجلٍ قال: لفلانٍ عليّ ألف درهم، أرسل بها إليّ مع فلانٍ، فإنَّه يغرم لكلِّ واحدٍ منهما [ألفاً]؛ لأنَّه أقرَّ للأوَّل بحقِّ في الذمَّة، وأقرَّ للثاني بالتسليم، وما في الذمَّة لا يتضايق، فلم يكن مقرراً للثاني بنفس ما أقرَّ به للأوَّل، فيلزمه المالان.

ولو قال: جاءني فلانٌ بألفٍ وهو لفلانٍ، فإنَّه يضمُّنه للذي دفعه إليه، ولا يضمُّن للآخر شيئاً؛ لأنَّه أقرَّ للثاني بنفس ما أقرَّ به للأوَّل، وقد استحقَّ الأوَّل الألف، فلا يقبل إقراره للثاني.

وقال في رجلٍ قال: هذه الألف لفلانٍ دفعه إليّ فلانٌ، فجاء المقرِّ له يريد أخذها، وجاء الدافع يريد أخذها، وينكر أن يكون لفلانٍ الذي أقرَّ له هذا، قال: فعلى المقرِّ أن يدفعه إلى الذي أقرَّ له.

هذا إذا أنكر المقرِّ له أن [يكون فلانٌ] دفعه إلى هذا المقرِّ، فلو أقرَّ بذلك لم يكن له أن يضمُّنه هذا المقرِّ، ويغرم هذا المقرِّ ألفاً للذي زعم أنَّه دفعها إليه؛ وذلك لأنَّه أقرَّ بالألف للأوَّل، وزعم أنَّه قبضها من الثاني، فإذا أنكر الأوَّل أن

(١) هنا في ب زيادة (فبعث به إليه مع فلانٍ)، والسياق لا يقتضيها.

يكون الثاني سَلَّم إليه ، وجب عليه تسليمها إلى الأول ؛ لأنه استحقها بالإقرار ،
ويضمن الدافع للثاني إن كان سَلَّم إلى الأول بغير قضاء .

فأمَّا إذا كان الأول صدَّقه أن الثاني دفعها إليه ، فإنَّه يردها على الثاني ، ولا
ضمان عليه للأول ؛ لأنه قد برئ منها حين سَلَّمها [إلى من دفعها إليه ، فلم يجز
للأول تضمينه مع تصديقه أن الثاني سَلَّمها] .

قال : ولو بدأ المقرّ الذي في يده الدراهم ، فقال : هذه الألف دفعها إليّ
فلان ، وهي لفلان ، فإنَّه يدفعها إلى الذي دفعها إليه ، (ولا يضمن للمقرّ له شيئاً
من قبيل أنه بدأ فأقرّ به للذي دفعه إليه) ^(١) ؛ وذلك لأنَّه لما أقر بالدفع استحق
[الألف الدافع ، فلما أقرّ للثاني بها ، فإن كان صادقاً ، فقد برئ] حين سَلَّمها إلى
الدافع ، وإن كان كاذباً فأحرى أن لا يجب عليه الضمان .

قال : ولو قال : أعرت فلاناً دابتي هذه فركبها ثم ردّها عليّ ، أو قال : أعرت
عبدي هذا يوماً ثم ردّه عليّ ، أو أجرته داري هذه شهراً ثم ردّها عليّ ، فإنّ أبا
حنيفة قال : هو مُصدّق ، وقال أبو يوسف [ومحمّد] في هذا كَلّه : آخذه بقوله ،
[بأن يردّ] ^(٢) هذا الشيء على الذي أقرّ أنه كان في يده ، وقد بيّنا الخلاف في هذه
المسألة .

قال ابن سَماعة عن أبي يوسف : إذا قال الرجل : كان لي على فلان ألف
فقضانيها ، أو قال : أقرضت فلاناً ألفاً ، فدفعها إليّ ، فإنّي لا أصدّقه ، وأقول له :
ردّ الألف ، وهات البيّنة على أنه كان لك عليه هذا [الألف] ، إذا أنكر فلان أن

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (فإن ردّ) والمثبت من ب .

يكون استقرض من فلانٍ هذا المقرّ شيئاً ، [وجاء يدعي] ^(١) الألف على المقرّ ، وكذلك قال أبو حنيفة .

وقال ابن أبي ليلى: أقبل ^(٢) قوله ، ولا ضمان عليه .

وجه قولهما: أنه أقرّ بالاقتضاء ، وهو قبضٌ مضمونٌ ، ثم ادّعى سقوط الضمان بادعائه القرض ، فلا يقبل قوله .

وجه قول ابن أبي ليلى: أنه أثبت الحقّ لنفسه ، ثم أقرّ أنه قبض ما هو حقّه ، فلا يلزمه ردّه ^(٣) .



(١) في أ (وجاء به عن) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (القول) .

(٣) انظر: الأصل ، ٣٠٤/٨ وما بعدها .

بَابُ

اختلاف المولى والعبد فيما أخذه المولى من العبد
أو جناه عليه، وقد عتق العبد فيقول المولى: فعلته وأنت عبدي،
ويقول العبد: فعلته وأنا حرٌّ



قال أبو الحسن: الأصل في هذا الباب: أن يُنظر فيما أقرّ به المولى أنه فعله
بالعبد، أو أخذه منه: فإن كان لا يجوز أن يكون في حال الرقّ إلا للمولى، وهو
مع ذلك مباحٌ له، فالقول قول المولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف [ب/٤٥٣].
وما كان من ذلك يجوز أن يكون لغير المولى في حال الرقّ، أو هو محظورٌ
على المولى في حال الرقّ، فالقول قول العبد فيه، وهذا كلّ قول أبي حنيفة وأبي
يوسف.

وقال زفر ومحمد: القول قول المولى في ذلك كلّ، إلا أن يكون شيئاً قائماً
بعينه في يد المولى، فلا يُصدّق المولى، ويؤمر برده على العبد.
وما جُعِل فيه القول قول المولى أنه فعله في حال الرقّ، فلا^(١) ضمان على
المولى، وما كان القول فيه قول العبد أن المولى فعله في حال العتق، ضمنه
المولى كما يضمن مال الحرّ والجناية عليه.

والذي يحصل في هذا: أن المولى إذا قال: أخذتُ من [عبدي]^(٢) في حال

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (عندي)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

الرقّ كذا، وذلك الشيء قائمٌ في يده، وقال العبد: أخذته مني بعد العتق، فالقول قول العبد؛ وذلك لأنّ المولى يدّعي تملك العين وانتقالها من العبد إليه، فلا يقبل قوله في ذلك.

وأما إذا قال: أتلفتُ عليك مالا وأنت عبدي، وقال العبد: [بل] أتلفتَه بعد الحرّية، فالقول في ذلك قول المولى في قولهم؛ لأنّ أكساب العبد للمولى لا حقّ لغيره فيها، فإذا زعم أنّه أخذها في حال الرقّ [لم يلزمه ضمانها، كما [إذا] قال: استخدمتك في حال الرقّ].

وأما إذا قال: وطئتُ أمّتي في حال الرقّ، [وقالت: وطئتني بعد العتق، فالقول قول المولى؛ لأنّ الوطاء لا يملكه منها في حال الرقّ إلا المولى، فصار معترفاً باستيفاء حقّ مأذونٍ في استيفائه، فلا يلزم به ضمانٌ، ولأنّ وطء الأمة في حال الرقّ لا يجب به ضمانٌ، ووطئها بعد العتق قد يجب به ضمانٌ، وقد لا يجب^(١)؛ لأنّه إن وطئها على وجه الزنا فلا غرم عليه، وإن وطئها بشبهةٍ ضمن، فيغلب سقوط الضمان، فلا يضمن، وهذا قولهم.

وأما إذا قال: قطعْتُ يدك قبل العتق، وقال العبد: قطعتها بعد العتق، فالقول قول العبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنّ المولى أقرّ بفعلٍ هو جنائيٌّ، ألا ترى أنّه لا يحلّ له قطع يد عبده، ثم ادّعى سقوط الضمان (بإضافة الجنائية إلى حال الرقّ، فلا يقبل قوله؛ ولأنّه لا يملك قطع يد عبده، فقد أقرّ بفعلٍ لا يملكه، وادّعى سقوط الضمان)^(٢) فيه لكونه مالكاً لحقوق العبد، فهو كما لو اعترف

(١) (وقد لا يجب) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

بجناية^(١) وادّعى العفو.

وقال زفر ومحمد: القول قول المولى؛ لأنه أضاف الإقرار إلى حالٍ متقدّمةٍ لا يجب فيها عليه الضمان، فصار كما لو قال: وطئتكِ قبل العتق، أو استهلكت كسبك.

قال: وإذا أقرّ المولى بعد العتق أنّه كان يأخذ من العبد ضريبةً في كلّ شهرٍ عشرة دراهم، وهي ضريبة مثله، أو كانت أمةً فأقرّ أنّه كان يطؤها في حال الرقّ قبل العتق، فالقول قول المولى، ولا ضمان عليه فيما أخذ من الغلّة، ولا عُقر عليه في الوطاء؛ وذلك لأنّ الضريبة لا يملك أخذها من العبد إلا المولى، فقد اعترف بفعلٍ ليس بجنايةٍ، وأضافها إلى حالةٍ معلومةٍ، فالقول قوله فيها.

قال: وإذا أسلم الحربيّ، أو صار ذميًّا، أو دخل إلينا بأمانٍ، فقال له رجلٌ مسلمٌ: قطعت يدك وأنت حربيٌّ في دار الحرب، أو أخذتُ منك ألفًا فاستهلكتها، أو أخذتُ منك هذه الألف وأنت حربيٌّ، أو سبيتُ ابنك هذا^(٢)، أو أخذته منك في دار الحرب، وقال المسلم^(٣) أو الذميّ: بل فعلت ذلك بعدما أسلمتُ، أو صرتُ ذميًّا^(٤) في دار الإسلام، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك كلّهُ: القول قول الحربيّ، [ويضمن المستهلك، ويردّ ما كان في يده.

وقال محمدٌ وزفر]: ولا يضمن شيئاً.

(١) في ب (بجنايته).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (المستأمن).

(٤) في ب (في ذمة).

وجه قولهما: أن المقرّ اعترف بالأخذ، وادّعى التمليك في حالة لا يملك التمليك فيها، فلا يقبل قوله إلا ببينة.

وجه قول زفر ومحمد: أنه أضاف الإقرار إلى حالة متيقّنة لا يلزمه فيها الضمان، فصار كمن قال: أقررتُ [لك] وأنا صبيّ، أنه لا يلزمه شيء من الضمان.



بَابُ

الإقرار بالدين في الصحة



وإذا أقرَّ الرَّجُلُ بدينٍ في صحته لرجلٍ أو^(١) لرجالٍ، إقراراً متفرّقاً في مواطنٍ، أو موطنٍ واحدٍ، فذلك كله [له] لازمٌ، وارثاً كان المقرّ له أو غير وارثٍ، فمن قضاؤه^(٢) منهم دينه الذي أقرّ به فهو جائزٌ، لا يشركه فيه باقي الغرماء، إلا أن يكون إقراراً لرجلين بدينٍ هما فيه شريكان، فيشرك كلُّ واحدٍ من الشريكين صاحبه فيما قبض من دينهما.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانِ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة، ١٤]، يعني شاهداً؛ ولأنَّ المقرّ غير متهمٍ على نفسه فيما يقرّ به، فيلزمه ذلك كما تلزمه الشهادة.

ولا فرق بين أن يقرّ لوارثٍ أو لأجنبيٍّ؛ لأنَّ الصحيح غير محجورٍ عليه، ألا ترى أنه لو وهب لوارثه جاز، فإذا أقرّ له جاز.

وإنما قال: إذا قضى أحدهم لم يشركه الباقيون؛ لأنَّ حقَّ كلِّ واحدٍ منهم في الذمّة غير متعلّقٍ بالمال، فإذا قضاؤه ما لم يتعلّق به حقّ غيره، لم يشركه فيه.

قال: وما يثبت من دينٍ في الصحة، فهو في جميع المال قبل الوصايا والميراث، يتضاربون^(٣) بالدين في التركة، فيكون لكلِّ واحدٍ منهم.....

(١) (لرجلٍ أو) سقطت من ب.

(٢) في ب (قضى).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

بقسط^(١) دينه من التركة ، لا يُقدّم بعضه على بعضٍ ، ولا يكون بعضهم أولى به من بعضٍ .

وإنما قُدِّم الدين على الوصايا والميراث ؛ [لقوله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١٢] ، فأثبت الميراث حقَّ الدين ، وحقَّ الموصى له كحقِّ الوارث ؛ لأنه شريكه] فيقدّم الدين عليه ؛ ولأنَّ الوصية تبرعٌ بعد الدين^(٢) ، والدين مستحقٌّ ، فيقدم الواجب على التبرع .

وإنما تضاربوا في التركة بديونهم ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم يستحقُّ بسببٍ مثل السبب الذي يستحقُّ به الآخر ، فصاروا كالورثة .

وإنما لم يقُدِّم بعضهم على بعضٍ وإن تقدّموا في المدائنة ؛ لأنَّ ديون الصحيح ثابتةٌ في ذمته ، وإنما ينتقل إلى التركة بالمرض ، وإذا تساوت الديون في الانتقال ، صار المتقدم منها والمتأخر سواءً .

قال: فإن توي^(٣) من التركة شيءٌ قبل أن يقسم الدين ، اقتسموا ما [بقي] ^(٤) من التركة على قدر ديونهم ، ولا يبطل من دينهم بهلاك ما هلك من التركة شيءٌ ؛ وذلك لأنَّ الدين متعلّقٌ بالتركة ، وبكل جزءٍ منها لاستحالة أن يثبت الميراث قبل قضاء الدين ، فالهالك يكون من حقِّ الورثة ، ويبقى الدين بحاله .

قال: وما كان من ديةٍ وجبت للميت في نفسه ، أو أرشٍ وجب له عن شيءٍ

(١) في ب (يسقط) .

(٢) (بعد الدين) سقطت من ب .

(٣) توي: هلك . انظر القاموس المحيط (توي) .

(٤) في أ (يقر به) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

من جوارحه بجنابة خطأ أو عمد، فحقَّ الغرماء فيه [قائمٌ] يقتسمونه بدينهم؛ وذلك لأنَّ [الدية] (١) حقٌّ للمقتول، [أو مالٌ] (٢) له فهو كسائر أكسابه (٣)؛ ولأنَّه لو عفا عنه ولا دين عليه صحَّ عفوهُ، فلو لم يكن على ملكه، لم يسقط بإسقاطه، وما كان على ملك الميت من الأموال، فديونه متعلِّقةً به .

قال: وإن كان [أ/٤٥٤] القتل عمداً فيه قصاصٌ أو قصاصٌ فيما دون النفس، فلا حقٌّ للغرماء في ذلك ولا قصاص؛ لأنَّ القصاص حقٌّ ليس بمالٍ، فلا تتعلَّق به حقوق الغرماء كالمنافع، وليس لهم أن يعفوا؛ لأنَّه [لا] حقٌّ لهم في القصاص، فلا يصحَّ عفوهم فيما لا يملكونه؛ ولأنَّ الديون التي يتعلَّق حقُّهم بها إن أبرؤوا منها لم يصحَّ، فالقصاص الذي لا حقٌّ لهم فيه أولى أن لا يصحَّ إبراءهم (٤) فيه .

قال: وإن عفا بعض الورثة عن الدم، تحوَّل حقُّ الباقيين من الورثة مالا، فكان ذلك بين الغرماء على قدر دينهم؛ وذلك لأنَّ بعضهم إذا عفا تعذَّر القصاص في حقِّ الباقيين، ودم العمد إذا تعذَّر فيه القصاص وجب الأرش، وقد بيَّنا أنَّ الأرش حقٌّ للميت، فتتعلَّق به ديونهم .

قال: وإن كان الميت امرأةً، فمهرها بمنزلة (٥) تركتها، يُقسم بين غرمائها؛ وذلك لأنَّ المهر مالٌ لها، وإن كان عوضاً عمّا ليس بمالٍ كالأجرة في الإجارة (٦) .

(١) في أ (الدين)، والمثبت من ب .

(٢) في أ (فصار)، والمثبت من ب .

(٣) في ب (أمواله) .

(٤) في ب (عفوهم) .

(٥) في ب (لمن له) .

(٦) انظر: الأصل، ٢٣٥/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٠٩ .

بَابُ الإقرار بالدين في المرض



قال: وإذا أقرَّ المريضُ في مرضه الذي مات فيه بدينٍ لغير وارثٍ^(١)، فهو جائزٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولم يفصل؛ ولأنَّ المريض غير متهمٍ فيما يقرُّ به للأجنبي، فينفذ إقراره.

وقد قال أصحابنا: القياس يقتضي أن لا يجوز إقراره إلا في الثلث؛ لأنه يملك ثلث ماله، ولا يملك ما زاد عليه؛ بدلالة أنه لو وهب ما زاد على الثلث لم يجز، فما لا يملكه لا ينفذ فيه إقراره، وإنما تركوا القياس لما روي عن ابن عمر أنه قال في المريض إذا أقرَّ بدينٍ: (جاز ذلك عليه في جميع التركة)^(٢)، ولا يُعرف له مخالفٌ؛ ولأنَّه غير متهمٍ في إقراره كالصحيح.

قال: وإذا أقر في مرضه بدينٍ بعد دينٍ، فذلك جائزٌ، المتقدم فيه والمتأخر سواءً [كحال الصحة]، وهو جائزٌ في جميع ماله، يتحصون في التركة؛ وذلك لأنَّ حال المرض حالٌ واحدةٌ، فالدين المتقدم فيها والمتأخر سواءً كحال الصحة.

ولا يقال: إن دين المريض يتعلَّق بتركته، فيسبق الدين الأوَّل إلى التركة، فيكون أولى من الثاني؛ وذلك لأنَّ ديون المريض لا تتعلَّق بتركته؛ لجواز^(٣) أن

(١) (لغير وارث) سقطت من ب.

(٢) ذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٨٠/٢)، وقال: «لم أجده»؛ وذكره الزيلعي في نصب الراية (١١١/٤)، وقال: «غريب».

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

يكون عليه دينٌ في الصحة ، فلم يبق إلا أن تتعلّق بدمّته ، فيستوي المتقدّم والمتأخّر .

قال: فإن كان على المقرّ في مرضه دينٌ في صحته ، فدين غرماء الصحة أولى بتركته من غرماء المرض ، يبدأ به حتى يستوفوا ديونهم ، فإن فضل من التركة شيءٌ بعد قضاء دين الصحة ، كان بين غرماء المرض ، وإن لم يبق شيءٌ فلا شيءٌ لغرماء المرض على الورثة ، ودينهم باقٍ في ذمّة الميت .

وإنما يقدم دين الصحة على دين المرض - خلاف ما قاله الشافعي أنّهما سواء - ^(١)؛ لأنّ دين الصحة ثابتٌ في حال الإطلاق ، ودين المرض ثابتٌ في حال الحجر ؛ بدلالة أنّ المريض قد لحقه حجرٌ ما ، ألا ترى أنّه لا يجوز هبته في أكثر من ثلث ماله [بعد أن كان جائز التصرف لولا الدين] .

قال: ودين الإطلاق مقدّمٌ على دين الحجر ، كالعبد إذا أقرّ في حال حجره بدينٍ وفي حال الإذن بدينٍ ؛ ولأنّ حقّ غرماء الصحة يتعلّق بالمال في المرض ؛ بدلالة أنّ المريض ممنوعٌ من التبرّع في ثلث ماله بعد أن كان جائز التصرف لولا الدين ، فلولا تعلّق حقّهم بالمال لم يمنع ، فإذا تعلّق حقّهم بالمال ، كان أسبق من دين المرض ، فصار كالدين الذي رهن به ، فيقدم على ما [لا] رهن به ؛ لأنّ حقّ المرتهن أسبق إلى الرهن .

فأمّا إذا استوفى غرماء الصحة ، فقد سقط ، فكأنّه لم يكن للمريض إلا الباقي من التركة ، فيستحقه غرماء [المرض] ^(٢) ، فإن لم يبق شيءٌ ، فلا حقّ

(١) قال الشافعي: «والإقرار في الصحة والمرض سواء ، يتحاصون معاً...» . مختصر المزني ص ١١٢ .

(٢) في أ (الصحة) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

للغرماء على الورثة ؛ لأن الورثة إنما يلزمهم القضاء^(١) من تركة الميت ، ولا تركة للميت .

وقوله: إن دينهم باقٍ في ذمة الميت ، يعني: في أحكام الآخرة ، فأما في حكم الدنيا إذا لم يكن تركة ، فقد سقط الدين .

قال: فإن تطوع الورثة بقضائه من أموالهم التي هي لهم ، فهو جائزٌ ، ويبرأ الميت من الدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ وذلك لأن الدين باقٍ في حكم الآخرة ، فإذا قضى الورثة فكأنهم تبرعوا بالقضاء في حال الحياة ، فيسقط الدين ؛ ولأن أبا قتادة لما قضى عن الميت دينارين ، قال ﷺ: «الآن بردت عليه مضجعه»^(٢) ، فدلّ على أن من تبرّع بقضاء دين الميت ، سقط عنه الدين .

قال: فإن أقرّ المريض في مرضه الذي مات فيه بعبدٍ في يده ، أو بألفٍ في يده ، أن ذلك لرجلٍ وعليه دينٌ في الصحة ، لم يجز ذلك على غرماء الصحة ، وكانوا أحقّ به من المقرّ له ، يُباع في دينهم ، فيشتركون في ثمنه ، ولا يجوز على غرماء الصحة إقرار المريض بدين ولا غيره ، أمانة أقرّ بها في المرض أو مضمونة ، حتى يستوفي الغرماء دينهم ؛ وذلك لما قدّمنا أن دين الصحة يتعلّق [بالتركة]^(٣) ، فإذا أقرّ المريض بعينٍ قد تعلّق بها حقّ الغير ، لم يقبل إقراره ، كما لو أقرّ بالعبد المرهون ، فإذا قضيت ديون الصحة ، فلم يبق إلا حقّ الورثة ، وإقرار المريض مقدّمٌ على حقّ ورثته .

(١) في ب (القصاص).

(٢) رواه الحاكم في المستدرک (٦٦/٢) ، والبيهقي في الكبرى (٧٤/٦) ، وقال الذهبي: (صحيح الإسناد ولم يخرجاه) ، ووافقه الذهبي .

(٣) في أ (بالشركة) والمثبت من ب .

قال: وكلّ دينٍ وجب على المريض بدلاً عن مالٍ ملكه أو استهلكه، وعُلم وجوبه بغير إقراره، فهو بمنزلة دين الصحة يشتركون جميعاً في تركة الميت، فيكون بينهم على قدر ديونهم؛ وذلك لأنّ هذا الدين لما علم سببه لم تلحقه فيه التهمة، فصار كدين الصحة الذي^(١) لا تهمة فيه؛ ولأنّ المريض يحتاج إلى الابتياح، فلو لم يُجعل أثمان ما يبتاع كدين الصحة، امتنع الناس من معاملته وأضرّ به ذلك، وهذا لا يجوز.

قال: ولا يجوز للمريض^(٢) في مرضه أن يقضي غريماً دون غريم، كان الدين عليه في الصحة أو في المرض، لا يقضي غرماء الصحة بعضهم دون بعض في مرضه، ولا غرماء المرض بعضهم دون بعض، إلا أن يكون استقرض في مرضه ألفاً وقبضها، أو اشترى عبداً بألفٍ وقيّمته ألف، فقضى القرض ونقد ثمن العبد في مرضه، فإن ذلك يجوز على غرماء الصحة وغرماء المرض إذا عُلِم ذلك بيّنة^(٣).

وإنّما لم يجز أن يقدم بعض غرمائه بالقضاء؛ لأنّ ديونهم متعلّقة بالتركة على وجهٍ واحدٍ، فإذا قضى بعضهم، فقد دفع إليه ما تعلق به حقّ غيره، فلا يجوز، كما لو قضى^(٤) الوصي من تركة الميت بعض غرمائه.

وكذلك إن كانت الديون في المرض، لا يجوز أن يقضي أحدهم دون الباقيين [٤٥٤/ب]؛ لأنّ ديون المرض لا تخلو: إمّا أن يكون معها دينٌ في الصحة،

(١) في ب (فلا).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (منه).

(٤) في ب (دفع).

أو لا يكون، فإن كان هناك دينٌ في الصّحة، لم يجز قضاء دين المريض، وإن لم يكن دينٌ في الصّحة، فحقّ الغرماء في المرض تعلقّ بالمال، فإذا قضى بعضهم ما تعلقّ به حقّ الباقيين، لم يجز، كما لو قضاهم من عين الرهن.

فأمّا إذا استقرض شيئاً بمعينة الشهود، أو ابتاع شيئاً من غير محاباةٍ بمعينة الشهود، فقضى ذلك جاز؛ لأنّ المريض إنّما يمنع من قضاء بعض الغرماء لما فيه من إسقاط حقّ الباقيين، فإذا حصل للباقيين مثل ما قضى فلم يسقط حقّهم عن شيءٍ، (فجاز القضاء؛ ولأنّ حقوق الغرماء في معنى التركة لا في عينها، ولهذا يجوز تصرف المريض فيها، فإذا اشترى عبداً يساوي ألفاً، وأعطى من التركة ألفاً فمعنى التركة حاصلٌ لهم، لم يسقط شيءٌ منه)^(١)، فجاز تصرّفه فيه.

قال: وإن تزوج امرأةً في مرضه بألفٍ، ومهر مثلها ألفٌ، فذلك جائزٌ على غرماء الصّحة، تشركهم في التركة، فتكون كأحدهم؛ وذلك لأنّ التزويج يحتاج إليه المريض لمنفعة يختص بها لطعامه [وشرابه] وكسوته، فإذا عقد، لم يتّهم في سبب المال، فصار كدين الصّحة الذي لا تهمة فيه؛ ولأنّ دخول البضع في ملك الزوج مقوّمٌ، فصار كالأعيان.

قال: فإن نقدها المهر لم يسلم لها، وكان لغرماء الصّحة أن يتبعوها في ذلك، فيأخذوا حصصهم؛ وذلك لأنّ المهر ليس ببدلٍ تعلقّ به حقّ الغرماء، فلا يجوز له أن يفردا بالقضاء، كما لا يجوز له أن يفرد من [أقرّ له]^(٢).

قال: ولو أقرّ في مرضه - ولا دين عليه في الصّحة - لرجلٍ بدين ألفٍ درهمٍ^(٣)،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (إقراره)، والمثبت من ب.

(٣) في ب (دينار).

ثم أقرّ بعد ذلك لآخر بألفٍ في يديه أنّها وديعةٌ، فهما دينان جميعاً، ولا يجوز إقراره بالوديعة بعد الدين في أن يستحقّها المقرّ له، ولكنّها دينٌ في تركته؛ وذلك لأنّه لمّا بدأ بالإقرار بالدين، تعلق حقّ الغريم بالألف الذي في يديه، فإذا أقرّ أنّها وديعةٌ ف يريد أن يسقط حقّ الغريم عنها، فلا يُصدّق، إلا أنّه قد أقرّ بوديعةٍ تعذر تسليمها بفعله، فصارت^(١) كالمستهلكة، فيكون ديناً عليه، ويتساوى الغريمان في العين.

قال: وإن أقرّ بوديعةٍ ثم بدين، فصاحب الوديعة أولى بها؛ لأنّه لمّا بدأ بالوديعة ملكها المقرّ له بعينها، فإذا أقرّ بدينٍ لم يجر أن يتعلّق بمال الغير.

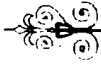
قال: وكذلك إقرار المريض بألفٍ في يديه أنّها بضاعةٌ أو مضاربةٌ، كما بيّنا في حكم الوديعة والبضاعة والمضاربة، أمانةٌ، فهي كالوديعة.

قال: وإذا أقرّ المريض لرجلٍ بوديعةٍ ألف درهم، ثم مات ولم يعرف بعينها، فهي في تركته [مضمونةٌ] كدين المريض؛ وذلك لأنّه ضيّع الحفظ فيها حين لم يبيّن عنها، والمودع إذا ضيّع الحفظ ضمن؛ ولأنّ الظاهر أنّها باقيةٌ في يده إلى أن مات، وقد جعلنا ما في يده لورثته، فلا يجوز أن يقضى لهم بملك الوديعة إلا ويقضى عليهم بعوضها^(٢).



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٢٣٠/٨؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٠٩.



بَاب

إقرار المريض باستيفاء دين في مرضه



قال: وإذا مرض الرجل وله على رجلٍ دينٌ وجب له عليه في صحّته، أو [كان] كاتب عبداً في صحّته على ألف درهم، ثم مرض فأقرّ باستيفائه، أو باستيفاء الكتابة، فهو مُصدّقٌ على ذلك، والغريم والمكاتب يبرآن، كان عليه دينٌ في المرض أو في الصحّة أو لم يكن؛ وذلك لأنّ جواز الإقرار بقبض ديون الصحّة حقٌّ ثبت لمن عليه الدين بعقد المداينة، فلا يسقط ذلك الحق بمرض المريض، كما لا تسقط سائر الحقوق التي لزمته.

قال: فإن مرض وعليه دينٌ في الصحّة، فقطع رجلٌ يد المريض عمداً، فصالح من ذلك على ألف درهم، ثم أقرّ باستيفائها وليس له مالٌ غيرها، فهو مُصدّقٌ على قبضها، وإن كانت إنّما وجبت له في المرض.

وكذلك لو أنّ رجلاً أقرّ أنّه جرح [المريض] خطأً، فأقر المريض أنه استوفى [حصّة] أرشه، والجراحة كانت في المرض، فإنه مُصدّقٌ على ذلك.

(أمّا ما وجب بجناية العمد، فهو بدلٌ عمّا لم تتعلّق به حقوق الغرماء، فيقبل إقرار المريض باستيفائه، كما يقبل في حال الصحّة)^(١).

وأمّا ما وجب بجناية الخطأ؛ فالسبب الموجب له لا تتعلّق حقوق الغرماء به، فهو كجناية العمد؛ ولأنّ المريض لم يثبت له هذا الحقّ إلا وهو دينٌ في

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

الذمة، فتعلق [به] حق الاستيفاء وهو دين، فيقبل قول المريض في استيفائه، كدين الصحة.

قال: وإن أقر رجل للمريض أنه قتل عبداً له في مرضه خطأ، أو قطع يده، فلزمه نصف القيمة، فأقر المريض أنه استوفى ذلك وعليه دين في الصحة، فهو مُصدّق؛ وذلك لأنّ الجناية على العبد وإن وجب لها بدلٌ عمّا تعلق به حقّ الغرماء، فإنّ السبب ليس هو ممّا يتعلّق حقوق الغرماء به، فصار كالجناية على الحرّ.

وليس هذا كاستهلاك العبد؛ لأنّ الاستهلاك سببٌ للتملك عندنا، فيصير كالبيع، وأمّا الجناية فليست من أسباب التملك، فيصير كالجناية على الحرّ.

قال: ولو كان الجاني قتل العبد متعمداً، فصالحه المريض على أقلّ من قيمته، فصالحه جائز، فإن أقر المريض باستيفاء ذلك فهو مُصدّق.

أمّا الصلح على أقلّ من القيمة؛ فلأنّ دم العمد ليس بمالٍ، فإذا صالح^(١) منه على أقلّ من القيمة، فلم يسقط حقّ الغرماء عن شيءٍ تعلق حقّهم به، فيجوز، ويقبل قوله في استيفائه؛ لأنّ حقّ الغرماء لم يتعلّق بالأرض إلا وهو دين.

قال: ولو تزوّج امرأة فأقرت في مرضها أنّها استوفت مهرها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، ثم ماتت وعليها دينٌ في صحتها، ولم تدع غير الألف المهر الذي أقرت باستيفائه، [وألف درهم في يدها]، ولم يعلم ذلك إلا بقولها، فإنّ الألف بين غرمائها، ولا شيء للزوج منها، ولا شيء على الزوج من المهر.

(١) في ب (صولح).

قال: فإن قال: أريد أن أضرب مع الغرماء بنصف المهر، لم يجز، إنما تُصدَّق على الاستيفاء، ولا تُصدَّق على ما في يدها.

وإنما جاز إقرارها؛ لأنه لما طلقها قبل الدخول صارت أجنبيةً، فأقرارها له كإقرارها باستيفاء دينٍ من أجنبيٍّ، وذلك الدين ليس ببدلٍ عن مال [٤٥٥/أ]، فيقبل إقرارها باستيفائه كأرش الجناية، ولا يُصدَّق على إثبات المحاصة للزوج مع الغرماء بنصف المهر؛ لأنه إقرارٌ له بدينٍ لا يُعلم إلا بقولها، فدين الصحة مقدّمٌ عليه.

قال: ولو كان دخل بها وقد تزوّجها في مرضها، فأقرت باستيفاء المهر، ثم طلقها، فانقضت عدتها قبل أن تموت [جاز]؛ وذلك لأنّ العدة لما انقضت، صار أجنبيًّا، فيقبل إقرارها له.

قال: ولو لم تنقض عدتها حتى ماتت، وقد طلقها طلاقاً بائناً، فأقرت له باستيفاء المهر، فأصحاب دين الصحة أولى بمالها حتى يستوفوا حقوقهم، فإذا استوفوا نُظر إلى ما بقي من مالها، فجعل للزوج منه الأقل ممّا أقرت له [باستيفائه، وممّا يصيبه من الميراث؛ وذلك أنّها أقرت له] بالاستيفاء مع بقاء حقوق النكاح، وهما متهمّان أن يكونا توصّلا بالطلاق إلى تصحيح الإقرار، فوجب أن يثبت مع ذلك ما لا تهمة فيه، ومعلومٌ أنّه لو لم يطلقها لم يُقبَل إقرارها وورث، فإذا طلقها استحقّ الأقل من الأمرين؛ لأنّه لا تهمة فيه^(١).

فإن كان الدين في الصحة يأتي على جميع ما في يدها وعلى مهرها الذي أقرت باستيفائه، رُجع على الزوج بجميع المهر، ولا تُصدَّق على الاستيفاء؛

(١) انظر: الجامع الكبير ص ١٣١.

وذلك لأنه لا ميراث له في هذه الحال لو لم يكن طلقها ، ونحن إنَّما نجعل له أقلَّ من الميراث وما أقرت به ؛ لأنه لا تهمة فيه ، فإذا لم يكن له [إرث^(١)] ، لم يقبل [إقرارها] له مع التهمة^(٢) .

قال محمد في الجامع الكبير: في مريض عليه دين في الصحة يحيط بماله ، فأقرَّ أن هذا العبد لغيره ، لم يُصدَّق ، ولو باعه بمثل قيمته وسلَّمه ، ثم أقرَّ باستيفاء الثمن ، لم يُصدَّق .

أمَّا إقراره بالعبد لا يجوز ؛ لأنَّ حقَّ غرماء الصحة متعلِّقٌ به .

وأمَّا إقراره باستيفاء ثمنه فلا يجوز ؛ لأنَّ حقَّ غرماء الصحة تعلق بالمبدل ، وفي إقراره بالاستيفاء إسقاط حقهم .

قال بشرُّ عن أبي يوسف: في مريضٍ أقرَّ باستيفاء دينٍ كان له في الصحة أو في المرض ، فإنَّ إقراره بالافتضاء جائزٌ ، والغريم بريٌّ وإن لم يعاين ذلك الشهود .

وهذه رواية شاذَّةٌ ، ووجهها: أنَّ دين المريض لا يلحقه تهمةٌ [بالإقرار] باستيفائه ، فصار كدين الصحة ؛ ولأنَّه إسقاط حقٍّ ، وليس بإقرارٍ بدينٍ ، فيستوي فيه حال الصحة والمرض كالطلاق والعفو عن دم العمد .

قال ابن سَماعة عن أبي يوسف في نوادره^(٣): إذا باع المريض عبداً بألف

(١) في أ (وارث) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٢) المرجع السابق ص ١٣٢ .

(٣) في ب (النوادر) .

[درهم] ، ثم أقرّ باستيفائها ، فإنه يُصدّق ، ولا سبيل للورثة عليه ، فإن أقرّ بدينٍ في مرضه بعد إقراره بالاستيفاء ، فلا شيء للمقرّر له بالدين ؛ وذلك لأنه لما أقرّ بالاستيفاء ولا دين عليه ، صار كإقراره^(١) للمشتري بالدين ، فينفذ إقراره ؛ ولأنّه أقرّ بالاستيفاء ، ولا حقّ يتعلّق بماله فصار كالصحيح ، فإذا لزمه دينٌ بعد ذلك لم يؤثر فيما صحّ الإقرار به ، كما لو أقرّ بألفٍ أنّها وديعةٌ ، ثمّ أقرّ بدينٍ .

قال: فإن بدأ بالإقرار بالدين في المرض ، ثم أقرّ بالاستيفاء من المشتري في المرض^(٢) ، فإنّهما يتحصّان ؛ وذلك لأنّ الإقرار بالاستيفاء يجري مجرى الإقرار بالدين ، فكأنّه أقرّ في المرض بدينٍ ثم [بدينٍ]^(٣) .

قال: وإن كان عليه دينٌ في الصّحة ، لم يُصدّق ، وتؤخذ الألف من المشتري ، فتكون في الدين ؛ وذلك لأنّ دين الصّحة متعلّق بالعبد ، فإذا أقرّ باستيفاء ثمنه ، أسقط حقّ الغرماء عنه ، فلا يُقبَل قوله^(٤) .

وقال ابن سماعة في نوادره عن محمدٍ: فيمن أقرّ في مرضه أنّه باع عبده هذا من فلانٍ بألفٍ ، وذلك قيمته ، ولا مال له غيره ، وقبض الثمن منه ، فأنكر فلانٌ ذلك ، وأراد قبض الألف الذي أقرّ به الميت ، فله ذلك ، ويباع العبد له في الألف حتى يدفع إليه ؛ وذلك لأنّ المشتري لما أنكر الشراء لم يُصدّق المريض عليه ، فبقي إقراره باستيفاء المال منه ، فيلزمه ردّه .

(١) في ب (الإقرار) .

(٢) (في المرض) سقطت من ب .

(٣) في أ (تبين) والمثبت من ب .

(٤) انظر: الجامع الكبير ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

قال: وإن صدّقه ، والعبد عبده ، فلا شيء عليه من الثمن ؛ لأنه لا دين عليه في الصحة . وهذا صحيح ؛ لأنّ البيع يثبت بتصادقهما ، وإقراره مقبولٌ في استيفاء الثمن إذا لم يكن عليه دينٌ في الصحة .

وإذا ثبت الاستيفاء استحقّ المشتري العبد ولا شيء عليه .

قال: ولو أن رجلاً استهلك للمريض ثوباً في مرضه ، فقال المريض: قد قبضتُ منه قيمته ، لم يُصدّق على ذلك ، فإن كان استهلك الثوب في صحة ربّ الثوب ، ثم أقرّ ربّ^(١) الثوب أنه قبض منه ، جاز ، بمنزلة إقراره بقبض دين الصحة ، وهذا محمولٌ على أن إقرار المريض باستيفاء دين الصحة مقبولٌ ، وإن حصل الدين في حال المرض ، لم يقبل إقراره .

قال: ولو أن مريضاً قال في مرضه: قد كنت أبرأت فلاناً من الدين الذي عليه في صحتي ، لم يجز ؛ وذلك لأنه لا يملك البراءة في الحال ، فإذا أسندها إلى زمانٍ متقدّمٍ ولا يُعلم ذلك إلا بقوله ، حكمنا بوجودها في الحال ، فكانت من الثلث .

وهذا كما قالوا في الزوج إذا أقرّ بطلاقٍ متقدّمٍ ، فإننا نحكم بوقوعه في الحال ، فلا يُصدّق في تقدّم الطلاق ، وليس كإقراره بالقبض ؛ لأن البراءة تبرّعٌ ، فإذا حكمنا بوقوعها في ذلك المرض ، كانت من الثلث .

وأما الإقرار بالقبض ، فأقرارٌ بحقٍّ واجبٌ ، فهو كالإقرار بالدين^(٢) .

(١) في ب (صاحب) .

(٢) انظر: الأصل ، ٢٧٣/٨ وما بعدها .

بَابُ

إقرار العبد المأذون في مرضه وبيعه وشراءه وقبضه الدين



قال محمدٌ في المأذون الكبير: قال أبو حنيفة وأبو يوسف^(١) ومحمدٌ: إذا أذن الرجل لعبده في التجارة، ثم مرض العبد، فأقرّ بدينٍ في مرضه، أو وديعةً، أو عاريةً، أو مضاربةً، أو إجارةً، أو بغير ذلك من وجوه التجارات، ثم مات من مرضه ذلك ولا دين عليه في الصحة، فأقراره بذلك جائزٌ، وهو بمنزلة الحرّ.

فإن كان الإقرار بدينٍ، ببيع ما كان^(٢) في يده حتى يستوفي الغرماء [الدين] الذي لهم، فإن [بقي شيء] ^(٣) كان للمولى، وإن كان إقراره بوديعةٍ بغير عينها، أو بغصبٍ بغير عينه، أو بمضاربةٍ بغير عينها، فهو بمنزلة إقراره بالدين.

وإن كان أقرّ بشيءٍ من ذلك بعينه، فهو للمقرّ له دون المولى؛ وذلك لأنّ حكم المأذون في تجارته حكم الحرّ، فأقراره معتبرٌ بإقرار الحرّ، ومعلومٌ أنّ الحرّ المريض إذا أقرّ بدينٍ أو بوديعةٍ أو غصبٍ ولا دين عليه في حال الصحة [نفذ]^(٤) إقراره، فكان ذلك أولى من حقّ الورثة، وكذلك المأذون ينفذ إقراره، ويكون المقرّ له أولى من مولاه.

قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة، ثم مرض العبد وعليه دينٌ في

(١) (وأبو يوسف) سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (أقر بشيء)، والمثبت من ب.

(٤) في أ (بعد) والمثبت من ب.

الصحة ، فأقرّ في مرضه بدينٍ أو بوديعةٍ [٤٥٥/ب] بعينها أو بغير عينها ، ثم مات العبد في مرضه ذلك ، فإنّ القاضي يبيع ما في يديه ، فيبدأ بدين الصحة ، فإن بقي شيءٌ كان للمقرّ لهم في مرضه حتى يستوفوا حقهم ، وإن بقي شيءٌ كان للمولى ؛ وذلك لأنّ حكم المأذون مأخوذٌ من حكم الحرّ ، ومعلومٌ أنّ الحرّ إذا أقرّ في مرضه بدينٍ ، قدّم دين الصحة عليه ، فكذلك المأذون .

وقد قال زفر: إنّ المأذون إذا أقرّ في مرضه [بدين] ، فذلك ودين الصحة سواءً ؛ لأنه لا يطرأ عليه حجرٌ بمرضه ، بل تصرفه بعد المرض كتصرفه في حال الصحة .

وهذا فاسدٌ ؛ لأنّ المرض لما أوجب الحجر في الجملة ، لم يُعتبر تغيير الحال ، ألا ترى أنّ المريض الحرّ إذا لم يكن له وارثٌ لم يتغير حاله (بالمريض ؛ لأنه لا يجوز أن يتصدّق بجميع ماله ، [(فدين)]^(١) الصحة يُقدّم في حقه ، فكذلك حكم العبد وإن لم يتغير حاله)^(٢) من الوجه الذي ذكره .

قال: فلو كان [الغصب]^(٣) الذي أقرّ به العبد في مرضه أو الوديعة قائمة في يده ، فعرفه الشهود بعينه ، فصاحبه أحقّ به من غرماء الصحة ؛ لأنّ هذه العين لم يملكها العبد ، فلا يتعلق حقّ غرمائه بها .

فإن كان ذلك لا يُعرف إلا أنّ الشهود عاينوا قبض العبد لذلك ، فإنّ القاضي يبيع ما في يد العبد ، فيقسمه بين غرماء الصحة وبين أصحاب الغصب والوديعة

(١) بياضٌ في أمقذار كلمة ، وسقط من ب ، ولعل الكلمة المناسبة المثبت . والله تعالى أعلم .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (الغصب) ، والمثبت من ب .



بالحصص ؛ وذلك لأنّ هذا دينٌ (يُعلم سببه ، فهو كدين الصحة .

قال : وكذلك كلّ دينٍ^(١) لحق في مرضه من بيعٍ أو قرضٍ أو شراءٍ بمعاينة الشهود ؛ لما بيّنا أنّ سببه معلومٌ ، فلا يتّهم فيه .

قال : وإذا أقرّ العبد المريض بدين ألف درهم ، ثم أقرّ بوديعة ألف درهم بعينها لرجلٍ ، ثم مات العبد ولا مال في يده غير الوديعة التي أقرّ بها ، (قسمت الألف بين الغرماء وبين أصحاب الوديعة)^(٢) [نصفين ؛ لأنّه لمّا بدأ بالدين تعلّق بالوديعة] ، فلم يملك الإقرار بها بعينها ، وصار مستهلكاً لها بإقراره الأول ، فكأنّه أقرّ بدينين .

وإن أقرّ بعد ذلك بدين ألف درهم ، فكأنّ إقراره بالوديعة بيّن إقراره بالدينين ، ثم مات العبد ولا مال في يده غير الألف الوديعة ، فإنّها تُقسّم بين صاحب الدين وبين صاحب الوديعة بالحصص ؛ لأنّه لمّا أقرّ بالدين قبل الوديعة صار مستهلكاً الوديعة ، فكأنّه أقرّ بدينٍ ثم بدينٍ ثم بدينٍ^(٣) ، فيتساوون فيها .

قال : وإن أقرّ بدين في صحّته ثم مرض ، فأقرّ بدينٍ ، ثم [اشترى عبداً بألفٍ يساوي ألفاً ، فقبضه بمعاينة الشهود ، فمات في يده ، ثم] مات المأذون في مرضه ولا مال له إلا الألف ، فإنّ القاضي يقسم هذا المال^(٤) بين غرماء الصحة وبين البائع في المرض بالحصص ، ولا يكون للمقرّ له في المرض قليلاً ولا كثيراً ؛ لأنّ

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) (ثم بدين) سقطت من ب .

(٤) في ب (الألف) .

البائع سبب حقه معلومٌ، فهو كغرماء الصحة، فيقدمان على دين المرض.

قال: ولو لم يكن على العبد دينٌ في الصحة، كان بائع العبد أحق بالدين المقر له في المرض؛ لأن سبب دينه معلومٌ، فهو أولى من المقر له في المرض الذي لا يعلم سبب دينه إلا بقول المريض.

قال: ولو كان العبد مرض ولا دين عليه، فأقر بوديعة ألف درهم بعينها، ولا مال في يده غيرها، ثم اشترى عبداً يساوي ألفاً بألفٍ، فقبضه بمعاينة الشهود، فمات العبد^(١) الذي اشترى في يد العبد المأذون له، ثم مات العبد المأذون له في مرضه ذلك، فإن الألف الذي كانت في يد العبد المأذون له للبائع، ولا شيء للذي أقر له العبد بالوديعة؛ وذلك لأن ثمن العبد بمنزلة دين الصحة، والوديعة مقر بها في حال المرض، فدين الصحة أولى^(٢).

قال: وإذا مرض [العبد] المأذون وعليه دينٌ في الصحة [وله دين في الصحة]^(٣)، فأقر في مرضه باستيفائه ثم مات، فالقول قوله؛ وذلك لما بينا في الحر أن جواز الإقرار حق ثبت للغريم في حال الصحة، فلا يسقط بمرض المقر، وإن كان الدين^(٤) الذي لحق الغريم في مرض العبد من بيع أو شراء أو غير ذلك، فأقر العبد أنه استوفاه ثم مات، لم يُصدق على غرماء الصحة؛ لأن هذا بدل عمّا تعلق به حقهم، فلا يملك إسقاطه بإقراره.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) هنا في أ (أولى بها) بزيادة (بها)، وسقطت الزيادة من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

فإن كان الدين الذي (على العبد لحقه في مرضه ، ثم إنَّ العبد أقرَّ باستيفاء الدين من غريم العبد ، فإن كان الدين)^(١) على غريم العبد في صحته ، جاز إقرار العبد ؛ لما قدّمنا ، وإن كان الدين لحق [الغريم]^(٢) في مرض العبد ، لم يُصدّق العبد على قبضه من الغريم ، ولكن الغريم يقسم ما كان عليه بين غرماء العبد [وبينه]^(٣) ، يضرب غرماء العبد في ذلك بدينهم ، ويضرب الغريم الذي أقرَّ له بالدين ، [بالذي] أقرَّ العبد بقبضه ، فما أصاب الغريم بطل ، وما أصاب الغرماء أخذوه من الغريم ؛ وذلك لأنَّ إقراره بالقبض إقرارٌ بدينٍ ، ومن أقرَّ بدينٍ في المرض وعليه دينٌ في المرض تساوى الدينان ، فكذلك هذا .

قال : وإذا لحق المأذون دينٌ في صحته لقومٍ شتّى ، ثم مرض ، فقضى بعض غرمائه دون بعضٍ ، ثم مات من مرضه ذلك ، فإن قضاءه باطلٌ ، ويؤخذ من الغريم ما اقتضى ، ويقسم بين غرمائه ؛ وهذا لما قدّمنا في الحرِّ إذا مرض فقضى بعض غرمائه دون بعضٍ ، إلا أنَّ [المأذون يفارق الحرَّ من وجهٍ ، وهو أنَّ الحرَّ إذا قضى بعض غرمائه في صحته جاز] ، والمأذون إذا قضى بعض غرمائه في صحته لم يجز ؛ لأنَّ دين الحرِّ الصحيح يتعلّق بدمته دون ماله ، ولا يمنع من التصرف بماله ، وديون العبد متعلّقةً برقبته وما في يده ، فصار العبد الصحيح كالحرِّ المريض .

قال : ولو كان المأذون اشترى في مرضه جاريةً بألفٍ تساوي ألفاً ، فقبض الجارية ، ثم نقد الدراهم ، فماتت الجارية في يده ، ثم مات العبد من مرضه ذلك ، وعليه دينٌ كثيرٌ في الصحّة ، كان البائع أحقَّ بما اقتضى من جميع الغرماء .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (المريض) ، والمثبت من ب .

(٣) في أ (وغيره) ، والمثبت من ب .

وكذلك هذا في صحّة العبد ؛ وذلك لما بيّنا في الحرّ ؛ لأنّ حقّ الغرماء يتعلّق بمعنى المال ، فإذا اشترى عينا فقد نقل حقّهم من عينٍ إلى عينٍ ، فلم يمكن الاعتراض عليه ؛ لأنّه لم يبطل حقّهم المتعلّق بالمعنى (١) .

قال محمدٌ: ولو استأجر العبد أجيّراً في صحّته أو في مرضه ، أو زوّجه مولاه امرأةً ، فقصى العبد الأجير ، وأعطى المرأة مهرها دون غرمائه ، كان للغرماء أن يرجعوا على الأجير والمرأة حتى يحاصّوهم في جميع ما قبضوا (٢) ؛ وذلك لأنّ هذا الدين وإن علّم سببه ، فليس هو في مقابلة عينٍ ينتقل حقّ الغرماء إليها ، فأكثر أحواله أن يصير كدين الصحّة ، ولا يملك أن يفردّه بالقضاء .

قال: وإن أذن لعبد في التجارة ، ثم مرض العبد ولا دين عليه ، فباع واشترى واستأجر ، فحابى ثم مات ، فإنّ محاباته من جميع المال ؛ وذلك لأنّ المولى قد أذن له في البيع المطلق ، والمال مال [المولى] وهو صحيح [٤٥٦/أ] ، فالمحابة جائزة في جميعه وإن كان العاقد مريضاً ، كما لو باع الوكيل المريض في صحّة الموكّل .

قال: ولو كان على العبد دينٌ ، فمات في مرضه ذلك ، وفي يد العبد وفاءٌ بالدين ، أخذ الغرماء دينهم ، وجازت المحابة فيما بقي من المال .

وإن كان على العبد دينٌ يحيط بما في يده ، قيل للمشتري: أدّ جميع المحابة ، وإلاّ فاردد البيع ؛ وذلك لأنّ الدين إذا لم يُحط بالفضل (٣) ، فالمحابة

(١) في ب (بالعين) .

(٢) في ب (اقتضوا) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

فيما بعد الدين جائزةً، فكأنه لم يملك إلا ذلك القدر، وإذا أحاط الدين بما في يده، فالمحابة إسقاطٌ لحقّ الغرماء عما تعلقّ حقّهم به، فلا يملك ذلك.

وإذا مرض العبد، فأدان رجلاً [ديناً] ألفاً من بيعٍ أو غيره، فأقرّ باستيفائه من الغريم، ثم أقرّ العبد بعد ذلك بدين ألف درهم، ثم مات ولا مال له غير الدين الذي أقرّ بقبضه، فأقراره جائزٌ؛ وذلك لأنه أقرّ بالاستيفاء ولا دين عليه، فنفذ إقراره، ولم يقبل بعد [ذلك] إقراره في حقّ الغريم الأول.

قال: ولو كان الدين الذي لحق العبد بعد الإقرار بالاستيفاء من شراءٍ أو بيعٍ أو إجارةٍ بمعاينة الشهود، بطل إقرار العبد بالاستيفاء من غريمه، وأخذ المال الذي كان للعبد على الغريم حتى يقضي غرماء العبد؛ وذلك لأنّ [هذا] الدين سببٌ معلومٌ يجري مجرى دين الصحة، فيقدّم على إقراره بالاستيفاء في حال المرض، فكأنه أقرّ بالاستيفاء بعد دين الصحة (١).



(١) انظر: الأصل ٣٧٣/٨ وما بعدها.

بَابُ إِقْرَارِ الرَّجُلِ بِوَارِثٍ

الأصل في هذا الباب: أن الرجل يُقبل إقراره بالوالدين والولد والزوجة والمولى، ولا يقبل إقراره لمن^(١) سواهم من الأقارب، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى، ولا يقبل بالولد ولا بغيره من الأقارب، وقد بيّنا هذا في الدعوى.

[وجملة هذا]^(٢): أن مَنْ أقرّ بنسبٍ يلزمه نفسه ولا يحمله على غيره، فأقراره مقبولٌ، كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق، ومن أقر بنسبٍ يحمله على غيره، فإنه لا يُقبل إقراره، كما لا يقبل إقراره على غيره بسائر الحقوق.

قال أبو الحسن: وإذا أقرّ الرجل في مرضه بأخٍ له من أبيه وأمه، وليس له وارثٌ ولا مولىٌ ولا عصبَةٌ إلا عمّةٌ أو خالَةٌ، ثم هلك^(٣)، فإن الميراث للعمّة والخالّة، ولا ميراث للأخ المقرّ به؛ وذلك لأنّ نسب الأخ لا يثبت بإقرار أخيه، ألا ترى أنّه يحمله على أبيه، وإذا لم يثبت النسب لم يتقدّم على العمّة والخالّة مع ثبوت نسبهما.

فإن أقرّ بولدٍ فصدّقه في حياته أو بعد وفاته، فهذا جائزٌ، وهو ابنه ثابت

(١) في ب (في).

(٢) في أ (وجملته) والمثبت من ب.

(٣) ثم هلك) سقطت من ب.

النسب منه ؛ لما بيّنا أن إقراره بالابن معنى يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره^(١) ، فصار كسائر الحقوق ، وأمّا اعتبار التصديق فلأنّ الابن في يد نفسه ، فلا يُصدّق المقرّ عليه إلا بتصديقه ، كما لو أقرّ له بحقّ وقف على تصديقه .

وأما قوله : فصدّقه في حياته أو بعد وفاته ، فإنّ الإقرار بالنسب يُعتبَر فيه تصديق المقرّ له ، [ويستوي]^(٢) فيه حال الحياة والموت ؛ لأنّ النسب لا يبطل [بالموت] ، فصار التصديق في الحالتين سواء .

(فأمّا الزوجة : فإنّ)^(٣) أقر الرجل [بزوجة] ثم مات فصدّقه ، جاز تصديقها ؛ وذلك لأنّ حقوق النكاح باقية بعد الموت وهي في العدة ، فجاز التصديق كما يجوز في حال الحياة .

وأما إذا أقرّت المرأة بزواجٍ ثم ماتت ، فصدّقتها بعد موتها ، لم يصحّ تصديقه عند أبي حنيفة ، وقال^(٤) : تصديقه جائزٌ .

لأبي حنيفة : أنّ النكاح زال بالموت ، وزالت حقوقه ، فلم يجز التصديق مع فوات المعنى [المقرّ به]^(٥) ، كما لو أقرّ بعينٍ فهلكت ، ثم صدّقه فيها .

وجه قولهما : أنّ الميراث ثابتٌ بعد الموت ، وهو من أحكام النكاح ، فجاز التصديق لبقاء هذا الحكم ، كما يجوز التصديق لبقاء العدة .

(١) انظر : الأصل ٣٨٩/٨ .

(٢) في أ (ويستوي) ، والمثبت من ب .

(٣) في ب (وأما إن أقر الرجل . . .) .

(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٥) في أ (المقرب) ، والمثبت من ب .

قال: وإذا حضر الرجل الموت وليس له وارث ولا مولى ولا عَصَبَةٌ، وأقرّ بأخٍ ثم مات، فإنّ ماله لأخيه، وهذا بمنزلة رجلٍ أوصى بجميع ماله لرجلٍ ثم هلك، وكذلك لو أقرّ بعمٍّ أو بخالٍ أو بابنِ ابنٍ، أو أقرّت المرأة بولدٍ ولا وارث لها ولا عَصَبَةٌ ولا مولى، فإنّ جميع مالها للمقرّ به؛ وذلك لأنّه لمّا لم يكن هاهنا مستحقٌّ للإرث فتصرّف الميت في ماله جائزٌ مع عدم الوارث، ألا ترى أنّه لو أوصى بجميعه جاز، وإذا أقرّ بمن لا يثبت نسبه فقد أقرّ بأنّه جهة يصرف ماله [فيها]، فكأنّه أوصى [له] به.

وليس هذا كصريح الوصية؛ لأنّهم قالوا فيمن أقرّ بأخٍ ولا وارث له، ثم أوصى [لرجلٍ] ^(١) بجميع ماله: إنّ للموصى له الثلث، وللأخ ما بقي، ولو كان الأخ يستحقّ بالوصية وجب قسمة المال بينهما، فكأنّه أوصى لكلّ واحدٍ منهما بجميع المال، فلمّا أعطوا الموصى له الثلث، دلّ على أنّهم جعلوه في حكم الموصى له، بمعنى أنّه يستحقّ المال بقول المريض، وليس هناك سببٌ ^(٢) ثابتٌ يستند الاستحقاق إليه.

قال: وإذا أسلم الرجل من أهل الذمّة، ووالى رجلاً وعاقره، ثم حضره الموت، فأقرّ بأخٍ أو ابنِ ابنٍ ثم مات، فإنّ ماله لمولاه، ولا شيء للمقرّ به؛ وذلك لأنّ الولاء سببٌ ثابتٌ يتعلّق به الإرث، ولا يثبت للمقرّ به حقٌّ مع وجوده.

وهذا يدلّ على أنّه ليس بوصيةٍ في الحقيقة؛ إذ لو كان وصيةً لوجب أن يدفع إلى المقرّ له الثلث، فلمّا لم يستحقّ الثلث، دلّ على أنّهم جعلوه في حكم

(١) في أ (له)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) في ب (نسب).

الموصى له من وجهٍ دون وجهٍ .

قال: ولو كان مع هؤلاء عمّةٌ معروفةٌ مسلمةٌ أو خالةٌ، كان للموصى له بالمال ثلث المال، وما بقي للعمّة أو للخالة، ولا شيء للأخ المقرّ به، ولا للمولى؛ لأنّ ذوي الأرحام يُقدّمون على مولى الموالاة، ويُقدّمون^(١) على [الأخ] المقرّ به؛ فلذلك كانت العمّة أولى.

قال: فإن حضر الرجل الموت ولا وارث له ولا عَصَبَةٌ ولا مولىً، وأوصى بماله كلّه لرجلٍ، وأقرّ بأخٍ من أبيه وأمه، ثم مات، فإن للموصى له بالمال الثلث، وما بقي فللأخ؛ وذلك لأنّ الاستحقاق يتعلّق بقول الميت، فوجب أن يثبت الاستحقاق بمقتضى [قوله]، ومعلومٌ أنّه لو صدق في الإقرار كان للموصى له الثلث، وللأخ ما بقي، فلمّا تعلّق الاستحقاق بقوله، ترتّب على حسب ما اقتضاه قوله.

قال: وإذا أسلم رجلٌ، ووالاه رجلٌ وعاقده، ثم أوصى بماله كلّه لرجلٍ، وأقرّ بأخٍ له من أبيه وأمه، ثم مات ولا وارث له، فإنّ للموصى [ب/٤٥٦] له بالمال ثلث المال^(٢)، وما بقي للمولى، ولا شيء للأخ؛ وذلك لأنّ الولاء سببٌ ثابتٌ، والأخ ليس له نسبٌ ثابتٌ، فسقط الأخ بالمولى، وبقي الموصى له، فكان له الثلث.

فإن كان هناك عمّةٌ معروفةٌ النسب أو خالةٌ، كان للموصى له بالمال الثلث، وما بقي للعمّة أو للخالة؛ وذلك لأنّ الأخ ليس له نسبٌ ثابتٌ، فسقط حكمه

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (الثلث).

بالعمّة المعروفة ، وهي مُقدّمة على مولى الموالاة ، والموصى له مقدّم في الثلث على الورثة ، فكان له الثلث ، وما بقي للعمّة .

قال: ولو كان مكان مولى الموالاة مولى نعمة ، كان أولى من العمّة ؛ لأنّ المعتق عصبه ، والعمّة ذات رحم ، والعصبة مقدّمة على ذوي الأرحام .

قال: وإذا أقرّ في مرضه بأخ من أبيه ، أو بابن ابن ، أو بابن عمّ ، أو بعمّ ، وصدّقه المقرّ به ، ثم أنكر المريض بعد ذلك ، وقال: ليس بيني وبينه قرابة ، ثم أوصى بماله كلّه لرجل ، ثم مات ولا وارث له ولا عَصَبَةٌ ولا مولى ، فإنّ المال كلّه للموصى له بجميع المال ، ولا شيء للمقرّ به ؛ وذلك لأنّ المقرّ به لما لم يثبت نسبه صار استحقاقه متعلّقاً بقول المريض ، فهو كالموصى له ، فيملك المريض الرجوع في حقّه ، وإذا رجع بطل الإقرار به ، ولم يبق إلا الوصية ، فكان الموصى [له] أحقّ بالمال .

فإذا لم يكن أوصى بماله ومات وقد جحد ما أقرّ به ، كان ماله لبيت المال ؛ وذلك لأنّ الإقرار بطل بالرجوع على ما بيّنا ، وليس هناك مستحقّ للمال ، فوجب وضعه في بيت المال^(١) .



(١) انظر: الأصل ، ٢٧٨/٨ وما بعدها .

بَاب

إقرار الوارث بوارث آخر



الأصل في هذا الباب: أن الوارث إذا أقرّ بوارث آخر للميت، لم يُصدّق في إثبات نسبه، ويشاركه فيما في يده من الميراث^(١).

وقال النخعي: يثبت نسبه ويشاركه، وقال الشافعي: لا يثبت نسبه ولا يشاركه^(٢).

والدليل على أن النسب لا يثبت: أن الابن إذا أقرّ بأخ فإنه يحمل نسبه على أبيه، وقد بينا أن الإنسان لا يُصدّق في حمل النسب على غيره، وقد بينا أيضاً أن إقرار الإنسان لا يقبل إلا بالوالدين والولد، فلا يجوز إقراره بالأخ.

وجه قول النخعي: أن الوارث قائم مقام الميت، ولو أقرّ الميت بولد نفذ إقراره، فكذلك إذا أقرّ به وارثه.

وأما المشاركة في الميراث؛ فلأن الابن أقرّ بأمرين: بالنسب واستحقاق المال، فما كان من النسب يُلزمه غيره فلا يقبل إقراره به، وأما المشاركة، فحقوق يعترف به على نفسه فيقبل إقراره، وهذا غير ممتنع، كالمشتري للعبد إذا زعم أن البائع أعتقه، جاز إقراره في العتق، ولم ينفذ في الرجوع بالثمن.

(١) انظر: البدائع ٢٣١/٧.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ١١٤؛ رحمة الأمة ص ١٣٥.

ولا يقال: إنه أحال بالمال على سبب^(١) لا يُحْكَم به ، فلم يُحْكَم بالمال ؛ لأنّ في النكاح إذا قال لامرأته: أنتِ أختي ، صدّقناه في التحريم ، وإن كان قد أحال به على نسبٍ لم يثبت [به] ذلك النسب .

٢٨٢٢ . فصل : [إقرار أحد الابنين بأخ]

وإذا ثبتت المشاركة ، قال أبو حنيفة: إذا أقرّ أحد الابنين بأخ ، وكذبه أخوه المعروف فيه ، أعطاه المقرّ نصف ما في يده ، وقال ابن أبي ليلى: يعطيه ثلث ما في يده .

وجه قولهم: أنّ في زعم المقرّ أنّه والمقرّ به يتساويان في الميراث ، وأنّ الجاحد غاصبٌ ظالمٌ فيما زاد على حقّه ، فصار ذلك كالهالك من المال ، (والباقي بينهما بالسوية .

وأما ابن أبي ليلى فقال: في زعم المقرّ أنّ المقرّ به له ثلث التركة^(٢) في موضعين ، نصفه في يده ، ونصفه في يد أخيه ، وإقراره على أخيه لا يقبل ، فلم يبق إلا إقراره فيما في يده ، فيعطيه ثلث ما في يده .

قال أبو الحسن: وإذا أقرّ الابن المعروف بأخ ، أخذ نصف ما في يده ، وإن أقرّ بأختٍ ، أخذت ثلث ما في يده ، وهذا على ما بينا أنّه مُصدّق فيما في يده من المال ، وإن لم يُصدّق على النسب .

قال: فإن أقرّ بامرأة مات الأب وهي زوجته ، أخذت ثمن ما في يده ؛ وذلك

(١) في ب (نسب) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

لأنَّ إقراره بالزوجيّة لا ينفذ على الميت ، كما لا ينفذ إقراره بالنسب ، إلا أنَّ إقراره جائزٌ فيما في يده من المال ، فيدفع إليها الثمن .

وإن أقرَّ بجدّة (هي أم الميت)^(١) ، أخذت سُدُس ما في يده ، على ما بيّنا أنه يعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت نسب المقرّ به .

قال : وإن ترك الميت ابنين معروفين ، فأقرَّ أحدهما بزوجةٍ للميت ، أخذتْ تُسْعِي ما في يد المقرّ ؛ وذلك لأنَّ في زعم المقرّ أنَّ التركة بينهم على ستة عشر سهمًا ، للزوجة سهمان ، ولكلِّ ابنٍ سبعةٌ ، فلَمَّا أخذ أخوه أكثر من حقه ، صار ذلك كالهالك ، فيقسم ما في يده على قدر حَقِّهما في الأصل ، فيضرب لها بسهمين ، ولنفسه [بسبعة]^(٢) أسهم ، فيحصل لها [سهمان من تسعة وله سبعة]^(٣) .

وعلى قول ابن أبي ليلى : أقرَّ لها بسهمين من ستة عشر سهمًا ، سهمٌ ممّا في يده ، وسهمٌ ممّا^(٤) في يد شريكه ، فيدفع إليها ثَمَن ما في يده^(٥) .



(١) في ب (وهو ابن الميت) .

(٢) في ب (بتسعة) .

(٣) في الأصل (تُسعا ما في يده) والمثبت من تبين الحقائق ٢٠٩/٥ ، وعبارة الزيلعي كأنه من عبارة المؤلف .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٥) انظر: الأصل ٥١٩/٥ .

بَاب

الوارث يقر بوارث بعد وارث

[قال الشيخ رحمته الله]: الأصل في هذا الباب: أن الوارث المعروف إذا أقرّ بوارثٍ آخر، [قاسمه] ^(١) ما في يده على موجب إقراره، وإن لم يثبت النسب على ما قدّمنا، فإن أقرّ به وقاسمه، ثم أقرّ بوارثٍ آخر، فإن صدّقه المقرّ به الأوّل، اقتسموا (ما في يدهما) ^(٢) بحسب إقرارهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما أقرّ للثالث بحقّ في يده.

وإن كذب المقرّ به الأوّل [المقرّ] في الثاني، فهو على وجهين: إن كان المقرّ دفع إلى المقرّ له الأوّل بقضاء القاضي، فلا ضمان عليه، ويصير ذلك ^(٣) كالهالك من جملة المال، فيقضي بقسمة ما بقي في يد المقرّ على حقهما، وأمّا إن دفع إلى الأوّل بغير قضاء [قاضٍ]، فكان ^(٤) ما دفع إليه يصير كالباقى في يده في الحقّ المقرّ به الثالث، فيدفع إليه حقّه من الجميع بحسب مقتضى ^(٥) إقراره؛ لأنّ تسليمه حصل بفعله، وقد اعترف أنّه سلّمه بغير حقّ، فيكون مضموناً عليه.

قال محمدٌ في الإملاء: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً مات وترك ابناً معروفاً

(١) في أ (فاقتسمه)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (بينهم).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (فإن).

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

بالغاً، وأقرّ بأخٍ له من أبيه وأمه، فإنه يعطيه نصف الميراث، فإن أعطاه نصف الميراث بقضاء قاضٍ، أو لم يعطه حتى أقرّ بأخٍ آخر، وتكاذب [١/٤٥٧] المقرّ بهما فيما بينهما، فإن المقرّ به الأول يأخذ نصف الميراث، ويأخذ المقرّ به الآخر ربع المال^(١)، فيكون للابن الأول^(٢) ربع الميراث؛ وذلك لأنّ ما دفعه إلى الأول بقضاء غير مضمونٍ عليه، فهو كالهالك، وقد اعترف أنّ حقه وحقّ المقرّ به الثالث تساويا، فوجب أن يدفع إليه نصف النصف الذي في يده.

وإن كان لم يدفع إلى الأول شيئاً، فقد استحقّ الأول نصف المال بإقراره، فلا يُصدّق في الرجوع عنه، فيدفع إلى الأول النصف، ويقاسم الثاني ما في يده نصفين.

فإن كان الابن معروفاً ودفع إلى المقرّ به الأول نصف المال بغير قضاء، ودفع إلى الثاني ثلث جميع^(٣) المال، وبقي [له] السدس؛ لأنّ ما دفعه بغير قضاء مضمونٌ عليه، ألا ترى أنّه اعترف أنّه دفع بغير حقّ، وأنّ المقرّ به الثاني يستحقّ ثلث جميع المال، [فيدفع ذلك إليه ويبقى السدس].

قال: فإن دفع إلى الثاني أيضاً ثلث جميع [المال بغير قضاء قاضٍ، ثم أقرّ بابنٍ ثالثٍ وكذّبه الابن الثالث في الأولين، فإن الابن الثالث يأخذ من الابن المعروف ربع جميع المال، يأخذ منه السدس الذي في يده، ويُضمّنه نصف سدس جميع المال في ماله؛ وذلك لما بيّنا أنّ ما دفع بغير قضاء مضمونٌ عليه،

(١) في ب (الميراث).

(٢) في ب (المعروف).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

وقد أقرّ للثالث بربع المال، فيدفع إليه السدس الذي في يده، ويغرم له تمام حقه^(١)؛ لأنه أتلفه بتسليمه.

وقال أبو حنيفة: إذا مات الرجل وترك ابناً معروفاً، وترك ألف درهم، فادّعى رجلٌ على الميت ألفاً، فصدّقه الابن [وأبى]^(٢) اليمين عند القاضي، فقضى القاضي على أبيه بالدين، ولم يأمره بدفع الدين، ثم دفع إلى الغريم بغير قضاء، ثم ادّعى رجلٌ آخر على الميت ديناً بألف درهم، فصدّقه بذلك [وأبى]^(٣) اليمين، فقضى القاضي على أبيه بالدين، فإنّ القاضي يُضمّنه نصف المال الذي دفع إلى الأوّل للثاني؛ لأنّه دفع إليه المال باختياره، وقد زعم أنّه دفع ما يتعلق به حقّ الغريم الثاني، فكان متعدّياً في الدفع فيغرم نصف المال، وكأنّه أقرّ لهما ثم دفع إلى أحدهما.

قال: ولو كان دفع إلى الأوّل بقضاء، ثم أقرّ للثاني، لم يضمن له شيئاً؛ لأنّ يده زالت عن التركة بغير فعله، فكأنّها هلكت، ثم أقرّ بدينٍ على الميت، فلا يلزمه^(٤).

ولا يقال: إنّ القاضي أمره بالدفع بسبب إقراره، فصار هو المتلف؛ لأنّ مجرد القول لا يتعلّق به ضمانٌ في حقّ [الغير]^(٥)، ولم يوجد إلا مجرد الإقرار، فلا يضمن به.

(١) في ب (حصته).

(٢) في أ (أو أبى) والمثبت من ب.

(٣) في أ (أو أبى) والمثبت من ب.

(٤) انظر: الأصل ٨/٢٤٠، ٢٤١.

(٥) في أ (الغريم)، والمثبت من ب.

وقال أبو حنيفة: لو أن رجلاً مات وترك ابناً وألف درهم، فأقرّ الابن بأخ له ثم رجع فقال: لست بأخ لي، وإنما أخي هذا الرجل الآخر، فصدّقه الرجل الآخر بذلك، وكذّبه بالإقرار في الأوّل، ولم يدفع شيئاً حتى أقرّ [بما وصفتُ لك، أو دفع إلى الأوّل النصف بقضاء قاضٍ، ثم أقرّ بما وصفتُ لك، فإنّ المقرّ به الأخير يدخل فيما صار للابن المعروف، وذلك نصف الميراث، فيأخذ نصفه، ولا يغرم غير ذلك، وذلك لأنّه لمّا أقرّ] بالأخ ثم رجع، لم يُقبَل رجوعه بعد صحة الإقرار به، فاستحقّ الأوّل النصف، وقد أخذه بقضاء [قاضٍ]، فسقط ضمانه عن المقرّ، ثم أقرّ بمشاركة الثاني، فيقبل إقراره في حقّ نفسه.

قال: ولو كان الابن المعروف دفع نصف المال بغير قضاء قاضٍ، ثم أقرّ بما وصفت لك، دفع جميع ما في يده - وهو نصف جميع المال - إلى المقرّ به الآخر؛ لما قدّمنا أنّ ما دفعه بغير قضاء كالباقي في يده، وقد اعترف أنّه دفع بغير حقّ، فكان مضموناً عليه، فيدفع إلى الثاني جميع النصف.

وقال أبو حنيفة: لو أن رجلاً مات وترك ابناً وألف [درهم]، فادّعى غريمٌ أنّ له على الميت ديناً وهو ألف درهم، فصدّقه بذلك الوارث، ثم رجع عن تصديقه فقال: لم يكن لك على أبي شيءٍ، وأقرّ بألفٍ لرجلٍ آخر، وصدّقه ذلك الرجل بما أقرّ له به، وكذّبه في الإقرار الأوّل، فإن كان الوارث لم يدفع إلى الأوّل شيئاً، أو كان دفع بقضاء، فلا ضمان على الوارث للثاني، وإن كان دفع إلى الأوّل دينه^(١) بغير قضاء قاضٍ، ضمن للثاني ألف درهم في ماله؛ وهذا على ما قدّمنا أنّه لمّا اعترف بالدين لم يُصدّق في الرجوع، فإن دفع إلى الأوّل بقضاء، لم يضمن للثاني؛ لأنّ يده زالت بغير فعله، وإن دفع بغير قضاء، ضمن؛ لأنّه

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

اعترف أنه أتلف المال بغير حق.

قال: ولو أن رجلاً مات وترك ابناً، وترك ألف درهم، فادّعى رجلٌ على الميت ديناً ألف درهم، فصدّقه الوارث بذلك، ودفع إليه دينه بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ، وادّعى رجلٌ آخر على الميت ديناً^(١) ألف درهم، وكذّبه الوارث بذلك، وصدّقه الغريم الأوّل، فقال الغريم الثاني للغريم الأوّل: لا دين لك، وأنا أحقّ بالمال الذي قبضت منك، وقال الغريم الأوّل: لي دين ألف درهم، ولك [دين] ألف درهم، فإنه لا يلتفت إلى قول الغريم الثاني، فيقتسمان الألف التي في يد الغريم الأوّل نصفين؛ وذلك لأنّ الغريم الأوّل لم يعترف للغريم الثاني إلا بنصف ما في يده، ونحن إنّما أثبتنا الحقّ للغريم الثاني باعتراف الأوّل، فلم يجوز أن يستحقّ أكثر مما اعترف له به^(٢).

قال: وكذلك إن أقرّ الغريم الثاني لغريمٍ ثالثٍ بألف درهم، فصدّقه الغريم الثالث فيما أقرّ به، وكذّبه فيما ادّعاه بدينه، فإنّما يأخذ [منه] نصف ما صار إليه من المال؛ وذلك لأنّا أثبتنا الحقّ للثالث بإقرار الثاني، فلم يستحقّ أكثر ممّا تضمّنه إقراره.

ولو أن رجلاً في يده ألف درهم، قال لرجلٍ آخر: مات أبي وهو أبوك، وترك هذه الألف ميراثاً، فقال المقرّ له: كان أبي ولم يكن أباك، وقال المقرّ: كان أبي وأباك، فالقول قول المقرّ الذي في يده المال، والمال بينهما نصفان؛ وذلك لأنّ المقرّ له إنّما يستحق بإقرار صاحب اليد، ألا ترى أنّ النسب لا يثبت، فلم

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٢٤٢/٨.

يجز أن يستحق أكثر من مقتضى الإقرار.

قال: وكذلك لو كان المال في يد رجلٍ فقال لامرأة: مات فلانٌ وكان أخي لأبي وأمي، فتركني وارثاً وأنتِ ابنته، ولا وارث له غيرنا، فقالت المرأة: أنا ابنته ولست له بأخ، والمال في يد الرجل، فالقول قول الرجل في ذلك؛ لأنها تستحق بإقراره لا بالنسب، فلم يجز أن تستحق أكثر مما أقر لها.

وعلى هذا، كل من في يده مالٌ يزعم أنه حقه^(١) عن ميتٍ بنسبٍ وأقر بوارثٍ غير معروفٍ، وكذبه الوارث، فقال: أنا وارثٌ ولست بوارثٍ، فعلى هذا.

وأما إذا كان صاحب اليد يدعي زوجية الميت، أقر بنسبٍ لغيره لا يعرف إلا بقوله، وكذبه المقر به في الزوجية، فالميراث [ب/٤٥٧] للمقر به، ولا شيء للمقر، إلا أن يقيم بينة على الزوجية.

مثاله: رجلٌ في يده مالٌ قال لرجلٍ آخر: هذا المال كان لفلانة، وكنْتُ زوجها، وأنت أخوها لا وارث لها غيرنا، فقال أخوها: أنا أخوها ووارثها، لا وارث لها غيري، ولست لها بزوجة، فالقول قول الأخ، يأخذ الميراث دون الزوج، ولا يُصدق الزوج على الميراث إلا ببينة.

وكذلك امرأةٌ في يدها مالٌ قالت لرجلٍ: مات فلانٌ وهو زوجي، ولي عليه من الصّدَاقِ كذا [وكذا]، وأنت أخوه لأبيه وأمه ووارثه، لا وارث له معي غيرك، وفي يدها مالٌ كثيرٌ للميت، فقال الأخ: أنا أخوه كما ذكرت ووارثه، ولست له بزوجة، وحلف على علمه، فالقول قول الأخ، ويأخذ الميراث كله، ولا شيء

(١) في ب (استحقه).

للمرأة من صدقٍ ولا ميراثٍ .

والفرق بين النسب والزوجية: أن المقر إذا زعم أنه ابن الميت أو أخوه، ثم أقر بأخ، ففي إقراره أن حق كل واحدٍ منهما لم يثبت إلا مع ثبوت حق الآخر، فلم يقبل قول المقر به في إسقاط حق المقر .

وأما الزوج والزوجة والأخ، فحق الأخ سابق في الأخوة لحقهما، وإنما يطراً حقهما بالعقد، فإذا اعترفا بالأخوة فقد اعترفا بحق أصلي، وادّعى طريان حقهما عليه، فلا يقبل إلا بتصديق أو بيّنة؛ ولأن الأخ المقر به [يدلي] ^(١) بسبب ثابت، والمقرّ به في حكمه، فتساويا، والزوج يدلي بسبب منقطع، فلا يساوي من كان سببه ^(٢) ثابتاً في الحال؛ فلذلك لم يثبت حقه إلا ببيّنة أو تصديق .

قال: ولو أن رجلاً في يده ألف درهم، قال لرجلٍ [آخر]: مات فلان ابن فلان، وهو أخي لأبي وأمي، وأنت أخوه لأبيه، وأنا أحقّ بالمال، وللميت مالٌ كثيرٌ في يد المقرّ، فقال المقرّ له: أنا أخوه لأبيه، ولست له بأخ، أو قال: أنت أخوه لأبيه مثلي، فالمال للأخ من الأب والأم؛ وذلك لأن سببهما ثابت في الحال، والمقرّ به إنما يثبت حقه بقول ^(٣) المقرّ، فلم يجوز أن يستحق ما لم يتضمنه الإقرار .

قال: ولو قال المقرّ: أنا أخوه لأبيه وأمه، ولي عليه ألف درهم، وأنت أيضاً أخوه لأبيه وأمه، ونحن وارثاه جميعاً بعد قضاء ^(٤) ديني، لا وارث له غيرنا،

(١) في أ (في)، والمثبت من ب .

(٢) في ب (نسبه) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في ب (وفاء) .

فقال المقر له: أنا أخوه لأبيه وأمه، ولست له بأخ، ولا دين لك عليه، فالمال بينهما نصفان؛ وذلك لما بيننا أن نسبهما ثابت [في الحال]، واستحقاق المقر به بقول المقر يوجب أن يرجع إلى حكمه.

وأما الدين، فهو معنى حادث على النسب، فلا يُصدق فيه بعد اعترافه بالنسب إلا ببيّنة أو تصديق كالزوجية.

قال: ولو أن رجلاً مات وترك ابناً وترك ألفاً، فادّعى رجل أن له على الميت ألف درهم، فصدّقه الوارث بذلك، ودفع إليه دينه بغير قضاء قاضٍ، ثم إن رجلاً آخر ادّعى أن الميت أوصى له بثلث ماله، وادّعى آخر أنه أبو الميت، فصدّقهما بذلك الابن المعروف، وكذّباه فيما أقرّ به من الدين، فأرادا [أن يضمّناه حقهما فيما دفع إلى الغريم بغير قضاء قاضٍ، فلا ضمان عليه؛ وذلك أن] الميراث والوصية، لا يثبتان إلا بعد قضاء الدين، فأقراره لم يتضمّن ثبوت حقّ لهما أتلفه بالتسليم، فلم يُقبل قولهما في إيجاب الضمان عليه^(١).

ولو كان أقرّ لهما أول مرة قبل أن يقرّ للغريم، ثم دفع إليهما ما أقرّ به بغير قضاء قاضٍ، ثم أقرّ للغريم بعد ذلك وكذّبه الغريم فيما أقرّ به للأولين، فإن الغريم يضمّنه ما دفع إلى الأولين؛ وذلك لأنّ حقّ الغريم سابق لحقّ الوارث والموصى له، وفي زعم المقرّ أنه دفع إليهما بغير حقّ، فيضمّن ذلك للغريم المقرّ له.

ولو كان دفع إليهما بقضاء لم يضمّن للغريم شيئاً، ولم يأخذ منه إلا ما في يده؛ وذلك لأنّ يده زالت عن المال بغير فعله، فصار كالهلاك.

(١) انظر: الأصل ٢٣٩/٨.

قال: ولو كان الوارث دفع إليهما بغير قضاء قاضٍ، وصدقه الغريم فيما أقر به للأولين، فأراد تضمينه ما دفع إليهما، [ضمن]؛ لأنه غريمه وهو أحقّ منهما، والوارث ضامنٌ لما دفع إليهما؛ وذلك لأنّ من حقّ الدين أن يتقدّم على الميراث والوصية، والتصديق بالوارث لا يمنع أن يكون الدفع إليه بغير حقّ، فيتعلّق به الضمان.

قال: ولو كانت الوصية والميراث وأخّ معروف نسبه، وثبتت الوصية بالبيّنة، وصار الأخ وارثاً بالبيّنة، إلا أنّ القاضي لم يأمره بدفع ميراثٍ ولا وصية^(١)، ثم أقرّ للغريم بدينه، وكذّبه أو صدّقه، أو لم يصدقه ولم يكذبه، فلا ضمان عليه فيما دفع؛ وذلك لأنّ الوارث المعروف، والوصية المعروفة، لا يسقطان بإقرار الوارث، فلو كان المال لم يُدفع إليهما، وهو في يد المقرّ، لم يجز له دفعه إلى الغريم، وألزمه الحاكم دفعه إلى الموصى له والوارث، فإذا دفع بغير قضاء لم يسقط حقاً للمقرّ له كان يستدرّكه لولا الدفع، فلا يضمن.

قال: ولو أنّ رجلاً مات وترك أخاً معروفاً وترك ألفاً، ولا يُعلّم له وارثٌ غير أخيه، فادّعى رجلٌ على الميت ألف درهم، فصدّقه الأخ بذلك، وأعطاه المال من غير قضاء، ثم إنّ رجلاً ادّعى أنّه ابن الميت، فصدّقه بذلك الأخ، وكذّبه الغريم، فالمال للذي قبضه الغريم سالمٌ، ولا ضمان على الأخ فيما دفع؛ لأنّ نسب الابن لا يثبت بقول الأخ، فلو كان المال باقياً في يد الأخ ألزمه القاضي تسليمه إلى الغريم، ولم يقبل قوله في الإقرار للابن، فلا يلزمه ضمانٌ بالتسليم.

(١) (ولا وصية) سقطت من ب.

آخر كتاب الإقرار

(والحمد لله رب العالمين ، والصلاة على نبيه المختار ، وآله الطيبين الأبرار ،
يتلوه كتاب السّير) (١)



(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

فهرس الموضوعات

- ٧٢ - كتاب الوصايا ٥
- ٢٧٥٦ - فصل: تقديم أحد الشريكين على الآخر في الوصية ٧
- ٢٧٥٧ - فصل: الوصية بأكثر من الثلث ٨
- ٢٧٥٨ - فصل: قبول الموصى له بالوصية ٨
- ٢٧٥٩ - فصل: لزوم الوصية بما زاد على الثلث ١١
- باب معرفة الوصية ما هي؟ ١٢
- ٢٧٦٠ - فصل: إيجاب المريض في ابتداء مرضه على نفسه ١٤
- ٢٧٦١ - فصل: تملك المجاز له بإجازة الوارث ١٥
- ٢٧٦٢ - فصل: إجازة بعض الورثة ورد بعضهم ١٦
- باب متى تستحق الوصية؟ ١٧
- ٢٧٦٣ - فصل: الوصية بشاة من غنمه ١٧
- ٢٧٦٤ - فصل: لحاق الأولاد بالأمهات في الوصية ١٨
- ٢٧٦٥ - فصل: استحقاق الوصية ١٩
- ٢٧٦٦ - فصل: الضمان في إتلاف ما استحقه الموصى له ١٩
- ٢٧٦٧ - فصل: تلف العين الموصى بها في الوصية ١٩
- ٢٧٦٨ - فصل: متى تتعين الوصية؟ ٢٠
- باب ما يشترك فيه أهل الوصايا وما يبدأ بعضهم على بعض ٢١
- باب ما يتداخل من الوصايا ٢٦
- باب ما يُجاوز الثلث من الوصايا إذا أجازته الورثة ٣٠
- باب الوصايا إذا ضاق عنها الثلث ٣٤
- باب الرجل يُوصي لقرابته ٣٧
- ٢٧٦٩ - فصل: موت الموصى له وله عمّان وخالآن ٣٨

- ٢٧٧٠ - فصل: الوصية بالثلث لأهل بيته..... ٤٠
- ٢٧٧١ - فصل: الوصية بالثلث لآل فلان ٤٠
- ٢٧٧٢ - فصل: الوصية لأختانه بالثلث ٤١
- ٢٧٧٣ - فصل: الوصية بالثلث للجيران ٤٣
- ٢٧٧٤ - فصل: الوصية لأيتام بني فلان ٤٤
- ٢٧٧٥ - فصل: الوصية لكل ثيب من بني فلان ٤٦
- ٢٧٧٦ - فصل: الوصية لأبكار بني فلان ٤٦
- نوادر في هذا المعنى..... ٤٦
- ٢٧٧٧ - فصل: المقصود بالقرابة في الوصية ٤٦
- ٢٧٧٨ - نَوَادِرُ أَيْضًا..... ٤٨
- ٢٧٧٩ - فصل: الوصية لعصبة فلان..... ٥٣
- ٢٧٨٠ - فصل: الوصية لرجل بخدمة عبده..... ٥٣
- ٢٧٨١ - فصل: الوصية بأصواف غنمه وأشعارها ٥٥
- ٢٧٨٢ - فصل: الوصية بالثمر أو الغلّة للمساكين ٥٦
- باب إذا أوصى الرجل بثلث ماله أو سدس ماله..... ٥٨
- ٢٧٨٣ - فصل: الوصية بسدس شيء بعينه مما يقسم ٥٨
- باب الوَصِيِّ وَالرَّدِّ..... ٦١
- ٢٧٨٤ - فصل: الموصى له لم يقبل الوصية ٦٣
- ٢٧٨٥ - فصل: قبول الوَصِيِّ الوصية بغير إيجاب من المُوَصِّي ٦٣
- ٢٧٨٦ - فصل: رفض الموصى له الوصية أولاً ثم قبل ٦٤
- ٢٧٨٧ - فصل: إخراج القاضي الوَصِيِّ من الوصية..... ٦٥
- باب الوصية إلى الأوصياء..... ٦٧
- ٢٧٨٨ - فصل: جعل الوصاية لرجل ثم تعليقه بآخر إذا قدم ٦٩
- ٢٧٨٩ - فصل: التصرف في جعل الوصاية لرجلين فمات أحدهما ٧١
- باب الرجل يوصي في بعض ماله..... ٧٢

- ٢٧٩٠ - فصل: جعل الوصاية لرجل والتقاضي لآخر ٧٣
- ٢٧٩١ - فصل: حصر الوصاية في التقاضي بالدين ٧٣
- باب الوصية بخدمة العبد لرجل وبرقبته لآخر أو بقلّة بستانه لرجل وبرقبته لآخر ، أو
بشمرته لرجل وبرقبته لآخر..... ٧٧
- ٢٧٩٢ - فصل: القسمة في الوصية بغلة الدار..... ٧٩
- ٢٧٩٣ - فصل: الوصية بسعف النخل ٨٠
- ٢٧٩٤ - فصل: العبرة في الوصية إطلاق الاسم في العرف..... ٨١
- ٢٧٩٥ - فصل: الوصية بثمرة البستان ولا مال له غيره..... ٨٢
- ٢٧٩٦ - فصل: الرجوع في الوصية ٨٤
- ٢٧٩٧ - فصل: الوصية بالعبد لرجل وبخدمته لآخر ٨٤
- ٢٧٩٨ - فصل: الوصية بالدار لرجل وبييت منها لآخر ٨٥
- ٢٧٩٩ - فصل: الوصية بالعبد لرجل ثم بالخدمة والرقبة لآخر ٨٦
- ٢٨٠٠ - فصل: الوصية بالعبد لرجل وبالخدمة ثم بالرقبة لآخر..... ٨٦
- ٢٨٠١ - فصل: الوصية بالأمة لرجل ولآخر بما في بطنها ٨٧
- باب الوصية لبني فلانٍ وولدٍ فلانٍ..... ٨٨
- باب الوصية لمن لا يُحصى عددهم أو يُحصى ٩٠
- باب الوصية لبني أب رجلٍ من الناس يعرفُ ٩٣
- باب الوصية للموالي ٩٨
- باب ما يكون رجوعاً في الوصية ١٠٢
- ٢٨٠٢ - فصل: الرجوع من الوصية ١٠٥
- باب فيمن أوصى لرجل بسيفه..... ١١٠
- باب من لا تصحُّ إليه الوصيةُ..... ١١٤
- باب مقاسمة الوصيِّ للورثة أو عليهم وما يجوزُ من التصرفِ عليهم وما لا يجوز من
ذلك ١١٩
- باب الوصية بالنفقة..... ١٢٧

- ٧٣ - كتابُ الوكالةِ ١٢٩
- باب جملة ما تجوزُ فيه الوكالةُ ١٣٠
- ٢٨٠٣ - فصل: الوكالة في العقود التي تتعلق بها الحقوق ١٣٢
- باب الوكالة في الهباتِ والصدقاتِ والعَواري والودائعِ والشراء والرهن وما في معناها
مِمَّا ليس له أبدال ١٣٧
- باب الوكالة في الخصومة ١٣٩
- ٢٨٠٤ - فصل: الوكيل في الخصومة في المال وكييل في القبض ١٤٣
- ٢٨٠٥ - فصل: شهادة الوكيل بالخصومة لموكله بعد العزل ١٤٤
- باب الوكالة بقبض الدين ١٥٢
- باب الرجل يُوكَّل بقضاءِ دينٍ عليه ١٥٨
- باب الوكالة بالشراء والبيع ١٦٣
- باب شراء المعيب ١٦٦
- باب الوكالة بشراء الغنم والبقر واللحمان والفاكهة والأطعمة ١٦٨
- ٢٨٠٦ - فصل: احتمال الأمر على المعتاد بيعه في الأسواق ١٧٦
- باب الوكالة في البيع ١٨٣
- باب ما يخرجُ الوكيل من الوكالة ١٩١
- ٧٤ - كتابُ الكفالةِ والحوالةِ ١٩٩
- باب كفالةِ الرجلين عن الرجل ٢٠٨
- باب أداء الكفيل عن المكفول عنه المال ٢١٢
- باب ضمانِ الأعيان ٢١٤
- باب الكفالةِ بالمالِ إلى أجلٍ معلومٍ أو مجهولٍ ٢٢٢
- باب الكفالةِ بالنفس ٢٣٠
- باب الألفاظِ التي تكون عبارةً عن الكفالةِ بالنفس ٢٣٦
- باب الكفالةِ بالنفسِ إذا شرط الكفيل أنه إن لم يواف به إلى أجلٍ كذا فعليه المال ٢٣٨
- ٧٥ - كتابُ الحوالةِ ٢٤٥

- ٢٥١..... ٧٦ - كتاب الصلح
- ٢٥٤..... ٢٨٠٧ - فصل: صلح المدعى عليه المُدَّعى على تسليم ما ادَّعاه
- ٢٥٩..... باب الصلح في الدين
- ٢٦١..... ٢٨٠٨ - فصل: وقوع الصلح من الدين على جنس غير الدين
- ٢٦٣..... باب الصلح من الحقوق التي ليست بمال
- ٢٦٧..... * نوع آخر: في الصلح من الحقوق التي ليس فيها استبدال بمال
- ٢٧٦..... باب الصلح في قتل الخطأ
- ٢٨١..... باب الصلح في المنافع
- ٢٨٨..... باب الرجل يتبرع بالصلح عن المدعى عليه
- ٢٩٣..... باب الرجل يصلح على بعض دينه على أن يعطي الباقي منه إلى وقت
- ٢٩٧..... باب الصلح من العيوب
- ٣٠١..... باب صلح الوالد على ولده
- ٣٠٦..... باب الصلح في الوديعة وما في معناها
- ٣٠٩..... باب صلح المُرتدِّ
- ٣١١..... باب صلح المكاتب
- ٣١٢..... باب صلح العبد التاجر
- ٣١٤..... باب صلح الصبي التاجر
- ٣١٥..... ٧٧ - كتاب المزارعة
- ٣١٨..... ٢٨٠٩ - اشتراط أحدهما قُفزاناً معلومة
- ٣٢٧..... باب امتناع المزارعين من الزراعة
- ٣٣٠..... باب ما يفسد المزارعة من الشروط وما لا يفسده
- ٣٣٣..... باب آخر من الشروط في المزارعة
- ٣٣٩..... باب ما يكون عذراً في فسخ المزارعة
- ٣٤٥..... باب المعاملة في النخل والشجر والكرم والرطاب والثمار
- ٣٤٩..... باب المعاملة في النخل والشجر يكون بين رجلين أو يدفع إلى رجلين

- ٣٥٣ باب المعاملة يدفع ذلك إلى رجل ويأمره أن يعمل في ذلك
- ٣٥٦ باب مزارعة المرتد
- ٣٦١ باب مزارعة العبد والصبي المأذون لهما في التجارة
- ٣٦٤ باب الزيادة في المعاملة والمزارعة والحط منها
- ٣٦٧ ٧٨ - كتاب الإكراه
- ٣٧٤ باب الإكراه في الأموال
- ٣٨٤ باب الإكراه على العتق والطلاق والنكاح وغير ذلك
- ٣٩١ باب من الإكراه على الإقرار بالحدود
- ٣٩٤ باب الرجل يكره على ما يجعل الله على نفسه
- ٣٩٦ باب الرجل يكره على الإقرار بشيء ماض
- ٣٩٨ باب الإكراه على الزنا والقطع وقد أذن له في ذلك المفعول به أو لم يأذن
- ٤٠٥ باب الإكراه على البيع والشراء فيبيعه المشتري أو يعتقه
- ٤١٦ باب الخيار في الإكراه
- ٤٢٣ باب الإكراه في الوكالة
- ٤٢٨ باب الإكراه الذي يخطر على بال المكروه غير ما أكره عليه
- ٤٣١ باب الرجل يكره على قتل من يرثه
- ٤٣٣ باب الإكراه على ما يجب به العتق أو الطلاق أو ما يجب به الضمان
- ٤٣٧ ٧٩ - كتاب القسمة
- ٤٣٩ باب قسمة العقار
- ٤٥٨ باب قسمة غير العقار
- ٤٦٤ باب ما لا يقسم من العقار وغيره
- ٤٧١ باب الدار فيها الطريق لغير أهلها
- ٤٧٩ باب دعوى الغلط في القسمة
- ٤٨٥ باب القسمة يستحق منها الشيء
- ٤٩٣ باب ما يوجب نقض القسمة

- ٤٩٧..... باب المهابة
- ٤٩٨..... ٢٨١٠ - فصل: التهاؤ في الدار بين رجلين
- ٤٩٩..... ٢٨١١ - فصل: التهاؤ في دارين
- ٥٠٠..... ٢٨١٢ - فصل: التهاؤ في دار واحدة لا تتسع لسكناهما معاً
- ٥٠١..... ٢٨١٣ - فصل: التهاؤ بين شريكين في خدمة العبد
- ٥٠٢..... ٢٨١٤ - فصل: التهاؤ بين شريكين في النخل والشجر
- ٥٠٢..... ٢٨١٥ - فصل: التهاؤ بين شريكين في إطعام العبد
- ٥٠٥..... ٨٠ - كتابُ المأذونِ
- ٥٠٨..... ٢٨١٦ - فصل: بيع العبد مال مولاه والمولى ساكت
- ٥١٠..... ٢٨١٧ - فصل: الإذن للعبد بالتجارة
- ٥١١..... باب الدين الذي يلحق المأذونَ في التجارة
- ٥١٣..... ٢٨١٨ - فصل: اقتسام الغرماء ثمن العبد بالحصص
- ٥٢٢..... باب شراء المأذونِ وبيعه
- ٥٢٥..... باب تأخير دين العبدِ المأذون له
- ٥٢٨..... باب وكالة المأذون له في التجارة بالبيع ووكالة الحرّ له بالشراء
- ٥٣١..... باب عتقِ المولى عبده المأذون ورقيقه والدّعوى في ذلك
- ٥٣٧..... ٢٨١٩ - فصل: لحوق المأذون دين يحيط برقبته
- ٥٤١..... باب ما يجوزُ للعبد المأذون أن يفعله وما لا يجوز
- ٥٤٣..... ٢٨٢٠ - فصل: هبة وصدقة المأذون
- ٥٤٨..... باب الغرورِ في العبدِ المأذونِ
- ٥٥٢..... باب الشهادةِ على العبد والمولى غائبٌ
- ٥٥٧..... باب اختلافِ المأذونِ والمولى وغيره في مالٍ في يد المأذون
- ٥٦١..... ٨١ - كتابُ الإقرار
- ٥٦٥..... باب الإقرارِ بما يكون مضموناً وبما لا يكونُ
- ٥٦٩..... باب الإقرارِ بشيء مجهولٍ

- ٥٧٢..... باب الإقرار بالدرهم
- ٥٧٩..... باب الإقرار بالدرهم ثم يدعي أنها زُيوفٌ
- ٥٨٥..... باب ما يكون إقراراً بقبض ما أقر به أو لا يكون
- ٥٨٨..... باب الإقرار بعد مجهول
- ٥٩١..... باب الإقرار بعددين يُبهم أحدهما ويسمي الآخر
- ٥٩٤..... باب الرجل يقر بشيء لا يُسمى عدده
- ٥٩٦..... باب الرجل يقر بشيء من الكيل أو الوزن أو غيرهما من صنفين
- ٥٩٨..... باب إقرار الرجل بمالٍ اقتضاه من آخر
- ٦٠٣..... ٢٨٢١ - مسألة في موت المُقرِّ بعد القول: هذا الألف لفلان وسمَّاه
- ٦٠٤..... باب الإقرار بكذا، لا بل بكذا
- ٦٠٦..... باب الإقرار بمالٍ دفعه إليه فلانٌ لآخر
- باب اختلاف المولى والعبد فيما أخذه المولى من العبد أو جناه عليه، وقد عتق العبد
فيقول المولى: فعلته وأنت عبدي، ويقول العبد: فعلته وأنا حرٌّ
- ٦١٣.....
- ٦١٧..... باب الإقرار بالدين في الصحة
- ٦٢٠..... باب الإقرار بالدين في المرض
- ٦٢٦..... باب إقرار المريض باستيفاء دينٍ في مرضه
- ٦٣٢..... باب إقرار العبد المأذون في مرضه وبيعه وشراؤه وقبضه الدين
- ٦٣٩..... باب إقرار الرجل بوارث
- ٦٤٤..... باب إقرار الوارث بوارث آخر
- ٦٤٥..... ٢٨٢٢ - فصل: إقرار أحد الابنين بأخ
- ٦٤٧..... باب الوارث يقر بوارث بعد وارث



مكتبة
لنشر نفيس الكتب والرسائل العامية
دولة الكويت

تتبع

مختصر الكرخي

تأليف

أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٥٤٢٨)

تحقيق

د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء التاسع

شَيْخ

مختصر الكافي

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م

أسفلاً

لنشر نفييس الكتب والرسائل العلمية

دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: [@sfaar16](https://twitter.com/sfaar16)



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي، حولي - شارع المنني - مجمع البدري - ت، ٢٢٦٥٧٨٠٦

فرع المصاحف، ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء، الناصر مول، تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨

فرع الفحيحيل، البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

فرع الرياض، المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٥٥٧٧٦٥١٣٨ ٠٠٩٦٦

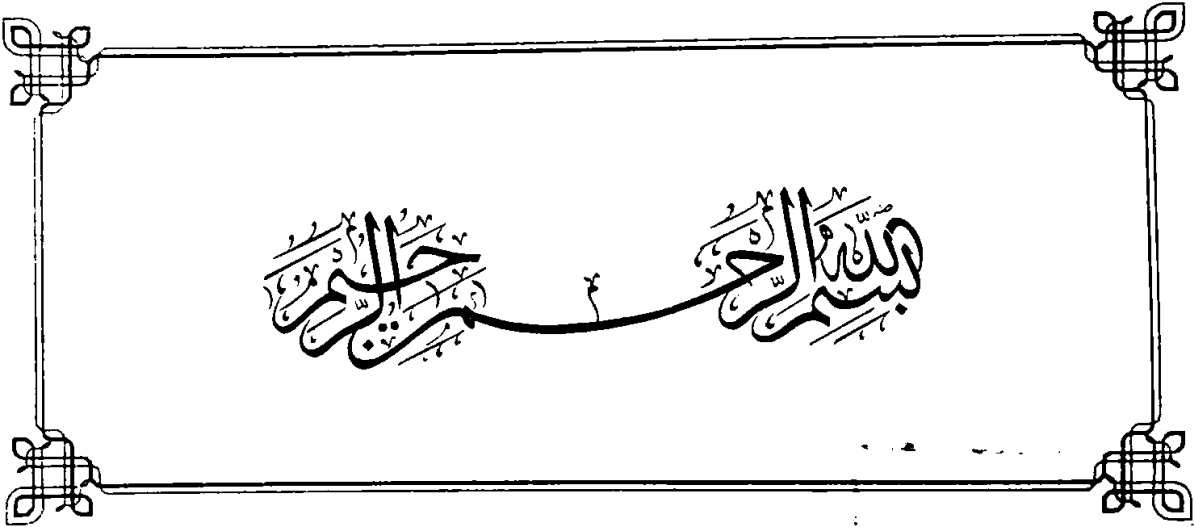
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩



z.zahby74@yahoo.com



imamzahby



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[٨٢] كِتَابُ السَّيْرِ (١)

قال [أبو الحسن]: الجهاد^(٢) واجبٌ عندنا، وقال الثوري: لا يجب إلا إن ابتدأنا الكفار بالقتال.

والأصل في وجوبه: قوله تعالى: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وقال ﷺ: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٣]، وقال: ﴿فَقَاتِلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَا أَيْمَنَ لَهُمْ لَعَالَهُمْ يَنْتَهُونَ﴾ [التوبة: ١٢]، وقال ﷺ: «بني الإسلام على خمس»^(٣) وذكر الجهاد.

ولأن قتالهم لو وَقَفَ على ابتدائهم صار على وجه الدفع، وهذا المعنى يوجد في المسلمين، وقاتل المشركين مخالفٌ لقتال المسلمين.

٢٨٢٣ - فَصْلٌ: [التدرج في تشريع الجهاد]

وقد كان النبي ﷺ أمر في ابتداء الشريعة باحتمال أذيتهم والصبر عليه لقوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: ١٩٩].

ثم أمر بمخالفتهم^(٤) ومجادلتهم ودعائهم بالقول فقال تعالى: ﴿وَجَادِلْهُمْ

-
- (١) «السير هو جمع سيرة: وهي الطريقة في الأمور.
 - وفي الشرع عبارة عن: الاقتداء بما يختص بسيرة النبي ﷺ في مغازيه. والسير هاهنا: هو الجهاد للعدو». الجوهرة ٣٢٩/٢.
 - (٢) «الجهاد لغة: مصدر من جاهد في سبيل الله.
 - وشرعاً: الدعاء إلى الدين الحق، وقاتل من لم يقبله». اللباب مع الجوهرة ٣٢٩/٢.
 - (٣) رواه البخاري (٨)؛ ومسلم (١٦)، والحديث مشهور وليس فيه ذكر الجهاد.
 - (٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴿ [النحل: ١٢٥] .

ثم أمر بمقاتلتهم إذا بدؤوا بالقتال ، وبالكف عنهم إذا كفوا ، فقال تعالى :
﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ ﴾ [البقرة: ١٩٣] ، وقال تعالى : ﴿ فَإِن قَاتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ
جَزَاءُ الْكَافِرِينَ ﴾ [البقرة: ١٩١] ، وقال تعالى : ﴿ وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ
عَلَى اللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٦١] .

ثم أمر بالقتال بشرط مُضي المدة ، فقال تعالى : ﴿ فَإِذَا أُنسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ
فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ ^(١) [التوبة: ٥] ، [وخص القتال في الحرم
بابتدائهم فيه ، فقال تعالى : ﴿ وَلَا تَقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقْتُلُوكُمْ فِيهِ ﴾
[البقرة: ١٩١] ، ثم نسخ ذلك ووجب القتال في كل حال وفي كل زمان وفي كل
مكان ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥] ، وقال تعالى :
﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ ﴾ [البقرة: ١٩٣] .

وقد قال أصحابنا: إن القتال في الأشهر الحرم جائز ، وقال عطاء: لا يجوز .

لنا: قوله تعالى : ﴿ فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥] ، وقوله :
﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ ﴾ [البقرة: ١٩٣] .

(١) قال ابن عطية: «وهذه الآية نسخت كل موادة في القرآن ، أو مهادنة ، وما جرى مجرى ذلك ،
وهي على ما ذكر: مائة آية وأربع عشرة آية ، وقال الضحاک ، والسُّدي ، وعطاء: هذه الآية منسوخة
بقوله : ﴿ فَإِمَّا مَأْبَعِدُوا وَإِمَّا فِدَاءٌ ﴾ ، وقالوا: لا يجوز قتل أسير البتة صبراً ، إما أن يُمنَّ عليه ، وإما يُفادى ،
وقال قتادة ، ومجاهد ، وغيرهما: قوله تعالى : ﴿ فَإِمَّا مَأْبَعِدُوا وَإِمَّا فِدَاءٌ ﴾ منسوخ بهذه الآية ، وقالوا: لا
يجوز إلا القتل ، وقال ابن زيد: هما محكمتان .»

وأيد ابن عطية هذا القول: «وقوله: هو الصواب ، والآيتان لا يشبه معنى واحدة معنى الأخرى» .
المحرر الوجيز (تفسير ابن عطية) ص ٨٢٦ .

وروي: (أنّ النبي ﷺ حاصر أهل الطائف لعشرٍ بقين من المحرّم) (١)،
والحصار نوعٌ من القتال؛ ولأنّ القتال أمرٌ بالمعروف ونهْيٌ عن المنكر، وذلك
يجوز في الأشهر كما يجوز بغير قتال.

وأما قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]،
فقد قيل: إنها نسخت بقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة:
٥]، وقيل: إنّ الأمان كان بين النبي ﷺ وبينهم إلى هذه المدّة، فأمر بقتالهم عند
انقضائها ليقضى الأمان لا لذهاب الأشهر (٢).

٢٨٢٤ - فصل: [حكم الجهاد]

والجهاد من فروض الكفاية: إذا قام به بعض الناس سقط عن الباقيين، وإن
لم يبق أحدٌ وجب على جميع الناس ولحقهم الإثم بتركه، والدليل على ذلك:
أنّ النبي ﷺ كان يخرج في السرايا ولا يخرج جميع أهل المدينة، ولو كان
الفرض على الأعيان لم يتركهم؛ ولأنّ الجهاد أمرٌ بمعروفٍ ونهْيٌ عن منكرٍ، فكان
على الكفاية.

ولأنّه لو وجب على جميع الناس، لتعطّلت مصالح دار الإسلام، وبطلت
الزراعة والمنافع، فلا يقدر المجاهدون على الجهاد، فيؤدّي ذلك إلى إبطاله.

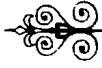
قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: فرض الله تعالى الجهاد على الناس فرضاً
مجملاً، فإذا قام به فريقٌ منهم فيهم جرأة [وغناء] (٣) ومكافأة للعدو ومقاومة له،

(١) روى حصار أهل الطائف مسلم (١٠٥٩)، من حديث أنس رضي الله عنه.

(٢) والأحاديث كثيرة جداً في الباب، حتى قال الرازي - بعد أن ساق بعض أحاديث المسألة -: «والآثار

الواردة في فرض الجهاد أكثر من أن يحتمل ذكرها هذا الكتاب». شرح مختصر الطحاوي ٨/٧.

(٣) في أ (وأغناه)، والمثبت من ب.



سقط فرض الجهاد عن الباقيين^(١)، وليس فرض الجهاد لازماً لكلِّ أحدٍ في نفسه، وهذا لما قدّمنا.

قال: ولا ينبغي أن يخلو ثغور المسلمين من ذلك: ومن أن يكون فيها من يفي بالعدو وقتالهم، والاستظهار عليهم، قال الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩]، وقال: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمْ أَنْفِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَتَأْقَلْتُمْ إِلَى الْأَرْضِ﴾ [التوبة: ٣٨]، وقال: ﴿إِلَّا تَنْفِرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا وَيَسْتَبْدِلَ قَوْمًا غَيْرَكُمْ﴾ [التوبة: ٣٩]، وقال تعالى: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٤١]، وقال: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْضُرُوهُمْ وَأَقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ﴾ [التوبة: ٥]، وقوله: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ [التوبة: ٣٦]: أراد به التقاء المقاتلين^(٢)؛ لأنه [لا] يجب قتال جميع الكفار، وهذه الآية تدلُّ على وجوب الجهاد، وقد بيّنا ذلك.

قال: فإنَّ ضَعْفَ مَنْ بِالْثَغُورِ بِإِزَاءِ الْعَدُوِّ، وَلِحَقِّ مِنَ الْعَدُوِّ أَمْرٌ يُخَافُ عَلَيْهِمْ مِنْهُ مِنْ قَتْلِ أَوْ سَبْيٍ، أَوْ ظَهْوَرٍ عَلَيْهِمْ، فَضَعَفُوا عَنْ دَفْعِهِمْ عَنْ ذَلِكَ، فَعَلَى مَنْ وَرَاءَهُمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَنْفِرُوا إِلَيْهِمْ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِنْهُمْ، حَتَّى يَزُولَ مَا يَخَافُ عَلَيْهِمْ مِنْ ذَلِكَ، وَأَنْ يَمْدُوهُمْ بِالسَّلَاحِ وَالرِّجَالِ وَالْكَرَاعِ حَتَّى يَكُونَ الْجِهَادُ أَبَدًا قَائِمًا، وَالِدَعَاءُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَإِلَى دِينِهِ مُتَصِلًا؛ وَهَذَا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْجِهَادَ فَرَضٌ عَلَى الْكُفَايَةِ، فَإِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِيْنَ، فَإِذَا ضَعَفَ أَهْلُ

(١) في ب (الناس).

(٢) في ب (أراد به المقاتلين لا المقاتلين).

الثغور، وليس هناك من يقوم به، [تعيّن] ^(١) الفرض على جميع الناس، والأقرب فالأقرب أخصّ به، فيجب عليهم جميعاً أن يسدّوا الثغور بأنفسهم وبأموالهم إذا احتيج إلى السلاح والكرّاع، وجب على الناس ذلك لتحصل المقاومة، فيسقط عنهم الفرض.

قال: وكذلك لو احتيج إلى من يقرب من الثغور، ومن ينأى عنها في سدّ الثغور والقيام في مجاهدة العدو، لم يسع أحداً ممّن فيه غناء ودفاع أن يتأخروا؛ وذلك لأنّ الفرض إنّما يسقط بحصول الكفاية، فإذا لم تحصل تعيّن الفرض على كلّ الناس، فلزمهم القيام به.

وإنّما شرط من فيه غناء ودفاع؛ لأنّ من لا يُنتفع به في الحرب بنفسه ولا ماله ولا رأيه، لا يتوجّه عليه القيام به للعجز عنه، كما لا يخاطب بسائر العبادات من يعجز عنها.

قال: فإن كان فيمن احتج إليه عبداً، جاز أن يخرج بغير إذن سيّده.

وجملة هذا: أنّ العبد لا يجوز له الجهاد مادام بالمسلمين غناءً عنه إلا بإذن مولاه؛ ولأنّ الفرض لا يجب عليه إذا كان هناك من يقوم به، وما لا يتعيّن وجوبه على العبد، فحقّ المولى مقدّم عليه، كصوم التطوّع، وصلاة التطوّع.

فأمّا إذا وقع النفير واحتاج الناس إليه، فالفرض قد تعيّن، والفروض المتعيّنة تقدّم على حقّ المولى كصلاة الفرض؛ ولهذا قالوا: إنّه يقاتل بغير إذن مولاه ^(٢).

(١) في أ (فيتعلق) والمثبت من ب.

(٢) في ب (سيده).

قال: وكذلك النساء إذا اضطروا إلى قتالهنّ، فليخرجن بغير إذن أزواجهنّ، وهذا على ما قدّمنا في العبد؛ لأنّ المرأة لا يجب عليها القتال إذا كان هناك من يقوم به، وما لا يجب عليها القتال^(١)، لا يجوز لها (قطع حقّ الزوج بفعلها، كما لا يجوز لها)^(٢) التطوّع بالصوم.

فأمّا إذا تعيّن الفرض واحتاج الناس إليها، صار القتال من فروض الأعيان، فلم يقف على إذن الزوج كالصلاة [٤٥٨/ب] والصيام.

والدليل على أنّ المرأة يجوز أن تقاتل إذا كانت تقدر على ذلك: «أنّ أمّ سُلَيْم بنت ملحان كانت مع النبيّ ﷺ يوم حنين حين انهزم الناس عنه»^(٣).

وقالت أم عطية: «غزوت مع النبيّ ﷺ سبع غزوات، كنت أصلح لهم الطعام، وأداوي الجرحى، وأقوم على المرضى»^(٤).

قال: وكذلك الولد، إذا احتيج إلى خروجه وسِعَهُ أن يخرج بغير إذن أبويه أو أحدهما إذا كان الآخر ميتاً.

والأصل في هذا: أنّ فرض الجهاد إذا لم يتعيّن، لم يجز للولد أن يخرج إلا بإذن والديه، أو بإذن^(٥) أحدهما إن كان الآخر ميتاً؛ وذلك لأنّ الجهاد إذا قام به بعض الناس سقط فرضه عن الباقيين، وطاعة الوالدين فرضٌ، فلا يجوز أن يتركها لما ليس بفرضٍ.

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) رواه مسلم (١٨٠٩)

(٤) رواه مسلم (١٨١٢)

(٥) (أو بإذن) سقطت من ب.

وقد روي أنه ﷺ سئل عن [أفضل] (١) الأعمال ، فقال : « الصلاة لوقتها ، ثم برّ الوالدين ، ثم الجهاد في سبيل الله » (٢) ، فقدّم برّ الوالدين على الجهاد .

وروي أنّ ابن عباس بن مرداس [السلمي] جاء إلى النبي ﷺ فقال : إنّي أريد الجهاد معك ، (فقال : «ألك أمّ؟» قال : نعم) (٣) ، قال : «الزم أمك ، فإن الجنة عند رجل أمك» (٤) .

وروي أنّ رجلاً قال للنبي ﷺ : إنني كنت أجاهد معك ، وتركتُ أبويّ بيكيان ، فقال : «ارجع فأضحكهما كما أبكيتهما» (٥) .

قال أصحابنا : إنّ كلّ سفرٍ لا يؤمن فيه الهلاك ويشتدّ فيه الخطر ، لا يحلّ للإنسان أن يخرج إليه إلا بإذنها (٦) ؛ لأنّ الإشفاق عليه يضرّ بهما ، وقد أمر بمصاحبتهما بالمعروف ، وترك أذيتهما ، فأما السفر الذي لا خطر فيه ، فيجوز أن يخرج إليه بغير إذنها إذا لم يضيّعهما (٧) ؛ لأنّه لا يضرّ بهما بالخوف عليه ، فيجوز له .

ومن أصحابنا المتأخرين من قال : يجوز السفر في طلب العلم بغير إذن

-
- (١) في أ (فرض) ، والمثبت من ب .
 (٢) رواه البخاري (٥٠٤) ؛ ومسلم (٨٥) .
 (٣) ما بين القوسين سقطت من ب .
 (٤) رواه أحمد (١٥٥٧٧) ؛ وابن ماجه (٢٧٨١) ؛ والطبراني في الكبير (٣١١/٨) ؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٣٨/٨) : (رواه الطبراني عن ابن إسحاق وهو مدلسٌ ، عن محمد بن طلحة ، ولم أعرفه ، وبقية رجاله رجال الصحيح) .
 (٥) رواه أبو داود (٢٥٢٨) ؛ وابن ماجه (٢٧٨٢) ؛ وصححه ابن حبان في الصحيح (٧٢٥٥) .
 (٦) في ب (بإذن والديه) .
 (٧) في ب (يصبهما شيء) .



الوالدين ؛ لأنه لا خطر على النفس فيه ، وهو فرضٌ ، فلم يقف على إذنهما .

فأما إذا وقع النفير واحتاج الناس ، جاز الخروج بغير إذن الوالدين ؛ لأنَّ الخروج في هذه الحالة فرضٌ معيَّن لا يُستدرَك ، وبرِّ الوالدين والقيام [عليهما] يمكن استدراكه .

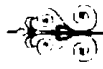
قال: وينبغي للمسلمين إذا استفرغوا جهدهم ، ولم يبق لهم أمرٌ يمكنهم استعماله في جهاد العدو وإظهار حكم الله ودينه إلا وقد استعملوه ، وأن يثقوا بوعده الله تعالى لهم بالنصر ، فإنَّ الله تعالى قال: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن تَنصُرُوا اللَّهَ يَنصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ ﴾ [محمد: ٧] ، وقال: ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ فَإِنِ انْتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ ٣٦ وَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَوْلَاكُمْ نِعْمَ الْمَوْلَىٰ وَنِعْمَ النَّصِيرُ ﴾ [الأنفال: ٣٩ - ٤٠] وهذا إخبارٌ من الله تعالى بأنه ناصرهم .

وقال: ﴿ يُرِيدُونَ أَن يُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ بِأَفْوَاهِهِمْ وَيَأْبَى اللَّهُ إِلَّا أَن يَتِمَّ نُورُهُ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ ﴾ [التوبة: ٣٢] ، وقد وعد الله نبيه ﷺ والمؤمنين بإتمام نوره ، وأنه حائلٌ بين عدوهم وما يقصد إليه من إطفاء نوره ، وكفى بالله ولياً ، وكفى بالله نصيراً .

وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ الله تعالى لما وعد بالنصر وهو صادقٌ في وعده ، كان علينا بذل الجهد ليتحصَّل ما وعد الله به ، ويسقط عنا التكليف ، ويزول التفريط (١) .



(١) انظر: الأصل ٤٢١/٧ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/٧ وما بعدها .



بَابُ ما جاء في فضل الجهاد



ذكر عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «مثل المجاهد في سبيل الله، كمثل الصائم القائم الراكع الساجد الخاشع»^(١)، فجعل فضيلة الجهاد كفضيلة الصوم والصلاة باجماعهما؛ لأنّ الجهاد فيه خطرٌ بالنفس، وليس في الصوم والصلاة خطرٌ؛ فلذلك صار الجهاد كمجموع العبادتين.

وذكر عن أبي سعيد قال: سئل رسول الله ﷺ: أيّ الناس خير؟ قال: «مؤمنٌ مجاهدٌ بنفسه وماله في سبيل الله»، قال: ثم من؟ قال: «مؤمنٌ في شعبٍ من الشّعاب يتقي [ويدع]»^(٢) الناس من شره»^(٣)، وهذا يدلّ على فضيلة الجهاد؛ لأنّه جعل المجاهد خير الناس لبذله نفسه وماله في طاعة الله تعالى.

وعن ابن عباسٍ أن النبي ﷺ قال: «غَدْوَةٌ»^(٤) أو رَوْحَةٌ في سبيل الله خيرٌ من الدنيا وما فيها»^(٥)، وهذا حثٌّ على الجهاد؛ لأنّ ما وعده الله المجاهدين من رحمته ونعمه أكثر من الدنيا وما فيها»^(٦).

(١) رواه البخاري (٢٦٣٥)؛ ومسلم (١٨٧٨).

(٢) في أ (ويريح)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٣) رواه البخاري (٢٦٣٤)؛ ومسلم (١٨٨٨).

(٤) «الغَدْوَةُ: المرّة من الغُدُو: وهو سير أول النهار، نقيض الرواح... والغُدْوَةُ - بالضم - ما بين صلاة الغداة وطلوع الشمس». النهاية في غريب الحديث (غدا).

(٥) رواه الإمام أحمد في المسند (٢٣١٧) من حديث ابن عباس؛ وابن أبي شيبة في المصنف (٢٠١/٤)؛ ورواه من حديث سهل بن سعد: البخاري (٢٦٤١)؛ ومسلم (١٨٨١).

(٦) (وما فيها) سقطت من ب.



وعن الحسن أن رسول الله ﷺ قال: «والذي نفسي بيده، لغدوة أو روحة في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها»^(١)، وذكر عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لولا أن أشق على [المسلمين]^(٢) لأحببت أن لا أخلف خلف سرية تخرج في سبيل الله، ولكن لا أجد ما أحملهم ويشق عليهم أن يتخلفوا بعدي، فلوددت أنني أقاتل في سبيل الله فأقتل، ثم أحيا فأقتل، ثم أحيا فأقتل»^(٣)، وهذا بيان لفضل الجهاد، وأنه ﷺ لا يترك الخروج في سرية إلا إشفاقاً على الناس، وتمني القتل يدل على فضيلة الشهادة حتى تمنى تكراره، مع ما فيه من المشقة.



(١) رواه البخاري (٢٦٤١)؛ ومسلم (١٨٨١)؛ ولكن من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه، وليس عن

الحسن، ولم أجده من حديث الحسن.

(٢) في أ (الناس)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٣) رواه مسلم (١٨٧٦).

بَابُ وصايا الأمراء



ذكر حديث سليمان بن بردة عن أبيه قال: كان رسول الله ﷺ إذا بعث أميرًا أو صاحب سرية، أو صاه في خاصة نفسه وبمن معه من المسلمين خيرًا، وقال: «اغزوا باسم الله وفي سبيل الله، تقاتلون من كفر بالله، لا تغلُّوا، ولا تغدروا، ولا تمثّلوا، ولا تقتلوا وليدًا، فإذا لقيت عدو الله من المشركين، فادعهم إلى ثلاث خصالٍ أو ثلاث خلالٍ، فأيتهنّ ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام، فإن أجابوك إليه (فاقبل منهم وكف عنهم، ثم) ^(١) ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين، فإن فعلوا فأخبرهم أنّ لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين، فإن أبو فأخبرهم أنّهم كأعراب المسلمين، يجري عليهم حكم الله تعالى الذي يجري على المسلمين، ليس لهم في الفياء ولا في الغنيمة شيءٌ إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن أبو ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن فعلوا فاقبل وكف عنهم، وإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم، وإذا حاصرتم أهل حصنٍ فأرادوكم أن تُنزِلوهم على حكم الله، فلا تُنزِلوهم (على حكم الله) ^(٢)، فإنكم لا تدرّون ما حكم الله فيهم، ولكن أنزلوهم على حكمكم، ثم اقبضوا [فيهم] بما رأيتم، وإذا سألوكم ذمة الله وذمة رسوله، فلا تعطوهم، ولكن أعطوهم ذممكم وذمم آبائكم، ثم فوا لهم» ^(٣) [أ/٤٥٩].

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) رواه مسلم (١٧٣١) وغيره من أصحاب السنن.

أما وصيته ﷺ للأمرء، فلأنَّهم يتقدّمون على الناس، فصلاحتهم صلاح العامّة، وفسادهم فسادها، فالواجب أن يوصوا عما يقع [عليهم عمله] (١).
وتخصيص الأمرء بالوصيّة يدلّ على أنّ الجيش يجب عليهم طاعته،
فلذلك وصّاهُ بهم، ولم يُوصِهِم به.

وأما قوله: «أوصاه في خاصة نفسه ومن معه من المسلمين خيراً»؛ فلأنّ
الإنسان يجب أن يبتدئ بإصلاح نفسه، ثمّ بغيره؛ ولهذا قال النبي ﷺ: «ابدأ
بنفسك، ثم بأهلك، ثم بولدك» (٢)، ثم بمن تعول، ثم الأقرب فالأقرب» (٣).
وأما قوله: «اغزوا باسم الله»، فافتتح الكلام بذكر الله تعالى تبرّكاً به.

وقوله: «وفي سبيل الله تقاتلون من كفر بالله»، [بيان] لما خرجوا فيه من
طاعة الله تعالى في قتال أعدائه.

وأما قوله: «لا تغلّوا»، فالغلول: الخيانة في المغنم، وهي محرمةٌ، وقال
الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يَعْلَمَ مَن يَغْلُلُ وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ [آل عمران:
١٦١]، قيل في التفسير: إن الغلّول يُجعل في قعر جهنم، ثم يقال للغالّ: احمله،
فإذا حمّله وبلغ إلى بابها عاد فيه إلى قعرها، وقال النبي ﷺ: «ردوا الخيط
والمخيط، فإنه عازٌّ ونارٌ وشنارٌ إلى يوم القيامة» (٤).

وأما قوله: «ولا تغدروا»، [فإنّ] الغدر: هو الخفر بالأمان، ونقض العهد،

(١) في أ (عملهم عليه) والمثبت من ب.

(٢) ثم بولدك) سقطت من ب.

(٣) رواه مسلم (٩٩٧) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٤) رواه ابن ماجه (٢٨٥٠)؛ وحسن البوصيري إسناده في مصباح الزجاجة (١٧٣/٣).

وذلك محرّم، قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل: ٩١]، وقال ﷺ: «يبعث الغادر يوم القيامة لواءه عند إسته، يقال له: هذا لواء غدرك»^(١).

وأما قوله: «ولا تُمَثِّلُوا»؛ فلما روى عمران بن الحصين قال: (ما خطبنا رسول الله ﷺ بعد العرنيين خطبةً إلا نهانا فيها عن المثلة)^(٢).

وقوله: «ولا تَقْتُلُوا وَلِيدًا»، فقتل الصبيان لا يجوز إلا أن يقاتلوا، لقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩]، فدل على أن القتل يكون لمن يقاتل، والصبي لا يقاتل، وروي أن النبي ﷺ قال: «اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم»^(٣) يعني شبابهم، وفي حديث عطية القرظي: «أن النبي ﷺ أمر في بني قريظة بقتل من اخضر مئزره»^(٤)، وبعث أبو بكر ﷺ يزيد بن أبي سفيان إلى الشام، فقال له: «لا تقتل شيخاً كبيراً، ولا صبياً صغيراً»^(٥)، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير؛ ولأن القتل عقوبة على الكفر، والصبي لا يُعاقب.

وأما قوله: «وإذا لقيت عدواً من المشركين، فادعهم إلى ثلاث خصالٍ»،

(١) رواه الترمذي (٢١٩١) من حديث أبي سعيد، وقال: (هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ)، وأصله عند مسلم (١٧٣٨)، على أنه ليس في الحديث (يقال: هذا لواء غدرك).

(٢) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥٥٤/٦)، ولكن من حديث أنس ﷺ؛ وأصله في البخاري (٣٩٥٦).

(٣) رواه أبو داود (٢٦٧٠)؛ والترمذي (١٥٨٣) من حديث سمرة ﷺ، وقال الترمذي: (حسنٌ صحيحٌ غريبٌ).

(٤) رواه أبو داود (٤٤٠٤)؛ والترمذي (١٥٨٤) وقال: (هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ).
الحديث: (فكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خلّي سبيله)؛ والنسائي (٢٥٤١).

(٥) رواه مالك في الموطأ ص (٣٢٨)، دار الحديث، القاهرة، ط ١٤٢١هـ.



فهذا عندنا على وجهين: إن كان الكفار لم تبلغهم دعوة النبي ﷺ، لم يجز مقاتلتهم حتى يدعوا إلى الإسلام، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥]، وقال ابن عباسٍ: (ما قاتل النبي ﷺ قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام) (١).

فأما إذا بلغتهم الدعوة، فالأفضل أن تُكرَّر عليهم الدعوة؛ لجواز أن يسلموا عند الدعاء، فيكفي المسلمين القتال، وإن قوتلوا من غير تجديد الدعوة جاز؛ لما روي: «أن النبي ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارون، ونعمهم تسقي الماء» (٢)، وهذا يدل على جواز القتال من غير تجديد الدعوة، وعن أسامة بن زيد قال: «عهد إلي رسول الله ﷺ أن أغر على أبنائي (٣) صباحاً وأحرق» (٤).

وأما قوله: «فإن أجابوا إلى الإسلام، فكف عنهم»؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وقال تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣]، وقال النبي ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها، عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» (٥).

وأما قوله: «ثم ادعهم إلى التحول من دارهم [إلى دار المهاجرين]»؛ فلأن

(١) رواه أحمد (٢٠٥٣)؛ والحاكم في المستدرک (٦٠/١) وقال: (هذا حديث صحيح من حديث الثوري ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي.

(٢) رواه البخاري (٢٤٠٣)؛ ومسلم (١٧٣٠)، من حديث نافع رضي الله عنه.

(٣) في ب (بني الأصفر). وأبنتي: «هي يئنا فلسطين» كما في رواية أبي داود (٢٦١٧).

(٤) رواه أبو داود (٢٦١٦)؛ وابن ماجه (٢٨٤٣)

(٥) رواه البخاري (٢٧٨٦)؛ ومسلم (٢١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الهجرة كانت فرضاً على كل مسلم حتى فتحت مكة ، فقال ﷺ : « لا هجرة بعد الفتح »^(١) .

وقوله : « فإن فعلوا ، فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين ، وعليهم ما على المهاجرين » ؛ لأن المهاجرين يثبت لهم حق في الخمس والغنيمة ، ولا يثبت لغيرهم .

ثم قال : « فإن أبوا فأخبرهم كأعراب المسلمين ، ليس لهم في الفياء ولا في الغنيمة شيء إلا أن يجاهدوا [في سبيل الله] مع المسلمين » ؛ وذلك لأن من لم يهاجر ، لم يحصل للمسلمين به قوة ، فلا يثبت له حق في الخمس ، كأعراب الذين لم يثبتوا في الديوان لا يستحقون من خمس المسلمين شيئاً ؛ لأنهم لا يدافعون عنهم .

وأما قوله : « إلا أن يقاتلوا مع المسلمين » ؛ فلأن من حضر الواقعة يستحق بالحضور سهماً من الأربعة الأخماس^(٢) ، سواء كان من أهل الديوان أو غيرهم .

وأما قوله : « وإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية » ؛ فهذا عندنا على وجهين : إن كانوا من أهل الكتاب أو المجوس أو عبدة الأوثان من العجم ، دُعوا إلى الجزية^(٣) ، وإن كانوا عبدة الأوثان من العرب ، لم تقبل الجزية منهم ، فلا معنى لدعائهم إليها ، فيجوز أن يكون النبي ﷺ ذكر هذه الوصية حين بعث إلى من يجوز قبول الجزية منهم ، وقد دل على سقوط [القتال]^(٤) ببذل الجزية قوله

(١) رواه البخاري (٢٦٣١) ؛ ومسلم (١٣٥٣) ، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) في ب (أسهم) .

(٣) (إلى الجزية) سقطت من ب .

(٤) في أ (الكتاب) ، والمثبت من ب .

تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] ، [فأمر بقتال أهل الكتاب ، وجعل غاية ذلك إعطاء الجزية] .

وقوله: «فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم» ؛ فلأنهم إذا بذلوا الجزية ، قام ذلك في حقن الدم والمال مقام الإسلام .

وأما قوله: «وإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم» ؛ فلأنه أعذر إليهم ، فأقاموا على عدواتهم ، فوجب مناجزتهم^(١) والاستعانة بالله .

وأما قوله: «فإن أرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله فلا تنزلوهم» ، فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة ، فقال أبو يوسف: يجوز إنزالهم على حكم الله ؛ لأن الأحكام قد استقرت وعرفت ، وإنما كان لا يجوز ذلك في زمن رسول الله ﷺ ؛ لأن الأحكام لم تستقر ، فيجوز أن [ينسخ]^(٢) الحكم بعد فراقهم ، فإذا أنزلوهم على حكم الله وهم لا يعرفونه ، كان حكماً مما قد نسخ ؛ فلذلك منع النبي ﷺ منه ، فأما الآن فقد استقرت الأحكام ، وعرف حكم الله ، فيجوز أن ينزلوا عليه .

وقال محمد: لا يجوز أن يُنزلوا على حكمه ؛ لأن من أحكامه الاجتهاد ، وهم لا يعرفون ذلك ، وإنما يعرفون النص ، ولو علموا أن الأمير يجتهد فيهم لم ينزلوا ، وقد قيل إن حكم الله ظاهر في المشركين إذا غلبناهم وظهرنا عليهم عنوة ، (وإذا أسلموا أو صاروا ذمة ، وحكمه فيمن نزل إلينا بغير غلبة أو أمانٍ شبيه ؛ فلذلك لم يجز أن يشترط لهم)^(٣) .

(١) في ب (محاربتهم) .

(٢) في أ (يفسخ) والمثبت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

[وأما قوله] ^(١): «وإذا سألوكم ذمّة الله وذمّة رسوله فلا تعطوهم ذمّة الله ولا ذمّة رسوله، ولكن أعطوهم ذممكم [وذمم آبائكم، ثم فوا لهم]؛ [وذلك أن المسلمين قد يضطرون إلى ترك الوفاء ويتفق ذلك لهم، فإذا أعطوهم ذممهم] فالغدر حرامٌ، لكن الغدر بدمّة الإنسان أيسر من الغدر بدمّة الله تعالى، فأمرهم ﷺ بالوفاء، ثم أمرهم أن لا يعطوا ذمّته احترازاً من الغدر بدمته.

وذكر بعد هذا حديث زيد بن عليّ، عن أبيه، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، قال: كان النبي ﷺ إذا بعث جيشاً من المسلمين، قال: «انطلقوا باسم الله [وفي سبيله] وعلى ملة رسول الله، لا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليهم، وادعوا القوم إلى شهادة أن لا إله إلا الله [٤٥٩/ب] وأن محمداً رسول الله، والإقرار بما جاء به من عند الله، فإن أجابوكم فإخوانكم، وإن أبوا فناصروهم حرباً واستعينوا بالله، ولا تقتلوا وليداً طفلاً، ولا امرأة ولا شيخاً كبيراً، ولا تغوروا عيناً، ولا تعضدوا شجرة، إلا شجرة يضركم، ولا تمثلوا بآدمي ولا بهيمة، ولا تغلوا، ولا تغدروا، وأي رجل من أقصاكم أو أدناكم أشار إلى رجل من المشركين فأقبل إليه بإشارته، فله الأمان حتى يسمع كلام الله، فإن قبل فإخوانكم، وإن أبى فردوه إليه مأمّنه، واستعينوا بالله ولا تعطوا ذمّة الله ولا ذمّتي، فإن ذمّتي ذمّة الله، والمُخْفِر لدمّة الله لاقى الله وهو عليه ساخطٌ، أعطوا القوم ذمّكم وفوا لهم» ^(٢)، وهذا الخبر في معنى حديث سليمان بن بردة.

[وقوله: «لا تقاتلوا القوم حتى تحتجوا عليه»، يريد: حتى تدعوهم؛ لأنّ

(١) في أ (ثم قالوا)، والمثبت من ب.

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (٩/٩٠)، وقال: (في هذا الإسناد إرسالٌ وضعفٌ، وهو بشواهد مع ما فيه من الآثار يقوى، والله أعلم).

الدعاء ليس يكون إلا بإظهار الحجّة [

وقوله: «لا تقتلوا طفلاً» فقد بيّناه، وقوله: «ولا امرأة» فلا يجوز قتل النساء إلا أن يقاتلن، أو تكون المرأة مَلَكةً فُتُقْتَل لیتفرّق المشركون بقتلها، والدليل على تحريم قتل النساء: أنه ﷺ مرّ بامرأةٍ مقتولة، فوقف عليها وقال: «إن هذه لا تقاتل»^(١)، وهذا تنبيهٌ على أنه لا يقتل إلا من كان من أهل القتال، وروي «أنه ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان»^(٢).

وأما الشيخ، فإنما يراد به الشيخ الهَمُّ^(٣) الذي لا يقدر على القتال، ولا له رأيٌ في الحرب، فلا يقتل؛ لأنّه ليس من أهل القتال، فصار كالصبيّ، والذي روي: «أنّ النبي ﷺ قتل دريد بن الصّمّة، وقد أتت عليه مائة وثمانون سنة»^(٤)؛ فلأنّه (أخرج يوم حنين)^(٥) يُستعان برأيه في الحرب، وأشار عليهم بتأخير النساء والولدان، فأبوا عليه، فقتله ﷺ؛ لأنّه ممن يستعان برأيه.

وأما قوله: «ولا تغوروا عينا، ولا تعضدوا شجراً إلا شجراً يضرّكم» فإنما يعني بذلك الشجر الذي يكون بينهم وبين عدوّهم، فيمنعهم من القتال، فأما ما سوى ذلك، فإنّ المسلمين بالخيار: إن شأؤوا قطعوه، وإن شأؤوا تركوه؛ لأن الله قال: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ﴾ [الحشر: ٥]، وروي: «أنّ النبي ﷺ لما حاصر بني النضير، أمر بقطع نخلمهم»^(٦)، «وحاصر

(١) رواه البخاري (٢٨٥١)؛ ومسلم (١٧٤٤)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) هو الحديث الذي ذُكر قبل هذا.

(٣) «و (الهَمُّ) بالكسر: الشيخ الفاني»، مختار الصحاح (همم).

(٤) روى مقتله: البخاري (٤٠٦٨)؛ ومسلم (٢٤٩٨).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) رواه البخاري (٣٨٠٧)؛ ومسلم (١٧٤٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

الطائف وأمر بقطع كرومهم»^(١)، وإنما نهى في هذا الخبر عن قطع الشجر وتغيير العيون؛ لأنه علم أن المسلمين يغتمون ذلك، فأراد أن يبقيه على عمارته.

قال محمدٌ في السِّيرِ الكبيرِ في ذكر وصية أبي بكر رضي الله عنه: «إنَّا نأخذ بهذا، ولكن بعض الناس فسّر شيئاً منها على غير ما وضع [عليه]، أبو بكر لم ينه المسلمين عن هدم البيوت، وقطع الشجر المثمر، وتغريق النخل، وتحريقه، وذبح البقرة والشاة؛ لأنه رأى ذلك مكروهاً، لكنّ الشام كانت ممّا أخبرهم رسول الله صلى الله عليه وآله أنهم سيظفرون به، ألا ترى إلى قوله في وصيته: (إنكم ستأتون الشام، وإن الله ناصركم، وممكنٌ لكم، حتى تتخذوا فيها مساجد، فلا يعلم الله أنكم تأتونها تلهياً)^(٢).

قال محمدٌ: ولم يكن لأبي بكر رضي الله عنه ليقول: إن الله ناصركم وممكنٌ لكم، إلا بخرٍ أخبره رسول الله صلى الله عليه وآله، وبلغنا أيضاً عن رسول الله صلى الله عليه وآله حديثٌ معروفٌ، أنه صلى الله عليه وآله قال لأصحابه: «إنكم ستظهرون على كنوز كسرى وقيصر»^(٣). وإنما كره أبو بكر لهم أن يفسدوا ما علموا أنهم سيرثونه، ويكون لهم دون أصحابه، ولم يكرهه لأنه لا ينتفي في الدين.

قال محمدٌ: وقد جاء في غير حديثٍ، ولا حديثين ولا ثلاثة، أن رسول الله صلى الله عليه وآله أحرق وقطع النخل وخرّب البيوت، وخرّب على بني النضير، وقول الله تعالى أصدق، قال تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمْوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٨٤/٩)، من حديث عروة بن الزبير.

(٢) رواه ابن المبارك في الزهد (١٤٤/١)، ط دار الكتب العلمية، بيروت، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، د. ت.

(٣) رواه البخاري (٢٨٦٤)؛ ومسلم (٢٩١٨)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

فَيَاذَنَ اللَّهُ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ ﴿ الحشر: ٥٠ | .

قال محمد: اللينة: النخلة الكريمة .

قال: وأفضل ذلك عندنا ما كان فيه كبتٌ وغيظٌ للمشركين .

وروى محمد عن أسامة بن زيد: «أن النبي ﷺ عهد إليه أن يغير على أبنئي^(١) صباحاً، ثم يحرق»^(٢)، وعن الزهري: «أن رسول الله ﷺ لما مرّ من أوطاس يريد الطائف، بدا له قصر عمرو بن مالك النضري، فأمر بتحريقه، وانتهى إلى الطائف، فأمر بكر ومهم أن تقطع»^(٣) .

قال الزُّهْرِيُّ: وقطع رسول الله ﷺ نخل بني النضير، وخرّب البيوت، روى ذلك نافع عن ابن عمر^(٤) .

وذكر عن أبي بكرٍ أن محمد بن عمرو بن حزم قال: لما تحصّن بنو النضير من رسول الله ﷺ، أمر بقطع نخلهم وتحريقه، فقالوا: يا أبا القاسم: ما كنت ترضى الفساد، فأوحى الله تعالى في ذلك: ﴿ مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَيَاذَنَ اللَّهُ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ ﴾ [الحشر: ٥٠]^(٥)، فبين أن ذلك ليس بفسادٍ .

قال الحسن بن زياد في تفسير حديث أبي بكرٍ وغيره، قال: وكان أبو حنيفة

(١) في ب (أبنا الأصفر) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه محمد بن الحسن في السير الكبير، رقم (٣٩)، (٤٠)

(٤) سبق تخريجه .

(٥) محمد بن الحسن في السير الكبير، رقم (٣٧)

يأخذ بهذا الحديث ، ويقول: إن قوله: (لا تخربن عمراناً، ولا تحرقن نخلاً، ولا تقطعن شجراً مثمرًا، ولا تقتلن راهبًا، ولا أكارًا)^(١)، قال: وذلك إذا افتتح بلادهم وظفر بها وصارت في أيديهم، فلا ينبغي لهم أن يفعلوا شيئاً من ذلك؛ لأن ذلك قد صار فينا للمسلمين.

فأما إذا كان الجيش لا يقدر على أن يقيموا في تلك البلاد، ولا أن يولّوا عليها أحداً، ولا يقدر على أن يحرزوها فتصير لهم، فليحرق حصونهم ومبانيهم ويبيعهم ومدائهم وكنائسهم، ويعقر نخلهم وشجرهم وتحرق، وما أصابوا من دوابهم ومواشيهم فلم يستطيعوا أن يخرجوه معهم، ذبحوه وأحرقوه، وكذلك كان يقول زفر وأبو يوسف، وبه نأخذ.

وهذا صحيح؛ لأن النبي ﷺ إذا صحّ عنه^(٢): أنه قطع النخل والشجر وأحرق البيوت، ودلّ القرآن على ذلك، لم يكن للنهي وجهٌ إلا ما ذكره محمدٌ، وقد قال الله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطْغُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوِّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ﴾ [التوبة: ١٢٠]، ومعلومٌ أن تخريب ديارهم وقطع نخلهم يُدخل الغيظ عليهم، وهو عملٌ صالح بظاهر القرآن، وقد بين محمدٌ ما فعله النبي ﷺ من ذلك.

وروي أنه أمر بتحريق البويرة، فقال حسان بن ثابت:

وهان على سراً بني لؤيٍ ❦ حريقٌ بالبويرة مستطير^(٣)

(١) هو الحرّاث. ينظر القاموس المحيط (أكر).

(٢) في ب (عندنا).

(٣) رواه البخاري (٢٢٠١)، ومسلم (١٧٤٦)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

فأما البهائم والمواشي، إذا لم يقدر المسلمون على إخراجها، فإنها تُذبح وتُحرق، وقال مالكٌ: وتعقر، وقال الشافعيّ: تترك كما هي (١).

والدليل على أنها لا تُعقر، أن في عقرها مُثْلَةً، وقد نهى ﷺ عن المُثْلَة، وأما تركها فلا يجوز لما في ذلك من قوة المشركين بها على المسلمين، فإذا ذبحت وأحرقت ضعفوا، وما أدّى إلى ضعفهم جاز فعله؛ ولأنّ الذبح يجوز إذا احتاجوا إلى الأكل أو إلى الجلود، والانتفاع بإدخال الضرر على الكفار أعظم من الانتفاع بالجلد، فجواز [٤٦٠/أ] الذبح بذلك أولى.

والذي روي: «أنه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان إلا لمأكلة» (٢)، فبيّن أن الذبح يجوز لغرضٍ: وهو الأكل، فنبّه بذلك على جواز الذبح لكلّ غرضٍ، وهو مثل الأكل في المنفعة أو أكثر، وقد بيّنا أنّ الانتفاع يوهن المشركين، وضعفهم أعظم، فالذبح لأجله أولى.

وأما تحريقها بعد الذبح؛ فلأنّها لو لم تحرق انتفعوا بلحومها وجلودها، فوجب على الإمام أن يحرقها ليُبطل عليهم الانتفاع بها (٣).



(١) انظر: المزملي ص ٢٧١، ٢٧٢؛ رحمة الأمة ص ٢٤٥؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ١٦٧.

(٢) ذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٢٠/٢)، وقال: (لم أجده)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٤٠٦/٣)، وقال: (غريب).

(٣) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٦٠/١ - ٦٦؛ الأصل ٤٢٧/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩/٧ وما بعدها.

بَاب كَيْفِيَّةِ الْقِتَالِ

— ❖ —

قال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة: إذا خرج من المسلمين جيشٌ أو سريةٌ غازين، فلقوا العدو، فلا بأس أن يُغَيَّرُوا عليهم ليلاً أو نهاراً، وينتهبواهم وإن لم يدعواهم إلى الإسلام؛ لأنَّ الدعوة قد بلغتهم، وهذا على ما قدّمنا أن تجديد الدعوة مستحبٌّ، وليس بواجبٍ؛ فلذلك جاز أن يغير عليهم من غير دعوة، وقد بينا أن النبي ﷺ قال لأسماء: «أغر على أُنْبِي (١) صباحاً، وحرّق» (٢)؛ ولأنَّ المقصود تفريق جمعهم وإزالة الكفر، فإذا أعلمهم تأهبوا للقتال، وإذا أغار عليهم كان ذلك أمكن منهم.

قال: (ولا يقتلوا صبيّاً، ولا امرأة، ولا شيخاً كبيراً، ولا زَمِيناً، ولا أعمى، ولا مُقْعِداً، [ولا معتوهاً]) فإن فعلوا فقد أساءوا ولا شيء عليهم في ذلك، وهذا على ما قدّمنا أن القتل إنما يكون فيمن هو من أهل القتال، قال الله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣].

والمقاتلة تكون بين اثنين، والمرأة والمُقْعِد والأعمى لا يقاتل؛ ولأنَّ النبي ﷺ نهى عن قتل النساء، وعَلَّلَ ذلك حين رأى امرأةً مقتولةً فقال: «أما إنَّ هذه لا تقاتل» (٣)، فصار ذلك تنبيهاً على كلِّ من لا يفعل القتال.

(١) في ب (أبناء الأصفر).

(٢) رواه أبو داود (٢٦١٦)؛ وابن ماجه (٢٨٤٣).

(٣) رواه البخاري (٢٨٥١)؛ ومسلم (١٧٤٤)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وأما قوله: إنهم إن قتلوا هؤلاء فلا شيء عليهم، وقد أسأؤوا؛ لأنّ النبي ﷺ لما مرّ بامرأةٍ مقتولةٍ أنكر قتلها، ولم يوجب الضمان على قاتلها؛ ولأنّ دماءهم غير مقومةٍ؛ لأنّها لم تحرز بدار الإسلام، ولم يحصل لها أمانٌ، فالنهي عن القتل لا يوجب الضمان، كما لو قتل الرجل على وجه المثلة كان منهيّاً عنه، ولم يوجب ذلك تقويم الدم.

قال: ولا بأس بأن يحرقوا حصونهم بالنار، ويغرقوها بالماء، وينصبوا المنجنيق على حصونهم، ويهدموها عليهم؛ لما روي أنّ النبي ﷺ أحرق البويرة، وأمر أسامة أن يُغير ويحرق؛ ولأنّ في ذلك تفريق جمعهم وكسر شوكتهم، فجاز كما يجوز أنواع القتال.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: لا بأس بتحريق حصونهم وهدمها عليهم، وإن علمنا أنّ فيهم أسيراً أو تاجراً^(١).

وقال الحسن بن زياد: لا يجوز ذلك.

وليس هذا بصحيح؛ لأنّ قتالهم واجبٌ، فلا يمنع من ذلك إذا كان فيهم من لا يجوز قتاله، كما لا يمنع لأجل صبيانهم ونسائهم؛ ولأنّا لو توقّفنا [في]^(٢) حصونهم لأجل المسلم أو الأسير لم يجز أن نقدم على تحريق حصونهم أبداً؛ لأنّا نجوز أن يكون فيهم مسلماً.

(ولأنّ خطر قتل المسلم كخطر قتل صبيانهم، فإذا أجاز أن نرميهم وإن كان

(١) انظر: الأصل ٧/٤٥٤، ٤٥٥.

(٢) في أ (على) والمثبت من ب.

فيهم الصبيان ، جاز أن نرميهم وإن كان فيهم مسلمٌ^(١) .

وجه قول الحسن: أن قتل الكافر يجوز تركه ، وقتل المسلم لا يجوز الإقدام عليه ، فاجتمع الحظر والجواز ، فكان الحكم للحظر .

وقال أبو حنيفة: إذا حاصر المسلمون مدينةً من مدائن المشركين ، فقام المشركون على سور مدينتهم ومعهم أطفالٌ من أطفال المسلمين يتترسون بهم ، كان للمسلمين أن يرموهم بالمنجنيق والنشاب والنبل يتعمدون بذلك المشركين ، ولا يتعمدون بذلك^(٢) الأطفال ، وكذلك القوم على قرار الأرض ومعهم أطفالٌ (من أطفال المسلمين يتترسون بهم ، كان للمسلمين أن يرموهم بالمنجنيق والنشاب والنبل ، يتعمدون بذلك المشركين ، ولا يتعمدون بذلك الأطفال^(٣)).

وكذلك القوم على قرار الأرض ومعهم أطفالٌ^(٤) يتترسون بهم ، وهم يتضاربون بالسيوف ، ويطعنون بالرماح ، فإنهم يتعمدون بذلك المشركين ولا يتعمدون به أطفال المسلمين ، فما أصابوا من جميع الذي أمروا أن لا يتعمدوه ، فلا دية عليهم ولا كفارة ، وكذلك ما أصابوا من المسلمين المستأمنين ، وممن أسلم في دار الحرب ، فلا دية عليهم ولا كفارة ، وهذا^(٥) قول أبي يوسف .

قال الحسن: وفيها قولٌ آخر: إن ما أصابوا من أطفال المسلمين أو ممن أسلم هناك ، أو من الأسرى ، فعلى الذي أصابه الكفارة ، وعليه الدية إن كان

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) انظر: الأصل ٤٣٨/٧ ، ٤٥٥ .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) في ب (وهو) .

أسيراً أو تاجراً، وإن كان أسلم منهم فلا دية له .

وجه قولهم: أنا لو امتنعنا من الرمي لتتّرس المشركين بمن لا يجوز قتله، فلم نتوصّل إلى قتلهم أبداً؛ لأنّهم إذا علموا ذلك تتّرسوا بأطفالهم، وما أدى إلى إسقاط القتل لم يجز فعله .

ولأنّا قد دللنا على جواز رمي الحصن بالمنجنيق وتحريقه، وإن كان فيهم أسيرٌ، فكذلك يجوز أن نرميهم وإن تتّرسوا بالأطفال .

وإذا ثبت أنّ الرمي جائزٌ مع العلم بحال المُرمي، لم يجب بالرمي كفارةٌ ولا ضمانٌ، كرمي الحربيّ والمرتد .

وإنّما قال: إنهم يقصدون بالرمي الكافر دون المسلم؛ لأنّ المسلم^(١) لا يجوز اعتماد قتله، وإنّما يجوز رمي الكافر، وإن أدى ذلك إلى إصابة المسلم، (فوجب أن ينوي الرامي رمي من يجوز قصده دون غيره)^(٢).

وجه قول الحسن: أنّ قتل الكافر يجوز تركه، وقتل المسلم لا يجوز الإقدام عليه، فاجتمع الحظر والإباحة، فكان الحظر أولى .

وإذا ثبت أنّ الرمي ممنوعٌ منه، صار قتل المسلم ابتداءً في دار الحرب، فتجب الكفارة، أسيراً كان أو تاجراً أو مسلماً أسلم منهم .

فأمّا الدية، فلا تجب فيمن أسلم منهم هناك؛ لأنّه لم يحرز دمه بدار الإسلام، فلا يتقوّم، وأمّا الكفارة، فواجبةٌ في الجميع .

(١) لأن المسلم سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين في ب (فوجب أن يقصد بالرمي من يجوز قصده دون غيره) .

وقال أبو حنيفة: إن كان مع المشركين امرأةٌ تقاتل ، أو مجنونٌ ، أو زَمِنٌ ، أو شيخٌ كبيرٌ ، فلا بأس أن يقتله المسلمون ، وذلك لأننا نقتل الرجال وإن لم يقاتلوا ؛ لأنهم من أهل القتال ، فمن قاتل^(١) أولى بالقتل ؛ ولأننا لا نقاتل النساء والصبيان ؛ لأنهم من غير أهل القتال ، فإذا قاتلوا صاروا كغيرهم^(٢) .

قال أبو حنيفة: وإن طعن بعض المسلمين بَرْمُحٍ وأنفذ في جوفه ، فلا بأس بأن يمشي فيه المسلم إلى من طعنه بالرمح حتى يقتل طاعنه ؛ وذلك لأن هذا فيه إعزازٌ للإسلام ، ونكايةٌ للمشركين ، فلا يمنع [منه] وإن كان فيه تلف النفس ، كما لا يمنع المسلم من الحمل على الجماعة الكثيرة وإن علم أنه يُقتل ، إذا كان في ذلك نكايةٌ في العدو .

وقد روي أن النبي ﷺ رأى كتيبةً من اليهود ، فقال: «من لي بهذه الكتيبة؟» ، فقال: [٤٦٠/ب] وهب بن قابوس: أنا لها ، فحمل عليهم حتى فرّقهم ، ثم رأى النبي ﷺ كتيبةً أخرى فقال: «من لي بهذه؟» فقال وهبٌ: أنا ، فحمل عليهم ففرّقهم^(٣) ، ثم رأى ﷺ كتيبةً أخرى فقال مثل ذلك ، فحمل عليهم وهب ، فقتلوه ﷺ^(٤) .

وروي: «أن عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح حمي الدبّر لما هرب عنه أصحابه ، وقف فقاتل حتى قُتل»^(٥) ، فهذا يدل على أن الخطر بالنفس والتعرض

(١) في ب (فعل القتال) .

(٢) انظر: الأصل ٤٥٥/٧ .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) رواه ابن سعد في الطبقات (٤/٢٤٧) .

(٥) رواه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: البخاري (٣٧٦٧) .

للقتل غير محظورٍ إذا كان في ذلك إعزاز الدين .

وقال أبو حنيفة: وإن غزا المسلمون في البحر والسفن ، فأحرق العدو السفينة والمسلمون فيها ، فلا بأس أن [يطرح] ^(١) المسلمون أنفسهم في البحر إذا خافوا أن يحترقوا بالنار ، ولا بأس بأن يثبتوا في السفينة [حتى تحرقهم النار ، وأي ذلك فعلوا فهم منه في سعة] إذا لم يمكنهم أن يتخلصوا من النار ، فإن أمكنهم مع إلقاء أنفسهم أن يسبحوا حتى يخرجوا إلى الجَدِّ ^(٢) ، فلا ينبغي لهم حينئذٍ أن يثبتوا في السفينة ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ومحمدٍ والحسن .

أما إذا غلب على ظنهم (أنهم إذا ثبتوا سلموا ، أو غلب على ظنهم) ^(٣) أنهم إن ألقوا أنفسهم [في] الماء سلموا ، وجب عليهم ذلك ؛ لأنَّ إحياء النفس واجبٌ إذا علم ذلك أو غلب على ظنه ، فمتى دُفِعَ إلى أحد أمرين كان اختيار ما فيه السلامة واجباً .

وأما إذا كانوا إن أقاموا في السفينة احترقوا ، وإن وقعوا في الماء غرقوا ، فهم بالخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٤) : إن شأؤوا أقاموا في السفينة ، وإن شأؤوا وقعوا في الماء .

وقال محمدٌ: لا يجوز لهم أن يلقوا أنفسهم في الماء .

وجه قولهما: أنهم قد دُفِعوا إلى التلف بأحد وجهين ، فكان لهم اختيار

(١) في أ (يطيح) والمثبت من ب .

(٢) أي الشاطئ . انظر القاموس المحيط (جدد) .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) (وأبي يوسف) سقطت من ب .

الأسهل ، كما لو قال لهم العدو: إن شئتم قتلناكم بالسيف ، وإن شئتم بالنار ، كان لهم اختيار الأسهل ؛ ولأنهم يضطرون من جهة العدو إلى إلقاء أنفسهم في الماء من خوف النار ، فكأن العدو أكرههم على ذلك .

وجه قول محمدٍ: أنهم إذا بقوا في السفينة تلفوا بفعل الكافرين ، وإذا وقعوا في الماء تلفوا بفعل أنفسهم ، فلم يجز أن يفعلوا ما يؤدي إلى التلف ويتركوا السبب الحاصل من جهة الكفار .

قال محمدٌ: في السَّير الكبير: إذا ظهر المسلمون على أهل الحرب في قريةٍ أو مدينةٍ ، فلا ينبغي أن يقتلوا امرأةً ، ولا صبيًّا ، ولا شيخًا فانيًّا ، ولا معتوهاً ، ولا راهبًا في صومعةٍ ، ولا سائحًا في جبال يأويها لا يخالط الناس ، ولا قومًا في ديرٍ ولا كنيسةٍ قد طينوا عليهم الباب وترهبوا فيه ، ولا أعمى ، ولا مقعد ، ولا يابس الشق ، ولا مقطوع اليد والرَّجل من خلافٍ ، ولا مقطوع اليد اليمنى ، وقد بينا الكلام على الصبيِّ والمرأة ، وكذلك الباقون ؛ لأنهم ليسوا من أهل القتال .

فأمَّا الراهب والسائح إذا لم يخالط الناس ، لم يكن منه ضررٌ على المسلمين ؛ لأنه لا يقاتل ولا يجتمع مع النساء فيلقح ؛ فلذلك لم يقتل .

قال: وإن قتل رجلٌ من المسلمين منهم أحدًا فلا شيء عليه من ديةٍ ولا قيمةٍ ولا كفارةٍ ، وعليه الاستغفار ؛ وذلك لما قدّمنا أن حظر القتل لا يوجب تقويم الدم ، كالحربيِّ إذا قتل على وجه محظورٍ .

فأمَّا الاستغفار ؛ فلأن قتلهم معصيةٌ ، فيستغفرون [الله تعالى] منها كسائر

المعاصي .

قال: وللمسلم أن يقتل الرجل يجنّ ويفيق، والأخرس، والأقطع اليد اليسرى، وأقطع إحدى الرجلين، وإن لم يقاتل منهم أحدٌ؛ وذلك لأنّ هؤلاء من أهل القتال، ألا ترى^(١) أنّ قطع يد اليسرى لا يمنع من القتال باليمنى، وقطع إحدى الرجلين لا يمنع من الركوب والقتال، وكذلك الأصم والأخرس، وإذا كانوا من أهل القتال قُتلوا.

ولا بأس بأن يقتل القسيس والشَّمَامِسَة^(٢) والسياحين الذين يخالطون الناس؛ وذلك لأنّهم إذا خالطوا الناس فهم من أهل القتال، والحربيّ إذا كان من أهل القتال قُتل وإن لم يقاتل.

قال: ولا ينبغي للمسلمين إن كانت بهم قوّةٌ على أسرهم وحملهم أن يدعوا النساء حتى يخرجوهنّ إلى دار الإسلام، وكذلك الصبيان؛ لأنّ النساء إذا تركوا في دار الحرب كان فيهنّ تقويةٌ للكفار، وكذلك الصبيان يبلغون فيقاتلون، وفي حملهم منفعةٌ للمسلمين [في تكثير الفيء، وما كان فيه إلحاق مضرّةٍ بالعدو وتحصيل منفعةٍ للمسلمين] ففعله واجبٌ.

قال: والشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ولا هو ممّن يلحق، ولا ممّن له منفعةٌ، إلا أن يفادى به، فإن شاؤوا أسروه وأخرجوه إلى دار الإسلام، وإن شاؤوا تركوه؛ وذلك لأنّه لا منفعة فيه للعدو ببدنه ولا برأيه، ولا يلحق فيكثر به نسلهم، فجاز لهم تركه حين لم يجز [لهم] قتله.

(١) (ألا ترى) سقطت من ب.

(٢) الشَّمَامِسَة جمع الشَّمَّاس: من يقوم بالخدمة بالكنيسة ومرتبته دون القسيس. المعجم الوجيز (شمس).

وأما حملة إلينا فيجوز على قول من يرى المفاداة بالأسرى، فأما من لا يرى ذلك فلا فائدة في حملة.

قال: ولا يتركوا المعتوه؛ لأنه يلقح، وهذا صحيح؛ لأن النسل تكثيرٌ لعدد الكفار، فقطعه أولى.

قال: وينبغي أن يأسروا الأعمى، والمُقعد، واليابس الشق، والمقطوع اليد والرجل من خلاف، والأقطع اليد اليمنى؛ وذلك لأن هؤلاء لا يجوز قتلهم على ما قدمنا، وفي تركهم منفعة للكفار؛ لأنهم يطؤون النساء، فيكثر عدد الكفار بنسلهم.

قال: وكل من كان^(١) للمسلمين أن يقتلوه، فلهم أن يأسروه ويسترقوه إن شاءوا؛ وذلك لأن الرأي في أهل الحرب إلى الإمام، فإن كان قتلهم أنكى في العدو وأنفع للمسلمين قتلهم؛ لأن النبي ﷺ قتل بني قريظة، وإن كان استرقاقهم أنفع، فعل ذلك.

فأما من لا يجوز قتله إذا لم يقدر المسلمون على نقله^(٢)؛ لأنهم جريدة خيل، فليدعوه ولا يقتلوه؛ لأن القتل معصية، فلم يجز أن يتوصل إلى أذية الكفار بفعل معصية.

قال: والعجائز اللاتي لا يرجى ولادهن، إن شاءوا أسروهن، وإن شاءوا تركوهن؛ لأنهن إذا كن ممن لا ينتفع بهن في الاسترقاق، فليس في أخذهن فائدة، إلا للمفاداة، فيجوز أخذهن على قول من يرى ذلك.

(١) (من كان) سقطت من ب.

(٢) في ب (حملة).

قال: وإن كان الشيخ ذا رأيٍ ومشورةٍ في الحرب، فإنِّي أكره إذا ظفر به المسلمون أن يتركوه حتى يخرجوه، وأكره للمسلمين أن يقدوه بمالٍ؛ وذلك لأنَّ الاستعانة بالرأي في الحرب أكثر من الاستعانة بالقتال، فلم يجوز ترك من هذه صفته.

قال: لا يجوز ترك المقاتل.

وقد قتل المسلمون دُرَيْدَ بن الصَّمَّة، وكان شيخاً كبيراً؛ لأنَّه كان من أهل الرأي، وإذا لم يجوز تركه فهم بالخيار بين قتله وبين إخراجِه.

قال: وإن قاتلت امرأةٌ أو غلامٌ أو مقعدٌ أو حرَّض على القتال، وكان ممن يطاع، فلا بأس بقتلهم، وقد بيَّنا أنَّهم يُقتلون إذا قاتلوا، فأما إذا حرَّضوا [أ/٤٦١] أو كانوا ممن يطاع، فقد حصلوا من أهل القتال، ويستضَرُّ^(١) به المسلمون، فلذلك قُتلوا^(٢).

قال: ولو أن راهباً في صومعةٍ أو سيَّاحاً دلَّ المشركين على عورة المسلمين فلا بأس بقتله أو أسره؛ لأنَّ الراهب لا يُقتل لأنه لا يُستضَرُّ به لانقطاعه عن الناس، فإذا دلَّ على العورة صار الضرر به كالضرر بالمُقَاتِل؛ فلذلك قُتل.

قال: وإن كان ملك القوم غلاماً صغيراً، وحاصروا^(٣) الناس، وكان في قتله

(١) في الأصل (وليس يستضَر) فحذف النفي والسياق على ذلك.

قال الكاساني: «والأصل فيه أن كل من كان من أهل القتال يحل قتله، قاتل أو لم يقاتل، وكل من لم يكن من أهل القتال لا يحل قتله، إلا إذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأي والطاعة والتحريض وأشباه ذلك». البدائع، ١٠١/٧.

(٢) يراد بالسيَّاح: من ذهب للتعبد والترهب. انظر: المعجم الوسيط (ساح).

(٣) مكان هذه الكلمة بياض في ب.

كسرّ لهم أو هزيمةً ، فلا بأس بقتله ، وكذلك لو كانت المرأة مَلَكةً فلا بأس بقتلها ؛ وذلك لأنّ في قتل الملك تفريقاً لجمعهم ، فالمنفعة بقتله أكثر من المنفعة بقتل الرّجل منهم ؛ فلذلك جاز .

ولأننا لو جوّزنا قتلهم إذا ترّسوا بصبيان المسلمين لما في ذلك من التوصل إلى قتل الكافر ، فلأنّ يجوز قتل الصبيّ الكافر ليتوصلوا بقتله إلى غلبة الكفار أولى .

قال: وإن قُتل من لا ينبغي قتلهم ممّن وصفت لك من الصّبيان والنساء والرّهبان وغيرهم ، خطأً أو عمداً ، لم يكن عليهم في قتلهم ضمانٌ ولا كفّارةٌ ، ولكن أكره ما صنع إن كان صنع عمداً ، وإن رأى الإمام أن يديه فعل .

أمّا سقوط الضمان والكرهية ، فقد بيّناهما ، وأمّا الدية إذا رآها الإمام ؛ فلأنّ ذلك ممّا يسوغ فيه الاجتهاد ، ألا ترى أنه يجوز لقائل أن يقول: إن القتل المحظور يتعلّق به الضمان كقتل المسلم ، ومتى رأى الإمام رأياً يسوغ فيه الاجتهاد فعَلَهُ .

قال: وإذا قاتلت المرأة من أهل [دار] الحرب مع المشركين ، فأخذها المسلمون وهم يقدرّون على إخراجها وسببها ، فلا بأس بقتلها ؛ لأنّها لمّا فعلت القتال صارت من أهله ، فهي كالرجل ، فإن شاؤوا قتلوا ، وإن شاؤوا أسروا .

وكذلك الشيخ الفاني إذا ظفر به المسلمون وقد كان شهد الناس وحرّضهم ، وكذلك الأعمى والمُقعّد والرهبان إذا قاتلوا ودلّوا على عورة المسلمين ، فلا بأس بقتلهم وأسرههم ؛ لأنّهم صاروا من أهل القتال .

فأمّا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل ، فلا بأس بقتلهما ما دامتا يقاتلان أو

يحرّضان ، فإذا صاروا في أيدي المسلمين أسارى فقدر المسلمون على إخراجهما وسبيهما ، لم يجرّ قتلها وإن كانا قتلا جماعةً من المسلمين ؛ وذلك لأنّ الصبيّ والمجنون لا تكليف عليهما ، ولا يستحقّان العقوبة بجنايتهما ، وإنما نقتلها إذا قاتلا أو حرّضا على طريق الدفع ، فإذا أخذناهما فقد زال القتال ، فلو قتلناهما ، كان القتل عقوبةً ، وهما لا يستحقّان ذلك ، فإن لم يقدر المسلمون على إخراجهما ، وغلب في ظنهم أنهم إن تركوهما عادا إلى القتال والتحريض ، جاز قتلها ؛ لأنّه يخاف الضرر بتركهما ، فصارا كالرجال العقلاء^(١).



(١) انظر: الأصل ٤٣٦/٧ ، ٤٥٤ وما بعدها؛ شرح السير الكبير للسرخسي ١٤١٥/٥ وما بعدها ،



بَابُ مَا أُمِرَ بِهِ مِنَ الْقِتَالِ عِنْدَ التِّقَاءِ الْفِئَتَيْنِ



قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾ ، إلى قوله: ﴿وَلَا تَنزِعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَأَصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ [الأنفال: ٤٥ - ٤٦] .

فأمرهم بالثبات عند لقاء عدوهم ، والصبر على مجاهدتهم ، وأمر أن لا يتنازعا فيضعفوا عند القتال ، وأخبر أنه مع الصابرين ترغيباً في الصبر ووعداً لهم إذا صبروا بالنصر ؛ لأن الله تعالى إذا كان مع الصابرين لم يُغلبوا .

وقال في موضع آخر: ﴿إِنْ يَنْصُرْكُمُ اللَّهُ فَلَا غَالِبَ لَكُمْ﴾ [آل عمران: ١٦٠] ، وقال: ﴿إِنْ تَنْصُرُوا اللَّهَ يَنْصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ﴾ [محمد: ٧] ، وقال تعالى يعلمهم القتال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًا كَانَهُمْ بُنِينَ مَرْصُوصًا﴾ [الصف: ٤] ، يعني متصلاً لا خلل فيه ، وقال: ﴿إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُولُوهُمُ الْآدْبَارَ ﴿١٥﴾ وَمَنْ يُؤَلِّهْ يَوْمَئِذٍ دُبْرَهُوَ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ﴾ الآية [الأنفال: ١٥ ، ١٦] ، فشدد في هذا على المسلمين في ترك الثبوت لعدوهم والفرار عنهم ، إلا في تحرفٍ لقتالٍ ، أو انحيازٍ^(١) إلى فئةٍ ، وهذا عندنا في يوم بدر خاصةً .

قال محمد في السير الكبير: لا بأس بالفرار من الزحف اليوم إذا جاءهم^(٢)

(١) في ب (احتياز) .

(٢) في ب (أخذهم) .

من العدو ما لا يطيقون ، لا بأس بأن يفرّوا منهم حتى يلحقوا بالمسلمين ، إنّما قال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ ﴾ في يوم بدر خاصّةً .

وذكر محمد في بابٍ من أبواب قسمة الغنائم: هذا كلّه ببدر ، وكانت المدينة لم تصر دار منعةٍ المسلمين ، كانوا يخافون فيها ، والشرك ظاهرٌ عليها من اليهود وغيرهم ؛ ولهذا ردّ النبي ﷺ أبا لبابة بن عبد المنذر من الروحاء ليستعمله على المدينة ، وثعلبة بن حاطبٍ وعاصم ابن عدي^(١) ، ردّهما لخبرٍ بلغه عن المنافقين ، وهذا يدلّ على أنّ المدينة لم تصر دار [منعة]^(٢) [للمسلمين] .

قال الحسن بن زياد عن أبي بكر الهذلي عن الحسن في قوله: ﴿ وَمَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ ﴾ [الأنفال: ١٦] ، قال: الآية في أهل بدرٍ خاصّةً ؛ لأنّ رسول الله ﷺ كان معهم وجماعة المسلمين ، ولم يكن فئةٌ ينحاز إليها ، والناس اليوم لهم فئةٌ ، أمراؤهم وأنصارهم .

قال الحسن: قال أبو حنيفة: لا بأس إذا خاف المسلمون أن يقتلهم المشركون أن ينحازوا حتى يلجؤوا إلى بعض أمصار المسلمين ، أو إلى بعض جيوشهم ، فإنّ ذلك ليس بفرارٍ من الزحف .

وذكر عن سعيد بن جبير: أنّ الآية في يوم بدرٍ خاصّةً .

وعن الحسن في قوله: ﴿ وَمَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ ﴾ ، يوم بدرٍ خاصّةً .

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٢٩٣/٦) .

(٢) في أ (منفعة) ، والمثبت من ب .

قال: وليس الفرار من الزحف [اليوم] من الكبائر، وذكر عن الضحاك أنها في يوم بدرٍ خاصّةً^(١).

وعن ابن سيرين قال: لمّا بلغ عمر قتل أبي عبيدة بن مسعود قال: قد كنت له فئة لو انحاز إليّ.

وعن أبي سعيد في قوله: ﴿وَمَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبرَهُ﴾ إنّما كان هذا يوم بدرٍ والنبيّ ﷺ فئة المسلمين، فلما كان بعد بدر، كان المسلمون بعضهم فئة لبعض^(٢).

وعن ابن عمر قال: أرسلنا رسول الله ﷺ [سريّة] فانحاص الناس حيصةً وأتينا المدينة، فتخبّأنا فأتينا رسول الله ﷺ فقلنا: نحن الفرّارون، فقال: «بل أنتم العكّارون وأنا فئتكم»^(٣).

وقد روي عن ابن عباس وابن عمر وقتادة: أنّ الآية في يوم بدرٍ خاصّةً؛ لأنّه لم يكن للمسلمين فئة إلا رسول الله ﷺ، فلم يجز لهم مجاوزة الصفوف، فأما الآن فلا بأس أن يفرّ المسلمون إذا كان^(٤) من الكفار ما لا طاقة لهم به، وقد كان الله تعالى فرض على الواحد أن يثبت لقتال العشرة، ثم نسخ ذلك بقوله: ﴿الَّذِينَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ﴾ [الأنفال: ٦٦]، فقوله: ﴿وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾، يعني: أن نفوسكم [٤٦١/ب] تضعف عن مقاومة عشرة أمثالها، فخفف ذلك عنهم، وأوجب عليهم أن يثبتوا لضعفهم، فقال ﷺ: «سلبوا من النصر بقدر ما خفف عنهم»^(٥).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٧٨٥.

(٣) رواه أبو داود (٢٦٤٧)؛ والترمذي (١٧١٦)، وقال: (هذا حديثٌ حسنٌ).

(٤) في ب (جاء).

(٥) هو من حديث ابن عباس موقوف عليه وليس مرفوعاً، رواه البخاري (٤٣٧٦)، ولفظه: =

وقد قال محمد في السير: إني أكره لرجلٍ من المسلمين به قوّةٌ أن يفِرَّ من رجلين كافرين، [ولمائة] ^(١) أن يفروا من مائتين، [ولألف] ^(٢) أن يفروا من ألفين، ولا بأس أن يفِرَّ الواحد من الثلاثة، والمائة من الثلاثمائة؛ [لأن الله تعالى قال: ﴿أَلَنْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٦] الآية، فما جعله الله غالباً] فلا ينبغي أن يفروا من المشركين وإن كانوا [أكثر من ذلك] ^(٣)، لقول رسول الله ﷺ: «خير السرايا أربعمائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يُغلب اثنا عشر ألفاً من قلة كلمتهم واحدة» ^(٤).

وجملة هذا: أن الأمر على ما يغلب في ظنّ المقاتل، وإن غلب في ظنّه أنه يُغلب ويقتل، فلا بأس أن ينحاز إلى المسلمين ليستعين بهم ويتقوى على عددهم ثم يرجع إليه، وليس في ذلك عددٌ محصورٌ، وإنما المعتبر بغالب الظنّ.

وقد قالوا في الواحد إذا لم يكن معه سلاحٌ: لا بأس أن يفِرَّ من الاثنین معهما السلاح، فدلّ على أن المعتبر بما ذكرناه ^(٥).



= (نقص من الصبر بقدر ما خفف عنهم).

(١) في أ (ولا لمائة)، بزيادة (لا)، وقد سقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٢) في أ (ولا لألف)، بزيادة (لا)، والسياق لا يقتضيها.

(٣) في أ (كثيراً)، والمثبت من ب.

(٤) رواه أبو داود (٢٦١١) وقال: (والصحيح أنه مرسل)؛ والترمذي (١٥٥٥) وقال: (هذا حديثٌ

حسنٌ غريبٌ، لا يسنده كبيرٌ أحدٌ غير جرير بن حازم، وإنما روي هذا الحديث عن الزهري عن النبي ﷺ مرسلًا).

(٥) انظر: الأصل ٤٣٦/٧ وما بعدها؛ شرح السير الكبير ١٥٦/١ - ١٦١؛ شرح مختصر الطحاوي

١٦/٧ وما بعدها.



بَابُ من يستحق الإمارة



قال أبو الحسن: ينبغي أن يولّى على الجيوش الرجل البصير بوجوه الحرب، المتأنّي في تدبيرها؛ ليتقدّم على القتال في الحالة التي يصلح فيها التقدّم، ويكفّ عن القتال في الحالة التي يرى فيها أن التأخر والكفّ أصلح، ويكون ممّن يعدل بينهم في القسمة.

قال محمد: يولى الرفيق العالم بأمر الحرب، العادل بينهم في القسمة وغيرها، فإذا كان هكذا فهو موضع الإمارة عربياً كان أو مولياً.

وإنّما وجب أن يولّى البصير بالحرب المتأنّي؛ حتى لا يقدم بالمسلمين على المهالك فيضرب بهم، ولا يتوقف فيحصيهم^(١).

وروي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى بعض عماله بالعراق: (لا يتولّى البراء بن مالك جيشاً من المسلمين؛ فإنّه هلكةٌ من المهالك يقدم بهم)^(٢).

وأما اعتبار العدل في القسمة؛ فلأنّها ولايةٌ، فلا بد من اعتبار العدالة فيها كسائر الولايات.

وإنّما استوى العربيّ وغير العربيّ؛ لقوله ﷺ: «أطيعوا ولو وُلّيَ عليكم عبدٌ حبشيٌّ ما حكّم فيكم بكتاب الله»^(٣).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) رواه ابن سعد في الطبقات (١٦/٧).

(٣) رواه الترمذي (١٧٠٦) من حديث أم الحصين الأحمسية، وقال: (حسنٌ صحيحٌ).

قال محمدٌ: وإذا أمرهم أمير الجيش من أهل الحرب بأمرٍ لا يدرون أينتفعون به أو لا ينتفعون، فينبغي لهم أن يطيعوه وإن كانوا يرون خلاف [ذلك]، ما لم يأمرهم بأمرٍ يخافون فيه الهلاك، وعلى ذلك رأي أكثرهم لا يشكّون فيه، فلا طاعة له عليهم.

وإن اختلف الناس، فمنهم من يقول فيه الهلكة، ومنهم من يقول فيه النجاة، فليطيعوا الأمير فيما أمرهم به.

وجملة هذا: أن الأمير له عليهم حقّ الولاية، فيجب عليهم طاعته وإن خالف رأيهم، كما يجب اتباع الحاكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد وإن خالف ذلك رأي المحكوم عليه.

وإذا ثبت هذا، قلنا: إذا اختلف المعسكر فيما أمر به الإمام، والخطأ ليس بظاهرٍ فيه، وإنما هو مُجْتَهَدٌ فيه، فالواجب اتباع الأمير كما يُتَّبَعُ القاضي فيما يختلف الناس فيه.

فأمّا إذا أمرهم الأمير بما فيه معصية الله تعالى، فلا يحلّ لهم اتّباعه؛ لأنّه لا طاعة لمخلوقٍ في معصية الخالق، وقد روي أن النبي ﷺ بعث خالد بن الوليد بعد فتح مكة إلى بني جذيمة، ومعه بنو سليم وطائفة من المهاجرين والأنصار، فأمر بقتلهم، فامتنعت المهاجرون والأنصار، وأطاعته بنو سليم فقتلوهم، فأنكر رسول الله ﷺ قتلهم، ولم ينكر على من امتنع من طاعته من المهاجرين والأنصار^(١).

وأما إذا أمرهم بأمرٍ لا يُؤْمَنُ فيه الهلاك لا محالة، وذلك ظاهرٌ لا يختلفون

(١) رواه البخاري (٤٠٨٤).

فيه ، فلا يجوز لهم أن يُطيعوه ؛ لما روي أن النبي ﷺ أنفذ سريةً فخالفوا أميرهم ، فغضب وأوقد لهم ناراً ، وأمرهم بأن يلقوا أنفسهم فيها ، فمنهم من قال: [نلقي] نفوسنا ، فإنّ الطاعة واجبةٌ ، ومنهم من قال: إنّنا لا نتبعك ، فلما قدموا على النبي ﷺ ذكروا ذلك [له] ، فقال: «لو ألقيتم أنفسكم فيها لم تخرجوا منها»^(١) ، يعني أنّ الله يعذبهم بالنار . [والله أعلم]^(٢) .



(١) رواه البخاري (٦٧٢٦) ؛ ومسلم (١٨٤٠) .

(٢) انظر: الأصل ٤٦٩/٧ وما بعدها .

بَاب من يجوزُ أمانه

—•••••—

قال أبو الحسن: قال أصحابنا: أمان الحر^(١) المسلم - رجلاً كان أو امرأة - جائزٌ إذا كان في منعةٍ من المسلمين آمنًا بهم، وسواءً آمن جماعةً كثيرةً أو قليلةً، أو أهل قرية، أو أهل مصر، فأمانه جائزٌ على جماعة المسلمين، لا يحل لأحدٍ من المسلمين أن يتعرض لأحد منهم بقتلٍ ولا سبي^(٢) ولا أخذ مالٍ ولا غيره.

والأصل في جواز أمان الواحد: قوله ﷺ: «المسلمون تكافأ دماءهم وأموالهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»^(٣)، وهذا يدلُّ على أن الواحد من المسلمين يسعى بذمة جميعهم.

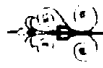
فأمَّا المرأة، فقد روي: «أنَّ زينب بنت رسول الله ﷺ أمنت زوجها، فأجاز النبي ﷺ أمانها»^(٤)، وروي أنَّ أمَّ هانئ أجارت رجلين من المشركين، فتغلب عليَّ ﷺ عليهما ليقتلها، وقال لها: أتحبين المشركين على رسول الله ﷺ، فقالت: والله لا تقتلها حتى تقتلني قبلها، ثمَّ أغلقت الباب دونه، وجاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ما لقيت من ابن أُمِّي وأبي . . وذكرت له القصة،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) (ولا سبي) سقطت من ب.

(٣) رواه من حديث علي ﷺ: أبو داود (٤٥٣٠)؛ والنسائي (٤٧٣٤)؛ والحاكم في المستدرک (٢٦٢٣)، وقال: (صحيح علي شرط الشيخين ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي.

(٤) رواه الحاكم في المستدرک (٤٨/٤)، والطبراني في الكبير (١٠٤٧) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢١٣/٩): (فيه ابن لهيعة وفيه ضعف، وبقية رجاله ثقات).



فقال: «ما كان له ذلك، قد أجرنا من أجزت، وأمنا من أمنت»^(١).

وإذا ثبت أن أمان الواحد جائز، لم يجز لأحد من المسلمين أن يتعرض إليه بعد الأمان، كما لا يجوز أن يتعرض له لو أمته الإمام.

قال: وينبغي للإمام إذا جاؤوه بالأمان أن يدعوهم إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية، فإن أجابوه إلى الإسلام، فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين.

وإن أبوا الإسلام وأجابوا إلى إعطاء الجزية، قبل ذلك منهم، وكانوا أهل ذمة وعهد، لهم ما لأهل الذمة، وعليهم ما عليهم.

وإن أبو الأمرين، ردهم إلى مأمئهم، ثم قاتلهم؛ وذلك لأنه لا يجوز أن يتعرض لهم مع الأمان، ولا يجوز أن يتركوا آمنين مع الكفر من غير جزية، فلا بد من أن يعرض عليهم الإسلام [٤٦٢/أ] أو الجزية التي يجوز أن يستمر معهما [الأمان]^(٢)، فإن أبوا ذلك لم يجز أن يتركوا، ووجب ردهم إلى مأمئهم، ثم يقاتلهم كما لو خرجوا إلى الإمام بأمان.

قال أبو حنيفة: لا يجوز أمان العبد، إلا أن يكون يقاتل مع مولاه، فإن كان إنما يخدمه، لم يجز أمانه.

وقال أبو يوسف ومحمد: أمان العبد جائز، قاتل أو لم يقاتل.

وجه قول أبي حنيفة: أن العبد لا يملك القتال بنفسه، وهم آمنون منه، فلم يصح أمانه، كالأسير في أيديهم؛ ولأن الأمان عقد من العقود، فلا يملكه بغير

(١) رواه البخاري (٣٥٠)؛ ومسلم (٣٣٦).

(٢) في أ (الإمام)، والمثبت من ب.

إذن المولى كسائر العقود؛ [ولأنَّه لا يملك العقود] لما فيها من إسقاط حقِّ المولى، وعقد الأمان إسقاطٌ لحقِّ المولى ولحقِّ جميع المسلمين، فهو أولى أن لا يملكه.

وأما إذا كان مأذوناً في القتال، وصار من أهله بالإذن، فهو كالحرِّ؛ ولأنَّه لما أذن له في القتال وهو من جملة المسلمين، فقد جعل إليه الرأي فيه، وقد يكون الرأي القتال مرّةً، والكفّ أخرى؛ فلذلك جاز أمانه لما فيه من الكفّ عن القتال.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «ويسعى بذمتهم أدناهم»، ولأنَّ العبد يملك الأمان إذا قاتل، فيملكه وإن لم يقاتل، كالمرأة، وعكسه الذميّ^(١).

٢٨٢٥ - فصل: [أمان المراهق إذا كان يعقل الإسلام]

وأما المراهق إذا كان يعقل الإسلام، فلا يجوز أمانه عند أبي حنيفة حتّى يبلغ، وقال محمدٌ في السير الكبير: أمان المراهق والمختلط العقل إذا كانا يعقلان الإسلام ويصفانه، جائزٌ^(٢).

وجه قول أبي حنيفة: أنَّ الغلام لا يملك العقود، والأمان عقدٌ من العقود؛ ولأنَّه لا يملك أن يعقد في حقِّ نفسه، ففي حقِّ غيره أولى.

وجه قول محمدٍ: أنَّ الغلام المراهق من أهل القتال كالبالغ.

وإنّما اعتبر أن يعقل الإسلام ويصفه، حتّى يصير مسلماً بنفسه، فأما إذا لم

(١) انظر: الأصل، ٤٥٨/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٩٤/٧ وما بعدها.

(٢) وعبارة السير الكبير: «فأما أمان الغلام الذي راهق من المسلمين، أو من الكافرين، فعقل الإسلام ووَصَفه، جائزٌ»، ٢٥٧/١.



يعقل ذلك ، فإنما يحكم له بالإسلام تبعاً لغيره ، ولا يعتدّ بذلك .

قال : ولا يجوز أمان التاجر في دار الحرب ، ولا الأسير فيها ، ولا من أسلم هنالك ؛ وذلك لأنّ هؤلاء يضطرون إلى ما يريده الكفار ليتخلصوا بذلك من الضرر ، فصار عقدهم كعقد المكره ؛ ولأنّ أهل الحرب في أمانٍ منهم ؛ لأنّهم لا يقدرّون على قتالهم ، فلا معنى للأمان .

وأما الذمي ، فلا يجوز أمانه وإن أُذن له في القتال ؛ لأنّ الذمي متّهمٌ على المسلمين ، ألا ترى أنّه يقصد تقوية الكفار وإظهار كلمتهم ، فلم ينفذ عقده مع التهمة .

قال محمد^(١) : ويجوز أمان المسلم الأعمى والزّمن والمريض والشيخ الكبير ؛ وذلك لأنّ هؤلاء من أهل الولاية على المسلمين ، فصاروا كمن يقاتل ؛ ولأنّهم من أهل الرأي في الحرب وإن لم يكونوا من أهل مباشرتها .

وذكر أبو الحسن عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف ، عن الحجاج بن أرطاة ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو عن رسول الله ﷺ : «المسلمون يدّ على من سواهم ، تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، ويعقد عليهم أولهم ، ويردّ عليهم أقصاهم^(٢) ، ويرد سراياهم على قعدهم^(٣) .»

قال أبو يوسف : أمّا قوله : «يسعى بذمتهم ..» ، فأيّ رجلٍ آمن رجلاً ، جاز

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) ويرد عليهم أقصاهم) سقطت من ب .

(٣) رواه - ولكن من طريق ابن إسحاق عن عمر بن شعيب به - : ابن خزيمة في الصحيح (٢٢٨٩) ؛

ومن طريق هشيم ويحيى بن سعيد عن عمر بن شعيب به : أبو داود (٢٧٥١) .

عليهم أمانه .

وأما قوله: «ويعقد عليهم أولهم...»، فهذا في الصلح، أيما رجل من المسلمين صالح قومًا من أهل الحرب، وعقد لهم عقدًا فهو جائزٌ على المسلمين، ولكنهم لا يتركون [في دار الإسلام] إلا على ما وصفت لك من عرض الإسلام عليهم أو الجزية، وإلا ألحقوا بمأمنهم حتى لا يقيموا في دار الإسلام بغير خراجٍ على رؤوسهم، إلا أن يسلموا.

وقال أبو يوسف في تمام الحديث: وأما قوله: «يردّ عليهم أقصاهم...» فهذا في المتاع أو الرقيق يصيبه العدو ثم يصيبه المسلمون، فهذا يردّ إلى أهله إن أصابوه قبل القسمة.

وأما قوله: «يردّ سراياهم على قعدهم»، وهو [الخمس]^(١)، يُردّ على من فرض الله تعالى في كتابه على الفقراء وغيرهم من المسلمين.

وأما قوله ﷺ: «تتكافأ دماؤهم»، فإن دم الشريف والوضيع واحدٌ في القصاص والدية، «وهم يدّ على من سواهم»، يقاتلون من كان على غير دينهم، حتى يدخلوا في الإسلام، [أو يؤدوا الجزية].

قال محمدٌ: وإذا أبوا الإسلام أو الجزية، وقالوا: نقيم في دار الإسلام]، وأبو أن يلحقوا بمأمنهم، وقد أمروا بذلك، فإن الإمام يقول لمن أمّن منهم: قد أجلتك إلى كذا وكذا، فإن لحقت بمأمنك، وإلا فأنت لنا ذمّةٌ نضع عليك الخراج إلا أن ترجع إلى مأمنك، ويكون الأجل في ذلك على ما يرى الإمام أو الأمير،

(١) في أ (الجيش)، والمثبت من ب.

فإن لحق بمأمنه وإلا صار ذمّةً ، ولا يُتْرَك أن يرجع إلى مأمنه ؛ لأنّ الكافر لا يجوز أن يقرّ على كفره إلا بجزيةٍ ، فإذا أقام في دارنا وامتنع من الرجوع ، يقوم^(١) إليه الإمام ، ويضرب له أجلاً ، فإن أقام إلى الأجل صار مقامه التزاماً للجزية ، ورضاً بها ، فلا يُمكن بعد ذلك من الرجوع ونقض العهد ، كما لا يُمكن سائر أهل الذمّة . [والله أعلم]^(٢) .



(١) في ب (تقدم) .

(٢) انظر: الأصل ٤٥٨/٧ ، ٤٥٩ ؛ شرح السير الكبير ٢٥٢/١ وما بعدها .

بَابُ النزولِ على الحكمِ



قال: وإذا حاصر المسلمون مدينةً من مدائن أهل الحرب، أو حصناً من حصونهم، فدعوا المسلمين أن ينزلوهم^(١) على أن يحكموا فيهم بحكم الله تعالى، فلا ينبغي لهم أن يجيبوهم إلى ذلك؛ لنهي رسول الله ﷺ عن ذلك، وقد بيّنا هذه المسألة واختلاف أبي يوسف ومحمد فيها.

فإن أجابوهم إلى ذلك، فإن خلف بن أيوب، وبشر بن الوليد روي عن أبي يوسف: أن الحكم فيهم إلى الإمام، يتخير أفضل ذلك للدين والإسلام، فإن رأى قتلهم وسبي الذراري أفضل، أمضى ذلك فيهم على حكم سعد بن معاذ، فإن رأى أن يجعلهم ذمّة يؤدّون الخراج، ورأى ذلك أفضل للدين والإسلام، وأحسن في توفير الفياء الذي يتقوى به المسلمون عليهم وعلى غيرهم، فذلك إليه، وهذا جائز.

فإن أسلموا قبل أن يمضي الحكم، فهم مسلمون أحرار، وإن دعاهم إلى الإسلام قبل أن يحكم بواحد من الوجوه، فأجابوا إلى الإسلام وأسلموا، فهم أحرار، والأرض لهم، وكذلك إن صيرهم ذمّة، فالأرض لهم، ويضع عليهم الخراج.

فأمّا إذا أسلموا قبل أن يحكم فيهم، فهم مسلمون أحرار، وأرضهم لهم وهي أرض عَشْرٍ.

(١) في ب (ينزلوا).

فإن أمضى الحكم بقتلهم وسبي الذراري ، فلم يُقتلوا حتى أسلموا ، فهم فيءٌ مع ذراريهم لا يُقتلون ، وإن لم يسلموا حتى قتلوا وسبيت الذراري ، فالأرض فيءٌ: إن شاء الإمام: قسمها^(١) وخمسها ، وإن شاء تركها على حالها ، أو دعا إليها من يعمرها ويؤدي خراجها ، كما يعمل في [٤٦٢/ب] معطل أرض الذمة ممّا لا ربّ له .

والأصل في هذا: أن إنزالهم على حكم الله جائزٌ عند أبي يوسف ، والحكم في الكفار: القتل والاسترقاق ، أو وضع الجزية ، فكان الإمام مخيراً فيه ، يحكم فيه بما هو أنفع للمسلمين وأصلح ، فإذا أسلموا قبل أن يحكم فهم أحرارٌ ، وأرضهم أرض عُشرٍ ؛ لأنّهم أسلموا قبل القهر ، ألا ترى أن نزولهم على الحكم [صلحٌ]^(٢) ، وليس بغلبةٍ ، فصاروا كمن أسلم قبل القدرة عليه ، فأرضه أرض عُشرٍ .

وأما إذا أمضى الإمام الحكم بالقتل وسبي الذراري^(٣) ، فأسلموا ، فهم فيءٌ ؛ لأنّ الإسلام حصل بعد ثبوت الاسترقاق ، فلا يسقط الاسترقاق وإن سقط القتل ، كما لو أسلموا بعد الغلبة .

وأما إذا قتلهم الإمام ، فهو مخيرٌ في الأرض ، كما يخير في الأرض المغنومة: إن شاء قسمها ، وإن شاء وضع عليها الخراج .

قال محمدٌ في السّير الكبير: إذا أنزلوهم على حكم الله تعالى^(٤) ، فصاروا

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في أ (أصلح) ، والمثبت من ب .

(٣) في ب (أو السبي للذراري) .

(٤) في ب (على حكمه) .

في أيدي المسلمين ، فينبغي للإمام أن يعرض عليهم الإسلام ، فإن أجابوا كانوا أحراراً ، كأحرار المسلمين ، لا سبيل عليهم ، وسلّم الأمير لهم أموالهم وذراريهم ونساءهم ، وتصير دارهم دار الإسلام ، ويكون في أرضهم العشر ، وهذا على ما قدّمنا ؛ لأنّهم أسلموا قبل القهر والغلبة .

قال : وإن أبو الإسلام ، جُعِلوا ذمّةً وأجري عليهم وعلى أرضهم الخراج ، ولا ينبغي أن يُسْتَرْقَوْا ولا يُقْتَسَمُوا ولا يُقْتَلُوا ؛ وذلك لأنّ من أصله : أنّ الإنزال على حكمه لا يجوز ، فإذا فعله الإمام ، ولم يسلموا ، حكم فيهم بالأيسر والأسهل ؛ لأنّه متيقّنٌ ، ولم يحكم بالقتل ولا بالرّق ؛ لأنّه الأغلظ والأصعب^(١) .

(قال : فإن قالوا : ألحقونا بمأمننا)^(٢) ، فلا حاجة لنا أن نكون ذمّةً ، ولا ينبغي للمسلمين أن يفعلوا ذلك بهم ؛ لأنّهم صاروا في أيدينا وتحت حكمنا ، فلا يجوز أن نردّهم حرباً إذا لم يكن في ذلك خفر أمان ؛ لأنّ هذا [من] حكمنا .

قال : فإن أنزلهم على حكم الله رجل^(٣) مسلمٌ عدلٌ ، فذلك جائزٌ ، وما حكم فيهم من سبي أو قتل أو أخذ جزيةٍ ، فهو جائزٌ في قولهم جميعاً ؛ لأنّ (بني قريظة نزلوا على حكم رسول الله ، فقال لهم : «ألا ترضون أن يحكم فيكم رجلٌ منكم ؟» فقالوا : بلى ، فحكم سعد بن معاذ ، فرضوا بحكمه)^(٤) ، فدلّ على أن تحكيم المسلم العدل جائزٌ .

(١) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخسي) ٥٨٧/٢ - ٥٩٠ .

(٢) ما بين القوسين في ب (فإن لحقوا بمأمنهم) .

(٣) في ب (وإن نزلوا على حكم رجل) .

(٤) رواه البخاري (٣٨٩٥) ، وسلم (١٧٦٨) .

قال: فإن نزلوا على حكم عبدٍ أو صبيٍّ أو امرأةٍ، أو على حكم ذمّيٍّ، فإن ذلك لا يجوز عند أبي يوسف، [فإن] (١) حكم العبد والمرأة بأنهم ذمّةٌ، فقبلوا ذلك، أجزته بقبولهم، ليس من قبل حكم المرأة والعبد، وكذلك إذا حكم الذمّيّ.

وقال محمدٌ: إذا حكموا عبداً أو صبيّاً حراً، لم يجز حكمه، و[لم] يصيروا ذمّةً (٢).

وجملة هذا: أن عند أبي يوسف لا يجوز أن يحكم إلا ذكرٌ من أهل الشهادة؛ لأنّ الفاسق والعبد والمحدود والصبي لا يجوز تحكيمهم في حق المتخاصمين، ففي حق جميع المسلمين أولى.

وأما المرأة؛ فلأنّ التحكيم ولاية في حراسة المسلمين والظفر بهم في أمر الحرب، فلا يتولاه امرأةٌ، كما لا تتولّى الإمارة؛ ولأنّ الحكم فيهم تارةً يقع بالقتل، وتارةً [يقع] بغيره، وقول المرأة في القتل لا يقبل، [فلا يجوز حكمها فيه كما لا تجوز شهادتها] (٣)، فأما الذمّيّ، فلا يجوز أن يكون حاكماً في حقوق المسلمين.

وأما محمدٌ فقال في تحكيم الصبي والعبد مثل ذلك؛ لأنّه لا قول لهما في أنفسهما، فلا ينفذ قولهما على غيرهما، وجوّز حكم الفاسق والمحدود في القذف؛ وذلك لأنّهما من أهل الشهادة، فصارا كالعدل؛ ولأنّ هذا ليس بحكم محضٍ، وإنّما يجري مجرى الصلح، فأعطاه شبه الحكم، وشبه العقد، فلم

(١) في أ (ضمان)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (وصيروا ذمّة)، والمثبت من ب، بزيادة (لم)، والسياق يقتضيها.

(٣) في أ (كما لا يجوز حكمها ولا شهادتها)، والمثبت من ب.

يجوزُه من الصبيِّ والعبد، وجوزَه من الفاسق والمحدود في القذف.

وأما الذمِّي إذا حكموه، فحكم عليهم بالقتل أو السبي أو الجزية، جاز حكمه؛ لأنهم كفارٌ، فشهادته عليهم مقبولة؛ فلذلك يقبل حكمه عليهم، فإن أسلموا قبل أن يحكم عليهم، لم ينفذ حكمه؛ لأن التحكيم سقط بالإسلام.

قال أبو يوسف: لو نزلوا على حكم رجلٍ لم يسمّوه، فذلك إلى الإمام يحكم فيهم ببعض ما هو أفضل للإسلام والدين؛ لأن التحكيم لَمَّا وقع من غير معيّن، جاز للإمام أن يعيّنه فيمن شاء، فيجوز أن يعيّنه في نفسه.

قال أبو يوسف: ولا ينبغي للوالي أن يقبل في الحكم صبيّاً، ولا امرأة، ولا عبداً، ولا ذمّياً، ولا أعمى، ولا محدوداً في قذف، ولا فاسقاً و[لا] صاحب ريبة؛ لأن الاختيار في هذا إلى الإمام، فاختيار العدل المأمون أولى.

قال أبو يوسف: وإن نزلوا على حكم رجل يختارونه، فاختاروا رجلاً ليس بموضع للحكم، لم يقبل ذلك منهم حتى يختاروا رجلاً موضعاً للحكم؛ لأن من [لم] يكن موضعاً للحكم لم يتعلّق باختياره حكمٌ، فإن لم يختاروا ردّهم إلى حصنهم؛ لأنهم حصلوا في أيديهم بأمان، فإذا لم يتمّ الحكم ردّوا إلى ما كانوا عليه.

(قال: ولا يردهم إلى حصنٍ أحسن من ذلك، أو لا إلى جنةٍ يمتنعون منه^(١)؛ لأن الرد يجب أن يكون إلى ما كانوا عليه)^(٢)، حتى لا يخفر أمانهم، وفي ردّهم إلى حصنٍ أحسن من ذلك إضرارٌ بالمسلمين^(٣).

(١) هكذا في أ، وسقطت من ب، ولعل الصواب (ب)، وانظر بدائع الصنائع (١٠٨/٧)

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) انظر: شرح السير الكبير ٥٨٧/٢ - ٥٦٢.

بَابُ الْأَنْفَالِ

—•••••—

قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعاً، أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد بن الحسن رحمة الله عليهم: الأنفال^(١) قبل إحراز الغنيمة، فإذا أحرزت الغنيمة وحصلت^(٢) في أيدي الغانمين فلا نفل.

قال محمد في السير: وهذا إجماع أهل العراق، وأهل الحجاز، وقال غيرهم: يجوز النفل بغير إحراز الغنيمة، وإنما يعني بهذا أهل الشام^(٣).

والأصل في جواز النفل قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرِيضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥]، والتحريض قد يكون بالنفل.

وروي أن النبي ﷺ نفل يوم بدر، وقال: «من قتل قتيلاً فله سلبه^(٤)، ومن أخذ أسيراً فهو له^(٥)؛ ولأن في ذلك مصلحة للمسلمين؛ لأن الشجعان يرغبون

(١) الأنفال جمع النفل: وهو الزيادة، يقال: لهذا على هذا نفل، أي: زيادة، ومنه النافلة في الصلاة: ما شرع زيادة على الفريضة والواجب، من «النفل»: ما ينقله الغازي، أي: يُعطاه زائداً على سهمه، وهو أن يقول الإمام أو الأمير: مَنْ قتل قتيلاً فله سلبه». المغرب (غنم).

والأنفال: الغنائم، كما قال محمد: «الأنفال: الغنائم في أصل الوضع». انظر: المغرب (نفل)؛ شرح السير الكبير ٥٩٣/٢.

(٢) في ب (وصارت).

(٣) انظر: شرح السير الكبير ٦٣٠/٢.

(٤) «والسلب: كل ما على الإنسان من اللباس فهو سلب». المغرب (سلب).

(٥) حديث: (من قتل قتيلاً فله سلبه) رواه البخاري (٢٩٧٣)؛ ومسلم (١٧٥١)، من حديث=



في النفل ، فيخاطرون بأنفسهم ، ويقدموا على القتال ؛ فلذلك جاز .

ولهذا قلنا: إنه يجوز قبل الإحراز ، ولا يجوز بعد الإحراز ؛ لأنها ما لم تحرز ففي النفل حثٌ على القتال ، فإذا أحرزت زال هذا المعنى ، فلم يجز النفل ، ولأنّ الغانمين ما لم يحرزوا الغنيمة لم يستقر حقّهم فيها ، فجاز للإمام أن ينفل منها ، فإذا أحرزوها (تعلّق حقّ جماعتهم بها ، فلم يجز أن يسقط حقّ بعضهم عنها . [أ/٤٦٣] .

قال محمدٌ: والذي روي أنّ النبي ﷺ (١) نفل بعد إحراز الغنيمة ، فإنما كان ذلك من الخمس أو من الصّفيّ أو ما أفاء الله به عليه ، فغلط قوم ، فظنّوا أنّ النفل يجوز بعد إحراز الغنيمة من جملتها .

وقد روي عن سعيد بن المسيب أنه قال: لا نفل بعد رسول الله ﷺ ، إلا من الخمس (٢) .

وهذا صحيحٌ ؛ لأنّ بعد إحراز الغنيمة لا يجوز تصرّف الإمام إلا في الخمس ، فيجوز أن ينفل المحتاج منه ؛ لأنّه حقٌّ للمتحاجين ، فأما النبي ﷺ فكان له بعد إحراز الغنيمة الصّفيّ (٣) ، وكان ينفل منه .

= أبي قتادة رضي الله عنه ، وأنّ ذلك في حنين وليس في بدر ، وقد ذكر حديث بدر الزيلعي في نصب الراية (٤٣٠/٣) ، وقال: (قال الشيخ أبو الفتح اليعمري في سيرته عيون الأثر في باب قصة بدر: والمشهور في قوله رضي الله عنه: «من قتل قتيلًا فله سلبه» إنما كان يوم حنين ، وأما يوم بدر فوقع من رواية من لا يحتجّ به ، ثم ساقه بسنده إلى محمد بن السائب الكلبي عن أبي صالح به سنداً ومتمناً ، قال: والكلبي ضعيفٌ ، وروايته عن أبي صالح عن ابن عباس مخصوصةٌ بمزيد ضعف) .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) رواه عبد الرزاق (١٩١/٥) ؛ وابن أبي شيبة (٣٩١/٧) .

(٣) «الصّفيّ»: ما يصطفيه الرئيس من المغنم قبل القسمة ، والصّفيّة أيضاً ، والجمع صفايا ، كما في =

وقد روي عن الزُّهريّ قال: كانت بنو النضير خاص النبي ﷺ ، فقسم ما بين المهاجرين ولم يعط أحداً من الأنصار شيئاً منها إلا سهل بن حنيف وسماك بن حرب أبو دجانة ، فإنهما كانا محتاجين فأعطاهما^(١) ، وروي أنّ النبي أعطى يومئذ سعد بن معاذ سيف ابن أبي الحقيق ، نفعه إياه^(٢) .

وذكر هشام بن عروة عن أبيه: «أنّ النبي ﷺ أقطع الزبير عامراً أو مواتاً من أموال بني النضير»^(٣) .

وقال الزهريّ: «أقطع النبي ﷺ أبا بكر وعمر وعبد الرحمن أموال بني النضير عامرة»^(٤) ، وقد كانت بنو النضير للنبي ﷺ خاصة فيئاً ينفل منها ، وليس ذلك لغيره ؛ لأنّه حقّ له .

وقد قال أصحابنا: إنّ النفل يجوز في سائر الأموال ، وقال مكحولٌ وأهل الشام: لا يجوز النفل في ذهبٍ ولا فضةٍ .

وهذا غلطٌ ؛ لقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ١] ، ولم يفصل .

وروي: «أنّ البراء بن مالك بارز مرزبان ، فقتله وأخذ سلبه ، وكانت عليه

= مختار الصحاح ؛ وفي التعريفات: «الصّفي: هو شيء نفسي كان يصطفيه النبي ﷺ لنفسه ، كسيف ، أو فرس ، أو أمة» ، ومن حديث عائشة: «كانت صفة ﷺ من الصّفي ، كانت ممن اصطفاه النبي ﷺ من غنيمة خبير» . كما في النهاية (صفا) .

(١) رواه ابن سعد في الطبقات (٤٧٢/٣) .

(٢) ذكره في شرح السير الكبير (٩٥/٢) .

(٣) رواه البخاري (٢٩٨٢) .

(٤) ذكره في شرح السير الكبير (٩٥/٢) .

منطقة ذهب فيها جوهر ، فقوّم سلبه فبلغ ثلاثين ألفاً ، فقال عمر بن الخطاب : إنّا كنّا لا نخمّس الأسلاب ، وإن هذا بلغ مالاً عظيماً ، وإنّا آخذوا خمسه»^(١) ، فدلّ على أن النفل يجوز في الذهب والفضة .

وروي : «أن النبي ﷺ نفل ابن مسعود يوم بدر سيف أبي جهل ، وكان عليه فضة»^(٢) ؛ ولأنّ الذهب والفضة من جملة الغنيمة ، فجاز النفل ، كما يجوز في سائرهما .

قال أبو الحسن : والنفل : أن يقول الإمام أو أمير الجيش : من قتل قتيلًا فله سلّبه ، أو : من أصاب شيئًا أو غلب عليه فهو له ، أو يبعث بالسريّة فيقول لهم : ما أصبتم فلکم منه الربع ، أو الخمس ، أو الثلث ، أو النصف ، ويكون ذلك جائزاً ، أو ما أصابت من شيءٍ فلها ما سمّي لها ، ولا خمس عليهم فيما سمّي لهم ، وما بقي ممّا لم يسمّ لهم فيه الخمس ، وأربعة أخماسه لسائر أهل العسكر ، ويشترك المنفلون فيه أيضاً ، وهذا على ما قدّمنا أنّ النفل يجوز للتحريض ، فإذا فعل قبل الإحراز وقع موقعه ، فجاز .

فقد ذكر أقسام النفل ، فمنها : استحقاق القاتل السلّب ، ومنها : انفراد السريّة بجزءٍ مما يُصيبونه من جملة الخمس .

ومعنى قوله : لكم الربع بعد الخمس ، أي : أنتم منفردون بالربع من جملة العسكر ، يؤخذ منهم خمس ذلك .

وإذا قال : لهم الربع ، ولم يقل بعد الخمس ، لم يخمّس الربع ، وصار النفل

(١) رواه أبو عوانة في المسند (٤/٢٤٣) ؛ والبيهقي في الكبرى (٦/٣١١) .

(٢) رواه أبو داود (٢٧٢٢) .

لهم بخمسه .

وعلى هذا قال أصحابنا في المسلمين إن قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه ، [لم يخمس الأسلاب ، وإن قال: من قتل قتيلاً فله سلبه] بعد الخمس ، خمس الأسلاب .

فأما قوله: إذا قال: لكم نصف ما أصبتموه أو جميعه ، جاز .

وقد قال أصحابنا: إن الإمام لا ينبغي له أن ينفل جميع المأخوذ؛ لأن الغنيمة حقٌ لقويّ العسكر وضعيفهم ، فإذا نفل الجميع قطع حق الضعفاء منها (وأبطل الشهمان التي جعلها الله في الغنيمة) ^(١) ، فلا ينبغي أن يفعل ذلك ، وهذا على طريق الأولى ، فإن جعله مع السرية ، جاز وإن كان غيره أولى منه .

قال أبو حنيفة: وإن لم يقل الإمام شيئاً من ذلك ، فقتل رجل قتيلاً ، أو أصاب شيئاً ، فهو غنيمةٌ لجماعة الجيش ، وقال الشافعي: السلب للقاتل إذا قتل كافراً مقبلاً غير مدبر ^(٢) .

والدليل على ما قلناه: قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١] ، فأضاف الأربعة الأخماس إلى الغانمين ، والسلب من جملتها ؛ ولأنه مالٌ للمقتول ، فلا يستحقه القاتل بغير إذن الإمام ، كغير السلب .

فأما ما روي أن النبي ﷺ قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه» ^(٣) ، فإنما ذلك

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الأم ص ١٦٢٧ ؛ المنهاج ص ٥٢٢ .

(٣) البخاري (٢٩٧٣) ؛ ومسلم (١٧٥١) ، من حديث أبي قتادة رضي الله عنه .



على وجه التحريض والحثّ على القتال ، ألا ترى أنّ مخالفنا يضمن (١) فيه إذا قتله مقبلاً ، وذلك غير الظاهر ، ونحن نحمله على حالٍ دون حالٍ ، وذلك غير الظاهر .

قال مالكٌ : إنّ النبي ﷺ لم يقل : « [من قتل] قتيلاً فله سلبه » إلا يوم حنين ، وقد ذكر محمدٌ أنّ النبي ﷺ قال ذلك يوم بدر .

فأمّا اشتراط الشافعي أن يقتل مقبلاً . فليس بصحيحٍ ؛ لأنّ قول الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه ، عامٌّ في الوجهين ؛ ولأنّ الغرض بدفع السلب التحريض على القتال ، والمقصود قتل المشرك (٢) المقبل والمدبر .

وقد قال أصحابنا : إنّ السَّلْبَ إذا شُرط فهو دابةُ المقتول وسرّجها وما عليها من الآلة ، وثياب المقتول وسلاحه وما معه على الدابة من مالٍ في خفيه أو على وسطه ، فأمّا غير ذلك من ماله فليس بسَلْبٍ ، وما كان مع غلامه على دابةٍ أخرى فليس بسَلْبٍ .

وقالوا في المشتركين في القتل : إنهما يشتركان في السَّلْب ، فإن بدأ أحدهما فضرب ، ثم أجهز الآخر ، فهو على وجهين : إن كان الضرب الأوّل جعل المضروب بحيث لا يمكنه أن يقاتل ولا يعين بقولٍ ، فالسَّلْب للأوّل ؛ لأنّه في حكم المقتول له ، وإن كان الضرب الأوّل لم يصيِّره إلى هذه الحالة ، فالسَّلْب للثاني .

وقد روي : « أنّ محمد بن مسلمة ضرب مَرحباً اليهودي ، فقطع رجليه ، وضرب عليّ عنقه ، فقال محمد بن مسلمة : والله يا رسول الله لو أردت قتله قتلته ،

(١) في ب (يضم) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

ولكنني أردت أن أعذبه كما عذب أخي [ابن مسلمة] ^(١)، فأعطى النبي ﷺ [سلبه] محمد بن مسلمة ^(٢)، قال محمد: وهو عندنا محمولٌ على أن الضرب الأوّل جعله بحيث لا يقاتل ولا يعين على القتال.

قال محمد: وقد روي أن النبي ﷺ أعطى سلب أبي جهل بن هشام عبد الله بن مسعود ^(٣)، وقد كان غيره ضربه ثم أجهز عليه ابن مسعود، وقد روي أن النبي ﷺ أعطى سلبه للضارب ^(٤)، ولكل واحدٍ من هذه الروايتين إن صحّت وجهٌ.

إن كان أعطاه للضارب، فيجوز أن يكون الضرب أخرجه من حيّز المقاتلين، (وجعله كالمت) ^(٥)، وإن كان أعطى سلبه ابن مسعود؛ فلأنّ الضرب الأوّل لم يخرج من حيّز المقاتلين.

وأما قوله في النفل إذا شرط للسرية الربع ^(٦): إنّ لها ذلك، وما بقي بينهم وبين الغانمين؛ فلأنّ المأخوذ غنيمةً، ومن حكم [الغنيمة] ^(٧) أن يشترك فيها السرية [٤٦٣/ب] والعسكر، فإذا خصّ الإمام السرية بالنفل، استثنى ذلك، وبقي الباقي على حكم الأصل يشترك فيه الجميع.

(١) في أ (محمد بن مسلمة)، و(محمد) ليست في ب، والصواب أنّه ليس محمد بن مسلمة إذ أن محمداً هو نفسه الضارب في هذه الرواية، وفي سنن البيهقي الكبرى (محمود بن مسلمة).

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (٣٠٩/٦)، بإسناد فيه الواقدي.

(٣) رواه أبو داود (٢٧٢٢).

(٤) رواه البخاري (٢٩٧٢)؛ ومسلم (١٧٥٢).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٧) في أ (الغانمين)، والمثبت من ب.

قال: ولو خرجت سريةً بغير إذن الإمام، أو خرجوا في طلب العلف بإذنه أو بغير إذنه، غير أن الإمام لم ينفلهم شيئاً ممّا أصابوا، فهو أسوة^(١) بين الناس، يخمسه الإمام ويقسم أربعة الأخماس بين الجند على ما يقسم عليه الغنيمة؛ وذلك لأنّ المأخوذ بظهر العسكر يشترك فيه الآخذ والعسكر، كما يأخذه من يسرع إلى دار الحرب.

قال: وإذا بعث الإمام سريةً إلى دار الحرب، فقال: ما أصبتم من شيءٍ فلکم الربع بعد الخمس، أو قبل الخمس، فجاؤوا بغنيمةٍ فيها رجالٌ ونساءٌ وصبيانٌ وغير ذلك من الأموال، فقد ثبت حقّ السرية فيما نفلوا من ذلك قبل أن يخرجوا إلى دار الإسلام، ولم يملكوا شيئاً منه - وسبيل ما ثبت لهم بالنفل (سبيل الغانمين فيما يثبت لهم)^(٢) - إذا خرجوا بالغنيمة إلى دار الإسلام.

وللإمام أن يفعل فيما أصاب السرية ما له أن يفعل في الغنيمة^(٣) إذا خرجت إلى دار الإسلام، فيكون له أن يقتل الرجال ويسبي النساء والصبيان، وله أن يبيع الغنيمة كلّها ويعطي السرية حقّها^(٤) الذي صار لها بالنفل من الثمن، وليس يمنع حقّ المنفلين من شيءٍ من ذلك، كما لا يمنع حقّ الغانمين [من شيءٍ من ذلك عند خروج الغنيمة إلى دار الإسلام].

وجملة هذا: أنّ حقّ الغانمين [يثبت في الغنيمة بالأخذ، ويستقرّ بالحيازة إلى دار الإسلام، ويملك بالقسمة].

(١) في ب (سواء).

(٢) ما بين القوسين في ب (سبيل ما يثبت للغانمين).

(٣) (في الغنيمة) سقطت من ب.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

وإنما لم يستقرّ قبل الحيازة ؛ لأنّ المَدَدَ لو لَحِقَهُم شاركهم ، وهذا يمنع من استقرار حقّهم ، فإذا أخرجوا إلى دار الإسلام انقطع حقّ المَدَد ، واستقرّ حقّهم ، ولم يملكوا ؛ وذلك لأنّ الإمام له تدبيرٌ في الغنيمة ، يجوز أن يقتل المقاتلة ، ويجوز أن يقرّهم على الكفر بالجزية ، وأن يسترّقهم بحسب ما يرى من المصلحة [فيه] ، وجواز التصرف يمنع من ملكهم .

ولهذا قال أصحابنا: إنّ من مات قبل الحيازة لم ينقل حقّه من الغنيمة إلى ورثته ؛ لأنّه حقٌّ لم يستقرّ فلم يورث ، فإذا خرجوا إلى دارنا استقرّ الحقّ وإن لم يملك ، فمن مات منهم انتقل حقّه إلى ورثته .

فإذا حصلت القسمة زال تدبير الإمام ، ولم يجز له التصرف في شيء من المقسوم ، فملك كلّ واحدٍ منهم ما صار له^(١) .

فأمّا النفل ، فحكمه في دار الحرب حكم الغنيمة في دار الإسلام ، وقد استقرّ حقّ المنفلين فيه ؛ بدلالة أنّ المَدَدَ لو لحق لم يشتركوا في النفل ، فصار حكم النفل في دار الحرب حكم الغنيمة في دار الإسلام ، فمن مات من المنفلين في دار الحرب انتقل حقّه إلى ورثته ، وليس يمنع أن لا يملك الغنيمة ويورث ؛ لأنّ الحقوق الثابتة تنتقل إلى الورثة وإن لم يكن ملكاً ، كالجناية المتعلقة برقبة العبد الجاني ، ينتقل إلى ورثة المجنيّ عليه وإن لم يملك رقبة العبد .

وإذا ثبت هذا ، قلنا: إنّ انفراد المنفلين بمقدار النفل من الغنيمة كاستحقاق العسكر للغنيمة بعد الحيازة ، فإذا جاز^(٢) للإمام في أحد الموضوعين أن يقتل

(١) في ب (ما أصاب) .

(٢) في ب (وإذا كان) .

الأسرى ، و جاز أن يسترّقهم ، و جاز أن يقرّهم على كفرهم بالجزية ، فكذلك له أن يفعل في النفل ، و كما يجوز أن يبيع الغنيمة [في دار الإسلام و يقسم ثمنها وإن استقرّ حقّ الغانمين فيها ، فكذلك له أن يبيع النفل] و يقسم الثمن بين المنفلين .

قال : و من أعتق من السريّة عبداً ممّا جاء به ، لم يعتق بعثقه ، و كذلك إذا كان له فيمن جاؤوا به ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، لم يعتق ، و كذلك من أعتق من الغانمين بعد خروج الغنيمة إلى دار الإسلام ، لم يعتق ، و كذلك إن كان له ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ فيهم ، لم يعتق عليه .

و ذلك لما بيّنا أنّ الحقّ مستقرّ في النفل في دار الحرب ، و في الغنيمة بعد الإحراز ، إلا أنّها لا تملك ، و العتق يقع في الملك ، فأما في الحقوق [فلا يقع]^(١) بدلالة أنّ حقّ المجنيّ عليه ثابتٌ في رقبة العبد الجاني ، ولو أعتقه لم ينفذ عتقه ؛ و لأنّ الإمام لما ملك أن يسقط حقّهم عن هذه الرقاب بالقتل أو بالإقرار على الجزية ، على أنّهم لم يملكوها ، فلا ينفذ عتقهم ولا يعتق عليهم ذوو أرحامهم .

ولهذا قال أصحابنا : إنّ من وطئ منهم جاريةً وادّعى ولدها لم يثبت نسبه ؛ لأنّه لم يملكها ، ولا له حقّ خاصّ فيها ، فيسقط الحدّ عنه بالشبهة ، ولم يثبت النسب .

قال : ولو أنّ العدو استنقذ من أيدي السريّة ما أخذوا ، و عادوا به إلى مأمّنهم ، ثم ظهر المسلمون عليه ، فأهل السرية أحقّ بما كانوا يستحقّونه بالنفل ، يردّ عليهم ، و الباقي فيّء لجماعة الناس^(٢) .

(١) في أ (يعتق) ، و المثبت من ب .

(٢) في ب (المسلمين) .

وكذلك العدو لو استنقذ الغنيمة بعد خروجها إلى دار الإسلام، ثم استنقذها قومٌ آخرون من المسلمين، كان الغانمون الأولون أحقَّ بها من الغانمين.

قال: وجملة هذا: أن المسلمين إذا أخذوا غنيمَةً فلم يحرزوها (حتى غلبهم العدو عليها، ثم جاء عسكرٌ آخر فأخذها من العدو، فهي للآخرين؛ لأنَّ الأولين لم يملكوها)^(١) ولا استقرَّ حقُّهم فيها، فإذا عادت إلى أيدي العدو ثم أخذها غيرهم كان أولى بها، ألا ترى أن الردَّ إنّما^(٢) يجب على المالك الأوّل، أو على من ثبت له حقٌّ، فإذا لم يكن حقٌّ ولا ملكٌ، لم يجب الردّ.

فأمّا إذا أحرزت الغنائم فقد بيّنا أن حقَّ الغانمين استقرَّ فيها، فإذا غلبهم العدو عليها ثم استنقذها طائفةٌ من المسلمين وجب عليهم ردّها إلى الأولين، كما لو غلب العدو على عبدٍ مرهونٍ، ثم غلب المسلمون عليه، وجب ردّه إلى يد المرتهن.

وأما النفل إذا أُخذ من المسلمين^(٣) في دار الحرب ثم غلب المسلمون عليه، فالواجب ردّه إلى السريّة؛ لما بيّنا أن حقهم مستقرٌّ فيه، فصاروا أولى به [من الغانمين]^(٤) بعد الإحراز، وهذا كلّهُ إذا وجد قبل القسمة.

فأمّا إذا وجد بعد القسمة فقد اختلفت الرواية^(٥) فيه: فقال في السير الكبير: الطائفة الأولى أولى به؛ وذلك لأنَّ لهم حقًّا ثابتًا، والطائفة الثانية ملكت

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (السرية).

(٤) في أ (كالغانمين) والمثبت من ب.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

بالقسمة ، والملك يفسخ بالحق الثابت السابق ، كما يستحق ملك المشتري بحق الشفيح ؛ ولأن الطائفة الثانية لها تملك ، والطائفة الأولى لها يد وتصرف ، واليد السابقة أحق بالملك ، فكانت أولى .

وقال في الزيادات: إن وجدوا ذلك قبل القسمة كانوا أولى به ، وإن وجدوه بعد القسمة ، فلا حق لهم .

ووجه ذلك: أن الأولين كان لهم حق عام ، والآخرين ملك خاص ، فلم يجز أن يفسخ أقوى الأمرين بأضعفهما ، وليس كذلك إذا وجد قبل القسمة ؛ لأن الأولين كان لهم حق عام فتساوى الأمران ، فكان الأول أقوى .

وقال في الأصل: لو كان الإمام نفل أصحابه ، فقال: من أصاب شيئاً فهو له ، فأصاب رجل من المسلمين جاريةً ، فاستبرأها [٤٦٤/أ] بحیضةٍ ، وهي في دار الحرب ، لم يكن له أن يطأها في قول أبي حنيفة حتى يخرجها إلى دار الإسلام ، وكذلك لا يبيعها .

وقال محمد: له أن يطأها ويبيعها إذا أحب .

وجه قول أبي حنيفة: أنها مملوكة على وجه الغنيمة ، فلم يجز وطؤها في دار الحرب ، كجوارى الغنيمة ؛ ولأن دار الحرب يد لهم ، فوجود الاستبراء في حكم يدهم ، كوجوده في المبيعة في يد البائع ، فلا يعتد به .

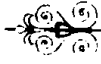
وجه قول محمد: ما قدمنا أن النفل يختص به من هو له ؛ بدلالة أن غيره لا يشركه فيه ، فحل له الوطاء ، كما يحل في [الموهوبة] (١) .

(١) في أ (المرهونة) والمثبت من ب .

وقوله: يحلّ وطؤها، يعني: بعد الاستبراء، وليس هذا عنده كالسارق إذا دخل دار الحرب فأخذ جاريةً، لم يحلّ له وطؤها حتى يخرجها إلى دار الإسلام؛ لأنّ حقّه غير مستقرّ فيها، ألا ترى أنّ غيره لو لحقه شاركه فيها، وذكر بعد هذا صفة السلب، وقد قدّمناه^(١).



(١) انظر: الأصل، ٤٦٠/٧ وما بعدها؛ شرح السير الكبير ٥٩٣/٢ - ٦٠٦.



بَاب

ما جاء في التّغليظ في الغنيمة



ذكر عن عبد الله بن شقيق^(١) عن رجلٍ من بلقين قال: أتيت رسول الله ﷺ وهو بوادي القرى، وهو يعرض فرساً، فقلت: يا رسول الله، بم أمرت؟ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، وأني رسول الله^(٢)، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقّها وحسابهم على الله»، قلت: يا رسول الله، فمن هؤلاء الذين تقاتل؟ قال: «هؤلاء اليهود المغضوب عليهم، وهؤلاء النصارى الضالون»، قال: قلت: فما تقول في الغنيمة؟ قال: «لله خمسها، وأربعة أخماسها للجيش»، قلت: فما أحد أولى به من أحد؟ قال: «لا، ولا السهم يستخرجه من جنبك، لست أنت أحقّ به من أخيك المسلم»^(٣).

وهذا الخبر يشتمل على فوائد: أولها: وجوب الجهاد، والثاني: أن إظهار الشهادتين يجب عندهما الكفّ عن القتل، وقوله: «إلا بحقّها» حتى لا يظن أن الدم إذا حقن بالشهادتين لم يجز استباحته بمعنى آخر.

وقوله: «وحسابهم على الله»، معناه: أنني متعبّد بحكم الظاهر، والله المؤاخذ لهم على الباطن.

وأما قوله: «أمرت بقتال اليهود والنصارى»، وهو  مأمورٌ بقتال جميع

(١) في ب (سفيان)، والصحيح في الرواية ما في أ.

(٢) (وأني رسول الله) سقطت من ب.

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٣/٣٣٦).



الكفار ، وإنما ذكر هؤلاء لينبّه على غيرهم ، ألا ترى أنه وصف اليهود بالغضب ، والنصارى بالضلال ، وهذا موجودٌ في [جميع] (١) الكفار .

وأما قوله : «لله خُمس الغنيمة» ، فمعناه : أنه يُصَرَف في وجوه القُرب المبتغى بها الله تعالى .

وقوله : «وأربعة أخماسه للجيش» ، يدل على أن ما سوى الخمس للغانمين .

وأما قوله : «ما أحدٌ أولى به من أحدٍ ، حتى السهم يخرج من جنبك» ، تغليظٌ في باب الغُلُول [وأنه لا يجوز أن ينفرد الواحد من الغانمين بشيءٍ من الغنيمة ، وقد روي التغليظ في الغلُول] في أخبارٍ كثيرةٍ ، ذُكِر [عن] عمرو بن عبسة قال : صلّى رسول الله ﷺ إلى جنب بغيرٍ من الغنيمة ، فلما سلم أخذ وبرةً من جنب البعير ثم قال : «لا تحلّ لي من غنائمكم مثل هذا إلا الخمس ، والخمس مردودٌ فيكم» (٢) ، وهذا يدل على أن النبي ﷺ له سهمٌ من الغنيمة ، وهو خمس الخمس ، وما سوى ذلك لا حقّ له فيه .

وقوله : «هو مردودٌ فيكم» ؛ لأنّ النبي ﷺ كان يصرفه في المصالح .

وذكر عن عبادة بن الصامت قال : صلّى بنا رسول الله ﷺ يوم حنين إلى جنب بغيرٍ في المقاسم ، ثم تناول سنام البعير فأخذ قُرْداءً منه ، فجعلها بين أصبعيه ثم قال : «يا أيها الناس ، إنّ هذه من غنائمكم ، فأدّوا الخيط والمخيط ، وما دون ذلك وما فوق ذلك ، فإنّ الغُلُول عارٌّ على أهله يوم القيامة وشنارٌ ونازٌ» (٣) ، وهذا تغليظٌ في الغلُول ، ومنعٌ من الانفراد بشيءٍ من المغنم دون الغانمين قلّ أو أكثر .

(١) في أ (حكم) ، والمثبت من ب .

(٢) رواه أبو داود (٢٦٩٤) ؛ والنسائي (٤١٣٩) .

(٣) رواه أحمد (٢٢٧٥١) ؛ والنسائي (٤١٣٨) ، وصححه ابن حبان حديث (٤٨٥٥) .

بَاب قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ

قال الله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ الآية [الأنفال: ٤١]، وأما ذكر اسم الله تعالى؛ فهو على طريق التبرُّك باسمه. وقال أبو العالية: يقسم الخمس على ستة أسهم: منها لله تعالى سهم، يصرفُ إلى عمارة الكعبة. وهذا غلطٌ؛ والدليل عليه ما روي عن الحسين ابن محمد قال: هذا مفتاح الكلام، ليس لله سهم، لله الدنيا والآخرة.

ويجوز أن يكون ذكر اسم الله تعالى ليبيِّن أنَّ الخمس مصروفٌ إلى وجوه القُرب دون غيرها، كما يقال في مال الزكاة إنه لله تعالى؛ ولأنَّ الأئمة بعد النبي ﷺ لم يفرِّدوا هذا السهم، ولو أفردوه لنقل من طريق الاستفاضة، فلمَّا لم ينقل، دلَّ على أنه لا سهم لله تعالى.

فأمَّا النبي ﷺ، فقد كان له سهم، وهو خمس الخمس، وقال عمر بن عبد العزيز: لم يكن له سهم، ومعنى قوله: وللرسول، أي أن التدبير في الخمس والتصرف للنبي ﷺ. وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّ النبي ﷺ قال: «ما لي فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس»، وهذه الإضافة تدلُّ على الاستحقاق، إلا أن يمنع منه مانع.

ثم اختلفوا في هذا السهم بعد النبي ﷺ، فقال أصحابنا: سقط بموته، وقال الشافعي: لا يسقط، وهو للإمام بعده، ومنهم من قال: يجعله في الكراع والسلاح.

والدليل على ما قلنا: قوله ﷺ: «والخمس مردودٌ فيكم»، وهذا يدلّ على أنّه رجع إلى الجماعة، وذلك لا يكون إلا على قولنا؛ ولأنّه ﷺ كان يستحقّ من الغنيمة الصفي والخمس، فإذا سقط الصفي بموته، فكذلك الخمس؛ ولأنّ سهم النبي ﷺ لو كان باقياً لأفرده الأئمة بعده، وصرفوه في استحقاقه، ولو فعلوا ذلك لنقل (من طريق الاستفاضة).

فأمّا سهم^(١) ذوي القربى؛ فهو عندنا لفقرائهم، يُستحقّ بالفقر، وكان أبو بكر الرازي يقول: إنهم استحقوه في زمن النبي ﷺ بالنصرة، وبعده بالفقر، وقال الشافعي: يستحقّونه بالاسم^(٢).

لنا: أنّ النبي ﷺ أعطى بني المطلب وحرّم بني أمية وهم إليه أقرب؛ لأنّ أمية كان أخا هاشم لأبيه وأمه، والمطلب أخوه لأبيه، فلو كان الاستحقاق بالقرابة، لكان بنو أمية أولى.

وقد روي أنّ جبير بن مطعم وعثمان بن عفان مشيا إلى النبي ﷺ، فقالا: يا رسول الله، هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله فيهم، رأيت بني المطلب أعطيتهم وحرمتنا^(٣) ومنعتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة [واحدة]، فقال: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيءٌ واحدٌ، وشبّك بين أصابعه»^(٤)، فهذا [٤٦٤/ب] يدلّ على أنّ الاستحقاق بغير القرابة، ولهذا الخبر قال أبو بكر الرازي: إنهم كانوا يستحقّون

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: المهذب ٣٠٣/٥ وما بعدها؛ المجموع ٢٦١/٢١ وما بعدها.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) رواه البخاري (٢٩٧١).

في زمن النبي ﷺ بالنصرة .

وقد روي أن نجدة الحروري كتب إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذوي القربى لمن هو؟ فكتب إليه: «هو لنا أهل البيت، وقد كان عمر دعانا أن ننكح منه أيّمانا ونحذو منه لعائلنا، ونقضي منه عن غارمنا، فأبينا عليه إلا أن يسلمه لنا، وأبى ذلك علينا، فتركناه»^(١)، وهذا يدلّ على أنّهم لا يستحقّونه بالاسم، لأنّ عمر فعل هذا بحضرة الصحابة من غير خلافٍ .

وروي أنّ أبا جعفر محمد بن علي سئل: أرأيت عليّ بن أبي طالب حين ولي العراق وما ولي من أمر الناس كيف صنع في أمر ذوي القربى؟ قال: سلك بهم سبيل أبي بكر وعمر، قال: قلت: وأنتم تقولون ما يقولون؟ قال: والله ما كان أهله يصدرون إلا عن رأيه، قلت: فما منعه؟ قال: كره أن يدعى عليه خلاف أبي بكر وعمر^(٢)، وهذا يدلّ على أنّ علياً ﷺ سلك سبيلهم، فلو كان حقاً للأغنياء والفقراء، لم يسقط حقّ المستحقّ وإن خالف ذلك رأيهما .

ويدلّ على ذلك ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى، قال: سمعت علياً يقول: اجتمعت أنا والعباس وفاطمة بنت رسول الله ﷺ [وزيد بن حارثة عند رسول الله ﷺ]، فقال العباس: يا رسول الله، كبر سنّي ودقّ عظمي، وركبنتي مؤنّة، فإن رأيت أن تأمر لي بكذا وكذا وسقاً من طعام فافعل، قال: «قد فعلت ذلك»، ثم قالت فاطمة: يا رسول الله، أنا منك بالمنزلة التي علمت، فإن رأيت أن تأمر لي كما أمرت لعمّك فافعل، قال: ففعل ذلك، ثم قال زيد بن حارثة: يا رسول الله،

(١) رواه النسائي (٤١٣٤)؛ وأصله في مسلم (١٨١٢) .

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (٣٤٣/٦)

كنت أعطيتني أرضاً أعيش منها ، ثم قبضتها مني ، فإن رأيت أن تردّها عليّ فافعل ، قال: ففعل ذلك ، فقلت ، (يعني علي بن أبي طالب) (١): يا رسول الله ، إن رأيت أن توليني حقنا من الخمس في كتاب الله تعالى فاقسمه حياتك حتى لا ينازعيه أحدٌ بعدك فافعل ، قال: ففعل ذلك ، قال: فقسمته حياة رسول الله ﷺ ، ثم ولّانيه أبو بكر ، فقسمته حياة أبي بكر ، ثم ولّانيه عمر ، فقسمته حياة عمر ، حتى كان آخر سنة من سنّي عمر ، فأتاه مالٌ كثيرٌ ، فعزل حقنا ثم أرسله إليّ ، فقال: هذا حقكم ، فخذة فاقسمه كما كنت تقسم ، فقلت: يا أمير المؤمنين ، بنا عنه العام غني ، وبالمسلمين إليه حاجةٌ ، فردّه عليهم تلك السنة ، ثم لم يدعنا إليه أحدٌ بعد عمر حتى قمت مقامي هذا ، فلقيت العباس بعدما خرجت من عند عمر ، فقال: يا عليّ ، لقد حرمتنا شيئاً لا يردّ علينا إلى يوم القيامة ، وكان رجلاً داهياً (٢) .

وهذا يدلّ على استحقاقهم بالحاجة ، ألا ترى أنهم لو استحقّوه بالاسم لم يجز لعليّ إسقاط حقهم بغير رضاهم ، ولم يفعل ذلك عمر ﷺ .

وروي عن مجاهد قال: كان آل محمد ﷺ لا تحلّ لهم الصدقة ، فجعل لهم سهم ذوي القربى .

وعن عبد الله بن الحسن قال: لما مُنعنا الصدقة ، جعل بدلها سهم ذوي القربى خمس الخمس (٣) ، ومعلومٌ أنّ الصدقة حُرِّمت على فقرائهم ، فدلّ على أنّ

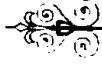
(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) رواه البزار في المسند (٢٢٩/٢) ، (ط مؤسسة علوم القرآن) .

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٤/٩): (رواه أبو يعلى والبزار ورجالهما ثقات) ، وأصله عند

أبي داود (٢٩٨٤)

(٣) رواه ابن عبد البر في الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار (٨٢/٥) ، =



خمس الخمس لمن حرّم [عليه] الصدقة .

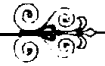
ولأنّ الخمس محرّمٌ على أغنياء غير بني هاشم ، فكان محرّمًا على أغنيائهم كالزكاة .

فإذا ثبت أنّ الله تعالى لا يُسهم له ، وأنّ سهم النبي ﷺ سقط ، وأنّ سهم ذوي القربى يستحقّونه بالفقر ، وجب قسمة الخمس على ثلاثة أسهم ، لليتامى والمساكين وابن السبيل ، ويدخل ذوا القربى فيهم^(١) .



= (ط دار قتيبة - دمشق ، بيروت) .

(١) انظر: شرح السير الكبير ٢/٦٠٧ - ٦٠٩ .



بَابُ ما ذهب إليه أصحابنا في ذلك



قال علي بن الجعد وبشر بن الوليد في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمْسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١]، قال: هذا فيما بلغنا فيما يُصاب في عسكر أهل الشرك من الغنائم، فالخمس فيها على ما سمى الله تعالى في كتابه، وأربعة أخماسٍ منها بين الجند الذين أصابوا ذلك، والخمس يقسم على خمسة أسهم: خُمسٌ لله والرسول واحدٌ، وخمس ذوي القربى، ولكلِّ صنفٍ سمى الله تعالى خمس الخمس، وهذا بيانٌ لما كان يقسم عليه في زمنِ النبي ﷺ.

قال أبو يوسف: فأما الفيء، فهو الخراج عندنا، والله أعلم.

وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ الفيء عبارةٌ عمّا وصل إلينا من أموال الكفار من غير قتالٍ.

قال [محمدٌ] في الأصل: يقسم الإمام الخمس على ما سمى الله تعالى في كتابه، وقد بلغنا عن أبي بكرٍ وعمرٍ وعليٍّ رضي الله عنهم أنهم كانوا يقسمون الخمس على ثلاثة أسهم: اليتامى، والمساكين، وابن السبيل^(١).

وقال الحسن عن أبي حنيفة: يقسم الخمس على ثلاثة أسهم.

وقال ابن شجاع في المجرد عن أبي حنيفة: كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقسم الخمس [على] ثلاثة أسهم: اليتامى، والمساكين، وابن السبيل، ثم قال عقيب

(١) الأصل ٤٣٩/٧.



هذا: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ ﴿١﴾ إنما هو مفتاح الكلام ، وقوله: ﴿وَالرَّسُولَ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ ﴿٢﴾ فقد رُفِعَ سهم رسول الله ﷺ حين قُبِضَ ، وسهم قرابته الذين كانوا معه يومئذٍ ، فقد رفع حين ماتوا ، ويقسم الأربعة أخماس بين العسكر .

قال أبو الحسن: [قوله]: إنَّ سهم ذوي القربى سقط بموتهم ، لا أعلمه من تفسير ابن شجاع ، أو رواية عن أبي حنيفة ، وقد أجمع أصحابنا على أنَّ سهم ذوي القربى يستحقونه بالفقر .

وقال أبو حنيفة: الخمس يقسم على ثلاثة أسهم ، فاستغنى بذكر المساكين عن ذكرهم .

وأما قوله: إنَّ الأربعة الأخماس للغانمين ؛ فلأنَّ الله تعالى أضاف جملة الغنيمة إليهم بقوله: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ ﴿٣﴾ ، ثم استثنى من ذلك الخمس ، فبقي [من ذلك] الباقي على الإضافة^(١) .



(١) انظر: الأصل ٤٣٩/٧ وما بعدها .

بَاب

ما للإمام أن يعمل في الغنيمه من قسمة أو غير ذلك

قال ابن سَماعة عن أبي يوسف: سألت أبا حنيفة عن الغنيمه يغنمها المسلمون في دار الحرب من المشركين ، كيف تُقسَم؟ وهل تُقسَم في دار الحرب أو بعدما [١/٤٦٥] يخرجونها^(١) إلى دار الإسلام؟ فقال: إذا أصاب المسلمون غنيمهً فلا ينبغي أن تقسم في دار الحرب؛ لأن المسلمين لم يحرزوها.

وقال أبو يوسف: إن قسم في دار الحرب، جاز، وأحب إلي أن يخرج إلى دار الإسلام فيقسم.

وقال الشافعي: يجوز قسمة الغنائم في دار الحرب^(٢).

لنا: أن النبي ﷺ قسم غنائم بدر بالمدينة، ولو جاز قسمتها قبل ذلك لم يؤخرها إلا برضا الغانمين؛ لأن الحق لا يجوز تأخيرها عن مستحقه مع حاجته إليه إلا بإذنه؛ ولأن دار الحرب في حكم يدهم، والمملوك إذا كان في حكم يد من ملك عليه لا يقسم، كالمبيع في يد البائع، والمبيع المقبوض بغير إذن البائع؛ ولأن الملك غير مستقر فيها، بدلالة جواز إسقاط [الإمام] الحق عمّا شاء منها.

وبدليل أنه يجوز الانتفاع بالعلف والطعام، والقسمة لا تجوز إلا في ملك مستقر؛ ولأن القسمة في دار الحرب تضر بالمسلمين؛ لأن المدد ينقطع طمعهم

(١) في ب (يخرجوا بها).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٢؛ المزني ٢٧٠.

عن المشاركة ، فلا يلحقوهم ، فلا يُؤمّن عليهم كرامة الكفار .

وفيه ضررٌ من وجهٍ آخر: وهو أن يجدوا في دار الحرب ما لا ينقسم على جماعتهم ، كالفرس الواحد ، والرمح والسيف ، فما لم تقسم الغنيمة ضمّ إليها ، وإن قسمت وضع في بيت المال ، فلا يقسم ، وإذا كان في ذلك ضررٌ من هذين الوجهين ، لم يجز للإمام القسمة .

والذي روي عن النبي ﷺ أنه قسم غنائم حنين^(١) فيها ، وقسم غنائم بني المصطلق فيها ، فإن تلك البقعة فُتحت ، وصارت في دار الإسلام ، فالقسمة فيها وفي المدينة سواءً .

وأما قوله: إن الإمام إذا قسم ، جاز ؛ فلأنّ هذا موضعٌ يسوغ فيه الاجتهاد ، فإذا حكم فيه الإمام بأحد وجهي الاجتهاد ، نفذ حكمه كسائر مسائل الاجتهاد .

قال: فإن لم يجد الإمام لها حمولةً ، قسمها في دار الحرب ، وقد قال أصحابنا: إن الإمام يفرّقها على الغانمين ليحملوها ، ثم يرتجعها في دار الإسلام ، فيقسمها ، فتكون هذه القسمة قسمة حمل ، وليست بقسمة تمليك .

فإن قال أبو يوسف بهذا ، فهو قولهم ، وإن أراد قسمة التمليك ، فكأنه يقول: الأولى أن يقسم في دار الإسلام ، فإذا تعذر الحمل جاز ترك الأولى للعذر .

قال: وإذا ظهر الإمام^(٢) على بلاد أهل الشرك ، فهو بالخيار ، يفعل الذي يرى أنّه أفضل وخيرٌ للمسلمين ، إن رأى أن يخمس الأرض والمتاع ويقسم أربعة أخماسه بين الجند الذين فتحوها ، فعل ، وقسم الخمس على ثلاثة أسهم ، وإن

(١) في ب (خير) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

رأى أن يترك الأرض ويترك أهلها فيها ويجعلهم ذمةً ، ويضع عليهم وعلى أرضهم الخراج ، فعل كما صنع عمر بن الخطاب في السواد^(١).

قال أبو الحسن: وهذا إجماعٌ من أصحابنا في الأرض .

والأصل في جواز قسمتها: أن النبي ﷺ قسم خيبر بين الغانمين^(٢)؛ ولأن الأرض مالٌ مغنومٌ ، فيجوز قسمتها كسائر الأموال ، وكذلك الرقاب ؛ لأن حقَّ الرقِّ تعلقٌ بهم ، فصاروا في معنى الأموال ، فجاز قسمتهم .

وأما جواز الترك وإقرارهم على أرضهم بالجزية والخراج ؛ فلأن النبي ﷺ فتح مكة فترك ما فيها من سراتها وأموالها ، وعمل مكة تجاوزَ الحرم ، وفيه أموالٌ كثيرةٌ من النخل والشجر والمياه ، وافتتح النبي ﷺ بني قريظة والنضير فلم يقسم شيئاً منها ، وافتتح المسلمون أرض العراق والشام ومصر فلم يقسمها أصحاب رسول الله ﷺ ، ووضعوا عليها الخراج ، وعلى أهلها الجزية .

فإن رأى الإمام أن ذلك أصلح ، جاز أن يفعله اقتداءً بالأئمة الراشدين ؛ ولأن أهل الأرض قد يكونون أعلم بعمارتها ، فإذا قسمت بين المسلمين خربت ولم ينتفع بها ، وإذا أقر أهلها انتفع بخراجها ، فكان ذلك أولى .

قال محمدٌ في السير: فإن أسلم أهلها قبل القسمة ، فإن رأى الإمام قسمتهم فهم عبيدٌ ؛ لأنهم أسلموا بعد القهر ، وإن رأى أن يتركهم في أرضهم يؤدّون الخراج ، فهم أحرارٌ ؛ وذلك لأنَّ الإمام يثبت له فيهم ثلاث خيارات: إن شاء

(١) رواه البخاري (٣٤٩٧) .

(٢) رواه مسلم (١٥٥١)

قتلهم ، وإن شاء استرقهم ، وإن شاء أقرهم (١) .

والدليل على جواز قتل الأسرى بعد تقضي الحرب ، خلاف ما قال حماد: «أن النبي ﷺ قتل عقبة بن أبي معيط ، والنضر بن [الحارث] (٢) بعدما حصل في يديه» (٣) ، وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم ؛ ولأنه قد لا يؤمن منهم الغدر والعود إلى دار الحرب ، ففي قتلهم احتياطٌ للمسلمين .

وإذا ثبت هذا ، فمتى أسلموا سقط القتل ، كما لو أسلموا قبل الأخذ ، فإذا سقط القتل بقي الخيار في [الاسترقاق] (٤) والإقرار .

ولا يجوز أن يقال: إن الاسترقاق لا يجوز أن يبدأ مع الإسلام ؛ لأنه عقوبة كالقتل ؛ وذلك لأن الاسترقاق يبدأ مع الإسلام ، بدلالة ولد المملوكين ، يثبت الرق فيه ابتداءً وهو مسلمٌ ؛ ولأن حق الاسترقاق تعلق برقابهم بالأخذ ، فإذا رآه الإمام استقرَّ بالسبب السابق ، فكأنه استرقهم قبل الإسلام .

وقال ابن سَماعة في موضعٍ آخر في النوادر: سمعت أبا يوسف قال في غنيمة العساكر من أهل الشرك: أربعة أخصاسها للذين غنموها ، يقسم ذلك الإمام بينهم ، وأما الخمس: فيقسم بين الذين سمى الله لهم .

وما افتتح عنوةً من القرى والمدائن فالإمام (٥) في ذلك بالخيار: إن شاء

(١) انظر: شرح السير الكبير ١٠٢٤/٣ وما بعدها .

(٢) في أ (شميل) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح في الرواية .

(٣) رواه الطبراني في الأوسط (١٣٥/٤) ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٩٠/٦): (فيه عبد الله بن حماد بن نمير ، ولم أعرفه ، وبقيّة رجاله ثقات) .

(٤) في أ (الاستقرار) ، والمثبت من ب ، والسياق يقتضيه .

(٥) في أ (بدأ الإمام) بزيادة (بدأ) ، وليست الزيادة في ب ، والسياق لا يقتضيه .

خمسها، وقسم أربعة أخماسها بين الذين افتتحوها على قسمة الغنيمة، وكان الخمس على خمس الغنيمة بين من سماها^(١) الله له، وإن وضع الخمس في صنفٍ واحدٍ من أولئك فإنه مستقيمٌ، ألا ترى أن الصدقة مجزأة على ثمانية أجزاء في كتاب الله تعالى، وإن وضعها في صنفٍ واحدٍ، فهو مستقيمٌ، وهذا كله قد بيناه، إلا قوله: إن الخمس يجوز وضعه في صنفٍ واحدٍ.

والدليل عليه: أن الأصناف جهة الصرف، والمقصود [الفقر]، فجاز أن يدفع إلى صنفٍ واحدٍ [كأخذ] الزكاة.

وإنما احتجّ أبو يوسف بالزكاة على الخمس؛ لأن المسألة كانت إجماعاً في عصره، وإنما حدث خلاف الشافعي من بعده، ولم يقل بقوله أحدٌ ممن تقدّمه؛ فلذلك لم يعتدّ بخلافه.

قال أبو يوسف: وهذه الأرضون المفتحة إذا قسمت، فهي أرض عُشرٍ؛ وذلك لأنه إذا قسمها، ملكها المسلمون، والحق الموضوع [٤٦٥/ب] حقٌّ يُبتدأ به المسلم، والمسلم يبتدئ بالعشر، ولا يبتدئ بالخراج.

وأما إذا أقر أهلها عليها، فهو على وجهين: إن كانت من أرض العرب، وضع عليها العُشر؛ لأن النبي ﷺ والأئمة من بعده لم يضعوا على أرض العرب خراجاً، فدلّ على أنها عُشرية.

ولا يقال: أليس قد كان يجوز إقرار أهل الكتاب من العرب على أرضهم، فهلا جاز أخذ الخراج منهم.

قيل له: لم يقرّ أحدٌ من أهل [الكتاب] على المقام في أرض العرب على

(١) في ب (سمى).

التأييد ، وإنما أقرهم ﷺ إلى مدّة؛ ولذلك أجلاهم عمر ، فصار ذلك الإقرار غير مستقرّ؛ فلذلك لم يجز وضع الخراج .

وأما إذا كانت الأرض من غير [أرض] العرب ، وضع عليها الخراج ؛ لإجماع الصحابة على وضع الخراج على [أرض] العراق والشام .

قال أبو يوسف محتجاً على جواز ترك القسمة ، وقد أنزل الله تعالى في كتابه : ﴿ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ ﴾ [الحشر: ٧] ، ثم قال : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ ﴾ [الحشر: ٨] ، ثم قال : ﴿ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ [الحشر: ٩] فهم ^(١) الأنصار ، ثم قال : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾ [الحشر: ١٠] ، فهذه إلى يوم القيامة .

بلغنا أن عمر تأوّل هذه الآية فيما ترك من ذلك ^(٢) ، وهذا صحيح ؛ لأن عمر احتجّ على من طالبه بقسمة السواد بقوله : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾ ، قال : لو قسمته بينكم لم يبق لمن بعدكم حقّ ، فرجعوا إلى قوله وأجمعوا عليه .

قال أبو الحسن : وليس في الجزية خمسٌ ، وكذلك القرى إذا تركت في أيدي أهلها ، واستدلّ على ذلك بأن رسول الله ﷺ أخذ الفدية من أهل نجران ، والجزية من مجوس هجر ^(٣) ، فلم يكن في ذلك خمسٌ ، وكان ذلك بين جماعة المسلمين ، وفرض على أهل اليمن على كلّ حالٍ ديناراً ^(٤) ، ولم يكن في ذلك خمسٌ .

(١) في ب (فهؤلاء) .

(٢) رواه أبو داود (٢٩٦٦) .

(٣) رواه البخاري (٢٩٨٧) .

(٤) رواه أبو داود (١٥٧٦) ؛ والترمذي (٦٢٣) وقال : (هذا حديث حسن) ؛ والنسائي (٢٤٥٢) .

وهذا استدلالٌ صحيحٌ ، وهو إجماع الأمة حتى قال الشافعيّ قولاً خرج به عن الإجماع: إنَّ الجزية فيها خمسٌ ، وهذا خلافٌ غير معتدٍّ به ؛ لما ذكرنا من الخبر والإجماع .

قال أبو الحسن: وهذا قولٌ لم يقل به أحدٌ من أهل العلم ، ولا أفتى به إلا بعض المتأخرين بعد سنة مائتين ، وقال أقوالاً خالف فيها الأمة^(١) .

منها: أن مكة افتتحت صلحاً ، وهذا غير صحيح ؛ لأن المرجع في الفتوح وصفتها إلى أهل السيرة ، وقد أجمعوا على أن مكة افتتحت عنوةً ، فلم يجز القول بما يخالف النقل المستفيض ؛ ولأن الله تعالى منَّ على نبيه بالفتح والتمكين من قريش والغلبة ، فلو كان دخلها صلحاً لم يكن ذلك فتحاً ولا غلبةً ؛ ولأنه ﷺ دخلها مقاتلاً وعليه مغفراً وعبأ العسكر ، وقاتل خالد بن الوليد الناس في أسفل مكة ، فقيل للنبي ﷺ: «إن قريشاً أوبشت أوباشها» ، فقال: «احصدوهم حصداً حتى تلقوني على الصفا»^(٢) ، فقال شاعرهم:

إنك لو شهدتنا بالخدمة ❁ إذ فرّ صفوان وفرّ عكرمة
أبو يزيد كالعجوز المؤتمة ❁ وجلدتنا بالسيف المسلمة
لم تنطقي في اللوم أدنى كلمة^(٣)

وقال النبي ﷺ بعدما دخل مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن

(١) في ب (الأئمة) .

(٢) رواه مسلم (١٧٨٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) الأبيات لحماس بن قيس بن خالد البكري ، ويقال: هي للمرعاش الهذلي يخاطب امرأته حين لامته على الفرار من المسلمين . انظر: فتح الباري (١١/٨) .

تعلق بأستار الكعبة فهو آمنٌ ، ومن ألقى سلاحه فهو آمنٌ»^(١) ، فلو كان الصلح قد سبق وقبل الأمان القوم ، ودخل ﷺ على ذلك لم يكن لهذا القول معنىً .

وروي أنّه وقف على باب البيت وقال : «ما تدرّون أنّي صانعٌ بكم ؟» فقالوا: ابن أخ كريم ، ملكت فاصنع ما شئت ، فقال لهم : «أقول لكم ما قال أخي يوسف : لا تثريب عليكم اليوم»^(٢) ، ولو كان دخل صلحاً لم يجز أن يقولوا^(٣) : اصنع ما شئت .

[وقد] تعلق الشافعيّ في هذه المسألة بما شرطه النبي ﷺ لأبي سفيان ، ولا حجّة [له] فيه ؛ لأنّه لم ينقل أن القوم قبلوا ذلك ، ولو قبلوه لم يحتج إلى تجديده بعد الدخول ، فصار وجود ذلك وعدمه سواءً .

ولا يقال: إنّ النساء خرجن يلطمن وجوه الخيل بالخمير ، فاستنشد النبي ﷺ أبا بكر رضي الله عنه أبيات حسان ، وهي :

[ينازعن الأسنه مشرعات]^(٤) ❖ على أكتافها الأسل الظماء
تظيل جياذننا ممطرات ❖ تلطمهن بالخمير النساء
وهذا هو الحجّة عليهم ؛ لأنّ النساء يفعلن ذلك تعبيراً للرجال بترك القتال ، وتحريضاً لهم ، ويضربن وجوه الخيل بالخمير كما كان الرجال يضربونها بالسيوف ، وليس في ذلك دلالةٌ على الصلح ، بل هو دليلٌ على ضده . [والله أعلم]^(٥) .

(١) هو من الحديث قبله ، مسلم (١٧٨٠)

(٢) رواه النسائي في الكبرى (١١٢٩٨)

(٣) في ب (يقول) .

(٤) في أ ، ب (ينازعن الأعنة مسرعات...) ؛ وفي صحيح مسلم (بيارين الأعنة مصعدات)

(٢٤٩٠) ؛ والمثبت من السنن الكبرى ٢٣٨/١٠ .

(٥) انظر: الأصل ٤٣٩/٧ وما بعدها .

بَابُ قسمة الغنيمة

—•••••—

قال أبو الحسن: قد ذكرنا قسمة الخمس فيما تقدّم، وتقسم الأربعة الأخماس على الجيش، يعطى الفارس سهمين: سهماً له، وسهماً لفرسه، وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد، وهو قول أهل العراق من أهل الكوفة والبصرة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعطى الفارس ثلاثة أسهم: سهماً له، وسهمين لفرسه، وهو قول أهل الحجاز وأهل الشام^(١).

وجه قول أبي حنيفة: أن القياس^(٢) يمنع الاستحقاق بالفرس؛ لأنه آلة الحرب كالسلاح، وإنما ترك القياس للخبر، وقد اختلفت الأخبار: فروي في بعضها: أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين، سهماً له وسهماً لفرسه. وروي: أنه أعطاه ثلاثة أسهم، فلما اختلفت الأخبار أسقط ما اختلف فيه، وأثبت ما اتفق عليه، وحمل الباقي على القياس.

ولأن الانتفاع بالفارس أعظم من الانتفاع بالفرس، ألا ترى أن الفرس بانفراده لا تأثير له، والفارس بانفراده يقاتل، فلم يجز أن يستحق بالفرس أكثر مما يستحق صاحبه.

وقد روى نافع عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قسم للفارس سهمين،

(١) وهو قول مالك والشافعي وأحمد. انظر: رحمة الأمة ص ٢٤٧.

(٢) في ب (الفارس)، ولا يستقيم المعنى بها.

وللرجال سهماً^(١)، وروى محمد بن يعقوب بن مجمّع ، عن أبيه ، عن جده قال : شهدت خبير مع رسول الله ﷺ فكانت سهام خبير على ثمانية عشر سهماً ، وكانت الخيل ثلاثمائة فرس^(٢) ، والرجالة ألفاً ومائتين ، فأعطى النبي ﷺ الفارس سهماً وفرسه سهماً^(٣).

وعن المقداد بن الأسود: أن [٤٦٦/أ] رسول الله ﷺ أسهم له يوم بدر سهماً ولفرسه سهماً^(٤).

وجه قولهما: ما روى نافع عن ابن عمر: أن النبي ﷺ أسهم للرجل وفرسه ثلاثة أسهم ، سهماً له وسهمين لفرسه^(٥).

والجواب: أن الرواية قد تعارضت عن ابن عمر ، وروي عن غيره من غير تعارضٍ ، فكان ما وافق من روايته رواية غيره أولى^(٦).

٢٨٢٦ - فَصْل : [سهام أنواع الخيول]

والعتيق من الخيل ، والمُقرِّف (والبرذون سواءً ، لا يفضل بعض الخيل عن

(١) رواه الدارقطني في السنن (١٠٤/٤) ؛ والبيهقي في الكبرى (٣٢٥/٦)

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) رواه أبو داود (٢٧٣٦) وقال : (حديث أبي معاوية أصحّ ، وأرى الوهم في حديث مجمّع أنه قال : ثلاث مائة فارس ، وكانوا مائتي فارس) .

وحديث أبي معاوية الذي أشار إليه هو ما رواه أبو معاوية حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر : (أن رسول الله ﷺ أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم ؛ سهماً له ، وسهمين لفرسه) .

(٤) الطبراني في الكبير حديث (٦١٤) ؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : (فيه الواقي وهو ضعيف) (٣٤٢/٥) .

(٥) رواه البخاري (٢٧٠٨) ؛ ومسلم (١٧٦٢) .

(٦) سقطت هذه الكلمة من ب .

بعض، وهو قول أهل العراق وأهل الحجاز، وقال أهل الشام: لا يسهم^(١) للبرذون والمُقْرِف الذي أحد أبويه برذون والآخر عتيق^(٢)، وكذلك الهجين^(٣).

والدليل على ما قلناه: أن اسم الخيل يشتمل العَرَاب^(٤) والبراذين، ولهذا قال النبي ﷺ: «الخيَل في نواصيها الخير إلى يوم القيامة»^(٥)، يعني الجهاد، وإذا تناولها اسم الخيل صارت كالعَرَاب؛ ولأن البرذون قد ينتفع به من وجه لا ينتفع بالعتيق، والعتيق ينتفع به وجه لا ينتفع بالبرذون؛ لأن العتيق يصلح للطلب والهرب، والبرذون أثبت على حمل السلاح وأكثر انعطافاً في القتال، وإذا كان في كل واحدٍ منهما منفعةٌ تختص بالقتال، تساويا.

والذي روي: (أن الخيل أغارت بالشام وعلى الناس رجل من همدان يقال له المنذر بن أبي حمصة، فأدركت العراب من يومها، وأدركت البراذن من ضحى الغد، فقال: لا أجعل من أدرك كمن لم يدرك، وكتب إلى عمر، فكتب عمر: هب لت الوادعي أمه، لقد أذكرت^(٦) به أمضوها على ما قال^(٧))، فلا دلالة فيه؛ لأن الأمير حكم في موضع يسوغ فيه الاجتهاد، فلم يفسخ عمر حكمه^(٨).

- (١) ما بين القوسين سقطت من ب.
- (٢) «العتيق، من عَتَق العبد عَتَقًا، وهو عتيق: الخروج من المملوكية، هذا هو الأصل، ثم جعل عبارة عن الكرم، وما يتصل به، كما الحرّية، فقيل: فرس عتيق: أي رائع، أي: كَرْمٌ وَسَبَقٌ». انظر: المغرب؛ الوسيط (عتق).
- (٣) والعَرَابُ من الخيل: خلاف البراذين. انظر: مختار الصحاح (عرب).
- (٤)
- (٥) أخرجه البخاري (٢٦٩٥)؛ ومسلم (١٨٧٢).
- (٦) في ب (أدركت).
- (٧) رواه عبد الرزاق (١٨٣/٥)؛ وابن أبي شيبة (٤٩٠/٦)؛ والبيهقي في الكبرى (٣٢٨/٦)؛ وقال ابن حجر في فتح الباري: (هذا منقطع) (٦٧/٦).
- (٨) انظر: الأصل ٤٤٠/٧.

٢٨٢٧ - فَصْل: [الإسهام لأكثر من فرس]

ولا يسهم - في قول أبي حنيفة وزفر ومحمد^(١) والحسن بن زياد - لأكثر من فرس، وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين ولا يسهم لثلاثة.

وجه قولهم: ما روى إبراهيم بن الحارث التيمي، عن أبيه، عن جده قال: (حضر الزبير بن العوام خبير بأفراس، فلم يسهم النبي ﷺ له إلا لفرسٍ واحدٍ)^(٢)؛ ولأنَّ الفرس الواحد يحتاج إليه للقتال، وما زاد عليه لا تدعو الحاجة إليه، فصار الفرس الثاني كالثالث.

وجه قول أبي يوسف: ما روي أنَّ النبي ﷺ أسهم يوم خيبر لفرسين^(٣)؛ ولأنَّ الفارس يحتاج إلى الفرس الثاني يقاتل عليه إذا أعيا فرسه، فصار الثاني كالأول. والجواب ما قدمنا: أن القياس يمنع من الإسهام للخيل، ولما روي أنَّ النبي ﷺ لم يسهم للزبير إلا لفرسٍ واحدٍ، [فلما] روي أنه أسهم يوم خيبر لفرسين، أسقطنا ما حصل فيه المعارضة بالقياس، وبقينا المتفق عليه.

٢٨٢٨ - فَصْل: [المقصود بالفارس في الجهاد]

قال: والفارس من أوجف على بلاد العدو بفرسٍ، فدخل فارساً وبقي الفرس معه حتى حصلت القسمة، أو مات الفرس حين دخل، أو أخذه العدو قبل حصول الغنيمة أو بعدها، وسواءً كان مكتوباً في الديوان فارساً أو راجلاً.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) رواه البيهقي في المعرفة (١٣٨/٥)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: (سند منقطع) (١٠٦/٣).

(٣) رواه الواقدي كما في التلخيص الحبير (١٠٦/٣)، وقال ابن حجر: (لكن الشافعي كذب الواقدي).

وقال الشافعي: إذا مات فرسه قبل القتال فهو راجل^(١).

لنا: أن المعتبر في الخيل الإيجاف على أرض العدو، بدلالة قوله تعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦]، فدلّ على أن الإيجاف سبب الاستحقاق؛ ولأن الله تعالى جعل الدخول في أرض العدو كإصابة العدو، بدلالة قوله تعالى: ﴿وَلَا يَطْعُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ﴾ [التوبة: ١٢٠]، فإذا دخل فارساً فله سهم الفارس اعتباراً بحال الدخول؛ ولأن المقصود من الخيل إرهاب العدو، وليس المقصود القتال عليها؛ بدلالة أن من دخل فارساً وقاتل راجلاً استحقّ سهم الفارس، وإرهاب العدو يحصل بالدخول، ألا ترى أنهم يبلغهم حال الدخول العدوّ، فيقولون دخل كذا وكذا فارساً، وكذا وكذا راجلاً، وإذا حصل المقصود ولم يسقط المستحقّ حقه، وجب له السهم.

قال: وإن دخل راجلاً ثم أصاب فارساً اشتراه أو استعاره أو وهب له، فله سهم راجل؛ لما بينا أن المعتبر حال الدخول، فإذا دخل راجلاً لم [يتغيّر]^(٢) حاله [بوجود]^(٣) الفرس.

قال: فإن دخل فارساً ثم باع فرسه أو أجره أو وهبه أو أعاره، فقاتل وهو راجل، فأصابوا غنيمَةً، فإن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة [أنه]: يُضرب له بسهم الفارس، وقال محمدٌ في السير الكبير: إذا باع فرسه يبطل سهم الفرس، ويأخذ سهم راجل، ولم يحك عن غيره فيه شيئاً.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٨٥؛ الرد على سير الأوزاعي ص ٢٢؛ رحمة الأمة ص ٢٤٩.

(٢) في أ (يعتبر)، والمثبت من ب.

(٣) في أ (بحصول)، والمثبت من ب.

وجه رواية الحسن: أن سبب الاستحقاق حصل [بالإيجاف] ، فبيع الفرس كموته .

وجه قول^(١) محمد: أن بيعه لفرسه رضاً بإسقاط حقه ، فصار كما لو قُتل في الواقعة .

قال الحسن: وإذا دخل وهو راجلٌ ، ثم اشترى فرساً أو وهب له قبل أن يغنم أهل العسكر شيئاً ، ثم قاتل معهم حتى غنموا ، (ضرب له بسهم فارسٍ ، وكذلك لو استأجر فرساً أو استعاره ، فقاتل حتى غنموا)^(٢) .

وجه قول الحسن: أن المقصود حال الدخول [والقتال ، والانتفاع بالفرس في حال القتال أكثر من الانتفاع في حال الدخول] ، فإذا وجب أن يضرب له إذا حصل عند الدخول ، فعند القتال أولى^(٣) .

٢٨٢٩ - فصل: [قسمة الغنائم بالغزو في السفن]

وإذا غزا المسلمون في السفن ، فأصابوا غنائم^(٤) ، فهو وغزوهم في البرّ سواءً ، من دخل منهم دار الحرب ومعه فرسٌ ، فله سهم الفارس ؛ وذلك لأنّ النبي ﷺ أسهم للخيل بخيبر ، وكانت حصوناً لم يقدرُوا على القتال بالخيل ، وإنما قاتلوا رجالاً ، وأسهم لخيلهم ؛ ولأنّ الخيل في السفن يحتاج إليها إذا قدموا إلى جزيرة أو ساحلٍ ، (فصارت كالبرّ ، فيسهم لهم)^(٥) .

(١) في ب (ما ذكره) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٤٤٠/٧ .

(٤) (فأصابوا غنائم) سقطت من ب .

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب .



٢٨٣٠ - فصل: [من لا سهم له من الغنيمة]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: لا سهم لصبي، ولا امرأة، ولا عبد، ومن قاتل منهم رضخ له من الغنيمة ولا يبلغ به السهم، وكذلك الذمي إذا قاتل مع المسلمين، رضخ له، ولا يبلغ به سهماً.

وجملة هذا: أن كل من لا يلزمه القتال في غير حال الضرورة، لا يُسهم له، ومن يلزمه القتال يُسهم له.

والدليل عليه: ما روى أبو هريرة: «أن النبي ﷺ كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان»^(١).

وعن ابن عباس في العبد والمرأة يحضران مع الناس قال: «ليس لهما سهم، وقد يرضخ لهما»^(٢)، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نجعلهم كأهل الجهاد»^(٣)، وروي عن فضالة بن عبيد قال: «كان النبي ﷺ لا يسهم للمملوكي»^(٤)؛ ولأن من لا يلزمه القتال في غير حال الضرورة، فليس من أهله، فلو أسهمنا لهم لسوينا سهمهم وسهم أهل القتال^(٥)، وذلك لا يجوز.

فإن قيل: [إن] الكافر مخاطب بالشرعيات، إذا قاتل فهو من أهل الوجوب.

قيل له: الكافر عندنا مخاطب بشرط تقدم الإسلام، فما فعله [٤٦٦/ب] قبل

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤٩٢/٦؛ ومسلم في صحيحه. انظر: نصب الراية ٤٢٠/٣.

(٢) رواه مسلم مرفوعاً، حديث (١٨١٢)

(٣) ذكره الواقدي في المغازي، ولكن من فعله ﷺ وليس من قوله، وصيغته: (ولم يجعلهم كأهل

الجهاد). انظر مغازي الواقدي (٦٨٧/٢)، ط عالم الكتب، بيروت، ت: مارسدن جونس.

(٤) وذكره السرخسي في المبسوط (٤٥/١٠)

(٥) في ب (لسوينا بينهم وبين أهل القتال).

الإسلام لم يعتدّ به كسائر العبادات .

قال: ولا يسهم للتُّجَّارِ ولا للأُجْرَاءِ، فإن قاتل التجار مع أهل العسكر استحقّوا السهمان، كما يستحقّ ذلك أهل العسكر، الفارس سهم^(١) فارسٍ، والراجل سهم راجلٍ .

وإن قاتل^(٢) الأجير مع العسكر، قال محمدٌ: إن ترك خدمة صاحبه وقاتل، استحقّ السهمان^(٣) (كما يستحقّ ذلك أهل العسكر)^(٤)، وإن لم يترك ذلك فلا شيء له في الغنيمة، ولا يجتمع له أجرٌ ونصيبٌ في الغنيمة .

وجملة هذا: أنّ من دخل [للقتال]^(٥) استحقّ السهم قاتل أو لم يقاتل، ومن دخل لغير القتال لم يستحقّ السهم إلا أن يقاتل وهو من أهل القتال؛ [وذلك لأنه إذا دخل للتجارة، فلم يحصل من أهل القتال]، فلم يسهم له، إلا أن يفعل القتال، فيصير بفعله كمن دخل للقتال .

وكذلك الأجير إنّما دخل لخدمة المستأجر ولم يدخل للقتال، [فإن] ترك الخدمة وقاتل صار كأهل العسكر .

وقد روي أنّ عبد الرحمن بن عوف استأجر أجيّراً بثلاثة دنانير، فلمّا فتح الله على نبيه قال رسول الله ﷺ: «هذه حظك من الدنيا والآخرة»^(٦)، وأمّا قول

(١) في ب (منهم)، وكذلك في الجملة بعدها .

(٢) في ب (كان) .

(٣) في ب (السهم) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) في أ (القتال) والمثبت من ب .

(٦) رواه إسحاق بن راهويه في المسند كما في المطالب العالية (٩/٤٢٥)، (دار العاصمة)، =

محمد: إنه لا يجتمع الأجر والسهم، إنما يريد بذلك أنه إذا ترك الخدمة وقاتل، سقطت الأجرة واستحقَّ السهم، وأمَّا أجرة^(١) ما قبل ذلك فاستحقاقها لا يمنع من أخذ السهم.

قال: ومن دخل مقاتلاً مع العسكر، فقاتل أو لم يقاتل، لمرضٍ أو غيره، فله [سهمه]^(٢)، إن كان فارساً فارساً، وإن كان راجلاً فراجلاً؛ وذلك لأنه لما دخل للقتال صار من أهله، فلا يعتبر فعله للقتال؛ ولأنَّ الشبان يوم بدر تسرعوا وأقام غيرهم، واشتركوا في الغنيمة، فدلَّ على أنَّ الاستحقاق لا يقف على فعل القتال^(٣).



= السعودية، ط ١، ١٤١٩هـ).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (سهمان) والمثبت من ب.

(٣) انظر: الأصل ٤٣٩/٧ وما بعدها؛ التجريد، ٤١٤١/٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٢٠/٧ وما بعدها.

بَاب الجيش يلحقُ الجيشَ فغنموا هل يشتركون في الغنيمة؟



قال أصحابنا: في جيشٍ دخلوا دار الحرب، فغنموا غنائم ولم يخرجوها إلى دار الإسلام حتى لحقهم جيشٌ آخر، فخرجوا معهم بالغنائم إلى دار الإسلام، فإنهم جميعاً يشتركون في الغنيمة، وقال الشافعي: إذا أدركوهم بعد انقضاء القتال لم يشتركو^(١).

لنا: ما روي أن عمر بن الخطاب كتب إلى سعد بن أبي وقاص: (إذا أدركك جيشٌ قبل أن ينقضي القتال فهم شركاء في الغنيمة)؛ ولأنَّ حقَّ الغانمين لم يستقرَّ فيها قبل الإحراز، بدلالة جواز الانتفاع بالطعام والعلف منها، فصار كحال القتال؛ ولأنَّ كلَّ حالٍ جاز للعسكر الانتفاع بالعلف والطعام، شاركهم المدد كحال القتال.

وإذا ثبت أنهم يشاركونهم، لم ينقطع حقُّ الشركة إلا بأحد معانٍ ثلاثة: أحدها: أن يُخرج المسلمون الغنيمة إلى دار الإسلام، فمن أدركهم بعد ذلك لم يشركهم؛ لأنَّ حقَّهم استقرَّ فيها بالحيازة؛ ولهذا من مات منهم انتقل إلى ورثته، ولا يجوز لأحدٍ أن ينتفع بطعامٍ ولا بعلفٍ، وإذا استقرَّ الحقُّ بطلت المشاركة.

والفصل الثاني: أن يقسم الإمام الغنائم في دار الحرب، فيلحقهم المدد، فلا يشاركونهم؛ لأنَّ الإمام إذا قسم فقد ملَّكهم الغنيمة بالقسمة، فاستقرَّ الحقُّ

(١) انظر: الأم ص ١٦٢٤.

فيها، وصار ملكًا، فهو أكد من الإحراز.

والفصل الثالث: أن يبيع الإمام الغنيمة في دار الحرب، فلا يشركهم المدد في الثمن؛ لأنه لما باع فقد قرّر ملك الغانمين، ألا ترى أنه لا يجوز البيع إلا في ملكٍ مستقرّ، وإذا استقرّ ملكهم لم يشركهم من لحق بهم.

قال: ولو أنّ جيشًا من أهل الحرب أغار في دار الإسلام، فلقبهم المسلمون، فظهروا عليهم، وأخذوا ما كان معهم من دوابّهم وسلاحهم وسلبهم، ثم لحقهم قومٌ آخرون من المسلمين، لم يشركوا الأولين؛ وذلك لأنّ هذه الغنيمة تصير محرزةً بالدار بنفس الأخذ، فتصير كغنيمة دار الحرب إذا حُمِلت إلى دار الإسلام، [فتصير الغنيمة محرزةً فيه، فلا يشركوهم].

وقد قال أصحابنا: إنّ المسلمين إذا دخلوا دار الحرب ففتحوا بلدًا منها، وقهروا أهلها واستظهروا عليهم، ثم لحقهم مددٌ، لم يشاركهم؛ لأنّ هذه البلد صارت بالقهر والغلبة من جملة دار الإسلام، فتصير الغنيمة محرزةً فيها، فلا يشاركهم من يلحقهم، كما لا يشاركهم إذا خرجوا إلى دار الإسلام^(١).



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١٣٥/٧.

بَاب ما يجوزُ الانتفاعُ به من الغنيمَةِ



قال: وإذا أصاب المسلمون غنائم في دار الحرب ، فلم يخرجوا إلى دار الإسلام ، فلا بأس أن يأكلوا ما كان مأكولاً ، ويشربوا ما كان مشروباً ، ويعلفوا دوابهم ما كان فيه من العلف ؛ وذلك لما روى عبد الله بن المغفل قال: «دُلِّي عليّ جرابٌ من شحمٍ يوم خيبر ، فأتيته فالتزمته وقلت: لا أعطي من هذا أحداً اليوم شيئاً ، فالتفت فإذا رسول الله ﷺ يتسم» (١).

وعن ابن عمر: «أن جيشاً غنموا في زمان النبي ﷺ طعاماً وعسلاً فلم يأخذ منهم الخمس» (٢).

وعن ابن أبي أوفى: «إن الطعام يوم خيبر لم يخمس ، كان الرجل إذا احتاج إلى شيء ذهب فأخذه» (٣).

وروي أن أمير الجيش بالشام كتب إلى عمر: إنا دخلنا إلى أرضٍ كثيرة الطعام ، وإنني كرهت أن أقوم على شيءٍ إلا بأمرك ، فكتب إليه: (مرهم فليأكلوا وليعلفوا ، ولا [يبيعوا] (٤) بذهبٍ ولا فضّةٍ ، فمن باع بذهبٍ أو فضّةٍ وجب فيه الخمس) (٥).

(١) رواه البخاري (٢٩٨٤) ؛ ومسلم (١٧٧٢).

(٢) رواه أبو داود (٢٧٠١) ؛ وصححه ابن حبان حديث (٤٨٢٥).

(٣) رواه أبو داود (٢٧٠٤).

(٤) في أ (تنتفعوا) ، والمثبت من ب .

(٥) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٠٤/٦) ، والبيهقي في الكبرى (٦٠/٩).



ولأنّ المسلمين يتعدّر عليهم حمل الطعام والعلف من دار الإسلام ، ولا يبيعهم أهل الحرب ، فلو لم يَجُز أن يأكلوا ويعلفوا ، ضاق عليهم الأمر ، وهذا لا يصحّ ؛ ولأنّ الطعام لا يقع فيه الممانعة في الغالب ، ولا يمكن حمله إلى دار الإسلام ؛ لأنه يفسد ، فلذلك جاز الانتفاع به .

وقد قال أصحابنا: إنّه يجوز للفقير والغني الانتفاع به ؛ لأنّه على أصل الإباحة كسائر المباحات .

قال: ولا ينبغي أن يبيعوا شيئاً من ذلك بذهبٍ ولا فضّةٍ ولا عروضٍ ، وإن باعوا شيئاً من ذلك فليردّوه [أ/٤٦٧] إلى المغنم ؛ وذلك لأنّه أبيع لهم الانتفاع به للحاجة ، فلم يجز لهم البيع ، كمن أباح الطعام لغيره ، وإنّما وجب ردّ الثمن إلى الغنيمة ؛ لأنّه صار مالاً يقع فيه التمانع كسائر الغنيمة .

قال: فإن لم يبيعه وخرجوا بشيء من ذلك إلى دار الإسلام^(١) ، ردّوا ما كان في أيديهم من ذلك إلى الغنيمة إن كانت [لم] تقسم ؛ وذلك لأنهم إذا خرجوا إلى دار الإسلام زالت الحاجة ؛ لأنّه لا يتعدّر عليهم فيها الطعام والعلف ، والإباحة إذا تعلّقت بشرطٍ زالت بزواله ؛ ولأنّ الانتفاع لا يجوز بعد استقرار الحقّ ، وقد استقر حقّ الغانمين بالحيازة حتى يورث عنهم ، فلم يجز لبعضهم أن ينتفع بشيء منه إلا بإذنهم .

قال: فإن كانت القسمة وقعت تصدّقوا بذلك إن كانوا أغنياء ، وإن كانوا محتاجين انتفعوا به ؛ لأنّه لا يمكن أن يقسم ذلك بين جماعة أهل^(٢) العسكر ،

(١) في ب (وأخرج ذلك إنسان إلى دار الإسلام) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

فصار كمالٍ لا يمكن إيصاله إلى مستحقّه ، فيتصدّق به كاللُّقطة ، وإن كان الذي هو معه محتاجاً انتفع به كما ينتفع الفقير باللُّقطة ، وإن كان غنياً تصدّق به .

قال: فإن انتفعوا بذلك بعد خروجهم إلى دار الإسلام بأكلٍ أو شربٍ أو علفٍ لدوابّهم ، فينبغي له إن^(١) كان غنياً أن يتصدّق بقيمته بعد القسمة ، ويردّه إلى المغنم قبل القسمة ، وإن كان فقيراً ردّه قبل القسمة ، ولم يلزمه بعد القسمة شيءٌ ؛ وذلك لأنّه انتفع ممّا تعلق به حقّ غيره ، فكان مضموناً عليه .

فإن كان غنياً والقسمة لم تقع ، فقد أمكن إيصاله إلى مستحقّه ، فيردّه إلى الغنيمة ، وإن وقعت القسمة فقد تعذّر إيصاله إلى مستحقّه ، فيتصدّق به ، وأمّا الفقير فيردّه قبل القسمة ؛ لأنّه حقّ للغير قد لزمه إيصاله إليه ، وإن كان بعد القسمة لم يتصدّق به ؛ لأنّه لو تصدّق به لتصدّق على من هو في مثل حاله .

قال: ولا بأس بما كان مأكولاً مثل السمن والزيت والخلّ أن يدهن به الرجل في دار الحرب ، ويمرّخ به دابّته ؛ وذلك لأنّه انتفاعٌ في فرسه ونفسه ، فهو كالأكل والعلف .

وقد استدلّ محمدٌ على هذا فقال: إذا جاز له الأكل منه ، جاز الإدهان ، ألا ترى أنّه لو مسح قصعته بعد الأكل فادهن بها جاز ، [قال]: فكذا قبل الأكل .

قال: وما كان من الأدهان لا يؤكل مثل البنفسج والخيريّ وما أشبههما ، فلا ينبغي أن يُنتفع به ، ويردّ إلى الغنيمة ؛ لأنّ هذا ليس بمأكولٍ ، وإنّما يستعمل للزينة والتطيّب ، فهو كالثياب .

(١) في ب (فينبغي لمن) .

قال: وكل شيء لا يؤكل ولا يشرب فلا ينبغي أن ينتفع بشيء منه قل أو كثر، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ردوا الخيط والمخيط»^(١)، وهذا تنبيه على ما زاد عليه.

قال: وإذا انقطع سيف الرجل وهو يقاتل، أو انكسر رمحه، فلا بأس أن يأخذ سيفاً من سيوف العدو (التي قد غلبوا عليها)^(٢) فيقاتل به، فإذا استغنى عنه رده، وكذلك إن دعت حاجة إلى ركوب فرسٍ من الغنيمية ليقاتل عليه، فلا بأس أن يفعل ذلك، فإذا زالت الحاجة عنه رده إلى الغنيمية؛ وذلك لأن الانتفاع بالقتال بسلاحهم أكثر من الانتفاع بالعلف والأكل، فإذا جاز أحد الأمرين، جاز الآخر؛ ولأن الرجل لو رُمي بسهمٍ أو حربةٍ فأصابته وليس في يده سلاح، لم يمنع أن يأخذها ويدفع بها عن نفسه وإن كان انتفع بسلاحهم، فكذلك ما غلب عليه.

قال: ولا ينبغي أن يستعمل شيئاً من السلاح ولا الدواب ليقى بذلك سلاحه ودوابه، ولا يلبس ثوباً يقى بذلك ثيابه، حتى إذا حسر الدابة وأخلق الثوب رده في الغنيمية؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إياكم وربا الغلول» مرتين، قالوا: يا رسول الله، وما ربا الغلول؟ قال: «أن يركب دابةً حتى تحسر قبل أن تؤدى إلى المغنم، أو يلبس ثوباً حتى يخلق قبل أن يؤدى إلى المغنم»^(٣)، ولأن هذا انتفاعٌ بالمال من غير حاجة، فكما لا يجوز أخذه من غير حاجة لا يجوز الانتفاع به.

قال: وإذا وجد رجلٌ من الجيش في دار الحرب شيئاً من المباح ليس في

(١) رواه أحمد (٢٢٧٥١)؛ والنسائي (٤١٣٨)؛ وصححه ابن حبان حديث (٤٨٥٥).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٢٢/٦)، من طريق الأوزاعي عن بعض أصحابه عن النبي ﷺ.

يد إنسانٍ منهم ، مثل المعادن والكنوز والخشب والسمك والطيور ، وسائر المباحات التي لها قيمةٌ في دار الحرب ، أو في دار الإسلام إذا أخرجت إليها ، فذلك كلّه في الغنيمة ؛ وذلك لأنّه وصل إليهم بظهيرهم ومعونتهم ، وهو مالٌ ، فصار كسائر الأموال التي ينفرد بأخذها ، وإن لم يكن له قيمةٌ في دار الحرب ولا في دار الإسلام ، فهي له ؛ وذلك لأنّ ما لا يتقوّم ليس بمالٍ ، ولا يقع فيه التمانع ، فيصير كالتراب .

قال : ولا يدخل في هذا الكلاً ولا الماء ؛ وذلك لمن أخذه ؛ لأنّ النبي ﷺ قال : «الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلاً والنار»^(١) .

قال : وإن أخذ شيئاً [مماً] له قيمةٌ في دار الحرب مثل الخشب فعمله آنيةٌ [أو غير ذلك] ، (ردّه في الغنيمة ؛ وذلك لأنّه مالٌ في نفسه ، والعمل فيه ليس بمالٍ متقوّم ، فكأنّه باقٍ على حاله .

قال : وإن أخذ شيئاً لا قيمة له في دار الحرب ، فعمله قدحاً أو إناءً^(٢) فهو له ؛ لأنّه ليس بمالٍ ، وإنما صار مالاً بفعله ، فملكه .

قال : وما استهلكه من ذلك كلّه في دار الحرب ممّا له قيمةٌ ، أو ليس له قيمةٌ ، أو ممّا يجوز أن ينتفع به ، أو لا يجوز ، فذلك كلّه هدْرٌ ، [فمن]^(٣) استهلكه من الناس [لا يضمن شيئاً من ذلك] ؛ لأنّ الحق فيها لم يستقرّ ، فصار كأنّه أكلةٌ ، على أهل الحرب .

(١) رواه ابن ماجه (٢٤٧٣) ؛ وقال ابن حجر : سنده صحيحٌ . انظر : التلخيص الحبير (٦٥/٣) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (عمّن) والمثبت من ب .

قال: وإذا دخل التجار مع العسكر، لا يريدون القتال، لم يجوز للتجار أن يأكلوا من الغنيمة إلا بثمانٍ ولا يعلفوا، فإن فعلوا فلا ضمان عليهم.

وما لم يستهلكوه أخذ منهم فردّ في الغنيمة؛ لأنّ التاجر لا حقّ له في الغنيمة، فلا يجوز له الأكل منها، كما لا سهم له فيها، إلا أنه إذا استهلك شيئاً لم يضمنه؛ لأنّ حقّ المسلمين لم يستقرّ فيه، وما بقي في يده بعينه أخذ منه؛ لأنّه أخذه بغير حقّ، وأمّا العسكر فلا بأس أن يطعموا عبيدهم إذا دخلوا معهم ليعينوهم على سفرهم.

وكذلك نساءهم وصبيانهم؛ لأنّ هؤلاء نفقتهم واجبةٌ على المقاتل، فما يطعمهم كالواصل إليه، فكأنّه أكله بنفسه.

وأما الأجير للخدمة، فلا يأكل؛ لأنّ نفقته لا تجب على المقاتل، وإنّما يستحقّ الأجرة، فهو كالتاجر.

قال: وإذا دخل النساء لمداواة المرضى والجرحى، أكلن وأعلفن وأطعمن رقيقهنّ؛ لأنّ المرأة لها (١) حقّ في الغنيمة، ألا ترى أنّه يُرضخ لها، وإن كان لا يُسهم، فصارت كالرجال.

قال: وإذا ذبحوا البقر والغنم [٤٦٧/ب] فأكلوا لحمها ردّوا الجلود إلى الغنيمة؛ لأنّ الجلد مالٌ [لا] يُحتاج إليه للأكل والعلف، وإنّما يحفظ ويدّخر، فصار كالثياب (٢).



(١) في ب (لأنّ لهنّ).

(٢) انظر: الأصل، ٤٤٣/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٥/٧ - ٢٧.

بَابُ قتل الأسرى والمَنِّ عليهم



قال محمدٌ ﷺ^(١): [يجوز] إذا أسر المسلمون الأسرى من المشركين من الرجال وأخرجوهم إلى دار الإسلام أو لم يخرجوهم، فإن شاء الإمام قتلهم، وإن شاء خمّسهم وقسمهم بين من أصابهم.

والأصل في جواز قتل الأسرى بعد تقضي الحرب: ما روي أن النبي ﷺ قتل عقبة بن أبي معيط يوم بدر، ومنّ على أبي [عزة]^(٢) الشاعر على أن لا يقاتله، فرجع إلى مكة وحضر في أحدٍ، فأسر فقتله النبي ﷺ^(٣)؛ ولأنّ في قتلهم مصلحةٌ إذا رأى الإمام ذلك لما يُخَاف من غدرهم بالمسلمين، فجاز قتلهم كحال الحرب.

وإنّما جاز أن يقسمهم؛ لأنّ الاسترقاق يجوز في الكفار إذا لم يكونوا من عبدة الأوثان من العرب، وإذا رأى الإمام قسمتهم لما فيه من المصلحة للمسلمين^(٤)، جاز له ذلك، وقسمهم كما يقسم سائر الأموال.

قال: وأيّمَا رجل من المسلمين قتل رجلاً من الأسرى في دار الإسلام أو في دار الحرب قبل أن يقسموا أو يباعوا^(٥)، فلا شيء عليه من ديةٍ ولا قيمةٍ ولا

(١) محمد ﷺ سقطت من ب.

(٢) في أ (عروة)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٣٢٠/٦).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) في ب (يوادعوا).

كفارة؛ وذلك لأنّ القتل مستحقّ في الأسرى؛ بدلالة أن للإمام اختيار ذلك، فإذا قتله قاتلٌ، وقع الموقع المستحقّ؛ ولأنّ دماءهم لم تحرز بدار الإسلام، فهي على أصل الإباحة، فكأنّه قتلهم في حال الوقعة، فلا يجب عليه قودٌ ولا ديةٌ ولا كفارةٌ.

قال: فإن قسمهم الإمام أو باعهم، حرمت دماؤهم، فإن قتلهم قاتلٌ، غرم قيمة من قتل، وكانت الكفارة عليه إذا قتلهم خطأ؛ وذلك لأنّ [القسمة] ^(١) والبيع تقريرٌ للرق وإسقاطٌ لحكم القتل، فصار القاتل ضامناً ^(٢)، كمن قتل عبد غيره، ولا يجب عليه القود؛ لأنّ الإباحة التي كانت في الأصل شبهةً، والقصاص يسقط بالشبهة.

قال: فإن أسلم الأسير قبل أن يقسم حرم دمه، وقسم في الغنيمة؛ لأنّ القتل عقوبةٌ على الكفر، فيرتفع بالإسلام؛ ولأنّا إنّما نقتلهم ليسلموا، فإذا أسلموا زال المعنى الذي قتلناهم له ^(٣)، [فلا يجوز قتله].

وأما القسمة؛ فلأنّ الإسلام لا ينفي الاسترقاق، وقد كان الإمام بالخيار بين القتل والاسترقاق، فسقط أحد الخيارين بالإسلام، فتعيّن الآخر.

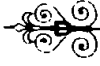
قال: وإن أسر رجلٌ من المسلمين أسيراً فقتله غيره في يده، فإنّي لا أحبّ ذلك له، ولا ضمان عليه ولا كفارة؛ لما روى جابر بن عبد الله، أن النبي ﷺ قال: «لا يتعاط أحدكم أسير صاحبه فيقتله» ^(٤)؛ ولأنّ الذي أسره له اختصاصٌ

(١) في أ (القيمة) والمثبت من ب.

(٢) في ب (جانياً).

(٣) في ب (لأجله).

(٤) رواه أحمد في المسند (٢٠٢١٤)؛ والطبراني في الكبير (٢٦٨/٧)؛ ولكن من حديث سمرة بن =



به ، فلا يجوز لغيره إزالة يده [عنه] ، كالملتقط لما اختص باللقطة ، لم يجز لغيره أخذها منه .

قال: فإن أسلم في يد الذي أخذه ، أمن من القتل ، وإذا لم يسلم ، فلا بأس بأن يقتله الذي أسره .

قال محمدٌ: وإن [أُتي به] ^(١) الإمام حتى يكون هو الحاكم فيه إذا قوي عليه فهو أفضل ؛ وذلك لأننا منعنا غيره من قتله لاخصاصه به ، وهذا المعنى لا يوجد فيه ، فجاز قتله ؛ ولأنه قد يخاف منه إذا حصل في يده أن يستولي عليه ويقهره ، فجاز له قتله كحال الحرب .

وإنما كان حمله إلى الإمام أفضل ؛ لأن الذي أسره وإن كان في يده ، فحق المسلمين يتعلق به ، والأمر في تدبيره إلى الإمام ، يمضي الأصلح للمسلمين من القتل أو الاسترقاق .

قال: وإذا عزم المسلمون على قتل الأسرى ، فلا ينبغي أن يعذبوهم بالعطش ولا بالجوع ولا بغير ذلك ، بل يقتلوهم قتلاً كريماً ؛ وذلك لقوله ﷺ: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، وإن أحسن الناس قتلاً المسلمون ، وإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة» ^(٢) ، ولما أمر رسول الله ﷺ بقتل بني قريظة في يوم صائفٍ ، قال: «لا تجمعوا عليهم حرّ هذا اليوم وحرّ السلاح ، لا تقتلوهم حتى يبردوا» ^(٣) .

= جندب رضي الله عنه ، وقال الهيثمي في المجمع: (فيه إسحاق بن ثعلبة وهو ضعيف) (٣٣٣/٥) .

(١) في أ (أقامه) ، والمثبت من ب .

(٢) مسلم (١٩٥٥)

(٣) ذكره العيني في عمدة القاري (٢٠٢/١٥) ؛ والمنأوي في فيض القدير (٤٠٦/٤) .

قال محمدٌ: إنّما يقتل من بلغ الحُلْمَ ، أو تمت له خمس عشرة سنة ، فإذا شكّ فيه أبلّغ أو لم يبلغ ، ترك فيمن يقسم ولم يقتل ؛ وذلك لأنّ القتل عقوبةٌ على الكفر ، والصبيّ لا يعاقب ؛ ولأنّ النبي ﷺ أمر بقتل من أنبت | من بني قريظة [(١)] ، وترك من لم ينبت في الذرية (٢) .

فأمّا اعتبار خمس عشرة سنةً ، فهو قول محمدٍ ، وأمّا أبو حنيفة فاعتبر في الغلام ثماني عشرة [سنة] ، وفي الجارية سبع عشرة ، والكلام في هذه المسألة في كتاب الحجر .

قال محمدٌ: ولا ينبغي للإمام أن يمنّ على الأسير فيتركه ولا يقتله ولا يقسمه ، إلا أن يكون من عبدة الأوثان من العرب ، فإذا كان هكذا لم يجز عليه السّبي ، وعرض عليه الإسلام ، فإن أبى أن يسلم قُتِل ، وإن أسلم فهو حرٌّ ، ولا يجري عليه سبيٌّ .

وقال الشافعي: لا بأس بالمنّ إذا رأى الإمام ذلك (٣) .

والدليل على امتناعه قوله تعالى: ﴿ فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥] ، وقال: ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ ﴾ [البقرة: ١٩٣] ؛ ولأنّه حصل في أيدينا وثبت حقّ الاسترقاق فيه ، فلا يجوز إسقاط حقّ المسلمين عنه ، كما لا يجوز إسقاط حقّهم عن المال .

(١) في أ (في سبايا أوطاس) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح في الرواية .

(٢) رواه أبو داود (٤٤٠٤) ؛ والترمذي (١٥٨٤) وقال: (هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ) ؛ والنسائي (٣٤٣٠) ؛ وابن ماجه (٢٥٤١) .

(٣) انظر: المزني ص ٢٧١ ؛ رحمة الأمة ص ٢٤٩ .

ولأنّ رده إلى دار الحرب إعانة لهم بما يختصّ بالقتال ، فصار كردّ السلاح إليهم ، والذي روي أنّ النبي ﷺ منّ على أبي عزة يوم بدرٍ ؛ فلأنّ في ذلك الوقت كان يجوز أن نردّ إليهم من جاءنا مسلماً ، فمن كان كافراً أولى ، وقد نسخ ذلك بقوله: ﴿ فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥٠] .

وقد قال محمدٌ: إن المنّ [إنما] ^(١) روي في عبدة الأوثان من العرب ، وإنّما جاز ذلك ؛ لأنهم لا يسترّقون ، فإذا منّ عليهم لم يسقط حقّ المسلمين بالمنّ ، وهذا يقتضي أن يجوز المنّ الآن في عبدة الأوثان من العرب ، والظاهر أنّ ذلك لا يجوز ؛ لعلّةٍ أخرى: وهي باقيةٌ في معونة أهل الحرب بالرجال .

والدليل على أنّ عبدة الأوثان من العرب لا يسترّقون: ما روي أنّ النبي ﷺ قال يوم [حنين] ^(٢): «لو كان يجري على عربيّ رِقٌّ ، لكان اليوم ، وإنّما هو الإسلام أو السيف» ^(٣) ؛ ولأنّهم بالغوا في عداوة النبي ﷺ فشدد عليهم ، ولأنّه لا يجوز إقرارهم على ملة الكفر بالجزية ، فكذلك بالرقّ كالمرتدين .

[قال]: وإن أسر المسلمون أسرى فهم في حكم العبيد ، في دار الحرب [٤٦٨/أ] كانوا أو في دار الإسلام ، قبل أن يقسموا أو يباعوا ، فإن قسمهم الإمام صحّ رقبهم وكانوا عبيداً ، وإن تركهم في أرضهم يؤدّون الخراج ، فهم أحرارٌ ذمّةٌ حين جعلهم مقرّين في أرضهم يؤدّون [عنها] الخراج ، ويجعل على رؤوسهم الجزية ؛ وذلك لأنّ حقّ الاسترقاق يتعلّق برقابهم ، وللإمام أن يقتلهم ، فهم كالعبد

(١) في أ (بما) ، والمثبت من ب .

(٢) في أ (خيبر) ، والمثبت من ب .

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٧٣/٩)

الذي وجب عليه القصاص ، فلا يمنع من وجوب القتل من ثبوت حكم الرق .
وأما إذا رأى الإمام أن يقرّهم على أراضيهم ويضع عليهم الخراج والجزية ،
فهم أحرارٌ ؛ لأنّ عمر بن الخطاب أقرّ أهل السواد على أملاكهم فلم يسترقّهم ،
وذلك بحضرة الصحابة من غير خلافٍ .

ولا يقال: في هذا إسقاط حقّ المسلمين عن رقابهم ، فهو كالمَنّ عليهم ؛
[لأنّ] (١) هذا في حكم الإسقاط بعوضٍ ، ألا ترى أنّ الأراضى قد (٢) لا ينتفع
المسلمون بها إلا بعملهم ، فيصير ما تحصّل منهم من الخراج والجزية كالعوض
عن رقّهم (٣) ، فيجوز .

والخلاف في المنّ الذي لا يحصل للمسلمين به عوضٌ ؛ ولأنّ هؤلاء
يصيرون ذمّةً في أيدينا ، فلا يكون فيهم معونةٌ للكفار بما يختصّ بالقتال ، وفي
ردّهم إلى [دار] الحرب معونةٌ لأهل الحرب فيما يختصّ بالقتال ، فلا يجوز .

قال: وإن كانوا شهدوا شهادةً قبل أن يجعلهم الإمام ذمّةً لم تجز شهادتهم ،
وإن أعادوها وهي على بعضهم جازت ؛ وذلك لأنّ الشهادة قبل أن يصيروا ذمّةً ،
شهادة حربيّ ، ألا ترى أنّهم باقون على حكم أهل الحرب ؛ ولذلك يجوز قتلهم ،
وشهادة الحربيّ في دار الإسلام لا تُقبَل ، فإذا صاروا ذمّةً وأعادوا الشهادة على
مثلهم ، قُبِلت ؛ لأنّ الإمام ردّها ، وليست بشهادة ، فإذا صارت شهادةً قَبِلها ، كما
لو ردّ شهادة العبد ، ثم أُعتق ، فشهد .

(١) في أ (قلنا إن) ، بزيادة (قلنا) ، والسياق لا يقتضيها .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في ب (رقابهم) .

قال: وإن أسلم بعضهم قبل أن يجعلهم الإمام ذمّةً أخذ من أرضهم الخراج، ولم يأخذ من رؤوسهم، وكذلك إن أسلموا كلّهم؛ لأنّ الجزية لا تجتمع مع الإسلام، وخراج الأراضي يجب على المسلم؛ بدلالة أنّ من أسلم من أهل السواد لم يسقط عنه الأئمة الخراج، فإذا أسلموا ابتداءً وقد تعلّق بأرضهم حقّ الخراج، جاز أن يقرّهم الإمام عليه، ويبتدئهم به^(١).

قال محمدٌ: قال أبو حنيفة: لو أعتق رجلٌ من الجند ممّن له في الأسرى نصيبٌ رجلاً منهم أو امرأةً أو وطئها، فولدت منه وادّعى ولدها، فالقياس في هذا أن يعتق من أعتق، وتكون الجارية أمّ ولدٍ له، والولد ولده، ولكن استحسن أن لا أجز من ذلك شيئاً، وأدراً عنه الحدّ، وأغرّمه العقر، فيكون في الغنيمة، ولا أثبت [له] نسب الولد، ولا أعتقه، ولا أجعل أمّه أمّ ولدٍ.

وجه القياس: أنّ حقّ الغانمين ثابتٌ في الذمّة، فإذا أعتق أحدهم فقد أعتق ما له فيه نصيب، فينفذ عتقه، كالشريك في العبد، وأمّا الاستيلاء، فلاّن له حقّاً في الرقبة، فيصير كحقّ الأب في جارية ابنه.

وجه الاستحسان: أنّ حقّ الغانمين لا يستقرّ إلا بالحياسة، ولا يثبت ملكهم إلا في القسمة أو البيع، والعتق لا يقع إلا في ملكٍ [مستقرّ]، والاستيلاء لا يثبت إلا في حقّ مستقرّ، وإنّما أورد محمدٌ هذه المسألة ليبين أنّ الرقّ لم يستقرّ فيهم؛ فلذلك يجوز القتل والإقرار على الجزية تبعاً للأرض.

وقد قالوا: إنّ الغنيمة لو أخرجت من دار الحرب، لم ينفذ العتق؛ لأنّ حقّهم وإن استقرّ، فلم يملكوا، والعتق لا ينفذ إلا في ملكٍ، فأما إذا قسم الإمام

(١) (ويبتدئهم به) سقطت من ب.

بين [العرفاء]^(١)، فأعتق رجلٌ من أهل العرافة عبداً وقع في سهمهم، نفذ عتقه؛ لأنَّ أهل العرافة ملكوا ما أصابهم بالقسمة، فجاز عتقهم فيه.

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: إن كانوا عشرةً فما دون نفذ عتق من أعتق منهم؛ لأنَّه عددٌ محصورٌ، وإن كان عدداً كبيراً لم ينفذ العتق.

والصحيح ما قال أبو حنيفة: إنَّ القسمة إذا حصلت نفذ العتق، ولا يعتبر في ذلك العدد، كما لا يعتبر في الميراث^(٢).



(١) في أ (الغرماء)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٤٤٤/٧ وما بعدها؛ السير الكبير (مع الشرح) ٤/١٥٨٧ - ١٥٨٩؛ شرح مختصر الطحاوي ١٩٤/٧ وما بعدها.

بَابُ

القوم يدخلون دارَ الحرب ولا منعة لهم بإذن الإمام أو بغير إذنه



قال: وإذا أذن الإمام لرجلٍ أو اثنين أو ثلاثةٍ أو أكثر من ذلك ممّن له منعةٌ أو لا منعة [له] في الغزو والدخول إلى أرض^(١) الحرب، فسبيلهم وسبيل الجيش العظيم الذي يؤمّر عليهم الإمام ويغزيهم أرض الحرب واحدٌ، فما أصابوا من غنيمةٍ ففيها الخمس، والباقي لمن أصاب ذلك، إن كان واحداً أو أكثر، إلا أنّهم إذا كانوا جماعةً، أسهم للفارس سهم فارسٍ، وللراجل سهم راجلٍ، والقسم فيهم والقسم^(٢) في الجيش العظيم واحدٌ في جميع أحوالهم، يشتركون فيما أصاب بعضهم أو جماعتهم.

والأصل في هذا الباب: أنّ الجيش العظيم والجماعة الذين لهم منعةٌ إذا دخلوا [معاً]، خمس ما أخذوه وقسم قسمة الغنائم، سواء دخلوا بإذن الإمام أو بغير إذنه؛ وذلك لأنّ ما أخذوه يسمّى غنيمةً، فيدخل تحت قوله: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١].

ولأنّ الإمام يلزمه نصرتهم وإن دخلوا بغير إذنه؛ لأنّ الاستظهار عليهم يؤدي إلى وهن المسلمين [وطمع]^(٣) الكفار [فيهم]، فإذا التزم نصرتهم، صار المأخوذ بظهر المسلمين ومعونتهم، فيثبت لهم فيه حقّ الخمس.

(١) في ب (دار).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في أ (وجمع) والمثبت من ب.

وأما إذا دخل من لا منعة له بإذن الإمام ، (فالرواية المشهورة أنه يخمس ما أخذوا)^(١) ؛ لأنّ الإمام إذا أنفذهم ، فقد التزم نصرتهم ، وأن يمدّهم بمن يستنقذهم إن ظهر عليهم الكفار ، فما يأخذونه [مأخوذٌ] بظهر الجماعة ، فصار كما لو أخذه الجيش العظيم .

وقد روي عنهم: أنه لا خمس فيما أخذوه ؛ لأنّهم لا يقدرّون على مغالبة الكفار ، فالمأخوذ ليس بغنيمةٍ ، (وإنّما هو مأخوذٌ على وجه التلصّص ، فلا يجب فيه الخمس .

وأما إذا دخل العرب الذين لا منعة لهم ، يعني بإذن الإمام ، لم يخمس ما أخذوا عندنا ، وقال الشافعي: يخمس^(٢) .

لنا: أنّ المأخوذ ليس بغنيمةٍ^(٣) ؛ بدليل أنّ الغنيمة ما أخذت بالقهر والغلبة ، (والواحد والاثان لا غلبة لهم في أرض العدو)^(٤) ، وإنّما يستسرون بما يأخذونه ، فصاروا كاللصوص إذا دخلوا دار الحرب ؛ ولأنّ الإمام لا يلزمه نصرتهم ؛ لأنّه لم يأمرهم بالدخول ، وليس في التخلية بين العدو وبينهم وهنٌّ على المسلمين تلزمه النصرّة لأجله ، وإذا كان المأخوذ لا صنع للمسلمين في أخذه ، لم يستحقّوا خمسَه [٤٦٨/ب] ، كما لا يستحقّوا خمس ما يخرجهُ التاجر واللص .

وإذا ثبت أنّ ما يأخذونه ليس بغنيمة ، فما يأخذهُ كلّ واحدٍ منهم فهو له لا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الأم ص ١٦٢٦ ؛ رحمة الأمة ص ٢٤٩ .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

يشركه صاحبه فيه ؛ لأنه مأخوذٌ على أصل الإباحة ، فصار^(١) كالصيد والحشيش إذا اجتمع جماعةٌ على أخذه ، فلكلّ واحدٍ منهم ما أخذ ، لا يشركه صاحبه ، إلا أن يجتمعا على أخذ شيءٍ ، فيكون بينهما كما لو اشتركا في أخذ صيدٍ ، ومن لم^(٢) يأخذ منهم شيئاً لم يشرك الباقيين ، كما لا يشركهم في الصيد .

قال : فإن التقى الفريقان في دار الحرب ، فريقٌ دخل بإذن الإمام ، وفريق دخل بغير إذنه ، ولا منعة لهم مجتمعين ، فما أصاب الذين دخلوا بإذن الإمام أو أحدهم ، فهو بينهم يشتركون فيه ، وفيه الخمس ، ولا شيء للآخرين فيه ، وما أصاب الذين دخلوا بغير إذن الإمام ، فلكلّ واحدٍ منهم ما أصاب لا يشركه أصحابه ولا غيرهم ، وهذا محمولٌ [عندنا] على أن كلّ فريق تفرّد بما أخذ ، فحكمه مع الاجتماع كحكمه عند الانفراد .

قال : فإن اشترك المأذون لهم وغير المأذون لهم في أخذ شيءٍ واحدٍ ، فهو بينهم على عدد الآخذين ، فما أصاب المأذون لهم ، خُمس ، وكان الباقي بينهم على سهام الغنيمة يشتركون جميعاً فيه ، الآخذ وغير الآخذ ، وما أصاب الذين لم يؤذن لهم ، فهو لهم على عدد الآخذين له ، ولا شيء لبقيتهم فيه ممّن لم يأخذه ، ولا خمس عليهم فيه ؛ لأنهم باجتماعهم لم يبلغوا عدد المنعة ، وإنما يخمس ما أخذه الذين أذن لهم الإمام ؛ لأنّ ما أخذه مأخوذٌ بظهره ومعونته ، فأما من دخل بغير إذنه ، فما أخذه لم يحصل بظهر الإمام ، فلا يلزم أخذ الخمس كلّ^(٣) منه .

قال : فإن التقى الفريقان جميعاً ، المأذون لهم وغير المأذون ، وكانوا

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) (ومن لم) سقطت من ب .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

باجتماعهم لهم منعة، فما أصابَ واحدٌ من الجماعة فهو بينهم على سهام الغنيمة بعد الخمس، وكذلك ما أصابَ إحدى الطائفتين قبل الاجتماع أو بعده، فذلك سواءً فيه الخمس، والباقي على سهام الغنيمة؛ وذلك لأنهم لما صاروا باجتماعهم عددًا لهم منعة، فدخولهم بإذن الإمام وغير إذنه سواءً؛ ولأنه لو لم يأذن لبعضهم كان ما أخذوه غنيمَةً، فإذا أذن لبعضهم أولى.

قال: ولو كان الذين دخلوا [دار الحرب] بإذن الإمام [كانت لهم منعة، فأصابوا غنائم، ثم لحقهم لَصٌّ أو لَصَّان لا منعة لهم بغير إذن الإمام] بعد ما أصاب أهل العسكر الغنائم، وأصابوا بعد ذلك غنائم، ولقوا قتالاً أو لم يلقوا، وقد أصاب اللصّ غنيمَةً قبل أن يلحقهم وبعد ذلك، فإنهم جميعاً شركاء فيما أصابوا، يخمس ذلك، وما بقي فبينهم على سهام الغنيمة، إلا ما أصاب العسكر قبل أن يلحق بهم اللصّ واللصّان، ثم لو^(١) لم يلقوا قتالاً بعد ذلك، فإن هذا اللصّ لا يشارك أهل العسكر فيما أصابوا قبل أن يلقاهم، ولكن أهل العسكر يشركونهم فيما أصابوا؛ وذلك لأن الواحد والاثنين إذا لحقوا العسكر، فلم يحصل إحراز الغنيمة بمعونتهم؛ لأن العسكر لا يتقوون بهم، فلا يجوز أن يشركوهم.

وليس كذلك المدد الكثير؛ لأن العسكر يتقوى بهم، فيحصل إحراز الغنيمة بظهرهم ومعونتهم، وأمّا إذا قاتلوا بعد الأخذ، فقد حصل لهم صنعٌ في الغنيمة، ألا ترى أنها تُستحقّ بالقتال الثاني، ولولاه لغلّب الكفار عليها، فكأن اللصّ شهد الواقعة الأولى، وإنما قال: إن أهل العسكر يشاركون اللصّ فيما أخذه قبل الاجتماع؛ لأنه أحازه إلى دار الإسلام بظهر العسكر، فصاروا كالمدد له، فيشاركونه فيما أخذ. [والله أعلم]^(٢).

(١) ثم لو سقطت من ب.

(٢) انظر: التجريد ٤١٥٢/٨ وما بعدها.

بَاب

ما يظهرُ عليه أهلُ الشرك فيحرزونه من أموالِ المسلمين ثم يصيبه المسلمون



قال أصحابنا رحمهم الله: إذا ظهر المشركون على شيء من أموال المسلمين فأحرزوه في دارهم، ثم ظهر المسلمون بعد ذلك عليه، فإن وجده صاحبه قبل أن يُقسَم أخذه بغير شيء، وإن وجده وقد قُسم فوقه في سهم رجلٍ أخذه بقيمته إن شاء، وإن شاء ترك، [ولا سبيل له عليه إلا بالقيمة].

وهذا مبنيٌّ على أصلنا: أن أهل الحرب إذا غلبوا على أموالنا فأحرزوها مَلَكوها، وعند^(١) الشافعي: لا يملكونها^(٢).

لنا: ما روى طاووس عن ابن عباس: أن المشركين غلبوا على بعيرٍ لرجل، ثم ظهر المسلمون عليه، فسأل النبي ﷺ عن ذلك، فقال: «إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة»^(٣).

وروى سماك بن حرب عن تميم بن طرفة أن العدو غلبوا على ناقه أو بعيرٍ لرجلٍ، فاشتراه رجلٌ من العدو، وقد ذُكر^(٤) ذلك للنبي ﷺ، فقال: «خذه بالثمن

(١) في ب (وقال).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٧٣.

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (١١١/٩)، وقال: (هذا الحديث يعرف بالحسن ابن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة، والحسن بن عمارة متروكٌ لا يحتج به).

(٤) (وقد ذكر) سقطت من ب.

إن شئت ، وإلا فهو له» (١) .

وفرق ﷺ في الخبر الأول بين ما قبل القسمة وبعدها ، فبدل على أنهم ملكوها ، لولا ذلك لم يكن للفرق بين الأمرين معنى ، وإلزامه في الخبر [الثاني] المالك الأول الثمن ، يدل على صحة ملك أهل الحرب ، ولولا ذلك لم يلزمه الثمن ، وقد روى عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وابن عمر مثل قولنا .

ولا يقال : فإذا ملكوه عندكم ، فلم يؤخذ من المشتري ؟ وذلك لأنه لا يمتنع أن ينتقل الملك ويثبت لمن ملك عليه فسخ الملك ، كما يثبت للواهب عندنا الرجوع إذا كان أجنبياً ، وعندهم إذا كان والدًا ، وكما يثبت للشفيع أخذ الملك من المشتري من غير رضا ، وإن كان المشتري قد ملكه بالعقد ؛ ولأن الحيابة والغلبة سبب^(٢) يملك به عليهم ، فجاز أن يملكوا به علينا ، كالبيع والهبة ؛ ولأن كل واحد من السببين كالأخر ، وإنما يتعلق الحظر بفعالهم ، والإباحة بفعالنا ، وذلك لا يمنع التساوي في وقوع الملك .

أصله : ما نأخذه منهم على وجه الغنيمة ، وما نأخذه من أموالهم بالغدر ، أن الملك يقع بالسبيين ، وإن اختلفا في الإباحة .

وإذا ثبت أنهم يملكون علينا ، قال أصحابنا : إن [من] وجد ملك المسلمين في الغنيمة قبل القسمة أخذه بغير شيء ، وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة ، وإن اشتراه منهم مشترٍ أخذه بالثمن إن شاء .

(١) رواه الطبراني في الكبير (٢/٢٠٤) ؛ والبيهقي في الكبرى (٩/١١١) ، وهو عند الطبراني موصولاً من حديث جابر بن سمرة رضي الله عنه ، وقال الهيثمي في المجمع : (رجال رجال الصحيح) (٤/١٧٤) .

(٢) في ب (معنى) .

وقال الزُّهري والحسن البصري: لا سبيل لمالكة الأوّل عليه، وقال الشافعي: يأخذه في الوجهين بغير شيء^(١).

وإنّما افترق ما قبل القسمة وما بعدها بخبر ابن عباس الذي قدّمناه [أ/٤٦٩]؛ ولأنّه مملوكٌ عليهم بغير عوضٍ، فما دام باقياً على حكم الملك الأوّل، جاز أن يثبت فيه حقّ الرجوع كالهبة.

ولأنّ حقّ الردّ مستحقٌّ على جميع المسلمين، فإذا وجد قبل القسمة فقد حصل لهم [بغير عوضٍ، والردّ مستحقٌّ عليهم فلزمهم الدفع المستحقّ، وأمّا بعد القسمة فقد حصل لهم] بعوضٍ، وهو نصيبه من المغنم الذي سلم للغانمين، ولم يستحقّ عليه بذل المال في الردّ، وإنّما استحقّ عليه الردّ؛ فلذلك وجب له أن يغرّم [له] العوض [من] الذي ليس بمستحقّ.

فأمّا المشتري منهم، فقد سلم له الملك بعوضٍ، والردّ مستحقٌّ عليه، وبدل العوض ليس بمستحقّ؛ فلذلك رجع بالثمن.

وقد قالوا في أهل الحرب إذا وهبوه لرجلٍ من المسلمين: إنّ المالك الأوّل يأخذه بالقيمة إن شاء؛ وذلك لأنّ حقّ المالك الأوّل لمّا تعلق به وهو مملوكٌ بعقدٍ، لم يجز أن يؤخّذ بغير عوضٍ كالمبيع، وإذا لم يكن هناك عوضٌ مسمّى أخذته بالقيمة، كالموجود بعد القسمة^(٢).

٢٨٣١ - مسألة: [العبد إذا لحق بدار الحرب]

قال أبو حنيفة: إذا أبق عبداً أو أمةً، فلحقا بدار الحرب، لم يملكها أهل

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٧٣.

(٢) انظر: الأصل ٤٧٨/٧.

الحرب ، فإن وجدها صاحبها قبل القسمة أو بعدها ، أخذها بغير شيء .

وقال أبو يوسف ومحمد: إن وجدها صاحبها^(١) بعد القسمة أخذها بالقيمة .

وجه قول أبي حنيفة: أن العبد لما خرج من دار الإسلام ، زالت يد مولاه عنه لا متناع أن تبقى يده مع اختلاف الدارين ، فحصل في يد نفسه ، فإذا أخذه من يده - وحكم التملك لا يتعلق بها - لم يملكوه ، كما لو اشتروا منه شيئاً ووهب لهم .

وليس كذلك الفرس إذا نفر^(٢) ودخل دار الحرب ، أو البعير إذا ندد إليهم ؛ لأنه مما لا يثبت له يد في نفسه ، فيبقى حكم يد المولى عليه ، فإذا أخذه من يد يتعلق بها حكم التملك ملكوه .

وقد قالوا في العبد إذا أبق وفي يده مال للمولى: إن أهل الحرب يملكون ما في يده ، ولا يملكونه ؛ لأن يده في الأملاك يد لمولاه ، فكأن المال أخذ من يد المولى ، وليست يده في رقبتة مع الإباق والمباينة يد للمولى ؛ فلذلك لم يملكوه .

وجه قولهما: أن العبد ملك للمولى كالبعير والفرس ، (فكما يملكون البعير والفرس إذا أخذه في دار الحرب ، كذا يملكونه إذا أخذه من دار الإسلام)^(٣) ، فكذلك هذا .

٢٨٣٢ - مسألة^(٤): [المدبر يؤخذ من دار الإسلام لدار الحرب]

قال: فإن كان أهل الحرب أخذوا من دار الإسلام مدبراً لرجل ، أو أم ولد ،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (ند) .

(٣) ما بين القوسين في ب (فإذا أخذه في دار الحرب ملكوه ، كما يملكونه إذا أخذه في دار الإسلام) .

(٤) في ب (فصل) .

أو مُكَاتَّبًا ، فإن ظهر المولى عليه فهو له قبل القسمة وبعدها بغير شيء ، وكذلك كل ما لا يُمَلِّك على المسلم بميراث .

وإن اشتراه رجلٌ منهم فلمولاه أن يأخذه منه بغير شيء ؛ وذلك لأن ما لا يملكه بعضنا على بعضٍ بالعقود ، لا يملكه أهل الحرب علينا^(١) بالغلبة كأحرارنا .

فإن قيل : لما ملكنا عليهم بالغلبة لم يختلف أحرارهم ومدبروهم وعبيدهم ، قيل له : لما جاز أن يملك بعضهم [على] بعضٍ بالغلبة وإن كان حرًا ، جاز أن يملك ذلك عليهم ، ولما لم يملك أحرارنا ، لم يجز أن يملكوهم علينا .

٢٨٣٣ - فَصْل : [شراء مسلم لعبدٍ مسلمٍ من أهل الحرب شراءً فاسدًا]

وإن اشترى مسلمٌ من أهل الحرب عبدًا لمسلمٍ شراءً فاسدًا بخمرٍ أو خنزيرٍ أخذه صاحبه بقيمة العبد ، وإن شاء ترك ؛ وذلك لأن المسلم إذا اشترى من الحربيّ بالخمر ، فالمملوك مأخوذٌ [لا] على وجه البيع ، لكن لما طابت نفس الحربيّ بأخذ العوض الفاسد ، صار المسلم آخذًا للعبد بطيبة نفسه ، لا بالبيع ، فكأنه استوهبه .

قال : ولو كان المأسور حرًا ، فاشتراه رجلٌ منهم وأخرجه إلى دار الإسلام ، فلا شيء للمشتري على الحرّ ، إلا أن يكون الحرّ أمره بذلك ، فيكون الثمن دينًا عليه ؛ وذلك لأن الحرّ لا يُمَلِّك بالشراء ، وإنما تبرّع المسلم بدفع الفداء عنه ، ومن تبرّع عن غيره بمال بذله ، لم يرجع به عليه ، فأما إذا أمره بالشراء ، فقد افتداه بإذنه ، فصار وكيلاً له في الفداء ، فيرجع عليه بالمال ، كالوكيل في الخلع والصلح .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

٢٨٣٤ - فَصْل: [الأخذ مما يكال ويوزن قبل القسمة]

قال: وإن كان الموجود في^(١) الغنيمة شيئاً ممّا يكال أو يوزن، ما يضمن بمثله إذا استهلك، فلصاحبه قبل القسمة أن يأخذه بغير شيء، وإن كان بعد القسمة (لم يأخذه؛ وذلك لأنّ الأخذ بعد القسمة)^(٢) إنّما يثبت ببدل، والبدل في المكيلات والموزونات إذا ضمنت بغير عقد أمثالها، ولا فائدة أن يأخذ دراهم ويعطي مثلها، أو [كُرّاً من] حنطةً بكَرٍّ مثله، وما لا فائدة فيه لا يقضي به القاضي. وكذلك لو أخذ العدو شيئاً ممّا يكال أو يوزن، فوهبه لرجلٍ، فلا سبيل لصاحبه عليه؛ لأنّه لو أخذه أخذه بمثله، وذلك لا فائدة فيه.

فإن اشتراه مسلمٌ منهم، فصاحبه بالخيار: إن شاء أخذه بالثمن، وإن شاء ترك، وهذا محمولٌ على أنه اشتراه بغير جنسه، ففي أخذه فائدة، فأما إن كان اشتراه بمثله، فلا فائدة له في الأخذ.

٢٨٣٥ - فَصْل: [في فسخ تصرف المشتري من أهل الحرب]

قال: وإذا اشترى رجلٌ من العدو عبداً وأخرجه، فلم يَجِئ^(٣) صاحبه حتى باعه الذي اشتراه من رجلٍ آخر، ثم جاء صاحبه، فله أن يأخذه من الثاني بالثمن الثاني، ولا سبيل له على الأوّل، وإنّما يأخذه من الأوّل إذا كان العبد باقياً على ملكه، ولم يحدث فيه ما يمنع من تملكه، فإن أراد صاحبُ العبد أن ينقض البيع الثاني ويأخذه بالثمن الأوّل من المشتري الأوّل^(٤)، لم يكن له ذلك، وهذا قول

(١) في ب (المأخوذ من).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (يحضر).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.



أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول محمدٍ في الأصل .

وقال ابن سَماعة عن محمدٍ في نوادره: إنّ المولى بالخيار: إن شاء أخذه بالثمن الأوّل ، وإن شاء بالآخر ، كما يكون له في الشفعة .

وجه قولهما: أنّ المولى لو ملك فسخ تصرّف المشتري من أهل الحرب ، لملك فسخ القسمة ، حتى يردّ الشيء إلى أصل الغنيمة فيأخذه بغير عوضٍ ، فلمّا لم يملك ذلك ، دلّ على أنه لا يملك فسخ تصرّف [من] حصل في يده ، وإذا لم يملك الفسخ ، ثبت له الأخذ بالثمن الثاني .

وجه قول محمدٍ: أنّ حقّ المولى سابقٌ لحقّ المشتري ، فكان له فسخ تصرّفه ، كالشفيع .

٢٨٣٦ - [فصل: طلب المولى الأول جاريته المأسورة بعد زمن]

وعلى هذا الأصل ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا علم المولى الأوّل بشراء الجارية المأسورة وإخراجها ، فلم يطلبها حتى مضى زمان ، ثم طلبها فله ذلك .

وقال محمدٌ: إذا ترك الطلب والإشهاد ، سقط حقه ، كما يسقط في الشفعة .

وجه قولهما: أنّ حقّ الشفيع إنّما يسقط بترك الطلب^(١) لما يثبت له من الحقّ في فسخ تصرّف المشتري ، فجعل حقه على المجلس ، حتى لا يضرّ ذلك [بالمشتري]^(٢) ، ويمنعه من التصرف ، وفي مسألتنا ليس للمولى إبطال تصرّف المشتري ، فلم يكن في تأخير الطلب إلحاق ضررٍ به ، فلذلك ثبت حقه

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في أ (على المشتري) ، والمثبت من ب .

على التأبيد .

وأما محمدٌ فمن أصله: أن المولى يفسخ تصرف المشتري ، فطلبه على المجلس كطلب الشفيح .

وقد قال محمدٌ على هذا الأصل: إنه إن أشهد [٤٦٩/ب] على نفسه حين علم ، ثم آخر الأخذ شهراً من [غير] عذرٍ ، سقط حقه كما قال في الشفعة .

٢٨٣٧ - فصل: [المولى يجد عبده الأسير في ملك مسلم]

قال: وإذا اشترى المسلم عبداً من دار الحرب قد أسره العدو ، فجاء المولى ، فله أن يأخذه بالثمن أو يدع ، فإن مات [المولى] قبل أن يأخذه ، فجاء وارثه فطالب بأخذه ، فإن ابن سماعة روى عن أبي يوسف: أنه ليس للوارث أن يأخذه ، وروى علي بن الجعد عنه: أن للورثة أن يأخذوه ، وهو قول محمد .

وجه رواية ابن سماعة: أن المولى يثبت له خيارٌ في الأخذ ، فإذا مات لم يورث خياره ، كما لو مات الشفيح ، وكخيار الشرط والرؤية ؛ ولأن الوارث لم يكن مالكاً حال الأسر ، ولم يثبت له حقٌ في ذلك الوقت ، فلا يثبت له من بعد .

وجه رواية علي بن الجعد ، وهو قول محمد: أن هذا الحق مستقرٌ بدليل أنه لا يبطل بالتأخير ، فصار كخيار العيب ، فلا يبطل بالموت ، وهذا صحيحٌ على مذهب محمد في الأصول^(١) ، فأما إذا قال: إن هذا الحق كحق الشفيح ، فالصحيح من مذهبه مثل قول أبي يوسف .

قال: وليس لبعض الورثة أن يأخذوا ذلك دون بعضٍ ؛ لأنهم قاموا مقام

(١) في ب (الأصل).

الميت ، ولم يكن للميت أخذ بعض المأسور دون بعض ، فكذلك ورثته .

٢٨٣٨ - مَسْأَلَةٌ: [أحقية الجارية المأسورة]

قال: وإذا أُسِرَت أمة رجلٍ ، ودخل رجلٌ دار الحرب فاشتراها وخرج بها إلى دار الإسلام ، ثم أسرها العدو ثانياً من يد مشتريها ، فدخل رجلٌ فاشتراها ، فالمشتري الأوّل أحقّ بها ، فإن أخذها^(١) من يد المشتري الثاني بالثمن الذي اشتراها [به] ، كان^(٢) لمولاها الأوّل الذي أُسِرَت من يده أوّلاً أن يأخذ من المشتري الأوّل بالثمنين جميعاً ، وإن شاء ترك .

فإن لم يأخذها المشتري الأوّل من المشتري الثاني ، وتركها في يده ، لم يكن للمولى الأوّل عليها سبيلٌ [في قولهم جميعاً] ، وإنما يثبت حقّ الأخذ فيها للمشتري دون المالك [الأوّل] ؛ لأنها أُسِرَت من ملك المشتري ، والحقّ في الأخذ يثبت لمن حصل الأسر من ملكه ؛ لأنّ حقّ المولى في الأخذ يجري مجرى حقّ الرجوع في الهبة ، ومعلومٌ أنّ الموهوب له إذا وهب لم يكن للواهب الأوّل الرجوع على الموهوب الثاني ، كذلك ليس للمولى الأوّل أن يأخذها من يد المشتري الثاني .

وإذا ثبت^(٣) ذلك للمشتري الأوّل ، فإذا أخذها ، كان للمولى الأوّل أن يأخذها من يده ؛ لأنها عادت إلى المشتري الأوّل على حكم الملك الأوّل ، فعاد بحقوقه ، كما قالوا في الواهب الثاني إذا رجع في الهبة: إنّ للواهب الأوّل أن

(١) في ب (ويأخذها) .

(٢) في ب (وكان) .

(٣) في ب (وإنما يثبت) .

يرجع فيها؛ لأنّ العين عادت إليه بحكم الملك الأول، فعاد بحقوقه.

فإن أراد المالك الأوّل أن يأخذها من المشتري الأوّل، أخذها بالثمنين؛ لأنّه يأخذ الملك بما قام على المشتري، وقد قامت عليه هذه الجارية بالثمنين جميعاً، فإن شاء المولى أخذها بذلك، وإن شاء ترك.

٢٨٣٩ - فَصْل: [المال الذي أصابه أهل الحرب من المسلمين]

وإذا أسلم أهل الحرب وفي أيديهم متاعٌ للمسلمين أصابوه في حال الحرب وأحرزوه، فهو لهم، لا سبيل لأربابه عليه، ولا يشبه إسلامهم الشراء منهم أو غنيمة ما في أيديهم من أموال المسلمين؛ وذلك لقوله ﷺ: «من أسلم على مالٍ فهو له»^(١)؛ ولأنّ الحربي لما أخذ مال المسلم، لم يلزمه ردّه؛ لأنّ بقاءه على الحرب يمنع الخطاب والأحكام، وإذا لم يلزمه حقّ الردّ حال ما ملكه، لم يلزمه في الثاني.

(وليس كذلك المسلم إذا اشترى منهم؛ لأنّ حقّ الردّ لزمه عند ملكه، فلذلك لزمه في الثاني)^(٢).

٢٨٤٠ - فَصْل: أحقية صاحب الجارية المبيعة إذا ظهر المسلمون

قال: وإذا أغار المشركون على دار الإسلام وأخذوا منها أموالاً، فأدركهم المسلمون قبل أن يصلوا بها إلى دار الحرب، وأخذوها من أيديهم، رُدّت على

(١) رواه أبو يعلى في المسند حديث (٥٨٤٧)؛ والبيهقي في الكبرى (١١٣/٩)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (رواه أبو يعلى، وفيه ياسين بن معاذ الزيات، وهو متروك) (٣٣٦/٥).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

أربابها بغير شيء، ولا تصير ملكاً لمن أخذها على وجه؛ لأنَّ العدو لا يملكها حتى تصل^(١) إلى داره؛ وذلك لأنَّ القائل أحد قائلين: إمَّا من قال: إنَّهم لا يملكون أموالنا بحالٍ، أو من قال: إنَّهم يملكونها بالحيازة، فما لم تحصل الحيازة، لم يملكوها بالإجماع.

٢٨٤١ - فَصْل: [إعتاق الحربي العبد المأسور في دار الحرب]

قال: ولو أعتق الحربيَّ العبد المأسور في دار الحرب، أو دبَّره أو كاتبه، أو كاتب أمَّة فاستولدها، فولدت منه أولاداً، ثم ظهر المسلمون عليهم، فذلك كلُّه جائزٌ، وقد عتقت هي وأولادها، ويعتق أيضاً المُدبِّر والمُكاتب.

أمَّا إذا أعتقها فقد زالت يده بالعتق، وهي مسلمةٌ، فتحصل في يد نفسها، فتعتق [عليه] بحصولها في يد نفسها، كما يعتق عبد الحربيَّ إذا خرج إلينا مسلماً، وهذا قول أبي حنيفة.

وأمَّا أبو يوسف: فإنه يوقع العتق بإعتاقه.

وأمَّا إذا استولدها، فالاستيلاء يثبت في دار الحرب؛ لأنَّه فرعٌ للنسب، والنسب يثبت للحربيِّ كما يثبت للمسلم، فإذا غلب المسلمون على الدار، فقهر الحربيِّ كموته؛ بدلالة زوال ملكه عن أمواله، ولو مات عتقت أمُّ ولده، فكذلك إذا غلب عليه.

وأمَّا المكاتب، فيجوز أن يقال: [إنَّ يد المولى زالت عنه بالكتابة وصار في يد نفسه فعتق، ويجوز أن يقال]: إنَّه لم^(٢) يعتق بالكتابة؛ لأنَّ يد المولى لا

(١) في ب (يصير بها).

(٢) سقطت من ب.

تزول عنه من جميع الجهات ، فإذا غلب على المولى سقطت ديونه ، والمكاتب إذا برئ من مال^(١) الكتابة عتق .

فأمّا المُدبّر ، فعتقه متعلّق بالموت ، والغلبة على المولى كموته .

٢٨٤٢ - [فصل]

قال: فإن باعها الحربيّ الذي صارت له ، ثم ظهر عليه المسلمون ، فهي أمةٌ ، ويأخذها صاحبها قبل القسمة بغير شيءٍ ، وبعدها بالقيمة ؛ لأنّه لمّا باعها صحّ بيعه ، وانتقلت إلى المشتري ، فثبت فيها حقّ المولى الأوّل ، كما يثبت لو بقيت في ملك الذي أسرها^(٢) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) انظر: الأصل ٤٥٦/٧ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ١٩٧/٧ وما بعدها .

بَابُ مَنْ يُكْرَهُ قَتْلُهُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَمَنْ لَا يُكْرَهُ قَتْلُهُ وَأَسْرُهُ

قال أيده الله: وجملة هذا الباب: أن كل من كان من أهل القتال غالباً، فإنه يُقتل إذا كان حربياً، قاتل أو لم يقاتل، ومن لم يكن من أهل القتال غالباً كالنساء والصبيان، فإنهم لا يُقتلون إلا أن يقاتلوا، وقد بينا هذا فيما تقدم.

وإنما زاد في هذا الباب: ما اقتضى إعادة حمل ما مضى، فنقول: إنه لا يقتل النساء، ولا الصبيان، ولا الشيوخ، ولا المجانين، ولا الرهبان في الصوامع و[لا] السّياحون الذين لا يخالطون الناس، ولا من طين عليه كنيسة أو ديراً وترهب، ولا الأعمى، ولا اليابس الشق، (ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف)^(١)، ولا مقطوع اليد اليمنى خاصة؛ لما قدمناه.

فإن قتل رجل مسلم^(٢) واحداً منهم، فلا قيمة عليه ولا دية ولا كفارة، وعليه الاستغفار؛ وذلك لما روي عن رباح بن ربيع قال: كنا مع رسول الله ﷺ في غزاة، فرأى الناس مجتمعين على شيء، فبعث رجلاً فقال: «انظر على ما اجتمع هؤلاء» [٤٧٠/أ]، قالوا: على امرأة، قال: «ما كانت هذه تقاتل»، وخالد بن الوليد على المقدمة، فبعث رجلاً فقال: «قل لخالد: لا تقتلن [ذريةً]^(٣) ولا عسيفاً^(٤)».

وروي عن ابن عباس قال: مرّ رسول الله ﷺ بامرأة يوم خيبر مقتولة، فقال:

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (من المسلمين).

(٣) في أ (جارية)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٤) رواه أبو داود (٢٦٦٩)؛ وابن ماجه (٢٨٤٢)؛ وصححه ابن حبان حديث (٤٧٨٩).

«من قتل هذه»، قال رجلٌ: أنا يا رسول الله، أردفتها خلفي فأهوت إلى سيفي، فأخذته فقتلتها، فقال ﷺ: «ما شأن قتل النساء، ما شأن قتل النساء، ادفنها^(١) ولا تعد^(٢)»، ولم يوجب ﷺ عليه بقتلها ضمان دية^(٣)؛ ولأنّ دماءهم لم تحرز بدار الإسلام، فحظر القتل^(٤) لا يوجب تقويمها، (كمن أسلم في دار الحرب)^(٥).

فأما الاستغفار؛ فلأنّ قتلهم معصيةٌ.

قال: وللمسلم أن يقتل الذي يجنّ ويفيق، والأخرس والأصمّ، وأقطع اليد اليسرى وأقطع إحدى الرجلين، وإن لم يقاتلوا؛ لأنّ هؤلاء من أهل القتال، ألا ترى أنّهم يقدرّون على ذلك غالباً، فالنقص فيهم لا يمنع القتل، كالمقطوع الأصبع.

قال: ويقتل القسيسون والشمامسة والسيّاحون الذين يخالطون الناس؛ وذلك لأنّ هؤلاء من أهل القتال، فأما من انفرد وترك مخالطة الناس، فإنه ليس من أهل القتال غالباً.

وإذا ثبت أنّ من ليس من أهل القتال لا يُقتل، فينبغي أن يؤسروا أو يحملوا إلى دار الإسلام إذا قدر المسلمون على ذلك؛ لأنّ النساء والصبيان في حملهم منفعةٌ للمسلمين، وهي الاسترقاق، وفي تركهم معونةٌ للكفار؛ لأنّ الصبيان يكبرون، والنساء يلدن، ولا يجوز لنا أن نترك [لهم]^(٦) ما يستعينون به على قتالنا

(١) في ب (وارها).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨٣/٦)؛ وهو من مرسل عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصاري،

كما في التلخيص الحبير (١٠٢/٤)؛ والبيهقي في الكبرى (٨٢/٩) من مرسل عكرمة.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) سقطت من ب.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) في أ (عليهم)، والمثبت من ب.

إذا قدرنا على أخذه .

فأمّا الشيخ الفاني الذي لا يقاتل ، ولا رأيَ له ، ولا هو ممّن يلقّح : فإن شاءوا أسروه ، وإن شاءوا تركوه ؛ لأنّ في أسره منفعةً ليفادوا به ، وليس في تركه ضررٌ على المسلمين .

فأمّا المعتوه فلا يجوز تركه مع القدرة ؛ لأنه يولد له من يُستعان بقتاله .

وأمّا الرهبان وأصحاب الصوامع والسياحون ، فلا يقتلون ولا يؤسرون ؛ لأنهم لا يخالطون الناس فيقاتلون ، ولا يطؤون^(١) النساء فيلقحون ، فلم يكن في تركهم (منفعةٌ للمشركين .

فأمّا الأعمى ، والمقعد ، واليابس الشقّ ، والمقطوع اليد والرجل ، أو اليد اليمنى ، فإنهم يؤسرون ؛ لأنّ في تركهم^(٢) منفعةٌ للكفار ، ألا ترى أنهم يطؤون النساء ، فيلقحون ويكثر بهم عدد الكفار .

قال: وكل من جاز للمسلمين أن يقتلوه ، فلهم أن يأسروه ويسترقّوه ؛ لأنّ الأسر يخرجهم من دار الحرب ويمنع استعانة الكفار به ، ويحصل باسترقاقه فائدةٌ للمسلمين ، فيجوز ذلك .

قال: ومن لا ينبغي للمسلمين أن يقتلوه ، فلم يقدرُوا على إخراجه ، [لأنّهم]^(٣) جريدة خيلٍ ، فليدعوه ولا يقتلوه ؛ لأنّ القتل معصيةٌ ، ولا يجوز لنا أن نتعجّل المعصية لما نخافه في الثاني من ضرر الكفار .

(١) في ب (يعلون) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (كانوا) ، والمثبت من ب .

قال: والعجوز الكبيرة من النساء^(١) التي لا يُرجأ ولادها، إن شأؤوا أسروها، وإن شأؤوا تركوها؛ لأنها لا تصلح للولادة، ولا ينتفع باسترقاقها، إلا أنها تصلح للفداء، فصارت كالشيخ الفاني.

قال: وإن كان الشيخ ذا رأيٍ ومشورةٍ في الحرب، فإنني أكره إذا ظفر المسلمون به أن يتركوه حتى يخرجوه، وأكره للمسلمين أن يفتدوه بمالٍ^(٢)؛ وذلك لأنّ [ذا] الرأي يُنتفع به في الحرب أكثر من القوة، فإذا لم يجز ترك قتل^(٣) المقاتل، فذو الرأي أولى.

قال: وإن قاتلت امرأةٌ منهم، أو غلامٌ، أو مقعدٌ، أو أحدٌ ممّن [ذكرنا أنّه] لا يقتل، فلا بأس بقتله، وكذلك إن حرّض على القتال، أو كان ممّن يطاع؛ لأنّ الرجل الصحيح يقتل لأنّه يصلح للقتال، وفعل القتال أكثر من الصلاح، فلا يُبيح القتل أولى، وكذلك التحريض معونةٌ في الحرب كالقتال.

فأمّا إذا كان ممّن يطاع، ففي قتله تفريق الجمع، وهو أنفع من قتل المقاتلة.

قال: ولو أنّ راهباً في صومعته، أو سيّاحاً دلّ المشركين على عورة المسلمين، [فاطلع المسلمون على ذلك]، فلا بأس بقتله أو أسره؛ لأنّه قد حصل منه معونةٌ في الحرب، فهو كالقتال.

قال: وإن كان ملكهم [غلاماً] صغيراً، فأحضره للناس، وكان قتله كسرّاً لهم وهزيمةً، فلا بأس بقتله وإن كان صغيراً، وكذلك إن كان الملك امرأةً؛ لأنّ

(١) في ب (من الكفار).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

في قتل الملك تفريق جمعهم ، فصار أنفع من قتل المقاتلة ، وكذلك الشيخ إذا أحضروه ليشير عليهم ؛ لأنّه صار من أهل القتال بالمعونة بالرأي .

قال : وإذا قاتلت المرأة ، فأخذها المسلمون ، فلا بأس بقتلها ، وإن شأؤوا جعلوها فيئاً .

وكذلك الشيخ إذا حضر وحرّض الناس ، والأعمى والمُقعّد ؛ لأنّ هؤلاء كلّهم صاروا^(١) من أهل المعونة في الحرب ، فهم كالرجال الأصحاء .

فأمّا الصبيّ أو المعتوه الذي لا يعقل ، فلا بأس بقتلهما ماداما يقتلان أو يحرّضان ؛ لأنّ في ذلك دفع ضررهما ، كما يدفع ضرر الفحل إذا صال ، فإنّ صاروا في أيدي المسلمين لم ينبغ أن يقتلوهما ؛ لأنهما ليسا بمكلفين فيقتلان عقوبة ، وإنّما كانا^(٢) يقتلان دفعاً ، وقد استغني عن ذلك .

قال : وكذلك إن قتل غير واحد ؛ لأنّ جنايتهما لا توجب العقوبة ، كجناية البهيمة .

قال : وإن لم يقدرُوا على إخراج الصبيّ والمعتوه ، وهم يخافون إن خلّوا سبيلهما أن يعودوا إلى قتالهم ، وغلب ذلك على أكثر ظنّ المسلمين ، فلا بأس بقتلهما ؛ وذلك لأنّ في تركهما ضرراً ؛ لأنّهما^(٣) صاروا من أهل القتال كالرجال^(٤) .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في ب (وقد) .

(٤) انظر : الأصل ٤٥٤/٧ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٩/٧ وما بعدها .



بَابُ المودعة



قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا ينبغي مودعة^(١) أهل الحرب إذا كان بالمسلمين عليهم قوّة، وإن كان المسلمون لا قوة لهم عليهم، أو كانت لهم قوّة إلا أنّ المودعة خيرٌ للمسلمين وأصلح في التدبير، فلا بأس بذلك، وأمّا إذا استغنوا عن المودعة فلا يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ وَاللَّهُ مَعَكُمْ﴾ [محمد: ٣٥]؛ ولأنّ في المودعة ترك القتال، وقد أمر الله تعالى بالجهاد وقتل المشركين.

فأمّا إذا احتاج المسلمون إلى ذلك بأن كانوا لا طاقة لهم، وكان الصلح أصلح، فلا بأس بفعله؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١]، ولأنّ النبي صلى الله عليه وآله صالح قريشاً يوم الحديبية ووادعهم على ترك القتال.

قال: وإن أخذوا منهم على ذلك جعلاً فلا بأس؛ لأنّ المال يجوز أخذه على ترك [قتال]^(٢) الكفار كما يجوز أخذ الجزية.

قال: وإذا غلب المرتدون على دارٍ من دور الإسلام، فلا بأس بموادعتهم إذا خيفوا ولم تؤمن غلبتهم، وكذلك إن كانت المودعة أصلح في تدبير أمر المسلمين، وكذلك مودعة أهل البغي إذا خيف غلبتهم، أو كانت موادعتهم

(١) «المودعة - بفتح الميم وفتح الدال -، من وادع: المتاركة، والمراد هنا: المصالحة وترك الحرب». انظر: المغرب؛ معجم لغة الفقهاء (ودع).

(٢) في أ (قتل)، والمثبت من ب.

أصلح ؛ لأنَّ الضرر [٤٧٠/ب] إذا خُشي بقتالهم ، صاروا كأهل الحرب .

قال: وإن أخذ من المرتدين مالً على المودعة ، فإنَّ ذلك لا يجوز ، ولا ينبغي أن يُودع المرتدون على مالٍ ، وإن أخذ منهم مالً على المودعة ، لم يردَّ عليهم المال ، وإنما لم يجرز أخذ المال منهم على المودعة ؛ لأنَّ إسقاط قتلهم بعوضٍ لا يجوز ، كما لا يجوز أخذ الجزية منهم ، فإذا أخذه الإمام منهم لم يردّه عليهم ؛ لأنَّ مالهم محلّ^(١) الفية ، فإذا حصل في أيدينا بطيبة نفوسهم لم يردَّ عليهم كأهل الحرب .

فأمَّا أهل البغي ، فلا يؤخذ منهم مالً على المودعة ، فإن أخذ ردَّ عليهم إذا وضعت الحرب أوزارها ؛ لأنَّ مال أهل البغي ليس بمحلّ^(٢) الفية ، فلا يجوز أخذه عوضاً عن ترك القتال ، كما لا يجوز أخذ الجزية منهم ، (ولا يجوز أخذه على طريق الفية)^(٣) ، إلا أن ما حصل في أيدينا من أموال أهل البغي لا يردّه عليهم مع قيام الحرب ؛ لأن في ذلك معونةً لهم على المعصية ، فوجب أن يحبسهم الإمام لهم حتى يتوبوا .

قال: وما أخذ المسلمون على مودعة أهل الحرب ، فذلك خراج يوضع في بيت المال [للمسلمين] ، ولا خمس فيه ؛ لأنّه مأخوذٌ بغير قتالٍ ، فهو كالجزية .

فإن حاصر المسلمون قلعةً^(٤) في دار الحرب ، فطلب القوم [من المسلمين]

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) في ب (بلداً) . «والقلعة: الحصن الممتنع في الجبل» . المعجم الوسيط (قلع) .

أن ينصرفوا [عنهم] على مالٍ افتدوا به أنفسهم، فهذا فيءٌ وفيه الخمس؛ لأنه مأخوذٌ بالمقاتلة.

فأمّا كلّ موادةٍ من مَلِكٍ برسالةٍ يبعث بها إلى إمام المسلمين بغير قتالٍ ولا جنديٍّ دخلوا دارهم ليقاتلوا، فهذا بمنزلة الخراج، ولا خمس فيه؛ لأنه مالٌ (١) مأخوذٌ على غير وجه المقاتلة.

قال: ولو نقض قومٌ من أهل الذمّة العهد، وقاتلوا في دارهم، وغلبوا عليها، وجرى حكمهم فيها، كان [هؤلاء] (٢) والحريون سواءً؛ لأنّ الذمّة لما انقطعت عادوا إلى الكفر الأصليّ.

قال: ولا بأس أن يطلب المسلمون موادة المشركين إذا خافوا على أنفسهم، ولا بأس أن يعطي [المسلمون المشركين] على ذلك مالاً؛ لأنّ النبيّ ﷺ كان يعطي المؤلّفة قلوبهم المال ليدفع ضررهم عن المسلمين؛ ولأنّ في ذلك مصلحةٌ لهم، فصار كبذل المال في سائر المصالح.

قال: فإذا وقعت الموادة، فقد أمن الموادعون من الكفار على أنفسهم وأموالهم وذراريهم ودمائهم؛ وذلك لأنّ الموادة أمانٌ لهم، [وعقد] (٣) الأمان يمنع التعرض للمال والولد، وكذلك لو وادعهم فريقٌ من المسلمين بغير إذن الإمام، فالموادة جائزةٌ على جماعة المسلمين؛ لأنّها أمانٌ، وأمان الواحد كأمان الجماعة، لقوله ﷺ: «ويسعى بذمتهم أدناهم» (٤).

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (هذا) والمثبت من ب.

(٣) في أ (ودفع) والمثبت من ب.

(٤) سبق تخريجه ص ٥٩٠١.



قال: وللإمام أن ينبذ إليهم ويبعث إلى ملكهم بالنَّبذ، فإذا بلغهم ذلك فهذا نقضٌ، وقد صارت دارهم دار حرب.

والأصل في جواز النَّبذ بعد الأمان: أن النبي ﷺ وادع قريشاً ثم نبذ إليهم، وأنفذ إلى مكة منادياً بنقض الأمان^(١)، وأنزل الله تعالى في ذلك: ﴿وَأَذَانٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ أَنَّ اللَّهَ بَرِيءٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ وَرَسُولُهُ﴾ [التوبة: ٣]؛ ولأن الصلح يعقد لما فيه من مصالح المسلمين، فإذا رأى الإمام أن نقضه مصلحةٌ، كان له ذلك.

وإنما ينبذ إليهم؛ لأنه لو قاتلهم من غير أن ينبذ، كان خفراً للأمان ونقضاً للعهد، وذلك لا يجوز.

وإنما اعتبر أن يبلغهم النبذ؛ لأن المقصود أن يعلموا بالنبذ، فيستعدوا للحرب، حتى لا يكون قد غرهم، وهذا لا يكون إلا بعد علمهم.

قال: ولا ينبغي للمسلمين أن يغيروا عليهم وعلى أطرافهم حتى ينبذوا إلى ملكهم، ويجيء من الوقت مقدار ما يبعث الملك إلى مواضعهم من ينذرهم، فلا بأس عند ذلك أن يغير المسلمون عليهم وإن لم يعلموا أن الخبر أتاهم؛ وذلك لأنه إذا علم الملك ومضت مدةٌ يمكنه إعلامهم فلم يفعل، فهو المفرط في حراسة أهل بلده، فلا يلزم المسلمين ذلك.

فإن استيقن [المسلمون] أن القوم لم يأتهم خبرٌ ولم يعلموا، لم أحب أن يغيروا عليهم حتى يعلموهم [فيأخذوا حذرهم]، وأما إذا لم يستيقنوا وقد مضت

(١) رواه البخاري (٤٣٧٩)

مدّة يمكن أن يبلغهم ، فلا بأس بأن يغيروا ؛ لأننا إذا تيقنا أنّهم لم يعلموا ، فهم على جملة الأمان ، فإذا قاتلناهم مع علمنا بحالهم ، فقد غررناهم ، وهذا لا يجوز ، وأمّا إذا لم يعلموا وقد مضت مدّة ، فالظاهر أنّهم قد علموا ، فتفريط ملكهم لا يلزمنا .

قال : فإن لم يكن النقض بنذ الإمام ، وكان النقض منهم بأمرٍ صنعوه من رسولٍ أرسلوه إلى الإمام ينبذون إليه ويخبرونه بنقض العهد ، أو بجندٍ بعثوه يقاتلون المسلمين ، فلا بأس بأن يغير المسلمون عليهم [حين يأتي المسلمين خبرهم] ، إلا أن يستيقنوا^(١) أن أهل ناحية لم يعلموا بذلك ، فلا يغيروا عليهم حتى يعلموهم ؛ وذلك لأنّ المودعين إذا قاتلوا ، فقد أخلّوا بشرائط العهد ، وهم في يد أنفسهم ، لا يد لنا عليهم ، فصاروا كالدّمّيّ إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب .

وإذا^(٢) انتقضت المودعة جاز قتالهم ، فأما من لم [يعلم بنقضه]^(٣) ، ولا وُجِدَ منه نقضٌ ، ففي قتاله قبل علمه خديعةٌ له^(٤) ، وهذا لا يجوز .

قال : وإذا كانت المودعة قائمةً بيننا وبينهم ، فخرج منهم رجلٌ إلى بلد حربٍ آخر ليس بينهم وبين المسلمين مودعةٌ ، فغزا المسلمون تلك الدار التي لم توادعهم ، فأخذوا ذلك الرجل منها ، فهو آمنٌ لا سبيل عليه ولا على [شيءٍ ممّا]^(٥) معه من المال والرقيق والأهل [وغير ذلك] ، وحيث مضى أهل الدار الذين وادعناهم ، وحيث حلّوا من البلاد فهم آمنون لا يعرض لهم المسلمون ؛

(١) في ب (يستيقن المسلمون) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في أ (يعلمهم بنقضهم) ، والمثبت من ب .

(٤) في ب (تغريب به) .

(٥) في أ (من معه) والمثبت من ب .

وذلك لأنّهم صاروا بالموادعة آمنين ، فهم كأهل الذمّة ، [ولو خرج ذمّيّ إلى دار الحرب تاجراً ، فظفر بالدار^(١) كان آمناً ، فكذلك هذا] .

ولو دخل دار الموادعين رجلٌ من غير دارهم بأمانٍ منهم له ، ثم خرج [منها] إلى دار الإسلام بغير أمانٍ من المسلمين ، فهو آمنٌ ؛ لأنّه لمّا دخل دار الموادعين صار في حكمهم ، ألا ترى أنّه لا يجوز أن نأخذه من دارهم ، فصار كسائر أهل دارهم ، فإذا دخل إلينا كان آمناً .

ولو كان لم يدخل دار الموادعين ، وخرج من داره إلى دار الإسلام على موادعةٍ كانت بينه وبين الموادعين له ، كان فيئاً ، لنا أن نقتله ونأسره ، [لأنّه] لم يصر من أهل دارهم ، فيدخل في موادعتهم ، ولا بيننا وبينهم موادعةٌ ، فلا يلزمنا أمانهم له .

[فإن دخل هذا دار الموادعين قبل أن نأسره]^(٢) ، فلا سبيل لنا عليه ؛ لأنّه لمّا دخل إليهم صار في حكمهم .

قال : وإن غزا المسلمون (داراً أخرى غير)^(٣) دار الموادعين ، فأسروا منها رجلاً من الموادعين [كان] أسيراً في الدار التي غزاها المسلمون ، كان فيئاً^(٤) ؛ وذلك لأنّه إذا أُسر فقد انقطع عنه حكم دار الموادعة ، وصار في حكم الذين أسروه ، فجاز استرقاقه .

(١) هكذا في ب ، وسقطت العبارة من أ ، ولعل الصواب (فظفر به بالدار) .

(٢) في أ (فإن قال : هذا أنا من دار الموادعين قبل أن نأسره) والمثبت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) الفتاوى الهندية ٢/١٩٧ .

و[ليس] كذلك إذا دخل [أ/٤٧١] عليهم تاجرًا؛ لأنَّ حكم داره^(١) لم ينقطع عنه، فيبقى على حكم الأمان.

قال: فإن خرج من دار الموادة رجل أو رجلان أو جماعة لا منعة لهم، فقطعوا الطريق في دار الإسلام، وأخذهم المسلمون، فليس هذا بنقضٍ منهم للعهد؛ وذلك لأنَّهم ليسوا في منعة^(٢)، فإذا نقضوا العهد لم ينتقض، كالذميِّ إذا نقض العهد في دارنا.

قال: فإن خرج قومٌ منهم لهم منعةٌ، فقاتلوا المسلمين في دار الإسلام علانيةً بغير أمر ملكهم، ولا أمر أهل مملكتهم، فالملك وأهل مملكته على موادعتهم، وهؤلاء الذين قطعوا الطريق لا بأس بقتلهم واسترقاقهم واسترقاق من معهم من النساء والصبيان؛ لأنَّهم لمّا نقضوا ولهم منعةٌ، انفردوا باليد، فصاروا كأهل الذمة إذا غلبوا على دارٍ وامتنعوا بها ناقضين للعهد.

قال: فإن كانوا خرجوا بإذن ملكهم، فقد نقض القوم جميعاً العهد، وقد عادوا أهل حربٍ، ودارهم كذلك؛ لأنَّهم لمّا رضوا بقتالنا، فقد شاركوا في النقض، وهم في [يد] أنفسهم، فيبطل الأمان.

قال: ومن وادعه الإمام من أهل الحرب على جُعلٍ أخذه منهم، ثم بدا له أن ينقض العهد، فلا بأس أن ينقضه، ولكن يبعث إليهم بحصّة ما بقي من المدة من الجُعل الذي أخذ، وينبذ إليهم.

والأصل في جواز النقض: ما قدّمناه، وأمّا ردّ حصّة ما بقي من الجُعل؛

(١) في ب (لأنَّ حكمه).

(٢) في ب (لأنّه لا منعة لهم).

فلأنّهم بذلوه في مقابلة الأمان ، فإذا لم يسلم لهم المُعوّض سقط العوض .

قال: وإن كانت المودعة على وقتٍ معلوم ، فمضى الوقت ، فقد بطل العهد الذي بينهم بغير نبذٍ ، ولا بأس أن يغير المسلمون عليهم بعد ذلك ؛ لأنّ العهد المؤقت يبطل بِمُضِيِّ الوقت ، ولا يد لنا عليهم ، فعادوا إلى ما كانوا عليه قبل العهد .

قال: ومن [كان] دخل منهم دار الإسلام بتلك المودعة لا بأمانٍ غيرها ، ثم مضت المودعة ، فهو آمنٌ حتى يرجع إلى مأمنه ، لا يحلّ دمه ولا سبّيه [بمضيّ المودعة] ؛ وذلك لأنّه حصل في دارنا بأمانٍ ، فلا يجوز قتله ما لم يبلغه مأمنه ، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَةَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦] .

قال: وهذا إذا صالحناهم على أن يكونوا مبقين على أحكام الكفر .

قال: فإن كانوا صالحوا على أن يجري عليهم أحكام الإسلام بما أعطوه من المال في كلّ شهرٍ ، أو في كلّ سنةٍ ، فذلك جائزٌ ، ويصيرون ذمّةً ، ولا يسع المسلمين أن لا يقبلوا ذلك منهم ، وهذا إنّما يُراد به أن النبذ [إنّما يجوز] فيمن صالحناهم ولم تجر عليهم أحكامنا ، فإذا صالحناهم على مالٍ على أن تجري أحكامنا عليهم ، فقد صاروا ذمّةً ، فلا يجوز النبذ إليهم ، ولا ينقض عهدهم ، كما لا يجوز [نقض] الذمّة في دارنا^(١) .



(١) انظر: الأصل ٤٧٠/٧ وما بعدها .

بَابُ المُفَادَاةِ بِالْأَسْرَى



الأصل في هذا الباب: أن عند أبي حنيفة لا تجوز المفاداة^(١) بالأسرى، ولا تجوزُ بغيرهم، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز أن يفادى أسرى المشركين بأسرى المسلمين.

وجه قوله: قوله تعالى: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وقال: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً﴾ [البقرة: ١٩٣]، وهذا يدل على وجوب قتلهم بكلِّ حالٍ، وذلك يمنع ردهم إلى دار الحرب؛ ولأنهم صاروا من أهل دار الإسلام بحصولهم في أيدينا، فلا يجوز أن يفادى بهم أسرى المسلمين كأهل الذمة؛ ولأن فيه معونةً لأهل الحرب بما يختص بالقتال، وذلك لا يجوز كما لا يجوز بيع السلاح منهم؛ ولأن ردَّ الأسرى إليهم معصيةٌ، فلا يجوز فعلها وإن أدى ذلك إلى خلاص المسلمين كسائر المعاصي.

وجه قولهما: قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّمَا فَدَاءٌ﴾ [محمد: ٤]؛ ولأن في ذلك تخليصاً للمسلمين من العذاب والفتنة في الدين، فكان دفع الضرر عن المسلمين أولى من الانتفاع بالأسير.

(١) «المفاداة: من فاداه مفاداة وفداءً، أي: دفع فديته، والأسرى عنده: حررهم مقابل تحرير مثلهم من الأسرى عند عدوه»، أو: هو أن يطالب الإمام من الأسير أن يفدي نفسه بمال، أو يُطلب من الأعداء أن يفادوا أسراهم بأسرى المسلمين. المعتمد في الفقه الشافعي ٩٠/٥.

٢٨٤٣ - فُصْل: [مفاداة الأسرى بالمال]

[قال]: وأما مفاداة الأسرى بمالٍ نأخذه من أهل الحرب، فلا يجوز في المشهور من المذهب، وقال محمدٌ في السير الكبير: لا بأس بذلك إذا كان بالمسلمين حاجةً.

لنا: أنه معونةٌ لهم بما يختصّ بالقتال، فصار كبيع السلاح منهم بالمال.

وجه قول محمدٍ: أن النبي ﷺ فادى قريشاً^(١) يوم بدر بمالٍ أخذه^(٢).

وهذا لا دلالة فيه؛ لأنّ سورة براءة من آخر ما أنزل، وقد تضمنت وجوب^(٣) القتل بكلِّ حالٍ، ففضى ذلك على ما كان ببدر.

٢٨٤٤ - فُصْل: [المفاداة بأسرى الكفار]

قال أبو يوسف: تجوز المفاداة بأسرى الكفار ما لم يُقسَموا، فإذا قسمهم الإمام لم يفاد بهم، وقال محمدٌ: تجوز المفاداة بعد القسمة.

وجه قول أبي يوسف: أنهم إذا قسموا فقد سقط عنهم القتل، واستقرّ فيهم الرقّ، فلا يجوز المفاداة بهم، كما لا يجوز المفاداة بسائر أهل دارنا، وليس كذلك قبل القسمة؛ لأنّهم على حكم الحرب، ألا ترى أنّ للإمام أن يقتلهم، فلم يستقرّ حكم [الرقّ]^(٤) فيهم، فجاز أن يفادي بهم.

(١) في ب (فادى العباس).

(٢) رواه مسلم (١٧٦٣)

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في أ (الدار)، والمثبت من ب.

وجه قول محمدٍ: أنَّ حقَّ الاسترقاق يتعلّق برقابهم قبل القسمة ، ولا يمنع ذلك من المفاداة ، فكذلك بعدها .

وقال محمدٌ: لا بأس بأن يفادوا بالشيخ الكبير الفاني^(١) والعجوز الفانية - إذا كان لا يرجأ منهما الولد - بالمال .

وأما النساء والصبيان فإنّه لا يفادى بهم بغير الأسرى من المسلمين إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك ، وهذا صحيحٌ على قوله ؛ لأنَّ الشيخ الفاني لا قتال منه ، ولا يولد له ، فليس في ردّه إليهم معونةٌ تختصّ بالحرب لهم ، فجاز ردّه بالمال ، وأما النساء والصبيان ، ففي ردّهم معونةٌ تختصّ بالحرب ، فيكره أن يفادوا بغير الرجال إلا عند الضرورة .

قال محمدٌ: وكذلك الكراع والسلاح إذا أخذناه منهم ، فطلبوا أن يفادوه منهم لم يسع أن يفعل ذلك ، وإن أعطوا رغبةً ، إلا أن يضطر المسلمون ؛ لأنّه معونةٌ بما يختصّ بالقتال ، فلا يجوز في غير حال الضرورة .

قال محمدٌ: فإن طلب المشركون أن يأخذوا رجلاً من أسراهم ويعطونا بدله رجلاً مشرّكاً أو رجلين ، لم يجز ذلك ؛ لأنّهم لا يطلبون واحداً منهم ويدفعون واحداً إلا لغرضٍ منه وانتفاعٍ به ، ولا فائدة لنا في إيصال النفع إليهم بغير منفعةٍ تحصل للمسلمين^(٢) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) انظر: الأصل ٤٧٠/٧ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ١٥٨/٧ .

بَابُ أَخْذِ الْجِزْيَةِ



قال: الأصل في جواز الجزية من الكفار قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا
الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، وأخذ النبي ﷺ الجزية من مجوس
هَجْرَ ومن نصارى نَجْران، وأقرهم على دينهم بها^(١)، فدل ذلك على جواز أخذها.
وقد طعن بعض الملحدة في ذلك، وقال: الكفر معصيةٌ، فكيف يجوز أخذ
العوض على التمكين منه، ولئن جاز ذلك، فلم لا يجوز أخذ العوض عن التخلية
[٤٧١/ب] بين الزاني والزنا، وكذلك سائر المعاصي.

وهذا ليس بصحيح، والكلام مع قائله [فرعٌ على] ^(٢) إثبات الباري سبحانه،
وإثبات حكمته وعدله وبعثه الرسل، فإذا ثبت ذلك، لزمنا متابعة ما أمر به.

ثم ما قاله غلطٌ؛ لأنَّ الجزية ليست للتمكين من الكفر، وإنما هي لترك
القتل، وقد كان يجوز من طريق العقل أن يحظر علينا قتل الكفار، ولا نتعبد
بذلك، فكذلك يجوز أن ^(٣) نتعبد بتركه بعوضٍ نأخذه؛ ولأنَّ القتل الواجب يجوز
إسقاطه بعوضٍ كالقصاص.

وإذا ثبت جواز أخذ الجزية، فالكلام في تفصيل مَنْ يُؤْخَذُ مِنْهُ الجزية

(١) رواه البخاري (٢٩٨٧).

(٢) في أ (يمنع من)، والمثبت من ب.

(٣) (يجوز أن) سقطت من ب.

و[مَنْ] لَا يُؤْخَذُ، فنقول: إنَّ أهل الكتاب إذا بذلوا الجزية، وجب علينا قبولها منهم وترك قتلهم، وقد دلَّ على ذلك نصُّ القرآن، قال الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾، إلى قوله: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

وكذلك يجوز أخذها من المجوس؛ لما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: ما أصنع بالطائفة التي ليست من أهل الكتاب؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»^(١)، وهذا لا خلاف فيه.

فأمَّا عبدة الأوثان من العجم، فيجوز أخذ الجزية منهم، وقال الشافعي: لا يجوز^(٢).

لنا: أنه يجوز [استرقاقهم]^(٣)، فجاز أخذ الجزية منهم كأهل الكتاب؛ ولأنَّ تبقيتهم على الكفر لما جاز بأحد السببين^(٤) وهو الرق، جاز بالآخر وهو الجزية.

وأما عبدة الأوثان من العرب، فلا يجوز أخذ الجزية منهم؛ لأنه لا يجوز استرقاق رجالهم، فلا يجوز إقرارهم بالجزية كالمرتدين؛ ولأنَّهم بالغوا في أذية رسول الله ﷺ وتكذيبه وإخراجه من وطنه، فعوقبوا على ذلك، فلم يقبل منهم إلا السيف أو الإسلام؛ ولهذا قال ﷺ يوم خيبر: «لو كان يجري على عربي رق،

(١) رواه مالك في الموطأ (٢٧٨/١)؛ وقال ابن حجر في التلخيص: (هو منقطع، ... ورواه ابن أبي

عاصم في كتاب النكاح بسند حسن) (١٧٢/٣).

(٢) انظر: المزني ص ٢٢٧؛ رحمة الأمة ص ٢٥٣.

(٣) في أ (استرقاق رجالهم)، والمثبت من ب.

(٤) في ب (شيئين).

لكان اليوم ، وإنما هو الإسلام أو السيف»^(١) .

وأما الصابئة ، فقد وضعت عليهم الجزية ، ولم ينكر ذلك منكرٌ ، وهم عبدة الأوثان ؛ لأنهم يعبدون الكواكب ، وليس هم الصابئة الذين ذكرهم الله في القرآن .

وقال أبو حنيفة : يجوز مناكحتهم ؛ لأن أولئك طائفةٌ من النصارى فنوا ولم يبق منهم أحدٌ ، وتسمّى هؤلاء بهذا الاسم خوفاً من القتل ، وقد أخذت الجزية منهم ؛ لأنهم عبدة الأوثان من العجم^(٢) .

وأما المرتدون ، فلا يؤخذ منهم الجزية ، إنّما هو الإسلام أو القتل ، لقوله ﷺ : «من بدل دينه فاقتلوه»^(٣) ، وروي أن رجلاً قدم من مصر فقال له عمر : (هل من مغربة خبرٍ ، فقال له : [نعم] رجلٌ ارتدّ مِنّا فقتلناه ، فقال : لو وليتُ منه شبه^(٤) ما وليتُ لحبسته ثلاثة أيام أعرض عليه [الإسلام] كلّ يومٍ ، فإن أسلم وإلا قتلته)^(٥) ، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلافٍ .

٢٨٤٥ - فَصْلٌ : [فِيمَنْ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ]

وأما الاسترقاق ، فيجوز في سائر الكفار إلا الرجال من عبدة الأوثان من العرب .

وأما النساء ، فيقرون بالاسترقاق على الكفر ، ولا يجبرون على الإسلام ،

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٧٣/٩)

(٢) انظر : البدائع ٢/٢٧١ .

(٣) رواه البخاري (٢٨٥٤)

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٥) رواه مالك في الموطأ (٧٣٧/٢) ، ومن طريقه الشافعي في المسند ، ص (٣٢١) .

إلا المرتدات خاصّة؛ وذلك لأنّ النبي ﷺ استرقّ نساء العرب كما استرقّ نساء أهل الكتاب.

وأما المرتدة، فهي كافرةٌ لا [تُقتل كالكافرة] ^(١) الأصلية، وتُجبر على الإسلام؛ لأنّا حكمنا لها بحكم الإسلام، فلا يمكن من الانتقال عنه كالرجال، إلا أنّ الرجل يقتل عقوبةً على الكفر، والمرتدة لا تُقتل، ولا يجوز إقرارها على الكفر، فلم يبق إلا إجبارها على الإسلام.

٢٨٤٦ - فصل: [الإسلام بإسلام الأبوين]

[قال]: ومَنْ حُكِمَ له بإسلام بأبوية، فبلغ كافراً، فإنه يُجبر على الإسلام، ولا يقتل، وكذلك من أسلم بنفسه في حال الصغر، ثم ارتدّ؛ وذلك لأنّ من حُكِمَ له بالإسلام تبعاً لأبويه، فلم يلتزم الإسلام بنفسه، فلم يستحقّ القتل بتركه، ومن أسلم في حال الصغر، فإنّ فعله لا يتعلّق به العقوبة، ألا ترى أنّه لو ارتدّ في حال الصغر لم يقتل، فكذلك لا يقتل إذا ارتدّ بعد الكبر.

٢٨٤٧ - فصل: [فيمن توضع عليه الجزية]

وأما الكلام فيمن توضع عليه الجزية ومن لا يجوز وضعها عليه، فإنها توضع على الرجل الصحيح المعتمل، ولا توضع على النساء والصبيان؛ لأنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يضع على النساء؛ ولأنّها تجب لإسقاط القتل، فمن لا يجب عليه القتل لا توضع عليه [الجزية].

وكذلك لا توضع على ^(٢) الأعمى، والزّمن، والمفلوج، والشيخ الكبير

(١) في أ (لا تقتل وتسترق كالكافرة)، بزيادة (وتسترق)، وسقطت الزيادة من ب، والسياق لا يحتملها.

(٢) (لا توضع على) سقطت من ب.

الفاني في قول أبي حنيفة ومحمدٍ ، وقال أبو يوسف في إحدى الروايتين: توضع عليهم الجزية إذا كانوا أغنياء .

والوجه فيه: أن هؤلاء ليسوا من أهل القتال ، فلا يجب قتلهم بالكفر ، والجزية إنّما هي لإسقاط القتل المُستحقّ ، فمن لا يقتل بكفره ، لا جزية عليه كالنساء والصبيان .

وجه قول أبي يوسف: أن عمر وضع الجزية على كلّ معتمِلٍ^(١) ، ووجود المال أكثر من العمل ؛ ولأنّهم ممّن يقتلون بالكفر ، ألا ترى أن من كان منهم ذا رأي للحرب قتل لكفره لا لرأيه ، فجاز أن يوضع عليهم الجزية كالصحيح .

٢٨٤٨ - فصل: [فيمن يوضع عليهم الخراج]

فأمّا الرهبان والقسيسون وأصحاب الصوامع ، فإنّه يوضع عليهم الخراج^(٢) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال عمرو بن أبي عمرو: سألت محمداً عن أصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج؟ قال: كان أبو حنيفة يقول: يوضع الخراج عليهم إذا كانوا يقوون^(٣) على العمل ، قلت لمحمدٍ: فما قولك؟ قال: القياس ما قال أبو حنيفة .

قال محمدٌ: وليس على السّياحين والرهبان خراجٌ وإن اعتزل أحدهم ، إلّا أنّه [يخالط]^(٤) الناس فعليه الخراج .

(١) انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (٢٨٢/٣) ، ونصب الراية للزيلعي (٤٥٣/٣) .

(٢) في ب (الجزية) .

(٣) في ب (يقدرون) .

(٤) في أ (لا يخالط) بزيادة (لا) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

والوجه في وضع الخراج عليهم: أنهم من أهل العمل، إلا أنهم تركوه مع القدرة عليه، فصاروا كالمعتمل إذا ترك العمل مع القدرة، لم تسقط عنه الجزية.

فأما قول محمد في السياحين والرهبان، فيجوز أن يكون أجاب على من لا يقدر على العمل من السياحين، فيكون موضع اتفاق، ويجوز أن يكون قال: [إن] من لا يخالط الناس لا يقتل، فلا توضع عليه الجزية^(١) كالمرأة.

٢٨٤٩ - فَصَّل: [ما يوضع على الفقير]

والفقير الذي ليس بمعتمل لا خراج عليه عندنا، وقال الشافعي: يوضع عليه الجزية^(٢).

لنا: ما روي أن عمر وضع على الفقير المعتمل اثني عشر درهماً^(٣)، فشرط في وجوب الجزية على الفقير العمل، فدل على أنها لا تجب على من لا عمل له^(٤)؛ ولأن الفقير الذي لا عمل له لا يطيق الأداء، والخراج يعتبر فيه الطاقة، بدلالة خراج الأراضى؛ ولأنه حق مالي يعتبر فيه الحول فأثر فيه الفقر كالزكاة.

٢٨٥٠ - فَصَّل: [الخراج على الفقير التغلبي]

قال ابن رستم عن محمد في التغلبي الفقير: لا شيء عليه، وهذا صحيح؛ لأن بني تغلب صالحوا على أن تضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين، والفقير من المسلمين لا زكاة عليه، فكذلك التغلبي.

(١) في ب (الخراج).

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٧٢.

(٣) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

(٤) في ب (من لا يعمل).

٢٨٥١ - فَصْل: [الجزية فيمن مرض أكثر السنة]

قال محمدٌ في الزيادات: في نصرانيٍّ مرض السنة كلّها ، فلم يقدر أن يعمل وهو موسرٌ؛ إنّه لا يجب عليه خراج رأسه ؛ [وذلك لأنّ المريض لا يقدر على العمل ، فهو كالزمن الغنيّ ، وكذلك إذا مرض أكثر السنة] ؛ لأنّه على الصحيح المعتمل ، وكذلك [٤٧٢/أ] إن مرض نصف السنة أو أكثرها ، فإن صحّ ثمانية أشهر أو أكثر ، فعليه خراج رأسه ؛ وذلك لأنّ المريض لا يقدر على العمل ، فهو كالزمن الغنيّ ، وكذلك إذا مرض أكثر السنة ؛ لأنّ الأكثر يقوم مقام الجميع ، وكذلك إذا مرض نصف السنة ؛ لأنّ الموجب والمسقط تساويا فيما طريقه العقوبة ، فكان الحكم للمسقط كالحدود .

٢٨٥٢ - فَصْل: [خراج الذمي عن الزمن الفائق]

قال ابن سَماعة عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: في الذميّ يؤخذ منه خراج رأسه في سنته مادام فيها ، فإذا انقضت السنة لم يؤخذ منه لما مضى .

وقال أبو يوسف: آخذه بجميع ما مضى مادام ذميًّا ، وهو قول محمدٍ .

لأبي حنيفة: أنّ الجزية تجب على طريق العقوبة ، فكان لاجتماعها تأثيرٌ في التداخل ، كالحدود ؛ ولأنّها تجب للصَّغار ، والاستصغار موجودٌ بخراج^(١) السنة التي هو فيها ، فلا يحتاج إلى الاستصغار لما مضى .

وجه قولهما: أنّه حقٌّ ، وهو مالٌ ، فلا يتداخل كالزكاة .



(١) في ب (بخروج) .

٢٨٥٣ - فُصِّل: [أثر الإسلام أو الموت في الجزية]

وإن أسلم الذميّ أو مات سقط عنه ما مضى في قولهم، وقال الشافعي: لا يسقط.

والوجه فيه: أن الجزية تجب على طريق العقوبة، وتسقط بالإسلام كالقتل؛ ولأنّها تجب على وجه الصّغار^(١)، والموت ينافي الاستصغار.

٢٨٥٤ - فُصِّل: [وجوب الجزية بأول الحول أو بآخره]

قال ابن سماعه عن أبي يوسف: تؤخذ [الجزية] حين تدخل السنة ويمضي شهران منها، فيقضي ما عليه بشهرين أو نحو ذلك؛ [لأنه يعامل في الجزية بمنزلة الضريبة، كلما مضى شهران أو نحو ذلك] آخذ منه، قال: ولا يؤخذ ذلك منه حتى تدخل السنة، ولا [يؤخّر]^(٢) [ذلك] حتى تتمّ السنة.

وهذا فرعٌ على أن الجزية تجب بأول الحول، وقال الشافعي: بآخره^(٣).

لنا: أنّها تجب لإسقاط القتل، فصارت كما يجب بالصلح من دم العمد؛ ولأنّ المعوّض قد سلم لهم، فوجب أن يُستحقّ العوض في مقابلته، كالأجرة والثمن، ولأنّا لو أخرناها إلى آخر الحول أسقطت بدخول الحول الثاني، فوجب أن يسقط على شهور السنة^(٤).



(١) في ب (للصغار).

(٢) في أ (يؤخذ) والمثبت من ب.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٧٢.

(٤) انظر: الأصل ٥٤٦/٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠٥/٧ وما بعدها.

بَاب الحكم في المرتدين



قال بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجل ارتدَّ^(١) عن الإسلام: إنَّه لا يقتل حتى يُستتاب، فمن قتله قبل أن يستتبه فقد أساء، ولا ضمان عليه.

والأصل في ذلك: أن المرتد يستحبَّ عرض الإسلام عليه؛ لما روي أن رجلاً قدم على عمر رضي الله عنه، فقال له: هل من مغربةٍ خبيرٍ؟ فقال: نعم^(٢)، رجلٌ منَّا ارتد عن الإسلام فقتلناه، فقال عمر: لو وُلِّيت منه ما وُلِّيتم، حبسته ثلاثة أيام أعرضُ عليه الإسلام كلِّ يومٍ، فإن أسلم وإلا قتلته^(٣).

ولأنَّ الظاهر أنَّه لا يرتد إلا لشبهةٍ دخلت عليه، فيستحب عرض الإسلام لجواز أن يذكر الشبهة، فيزيلها.

وليس عرض الإسلام عليه بواجبٍ؛ لأنَّ الدعوة بلغته، والكافر إذا بلغته الدعوة استحبَّ أن يُجدد عرض الإسلام عليه، ولا يجب ذلك على ما قدمنا.

٢٨٥٥ - فِصْل: [قتل المرتد]

(١) «المرتدّ، اسم فاعل من الارتداد: وهو الرجوع على الإطلاق لغَةً، وفي الشريعة: وهو الرجوع من

الدين الحق إلى الباطل». أنيس الفقهاء ص ١٨٧.

أو: «هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر»، وأوضح من ذلك: «هو الخروج عن الإسلام بإتيان ما يُخرج عنه قولاً، أو اعتقاداً، أو فعلاً». معجم لغة الفقهاء (ردد).

(٢) سقطت من ب.

(٣) سبق تخريجه.

وأما وجوب قتل المرتد، فلقوله تعالى: ﴿سَدَّعُونَ إِلَى قَوْمٍ أُولِي بَأْسٍ شَدِيدٍ تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦]، قيل في التفسير: المراد به^(١): أهل الردة^(٢)؛ ولقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»^(٣)، ولحديث عمر الذي قدّمناه.

وارتد مستورد العجلي، فقتله علي بن أبي طالب رضوان الله عليه، وجعل ماله لورثته المسلمين^(٤).

٢٨٥٦ - فَصْل: [القتل قبل عرض الإسلام]

وأما من قتله قبل عرض الإسلام، فقد أساء، ولا شيء عليه؛ لأن القتل قد وجب بالكفر، وإنما يستحبّ عرض الإسلام لجواز أن يسلم، فإذا قتله فالقتل مستحقّ، فلا يلزمه ضمان.

٢٨٥٧ - فَصْل: [تأجيل القتل بطلب المرتد]

[قال]: وأما تأجيل المرتد، فقد ذكر بشر عن أبي يوسف أنه [إن] قال: أجلوني حتى أنظر في أمري، أجل ثلاثة أيام، لا يزداد على ذلك.

وقال محمد في السير الكبير: فإن لم يطلب المرتد الأجل، لم يؤجل ساعة، ويعرض الإسلام [عليه]، فإن أسلم وإلا قتل.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: يستتبه الإمام، فإن تاب وإلا قُتل مكانه،

(١) في ب (إنما عنى بها).

(٢) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٧٣٣.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) رواه عبد الرزاق (١٧٠/١٠)

وكذلك قال محمدٌ في السير الصغير، وليس هذا باختلاف روايةٍ، لكن إذا طلب التأجيل فإنما طلبه لينظر، فيجب أن يُمهّل حتى ينظر في أمره.

وإن لم [يطلب] ^(١) فهو موقوفٌ على رأي الإمام، فإن غلب في ظنه أنه إن أجّله أسلم [أجّله]، وإن لم يغلب ذلك في ظنه عجل قتله.

وإنما قدرّوا التأجيل بثلاثة أيام؛ لأنها أقصى مدة الارتياب، بدليل الخيار ^(٢).

٢٨٥٨ - فصل: كيفية توبة المرتد

وأما كيفية التوبة، فيجب أن يقول: أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً رسول الله، ويتبرأ من كلّ دينٍ سوى دين الإسلام، أو يتبرأ من الدين الذي انتقل إليه؛ وذلك لأنّ كلّ كافرٍ أخذنا عليه الإسلام لا بدّ من أن يتبرأ من الأديان، [أو] من دينه الذي كان عليه، فيقول اليهودي: إنّي بريءٌ من اليهودية، ويقول النصراني: إنّي بريءٌ من النصرانية؛ لأنّ منهم من يقول: إنّ محمداً رسول [الله] إلى العرب خاصّةً، فلا بدّ أن يتبرأ من الأديان لأجل ذلك.

فأما عبدة الأوثان، فيكفي في إسلامهم الشهاداتتان؛ لأنّ هذا [التأويل] يختصّ بأهل الكتاب، والمرتدّ كافرٌ ليس بوثنياً، فلا بدّ من أن يتبرأ من الدين الذي انتقل إليه، أو من الأديان.



(١) في أ (ينظر)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٢) انظر: الأصل ٤٩٢/٧، ٤٩٣.

٢٨٥٩ - فُصِّلَ: [تكرار الردة]

فإن تاب المرتد، ثم رجع فارتدّ، كان حكمه في الدفعة الثانية كالأولى، وكذلك الثالثة والرابعة.

وحكي عن علي بن أبي طالب وابن عمر: أن توبته تقبل في الثالثة، ولا تقبل بعد ذلك، وإنما^(١) يقتل^(٢).

لنا: ما روي أن أسامة بن زيد أراد أن يقتل رجلاً، فقال: لا إله إلا الله، فطعنه، فقال له رسول الله ﷺ: «قتلت رجلاً يقول: لا إله إلا الله؟ ومن لك بلا إله إلا الله يوم القيامة»، فقال: إنما قالها تعوّذاً، فقال: «هلاً شقت عن قلبه»؟^(٣)، فدلّ على أنه يُرْجَع في الإسلام إلى الظاهر؛ ولأنّ النبي ﷺ كان يقبل من المنافقين ظاهر الإسلام، وقد أطلعه الله تعالى على اعتقادهم، ولم يقتل، فدلّ على أن المعتبر ظاهر الإسلام.

ولأنّه إنّما قُبِلَتْ توبته في الدفعة الأولى والثانية؛ لإظهاره الإسلام، وهذا المعنى موجودٌ في الرابعة، وأمّا قوله تعالى: ﴿ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٣٧]، فلا دلالة فيها؛ لأنّه لم يذكر التوبة بعد الثالثة، وإنّما ذكر أنّهم ازدادوا كفرًا.

ولا يقال: إنّهُ إذا تکرّر الكفر منه وإظهار الإسلام دلّ على أنّه مستهزئٌ؛ وذلك لأنّ المعتبر بالظاهر على ما قدّمنا.

(١) في ب (ولكن).

(٢) ذكره السرخسي في المبسوط (٩٩/١٠)

(٣) رواه مسلم (٩٦)

قال في [المرة] (١) الرابعة إذا تاب: إنّه يضربه ويخلّي سبيله؛ وذلك لأنّه قد أتى منكراً بتكرار الكفر، فيؤدّب حتى يرتدع عنه فلا يعاوده (٢).

قال: وإن أُتِيَ به الإمام بعد الثالثة استتابه، فإن لم يتب قتله ولا يؤجّله، وإن تاب ضربه ضرباً وجيعاً، ولا يبلغ الحدّ، ثم يحبسه ولا يخرج من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة [٤٧٢/ب] ويرى من حاله أنّه قد أخلص؛ وذلك أنّه إذا عاد بعد الثالثة فقد عظم جرمه، فيزاد في عقوبته، ويحبس استظهاراً في أمره؛ لأنّه لما لم يمكن الزيادة في عدد الضرب لأنّ التعزير لا يبلغ الحدّ، ضمّ إليه الحبس.

٢٨٦٠ - فصل: [تكرار إفهام المرتد]

قال: قال أبو يوسف: وإذا فهم المرتد ولم يتكلم، رددت عليه حتى يعلم أنّك قد أفهمته، فإن لم يتكلم قتلته؛ لأنّ الدعاء إلى الإسلام غير واجب، وإنما يستحبّ، وقد فعل ذلك، فإمساكه (٣) عن الكلام لا يسقط القتل الواجب له.

٢٨٦١ - فصل: [معاملة المرأة المرتدة]

وإذا ارتدت المرأة الحرّة أو الأمة عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت قبّل منها، وإن أبت حبّست وأجبرت على الإسلام، وهذا قولهم، وكان أبو يوسف يقول: إنّها تقتل، ثم رجع.

والدليل على أنّها لا تقتل: أنّ كفرها الأصلي لا يُستحقّ به القتل؛ لأنّها

(١) في أ (المرأة)، والمثبت من ب.

(٢) (عنه فلا يعاوده) سقطت من ب.

(٣) في ب (وامتناعه).

ليست من أهل القتال، فكذلك الكفر الطارئ؛ ولأن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء، وهو عامٌ.

وإنما تُجبر على الإسلام؛ لأن المسلم لا يُقرّ على الكفر بعد التزامه الإسلام.

قال الحسن: والجبرُ الذي تجبر به المرأة: أن تحبس، ثم يخرجها في الأيام، فيعرض عليها الإسلام، فإن أبت ضربها أسواطاً، ثم يعرض عليها الإسلام، فإن أبت حبسها، ثم يخرجها كلَّ أيامٍ فيعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا ضربها، ثم يحبسها أبداً حتى تسلم.

وهذا صحيحٌ؛ لأنه لما لم نجز^(١) القتل وجب أن نعاقب بما يجري مجرى التعزير، والتعزير: الضرب [والحبس].

وقال أبو حنيفة: فإن كان مولى الأمة المرتدة محتاجاً ليس له من يكفيه خدمته، دفعها إليه تخدمه، وأمره القاضي أن يجبرها على الإسلام، وأرسل إليها القاضي كلَّ أيامٍ فيهددها ويضربها أسواطاً، يصنع بها أبداً ذلك حتى تموت أو تسلم؛ لأن منافع الأمة لمولاها، فكفرها لا يُسقط حق المولى، ويمكن الجمع بين التضييق عليها وبين الخدمة، فيفعل ذلك، وقد ذكر محمدٌ في السير الكبير حبس المرتدة، ولم يذكر الضرب^(٢).

٢٨٦٢ - فصل: [إقرار المرتد على رده]

قال: ولا يُقرّ الرجال المرتدون على الردة بجزيةٍ ولا رِقٍّ؛ لقوله تعالى:

(١) في ب (يجب).

(٢) السير الكبير (مع الشرح) ١٩٣٨/٥.

﴿ تَقْتَلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ ﴾ [الفتح: ١٦] ؛ ولأنّهم بالغوا في الكفر حين اعتقدوه بعد الإسلام ، فصاروا كعبدة الأوثان من العرب .

وإن لحقت المرتدة بدار الحرب ، [ثم سُبّيت] ، استُرقت وأُجبرت على الإسلام .

والأصل فيه: أن أصحاب رسول الله ﷺ استرقوا نساء أهل الردّة (١) ، وكانت أمّ محمد بن الحنفية منهم (٢) ؛ ولأنّها كافرةٌ لا تقتل كالأصلية .

فأمّا المرتدة في دار الإسلام فلا تسترقّ ؛ لأنّها من أهل دارنا ، والاسترقاق إنّما يثبت مع أهل الحرب خاصّةً (٣) .



(١) في ب (نساء بني حنيفة) .

(٢) رواه الواقدي في كتاب الردة كما في التلخيص الحبير (٥٠/٤) .

(٣) انظر: الأصل ٤٩٢/٧ وما بعدها .

بَاب حُكْمِ الْمُرْتَدِّ وَتَصْرُفِهِ فِيهِ



قال: وإذا ارتدَّ رجلٌ عن الإسلام، فما صنَّع في ماله من عتقٍ أو تدبيرٍ أو بيعٍ [أو شراءٍ] أو هبةٍ أو غير ذلك، فهو موقوفٌ في قول أبي حنيفة^(١)، فإن قُتِل أو مات أو لحق بدار الحرب على رُدِّته، بطل جميع ما صنع من ذلك، إلا أن يدَّعي ولدًا جاريةً له أنه ابنه، فإنه ابنه، وتكون أمُّه أمّ ولدٍ له.

وإن أسلم قبل أن يموت أو يقتل بدار الحرب، جاز جميع ما صنع من ذلك. وقال أبو يوسف: جميع الذي صنعه جائزٌ، أسلم [أو لم يسلم]، أو قتل أو مات أو لحق بدار الحرب.

(وقال محمدٌ: إن أسلم جاز جميع ما صنع من ذلك، وإن مات أو قُتِل أو لحق) (٢)، فجميع ما صنع من ذلك جائزٌ، كما يجوز للمريض في مرضه الذي مات فيه، فيجوز عتقه وهبته وصدقته ومحاباته من الثلث.

أمَّا أبو حنيفة فمن أصله: أن المرتد يزول ملكه عن ماله برُدِّته زوالاً مراعىً، فإن أسلم زالت المراعاة، فكأنه لم يزل مسلماً، وإن قُتِل على رُدِّته أو مات، أو لحق بدار الحرب فحكَّم الحاكم بلحاظه، بطل جميع تصرفه، وثبت نسب ولده والاستيلاء لأُمَّته.

(١) في ب (عند أبي حنيفة).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

وجه قول أبي حنيفة: أن الردّة أوجبّت إبّاحة دمه ، وحظر المال متعلّق بحظر الدم ؛ بدلالة قوله ﷺ: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»^(١) ؛ ولأنّ إبّاحة الدم توجب إبّاحة الأموال كالحربيّ ، ولأنّ الردة معنيّ يؤثّر في النكاح ابتداءً أو بقاءً ، فأوجب زوال الملك كالموت .

وإنّما جعل زوال الملك مراعيّاً ؛ لأنّ الإبّاحة تعلّقت بالكفر ، وهو مدعوٌّ إلى [الإسلام]^(٢) ، فإذا أسلم زالت أحكام الكفر عنه ، فكأنّه لم يرتدّ ، وإن قُتل على رّدته أو مات فقد استقرّ كفره ، فاستقرّ زوال الملك المتعلّق به .

وأما إذا لحق [بدار الحرب] ؛ فلأنّ اختلاف الدار يمنع من ثبوت حقّ من كان في إحدى الدارين فيما في الأخرى ، وكذلك نملك عليهم بالحيازة ويملكون علينا ، ولو جاز أن يثبت لنا حقّ فيما في دارهم ، لم يملكوه علينا بالحيازة ، وإذا انقطع الحقّ عمّا في دار الإسلام ، بطلت المراعاة .

وإنّما وقتّ^(٣) ذلك على حكم الحاكم باللحاق ؛ لأنّ انقطاع الحقوق باللحاق معنيّ مختلف فيه ، [فوقف]^(٤) حكمه على إنفاذ الحاكم ، كمسائل الاجتهاد .

وإذا ثبت ما قدّمناه ، وقف تصرّفه في ماله لوقوف ملكه ، فإن أسلم زالت المراعاة وتمّ ملكه ونفذ تصرّفه ، كما لو لم يزل مسلماً ، وأما إذا قتل أو مات أو

(١) رواه البزار في المسند ١١٧/٥ ؛ وأبو يعلى في المسند ٥٥/٩ ؛ وقال الهيثمي في المجمع : (رواه البزار وأبو يعلى ، وفيه محمد بن دينار ، وثقه ابن حبان وجماعةٌ ، وضعفه جماعةٌ ، وبقية رجال أبي يعلى ثقات) (١٧٢/٤) .

(٢) في أ (دار الإسلام) ، بزيادة (دار) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٣) في ب (وقف) .

(٤) في أ (فوجب) ، والمثبت من ب .

لحق، استقرّ زوال الملك في آخر جزء من أجزاء إسلامه، وانتقل المال إلى ورثته، فصار متصرفاً في مالهم، فلم ينفذ تصرفه.

وأما الاستيلاء وثبوت النسب؛ فلأنه^(١) يثبت في شبهة الملك، كما يثبت في الملك، ألا ترى أن الأب إذا ادّعى ولد جارية ابنه، ثبت النسب [فيه]، وكذلك المأذون إذا اشترى جاريةً وادّعى ولدها، ثبت نسبه منه، ووقوف الملك أقلّ أحواله أن يكون شبهة ملك، فيتعلّق به ثبوت النسب والاستيلاء.

وقد قال أبو حنيفة: إن مال المرتدّ موقوفٌ عليه وعلى ورثته، فإن تصرف وقف تصرفه، وإن تصرف الوارث لم يصحّ تصرفه وإن انتقل الملك إليه بموت المرتد؛ وذلك لأن الملك الموقوف على اثنين يجوز فيه تصرف أحدهما^(٢)، ألا ترى أن كسب المكاتب موقوفٌ عليه وعلى مولاه، ويجوز فيه تصرف المكاتب دون المولى؛ لأنه أخصّ به، والمرتد أخصّ بالمال، ألا ترى أنه يقدر على تملكه في الحال بأن يُسلم، والوارث لا يقدر على تملكه، فصار [١/٤٧٣] المرتدّ أخصّ،؛ فلذلك وقف تصرفه ولم يقف تصرف الوارث.

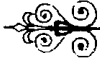
وأما أبو يوسف فقال: إن الردّة توجب القتل، ووجوب القتل لا يؤثر في جواز التصرف، ولا يغيّر حكم الملك، كوجوب القصاص.

وأما محمد: فجعل المرتدّ كالمریض، وجوز تصرفه فيما لا تبرّع فيه، وما كان من التبرّع جوزه من الثلث.

والوجه في ذلك: أن حال المرتدّ مخوفٌ؛ بدلالة أن من قتله من الناس لا

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (أحدهما).



شيء عليه ، فصار كحال المريض أو أخوف ؛ ولأنّ امرأته تبيّن منه بالردّة ، وترث إن مات وهي في عدّتها ، كما ترث امرأة^(١) المريض إذا أبانها في مرضه ، فعلى هذا: يجوز في قول محمدٍ شركته ومضاربتة وبيعه كما يجوز من المريض ، إلا المفاوضة خاصّة فإنّها لا تجوز ؛ لأنّ الكفر يمنع من المفاوضة مع المسلمين عنده^(٢) ، ككفر الذميّ .

وأما المرتدّة فيجوز تصرّفها في مالها ؛ لأنّ ردّها لا توجب إباحة دمها ، فلم يؤثّر ذلك في حكم مالها^(٣) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) انظر: الأصل ٤٩٥/٧ وما بعدها؛ السير الكبير (مع شرح السرخسي) ١٩٢٢/٥ وما بعدها .

بَاب ميراث المرتد

—•••••—

قال أصحابنا رحمهم الله: إذا مات المرتد، أو قُتِل، أو حَكَمَ بلحاظه الحاكم، فما اكتسبه في حال إسلامه لورثته من المسلمين، وقال الشافعي: هو فيء^(١).

لنا: ما وري أن علياً رضي الله عنه قتل المستورد العجلي حين ارتد، وجعل ميراثه لورثته من المسلمين^(٢)، وعن ابن مسعود مثل ذلك^(٣)؛ ولأن من لا يرثه ورثته من الكفار يرثه ورثته من المسلمين كالمسلم، ولأنه على حكم الإسلام، بدليل أنه لا يُمكن من التصرف في الخمر والخنزير، ويُجبر ولده على الإسلام، ومن ثبت له حكم الإسلام انتقل ماله إلى ورثته من المسلمين كالمجنون والصبي.

وأما ما اكتسبه الرجل في حال ردته، فهو فيء^(٤). [لنا]؛ لأنه كسب مباح الدم، فكان فيئاً كمال الحربي.

٢٨٦٣ - [فصل: ما كسبه المرتد في حال الإسلام]

وإذا ثبت أن ما كسبه في حال الإسلام لورثته من المسلمين، قال أبو حنيفة في إحدى الروايتين: من كان وارثاً في حال الردة وبقي على صفته في استحقاق الميراث إلى حين القتل، ورث.

(١) قال في مختصر المزني: «وميراث المرتد لبيت مال المسلمين، ولا يرث المسلم الكافر» ص ١٤٠؛ انظر: المنهاج ص ٣٤٤.

(٢) رواه عبد الرزاق في المصنف (١٠٥/٦).

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف (١٠٥/٦).

وقال في الرواية الأخرى: من كان وارثاً في حال الردّة، استحقّ الميراث بالموت وإن خرج من أن يكون وارثاً.

وجه الرواية الأولى: أنّ حكم الميراث يثبت بالردّة، ويقف مراعىً على الموت، وكلّ أمرٍ [ثبت] ^(١) في الحال واستند إلى حالةٍ سابقةٍ، اعتُبر فيه الطرفان، كإجازة البيع الموقوف، فعلى هذا من مات بعد الردّة قبل موت المرتدّ، لم يرث، وإن مات المرتدّ وامرأته في العدة، ورثت، فإن انقضت عدّتها قبل موته، لم ترث.

وجه الرواية الثانية: أنّ الملك ينتقل إلى الوارث في آخر جزءٍ من أجزاء الإسلام، فإذا استقرّ الانتقال بالموت لم يُعتبر تغيير حال الوارث بعد انتقال الملك إليه.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فما اكتسبه في حال الإسلام وحال الردّة سواءً، وذلك كلّه لورثته من المسلمين؛ لأنّ الردّة لا تؤثر في أملاكه عندهما.

٢٨٦٤ - فصل: [ديون المرتد]

وأما ديون المرتدّ، فروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنّ ديون المرتدّ كلّها فيما اكتسبه في حال (الردّة خاصّةً؛ فإن لم تف بالدين، كان الباقي فيما اكتسبه في حال الإسلام.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنّ ديون المرتدّ فيما اكتسبه في حال إسلامه، إلا أن لا يفي كسبه في حال إسلامه بدينه، فيكون ما بقي فيما كسبه في

(١) في أ (بقيت) والمثبت من ب.

حال^(١) ردّته .

وقال زفر والحسن: ما لحقه من الدين في حال الإسلام، فهو فيما اكتسبه في حال الإسلام، وما لحقه من الدين في حال الردّة، فهو فيما اكتسبه في حال الردّة، وروي مثل ذلك عن أبي حنيفة .

وجه رواية أبي يوسف: أن أموال المرتد تنتقل إلى ورثته برّدته، والديون تتعلّق بالمال الذي يكون على ملك الإنسان في حال الموت دون ما انتقل ملكه عنه قبل ذلك، كديون المسلم .

وجه رواية الحسن: (أنّ ما اكتسبه في حال^(٢) الإسلام موروثٌ عنه، وما اكتسبه في حال الردة في^٣، والدين يتعلّق بالمال الموروث .

وجه قول [الحسن و] زفر: أنّ كلّ واحدةٍ من الحالتين - أعني حال الإسلام والردة - لها حكمٌ في الملك كالحال الأخرى، فما يتعلّق بكلّ واحدةٍ من الحالتين من الدين يكون في كسبها دون غيرها، وصار كمالين لمالكين مختلفين .

وقال محمدٌ في الأصل: إذا جنى المرتد جنياً، لم تعقله^(٣) العاقلة؛ لأنّها تتحمّل عنه للنصرة، والمسلم لا يلزمه نصره [الكافر] المرتد^(٤) .

٢٨٦٥ - فُصِّل: [جناية المرتد ثمّ لحاقه بدار الحرب ثم توبته]

قال: وإذا ارتدّ الرجل عن الإسلام، فقتل رجلاً من المسلمين، أو أخذ

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (تحمّله) .

(٤) انظر: الأصل ٤٩٥/٧ .

مالاً ، أو قذف رجلاً مسلماً ، ثم لحق بدار الحرب مرتداً محارباً ، ثم جاء تائباً ، أُخِذَ بجميع ذلك ، وإن كان فعل ذلك بعد لحاقه بدار الحرب محارباً ، ثم جاءنا مسلماً ، لم يؤخذ بشيءٍ من ذلك .

أما ما فعله في دار الإسلام ثم لحق ثم عاد ، فإنه يُؤخذ منه ما يتعلق به حقّ الآدميين ، ويسقط ما كان حقاً لله تعالى ، مثل حدّ^(١) الزنا والشرب والسرقة .

فأما القصاص ، فهو حقّ لآدميٍّ ، وقد وجب^(٢) عليه ، فلحاقه بدار الحرب لا يسقطه كالدين ، وكذلك حدّ القذف المطالبة فيه لآدميٍّ ، فلا تسقط بالتأخير كالقصاص .

وأما حدّ الزنا والشرب [والسرقة] ، فإنها تسقط بالتأخير ، واللحاق بدار الحرب أكبر من التأخير .

وأما إذا لحق بدار الحرب ، ثم فعل شيئاً من ذلك ، ثم تاب ، لم يُؤخذ بشيءٍ منه ؛ لأنّه صار في حكم أهل الحرب ، والحربيّ إذا قتل مسلماً أو قذفه ، لم يؤخذ بذلك بعد الإسلام^(٣) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (توجه) .

(٣) انظر: الأصل ٤٩٢/٧ وما بعدها .

بَابُ مَنْ يَرِثُ الْمُرْتَدَّ

—•••••—

قال: قد بيّنا في الباب الأوّل، أنّ ميراث المرتد لورثته من المسلمين، وأنّ المعترف في إحدى الروايتين: من كان وارثاً في آخر جزءٍ من أجزاء إسلامه، وفي الرواية الأخرى: يعتبر الطرفان، فمن كان وارثاً في آخر جزءٍ من أجزاء إسلامه، وبقي كذلك إلى حين القتل أو الموت، استحقّ الميراث.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فإنّ ماله ينتقل إلى من كان وارثاً عند القتل أو الموت؛ لأنّ الردة عندهما لا تؤثّر في زوال الملك، وإنّما يزول بالموت، فينتقل إلى الورثة حينئذٍ [٤٧٣/ب].

قال: وأمّا إذا لحق المرتد بدار الحرب، وحكم الحاكم بلحاقه، فقال أبو يوسف^(١): ينتقل ميراثه إلى من كان وارثاً يوم يحكم الحاكم بلحاقه، وقال محمد: ينتقل عند الحكم باللحاق إلى (من كان وارثاً يوم)^(٢) اللحاق.

وجه قول أبي يوسف: أنّ مال المرتد بعد لحاقه موقوفٌ على ملكه، وإنّما يزول ملكه عنه بحكم الحاكم، فوجب اعتبار صفة الوارث عند زوال الملك، كما يعتبر (من كان وارثاً)^(٣) بعد الموت والقتل.

(١) فقال أبو يوسف) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.



وجه قول محمدٍ: أنّ اللّحاق هو السبب الموجب لقطع العصمة ، وزوال الأملّك إنّما يقف مراعىً على حكم الحاكم ، فإذا حكم زالت المراعاة ، وانتقل الملك باللّحاق السابق (إلى كلّ من كان وارثاً عنده ، وهذا كالمكاتب إذا مات ، أدّيت كتابته وانتقل ميراثه إلى من كان وارثاً)^(١) عند الموت ، ولا يعتبر يوم الأداء .

وأما الزوجة ، فقد ذكر أنّه يعتبر بقاءها في العدة عند الموت أو الحكم باللّحاق ، وهذا على إحدى الروايتين ، فأما الرواية التي اعتبر الطرف الأول ، فلا يعتبر [بقاء]^(٢) العدة إلى حين الموت .

وأما المرتدة إذا ماتت أو قُتلت ، انتقل ميراثها إلى من كان وارثاً عند الموت ؛ لأنّ ردّها لا تغيّر ملكها ، فصار موتها كموت المسلمة .

وأما إذا لحقت ، اعتبر من كان وارثاً عند الحكم في قول أبي يوسف ، وقال محمدٌ: يوم اللّحاق ، وقد بيّناه .

٢٨٦٦ - فصل: [الحكم في مال المرتد مناط بحكم الحاكم]

وإذا حكم الحاكم بلّحاق المرتدّ ، حكم بماله لورثته ، وأعتق مُدبّرَه وأمّ الولد ، [لأنّ حكم الحاكم باللّحاق يجري مجرى الموت ، فيعتق المُدبّر وأمّ الولد] ، وأما المكاتب فيؤدّي مال الكتابة إلى الورثة ، ويصير ذلك كموت المولى ، ويقوم الورثة مقامه في استيفاء [مال] الكتابة ، فإذا أدّاه عتق وكان ولاؤه للمرتدّ ، ولا يكون ولاؤه للمولى [الميت] .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (بها) ، والمثبت من ب .

وقال في الأصل: في مرتدّ مات ابنٌ له، والأبُّ حيٌّ، ثم قُتل الأب مرتدّاً، وللأب مولى، وللابن مولى أعتقه غير مولى الأب، فالميراث لمولى الأب، وليس لمولى الابن شيء؛ لأنّ الابن لم يبق على صفة الميراث إلى حين موت الأب، فيخرج من أن يكون وارثاً على إحدى الروايتين، فينتقل الميراث إلى مولى الأب، فكأنّه لم يكن له ابنٌ (١).



(١) انظر: الأصل ٤٩٧/٧ - ٥٠١، ٥٠٦.

بَابُ المرتدُّ يلحقُ بدارِ الحربِ ثم يرجعُ مسلماً



قال: وإذا ارتد الرجل فلحق بدار الحرب فحكم الحاكم بلحاظه، وقسم ماله بين ورثته، وأعتق مدبريه وأمّهات أولاده، ثم جاء مسلماً، فما كان من ماله قائماً في يد وارثه ردّ عليه، وما كان قد باعه الوارث أو ملكه أو أعتقه أو دبره أو استولده، فإن^(١) ذلك ماضٍ لا سبيل للمرتد عليه، ولا شيء على الوارث من ضمان ولا غيره، ولا على الذي ملكه على الوارث.

وجملة هذا: أن المرتد إذا عاد مسلماً بعد الحكم بلحاظه، فما وجد من ماله في يد وارثه بحاله، فهو أحقّ به؛ وذلك لأنّ المال ملك عليه بغير عوضٍ فما دام^(٢) على ملك من ملكه، جاز أن يثبت فيه حق الرجوع كالهبة، وأما ما زال ملك الوارث عنه، فلا رجوع له فيه، سواء زال بسبب يلحقه الفسخ كالبيع، أو بسبب لا يلحقه الفسخ كالعتق؛ لأنّ الملك زال، فصار كملك الموهوب له إذا زال، فيسقط الرجوع.

وأما من أعتقه الحاكم من أمّهات الأولاد والمُدبّرّين، فلا سبيل عليهم؛ لأنّ العتق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه، وأما مكاتب المرتد إذا أدّى إلى ورثته فعتق، لم يفسخ عتقه، فإن كان مال الكتابة في يد الوارث بحاله أخذه المرتد؛ وذلك لأنّ الوارث قام مقام المرتد في استيفاء مال الكتابة، فكأنّه أدّى إلى

(١) في ب (فكل).

(٢) في ب (كان).

المرتد ، فلا يفسخ عتقه .

وأما المال ، فإن كان بحاله يثبت فيه الرجوع كما يثبت في سائر أموال المرتد ، وإن كان زال ملك الوارث عنه لم يلزمه فيه ضمانٌ .

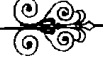
قال : فإن رجع المرتد من دار الحرب مسلماً قبل أن يحكم الحاكم بلحاظه ، فماله على حاله ، وكذلك مدبروه وأمهات أولاده ومكاتبوه ، لا يعتق منهم شيءٌ ، وهم على حالهم الأول ؛ لأنَّ حال المرتد مراعى ما لم يحكم باللحاق ، فإذا عاد مسلماً سقط حكم الردة ، وكأنه لم يزل على إسلامه .

وأما إذا لحق المرتد بشيءٍ من ماله معه ، ثم ظهر على الدار وأسر المرتد ، فماله الذي معه فيءٌ وما لحق به وما كسبه هناك ؛ وذلك لأنَّ المرتد إذا لحق [بدار الحرب] صار في حكم أهل الحرب ، فما معه من المال كمال الحربي ؛ ولأنه أخذه قبل استقرار حق الوارث فيه ، ألا ترى أنَّ حقَّ المرتد في ماله لا ينقطع إلا باللحاق ، وهو أخصَّ به من الوارث ، وإذا صار المال في دار الحرب ولم يتعلَّق به حقُّ مسلمٍ ، كان فيئاً .

قال : فإن عاد المرتد من دار الحرب بعد لحاقه ، فأخذ طائفةً من ماله ، وأدخله دار الحرب ، ثم ظهر عليه ، [فأسر وأخذ] ^(١) ما في يده ، فالورثة أحقَّ بالمال الذي أخذه حين رجع ، إن أصابوه قبل القسمة أخذوه بغير شيءٍ ، وإن أصابوه بعد القسمة أخذوه بقيمته .

وهذا على وجهين : إمَّا أن يرجع بعد الحكم بلحاظه ، (أو قبل الحكم

(١) في أ (فأشرف على) ، والمثبت من ب .



بلحاقه^(١)، فإن رجع بعد الحكم، فهو كما ذكروا، رواية واحدة؛ لأنّ الحاكم لما حكم بلحاقه انقطع عن حكم دار الإسلام، وصار حربياً، واستقرّ حقّ ورثته في ماله، فإذا عاد وأخذه فقد أخذ مال الوارث، فيأخذه قبل القسمة بغير شيء، وبعدها بالقيمة.

وأما إذا عاد قبل الحكم بلحاقه ففيه روايتان: قال في إحدى الروايتين: إنّه لا حقّ للورثة فيما أخذه، ويكون فيئاً؛ لأنّ اللحاق لم يستقرّ بحكم الحاكم، فإذا عاد انفسخ لحاقه وصار كأنّه أخذ ذلك المال معه ابتداءً.

وقال في الرواية الأخرى: إنّ عوده قبل الحكم بلحاقه، كعوده بعد الحكم؛ وذلك لأنّ عوده غير مستقرّ، ألا ترى أنّه لا يتمكن من المقام مع الردة في دار الإسلام، [فلم يصر بالعود من أهلها]^(٢)؛ لأنّه غير مطمئن، فصار كدخول الحربيّ، وكدخوله بعد الحكم^(٣).



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (فلما رضي بالعود صار من أهلها)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) انظر: الأصل ٥٠٩/٧.

بَابُ

المرتد يلحقُ بدارِ الحربِ بمالهِ وولدهِ وأهلهِ ثم ظهر المسلمون على جميع ماله وأهله وولدهِ

—•••••—

قال بشر بن الوليد ، عن أبي يوسف في نوادره: في رجل ارتدَّ عن الإسلام ، ولحق بدارِ الحرب هو وامرأته مرتدَّتين ، ومعهما أولادهما الصغار ، ثم وُلِد لأولادهما ولدٌ [٤٧٤/أ] ، ووُلِد لأولاد أولادهما ، [قال]: قال أبو حنيفة: إذا ظهر عليهم ، فإن الأب يُستتاب ، فإن تاب وإلا قُتِل ، وإن تابت المرأة وإلا حُبِسَتْ .

وقال في أولادهما الذين خرجا بهم من دار الإسلام ، وأولاد أولادهما: أستتبتهم ، فإن تابوا وإلا حُبِسوا .

وقال أبو يوسف [في الأب كما قال أبو حنيفة ، وقال] في الأمّ: إن تابت وإلا قُتلت ، ثم رجع أبو يوسف في المرأة إلى قول أبي حنيفة ، وقال في الأولاد: يُجبرون ولا يُقتلون ، وفي أولاد الأولاد: [لا] يُجبرون .

وجملة هذا: أن كلَّ مَنْ ثبت له حكم الإسلام بنفسه ، وهو ممّن يلزمه العقوبة في حال الإسلام إذا رجع عن الإسلام ، قُتِل إن كان ذكراً ، وإن كان أنثى حُبِسَتْ ، وقد بيّنا ذلك فيما تقدّم .

ومن ثبت له الإسلام بالدار أو بأحد أبويه^(١) ، أو أسلم بنفسه في حال لا يلحقه فيها العقوبة ، ثم ارتدَّ ، فإنه يُحبس ولا يُقتل ؛ لأنَّ من صار مسلماً بإسلام

(١) في ب (والديه) .

أبويه أو بالدار ، فإسلامه ضعيفٌ ، ألا ترى أنّه لا يستحقُّ به الثواب ، وإنّما يثبت له حكمًا ، فلم يجب القتل بالرجوع عنه ؛ ولأنّ القتل يسقط بالشبهة ، فإذا كان الإسلام ضعيفًا كان ذلك شبهةً في وجوب القتل .

فأمّا من أسلم في حال الصغر ، فقد اختلف في صحة إسلامه ، فأوجب ذلك ضعفًا فيه ؛ ولأنّه ممّن لا يستحقّ العقوبة بأفعاله ، فصار ذلك شبهةً مانعةً من وجوب القتل بعد بلوغه ، إلا أنّ هؤلاء يجبرون على الإسلام ؛ لأنّا حكمنا لهم بحكم الإسلام ، فسقوط القتل بردّتهم لا يمنع إجبارهم ، كالمراة .

وأما ولد الولد إذا كان [جده] ^(١) مرتدًا ، فأبوه مولودٌ في حال الردّة في دار الحرب ، فإنّه لا يُجبر على الإسلام ؛ لأنّ أباه لم يُحكّم له بحكم الإسلام ، ولو أجبرناه [لأجل جدّه] لأنّ جده ممّن يثبت له حكم الإسلام ، لوجب أن [يجبر] ^(٢) جميع الناس على الإسلام لإسلام آدم ونوح عليهما السلام ، ألا ترى أنّه ليس جدٌّ في ذلك أولى من جدّ .

وأما إذا كان ^(٣) ولد المرتد قد ثبت له حكم الإسلام بأن وُلد في حال الإسلام ، ثم خرج به أبوه مرتدًا ، فولد لهذا الولد وُلدٌ في دار الحرب ، فقد ذكر بشر عن أبي حنيفة : أنّه يُجبر على الإسلام ، وقال أبو يوسف : لا يُجبر .

وجه قول أبي حنيفة : أنّ الأب ثبت له حكم الإسلام بالدار ^(٤) ، وبأنّه وُلد ^(٥)

(١) في أ (أبوه) ، والمثبت من ب .

(٢) في أ (أن يخير) والمثبت من ب .

(٣) (إذا كان) سقطت من ب .

(٤) في ب (بالوالد) .

(٥) في ب (وبحدوثه) .

في حال الإسلام، فيجبر ولده على الإسلام، كولد المجنون لما ثبت لأبيه حكم الإسلام، أُجبر.

وجه قول أبي يوسف: أن الأب لم يثبت له حكم الإسلام بنفسه، وإنما ثبت ذلك للجدّ، وقد بينا أن الولد لا يُجبر على الإسلام تابعاً للجدّ.

وقال [محمد] في الجامع الصغير عن أبي حنيفة في الرجل وامرأته يرتدان عن الإسلام ويلحقان بدار الحرب، فتحمل امرأته في دار الحرب وتلد^(١)، ثم ظهر على ولدها، قال: هو فيءٌ، ويُجبر على الإسلام، وإن كان لولدها ولد، ثم ظهر على ولد الولد، كان فيئاً، ولم يجبر على الإسلام^(٢).

وهذا صحيحٌ على ما قدمنا؛ لأن الولد الذي حملته^(٣) في دار الحرب يثبت لأبيه المرتدّ حكم الإسلام، فيجبر على الإسلام، فأما ولد الولد، فلم يثبت لأبيه حكم الإسلام؛ لأنه ولد لكافرين في دار الحرب، فلو صار مسلماً لتبع جدّه في الإسلام، وهذا لا يصحّ.

قال ابن سَماعة في نوادره عن محمد: في رجل ارتدّ هو وامرأته جميعاً ولحقا بدار الحرب، ومعهما أولادهما صغاراً ذكوراً وإناثاً، والمرأة حاملٌ، فكبر أولادهم الصغار، وبلغوا، ووُلد لهم أولادٌ ذكورٌ وإناثٌ، وأولاد الذين بلغوا على دين أبيهم الذي صار إليه من الكفر، فولد لهم على ذلك، وبلغ أولادهم، وولدت المرأة الحامل، فكبر ولدها وقد وضعت أمّه في دار الحرب، فبلغ ووُلد له ذكورٌ

(١) في ب (بولد).

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٤٠١.

(٣) في ب (حمل به).

وإناثٌ، فبلغوا وهم وولده^(١) على دين أبيهم الكافر، وولد للرجل المرتدّ من امرأته المرتدة في دار الحرب أولادٌ، وبلغوا وولد لهم أولادٌ ذكورٌ وإناثٌ.

قال محمدٌ: أمّا أولاد الرجل والمرأة الذين لحقوا بهم من دار الإسلام من الإناث وأولاد أولادهم من الإناث أيضاً، فإنهنّ فيءٌ كلهنّ، فينبغي أن يجبر الأولاد من الإناث اللواتي لحق بهنّ أبوهنّ إلى دار الحرب وهنّ صغارٌ على الإسلام؛ لأنهنّ مرتداتٌ بارتداد أبويهنّ، ويجبر أيضاً أولادهنّ على الإسلام؛ لأنّ لأمهاتهنّ أصل الإسلام؛ وذلك لأنّ المرتدة نفسها تُسرقُ، فولد المرتدّ إذا كان أنثى أولى.

وأما قوله: ويجبر أولادهنّ على الإسلام، فهذا موافقٌ لما رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنّ الولد إذا حُمِل من دار الإسلام، فقد ثبت له حكم الإسلام بالدار، فيجبر ولده على الإسلام تابِعاً لأبيه لا لجده.

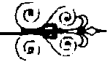
قال محمدٌ: فأما الكفار من أولاد الذين لحق بهم [أبوهم]^(٢) من دار الإسلام إلى دار الكفر من الرجال، وأولادهم أيضاً، فإنّي أجبرهم جميعاً على الإسلام [بالدار أو بأبيهم]، ولا يكونون فيئاً؛ وذلك لأنّ هؤلاء قد حكم لهم بحكم الإسلام بالدار أو بأبيهم، وكلّ ذَكَرٍ حكم له بحكم الإسلام لم يسرق.

قال محمدٌ: وكذلك الذي كان حملاً يوم ارتدّ أبواه وأولاد الحمل هم^(٣) جميعاً في الحكم بمنزلة الصغار الذين لحق بهم أبواهم [بدار الحرب]؛ لأنّ هذا

(١) (وهم وولده) سقطت من ب.

(٢) في أ (أبواه)، والمثبت من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.



الحمل حصل علوقه في دار الإسلام ، فحكم له بحكم الإسلام ، فلم يصر فيئا ، وكذلك ولده يثبت له حكم الإسلام [بأبيه] (١).

قال: وأما ما ولد للرجل والمرأة في دار الحرب (مما حُمِلَ به في دار الحرب) (٢)، فإنهم بمنزلة ما لحقوا به من دار الإسلام ، لأنَّ لآبائهم أصلاً [في] الإسلام ، فأجبرهم على الإسلام ولا أسترقتهم إذا كانوا ذكوراً ؛ لما قدّمنا أن من يثبت له حكم الإسلام بأبيه لم يسترق .

فأما [أولاد هؤلاء] (٣) الذين حُمِلَ بهم في دار الحرب ، فإنّي لا أجبرهم على الإسلام وأسببهم (٤) [كلّهم] ؛ لأنّا لو حكمنا لهم بالإسلام ، كان ذلك تابعا لجدهم ، وقد بيّنا أن الولد لا يلحق بالجدّ في الإسلام ، وكلّ كافرٍ في دار الحرب لا يجبر على الإسلام ، فإنّه يسترق كأولاد الحربيين .

قال محمدٌ: ولو أنّ رجلاً ارتد عن الإسلام هو وامرأته جميعاً ، ثم حملت من زوجها بعد ردّها ، ثم ولدت ، فهما مرتدان على حالهما ، فإن هذا الولد بمنزلة أبويه ، ولا أصلي عليه إن مات ، وإن مات أبواه قبله لم يرثهما مع إخوته الذين ولدوا له في إسلام أبويه ؛ وذلك [لأنّ الولد يصير مسلماً بإسلام أبويه ، وكافراً بكفرهما ، فإذا حملت به وهما مرتدان ، كان على حكم دينهما ، فلم يرثهما] ؛ لأنّ ميراث المرتد لورثته من المسلمين دون المرتدين .

قال: ولو أنّ هذا الرجل وامرأته لَحِقَا بدار الحرب ، ولحقا بولدهما الذي

(١) في أ (بأمه) ، والمثبت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في أ (أولادهما) والمثبت من ب .

(٤) في ب (وأسترقتهم) .

ولد لهما في دار الإسلام، وحُمل به في حال رِدَّتِهِمَا، ثم كبر هذا الولد في دار الحرب، فولد له أولادٌ وبلغوا، ثم سُبوا جميعاً، فإنّه يجبر هو وولده على الإسلام ولا يقتلون، ويسترقّ الإناث من ولده، ويسترقّ أيضاً [٤٧٤/ب] الصغار من الذكور.

فأمّا من أدرك من الذكور، فإنّه يجبر على الإسلام ولا يسترَقّ؛ وذلك لأنّ من حملت به وهما مرتدّان في دار الإسلام فقد ثبت له حكم الإسلام بالدار، وإن لم يثبت له بأبويه، فلذلك يجبر ولده على الإسلام.

وأما استرقاق الصغار من ولده؛ فلأنّهم لا يجبرون على الإسلام؛ (لأنّ الصغر يمنع من ذلك، فيسترقّون كأولاد أهل الحرب، والبالغ منهم يجبر على الإسلام)^(١) ولا يسترَقّ.

قال: ولو أنّ امرأةً مسلمةً زوجها مسلماً ارتدّت وهي حاملٌ من المسلم، فلحقت بدار الحرب، ثمّ سُبيت، كانت وولدها فيئاً، وكذلك رجلٌ مسلمٌ في دار الحرب وامرأته حربيةٌ فسبيت، كانت هي وولدها فيئاً؛ وذلك لأنّها لمّا سُبيت وهي حاملٌ، فالولد في حكم الجزء منها، فيسترقّ برقبها، إلا أن يثبت له حكم [الحرية]^(٢) بملك أبيه لأمّه أو بالغرور.

قال محمدٌ في السير الكبير: في الذميّ ينقض العهد ويلحق بدار الحرب: هو بمنزلة المرتدّ في جميع الأشياء، يقضى بلحاظه، ويورث ميراثه ورثته المعاهدين [كما يُصنع بالمرتدّ]، إلا أنّه مخالفٌ للمرتدّ [في خصلة، المرتدّ] لا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في أ (الجزئية)، والمثبت من ب.

يكون فيئاً ، وناقض العهد إذا أُسرَ كان فيئاً^(١) .

وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ من أصلنا أنَّ الذمي لا يصير ناقضاً للعهد بما يفعله في دار الإسلام [حتى يتحيّز ، فإذا تحيَّز انقطع حكمه عن ماله في دار الإسلام] وانتقل إلى ورثته المعاهدين ، كما ينتقل مال المرتد ، إلا أنَّه يسترَق ؛ لأنَّه لما نقض العهد عاد إلى أصل كفره ، فيسترَق ، كما كان يسترَق قبل العهد .

وأما المرتد ، فلا يعود إلى أصل الكفر ؛ لأنَّه يجبر على الإسلام [ولا يُسترَق] ^(٢)(٣) .



(١) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخسي) ٥/١٩٤٣، ١٩٤٤ .

(٢) في أ (والاسترقاق) ، والمثبت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٧/٥١٠ .



بَابُ

ارتدادِ الصبي ومن في معناه



إذا ارتدَّ الصبيّ عن الإسلام وهو يعقل ، فارتداده ارتدادٌ ، ولا يرث المسلم ولا يرثه ، فإن مات لم يُصَلَّ عليه ، ويُجَبَّر ولا يُقْتَل ، (فإذا بلغ على ذلك أُجْبِر على الإسلام ولم يقتل) (١) .

وجملة هذا: أن إسلام الصبيّ الذي يعقل الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد [إسلام] ، (وردّته ردةٌ ، وقال أبو يوسف: إسلامه إسلامٌ ، وردته ليست بردةٌ ، وقال زفر: لا يكون إسلامه إسلاماً) (٢) ، ولا رده ردةً (٣) .

وجه قولهما: ما روي أن علياً عليه السلام أسلم وهو صغيرٌ (٤) ، فحكم بإسلامه ، وافتخر بذلك في كلامه (٥) ؛ ولأن الإسلام يتعلّق بكمال العقل دون البلوغ ، بدلالة أن من بلغ غير كامل العقل لم يصحّ إسلامه ، والعقل يوجد في الصغير كما يوجد في الكبير .

وإذا ثبت أنه يصير مسلماً ، حكم برده إذا ارتدّ كالبالغ ؛ ولأن الإسلام عقدٌ من العقود ، والردة حلٌّ له ، فمن ملك العقد صحّ أن يحلّه كسائر العقود .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٥١١/٧ .

(٤) في التاريخ الكبير للبخاري (٦/٢٥٩): (عن عروة قال: أسلم علي عليه السلام وهو ابن ثمان سنين) .

(٥) في ب (خلافته) .



وجه قول أبي يوسف: أن الإسلام فيه منفعة، والكفر فيه مضرة، والصبي يجوز أن يجلب بأفعاله المنافع، ولا يجوز أن يجلب المضار، بدليل أنه لو قبل الهبة صح، ولو وهب لم يصح.

وأما زفر فقال: إن الإسلام والكفر طريقهما الأقوال، وأقوال الصبي لا يتعلق بها حكم، بدلالة الإقرار والبيع^(١).

وإذا ثبت أنه يصير مرتداً، لم يقتل؛ لأن القتل عقوبة، وإسلام الصبي ليس بكامل؛ لاختلاف الناس فيه، فلم يقتل بالرجوع عنه؛ ولأن القتل لا يجوز أن يتعلق بفعل الصبي كالقصاص؛ ولأن الإسلام والكفر يتبعان العقل، فيوجدان بوجوده، وما سوى ذلك من أحكام الإسلام والكفر هي أحكام شرعية، فيثبت بحسب ما أثبتته الشرع، وينتفي بحسب نفيه^(٢).

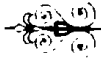
وإنما يجبر على الإسلام؛ لأننا حكمنا بصحة إسلامه، فلا يجوز أن يترك على اعتقاد الكفر.

قال: وإذا كان الصبي لا يعقل، [فارتداده ليس بارتداد، وكذلك المجنون؛ لما بيننا: أن الإسلام والكفر يتبع العقل]، فما لم يوجد العقل لم يتعلق بما يظهره حكم، فأما من يجن ويفيق، فإن ارتد في حال جنونه، لم يكن ذلك ارتداداً، فإن ارتد في حال إفاقته، فهو مرتد؛ لأن من يجن ويفيق، له في حال إفاقته حكم العقلاء، وفي حال جنونه حكم المجانين، فيختلف حكمه باختلاف الحالين.

قال: وإذا ارتد السكران الذاهب العقل، لم تبين منه امرأته في الاستحسان،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (ما ينفيه).



قال الحسن عن أبي حنيفة: فإذا أفاق السكران الذاهب العقل^(١)، فأنكر أن يكون ارتدَّ، كُفَّ عنه وتُرك، وكذلك لو سُقي شيئاً فذهب عقله أو أصابه برسام^(٢) فهذى وارتدَّ، لم يكن كُفراً ولا ردةً، وكذلك لو كان معتوهاً أو ممسوساً أو مغلوباً على عقله بوجهٍ من الوجوه.

وقد كان القياس عندهم في السكران إذا ارتدَّ: أن تبين امرأته؛ لأن كلمة الكفر سببٌ من أسباب الفرقة، فصار كسائر ألفاظ الطلاق.

وجه الاستحسان: أن الردة ليست بفرقة، وإنما تقع الفرقة باختلاف الدين، والسكران لا يُحكّم بكفره، فلا تقع الفرقة التابعة للكفر.

قال محمدٌ في رجلٍ أكره [في ملك العدو]^(٣) على أن يرجع عن الإسلام، فرجع، ثم خلّى عنه، [هل تبين امرأته منه]؟ قال: القياس أن تبين امرأته، ولكن أدع القياس ولا أبينها منه.

وقال الحسن عن أبي حنيفة فيمن أكره على الكفر: فلم يكن بذلك كافراً، ولم تبين منه امرأته، وصلى عليه، ويرث أباه المسلم.

قال الحسن: وفيها قولٌ آخر: أنه يكون مرتدّاً في الظاهر، وهو فيما بينه وبين الله تعالى على الإسلام إن كان مخلصاً بقلبه، وتبين منه امرأته، ولا يُصلّى عليه إن مات، ولا يرث أباه إن مات مسلماً، وبه نأخذ.

وجه قولهم: أن الكفر والإسلام يتعلّق بالاعتقاد، وإنما يرجع إلى ما يظهره؛

(١) (الذاهب العقل) سقطت من ب.

(٢) البرسام: علةٌ يُهدى فيها. انظر القاموس المحيط (برسم).

(٣) في أ (على الكفر)، والمثبة، من ب.



لأن الظاهر أنه مصدق في إخباره ، فإذا كان مكرهاً زال الظاهر ، فلم يتوصل إلى حقيقة اعتقاده ، فبقي على ما كان عليه .

وجه قول الحسن : أن التعبد في الإسلام والكفر بالظاهر دون الاعتقاد الذي لا يتوصل إلى معرفته ، فوجب أن يحكم بما يظهره من الكفر .

قال بشرٌ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في الصبيّ يكون أبواه مسلمين ، فكبر كافراً ، ولم يسمع منه الإقرار بالإسلام بعدما أدرك: إن هذا لا يقتل ولكن يُحبس ، وإنما يقتل الذي يقرّ بالإسلام بعدما يدرك ثم يكفر ؛ لأنّ الأول لم يجب عليه الحدود ، والأحكام في كسبه [قبل الردة] ^(١) في قياس قول أبي حنيفة ؛ وذلك لأنّه لم يصِر مسلماً بفعله ، وإنما صار مسلماً على طريق التبّع ، فلم يجب عليه القتل بالردة ؛ إلا أنه يجبر على الإسلام ، ومن لا يقتل بكفره [لا يُقرّ على الردّة كالمرأة] ^(٢) .

فأمّا إذا اعترف [أ/٤٧٥] [بالإسلام] بعد البلوغ ، أو وصفه ، فإنّه يقتل إذا ارتد ؛ لأنّه صار مسلماً بفعله لا على طريق التبّع في حالٍ يجوز أن يلزمه العقوبة منها .



(١) في أ (فحكم أكسابه لا يتغير) ، والمثبت من ب .

(٢) في أ (مثل المرأة) ، والمثبت من ب .

بَابُ المرتد يولد له بعد الردة

—•••••—

قال هشام: وسألت محمداً عن رجلٍ وامرأته مسلمين ارتدا معاً، ثم اكتسب المرتد مالاً في رده^(١)، ثم جاءت المرأة بولدٍ وهي مرتدةٌ، أو كانت له أمةٌ يهوديةٌ أو نصرانيةٌ، فجاءت بولدٍ بعد الردة، قال محمداً: إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، ثم قُتل الأب على رده أو لحق بدار الحرب، فإن هذا الصبي يرث مع ورثة المرتد كل مال كان له قبل الردة، وأمّا ما اكتسب بعد الردة، فهو فيءٌ، ولا يرثه أحدٌ من ولده الذين ولدوا له في الردة.

قال هشام: أظنّ أنّ هذا قول أبي حنيفة، وهذا صحيحٌ؛ لأنها إذا جاءت بالولد بعد الردة لأقل من ستة أشهر، فقد علقته به في حال الإسلام، فحكم له بحكم الإسلام، فصار كبقية الورثة المسلمين، وأمّا إذا وضعت لسته ستة أشهر فصاعداً، لم يتيقن أنّها علقته به قبل الردة، فلم يحكم بإسلامه، فلم يرث.

قال هشام: فأما إذا ارتد الرجل ولم ترتد امرأته، أو كانت له أمٌ وولدٌ مسلمة^(٢)، فجاءت بولدٍ لأكثر من ستة أشهر [من] يوم ارتد، فإنه يرث مع ورثته [من] المسلمين.

قال هشام: إنّما لا يرث الولد إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر والأب مرتدٌ

(١) (في رده) سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

والأم مرتدة، وهذا صحيح؛ لأن الأم إذا كانت مسلمة، فالولد مسلم بإسلامها، فيرث المرتد كما يرثه بقية الورثة.

قال: وإذا مات الرجل عن امرأته، وهي مسلمة حامل، ثم ارتدت ولحقت بدار [الحرب]، فإن ولدت هناك، فإنه لا شيء عليه، وهو مسلم بإسلام أبيه، وله الميراث؛ لأنها علقت به في حال الإسلام، فحكم بإسلامه، ولم يتغير ذلك بردتها. وأما إن سُبيت قبل أن تلده، ثم ولدته في دار الإسلام، فهو مسلم [بإسلام أبيه]، وهو مملوك، وميراثه لورثته بمنزلة ميراث المرتد؛ وذلك لأنه في حكم الجزء من الأم، فيرق برقبها، ولا يرث أباه؛ لأن المملوك لا يرث. [وقوله: وميراثه لورثته: يعني ميراث الأب].

وقال بشر عن أبي يوسف في الإملاء: في المرتد يتزوج مسلمة في حال رده، فتلد له غلاماً، أو يطاء أمة مسلمة، فتلد غلاماً: إنه يكون ابنه، وهو مسلم، يرث المرتد إن قتل على رده أو مات، وهذا قول أبي حنيفة.

وإن كانت أمه كافرة، لم ترث؛ وذلك لأنه يصير مسلماً بإسلام أمه، فيرث المرتد كما يرثه المسلمون، وأما إذا كانت أمة كافرة فقد اجتمع أبواه على الكفر، فلا يحكم له بحكم الإسلام.

وأما إذا ولد وهما مسلمان، ثم كفرا، لم يكن كفرهما كفراً له ما دام في دار الإسلام؛ وذلك لأنه يبقى على حكم إسلامه لأجل الدار، ألا ترى أن اللقيط في دارنا نحكم له بإسلامه بالدار، وكذلك المسيبي إذا لم يكن معه أحد أبويه، فكذلك هذا المولود لما انقطع عنه حكم أبويه^(١).

(١) انظر: الأصل ٤٠٩/٧ وما بعدها.



بَابُ السيرة في البغاة^(١)



قال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا وقعت الفتنة بين المسلمين ،
فَينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ، ولا يخرج في الفتنة .

وقال: إن كان الناس مجتمعين على إمام مسلم^(٢) ، والناس آمنون ، والسُّبيل
آمنةٌ ، فخرج أناسٌ منهم ينتحل إلى الإسلام على أهل^(٣) الجماعة ، فينبغي
للمسلمين أن يعينوا إمام الجماعة ، وإن لم يعينوه^(٤) على ذلك لزموا بيوتهم ولم
يخرجوا مع الذين خرجوا على إمام الجماعة (ولم يعينوهم ، ولم يخلعوا يداً من
طاعةٍ ، كان الذين خرجوا على إمام الجماعة)^(٥) من الخوارج أو من غيرهم ،
وهذا قول زفر وأبي يوسف .

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي
حَتَّى تَقَىَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] ، فهذا يدل على أنه يجب قتال الفئة الباغية ؛
ولأنَّ علي بن أبي طالب رضي الله عنه قاتل من خرج عليه بحضرة الصحابة (من غير

(١) «البغاة: جمع باغ ، من بَغَى على الناس: ظلم واعتدى ، وفي عرف الفقهاء: الخارج من طاعة

الإمام الحق بغير حق» . الجوهرة ص ٣٥٧ .

(٢) في ب (من المسلمين) .

(٣) في ب (إمام) .

(٤) في ب (يقووا) .

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب .

خلافٍ؛ ولأنَّ البغاة يفرِّقون جماعة المسلمين ويُطمعون عدوهم فيه^(١)،
[ولأنَّهم ارتكبوا معصيةً بمخالفة الجماعة]، فيجب صدَّهم عن ذلك.

والذي روي أنَّ ابن عمر قعد في الفتنة^(٢)، وكذلك جماعةٌ من الصحابة،
فيجوز أن يكون لم يكن بهم قدرة، ومن لا غناء في حضوره القتال، لا يلزمه
القتال^(٣) والحضور.

والذي قال أبو حنيفة: إنَّه يعتزل الفتنة ويلزم بيته، إنما يريد به: إذا لم يكن
هناك إمامٌ يدعوه إلى القتال، فأما إذا دعاه الإمام إلى القتال، وعنده غناء، وفيه
قدرة، لم يسعه التخلف عن ذلك.

قال الحسن: وكان أبو حنيفة يقول: [ينبغي] للإمام إذا بلغه أنَّ الخوارج
يشهرون^(٤) السلاح ويتأهبون [للخروج] لقتال الجماعة أن يأخذهم ويحبسهم
حتى يمتنعوا عن ذلك، ويحدثوا توبةً؛ لأنَّ العزم على الخروج معصيةٌ، فيجب
على الإمام أن يزرهم عنها؛ ولأنَّه إذا حبسهم قطعهم بذلك عن الخروج، وكفى
المسلمين مؤنتهم.

والذي روي أنَّ علياً عليه السلام كان يخطب، فسمع رجلاً يحكّم من ناحية
المسجد، فقال: (كلمة حقٌّ أريد بها باطلٌ، إنَّا لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) أخرجه أحمد (٤٨٧١)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٩٣/٧): (رجاله رجال الصحيح غير يحيى بن حبان ووثقه ابن حبان).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (يشترون).

الله فيها، ولا نمنعكم حقكم في الفياء) (١)، ولم يحبسهم، فيجوز أن يكون لم يعلم أنهم على عزم الخروج؛ فلذلك لم يتعرّض لهم.

قال: وإن لم يعلم الإمام حتى تعسكروا وتأهبوا لقتال الجماعة، فينبغي للإمام أن يبعث إليهم من الجند من يقاتلهم، وينبغي للمسلمين أن يسارعوا في ذلك ويقاتلوهم، فإذا لقوهم (٢) فحسن أن يدعّوهم إلى العدل وإلى رأي الجماعة، وأن يدعّوا ما هم عليه، فإن أبوا أن يجيبوا إلى ذلك قاتلوهم، وإن لم يدعّوهم إلى ذلك حتى قاتلوهم فلا بأس بذلك.

وإنما وجب أن يقاتلوهم إذا عسكروا؛ لأن في تركهم تقوية لهم وتمكيناً لهم من أذية المسلمين، ومن الغلبة على بلادهم، فيجب أن يعجل المسلمون كفّهم.

وأما الدعاء قبل القتال؛ فلأن علياً عليه السلام أنفذ ابن عباس، فدعا أهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم (٣)؛ ولأن من بلغته الدعوة يستحب (٤) أن يدعى قبل القتال، والبغاة قد بلغتهم كلمة العدل؛ ولهذا قال: وإن قاتلهم قبل الدعاء، فلا بأس.

قال: فإذا قاتلهم فهزم أهل العدل الخوارج، وللخوارج فئة يلجئون إليها، فينبغي لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم، وأن يجهزوا على جريحهم، وأن يقتلوا أسيرهم؛ وذلك لأن الواجب [٤٧٥/ب] أن يقاتلوا حتى يزول بغيتهم، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩]، ومتى كانت لهم فئة يرجعون إليها،

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٨٤/٥)؛ والبيهقي في الكبرى (١٤٨/٨)؛ وأصله في مسلم (١٠٦٦).

(٢) في ب (قاتلوهم).

(٣) رواه أحمد في المسند (٦٥٦)؛ وصححه الحاكم في المستدرک (١٦٦/٢)، ووافقه الذهبي.

(٤) في ب (لا يجب).

فالمولّي لم يزل بغيه ؛ لأنّه ينحاز إلى البغاة ، فيعود إلى القتال ، فلذلك جاز قتله .
وكذلك الجريح لا يؤمن أن يبرأ فيعينهم على القتال .

وأما الأسير ، فإن رأى الإمام أن يقتله قتله ؛ لأنّ البغي لم يزل بأسره ، وإن رأى أن يخلّي عنه ، فعل ؛ لأنّ عليّاً رضوان الله عليه كان إذا أخذ أسيراً استحلفه أن لا يعين عليه ، وخلاًه ، وإن رأى الإمام أن يحبس الأسرى حتى يتوب أهل البغي ويعودوا ، فعل .

فأمّا إذا لم تكن لهم فئةٌ ، فلا يتبع موليتهم ، ولا يجهز على جريحهم ، ولا يقتل أسيرهم ؛ لأنّ عليّاً عليه السلام هكذا فعل بالبصرة^(١) ؛ ولأنّ المقصود إزالة بغيهم ، وقد حصل ذلك بالهزيمة ، فلا معنى للقتل .

قال : وإن تاب أهل البغي ، وفي يديه منهم أسرى ، فله أن يحبسهم حتى يحدثوا توبةً ، ثم يخلّي سبيلهم ؛ لأنّهم على معصيةٍ ، فله أن يزجرهم بالحبس عنها^(٢) .

قال : وإذا ظهر أهل العدل بما في [يد] عسكر [أهل البغي من سلاح أو كراع ، وللخوارج فئةٌ ، فلا بأس أن يقسم ذلك على أهل] العدل ليستعينوا به على قتال أهل البغي ، فإذا وضعت الحرب أوزارها ، ردّ ذلك على أهله ، وإنّما جاز الاستعانة بسلاحهم إذا احتاج أهل العدل إلى ذلك ؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وآله أخذ من صفوان أدرعاً له بغير اختياره^(٣) ؛ ولأنّّه يجوز للإمام أن يأخذ سلاح المسلم إذا

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٥٣٧/٧) ؛ والبيهقي في الكبرى (١٨١/٨)

(٢) انظر: الأصل ٥١٢/٧ ، ٥١٣ .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٦٣) ؛ وصححه الحاكم في المستدرک (٥١/٣) على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .

احتاج إليه ، فلأن يأخذ سلاح أهل البغي أولى ، فإذا استغنوا عنه أمسكه لهم ؛ لأنه لا يملك مالهم بالغلبة ، وإنما يمنع منه حتى لا يستعينوا به على أهل العدل ، فإذا زال بغيهم أمن هذا المعنى فيجب ردّه عليهم (١).

وأما ما سوى الكراع والسلاح من المتاع ، [والذي به منفعةٌ ، لا يجوز قسمته] ، فيرفعه (٢) حتى إذا وضعت الحرب أوزارها ، وتاب أهل البغي ، ردّ ذلك ؛ لأنّ مالهم لا يجوز أن يغنم ؛ بدلالة ما روي أنّ علياً عليه السلام قال في أهل البصرة: (لا يُغنم لهم مالٌ ، ولا تسبى ذريّةً) ، وإنما يمنع منهم الأموال لما في ذلك من المصلحة ، فإذا زال بغيهم ردّت أموالهم عليهم .

قال: وما أصاب [الخوارج] من أهل العدل ، أو أصابه أهل العدل من الخوارج ، [من] دمٍ أو جراحةٍ أو مالٍ استهلكه أحد الفريقين على صاحبه ، فذلك موضوعٌ كلّهُ ، لا يجب لأحد الفريقين على صاحبه ضمانٌ ، وما كان باقياً في يد كلّ واحدٍ من الفريقين فهو مردودٌ (٣) على صاحبه .

والأصل في ذلك: ما روي عن الزهري أنّه قال: (وقعت الفتنة ، فأجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وهم متوافرون: أنّ كلّ دمٍ أريق بتأويل القرآن ، فهو هدرٌ ، وكلّ مالٍ أتلّف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه ، وكل فرج استحل بتأويل القرآن ، فلا حدّ فيه ، وما كان قائماً بعينه ردّ) (٤).

(١) انظر: الأصل ٥١٣/٧ .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) في ب (موقوف) .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ١٢١/١٠ ؛ والبيهقي في الكبرى ١٧٥/٨ .

وقد قال محمدٌ: إنِّي أفتهم إذا تابوا أن يضمّنوا^(١) [ما أتلّفوه] ، ولا أجبرهم عليه ؛ لأنّهم أتلّفوه بغير حقٍّ بعد جريان الأحكام عليهم ، فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله ؛ فلذلك يفتون بالضمان .

وقد قال أصحابنا: إنّ ما فعلوه قبل التحيِّز والخروج يؤخذون به ، وكذلك ما فعلوه بعد تفرّق جمعهم ؛ لأنّهم من [أهل] دار الإسلام ، ولا منعة لهم ، فصاروا كسائر المسلمين ، وما فعلوه في حال^(٢) التحيِّز ، فلا ضمان فيه على ما بيّنا .

قال: فإن استعان أهل البغي بقومٍ من الذمّة ، فقاتلوا معهم ، فهم بمنزلة الخوارج في الحكم فيما أصابوا وما أصيب منهم ، ولا يكون إعانة أهل الذمّة للخوارج نقضاً منهم للعهد ، ولا يسترَقُّ^(٣) أهل الذمّة إن قُدِرَ عليهم ، ولا يقسم لهم مالٌ ، وهم في جميع أحكامهم بمنزلة أهل البغي في الحكم ؛ وذلك لأنّ أهل الذمّة بمعونتهم للخوارج لم يخرجوا عن كلمة^(٤) المسلمين ، ألا ترى أنّ الخوارج يدعون إلى الإسلام ، وإذا لم يخرجوا عن جماعة المسلمين ، فإنما فعلوا معصيةً ، ومعاصي أهل الذمّة لا تنقض عهدهم ما لم يتحيّزوا عن المسلمين ، وإذا بقي عهدهم ، صاروا في الحكم كأهل البغي .

قال: ولا بأس أن يقاتل أهل البغي بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المشركين من سائر أنواع القتال: من رميهم بالنار ، والمنجنيق ، وتغريقهم بالماء ، والغارة عليهم ليلاً ونهاراً ، وإذا كانوا غارّين أو كانوا غير غارّين ؛ لأنّ قتالهم

(١) في ب (يغرموا) .

(٢) في ب (ذلك) .

(٣) في ب (يسبى) .

(٤) في ب (جملة) .

واجبٌ كوجوب قتل الكفار، فما جاز أن يفعل بأحدهم، جاز أن يفعل بالآخر؛ ولأنَّ المقصود إزالة بغيهم، كما أنَّ المقصود في الكفار إزالة كفرهم، فجاز التوصل إلى ذلك بكلِّ آلةٍ.

قال: وما كان مع أهل البغي من نساءٍ أو صبيانٍ أو شيوخٍ أو عميانٍ أو زمنى، لم يُقتل أحدٌ منهم؛ لأنَّهم ليسوا من أهل القتال، فلم يكن بتقيتهم تبقية المعين^(١)؛ لأنَّ هؤلاء لا يقتلون إذا كانوا كفاراً، فإذا كانوا بغاةً أولى.

قال: وأهل البغي إذا أمَّنوا فهو جائزٌ، فمن جاز أمانه لأهل الحرب جاز أمانه لأهل البغي، لقوله ﷺ: «ويسعى بذمتهم أدناهم»^(٢)؛ ولأنَّه إذا جاز أن يبذل الأمان للكفار إذا كان في ذلك مصلحةٌ، فلأنَّ يجوز بذله لأهل البغي أولى، إلا أنَّ الكفار يجوز أن يؤخذ منهم مالٌ على الأمان، ولا يجوز أن يؤخذ من أهل البغي؛ لأنَّ الكافر يجوز إقراره على الكفر بالجزية، والباغي لا يجوز إقراره على البغي بالجزية، إلا أنَّ هذا المال يحبسه الإمام فلا يُردُّ عليهم حتى يزول بغيهم، كما يفعل بسائر أموالهم.

قال محمدٌ في السير الصغير: رأيت ما أخذ من أسيرٍ حرٍّ أو عبدٍ قد كان يقاتل مع أهل البغي والعسكر على حاله يقاتل أهل العدل، قال: من أخذوا من أولئك قتلوه؛ لأنَّ العبد من أهل القتال، فهو كالحرٍّ، فإنَّ أخذوا عبداً يخدم مولاه، لم يقتل، ولكن يحبس حتى يزول البغي؛ وذلك لأنَّه لم يوجد منه بغيٌّ؛ لأنَّه لم يفعل القتال ولا حضر له، إلا أنَّه يحبس كما تحبس عنه أمواله [عندنا].

(١) في ب (البغي).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٥٣٠)؛ والنسائي (٤٧٣٤)؛ والحاكم في المستدرک (٢٦٢٣) وقال: (صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي.



قال: فإن أخذ الكراع باعه وحبس ثمنه ، وهذا إذا لم يكن بالمسلمين إليه حاجة ، وإنما باعه ؛ لأنه إذا حبسه التزم عليه مؤونة تأتي على قيمته ، فكان البيع أنفع لصاحبه .

قال: وإذا قاتل النساء مع أهل البغي ، فلا بأس أن يُقتلن في حال قتالهن ؛ وذلك لأن المرأة لا تُقتل لأنها ليست من أهل القتال ، فإذا فعلت القتال ، فقد صارت من أهله ، فتقتل كما تقتل الحربية إذا قاتلت .

قال محمدٌ في الأسير من أهل العدل يكون في أيدي أهل البغي ، (والتجار من أهل العدل يكونون في أيدي أهل البغي) ^(١) ، فيقتل رجلاً من التجار أو يقطع يده ، ثم [٤٧٦/أ] يظهر عليهم أهل العدل: لم يقتص من بعضهم لبعض ، وكذلك الأسرى إذا فعل بعضهم ببعض ذلك ؛ لأنهم فعلوا ذلك في موضع لا يجري فيه أحكامنا ، فلم نأخذهم به ، كما لا نأخذهم بما فعل في دار الحرب ^(٢) .



(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: الأصل ٥١٢/٧ وما بعدها .

بَاب في قضاة أهل البغي

قال الحسن عن أبي حنيفة: لو أن قاضياً من الخوارج قضى بين رجلين بقضية، وهو في عسكر الخوارج، ثم اختصموا في ذلك إلى قاضي أهل العدل، لم يجز ذلك، قال: فإن كتب قاضيهم كتاباً إلى قاضي الجماعة في حقّ لرجلٍ قد قامت به بيّنةٌ عنده من الخوارج أو من غيرهم، فلا ينبغي لقاضي الجماعة أن ينفذ كتاب قاضي أهل البغي؛ وذلك لأنّ الباغي فاسقٌ، وحكم الفاسق لا يجوز؛ ولأنّهم يستحلّون أموالنا، فلا نأمن أن يقضوا علينا بالباطل على طريق الاستحلال.

فأمّا إذا ولىّ البغاة رجلاً من أهل العدل، فقضى بقضايا، ثم رفع حكمه إلى قاضي الجماعة، أنفذ حكمه؛ لأنّ شريحاً قضى^(١) في أيام بني أمية، وكانت قضاياها تنفذ بين السلف، وكذلك أحكام [من حكم من] بني أمية، ثم لم ينقضها^(٢) عمر بن عبد العزيز؛ ولأنّ تنفيذ الأحكام طريقه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك أمرٌ لازمٌ لجماعة المسلمين، وإنّما لا يقدر العامة على تنفيذه، فإذا مكّن الخوارج رجلاً من المسلمين، فقد قدر على تنفيذ الأحكام، فينفذ حكمه.

قال: ولا ينبغي لقاضي الخوارج أن يقضي بشهادة الخوارج؛ لأنّهم ما لم يخرجوا ففسقهم من طريق [الاجتهاد]^(٣)، فلا يمنع ذلك قبول شهادتهم، فإذا

(١) في ب (ولي القضاء).

(٢) في ب (يعترضها).

(٣) في أ (الاعتقاد)، والمثبت من ب.

خرجوا ففسقهم بالفعل ، والفسق بالفعل يمنع قبول الشهادة .

قال محمدٌ: إذا كتب قاضي أهل البغي إلى قاضي أهل العدل كتاباً ، فإن علم أنه حكم بشهادة أهل العدل ، نفذه ؛ لما بيّننا أن حكمه جائزٌ ، وإن كان لا يعلم أنه حكم بشهادة أهل العدل^(١) ، فإنّي لا أرى أن أجز كتابه ؛ لأنّ الظاهر أن الشهود في دار البغي من أهل البغي ، فما لم يعلم حالهم ، لم يجز أن ينفذ الحكم .

قال: ولو قطع في المصر الذي غلب عليه أهل البغي يد رجلٍ ، أو قتل عمداً ، فرفع ذلك إلى القاضي ، [أيحكم] ^(٢) بينهما [كما يحكم بين أهل العدل؟ قال: نعم] ، و يقيم الحدود في المصر كما يقيم أهل العدل ، ويستوفي القصاص ؛ وذلك لما بيّننا أن تنفيذ الأحكام يجب على كلّ مسلمٍ ، وإنّما لا يقدر على التنفيذ ، فمن قدر على ذلك لزمه تنفيذه .

قال: وما أصاب أهل البغي من القتل والأموال قبل أن يخرجوا أو قبل أن يحاربوا ، ثم صالحوا بعد الخروج على أن يبطلوا ذلك ، لم يجز ، ويؤخذون بذلك ؛ لما بيّننا أن ما أصابوه قبل الخروج مضمونٌ عليهم ، فإذا صالحهم الإمام على إسقاط ذلك ، لم يجز ؛ لأنّ الإمام لا يملك إسقاط حقوق المسلمين .

قال: وكذلك ما أخذوه ولا منعة لهم ؛ لأنّهم ما لم يمتنعوا فهم في أحكامهم كالمسلمين ، يجري عليهم الضمان كما يجري على سائر المسلمين^(٣) .



(١) في أ هنا زيادة (نفذه) .

(٢) في أ (حكم) والمثبت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٥١٧/٧ ، ٥١٨ .



بَاب ما يصنعُ بقتلى أهلِ العدلِ وأهلِ البغي



قال أبو الحسن عليه السلام: قتلى أهل العدل شهداء، يُصنع بهم ما يُصنع بالشهداء، يدفنون بدمائهم، ولا يغسلون، ويصلى عليهم، وقال الشافعي: يغسلون^(١).

والأصل في ذلك: ما روي أنّ عمار بن ياسر أوصى أن لا يغسل^(٢)، وكذلك حجر بن عدي^(٣)، وكلّ واحدٍ منهما قتله المسلمون؛ (ولأنّه مقتولٌ ظلماً، لم يتعيّن بقتله بدلٌ هو مالٌ، فصار كقتل المشركين)^(٤).

٢٨٦٧ - فُصِّل: [الصلاة على قتلى أهل البغي]

وأما [قتلى] أهل البغي، فلا يصلى عليهم، وقال الحسن: إن كانت لهم فئة لم يصلّ على قتلاهم، وإن لم يكن لهم فئة، فلا بأس أن يغسل أهل الجماعة من قتل من قرابته من الخوارج، ويصلى عليه، ويدفنه.

والصحيح: ما أطلقه محمدٌ، والأصل فيه: أنّ علياً عليه السلام لم يصلّ على قتلى الذين خرجوا عليه^(٥)، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلافٍ؛ ولأنّ الصلاة

(١) انظر: المزني ص ٣٧؛ لأنه «غير شهيد في الأظهر» كما نصّ النووي في المنهاج ص ١٥٥.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٤٤٦/٦)؛ والبيهقي في الكبرى (١٧/٤).

(٣) روى حديثه عبد الرزاق (٥٤٢/٣)؛ ابن أبي شيبة (٤٥٧/٢)؛ وصححه الحاكم في المستدرک (٥٣٣/٣).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) ذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية وقال: (لم أجده) (٢٤٥/١).

فيها معنى الأمان ، قال الله تعالى : ﴿ وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ ﴾ [التوبة: ١٠٣] ،
والباغي لا يجوز أمانه مع بغيه ، فلا يجوز أن يُصلّى عليه ؛ ولأن الصلاة^(١) موالاةٌ
للميت ، والباغي لا يُوالى .

فأما [ما] ذكره الحسن فبعيدٌ ؛ لأنّ المانع من الصلاة عليهم أنّ موالاتهم لا
تجوز ، وفي الصلاة [موالاةٌ] ، وهذا المعنى موجودٌ وإن لم يكن لهم فئةٌ ، وكان
الحسن يقول : إنّ حالهم لما اختلفت في باب اتباع المولّي ، وقتل الأسير ،
والإجهاز على الجريح ، كذلك يختلف حالهم في باب الصلاة .

قال محمدٌ : قلت : فهل تأمر بدفنهم ، قال : نعم ؛ لأنّ الدفن ليس فيه معنى
الموالاة ، ألا ترى أنّ المسلم يدفن قرابته الكافر ، وكذلك الباغي .

قال : وأكره أن يؤخذ برؤوسهم فتبعث إلى الآفاق ؛ لأنها مثلةٌ ، ولم يبلغني
عن عليٍّ عليه السلام أنّه فعل^(٢) ذلك في حربه [ولا أمر بحمل رأسٍ] ، وروي أنّ رأساً
حُمِلَ إلى أبي بكرٍ رضي الله عنه ، فأنكر حمله ، فقالوا : إن فارس والروم يفعلون ذلك ،
فقال : إذا أفاستنان بفارس والروم^(٣) ! .

وقال أصحابنا : إنّ حمل الرؤوس إن كان فيها وهنٌ [لهم] فلا بأس بذلك ؛
لأنّ ابن مسعود حمل رأس أبي جهل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله^(٤) ، فلم ينكر ذلك
عليه^{(٥)(٦)} .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (صنع) .

(٣) رواه النسائي في الكبرى (٨٦٧٣) .

(٤) رواه البزار (٢٦٧/٤) ؛ والطبراني في الكبير (٨٤/٩) .

(٥) فلم ينكر ذلك عليه سقطت من ب .

(٦) انظر : الأصل ٥١٩/٧ .

بَابُ التَّاجِرِ الْمُسْلِمِ يَدْخُلُ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ



الأصل في هذا الباب: أنّ التاجر لا يُمكن أن يحمل إليهم ما يُستعان به في الحرب كالسلاح، ولا ما يصلح للحرب وغير الحرب كالذواب، وما سوى ذلك من الثياب والمتاع والطعام لا يمنع من حمله، وتركه أفضل.

فأمّا السلاح، فحمله إليهم معونة لهم على المسلمين؛ لأنّه لا يصلح إلا للحرب، ولا يجوز أن يُمكن من المعونة على المسلمين.

وأما الخيل والبغال والحمير، فيستعان بها في القتال، ويستعان بها في غيره، فلا يمكن من حملها؛ لجواز أن يستعان بها علينا^(١).

فأمّا الثياب والطعام فلا يمنع من حملها؛ لأنها لا تصلح للقتال، ولا يستعان بها فيه؛ ولأنّ التجار يدخلون إلى دار الحرب بالأموال في سائر الأعصار من غير نكير.

وإنّما قال: إن ترك ذلك أولى؛ لأنّ المسلم يعرض نفسه للذلّ^(٢) إذا [٤٧٦/ب] دخل إليهم، ولا نأمن أن يفتنوه في دينه، ويتوصّل إلى منافعهم.

قال: ولا يدخل إليهم برقيقٍ من أهل الذمة؛ لأنّه مما يُستعان بهم على القتال كالخيل^(٣).

(١) في ب (في قتالنا).

(٢) في ب (يتعرض للذل).

(٣) انظر: الأصل ٤٨٧/٧.

بَابُ فِي إِسْلَامِ الصَّبِيِّ

جملة هذا الباب: أن الصبي على دين أبويه إذا اتفقا في الدين؛ بدلالة (١) قوله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه، وينصرانه، ويمجسانه، حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً أو كفوراً» (٢)، ولا معتبر بالدار مع وجود الأبوين؛ لأن أولاد أهل الذمة لا يحكم لهم بحكم الإسلام وإن كانوا في دار الإسلام، فدلّ على أن حكم الأبوين في الدين أقوى، فإن لم يكن للصبي إلا والدٌ واحدٌ، فهو على دينه؛ لأنّ الذمّة إذا زنت في دار الإسلام، فولدها على دينها وإن لم يثبت له نسب من أبٍ، فدلّ على أن أحد الأبوين في باب الدين كالأبوين.

وقد قالوا: إنّه لا يلتفت إلى الدار مع أحد الأبوين؛ بدلالة أن ولد الزانية الكافرة على دينها، فلا يعتبر فيه حكم الدار.

فأمّا إذا اختلف دين الأبوين، فإن كان أحدهما مسلماً، فالولد مسلماً بإسلامه إذا جمعتهما دارٌ واحدةٌ؛ لأنّ النبي ﷺ جعل المولود على الفطرة، ونفاه (٣) عنها باجتماع الأبوين على الكفر، فإذا كان أحدهما مسلماً، بقي على أصل الفطرة، ولأنّ الولد لا بد أن يلحق بأحدهما في الدين، فبالمسلم أولى؛

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) أخرجه البخاري (١٣١٩)؛ ومسلم (٢٦٥٨)، ولكن بدون الزيادة الأخيرة.

(٣) في ب (ونقله).

لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يُعلَى»^(١).

وأما إذا كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً، فالولد كتابيٌّ؛ لأنّ للكتابي حكم الإسلام في المناكحة والذبيحة، والمجوسيّ ليس له حكم الإسلام، فإلحاق الولد بمن له حكم الإسلام أولى.

وأما إذا لم يكن معه أحد أبويه، فهو معتبرٌ بالدار، فإن كان في دار الحرب فهو كافراً، وإن كان في دار الإسلام فهو مسلمٌ؛ لأنّ اللقيط في دارنا يحكم بإسلامه تبعاً للدار، فدلّ على أنّها تؤثر في الولد مع فقد الأبوين.

قال أبو الحسن: وإذا سبي الصبيّ والصبية، فما داما في دار الحرب، فهما على دين أبويهما؛ لما بيّنا أنّ حكم الأبوين هو المعتبر في باب الدين، فما دام الولد معهما في دارٍ واحدةٍ، فهو على دينهما.

وأما إذا دخل بهما دار الإسلام، فإن كان معهما أبواهما أو أحدهما، فهما على دين أبويهما؛ وذلك لما قدّمنا أنّه لا معتبر بالدار مع وجود أحد الأبوين.

قال: وإن مات الأبوان بعد ذلك، فهما على دين أبويهما، [وذلك] لأنّهما لما تبعاهما في الدين، لم يتغير ذلك بموتهما، كما لا يتغير حكم ولد الذميّين في دار الإسلام.

قال: وإن دُخِلَ بهما دار الإسلام، وليس معهما أحد أبويهما، فهما مسلمان؛ لأنّه انقطع عنهما حكم أبويهما باختلاف الدار، فحكم لهما بحكم الدار التي هما فيها.

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٥٢/٣)؛ وحسنه ابن حجر في الفتح (٢٢٠/٣).

قال: فإن أسلم أحد الأبوين في دار الحرب، ثم سبي الولد مع الآخر فهو كافرٌ، والصبيّ مسلمٌ؛ لأنّه صار مسلماً بإسلام [أحد أبويه]^(١)، فلم يتغيّر ذلك بخروجه إلى دار الإسلام.

قال: وكذلك إن أسلم أحد أبويه في دار الإسلام، ثم سُبي الصبيّ بعده وصار في دار الإسلام، فالصبيّ مسلمٌ؛ لأنّه اجتمع مع أبيه في دارٍ واحدةٍ، فصار مسلماً بإسلامه.

قال: ولو أسلم أبواه في دار الحرب بعد إخراج الصبيّ إلى دار الإسلام، لم يكن الصبيّ مسلماً [بإسلامهما]^(٢)؛ لأنّ اختلاف الدارين يمنع من أن يتبع أحدهما حكم الآخر، وكذلك لو أسلم الأب في دار الإسلام وولده في دار الحرب، لم يكن ولده مسلماً بإسلامه حتى يخرج إلى دار الإسلام؛ لأنّ اختلاف الدارين يمنع أن يتبعه في الأحكام.

وإذا ثبت ما قدّمنا: فكلّ صبيٍّ حكم بإسلامه، فهو في باب الميراث والصلاة عليه كسائر المسلمين؛ لأنّه في حكمهم، والتوارث والصلاة من أحكام المسلمين^{(٣)(٤)}.



(١) في أ (أبيه)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (بإسلامه) والمثبت من ب.

(٣) في ب (الإسلام).

(٤) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخسي) ٢٢٦٨/٥ وما بعدها.



بَاب

الحربيّ^(١) يدخلُ دارَ الإسلامِ بغيرِ أمانٍ



قال محمدٌ: قال أبو حنيفة: ولو أن رجلاً من أهل الحرب وجدّه المسلمون في دار الإسلام، فقال: دخلت بأمانٍ، لم يُصدّق قوله، فإن قال رجلٌ^(٢) من المسلمين: أنا أمّنته، لم يُصدّق عليه حتى يشهد رجلان مسلمان غيره أنه أمّنته، فإذا شهد على ذلك رجلان مسلمان، كان أمناً.

وجملة هذا: أن عند أبي حنيفة: إذا وُجد الحربي في دار الإسلام بغير أمانٍ، كان فيئاً لجماعة المسلمين، وقال محمدٌ: يكون فيئاً لمن أخذه، وذكر في السّير الصغير وغيره قول أبي يوسف مع^(٣) أبي حنيفة، وذكر أبو الحسن أن أبا يوسف مع محمدٍ.

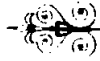
وجه قول أبي حنيفة: أن يد الإمام ثابتةً على دار الإسلام، فإذا حصل الحربيّ فيها، فقد ثبتت يد الإمام عليه، ويده يد^(٤) لجماعة المسلمين، فصار ملكاً لهم؛ ولأنّ رقة الحربيّ في حكم ماله، ولو حصل ماله في دارنا، كان فيئاً للجماعة دون من هو في يده، فكذلك رقبته.

(١) الحربيّ منسوب إلى الحرب: وهو الكافر الذي يحمل جنسية الدولة الكافرة المحاربة للمسلمين، ودار الحرب: بلاد الكفر الذي لا صلح لهم مع المسلمين. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (حرب).

(٢) في ب (أحد).

(٣) في ب (تبع).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.



وَجَهُ قَوْلَهُمَا: أَنَّ يَدَ الْإِمَامِ عَلَى الدَّارِ يَدٌ حَكْمٌ، وَيَدُ الْآخِذِ يَدٌ مَبَاشِرَةٌ، فَكَانَتْ أَوْلَى؛ وَلِأَنَّ رَقَبَةَ الْحَرْبِيِّ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ، فَمَنْ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهَا مَلَكَهَا كَالْحَشِيشِ وَالصَّيُودِ.

٢٨٦٨ - فَصْلٌ: [الْخَمْسُ فِي وُجُودِ الْحَرْبِيِّ بَدَارِ الْإِسْلَامِ]

[وَاخْتَلَفَتْ] ^(١) الرَّوَايَةُ فِي وَجُودِ الْخَمْسِ فِيهِ: فَرُوي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَوَايَتَانِ:

وَجِهَ الرَّوَايَةُ الَّتِي قَالَ: لَا خَمْسَ فِيهِ: أَنَّهُ حَقٌّ لْجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، لَا يَخْتَصُّ بِهِ فَرِيقٌ دُونَ فَرِيقٍ، فَلَا يَجِبُ [فِيهِ] الْخَمْسُ كَالْجَزِيَّةِ.

وَجِهَ الرَّوَايَةُ الْآخَرَى: أَنَّهُ مَأْخُودٌ إِلَّا أَنَّهُ مَأْخُودٌ بِظَهْرِ الْمُسْلِمِينَ، فَصَارَ [كَالْغَنِيمَةِ] ^(٢).

وَالصَّحِيحُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ لَا خَمْسَ فِيهِ، وَالصَّحِيحُ عَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ فِيهِ الْخَمْسَ؛ لِأَنَّهُ مَأْخُودٌ عَلَى وَجْهِ الْغَنِيمَةِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَخَذَهُ الْوَاحِدُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ. وَجِهَ الرَّوَايَةُ الَّتِي قَالَ: لَا خَمْسَ فِيهِ: أَنَّهُ مَأْخُودٌ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ، كَالْحَطْبِ وَالْقَصَبِ وَالصَّيْدِ ^(٣).

٢٨٦٩ - فَصْلٌ: [إِسْلَامُ الْحَرْبِيِّ قَبْلَ أَنْ يُوْخَذَ]

فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ أَنْ يُوْخَذَ فَهُوَ فِيءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ حَرٌّ لَا

(١) فِي أ (وَإِذَا اخْتَلَفَتْ)، بِزِيَادَةِ (إِذَا)، وَالسِّيَاقُ لَا يَقْتَضِيهَا، وَالْمَثْبُتُ مِنْ ب.

(٢) فِي أ (كَالْقَسْمَةِ) وَالْمَثْبُتُ مِنْ ب.

(٣) فِي ب (وَالْحَشِيشِ).

سبيل عليه .

أمّا أبو حنيفة: فبنى على أصله: أنّ حقّ الاسترقاق تعلق برقبته ، فلا يسقط بإسلامه ، كمن أسلم من الأسرى قبل القسمة .

فأمّا على أصل محمدٍ: فالاسترقاق إنّما يثبت فيه بالأخذ ، فإذا أسلم لم يجز أن يبتدأ الاسترقاق فيه ، كمن أسلم في دار الحرب ثم أُخذ .

٢٨٧٠ . فُصل: [دعوى الحربى بأنه دخل بأمان]

[قال]: فإن ادّعى هذا الحربى أنّه دخل بأمانٍ لم يقبل قوله ؛ لأنّه يدعى عقداً على المسلمين ، [٤٧٧/أ] فلا يصدق عليه بدعواه ، إلا أن يشهد به شاهدان .

قال: فإن قال الآخر: إنّى أمّنته ، لم يقبل قوله عند أبي حنيفة ؛ لأنّه شهد بفعل نفسه ، فأمّا على قول محمدٍ ، فقوله مقبولٌ ؛ لأنّه ملكٌ له في الظاهر ، فإذا قال: إنّى أمّنته ، اعترف بحريته ، فيعتق عليه .

قال: وإن خرج الحربى وقد دخل بغير أمانٍ ، فرجع إلى دار الحرب ، خرج من أن يكون فيئاً ، وذلك ظاهرٌ على أصل محمدٍ ؛ لأنّ الفياء يثبت فيه بالأخذ ، فما لم يؤخذ ، فهو على ما كان عليه .

وأمّا على أصل أبي حنيفة: وإن تعلق به حكم الفياء ، فلم يستقرّ ، فإذا رجع إلى دار الحرب قبل استقرار الفياء فيه ، عاد إلى ما كان عليه .

قال: فإن أسلم في دار الإسلام ، ثم خرج قبل أن يؤخذ ، فهو أيضاً حرٌّ في قول أبي حنيفة ؛ وذلك لأنّه لو عاد إلى دار الحرب قبل الإسلام ، كان حرّاً ، فبعد الإسلام أولى .

٢٨٧١ - فُصِّلَ: [دخول الحربي الحرم بغير أمان]

قال: فإن خرج إلى دار الإسلام بغير أمان، فلم يؤخذ حتى دخل الحرم، فهو فيءٌ عند أبي حنيفة وزفر^(١) حين دخل دار الإسلام، ودخول الحرم لا يبطل عنه ذلك، وفي قولهما^(٢): لا يكون فيئاً حتى يؤخذ.

وهذا صحيحٌ؛ لأنه إذا دخل دار الإسلام، فقد ثبت حكم الفيء فيه عنده، فلا يتغير ذلك بدخول الحرم، كعبدٍ أبق إلى الحرم، على قولهما: لا يصير فيئاً إلا بالأخذ، فإذا دخل الحرم فهو على أصل الحرية حتى يؤخذ.

وقالوا جميعاً^(٣): لا يطعم ولا يسقى ولا يبايع، ولا يؤوى حتى يخرج من الحرم.

قال محمدٌ: فأما ماء العامة فلا يمنع منه؛ لأن الناس شركاء في الماء، ولو كان لك أن تمنعه، كان لك أن تقتله.

قال محمدٌ: وليس للأمر أن يحبسه، ولا يأسره، ولا يخرج من الحرم، ولا يقتله، وإنما لم يجز أخذه من الحرم؛ لأن حق الاسترقاق إذا تعلق برقبته، (فالإمام مخيرٌ)^(٤) بين قتله واسترقاقه، ودخول الحرم يمنع القتل، إلا أنه يُضيق عليه ليضطر إلى الخروج، فينفذ فيه ما يستحق عليه، وإنما لم يمنع الماء؛ لأن له حقاً فيه، ولأننا لو منعنا الماء لقتلناه، فكما لا يجوز قتله، لا يجوز منع الماء منه.

(١) في ب (ورق).

(٢) في ب (وفي قول أبي يوسف وزفر).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) ما بين القوسين في ب (قام مقام من هو مخير).

قال محمدٌ: ولو دخل قومٌ من أهل الحرب الحرم للقتال ، وانهزموا من المسلمين^(١) ، فلا شيء على المسلمين في قتلهم وأسرههم ، وكذلك الرجل الواحد منهم إذا دخل الحرم مكابراً مقاتلاً ؛ وذلك لأنّهم هتكوا حرمة الحرم ، ولم يلتزموها ، فصار كردّ الأمان ، وهذا كما قالوا: إنّ من ابتدأ القتال في الحرم يقتل فيه .

وقال الحسن عن أبي يوسف: إذا أمّنه رجلٌ من المسلمين في الحرم أو بعد ما خرج من الحرم ، قبل أن يؤخذ ، فهو أمانٌ له ، ويردُّ إلى مأمّنه ، وإن كان إنّما أمّنه بعدما أخذه فذلك أمانٌ باطلٌ ، وهو فيءٌ للذي أخذه ؛ وذلك لأنّ عند أبي يوسف أنّه لا يصير فيئاً قبل الأخذ ، فإذا أمّنه رجلٌ صحّ أمانه ، كما لو أمّنه عند الدخول .

فأما إذا أُخذ ، فقد صار فيئاً عنده لمن أخذه ، فلا يجوز أمانه بعد تعلّق الاسترقاق برقبته .

وقال محمدٌ في السّير الكبير: إنّ قال الذي أخذه ، أنا أمّنته قبل أن أخذه ، فهو آمنٌ ، وهو بدار الإسلام بمنزلة الحربيّ المستأمن .

وقد قدّمنا هذا ، وبيننا أنّ من أصله أنّه فيءٌ لمن أخذه ، فإذا اعترف فيه بالحرية قبل قوله .

قال الحسن: وإن أُخذ في الحرم ، فأُخرج منه ، كان الذي فعل ذلك قد أساء ، وكان فيئاً لجماعة المسلمين في قول أبي حنيفة وزفر ، وفي قول أبي يوسف: هو لمن أخذه .

(١) في ب (فحمل عليهم المسلمون فانهزموا) .

وإنما كره الإخراج ؛ لأن حرمة الحرم مانعةٌ من الأخذ ، فإذا هتكها بالأخذ ، كره له ذلك ، ولا يمنع الملك ؛ لأن النهي حصل في الإخراج ، (وجهة التملك هي الأخذ بعد الإخراج)^(١) ، وذلك غير منهي عنه .

قال: وإن أخذه في الحرم ولم يخرجه فينبغي له أن يخلي سبيله في الحرم حتى يخرج منه ؛ [وذلك] لأنه لم تزل حرمة الحرم عنه ، فوجب إزالة اليد عنه وإعادته إلى ما كان عليه^(٢) .



(١) مكان ما بين القوسين في ب (لا في جهة التملك والأخذ بعد الإخراج) .

(٢) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخي) ١/٣٦٦ - ٣٧٠ .



بَاب

الرجل المسلم يفعل ما يجب فيه الحد في دار الحرب



قال: وأمّا إذا دخل المسلم دار الحرب بأمانٍ، فزنى، أو سرق، أو شرب خمرًا، أو قذف مسلمًا، أو قتله عمدًا أو خطأً، ثم رجع إلى دار الإسلام، فإنه لا يؤخذ بشيءٍ من ذلك، إلا في القتل، فإنه يضمن الدية في ماله عمدًا كان أو خطأً.

وأما الحدود؛ فلأنّ الإمام لا يد له في دار الحرب، فلم يثبت له حقّ المطالبة عند وجود السبب، فصار ذلك شبهةً مانعةً من ثبوت المطالبة في الثاني؛ ولأنّ المستأمن في حكم أهل الحرب من وجهٍ؛ ولذلك لا يصحّ أمانه لهم، وأهل الحرب لا يجب عليهم الحدود.

فأمّا القتل، فقد وجد مع سبب الإباحة، ألا ترى أنّ الدماء في دار الحرب مباحةٌ، وسبب الإباحة إذا قارن ما يسقط بالشبهة سقط وإن لم تحصل الإباحة.

وإنما وجب المال؛ لأنه لا شبهة في وجوبه، بدلالة أنّ المداينة تثبت في دار الحرب، ودم العمد إذا سقط بالشبهة، وجب فيه المال، فأما الخطأ فلا تحمله العاقلة؛ لأنّ العاقلة إنّما تتحمّل بالنصرة، ولا يلزمهم نصرة من في دار الحرب؛ فلذلك لم يعقلوا عنه.

قال: ولو كان أميرًا على سرية بعثها الإمام إلى دار الحرب، أو أمير جيش على خمسة آلاف أو أربعة آلاف، فزنى منهم رجلٌ، أو سرق أو شرب خمرًا، أو قتل مسلمًا عمدًا أو خطأً، فإنه لا يأخذه أمير السرية ولا أمير الجيش بشيءٍ من

ذلك ، غير أنه يُضْمَنُ السَّرْقَةَ إن كان استهلكها ، ويضمّنه الدية في ماله عمداً كان القتل أو خطأً ؛ وذلك لأنّ هذا الأمير لم يكن قبل التولية يملك إقامة الحدود ، ولا جعل إليه الإمام ذلك ، فصار كسائر الناس .

وصار الفاعل لسبب الحدّ ، وليس هناك من يملك الإقامة ، كالفاعل لذلك في غير العسكر .

قال: وإن غزا الخليفة دار الحرب ، أو أمير الشام ، أو أمير العراق ، أو [أمير] الحجاز ، حدّه في ذلك كلّه ، واقتصّ منه في العمد ، وضمّنه الخطأ في ماله ؛ وذلك لأنّ الخليفة مالكٌ لإقامة الحدود بنفسه ، وأمير الشام كان يملك إقامتها على العسكر في بلده ، فلا يتغير حالهم بدخول دار الحرب ، وصار الفاعل لسبب الحدّ مع ثبوت يد من يملك الإقامة^(١) عليه كالفاعل في دار [الإسلام]^(٢) ، فإن شدّ رجل على العسكر ففعل ذلك ، درى عنه الحدّ والقصاص إذا فعل ذلك خارج العسكر شاذاً عنه في الفلاة كان أو في ناحية [عن] العسكر ؛ لأنّ يد الإمام لا تثبت في دار الحرب في غير عسكره ، وإذا لم تثبت يده ، فقد فعل هذا الرجل فعلاً يوجب الحد في موضع لا يد للإمام عليه [٤٧٧/ب] فلا يقام عليه [شيء] .

قال: ولو أنّ بعض أهل العسكر خرج من العسكر فمّرّ به رجلٌ من العسكر^(٣) ، فقطع عليه الطريق ، لم يقطع ، وضمن المال إن كان أتلفه ؛ وذلك لأنّ قطع الطريق سببٌ للحدّ ، فإذا حصل في غير عسكر الإمام سقط بالشبهة ، ووجب الضمان الذي لا تؤثر فيه الشبهة .

(١) في ب (إقامة الحد) .

(٢) في ب (الحرب) ، والمثبت من ب .

(٣) (من العسكر) سقطت من ب .



قال: وإذا زنى المسلم في دار الإسلام، أو سرق، ثم هرب إلى دار الحرب، ثم أخذ أماناً على نفسه، فإنه يقام عليه [الحدّ] بما فرّ منه؛ لأنّ الحدّ وجب عليه ولم يعرض ما يغير حكمه؛ ولأنّ دخول دار الحرب لا يمنع من وجوب الحدود المبتدأة إذا ثبتت اليد، فلا يسقط الحدّ الواجب^(١).

بَابُ

المستأمن يصيبُ الحدّ في دارِ الإسلام



جملةُ هذا الباب قد مضت في كتاب الحدود، والذي يحصل به المذهبُ: أنّ المستأمن لا يقام عليه الحدود التي تجب^(٢) لحقّ الله تعالى؛ كالزنا والشرب والقطع في السرقة، ويقام عليه ما يتعلّق بحقّ الآدمي من القصاص وحدّ القذف. وقال أبو يوسف: يقام عليه جميع الحدود إلا حدّ الشرب، كما يقام على الذمي^(٣).



(١) انظر: الأصل ٤٧٥/٧ وما بعدها.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ٤٧٨/٧.

بَابُ مَتَى يَصِيرُ الْمُسْتَأْمِنُ (١) ذَمِيًّا (٢)

—•••••—

الأصل في هذا الباب: أن المستأمن لا يتركه الإمام أن يقيم إقامة دائمة في دار الإسلام؛ وذلك لأن المعنى الذي يجوز معه الإقرار على الكفر التزام الجزية والاسترقاق، فأما أن يقيم الكافر في دارنا إقامة دائمة بغير هذين الوجهين فلا يجوز؛ ولأنه إذا أقام في دارنا، وقف على عورات المسلمين، فلم يؤمن أن يدلّ عليها العدو؛ وذلك لا يجوز أن يفعله الإمام.

فأما المدة اليسيرة فلا يمنع منها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ ابْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦]؛ ولأن في منعهم الدخول إضراراً بالمسلمين، لانقطاع السبيل.

فإذا ثبت أن المقام الطويل لا يجوز واليسير يجوز، احتجنا إلى الحدّ الفاصل بينهما.

وقال أصحابنا: يقيم (٣) ما دون السنة، ولا يُمكن أن يقيم سنة كاملة؛ لأنّ

(١) المُسْتَأْمِنُ، من استأمن فلاناً: إذا طلب منه الأمان.

وهو من أعطي الأمان المؤقت على نفسه، وماله، وعرضه، ودينه. انظر: معجم لغة الفقهاء (المستأمن).

(٢) والذمّيّ، من الذمّة: العهد؛ لأن نقضه يوجب الذمّ، ومنها قيل للمعاهد من الكفار ذمي، وأوضح منه: بأن الذمّيّ: من أمضي له عقد الذمة: عهد يُعطى للمواطنين غير المسلمين في دولة الإسلام بالحفاظ على أرواحهم، وأموالهم، وعدم المساس بأديانهم. انظر: المغرب؛ معجم لغة الفقهاء (ذمم).

(٣) سقطت من ب.

السنة المدّة التي يجب عليه فيها الجزية ، [فلو] ^(١) أقام فيها لم يؤخذ منه الجزية ، والكافر لا يقيم في دارنا وهو حرٌّ مدّة الجزية بغير جزية .

وإذا ثبت هذا ، قلنا: إذا أقام المستأمن فإن الإمام يتقدّم إليه بالرجوع إلى بلده ، ويقول له: إن أقيمت سنةً وضعت عليك الجزية ، فإن أقام سنةً من يوم تقدّم إليه أخذ منه الجزية ، ولم يتركه يرجع إلى بلده ^(٢) ؛ وذلك لأنّه لما أقام بعد التقدم إليه ، صار ملتزمًا للجزية ، والجزية تلزم بالالتزام ، وإذا وضعت الجزية عليه صار ذميًّا ، والذمي لا يُمكن من الرجوع إلى دار الحرب .

قال: فإن رجع إلى بلاده قبل تمام السنة ، فلا سبيل له عليه ، وذلك لأنّه لم يلتزم الجزية ، فلا يجوز أن يلزمه من غير رضاه .

قال أبو حنيفة: فإن اشترى المستأمن أرض خراجٍ فوضع عليه الخراج فيها ، كان ذميًّا ، ويوضع على رأسه أيضًا الخراج .

قال محمدٌ: فإن باعها قبل أن يجب خراجها ، لم يكن بشرائه أرض الخراج ذميًّا ؛ وذلك لأنّ الإمام إذا أوجب عليه الخراج ، وذلك من الحقوق التي توجب على أهل الذمة ، صار بالتزامه هذا الحقّ ملتزمًا بالجزية ، فتوضع عليه ، فلا يكون بالشراء ذميًّا ؛ لأنّ بالشراء لا يجب عليه الخراج ، فلا يكون به ملتزمًا لشيءٍ ، فإن وضع الخراج ووجب استقرار الالتزام ، فوجبت الجزية .

قال: ولو استأجر أرض خراجٍ فزرعها ، لم يكن ذميًّا ؛ لأنّ الخراج لا يجب على المستأجر ، وإذا لم يلتزم أحد الخراجين لم يلزمه الآخر ، وإن كانت الأرض

(١) في أ (فأما إذا) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (داره) .

خراجها المقاسمة ، فزرعها ببذر الحربيّ ، فأخرجت زرعًا ، فأخذ الإمام خراجها ممّا أخرجت ، وحكم بذلك عليه دون صاحب الأرض ، جعله الإمام ذميًّا ، ووضع عليه خراج رأسه ؛ لأنّ خراج المقاسمة ممّا يجب على الذميّ ، فإذا أوجبه الإمام عليه ، وجب عليه الخراج الآخر .

قال: فإن اشترى المستأمن أرض المقاسمة ، فأجرها من رجل من المسلمين ، فأخذ الإمام الخراج من المستأجر ، ورأى أنّ ذلك على الزارع ، لم يصير المستأمن ذميًّا ؛ لأنّ الإمام لم يوجبها عليه^(١) ، وإذا لم يجب عليه الخراج ، لم تلزمه الجزية بملك الأرض^(٢) .

ولو زرع الحربيّ أرضًا اشتراها ، وهي أرض خراجٍ ، فأخرجت زرعًا ، فأصابت زرعها آفةً ، فذهبت به ، لم يكن في الأرض خراج تلك السنة ، ولم يصير الحربيّ ذميًّا ؛ لأنّ الجزية إنّما تلزمه بوجوب الخراج عليه ، فإذا لم يجب صار كأنه لم يزرع .

قال: فإن وجب في أرض المستأمن الخراج في أقلّ من سنة^(٣) منذ يوم ملكها ، صار ذميًّا حين وجب في أرضه الخراج ، ويجب الخراج على رأسه ، يؤخذ منه خراج رأسه بعد سنةٍ مستقبلةٍ من يوم وجب في أرضه ؛ لأنّه إنّما يصير ذميًّا بوجوب الخراج عليه ، فصار [وجوب] الخراج كعقد الذمّة ، فيلزمه الجزية بعد سنةٍ .

(١) في ب (لم يوجب عليه الخراج) .

(٢) في ب (لم يصير ذميًّا بملك الأرض) .

(٣) في ب (سنة أشهر) .



قال: وليس هذا كما لو تقدّم إليه الإمام فقال له: إن أقمت سنةً بعد يومك هذا أخذت منك الخراج، فأقام سنةً، صار ذميًّا، وأخذ منه الخراج في تمام السنة؛ لأنّ الخراج هاهنا يجب بالتزامه، فإذا أقام بعد تقدّم الإمام، وجب الخراج من يوم التقدّم، فإذا تمّ الحول استوفى منه.

وهذا^(١) في مسألتنا إنّما يصير ذميًّا بوضع الخراج عليه من غير التزام، فصار وجوب الخراج كعقد الذمّة، فلا يجب أن تؤخذ الجزية إلا بعد^(٢) الحول.

قال: ولو اشترى الحربيّ أرض عُشرٍ، صارت أرض خراجٍ في قول أبي حنيفة، ويكون الحربيّ ذميًّا إذا وجب عليه فيها الخراج؛ لأنّ العشر ينتقل بملك الذميّ إلى الخراج، فإذا وجب صار كأنّها لم تزل أرض خراجٍ.

قال: ولو تزوج المستأمن في دار الإسلام ذميّةً، لم يكن بتزويجها ذمّةً؛ لأنّ الزوج لا يلزمه المقام في المكان الذي تزوّج فيه، وله أن ينتقل بها حيث شاء، فلم يكن بالتزويج ملتزمًا المقام في دار الإسلام، فلا يصير ذميًّا.

ولو تزوّجت المستأمنة [أ/٤٧٨] مسلمًا أو ذميًّا، صارت ذميّةً؛ لأنّ المرأة يلزمها بعقد النكاح المقام في دار الزوج، وإذا التزمت المقام في دارنا على التأييد، فلا يجوز ذلك مع بقائها على حكم الحرب، فصارت ذميّةً^(٣).



(١) سقطت من ب.

(٢) سقطت من ب.

(٣) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخسي) ١٨٥٤/٥، ٢٢٥٢.



بَابُ

الرجل يُسلم في دار الحرب فيُجنى عليه



قال أبو حنيفة: في الرجل من أهل الحرب يُسلم في دار الحرب ، فيقتله مسلمٌ عمداً أو خطأً ، فليس عليه قودٌ ولا ديةٌ ، وعليه الكفارة في الخطأ ، وهذه الرواية المشهورة عن أبي حنيفة في الجامع الصغير وغيره^(١) ، وهي أيضاً إحدى الروايتين عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الإملاء .

وروي عن أبي يوسف: في قومٍ من أهل الحرب أسلموا في دارهم ، وقتل رجلٌ منهم رجلاً منهم خطأً ، فإن أبا حنيفة قال: لا دية عليه ولا كفارة ، وقال أبو يوسف: أضمنه الدية وأجعل عليه الكفارة في الخطأ .

أستحسن ذلك ، والقياس: ما قاله أبو حنيفة ، والصحيح عن أبي حنيفة: أن فيه الكفارة .

والوجه في ذلك قوله: ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢] ، فلا يخلو أن يكون المراد به الانتساب [إليهم] ، أو أن يكون في جملتهم ، ولا يجوز أن يكون الانتساب إليهم ؛ لأن أصحاب النبي ﷺ ينتسبون إلى الكفار ، فلم يبق إلا أن يكون المراد: وإن كان في قومٍ ، وقد تكون «من» بمعنى «في» ؛ ولأن دم الحربي مباحٌ ، فإذا أسلم في دار الحرب فلم يحرز دمه بدار الإسلام ، فلا يتقوم بالإتلاف كالمباحات قبل الإحراز .

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٤١٢ .

وأما الكفارة، فتجب بظاهر القرآن؛ ولأن سقوط الضمان بالقتل لا يسقط الكفارة، كقتل الرجل^(١) لعبده.

وجه الرواية التي قال: لا كفارة فيه: أنه صار في حكم الحربي في باب سقوط الضمان، فكذلك في حكم الكفارة.

وأما أبو يوسف فقال: إنه حقن دمه بالإسلام، فصار كسائر المسلمين، إلا أن القصاص لا يجب؛ لأن الدار دار إباحة الدماء، فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص، والدية لا تسقط بالشبهة.

٢٨٧٢ - فصل: [قتل المسلم مُسْلِماً بدار الحرب]

وأما التاجر المسلم إذا قتل التاجر المسلم، فعليه الدية والكفارة في قولهم؛ وذلك لأن التاجر قد حقن دمه بدار الإسلام، ودخوله دار الحرب لا يسقط تقويم دمه، إلا أن القصاص لا يجب لما قدّمناه.

٢٨٧٣ - فصل: [قتل المسلم أسيراً مسلماً بدار الحرب]

وإذا قتل التاجر أسيراً في دار الحرب مسلماً، فعليه الكفارة في الخطأ، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الدية.

وجه قول أبي حنيفة: أن الأسير مقهور في أيديهم، ممنوع من الخروج إلى دارنا^(٢)، كمن أسلم هناك، ولأن الدم مما يثبت فيه حكم التملك؛ بدلالة أن وارث المقتول إذا مات قبل استيفاء القصاص، انتقل الحق إلى ورثته، وإذا أذن

(١) في ب (المولى).

(٢) في ب (دار الإسلام).

رجلٌ لرجلٍ في قتله ، فقتله ، لم يلزمه ضمانٌ ، وإذا كان الدم ممّا يثبت فيه حكم الملك ، وقد غلب [عليه] أهل الحرب ، صار كالمستحقّ لهم ، فلا يجب بإتلافه ضمانٌ .

وجه قولهما: أنه مسلمٌ حقن دمه بدار الإسلام ، فوجب بقتله الضمان كالتاجر .

وقال بشرٌ عن أبي يوسف في الأسرى والتجار: [هم] سواءٌ ، إن قتل رجلٌ منهم رجلاً عمداً قتله ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته الدية^(١) ، والأول أشهر عن أبي يوسف .

وجه رواية بشر: أنه مسلمٌ محقون الدم ، فصار قتله في دار الحرب كقتله في دار الإسلام .

٢٨٧٤ - فَصْلُ : [صلاة من أسلم بدار الحرب ولم يعلم بفرضها]

قال أبو يوسف عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً أسلم في دار الحرب ، ولم يعرف صلاةً ولا صياماً سنتين أو أقلّ أو أكثر ، ثم خرج إلى دار الإسلام ، فسأل عن ذلك ، فعلمه ، فليس عليه قضاء ما مرّ^(٢) ، وقال أبو يوسف: أستحسن أن يجب عليه القضاء .

وجه قول أبي حنيفة: أن الشرعيات إنما تجب بالسمع ، قال الله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [الإسراء: ١٥] ، فمن كان في دار الحرب ، فلم يبلغه وجوب العبادات ، ولا تمكّن من ذلك ، فلم يلزمه حكمها .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (ما مضى) .

وليس كذلك إذا أسلم في دار الإسلام؛ لأنّه متمكّنٌ من معرفة الشرائع،
والمسألة عنها، فإذا لم يفعل فقد فرّط، فلا يسقط عنه الوجوب.

وجه قول أبي يوسف: أن من أسلم في دار الحرب، يعلم أنّ الدين الذي
انتقل إليه له أحكامٌ، فلمّا لم يسأل عنها، [فقد] فرّط في المعرفة، فصار كمن
أسلم في دار الإسلام.

وقال أبو يوسف: كان أبو حنيفة يقول: لا عذر لأحدٍ من الخلق في جهله
معرفة خالقه، والواجب على جميع الخلق معرفة الربّ وتوحيده ﷻ، لما يرى
من خلق السموات والأرض وخلق نفسه وسائر ما خلق الله تعالى، فلا يسعه جهل
معرفة ربّه.

وأما الفرائض، فمن لم يعرفها ويعلمها وتبلغه، أو يرى أهل الإسلام، فإنّ
هذا لم تقم عليه حجةٌ كمعرفته.

وهذا صحيحٌ؛ لأنّ المعرفة طريقها العقل، فإذا أكمل الله تعالى عقل
الإنسان، فقد مكّنه من الطريق إلى المعرفة، فوجب عليه الإيمان وإن لم يبلغه
السمع، فأما الشرعيات، فلا تجب إلا بالسمع، فما لم يوجد السمع أو التمكن
منه، لا يلزمه.



بَابُ الحربي يُسلم ثم يُظهِر على الدار وله فيها مالٌ

—•••••—

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: في الحربيّ يدخل إلينا بأمانٍ، وله في دار الحرب امرأةٌ حاملٌ، وأولادٌ صغارٌ، وأولادٌ كبارٌ، ومالٌ كثيرٌ، أودع بعضه حربياً وبعضه ذمياً وبعضه مسلماً، فأسلم في دار الإسلام، ثم ظهر المسلمون على الدار التي هو من أهلها.

قال: فإنّ كلّ ما فيها من مال الذي أسلم في دار الإسلام فيءٌ، وولده الصغار والكبار وامرأته وما في بطنها فيءٌ؛ وذلك لأنّه لمّا أسلم في دار الإسلام، لم يثبت له حكم الإسلام فيما في دار الحرب؛ لاختلاف الدارين، فلم يصّر ولده مسلماً بإسلامه، ولا حصل ماله محرراً [به]، فبقي على حكم الفيء.

قال: وإن كان أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلى دار الإسلام، ثم ظهِر على الدار، كان أولاده الصغار أحراراً، ولا سبيل عليهم، وما كان من مالٍ أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له، وما سوى ذلك ممّا ذكرت، فهو فيءٌ؛ وذلك لأنّه لمّا أسلم هناك، صار ولده الصغير مسلماً بإسلامه [ب/٤٧٨]، [فلم يثبت فيه حكم الفيء]، وما كان من مالٍ في يد مسلمٍ أو ذميٍّ فقد صار محرراً؛ لأنّه في يدٍ صحيحةٍ، فهو كما لو كان في يده.

وأما ولده الكبار فهم فيءٌ؛ لأنهم لا يكونون مسلمين بإسلامه]، فبقي على ما كان عليه، وكذلك [زوجته] ^(١) لا تصير مسلمةً، وحملها جزء من أجزائها،

(١) في أ (أم ابنه) والمثبت من ب.

فيرق برقها .

قال: فإن أسلم هناك ولم يخرج إلى دار الإسلام حتى ظهر على الدار، فما كان في يديه من مالٍ [فهو له، وما كان في] يد مسلم أو ذميّ فهو له [أيضاً]؛ لأنّ يد المودع يدٌ لمودعه، فيد المسلم والذميّ يدٌ صحيحةٌ، فما في يديهما في حكم ما في يده، وقد حصلت الحيابة فيه باليد، وما كان على أصل الإباحة إذا حصلت فيه الحيابة، زال معنى الإباحة فيه، وما أودعه في يد حربيّ، فهو فيءٌ؛ لأنّ الحربي ليس له يدٌ صحيحةٌ، فلم تحصل الحيابة في هذا المال، فبقي على أصل الإباحة .

وأولاده الصغار أحرارٌ مسلمون، لا سبيل عليهم؛ لأنهم صاروا مسلمين بإسلامه، فأما الكبار فهم فيءٌ؛ لأنهم لا يصيرون مسلمين بإسلامه، وامراته وحملها لما قدمنا فيءٌ .

قال: ومن قاتل من عبّده، فهو فيءٌ؛ لأنه مقيمٌ على حكم الحرب، والحربيّ الحرّ يُسرق، فالعبد أولى .

وأما عقاره، فهو فيءٌ؛ لأنه من جملة دار الحرب، ولا يتبعص حكم الفيء فيها؛ ولأنّ من أصل أبي حنيفة: أنّ اليد لا تثبت على العقار ثبوتاً صحيحاً، فصار كمالٍ ليس^(١) في يده .

وأما أبو يوسف فقال: يحرز عقاره كما يحرز^(٢) ماله استحساناً [للأثر]؛

(١) في ب (كما ليس) .

(٢) في ب (يحوز) في الموضعين .

لما روى أبو إسحاق والكلبي: أن أناساً من بني قريظة قد سمّاهم أسلموا قبل أن تفتح [بليلة] ^(١)، فأحرزوا أموالهم ^(٢)، قال أبو يوسف: وكان جلّ أموالهم الدور والأرضين؛ ولأنّ من أصل أبي يوسف ومحمد: أن اليد تثبت على العقار ثبوتاً صحيحاً، فصار العقار كغيره من الأموال التي في يده ^(٣).



(١) في أ (بلده) والمثبت من ب .
(٢) سيرة ابن إسحاق (٢/٦٥)، (معهد الدراسات والأبحاث).
(٣) انظر: الأصل ٤٥٦/٧ .

بَابُ فِي رَقِيقِ الْحَرْبِيِّ مَا يَصْحُ فِيهِ الْعَتَقُ وَمَا لَا يَصْحُ



قال أبو يوسف في الإملاء ، رواية بشر: في رجلٍ من أهل الحرب دخل دار الإسلام بأمانٍ ، ومعه [امرأته ، أو] أمةٌ له منها ولدٌ صغيرٌ ، ومعه مدبّرٌ دبّره في دار الحرب ، ومعه مكاتبٌ كاتبه في دار الحرب ، وعبدٌ قد أعتقه البتّة ، وكلّهم في يده ، استأمن على نفسه وعليهم ، فإنّ له أن يبيع مدبّره ومعتقه ومكاتبه ، ولا يبيع ولده ولا أمّ ولده .

وجملة هذا: أنّ عند أبي حنيفة ومحمدٍ: عتق الحربيّ لعبده الحربيّ في دار الحرب لا ينفذ ، وقال أبو يوسف: ينفذ .

ومن أصحابنا من قال: إنّ العتق يثبت في قولهم [جميعاً] ، وإنّما الخلاف في الولاة ، فعند أبي حنيفة: لا ولاء للمعتق^(١) ، وقال أبو يوسف: الولاة له .

وذكر الطحاوي هذه المسألة ، فقال: إذا أعتق الحربيّ عبده ودخل العبد دار الإسلام ، فله أن يوالي من شاء عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف: ولاؤه للحربيّ .

وجه قولهما^(٢): أنّ ملك الحربيّ ليس بملكٍ صحيحٍ ؛ بدلالة أنّ من أخذه ملكه عليه ، ومن أتلفه لم يلزمه ضمانٌ ، فلم ينفذ فيه العتق كملك المكاتب ، وليس كذلك إذا كان عبده مسلماً ؛ لأنّه لا يعتق بإعتاقه ، وإنّما يعتق بزوال يده عنه ، فيصير في يد نفسه ؛ ولأنّ العتق لو وقع في دار الحرب لوقع مع وجود ما ينافيه ؛

(١) في ب (يعتق ولا ولاء عليه) .

(٢) في ب (قول أبي حنيفة ومحمد) .

بدلالة أنه لو تغلب على رقبتة بعد عتقه ملكه ؛ فلذلك لم يجوز أن يقع ، وليس كذلك (العبد المسلم ؛ لأنه لو تغلب على رقبتة لم يملكه .

ولهذا قال أبو حنيفة: إنَّ المسلم^(١) لو أعتق عبداً حربياً في دار الحرب لم يعتق ؛ لأنه لو غلب عليه بعد العتق لملكه .

وجه قول أبي يوسف: أنَّ الحربيّ مالكٌ لرقبتة ، وله قولٌ صحيحٌ ، فينفذ عتقه كالمسلم ، فأما الذي ذكره الطحاوي ، فهو محمولٌ على عبد الحربيّ إذا خرج إلينا مسلماً ، عتق بحصوله في دار الإسلام ، ولم يثبت الولاء مع اختلاف الدارين ، ويجوز أن يقول أبو يوسف: إنَّه لمَّا عتق على ملكه ، ثبت الولاء له .

وإذا ثبت هذا الأصل قلنا: إذا دخل الحربيّ ومعه مدبره ، فله أن يبيعه ؛ لأنَّ التدبير عتقٌ معلقٌ بشرطٍ ، وهو لا يملك العتق الباتّ ، فكذلك [العتق] المعلق بشرطٍ .

وأما المكاتب الذي كاتبه في دار الحرب ، فكتابته فاسدةٌ ؛ لأنَّ عقدٌ على الحرية ، والحرية لا تقع ، وعدم المعقود عليه يمنع من انعقاد العقد .

وأما المعتق ، فقد بينّا أنَّ عتقه لا يصحُّ فيه ، فبقي على أصل الرقّ .

وأما ولده ، فثابتُ النسب منه ؛ لأنَّ الأنساب في دار الحرب كهي في دار الإسلام .

وأما أمّ ولده ، فحريتها متعلّقةٌ بالنسب ، فيثبت لها حقّ الاستيلاء ، [فيمنع]^(٢) البيع .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (وذلك يمنع) .



قال: ولو اشترى الحربيّ أخاه أو ابنه أو أباه، فدخل علينا به بأمان، وهو قاهرٌ له^(١)، فليس له أن يبيعه؛ لأنّه لمّا قهره ملكه، ولمّا دخل دار الإسلام استقرّ ملكه فيه، فعتق عليه بالقرابة.

قال: ولو دبّر عبداً من عبیده، أو أعتقه في دار الإسلام، لزمه ذلك؛ لأنّ ملكه قد صحّ بالأمان، فوقع العتق في ملكٍ صحيح، فننّذ؛ ولأنّه لا يضامه ما ينافيه، ألا ترى أنّه لا يقدر على استرقاقه بعد عتقه، فصار كالمسلم.

٢٨٧٥. فصل: [رجوع الحربي إلى دار الحرب مع ترك عبيد وأموال له في دار الإسلام]

قال: ولو رجع هذا الداخل إلى دار الحرب، وخلف في دار الإسلام أمّ ولده ومدبراً دبّره في دار الإسلام، ومكاتباً كاتبه في دار الإسلام، وديناً له، وديناً عليه، ورهوناً، وودائع عنده وله^(٢)، خلف ذلك كلّه في دار الإسلام، ثم قُتل على كفره، أو أُسر، أو ظُهر على الدار، أو لم يُظهر عليها، كيف الحكم في جميع ذلك؟ قال: تعتق أمّ ولده ومدبره في الوجوه الثلاثة؛ لأنّ عتقهما متعلّق [بموته]^(٣)، فإذا مات أو قُتل فقد وجد شرط الحرّية، وأمّا إذا ظُهر عليه فقد صار عبداً، وزالت أملاكه بالرق، فصار سقوط حقه بالرق كسقوطه بموته.

قال: فإذا مات ولم يُظهر على الدار، فإنّ المكاتب على حاله لورثته، والدين الذي عليه وله والرهن والودائع على حالها؛ وذلك لأنّ أمواله حصلت

(١) في ب (هو وما هو له).

(٢) (وله) سقطت من ب.

(٣) في أ (بموتها)، والمثبت من ب.

في دار الإسلام بأمانٍ، وزوال الأمان في رقبتة لا يوجب زوال الأمان فيها، فانقلت إلى ورثته، ومكاتبته على حالها كمكاتبته المسلم والذميّ.

قال: و[أمّا] إذا أُسر أو قُتل أو ظُهر على الدار، فإنّ مكاتبته يعتق ومدبّره وأمّ ولده، ويبطل ما عليه من الدين، وما كان له من وديعةٍ أو رهنٍ فهو فيءٌ، وما كان عنده من رهنٍ أو وديعةٍ فهو مردودٌ إلى أهله، ويبطل دينه على الناس؛ وذلك لأنّه لما أُسر فقد صار بحيث (لا ملك له، فتبطل أملاكه، وتسقط ديونته؛ لأنّه) (١) لا يملك المطالبة بها، والدين ليس هو أكثر من حقّ المطالبة، فإذا سقطت المطالبة سقط الدين، وإذا سقط مال الكتابة عن المكاتب [٤٧٩/أ] عتق.

وأما الديون التي عليه فتسقط؛ لأنّ ذمته بطلت، وصارت بحيث لا تثبت فيها الديون المبتدأة، فكذلك البقاء، وأمّا وديعته، فهي فيءٌ؛ لأنّ يد المودع يدٌ لمودعه، فكأنّ الوديعة في يده في حال أسره، فيكون فيئاً.

والصحيح، أنّها فيءٌ للمسلمين؛ لأنّ رقبتة لما تعلق بها حكم الفيء للمسلمين، فكذلك ماله؛ ولأنّه مالٌ للحربيّ في دار الإسلام لا يستحقّ له، فيكون لجماعة المسلمين.

وقد روي عن أبي يوسف قال: يكون فيئاً للمودع؛ لأنّ يده سبقت إليها (٢)، فتصير كمن دخل دار الحرب مغيراً، وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ يد المودع ليست لنفسه حتى يصير به غانماً، وإنّما هي يد لمودعه؛ فلذلك لم يختصّ بها من بين سائر (٣) المسلمين.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (لأنّ يده أسبق).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

بَابُ الْحَرْبِيِّ إِذَا مَلَكَ مُسْلِمًا أَوْ أَسْلَمَ فِي يَدِهِ



قال: وإذا دخل الحربيّ إلينا بأمانٍ، فاشترى عبدًا مسلمًا، فدخل به دار الحرب، فإنه يعتق في قول أبي حنيفة؛ لا اختلاف [عنه] (١) في ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق، وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الإملاء مثل قول أبي حنيفة.

وجه قول أبي حنيفة: أنّ الحربيّ إذا دخل إلينا بأمانٍ، فقد صار ماله محظورًا؛ بدلالة أنّ من أتلّفه ضمنه، فإذا عاد إلى دار الحرب صار مباحًا؛ بدلالة أنّه يغنم ولا يضمّن بالإتلاف، ولا بدّ أن يزول الملك المحظور في آخر جزءٍ من أجزاء دار الإسلام حتى يتجدّد له في أول دار الحرب ملكٌ [مباح] (٢)، وإذا زال ملكه عنه، حصل العبد المسلم في يد نفسه، ومولاه ممّن يغنم ماله، فغنم رقه على مولاه، وصار كعبد الحربيّ إذا خرج إلينا مباينًا لمولاه.

فإن قيل: طريان الإباحة بعد الحظر لا يوجب زوال الملك، وإنّما يغيّر صفته، ألا ترى أنّ من أباح ماله لغيره، لم يزل ملكه عنه؟

[قلنا] (٣): إذا أباح ماله، فلم يصر مباحًا في الحقيقة، ألا ترى أنّ غير

(١) في أ (فيه)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (محظور)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٣) في أ (فأما)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.

المباح^(١) لو أتلفه ضمنه ، وإنما إباحته لو اُحدٍ بعينه ، فسقط الضمان في حقه ، وإذا كان الحظر لم يرتفع من جميع الجهات ، لم يزل الملك .

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن ملك الحربي لا يزول بدخول دار الحرب ، وإنما تتغير حرمة^(٢) ، فيصير مباحاً بعد الحظر ، كما يصير بدخول الإسلام محظوراً بعد الإباحة وإن لم يزل الملك ، وإذا لم يزل ملكه عنه ، لم يعتق .

وعلى هذا الخلاف: إذا كان العبد ذمياً ، إلا أن أبا يوسف ومحمداً قالاً في الذمي: إنه قياس قول أبي حنيفة .

وهذا صحيح؛ لأنّ الذمي إذا زالت يد الحربي عنه ، صار غانماً لرقبته كالمسلم .

قال: وإذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب ، فهو عبدٌ على حاله في قولهم ؛ وذلك لأنّ الإسلام لا يستحقّ به ملك المولى ، بدلالة عبد الذمي إذا أسلم في دار الإسلام .

قال: فإن باعه الحربي من مسلمٍ أو حربيٍّ ، عتق في قول أبي حنيفة .
وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق إلا أن يخرج إلى دار الإسلام مراغماً لمولاه .

وجه قول أبي حنيفة: أن المولى إذا باعه ، فقد زال ملكه عنه بالبيع ، وحصل في يد نفسه ، (والمولى ممن يغنم ماله ، فيعتق بحصوله في يد نفسه)^(٣) قبل دخوله

(١) في ب (الذي أباحه له) .

(٢) في ب (صفته) .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

في ملك المشتري ، وصار كما لو خرج إلى دارنا .

وجه قولهما: أنه بالبيع لا تزول يده عنه ، كما لو كان في دار الإسلام ، وأما إذا خرج مراغماً لمولاه ، فالأصل فيه [ما روي]: أن عبيد أهل الطائف خرجوا إلى النبي ﷺ [مسلمين] ، فطلب المسلمون قسمتهم ، فقال ﷺ: «هم عتقاء الله تعالى»^(١) .

قال: وإن خرج العبد غير مراغم لمولاه ، ومولاه حربياً ، فهو عبد لمولاه ، يبيعه الإمام ويوقف ثمنه في يده لمولاه ؛ وذلك لأنه وإن صار في يد نفسه ، فلم [يتغلب على رقبته]^(٢) ، وإنما خرج طائعاً للمولى ، فصار كمال الحربى إذا دخل به مستأماً إلى دارنا ، يبقى على ملك صاحبه .

(قال: ولو أن حربياً أسلم في دار الحرب ، وله رقيق ، فخرج إلى دار الإسلام مسلماً ، ثم تبعه بعد ذلك عبده مسلماً)^(٣) ، فهو عبد لمولاه ، وكذلك إن خرج كافراً ؛ لأنه خرج إلى دار المولى ، فلم يصير مغالباً على رقه ، ولم يختلف به وبمولاه الدار حتى يصير غانماً عليه ، فيبقى على ملكه .



(١) رواه أحمد (٢١٦٧)؛ والطبراني في الكبير (٣٩٠/١١)؛ وابن أبي شيبة (٤١١/٧)؛ والبيهقي

في الكبرى (٢٣٠/٩) .

(٢) في أ (يقدر على رقه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

بَابُ

من أسلم على شيء في يده فهو له



قال ابن سَمَاعَةَ وبشر بن الوليد عن أبي يوسف: في قومٍ من أهل البادية أسلموا على مياههم وعلى بلادهم: فلهم ما أسلموا عليه.

قال ابن سَمَاعَةَ: يعني ما أسلموا عليه وهو في أيديهم، وقال بشر: فلهم ما أسلموا عليه وهو في أيديهم، وليس لأحدٍ من القبائل أن يئني في ذلك ما يستحقُّ به شيئاً، ولا يحفر في ذلك بئراً [ويستحقُّها بذلك].

والأصل في هذا قوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «من أسلم على مالٍ، فهو له»^(١)، وهذا يدلُّ على أن ما كان في يد الكافر إذا أسلم استقرَّ ملكه فيه، ولم يُتعرَّض له^(٢)؛ ولأنَّ من كان يسلم على عهد رسول الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أحرز ماله بإسلامه، فدلَّ على أن الإسلام يستقر معه ملك المسلم، فإذا كانت أيديهم ثابتةً في مياههم وأرضيهم استقرَّ ملكهم فيها بالإسلام، ولم يجز لغيرهم أن يتصرف فيها، ولا ينفرد فيها إلا بإذنهم كسائر الأملاك^(٣).

(قال: وليس لهم أن يمنعوا الكلاً ولا المرعى في تلك البلاد)^(٤)، وليس

(١) رواه أبو يعلى في المسند حديث (٥٨٤٧)؛ والبيهقي في الكبرى (١١٣/٩)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (رواه أبو يعلى، وفيه ياسين بن معاذ الزيات، وهو متروك) (٣٣٦/٥).

(٢) في ب (يعترض عليه).

(٣) في ب (الأموال).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

لهم أن يمنعوا المواشي من الماء ولا حافرًا [ولا سقاء] ؛ وذلك لأن الكلاً والماء لا يُملَك بملك الأرض ، لقوله ﷺ : «الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلاً والنار»^(١)، وقال ﷺ : «من منع الماء لفضل الكلاً منعه الله من روح الجنة»^(٢).

وإذا لم يُملَك بملك الأرض وإنما هو وسائر الناس فيه سواءً ، استوى من أسلم من الكفار ، ومن كان مُسلمًا في أنه لا يُمنع منه .

قال: وإن لم يُعلم أنّهم أسلموا وذلك في أيديهم ، فمن ابتنى فيه بناءً أو حفر بئرًا ، فذلك له ؛ لأنهم إذا لم يملكوه صار كسائر المَوَات ، فيُملَك بالإحياء .

قال: ولو أن أهل^(٣) قرية لهم مروجٌ يرعون فيها ويحتطبون منها ، قد عرف أنّها لهم ، فهي لهم على حالها يتبايعونها ، ويتوارثونها ، ويحدثون فيها ما يحدث الرجل في ملكه [أ/٤٧٩] ، وليس لهم أن يمنعوا الكلاً ولا الماء ولا أصحاب المواشي أن يرعوا تلك المروج ، ويستقوا من تلك المياه ، ولا يجوز لأحد أن يسوق تلك المياه إلى مزرعةٍ أو حرثٍ إلا برضا أهله ؛ وذلك لأن المروج تُملَك كما تُملَك الضياع ، ومعلومٌ أنّه ليس لصاحب الضيعة أن يمنع الكلاً ولا يمنع الماء للشفّة^(٤) ، وكذلك صاحب المريج .

وأما سوى الماء إلى المزارع ، فلا يجوز إلا برضا صاحب المريج ؛ لأنّ

(١) رواه ابن ماجه (٢٤٧٣) ؛ وقال ابن حجر: سنده صحيحٌ . انظر التلخيص الحبير (٦٥/٣) .

(٢) رواه أحمد (٦٧٢٢) ؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (رواه أحمد وفيه محمد بن راشد الخزاعي وهو ثقة وقد ضعفه بعضهم) (١٢٤/٤) .

(٣) سقطت من ب .

(٤) الشفّة - بفتح الشين وكسرهما - ، وشفة الشيء: حَزْفُهُ ، وشفة الإنسان: الجزء اللحمي الظاهر الذي يستر الأسنان ، وهما شفتان ، والمراد هنا بالشفّة: شرب الإنسان والحيوان ، وحق الشفّة: حق الشرب . انظر: المعجم الوسيط ؛ معجم لغة الفقهاء (الشفة) .



ذلك يؤدي إلى إبطال الانتفاع بالعيون والأنهار؛ لأنها لا تفي بكل الناس، فلو تساووا في سقي أرض بها (بطل حق أربابها)^(١)، ولهذا جعل النبي ﷺ للبئر والعين حريماً^(٢)؛ حتى لا يحفر غير مالكها عيناً إلى جنبها ويستبد بمائها^(٣).

وليس هكذا إباحة الماء للشفة؛ لأنه لا يبطل الانتفاع بالماء، ولا يمنع توفره على المزارع.

قال: وكان أبو حنيفة يرى القتال بالسلاح في الماء إذا خاف الرجل على نفسه، إذا كان في الماء فضل عمّن هو معه، ولا يرى ذلك في الطعام، يرى فيه الأخذ والغصب من غير قتال، وقال أبو يوسف مثل ذلك.

قال: وليس هذا إلا في تلك الساعة التي يخاف على نفسه، وليس له أن يأخذ ماء ليتزود، ولا يأخذ قريباً^(٤)، وإنما له أن يأخذ من فضل إن وجد ماء يدفع الموت عنه ساعته تلك، ومعنى هذا أن الماء إذا كان في بئر أو نهر أو عين، فممنوع أربابها الشفة، جاز للممنوع أن يقاتلهم عليه بالسلاح؛ وذلك لأنهم لا يملكون الماء، وإنما هو مشترك بينهم وبين المسلمين، وحق الطالب فيه كحق المانع، فجاز له أن يقاتله كما يقاتله إذا منعه من ماله.

وأما إذا كان الماء مملوكاً، مثل أن يكون في إناء فهو كالطعام، إذا كان فيه فضل جاز للمضطر أن يغصبه ويغلب عليه، فيأخذه مقدار الفضل بشرط الضمان؛

(١) ما بين القوسين في ب (بطل جواز ما نهي عنه).

(٢) كقوله ﷺ (حريم البئر مدّ رشائها) أخرجه ابن ماجه (٢٤٨٧)؛ ونحوه في السنن الكبرى للبيهقي ٨٣١/٢.

(٣) في ب (فينسد ماؤها).

(٤) في ب (قوتاً).

لأنَّه ملكٌ لمن هو في يده، فلا يجوز أن يُقاتل على ملكه، ويجوز أن يُغصب بشرط الضمان؛ لأنَّ تحريم ملك الغير لا يكون بأكثر من تحريم الميتة، فإذا جاز تناولها عند الضرورة، فجواز تناول ملك الغير أولى.

وإنَّما شرط أن يكون فيه فضلٌ؛ لأنَّه إذا لم يكن فيه فضلٌ فهو يحيي نفسه بقتل غيره، وذلك لا يجوز؛ ولأنَّ الحاجة إذا تساوت فالملك أخصَّ بماله^(١)، فكان به أولى.

وإنَّما قال: إنَّه لا يجوز أن يغصب ما يتزوّد؛ لأنَّ الأخذ أبيع للضرورة، ولا ضرورة به إلى الزاد، وإنَّما يضطر إلى ما يدفع الموت عن نفسه في الحال.

وأما قول ابن سَماعة: إنَّ ذلك أحبُّ إلينا من الميتة؛ فلأنَّ الله تعالى أباح أخذ مال الغير عند الضرورة بشرط الضمان، وأباح أكل الميتة، ومال الغير مباحٌ في الأصل لولا حقَّ ملكه، فإذا أباحته الضرورة، كان تناوله أولى من تناول المحظور في الأصل.

قال ابن سَماعة: ولو أن رجلاً زرع في أرضه، ثم حصدها وبقي من حصاده وجله مرعىً، فله أن يمنع هذا، وله أن يبيعه، وليس له أن يمنع الكلاً ولا يبيعه حتى يحتشّه، فيحرزه، [وهو وغيره في الكلاً سواءً، كان في ملكه أو في غير ملكه]؛ وذلك لأنَّ الحصائد قد نبتت بزراعته، كسائر النبات التي ينبتة الناس، فيملكونه بالإنبات، فلهم أن يمنعوا عنه كما يمنعون عن سائر أملاكهم^(٢).

وأما الكلاً فإنَّه ينبت بغير إنباتٍ، فلا يختصُّ أحدٌ به؛ فلذلك مُلكٌ بالأخذ

(١) في ب (بملكه).

(٢) في ب (أموالهم).



(كالماء، وأما ما احتش منه وأحرز، فقد مُلِكَ بالأخذ)^(١)، كما يملك الماء والصيد بالأخذ، فلا يجوز الانتفاع به إلا برضا مالكة.

قال: وليس لأحد أن يحدث في مرج ملك^(٢) لغيره قرية، ولا يتخذ فيه نهراً ولا بئراً، ولا يتخذ فيه مخزناً إلا بإذن صاحبه، ولصاحبه أن يحدث ذلك كله؛ لأنه مملوك، فلا يختص به غير مالكة.

قال: فإن أحدث ذلك مالكة لم يكن لأحد أن يرعى فيها زرعاً، ولا يختليه؛ لأنّ الزرع مملوك للزارع، فلا يتناول إلا بإذنه.

قال: وإن كان مرجاً على حاله، فصاحبه وغيره مشتركون في كَلِّه ومائه^(٣)، وليس يشبه الآجام^(٤) المروج، ليس لأحد أن يحتطب من أجمة رجل إلا بإذنه، وإن فعل ضمن، وإن صاد فيها السمك والطيور فهي له؛ وذلك لأنّ الأجمة ينبت فيها الحطب والقصب، وذلك يملك بملك الأرض وإن لم ينبت صاحبها، كما يملك الشجر إذا نبت في أرضه وإن لم ينبت، فلم يجز لغيره أن يحتطبه ولا يرعاه. فأما المروج فهي [المراعي]^(٥)، وإنما ينبت فيها الكلاء؛ وذلك لا يملك بملك الأرض، فحق جميع الناس فيه سواء.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت من ب.

والمَرَجُ: «الموضع الذي ترعى فيه الدواب»، كما في الصحاح (مرج). وقال ابن الأثير: «المرج: الأرض الواسعة ذات نبات كثير، تمرّج فيه الدواب، أي: تخلّى تسرح مختلطة كيف شاءت». النهاية في غريب الحديث (مرج).

(٣) في ب (ونباته).

(٤) الآجام: جمع أجمة، والأجمة: الشجر الكثيف الملتف. انظر القاموس المحيط (أجم).

(٥) في أ (للمزارع)، والمثبت من ب.

فأما صيد السمك والطيور من الآجام، فهو لمن صاده؛ لأنه [باقٍ] على أصل الإباحة، لا يُملك بملك الأرض التي هو فيها، فمن سبقت يده إليه كان أحقَّ به؛ ولأنَّ الأجمة لا تكون بأكثر من داره ومن دار غيره، [ومن دخل دار غيره] فاصطاد صيداً كان له، وإن كان ممنوعاً من دخول الدار إلا بإذن مالِكها.

وأما إذا حظر السمك في حظيرة، فإن كان يؤخذ بغير صيدٍ، فقد ملكه بالتحضير، بدلالة جواز بيعه له؛ فلذلك ينفرد به، ولا يجوز لغيره تناوله.

وإن كان لا يمكن أن يؤخذ إلا بصيدٍ، لم يملكه صاحب الحظيرة؛ لأنَّ يده لم تثبت عليه؛ بدلالة أنَّه لا يجوز بيعه، فصار كالماء إذا ساقه من الفرات في نهر.

قال: ولو أنَّ بقاراً رعى بقرةً في أجمة غيره، فليس له ذلك، وهو ضامنٌ لما رعى وأفسد؛ لأنَّ الأجمة نباتها القصب، وذلك ملكٌ لصاحبها، فمن أفسده ضمنه كسائر أملاكه.

والذي يبين الفرق بين القصب والكلاء، أنه يجوز دفع القصب معاملةً، ولا يجوز دفع الكلاء معاملةً.

وذكر أبو يوسف عن مالك: أنه بلغه عن رسول الله ﷺ أنه حرّم عضاه المدينة وما حولها اثنا عشر ميلاً، أي حبسها وحرّم الصيد في أربعة أميال حولها، أي جنبها^(١).

قال أبو يوسف: وتفسير هذا عندنا: أن أموالهم كانت الغنم، وقوتهم اللبن،

(١) رواه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: البخاري (١٧٤٤)؛ ومسلم (١٣٧٢)؛ وهو في الخراج لأبي يوسف ص (١٢٨) من الطريق التي ذكرها المؤلف.

فمنع الرعي فيما قرب منها ليتوفر اللبن على أهلها.

وذكر أبو يوسف بإسناده عن رسول الله ﷺ أنه قال في المدينة: «إنها حرام آمن، إنها حرام آمن»^(١)، وهذا معناه أنه لا يجوز الإضرار بأهلها، ولا قتالهم؛ لأنها حرم رسول الله ﷺ.

قال أبو يوسف: ولو أن أهل قرية من قرى الجبل لهم جبال وأودية تنسب إلى قريتهم فيها الكلاء [والقصب] والحطب، فليس لهم أن [يمنعوا]^(٢) الكلاء؛ [لما بينا]، وروي عن رسول الله ﷺ: [١/٤٨٠] «لا يمنع أحدكم الماء مخافة الكلاء»^(٣)، وروي عن عائشة عن رسول الله ﷺ «أنه نهى عن بيع نقع الماء»^(٤).

قال: وإذا كان الحطب في المروج، وهي في ملك رجل [مسلم]، فليس لأحد أن يحتطبها إلا بإذنه، وإن كانت في يد غير مالك، [وإن كانت تنسب إلى قرية وإلى أهلها]، فلا بأس بأن يحتطب ما لم يعلم أن لها مالكا يملكها، وهذا على ما قدمنا أن الكلاء لا يملك وإن كان في ملك، والحطب يملك بملك الأرض.

فأما إذا كانت الأرض غير مملوكة ولا منسوبة إلى قرية، فحطبها غير مملوك، فحق جميع الناس فيه سواء^(٥).



(١) الخراج لأبي يوسف ص (١٢٨)؛ ورواه مسلم (١٣٧٥) من حديث سهل ابن حنيف رضي الله عنه.

(٢) في أ (بيعوا)، والمثبت من ب.

(٣) أبو يعلى في المسند (٦١٨٧)، وأبو عوانة في المسند (٤٨٩٧)

(٤) رواه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (٢٨٤/٤)

(٥) انظر: الأصل ٤٥٦/٧.



بَاب

ما يكونُ الكافرُ به مسلماً إذا قاله



قال أيده الله: جملة هذا الباب: أن الكفار على ضربين: منهم من يجحد الباري ﷻ، كعبدَةِ الأوثان، ومنهم من يثبت الباري ويشرك بينه وبين غيره كالثنوية^(١)، فهؤلاء إذا قالوا: لا إله إلا الله، كان ذلك إسلاماً، وكذلك إذا قالوا: نشهد أن محمداً رسول الله؛ لأنهم يمتنعون في دينهم عن كل واحدة من الشهادتين، فإذا أتوا بها دلّ على انتقالهم عما كانوا عليه، وكذلك إن قالوا: قد أسلمنا، ونحن مسلمون.

وأما من قال من الكفار بالتوحيد وجحد الرسالة، فإنه لا يكون مسلماً بقول: لا إله إلا الله؛ لأنه لم ينتقل عما كان عليه، فإن قال: أشهد أن محمداً رسول الله، كان مسلماً.

وأما من كان من أهل الكتاب فيما بيننا، إذا قالوا: نشهد أن لا إله إلا الله و[نشهد] أن محمداً رسول الله، لم يكونوا بذلك مسلمين، حتى يتبرؤوا من الدين الذي كانوا عليه؛ لأنّ منهم من يقول: إنّ محمداً رسولَ الله رسولٌ [إلى] العرب

(١) الثنوية: مذهب ديني فلسفي قديم، يمثل أحد أطوار الديانة المجوسية، شاع في بلاد فارس قبل النصرانية وبعدها، وانتسبت إليه فِرَق تحمل أسماء أصحابها، ومن أقدمها: الزرادشتية، والديسانية، والمانوية، والمزركية.

ويقوم مذهب الثنوية على أساس: أن العالم مركب من أصلين قديمين أزليين وممتزجين، هما: النور والظلمة، ويختلفان في الجوهر والطبع والصفات والفعل. انظر: الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، ١٠٣٢/٢ (دار الندوة العالمية).



دون بني إسرائيل ، فلا يكون مسلماً على هذا القول ، حتى يتبرأ مما كان يعتقد ، ويعترف أن ما جاء به محمد بن عبد الله حقٌ .

ولهذا قالوا: إن الواحد منهم لو قال: أنا مسلمٌ ، أو مؤمنٌ ، لم يكن بذلك مسلماً ؛ لأنهم يزعمون أن الإسلام ما هم عليه ، وأن الإيمان ما هم عليه ، ولما قدّمنا أن النبي ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»^(١) ، وذلك لأنه ﷺ كان يقاتل عبدة الأوثان في الغالب ، فيكتفي منهم بالشهادة .

وإذا ثبت ما قدّمنا ، قال محمدٌ في السير الكبير: إذا حمل رجلٌ من المسلمين على رجلٍ من المشركين ليقتله^(٢) ، فلما أرهقه قال: أشهد أن لا إله إلا الله ، وهو ممن لا يقول: لا إله إلا الله ، ولا يقرّ بها ، فهذا دليلٌ إلى إسلامه ، وهو [بهذا] عندنا مسلمٌ ، فينبغي أن يكف عنه ، ولا يقتله^(٣) .

وكذلك لو قال: أشهد أن محمداً رسول الله ، فهو مسلمٌ ، وكذلك لو قال: أنا مسلمٌ ، وألقى السلاح أو لم يُلِّقْه ، أو قال: أنا على دين محمدٍ ، أو قال: أنا على دين الإسلام ، أو أنا على الحنيفية ، فهذا كله دليلٌ على الإسلام ، فإن رجع عن الإسلام ضربت عنقه ، وهذا على ما قدّمنا ، أن من لا يعترف بالتوحيد يكون مسلماً بكل واحدٍ من الشهادتين ، وبقوله: أنا مسلمٌ ؛ لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» ، ولما روي أن أسامة بن زيد حمل على كافرٍ ، فلما وضع السنان بين كتفيه قال: أشهد أن لا إله إلا الله ، فقتله ، فقال له رسول الله ﷺ: «أقتلت

(١) البخاري (٢٥) ؛ ومسلم (٢٢) .

(٢) سقطت من ب .

(٣) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخسي) ٢٢٦١/٥ .

من يشهد أن لا إله إلا الله ، ومن لك بلا إله إلا الله يوم القيامة» ؟ فقال: إنما قالها تَعَوِّذًا حين رأى السنان بين كتفيه ، فقال ﷺ: «هلا شققت عن قلبه»^(١) .

وروي أن المقدام بن الأسود قال للنبي ﷺ أرأيت لو قاتلت مشركًا فضرب يدي ، ثم لاذ مني بشجرة ، فقال: أنا مسلمٌ ، أو قد أسلمت ، فقال: «لا تقتله» ، فقال: كيف لا أقتله وقد قطع يدي ، فقال ﷺ: «إنك إن قتلته كنت بمنزلته قبل أن يقول أنا مسلمٌ ، وكان بمنزلتك قبل أن يقتل»^(٢) .

فإذا ثبت أنه يصير بذلك مسلمًا ؛ فإذا رجع عنه ، فقد ارتدَّ ، فيُقتل برِدِّته .

قال محمد^(٣): فإن قال هذا قبل أن يقهره المسلم ، فهو حرٌّ [مسلمٌ] لا سبيل عليه ؛ لأنَّ المسلم لا يُبتدأ بالاسترقاق .

قال: وإن قالها بعدما قُهر ، فهو مسلمٌ ، وهو فيءٌ ؛ لأنه أسلم بعد ثبوت اليد عليه ، والإسلام يسقط القتل ولا يسقط الاسترقاق الثابت .

قال: فإن رجع عن هذا وقال: إنما قتلته تَعَوِّذًا لئلا أُقتل ، لم يقبل ذلك منه^(٤) ، وينبغي للإمام أن يعرض الإسلام عليه ، فإن أبى أن يسلم قتله ؛ لأننا حكمنا بإسلامه ، فإذا رجع عنه صار مرتدًّا ، فلا يقبل قوله أنه لم يقصد الإسلام بعد الحكم بظاهر إسلامه .

قال: وإن كان من قومٍ من المشركين من اليهود أو غيرهم محاربين

(١) مسلم (٩٦) .

(٢) البخاري (٣٧٩٤) ؛ ومسلم (٩٥) .

(٣) قال محمد سقطت من ب .

(٤) انظر: السير الكبير ٥/٢٢٦٢ .



للمسلمين ، وهم يشهدون أن لا إله إلا الله ، وذلك من دينهم ، إلا أنهم لا يقرّون لمحمدٍ ﷺ ، (فلا بأس بقتله ، ولا يكون قول لا إله إلا الله من مثل هذا دليلاً على إسلامه ، فإن قال حين رهبته : أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله ، وألقى سلاحه)^(١) ، فليكف عنه ولا يقتله .

وكذلك لو قال : أشهد أن محمداً رسول الله ، ولم يقل : أشهد أن لا إله إلا الله ، أو قال : دخلت في الإسلام ، أو في دين محمدٍ ، وإن مات بعدما قال شيئاً من هذا ، صَلَّى عليه ، واستغفر له .

وهذا على ما قدمنا ، أن من يعترف بالتوحيد ، لا يكون بالشهادة مسلماً ؛ لأنّه لم ينتقل عما كان عليه ، فإذا شهد برسالة النبي ﷺ أو اعترف أنّه على دينه ، أو قال : أنا مسلمٌ ، فذلك إسلام منه [صحيح] ؛ لأنّه قد انتقل عما كان عليه .

قال محمدٌ : واليهود والنصارى الذين بين ظهرائي المسلمين لا يكونون مسلمين بالشهادتين ؛ لأنّهم جميعاً يقولون هذا عندنا ، ليس من يهوديٍّ ولا نصرانيٍّ نسأله^(٢) إلا قال : أشهد أن لا إله إلا الله وأنّ محمداً رسول الله ، فإذا فسّر قوله ، قال : رسول الله إليكم ، (وكان أبو حنيفة يقول)^(٣) : لا يكون هذا منهم إسلاماً حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأنّ محمداً رسول الله ، ويقرّوا بما جاء به من عند الله ﷻ ، وإن كان نصرانياً قال : وأبرأ من النصرانية ، وإن كان يهودياً قال : وأبرأ من اليهودية .

وهذا على ما قدمنا ، أنّهم إذا كانوا يعترفون بالشهادتين ، ويتأولوها ، لم

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) سقطت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

يقتصر على ذلك حتى يتبرؤوا ممّا كانوا عليه ، فإن قال الواحد منهم : أشهد أنّ محمداً رسول الله ، وأبرأ من النصرانية وكان نصرانياً ، قُبِلَ منه ؛ لأنّهم لا يتبرؤون من دينهم ، ويعترفون بالنبيِّ ﷺ إلا بعد الإسلام ، فكان ذلك إسلاماً .

قال : فإن قال اليهودي أو النصراني : أشهد أنّ لا إله إلا الله ، وأبرأ من النصرانية ، [فإنّ هذا ليس بمسلم ؛ لأنّ هذا يحتمل أن يقول : إنّما تبرّأت من النصرانية] لأنني دخلت في دين اليهودية ، وهم يقولون : أشهد أنّ لا إله إلا الله [٤٨٠/ب] فلا يصير مسلماً بالاحتمال .

وإن قال النصراني : إني أشهد أنّ لا إله إلا الله ، وأبرأ من النصرانية ، وأدخل في دين الإسلام ، أو قال : وأدخل في دين محمدٍ ، كان مسلماً ؛ لأنّه تبرّأ من دينه ، ودخل في ديننا ، وذلك لا يحتمل إلا الإسلام .

فإن قال : أنا مسلمٌ ، أو مؤمنٌ ، لم يكن مسلماً ؛ لأنّهم يزعمون أنّ الإسلام ما هم عليه ، والإيمان ما هم عليه^(١) .

قال الحسن : قال أبو حنيفة : ولو أنّ نصرانياً أو يهودياً قال : أنا مسلمٌ ، أو قال : قد أسلمت ، سئل أيّ شيء أردت بذلك ؟ فإن قال : ما أردت بذلك : [ترك] دين النصراني أو ترك دين اليهود والدخول في دين الإسلام ، كان بذلك مسلماً ، فإن رجع بعد ذلك إلى النصرانية ، كان بذلك مرتدّاً [حلال الدم] ؛ لأنّه تبرّأ من الدين الذي كان عليه ، ودخل في ديننا .

قال : فإن قال : أردت بقولي قد أسلمت ، أو أنا مسلمٌ ، أو على الحق ، أو

(١) انظر : الأصل ٢٢٦١/٥ - ٢٢٦٧ .

أني مسلم لله تعالى ، ولم أرد بذلك رجوعاً عن ديني ، لم يكن بذلك مسلماً ؛ لما بينا^(١) أنهم يزعمون أنّ الإسلام ما هم عليه ، وأنهم مستسلمون لله تعالى ، وأنّ الإيمان ما هم عليه ، وأنهم مصدّقون بالله تعالى ، وإذا احتمل هذا القول منهم ، لم يحكم بإسلامهم^(٢) .

قال : فإن لم يُسأل أي شيء أردت بذلك ، حتى جعل يصلّي مع المسلمين في مساجد الجماعة [كما يصلي المسلمون] ، أو أقرّ أنّه صلّي مع المسلمين في مساجدهم في جماعة ، أو أذنّ في بعض المساجد للمسلمين ، كان بذلك مسلماً ؛ لأن الصلاة في جماعة والأذان للجماعات يثبت به الإسلام لو انفرد ، فإذا تقدّم عليه الاعتراف بالإسلام ، فأولى .

وقال الحسن : قال أبو حنيفة : لو أنّ يهودياً أو نصرانياً أو أحداً من أهل الشرك شهدوا عليه أنّه قد أسلم ، وأنّه وصف الإسلام ودخل فيه وصلّي مع المسلمين ، وجحد أن يكون فعل ، وقال : لم أزل على ديني ، ولم أدخل في الإسلام ، استتابه الإمام ، فإن أسلم وإلا قتله .

وكذلك لو شهدوا عليه أنّهم رأوه يصلي الصلوات في جماعة (من المسلمين ، أو صلاةً واحدةً ، وكذلك لو سمعوه)^(٣) يؤذّن في مسجد جماعة من مساجد المسلمين ؛ لأنّ هذه الأشياء دلالة على الإسلام ، فإذا جحدها بعد الشهادة صار مرتدّاً .

قال : وإن شهدوا أنّهم رأوه يصلي وحده كما يصلّي المسلم في مسجد من

(١) لما بينا) سقطت من ب .

(٢) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخسي) ٢٢٦٦/٥ .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .



مساجد المسلمين ، أو في غيره ، أو رأوه يؤذن بغير صلاةٍ ، لم يكن بذلك مسلماً ؛ وذلك لأنّه لم يأت بالعبادة على أكمل صفاتها ، فصار كمن أتى بالشهادتين ، ولم يتبرأ من الأديان .

وكذلك لو رأوه يتلقن القرآن أو يقرأه ، لم يكن بذلك مسلماً ؛ لأنّ القراءة لا تختصّ بديننا ، بدلالة أنّهم يقرؤونه تأدباً بقراءته ، فلم يدل ذلك على الإسلام .
وأما الصلاة إذا كانت في جماعة ، فإنّه يكون به مسلماً عندنا ، وقال الشافعي : لا يكون مسلماً .

فإن صلى من لم يعلم منه تقدّم الكفر [جماعة] ، كان ذلك دلالةً على إسلامه .
وروى داود بن رشيد عن محمدٍ : أنّه إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلماً ؛ وذلك لقوله ﷺ : «من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا ، فله ما لنا وعليه ما علينا»^(١) ، وقال : «نهيت عن قتل المصلين»^(٢) ؛ ولأنّها عبادةٌ يستدلّ بها على الإسلام ممّن لم يعلم بقدم كفره ، فيستدلّ بها على من علم كفره كالشهادتين .

وأما الحجّ ، فقد قالوا : إنّهم إذا رأوه يحج ، وتهياً للإحرام ، ولبيّ^(٣) ، وشهد المناسك كلّها مع المسلمين كان بذلك مسلماً ؛ لأنّ هذه العبادة على هذه الهيئة^(٤) تختصّ بشريعتنا ، وقد أتى بها على أكمل أحوالها ، فصارت كالصلاة .

(١) أخرجه البخاري (٣٨٤) من حديث أنس رضي الله عنه .

(٢) أخرجه أبو داود (٤٩٢٨) ؛ وقال النووي في خلاصة الأحكام : (رواه أبو داود بسندٍ ضعيفٍ من رواية أبي هريرة رضي الله عنه) (٢٤٧/١) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في ب (الصفة) .



فإن لبي ولم يشهد المناسك ، لم يكن مسلماً ؛ لأن التلبية بعض العبادة ، وكذلك لو شهد المناسك ولم يلب ؛ لأن العبادة لا تكمل إلا بعد تقدم التلبية .

قال داود بن رشيد: إن شهدوا أنه مؤذن جعلته مسلماً ، فإن قالوا: سمعناه يؤذن في مسجد الجامع ، قال: ليس بشيء ، حتى يقولوا هو مؤذن ، أو يقولوا: صحبناه فكان مؤذننا ؛ لأنه إذا أذن: فأكثر ما فيه أنه أتى بالشهادتين ، وقد بينا أن الكتابي^(١) لا يصير بهما مسلماً حتى يجمع إليهما معنى آخر .

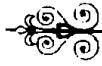
فإن قالوا: هو مؤذن أو مؤذن لنا ، فقد أخبروا أنه فعل الأذان على وجه العبادة ، فكان بذلك مسلماً .

قال: وإن شهدوا أنهم رأوه يصلي سنة ولم يقولوا في جماعة ، فقال: صليت صلاتي ، لم أعترض له حتى يقولوا: صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا ؛ لأنهم قد يصلون ، فلم تدل الصلاة على الإسلام ، إلا أن يشهدوا أنه فعلها على الوجه الذي يفعله المسلم .

فإن شهد شاهدٌ فقال: رأيت يصلي في المسجد الأعظم [شهرًا] ، وشهد آخر أنه رآه يصلي في مسجد بني عامر شهرًا ، وشهد آخر أنه رآه يصلي بالكوفة سنة [، وشهد آخر: رأيت يصلي بالشام سنة ، أو قال: صلى معنا بطريق مكة ، لم أقتله ، ولكن أجبره ؛ وذلك لأنهم لم يجتمعوا على فعل واحد ، وإن اتفقوا على فعل الصلاة ، فصار اختلافهم شبهة في إسقاط القتل ، وأجبره على الإسلام ، لاتفاقهم أنه مسلم . [والله أعلم]^(٢) .

(١) في ب (الكافر) .

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٦/٧ وما بعدها .



بَاب

ما يؤخذ به أهل الذمة مما يتبينون به من المسلمين



الأصل في هذا الباب: أن أهل الذمة فيما بيننا يجب أن يتميَّزوا بعلامات يُعرفون بها؛ بدلالة ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد يأمرهم بأن يأمرُوا أهل الذمة أن يختموا [على] رقابهم بالرصاص، وأن يظهروا مناطقهم، [وأن يجدفوا^(١) براذينهم]، (وأن يجرّوا نواصيهم)^(٢)، ولا يتشبهوا بالمسلمين في أمر زيّهم^(٣).

وروي أنه صالح أهل الذمة على أن يَشُدُّوا في أوساطهم الزُّنَّار^(٤)، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكيرٍ.

ولأن من كان مسلماً وجب علينا تعظيمه وموالاته، ومن كان كافراً لم [يجز لنا]^(٥) تعظيمه ولا موالاته، فإذا اختلطوا لم نأمن أن نعظم الكافر وأن نواليه ظناً منا أنه مسلمٌ، فلذلك وجب علينا تمييزهم؛ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تبدؤوهم بالسلام، وألجئوهم إلى أضيق الطريق»^(٦)، فإذا لم نعرفهم لم نأمن أن نبدأهم بالسلام؛ ولأنه يجوز أن يموت الواحد منهم وهو غير متميَّز بزيّه، فيصلّي عليه

(١) جدف: (شاةٌ جدفاء: قُطِعَ من أذنها شيءٌ). القاموس المحيط (جدف).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨٥/٦)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٠٢/٩).

(٤) الزُّنَّار: حزام يَشُدُّه النصراني على وسطه، والجمع زنانير. الوجيز (زئر).

(٥) في أ (يجب علينا)، والمثبت من ب.

(٦) أخرجه أبو داود (٥٢٠٥)؛ والترمذي (١٦٠٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال: «حسنٌ صحيحٌ».

ويُدْفَن في مقابر المسلمين ويستغفر له ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل : لو وجب ما ذكرتم لكان النبي ﷺ يأخذ به اليهود في المدينة ، ويطلب به نصارى نجران ، أو مجوس هجر ، ولو فعل ذلك لنقل .

والجواب : أن ذلك إنما يجب لتمييزوا ويُعرفوا ، واليهود بالمدينة كانوا يُعْرَفُونَ بأعيانهم ، لا يشبه حالهم على أهل المدينة ، ونصارى نجران كانوا منفردين بها ، وكذلك مَجُوسُ هَجَرَ ، فلما فتحت البلاد في زمن عمر وكثر الناس واختلطوا وصاروا لا يُعْرَفُونَ بأعيانهم ، وجب تمييزهم للمعنى الذي قدمناه .

وإذا ثبت هذا ، قال أبو حنيفة : ينبغي أن لا يترك أحدٌ من أهل الذمة يتشبهه بالمسلمين في لباسه ، ولا في مركبه [٤٨١/أ] ، ولا في هيئته .

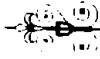
قال : وينبغي أن يؤخذوا حتى يجعل كل واحد في وسطه كُستيجاً^(١) مثل الخيط الغليظ ، يعقد على وسطه ، وأن يؤخذوا بأن يلبسوا قلانس مضربةً ، وأن يركبوا بسروج على قَرَبوس^(٢) السرج مثل الرمانة ، وأن يجعلوا شرك نعالهم مثنيةً ، ولا يحذوها على حذو المسلمين ، ولا يلبسوا طيالسةً مثل طيالسة المسلمين ، ولا أرديةً مثل أرديتهم .

وقال أبو يوسف : يمنعون من ركوب الرحائل ، قال : وتكون قلانس الرجال مضربة طوالاً ، وإنما وجب أن يفرق بينهم وبين المسلمين في الزي ؛ لأن [السِّيما] يُستدل بها على حال الإنسان ، قال الله تعالى : ﴿ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ ﴾ [البقرة: ٢٧٣] .

(١) وهو ما يُشَدُّ على وسطه من علامة بها يمتاز عن المسلم ، وينبغي أن يكون من الصوف أو الشعر .

انظر مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخنا زاده (٤٧٨/٢) .

(٢) (القَرَبوس : حنو السرج) . المعجم الوسيط (٧٢٣/٢) .



وقد قال أصحابنا: إنَّ مَنْ رأينا عليه زي الفقراء جاز لنا دفع الزكاة إليه، وقال ﷺ: «غَيِّرُوا الشَّيْبَ بِالْحِنَاءِ وَالكَتْمِ، وَلَا تَتَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ»^(١)، فدلَّ ذلك على أن الصفات والزي يستدلُّ بها على الإسلام.

وإنَّما قال: إنَّ الكُستيج يكون كالخيط الغليظ؛ لأنَّه إذا لم يكن كذلك لم يظهر الزيِّ، فوجب أن [يجعل]^(٢) على وجهٍ يظهر عليهم.

فأمَّا القلانس التي ذكرها، فيحتمل أن يكون كانت زيًّا لهم قبل القهر، وأخذوا بأن يبقوا عليها ليُعرفوا بها، ويحتمل أن يكون طولبوا باتخاذ^(٣) ذلك حتى لا تشبه قلانسهم قلانس المسلمين.

وأمَّا السروج، فيحتمل [أيضاً] أن تكون سروجهم كانت على هذه الهيئة^(٤)، فأخذوا أن لا يتشبهوا بسروج العرب، ويحتمل أن يكون طولبوا بتغيير السروج على طريق التميِّز، وجُعِلت العلامة على القربوس ليُشاهدتها الرائي له، وقد قال في الجامع الصغير: إنَّهم يركبون على سروج كهيئة الأُكف^(٥).

وقد قال أصحاب الشافعي: إنَّهم يؤخذون أن يركبوا وأرجلهم إلى جانبٍ واحدٍ، وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنَّه لا يمكن مع ذلك من الركوب ولا يستقر الفارس.

وقالوا: إنَّهم يؤخذون بركب الخشب، وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنَّ الركب لا

(١) أخرجه البخاري (٣٢٧٥)؛ ومسلم (٢١٠٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) في أ (يفعل) والمثبت من ب.

(٣) في ب (بإظهار).

(٤) في ب (الصفة).

(٥) الأُكف: جمع الإكاف، وهو البرذعة. انظر المعجم الوسيط (أكف).

يظهر ، ولأن ركب الخشب يستعملها أهل الثغور في البلاد الباردة .

وأما شرك النعال المثنية ؛ فيجوز أن يكون هذا كان زيهم ، فطولبوا بالبقاء عليه ، ويجوز أن يكون ذلك ممّا [أخذوا] ^(١) بفعله حتى لا يتشبهوا بالمسلمين ، ألا ترى أن النعل يظهر في قدم الماشي ، فيدل على حاله .

فأما طيالة المسلمين وأرديتهم ، فهو اللباس الظاهر ، فيجب أن يؤخذ أهل الذمة بمخالفته ، فإن أمكن أن يخالفوا في الصفة والهيئة ، وإلا خالفوا في اللون .

وعلى [هذا] يجب أن تُمَيِّز نساؤهم من نساء المسلمين حال مشيهم في الطرق ، حتى لا تشكل الكافرة بمسلمة ، ويجب أن يتميِّزوا ^(٢) في الحمامات ، فيؤخذ أهل الذمة أن يكون عليهم في الحمام أزرٌ تخالف أزر المسلمين ، وقد قال أصحاب الشافعي : إنهم يجعلون في رقابهم الخوص ^(٣) ليميِّزوا به .

ويجب أن يكون على دور أهل الذمة علاماتٌ يتميِّزون بها عن دور المسلمين ، حتى لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة .

قال : ويتركون أن يسكنوا في أمصار المسلمين ، وأن يكونوا في أسواقهم يبيعون ويشترون ؛ لأن في ذلك منفعةً تعود على ^(٤) المسلمين ، ولا ضرر عليهم فيه .

(١) في أ (ابتدؤوا) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (يتزروا) .

(٣) هكذا في أ وفي ب ، والخوص : ورق النخل ، كما في مختار الصحاح (خوص) ، على أن الذي في كتب الشافعية : (وإذا دخلوا الحمام جعل في رقابهم طوقاً من رصاصٍ أو نحاسٍ أو جرسٍ ليميِّزوا عن المسلمين) كفاية الأختار للحصيني ص (٥١٣) وانظر التنبية للشيرازي (٢٣٨)

(٤) في ب (تصل إلى) .

بَاب

ما يكون لأهل الحرب من إحداث البيع والكنائس وبيع الخمر وغيرها

قال محمدٌ: وإذا صالح الإمام قومًا من أهل الحرب على أن يصيروا لهم ذمّةً، على أن يؤدّوا^(١) عن رقابهم (وأراضيهم شيئًا معلومًا، على أن يجري عليهم حكم الإسلام الذي يجري على أهل الذمّة، فهذا جائزٌ، ولا ينبغي للإمام)^(٢) إذا دعي إلى هذا أن لا يجيب إليه؛ وذلك لأنّ بذلّ الجزية يقوم مقام بذلّ الإسلام في حقن الدم، فكما لو بذلوا الإسلام وجب قبوله منهم، كذلك إذا بذلوا الجزية، وجب قبولها منهم.

قال: فإن صالحهم على هذا، وكانت أراضيهم مثل أرض الشام، مدائن وقرى ورساتيق^(٣) وأمصاراً، فليس ينبغي للمسلمين أن ينزلوا عليهم منازلهم، ولا يأخذوا شيئًا من دورهم وأراضيهم إلا بشراءٍ أو صدقةٍ [منهم] أو هبةٍ؛ وذلك لأنّهم قد حظروا أموالهم بالعهد، فلا يجوز الانتفاع بها إلا بإذنهم.

فإن اتخذ المسلمون في بعض تلك الأرضين مصرًا ينزله المسلمون، أو مدينةً، فلا بأس به إذا اتخذوا ذلك في أرضٍ مواتٍ لا يملكها أحدٌ؛ لأنّ الموات في بلاد المعاهدين كالموات في [بلاد الإسلام، فيُملك بالإحياء، ولأنّ هذه

(١) يودوا من ودّ القاتل القاتل ودياً ودية: أعطى وليه ديته. الوجيز (ودّى).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) جمعٌ مفردة رستاق وهو الرزداق: السواد والقرى. انظر مختار الصحاح (رزداق).

صارت من جملة [دار الإسلام ، فيجوز إحياء مواتها .

قال: فإن كان في ذلك المصر قرى لأهل الذمة ، فعظم ذلك المصر حتى بلغ القرى [وحدودها] (١) ، فقد صارت من المصر ، وليس ينبغي أن تهاج ولا يعرض لها في قليل ولا كثير ؛ لأنها ملكهم ، فإذا أحيينا ما يجاورها لم يتغير ملكهم فيها .

قال: فإن كان لهم في تلك القرى كنائس أو بيع أو بيوت نيران ، تركت على حالها ، (لم يهدم منها شيء) (٢) ؛ لأن الصلح وقع على إقرارهم على ما هم عليه ، فلو منعناهم من البيع والكنائس ، كان ذلك نقضاً لعهدهم ، وذلك لا يجوز .

قال: فإن أرادوا أن يحدثوا في شيء من ذلك القرى كنيسة أو بيعة أو بيت نار بعد ما صارت من مصر المسلمين ، لم يكن لهم ذلك ؛ لأن هذا مصر من أمصارنا ، فلا يجوز إحداء ذلك فيه ؛ لقوله ﷺ : « لا خصاء في الإسلام ، ولا كنيسة » (٣) ، معناه: لا يحدث في دار الإسلام كنيسة لم تكن .

فأما الخصاء فقليل في معناه: إنه لا تخصي الرجال (٤) ، وقيل في [تأويل] (٥) قوله تعالى: ﴿وَلَا مَرْئِيَهُمْ فَلْيَغَيِّرَتَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾ [النساء: ١١٩] ، إن المراد به الخصاء ، وقيل في تأويل ذلك: إنه التبتل والامتناع من النساء كما يفعله أهل الكتاب ، حتى يصير في حكم الخصي .

(١) في أ (وجاوزها) والمثبت من ب .

(٢) في ب (لم تهج ، ولم يعرض لها) .

(٣) البيهقي في الكبرى (٢٤/١٠) ؛ وقال ابن حجر في الدراية: (إسناده ضعيف) (١٣٥/٢) .

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٥) في أ (تأويل معناه) ، بزيادة (معناه) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

قال: وإن كانوا يبيعون الخمر والخنزير علانيةً في قريتهم تلك قبل أن يمصرّ المصّر، ثم مُصّر المصّر، فدخلت القرى في المصّر، فليس لهم أن يبيعوا الخمر والخنزير ظاهرين في ذلك المصّر، ولا يُدخِلوا شيئاً من ذلك المصّر؛ لأنّ هذا فسقٌ، ولا يحلّ إظهار الفسق في بلاد المسلمين.

وهذا صحيحٌ؛ لأنّهم إذا [أظهروا]^(١) ذلك، لم نأمن أن يألفه المسلمون فيستحلّوه؛ ولأنّه معصيةٌ، فيمنع من إظهاره [في ذلك المصّر] كسائر المعاصي.

قال: وإذا حضر لهم عيدٌ يُخرِجون فيه صلبانهم وغير ذلك، فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبّوا، فأما أن يُخرِجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصّر، فليس لهم ذلك؛ لأنّ إظهار الصليب معصيةٌ، فإذا ظهر في دار الإسلام كان ذلك إغزازاً للكفر، وهذا لا يجوز.

فأما في الكنائس، فلا يمنع منه كما لا يمنعون من إظهار الكفر فيها.

فأما ضرب الناقوس [٤٨١/ب] فليس ينبغي أن يُمنعوا في المصّر إذا كانوا يضربون في جوف كنائسهم القديمة، فأما أن يضربوا خارجاً منها، فليس ينبغي أن يُتركوا يفعلوا ذلك؛ لأنّ ضرب الناقوس معصيةٌ، فيجوز أن يفعلوه في كنائسهم القديمة، ولا يظهرها^(٢) في غيرها.

فأما كلّ قريةٍ أو موضعٍ ليس بمصّرٍ من أمصار المسلمين، فإن كان فيهم من أهل الإسلام عددٌ كثيرٌ نزولٌ [فيهم]، فليس يمنع أهل الذمّة أن يحدثوا فيه كنائس وبيعاً وبيوت النيران، ويبيعوا الخمر فيه علانيةً والخنزير، وإنّما يُكره هذا في

(١) في أ (ظهر) والمثبت من ب.

(٢) في ب (يتركون).

أمصار المسلمين التي يجب فيها الجُمع ، وتقام فيها الحدود .

فأمَّا المصر الغالب عليه أهل الذمة ، مثل الحيرة ونحوها ، وليس فيه منبرٌ ولا حدود تقام بقضاء قاضٍ ، فإنَّ هذا لا يمنع أهله من إحداء الكنائس والبيع وبيوت النيران فيه ، وبيع الخمر والخنازير علانيةً .

وكذلك القرى التي أهلها مسلمون ، إلا أنَّها ليست بأمصار فيها جُمعٌ وحدودٌ ، اشترى فيها قومٌ من أهل الذمة منازل ، واتخذوا الكنائس والبيع وبيوت النيران ، وباعوا الخمر والخنازير علانيةً ، فهذا لهم جائزٌ ، لا يُمنعون من ذلك ، إنَّما يُمنعون منه في الأمصار .

فمن أصحابنا من قال : إنَّما يعني بذلك : القرى التي هي قرى أهل الذمة ، وما ذكره [في الكتاب] نصٌّ يخالف ذلك ؛ لأنَّه اعتبر ما لا يقام فيه الجمع والحدود^(١) ، وسواءً كان من قرى المسلمين أو الذمة ؛ لأنَّ هذه القرى لا يظهر فيها إعزاز الدين بالجُمع والحدود ؛ وكذلك لا يظهر فيها إذلال الدين باتخاذ الكنائس والبيع وإظهار بيع الخمر .

قال : ولو أنَّ قومًا من أهل الحرب صالحوا على أن يكونوا ذمةً على أنفسهم وعلى أرضهم ، على أن يشترط عليهم المسلمون أن يقاسموهم منازلهم في مدائنهم وأمصارهم وقراهم ، وفيها الكنائس والبيع وبيوت النيران ، وفيه بيع الخمر والخنازير علانيةً ، وتزويج الأمهات والبنات والأخوات والعمات [والخالات] علانيةً ، وبيع الميتة وبيع ذبيحة المجوس علانيةً ، فما كان مصرًا أو مدينةً ، فقد صار مصرًا للمسلمين يجمع فيه الجُمع وتقام فيه الحدود ، فإنَّ أهل

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

الذمة يُمنعون من إظهار ذلك كله ، وليس لهم أن يحدثوا كنيسة لم تكن ولا بيعة ولا بيت نارٍ ، ولا يبيعوا في ذلك خمراً ولا خنزيراً ولا ميتة ولا ذبيحة المجوس علانيةً ، وليس لهم أن يظهروا نكاح [الأمّهات ، ولا نكاح الأخوات و] ذوات المحارم علانيةً ، وليس لهم من ذلك شيءٌ إلا خصلةً واحدةً ، الكنائس والبيع وبيوت النيران التي كانت فيها قبل أن يصير ذلك الموضع مصرًا للمسلمين ، فإنّها تترك على ما كانوا يصنعون قبل أن تكون مصرًا للمسلمين ، ولا يخرجون صلبانهم خارجاً من كنائسهم ؛ وذلك لأنّ الصلح [لما وقع] على مقاسمة المسلمين للدور والمساكن ، صار ذلك مصرًا من أمصارهم ، فلا يجوز أن يُظهروا فيه ما لا يجوز في ديننا من نكاح المحارم وبيع الخمر ، ولا يعترض على الكنائس القديمة حتى لا يؤدّي ذلك إلى نقض العهد .

[قال] : فإن انهدمت كنيسة من كنائسهم هذه ، أو بيعةً ، أو بيت نارٍ ، فلهم أن يبنوه كما كان ؛ لأننا لما أقررناهم عليها ، جاز إعادتها كما تجوز إعادة سائر أبنيتهم ؛ ولأننا إنّما أقررناهم [عليها] على التأييد ، والأبنية لا تبقى ، فلو لم يجز إعادتها لكان الإقرار مؤقتاً ، وهذا ليس بصحيح^(١) .

فإن قالوا: نُحوّله من هذا الموضع إلى موضع آخر من المصر ، فليس لهم ذلك ؛ لأنّ هذا إحداث كنيسة في دار الإسلام ، وهذا لا يجوز لما قدّمناه .

قال: ولو أن إماماً ظهر على قومٍ من أهل الحرب وعلى أراضيهم ، فرأى أن يجعلهم ذمةً ويجري عليهم وعلى أرضهم الخراج [ولا يقسم بين من أصابهم]^(٢) ،

(١) في ب (لا يصح) .

(٢) في أ (ولا يقتلهم) ، والمثبت من ب .

كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأهل سواد الكوفة ، فذلك جائزٌ مستقيمٌ ، فإذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل ذمّة ، لا يُمنعون من بناء كنيسةٍ ولا بيعةٍ ولا بيت نارٍ ، ولا بيع خمرٍ ولا خنزيرٍ ، [ولا إظهار جميع ما وصفت لك في قولهم] ؛ لأنّ هذه بلاد لأهل الذمّة ، فما يفعلونه [فيها] لا يكون فيه إعزاز الكفر ، فجاز .

قال : فإن مَصَّر الإمام في أرضهم أمصاراً للمسلمين كما مَصَّر عمر الكوفة والبصرة ، فاشترى [بها ناساً] ^(١) من أهل الذمّة دوراً [وسكنوا مع المسلمين ، لم يُمنَعوا من ذلك ؛ لما بيّنا أنّهم ربّما يعرفون ما المسلمون عليه من الدين والحق فيتابعونهم عليه .

قال : ولو اشتروا داراً في مصر من هذه الأمصار] ، فأرادوا أن يتخذوها [بيعةً أو] كنيسةً ، مُنَعوا من ذلك .

وكذلك لو استأجروا دوراً أو بيتاً لشيءٍ من ذلك ، لم يحلّ للمسلمين أن يؤجّروهم ؛ لأنّ أمصار المسلمين لا يحدث فيها شيءٌ من ذلك ، وهذا مَصَّر من الأمصار ، [فلا يجوز إحداث شيءٍ من ذلك فيه] .

قال : فإن تخلّى رجلٌ منهم في صومعةٍ أو بيتٍ كما يتخلّى أصحاب الصوامع في الصوامع ، مُنِع من ذلك إن كان في مصرٍ من أمصار المسلمين ؛ لأنّ الصومعة تجري مجرى الكنائس ، فكما لا يجوز إحداث الكنيسة ، كذلك الصومعة .

قال : وكلّ مصرٍ من أمصار المشركين الذي ظهر عليهم عنوةً ، فصالحوا على أن يُجعلوا ذمّةً ، وكان فيه كنيسةٌ قديمةٌ أو بيت نارٍ ، أو قريةٌ من قراهم كذلك ،

(١) في أ (بيوتها) ، والمثبت من ب .

أو مدينةً، فصار ذلك الموضع مصرًا، فإنّ الإمام يمنعهم من الصلاة في تلك الكنائس والبيع وبيوت النيران، ويأمرهم أن يجعلوها مساكن يسكنونها، ولا ينبغي أن يهدمها، ولكن يمنعهم من الصلاة فيها؛ وذلك لأنّ المسلمين لما فتحوا هذه عنوةً، فقد كان لهم أن يقسموها فيما بينهم، ويمنعوا الكفار منها، فإذا أقروهم عليها، فموضع الكنائس إنّما يستحقّونه بإقرار المسلمين، فكأنّهم أحدثوا ذلك^(١)، (وإحداث الكنائس في مصر لا يجوز، ويجوز في القرى؛ فلذلك مُنِعُوا من الصلاة في الكنائس القديمة في مصر)^(٢)، ولم يُمنعوا من القرى^(٣).

[قال]: فإن عطلّ المسلمون هذا المصر حتى تركوا الجُمع وإقامة الحدود فيه، كان لأهل الذمّة أن يتخذوا فيها ما شاؤوا، [أو يُظهروا بيع ما شاؤوا]؛ لأنّها خرجت من أن تكون مصرًا وعادت إلى أحكام القرى، فجاز فيها ما كان يجوز في القرى ابتداءً.

قال محمدٌ: وليس ينبغي أن يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة، ولا يباع فيها الخمر، مصرًا كان أو قريةً أو غيره، ويمنع المشركون من أهل الذمّة أن يتخذوا أرض العرب مسكنًا ووطنًا؛ وذلك لأنّ النبي ﷺ قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»^(٤)، وقال ﷺ: «لئن عشت من قابل، لأخرجنّ النصارى من نجران»^(٥).

(١) في ب (فكانهم أصابوا المصر).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) وهو قول الإمام مالك والشافعي رحمهما الله تعالى. انظر: مختصر المزني ص ٢٧٨؛ الكافي ص

(٤) أخرجه أحمد (٢٦٣٩٥)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (رجاله رجال الصحيح غير ابن

إسحاق وقد صرح بالسماع) (٣٢٥/٥).

(٥) وذكره الزبيدي في الجوهرة النيرة (١٧٥/٧)، وفي صحيح مسلم (١٧٦٧)، عن عمر بن الخطاب =

وإذا لم يجز إقامة الكفار فيها مصرًا كانت أو قريةً ، لم يجز أن يتخذوا فيها بيعةً ، ولا يبيعوا فيها الخمر ، كما لا يجوز في أمصار المسلمين ، ولا يترك فيها الكنائس القديمة كما لا يترك في البلد المفتوح عنوةً .

قال محمدٌ: وكلّ قرية من قرى أهل الذمة ، أو مصرًا ، أو مدينةً من مدائنهم أظهروا فيها شيئًا من الفسق ممّا لم يصلحوا عليه ، مثل الزنا ، وإتيان الفواحش التي يحرمونها في دينهم [أ/٤٨٢] ، فإنهم يُمنعون من ذلك في القرى والمصر ، وكذلك المزامير والطبول والغناء^(١) ، ومن كسر لهم من ذلك شيئًا لم يضمنه ؛ لأنّ هذه معاصي لم يُقرّوا عليها بالأمان ، فلا يجوز تركها في دار الإسلام^(٢) .

وقال ابن سَماعة عن أبي يوسف في نوادره: في البيع والكنائس التي تكون في الأمصار بخراسان والشام ، قال: ما أحاط علمي به أنّه محدثٌ هدمته ، فإن لم أعلم به أنّه محدثٌ تركته حتى تقوم بيّنة أنّها محدثةٌ ؛ وذلك لأنّ القديم لا يجوز هدمه ، والمحدث يجوز هدمه ، فما لم يعلم سبب الهدم ، فالظاهر أنّه مبنيٌّ بحقٍّ ، فلا يعرض لهم .

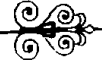
قال: وأمنعهم من إدخال الخمر ، ولا أمنعهم من إدخال الخنازير ؛ لأنّ الخمر لا يؤمن أن يقربها^(٣) المسلمون ، ويؤمن عليهم الفتنة بالخنازير ؛ لأنّ النفس لا تبتغيها .

= أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلمًا) .

(١) في ب (والمعازف) .

(٢) انظر: السير الكبير (مع شرح السرخسي) ١٥٣١/٤ وما بعدها .

(٣) في ب (يفتن بها) .



قال: وأمنعهم بأن يَخْرُجُوا بأعلامهم في أعيادهم في الأمصار إلى بيَعهم القديمة، ولا أدعهم يخرجون بها في رحاب المصر (ولا في طريق المسلمين، إلا أن يكون صنعهم ذلك في جوف بيعهم، أو يخرجون من المصر)^(١)، فيكون ذلك خارجاً من المصر، ولا أمنعهم من بيع الخمر في الرساتيق والسواد^(٢)، ولا أمنعهم من اتخاذ الكنائس والبيع فيها، وأمنعهم من المزامير و[ضرب] العيدان والغناء والصنوج والطبول، وأمنعهم النائحة والمغنية ولعب الحمام وطيرانها في الرساتيق والسواد، وأمنعهم من اتخاذ ذلك في البيع والكنائس القديمة، وهذا على ما قدّمنا.

قال: فإن بنوا في بعض الرساتيق والقرى، ثم اتخذ المسلمون ذلك مصراً، تركت ما كان من البيع قبل اتخاذ المسلمين ذلك مصراً، وأمنعهم أن يتخذوا بيعةً أو كنيسةً في تلك [المواضع بعد أن صارت للمسلمين مصراً]؛ وذلك لأن ما اتخذوه في القرى فقد بنوه بحق، وإذا كان مصراً لم يعترض عليهم كما لا يعترض على ما كان قديماً في المصر الذي صالحوا عليه. [والله أعلم]^(٣).

(تم كتاب السَّير)^(٤)



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ٥٤٩/٧.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

[٨٣] كِتَابُ الشَّرْبِ (١)

(قال الشيخ أيده الله) (٢): روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلأ والنار» (٣)، قال: ومعنى ذلك: أن المياه التي في الأنهار والآبار (٤) والعيون لا يملكها أحدٌ، وليس صاحب النهر والبئر والشرب فيها أولى من غيره؛ لأن النبي ﷺ جعل جميع الناس في الماء سواءً.

وهذا في الماء ما دام باقياً على أصل خلقته، فإذا أخذ الماء من البئر والنهر، فجعل في وعاءٍ ملكه الآخذ بالأخذ، وصار أحقّ به من غيره، وجاز له المنع منه، وجاز بيعه له وتصرفه فيه، فإن أتلّفه عليه متلفٌ ضمنه؛ وذلك لأنّ الناس يبيعون الماء في الظروف والقرب من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير [نكيرٍ ولا] مانع، فلولا أنّهم ملكوه لم يصحّ بيعهم له.

وأما الكلأ: فهو الحشيش الذي ينبت من غير أن ينبتة أحدٌ، ولا يملكه صاحب الأرض بكونه في أرضه؛ لأنّ النبي ﷺ جعل الناس كلّهم شركاء فيه، فهو كالصيد والماء.

فإن قطع قاطعٌ وأحرزه فقد ملكه، وصار أخصّ به من غيره، وجاز بيعه فيه

(١) «الشُّرْبُ - بالكسر -: النصيب من الماء، وفي الشريعة: عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقياً للمزارع أو الدواب». المغرب (شرب).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) رواه ابن ماجه (٢٤٧٣)؛ وقال ابن حجر: سنده صحيح. انظر: التلخيص الحبير (٦٥/٣).

(٤) سقطت من ب.

كالماء إذا أخذه في إناء .

و[أما] النار، فمعنى قوله ﷺ: الناس شركاء فيها، معناه: في الانتفاع بضوئها، والاصطلاء بها، وليس لمن أضرّمها أن يمنع [غيره] من ذلك؛ لأنّ النبي ﷺ ساوى بين الناس فيها.

فأما الجمر الذي فيه اللهب، فهو ملكٌ لصاحبه، لا يجوز لأحدٍ أخذه إلا بإذنه؛ لأنّ ذلك ليس بنارٍ، والنبي ﷺ أثبت الشركة في النار لا في الحطب.

قال [أبو الحسن]: وهم شركاء في ذلك شركة إباحة، لا شركة ملكٍ؛ لأنّه غير مملوكٍ في الأصل، وإنّما معنى الشركة: ثبوت حقّ كلّ واحدٍ منهم فيما يتبدئ أخذه.

قال محمدٌ: والشّفة عندنا: الشرب^(١) لبني آدم والبهائم والنّعم^(٢) والدوابّ، فأما [أن يسقي]^(٣) الزرع أو نخلاً أو شجراً، فله أن يمنع من ذلك من النهر كان أو العين أو القناة أو البئر إذا كان في ملكه، ولا يمنع من الشّفة خاصّةً.

ومعنى ذلك: أنّ الشركة تثبت في ماء الأنهار المملوكة والعيون والآبار للشرب خاصّةً، فأما السقي فلا يجوز ذلك إلا للمالك النهر؛ وذلك لأنّ النبي ﷺ جعل للبئر حريمًا حتى لا يحفر غير حافرها بئرًا إلى جنبها، فيضرب بمائها، ولو جوّزنا لكلّ واحدٍ أن يسقي زرعه منها، كان ذلك أضرّ من حفر بئرٍ إلى جنبها،

(١) قال المطرزي: «يقال: وهم أهل الشّفة، أي الذين لهم حق الشّرب بشفاههم وأن يسقوا دوابّهم». المغرب (شفة).

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) في أ (السقي)، والمثبت من ب.

فلم يجز ذلك .

وليس كذلك الشفة ؛ لأن قدر ما يشرب منها لا يقطع حق صاحب البئر عنها ، ولا يضر بسقيها ؛ ولأن سقي الزرع من النهر أو البئر لا يمكن إلا بفتح جانب النهر ، أو جانب البئر ليسقي الماء منها ، وليس لغير مالك النهر أن يفعل ذلك .

وإذا لم يكن له [ذلك] ^(١) لم يتمكن من السقي ؛ ولأنه يجري الماء إلى زرعه في ملك صاحب النهر أولاً ، وليس له أن يجري الماء في ملك غيره إلا بأمره .

قال : فأما ما لم يكن في ملك أحد ، مثل الفرات والدجلة والأودية التي هي لجماعة المسلمين غير مملوكة لأحد ، فإنه ليس لأحد من الناس كلهم أن يمنع السقي منه لشفة ولا لغيرها ، وكذلك من أحبب على هذه الأنهار العظام (أرضاً بإذن الإمام ، فشق إليها نهراً من هذه الأنهار العظام) ^(٢) ليسقي أرضه ، فذلك له ، ليس للإمام ولا غيره منعه من ذلك إذا كان لا يضر بالنهر ، فإن كان ذلك يضر ، فللإمام منعه ولغيره من المسلمين واحداً كان المانع أو أكثر من ذلك ؛ وذلك لأن الأنهار العظام ملك لجميع المسلمين لا يختص بها أحد كالشوارع العظيمة ؛ ولهذا لا تجوز ^(٣) الشفعة بالشرب منها .

وإذا كانت ملكاً لجميع المسلمين ، جاز لكل واحد منهم أن يسقي منها زرعه ونخله ، كما يجوز له أن يجتاز في الطريق وينتفع به ، فأما إذا أضر ذلك بأهل النهر ، فللإمام منعه ، ولكل واحد من المسلمين ؛ لأن له [حق] الانتفاع من

(١) في أ (أن) ، والمثبت من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) في ب (يجب) .



غير إضرارٍ بغيره ، كما له أن يجتاز في الطريق [وينتفع به] ويجلس فيه إذا لم يضرّ بغيره ، وإن أضرّ جلوسه بالناس ومنعهم من الاجتياز ، مُنع من ذلك ^(١) .

قال: وإذا منع صاحب النهر الخاص السقي من نهره ^(٢) للنخل والزرع والشجر ، ثم أذن لصاحب الزرع وغيره أن يسقي منه ، أو أعاره ، فلا بأس بذلك ؛ لأنّ المنع من الانتفاع لحقه ، فإذا رضي فقد أسقط حقه ، فجاز الانتفاع به .

وإن باعه شرب يومٍ أو أكثر أو أقلّ ، فلا خير في ذلك ؛ لأنّه إذا باع الماء ، فقد باع ما لا يملكه ، وباع مجهولاً ؛ لأنّ مقدار ما يأخذ من الماء في اليوم مجهولٌ ، وإن باع حقّ السقي ، فالحقوق لا يجوز بيعها ؛ لأنّه ليس هناك عينٌ يتناولها العقد .

[قال]: فإن استأجره واشترط [في إجارته] شرب هذه الأرض أو هذا النخل أو هذا الزرع ^(٣) [٤٨٢/ب] ، لم يجز ، وإن اشترط حتى يكتفي ، أو اشترط يوماً أو يومين ، فلا خير فيه ؛ لأنّ الإجارة إنّما تقع على المنافع ، والشرب يقصد منه الماء ، وهو عينٌ من الأعيان ، فلا يجوز أن يُستحقّ بعقد الإجارة .

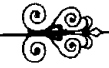
ولا يلزم على هذا إجارة الظئر ؛ لأنّ العقد يقع على خدمة الصبيّ ، واللبن تبعٌ ، فهو كالأستئجار على الصبغ ، أنّ العقد يقع على منافع الصبّاغ ، والصبغ الذي هو عينٌ تبعٌ .

وفي مسألتنا: لو صحّت الإجارة ، وقعت على العين خاصّةً ، والأعيان لا

(١) انظر: الأصل ١٥٢/٨ .

(٢) في ب (بثره) .

(٣) في ب (الشجر) .



تُستَحَقُّ بالإجازات .

قال: وإن اشترى الرجل شرب ماءٍ ومعه أرضٌ، فهو جائزٌ، وإن استأجر أرضاً معها شربها، فهو جائزٌ؛ لأنَّ العقد يقع على رقبة [الأرض]، والشرب تبعٌ، وتقع الإجارة على منافع [الأرض]^(١)، والشرب تبعٌ، وقد يستحقّ بالعقد على وجه التبع ما لا يجوز أن يفرد بالعقد كأعضاء العبد.

قال: وإن استأجر [مسيل] ماءً، أو اشتراه بغير أرضٍ، فلا خير فيه؛ لأنَّ الشراء يقع على حقّ مسيل الماء، والحقوق لا يجوز بيعها، فالإجارة تقع على منافع البقعة التي يسيل فيها الماء، وذلك مجهولٌ؛ لأنَّه لا يعلم قليلاً يسيل الماء أو كثيراً، والمنافع المجهولة لا تُستحقّ بالإجارة.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً لم يكن له شربها ولا مسيل مائها؛ لأنَّه عقدٌ على الأرض، والشرب والمسيل خارجان من حدودها، فصار كأرضٍ أخرى، فلا يدخل في إطلاق البيع.

قال: فإن اشترط شربها، فله الشرب وليس له المسيل، وإن اشترط المسيل جاز؛ لأنَّ الشرب والمسيل يدخلان [في البيع] بإطلاق العقد، فإذا سمى أحدهما، استحقّ بالتسمية وبقي الآخر بغير استحقاقٍ، فإن شرطه جاز على ما قدّمنا أنّه يدخل في البيع على وجه التبع.

قال: ولو اشتراها بكلِّ حقٍّ هو لها، كان له المسيل والشرب جميعاً؛ لأنَّهما من حقوقها، فصار ذكر الحقوق وتسمية الشرب والمسيل سواءً.

(١) في أ (الدار)، والمثبت من ب، وكذلك في الموضع الذي يليه.

كذلك لو اشترط مرافقها؛ لأنّ المرافق ما يُسترفَقُ به في المبيع، والشرب والمسيل [يُرتفق بهما، وكذلك إن شرط كلّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيها أو منها، كان له الشرب ومسيل الماء]؛ لأنّ الشرب والمسيل لا يخلو إمّا أن يكون من القليل أو الكثير، وقوله: «منها»، معناه: من حقوقها، فحذف المضاف إليه على طريق التخفيف.

قال: وإذا استأجر الرجل أرضاً، فهو في القياس: ليس له مسيل ماء ولا شرب، بمنزلة الشراء، ولكنّي أستحسن وأدع القياس في هذا، وأجعل له مسيل الماء والشرب.

وكذلك لو اشترطها أو اشترط كلّ حقٍّ هو لها، أو اشترط مرافقها، أو اشترط كلّ قليلٍ أو كثيرٍ هو لها منها، أو فيها.

وجه القياس: أنّ العقد وقع على الأرض، والشرب والمسيل خارجان منها، فلا يُستحقّ إلا بتسمية كأرض أخرى.

وجه الاستحسان: أنّ المقصود بعقد الإجارة، الانتفاع بالمستأجر، ولهذا لا يجوز إجارة ما لا يمكن الانتفاع به، ولا يمكن الانتفاع بالأرض للزراعة إلا بالشرب والمسيل، فدخل فيها بغير تسمية؛ ولأنّ المؤجّر قصد إلى تسليم المنافع ليستحقّ الأجرة، وهو لا يستحقّها إلا بدخول الشرب والمسيل، فكأنّه شرط ذلك

وليس هذا كالبيع؛ لأنه يقع على الملك دون الانتفاع، والملك يقع في الأرض دون شربها ومسيلها؛ فلذلك لم يدخلها إلا بالتسمية.

وإذا ثبت أن الشرب والمسيل يدخلان في الإجارة بغير تسمية، فإذا

سّمّاهما أو ذكر الحقوق والمنافع^(١) والمرافق ، فأولى أن يدخل .

قال: وإذا كان النهر بين قومٍ لهم عليه أرضون ، ولا يُعرف كيف كان أصله بينهم ، فاختلفوا فيه ، واختصموا في الشرب ، فإنَّ الشرب بينهم على قدر أرضيهم^(٢) لكلِّ إنسانٍ منهم بحصّته ؛ وذلك لأنَّ النهر إنّما يراد لسقي الأرضين ، فإذا اختلفوا فيه وليس هناك دلالةٌ على التفضيل والمساواة ، وجب أن يقسط على قدر أرضيهم^(٣) .

ولا يقال: إنَّهم تساووا في ثبوت اليد عليه ، فوجب أن يتساووا فيه ؛ لأنَّهم إنّما تثبت أيديهم بالأرضين وسقيها ، فإذا كانت مختلفةً ، اختلفت الأيدي ، وليس هذا كالطريق إذا كان بين جماعةٍ ، ودار أحدهم أوسع من دور الباقيين ، أنه لا يستحقّ بذلك زيادةً في الطريق ؛ لأنَّ الاستطراق إلى الدار الكبيرة كالاستطراق إلى الدار الصغيرة ، فتساويا في الانتفاع وثبوت اليد .

وليس كذلك الأرض ؛ لأنَّ قدر ما يسقي من الأرض الكبيرة مخالفٌ لمقدار ما يسقي [من الأرض] القليلة ؛ فلذلك اختلفا .

قال: وإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يُسكر^(٤) النهر عن الأسفل ، لم يكن له أن يُسكر النهر عن الأسفل ، ولكنه يشرب بحصّته ؛ وذلك لأنَّ حقَّ صاحب السفلى في النهر كحقِّ صاحب العلو ، فإذا سكر الماء قطعه في تلك المدّة عن صاحب السفلى ، وليس له ذلك .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) «أرض: الأرضون - بفتحيتين -: جمع أرض» . المغرب (أرض) .

(٣) انظر: الأصل ١٥١/٨ .

(٤) «سكر النهر: سدّه - سكرًا» . المغرب (سكر) .

ولهذا قال النبي ﷺ: «أهل أسفل الوادي [أمراء] على أعلاه إذا بلغ الماء الكعبيين»^(١)؛ لأنه إذا بلغ ذلك أمكن أن يجري إليهم، فكانوا أمراء على أهل الأعلى يمنعونهم من سدّه عن أرضيهم.

قال: فإن تراضوا جميعاً على أن يسكره الأعلى حتى يشرب بحصته، أجزت ذلك بينهم، (وإن اصطلحوا على أن يسكر على شرب كل رجلٍ منهم في يومه، أجزت ذلك بينهم)^(٢)، وإن تجادلوا فيه واختلفوا، لم يكن لأحدٍ منهم أن يسكره على صاحبه؛ لأنّ المنع من السكر لحقّ الشركاء، وإذا تراضوا بذلك [فقد أسقطوا حقوقهم]، فجاز، وإن اختلفوا لم يجز لبعضهم أن يسقط حقّ الباقيين بالسكر.

قال: وإن أراد أحدهم أن يكري منه [نهرًا]^(٣)، (لم يكن له ذلك إلا برضا أصحابه.

قال: وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب رَحَىً، لم يكن له ذلك إلا برضا أصحابه؛ وذلك لأنّ هذا النهر مملوكٌ لهم، ولهذا يجب به الشفعة، فإذا أراد أحدهم أن يكري منه نهرًا)^(٤)، فإنه يثبت لنفسه فيه حقاً لم يكن، فلا يجوز كما لا يجوز أن يفتح من الطريق المشترك طريقاً لملكٍ يختصّ به، لم يكن له ذلك^(٥).

[فأمّا إذا بنى عليه رَحَىً، فبقعة الرحى ملكٌ لجماعتهم، فإذا بنى انفراد

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٣٩)؛ وابن ماجه (٢٤٨٢)؛ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في أ (هذا)، والمثبت من ب.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) (له ذلك) سقطت من ب.

بتلك البقعة ، وقطع حق شركائه عنها ، فلا يجوز .

قال: [إلا أن تكون] رحي لا تضر بالنهر ولا بالماء ، ويكون موضعها في أرض صاحبها ، فإن كان هكذا فهو جائز ، لأنه إذا بناها في ملكه ، والماء يجري فيها على سننه ، لم يسقط بذلك حقاً لأهل النهر ؛ لأن الماء لا ينقص إذا كان يسيل في الرحي إلى النهر ، فلكل واحد من الشركاء في النهر أن ينتفع بمائه على وجه لا يضر بشركائه .

قال: وإن أراد أن ينصب عليه دالية أو سانية^(١) ، وكان ذلك لا يضر بالنهر [٤٨٣/أ] ولا بالشرب ، وكان ذلك ينافي ملكه خاصة ، كان له أن يفعل ذلك ؛ لأن هذا توصل إلى الشرب بغير ضرر يلحق الشركاء ، فصار كما لو كرى^(٢) مجرى مائه وسفله .

قال: وإن أراد هؤلاء القوم أن يكروا هذا النهر ، فإن أبا حنيفة قال: عليهم جميعاً أن يكروا من أعلاه ، فإذا جاوزوا أرض رجل واحد رفع عنه حصته ، وكان الكري بينهم على من بقي .

وقال أبو يوسف ومحمد: الكري عليهم جميعاً من أوله إلى آخره ، يخصص الشرب والأرضين ، ألا ترى أن الأعلى له في الأسفل مسيل ماء .

وبيان قول أبي حنيفة: أن النهر إذا كان بين عشرة لكل واحد منهم أرض^(٣)

(١) الدالية: الدولاب «المنجنون التي تديرها الدابة» المصباح .

السانية: البعير الذي يستقى به الماء . الجوهرة ١٦٢ .

(٢) «كرى ، من كريت النهر كزياً: حفرتة» . المغرب (كري) .

(٣) في ب (منهم العشر أرض) بزيادة (العشر) ، والسياق لا يقتضيها .

عليه ، فإن الكري من فوهة النهر إلى [أن يجاوز]^(١) شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم ، على كل واحد منهم [العشر] ، فإذا تجاوز شرب الأول خرج من الكري ، فكان الكري بين الباقيين على تسعة أسهم ، فإذا تجاوز شرب الثاني سقط من النفقة ، وكان الكري على الباقيين على ثمانية أسهم ، وعلى هذا الترتيب .

وقال^(٢) : النفقة بينهم على عشرة أسهم ، من أول النهر إلى آخره .

وجه قول أبي حنيفة : أن فوهة النهر مشتركة بين جماعتهم ، ولا يتوصل أحدهم إلى شربه إلا بحفرها ، فكانت النفقة بينهم بالسواء ، وإذا تجاوز شرب الأول ، فلا حق له في حفرها بعد أرضه ، فلا يجوز أن يلزمه ، فخرج من النفقة ووجبت على من بعده .

وجه قولهما : أن لصاحب الأرض العليا منفعة في حفر آخر النهر ، كما أن لصاحب الأرض السفلى منفعة في حفر أعلاه ، ألا ترى أن الماء إذا لم ينفذ ويسيل إلى آخر النهر فسُدَّ أوله وانطم ، فصار لصاحب الأرض العليا منفعة في حفر ما بعده ، كما له منفعة في حفر ما قبله ، فيلزمه الأمران .

والجواب : أن حقه فيما بعد أرضه إنما هو لمسيل فضل^(٣) مائه [في ملك غيره] ، والنفقة على المسيل إذا كان في ملك غيره لا يلزمه وإن انتفع به ، ألا ترى أن رجلاً لو كان له مسيل على سطح غيره لم يكن عليه أن يعمر السطح ليسيل ماؤه عليه ، وإنما يلزم ذلك صاحب السطح خاصةً ، فكذلك في مسألتنا .

(١) في أ (مجاور) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٢) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

وقال أبو حنيفة فيما أعلم: ليس على أهل الشفة في الكري شيء، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد؛ لأن أصحاب الشفة لا يملكون النهر، وإنما يثبت لهم حق في الماء على أصل الإباحة، والنفقة لا تلزم من ليس بمالك؛ ولأن أصحاب الشفة لا يحصون؛ لأن لجميع الناس أن يشربوا ويسقوا، فلا يجوز أن يثبت الكري على من لا يحصى.

قال: والمسلمون جميعاً شركاء في الفرات، وفي كل نهرٍ عظيمٍ نحوه، أو وادٍ، يسقون الشفة والخف والحافر، ليس لأحد أن يمنع من ذلك، ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم، لا يحبس الماء عن أحدٍ دون أحدٍ؛ وذلك لأن الأنهار العظام لا يختص بها أحدٌ في حق للجماعة، كالشوارع، فلكل واحدٍ منهم أن ينتفع بها في الشفة والسقي.

قال: وإن أراد رجلٌ منهم أن يكري نهرًا منها في أرضه، فإن كان ذلك يضرّ بالنهر الأعظم، لم يكن له ذلك، وإن كان ذلك لا يضرّ بالنهر الأعظم، فله ذلك؛ لما قدّمنا أن حق الجماعة متعلقٌ به، فلهم أن ينتفعوا من غير إضرارٍ، كما لهم ذلك في الطرق والشوارع.

قال: وعلى السلطان كري هذا النهر الأعظم إن احتاج إلى كري، وعليه أن يصلح مسناته إن خاف منها غرقاً؛ لأن هذا النهر ملكٌ لجماعة المسلمين، فنفقته عليهم كجوامعهم وقناطرهم، وما وجب على جميع المسلمين أخذ من بيت المال المعدّ للمصلحة.

وقال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن الرجل يستأجر النهر يصيد فيه السمك؟ قال: لا يجوز؛ وذلك لما بيّنا أن الإجارة تنعقد على المباح، وفي

مسألنا لو صحّت استحقّق بها الأعيان ، وذلك لا يجوز .

(قال : وسألته عن الرجل يشتري الشُّرْبَ بغير أرضٍ ؟ قال : لا يجوز ؛ وذلك لأنَّ الشُّرْبَ حقٌّ ، والحقوق لا تملك بعقد البيع إلا على وجه التبع للأعيان)^(١) .

قال : وسألته عن الرجل يستأجر الشرب ؟ قال : لا يجوز ؛ وذلك لما بيّنا أن المقصود بالشرب الماء ، وهو عينٌ ، والأعيان لا تُستَحَقُّ بالإجارة إلا على طريق التبع ، ولأننا لو جَوَّزنا استحقاق الماء بالإجارة^(٢) ، كان ما يتناوله في المدة مجهولاً ، وجهالة المعقود عليه في الإجارة لا تجوز .

قال : وسألته عن الرجل يشتري عُشْرَ النهر بأرض النهر ، أو نصيباً منه مسمّى بأرض النهر ؟ قال : ذلك جائزٌ ؛ وكذلك العين والقناة والبئر ؛ لأنَّ العقد وقع على جزءٍ من البقعة ، وبيع الأراضي جائزٌ ، ثم الشرب يستحقّ بحق ملكه ، فجاز^(٣) .

قال : وسألته أبا حنيفة عن الرجل [يستأجر]^(٤) الأجمة يصيد فيها السمك ؟ قال : هذا لا يجوز ، وهذا مثل النهر ؛ لما بيّنا أن السمك عينٌ ، والأعيان لا تستحقّ بالإجارة ؛ ولأنه عينٌ [غير] مملوكةٍ ، فلا يجوز العقد عليه .

قال : وسألته عن الرجل يستأجر حوضاً أو بركةً أو بئراً ليسيقي منها ماء كلِّ شهرٍ بشيءٍ مسمّى^(٥) ؟ قال : هذا لا يجوز ، وهذا على ما قدمنا ، (أنَّ الماء لا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في أ (يشتري) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٥) في ب (معلوم) .

يستحقُّ بعقد الإجارة .

قال: وسألته عن الرجل يستأجر ماءً بغير أرضٍ أو شربةٍ؟ قال: هذا لا يجوز، وقد بينا ذلك^(١).

قال: وسألته عن نهرٍ جارٍ لرجلٍ، فادّعى ربّ الأرض مُسِنَّةَ النهر^(٢)، فقال: هذا من أرضي، وهو لي، وقال ربّ النهر: بل هي [والنهر] لي، والنهر لا يُعرف في يد من هو؟ قال: هي لربّ الأرض يغرس فيها ما بدا له من كلِّ نخلٍ وشجرٍ، وليس له أن يهدمها.

وقال أبو يوسف ومحمد: المُسِنَّة لصاحب النهر حريمًا لنهره، ولملقى طينه، ولمنافعه، وهذا في النهر إذا كان لرجلٍ في أرضٍ غيره.

قال أبو حنيفة: المُسِنَّة لصاحب الأرض يزرعها ويغرس عليها، ولا يقلعها.

وقالا: هي لصاحب النهر، يغرس عليها، ويلقي عليها طينه، ويجتاز عليها^(٣).

وجه قول أبي حنيفة: أنّ المُسِنَّة مختلطةٌ بالأرض، مساويةٌ لها، مفارقةٌ لصفة النهر في تقييره، فالظاهر أنّها جزءٌ من الأرض، فلا يستحقّها صاحب النهر إلا بدلالةٍ؛ ولأنّ النهر قد يكون له حريمٌ وقد لا يكون، فلا يجوز استحقاق المُسِنَّة على صاحب الأرض بالشك.

وإذا ثبت أنّها لصاحب الأرض، كان له غرسها والانتفاع بها ومنع صاحب

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) المسنة: سدٌّ بينى لحجز ماء السيل أو النهر، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة . انظر المصباح المنير (١/٢٩٢) .

(٣) انظر: الأصل ٨/١٥٢، ١٥٣ .

النهر من الاجتياز عليها وإلقاء طينه فيها؛ لأنه يمكن أن ينتفع بالنهر من غير اجتيازه على مسناته، ويمكن حفره وإخراج طينه من ملك صاحب الأرض، فلم يجز أن يستحق ذلك بغير بيّنة.

وليس لصاحب الأرض قلع المُسَنَّة؛ لأن ذلك يبطل الانتفاع بالنهر، ولا يمتنع أن تكون المُسَنَّة ملكاً^(١) [٤٨٣/ب] لصاحب الأرض، ولصاحب النهر حقٌّ فيها ليمنع من تبدد^(٢) الماء، كما أن الحائط ملكٌ لصاحبه، ولغيره عليه جذوع، فلا يملك صاحب الحائط منع صاحب الجذوع من الانتفاع به.

وجه قولهما: أن النهر لا يُنتفع به إلا [بحريم] لمقلّي طينه والاجتياز عليه للنظر في مصالح النهر، وكان الظاهر أن المُسَنَّة لصاحب النهر، وصارت كحريم البئر^(٣) والعين.

قال: وإذا قال [الرجل] لرجل: اسقني يوماً من نهرك على أن أسقيك يوماً من نهري الذي في مكان كذا، فإن هذا لا يجوز؛ لأن هذا تمليك الماء بالماء، وقد بيّنا أن العقد على الشرب إذا كان في مقابله عوض لا يجوز لجهالته؛ (ولأنه حق)^(٤)، فإذا كان في مقابله مثله أولى.

فإن قال: اسقني يوماً بأن تزرع أرضي هذه سنة، أو [تسكن]^(٥) بيتي هذا

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (سد).

(٣) في ب (النهر). وعبارة الأصل بعدها: «لأن هذا غرور» ١٥٤/٨.

روى أبو يوسف بسنده عن النبي ﷺ أنه قال: «حريم العين: خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن: أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح: ستون ذراعاً» ز الخراج ص ١٠٩.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) في أ (يسقي) والمثبت من ب.

شهرًا، [أو يخدمك عبدي هذا شهرًا]، أو برقبته، أو بركوب دابتي هذه شهرًا في حوائجك، أو برقبته، أو بهذا الثوب برقبته أو بلبسه كذا وكذا يومًا، [قال]: فإن هذا كله لا يجوز^(١)؛ لأنه جعل الشرب أجره الزراعة والخدمة والركوب واللبس، وما لا يجوز أن يكون بدلاً في البياعات، لا يجوز أن يكون أجره في الإجازات.

قال: وعلى الذي أخذ الثوب والعبء أن يردهما، وليس لما أخذ من شربه قيمة ولا عوض؛ وذلك لأن الثوب مأخوذ بعقد فاسد، فيجب رده لحق الله تعالى، والماء الذي سقى منه^(٢) ليس بمملوك، فلا يتقوم، وإتلاف ما لا قيمة له لا يُضمن.

قال: وسئل أبو يوسف عن نهر مرو، وهو نهرٌ عظيمٌ قريبٌ من الفرات، إذا دخل مرو كان ماؤه قسمةً بين أهلها بالحصص، لكل قوم كُؤى^(٣) معروفة، فاتخذ رجل أرضاً كانت مواتاً، ولم يكن لها من ذلك النهر شرب، ثم كرى إليها نهرًا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد، فساق الماء إليها من ذلك النهر العظيم ما يكفيها؟

فقال^(٤): إن كان^(٥) هذا النهر يضر أهل مرو ضررًا بينًا في مائهم، فليس له ذلك، ويمنعه السلطان منه، وإن كان لا يضر بهم، فهذا له، وليس لهم أن يمنعه؛

(١) وعبرة الأصل بعدها: «لأنه غرر مجهول» ١٥٤/٨.

(٢) في ب (استوفاه).

(٣) كُؤى - وقد تضم الكاف في المفرد والجمع - ومفرده: الكُؤة: ثقب البيت، «ويستعار لمفتاح الماء إلى المزارع أو الجداول، فيقال كُؤى النهر» وهو المقصود هنا. انظر: المغرب (كوي).

(٤) سقطت من ب.

(٥) في ب (ولم يكن).

وذلك لأنّ هذا النهر ليس بمملوكٍ، فهو ملكٌ لجماعة المسلمين، فإذا أراد أحدهم الانتفاع به ولم يلحق بهم ضرراً، جاز له ذلك، وإن أضر بهم ذلك لم يجز.

قيل له: فإن كان لرجلٍ منهم كُوءٌ معروفةٌ، أله أن يزيد فيها؟ قال: إن كانت الكُوءُ في النهر الأعظم وزاد في ملكه كُوءٌ أو كُوتين، وكان ذلك لا يضر بأهل النهر، فذلك له، وإن أضر بهم فليس له ذلك؛ لأنّ حقّ الانتفاع بالنهر العظيم لا يتخصّص، ألا ترى أنّ من لا رسم له فيه إذا استخرج منه شرباً لا يضر بأهله جاز، فمن له [رسم] شربٍ إذا زاد فيه زيادةً لا تضر بأهله، [أولى بالجواز] (١).

[قال]: وسئل عن نهرٍ خاصٍّ لقومٍ، يأخذ من هذا النهر الأعظم له كُوءٌ مسمأةٌ بين قومٍ، لكلّ رجلٍ منهم في هذا النهر الخاصّ كُوءٌ مسمأةٌ لشربه، أراد أن يزيد فيها كُوءٌ أو كُوتين؟

قال: ليس له ذلك وإن كان لا يضر بأهل النهر؛ وذلك لأنّ هذا نهرٌ مملوكٌ، فلم يكن لأحدهم أن يستوفي منه زيادةً على حقه وإن لم يضر بشركائه، كما ليس له في الطريق الخاص أن يستطرق منه إلى ملكٍ آخر، وإن لم يضر بهم.

قال: وسألته: هل لأحدٍ من أهل هذا النهر الخاصّ أن يتخذ عليه رحي ماء يجري إليها نهرًا لم يكن فيما مضى، يُكْرِي (٢) لها نهرًا منه في أرضه، ثم يسيل فيه ماء النهر، ثم يعيده إليه، وذلك لا يضر بأهل الشرب؟

قال: ليس له ذلك؛ وذلك لأنّه إذا بنى في أرضه رحيّاً وشقّ لها [نهرًا] (٣)

(١) في أ (جاز)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (يجري).

(٣) في أ (أرضاً)، والمثبت من ب.

يأخذ الماء من النهر المشترك ، فيدير الرحى ثم يرجع الماء إلى النهر ، فقد عدل بالماء عن سننه ، وليس له ذلك ، كما ليس له أن يعرج النهر في أرضه ثم يعيده إلى ما كان ، كالمسألة المتقدمة ؛ لأن تلك بناها^(١) على أن مستقر الرحى في ملكه على ضفة النهر^(٢) ، فماء النهر يديره من غير أن يعرج الماء عن سننه ، فلا يمنع من ذلك إذ لا ضرر فيه .

قال: وليس له أن يتخذ على هذا النهر جسراً ولا قنطرة إلا برضاهم ؛ لأن جوانب النهر مشتركة بينهم ، فلا يبني واحد منهم بناءً إلا بإذن شريكه .

قال: وسألته عن نهر بين رجلين ، له خمس كُؤى من هذا النهر الأعظم ، وأحد الرجلين أرضه في أعلى النهر ، والآخر أرضه في أسفل هذا النهر ، فقال صاحب الأعلى: أنا أريد أن أسد من هذه الكُوى واحدة أو اثنتين ؛ لأن ماء النهر يكثر فيفيض^(٣) في أرضي أو ينز منه ، فلا يبلغك حتى يقل ، فيأتيك منه ما ينفعك ويأتيني منه ما يضر بي ؟

قال: ليس له ذلك ؛ لأنه إذا سد بعض الكُوى ، قل الماء ، فاستضر بذلك شريكه ، وليس له أن يدفع الضرر عن نفسه بما يضر به [شريكه] .

قال: فإن قال: اجعل لي نصف هذا النهر ولك نصفه ، فإذا كان في حصتي سدوت منها ما بدا لي ، وإذا كان في حصتك فتحتها كلها؟ قال: ليس له ذلك ؛ لأنه يقطع حق صاحبه عن النهر في بعض الزمان ، وليس له ذلك إلا باختياره .

(١) في ب (وضعها) .

(٢) في ب (على سنن الرحى) .

(٣) في ب (فيقيم) .

قال: فإن تراضيا على ذلك زماناً، ثم بدا لصاحب السفل أن ينقض، قال: له ذلك؛ وذلك لأن التراضي لا يحمل على معنى البيع؛ لأن بيع الشرب لا يجوز، ولا على الإجارة؛ لأن إجارتها لا تجوز، فلم يبق إلا أن يكون إباحةً أو عاريةً، فيجوز الرجوع فيها.

قال: وسألته عن نهرٍ بين رجلين، لهما فيه أربع كوى، فأضاف إليها رجلٌ أجنبيٌّ^(١) كوتين آخرين أسفل النهر، كرى نهرًا منه إلى أرضه، فعل ذلك برضاهما، وأقاموا على ذلك زماناً، ثم بدا لأحدهما أن ينقض ذلك؟

[قال]: له أن ينقضه؛ لأنهما أعاراه موضع الكواء، فإذا بدا لأحدهما، فقد رجع في عاريتته، فلا يجوز لشريكه أن يعير بغير رضا شريكه.

قلت: فإن لم ينقضه واحدٌ منهم حتى ماتوا جميعاً، ثم بدا لبعض الورثة أن ينقض ذلك، فله أن ينقضه؛ وذلك لما بيننا، أن ذلك عاريةٌ، وللوارث أن يرجع في العارية كالمورث^(٢).

قال: وسألت أبا يوسف (عن نهرٍ يأخذ من هذا النهر الأعظم بين قوم)^(٣) لكل رجلٍ منهم نهرٌ منه، فمنهم من له كوتان، ومنهم من له ثلاث، فقال أصحاب الأسفل لأصحاب العلو: إنكم تأخذون أكثر من نصيبكم؛ لأن دفقة الماء وكثرته في أول النهر، ويدخل في كوائهم شيءٌ كثيرٌ، ولا يأتينا إلا وهو قليلٌ، فلا يدخل في كوائنا إلا شيءٌ قليلٌ، فنحن نريد أن ننقصكم بقدر ذلك، ونجعله لكم أياماً

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ١٥٤/٥ - ١٥٦.

(٣) ما بين القوسين في ب (عن نهر واحدٍ من هذه الأنهار العظام بين قوم).

معلومةً ، ونجعله لنا أياماً معلومةً ، ونسدّ كُوائنا في أيامكم ، وتسدّون كُوائكم في أيامنا ؟ .

قال: ليس لهم ذلك ، ويترك الكُوىّ والماء والنهر على حاله الأولى كما كان بينهم قبل اليوم ، لا يحدثون شيئاً فيه ؛ وذلك لأنّ أصحاب العلو ثبت حقّهم في الماء على ما هم عليه لتقدّم أرضهم ، فلم يكن لأصحاب السفل منعهم منه وإن قلّ انتفاعهم ، كما لو كان لصاحب العلو نصيبٌ كثيرٌ ، ولصاحب السفل نصيبٌ قليلٌ ، لم يجز لأحدهما أن [يساوي] ^(١) الآخر .

قال: وسألت أبا يوسف عن نهرٍ يأخذ من هذا النهر الأعظم بين قومٍ خافوا أن ينبثق [١/٤٨٤] ، فأرادوا أن يحصّوه من ذلك ، فقال بعضهم: أدخل معكم في ذلك ، وقال بعضهم: لا أدخل ؟

قال: إن كان هذا ضرراً عاماً ، أجبرتهم جميعاً على أن يحصّوه بالحصص ، وإن لم يكن فيه ضررٌ عامٌ ، لم أجبرهم عليه ، وأمرت كل إنسان منهم أن يُحصّن نصيب نفسه ؛ وذلك لأنّه إذا عمّ الضرر لم يؤمن أن يبطل الانتفاع بالنهر ، ونفقة النهر التي لا يُستغنى عنها يُجبر عليها الشركاء ، [فأجبرهم عليها لإزالة الضرر عن جماعتهم] ، وإذا لم يعمّ الضرر ، فالانتفاع ممكنٌ بالنهر ، ولا يُجبر واحدٌ منهم على ما يزيد به الانتفاع ، وإن أراد أن يحصّن ما يخصّه ^(٢) فله ذلك .

قال: وسألت أبا يوسف عن رجلٍ اتخذ في أرضٍ له رحىً على هذا النهر الأعظم الذي للعامة ، مفتحه في أرضه ومسيله في أرضه لا يضرّ بأحدٍ ، وأراد

(١) في أ (يتدئ في) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (بالحصّة) .

[بعض] جيرانه منعه من ذلك ، فليس لهم ذلك ؛ [لأنه اتخذها في ملكه] ، (لأنّ
النهر العظيم لا يختصّ به أحدٌ)^(١) ، فمن انتفع به على وجهٍ لا يضر بالناس ، لم
يمنع منه .

قال: وسألت أبا يوسف عن هذا النهر العظيم ، إن كانت عليه أرضٌ لرجل
[حدّها]^(٢) الماء ، فنقص الماء ، وجزر عن الأرض ، فاتخذها هذا الرجل وحازها
إلى أرضه ؟ قال: ليس له ذلك إذا كان ذلك يضر بأهل النهر .

فقلت: بلغني أنّ الفرات بأرض الجزيرة يجزر^(٣) عن الأرض العظيمة ،
فيتخذها الرجل وهي في [حدّ]^(٤) أرضه ؟

قال: ليس له ذلك إذا كان ذلك يضر بالفرات ، وهذا لعامة المسلمين ، وإن
كان لا يضر بالفرات ، فهو له في قول أبي يوسف ومحمدٍ: إذا حصّنها من الماء
فقد أحيها^(٥) .

(قال أيده الله)^(٦): وجملة هذا: أنّ الفرات [ودجلة إذا جزر عن أرضٍ فليس
لمن يليها أن يقطعها إذا كان يجوز عود الفرات عليها ؛ لأنّ أرض الفرات] ملكٌ
لجميع المسلمين ، فلا ينفرد بها أحدهم ؛ ولأنّّه إذا انفرد بها مال الفرات على
أهل الأراضى الذي بإزائها من الجانب الآخر ، فيضر ذلك بهم ، فإذا أمن عود

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

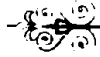
(٢) في أ (جزرها) ، والمثبت من ب .

(٣) جزر الماء يجزر ، أي: ينحسر . انظر المصباح (جزر) .

(٤) في أ (حيّز) والمثبت من ب ، والأصل ١٥٩/٥ .

(٥) انظر: الأصل ١٥٧/٨ - ١٥٩ .

(٦) ما بين القوسين سقطت من ب .



الفرات إلى هذه الأرض وكان ما بإزائها مواتاً لا يستضر أحدٌ بحمل الفرات عليه ، فهذه أرضٌ مواتٌ يملكها من أحيائها بإذن الإمام عند أبي حنيفة ، وعلى قولهما: يملكها بمجرد الإحياء ، وإحيائها أن تُحصَّن من الماء ، فيمكن الانتفاع بها .

قال: وسألت أبا يوسف عن رجلٍ له نهرٌ خاصٌّ من هذا النهر الخاص ، أراد أن يقنطره ويستوثق منه ؟

[قال]: فله ذلك ؛ لأنَّ القنطرة لا تزيد في الماء ، وإنَّما تمنع أن يأخذ النهر أكثر من حاجته ، وذلك لا يضر بالشركاء .

قال: وسألت أبا يوسف عنه إن أراد أن يوسِّع فوهة النهر ، هل له ذلك ؟

قال: لا ؛ لأنه إذا وسَّعها أخذ من الماء زيادةً على حقه ، والنهر الخاص لا يجوز لواحدٍ من الشركاء فيه أن يأخذ [منه] أكثر من حقه .

قلت: فمن أين اختلف هذا والزيادة في أسفل النهر الخاص أن يكرهه^(١) [حتى يكون]^(٢) أكثر لأخذه ؟

قال: هذا مختلفٌ ، الحفر في أسفله من حقوقه ، والزيادة في عرضه ممَّا ليس له أن يفعله ، وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ حفر النهر من حقوقه ، ألا ترى أن الانتفاع به إنَّما يكون بالحفر ، فإذا زاد في حفره ليكثر ماؤه فقد فعل ما استحقه بأصل الشركة ، [فجاز ، وإذا زاد في عرضه فقد أخذ زيادةً لم تثبت له بأصل الشركة ، فلم يجز] .

(١) (كُرئ النهر: استحث حفره). القاموس المحيط (كري).

(٢) في أ (حتى لا يكون) بزيادة (لا) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .

فإن أراد أن يؤخر الكؤى عن [فوهة] ^(١) النهر ، فجعله على أربعة أذرع من فوهة النهر ، [قال: ليس له ذلك ؛ لأنه إذا أحر الكؤى زاد الماء في فوهة النهر] ، فاستوفى أكثر من حقه .

قال: وسألت أبا يوسف عن رجلٍ مات ممّن له هذا الشرب ؟

قال: الشرب ميراثٌ لورثته ؛ وذلك لأنّ الشرب حقٌّ ، والميراث يتعلّق بالأعيان والحقوق .

قال: فإن أوصى فيه بوصيّةٍ ، جاز ؛ لأنّ الوصية تمليكٌ يتعلّق بالموت كالميراث ، فأما البيع والصدقة والهبة والنحلي والعمرى والعطيّة ، فلا يجوز في الشرب ، إلا أن يكون معه أرضٌ ؛ لأنّ الشرب حقٌّ ، فلا يُملك بالعقود على ما قدّمنا .

قال: فإن تزوّج رجلٌ امرأةً على شربٍ بغير أرضٍ ، فالنكاح جائزٌ ، وليس لها من الشرب شيءٌ ، ولها مهرٌ مثلها إن دخل بها ، والمتعة إن طلقها قبل الدخول ؛ لأنّ المهر من شرطه أن يكون مالاً أو يُستحقّ بتسليمه تسليم مالٍ ، فهذا المعنى غير موجودٍ في الشرب ، فلم يصحّ تسميته ، وكأنّه تزوجها بغير عوضٍ ^(٢) ، فيجب لها مهر المثل .

قال: ولو اختلعت امرأته [منه] على شربٍ بغير أرضٍ ، كان باطلاً ، ولا يكون لها من الشرب شيءٌ ، ويكون الخلع جائزاً ، وعليها أن تردّ المهر الذي أخذت ؛ وذلك لأنّ الخلع طلاقٌ ، فمن شرط وقوعه القبول ، وقد قبلت ، فبطلان

(١) في أ (هذه) والمثبت من ب .

(٢) في ب (حق) .

العوض لا يمنع من وقوع الطلاق .

وإنما لم يكن الشرب بدلاً ؛ لأنه لا يُملك بالعقود ، والخلع عقدٌ من العقود ، فهو كالهبة والبيع .

وإنما ردت المهر ؛ لأن الزوج لم يرضَ بخروج البضع من ملكه إلا بعوضٍ ، فإذا لم يُسلم له ولم يمكن الرجوع إلى قيمته لجهالته^(١) ، ردت المهر الذي تزوجها عليه .

قال: وإذا صالح [رجلٌ] من دعوى ادعاها على رجلٍ على شربٍ بغير أرضٍ ، فالصلح باطلٌ ؛ لما بيّنا أن الشرب لا يُملك بالعقود ، والصلح عقدٌ ؛ ولأنه إما أن يكون فرعاً للبيع أو الإجارة ، وكل واحد منهما لا يصح في الشرب المنفرد .

قال: فإن كان شرب من ذلك سنةً أو سنتين ، فلا ضمان عليه ، والصلح مردودٌ ؛ لما بيّنا أن الماء غير متقومٍ ، فلا يجوز أن يُضمّن بالإتلاف .

قال: وإن صالح في قصاصٍ في نفس أو فيما دونها على شربٍ بغير أرضٍ ، فهو باطلٌ ، وقد جاز العفو ، وعلى القاتل الدية وأرش الجرح ؛ لأن العفو من شرطه قبول العوض ، وقد وجد ، [فصح]^(٢) العفو ، وبطلان العوض لا يوجب بطلانه ؛ لأن الفسخ لا يلحقه ، وعلى القاتل الدية ؛ لأن المولى لم يرض بإسقاط حقه إلا بعوضٍ ، فإذا لم يسلم له ، رجع إلى قيمة الدم ، وهو مقومٌ بالدية .

قال: وإذا استأجر شيئاً مما يجوز إجارته [بالدراهم] بشربٍ بغير أرضٍ أو

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في أ (فيه) ، والمثبت من ب .

بمسيل [ماء] ، فإنه لا يجوز ، ولرب الشيء المستأجر أجر مثله ؛ لما بينا أن ما لا يكون عوضاً في البيع لا يكون بدلاً في الإجارة ، وإذا لم [يكن الشرب] بدلاً ، فقد استوفيت المنافع بعقدٍ فاسدٍ ، فيجب فيها أجر المثل .

قال : ولا يباع الشرب في الدين ؛ لأن بيعه لا يصح ، فاستوى في ذلك الميراث وغيره .

وإن أوصى لرجلٍ أن يسقي أرضه يوماً أو يومين أو شهراً من شربه ، جاز ذلك من ثلثه ، فإن مات الموصى له بذلك ، بطلت وصيته ، وهذا بمنزلة الخدمة ؛ لأنه لما أوصى به فهو في حكم المعير ، وعارية الشرب جائزة ؛ فإذا مات الموصى له ، لم يستحقها وارثه ؛ لأن الموصى لم يرض أن يستحق ذلك من حكم ملكه إلا للموصى له ، فلا يثبت لغيره .

قال : ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين ، كان ذلك باطلاً ؛ لأن الصدقة تمليكٌ ، والشرب لا يصح تمليكه ، والمسكين وغير المسكين في ذلك سواء^(١) .

قال : وما اشترى بالشرب ، فهو بيعٌ فاسدٌ ، وحكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه ؛ لأن الشرب يتقوم ويصح دخوله في البيع على طريق التبعية ، وإنما يفسد لجهالته ، فالعقد به فاسدٌ ، وليس باطلاً [٤٨٤/ب] ، (وليس هذا كالبيع بالربح ؛ لأن ذلك معنى غير متقومٍ ، فالعقد به باطلٌ)^(٢) .

قال : ولو أوصى رجلٌ بكلاً في أرضٍ سنين مسمّاةً ، أو وهبه أو تصدق به

(١) انظر: الأصل ١٦٢/٨ ، ١٦٣ .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

[أو أعمره] أو تزوج عليه ، أو اختلعت عليه امرأة من زوجها ، أو صالح به عن دمٍ عمدٍ ، أو جراحةٍ عمدًا أو خطأً ، أو دعوى ادّعت قبّله ، فالقول فيه مثل القول في الشرب ؛ لأنّ الكلاء غير مملوكٍ لصاحب الأرض ، وهو ممّا يملك بالعقد^(١) ، فالعقد به [كالعقد] بملك الغير .

قال : وإذا احتفر قومٌ نهرًا على أن يكون بينهم على مساحة أرضهم ، ويكون نفقته بينهم على قدر الأرض^(٢) ، فوضعوا على رجلٍ منهم أكثر ممّا عليه غلطًا [منهم] ، كان له أن يرجع بذلك عليهم ، ولو فرضوا عليه أقلّ من نصيبه ، كان لهم أن يرجعوا عليه بالفضل ؛ وذلك لأنّ النفقة إذا جُعِلت على حسب الأرض ، فقد أنفقوا على المستحقّ ، فإذا غلطوا في الزيادة والنقصان ، فذلك غير مستحقّ ، فوجب ردّ الزيادة وإتمام النقصان^(٣) . [والله أعلم ، وهو حسبي وكفى بالله حسيبًا] .

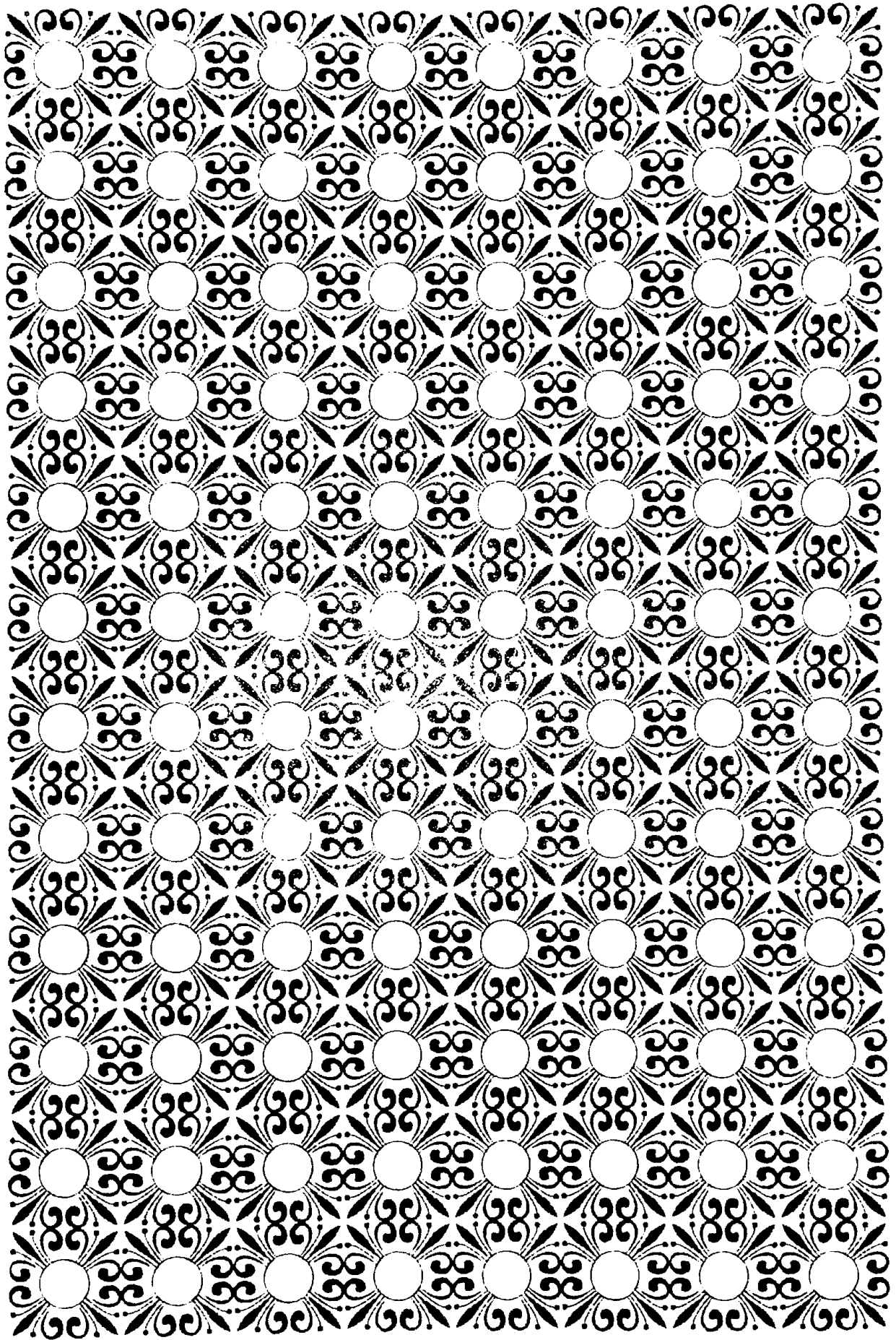
تمّ كتاب الشرب



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (على قدر ذلك) .

(٣) انظر : الأصل ١٤٥/٨ وما بعدها ؛ ٣١/٤ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٢/٣ وما بعدها .



[٨٤] كتاب الإباحة والحظر^(١)

قال محمدٌ: لا بأس أن ينظر الرجل من أمه وابنته البالغة وأخته (ومن كانت ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه)^(٢)، ومن كلِّ مَحْرَمٍ من رَضَاعٍ أو وِطْءٍ أو نِكَاحٍ، أو ما حرم بوطء أبيه [أو ابنه]^(٣)، (أو نكاح أمه)^(٤)، أو نكاح أبيه: إلى شَعْرَها وصدرها ويديها وعَضُدِها وساقها وقدمها، ولا ينظر إلى بطنها، ولا إلى ظهرها، ولا إلى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة.

(قال أيده الله)^(٥): والأصل في جواز النظر من ذوات المَحَارِمِ إلى ما ذكره قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]، فأجاز أن تبدي المرأة زينتها لهؤلاء، والمراد بالزينة: موضع الزينة، فاليد موضع السوار، والعَضُدُ^(٦) موضع الدُّمْلُجِ^(٧)، والصدر

(١) قال في التجنيس: المكروه هو إلى الحرام أقرب، وهو المختار.

ولقب المرغيناني هذا الباب بكتاب الكراهة - وغيره بالاستحسان -، ثم قال المرغيناني: وتكلموا في معنى المكروه، والمروي عن محمد: أن كل مكروه حرام؛ لأنه ما لم يجد فيه نصاً قاطعاً، لم يطلق عليه لفظ الحرام، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه إلى الحرام أقرب.

(والحظر لغة: المنع والحبس، وشرعاً: ما منع من استعماله شرعاً). والإباحة: «ضد الحظر، والمباح: ما أجزى للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب، نعم، يحاسب عليه حساباً يسيراً». اللباب (مع الجوهرة) ٣٥٩/٢.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في أ (أمه) والمثبت من ب.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) ورد في ب بالثنية (واليوان) (والعضدان)

(٧) الدُّمْلُجُ: «سوار يحيط بالعَضُدِ». المعجم الوجيز (دملج).

موضع القلادة، فدلّ على جواز النظر إلى ذلك .

وروى أبو البخترى عن أبي صالح: أنّ الحسن والحسين رضوان الله تعالى عليهما كانا يدخلان على أختهما أمّ كلثوم وهي تمتشط^(١)، (وعن ابن الحنفية نحوه .

وعن الزبير: أنّه دخل على زينب بنت أم سلمة وكانت عمّته من الرضاعة وهي تمتشط^(٢)، فأخذ بقرون رأسها وقال لها: أقبلي عليّ^(٣).

ولأنّ النبي ﷺ حظر على المرأة أن تسافر مع الأجنب، وأباح لها السفر مع المحارم^(٤)، فلو كان لا يجوز للمحرم أن ينظر إلا إلى ما ينظر إليه الأجنبيّ، لم يكن للتفريق معنى؛ ولأنّ الغالب أنّ الإنسان لا يشتهي أمّه وأخته، فصارتا في حقّه كالرجال .

٢٨٧٦ - فَصْل: [كل ما جاز له النظر منهن جاز له المسّ]

وكلّ ما جاز له أن ينظر إليه منهنّ، جاز له أن يمسه من غير حائل، لما روي أن الزبير أخذ بقرون رأس زينب .

وروي أنّ النبي ﷺ كان إذا قدم من مغازيه، قبل رأس فاطمة رضي الله عنها^(٥)، وعن

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف، (١٢/٤).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) أخرجه الشافعي في المسند ص (٢٣٠)؛ والدارقطني في السنن (١٧٩/٤)؛ وابن أبي شيبة في المصنف (١٨/٤).

(٤) أخرجه البخاري (١١٣٩)؛ ومسلم (٨٢٧)؛ من حديث أبي سعيد رضي الله عنه .

(٥) أخرجه أبو داود (٥٢١٧)؛ والترمذي (٣٨٧٢) وقال: (حسنٌ غريبٌ).



مجاهدٍ أنّ أبا بكرٍ قبّل رأس عائشة رضي الله عنها ^(١)، وروى أنّ خالد بن الوليد استشار أخته [من الرضاع] في شيءٍ، فأشارت عليه، فقبّل رأسها ^(٢).

وعن محمد بن الحنفية رضي الله عنه: أنه كان يفلي ^(٣) رأس أمّه ^(٤)، وعن محمد بن المنكدر أنه كان يغمز رجل أمّه، وأخوه قائم يصلي، فقال: ما أحبّ أن تكون ليلتي مثل ليلة هذا ^(٥)، يعني: أن التغميز للأمّ أفضل من الصلاة.

وروي أنّ محمد بن أبي بكرٍ أدخل يده في هودج عائشة [يوم الجمل]، فوضعها على صدرها، فقالت: من هذا الذي وضع يده في موضع ما وضعها أحدٌ بعد رسول الله، فقال: أنا أخوك ^(٦).

ولأنّ المَحْرَمَ لمّا كان لا يشتهي في العادة، حلّت معه محلّ الرجل؛ ولأنّه يحتاج إلى ذلك إذا سافر في رفعها أو وضعها، فجوّز له للحاجة.

٢٨٧٧ - فِصْلٌ: [ما لا يجوز النظر من المحارم]

وإنّما لا يجوز أن ينظر إلى بطنها وظهرها لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ الآية [المجادلة: ٣]، فحرّم الزوجة؛ لأنه شبّهها بظهر أمّه، فلو كان النظر إلى ظهر أمّه جائزاً لم يحرم امرأته بتشبيها بالحلال.

(١) ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨/٤).

(٢) ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨/٤).

(٣) في ب (يقبل).

(٤) تاريخ مدينة دمشق (٣٣٤/٥٤)، وفيه (أنه كان يغلف رأس أمه ويمشطها).

(٥) أبو نعيم في الحلية (١٥٠/٣).

(٦) ذكره السرخسي في المبسوط (١٥٠/١٠).

وإذا ثبت تحريم النظر إلى ظهرها، فالبطن أولى؛ لأن البطن يُشتهى ما لا يشتهى الظهر، فكان أولى بالتحريم.

وأما ما بين سرتها إلى ركبته، فلا يجوز النظر إليه؛ لأنه عورة في حق كل أحد، ألا ترى أن الرجل لا ينظر إليه من الرجل، والمرأة لا تنظر إليه من المرأة؛ فلأن لا ينظر الرجل إليه من المرأة أولى.

قال: فإن كان ينظر إلى شيء من ذلك لشهوة، فليس له أن ينظر، وكذلك إن كان أكثر ظنه أنه إن نظر اشتهى، فينبغي أن يغض بصره؛ وذلك لأنه إذا اشتهى عرض نفسه للمعصية، وقد قال ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»^(١)، وقال ﷺ: «إن لكل ملك حمى، وإن حمى الله محارمه، فمن رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه»^(٢).

قال: ولا بأس أن يسافر بها، ويكون محرماً لها، فإن خاف على نفسه فلا يسافر بها، ولا يخلو بها، ولا ينبغي لها إن خافت ذلك أن تسافر معه وأن تخلو معه في بيت؛ وذلك لأن النبي ﷺ قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً ثلاثة أيام إلا مع محرم أو زوج»^(٣)، فدل على جواز سفر المحرم بها وخلوته، وإن خافا ذلك لم يجز؛ لأنهما يتعرضان للمعصية.

قال: وإن كانت غير مجردة فاحتاج إلى حملها والنزول بها، فلا بأس أن يحملها وينزلها ويأخذ ببطنها وظهرها؛ وذلك لأن اللمس من فوق الثوب لا يكون

(١) أخرجه الترمذي (٢٥١٨) وقال: (حسن صحيح).

(٢) أخرجه البخاري (٥٢)؛ ومسلم (١٥٩٩).

(٣) سبق تخريجه قبل صفحتين.



معه الشهوة غالباً، فصار كالنظر، وإن خاف أن يشتهي إن مسّ، فليجتنب ذلك بجهدة لما قدّمنا^(١).

٢٨٧٨ - فِصْل: [ما يجوز من النظر والمسّ من الجارية]

قال أبو حنيفة: إذا بلغت الأمة، لم ينبغ أن تعرض في إزارٍ، وكذلك قال محمدٌ: وإذا بلغت أن يُشْتَهَى ويُجَامَع مثلها، وهو قول أبي يوسف [أيضاً].

قال: والأصل في هذا: أن الإنسان يجوز له أن ينظر من أمة غيره إلى ما ينظر إليه من ذوات المحارم^(٢)، ولا ينظر إلى ما لا ينظر إليه من ذوات المحارم، وذلك لما روي أن عمر رضي الله عنه رأى أمة متخمّرة، فرمى بخمارها وقال: (يا لكاع لا تشبّهي بالحرائر)^(٣).

وروي عن أنس بن مالكٍ قال: كنّا في بيت عمر، وكن الإماء يخدمنا كاشفاتٍ رؤوسهنّ^(٤).

ولأنّ الأمة سلعةٌ تُباع وتُشترى، فتدعو الحاجة إلى قلبها، والنظر إلى محاسنها، فلذلك فارقت الحرة فيما يُنظر إليه منها، وأمّا بطنها وظهرها فلا ينظر إليه؛ لأنّه إذا مُنِع منه في ذوات المحارم، فإن كانت العادة أنّهن لا يشتھين، ففي الأمة أولى.

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٥٩٤.

(٢) قال محمد: «ولا ينبغي للرجل أن ينظر من أمة غيره... إلا ما ينظر إليه من ذوات المحارم». انظر: المبسوط للشيباني ٥٤/٣.

(٣) رواه عبد الرزاق (١٣٦/٣)؛ وابن أبي شيبة (٤١/٢)؛ وقال ابن حجر في الدراية: (إسناده صحيح) (١٢٤/١).

(٤) البيهقي في الكبرى (٢٢٧/٢).

وقد حكى محمد بن مقاتل: أنه قال: يجوز النظر إلى بطنها وظهرها، لما روى محمد بن كعب عن عبد الله بن عباس في حديث فيه طول، قال: (ومن أراد أن يشتري جاريةً، فلينظر إلى جسدها إلا إلى عورتها، وعورتها ما بين معقد إزارها إلى ركبته)^(١)، وهذا لا دلالة فيه؛ لأن معقد الإزار قد يكون تحت الصدر، فيغطي البطن.

قال: ولا بأس أن يمَسَّ ما جاز له النظر إليه؛ وذلك لما روي [٤٨٥/أ] عن ابن عمر أنه مرَّ بالسوق، وقد رأى جاريةً تُباع، فضرب بيده على صدرها، وقال: اشترُوا بآرك الله عليكم؛ ولأنَّ المعنى الذي جاز لأجله النظر، الحاجة إلى تقلبها، وهذا المعنى موجودٌ في مسَّها ليقف على لين بشرتها.

والذي ذكره أبو حنيفة أنها إذا بلغت لم تعرض في إزار، محمولٌ على بلوغ الحدِّ الذي تُشْتَهَى، كما فسَّر محمدٌ؛ لأن الصبيَّة إذا صارت ممَّن تُشْتَهَى لم يُنْظَر إليها، وإن لم تبلغ الحيض.

قال: وإن خاف على نفسه أن يشتهي [إن مسَّ]^(٢) ذلك منها، [أو]^(٣) كان عليه أكبر رأيه فليجتنب أن يمَسَّ ذلك؛ لأنَّه لا يأمن من موقعة المحذور، فالاجتناب أولى.

قال: ولا بأس أن تمسَّ الأمة كلَّ شيء منه إلا ما بين السرة إلى الركبة، لا

(١) رواه مرفوعاً من حديث ابن عباس: الطبراني في الكبير (٣١٨/١٠)؛ والبيهقي في الكبرى (٣٢٩/٥)؛ وإسناده ضعيفٌ كما في التلخيص الحبير لابن حجر (٢٨٠/١).

(٢) في أ (لم يمَس) والمثبت من ب.

(٣) في أ (لو) والمثبت من ب.

بأس بأن تدهن رأسه وتمرّخه ، وتدهن صدره وظهره (ورأسه وقدمه ، وتغمز ذلك مالم تشتته ، أو يكون على ذلك أكبر رأيها إن فعلت ذلك) ^(١) ، ولا بأس أن تنظر منه إلى كلّ شيء ما خلا ما بين السرة إلى الركبة ؛ لأنّ بدن الرجل ليس بعورة ، فلا بأس بالنظر إليه ؛ ولأنّ الرجال يمشون في الطرق بإزار في سائر الأعصار ، فدلّ على جواز النظر إلى أبدانهم

وأما مسّ الأمة للرجل الأجنبيّ ، فيجوز ؛ لأنّ العادة أنّ جارية المرأة تخدم زوجها ، وتدهنه ، وتغمزه ، فدلّ على جواز المسّ .

٢٨٧٩ - فصل : [ما يجوز من النظر إلى الحرة الأجنبية]

قال : فأما المرأة الحرة التي لا نكاح بينهما ولا حرمة ، فليس ينبغي له أن ينظر منها إلى شيء مكشوف إلا الوجه والكفّ ، ولا ينظر إلى غير ذلك ، وهذا قول أبي حنيفة ، وقال ابن شجاع عن الحسن ^(٢) عن أبي حنيفة : إنّه ينظر إلى وجهها وكفها وقدمها .

أما الوجه [والكفّ] فلقوله تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ [النور: ٣١] ، قيل في التفسير : الكحل والخاتم ^(٣) ، والكحل موضع الوجه ، والخاتم موضع اليد ؛ ولأنّ المرأة تضطر إلى كشف وجهها للشهادة عليها [عند الحاكم] ^(٤) ، فخرج ذلك من أن يكون عورةً ، ويحتاج إلى إظهار كفّها في الأخذ

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) (عن الحسن) سقطت من ب .

(٣) انظر : تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٣٥٧ .

(٤) في أ (وعند المحاكمة) والمثبت من ب .

والعطاء للمعاملات ، فرخص لها في ذلك .

فأمّا القدم فلا يجوز النظر إليه في أحد الروايتين ؛ لأنّ الحاجة لا تدعو إليه ، ويجوز في رواية الحسن ؛ لما روي عن ابن مسعود أنه قال في تأويل قوله : ﴿ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ ، قال : القرط والخلخال^(١) ؛ ولأنّ المرأة تضطر إلى المشي في الطرق ، فتبدو قدمها ، فصار ككفيها ؛ ولأنّ الوجه والكف يشتهيان ، كما لا تُشتهى القدم ، فإذا جاز النظر إلى وجهها فقدمها أولى .

قال : ولا ينبغي أن ينظر إلى وجهها لشهوة ؛ لما روي أنّ رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال : أنظر إلى المرأة^(٢) فأشتهيها ، فاتبعتها ، فضرب رأسي جداراً ، فقال ﷺ : « إن الله تعالى إذا أراد بعبد خيراً عجل عقوبته في الدنيا »^(٣) .

قال : فإذا دُعي إلى شهادة عليها ، أو أراد تزويجها ، أو كان حاكماً فأراد أن ينظر إلى وجهها [ليجوز]^(٤) إقرارها عليها ، وإن كان إن نظر إليها يشتهيها ، أو كان عليه أكثر رأيه ، فلا بأس أن ينظر إلى وجهها وإن كان على ذلك [غالب رأيه] ؛ [وذلك] لأنه محتاج إلى النظر في هذه المواضع بغير شهوة ، فجاز مع الشهوة ، كما يجوز للشهود النظر إلى العورة عند الزنا ليقيموا الشهادة ؛ ولأنّ الحاجة تدعو إلى النظر في هذه الأحوال ، فجاز مع وجود الشهوة وعدمها .

وأما إذا أراد أن يتزوجها ، فيجوز له النظر وإن لم يأمن الشهوة ؛ لما روي

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٢٨/٩) ؛ وقال الهيثمي في المجمع : (رواه الطبراني بأسانيد مطوّلاً ومختصراً ، ورجال أحدها رجال الصحيح) (٨٢/٧) .

(٢) في ب (إني نظرت إلى امرأة) .

(٣) أخرجه أحمد (١٦٨٥٢) ؛ وصححه ابن حبان حديث (٢٩١١) .

(٤) في أ (ليختبر) والمثبت من ب .

أن المغيرة أراد أن يتزوج امرأة فقال له النبي ﷺ: «انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»^(١).

قال: ولا ينبغي أن يمس وجه الحرة ولا يدها إذا كانت شابة ممن تشتهي؛ وذلك لأن اللمس أغلظ من النظر، ألا ترى أن الشهوة فيه أكثر؛ ولأن المرأة تنظر إلى بدن الأجنبي ولا يجوز أن تمسه، فكذلك إباحة النظر إلى وجهها لا يدل على إباحة اللمس.

قال: فإذا كانت عجوزاً ممن لا تشتهي، فلا بأس بمصافحتها ومس يدها.

فإن كانت عليها ثياب، فلا بأس بأن يتأملها ويتأمل جسدها، ما لم تكن ثياباً تصفها، فإذا كانت ثياباً تلتق ببدنها حتى يستبين له جسدها، فينبغي له أن يغض بصره عن ذلك، وإن كان ثياباً لا تصف شيئاً من جسدها، فلا بأس بالنظر إليها، إنما ينظر إلى الثياب والقامة.

أما مصافحة العجوز، فقد روي أن امرأة التقت بإبراهيم النخعي، فمدت يدها إليه، فقال لها: اكشفي وجهك، فكشفت، فإذا هي عجوز، فصافحها^(٢)؛ ولأن العجوز لا تشتهي في العادة، فصارت كالرجال.

فأما النظر إلى المرأة من وراء الثياب التي تصفها فلا يجوز؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا تكسوا نساءكم الكتان ولا القباطي، فإنها إلا تشف تصف^(٣). وعن أبي الدرداء أنه قال: ألبسوا نساءكم الخز^(٤)، فإنه أوقى وأبقى وأستر،

(١) أخرجه الترمذي (١٠٨٧) وقال: (حديث حسن)؛ وابن ماجه (١٨٦٦).

(٢) ذكره الزبيدي في الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري (١٨٠/٧).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤/٥)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٣٤/٢).

(٤) في ب (القطن).

ولا تلبسوهن الكتان والقباطي ، فإنها إلا تشفّ تصف .

وأما جواز النظر إليها إذا كانت الثياب لا تصفها ؛ فلما روي عن ابن عباس في تفسير قوله : ﴿ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ ، قال : النظر من وراء الثياب^(١) ؛ ولأن النساء يمشين في الطرق^(٢) في سائر الأعصار ، ولو لم يجز النظر إليهنّ مُنَعْنَ من ذلك^(٣) .

٢٨٨٠ - فَصْل : [ما يباح للمرأة من النظر إلى الرجل الأجنبي]

قال : ولا بأس أن تنظر المرأة التي لا نكاح بينها وبين الرجل إلى جميع جسده ، إلا إلى ما بين سرته إلى ركبته ، فإن ذلك عورةٌ ؛ وذلك لأنّ بدن الرجل ليس بعورةٍ ، فجاز لها النظر [إليه ؛ ولأنّ الرجال يمشون في الطريق بإزار وتراهم النساء في سائر الأعصار] .

قال : فإن كانت المرأة إذا نظرت إلى ذلك اشتتت أو كان على ذلك أكبر رأيها ، فأحبّ إليّ أن تغض بصرها عنه ؛ لأنها لا تأمن مواجهة المعصية ، فمنعت عن ذلك .

قال : ولا ينبغي للرجل أن ينظر من الرجل إلى ما بين سرته إلى ركبته ، ولا بأس بالنظر إلى سرته ، ويكره النظر إلى الركبة .

(١) هذا التفسير مروى عن ابن مسعود رضي الله عنه ، رواه ابن أبي شيبة (٥٤٦/٣) ؛ ومن طريقه الحاكم في المستدرک (٤٣١/٢) ، وقال : (صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه) ، ووافقه الذهبي .

(٢) في ب (السوق) .

(٣) انظر : الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٥٢ ، ٥٥٣ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٥٣٦/٨ وما بعدها .

والأصل في ذلك: ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يحلّ لرجلٍ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخل الحمام إلا بمئزر»^(١)، وعن عليّ رضوان الله عليه أنه قال: عورة الرجل حرمةٌ.

وعن [سلمان] ^(٢) أنه قال: لأن أموت ثم أحيا، ثم أموت ثم أحيا، ثم أموت ثم أحيا، أحبّ إليّ من أنظر إلى عورة أحدٍ أو ينظر أحدٌ إلى عورتِي ^(٣).

وأما الفخذ فعورةٌ؛ لما روي أن النبي ﷺ مرّ برجل يقال له جرهد، فقال له: «غط فخذك يا جرهد، فإن الفخذ عورةٌ»^(٤)، وروى عطاء بن يسار عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما فوق الركبتين من العورة، وما أسفل السرة من العورة»^(٥)، وعن عليّ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تنظر إلى فخذ حيٍّ ولا ميتٍ»^(٦).

[وروي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «من زوج أمته فلا ينظر إلى ما بين سرتها

(١) أخرجه النسائي (٤٠١)؛ والحاكم في المستدرک، وقال: (صحيحٌ على شرط مسلم ولم يخرجاه) (٢٦٧/١)، ووافقه الذهبي.

(٢) في (أ) و(ب) (سليمان)، والصحيح في الرواية (سلمان) الفارسي رضي الله عنه.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٠١/١).

(٤) أخرجه أبو داود (٤٠١٤)؛ والترمذي (٢٧٩٥) وقال: (هذا حديثٌ حسنٌ ما أرى إسناده بمتصل).

(٥) أخرجه أبو داود (٤٩٦)؛ وقال المناوي في فيض القدير: (قال في الرياض بعد عزوه لأبي داود: إسناده حسن) (٥٢١/٥).

(٦) أخرجه أبو داود (٤٠١٥)؛ وابن ماجه (١٤٦٠)؛ وقال أبو داود: (هذا الحديث فيه نكارة)؛ وقال الزيلعي في نصب الراية: (قال ابن القطان في كتابه: وقد ضعف هذا الحديث أبو حاتم في علله) (٢٤٤/٤).

وركبتها»^(١)، ولأنّ الفخذ موضع الوطاء فحلّ محلّ الفرج].

والذي روي أنّ النبي ﷺ كان جالساً وعنده أبو بكر وعمر، فدخل عثمان، فغطى فخذه، فقليل له في ذلك، فقال: «كيف لا أستحي من رجلٍ تستحي منه الملائكة»^(٢).

والجواب: أنّ هذا الخبر قد رُوي مختلفاً: [روي] أنّه كان ماداً رجليه، ورُوي أنّه كان مكشوف الفخذ، ولو ثبت اقتضى الإباحة، وما ذكره يقتضي الحظر، فكان أولى.

وأما السّرة فليست من العورة؛ بدلالة ما روي عن ابن عمر أنّه كان إذا اتزر أبدئ عن سرّته^(٣) [٤٨٥/ب]؛ ولأنّ الرسول ﷺ قال: «ما تحت السّرة عورة»^(٤).

وروي عن أبي هريرة أنّه قال (للحسن رضوان الله عليه)^(٥): أرني الموضع الذي قبّله رسول الله ﷺ منك، فكشف عن سرّته فقبلها أبو هريرة^(٦).

وأما الركبة فهي من العورة؛ لما روي عن النبي ﷺ قال: «الركبة من العورة»^(٧)، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ النبي ﷺ قال: «كلّ شيء أسفل من سرّته إلى ركبته عورة»^(٨)، فجعلها غايةً، والغاية قد تدخل في

(١) هو حديث أبي داود السابق (٤٩٦).

(٢) أخرجه مسلم (٢٤٠١).

(٣) ذكره السرخسي في المبسوط (١٤٦/١٠)؛ والكاساني في البدائع (١٢٤/٥).

(٤) هو حديث أبي داود السابق قبل (٤٩٦).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) أخرجه ابن حبان (٥٥٩٣) في صحيحه.

(٧) أخرجه الدارقطني (٢٣١/١)؛ وقال ابن حجر في الدراية: (إسناده ضعيف) (١٢٣/١).

(٨) هو حديث أبي داود (٤٩٦)، وقد سبق.



الكلام [تارةً] وقد لا تدخل ، فكان الاحتياط أن تجعل من العورة .

ولأن الركبة عظامان ، أحدهما من الفخذ ، والآخر من الساق ، والفخذ يجب ستره ، والساق لا يجب ستره ، فيغلب حكم الحظر .

٢٨٨١ - **فصل:** [ما يجوز للمرأة أن تنظر من المرأة]

ويجوز للمرأة أن تنظر من المرأة إلى ما ينظر الرجل من الرجل ؛ وذلك لأن المرأة لا تشتهي المرأة غالباً ، كما لا يشتهي الرجل الرجل ، فإذا جاز للرجل النظر إلى الرجل ، جاز للمرأة النظر إلى المرأة .

والذي روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « امنعوا النساء عن الحمام إلا مريضة أو نفساء » (١) ، وعن ابن عمر قال : (حرامٌ على النساء دخول الحمام بإزارٍ وغير إزارٍ) (٢) ، فهذا محمولٌ على الأمر بحفظهنّ ومنعهنّ من الخروج ، وفعل الأقرب إلى الستر لهنّ ؛ يدلّ على ذلك أن النساء يدخلن الحمام في سائر الأعصار من غير نكيرٍ .

٢٨٨٢ - **فصل:** [النظر في أحوال الضرورة]

قال : ولا بأس إذا أرادت المرأة الولادة أن تنظر المرأة منها إلى موضع الفرج [وغيره] ، وكذلك الرجل يريد أن يختتن أو يتداوى وهو كبيرٌ ، لا بأس بأن يمسه (٣) رجلٌ ؛ لأنّ هذا موضع عذرٍ .

(١) أخرجه أبو داود (٤٠١١) ؛ وابن ماجه (٣٧٤٨) ؛ وضعفه النووي في خلاصة الأحكام

(٢١١/١) ، وهو من حديث ابن عمرو لا ابن عمر .

(٢) ذكره السرخسي في المبسوط (١٤٧/١٠) .

(٣) في ب (يختنه) .

وإن أصاب المرأة جرحٌ أو قرحٌ في موضعٍ لا يحلُّ للرجل النظر إليه ، فلا بأس أن يعلمَ امرأةٌ دواء ذلك الجرح ، فتكون هي التي تداويه ، ألا ترى أن امرأة العينين إذا ادعى أنه وطئها نظر إليها النساء ، وإذا ادعى المشتري عيباً بالجارية ، نظر إليها النساء .

قال : فإن لم يجدوا امرأةً تداوي الجرح الذي بها ، ولا يقدرُوا على امرأةٍ تعلم ذلك ، وخافوا على المرأة التي بها الجرح أن يصيبها بلاءٌ أو تهلك أو يدخلها من ذلك وجعٌ لا يحتمل ، فلا بأس أن يستر منها كلَّ شيءٍ إلا موضع الجرح ، ثم يداويه الرجل ، ويغضُّ بصره ما استطاع ؛ وذلك لأنَّ النظر إلى هذه المواضع محرَّمٌ لحقِّ الله تعالى ، فإذا جاءت الضرورة ، فلها تأثيرٌ في الإباحة ، ألا ترى أنه يجوز أكل الميتة وشرب الخمر عند الضرورة ، فكذلك لا بأس بالنظر لأجل الضرورة .

٢٨٨٣ - فَصَّل : [ما لا يجوز للعبد والخصي من النظر]

قال : والعبد فيما ينظر [إليه] من مولاته ، والحر الذي لا قرابة بينه وبينها ، سواء خصياً كان أو فحلاً إذا كان قد بلغ مبلغ الرجال ، ولا يُحِلُّ خصاء الخصي شيئاً يحرم على الفحل ؛ وذلك لما روي عن سعيد بن المسيّب أنه قال : لا تغتروا بهذه الآية ، قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ [النساء : ٣] ، فإنها نزلت في الإماء دون العبيد^(١) .

وروي عن جابر وابن عباس قالاً : لا يجوز للعبد أن ينظر إلى مولاته مقدار

شعرة .

(١) ابن أبي شيبة (٥٣٨/٣)

ولا يجوز أن يقال: إن مناكحتها حرامٌ عليه ، فصار كَمَحْرَمِهَا ؛ لأنَّ التحريم المؤثر في جواز النظر ما كان تحريمًا مؤبِّدًا ، والعبء تحريمه ليس بمؤبِّدٍ ، فصار كتحريم الأجنبيِّ .

فإن قيل: إذا حملتم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] على الإماء ، صار تكراراً ؛ لأنَّ ذلك قد فهم من قوله: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ .

قيل له: لو اقتصر على قوله: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ ، لجاز أن يظن أنه يختص بالحرائر ، فقال: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ لبيِّن أن الأمة والحررة في جواز النظر سواءٌ .

فأمَّا الخِصْي ، فلا يجوز له النظر إلا إلى ما يجوز لغيره ؛ لما روي عن عائشة أنها قالت: إنَّه رجلٌ ، [والمثلة] ^(١) لا تحلُّ له ما حرم على غيره ^(٢) ؛ (ولأنَّ الشهوة موجودةٌ في الخِصْي كهي في الفحل ، فلم يجز له النظر) ^(٣) .

وأما قوله تعالى: ﴿أَوِ التَّبَعِينَ غَيْرِ أُولِي الْأَرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] ، فقد اختلف تأويله ، فقيل فيه: الشيخ الكبير الذي لا يشتهي مثله إذا كان خادماً في البيت ، جاز له النظر في النساء ، وقيل: المراد به: الرجل ^(٤) المخلوق كخلقة النساء ، لا يشتهي ولا يعرف ما يشتهي من النساء ، وقيل: إنَّه للخِصْي الذي جفَّ ماؤه ، فهو لا يشتهي ، فهذه الآية متشابهةٌ ، وقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣١] محكمةٌ ، فلا يجوز تركها بمتشابهه .

(١) في أ (والمرأة) ، والمثبت من ب .

(٢) ذكره الكاساني في بدائع الصنائع (١٢٢/٥)

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٤) سقطت من ب .

قد روي أنه كان في بيت أم سلمة هيت المٌخَنَّث، فلما حاصر النبي ﷺ الطائف، قال هيت لعمر بن أم سلمة: إذا فتح الله علينا الطائف دلتك على [بادية] ^(١) بنت غيلان، فإنها تُقبل بأربع، وتُدبر بثمان، فقال ﷺ: «أو هذا الخبيث يعرف هذا، لا يدخل عليكن» ^(٢).

٢٨٨٤ - فصل: [ما يجوز للزوج أن ينظر من زوجته وبالعكس]

وأما الزوج فيجوز أن ينظر إلى سائر بدن زوجته، وكذلك يجوز أن تنظر إليه.

(ويجوز للرجل أن ينظر سائر بدن أمته، وكذلك يجوز لها أن تنظر إليه) ^(٣)؛ لما روي ﷺ عن عائشة أنها قالت: (كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد) ^(٤)، ولو لم يجز النظر، لم يتجردا في مكان واحد؛ ولأنه يجوز له الاستمتاع بجميع بدنها، وحرمة الاستمتاع أعظم من حرمة النظر، فجوازه أولى.

والذي روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (قبض رسول الله ﷺ وما نظرت إلى ما منه، وما نظرت إلى ما مني) ^(٥)، فلا يدل على تحريم النظر، وإنما ذكرته لبيان مكارم الأخلاق مع جواز النظر، لولا ذلك لم يتجردا في مكان واحد ^(٦).

(١) في أ (مهديّة)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٢) أخرجه البخاري (٤٠٦٩)؛ ومسلم (٢١٨٠).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٧)؛ ومسلم (٣١٩).

(٥) أخرجه أحمد (٤٣٨٩)؛ وابن ماجه (٦٦٢)، كلاهما من طريق مولى لعائشة عن عائشة رضي الله عنها؛ وقال البوصيري في مصباح الزجاجية: (هذا إسنادٌ ضعيفٌ لجهالة تابعيه) (١٠٩/٢).

(٦) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٥٢ - ٥٥٤.

٢٨٨٥ - فُصِّلَ: [ما يجوز من مباشرة الحائض وما لا يجوز]

قال: ولا بأس أن يُصيّبها وهي حائض فيما دون الفرج ، ولا بأس بمباشرتها وإن لم يكن عليها إزارٌ ، وهذا قول محمدٍ خاصّةً .

فأما أبو حنيفة فقال: لا يجوز الاستمتاع بالحائض إلا ما فوق الإزار ، وهو قول أبي يوسف .

وقال محمدٌ: يتجنب شعار الدم ويستمتع بما سواه .

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في قول أبي حنيفة: إنه يستمتع بما (فوق الإزار ، فمنهم من قال: إنه يستمتع بما فوق سرتها ، ومنهم من قال: إنه يستمتع بما) (١) تحت سرتها سوى الفرج من فوق الإزار .

وجه قولهما: ما روي عن عمر بن الخطاب أنه سأل النبي ﷺ عما يحل للرجل من امرأته الحائض ، فقال: «ما فوق الإزار» (٢) ، وروي عن أم سلمة أنها قالت: كنت مع رسول الله ﷺ في فراشٍ واحدٍ ، فقامت ، فقال لي: «أنفست؟» فقلت: نعم ، فقال: «خذي عليك إزارك وعودي إلى مضجعك» (٣) .

وروي أن خادماً ميمونة دخلت على ابن عباسٍ ، فرأت فراش امرأته ناحيةً من فراشه ، فقالت لها: أهجرانٌ أنتما؟ قالت: لا ، ولكنني إذا حضت لم يقرب (٤) فراشي ، فذكرت الخادم ذلك لميمونة ، فقالت ميمونة لابن عباس: (أرغبت عن

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٣) وقال: (ليس بالقوي) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٩٤) ؛ ومسلم (٢٩٦) .

(٤) في ب (اعتزلت) .



سنة رسول الله ﷺ، كنا إذا حضنا باشرنا من فوق الإزار^(١)؛ ولأن ما دون الفرج موضع مقصود بالوطء، فصار كالفرج.

وجه قول محمد: ما روي عن عائشة أنها سُئلت عما يحل للرجل من امرأته الحائض، فقالت: يتجنب الفرج، فقيل لها، فما يحرم عليه من المحرمة، فقالت: كل شيء إلا الكلام^(٢).

وأما ما اختلف فيه أصحابنا من تأويل قول أبي حنيفة: ففي كل واحد من القولين [٤٨٦/أ] سنة، وروي عن إبراهيم أنه قال: [لاعبت امرأتي في حال حيضها فوق بطنها، حتى قضيت شهوتي، وروي عن الحسن أنه قال]: [تستفر]^(٣) بالإزار، ويباشرها من فوقه.

وأما الوطء في حال الحيض، فمحرم لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَرِلُوا الْنِسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وروي علي^{رضي الله عنه} عن النبي ﷺ قال: «من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها، أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول، فهو كافر بما أنزل على محمد»^{(٤)(٥)}.

٢٨٨٦ - فصل: [النظر إلى الأمة لأجل الشراء]

وإذا أراد أن يشتري الأمة، فلا بأس أن ينظر إليها وإن اشتهى؛ لأن النظر

(١) البيهقي في الكبرى (٣١٣/١)، وأصله بدون ذكر القصة عند البخاري (٢٩٧).

(٢) ذكره الكاساني في البدائع (١٩٥/٢)

(٣) في أ (يستدفي) والمثبت من ب.

(٤) أخرجه الترمذي (١٣٥) وقال (لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم الأثرم عن أبي تميمه

الهجيمي عن أبي هريرة... وضعف محمد هذا الحديث من قبل إسناده)؛ وابن ماجه (٦٣٩).

(٥) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٥٤.

للشهوة إنما يمنع منه إذا كان الغرض للشهوة، فأما إذا كان [هناك] غرضٌ صحيحٌ، فالنظر للشهوة غير ممنوع منه كما لا يمنع الشاهد من النظر إليها وإن اشتهى.

٢٨٨٧ - مسألة: [رؤية الرجل رجلاً يقتل أباه]

روى ابن سماعة عن هشام والكيساني عن محمد: في رجل رأى رجلاً يقتل أباه متعمداً، فأنكر القاتل أن يكون قتله، أو قال لابنه فيما بينه وبينه: إنني قتلت أباك؛ لأنه قتل أبي فلاناً عمداً، أو قال: إن أباك ارتد عن الإسلام، فاستحللت قتله، ولا يعلم الابن^(١) بشيء مما قال القاتل، ولا وارث للمقتول غير ابنه هذا، فالابن في سعة من قتل القاتل إذا أراد قتله، ومن رآه أيضاً يقتل أباه فهو في سعة من إعانة الابن على قتله.

وكذلك لو لم يره قتله، ولكنه أقرّ عنده بذلك بين يديه، وادّعى بعض ما وصفت لك فإنه يسعه قتله، ويسع من سمعه يقرّ أن يعينه؛ وذلك لأنه إذا شاهده يقتل أباه فقد وجب عليه القصاص في الظاهر، ودعواه استحقاق القتل^(٢) يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فلم يسقط الاستحقاق بالتجويز؛ فلذلك جاز أن يقتله.

وكذلك لو لم يشاهده، ولكنه أقرّ؛ لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه، فهو كالمعاينة، وحكم من يُعينه حكمه؛ لأنه معونة على استيفاء حقٍّ، وعلى أمرٍ بمعروفٍ، فجاز ذلك.

قال: وإن لم يره الابن قتله، ولم يقرّ عنده، ولكن شهد عند الابن رجلاً

(١) سقطت من ب.

(٢) هنا في أزيادة (والقتل).

عدلان على معاينة القتل ، أو على إقراره بذلك ، وهو يجحد ، لم يسع الابن قتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما أو الإمام ، وكذلك من حضر شهادة الشاهدين ، لا ينبغي له أن يعين الابن على قتله ؛ لأنّ الشهادة لا يتعلّق بها حكمٌ إلا بانضمام^(١) حكم الحاكم إليها ، فلم يجر أن يعمل عليها من غير [حكم]^(٢) .

ولأنّ التجويز حصل من وجهين : يجوز أن يكونا [صدقا ، ويجوز أن يكونا كذبا ، وإذا صدقا جاز أن يكون القتل بحقّ ، ويجوز أن يكون باطلاً ، فلما حصل التجويز من وجهين لم يجر] له الإقدام على القتل ، وفي الفصل الأول حصل التجويز من وجه واحد ؛ ولأنّه تحقق القتل ، وجوّز أن يكون قتله بحقّ أو غيره .

وأما إذا قضى القاضي بشهادتهما ، جاز للولي أن يقتله ، وكان لكلّ من علم بحكم الحاكم أن يعينه ؛ لأنّ الشهادة قد تعلّق الحكم بها ، وثبت الاستحقاق ، فصارت كالإقرار .

قال : فإن عاين الابن قتل أبيه ، ثم شهد عنده عدلان بما ادعى على الأب ممّا يحل دمه به ، فإن الابن لا ينبغي له أن يعجل بقتل القاتل حتى يتبيّن^(٣) ويثبت له .

(قال أيده الله)^(٤) : والأصل في ذلك : أنّه إذا شهد عند الابن من لو شهد عند القاضي ، (منع من القتل ، فإن الابن يمتنع ، وإن شهد عنده من لو شهد عند القاضي)^(٥) لم يمنعه من القتل ، لم يمتنع ، فإذا شهد شاهدان عدلان عند القاضي

(١) في ب (باجتماع) .

(٢) في أ (كمال) والمثبت من ب .

(٣) في ب (ينظر) .

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب .

أن القتل كان بحقّ، منع الولي من القصاص، وكذلك إذا شهد عند الابن، وجب عليه أن يمتنع.

ولا يقال: إن الشهادة ما لم ينضم إليها [حكم الحاكم] ^(١) لا يجب العمل عليها؛ لأن إسقاط القتل تؤثر ^(٢) فيه الشبهة، فلا يمتنع أن يجب التوقف على القتل بهذه الشهادة، وإن لم يحل الإقدام على القتل بها.

وأما إذا شهد عنده محدودان في قذف، أو نساء لا رجال معهنّ، فإنه لا يتوقف عن القتل؛ لأن هؤلاء لو شهدوا عند القاضي لم يمنعه من القتل، فكذلك إذا شهدوا عنده.

ولهذا قالوا: إنه لو شهد عنده واحد عدلٌ لزمه أن يتوقف؛ لأن الواحد [العدل] لو شهد عند القاضي منع الولي أن يستعجل في القتل حتى ينظر من ينضم إلى هذا الشاهد، فكذلك إذا شهد عنده الواحد توقف.

قال محمد: وإذا شهد [عنده] محدودان في قذف، قال: إن توقف فهو أحب إليّ؛ لأن القتل لا يُستدرك بعد وقوعه، فلا نأمن أن يكونا صدقا.

قال: وإن شهد عنده واحد عدلٌ، فاستعجل في قتله، كان في سعة، والانتظار أفضل؛ لأن شهادة الواحد لا تثبت بها الاستحقاق، فلا يسقط القتل المستحق بها.

٢٨٨٨ - فصل: [شهادة شاهدين أن هذا الثوب لأبي فلان]

قال: ولو أن عبداً في يد رجلٍ أو ثوباً ^(٣)، فشهد شاهدان أن هذا الثوب أو

(١) في أ (الحكم) والمثبت من ب.

(٢) في ب (لا يؤثر)، بزيادة (لا)، والسياق لا يقتضيها.

(٣) في ب (أو مالا).



العبد لأب هذا ، غصبه هذا منه ، والذي هو في يديه يجحد ويدّعيه لنفسه ، فليس ينبغي للوارث أن يأخذ الشيء من يد من هو في يديه حتى يقضي له القاضي بشهادتهما ؛ لما بيّنا أنّ الشهادة لا يتعلّق بها [حكم] الاستحقاق قبل الحكم ، فلا يجوز أن يأخذ المال قبل حكم الحاكم بها .

قال : ولو كان الوارث عاين الذي في يده وهو يأخذه من أبيه ، وسعه أخذه منه ، وأن يقاتله عليه ، ووسع من عاين ذلك معه أن يعينه على ذلك ، وإن أتى على نفسه إذا امتنع ، وهو في موضع لا يقدرُ فيه على سلطان يأخذ له بحقه ؛ لأنّه إذا عاينه يغصب فقد تحقق الاستحقاق ، فيجوز له أن يستوفيه ، وكذلك لو أقرّ عنده بذلك ؛ لما بيّنا أن الإقرار يثبت حكمه بنفسه .

وإنّما جاز قتاله عليه إذا امتنع وقتله^(١) ؛ لأنّه ظالمٌ في الامتناع ، فجاز أن يقاتل عليه ؛ لقوله ﷺ : «من قُتل دون ماله فهو شهيد»^(٢) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٤٨) ؛ ومسلم (١٤١) .

بَابُ آخِرٍ فِي الْحُظْرِ وَالْإِبَاحَةِ

قال محمدٌ في إملائه: لو أن رجلاً من الفقهاء قال لامرأته: أنت طالق البتة، وهو ممن يراها ثلاثاً^(١)، وظنت أن ذلك لا يبينها، [فرفعت إلى قاضي يرى البتة واحدة تملك فيها الرجعة]، فجعلها القاضي امرأته، وجعل ذلك تطلقاً رجعيةً، وسع ذلك الفقيه أن يقيم على امرأته وإن كان يرى خلاف ما قضى القاضي^(٢) به.

قال محمدٌ: وكلّ قضاء كان من قاضيٍ ممّا يختلف فيه الفقهاء، قضى به القاضي على قضية عالمٍ يرى خلاف قضائه، من تحليلٍ، أو تحريمٍ، [أو عتاقٍ]، أو أخذ مالٍ أو غيره، فإنه ينبغي لذلك الفقيه أن يأخذ بقضاء القاضي ويدع رأيه، ويلزم نفسه ما ألزمه القاضي، ويأخذ ما أعطاه ممّا جعله له.

وقال خلف بن أيوب عن أبي يوسف: (لا يسعه أن يقيم معها، ويجب عليه أن يأخذ برأي نفسه ولا يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقده حراماً، ولو كان رأيه أنها واحدة رجعيةً، ففرّق القاضي بينهما ثلاثاً، فليس يسعه أن يطأها ولا يعرض في حكم الحاكم بشيءٍ).

وجه قول أبي يوسف^(٣): أن المجتهد متعبّد لما أدى إليه اجتهاده دون

(١) هنا في زيادة عبارة (فرافعته إلى القاضي) فحذفت لأنها مكررة.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.



اجتهاد غيره، فلم يجوز له أن يستبيح ما هو حرامٌ عنده، وليس كذلك إذا اعتقد إباحتها [٤٨٦/١]، فحكم الحاكم بالتحريم؛ لأنَّ حكم الحاكم ينفذ فيما يسوغ فيه الاجتهاد، فلا يجوز أن يستبيحه مع تحريم القاضي له.

وجه قول محمدٍ: أنَّ المحكوم عليه يجب أن يتابع رأي القاضي إذا رأى ما يسوغ فيه الاجتهاد، فيسقط اجتهاده مع اجتهاده؛ ولأنَّ الاجتهادين إذا^(١) تعارضا وانضم إلى أحدهما الحكم، فصار كما لو انضم الترجيح إلى أحدهما.

قال محمدٌ: وكذلك رجلٌ ابتلي ببليّةٍ، وهو لا يعلم العلم، فسأل عنها الفقهاء، فأفتوه فيها بحلالٍ أو بحرامٍ، وقضى عليه القاضي من المسلمين بغير ذلك، وهو ممّا يختلف فيه الفقهاء، فينبغي له أن يأخذ بقضاء القاضي ويدع ما أفتاه فيه الفقهاء؛ وذلك لأنَّ المجتهد عنده يتبع رأي القاضي وإن خالف اجتهاده، فالمقلد أولى.

قال: وإن قضى له قاضٍ بقضاء من حلالٍ أو حرامٍ عنده، ثم رفع إلى قاضٍ آخر فقضى له في ذلك الشيء بعينه بخلاف قضاء الأول، وهو ممّا يختلف فيه الفقهاء، أخذ بقضاء الأول وأبطل قضاء الثاني؛ لأنَّ الحكم إذا وقع في موضع اجتهادٍ، لم يجوز لقاضٍ من القضاة فسخه، فلا يؤثر حكم الحاكم الثاني إلا أن يكون الأول لا يسوغ فيه الاجتهاد، فلا يعتدّ به.

قال محمدٌ: ولو أن فقيهاً عالماً قال لامرأته: أنت طالقُ البتّة، وهو يرى أنّها ثلاث تطليقاتٍ، فأمضى رأيه فيما بينه وبينها، وعزم على أنّها قد حرمت عليه، ثم رأى بعد ذلك أنّ رأي عمر بن الخطاب في ذلك هو الصواب: وأنّها تطليقةٌ

(١) سقطت من ب.

يملك الرجعة ، أمضى رأيه الذي كان عزم عليه في امرأته ، ولا يردّها إلى أن تكون زوجته برأي حدث منه .

ولا يشبه هذا [أيضاً قضاء] القاضي له بخلاف رأيه الأول ؛ لأنّ قضاء القاضي يهدم الرأي ، والرأي لا يهدم الرأي .

وهذا صحيح ؛ لأنّه إذا أمضى^(١) اجتهاده ، ثبت التحريم في حقّه ، فصار كالاجتهد إذا انضم إليه حكمٌ ، فإذا تغير اجتهاده بعد ذلك ، استعمله فيما يحدث من بعده ، ولم ينتقض به ما كان أمضاه .

[قال] : وإن قال لامرأته : أنت طالق البتّة ، وهو يرى أنّها واحدة يملك الرجعة ، فعزم على أنّها امرأته ، ثم رأى بعد ذلك أنّ الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق البتّة ، أنّها ثلاث تطليقاتٍ ، وأنّها لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ، لم تحرم عليه ، وكانت امرأته على حالها ، وهذا على ما قدّمنا ، أنّه إذا عزم على إمضاء الاجتهاد لم يفسخ باجتهادٍ آخر .

قال : ولو أنّ رجلاً فقيهاً عالمًا قال لامرأته : أنت طالق البتّة ، وهو ممّن يرى أنّها ثلاثٌ ، فلم يعزم على ذلك في امرأته ، لم يمض ذلك فيها ، [حتى رأى أنّها تطليقةٌ يملك الرجعة ، فأمضى ذلك فيها ، وسعه ذلك] وكانت امرأته ، ولو كان أول مرة يراها واحدةً ، يملك الرجعة فيها ، فلم يعزم على ذلك فيها ، ولم يمضه حتى رآها ثلاثاً ، لم يسعه المقام معها ؛ لأنّه لما لم يعزم على إمضاء الاجتهاد حتى ظهر خلافه ، صار ذلك كالحاكم إذا رأى مذهباً فلم يحكم به حتى ظهر^(٢)

(١) في ب (قضى) .

(٢) في ب (رأى) .

خلافه ، أن الحكم بالاجتهاد الثاني أولى .

قال: وكذلك رجلٌ ليس بفقيه، ابْتُليَ بمسألةٍ فسأل عنها بعض الفقهاء، فأفتاه بحلالٍ أو حرامٍ، فلم يعزم على ذلك في زوجته، حتى استفتى فقيهاً آخر وأفتاه بخلاف [ما أفتاه الأول، فأمضاه في زوجته وترك قول الأول، وعزم عليه فيما بينه وبين زوجته، ثم أفتاه فقيهٌ آخر بخلاف] ذلك، لم يسعه أن يرجع إلى قوله؛ لأنه متعبّد بالتقليد، كما يُتعبّد المجتهد بالاجتهاد، [ثم إن المجتهد إذا عزم على أن يعمل على اجتهاده، ثم ظهر له اجتهادٌ ثانٍ خلافه، لم يسعه] أن يعمل على اجتهاده الثاني إذا أمضاه، وإن تغيّر بعد ذلك، كذلك المقلد إذا عزم على العمل بما أفتى به، لم يسعه أن ينقض ذلك بفتوى أخرى.

قال خلف بن أيوب: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ مات وترك جداً وأخاً، فاختصما إلى القاضي في ميراثه، فقضى بالمال للجدِّ، وأفتاه قاضٍ من القضاة بمذهب زيدٍ، وذلك أعدل عنده، لم يسع للأخ أن يأخذ [من] ذلك المال [شيئاً]؛ وذلك لأنَّ الحكم انضم إلى الاجتهاد، فلم يجوز أن يفسخ باجتهادٍ لا حكم معه؛ ولأنَّ الفقيه المفتي بمذهب زيدٍ إذا ولي القضاء، لم يجوز أن يحكم بفسخ الحكم الأول، فكيف يجوز أن يفسخ ذلك بالاجتهاد.

قال: ولو كان القاضي قسم المال بينهما على قول زيدٍ، وكان الأخ من رأيه أن الجدَّ أبٌ، وهو ممّن يجوز أن يفتي^(١) ويقضي، فإنه ينبغي أن يدفع المال إلى الجدِّ، ولا يسعه أن يأكل ما أطعمه القاضي [إذا كان يرى أنه باطلٌ]، فهذا على [أصل]^(٢) أبي يوسف: أن قضاء القاضي لا يحلُّ له ما هو محرّمٌ عليه في اجتهاده.

(١) في ب (يقول).

(٢) في أ (ما يقول) والمثبت من ب.

فأمّا على أصل محمدٍ: فيحل له ذلك، ويجوز له اتباع رأي القاضي وترك
اجتهاده.

قال: وإن كان الأخ جاهلاً، فهو في سعةٍ من الوجهين جميعاً، أن يأخذ بما
قضى به القاضي؛ لأنّ فرضه التقليد، فلا يجوز أن يخالف ما حكم الحاكم به عليه.

قال: فإن علم ذلك، وصار إلى الحال التي يستقيم [له] أن يفتي^(١) ويقضي،
فالجواب فيه كالجواب في الأول، يعني: أنّه يجب عليه العمل بما في اجتهاده،
وترك ما حكم الحاكم به.



(١) في ب (يقول).

بَاب

استعمال الحرير في اللبس وغيره



(قال أبو الحسن رحمته الله)^(١): قال أبو حنيفة رحمته الله: لبس الحرير المصمّت حرامٌ على الذكور من الناس في كلِّ حالٍ، في الحرب وغيرها؛ وذلك لما روي عن أبي موسى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أحلّ الحرير والذهب للإناث من أمتي، وحرّم على ذكورها»^(٢).

وعن عليّ رحمته الله قال: أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم حريراً بشماله وذهباً بيمينه، ثم رفع بهما يديه فقال: «إنّ هذين حرامٌ على ذكور أمتي حلٌّ للإناث»^(٣).

وروي عن عمر رحمته الله أنّه قال: حرّم رسول الله صلى الله عليه وسلم لبس الحرير على الرجال، إلا ما كان هكذا وهكذا، وذكر أصبعين وثلاثاً أو أربعاً^(٤).

وروي أنّ عمر أنفذ جيشاً فغنموا غنائم، فلما رجعوا تلقاهم، فلبسوا له الحرير والديباج، فلما رآهم تغيّر وجهه وأعرض عنهم، فقالوا له: أعرضت عنا؟ فقال: انزعوا عنكم ثياب أهل النار، فنزعوا ذلك^(٥).

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) أخرجه الترمذي (١٧٢٩) وقال: (حسنٌ صحيحٌ)؛ والنسائي (٥١٤٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٠٥٧)؛ والنسائي (٥١٤٤)؛ وابن ماجه (٣٥٩٥)؛ وصححه ابن حبان (٥٤٣٤).

(٤) أخرجه البخاري (٥٤٩٠)؛ ومسلم (٢٠٦٩).

(٥) أخرجه أبو يوسف في الآثار (١/١٤٣)، دار الكتب العلمية بيروت.



وأما لبسه في الحرب، فقال أبو حنيفة: أكره ذلك، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكره.

وجه قول أبي حنيفة: أن النبي ﷺ نهى الرجال عن لبسه ولم يفصل؛ ولأنه يمكن أن يقوم مقامه في الحرب غيره، فلم تدع الحاجة إليه.

وجه قولهما: أن السلاح لا يثبت إلا على الديباج، فصار ذلك موضع ضرورة، فلذلك أبيع.

وقد قال أبو حنيفة: لا بأس بالملحم في الحرب، وإنما يعني بذلك ما لحمته حريراً^(١)؛ ولأن هذا ممنوع منه في غير حال^(٢) الحرب عنده، ومباح في حال الحرب؛ لأنه حرير من وجه، وليس بحرير من وجه، فكان أخف من غيره، [٤٨٧/أ] فأما إذا كان لحمته غير الحرير، فهو مباح في جميع الأحوال.

قال: وأكره إلباسه للصبيان الذكور؛ وذلك لأن الصبيان يُعودون ما يبيحه الشرع، ليألفوه؛ ولهذا يمنعهم من شرب الخمر، ويأخذهم بالصلاة والصوم، وكذلك يجنبون لبس الحرير حتى لا يألفوه.

قال: وكرهوا جميعاً لبس الثوب الحرير الذي لحمته حرير في غير الحرب، وأجازوه في الحرب؛ لأن اللحمة هي الظاهرة من الثوب، فإذا كانت حريراً لم يجز لبسه إلا في الحرب؛ لحاجته إليه، وأما ما كان سداً^(٣) حريراً ولحمته غير

(١) (لحمة الثوب - بالفتح - ما ينسج عرضاً، والضم لغة، وقال الكسائي: بالفتح لا غير، واقتصر عليه ثعلب). المصباح المنير (لحم).

(٢) سقطت من ب.

(٣) السدئ: من الثوب: خلاف اللحمة، وهو ما يُمد طولاً من النسيج. انظر المصباح المنير (سدئ).

حريرٍ ، (فإن لبسه جائزٌ عندهم جميعاً ؛ لأنّ السلف لبسوا الخنز ولم ينكروه وسداه حريراً ؛ ولأنّ اللحمة هي الظاهر من الثوب ، فإذا كانت غير حريرٍ) (١) لم يمنع منها (٢) .

٢٨٨٩ - فُصْلُ : [افتراش الحرير والديباج]

قال أبو حنيفة: لا بأس بافتراش الحرير والديباج (٣) والنوم عليها ، وكره [ذلك] أبو يوسف ومحمد .

وجه قوله (٤): ما روي أنّ أنساً حضر وليمةً ، فجلس على وسادة حريرٍ عليها طيورٌ (٥) ، وعن [أبي] راشد قال: رأيت على فراش عبد الله بن عباس أو مجلسه مرفقةً من حريرٍ (٦) ؛ ولأنّ الجلوس عليه استخفافٌ به وليس بتعظيمٍ له ، فجرى مجرى الجلوس على بساطٍ فيه تصاوير: أنّ ذلك يجوز وإن كره لبسه .

وجه قولهما: أنّ هذا من زيّ الأعاجم ، وروي عن عمر أنّه قال: (إياكم وزيّ العجم) (٧) ، وعن سعد بن أبي وقاصٍ أنّه قال: (لأنّ أتكى على حمر الغضا أحبّ إليه من أن أتكى على الحرير) (٨) ، وعن ابن سيرين قال: قلت لعبيدة

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ٣٣١؛ مختصر القدوري ص ٥٩٠ .

(٣) الديباج: ضرب من الثياب سداه ولحمته حرير (فارسي معرب) . المعجم الوسيط (دبج) .

(٤) في ب (قول أبي حنيفة) .

(٥) ذكره الكاساني في البدائع (١٣١/٥) ؛ وابن عابدين في الحاشية (٣٥٥/٦) .

(٦) رواه ابن سعد في الطبقات (٢٥٧/٦) ؛ والطبراني في الكبير (٢٥٩/١٠) .

(٧) رواه مسلم (٢٠٦٩) ، ولكن لفظه (إياكم والتنعم وزيّ أهل الشرك) ، ورواه باللفظ المذكور ابن

حبان حديث (٥٤٥٤)

(٨) ابن أبي شيبة (١٥٠/٥) ؛ والحاكم في المستدرک (٤٩٤/٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (٢٦٧/٣) ، =

السُّلْمَانِي: افتراش الديباج كلبسه؟ قال: نعم^(١)؛ ولأنَّ لبسه لا يجوز، فكذلك الجلوس عليه، ألا ترى أنَّ التحلِّي بالذهب والفضة لَمَّا لم يَجْزِ لم يَجْزِ الجلوس على سريرٍ من ذهبٍ أو فضةٍ^(٢).

٢٨٩٠ - [فَصْل: الأعلام والطرز في الثوب]

وقال أبو حنيفة: لا بأس بالعلم في الثوب إذا كان أصبغاً أو أصبعين أو ثلاثاً أو أربعاً، رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، ولم يحك خلافاً [في ذلك]؛ وذلك لأنَّ العلم تَبِعُ للثوب، فصار كالسدى؛ ولأنَّ النبي ﷺ لبس فروة أطرافها من الديباج^(٣)، وكأنَّ المعنى في ذلك أنه تبع؛ ولأنَّ الناس يلبسون الثياب وعليها الأعلام والطرز في سائر الأعصار^(٤).

٢٨٩١ - [فَصْل: استعمال الفراء]

قال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا بأس بالفراء كلها، وعني بذلك الميتة والمدبوغة والذكية.

قال: دباغه ذكاته، وكذلك قال في الصوف والعظم والشعر والعصب والظلف والحافر، وكذلك قال أبو يوسف.

أما الفراء؛ فلأنَّ الجلود ذكاتها تطهر بالدباغ، إلا جلد الخنزير والآدمي؛

= وقال الحاكم: (صحيحٌ على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي.

(١) أخرجه البخاري معلقاً (٢١٩٥/٥)؛ ووصله ابن حجر في تغليق التعليق (٦٣/٥).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٤٣٠؛ مختصر القدوري ص ٥٩١.

(٣) أخرجه أبو داود (٤٠٥٤)؛ وابن ماجه (٣٥٩٤).

(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٤٨ - ٥٥٠.

وذلك لقوله ﷺ: «أيما أهاب دبغ فقد طهر»^(١)، وروي أنه أراد أن يتوضأ من ماء من شئ، ف قيل له: إنه جلد حمار ميت، فقال: «أليس في الشئ والقرظ ما يُطهره»^(٢)؛ ولأنّ الدباغ يحيل الجلود، والاستحالة تؤثر في التطهير كالخمر إذا تخللت.

وأما شعر الميتة وصوفها ووبرها وعظّمها، فظاهر، وعند الشافعي: نجس، وفرّق مالك بين العظم والشعر فقال: الشعر طاهر، والعظم نجس^(٣).

لنا: قوله ﷺ في شاة ميمونة: «هلا أخذتم جلدها فدبغتموه فانتفعتم به»^(٤)، ولم يأمر بإزالة الشعر منه، ولو كان نجساً لم يجز الانتفاع بالجلد إلا بعد إزالته.

وفي حديث أمّ سلمة أنّ النبي ﷺ قال: «لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ، وصوفها وشعرها وقرنها إذا غسل بالماء»^(٥)، ولأنّ الشعر ينفصل في حال الحياة، فيحكم بطهارته، ولو كان ينجس (بالموت، نجس)^(٦) بالانفصال في

(١) أخرجه مسلم (٣٦٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه أبو داود (٤١٢٦)؛ والنسائي (٤٢٤٨)؛ وصححه ابن حبان حديث (١٢٩١)، والحديث عندهما بسياق ولفظ مختلف، وفيه: (مرّ رسول الله ﷺ على رجالٍ من قريش يجرون شاة لهم مثل الحمار، فقال لهم رسول الله ﷺ: لو أخذتم إهابها، قالوا: إنها ميتة، فقال: يطهرها الماء والقرظ).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ١؛ الإفصاح لابن هبيرة ١/٦٠ - ٦٢؛ المنهاج ص ٨٠؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف ١/١١٣؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٦.

(٤) أخرجه البخاري (١٤٢١)؛ ومسلم (٣٦٣).

(٥) أخرجه الدارقطني (٤٧/١) وضعفه بيوسف بن السفر، قال: (يوسف بن السفر متروك ولم يأت به غيره)؛ والبيهقي في الكبرى (٢٤/١).

(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.

حال الحياة كالأعضاء ، وطرده الولد ، لَمَّا لم ينجس إذا انفصل بعد الموت حيًّا ،
كذلك في حال الحياة .

وأما فرق مالك بين العظم والشعر ، فليس بصحيح ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما
لا حياة فيه ، ألا ترى أن الحيوان لا يألم بأخذه من غير آفةٍ فيه ، ولو كان فيه حياةٌ
لألم بالقطع ، وإذا لم يكن فيه حياةٌ لم يحلّه الموت .

فأما القرن والظلف ، فهما في حكم العظم ؛ لأنَّ الحيوان لا يألم بقطعها .

وأما العصب ، فكان أبو بكر الرازي يقول : يجوز الانتفاع به بعد الدباغ ،
لأنَّ الدباغ ؛ يتأتّى فيه ، فهو ^(١) كالجلد ^(٢) .



(١) سقطت من ب .

(٢) انظر : شرح مختصر الطحاوي للرازي ١/٢٩٨ .

بَاب

استعمال آنية الذهب والفضة



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: كان أصحابنا جميعاً يكرهون الشرب في آنية الذهب والفضة والادّهان فيها.

(قال أيده الله) ^(١): الأصل في ذلك: ما روي أن النبي ﷺ نهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة، وقال: «من شرب فيها فكأنما يجرجر في بطنه نار جهنم» ^(٢)، في بعض الأخبار: «من أكل أو شرب».

ولأنّ المنع من الشرب فيها إنّما هو لما فيه من التشبّه بالأكاسرة، وهذا المعنى موجودٌ في الأكل.

وقد قال أصحابنا: إنّهُ يكره الانتفاع بها في كل ما يعود إلى الأبدان، مثل الادّهان والتطيب؛ لأنّها منفعةٌ تختصّ بالبدن كالأكل والشرب، ولأنّ المنع منها للتفاخر، وهذا المعنى لا يختصّ بالأكل دون التطيب ^(٣).

٢٨٩٢ - فصل: [استعمال الآنية المفضضة]

قال أبو حنيفة في الآنية المفضضة ^(٤): لا بأس بالشرب منها إذا وضع فاه

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) أخرجه البخاري (٥٣١١)؛ ومسلم (٢٠٦٥) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١/٢٩٧.

(٤) «فضّض الشيء: حلّاه بالفضة، أو طلاه بها».

على العود، وكره أبو يوسف ذلك.

وقال أبو يوسف: الفضة قد صارت كأنها بعض الإناء، فأنا أكره الشرب في ذلك الإناء^(١)، وكذلك باب الدار، وكذلك الأكل والدهن، وكذلك [المُدْهَنُ]^(٢) والمجامر^(٣)، وكذلك المرأة، ولو رَخَّصْتُ في هذا لَرَخَّصْتُ في السرير المضرب بالفضة أن يُقَعَدَ عليه، وكذلك السَّرْجُ، وكذلك اللَّجَامُ^(٤) والرَّكَابُ^(٥)، وكذلك السقف^(٦)، لا أجزى أن يفضض شيءٌ من ذلك ولا يُذَهَّبَ، وهو مكروهٌ عندنا، قال أبو الحسن: يعني أبو يوسف نفسه، (وكذلك المصحف يضرب بالذهب والفضة).

قال: ولو رخصنا في شيءٍ من ذلك، كان المصحف أولى، ألا ترى^(٧) أن هذا زيّ المجوس وأهل الشرك، وإن لم يكن زيّهم بعينه، فهو يشبهه وقريبٌ منه. قال: وكان أبو حنيفة لا يرى بأساً بتذهيب السقف، وكذلك قياس قوله في الثياب والسرج والسرير إذا كان مفضضاً وكان القاعد^(٨) على غير الفضة، فلا بأس به في قياس قوله ذلك، ولا أحفظه روايةً.

-
- «ولجام مفضضٌ: أي مرصع بالفضة». مختار الصحاح؛ المعجم الوجيز (فضّ).
- (١) (في ذلك الإناء) سقطت من ب.
- (٢) في النسخ (المداهن)، والمثبت من المعجم الوسيط، وهو: آلة الدّهْن (دهن).
- (٣) والمجامر جمع المِجْمَر: «ما يوضع فيه الجمر مع البخور». (جمر).
- (٤) سقطت من ب.
- (٥) «والرَّكَابُ للسرج: ما توضع فيه الرّجل، وهما ركابان». المعجم الوجيز (ركب).
- (٦) في ب (الثفر)، والثَّفْر: السَّير في مؤخر السرج. انظر القاموس المحيط (ثفر).
- (٧) ما بين القوسين سقطت من ب.
- (٨) في ب (المقعد).

فأمّا أبو يوسف فقال: أكره ذلك كلّه ، وأنهى عنه ، ولا أرخص في شيء من الأشياء يتخذ من فضةٍ أو ذهبٍ ، أو يُذهب أو يُفضض ، ما خلا الخاتم يلبسه الرجال من الفضة ، أو حلية السيف ، أو المنطقة ، لما جاء في ذلك من الرخصة ، ولا بأس بتمويه السلاح بالفضة والذهب .

وجه قول أبي حنيفة: أن الفضة تابعة في ذلك للإناء [٤٨٧/ب] فهي كطراز الثوب وعلمه ؛ ولأنّ المنع من الفضة للتشبه بالأعاجم ، والتفاخر [به] ، وهذا المعنى لا يوجد في المفضض .

وأمّا أبو يوسف فقال: إنّه استعمال للفضة ، فصار كما لو استعملها مفردةً .

أمّا التمويه فيجوز في السلاح ؛ لأنّ ذلك مستهلك لا يتخلص ، فيصير كاللون المفرد .

وأمّا الذي روي عن أبي حنيفة: أنّه يجعل فاه على العود دون الفضة ؛ فلائّه إذا وضع فمه على الفضة ، فقد استعمل الفضة ؛ وذلك لا يجوز ، وقد روي عنه جواز ذلك ؛ لأنّ الفضة لما صارت تابعة لم يكره أن يُباشرها بيديه ، كما لا يكره في علم الثوب^(١) .

٢٨٩٣ - فصل: [ما يجوز للنساء من الحرير والذهب وما لا يجوز]

قال: فأمّا النساء ، فلا بأس بأن يلبسن الديباج والحرير والذهب والفضة واللؤلؤ ، وهنّ فيما سوى الحلّي من الأكل والشرب في الذهب والفضة ، والقعود عليه ، والادهان فيه بمنزلة الرجال ؛ وذلك لما روي أنّ النبي ﷺ قال في الحرير

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٤٣٦ .

والذهب: «هما حرام على ذكور أمتي، حلٌّ لإناثهم»^(١)، فأما الأكل والشرب، فقد ورد النهي فيه عامًّا، فيتناول الرجال والنساء.

قال: ولا يجوز أن يكتحل بمُكْحَلَةٍ^(٢) من ذهبٍ، أو بمِئِيلٍ من ذهبٍ أو فضةٍ، وكذلك المرأة، وكذلك الرستشانة، وكذلك حلقة المرأة، فلا بأس بها في قول أبي حنيفة إذا كانت المرأة حديدًا أو صفرًا، ولا خير في ذلك عند^(٣) أبي يوسف؛ وذلك لأنَّ الاكتحال منفعَةٌ تعود إلى البدن، فهو كالأكل والطيب.

وكذلك استعمال الأسنان من الفضة، وكذلك النظر في مرآة الفضة منفعَةٌ تختصُّ بالبدن، فأما إذا كانت المرأة من حديدٍ وهي مفضضةٌ، فلا بأس بها عند أبي حنيفة، كالإناء المفضض، وكره أبو يوسف ذلك كما كره في الإناء المفضض.

قال: فأما اللجام المطليّ، فإنَّ أبا يوسف رخص فيه، [كما رخص في السلاح المطليّ]، وكذلك الرُّكاب؛ وهذا لما بيَّنا أنَّ الطلاء مستهلكٌ لا يخلص، فلا يعتدُّ به.

قال: فأما اللجام من الفضة، والركاب الفضة، فلا خير فيه؛ لأنَّ هذا استعمال الفضة بعينها، فيكره كما يكره التحليُّ بها.

قال أبو يوسف: ولا ينبغي للرجل أن يلبس ثوبًا فيه كتابةٌ بذهبٍ أو فضةٍ، ولا بأس بأن تلبسه المرأة؛ وذلك لأنَّ استعمال الذهب في الثوب كاستعماله في السقف والإناء، فيكره ذلك.

(١) أخرجه الترمذي (١٧٢٩) وقال: (حسنٌ صحيحٌ)؛ والنسائي (٥١٤٨).

(٢) المُكْحَلَةُ: الوعاء الذي فيه الكحل، وجمعها: مكاحل. الوجيز (كحل).

(٣) في ب (في قول).

فأما [قياس قول] ^(١) أبي حنيفة: فلا يكره؛ لأن الذهب تابع للثوب، فيصير كالذهب على الإناء.

قال: ورخص أبو حنيفة في مِسْمَار ذهبٍ [في] ^(٢) فَصِّ ^(٣) الرجل، وكذلك قال أبو يوسف، وإنما يريد بذلك: المسمار الذي يحفظ به الفص؛ لأنه تابع للخاتم، فلا يعتد به؛ ولأن ذلك لا يُزَيَّن به في العادة، فلا يمنع منه؛ ولأنه لا يظهر.

وقد روي عن جماعة من الصحابة: أنه كان على خواتيمهم صورة، وإنما استجازوا ذلك؛ لأن الصورة لا تظهر، فلا يُمنع منه، وإن مُنِع ذلك على الثوب ^(٤).

٢٨٩٤ - فَصْل: [شد السن بالذهب والفضة]

قال بشر عن أبي يوسف في كتاب الأشربة من الإملاء: ولو أن رجلاً تحرّك سنّه ولم تسقط، فخاف سقوطها ^(٥)، فشدّها بذهبٍ أو فضةٍ، لم يكن به بأسٌ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، هذا يشبه المسمار في الفص.

وقال في الجامع الصغير في الرجل يتحرّك سنّه، قال: لا يشدّها بالذهب، وقال محمد: لا بأس بذلك، وكان أبو حنيفة لا يرى بأساً أن يشدّها بفضة ^(٦).

(١) في أ (على قول) والمثبت من ب، وما سبق من قول الإمام في المسألة يدل عليه.

(٢) في أ (أو) والمثبت من ب. وفي الجامع الصغير: «ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص» ص ٤٧٧.

(٣) الفِص: ما يُركب في الخاتم من الأحجار الكريمة وغيرها. الوجيز (فص).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٤٣١؛ مختصر القدوري ص ٥٩٢.

(٥) فخاف سقوطها) سقطت من ب.

(٦) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٤٧٧.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لا حاجة به إلى استعمال الذهب؛ لأنّ الفضة تقوم مقامها، واستعمال الذهب في الأبدان من غير حاجة لا يجوز.

وجه الرواية الأخرى، وهو قول أبي يوسف: أنّ الفضة تزنج في فيه، والذهب لا رائحة له، فصارت الحاجة ماسة^(١) إليه، وقد روي أنّ عرفجة ابن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب في الجاهلية، فاتخذ أنفاً من فضة، فأتتن عليه، فأمره رسول الله ﷺ أن يتخذ أنفاً من ذهب^{(٢)(٣)}.

٢٨٩٥ - فصل: [شد الثنية أو إعادتها]

قال أبو حنيفة: فإن سقطت ثنية رجل، كره [له] أن يعيدها ويشدّها بفضة أو ذهب، ولكن يأخذ سنّ شاة [ذكية]^(٤)، فيشدّها مكانها، وخالفه أبو يوسف فقال: لا بأس أن يشدّها بثنية مكانها.

قال: ولا يشبه سنّه سنّ الميت، أستحسن ذلك، وبينهما فصلٌ عندي وإن لم يحضرني [ذلك].

وجه قول أبي حنيفة: أنّ السنّ إذا انفصلت صارت في حكم سنّ الميت، ألا ترى أنّها زالت عن الخلق، فكما يكره أن ينتفع بسنّ غيره فكذلك بسنّه.

وأما أبو يوسف فيقول: إنّ السنّ لا [تتنجس]^(٥) بالانفصال؛ لأنّه لا حياة

(١) في ب (داعية).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٢٣٢)؛ والترمذي (١٧٧٠) وقال: (حسنٌ غريبٌ)؛ والنسائي (٥١٦١).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٤٣٢.

(٤) في أ (ذكر)، والمثبت من ب.

(٥) في أ (تتغير)، والمثبت من ب.

فيها، وإنما يكره سنّ غيره؛ لأنّ ذلك مستقذرٌ في العادة، وهذا المعنى لا يوجد في سنّه^(١).

مسائل منشورة^(٢)

قال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إنه كان يكره لحوم الأتّن وألبانها، وقال بشر المريسي: لا يكره^(٣).

لنا: ما روى عبد الله بن أوفى قال: أصبنا حمراً أهلية يوم خيبر، فذبحناها وطبخناها، وإنّ القدور لتغلي حتى خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بإكفائها وقال: «إنّها رجس»^(٤)، وروي أنه سأله فقال: «أوحشية أو إنسية؟»، وهذا يدل على اختلاف حكمهما.

وروى جابر بن عبد الله «أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية؛ وأذن في لحوم الخيل»^(٥)، وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن عمر «أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء، وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر»^(٦).

وجه قول بشر: ما روي^(٧) أنّ عائشة سئلت عن ذلك، فتلّت قوله: ﴿قُلْ لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ الآية [الأنعام: ١٤٥]^(٨).

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٥٠، ٥٥١.

(٢) في أ (مشهورة).

(٣) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٤٥.

(٤) أخرجه البخاري (٢٩٨٦)؛ ومسلم (١٩٣٧).

(٥) أخرجه البخاري (٣٩٨٢)؛ ومسلم (١٩٤١).

(٦) مسند أبي حنيفة ص (٢٤٠)، (مكتبة الكوثر، الرياض، ط ١٤١٥هـ).

(٧) (ما روي) سقطت من ب.

(٨) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٥٢٠/٤).

وقال عمرو بن دينار لجابر بن زيد: إنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر؟ فقال: كان الحكم بن عمر الغفاري يقول ذلك، وأبى ذلك الجبر، يعني: ابن عباس (١).

٢٨٩٦ - فَصْل: [بيع واستعمال النجاسات]

قال: ولا بأس ببيع السرّقين، وكره بيع العذرة، وقال الشافعي: لا يجوز بيعهما (٢).

أمّا السرّقين؛ فلأنّ الناس ينتفعون به في سائر الأعصار منفعَةً عامّةً من غير نكير، وإباحة الانتفاع تدلّ على جواز البيع، وأمّا العذرة، فكره الانتفاع بها؛ فلذلك لا يجوز بيعها.

وقد روي عن ابن عباس أنّه كره أن تعرّ الأرض بالعذرة (٣)، وكان ابن عمر إذا دفع أرضاً مزارعةً شرط على المزارع أن لا يعرّها (٤)، وروي عن سعد أنّه كان يعرّ أرضه (٥).

وقد روي عن أبي حنيفة أنّه قال: يجوز استعمال العذرة في الأرض، وروي عنه: أنّها لا تجوز، وقال محمد: إن غلب التراب عليها جاز.

والصحيح: أن يمنع من استعمالها إلا أن يغلب التراب؛ لأنّ عين النجاسة

(١) أخرجه البخاري (٥٢٠٩).

(٢) انظر: الأم ص ٤٤٦؛ المهذب ٣/٢٣.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/٤٨٥).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/٤٨٥)؛ والبيهقي في الكبرى (٦/١٣٩).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/٤٨٥)؛ والبيهقي في الكبرى (٦/١٣٨).

يكره الانتفاع بها كالخمر ، فإذا غلب التراب عليه زال حكم العين ، وصارت النجاسة تابعةً ، [١/٤٨٨] فيجوز الانتفاع [بها] كالثوب النجس ، وعلى هذا: ما جاز الانتفاع به جاز بيعه .

٢٨٩٧ - فَصْلُ: [كراهة أبوال الإبل ولحم الفرس]

قال: وكان أبو حنيفة يكره أبوال الإبل ولحم الفرس ، وقال^(١): لا بأس بذلك .
أمّا أبوال الإبل: فهي نجسةٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمدٌ: طاهرة ، وقد قدّمنا الكلام في ذلك .

وأمّا الانتفاع بها ، فقال أبو حنيفة: لا ينتفع بها ، وقال أبو يوسف: لا بأس بالتداوي بها .

أمّا أبو حنيفة فذهب إلى ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»^(٢) ؛ ولأنّه مائعٌ نجسٌ ، فلا يجوز التداوي به كالخمر .

وأمّا أبو يوسف ، فذهب إلى ما روي عن النبي ﷺ «أنّه أمر العرنيين أن يشربوا من أبوال الإبل وألبانها»^(٣) .

وأمّا لحم الفرس ، فيكره عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكره .

وجه قول أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨] ، وهذا يدل على أنّ المنفعة المباحة هي الركوب ، وقد استدلل ابن عباس

(١) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد) .

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٧٤٩) ؛ والبيهقي في الكبرى (٥/١٠) ؛ وصححه ابن حبان حديث (١٣٩١) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٣١) ؛ ومسلم (١٦٧١) .

بهذه الآية على كراهة أكلها، وروي [في] حديث المقدم بن معديكرب «أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير»^(١)؛ ولأن ولدها لا يؤكل، فلا تؤكل هي؛ لأن حكم الولد معتبرٌ بالأم.

وجه قولهما: ما روي في حديث جابر أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمير، ورخص في لحوم الخيل^(٢).

٢٨٩٨ - فَصْل: [عبادة اليهودي والنصراني]

قال أبو حنيفة: لا بأس بعبادة اليهودي والنصراني، وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه دخل على يهودي يعود، فقال له: «أتشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله»، فسكت، فأعاد ذلك ثلاثاً، فأسلم، فخرج رسول الله ﷺ وهو يقول: «الحمد لله الذي أعتق لي رقبةً من النار»^(٣)؛ ولأن عبادتهم تألف بهم على الإسلام؛ ولأنه لا بأس بمخالطتهم ومقاربتهم، وفي العيادة مقاربة^(٤) لهم، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ﴾ [المتحنة: ٨].

٢٨٩٩ - فَصْل: [استعمال الخرقه لمسح العرق]

قال: وكان يكره هذه الخرقه التي تُحمل ويمسح بها العرق؛ وذلك لأن هذا

-
- (١) أخرجه أبو داود (٣٧٩٠)؛ والنسائي (٤٣٣٢)؛ وابن ماجه (٣١٩٨)؛ ولكن الحديث من رواية خالد بن الوليد، وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٣٩٥/٢): قال أحمد: منكر، وقال أبو داود: منسوخ، وقال النسائي: فيه نظر، وقال البيهقي: مضطرب ومخالف لرواية الثقات.
- (٢) انظر: شرح الجامع الصغير (للصدر الشهيد) ص ٥٤٥.
- (٣) أخرجه البخاري (١٢٩٠).
- (٤) في ب (مخالطة).

تشبّه بالمجوس ، وقد قال ﷺ: «من تشبّه بقوم فهو منهم»^(١)؛ ولأنّ في ذلك إظهار التصنّع والترفّه ، وقد روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال: (اخشوشنوا وعودوا أولادكم الحفاء والبسوا الأزر وانزوا على الخيل نزواً)^(٢).

ومن أصحابنا من قال: إنّما كره ذلك إذا كان للخرقة قيمةً كثيرةً ، فأما إذا لم يكن لها قيمةٌ فلا يكره ؛ ولأنّ إعداد ما له قيمة لإزالة العرق فيه تضييعٌ ، فيمتنع من ذلك .

٢٩٠٠ - فصل: [كراهة أكل الحشرات]

قال: وكان^(٣) يكره أكل الزنبور ؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ «أنّه نهى عن أكل حشرات الأرض» ، والزنبور في حكم الحشرات ؛ ولأنّه يقع على النجاسات فهو مستخبثٌ في العادة ، وقد قال الله تعالى: ﴿وَيَحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ؛ ولأنّه من حيوان البرّ لم يجعل له ذكاة ، فإذا لم يقطع بإباحته كره أكله كسائر الحشرات .

٢٩٠١ - فصل: [السؤال بمعقد العز من العرش]

قال: وكان يكره أن يدعو فيقول: أسألك بمعقد العز من عرشك ، (وذكر

(١) أخرجه أبو داود (٤٠٣١) ، من طريق أبي منيب عن ابن عمر مرفوعاً ، وقال ابن حجر في فتح الباري (٩٨/٦): (وأبو منيب لا يعرف اسمه ، وفي الإسناد عبد الرحمن ابن ثابت بن ثوبان مختلفٌ في توثيقه ، وله شاهدٌ مرسلٌ بإسنادٍ حسنٍ أخرجه ابن أبي شيبة) .
 (٢) أخرجه أحمد (٣٠١) ؛ والبيهقي في الكبرى (١٤/١٠) ؛ وأصله في مسلم (٢٠٦٩) ولكن لفظه (إياكم والتنعم وزيّ أهل الشرك) ؛ ورواه باللفظ المذكور ابن حبان (٥٤٥٤) .
 (٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

بعد هذا^(١): قال بشر: سمعت أبا يوسف قال: قال أبو حنيفة: لا ينبغي لأحد أن يدعو الله إلا به، وأكره أن يقول: بمعقد العز من عرشك، أو بحقّ خلقك، وهو قول أبي يوسف.

قال أبو يوسف: معقد العز من عرشه هو الله، ولا أكره هذا، وأكره بحقّ فلان، أو بحقّ أنبيائك ورسلك، وبحقّ البيت والمشعر الحرام، وهذا [النحو]^(٢) نكرهه.

وجه قول أبي حنيفة: أنه إذا أضاف العز إلى مكانٍ بعينه أوهم كون الموصوف بالعزة في ذلك المكان، والله ﷻ متعالٍ عن ذلك.

وأما المسألة بخلقه، فلا تجوز؛ لأنه لا حقّ للخلق على الخالق، فلا يجوز أن يسأل بما ليس بمستحقّ.

وجه قول أبي يوسف: ما روي أن النبي ﷺ قال في دعائه: «اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من كتابك، وباسمك الأعظم، وجدك الأعلى، وكلماتك التامة»^(٣).

٢٩٠٢ - فِصْل: [ربط الخيط في الأصبع للحاجة]

قال: وكان لا يرى بأساً بربط الخيط في خاتمه أو في أصبعه للحاجة؛ لأنّ هذا يتذكر به حاجته أو حاجة أخيه المسلم، فلا يمنع منه، وروي أن النبي ﷺ

(١) في ب (أو نحوها).

(٢) في أ (الحق) والمثبت من ب.

(٣) أخرجه البيهقي في الدعوات الكبير (١٥٧/٢)؛ وذكره ابن الجوزي في الموضوعات (٦٣/٢).

انظر: شرح الجامع الصغير (للصدر الشهيد) ص ٥٥٨.

كان يفعل ذلك^(١)، وعن أنس أنه كان يحول خاتمه للحاجة^(٢)(٣).

٢٩٠٣ - فصل: [صلاة الجنازة في المساجد]

قال: وكان يكره أن يُصلى على جنازة في مسجدٍ، وذلك لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من صلى على جنازة في مسجدٍ فلا شيء له»^(٤)، وروي: «فلا أجر له»، وقال ﷺ: «جنبوا مساجدكم صبيانكم»^(٥)؛ لأنه لا يؤمن منهم النجاسة، وهذا المعنى موجودٌ في الميت؛ ولأنَّ الناس في سائر الأعصار أفردوا مسجداً للجنائز، ولو جاز أن يُصلى على الموتى في مساجد الجماعة لم يكن لإفراد مسجدٍ لها معنى.

والذي روي (أنَّ عائشة أمرت بجنازة سعد بن أبي وقاص فأدخلت المسجد، فصلى عليها أزواج النبي ﷺ، فقالت عائشة: أبصر الناس هل عابوا علينا إدخال الجنازة في المسجد؟ فقالوا: نعم، فقالت: ما أسرع ما نسي الناس،

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (١٧٧/٨)؛ وابن عدي في الكامل (١٣/٢)، من حديث وائلة بن الأسقع، وأعله ابن عدي ببشر بن إبراهيم الأنصاري، وقال: (منكر الحديث عن الثقات)، ورواه ابن عدي في الكامل (٣٤٢/٣)، من طريق سالم ابن عبد الأعلى عن نافع عن ابن عمر، وقال ابن عدي في سالم هذا: (أنكر عليه ابن معين وغيره هذا الحديث، وقد حدث عن عطاء أيضاً أشياء أنكروها عليه).

(٢) لم أجده، وهو مروى عن إبراهيم النخعي عند ابن أبي شيبة (٣١٦/٥).

(٣) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٥١، ٥٥٢.

(٤) أخرجه أبو داود (٣١٩١)؛ وابن ماجه (١٥١٧)، من حديث صالح مولى التوأمة عن أبي هريرة؛ قال النووي في خلاصة الأحكام (٩٦٦/٢): (ضعفه الحفاظ، منهم أحمد بن حنبل وأبو بكر بن المنذر والخطابي والبيهقي، قالوا: وهو من أفراد صالح مولى التوأمة، وهو مختلفٌ في عدالته، معظم ما عابوا عليه الاختلاط، قالوا: وسمع ابن أبي ذئب منه قبل الاختلاط).

(٥) أخرجه ابن ماجه (٧٥٠)؛ وقال ابن حجر في الدراية: (أسانيد كلها ضعيفة) (٢٨٨/١).

ما صلى رسول الله ﷺ على سهيل ابن البيضاء إلا في المسجد^(١)، فلا دلالة فيه؛ لأن الذي أنكر^(٢) على عائشة في ذلك الوقت إنما هم المهاجرون والأنصار؛ ولأن الصلاة لو جازت على الميت^(٣) في المسجد لم يخص بذلك ميت واحد في زمن النبي ﷺ، وهذا يدل على ما قلناه، ويجوز أن يكون سهيل مخصوصاً بذلك، ويجوز أن يكون صلى عليه لعذر من مطر أو غيره^(٤).

٢٩٠٤ - فصل: [ما يكره من الألعاب]

قال: كان يكره اللعب بالشطرنج^(٥)، والنرد^(٦)، والأربعة عشر^(٧)، وكلّ اللهو؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديب فرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله»^(٨)، وقال ﷺ: «ما أنا من ددٍ

(١) أخرجه مسلم (٩٧٣).

(٢) في ب (يعيب).

(٣) (علي الميت) سقطت من ب.

(٤) انظر: شرح الجامع الصغير، ص ٥٥٨.

(٥) الشطرنج - بكسر الشين - لفظ معرب: «لعبة تلعب على رقعة ذات أربعة وستين مربعاً، تمثل دولتين متحاربتين باثنين وثلاثين قطعة، تمثل الملكين، والوزيرين، والخيالة، والقلاع، والفيلة، والجنود...». معجم لغة الفقهاء (الشطرنج).

(٦) «النرد - بفتح النون - لفظ معرب: لعبة تعتمد على الحظ، ذات صندوق وحجارة وزهرين، وتنتقل فيها الحجارة حسبما يأتي به الزهران، وتعرف اليوم بـ«الطاولة». معجم لغة الفقهاء (النرد).

(٧) «الأربعة عشر: قيل: هو شيء يستعمله اليهود، ويجوز أن يراد به اللعب الذي يلعبه عوام الناس، وهو قطعة لوح يخط عليه أربعة عشر خطاً في العرض، وثلاثة خطوط في الطول...». البناية ٣٨٤/٩.

(٨) أخرجه أبو داود (٢٥١٣)؛ والترمذي (١٦٣٧) وقال: (حسن صحيح)؛ والنسائي (٣٥٧٨)؛ وابن ماجه (٢٨١١).

ولا الدد مني»^(١)، يعني اللعب، وقال: «ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر»^(٢).

وقال عطاء: الميسر: كل قمار، حتى لعب الصبيان بالكعب.

وروي عن عليّ عليه السلام أنه مرّ على قوم يلعبون بالشطرنج، فقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون^(٣).

ولأنّ الغالب من اللعب بها التشاغل عن الصلاة، والكلام الفاحش، ولا يجوز أن يقال: إنّه يتعلم بها [الرجل] الحرب؛ لأنّ هذا يؤدي إلى أن يفعل اللعب يقصد به القربة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ [البقرة: ٢٣١]^(٤).

٢٩٠٤ - فصل: [مسلم باع خمرًا وأخذ ثمنها ودفع دينه]

وقال في مسلم باع خمرًا وأخذ ثمنها، وكان عليه دين: إنّه يكره لصاحب الدين أن يقبض دينه من ثمن الخمر [إذا علم أنّه من ثمن الخمر]، وإن كان البائع نصرانيًا فلا بأس^(٥)؛ وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: «لعن الله اليهود،

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤١٣)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٧/١٠)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (وفيه يحيى بن محمد بن قيس، وقد وثق، ولكن ذكروا هذا الحديث من منكرات حديثه، والله أعلم، وقال الذهبي: قد تابعه عليه غيره) (٢٢٦/٨).

(٢) الحديث ليس مرفوعاً، بل هو من قول القاسم بن محمد بن أبي بكر، رواه أحمد بن حنبل في الزهد ص (٢١٣).

(٣) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٢٢٤/٦)؛ وابن أبي شيبة (٢٨٧/٥)؛ والبيهقي في الكبرى (٢١٢/١٠).

(٤) انظر: شرح الجامع الصغير، ص ٥٥٨.

(٥) (فلا بأس) سقطت من ب.

حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ فَجَمَلُوهَا وَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا ، أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ»^(١) ؛ وَلِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَحِلُّ لَهُ بَيْعُ الْخَمْرِ ، فَإِذَا أَخَذَ الثَّمَنَ فَقَدْ أَخَذَهُ بَغَيْرِ حَقٍّ ، فَيَكْرَهُ لِصَاحِبِ الدِّينِ أَخْذَهُ مِنْهُ .

وَأَمَّا النَّصْرَانِيُّ إِذَا بَاعَ الْخَمْرَ ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ الْمُسْلِمُ ثَمَنَهَا مِنْهُ ؛ لَمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ كَتَبَ فِي عَهْدِهِمْ : «وَأَنْ يَذَرُوا الرِّبَا وَلَا يَظْهَرُوا بِبَيْعِ الْخَمْرِ فِي أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ»^(٢) ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَمْنَعُونَ مِنْ بَيْعِهَا سِرًّا .

وَرَوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ : وَلَوْ هُمْ بَيْعُوهَا وَخَذُوا الْعَشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا^(٣) ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ عَقْدِهِمْ عَلَيْهَا ، وَإِذَا جَازَ الْعَقْدَ فَالْثَّمَنُ مَا خُوذُ بِحَقٍّ ، فَيَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَقْبِضَهُ .

٢٩٠٦ - فَصْلٌ : [دخول أهل الذمة المسجد الحرام]

قال أبو حنيفة: لا بأس أن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام، وقال: مالكٌ: لا يدخلون المسجد الحرام، ولا غيره من المساجد، وقال الشافعي: [٤٨٨/ب] يجوز لهم دخول المساجد، ولا يجوز لهم دخول المسجد الحرام^(٤).

أما دخول سائر المساجد؛ فلما روي أن أبا سفيان دخل مسجد النبي ﷺ

(١) أخرجه البخاري (٢١١٠)؛ ومسلم (١٥٨٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٤١) من حديث ابن عباس دون ذكر الخمر؛ ورواه بذكرها: البيهقي في الكبرى (٢٠٢/٩).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٢٣/٦).

(٤) انظر المسألة أيضاً: رحمة الأمة ص ٢٥٦. كما فصل الزركشي المسألة بأدلتها في إعلام الساجد بأحكام المساجد ص ١٧٣ - ١٧٥ (لجنة إحياء التراث الإسلامي).

وهو مشرك^(١)، وروي أن وفد ثقيف وفدوا على النبي ﷺ فضرب لهم خيمة في المسجد، فقيل: يا رسول الله: إنهم قوم أنجاس، فقال: «ليس على الأرض من أنجاس الناس شيء»، إنما أنجاسهم على أبدانهم^(٢).

وأما دخول المسجد الحرام؛ فلأن من جاز له دخول المساجد، جاز له دخول المسجد الحرام كالمسلم.

وأما قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨]، فالمراد به: النهي عن قرب المسجد على طريق الحج والعمرة، ولذلك خصّه بالعام، (وقد قيل: إن المراد به: منعهم من دخوله على طريق ولاية الموسم؛ لأنهم كانوا يدخلون على وجه الولاية، فمُنِع بعد الفتح من ذلك)^(٣)، وقد قيل: إن إطلاق المشركين يتناول الوثني، وعبدة الأوثان كانوا أهل الحرب، فمُنِع دخولهم الحرم؛ ولأن دخول الحربي الحرم يمنع من قتله؛ فنهوا لأجل ذلك^(٤).

٢٩٠٧. فَصْل: [استقبال القبلة واستدبارها في قضاء الحاجة]

قال: وعن أبي حنيفة أنه كان يكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء، وقال الشافعي: لا يكره ذلك في البنيان^(٥)؛ والدليل عليه: (حديث أبي أيوب أن النبي

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٠٠/٧)، من حديث عكرمة مرسلًا.

(٢) خبر إنزالهم المسجد رواه أبو داود (٣٠٢٦)؛ وصححه ابن خزيمة (٢٨٥/٢)، وليس فيه: (ليس على الأرض...)، ورواه بهذا اللفظ النيميري في أخبار المدينة، من حديث الحسن مرسلًا. انظر أخبار المدينة (٢٧٥/١) للنيميري. (دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٤١٧هـ).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) انظر: شرح الجامع الصغير، ص ٥٥٩.

(٥) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف ١/١٣٦؛ مختصر المزني ص ٣؛ رحمة الأمة ص ١٤.

قال ﷺ: «إذا أتيتم الغائط فعظّموا قبلة الله، ولا تستقبلوها، ولا تستدبروها، ولكن شرّقوا أو غربّوا»، قال أبو أيوب: فلما قدمنا الشام وجدنا مراحيضهم بنيت نحو القبلة، فنحن ننحرف عنها ونستغفر الله^(١)؛ ولأنّ المنع من الاستقبال لتعظيم القبلة، وهذا المعنى تستوي فيه الحالتان.

وأما الاستدبار، فقد روي عن أبي حنيفة: أنّه لا يُجوّز بظاهر الخبر، وروي عنه أنّه يُجوّز؛ لما روي عن ابن عمر «أنه اطّلع على النبي ﷺ - وهو على سطح - جالسا على لبنين مستدبر الكعبة»^(٢).

٢٩٠٨ - فَصْل: [بيع بيوت مكة وإجارتها]

وكان أبو حنيفة لا يرى بأسا ببيع بناء بيوت مكة، (وقد مضت هذه المسألة)^(٣) في كتاب البيوع.

(قال أيدى الله)^(٤): وجملة المذهب [أنّ] عند أبي حنيفة: يجوز بيع البناء وإجارته، ولا يجوز بيع العرصة ولا إجارتها، وروي الحسن عن أبي حنيفة: جواز بيع^(٥) ذلك.

والدليل على امتناع جواز بيع ذلك ما روى عبد الله بن عمر أنّ النبي ﷺ قال: «إنّ الله حرّم مكة وحرّم بيع رباها»^(٦)، وروي أنّه قال: «من أكل أجور

(١) أخرجه البخاري (٣٨٦)؛ ومسلم (٢٦٤).

(٢) أخرجه البخاري (١٤٧)؛ ومسلم (٢٦٦).

(٣) في ب (وقد بينا هذا).

(٤) سقطت من ب.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٦) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٢٣)؛ والبيهقي في الكبرى (٣٥/٦)؛ والحاكم في المستدرک =

بيوت مكة فكانت أكل الربا»^(١) ، وروي أنها كانت تدعى في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر: السوائب ، من احتاج سكن ومن استغنى أسكن^(٢) ، وروي (أن عمر كان يضرب أهل مكة حتى لا يغلقوا أبوابهم بالليل مخافة أن يطرقهم الغريب)^(٣) ، وهذا يدل على أنهم لا يملكون البيوت ؛ ولأنها بقعة من بقاع الحرم كالمسجد ؛ ولأن تحريم الصيد يتعلق بها كما يتعلق بالمسجد ، وإذا لم يجز بيع أحد الموضوعين ، فكذلك الآخر .

وجه الرواية الأخرى: ما روي أن عقيل باع دور النبي ﷺ ، فلما دخل مكة قيل له: ألا تنزل دارك يا رسول الله؟ فقال: «وهل ترك لنا عقيل من ربح»^(٤) ؛ ولأن الناس يتبايعونها في سائر الأعصار^(٥) .

٢٩٠٩ - فَصْل: [في المحرم يذبح سلحفاة]

وقال في مُحَرَّمٍ ذَبِحِ سَلْحَفَاءَ: إِنَّهُ [لَا] شَيْءٌ عَلَيْهِ ، وَكَانَ يَكْرَهُ أَكْلَهَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا مِنْ حَيَوَانَ الْبَحْرِ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿أَحَلَّ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ مَتَعَا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦] ، إِلَى قَوْلِهِ: ﴿حُرْمًا﴾ .

- = (٦٣/٢) ، جميعهم من طريق عبيد الله بن أبي زياد عن أبي نجیح عن عبد الله بن عمر مرفوعاً ، وقال الذهبي في التعليق على المستدرک: (عبيد الله بن أبي زياد لِينٌ) .
- (١) ذكره ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢٣٦/٢) وقال: (هذا كأنه تصحيف عن قوله: فكانما يأكل ناراً) ، وانظر نصب الراية للزيلعي (٢٦٦/٤) .
- (٢) أخرجه ابن ماجه (٣١٠٧) ؛ والدارقطني في السنن (٢٢٨/٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (٣٥/٦) من حديث علقمة بن نضلة الكناني ، وقال البيهقي: (منقطع) .
- (٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٠/٣) ، ولكن بلفظ: (يمنع أهل مكة) .
- (٤) أخرجه البخاري (٢٨٩٣) ؛ ومسلم (١٣٥١) .
- (٥) انظر: شرح الجامع الصغير ، ص ٥٥٦ .

وأما كراهة أكلها ، فقد بيّنا في كتاب الصيد: لا يؤكل من حيوان البحر إلا السمك ، ولأنّ السلحفاة مستخبثة في العادة ، وقال الله تعالى: ﴿ وَيَحْرُغُ عَلَيْهِمْ ﴾ [الأعراف: ١٥٧] .

٢٩١٠ - فصل: [شراء الخادم المجوسي لمسلم]

قال أبو حنيفة في الرجل يكون له الأجير المجوسي والخادم والتابع ، فيرسله يشتري له لحماً فيأتيه بلحم ، فيقول: اشتريته من نصرانيٍّ أو يهوديٍّ أو مسلمٍ: إنّه يسعه أن يقبل ذلك منه ؛ وذلك لأنّ الصحابة كان لهم خدمٌ من العلوج ، وكانوا يرجعون إلى قولهم في المأكل ؛ ولأنّ هذا من أخبار المعاملات ، فلا تعتبر العدالة فيه ، لما في ذلك من التضييق على الناس ، وإذا لم تعتبر العدالة ، لم يعتبر الإسلام .

وقال في رجلٍ علم أنّ جارية في يد رجلٍ كانت لغيره ، فذكر الذي في يده أنّ صاحبها وكله ببيعها ، أو أنّه ملكه إياها بوجهٍ من وجوه الملك: فإنّه يسعه أن يقبل منه ويشترئها ؛ لأنّ هذا من أخبار المعاملات ، فيقبل [فيه] قول الواحد عدلاً كان أو غير عدلٍ ؛ ألا ترى أنّ الناس في سائر الأعصار يتبايعون من الدلال والمنادي ويرجعون إلى قولهم ، وإن قالوا: إنّ السلعة لغيرنا .

ولأنّ الأمة أجمعت على قبول قول الرسول في الهبة^(١) ، وأخبار المعاملات مقيسةٌ على ذلك .

قال: وإن قال الذي [هي] في يده: إنّ فلاناً كان يدعي ملكها ، [وهو

(١) في ب (الهدية) .

كاذبٌ] ، والجارية جاريتي ، لم يسعه أن يشتريها منه ؛ وذلك لأننا قد علمنا أنّها كانت في يد الأول ، والظاهر من دعواه الملك أنّها صحيحةٌ .

فإذا قال: إنّها لي ، [فلم ينتقل]^(١) الملك إليه من جهته ، وإنما يسقط قوله ولا يلتفت إليه .

٢٩١١ - فصل : استعمال الحقنة للتداوي

قال: ولا بأس بالحقنة^(٢) ؛ وذلك لأنها يتداوى [بها] ، وقال النبي ﷺ: «إن الله لم يخلق داء إلا خلق له دواء إلا السام»^(٣) .

٢٩١٢ - فصل : إجابة القاضي للدعوة العامة

و[قد] قال ابن سماعة في نوادره عن محمد في القاضي: لا بأس أن يجيب دعوة غير ذي رحمٍ محرّمٍ إذا كانت دعوةً عامةً ، عرساً أو ولادةً أو ختاناً ، فأما غير ذلك من دعوة رجل في مقدمه من سفرٍ ، أو شيء يحدث لإخوانه أو جيرانه ، فلا .

قال: ويجيب دعوة ذي الرحم المحرم خاصةً ، ويأكل عنده ويقبل هديته ، قال: وهذا قول أبي حنيفة في المسألتين جميعاً ؛ وذلك لأنّ الدعوة العامة لا تلحقه فيها التهمة ، ألا ترى أنّها لم تتخذ للقاضي ولا تقع الخلوة^(٤) به ، فإذا لم يلحقه تهمةٌ لم يمنع منها .

(١) في أ (حكم بنقل) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .

(٢) الحقنة: اسم من الاحتقان ، والمقصود: هو الدواء الذي يُحقن به المريض . انظر: المعجم الوسيط (حقن) .

(٣) أخرجه البخاري (٥٣٥٤) ، من حديث أبي هريرة بلفظ: (ما أنزل الله داءً إلا أنزل له شفاءً) .

(٤) في ب (تهمة) .



وكذلك المحرم ؛ لأن الظاهر أنه دعاه صلاةً لرحمه ، ولم يدعه لأجل الولاية .

وقال في القاضي : لا بأس أن يقبل الصلة من الوالي للبلدة التي هو عليها إذا كان الوالي قد ولي أمر القاضي ، ولا أشك في أخذه الصلة منه ، وإن لم يكن والياً عليه ، فأرجو أن لا يكون بقبول الصلة منه بأسٌ ؛ وذلك لأن القاضي لا يبسط يده إلى الوالي ، ولا تكون هدية الوالي له في معنى الرشوة ؛ فلذلك لم يكره .

قال : ولا بأس أن يقبل صلة الرجل من إخوانه ، وأن يزرع له الأرض إذا كان من إخوانه قديم المعرفة به ، وقد كان يكون بينهما ذلك قبل ولايته القضاء ؛ وذلك لأنه يجري على عادة تقدمت لم يستأنفها بالولاية ، فلا يتهم فيها ، وهذا إذا لم [يكن] له حكومة ، فأما إذا كانت له حكومة فلا يجوز قبول هبته ؛ لأنه يتهم أن يفعل ذلك لأجل الحكومة .

٢٩١٣ - فصل : [اتخاذ الخلاء والحمامات في قبلة المسجد]

قال خلف بن أيوب : قال أبو حنيفة : إذا كان المسجد مسجد جماعةٍ كرهت أن يكون قبلته متوضّأً أو مخرجاً أو حماماً ، وإن كان مسجداً خاصاً في بيتٍ ، فلا بأس بذلك ، وهو قول أبي يوسف [٤٨٩/أ] ؛ وذلك لأن المسجد قد أمرنا بتعظيمه وتنزيهه ، فإذا كانت القبلة إلى خلاء أو حمامٍ فذلك فيه استخفافٌ بالقبلة ، فلا يجوز .

وأما مسجد البيت ، فهو الموضع الذي يفرد الإنسان [لنفسه] من بيته ليصلي فيه ، وذلك ليس بمسجدٍ في الحقيقة ، فلا يمنع من هذا المعنى فيه ؛ ولأن البيوت تضيق بأهلها ، [فلا يمكن]^(١) أن تحرس من هذا المعنى .

(١) في أ (فلا بأس) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .

٢٩١٤ - فَضْل: [تحريم الاستمتاع مع وجود الملك]

قال بشر عن أبي يوسف في رجلٍ ظَاهَرَ من امرأته: فَإِنَّ أبا حنيفة قال: لا يباشرها، ولا يقبلها، ولا ينظر إلى فرجها لشهوة، ولا يقربها حتى يكفر، وذلك كله في الكفارات سواء؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣]، وهو عامٌ في الوطء وفيما دونه؛ ولأنَّ الاستمتاع إذا منع منه لتحريم البضع استوى فيه اللمس والوطء كالمبتوتة.

وأما قوله: وذلك كله في الكفارات سواء، يعني: أن من كفارته (الصوم أو الإطعام، فالوطء محرّم عليه، وقال مالك: إذا كانت كفارته) ^(١) الإطعام جاز له الوطء قبل الكفارة.

لنا: أنه أحد أنواع التكفير، فلا يجوز الوطء قبله كالعق، وإنما ذكر الله تعالى الإطعام ولم يشترط فيه ترك المسيس؛ لأنه اكتفى بما تقدّم من تحريم المسيس قبل العتق والصوم.

قال أبو يوسف: لا يحرم عليه النظر إلى الشعر، (ولا إلى الصدر) ^(٢)، ولا إلى الظهر، ولا إلى البطن؛ لأنها امرأته، وإنما أنها عن القبلة واللمس والنظر إلى الفرج حتى يكفر؛ وذلك لأنّ هذا تحريمٌ مع بقاء الملك، فيمنع الاستمتاع المقصود، والاستمتاع المقصود ما يتعلّق به تحريم المناكحة؛ وذلك يختصّ بالنظر إلى الفرج دون سائر البدن.

قال: وأمّا الجارية التي يشتريها، فإنّ أبا حنيفة قال: لا يلمس من شهوةٍ ولا

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

ينظر إلى فرجٍ لشهوةٍ ، ولا يقبل لشهوةٍ ، ولا يقربها حتى تحيض حيضةً ، أو تكون ممّن لا تحيض ، فيستبرئها شهراً ، وكذلك قال أبو يوسف .

[قال أبو الحسن: وكذلك قول محمدٍ عندنا؛ وذلك] لأنّ هذا تحريمٌ مع وجود الملك ، فصار كتحريم الظهر^(١) .

٢٩١٥ - فصل: [التحريم من طريق الجمع]

قال: وكل مملوكَيْن لا يحلّ الجمع بينهما بعقد النكاح ، فلا يجمع بين وطئهما في ملكه ، وإن وطئهما فقد أساء ، [وذلك مكروهٌ له] .

قال: فإن أراد أن يطأ إحداهما ، فلا ينبغي له أن يعاودها حتى يزوّج الأخرى^(٢) ، أو يخرجها من ملكه ، وقد بيّنا هذا في كتاب النكاح .

قال: ولا ينظر إلى فرجٍ لشهوةٍ ولا إلى بطنٍ ولا إلى ظهرٍ ولا يباشر ولا يقبل حتى يحرم فرج الأخرى بنكاحٍ أو يملكها أو بعضها ، وكذلك رجلٌ تزوّج أخت امرأته ودخل بها ، ففرّق القاضي بينهما ، فإنه لا يقرب امرأته ولا يلمس ولا يقبل لشهوةٍ ولا ينظر إلى فرجها لشهوةٍ ولا ينظر إلى بطنٍ ولا إلى الظهر حتى تنقضي عدّة التي فرّق بينه وبينها .

وحال نسائه الأربع كحال الأخت ؛ يعني إذا تزوج خامسةً وفرّق بينه وبينها بعدما دخل [بها] ؛ وذلك لأنّ هذا التحريم من طريق الجمع ، وكلّ معنى يصير به جامعاً بينهما في حكمٍ من أحكام النكاح ، [فهو محرّمٌ في الوطاء ، ومعلومٌ أنّ

(١) انظر: شرح الجامع الصغير ، ص ٥٥٢ .

(٢) في ب (إحداهما) .

النظر إلى الظهر والبطن حكمٌ من أحكام النكاح] ، فإذا استباحه مع وطء الأخرى فقد جمع بينهما في الوجه الممنوع منه ، فلا يجوز .

قال: وكذلك امرأةٌ نُعِيَ إليها زوجها ، فتزوج ويدخل بها ، ثم يقدم الأول ، ويفرق بينها وبين الآخر ، فلا يقربها الأول وحالها كحال الأربع والأخت ؛ لأن الجمع بين الزوجين كالجمع بين الأختين ، فما حرم في أحد الموضعين حرم في الموضع الآخر .

قال: وكذلك امرأةٌ^(١) سُبِّت من دار الحرب ، فاشتراها رجلٌ وهي حامل ، فحالتها في الاستبراء مثل حال التي عليها الاستبراء بحيضةٍ ؛ وذلك لأنه تحريمٌ في الملك ، فلا فرق بين الحبل والحيضة ، ألا ترى أن رجلاً لو زوج أمّ ولده ، فمات عنها الزوج لم تحلّ للسيد ولا شيء من أمرها حتى تنقضي العدة ، وكذلك لو طلقها الزوج ، وكذلك لو كانت أمةً ، وكذلك إن كان النكاح فاسداً ودخل بها ، وكذلك المرأة تنكح زوجاً آخر ودخل بها ، ففرق بينهما ، فتردّ إلى الأول ، وكذلك الخامسة ، وكذلك [الزوج] الذي يتزوج بأخت امرأته ، فيدخل بها و[هو] لا يعلم ، وهذا كله قياسٌ واحدٌ ؛ وذلك لأن المعتدة محبوسة^(٢) على الزوج ، فلا يجوز لغيره استباحة النظر إليها ، كما لا يجوز لمسها ، فأما بقية الفصول ، فهو تحريمٌ من طريق الجمع ، وقد بيّناه^(٣) .



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) في ب (محرمَةٌ) .

(٣) انظر: شرح الجامع الصغير ، ص ٥٥٢ .

٢٩١٦ - فَصْلُ : [النظر إلى وجه الأجنبية وكفها]

قال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: ليس النظر إلى الوجه والكف بحرام، يعني من الحرة، وقال أبو يوسف في رجلٍ حلف أن لا ينظر إلى حرامٍ بطلاقه، فنظر إلى وجه امرأة أو يديها، قال: لا تطلق امرأته، وليس النظر إليه حراماً، وأكره ذلك له.

وقد بيّنا جواز النظر (إلى وجه الأجنبية ويدها إذا كانت هناك حاجةً، وإنما يكره النظر)^(١) لغير حاجة؛ لأنه لا يؤمن معه الشهوة، وإذا لم يكن حراماً لم يحث في يمينه.

٢٩١٧ - فَصْلُ : [الفضل في الوكالة والمضاربة]

قال بشر عن أبي يوسف: في رجلٍ أمر رجلاً أن يشتري له طعاماً، فاشترى له بمائة درهم غلّةً، فقال: اشتريت لك بغلّةً، فأعطاه دراهم صحاحاً، فصرفها بدراهم غلّةً واستفضل، [قال] أبو يوسف: الفضل جائزٌ.

وقال في مضاربٍ اشترى بألف المضاربة متاعاً، ثم هلك المال، قال: يرجع على ربّ المال بألفٍ آخر، فإن استفضل لم يطب له الفضل؛ وذلك لأنّ الوكيل يثبت له الثمن ديناً على الموكل، فإذا أخذ منه عوضه واستفضل فهو ربح ما في ضمانه، فيطيب له.

وأما المضارب، فما ثبت له على ربّ المال ليس بدينٍ، ألا ترى أنّه يأخذه منه على طريق الأمانة، حتى لو هلك في يديه قبل أن يقضي البائع؛ رجع على

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

رب المال ، وربح ما ليس في ضمانه لا يطيب له .

٢٩١٨ - فَصْلُ : [العلاج بألبان الأتُن ولحومها]

قال بشر عن أبي يوسف: سمعته يقول: أكره ألبان الأتُن ولحومها للمرضى أو لغير ذلك ، وهو قول أبي حنيفة ؛ وذلك لأننا قد بينا تحريم الحمار ، وما حرم لحمه بغير حرمة ، فإنه محرّم ، والتداوي بالمحرم لا يجوز ؛ لقوله ﷺ: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»^(١) .

وفرق أبو يوسف بين هذا وبين بول^(٢) ما يؤكل لحمه ؛ لأن النص ورد بإباحة التداوي بالبول ، فخص ذلك ، وما سواه على أصله .

٢٩١٩ - فَصْلُ : [الخلوة بالأجنبية]

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ [قال]: إن لم أكن وجدت فلاناً على حرامٍ فامرأتي طالق ، ثم ذكر أنه رآه قد خلا بامرأة ، قال: أمّا في القضاء ، فتطلق [امرأته] ؛ لأنه ليس بحرام ؛ وذلك لأن الخلوة بالأجنبية تكره ، ولا يطلق اسم التحريم عليها ، فلم يوجد شرط البرّ ، فيحنت .

٢٩٢٠ - فَصْلُ : [إيداع دراهم لبقال والأخذ منه في أوقات]

قال بشر عن أبي يوسف: في رجلٍ وضع درهماً عند رجلٍ^(٣) بقالٍ يأخذ منه

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٧٤٩) ؛ والبيهقي في الكبرى (٥/١٠) ؛ وصححه ابن حبان حديث (١٣٩١) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب . والبقال: بائع البقول ونحوها .



ما شاء، قال: أكره ذلك، ولكن يستودعه الدراهم، فيأخذ منه ما شاء بشيء مسمى، فإن ضاع، فهي وديعة، ولا شيء عليه، وإن كان على وجه بيع، فهو ضامن؛ وذلك لأنه إذا ملكه [الدراهم] (١) فقد أقرضه إياه، فإذا شرط أن يأخذ منه ما يريد حالاً فحالاً، فله في ذلك نفع، فيصير في معنى القرض المنتفع به، فيكره، وأما إذا أودعه إياه، فليس بقرض، وإنما يملكه بما يعطيه جزءاً فجزءاً، فلا يكره (٢).

٢٩٢١ - فصل: [الشراء للمريض بغير إذنه]

قال بشر: سمعت أبا يوسف سئل عن رجل اشترى فاشترى له بغير أمره شيء يأكله، قال: إذا اشترى له ابنه أو والده، جاز، أستحسن ذلك ولا أجيزه في المتاع، إلا فيما يحتاج إليه المريض، وإن كان في سفر فاشترى له الذي معه، وهذا استحسان، وإن كان ذلك أجنبياً؛ وذلك لأن المريض يأذن في العادة أن يشتري له أهله ما يحتاج إليه من الطعام والدواء، ولا يجب (٣) أن يُترك حتى يهلك، والمأذون [ب/٤٨٩] في العادة كالمأذون فيه بالنطق، [وإنما الإذن في العادة لأهله]، وكذلك رفيقه في السفر في حكم أهله؛ لأنه هو الذي يقرب منه. فأما الأجانب [فليس لهم]، فلم يجوز لهم عادة بالقيام بمصالحه، فحمل أمرهم على القياس.



(١) في أ (الدينار)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٢) في ب (فلا يملكه).

(٣) في ب (يختار).

٢٩٢٢ - فَصْل: [السكن في البيت المرتهن]

قال بشرٌ عن أبي يوسف: في رجلٍ ارتهن من رجلٍ داراً، قال: أكره له أن يسكنها؛ لأنَّ الرهن في يده كالوديعة، ألا ترى أنه يمسك^(١) بإذن مالكة، فإذا انتفع به بغير إذنه، لم يجز، وإن أذن له في الانتفاع فقد صار ذلك نفعاً يُسلم له بسبب الدين، ويكره له أن يداين وينتفع نفعاً بسبب دينه.

٢٩٢٣ - فَصْل: [إشراع الرجل ظلةً أو كنيفاً في الطريق]

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف قال: [قال] أبو حنيفة في رجلٍ أشرع ظلةً أو كنيفاً أو دكاناً لا يضر بالطريق: فإنه يسعه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن خوصم فيه قلعته، وإن كان يضر بالطريق لم يسعه فيما بينه وبين الله وإن خوصم فيه قلعته، وهو قول أبي يوسف.

وقد بيّنا هذه المسألة، وذكرنا أن من لا يضر بالطريق إذا خوصم فيه قلع عند أبي حنيفة، ولم يقلع عندهما، فأما ما يضر بالطريق فلا يقف قلعه على الخصومة، بل يجب على القاضي إزالته، خاصم إليه فيه [مخاصم]، أو لم يخاصم.

٢٩٢٤ - فَصْل: [الدخول بغير إذن لإنكار المنكر]

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف يقول في دارٍ سُمع فيها ضرب^(٢) مزامير^(٣)

(١) في ب (يملكه).

(٢) في ب (صوت).

(٣) «والمزمار - بكسر الميم - آلة الزمر». انظر: المصباح (زمر).

«والمعازف: هي آلات اللهو التي يضرب بها، الواحد: عزف». المغرب؛ وفي الوسيط:

«المِعْرَف: آلة الضرب كالعود والطنبور، والجمع معازف». (عزف).

ومعازف ، قال: أدخل عليهم بغير إذنهـم لإنكار المنكر ؛ (وذلك لأن المنع من هذا واجبٌ ، فإذا لم يجر الدخول إلا بإذنهـم ، لم يكن المنع منه ، ولأنهـم أسقطوا حرمتهم بفعل المنكر)^(١) ، فجاز هتكها ، كما للشهود أن ينظروا إلى عورة الزاني ليشهدوا عليه حين هتك حرمة نفسه .

٢٩٢٥ - فُصِّلَ : [الأمر بشراء شيء معلوم بثمن معلوم فزاد عليه]

قال [بشراً]: سمعت أبا يوسف في رجلٍ دفع إلى رجلٍ درهماً ليشتري له زيتاً خمسة أرطال ، فاشترى له بدرهمٍ عشرة أرطال^(٢) مثل ما وصف ، قال: قال أبو حنيفة: له خمسة أرطال بنصف ، وللمشتري خمسة [بنصف درهم] ، وقال أبو يوسف: أستحسن أن أجعله كله للأمر بدرهم ، وهذه المسألة موضعها الوكالة .

وجه قول أبي حنيفة: أنه وكله بشراء مقدار معلوم ، ولم يوكله بأكثر من ذلك ، وما وكله بابتياعه بثمن معلوم إذا اشتراه بأقل من ذلك جاز ، وأما الخمسة الأخرى فلم يوكله بها ، فلزمت الوكيل ؛ لأن الشراء لا يقف .

وجه قول أبي يوسف ، وهو قول محمد: أنه أمره أن يشتري بالدرهم زيتاً ، وظن أن الزيت خمسة أرطال بدرهم ، فإذا اشترى عشرة ، فقد فعل المأمور وزاده خيراً ، وصار كمن وكل رجلاً ببيع عبده بمائة فباعه بمائتين .

٢٩٢٦ - فُصِّلَ : [الأفضل في الوصية]

قال بشر: سمعت أبا يوسف سئل عن رجلٍ يريد أن يوصي ، وله ورثة صغارٌ ،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

قال: يتركه لورثته أفضل ، وذلك لقوله ﷺ: «لأن تدع ورثتك أغنياء خيرٌ لك من أن تدعهم عالةً يتكففون الناس»^(١).

وروي عن أبي بكرٍ وعمر وعائشة ؓ أنهم قالوا: لأن يوصي بالربع أحبُّ إلينا من أن يوصي بالثلث ، ولأن يوصي بالخمسة أحبُّ إلينا من أن يوصي بالربع^(٢) ، فذلك على اعتبار حظِّ الورثة.

٢٩٢٧ - فصل: [جواز الشهادة على ظاهر اليد والتصرف]

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف قال: إذا رأى الرجل في يد رجلٍ داراً أو متاعاً ، ثم قال الذي كان في يده: أشهد أنه لي ، فإنَّ فلاناً قد [أخذه مني]^(٣) ، قال: قال أبو حنيفة: إذا عرف أنه له معرفةً بالقلب ، ومكث ذلك عنده زماناً ، فليشهد ، وهو قول أبي يوسف: إذا وقع في قلبه أنه له ؛ وذلك لأنَّ حقيقة الملك لا يمكن الوصول إليها ، وإنما [يرجع إلى ظاهر اليد والتصرف] ، فإذا حصل ذلك جازت الشهادة ، وإنما [اعتبر أن يبقى في يده ليحصل تصرفه تصرف المالكين ، فيغلب في الظن أنه له .

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ باع شيئاً في الصدقة من رجلٍ قبل أن يقبضها ، ثم قال له الوالي: اذهب فخذها ، هل يجوز بيعها منه ؟ وإن أراد المشتري أن يبيعها ؟ قال: أما البيع الأول: فهو فاسدٌ ، ولا ينبغي ولا يجوز ، وإن

(١) أخرجه البخاري (١٢٣٣) ؛ ومسلم (١٦٢٨) من حديث سعد بن أبي وقاص .

(٢) هو بهذا اللفظ عن ابن عباس ؓ ، وليس عن أبي بكر وعمر وعائشة ؓ ، رواه البيهقي في

الكبرى (٢٧٠/٦) ، وقريب منه عن أبي بكر رواه البيهقي في الموضوع السابق .

(٣) في أ (أخذ متاعي) ، والمثبت من ب .

قدرت عليه عند المشتري قبل أن يبيعها رددت البيع [وفسخته] ، وإن باعها المشتري ، فإن البيع الثاني جائزٌ فيما بينهما ، وأكره للمشتري الأول البيع ، فإن باعها المشتري الثاني ، فبيعه جائزٌ ؛ وذلك لأن الصدقة لا يملكها إلا بالقبض ، فإذا باعها الوالي قبل أن يقبضها ، فقد باع ما لم يملكه الفقراء ، فلا يجوز بيعه ، إلا أن هذا العقد فيه عوضٌ له قيمةٌ ، فإذا قبضه المشتري ملكه كسائر البياعات الفاسدة ، فإذا باعها المشتري فقد ملكها بالتسليط ، فينفذ^(١) بيعه ولا يتعلق به الفسخ .
فإن قيل : لَمَّا باع الوالي قبل القبض ، فقد باع ما هو على ملك المتصدق ، فجرى ذلك مجرى البيع الموقوف ، فلا يقع به الملك .

فالجواب : أن الوالي له حقٌّ في قبض الصدقة ، فبيعه يجري مجرى بيع المالك مع الفساد ، والبائع يملك غيره ، ولا حقٌّ له في أخذه والتصرف فيه ، فلا يقع ببيعه الملك .

ويجوز أن يقال : إن المسألة مبنيةٌ على أن المتصدق بذل الصدقة ، فإذا باعها الوالي وأذن في قبضها ، ولم يمنع التصديق بها ، فصار كالإجارة .

[مسائل متنوعة]

٢٩٢٨ - فُصِّلَ : [المضاربة بالعروض أو بثمانها]

وقال بشرٌ : سمعت أبا يوسف قال : لا تصلح العروض مضاربةً .

فإن قال : بعته وثمانه^(٢) مضاربةً ، ففعل ذلك ، قال : أكرهه ، وهو جائزٌ ، وهذا

(١) في ب (فينعقد) .

(٢) في ب (وضعه) .



قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وأما المضاربة بالعروض فلا تصح ، وقد بينا ذلك في كتاب المضاربة .

فإذا قال: بعها واعمل بثلثها مضاربةً ، فهذه وكالةٌ معلقةٌ بشرطٍ ، وذلك جائزٌ ، وأما الكراهية ؛ فلأنه لا يدري مقدار الثمن ، فكأنه أعطاه مالا مجهولاً مضاربةً ، فيكره لذلك ، وأما أمره بالبيع ليتوصل به إلى تحصيل رأس المال ، فكأنه شرط على المضارب عملاً [في] غير المضاربة ، وذلك يكره .

٢٩٢٩ - [مسألة: متنوعة في الكراهية]

* قال بشر: أخبره أبو يوسف عن ليث عن مجاهد أنه كان يكره أن يجعل الخيط في الخاتم فيستذكر به ، وقال أبو حنيفة [وأبو يوسف]: لا بأس به ، وقد روي عن أنس^(١) أنه كان يحول خاتمه ليتذكر به حاجته^(٢) ؛ ولأن هذا ينبت به على حاجته ، وذلك غير ممنوع ، وقد روي عن النبي ﷺ كراهة ذلك ، وروي عنه الإباحة^(٣) .

قال: وسألت أبا يوسف عن الشَّعر يوصل بالرأس ؟ فقال: أكرهه ، ولا بأس^(٤) بشَّعرٍ غير بني آدم ، وإنما أكره أن تصل المرأة شعرها بشعر آدمية ؛ لأن ما انفصل من الآدمي من الأجزاء لا يحل الانتفاع بها ، وإنما يجب دفنها ، ولهذا المعنى لعن رسول الله ﷺ الواصلة والمستوصلة^(٥) ، وهي التي تصل شعرها

(١) في ب (عن ابن عباس) .

(٢) لم أجده ، وهو مروى عن إبراهيم النخعي عند ابن أبي شيبة (٣١٦/٥)

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في ب (ولا أكره) .

(٥) أخرجه البخاري (٥٥٨٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

بشعر غيرها، فأما إذا وصلته بشعر بهيمة، فالشعر عندنا طاهرٌ، ويحلّ الانتفاع بها، فإذا وصلت شعرها بما يحلّ الانتفاع به، فإنما قصدت الزينة، وذلك غير ممنوع.

٢٩٣٠ - [مَسْأَلَةٌ: بَيْعُ لَبَنِ الْمَرْأَةِ]

قال بشر: سمعت أبا يوسف [١/٤٩٠] قال: أكره بيع لبن المرأة، وإن باعته أبطلته، ولا بأس بإجارة الظئر.

أما بيع لبن الآدمية، فقد مضت في البيوع، والوجه فيه: أنه مائعٌ منفصلٌ من آدميٍّ، فلا يجوز بيعه، كالدمع والعرق؛ ولأنه لبن حيوانٍ محرّم الأكل، كلبن الكلب والخنزير.

وأما الإجارة، فالأصل في جوازها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وقد اختلف أصحابنا في المعقود عليه ما هو؟ فمنهم من قال: إنه المنافع وخدمة الصبي والتزامه^(١)، [واللبن تبعٌ]، ومنهم من قال: إن العقد على اللبن، ويجوز أن يُستحقّ بالإجارة ما لا يجوز بيعه كالمنافع، وقد بيّنا هذا في الإجارة.

٢٩٣١ - [مَسْأَلَةٌ: صَادُ سَمَكَةٍ فِي بَطْنِهَا أُخْرَى]

قال: وسمعت أبا يوسف في رجلٍ صاد سمكةً في بطنها أخرى، قال: يأكلها، وكذلك طائرٌ في بطنه سمكةٌ أو جرادةٌ؛ وذلك لأننا قد بيّنا في كتاب الصيد أن السمكة إذا ماتت بسببٍ حادثٍ حلّ وإن لم يكن بفعل آدميٍّ، وابتلاع

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

السمة سمكةً أخرى سببٌ حادث في تلفها ، فهو كأخذها بالشبكة ، وكما لو جزر الماء عنها .

فأما الجرادة ، فلا يحتاج في إباحتها إلى سببٍ حادثٍ ، وأكلها جائزٌ بكلِّ حالٍ .
فأما إذا ذرقها الطير أو خرجت من دبر السمكة ، فلا تؤكل ؛ لأنها لا تنفصل على هذا الوجه إلا وقد استحالت ، فتصير قطعاً متغيّراً^(١) .

٢٩٣٢ - [مَسْأَلَةٌ: لا بأس بأن يلتقط الرجل النوى وما أشبهه من قشور الرمان]

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف قال: قال أبو حنيفة: لا بأس بأن يلتقط الرجل النوى وما أشبهه مثل قشور الرمان إذا نبذه صاحبه ، وهو قول أبي يوسف .

وقال أبو يوسف: إن شاء صاحب النوى أخذه من هذا ، وقال: إن كان كُرّاً^(٢) من نوى لم يأخذه ، وكذلك ما له ثمنٌ مثل النوى ؛ وذلك لأنَّ العادة جرت أنَّ الناس يلقون النوى والزجاج المكسور في الطرق ، ولا يعودون إلى أخذه ، ويبيحون للناس^(٣) التقاطه ، فيصير كالمأذون في أخذه بالعادة ، والمأخوذ^(٤) بالعادة كالمأخوذ بالنطق .

فأما إذا كان كثيراً مجتمعاً ، فلم يجمع إلا للحاجة إليه ، ولم تجر العادة بتضييع [مثله] ، فلم يجز استباحته كسائر الأموال ، وإنما كان لصاحب النوى

(١) هنا في ب زيادة مسألة (سؤال الله تعالى بمعقد العز من عرشه) ، وسقط ذكرها في أ ، وقد سبقت المسألة من قريب .

(٢) في ب (كثيراً) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في ب (والمأذون في أخذه) .

أخذه من الملتقط وإن كان يسيراً؛ لأن من طرحه أباحه، والإباحة يجوز معها الانتفاع ولا يُملك بها، [فما لم يستهلكه] ^(١) المستبيع، فللمبيع الاسترجاع، كمن أباح طعامه لغيره.

٢٩٣٣ - [مَسْأَلَةٌ: أَخَذَ اللَّقْطَةَ وَتَعْرِيفُهَا، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ تَرْكِهَا]

قال أبو يوسف: في أخذ اللقطة: وتعريفها أحبُّ إليَّ من تركها، قال أبو الحسن: وهو قول أبي حنيفة ومحمدٍ أيضاً؛ وذلك لأنَّ أخذها حفظٌ على صاحبها، وإذا تركها لم يأمن أن تمتد إليها يدُ خائنةً، فكان الحفظ أولى؛ ولأنَّها أمانةٌ، فإذا تحمَّلها فقد تعرَّض للشواب، فإذا تركها فلم يتعرَّض [له]، والتعرَّض للشواب أولى.

٢٩٣٤ - [مَسْأَلَةٌ: شَاءَ مَيْتَةً نَبَذَهَا أَهْلِهَا]

قال بشرٌ: قال أبو يوسف في شاءَ مَيْتَةً نَبَذَهَا أَهْلِهَا، فأخذ رجلٌ صوفها، أو أخذ جلدها ودبغها، قال: هو له، فإن جاء صاحبها: أخذ الجلد وردَّ ما زاد الدبغ فيه إن شاء، ويأخذ الصوف؛ وذلك لأنَّ إلقاء المَيْتَةِ إِبَاحَةٌ لِلانْتِفَاعِ بِمَا يَجُوزُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مِنْهَا، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْإِبَاحَةَ بِالْعَادَةِ كَالْإِبَاحَةِ بِالنُّطْقِ؛ فَلِذَلِكَ جَازَ أَخْذَ جِلْدِهَا وَشَعْرَهَا.

وإنَّما جَازَ لِمَالِكِهَا أَخْذَهُ؛ لِأَنَّ مَوْتَ الْحَيْوَانِ لَا يَزِيلُ مَلِكَ الْمَالِكِ عَمَّا يَحِلُّ الْانْتِفَاعُ بِهِ مِنَ الشَّاةِ، وَلِذَلِكَ يَكُونُ أَحَقُّ بِهِ، وَإِذَا بَقِيَ مَلِكُهُ فِيهِ لَمْ يَزَلْ عَنْهُ بِالْبَنْدِ وَالْإِبَاحَةُ كَمَا بَيَّنَّا فِي النَّوَى، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى اسْتِرْجَاعِ الْجِلْدِ إِذَا دَبَغَ بِمَا لَهُ

(١) في أ (فماله مستهلك للمبيع) والمثبت من ب.

قيمةٌ إلا بردّ ما زاد الدباغ فيه ؛ لأنّ ما دُبِغ به عين مالٍ قائمٍ [مشارٍ إليه] ، فصار كالصبغ في الثوب ، فلا يجوز أن يتملك بغير عوضٍ ، وأمّا الشعر فلا زيادة فيه ، فيأخذه بغير شيءٍ .

٢٩٣٥ - [مَسْأَلَةٌ: أمر صائغاً أن يصوغ له من عنده خاتماً فيه وزن درهم]

قال هشام: سألت أبا يوسف: رجل أمر صائغاً أن يصوغ له من عنده خاتماً فيه وزن درهم ، وجعل له عليه أجراً دانقاً ، فصاغه ورضيه [الآخر] وقبله ، قال: لا يجوز أن [يعطيه] ^(١) درهماً ودانقاً ؛ وذلك لأنّ الفضة لا يملكها المستعمل إلا بالقبض ، وإذا صاغها قبل التسليم فالخاتم على ملك الصائغ ، فإذا أخذ العوض فقد باع بأكثر من وزنه ، فلا يجوز .

٢٩٣٦ - [مَسْأَلَةٌ: أكره ثوب القزّ يكون بين الفرو]

قال ابن سماعه عن أبي يوسف: أكره ثوب القزّ يكون بين الفرو و[بين] الظهارة ، ولا أرى بحشو القزّ بأساً ؛ وذلك لأنّ الثوب إذا كان بين ثوبين ، فهو ملبوسٌ ، ولبس الحرير لا يجوز للرجال ، فأما الحشو فليس بملبوسٍ ، فلا يكره عند أبي حنيفة ، وعندهما ليس بملبوسٍ ولا مفروشٍ ، فلا يكره .

قال: وما كان من الثياب الغالب عليه غير القزّ ، فلا بأس به ، مثل الخزّ والطيلسان الإبريسم ، وقد بيّنا أنّ ما كانت لحمته غير القزّ ، فلا بأس به .

وقال في القزّ ^(٢) بالقز: لا خير فيه ؛ لأنّ ظاهره قزّ ؛ وذلك لأنّ الحكم لما

(١) في أ (يعطيه ويأخذ) ، بزيادة (ويأخذ) ، وليست في ب ، والسياق لا يقتضيها .

(٢) في ب (في المعين بالقز) .

يظهر في الثوب ، وما لا يظهر تَبَعٌ ، فالمتبوع لما كان القز لم يجز لبسه .

٢٩٣٧ - [مَسْأَلَةٌ: أكره سجدة الشكر]

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: أكره سجدة الشكر ، وقال أبو يوسف: لا أرى بأساً بسجدة الشكر .

وهذه المسألة قد بيناها في كتاب الصلاة ، وذكرنا ما في الجامع الصغير: أن سجدة الشكر ليس بشيء ، ومعناه ليس بشيء مسنونٍ ، إن فعله جاز ، وإن تركه جاز . وقال أبو يوسف ومحمد: هي سنةٌ ، وعلى هذه الرواية ، تكره ؛ لأنها سجدةٌ منفردةٌ تُفعل عند سببٍ حادثٍ ، فلا يُؤمن أن يعتقد وجوبها كسجود التلاوة ، فيلحق بالشرعية ما ليس منها .

٢٩٣٨ - [مَسْأَلَةٌ: خزّ كلب الماء ، والجلود بأعيانها]

قال عمرو بن أبي عمرو: سألت محمداً عن خزّ كلب الماء؟ قال: لا بأس به ، قلت: والجلود بأعيانها؟ قال: والجلود بأعيانها ، وكذلك خنازير الماء التي يعمل منها البسط ، لا بأس بها ، إلا أنه لا يؤكل شيءٌ من حيوان البحر إلا السمك .

وقد بينا الكلام في حيوان البحر في كتاب الصيد ، وذكرنا: أن ما سوى السمك طاهرٌ لا يجوز أكله ، وإذا كان طاهراً جاز الانتفاع بجلده ووَبَرِهِ .

٢٩٣٩ - [مَسْأَلَةٌ: بلع درّة لرجل ، فمات البالع ولم يدع مالاً]

قال عمرو: سألت محمداً عن رجلٍ بلع درّة لرجلٍ فمات البالع ولم يدع

مالاً، قال: عليه القيمة، ولا يشق بطنه؛ لأن شق جوف الميت مُثْلَةٌ؛ وذلك ممنوعٌ منه لحقه [وحقّ] الله تعالى، وحقّ صاحب الدرّة لا يذهب؛ لأنّه دينٌ في الذمّة، فلذلك لم يجز شق الجوف.

فإن قيل: فإذا كان لا مال له، قلنا: الدين في الذمّة، ويجوز أن يوجد له مالٌ، (وقد تقابل حقّ الآدميين)^(١)، فترجّح حقّ الميت لما فيه من حقّ الله تعالى.

٢٩٤٠. [مَسْأَلَةٌ: امرأة حامل ماتت، فاضطرب في بطنها شيء]

وسألت^(٢) عن امرأة حاملٍ ماتت، فاضطرب في بطنها شيءٌ، قال: إن كان أكبر رأيهم أنه حيٌّ، شقّ بطنها؛ وذلك لأنّ شق البطن ممنوعٌ [منه] لحقّ الله تعالى ولحقّها، وتلف الحمل ممنوعٌ [منه] لحقّ الله تعالى ولحقّه، فتساوى الأمران؛ ولأنّ حرمة النفس أعظم من حرمة المال، فجاز شق البطن لحرمة النفس، وإن لم يجز لحرمة المال.

٢٩٤١. [مَسْأَلَةٌ: لبس الحرير والديباج في الحرب]

قال عمرو: وقال محمدٌ: أخبرنا بعض أصحابنا عن عبد الله بن محيريز قال: كتب إليه بعض إخوانه: ما ترى في لبس الحرير والديباج [في الحرب]؟ فكتب إليه عبد الله بن محيريز: أنه أشد ما يكون كراهةً؛ لما نهى رسول الله ﷺ حين يتعرّض للشهادة، وكره ذلك له، وهذا موافقٌ لقول أبي حنيفة: أن لبس الحرير المصمت مكروهٌ في حال الحرب وغيرها.

(١) ما بين القوسين في ب (فإن لم يوجد فقد).

(٢) في ب (وقال).

قال: وسألت محمداً عن لبس الحرير؟ فقال: كان أبو حنيفة لا يرى بأساً بأربع أصابع في عرض الثوب [٤٩٠/ب]، قلت: فإن هناك قلنسوة يكون فيها أقل من أربع أصابع في عرض الثوب، فقال: لا ينبغي ذلك، وذلك لأن مقدار أربع أصابع في جملة الثوب تابعة له، فلا يُمنع منها كما لا يُمنع من علم الثوب، فأما القلنسوة من الحرير فليست تابعة لغيرها، فتكره كما يكره الثوب من الحرير، وذكر بعد هذا توسد الحرير [والديباج]، وقد بينا الخلاف فيه.

٢٩٤٢ - [مَسْأَلَةٌ: فِي النِّصْرَانِيَّةِ تَحْتَ الْمُسْلِمِ]

قال محمدٌ في النصرانية تحت المسلم: لا تنصب في بيته صليباً، وتصلي في بيته حيث شاءت؛ وذلك لأن الصليب وثنٌ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم: «أحلق عنك شعر الكفر، واخلع هذا الوثن من صدرك»^(١)، يعني: الصليب، ولا يجوز للمسلم أن يمتن من نصب الأوثان في بيته.

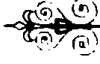
فأما صلاتها، فلا تمنع منها، كما لا تمنع من اعتقاد دينها.

٢٩٤٣ - [مَسْأَلَةٌ: أَخْرَقُ الزُّقَّ إِذَا كَانَ فِيهِ خَمْرٌ مَعَ الْمُسْلِمِ وَالنِّصْرَانِيِّ]

قال محمدٌ: قال أبو يوسف: أخرق الزق إذا كان فيه خمرٌ مع المسلم والنصراني، وهذا على أصلهما^(٢): أن الملاحى يجوز كسرها، وإن أمكن الانتفاع بها في غير الوجه المحظور؛ لأنها معدة للمعصية، كذلك هذا الزق، صار معداً للمعصية، فيجوز إتلافه.

(١) أخرجه الترمذي (٣٠٩٥)، وقال: (حسنٌ غريبٌ).

(٢) في ب (أصل أبي يوسف ومحمد).



فأمّا على قول أبي حنيفة: فلا يجوز إتلافه ؛ لأنّه يمكن الانتفاع به في غير الوجه المحظور .

وأما تسويته بين المسلم والنصرانيّ ، فلاّنه لا يجوز لهم إظهار الخمر في أمصار المسلمين ، وإنّما أُقروا على التصرف فيه فيما بينهم .

[تمّ كتاب] الحظر والإباحة^(١)



(١) في أ (آخر) والمثبت من ب .

[٨٥] كتابُ الأَشْرِبَةِ^(١)

(قال أيداه الله)^(٢): الأصل في هذا: أن الأشياء كلها عندنا على أصل الإباحة، إلا ما فيه إدخال ضررٍ على حيوانٍ، فالأشربةُ كلها مباحةٌ بالعقل، وإنما يثبت تحريم ما حرم منها بالشرع.

والكلام في هذا الكتاب فيما ورد الشرع بتحريمه منها، وما بقي على أصل الإباحة.

وقد روى ابن رستم عن محمدٍ قال: قال أبو حنيفة: الأنبذة^(٣) كلها حلالٌ، إلا أربعة أشياء: الخمر، والمطبوخ إذا لم يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه^(٤)، ونقيع التمر فإنه السكرُ، ونقيع الزبيب لما جاء فيه من الأثر.

فأما الخمر: فهي عصير العنب إذا غلى واشتدَّ وقذف بالزبد، وقال أبو يوسف ومحمد: هي خمرةٌ إذا اشتدَّت وإن لم تقذف بالزبد.

وجه قول أبي حنيفة: أن الأصل في العصير الإباحة، والتحريم إنما يثبت

(١) «الأشربة: جمع شراب: وهو ما يُشربُ من المعايعات.

وسُمِّيَ هذا الكتاب بها؛ لأن فيه بيان أحكامها.

ثم المناسبة بين الشرب والأشربة ظاهرة، إلا أن الشرب في بيان شرب الحلال، وهذه في بيان الحرام، فلذلك فصلها وأخرها عنه». أنيس الفقهاء ص ٢٨٥.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) «والنبذ: التمر يُنبذ في جرة الماء أو غيرها، أي: يُلقى فيها حتى يُغلى، وقد يكون من الزبيب والعسل». المغرب (نبذ).

(٤) (ويبقى ثلثه) سقطت من ب.

بدليلٍ شرعيٍّ ، وقد دلت الأدلة على تحريمه إذا بلغ إلى الحدّ الذي قال أبو حنيفة ، وما قبل ذلك على أصل الإباحة ؛ ولأنّها إذا لم تقذف فلم تبلغ [إلى] غايتها ، فصارت كما قبل الغليان ؛ ولأنّ الخمر تتعلّق بشربها الحدود ، والحدود تجب في المقصود من كلّ نوع ، ومالم يقذف العصير بالزّبّد ، فلم يبلغ الغاية المقصودة من الشراب ، فلم يجز وجوب الحدّ فيه .

وجه قولهما: أنّ الحكم يتعلّق بحدوث الشدّة ، وذلك موجودٌ إذا غلى ؛ ولأنّ القذف بالزّبّد إنّما يعتبر لترقّ وتصفو ، وعدم هذا المعنى لا يمنع من التحريم .

فإذا عرفنا الخمر على القولين ؛ فالأصل في تحريمها قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ٢١٩] ، وقال في الآية الأخرى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ [الأعراف: ٣٣] ، وقد قيل: إن الإثم من أسماء الخمر ، وأنشدوا فيه:

شربت الإثم حتى زال عقلي ❖ كذاك الإثم يذهب بالعقول^(١)

[وروي: حتى ضل عقلي] ، ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ الآية [المائدة: ٩٠]^(٢) ، وقد روي أن عمر رضي الله عنه [دعا] فقال: اللهم بيّن لنا في الخمر بياناً شافياً فنزل قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ٢١٩] ، وقال: اللهم بيّن لنا في الخمر بياناً شافياً ، فأنزل الله تعالى:

(١) واستشهد به الجوهري في الصحاح وابن منظور في اللسان للخمر ، بلفظ (حتى ضلّ) (أثم).

(٢) انظر: تفسير ابن عطية ص ٥٧٥ .

﴿ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾ [المائدة: ٩١] ، فقال: انتهينا^(١).

ولأنّ تحريم ذلك معلومٌ ضرورةً من [دين] النبي ﷺ ، وأنه كان يدعو إلى ذلك ويتديّن به ، كما يعلم من دينه وجوب الصلوات الخمس وصوم شهر رمضان .
وأما نقيع الزبيب والتمر ، فحرامٌ ، وقال شريك: هما حلالٌ .

والأصل في ذلك قوله ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين»^(٢) ، و«مِنْ» للابتداء ، وهذا يدلّ على أن ما كان منها على حدّ الابتداء ، فهو [حرامٌ]^(٣) .

وقد روي عن ابن مسعود أنه سئل عن السّكر يُتداوى به من الصّفْرِ^(٤) ؟ فقال: إنّ الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم^(٥) ، والسّكر نقيع التمر ، وقد علم من مذهب ابن مسعود القول بإباحة نبيذ التمر ، فإذا زعم أن الله تعالى حرّم النبيء ، دلّ على أنه اعتقد إباحة المطبوخ خاصّةً ، وهذا يبطل قول من قال: إنّ أبا حنيفة خالف الإجماع في شرط الطبخ في نبيذ التمر والزبيب .

قال: لأنّ السلف اختلفوا على قولين: فمنهم من قال بتحريمه بكلّ حالٍ ، ومنهم من قال بإباحته بكلّ حالٍ ، فشرط الطبخ يخالف إجماعهم ؛ لأنّ تحريم

(١) أخرجه أبو داود (٣٦٧٠) ؛ والترمذي (٣٠٤٩) ؛ والنسائي (٥٥٥٥) ؛ وقال ابن حجر في الفتح: (صححه علي بن المديني والترمذي) (٢٧٩/٨) .

(٢) أخرجه مسلم (١٩٨٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) في أ (جائزٌ) ، والمثبت من ب .

(٤) (من الصفر) سقطت من ب . «والصّفْر: اجتماع الماء في البطن ، كما يُعرض للمستقي ، والصّفْر أيضاً: دُوْدٌ يقع في الكبد وشراسيف الأضلاع ، فيصفّرُ عنه الإنسان جدّاً ، وربّما قتله» . النهاية في غريب الحديث (صفر) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٨/٥) ؛ والطبراني في الكبير (٣٤٥/٩) ؛ والبيهقي في الكبرى (٥/١٠) .

ابن مسعود السَّكَّر مع اشتهار قوله في إباحة نبيذ التمر ؛ دلالةً على شرط الطبخ فيه .
وأما عصير العنب إذا طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه ، فهو حرامٌ عندنا ، وقال
حماد بن أبي سليمان: إذا طبخ حتى ينضج فهو مباحٌ ، وهو قول بشر المريسي
وبعض المتكلمين ، وكان قول أبي يوسف الإباحة للمُنصَّف ، وروي مثله عنه .

وقال عمر رضي الله عنه : يحل إذا ذهب ثلثاه [وبقي ثلثه] ^(١) ، وهو قول أبي حنيفة ،
والدليل على تحريم طبخ العصير إذا لم يبلغ الحد الذي ذكرناه ، ما روى الشعبي
عن جابر ابن الحصين الأسدي: أنَّ عماراً أتاه كتاب عمر بن الخطاب إليه يأمره
أن يأمر المسلمين بشرب العصير الذي طبخ فذهب ثلثاه وبقي ثلثه ، وأنَّ عماراً
شربه ، وأمر الناس به ، وقال: هذا شرابٌ لم نكن نشربه حتى أمرنا أمير المؤمنين
عمر رضي الله عنه ^(٢) .

وعن داود بن أبي هندٍ قال: قلت لسعيد بن المسيب: الطلاء الذي أحلّه
عمر للناس ما هو؟ قال: الذي يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه ^(٣) .

ولا يجوز أن يقال: إنّما أباح ذلك عمر ؛ لأنّه قيل له إنّّه لا يسكر ؛ وذلك
لأنَّ عمر أباحه لدفع ضرر الطعام ، وذلك لا يكون مع الشدّة ، والذي روي أنّه
قال حين رآه: ذهب حظُّ الشيطان منه ، وروي أنّه قال: ذهب شيطانه وريح جنونه ،
فلم يُرد بذلك [زوال] الإسكار ، وإنّما أراد زوال المعنى الموجب للتحريم ،
وهذا معنى قوله: ذهب حظُّ الشيطان منه .

(١) أخرجه النسائي (٥٧١٥) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٢٥٥/٩) (في المصنف) ؛ وصحح ابن حجر إسناده في الفتح (٦٣/١٠) .

(٣) أخرجه النسائي (٥٧١٩) ؛ وصحح ابن حجر إسناده في الفتح (٦٣/١٠) .

وإذا ثبت أنه ﷺ حَدَّ في ذلك ذهابَ الثلثين بحضرة الصحابة، وكتب به إلى الأمصار من غير خلافٍ، دلَّ على أن ذلك حدَّ الإباحة؛ ولأنَّ العصير إنما يطبخ أدنى طبخ استصلاحاً للخمر، وحتى لا يفسد بالبقاء، واستصلاحها لا يجوز أن يكون سبب إباحتها.

٢٩٤٤ - فَصْل: [حَلِيَّةُ شَرْبِ الْعَنْبِ وَالزَّبِيبِ وَالْعَصِيرِ إِذَا طُبِخَ]

[قال]: وأما العنب إذا طُبِخَ كما هو، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يحل بأدنى طبخ، فذكر ذلك [٤٩١/أ] للحسن بن أبي مالك، فأنكره، وقال سمعت أبا يوسف يحكي^(١) عن أبي حنيفة: أنه لا يحلّ حتى يذهب ثلثاه.

وجه رواية الحسن: أن الزبيب إذا طبخ عاد إلى صفة العنب، وحلّ بأدنى طبخ، فإذا طبخ العنب فهو مثله.

وجه رواية أبي يوسف: أن العنب إذا طبخ، فالعصير قائم فيه لم يتغيّر، فطبخه قبل العصر كطبخه بعد العصر، فلا يحلّ إلا بذهاب ثلثيه.

قال [أبو الحسن]: الخمر حرامٌ قليلها وكثيرها، ومن شرب منها قليلاً أو كثيراً وجب عليه الحدّ، صرفاً شربها أو ممزوجةً.

أما تحريم قليل الخمر وكثيرها؛ فلأنّ الدلالة التي قدّمناها في التحريم لا تفصل بين القليل والكثير؛ ولأنّها محرمةٌ عندنا باسمها، ولهذا قال ابن عباس: (حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا، وَالسُّكْرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ)^(٢)، والاسم موجودٌ في القليل.

(١) في ب (روى).

(٢) أخرجه النسائي (٥٦٨٤)؛ والطبراني (٣٣٨/١٠)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (عزاه =

أما وجوب الحدّ بها^(١)؛ فلأنّ النبي ﷺ حدّ الشارب^(٢)، ولا خلاف في ذلك.

وأما الممزوجة، فمتى كانت الخمر غالبيةً، فالحدّ واجبٌ؛ لأنّ المقصود منها لا يزول [بذلك، ألا ترى أنّ الغالب على من شرب أن يمزجها بالماء، وإذا كان مقصودها لا يزول] وجب الحدّ، كما لو شربها صرفاً، فأما إذا غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها، فلا حدّ في شربها؛ لأنّ المقصود من الشرب يزول بهذا التغير، والحدود تجب في المقصود من كلّ نوع، إلا أنّ شرب ذلك حرامٌ؛ لأنّ الحظر والإباحة إذا اجتمعا غلب الحظر^(٣)؛ ولأنّها نجسةٌ عندنا، والنجاسة إذا خالطت الماء لم يجز شربه.

قال محمدٌ في الأصل - في العصير الحلو - : لا بأس بشربه، فإذا غلى وقذف بالزبد لم يجز شربه، ولم يجز بيع المسلمين له؛ وذلك لأنّه ما لم يغل

= صاحب الأطراف إلى النسائي ولم أره، ورواه الطبراني بأسانيد ورجال بعضها رجال الصحيح (٥٣/٥).

(١) في ب (بشربها).

(٢) أخرجه مسلم (١٧٠٦) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٣) إذا تعارض دليلان: أحدهما يفيد الحرمة، والآخر يفيد الإباحة، ففي ترجيح أحدهما اختلف الأصوليون إلى مذاهب: فمذهب الجمهور من الأصوليين والفقهاء وغيرهم: إلى ترجيح ما يفيد الحرمة، وهو مذهب الإمام أحمد، والكرخي، والرازي، وابن الحاجب، وصححه ابن إسحاق الشيرازي، وابن السبكي، وغيرهم، والمثال الذي ذكره المؤلف، هو: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام»، المفيد حرمة النبيذ وما مثله، مع ما ورد من الأحاديث المفيدة لحل النبيذ، فتترجح الروايات والأدلة التي تفيد حرمة ما ذكرنا؛ وذلك لثلاث يقع الإنسان في المحرّم، وللاحتياط في أمور الدين. انظر: اللمع للشيرازي ص ٤٨؛ التقرير والتحبير ٢١/٣؛ روضة الناظر للمقدسي ص ٢٠٩؛ وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٧٩.

فليس بخمرٍ، فهو على أصل الإباحة، فإذا غلى وقذف بالزبد، صار خمراً، فلم يجز شربه، وأمّا بيعه فلا يجوز للمسلمين^(١)؛ لما روي عن النبي ﷺ: (أنه لعن الخمر ومشتريها)^(٢).

قال محمدٌ: فإن طبخ بعدما غلى وقذف بالزبد ثم شرب منه، حدّ شاربه، ولم يحلّ له الطبخ؛ وذلك لأنّ الطبخ حصل في العين المحرّمة، فلا يؤثر في إباحتها، كطبخ لحم^(٣) الخنزير، وإنّما وجب الحدّ؛ لأنّ الطبخ لا يغيّر اسمها، ولا يزيل معناها.

وليس كذلك إذا طبخ العصير حتى يذهب ثلثاه؛ لأنّ الطبخ حصل في عينٍ مباحةٍ، فتغيّرت عن هيئة العصير، فحدثت الشدّة فيها، وليست بعصيرٍ، فلذلك حلّت.

وأما إذا طبخ العصير حتى يذهب نصفه، فإنّ الحسن روى عن أبي حنيفة أنّه قال: أكره شربه، وأجيز بيعه، ولا أحدّ منه إلا في السكر، وكذلك [ذكر] محمدٌ في الأصل.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا يجوز بيعه، ولا حدّ فيه.

أمّا كراهة شربه؛ فلأنّ عمر رضي الله عنه شرط في الإباحة ذهاب ثلثيه، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلافٍ، وإذا لم يحصل شرط الإباحة لم يحلّ^(٤) شربه.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨/٢٤؛ البدائع ١١٢/٥.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤)؛ وابن ماجه (٣٣٨٠)؛ والحاكم في المستدرک وقال: (صحيح الإسناد ولم يخرجاه) (٤/١٦٠)، ووافقه الذهبي.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (يجز).

وأما الحد ، فلا يجب بشربه ؛ لأنه ليس بخمرٍ ، ألا ترى أن المقصود بالخمير ما فيها من الرقّة ، وذلك يزول بهذا القدر من الطبخ ، وإذا لم يتناوله الاسم ، لم يجب الحد .

وأما البيع ، فوجه قول أبي حنيفة : أنه شراب ليس بخمرٍ ، فصار كنبذ التمر .
وجه قولهما : أنه شرابٌ محرّمٌ كالخمير .

وقد قال أبو حنيفة : إن بيع الأشربة كلّها جائزٌ ما خلا الخمر^(١) .

وقال أبو يوسف : لا أجزى بيع المسكر ، ولا نقيع^(٢) التمر إذا اشتدّ ، ونقيع الزبيب ، وهذا على ما بينا .

وأما إذا طبخ العصير حتى ذهب منه أقلّ من النصف ، عشره أو ربعه ، فإن أبا حنيفة قال : لا يحلّ شربه إذا اشتدّ ، ولا أحدٌ في شربه ، ويجوز بيعه ؛ وذلك لأنّ الطبخ يزيل اسم الخمر عنه ، وما ليس بخمرٍ لا يجب الحدّ بشربه ، ولأنّه مختلفٌ في إباحته ، والاختلاف شبهةٌ في سقوط الحدّ ؛ ولأنّ الشراب المختلف فيه لا يحكم بفساد العقد عليه عنده ، كمطبوخ التمر^(٣) .

٢٩٤٥ - فصل : [الأشربة المباحة]

أما الأشربة المباحة : فعصير التمر^(٤) والزبيب إذا طبخا حتى ينضجا ، فهما

(١) في ب (إلا الخمر) .

(٢) في ب (نبذ) .

والنقيع : من «أنقع الزبيب في الخانية ، ونقعه : ألقاه فيها ليبتلّ وتخرج منها الحلاوة ، وزبيب منقع» . كما في المغرب ؛ «ويطلق النقيع على الشراب المتخذ من ذلك ، فيقال : نقيع التمر والزبيب وغيره : إذا ترك في الماء حتى ينتقع من غير طبخ» . كما في المصباح (نقع) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٧٧ وما بعدها ؛ مختصر القدوري ص ٤٧٠ .

(٤) في ب (العنب) .

حلالٌ، وقال شريكٌ: هو حلالٌ طبخ أو لم يطبخ، وقال مالك والشافعي: كل شراب أسكر كثيره فقليله حرامٌ^(١).

أمّا الكلام على شريك، فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الخمير من هاتين الشجرتين»^(٢)، قال: و«من» للابتداء، فكُل ما كان من النخل والكرم على حكم^(٣) الابتداء، فهو محرّمٌ بهذا الظاهر ما لم يطبخ وهو على حدّ الابتداء.

وأمّا المطبوخ، فالأصل في إباحته: ما روى أبو مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ طاف بالبيت في حجة الوداع، ثم استسقى من السقاية، فأتي بشراب فشمّه وقطّب، ثم دعا بماء فصبّه عليه وشرب منه وقال: «إذا اغتلمت عليكم هذه الأشربة، فاكسروا متونها بالماء»^(٤)، وهذا يدلّ على جواز شرب النبيذ [الشديد].

ومن حمل ذلك على الحموضة فقد غلط؛ لأنّ الخمر لا يستسقى في السقاية، ولا يشربه الناس، ويدلّ عليه ما روي أنّه ﷺ قال: «كنت نهيتكم عن الأوعية، ثم رأيت أنها لا تحرم شيئاً، فانتبذوا واشربوا ولا تشربوا مسكراً»^(٥)، والأوعية المنهية عنها: هي التي تُحدث في الشراب شدّةً، فدلتّ الإباحة بعد

(١) قال ابن جزى: «الخمير حرام قليلها وكثيرها إجماعاً». انظر: المزني ص ٢٦٥؛ رحمة الأمة ص ٢٤٠؛ قوانين الأحكام الشرعية ص ١٩٤.

(٢) أخرجه مسلم (١٩٨٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في ب (حال).

(٤) أخرجه النسائي (٥٦٤٩) من طريق عبد الملك بن نافع عن ابن عمر، وقال البخاري: لا يتابع عليه، وقال أبو حاتم: هذا حديثٌ منكرٌ، وعبد الملك بن نافع شيخٌ مجهولٌ. انظر نصب الراية للزيلعي (٣٠٨/٤)

(٥) أخرجه مسلم (٩٧٧) من حديث بريدة رضي الله عنه.

الحظر على جواز^(١) شرب النبيذ الشديد ما لم يسكر .

وروى ابن مسعود أنه قال: شهدت تحريم النبيذ كما شهدت ، وشهدت إباحته وغبتم^(٢) ، فحكى إباحته بعد الحظر ، والإباحة بعد الحظر لا تكون إلا من صاحب الشريعة .

وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: إننا نأكل لحم الجزور ، ونشرب النبيذ الشديد ، فيقطعه في بطوننا^(٣) .

وروي أنه أتى بسكران فقال له: إنما شربت من إداوتك ، فطلب له مخرجاً فلم يجد ، فحدّه ، ثم أخذ الإداوة فشرّب منها وقطّب ، وقال: هذا الذي قتله^(٤) ، وهذا يدلّ على جواز شرب ما يسكر كثيره ، ولأنّ الأشربة كانت كثيرةً بالمدينة من غير العنب ، وكانت الخمر قليلةً ؛ لأنّها كانت تحمل من الشام .

وعند مخالفتنا أنّ تحريم سائر الأشربة كتحریم الخمر ، ولو كان كذلك لكان بيان تحريم سائر الأشربة كبيان تحريم الخمر أو أقوى ، فلما حرمت الخمر بطريقٍ مقطوعٍ به ، ولم يوجد مثل ذلك في غيرها مع شدة الحاجة إلى العلم به ، دلّ على أنّهما لا يتساويان في التحريم ؛ ولأنّ كلّ نوعٍ حرّمه الله تعالى فقد أباح من نوعه ما يتعوّض به عنه ، فلما حرم الخمر أباح ما يتعوّض به عنها ، وهي الأشربة المشتدّة ، فلو قلنا بتحریم جميعها ، لم يتعوّض عن تحريم الخمر بما يسدّ مسدها ،

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٢١٠/٥) ، وعزاه لابن جرير .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٥٩/٤) ؛ والبيهقي في الكبرى (٢٩٩/٨) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٠٢/٥) ؛ والعقيلي في الضعفاء (١٠٤/٢) ؛ والدارقطني في السنن (٢٦٠/٤) وقال: (لا يثبت هذا) .

وهذا خلاف الأصول .

فأما دعوى مخالفتنا: أن الأنبذة مُحَرَّمَةٌ بتحريم الخمر؛ لأن اسم الخمر يتناول كل شراب مسكر، فهو غلط؛ لأن الخمر عند العرب من عصير العنب إذا اشتد، وما سواه خصّوه بأسماء أُخر .

وطريق العرب في الفرق بين الإسامي: أن يخصّوا كل عينٍ باسم، فدل ذلك على نفي الاشتراك، إلا أن ينقل عنهم ما يقتضي الاشتراك، وإذا لم يسم ذلك خمراً لم يدخل في الآية التي اقتضت تحريم الخمر؛ ولأن الأمة اجتمعت على تحريم الخمر، ويكفر مستحلّها، وأجمعوا أن من استحل غير الخمر لا يكفر، ولا بد أن يكون أحد الأمرين غير الآخر، حتى لا يجمعوا على حكمين ضدّين .

وأما قولهم: إن الخمر إنّما سمّيت بذلك لمخامرة العقل، وهذا المعنى موجودٌ في النيذ .

فغلط؛ لأنّه [ب/٤٩١] قد قيل: إن الخمر سمّيت خمراً للخمرة^(١)، ولو سلمنا ما قالوا، لم يلزم أن تطرد العلة، ألا ترى أنّهم قد يسموا أعياناً بأسامي لم يخصوها^(٢) بها، وإن وُجد معناها في غيرها، كما قالوا في الفرس الذي اجتمع فيه السواد والبياض: أبلق، ولم يقولوا للثوب: أبلق، وقد قالوا للنجم: نجماً لظهوره، [يقال: نجّم، أي ظهر]، ولم يسموا كلّ ظاهرٍ: نجماً، فلا يمتنع أن تسمّى الخمر [خمراً] لمخامرة العقل، ولا يسمّى كلّ ما خامر العقل خمراً .

فأما احتجاجهم بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كلّ مسكرٍ خمراً»^(٣)،

(١) في ب (لعينها) .

(٢) في ب (ثم خصوها) .

(٣) أخرجه مسلم (٢٠٠٣)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

[فقد] قال يحيى بن معين: إن هذا لا يصحّ عن رسول الله ﷺ، ولو ثبت لكان الجواب عنه: أن النبي ﷺ لا يعلمنا الأسامي، وإنما يعلمنا الأحكام، فكأنه قال: ما أسكر كثيره^(١) فحكمه حكم الخمر، [وكذلك نقول].

وكذلك الجواب عمّا روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الخمر في النخل والكرم والحنطة والشعير والذرة»^(٢).

فأمّا قولهم: إنّ العصير إذا حدث فيه شدةٌ سُمّي خمرًا، فإذا زالت الشدة زال الاسم، ولا يمتنع أن يسمّى الشيء باسم لوجود معنى فيه ويخصّ الاسم به، فلا يسمون ما وجد فيه ذلك المعنى باسمه، كما ذكرناه في الجنين.

فأمّا الذي روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كلّ مسكرٍ حرامٌّ»^(٣). و: «ما أسكر كثيره فقليله حرامٌّ»^(٤)، و: «ما أسكر الفرق منه، فالجرعة منه حرامٌّ»^(٥).

لا دلالة لهم فيه؛ لأنّه يجوز^(٦) أن يكون قبل الإباحة، وقد قدّمنا أن الإباحة حدثت بعد الحظر؛ ولأنّ المسكر ما حدث السكر عنده، كما أن المؤلم ما حدث عنده الألم، والسكر إنّما يكون من القدح الأخير دون غيره، (واليسير لا يحدث

(١) في ب (كل مسكر).

(٢) أخرجه البخاري (٥٢٦٦)؛ ومسلم (٣٠٣٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وليس فيه ذكر (الذرة)، وفيه مكانها (العسل).

(٣) أخرجه البخاري (٥٧٧٣)؛ ومسلم (٩٧٧).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٨١)؛ والترمذي (١٨٦٦) وقال: (حسنٌ غريبٌ)؛ وابن ماجه (٣٣٩٣)، من حديث جابر رضي الله عنه.

(٥) أخرجه أبو داود (٣٦٨٧)؛ والترمذي (١٨٦٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها، وقال الترمذي (حديثٌ حسنٌ).

(٦) في ب (يحتمل).



فيه السكر، فلا يسمى مسكراً، كما لا يقال: الطعام مشبعٌ وإن حدث الشبع منه مع غيره^(١).

فأما قوله ﷺ: «ما أسكر كثيره فقليله حرامٌ»، فصحيح على قولنا؛ لأنه إذا شرب الكثير فسكر، فالمحرم منه ما حدث منه السكر، وما قبل ذلك غير محرم، فإذا^(٢) المحرم في الحقيقة هو اليسير الذي يسكر كثيره.

قالوا: الشدة المطربة سببٌ للتحريم بدلالة الخمر.

والجواب: أن الخمر لا يجوز أن تكون حُرِّمت لهذه العلة؛ لأنَّ قليلها وكثيرها حرامٌ على وجهٍ واحدٍ، وهذه العلة لا توجد في القليل.

ولا يقال: إنَّ الحكم يوجد بوجودها ويعدم بعدمها؛ لأنَّ القليل منها إذا حرم بالطريق الذي حرم الكثير - وهذه العلة لا توجد فيه - دلَّ على فسادها وإن وجد الحكم بوجودها وعدم بعدمها؛ ولأنَّه ليس تعليق الحكم بما قالوه أولى ممَّن قال: العلة فيها أنَّها نيةٌ مشتدَّةٌ، فلا يمكن أن يرد الحكم إلى المطبوخ، والحكم يوجد بوجود هذه [العلة] في الأصل، ويعدم بعدمها.

فإن قالوا: إنَّ العلة عندنا وجود هذا المعنى في الكثير، فدلَّ على أنَّ تحريم الجنس لم يصح؛ لأنَّ الأصل أنَّ الأحكام تعللُّ بعلةٍ فيها لا في غيرها، فلا يجوز أن نعللَّ القليل بعلةٍ توجد في غيره.



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (فأما).

٢٩٤٦ - فَصْل: [النبيذ من التين والعسل والحنطة]

وأما الأنبذة من غير التمر والعنب، مثل التين والعسل والحنطة والشعير والذرة، فلا يعتبر فيه الطبخ؛ لأن النبي ﷺ قال: «الخمير من هاتين الشجرتين»^(١)، فخصّ التحريم بهما؛ ولأنّ هذه أطعمة معتادة، فلا تعتبر الشدة^(٢) فيها وحدوث السكر، كما لا يعتبر السكر الذي يوجد في الخبز الذي يوجد في بعض البلاد، والسكر الذي يوجد بشرب اللبن.

٢٩٤٧ - فَصْل: [في الأنبذة]

[قال]: قد بينا مذهب أبي حنيفة في الأنبذة، فأما قول أبي يوسف ومحمد، فكان قولهما: إنّ النبيذ المطبوخ إذا كان لا يفسد بالبقاء عشرة أيام فصاعداً فهو حرام، وإن كان يفسد فهو مباح، وإن اشتدّ.

ثم رجع أبو يوسف عن هذا [القول] إلى قول أبي حنيفة، وروى رجوعه محمد بن الحسن، وبشر بن الوليد، ومعلّى.

وأما محمد، فروى أنّه وقف في ذلك وقال: لا أحرمه ولا أبيحه.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: في النبيذ التين والذرة والحنطة والشعير إذا اشتدّ: فهو مكروه، [فإن شرب منه حتى سكر لم يُحدّ، وأجمع الرواة عن أبي حنيفة أنّ ذلك غير مكروه]، وهو الصحيح؛ لأنّ هذه الأشياء مأكولة، فلا يعتد بحدوث الشدة فيها.

(١) أخرجه مسلم (١٩٨٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

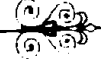
(٢) في ب (تتغير بالشدة).

ووجه رواية الحسن: أن ما حدث فيه الشدة - وهو باقٍ على أصل خلقته لم يتغير عنها - لم يجز شربه كنعيق التمر والزبيب .

وقد ذكر محمدٌ في الأصل في نبيذ التوت والتين وقصب السكر والفانيد^(١) والناطف^(٢) والقند^(٣) والأرز ، قال: لا بأس بذلك ، وقال في موضعٍ آخر: لا بأس الشراب الذي يصنع من البرِّ والشعير ، فيعتق ، وهذا على ما قدمناه .



-
- (١) كلمة أعجمية ، وهو نوعٌ من الحلوى يعمل من القند والنشأ . انظر المصباح المنير (فند)
- (٢) هو نوعٌ من الحلوى يسمى القبيطي ، سمي بذلك لأنه ينطف قبل استضراجه ، أي يقطر . انظر المصباح المنير (نطف)
- (٣) هو عسل قصب السكر إذا جمد . انظر القاموس المحيط (قند) .



بَابُ

مَا يَخْرُجُ مِنَ الْكَرْمِ وَالنَّخْلِ إِذَا طَبَخَ



قال: وما طُبَخَ من التمر، أو ما يخرج من النخل^(١)، فأنضجته النار فنبذ، فلا بأس به، كان فيه راذي^(٢) أو غير ذلك^(٣) ممّا يشتدّ به ويصلب، فليس في طبخه حدٌّ فيما يذهب [منه] بالنار، وهذا صحيحٌ؛ لأنّ المعبر الطبخ الذي يخرج من حكم الابتداء، وقليل الطبخ في ذلك ككثيره إذا نضج.

وأما الراذي، فلا حكم له؛ لأنّه يجعل فيه لتحدث الشدة، وقد بيّنا أنّ الشدة لا تؤثر فيه التحريم.

فأمّا عصير العنب، فالمعتبر فيه أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه، وقد بيّنا ذلك. وأمّا الزبيب فهو كالتمر، يعتبر فيه أدنى طبخ؛ لأنّه يخرج بذلك عن حكم الابتداء.

واختلفت الرواية في الزبيب إذا نُقِعَ وَصُنِّيَ ماؤه ثم طُبَخَ: فروى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنّه لا يحلّ حتى يذهب ثلثاه.

وحكى هشام عن أبي يوسف: أنّه يعتبر فيه أدنى طبخ؛ (لأنّه يخرج بذلك

(١) (من النخل) سقطت من ب.

(٢) هو شيء يجعلونه في نبيذ التمر عند الطبخ لتقوى به شدته وينتقص من النفخ الذي هو فيه. انظر المبسوط للسرخسي (٢٠/٢٤)

(٣) في ب (أو غير راذي).

عن حكم الابتداء^(١).

قال هشام: وقد روى محمد عن أبي يوسف خلاف هذا، فلعل ذلك رجوع من أبي يوسف.

وجه الرواية التي اعتبر فيها ذهاب الثلثين: أنه إذا نُقع وُصِّفَ عاد إلى صفة العصير، فيعتبر فيه ما يعتبر في العصير.

وجه الرواية الأخرى: أنه بالجفاف فارق صفة العصير^(٢)، فصار كالتمر، (وقد حكى عن بعض السلف أنه قال: ما استخرج ماؤه بنفسه فهو حرام، وما استخرج ماؤه بغيره فهو حلال، والزبيب يستخرج ماؤه بغيره، فهو كالتمر)^(٣).

وقد حكى الحسن عن أبي حنيفة في نقيع الزبيب إذا اشتد: لم يُحد في شربه إلا أن يسكر، وإن باعه جاز بيعه في قياس قول أبي حنيفة (وأبي يوسف وزفر).

وأما الحد، فلا يجبُ شربه؛ لأنه مختلفٌ في تحريمه؛ فلذلك جاز بيعه عند أبي حنيفة^(٤)، فأما أبو يوسف: فالصحيح من مذهبه أن بيعه لا يجوز؛ لأنه شرابٌ محرّمٌ.

٢٩٤٨ - [فصل: في الخليطين]

قال الحسن عن أبي حنيفة: لا بأس بالخليطين: [التمر والزبيب، والعنب

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (العنب).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

والتمر، والأصل في إباحة الخليطين]: أن كل واحدٍ منهما لو نبذ على الانفراد حلّ، فكذلك إذا اجتمعا، والذي روي «عن النبي ﷺ أنه نهى عن الخليطين»^(١)، فإنما ذلك لشدة العيش في زمانه، وفي هذا ضربٌ من التوسّع، ولهذا روي أنه نهى عن الجمع [٤٩٢/أ] بين تمرتين ولقمتين^(٢).

فأمّا الزبيب والعنب والتمر، فيجب أن يُعتبر فيه ذهاب الثلثين على رواية أبي يوسف، وإنّما ذكر هذا الحسن؛ لأنّه روي عن أبي حنيفة: أن العنب كالتمر والزبيب، يعتبر فيه أدنى طبخ، وقد بين محمدٌ في الأصل: أن الزبيب والعنب إذا اجتمعا، أن المعتبر ذهاب الثلثين، كما لو طبخ العنب على حياله.

قال مُعَلَّى في نوادره - في تمرٍ طبخ ثم ألقى فيه تمرٌ فغلى، قال: إذا كان التمر الذي فيه لو نبذ على حدةٍ لكان منه نبيذٌ، فلا خير في هذا النبيذ، هذا مطبوخٌ ونقيعٌ، ولو لم يُطرح فيه تمرٌ وطرح فيه زبيبٌ [قد ينبذ] مثله على حدةٍ، كان مثل ذلك؛ وذلك لأنّه ألقى تمرًا لم يطبخ بعد إلقائه حتى ينضج، وهو مما يثبت حكمه بنفسه لكثرتة، فقد جمع بين الطبخ والنقيع، فلا يجوز.

وأما إذا كان يسيراً لا ينبذ بنفسه، لم يعتدّ به؛ لأنّه لا يحدث فيه الشدة بانفراده، فلا يغيّر حكم المطبوخ.

قال: ولو صبّ قدح نقيعٍ في خابية مطبوخٍ أفسده، وهذا صحيحٌ؛ لأنّ النقيع المشتدّ حرامٌ، والحظر والإباحة إذا اجتمعا فالحكم للحظر [دون الإباحة]^(٣).

(١) أخرجه البخاري (٥٢٧٩)؛ ومسلم (١٩٨٧) من حديث أبي سعيد رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٥١٣١)؛ ومسلم (٢٠٤٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٧٧، ٢٧٨.

بَابُ المُسكرِ ما هو؟

—•••••—

قال: جملة هذا الباب: أن المسكر ما حدث عنه^(١) السُّكر، كما أن المشبع ما حدث منه^(٢) الشبع، والمؤلم ما حدث منه الألم، وهذا المعنى هو القدح الأخير.

ولا يقال: إن السكر لا يقع بالجزء الآخر إلا بعد تقدّم الجزء الأول، فصار السكر بهما؛ لأنّ الأول لا يمتنع أن يكون سبباً، والعلّة ما جاوره الحكم.

قال بشر عن أبي يوسف: المسكر عندنا القدح الأخير.

قال بشر: [وقال أبو يوسف]: وكان أبو حنيفة يقول: إنّما يحرم القدح الذي أسكر.

قال أبو يوسف: إن قعد يطلب السكر، فالأول عليه حرامٌ، والمقعد عليه حرامٌ، والمشى إلى المقعد عليه حرامٌ؛ وذلك لأنّ السكر إذا كان محرماً، فما يتوصّل به إليه في حكمه، كما أن المشى إلى الزنا محرّمٌ.

وروى محمدٌ عن أبي يوسف [عن الكلبي] عن أبي صالح عن ابن عباس أنّه قال: (الكأس المسكر هو الحرام)^(٣)، وهذا يوافق قولنا، وليس يمتنع أن

(١) في ب (عنده).

(٢) في ب (عنده).

(٣) وذكره السرخسي في المبسوط (٩/٢٤)

يختلف حدّ كثير الشيء وقليله ، كما أنّ القليل من الدم يعفى عنه في الصلاة ، وكثيره يمنع منه ، وكما أنّ النفقة مباحةٌ والسرف فيها محرّمٌ .

وقد قالوا: إنّ شُرْب البنج يجوز للتداوي ، فإذا أزال العقل لم يجز .

قال أبو الحسن: واعلم أنّ الروايات عن رسول الله ﷺ بالتحريم ضربان: أحد الضربين محرّمٌ لأجل ظرفه [الذي انتُبد فيه] ، وهو ما روي (أنّه نهى عن الدباء والحنتم والنقير والمزفت) ونحو ذلك^(١) ، وهذا الضرب منسوخٌ عندنا بسنة رسول الله ﷺ ، يعني: أنّه ورد عنه أنّه قال: «كنت نهيتكم عن الظروف ، ثم رأيت أنّها لا تحرم شيئاً ، فانتبذوا ولا تشربوا مُسكرًا»^(٢) .

قال: والضرب الآخر: التحريم لنفس المشروب ، وهو قوله: «كلّ مسكرٍ حرامٌ»^(٣) ، واختلف العلماء فيما وقع عليه قوله: «كلّ مسكرٍ حرامٌ» ، فقال طائفةٌ: هي الشربة التي يعقبها السكر ، وقالت الطائفة الأخرى: ما أسكر كثيره فالمسكر واقعٌ على جميعه [قليله وكثيره] ، والتأويل الأول أصحّ [عندنا] .

والاختلاف المشهور عن الفقهاء وأهل الحديث ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنّ ما أسكر كثيره فقليله وكثيره حرامٌ ، نيئاً كان أو مطبوخاً .

وقولٌ ثانٍ: وهو أنّ نيء ذلك إذا اشتدّ حرامٌ كثيره وقليله .

وقول ثالثٌ: أنّ نيء ذلك ومطبوخه حلالٌ ، ما خلا ما خرج من الكرم

(١) أخرجه البخاري (٥٣) ؛ ومسلم (١٧) ، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه مسلم (٩٧٧) من حديث بريدة رضي الله عنها .

(٣) أخرجه البخاري (٥٧٧٣) ؛ ومسلم (٩٧٧) .

والنخل ، فإن نبيء ذلك حرامٌ كثيره وقليله ، ومطبوخه حلالٌ إلا الشَّرْبَةُ التي تُسكِرُ .
 وشرط بعضهم في مطبوخ العصير والزبيب: أن يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى
 ثلثه ، ولم يشترطوا في غير العصير والزبيب ذلك .
 وسوّى الفريق الآخر بين سائر ما يطبخ من ذلك إذا غيّرت النار عن حاله ،
 ونقلته عما كان عليه ، [قليلٌ ذهب منه أو كثيرٌ] .

فأمّا [ما جاء] في نسخ التحريم بالظروف ، فحديث أبي بردة عن أبيه عن
 النبي ﷺ أنه قال: «نهيتكم عن ثلاث: عن زيارة القبور ، فزوروها ، فقد أُذن
 لمحمدٍ في زيارة قبر أمّه ، ولا تقولوا هُجْرًا ، وعن لحوم الأضاحي أن تمسكوها
 فوق ثلاثٍ ، فأمسكوها ما بدا لكم وتزودوا ، فإنّا إنّما نهيناكم ليوسّع موسركم
 على فقيركم ، وعن النبيذ في الدُّبَاءِ والحَنْتَمِ والمزفّت [والمقيّر] ، فاشربوا في
 كلّ ظرفٍ ، فإنّ الظرف لا يحلّ شيئاً ولا يحرمه ، ولا تشربوا المسكر»^(١) .

وروى ابن مسعود عن النبي ﷺ نحو ذلك^(٢) ، وروى أبو بردة بن نيار قال:
 قال رسول الله ﷺ: «اشربوا في الظروف ولا تسكروا»^(٣) .

وذكر أبو الحسن عن نعيم بن حماد قال: كُنّا عند يحيى بن سعيد القطان
 بالكوفة وهو يحدثنا في تحريم النبيذ ، فجاء أبو بكر بن عياش حتى وقف عليه ،

(١) رواه بلفظٍ قريبٍ من هذا من حديث أبي سعيد: مالك في الموطأ (٤٨٥/٢)؛ وأحمد (١١٦٢٤)؛
 ورواه من حديث أبي موسى الأشعري: النسائي (٢٠٣٣)؛ وروى بعضه مسلم من حديث أبي
 موسى (٩٧٧) .

(٢) رواه ابن ماجه (٣٤٠٦)؛ وقال البوصيري في مصباح الزجاجة: (هذا إسنادٌ صحيحٌ رجاله ثقاتٌ)
 (٤٢/٤) .

(٣) أخرجه النسائي (٥٦٧٧) وقال: (هذا حديثٌ منكرٌ) .

فقال أبو بكر: اسكت يا صبي! حدثنا الأعمش عن إبراهيم عن علقمة قال: شربنا عند ابن مسعود شراباً صلباً آخره يُسكر، وحدثنا أبو إسحاق عن عمرو بن ميمون قال: شهدت عمر بن الخطاب حين طعن أُتِي بنبيذ فشرب، قال: فعجبنا من قول أبي بكر ليحيى: اسكت يا صبي! (١).

[وعن عمرو بن ميمون قال: سمعت عمر يقول: إننا نشرب هذا النبيذ الشديد ليقطع لحوم الإبل في بطوننا] (٢).

وذكر عن عبد الله بن الحارث قال: خرج عمر بن الخطاب حاجاً أو معتمراً، فجعل له أمير من الأمراء طعاماً، فلم يبلغهم حتى اشتدّ النبيذ، فأُتِي بالطعام فطعم، ثم أُتِي بنبيذ زبيب، فلما شمّه قطّب ثم قال: إن في زبيب الطائف لغراماً، ثم دعا بماء فصبّه عليه ثم شرب (٣).

وعن سعيد بن المسيب: أن ناساً من ثقيف أتوا عمر وهو قريبٌ من مكة، فدعا بأشربتهم (٤)، فأتوه بقدرح من نبيذ، فقربه إلى فيه، ثم دعا بماء فصبّه عليه مرّتين أو ثلاثاً، وقال: إذا رابكم شرابكم، فاكسروه بالماء (٥).

وعن عليّ رضوان الله تعالى عليه أنه قال: إن القوم ليجلسون على الشراب

(١) رواه الجصاص في أحكام القرآن (٤/١٢٦)، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، ت: محمد الصادق، ط ١٤٠٥هـ).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/٢٥٩)؛ والبيهقي في الكبرى (٨/٢٩٩).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/٧٩)؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٢١٨)، (دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٣٩٩هـ).

(٤) في أ (فدعاهم ناس منه).

(٥) أخرجه النسائي (٥٧٠٥).

وهو لهم حلالٌ ، فلا يزالون حتى يحرم عليهم^(١) . وهذا يدلّ على إباحة ما يسكر كثيره .

وقال الشعبيّ: شهد عندي عبد الرحمن بن أبي ليلى أنّه شرب نبيذاً [شديداً] في الجرار الخضر عند البدرية من أصحاب رسول الله ﷺ [من الأنصار]^(٢) .

وعن الشعبيّ قال: رزق عليّ ﷺ طلاءً^(٣) من طلاء عانات ، فشرب منه رجلٌ فسكر ، فجلده^(٤) .

وقال عامر: شرب رجلٌ من إداوة عُمر ، فسكر ، فجلده عمر ثمانين^(٥) .

وذكر عن ابن عباس أنّه قال: حرّمت الخمرة بعينها ، القليل منها والكثير ، والمسكر من كل شراب^(٦) .

وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: شربت عند علي بن أبي طالب نبيذاً فخرجت من عنده عند المغرب ، فأرسل معي قنبراً مولاه يهديني إلى بيتنا^(٧) .

(١) هو عن ابن مسعود رضي الله عنه ، لا عن علي ، كما رواه الطحاوي في شرح المشكل (٢٢٠/٤)

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٨٠/٥) .

(٣) والطلاء: كل ما يُطلى به من قَطِران أو نحوه ، ويقال لكل ما خثر من الأشرطة: طلاء على التشبيه ، حتى سمي به المثلث: وهو ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب منه ثلثاه . انظر: المغرب (طلي) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٦١/٤) ، وقال: (لا يثبت) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٠٢/٥) ؛ والعقيلي في الضعفاء (١٠٤/٢) ؛ والدارقطني في السنن (٢٦٠/٤) ، وقال: (لا يثبت هذا) .

(٦) أخرجه النسائي (٥٦٨٤) ؛ والطبراني (٣٣٨/١٠) ؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (عزاه صاحب الأطراف إلى النسائي ولم أره ، ورواه الطبراني بأسانيد ورجال بعضها رجال الصحيح) (٥٣/٥) .

(٧) وذكره السرخسي في المبسوط (١٢/٢٤) .

وهذا محمولٌ على أنه شرب ما يظنُّ أنه لا يغيره ، فغيره ذلك .

وذكر أبو بكر بن عياش عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « كل مسكرٍ حرامٌ » ، فقلنا : يا ابن عباس : إن هذا النبيذ الذي يشرب ليسكرنا ، قال : ليس هكذا ، إن شرب أحدكم تسعة أقداح فلم يسكر فهو حلالٌ ، وإن شرب العاشر فسكر فهو حرامٌ^(١) .

وذكر عن ابن مسعود قال : شهدت تحريم النبيذ كما شهدت ، ثم شهدت تحليله كما شهدت ، فنسيتم وحفظت^(٢) [٤٩٢/ب] ، وقال إبراهيم : المسكر الشربة التي تُسكر^(٣) .

وعن الحسن بن عليٍّ رضي الله عنه أنه سئل عن النبيذ فقال : اشرب ، فإذا رهبت أن تسكر فدعه^(٤) ، وروي أن رجلاً أخذ بساق عليٍّ رضي الله عنه ، فقال : أفتني في النبيذ ، فقال : اشرب ولا تسكر^(٥) .

وذكر عن الشعبي وإبراهيم أنهما كانا يشربان النبيذ المسكر^(٦) .

وعن عطاء وإبراهيم : لا يضرب في النبيذ إلا^(٧) من سكر^(٨) .

(١) رواه الجصاص في أحكام القرآن (٤ : ١٢٥) .

(٢) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٥/٢١٠) ، وعزاه لابن جرير .

(٣) رواه الدارقطني في السنن (٤/٢٥٠) ؛ والبيهقي في الكبرى (٨/٢٩٨) ؛ وصححه ابن حجر في الفتح (٤١/١٠) .

(٤) ابن أبي شيبة (٥/٧٩) من طريق سماك عن رجل عن الحسن ، وفيه إبهام الرجل .

(٥) لم أجده .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/٨٤) ، ولكن بلفظ : (نبيذ الجر) .

(٧) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٨) لم أجده .

وذكر الحكم عن شريح أنه كان يشرب الطلاء الشديد والمُنصف^(١)، فذكرت ذلك لإبراهيم، فقال: وما ذاك؟ فدعا به إبراهيم [من أهله]، فسقاه أصحابه، فمنهم من شرب ومنهم من كره شربه^(٢).

وذكر عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن نبيذ الجر، فقالت: يا نساء المؤمنين! إنكنّ تسألن عن أوعية وظروفٍ ما كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلتتنق إحداكنّ ولا تشرب ما يسكرها، فإن أسكرها ماء حبّها فلتتجنّب^(٣).

وعن سعيد بن مسروق قال: دعيت أنا وبكر بن معز إلى طعام فسقينا نبيذ الدّنّ، فأبيت أن أشرب، قال: فنظر إلي نظراً علمت أنه قد مقتني^(٤).

قال أبو الحسن: فهؤلاء الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأهل بدر: عليّ وعمر وعبد الله بن مسعود وأبو مسعود^(٥) قد ثبت عنهم ما ذكرناه من تحليل شرب النبيذ، وما روي عن عليّ رضي الله عنه من قوله: إنّ القوم يجلسون على الشراب وهو لهم حلال، فما يزالون حتى يحرم عليهم، فمعناه: أن يبلغوا السكر.

وروي عنه أنه رزق الناس الطلاء، فشرب منه رجل فسكر، فحدّه، وما روي عن عبد الله بن مسعود، فهو [مطروح]^(٦)؛ لأنّ علقمة روى أنه شرب عنده

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٩١/٥). «والمُنصف من العصير: ما طُبخ على النصف». المغرب (نصف).

(٢) في ب (ومنهم من كرهه لشدته).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٦٧/٥)؛ والبيهقي في الكبرى (٣١١/٨)؛ وصححه الحاكم في المستدرک، قال: (صحيح الإسناد ولم يخرجاه) (٤/١٦٤)، ووافقه الذهبي.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٨٢/٥)، ولكن بلفظ: (ظننت أنه يمقتني).

(٥) (وأبو مسعود) سقطت من ب.

(٦) في أ (مصرّح) والمثبت من ب.

نبيذاً صلباً آخره يُسكر .

وقال أبو وائل: شربت عنده نبيذاً شديداً^(١)، وقول عبد الله: شهدنا تحريمه كما شهدتم، ثم شهدنا تحليله فحفظت ونسيتم، يدل على نسخ التحريم .

وحديث ابن عباس: ما ترك لناظرٍ شكاً [ولا شبهة] حين قال: حرمت الخمر لعينها، القليل منها والكثير، والسكر من كلِّ شرابٍ، فأخبر أن قليل الخمر وكثيرها يحرم ما أسكر منه وما لم يُسكر، وأن السكر من غيرها هو المحرم خاصةً دون ما سواه .

وقد روى عمر وابن عباس: كلُّ مسكرٍ حرامٌ، فأباحتهما قليل ذلك دليلٌ على أن التأويل ما قلنا، وهو: أن المراد بالخبر ما يكون عنده السكر، فانظر في الأخبار، فما ورد فيها من ذكر الظروف، فهو منسوخٌ [بما ذكرناه]، وما كان بلفظ: «كلُّ مسكرٍ حرامٌ»، فالتأويل فيه ما قد دللنا عليه، [وأوضحنا أنه الشربة الأخيرة] .

وقد روي لفظ آخر: أنه ﷺ قال: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام»^(٢)، وروي: «ما أسكر الفرق منه، فملء الكف حرام»^(٣)، فلهما وجهان من التأويل: أحدهما: رواه بشر عن أبي يوسف أنه إذا جلس على الشرب يقصد السكر، فالقليل والكثير حرامٌ .

والتأويل [الثاني] ما قدّمناه: أن المسكر جزءٌ منه، وهو ما أحدث السكر،

(١) ذكره ابن حجر في الفتح (٤٤/١٠)، وعزاه إلى ابن أبي شيبة .

(٢) سبق تخريجه .

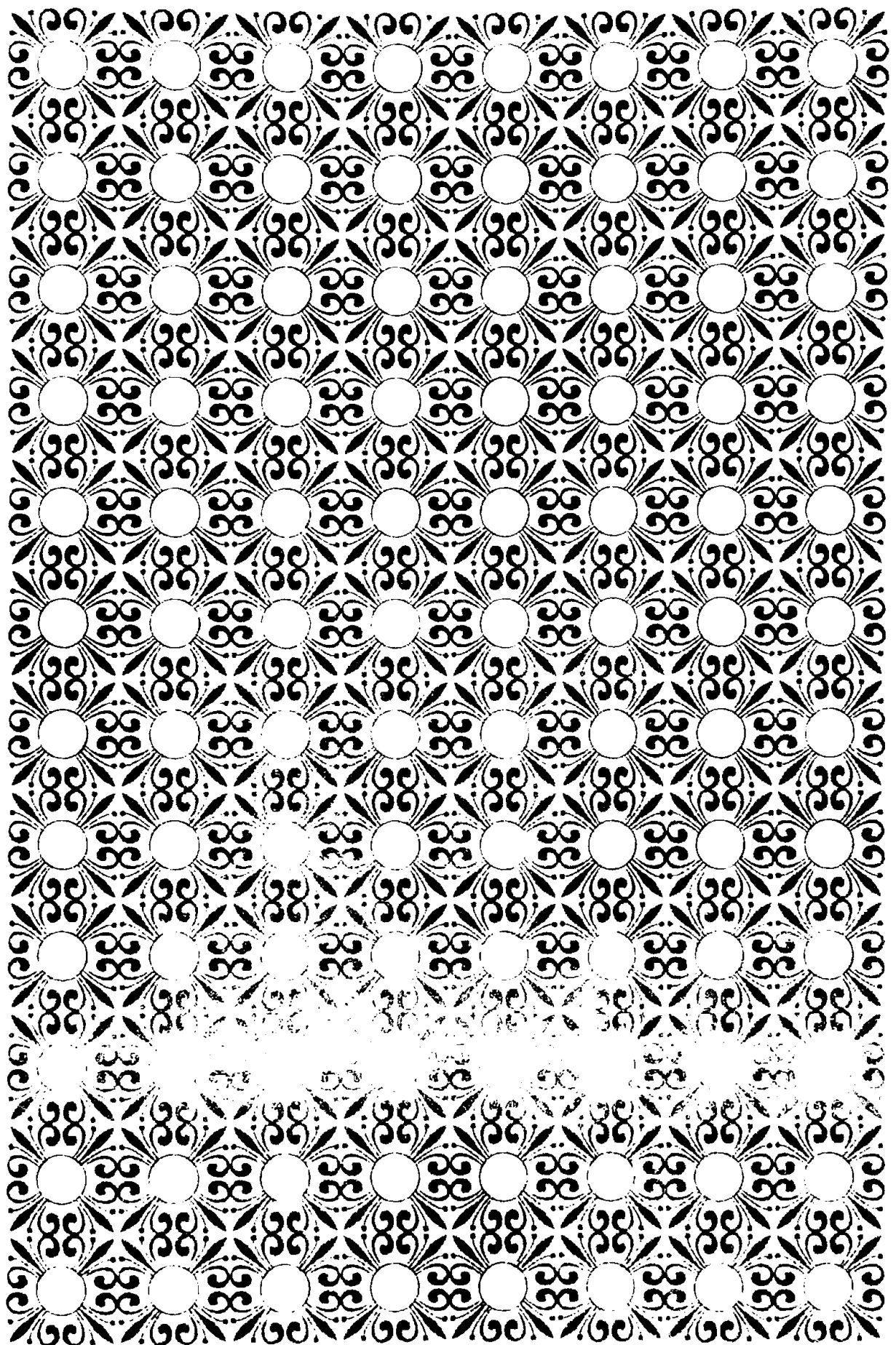
(٣) سبق تخريجه .

وذلك حرامٌ.

فأمّا الحجة في تحريم ما لم يطبخ من التمر والزبيب ، فما روينا عن ابن مسعود أنه سئل عن السكر فقال: لم يكن الله ليجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ، فنصّ على تحريم السكر ، وهذا القطع لا يكون إلا بنصّ ، لولا ذلك لم يقطع على الله تعالى به (١) .



(١) انظر: الأصل ٤٥/٨ وما بعدها ، الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥٦١ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٥٥/٦ وما بعدها .



[٨٦] كتاب الكفارات



(قال الشيخ رفع الله قدره)^(١): هذا كتابٌ أفرده الشيخ أبو الحسن عليه السلام ، ولم يفرده أصحابنا ، وإنما ذكروا الكفارات^(٢) متفرقةً في مواضعها ، وأكثر ما فيه من المسائل [قد] مضت .

قال أبو الحسن : قال الله تعالى : ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] ، فابتدأ بكفارة اليمين ؛ لأنها أوسع الكفارات أنواعاً ؛ ولأنّ البلوى بالأيمان أكثر من البلوى بأسباب الكفارات .

واليمين [عندنا] على ضربين : أحدهما : على الماضي ، والآخر على المستقبل .

فالماضي على ضربين : لغوٌ وغموسٌ ، ولا كفارة في واحدٍ منهما ، وقد بيّنا ذلك في الأيمان .

وأما المستقبل : فهي اليمين المنعقدة ، والكفارة تتعلّق بها لقوله تعالى : ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرْتُهُ وَإِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ [المائدة: ٨٩] .

والكفارات تجب على وجهين : أحدهما : على الترتيب ، كفارة الظهار

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) الكفارات جمع الكفارة ، والكفارة من كَفَّرَه : إذا ستره ، وكَفَّرَ اللهُ عَنْهُ الذَّنْبَ : محاه ، ومنه الكفارة ؛ لأنها تكفر الذنوب ، ومنها : وكَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ : إذا فعل الكفارة . انظر : المغرب ؛ المصباح (كفر) . وعرفها بعضهم : بأنها «تصرف أوجه الشرع لمحو ذنب معيّن ، كالإعتاق ، والإطعام ، وغير ذلك» . معجم لغة الفقهاء (كفر) .

والقتل، والآخر: كفارة الأذى، وهو على التخيير، (وكفارة اليمين تجمع الترتيب والتخيير)^(١)، فالتخيير بين الإطعام والكسوة والعتق، والترتيب بين هذه الأشياء وبين الصيام، والدليل على أنه مخير بين الأشياء الثلاثة؛ أن الله تعالى ذكرها بلفظ: (أو)، وظاهر هذا اللفظ يفيد التخيير؛ ولأنه بدأ بالأخف وختم بالأغلظ، فلو كان مراده الترتيب لبدأ بالأغلظ وختم بالأخف.

وأما الإطعام إذا اختاره المكفر، فهو إطعام عشرة مساكين كما قال الله تعالى، يجرى في ذلك التملك والتمكين؛ [فأما التملك فلا خلاف فيه، وأما التمكين]؛ فلأن الله قال: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، (وإطعام الأهل يكون بالتمكين دون التملك في العادة)^(٢).

وأما صفة التمكين: فهو أن يغدي المساكين ويغديهم في يوم^(٣)، فتحصل له الكفاف^(٤)، أو يغديهم ويغديهم في يوم آخر، أو يغديهم ويغديهم في يوم آخر، أو يغديهم ويسحرهم؛ وذلك لأن الأكل المعتاد الغداء والعشاء، وهما أكلتان مقصودتان، فإذا عشاها في يومين أو غداها في يومين، فهو كأكلتين في يوم واحد، إلا أنه يجب أن يحصل في عدد واحد؛ لأن الغداء والعشاء أقيم مقام ما يقع [به] التملك للمسكين.

ولو فرّق حصّة مسكين على مسكينين لم يجر، فكذلك إذا غدي واحداً وعشى آخر مثله.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين في ب (فأوجب الكفارة بلفظ الإطعام، وذلك يقتضي التمكين).

(٣) (في يوم) سقطت من ب.

(٤) في ب (لهم أكلتان).

وأما إن اختار التملك: أعطى لكل مسكينٍ نصف صاعٍ من بُرٍّ، أو صاعاً من تمرٍ، أو شعير، وقال الشافعي: مُدًّا [مُدًّا]^(١)، وقد بيّنا ذلك فيما مضى.

قال ابن سَماعة وبشر بن الوليد وعليّ بن الجعد: قال أبو حنيفة: إن غداهم وعشايم خبزاً وإداماً أو خبزاً بغير آدم، أو سويقاً، أو تمرًا، أجزاء ذلك؛ لأن الله تعالى شَبَّهه بإطعام الأهل، فوجب أن يعتبر ما يقصد بالأكل في العادة، وهذه الأشياء تفرد بالأكل، فجازت في الكفارة؛ ولأنَّ إطعام الأهل قد يكون مَادومًا ويكون غير مَادومٍ، فكذلك إطعام المساكين.

وقال ابن سَماعة عن أبي يوسف: إن أطعم مسكينًا واحدًا أو غداه وعشايم أجزاء من إطعام مسكينٍ، وإن لم يأكل إلا رغيًا واحدًا؛ لأنَّ المقصود بالإطعام كفاية [٤٩٣/أ] المسكين في اليوم، فلا معتبر بالقلّة والكثرة؛ لأنَّ المقدار إنما يعتبر في التملك ليتحصل فيه الكفاية المعتادة، فإذا أمكنه فقد حصلت الكفاية.

قال: وإن أعطاه أربعة أرغفةٍ، فإن كان يعدل ذلك نصف صاعٍ، أجزاءه، وإن لم يعدل ذلك لم يجزئه؛ وذلك لأنَّ الخبز لا يجزئ بنفسه، فلا بد أن يكون قيمة الطعام، فإن وفتى بقيمة نصف صاعٍ وإلا لم يجز.

وقال أبو يوسف: لو غدّى عشرة مساكين في يومٍ ثم أعطاهم مُدًّا مُدًّا، أجزاءه؛ لأنّه جمع بين التملك والتمكين، وكلّ واحدٍ منهما جائزٌ؛ ولأنَّ الغداء

(١) انظر: المزني ص ٢٩١؛ المنهاج ص ٥٤٥؛ رحمة الأمة ص ٢٠٣.

والمُدُّ: «مكيالٌ، وهو رطل وثلاث عند أهل الحجاز، ورطلان عند أهل العراق». كما في مختار الصحاح؛ وفي المغرب: «المُدُّ: رُبْعُ الصَّاعِ»، والمد يساوي ٨١٢,٥ غرام عند الحنفية، و٥١٠ غراماً عند الجمهور. انظر: المغرب؛ مختار الصحاح (مدد).

مقدّر بنصف كفاية المسكين ، والمدّ مقدّر بنصف كفايته ، فإن أعطى غيرهم مُدًّا مُدًّا ، (أجزأه ؛ لأنه جمع بين التملك والتمكين ، وكل واحدٍ منهما جائز ؛ ولأنّ الغداء مقدّر بنصف كفاية المسكين ، والمدّ مقدّر بنصف كفايته ، فإن أعطى غيرهم مُدًّا مُدًّا)^(١) ، لم يجز ؛ لأنه فرّق طعام العشرة على عشرين ، فلم يحصل لكل واحدٍ منهم المقدار المقدّر .

قال : ولو أعطى قيمة العشاء فلوساً أو دراهم أجزاء ؛ لأنّ القيمة في الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه ، لما يحصل بها من منفعة المسكين .

وقال أصحابنا جميعاً : إن غدّي مسكيناً في يوم وعشاه فيه حتى فعل ذلك في عشرة أيام متفرقة أجزاء .

قال هشامٌ عن محمدٍ : وكذلك لو غدّي رجلاً واحداً عشرين يوماً ، أو عشي رجلاً واحداً في رمضان عشرين يوماً ، أجزاء ؛ وذلك لأنّ سدّ الجوعة في أيام لواحدٍ كسدّ الجوعة في يومٍ واحدٍ لجماعة ، فإذا جاز أحد الأمرين جاز الآخر .

ولأنّ الكفارة يعتبر فيها القدر والعدد ، فإذا جاز أن يتكرر الدفع في عينٍ واحدةٍ لمسكين ، جاز أن يتكرر في مسكينٍ واحدٍ .

قال : فإن أعطى واحداً طعام عشرة في يومٍ واحدٍ لم يجزه ؛ وذلك لأنّ تكرار الدفع مستحقّ ، فإذا أعطاه في يومٍ واحدٍ فلم يتكرر الدفع ، وليس يمتنع أن يجوز الدفع المفرّق ، ولا يجوز الدفع مجتمعاً ، كما يجوز رمي الجمار إذا تفرّق الرمي ، ولو رمى الجمار دفعةً واحدةً لم يجزه إلا عن واحدة .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

وقالوا جميعاً: إن أعطى من الطعام المنصوص عليه بعضاً [دون] (١) بعضٍ ، وهو أقلّ من كيله [عن قيمة الآخر] ، لم يجزه ؛ وذلك لأنّ المنصوص عليه في الإطعام يقصد به معنى واحداً ، وإذا أخرج الثمن عن الحنطة وقع عن نفسه ، كما لو أخرج الحنطة عن الحنطة ، وإذا وقع عن نفسه اعتبر كيله .

قال: والغرض من الطعام من البرّ ما يخرج منه من الدقيق والسويق ؛ لأنّ المقصود بالحنطة دقيقتها أو سويقها ، فإذا دفع ذلك فقد وفّاه المقصود ، وأسقط عنه مؤنة الطحن .

فأمّا الأرز والذرة والجاروس (٢) ، فيجوز عن المنصوص بالقيمة ، فلا يعتبر تمام كيله ؛ لأنّ النص لم يتناوله ، فصار كالدرهم ، وذكر عن عليّ رضي الله عنه قال: كفارة اليمين لكلّ مسكين نصف صاعٍ من حنطةٍ [أو صاعٌ من شعيرٍ أو تمرٍ] (٣) .

وعن عمر رضي الله عنه قال: لكلّ مسكينٍ مُدّانٍ من حنطةٍ ، أو صاعٍ من تمرٍ أو شعيرٍ (٤) . وعن عائشة: كفارة اليمين نصف صاعٍ برّاً أو صاعٌ تمرّاً لكلّ مسكينٍ (٥) .

وذكر عن الحسن: أنّه يجوز الغداء والعشاء في كفارة اليمين (٦) .

(١) في أ (عن) ، والمثبت من ب .

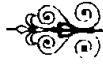
(٢) الجاروس من الحبوب القطنية من جنس الذرة ، غير أن الذرة أضخم منه . انظر الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي لأبي منصور الهروي ، (وزارة الأوقاف ، الكويت ، ط ١٣٩٩هـ) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٥٠٨٩/٨) ؛ وابن أبي شيبة (٧٠/٣) .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في السنن (١٥٣٥/٤) ؛ وعبد الرزاق (٥٠٧/٨) ؛ وابن أبي شيبة (٧٠/٣) ؛ والبيهقي في الكبرى (٥٥/١٠) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٧٠/٣) .

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٢٣٧/٤) ولكن بلفظ (فغداهم أو عشايم) .



- وعن سعيد بن المسيب قال: لكل مسكينٍ مدّان أو صاعٌ من تمرٍ^(١).
- وعن أبي مالكٍ^(٢) قال: كفارة اليمين نصف صاع من برٍّ لكل مسكينٍ^(٣).
- [وعن مجاهد قال: كل كفارة في القرآن فنصف صاع نصف صاع من برٍّ لكل مسكينٍ]^(٤).
- وعن ابن عباس: لكل مسكينٍ مُدّان من حنطة بغير إدام^(٥). وهذا قول مشهورٌ عن السلف ، فلم يمتنع خلافه .



(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٧١/٣).

(٢) في ب (إبراهيم) ، وهو مروى عن كليهما في تفسير ابن جرير (١٩/٧).

(٣) أخرجه ابن جرير في التفسير (١٩/٧).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٧١/٣).

(٥) أخرجه ابن جرير في التفسير (٢٠/٧)؛ وروى عن ابن عباس أنها مدٌّ ، رواه عبد الرزاق (٥٠٧/٨)؛ وابن أبي شيبة (٧١/٣)؛ والدارقطني في السنن (١٦٤/٤).

بَابُ الكفارة بالكسوة

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا أراد المكفر الكسوة، كسا عشرة مساكين، وأدنى الكسوة ثوبٌ جامعٌ، لكل مسكينٍ قميصٌ^(١)، أو كساءٌ أو ملحفةٌ، أو إزارٌ، أو جبّةٌ، أو قباءٌ، ولا يجزئ في ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل، روى ذلك ابن سماعه، وبشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف، ورواه الكيساني عن محمدٍ في إملائه، وروى هشام عن محمدٍ: أن السراويل [تجزئ]^(٢).

قال: وإن كان الإزار صغيراً لم يجزئه، وإن كان كبيراً أجزأه.

والأصل في هذا: أن الله تعالى أوجب الكفارة بلفظ الكسوة، فما يتناوله الاسم يجزئ، وما لا يتناوله لا يجزئ، والقميص والملحفة والجبّة والقباء يقال للابسها مكتسي، فتجزئ في الكفارة، فأما القلنسوة والخفّ فلا يسمى لابسها مكتسياً، فلا تجزئ.

وأما العمامة، فهي محمولةٌ على عمامةٍ لا تتمّ القميص، فلا تجزئ^(٣)؛ لأنها كسوة الرأس كالقلنسوة؛ ولأنّ إطلاق الكسوة لا يتناولها.

فأما السراويل: فالصحيح عندهم أنّه لا يجوز؛ لأنّ لابسها يقال [إنّه]

(١) سقطت من ب.

(٢) في أ (لا تجزئ)، بزيادة (لا)، وسقطت هذه الزيادة من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) (فلا تجزئ) سقطت من ب.

عريان ، فلم يتناوله اسم الكسوة ، وقد روي عن محمدٍ أنه قال : يجوز ؛ لأنّ الصلاة تجزئ فيه ، فصار كالقميص .

قال أبو يوسف : ولا تجزئ الكسوة عن الطعام إلا بالنية ، ومعنى ذلك : إذا أعطى في الكسوة [ما لا يجزئ عن الكسوة ، ولم ينو البدل عن الإطعام ، لم يجز عن واحدٍ منهما .

وقال محمدٌ : إذا لم يجز عن الكسوة [وكان قيمة الطعام جاز عن الطعام وإن لم ينو .

وجه قول أبي يوسف : أن البدل لا يجزئ إلا بالنية ولم ينو البدل ، وإنما قصد أن تجزئ الكسوة نفسها ، فلم يجز عن الكسوة ؛ لأنّها ليست كاملةً ، ولم يجز عن الطعام ؛ لأنّه لم يقصد ذلك .

وجه قول محمدٍ : أنّه نوى بما أعطى التكفير ، وذلك لا يجوز إلا على وجه القيمة للطعام ، فكأنّه نوى ذلك .

وقد اتفقوا أنّه لو أعطى المساكين دراهم ينوي الكفارة وهي لا تبلغ قيمة الكسوة ، وتبلغ قيمة الطعام ، جازت عن [الطعام ، وإن كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة ، جازت عن] الكسوة ؛ لأنّها لا تكون إلا بدلاً ؛ فإذا أخرجها بنية الكفارة ، فإنّه نوى البدل .

وليس كذلك الكسوة على قول أبي يوسف ؛ لأنّها تجزئ عن نفسها تارةً وعن غيرها أخرى ، فلم يقصد بإطلاق إخراجها البدل ، فلا يكون بدلاً إلا بالنية .

و[قد] قال أبو يوسف : لو أنّ رجلاً عليه كفارة يمينٍ ، فأعطى عشرة مساكين :

مسكيناً نصف صاع [من] حنطة ، ومسكيناً صاعاً من شعير ، ومسكيناً صاعاً من تمر ، ومسكيناً ثوباً ، أو غدي مسكيناً أو عشاء ، لم يجز ذلك ، حتى يجمع عشرة كما أمر في إطعام نصف صاع من برّ أو صاعاً من شعير ؛ وذلك لأن الكفارة إما أن تكون من الإطعام أو الكسوة ، فأما الجمع بينهما فهو نوعٌ رابعٌ ، فلا يجوز ، لكنه إذا اختار الإطعام جاز أن يعطي مسكيناً حنطةً ، ومسكيناً شعيراً ؛ لأن اسم الإطعام يتناول جميع ذلك .

وأما إذا أعطى نصف صاع تمرّاً جيداً يساوي نصف صاع من برّ ، لم يجز ؛ لأن التمر منصوصٌ عليه في الإطعام كالبرّ ، فلا يجزئ أحدهما عن الآخر ، كما لا يجزئ التمر عن التمر ، ويجزئ التمر عن الكسوة ؛ لأن المقصود لكل واحدٍ منهم غير المقصود بالآخر ، فصار كالجنسين^(١) المختلفين ، فجاز أن يخرج أحدهما عن الآخر بالقيمة .

وذكر أبو الحسن عن الزهري في قوله تعالى: ﴿أَوْ كَسَوْتَهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] ، قال: إزارٌ فصاعداً لكل مسكين^(٢) .

وعن أبي موسى الأشعري: أنه كسا ثوباً ثوباً^(٣) .

وعن إبراهيم قال: لكل مسكين ثوبٌ جامعٌ ، [طيلسان أو بت^(٤) أو ملحفة^(٥)] ،

(١) في ب (كالشيئين) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٥١٢/٨) .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥٦/١٠) .

(٤) البتُّ: كساء غليظ مربع ، وقيل: هو طيلسانٌ من خزّ ، ويجمع على بتوت . انظر النهاية في غريب

الأثر لابن الأثير (٩٢/١) .

(٥) رواه ابن جرير في التفسير (٢٥/٧) .



وعن سعيد بن المسيب قال: لكل مسكينٍ [عباءةٌ وعمامةٌ] (١).

وعن ابن عباسٍ: ثوبٌ ثوبٌ لكل إنسانٍ (٢)، وقد كانت العباءة يومئذٍ تقضي عن الكسوة.

وعن مجاهد قال: أدناه ثوبٌ، وأعلاه ما شئت (٣).

وذكر ابن سيرين: أن أبا موسى الأشعري كسا عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبين ثوبين من معقد البحرين (٤). [ب/٤٩٣]

وعن الحسن قال: ثوبٌ ثوبٌ (٥)، وعن ابن سيرين والحسن قالا: ثوبان لكل مسكينٍ (٦)، يعني لمن طاب بذلك نفساً.

وعن عطاء قال: كانوا على عهد رسول الله ﷺ يعطون في كفارة اليمين المساكين في الكسوة: عباءةً لكل مسكينٍ (٧) (٨).



(١) رواه عبد الرزاق (٥١٢/٨).

(٢) رواه ابن جرير في التفسير (٢٤/٧).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٥١٣/٨)؛ والبيهقي في الكبرى (٥٦/١٠).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٥١٢/٨).

(٥) أخرجه ابن جرير في التفسير (٢٦/٧).

(٦) أخرجه ابن جرير في التفسير (٢٤/٧).

(٧) أخرجه ابن جرير في التفسير (٢٤/٧).

(٨) انظر: الأصل ٢٧٥/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٧٣/٧ وما بعدها.

بَابُ الكفارة بالعتق

—•••••—

وإذا أعتق الرجل عن يمينه عبداً صغيراً أو كبيراً، مسلماً أو كافراً، أجزأه.

أما الصغير، فلقوله تعالى: ﴿تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، وهذا عامٌّ في الصغير والكبير؛ ولأنّها رقبةٌ كاملة الرقّ والأعضاء، كالكبير.

ولا يقال: إنّ الصغير ليس لأعضائه منافع، فهو كالزّمن؛ لأنّ الصغير منافع أعضائه كاملة، وإنّما فيه ضعف، فيصير كالكبير الضعيف.

ولا يقال: إنّ الإطعام للصغير لا يجوز، فكذلك العتق؛ لأنّ الإطعام [يجري]^(١) على طريق التملك.

وإنّما قالوا: لا يجوز تمكين [الصبيّ] الصغير؛ لأنّه لا يأكل الأكل المعتاد.

٢٩٤٩ - فَصْلُ: [الكافر يجزئ في كفارة اليمين]

أما الكافر، فيجزئ في كفارة اليمين والظهار، وقال الشافعي: لا يجزئ^(٢).

لنا: قوله تعالى: ﴿تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، وهذا عامٌّ؛ ولأنّها رقبةٌ كاملة الرقّ والأعضاء، فجازت في الكفارات كالمسلم.

ولا يلزم كفارة القتل؛ لأنّ التعليل لجوازها في الكفارات دون التعيين.

(١) في أ (يجري للصغير) بزيادة (للصغير)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٢) انظر: المزني ص ٢٩٢؛ المنهاج ص ٥٤٥؛ رحمة الأمة ص ٢٠٣.

ولا يجوز أن يقاس كفارة اليمين على كفارة القتل ؛ لأنَّ قياس المنصوص على المنصوص لا يجوز عندنا ؛ ولأنَّ شرط الإيمان في كفارة الظهار واليمين زيادةً في النص ، وكذلك لا يجوز عندنا بالقياس ولا بخبر الواحد ، فلو قسنا على كفارة اليمين ، لزدنا في النص بالقياس .

ولا يقال: إنَّ هذا تخصيصٌ وليس بزيادةٍ ؛ لأنَّ من جوَّز الرقبة المؤمنة ، لم يجوِّزها لأنَّها رقبةٌ حتى ينضمَّ إليها الإيمان ، وهذا معنى قولنا: إنَّها زيادة .

٢٩٥٠ - فَصْلُ : [الكفارة بعق الحمل]

فإن أعتق حملاً لم يجزه وإن ولد بعد يوم حياً ؛ وذلك لأنَّ الحمل ناقصُ الخلق ما لم ينفصل ، ألا ترى أنَّه لا يُبصر ، فصار كعتق العبد الأعمى .

قال: وإن أعتق مُدبراً أو أمَّ ولدٍ ، لم يجزه ؛ وذلك لأنَّ رقبتهما ناقصٌ ، ألا ترى أنَّ حق [التدبير والاستيلاد]^(١) منع من جواز التصرف فيهما ، والمستحقُّ عليه عتق رقبٍ كاملٍ ؛ ولأنَّ حقَّ الولاء ثابتٌ لهما بالتدبير والاستيلاد ، فإذا أعتقهما لم يثبت الولاء بالعتق ، وإنَّما يثبت بالسبب السابق ، والعتق المستحقُّ في الكفارة هو الذي يوجب الولاء ، فأما المكاتب إذا أدَّى شيئاً لم يجز عتقه ؛ لأنَّه سلَّم للمولى عوضاً عن رقه ، فإذا أعتقه مع سلامة العوض ، صار كالعتق ببدلٍ .

وأما إذا لم يؤدَّ شيئاً ، فلم يسلم له بدلاً عن رقبته^(٢) ، وإنَّما هناك [حريةٌ]^(٣)

(١) في أ (الحرية) ، والمثبت من ب .

(٢) في ب (رقه) .

(٣) في أ (قربة) والمثبت من ب .

متعلقة بشرط في حال الحياة، فيصير كما لو علق عتقه بدخول الدار.

قال: ولو أعتق عبداً أعور، أو مقطوع إحدى اليدين أو الرجلين، أو اليد والرجل من خلاف، أجزاءه؛ وذلك لأن منفعة الجنس باقية، فصار كالمقطوع الأصبع والمشجوج.

وأما الأعمى^(١) والمقطوع اليدين [أو الرجلين]، أو المقطوع اليد والرجل من جانب واحد فلا يجزئ؛ لأن منفعة الجنس معدومة، فصار كالميت.

وأما المجنون المغلوب فلا يجزئ؛ لأن منفعة الجنس معدومة؛ ولأن الجنون يبطل منافع جميع الأعضاء.

وأما الأصم، فالقياس أن لا يجوز؛ لأن منفعة الجنس معدومة، وفي الاستحسان: أنه يجوز؛ لأنه يسمع إذا بولغ في الصياح، فدل على أن منفعة الجنس لا تعدم، وإنما تنقص، وقد قيل: إن السمع لا يفوت إلا في الأخرس، وذلك لا يجوز في الكفارة.

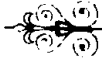
قال: ولا يجوز المفلوج واليابس الشق؛ لأن منفعة البطش معدومة.

قال: والعبد بين رجلين إذا أعتق أحدهما حصته^(٢)، لم يجز، وإن كان المعتق موسراً فضمنه شريكه، فإنه لا يجزئ عند أبي حنيفة، ويجزئ عند أبي يوسف ومحمد.

وأما إذا كان المعتق معسراً فلا يجوز عتقه؛ لأن السعاية تجب على العبد

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.



في نصيب الشريك ، فيصير كالعق ببعوض ، فلا يجزئ وإن أبرئ من العوض .

وأما إذا كان موسراً ، فعند أبي حنيفة: أن العتق يتبعّض ، فإذا أعتق أحدهما عتق نصيبه واستحقّ النصف الآخر حقّ الحرّية^(١) ، وذلك نقص فيه ، وهذا النقص لم ينصرف إلى الكفارة ، فإذا ضمن فأعتق الباقي فكأنه أعتق عبداً إلا شيئاً^(٢) .

وليس كذلك إذا كان العبد كلّ له ، فأعتق نصفه ، ثم أعتق باقيه ؛ لأنّ عتق النصف أوجب نقصاً في النصف الآخر ، وذلك النقص انصرف إلى الكفارة ؛ لأنه على ملكه ، فإذا أعتق الباقي ، صار كمن أعتق النصف وزيادة جزء ، ثم أعتق الباقي .

وأما على قولهما^(٣) : فالعتق لا يتبعّض ، فإذا أعتق أحدهما وهو موسراً ، عتق الجميع ، ولم يلزم العبد سعايةً ، فكأنه ملكه ابتداءً ثم أعتقه .

قال : وإذا اشترى أباه ينوي به العتق عن يمينه ، أجزأه استحساناً ، وكذلك لو وهب له [أو تُصدّق به عليه] ، أو أوصي له به ، فإن ورثه ونوى به العتق عن يمينه ، لم يجزئه .

وجه القياس : أن عتق الأب مستحقّ لغير الكفارة ، كأمّ الولد .

وجه الاستحسان : أن السبب الذي يتعلّق به الحرّية من جهته هو الشراء ، وقد وجد مقارناً لنية الكفارة ، فصار كما لو أعتق عبداً عن كفارة يمينه .

وإنما استوى الشراء والهبة [والصدقة] والوصية ؛ لأنّ الملك يقع في جميع

(١) في ب (جزءاً من الحرية) .

(٢) في ب (إلا جزءاً) .

(٣) في ب (قول أبي يوسف ومحمد) .

ذلك بفعله وتقارنه النية ، فيصير كالعتق .

وأما الميراث ، فيدخل في ملكه بغير قبوله ، فلا يوجد من جهته سبب الحرية ، فلا يجزئه ، وليس هذا كمن قال لعبد: إن اشتريتك فأنت حرّ ، ثم اشتراه عن الكفارة ؛ [لأنّ سبب الحرية من جهته اليمين السابقة ، وقد وُجدت غير مقارنة لنية الكفارة ، فلم يجز عن الكفارة] .

قال: وإذا قال الرجل: فلان حرّ يوم أشتريه عن يميني ، ثم اشتراه ينوي به ذلك ، فإنّه يجزئه ؛ لأنّ سبب الحرية من جهته هي اليمين ، وقد قارنتها نية الكفارة .

قال: ولو أنّ رجلاً أعتق عبداً له في رقبته دين^(١) ، فاختر الغرماء أن يستسعوا العبد ، أجزاءه [العتق] ؛ وذلك لأنّ الرقبة كاملة الرقّ ، والسعاية ليست ببدلٍ عن الرقّ ، وإنّما هي دينٌ لزم العبد قبل الحرية ، فلا يمنع من جواز العتق .

وكذلك لو أعتق عبداً رهناً ، فيستسعى العبد في الدين ، فإنّه يرجع به على المولى ، ويجوز العتق ؛ (لأنّ الرقبة كاملة ، وهذه السعاية ليست بدل الرقّ ، وإنّما هي دينٌ لزمه على المولى)^(٢) .

قال: ولو أنّ رجلاً أعتق عبيد بينه وبين رجلٍ عن يمينه ، لم يجزه ؛ لأنّ العتق يجب صرفه إلى شخصٍ واحدٍ ، فإذا فرّقه في شخصين صار كمن أعطى طعام مسكينٍ إلى اثنين ؛ ولأنّ المقصود بالعتق تخليص [٤٩٤/أ] الرقبة من الرقّ ، فإذا أعتق نصف عبيد لم يخلّص واحداً منهما .

(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

قال: ولو أن شاتين بين رجلين، ذبحاهما عن نُسكهما أجزأهما؛ لأنَّ الشركة في النسك تجوز إذا أصاب كل واحدٍ مقدار شاةٍ؛ ألا ترى أنه تجزئه سبع بدنةٍ، ونصف شاتين يتحصل به في المعنى شاةٌ.

قال: ولو أعتق عبداً حلال الدم عن يمينه، أجزأه؛ وذلك لأنَّ رقه كاملٌ، وإنَّما وجب عليه حقٌّ، فهو كوجوب الدين.

قال: ولو أن رجلاً قال: إن اشتريت فلاناً، فهو حرٌّ عن كفارة يميني، فاشتراه، أجزأه؛ لأنَّه أضاف العتق عن الكفارة إلى الشراء، فكأنَّه نوى الكفارة عند الشراء.

قال: ولو قال: إن اشتريت فلاناً هو حرٌّ عن ظهاري، ثم قال بعد ذلك: إن اشتريته فهو حرٌّ عن قتلي، ثم اشتراه، فهو حرٌّ عن الظهار؛ وذلك لأنَّ اليمين بالعتق لا يلحقها الفسخ، فإذا نوى بها الظهار، ثم نوى القتل، فقد فسخ حكم اليمين الأولى، وذلك لا يجوز.

ولو قال: إن اشتريت فلاناً فهو حرٌّ تطوعاً، ثم قال: إن اشتريته فهو حرٌّ عن ظهاري، ثم اشتراه، كان تطوعاً؛ لأنَّ اليمين الأولى لا تنفسخ، وقد وجدت غير مقارنةٍ لنية الكفارة.

قال: ولو أعتق نصف عبدي عن ظهاره، وأطعم ثلاثين مسكيناً، لم يجزه؛ وذلك لأنَّ الله تعالى أجاز العتق وجعل الإطعام في كفارة الظهار بدلاً منه، فلا يجوز الجمع بين البدل والمبدل منه؛ ولأنَّ الكفارة إمَّا العتق أو الإطعام بكماله، ولم يُوجد واحدٌ منهما.



بَاب فِي إِعْطَاءِ أَهْلِ الذِّمَّةِ الْمَسَاكِينَ مِنَ الْكُفَّارَةِ



قال: وإذا أعطى مساكين أهل الذمة من الكفار أجزاءه عنه في رواية محمد عن أبي حنيفة، وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف في رجل قال: لله عليّ إطعام عشرة مساكين، فأطعم عشرة مساكين من أهل الذمة، فإنه يجزئ في قياس قول أبي حنيفة.

(وقال أبو حنيفة: لا يجزئ أن يطعم أهل الذمة في كفارة قتل، أو ظهار، أو إفطار في رمضان، أو يمين، أو جزاء صيد، فإنه لا يجزئ في القياس في قول أبي حنيفة من قبل أن هذا واجب، فلا يجزئ إلا على فقراء المسلمين)^(١).

وقال أبو يوسف: لا يجزئ شيء من ذلك في فقراء أهل الذمة من صدقة فطر ولا غيرها، (من قبل أن هذا واجب)^(٢)، فأما قوله: لله عليّ، فإنه يجزئ استحساناً، وليس بقياس.

وقال أبو يوسف: فيمن نذر نحر بدنة في متعة أو تطوع، أجزاءه أن يطعم منها فقراء أهل الذمة وأغنياءهم.

وقال في كتاب الزكاة: قال أبو حنيفة: لا يعطي من الزكاة إلا مسلماً، وإن أعطى منها ذمياً أو حربياً لم يجزه، فأما الكفارات، فتجوز على فقراء أهل الذمة،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

ولا تجوز على فقراء أهل الحرب .

وقال محمدٌ عن أبي حنيفة: تجزئ الصدقة على أهل الذمة من سائر ما في القرآن، إلا زكاة المال .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد المشهور: أنها صدقةٌ، ليس للإمام حقٌ في أخذها كالتطوع؛ ولأنها لم تجب بسببٍ من جهة الله تعالى ابتداءً^(١) كالنذر .

وجه قول أبي يوسف: أنها صدقةٌ وجبت بإيجاب الله تعالى كالتزكاة، وأما الزكاة؛ فلأن النبي ﷺ قال: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم»^(٢)؛ ولأن حقَّ الأخذ فيها إلى الإمام، وهو قائم مقام [المساكين]^(٣)، فدلَّ على أنها حقٌّ لهم .

والذي ذكر أبو يوسف في بدنة التطوع والمتعة، فصحيحٌ؛ لأنَّ الصدقة بلحمها غير واجبة، فجاز دفعها إلى أهل الذمة كما يجوز للأغنياء .

قال: ولو أن رجلاً أعتق في دار الحرب عبداً حربياً، لم يجزئه عن كفارته؛ وذلك لأنَّ العتق لا يقع عند أبي حنيفة؛ لوجود ما ينافيه، فإذا لم يعتق لم يُجزر عن الكفارة. [والله أعلم].



(١) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٢) أخرجه أحمد (٢٣١٧٦)، من حديث رجلٍ من بني عامر؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (رجاله كلهم ثقاتٌ أئمة) (٤٣/١) .

(٣) في أ (المسلمين)، والمثبت من ب .

بَابُ كفارة الظهار والقتل

قال الله تعالى في كفارة الظهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ إلى قوله: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٣ - ٤]، فجعل الله هذه الكفارة مرتبة من أنواع ثلاثة، وشرط فيها عدم المسيس، ولم يشترط ذلك في الإطعام، والعتق واجب فيها [كالعتق] في كفارة اليمين، وقد بيناه.

وأما شرط [عدم] المسيس، فلا يجوز له أن يقربها حتى يعتق؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ [المجادلة: ٣].

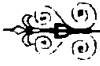
وأما الصوم فهو صوم شهرين متتابعين، فلا يجوز إلا قبل المسيس.

فأما الإطعام، فهو إطعام ستين مسكيناً يعتبر في قدره وصفته ما يعتبر في الإطعام^(١) في كفارة اليمين، ولا يجوز أن يقدم المسيس على الإطعام عندنا، وقال مالك: يجوز ذلك، وقد بيناه في الطلاق^(٢).

وأما كفارة القتل فقال الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾، ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُّتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢]، فجعل الله تعالى هذه الكفارة من نوعين، وشرط في الرقبة الإيمان، ولم يشترط ذلك في كفارة الظهار، فجعل أصحابنا تلك الكفارة

(١) (في الإطعام) سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ١٦١/٢، ١٦٢.



مطلقةً ، والعتق في هذه مقيداً بالإيمان ، ولم يحملوا إحداهما على الأخرى ؛ لأن المنصوصات لا يقاس بعضها على بعض ، فأما سوى الإيمان من الشرائط ، فهو ككفارة اليمين .

وأما الصيام: فشهرين متتابعين كالصوم في كفارة الظهر ، وليس في هذه الكفارة إطعامٌ ؛ لأننا لو أقمنا^(١) الإطعام فيها بدلاً عن الصيام ، أثبتنا كفارةً بقياس ، ومن أصلنا: أن الكفارة لا تثبت بالقياس .

قال: وما يبطل الصوم في بعض الكفارات يبطله في باقيها ، إلا قرب المرأة [المظاهر منها] ؛ وذلك لأن الصوم في كل واحدٍ منهما كالآخر ، إلا أن عدم المسيس شرطٌ في كفارة الظهر [خاصةً] ، فإذا حصل في خلال الصوم أبطل التابع ، ولا يوجد ذلك في بقية الكفارات . [والله أعلم]^(٢) .



(١) في ب (أثبتنا) .

(٢) انظر: الأصل ٥٤٨/٥ .



بَابُ

ما يجب فيه الطعام مكان الصيام وما لا يجب وما يجزئ فيه الطعام وما لا يجزئ



قال محمدٌ في الزيادات: فيمن لم يقدر على صوم رمضان من علة مرضٍ، أو حملٍ كان بالمرأة، أو كانت مرضعاً فخافت على ولدها، فأراد واحداً من هؤلاء أن يُطعم مكان [كلّ] يومٍ مسكيناً، لم يجزئه ذلك، ولكنه يؤخر الصيام حتى يقدر، ثم يصوم.

وإنما يجزئ الطعام عن الصيام في وجهٍ واحدٍ: الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الصوم، ولا يُطعم له في ذلك حتى يموت، فهذا يؤمّر أن يُطعم مكان كلِّ يومٍ نصف صاع من برٍّ، أو صاعاً من تمرٍ، أو صاعاً من شعيرٍ؛ وذلك لأنّ المريض والحامل وإن عجزا عن الصوم، فالقضاء مرجوٌ لهما، والله تعالى أمر بتأخير الصوم مع العجز إلى حين القدرة، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَتْ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، فلما أمر بتأخير الصوم مع العذر^(١)، لم [٤٩٤/ب] يجز العِدول إلى الإطعام مع بقاء حكم الأصل.

فأمّا الشيخ الذي لا يُرجا له القضاء، فقد عجز عن الأصل في الحال والثاني، فسقط الصوم في حقّه؛ فلذلك جاز أن ينتقل إلى الإطعام، وقد دلّ على هذا قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٨٤]، وروي عن ابن عباسٍ

(١) في ب (العجز).

أنه قال: وعلى الذين يُطَوَّقونه فلا يطيقونه فديه^(١).

ويقوم الإطعام مقام الصوم في وجهٍ آخر، وهو: أن من مات وعليه قضاء رمضان فأوصى به، أطمع عنه لكل يومٍ نصف صاع؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من مات وعليه قضاء رمضان، أطمع عنه وليه»^(٢)؛ ولأن الصوم سقط في حقه، فجاز أن ينتقل إلى ما قام مقامه.

وأما صفة الإطعام الذي يقوم مقام الصوم: فإن يطعم [لكل يومٍ مسكيناً]، كل مسكينٍ نصف صاعٍ من برٍّ، أو صاعاً من شعيرٍ، فيعتبر في ذلك ما يعتبر في الكفارات؛ لأن الله تعالى جعل سدَّ جوعة المسكين في مقابلة المشقة التي تلحق الصائم بالصوم.

وإنما اعتبرت الوصية في قضاء رمضان؛ فلأن الفروض عندنا تسقط بالموت، وإنما يجب بالوصية عبادة مبتدأة، فإذا لم يوص لم يجب، فإن أحب ورثته أن يتبرعوا عنه بالإطعام، جاز؛ لأن سعداً قال للنبي ﷺ: إن أُمِّي ابتليت، وإنها كانت تحب الصدقة، أفأتصدق عنها؟ فقال: «نعم»^(٣)، وهذا يدل على أن فعل الوارث يقوم مقام فعل المورث القرب وإن لم يأمره بذلك.

قال: ولو أن رجلاً وجبت عليه الكفارة ليمين، فلم يجد ما يعتق، ولا ما

(١) أخرجه البخاري (٤٢٣٥).

(٢) أخرجه أبو نعيم في الحلية (٢٤٦/١٠)؛ وقال المناوي في فيض القدير: (فيه أشعث بن سوار ضعفه جمع) (٧٨/٦).

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (٩١/٨)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (رجال رجال الصحيح) (١٣٨/٣).



يكسو، ولا ما يطعم عشرة مساكين، وهو شيخٌ كبيرٌ لا يقدر على الصوم، ولا مطمع له فيه، فأرادوا أن يطعموا عن صيام ثلاثة أيامٍ ثلاثة مساكين، أو مات فأوصى أن يُطعم^(١) عنه ذلك، لم يجوز أن يطعموا عنه، ولا يجزئه إلا أن يطعم عشرة مساكين؛ وذلك لأن الصوم بدلٌ، فلا يجوز أن يقيم الإطعام مقامه في القياس؛ لما في ذلك من إثبات بدل بقياس؛ ولأن الله تعالى جعل هذه الكفارة ثلاثة أنواع: خيرٍ فيها، وجعل لها بدلاً وهو الصوم، فلو أثبتنا للصوم بدلاً، صارت خمسة أنواع، وهذا خلاف النص.

ولأن أصل الفرض فيها: العتق، أو الإطعام، أو الكسوة، وإنما قام الصوم مقام ذلك، فإذا عجز عن الصوم بقي أصل الفرض عليه، فإن أراد أن يطعم، وقع الإطعام عن المستحق، فلم يجزه أقل من عشرة مساكين.

قال: ولو لم يوص، فأحبوا أن يكفروا عنه، لم يجزئهم أقل من إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم؛ لأنهم إنما يتبرعون بالواجب عليه، وقد بينا أن الواجب مقدّرٌ بذلك.

قال: ولا يجوز أن يعتقوا عنه؛ لأن العتق إذا تبرع به الإنسان عن غيره، وقع عن المعتق دون المُعتق عنه، وإنما يقع عن المعتق عنه إذا شرط العوض.

وأما الإطعام، فيجوز عن الغير وإن لم يشترط العوض، كمن قال لغيره: أطعم عن كفارة يميني.

قال: وكذلك القاتل إذا لم يجد رقبةً وكان شيخاً كبيراً لا يقدر على الصوم،

(١) في ب (يقضى).

فأراد أن يطعم عن الصوم [ستين] ^(١) مسكيناً، لم يجزه، وكذلك لو أوصى؛ لأن الصوم بدلٌ في هذه الكفارة، فلا يجوز أن يثبت له بدلٌ بقياس؛ ولأنه إذا عجز عن الصوم سقط، فبقي الخطاب بالعتق، فلا يجزئ الإطعام عنه.

وكذلك المتمتع إذا لم يجد الهدي، ولم يقدر على الصوم، لم يجز أن يُطعم مكان الصيام؛ لأن الصوم بدلٌ، فلا يجوز أن يثبت عنه بدلٌ بقياس؛ ولأن الصوم إذا [سقط] ^(٢)، عاد إلى الهدي، فلا يقوم الإطعام مقامه.

والدليل على أن من عجز عن الصوم، ففرضه المبدل: أنه لو استدان فأعتق أو أهدى، جاز.

قال: وكذلك المُحْرَمُ إذا وجبت عليه كفارة الأذى، فلم يجد الهدي، ولا الإطعام لستة مساكين، ولم يقدر على الصوم، فأراد أن يطعم عن ثلاثة أيامٍ ثلاثة مساكين، لم يجز؛ لأن الصوم إذا سقط بالعجز، عاد إلى فرض الأصل الذي هو الإطعام، فلم يجز أقل من ستة مساكين.

قال: والتمكين جائزٌ في هذه الكفارات كلها عند أبي يوسف، وقال محمدٌ: ما أوجبه الله تعالى بلفظ الإطعام، جاز فيه التمكين، وما أوجبه بلفظ الصدقة، لم يجز فيه إلا التملك.

وجه قول أبي يوسف: أن المقصود بالتكفير سدّ خلة الفقير، وهذا المعنى موجودٌ في التمكين؛ ولأنها كفارةٌ، فجاز فيها التمكين ككفارة اليمين.

(وقد روي عن أبي يوسف: أن التمكين يجوز في الزكاة؛ لأن المقصود بها

(١) في أ (ثلاثين) والمثبت من ب.

(٢) في أ (شرط)، والمثبت من ب.



سدّ خلة الفقير^(١)، وقد روي عنه: أنّ التمكين لا يجوز فيها؛ لأنّ التمكين إباحةٌ، والزكاة من شرطها التملك.

وجه قول محمدٍ: أنّ الصدقة اسمٌ للتمليك، فلا تقوم الإباحة والتمكين مقامها، وليس كذلك الإطعام؛ لأنّه اسمٌ للإباحة والتمكين.



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

بَابُ آخِرِ المعتبر في الكفارة



قال هشام: سألت محمداً عن رجلٍ أوصى أن يُطعمَ عنه عشرة مساكين كفارةً عن يمين ، فغدّى الموصى عشرةً ثم ماتوا ، فقال محمدٌ: يغدّي ويعشي غيرهم ، ولا يضمن الوصي شيئاً ؛ وذلك لأنّ الكفارة يُعتبر فيها حصول الطعام للمساكين ، يستوفي كلّ واحدٍ منهم قوت يومٍ ، ولا يجوز أن يفرّق قوت يومٍ على اثنين ، فإذا غدّى عشرةً وماتوا ، فقد تعدّر إكمال الكفارة في حقهم ، فلم يجز ما أعطاهم ، ووجب الاستئناف ، ولا يضمن الوصي ؛ لأنّه غير متعدٍ في الدفع ، ألا ترى أنّه فعل ما أمر به ، وإنّما فات الجواز بالموت ، وذلك ليس من فعله .

قال: ولو قال: أطعموا عني عشرة مساكين غداً وعشاءً ، ولم يسمّ الكفارة ، فغدّى عشرةً ثمّ ماتوا ، قال: يعشي عشرةً غيرهم ؛ وذلك لأنّ المأمور به هاهنا ليس بكفارةٍ ، فإذا فرّق المدفوع جاز كالنذر .

قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول: إذا كان للرجل فضلٌ في مسكنه عن الكفاف ، يبلغ زاداً وراحلةً ، فعليه الحج ، وإن لم يكن له فضلٌ عن مسكنه يبلغ ذلك وكان له فضل في كسوته ، [عن الكفاف يبلغ زاداً وراحلةً ، فعليه الحج ، وإن لم يكن له فضلٌ في كسوته] وكان له فضلٌ عن خدمته عن الكفاف يبلغ زاداً وراحلةً ، فعليه الحج .

قال: وعليه كفارة اليمين في جميع ما ذكرنا إذا كان الفضل مائتي درهم

فصاعداً؛ وذلك لأنّ الحج يجب على المستطيع، ومقدار ما يحتاج إليه السكنى والكسوة غير محتسبٍ عليه، كما لا يحتسب بقوته، فإذا كان في ذلك فضلٌ عن الحاجة، فهو مستطيعٌ للحج من غير ضررٍ، فيجب عليه.

وأما الكفارة، إذا كان في مسكنه من كسوته فضلٌ، لم يجزه الصوم؛ لأنّه يقدر على التكفير بالإطعام من غير ضررٍ، إلا أنّ أبا يوسف^(١) اعتبر أن يكون الفضل يساوي مائتي درهم، وهو حدّ الغني في الشريعة [٤٩٥/أ]، ألا ترى أن هذا القدر هو المعتبر في وجوب الفطرة، فكذلك الكفارة.

فأمّا على [غير] هذه الرواية، فإذا كان الفضل يبلغ الكسوة أو الإطعام، وجب عليه؛ لأنّ الله تعالى جوّز الانتقال إلى الصوم لمن لم يجد ما يطعم، ولم يعتبر في ذلك الغنى، وهذا واجدٌ.

فأمّا إذا كان عنده عبدٌ ليس فيه فضلٌ عن خدمته، فلا يجزئه الصوم؛ وذلك لأنّ الحاجة إلى خدمة العبد ليست عامّةً في الناس؛ لأنّ أكثرهم بلا عبيد، فلا تعتبر الحاجة التي لا يعمّ ضررها كما لا تعتبر الحاجة إلى ما زاد على الكفاف في الكسوة.

فأمّا المسكن والكسوة فالضرر يلحق في بيعهما، فاعتبر الفاضل منهما عن الحاجة، وكذلك قالوا في الثياب إذا كانت تفضل عن حاجته، والطعام إذا فضل عن حاجته.

قال بشر عن أبي يوسف: إذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة مساكين

(١) في ب (ألا ترى أن أبا يوسف).

ولم يسمّ ، فعليه ذلك ، فإن أطعم خمسة لم يجزه ؛ وذلك لأنّ النذر محمولٌ على أصله في الفرض ، وما أوجبه الله تعالى لعددٍ من المساكين لا يجوز دفعه إلى بعضهم ، إلا أن يكرر عليهم في الأيام ، فكذاك النذر .

قال : ولو قال : الله عليّ أن أتصدّق بهذه الدراهم على مسكينٍ ، فتصدق بها على واحدٍ أجزاءه ؛ لأنّ الصدقة التي فرضها الله تعالى ، لا تتقدّر بعدد المساكين في الدراهم بدلالة الزكاة .

قال : ولو قال : الله عليّ أن أطعم هذا المسكين هذا الطعام بعينه ، فأعطاه غيره أجزاءه ، والأفضل أن يعطيه ؛ لأنّ الصدقة المتعلقة^(١) بالمال المعيّن لا يتعيّن فيها المساكين ؛ بدلالة الزكاة ؛ ولأنّه لما عيّن الطعام صار هو المقصود ، فلم يعتبر تعيين الفقير .

ولو قال : الله عليّ أن أطعم المسكين شيئاً سمّاه ، ولم يعينه ، فلا بد من أن يعطيه الذي سمّاه ؛ لأنّه لمّا لم يعيّن المنذور ، صار تعيين الفقير مقصوداً ، فلم يجز أن يعطي غيره .

قال : ولو قال : الله عليّ طعام عشرة مساكين ، وهو لا ينوي أن يطعم عشرةً ، إنّما ينوي أن يعطي واحداً ما يكفي عشرةً ، أجزاءه ؛ وذلك لأنّ الطعام اسمٌ للقدر ، فكأنّه أوجب مقدار ما يطعم عشرةً ، فيجوز أن يطعم بعضهم .

(ولو قال : الله عليّ إطعام عشرةً ، لم يجز الاقتصار على بعضهم)^(٢) ؛ لأنّ الإطعام عبارةٌ عن فعله ، فلا بد من تكرار الفعل .

(١) في ب (معينة) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

قال: فإن لم يكن له نيّة، فهو على العدد فيهما، إلا أن إطلاق النذر في الإطعام محمولٌ على أصل الفرض.

قال: فإن قال: لله عليّ أن أتصدّق بهذا الدرهم يوم يقدم فلان، وقال: إن كلمت فلاناً فعليّ أن أتصدّق بهذه الدراهم، فكلم فلاناً، وقدم فلاناً، أجزاءه أن يتصدّق بالدرهم الواحد عنهما جميعاً.

وكذلك الصيام إذا سمى يوماً بعينه؛ وذلك لأنّ الواجب يجوز أن يتعلّق بشرطٍ واحدٍ، ويجوز أن يتعلّق بأحد^(١) شرطين، فإذا أوجب صوم يوم إن قدم فلاناً، وأوجبه إن دخل الدار، فوجد الشرطان، لم يجب أكثر من صوم واحدٍ، ويجزئ عن النذرين، وصار كمن قال لعبده: إن دخل هذه الدار رجلٌ فأنت حرٌّ، ثم قال: إن دخلها زيدٌ فأنت حرٌّ، فدخلها زيدٌ، عتق عبده بمقتضى اليمينين، فكذلك هذا.

قال: ولو قال: إن كلمت فلاناً فعليّ أن أتصدّق بهذا الدرهم، فكلم فلاناً، وجب عليه أن يتصدّق به، فإن أعطاه من زكاة ماله أو من كفارة يمينه، فعليه آخر مكانه؛ لأنّ الوجوب تعلّق به، فإذا أخرجته عن واجبٍ لم يتعيّن فيه، بقي النذر في ذمته بحاله، فعليه أن يتصدّق بعوضه، كما لو أنفقه، وليس كذلك الفصل الأول؛ لأنّ كلّ واحدٍ من النذرين تعيّن فيه؛ فلذلك جاز عنهما.

قال: ولو قال: إن قدم فلانٌ فلله عليّ أن أصوم يوم الخميس، ثم صام يوم الخميس من قضاء رمضان، أو كفارة يمين، أو تطوعاً، فقدم فلانٌ يومئذٍ بعد ارتفاع النهار، فعليه يومٌ مكانه لقدم فلانٍ؛ لأنّ صوم اليوم قد وجب عن النذر؛

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(لوجود شرطه ، فإذا صامه عن غيره فقد منع بفعله من وقوعه عن النذر)^(١) ، فكأنه قدم بعدما أكل ، ولو كان المراد بهذا القول اليمين ، لم يحنث في يمينه ؛ لأنه قد صام اليوم الذي حلف عليه ، وجهات الصوم لم يتناولها اليمين .

قال : ولو كان قدم فلانٌ بعد الظهر ، لم يكن عليه قضاؤه ؛ وذلك لأن الصوم لم يجب عن النذر ، ألا ترى أن الوجوب المضاف إلى الشرط المنطوق به عقيب الشرط ، فكأنه قال : بعد الزوال لله عليّ صوم هذا اليوم ، فلم يلزمه بنذره شيءٌ .

قال : وإن قدم فلانٌ قبل الزوال في يومٍ قد أكل فيه ، كان عليه أن يقضيه ؛ لأنّ القدوم حصل في زمانٍ يصحّ ابتداء النذر فيه ، وإنما امتنع الصوم للأكل ؛ وذلك لا يسقط النذر ، كمن أوجب ثم أكل .

قال : وكذلك المرأة تقول : لله عليّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلانٌ ، فقدم قبل الزوال وهي حائضٌ ، فعليها أن تقضي ؛ لأنّ ما أوجبه على نفسها في زمانٍ بعينه معتبرٌ بما أوجه الله تعالى فيه ، ومعلومٌ أنّ الحيض في رمضان لا يسقط القضاء ، فكذلك في النذر .

قال : ولو قال رجلٌ : لله عليّ أن أصوم اليوم الذي آكل فيه ، لم يكن عليه قضاؤه ، وكذلك امرأةٌ قالت : لله عليّ أن أصوم اليوم الذي أحيض فيه ؛ وذلك لأنّهما أضافا الصوم إلى [زمانٍ]^(٢) لا يصحّ صومه ، فصارا لاعبين^(٣) بهذا القول ، فلا يتعلّق به وجوب .

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في أ (رمضان) ، والمثبت من ب .

(٣) في ب (الاعتبار) .

وليس كذلك الفصل الأول؛ لأنّهما أضافا النذر إلى زمانٍ يجوز أن يصحّ صومه منهما، فحدوث ما [يمنع] ^(١) من جواز الصوم لا يمنع القضاء.

قال: ولو قال: لله عليّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فلان، فقدم في رمضان، فصامه من رمضان، أجزأه من رمضان ومن الصوم الذي جعل عليه، ولا كفارة عليه إن كان أراد اليمين؛ وذلك لأنّ زمان رمضان مع الإقامة لا يجوز عن غيره، فلم يتعلّق بنذره حكم.

وقوله: أجزأ عنهما، تجوّز، وإنّما أراد بالإجزاء: أنّه لا يلزمه شيءٌ بالنذر، وأمّا الكفارة؛ فلأنّه قد صام فيه، واليمين انعقدت على الصوم دون غيره.

ولو كان قال: لله عليّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه [فلان] شكراً لله تعالى تطوعاً لقدمه، وأراد اليمين، فصامه من كفارة يمين، ثم قدم فلان ذلك اليوم بعد ارتفاع [النهار]، فعليه قضاؤه والكفارة، ولو كان هذا في رمضان كان مثل ذلك في الكفارة [ولا قضاء عليه؛ وذلك لأنّه نذر الصوم للقدم، فصامه عن الكفارة]، وهي غير متعيّنة فيه، فكان عليه القضاء، وحنث في يمينه؛ لأنّه لم يحلف على إطلاق الصوم، وإنّما حلف أن يصوم عن القدم، فإذا صام عن غيره، حنث.

وأما إذا كان ذلك في رمضان فلا قضاء عليه؛ لأنّ الزمان متعيّنٌ لرمضان، فلا يصحّ إيجابه لغيره.

فأمّا الكفارة؛ فإنّما تجب لأنّه لم يصم لما حلف عليه.

قال: وإن صامه ينوي الشكر عن قدوم فلان، ولا ينوي رمضان، برّ في

(١) في أ (يخرج) والمثبت من ب.



يمينه وأجزأه عن رمضان؛ لأنَّ صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النية، فأما اليمين فقد برّ فيها؛ لأنَّه قصد الصيام عمّا حلف عليه، وإنَّما وقع عن غيره حكماً^(١).

وذكر بعد ذلك: من صام في رمضان في السفر ينوي الكفارة أو التطوع، كان عن الكفارة في قول أبي حنيفة، ولم يكن عن التطوع، وقد مضت هذه المسألة في الصيام.

قال: كلَّ صومٍ ذكره الله تعالى في كتابه متتابعاً، فلا يجوز إلا متتابعاً، وما لم يذكر فيه التتابع، فإن شاء تابع، وإن شاء فرّق، إلا في كفارة اليمين، فإنَّ عليه صيام ثلاثة أيام متتابعاتٍ، وهي في قراءة عبد الله وأبي ابن كعب.

أما ما ذكره الله تعالى متتابعاً، فقد أوجب العبادة على صفةٍ، فلا يجوز أن تؤدى على غيرها.

وأما الصوم المطلق في غير [كفارة اليمين]^(٢)، فإن شاء تابع، وإن شاء فرّق؛ لأنَّ إطلاق الأمر عامٌّ في الأمرين.

فأما كفارة اليمين فهي متتابعةٌ عندنا، وقد بيّناها في كتاب الأيمان^(٣).

آخر كتاب الكفارات

(وهو آخر شرح مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي رحمه الله تعالى،

(١) في ب (من طريق الحكم).

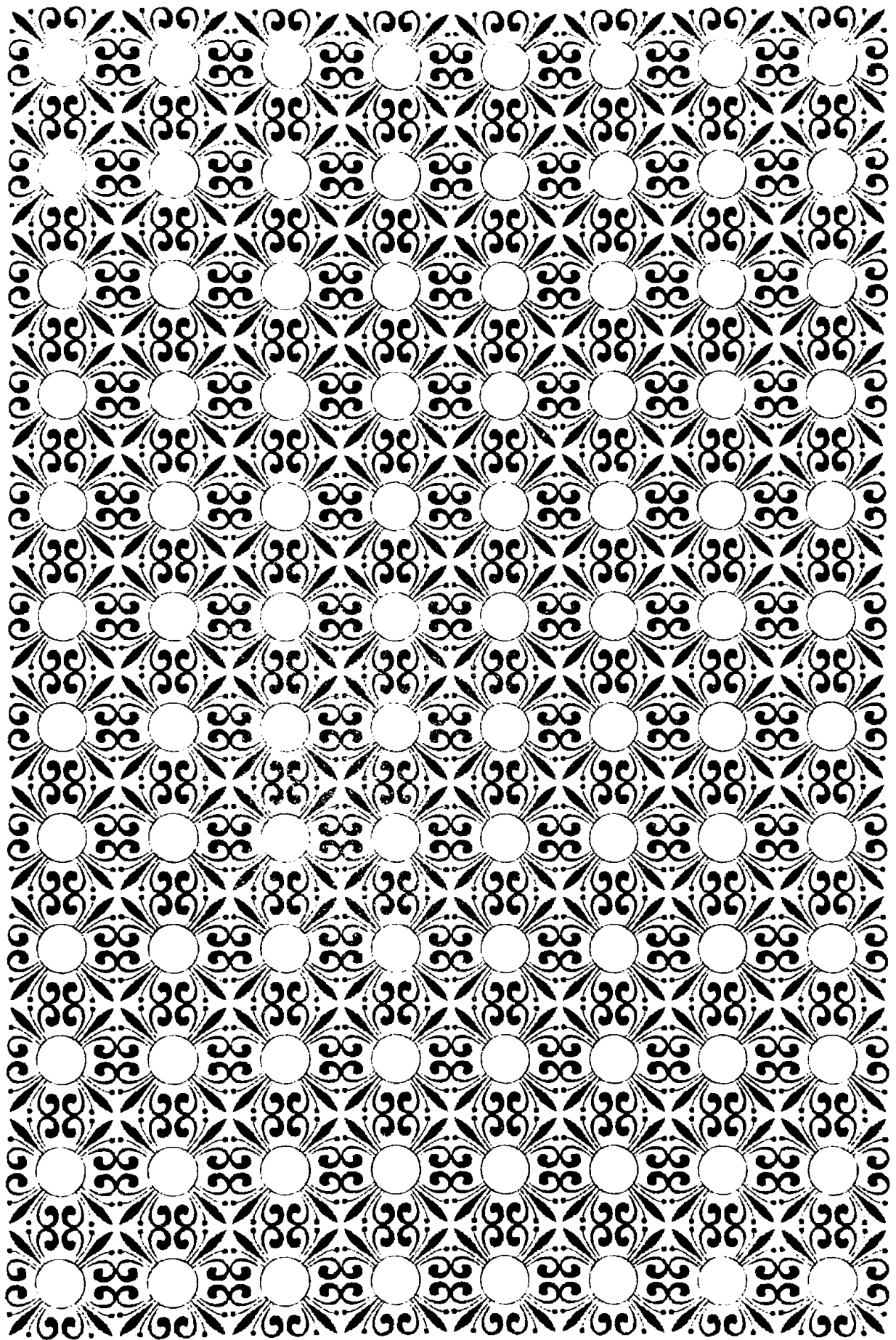
(٢) في أ (الكفارة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) انظر: الأصل ١٦١/٢؛ ١٧/٥ - ١٩، ٥٤٨/٦ وما بعدها؛ الجامع الصغير (مع شرح الصدر)

شرحه الشيخ أبو الحسين القدوري رحمه الله تعالى ، أعانه الله على دينه ودينه .
 والحمد لله رب العالمين ، والصلاة على رسوله محمد النبي وآله أجمعين .
 صادف الفراغ منه العبد الفقير إلى رحمة الله ، محمد بن الحسين بن هبة الله
 بن فارس الموصلي ، في أواخر ذي الحجة من سنة خمس وثلاثين وخمسمائة ،
 بمدينة مرو عمّرها الله ، رحم الله من دعا لكاتبه بحسن التوفيق في الدارين بنعمة
 الله به ، له ولجميع المسلمين^(١) .



(١) في ب (آخر كتاب مختصر الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي رحمة الله عليه ، والحمد لله وحده ،
 وصلى الله على خير خلقه محمد وآله وسلم ، وكان الفراغ من كتابته يوم الأربعاء المبارك ، رابع
 شهر ربيع الثاني ، سنة خمس وسبعين وتسعمائة ، على يد العبد الفقير إلى الله تعالى تاج الدين
 ابن الحاج علي الأزهري ، غفر الله له ولجميع المسلمين) .



تراجم الأعلام الواردة أسماؤهم في الكتاب

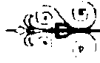
١ - إبراهيم الحربي: هو أبو إسحاق إبراهيم بن إسحاق بن إبراهيم بن بشير البغدادي، الحربي، الإمام، الحافظ، شيخ الإسلام، وكان شيخ البغداديين، وظيفهم، وزاهدهم، وناسكهم، ومسندهم في الحديث، له التصانيف، منها «غريب الحديث»، مولده: في سنة ١٩٨هـ، ووفاته سنة ٢٨٥هـ. «تاريخ بغداد» ٦: ٥٢٢ (٣٠١٢)، «سير أعلام النبلاء» ١٣: ٣٥٦ (١٧٣).

٢ - إبراهيم بن رستم أبو بكر الفقيه المروزي، أحد الأئمة، سمع: ابن أبي ذئب، وعنه: أحمد بن حنبل، عرض عليه القضاء فلم يقبله، تفقه على محمد بن الحسن، مات سنة ٢١٠هـ. «تاريخ بغداد» ٦: ٥٨٧ (٣٠٦٠)، «تاريخ الإسلام» ٥: ٢٤ (١٠).

٣ - ابن سُريج: هو أبو العباس أحمد بن عمر بن سُريج البغدادي، القاضي الشافعي، شيخ الإسلام، فقيه العراقيين، صاحب المصنفات، ولد: سنة بضع وأربعين ومائتين، ولي القضاء بشيراز، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي، مات سنة ٣٠٣هـ أو سنة ٣٠٦هـ. «وفيات الأعيان» ١: ٦٦ (٢١)، «سير أعلام النبلاء» ١٤: ٢٠١ (١١٤).

٤ - ابن سماعة: هو أبو عبد الله محمد بن سماعة التميمي، الكوفي، قاضي بغداد، العلامة، صاحب أبي يوسف ومحمد، كتب النوادر عنهما جميعاً، كان ورده في اليوم مائتي ركعة، وتوفي: سنة ٢٣٣هـ، عُمّر: ١٠٣ سنة. «تاريخ بغداد» ٣: ٢٩٨ (٨٨٠)، «سير أعلام النبلاء» ١٠: ٦٤٦ (٢٢٨).

٥ - ابن شجاع: هو محمد بن شجاع، أبو عبد الله، البغدادي الحنفي، ويعرف بابن الثلجي، الفقيه، كان من بحور العلم، من أصحاب الحسن اللؤلئي، وكان صاحب تعبد وتهجد وتلاوة، مات ساجداً، ولد سنة ١٨١هـ، وتوفي سنة ٢٦٦هـ، عن ٨٥ سنة. انظر:



«تاريخ بغداد» ٣: ٣١٥ (٨٩٠)، «سير أعلام النبلاء» ١٢: ٣٧٩ (١٦٣).

٦ - أبو القاسم الصفار: هو أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفار الملقب البلخي الفقيه المحدث، لقبه: حم بفتح الحاء، تفقه على أبي جعفر الهندواني وسمع منه الحديث، مات سنة ٣٢٦هـ، عن ٨٧ سنة. «الجواهر المضية» ١: ٧٨ (١٤٢) «الطبقات السنوية» ١: ٣٩٣ (٢٤٤).

٧ - أبو بكر الخوارزمي: هو محمد بن موسى بن محمد أبو بكر الخوارزمي شيخ أهل الرأي وفقههم، سكن بغداد، وسمع الحديث بها، وانتهت إليه الرياسة في المذهب، وقد دعى إلى ولاية الحكم مرارا فامتنع منه، وتوفي ٤٠٣هـ. «تاريخ بغداد» ٤: ٤٠٥ (١٦٠٤)، «الجواهر المضية» ٢: ١٣٥ (٤١٥).

٨ - أبو بكر الرازي: هو أحمد بن علي، أبو بكر الرازي الحنفي، المعروف بالجصاص، الإمام، المفتي، المجتهد، علم العراق، ولد سنة ٣٠٥هـ، تفقه بأبي الحسن الكرخي، وصنف وجمع وتخرج به الأصحاب ببغداد، وإليه المنتهى في معرفة المذهب، مات سنة ٣٧٠هـ، عن ٦٥ سنة. «سير أعلام النبلاء» ١٦: ٣٤٠ (٢٤٧)، «تاج التراجم» لابن قطلوبغا ص ٩٦ (١٧).

٩ - أبو حفص: هو أحمد بن حفص أبو حفص الكبير، الإمام المشهور أخذ العلم عن محمد بن الحسن وله أصحاب لا يحصون ببخارى، كان في زمن البخاري صاحب «الصحيح». «الجواهر المضية» ١: ٦٧ (١٠٥)، «تاج التراجم» لابن قطلوبغا ص ٩٤ (١٥).

١٠ - أبو سعيد البرذعي: هو أحمد بن الحسين، أبو سعيد البرذعي، شيخ الحنفية ببغداد، وكان فقيها مناظراً، بارعاً، تفقه به: أبو الحسن الكرخي، وأبو طاهر الدباس، قُتل مع الحاج شهيدا، قتلته القرامطة في عشر ذي الحجة بمكة سنة ٣١٧هـ. «تاريخ بغداد» ٥: ١٦٠ (٢٠٢٠)، «تاريخ الإسلام» ٧: ٣١٦ (٢٨٢).

١١ - أبو سليمان: هو موسى بن سليمان أبو سليمان الجوزجاني، الفقيه صاحب أبي يوسف، ومحمد، عرض عليه المأمون القضاء فامتنع، وذكر أنه لا يصلح، فأعفاه، توفي بعد ٢٠٠هـ. «تاريخ بغداد» ١٥: ٢٦ (٦٩٤٥)، «تاريخ الإسلام» ٥: ٤٦٨ (٤٢٥).

١٢ - أبو طاهر الدباس: هو محمد بن محمد بن سفيان أبو طاهر الدباس الفقيه، إمام أهل الرأي بالعراق، وكان من أهل السنة والجماعة صحيح المعتقد تخرج به جماعة من الأئمة، كان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات، من أقران أبي الحسن الكرخي. «الوافي بالوفيات» ١: ١٣٧، «الجواهر المضية في طبقات الحنفية» ٢: ١١٦ (٣٥٤).

١٣ - أبو عبد الله: هو محمد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجرجاني الفقيه أحد الأعلام، تفقه على أبي بكر الرازي، وتفقه عليه الإمام القدوري، وكان فقيها عالما، مات سنة ٣٩٨هـ. «تاريخ بغداد» ٤: ٦٨٣ (١٨٣٧)، «الجواهر المضية» ٢: ١٤٣ (٤٣٨).

١٤ - أبو عصمة: هو نوح بن أبي مريم، المروزي، أبو عصمة القرشي قاضي مرو، ويعرف بنوح الجامع، أخذ الفقه عن أبي حنيفة، وولي قضاء مرو، فكتب إليه أبو حنيفة بموعظة معروفة عند المراوزة، وكان شديداً على الجهمية، مات سنة ١٧٣هـ. «تهذيب الكمال» ٣٠: ٥٦ (٦٤٩٥)، «تاريخ الإسلام» ٤: ٧٥٧ (٣٠٣).

١٥ - أبو علي الشاشي: هو أحمد بن محمد بن إسحاق، أبو علي الشاشي، وكان أبو الحسن الكرخي جعل التدريس له حين فليج، وكان يقول: ما جاءنا أحفظ منه، توفي سنة ٣٤٤هـ. «تاريخ بغداد» ٦: ٦٠ (٢٥٥١)، «الطبقات السنية» ٢: ٣٩ (٣٠٧).

١٦ - أبو موسى الضرير: هو محمد بن عيسى بن عبد الله يعرف بابن أبي موسى، الفقيه على مذهب العراقيين، ولي القضاء ببغداد، وكان له سمت حسن ووقار تام، ولا مطعن عليه في شيء مما يتولاه، قتله اللصوص في داره سنة ٣٣٤هـ. انظر: «الجواهر

المضية» ٢: ١٠٦ (٣٢٢)، «تاج التراجم» لابن قطلوبغا ص ٣٣٠ (٣٣٢).

١٧ - أسد بن عمرو: هو أسد بن عمرو بن عامر، أبو المنذر البجلي الكوفي، صاحب أبي حنيفة، وكان قد ولي القضاء ببغداد، وتولى أيضا قضاء واسط، توفي سنة ١٨٨هـ، وقيل سنة ١٩٠هـ. «تاريخ بغداد» ٧: ٤٧٠ (٣٤٣٧)، «تاريخ الإسلام» ٤: ٨٠٧ (١٦).

١٨ - الإسكاف: هو أبو بكر محمد بن أحمد الإسكاف البلخي، كان إماماً كبيراً، تفقه عليه أبو جعفر الفقيه الهندواني، وبه انتفع وعليه تخرج، مات سنة ٣٣٦هـ. «الجواهر المضية» ٢: ٢٨، ٢٣٩ (٨١، ١٢)، «سلم الوصول» لحاجي خليفة ٣: ١٠١ (٣٩١٤).

١٩ - إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة النعمان، يكنى أبا حيان، ولي قضاء الجانب الشرقي من بغداد ثم عزل، وولي قضاء البصرة أيضا ثم عزل عنه، وكان إماماً عالمًا عارفا بصيرا بالقضاء، محمود السيرة فيه، توفي سنة ٢١٢هـ. «تاريخ بغداد» ٧: ٢١٦ (٣٢٣٣)، «تاريخ الإسلام» ٥: ٢٧٧ (٣٩).

٢٠ - بشر المريسي: هو أبو عبد الرحمن بشر بن غياث، المريسي الحنفي، المتكلم، المناظر، من كبار الفقهاء، أخذ الفقه عن القاضي أبي يوسف، إلا أنه استغل بالكلام، وكان يناظر الإمام الشافعي رحمه الله، ومات: في آخر سنة ٢١٨هـ، وقد قارب الثمانين. «وفيات الأعيان» ١: ٢٧٧ (١١٥)، «سير أعلام النبلاء» ١٠: ١٩٩ (٤٥).

٢١ - بشر بن الوليد: هو بشر بن الوليد بن خالد أبو الوليد الكندي، الإمام، المحدث، الصادق، قاضي العراق، الحنفي، ولد: في حدود ١٥٠هـ، سمع من القاضي أبي يوسف، وبه تفقه وتميز، وولي القضاء، وكان ورده في اليوم مائتي ركعة، مات سنة ٢٣٨هـ. «تاريخ بغداد» ٧: ٥٦١ (٣٤٧١)، «سير أعلام النبلاء» ١٠: ٦٧٣ (٢٤٩).

٢٢ - الحاكم: هو محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله أبو الفضل، البلخي، الشهير



بالحاكم المروزي السلمي الوزير الشهيد العالم الكبير، ولي قضاء بخارى ثم ولاة الأمير الحميد صاحب خراسان وزارته، وقُتل شهيداً في صلاة الصبح سنة ٣٣٤هـ. «الجواهر المضية» ٢: ١١٢ (٣٤١)، «تاج التراجم» لابن قطلوبغا ص ٢٧٢ (٢٥٤).

٢٣ - حبان بن بشر: هو حبان بن بشر بن المخارق، أبو بشر الأسدي، سمع أبا يوسف القاضي، وعليه تفقه، وولي القضاء بأصبهان، ثم قدم بغداد، وولاه المتوكل قضاء الشرقية، مات سنة ٢٣٧هـ. «تاريخ بغداد» ٩: ٢١٣ (٤٣٣٦)، «الجواهر المضية» ١: ١٨٤ (٤٢٠)، «الطبقات السنية» ٣: ٢٨ (٦٣٧).

٢٤ - الحسن بن أبي مالك: هو الحسن بن أبي مالك أبو مالك تفقه على أبي يوسف القاضي وتفقه عليه محمد بن شجاع البلخي، غزير العلم، واسع الرواية، كان أبو يوسف يشبهه بجمل حَمَلٍ أكثر مما يطيق، مات سنة ٢٠٤هـ. «الجواهر المضية» ١: ٢٠٤ (٥٠٣)، «الطبقات السنية» ٣: ٥٠ (٦٦٢).

٢٥ - الحسن بن حي: هو الحسن بن صالح بن صالح بن حي، أبو عبد الله الهمداني، الثوري، الكوفي، الإمام الكبير، أحد الأعلام، الفقيه، العابد، ولد سنة ١٠هـ، قال أبو نعيم: ما كان دون الثوري في الورع والقوة، مات سنة ١٦٩هـ. «تهذيب الكمال» ٦: ١٧٧ (١٢٣٨)، «سير أعلام النبلاء» ٧: ٣٦١ (١٣٤).

٢٦ - الحسن بن زياد: هو الحسن بن زياد أبو علي الأنصاري مولاهم، الكوفي، اللؤلؤي، صاحب أبي حنيفة، فقيه العراق، كان أحسن خلقاً مع توفر فقهه وعلمه وزُهده وورعه، وكان يكسو مماليكه كما يكسو نفسه، مات سنة ٢٠٤هـ. «تاريخ بغداد» ٨: ٢٧٥ (٣٧٨٠)، «سير أعلام النبلاء» ٩: ٥٤٣ (٢١٢).

٢٧ - حفص بن غياث: هو حفص بن غياث بن طلق النخعي، أبو عمّر الكوفي، قاضيها، وولي القضاء ببغداد أيضاً، ولد سنة ١١٧هـ، قال سجادة: وكان يقال: ختم القضاء

بحفص بن غياث . مات سنة ١٩٤ هـ . «تاريخ بغداد» ٩ : ٦٨ (٤٢٦٦) ، «تهذيب الكمال» ٧ : ٥٦ (١٤١٥) ، «سير أعلام النبلاء» ٩ : ٢٢ (٦) .

٢٨ - حماد بن أبي سليمان : هو حماد بن أبي سليمان مسلم ، أبو إسماعيل الكوفي ، الإمام ، فقيه العراق ، وتفقه : بإبراهيم النخعي ، وهو أنبل أصحابه وأفقههم ، وكان أحد العلماء الأذكياء ، والكرام الأسخياء ، أخذ عنه الإمام أبو حنيفة ، مات سنة ١١٩ هـ . «تهذيب الكمال» ٧ : ٢٦٩ (١٤٨٣) ، «سير أعلام النبلاء» ٥ : ٢٣١ (٩٩) .

٢٩ - الخصاف : هو أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الخصاف الشيباني ، شيخ الحنفية ، المحدث ، كان فاضلا ، صالحا ، فارضا ، عارفا بالفقه ، مقدما عند المهتدي بالله ، توفي سنة ٢٦١ هـ ، وقد قارب الثمانين . انظر : «سير أعلام النبلاء» ١٣ : ١٢٣ (٦٢) ، «تاج التراجم» لابن قطلوبغا ص ٩٧ (١٨) .

٣٠ - خلف بن أيوب : هو خلف بن أيوب أبو سعيد العامري البلخي ، الحنفي ، الزاهد ، عالم أهل بلخ ، الإمام ، المحدث ، الفقيه ، مفتي المشرق ، كان من أعلام الأئمة ، تفقه على : القاضي أبي يوسف ، مات سنة ٢٠٥ هـ ، وقيل ٢١٥ هـ . «تهذيب الكمال» ٨ : ٢٧٣ (١٧٠١) ، «سير أعلام النبلاء» ٩ : ٥٤١ (٢١١) .

٣١ - داود الطائي : هو أبو سليمان داود بن نصير الطائي الكوفي ، الإمام ، الفقيه ، القدوة ، الزاهد ، وكان من كبار أئمة الفقه ، برع في العلم بأبي حنيفة ، ثم أقبل على شأنه ، ولزم الصمت ، وآثر الخمول ، وفر بدينه ، مات سنة ١٦٢ هـ . «تاريخ بغداد» ٩ : ٣١١ (٤٤٠٨) ، «سير أعلام النبلاء» ٧ : ٤٢٢ (١٥٨) .

٣٢ - داود بن رشيد : هو داود بن رشيد أبو الفضل الخوارزمي ، الإمام ، الحافظ ، الثقة ، أبو الفضل الخوارزمي ، ثم البغدادي ، مولى بني هاشم ، رحال ، جوال ، صاحب حديث ، توفي سنة ٢٣٩ هـ ، وهو من أبناء الثمانين . «تهذيب الكمال» ٨ : ٣٨٨ (١٧٥٨) ، «سير أعلام النبلاء» ١١ : ١٣٣ (٤٩) .



٣٣ - زفر: هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري أبو الهذيل، الفقيه، المجتهد، الرباني، العلامة، أحد الفقهاء والعباد، من بحور الفقه، وأذكياء الوقت، تفقه بأبي حنيفة، قال ابن معين: ثقة مأمون، ولد سنة ١١٠هـ، مات سنة ١٥٨هـ، عن ٤٨ سنة. «سير أعلام النبلاء» ٨: ٣٨ (٦)، «وفيات الأعيان» ٢: ٣١٧ (٢٤٣).

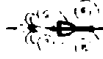
٣٤ - الزنجي: هو أبو خالد مسلم بن خالد المخزومي، الزنجي، الإمام، فقيه مكة، ولد: سنة مائة، أو قبلها بيسير، كان فقيها، عابدا، يصوم الدهر، روى عنه القراءة: الإمام الشافعي، وتفقه به، حتى أذن له في الفتيا، مات سنة ١٧٩هـ، أو ١٨٠هـ. «تهذيب الكمال» ٢٧: ٥٠٨ (٥٩٢٥)، «سير أعلام النبلاء» ٨: ١٧٦ (٢٢).

٣٥ - زيد بن عياش، أبو عياش المدني، الزرقي، ويقال: المخزومي، روى عن: سعد بن أبي وقاص. «تهذيب الكمال» ١٠: ١٠١ (٢١٢٤)، «ميزان الاعتدال» ٢: ١٠٥ (٣٠٢٣).

٣٦ - عافية بن يزيد: هو عافية بن يزيد بن قيس الأودي الكوفي الحنفي، قاضي بغداد، كان من العلماء العاملين، ومن قضاة العدل، نزع في الفقه بأبي حنيفة، استعفى من القضاء، فأعفي، وثقه: النسائي ويحيى، توفي: سنة نيف وستين ومائة. «تهذيب الكمال» ١٤: ٥ (٣٠٣٣)، «سير أعلام النبلاء» ٧: ٣٩٨ (١٤٥).

٣٧ - عبد العزيز بن خالد: هو عبد العزيز بن خالد بن زياد الترمذي، من أصحاب الإمام أبي حنيفة، أخذ عنه الفقه، من أقران نوح بن أبي مريم، روى عن: سفيان الثوري، روى له النسائي. «تهذيب الكمال» ١٨: ١٢٥ (٣٤٤٠)، «تاريخ الإسلام» ٤: ٩١٤ (٢١٩)، «الجواهر المضية» ١: ٣١٨ (٨٤٩).

٣٨ - علي بن الجعد: هو علي بن الجعد بن عبيد أبو الحسن البغدادي، الإمام، الحافظ، الحجة، مسند بغداد، من أصحاب أبي يوسف، ولد سنة ١٣٤هـ، ومات سنة ٢٣٠هـ، استكمل ٩٦ سنة. «تاريخ بغداد» ١٣: ٢٨١ (٦١٦٨)، «سير أعلام النبلاء» ١٠:



٤٥٩ (١٥٢)، «الجواهر المضية» ١: ٣٥٥ (٩٨٢).

٣٩- عمرو بن أبي عمرو: هو عمرو بن أبي عمرو إسحاق بن مرار الشيباني، وكان من علماء الكوفيين بالعربية، وكان قد أخذ علم أبيه وأملى في حياة أبيه سنين متعدّدة، وكان ثبّتا، واسع الرواية، مات سنة ٢٣١هـ. «تجريد الأسماء والكنى» لأبي يعلى الحنبلي ٢: ١٢٩ (٦) «إنباه الرواة» للقفطي ٢: ٣٦٠ (٥١٦)

٤٠- عيسى بن أبان: هو عيسى بن أبان بن صدقة، فقيه العراق، وقاضي البصرة، ولزم محمد بن الحسن لزوماً شديداً حتى تفقه به، وله تصانيف وذكاء مفرط، وفيه سخاء وجود زائد، توفي سنة ٢٢١هـ. «تاريخ بغداد» ١٢: ٤٧٩ (٥٨٠٣)، «سير أعلام النبلاء» ١٠: ٤٤٠ (١٤١).

٤١- الفضل بن غانم: هو الفضل بن غانم، أبو علي الخزاعي مروزي سكن بغداد، روى عن: أبي يوسف، ومالك، وكان يتولى القضاء بالري وبمصر، وتوفي ببغداد سنة ٢٣٦هـ. «تاريخ بغداد» ١٤: ٣٢١ (٦٧٤٣)، «تاريخ الإسلام» ٥: ٩٠٠ (٣٢٢).

٤٢- القاسم بن معن: هو أبو عبد الله القاسم بن معن بن عبد الرحمن الهذلي، ابن صاحب النبي ﷺ عبد الله بن مسعود، الإمام الفقيه، المجتهد، قاضي الكوفة، ومفتيها في زمانه، ولد: بعد سنة مائة، كان: ثقة، نحويًا، أخباريًا، لم يأخذ على القضاء معلوماً، أكبر تلامذة الإمام أبي حنيفة، توفي سنة ١٧٥هـ. «تهذيب الكمال» ٢٣: ٤٤٩ (٤٨٢٧) «سير أعلام النبلاء» ٨: ١٩٠ (٢٨).

٤٣- مالك بن مغول: هو مالك بن مغول بن عاصم أبو عبد الله البجلي، الكوفي الإمام، الثقة، المحدث، كان من سادة العلماء، توفي سنة ١٥٩هـ. «التاريخ الكبير للبخاري» ٧: ٣١٤ (١٣٣٩)، «سير أعلام النبلاء» ٧: ١٧٤ (٥٦).

٤٤- محمد بن أبي رجاء: هو محمد بن أبي رجاء الخراساني، ولي القضاء ببغداد أيام المأمون، وهو من أصحاب أبي يوسف القاضي، مات سنة ٢٠٧هـ. «أخبار القضاة»

لوكيع ٣: ٢٨٩ ، «تاريخ بغداد» ٣: ١٨٨ (٧٩١) .

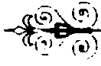
٤٥ _ محمد بن الحسن بن فرقد أبو عبد الله الشيباني ، مولا هم : كان فقيهاً عالماً كتب عن مالك كثيراً من حديثه وعن الثوري وغيرهما ، وهو راوية أبي حنيفة وأبي يوسف القائم بمذهبهما ، وله في ذلك مصنفات ، ولد بواسطة سنة ١٣٢هـ ، ونشأ بالكوفة ، وسكن بغداد وحدث بها ؛ فروى عنه الشافعي وغيره ، وكان الشافعي يثني عليه ، وكان أفصح الناس إذا تكلم خيل إلى سامعه أن القرآن نزل بلغته ، وكان قاضياً للرشيد بالركة ، توفي بالري سنة ١٨٩هـ . الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء (ص : ١٧٤) ، «تاريخ بغداد» ٢ : ٥٦١ (٥٤٣) ، «وفيات الأعيان» ٤ : ١٨٤ (٥٦٧) .

٤٦ _ معلى : هو معلى بن منصور الرازي أبو يعلى الحنفي ، العلامة ، الحافظ ، الفقيه ، نزيل بغداد ، ومفتيها ، وكان نبيلاً ، طلبوه للقضاء غير مرة فأبى ، أخذ عن القاضي أبي يوسف ، وكان ثقة ، مات سنة ٢١١هـ . «تاريخ بغداد» ١٥ : ٢٤٦ (٧١١٨) «سير أعلام النبلاء» ١٠ : ٣٦٥ (٩٥) .

٤٧ _ هشام : هو هشام بن عبيد الله الرازي ، الفقيه ، أحد أئمة السنة ، كان من بحور العلم ، له نوادر ، تفقه على أبي يوسف ومحمد ، ومات محمد بن الحسن في منزله بالري ، مات سنة ٢٢١هـ . «سير أعلام النبلاء» ١٠ : ٤٤٦ (١٤٥) ، «الجواهر المضية» ٢ : ٢٠٥ (٦٤٣) .

٤٨ _ الهندي : هو محمد بن عبد الله بن محمد أبو جعفر الفقيه البلخي الهندي ، يقال له أبو حنيفة الصغير لفقهه ، حدث ، وأفتى بالمشكلات وشرح المعضلات وكشف الغوامض ، توفي سنة ٣٦٢هـ . «تاريخ الإسلام» ٨ : ٢٠٧ (٥٤) ، «الجواهر المضية» ٢ : ٦٨ (٢١١) .

٤٩ _ وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي الكوفي أبو سفيان . الحافظ الثبت ، محدث



العراق في عصره. ولد في الكوفة، وسمع هشام بن عروة وابن جريج والأوزاعي وغيرهم. واهتم بتصنيف الحديث. قال الإمام أحمد بن حنبل: ما رأيت أحدا أوعى منه ولا أحفظ، وكيع إمام المسلمين. ولد سنة ١٢٨هـ وتوفي بفيد سنة ١٩٨هـ. له كتب، منها «تفسير القرآن». «تاريخ بغداد» ١٥: ٦٤٧ (٧٢٨٤)، «تهذيب الكمال» ٣٠: ٤٦٢ (٦٦٩٥)، «تاريخ الإسلام» ٤: ١٢٣٠ (٣٤١).

٥٠ - يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، أبو يوسف: القاضي الفقيه الحافظ، أكبر أصحاب أبي حنيفة وأعلام ذكراً، وهو كوفي سكن بغداد، وتولى القضاء بها لثلاثة من الخلفاء: المهدي وابنه الهادي ثم هارون الرشيد، وكان الرشيد يكرمه ويجلّه، وكان عنده حظياً مكيناً، وهو أول من دُعِيَ بقاضي القضاة في الإسلام. توفي سنة ١٨٢هـ عن ٦٩ سنة. «الانتقاء» لابن عبد البر ص ١٧٢، «تاريخ بغداد» ١٦: ٣٥٩ (٧٥١٠)، «وفيات الأعيان» ٦: ٣٧٨ (٨٢٤).

٥١ - يوسف بن خالد بن عمير السمطي، أبو خالد البصريّ، لزم أبا حنيفة الإمام حتى برع وصار من نجباء أصحابه، كان له بصر بالرأي والفتوى والشروط، مات سنة ١٨٩هـ. «تهذيب الكمال» ٣٢: ٤٢١ (٧١٣٤)، «تاريخ الإسلام» ٤: ١٠١٢ (٤٢٤).



المصادر والمراجع

- ١ . الآثار، لأبي يوسف، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٣٥٥هـ.
- ٢ . الآثار، للإمام محمد الشيباني، كراتشي: إدارة القرآن، ط ١، ١٤٠٧هـ.
- ٣ . الإجماع، لابن المنذر النيسابوري، الرياض: الفرقان، ط ٢، ١٤٢٠هـ.
- ٤ . الأحاد والمثاني، لأبي بكر الشيباني، ت: د. باسم الجوابرة، الرياض: دار الراية، ط ١، ١٩٩١م.
- ٥ . الأحاديث المختارة، لضياء الدين المقدسي، ط ١، ١٤١٠هـ.
- ٦ . أحكام القرآن، للجصاص، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ت: محمد الصادق، ١٤٠٥هـ.
- ٧ . أحكام القرآن، لابن العربي، بيروت: دار المعرفة.
- ٨ . أخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري، حيدر أباد: إحياء المعارف النعمانية، ١٣٩٤هـ.
- ٩ . أخبار المدينة، للنميري، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ.
- ١٠ . أخبار مكة، للأزرقي، بيروت: دار الأندلس للنشر، ١٤١٦هـ.
- ١١ . الاختيار لتعليل المختار، للموصللي، بيروت: دار المعرفة، بدون.
- ١٢ . آداب الشافعي، لابن أبي حاتم الرازي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٤هـ.
- ١٣ . الآداب الشرعية، لابن مفلح المقدسي، بيروت: دار الرسالة، ط ٢، ١٤١٧هـ.
- ١٤ . الأربعون العشارية السامية مما وقع لشيخنا من الأخبار العالية، لأبي الفضل العراقي، ت: بدر عبد الله البدر، بيروت: دار ابن حزم، ط ١، ١٤١٣هـ.
- ١٥ . إرشاد الفحول، للشوكاني، بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٤١٢هـ.
- ١٦ . الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار، لابن عبد البر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م.

- ١٧ . الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، لابن عبد البر ، بيروت : دار صادر .
- ١٨ . أسد الغابة ، لابن الأثير الجزري ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط ١ ، ١٤١٧هـ .
- ١٩ . الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، لعبد الوهاب البغدادي ، ت : الحبيب بن طاهر ، بيروت : دار ابن حزم ، ١٤٢٠هـ .
- ٢٠ . الإصابة في تمييز الصحابة ، لابن حجر العسقلاني ، القاهرة : دار هجر ، ط ١ ، ١٤٢٩هـ .
- ٢١ . الأصل ، لمحمد بن حسن الشيباني ، ت : د . محمد بوينوكالن ، بيروت : دار ابن حزم ، ط ١ ، ١٤٣٣هـ .
- ٢٢ . أصول السرخسي ، للسرخسي ، بيروت : دار المعرفة ، بدون .
- ٢٣ . الإفصاح عن معاني الصحاح ، لابن هبيرة الرياض : المؤسسة السعيدية .
- ٢٤ . الإقناع ، للخطيب الشربيني ، بيروت : دار الفكر ، ١٤١٥هـ .
- ٢٥ . الأم ، للإمام الشافعي ، بيت الأفكار الدولية ، بدون .
- ٢٦ . الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة ، لابن عبد البر ، القاهرة ، ١٣٥٠هـ .
- ٢٧ . الأنساب ، للسمعاني ، ليدن ، ١٩١٢م .
- ٢٨ . أنيس الفقهاء ، للقونوي ، جدة : دار الوفاء ، ط ١ ، ١٤٠٦هـ .
- ٢٩ . الأوسط ، لابن المنذر النيسابوري ، الرياض : دار طيبة ، ط ١ ، ١٩٨٥م .
- ٣٠ . إيضاح المكنون في الذي على كشف الظنون ، لمصطفى الرومي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٤١٣هـ .
- ٣١ . الإيضاح النووي (مع حاشية الهيتمي) ، بيروت : دار الفكر .
- ٣٢ . الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان ، لابن الرفعة ، ت : د . محمد أحمد الخاروف ، مكة المكرمة : مركز البحث العلمي ، جامعة أم القرى .
- ٣٣ . البحر الرائق ، لابن نجيم ، بيروت : دار المعرفة ، ط ٢ .
- ٣٤ . البحر العميق في مناسك المعتمر والحاج إلى البيت العتيق ، لابن الضياء المكي ، بيروت : دار الريان ، ط ١ ، ١٤٢٧هـ .

- ٣٥ . بحر الفوائد المشهور بمعاني الأخبار، لأبي بكر الكلاباذي، ت: محمد حسن إسماعيل، أحمد فريد المزيدي، ط ١، ١٤٢٠هـ.
- ٣٦ . البحر المحيط في أصول الفقه، للزرکشي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢١هـ.
- ٣٧ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد القرطبي الحفيد، القاهرة: دار الحديث، ١٤٢٥.
- ٣٨ . البداية والنهاية، لابن كثير، بيروت: مكتبة المعارف، بدون.
- ٣٩ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، بيروت: دار الكتاب العربي، ط ٢، ١٣٩٤هـ.
- ٤٠ . البدر المنير، لابن الملقن، الرياض: دار الهجرة، ط ١، ١٤٢٥هـ.
- ٤١ . البرهان في أصول الفقه، للجويني، ت: صلاح بن محمد بن عويضة، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ.
- ٤٢ . البناية في شرح الهداية، للعيني، بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٤٠٠هـ.
- ٤٣ . بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، لأبي الحسن القطان، ت: د. الحسين آيت سعيد، الرياض: دار طيبة، ط ١، ١٤١٨هـ.
- ٤٤ . البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني، جدة: دار المنهاج، ط ١، ١٤٢١هـ.
- ٤٥ . البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، للحسيني، بيروت: المكتبة العلمية، ط ١، ١٤٠٠هـ.
- ٤٦ . تاج التراجم، لابن قطلوبغا، دمشق، دار القلم، ط ١، ١٤١٣هـ.
- ٤٧ . التاريخ القويم لمكة وبيت الله الكريم، للكردي، مكة المكرمة: النهضة الحديثة، ط ١، ١٩٦٥م.
- ٤٨ . التاريخ الكبير، للإمام البخاري، بيروت: دار الفكر، بدون.
- ٤٩ . تاريخ بغداد، للخطيب، بيروت: دار الكتب العلمية، بدون.
- ٥٠ . تاريخ مدينة دمشق، لأبي القاسم علي ابن عساكر، بيروت: دار الفكر، ١٩٩٥م.
- ٥١ . تاريخ واسط، للواسطي، بيروت: عالم الكتب، ط ١، ١٤٠٦هـ.

- ٥٢ . تبين الحقائق ، للزيلعي ، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي ، ١٣١٣هـ .
- ٥٣ . التجريد ، للقدوري ، القاهرة: دار السلام ، ط ١ ، ١٤٢٤هـ .
- ٥٤ . تحرير ألفاظ التنبيه ، للنووي ، ت: عبد الغني الدقر ، دمشق: دار القلم ، ط ١ ، ١٤٠٨هـ .
- ٥٥ . تحفة الأحوزي لابن العربي وكتبت (عارضه الأحوزي) .
- ٥٦ . تحفة الأحوزي ، للمباركفوري ، بيروت: دار الكتب العلمية ، بدون .
- ٥٧ . تحفة الفقهاء ، للسمرقندي ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ .
- ٥٨ . تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ، للذهبي ، الرياض: دار الوطن ، ١٤٢٧هـ .
- ٥٩ . تخريج الأحاديث والآثار ، للزيلعي ، الرياض: دار ابن خزيمة ، ط ١ ، ١٤١٤هـ .
- ٦٠ . التدوين في أخبار قزوين ، للرافعي القزويني ، ت: عزيز الله العطاري ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٤٠٨هـ .
- ٦١ . تذكرة الحفاظ ، للذهبي ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٩هـ .
- ٦٢ . التعريفات ، للجرجاني ، بيروت: دار الكتب العلمية ط ٣ ، ٢٠٠٩م .
- ٦٣ . تغليق التعليق ، لابن حجر العسقلاني ، بيروت: المكتب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ .
- ٦٤ . التفرع ، لابن الجلاب ، بيروت: دار الغرب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٨هـ .
- ٦٥ . تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ، بيروت: دار ابن حزم ، ط ١ ، ١٤١٣هـ .
- ٦٦ . تفسير ابن كثير ، ت: محمد حسين شمس الدين ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٩هـ .
- ٦٧ . تفسير ابن كثير ، بيروت: دار ابن حزم ، ط ١ ، ١٤٢٠هـ .
- ٦٨ . تفسير الطبري (جامع البيان على تأويل القرآن) للطبري ، مصر: دار المعارف بمصر .
- ٦٩ . تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) للقرطبي ، القاهرة: دار الكتاب العربي ، مصورة ، ١٣٧٨هـ .
- ٧٠ . تقريب التهذيب ، لابن حجر العسقلاني سوريا: دار الرشيد ، ط ١ ، ١٤٠٦هـ .
- ٧١ . التلخيص الحبير ، لابن حجر العسقلاني ، المدينة المنورة ، ١٤١٤هـ .
- ٧٢ . التمهيد ، لابن عبد البر ، المغرب: وزارة عموم الأوقاف ، ١٣٨٧هـ .

- ٧٣ . التنبيه ، للشيرازي ، مصر : مصطفى الحلبي ، ١٣٧٠هـ .
- ٧٤ . تنوير الحوالك ، للسيوطي ، مصر : المكتبة التجارية الكبرى ، ١٣٨٩هـ .
- ٧٥ . تهذيب الآثار ، لابن جرير ، بيروت : دار الكتب العلمية ط ١ ، ١٤٢٩هـ .
- ٧٦ . تهذيب الأسماء واللغات ، للنووي ، بيروت : دار الفكر ، ١٩٩٦م .
- ٧٧ . تهذيب الكمال ، للمزي ، بيروت : مؤسسة الرسالة ط ١ ، ١٤٠٠هـ .
- ٧٨ . تهذيب اللغة ، للأزهري ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط ١ ، ٢٠٠١م .
- ٧٩ . التيسير بشرح الجامع الصغير ، للمناوي ، الرياض : مكتبة الإمام الشافعي ، ط ٣ ، ١٤٠٨هـ .
- ٨٠ . الثقات ، لابن حبان ، بيروت : دار الفكر ، ط ١ ، ١٣٩٥هـ .
- ٨١ . جامع الأمهات ، لابن الحاجب ، ت : أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى ، اليمامة ، ط ٢ ، ١٤٢١هـ .
- ٨٢ . الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ، لمحمد بن الحسن الشيباني ، والشرح للكنوي ، بيروت : عالم الكتب ، ط ١ ، ١٤٠٦هـ .
- ٨٣ . الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٢٧هـ .
- ٨٤ . الجامع الكبير ، بيروت : دار الكتب العالمية .
- ٨٥ . الجمع بين الصحيحين ، للحميدي ، ت : د . علي حسين البواب ، بيروت : دار ابن حزم ، ط ٢ ، ١٤٢٣هـ .
- ٨٦ . الجواهر المضوية في طبقات الحنفية ، للقرشي ، حيدر أباد : ١٣٣٢هـ .
- ٨٧ . الجوهرة النيرة ، لأبي بكر الحدادي ، كراتشي : مير محمد كتب خانه ، بدون .
- ٨٨ . حاشية ابن عابدين ، لابن عابدين ، بيروت : دار الفكر ، ١٤٢٦هـ .
- ٨٩ . الحاوي القدسي ، للغزنوي ، ت : صالح العلي ، دمشق : دار النور ، ط ١ ، ١٤٣٢هـ .
- ٩٠ . الحاوي الكبير ، للماوردي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٩هـ .
- ٩١ . حجة الوداع ، لابن حزم ، ت : عبد الحق التركماني ، بيروت : دار ابن حزم ، مركز

- البحوث الإسلامية، ط ١، ١٤٢٩هـ.
- ٩٢ . الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن حسن الشيباني، بيروت: عالم الكتب، ط ٣، ١٤٠٣هـ.
- ٩٣ . حلية الأولياء، لأبي نعيم الأصبهاني، مصر: السعادة، ١٣٩٤هـ.
- ٩٤ . الخراج، لأبي يوسف، مصر: المطبعة السلفية، ١٩٧٧م.
- ٩٥ . الخرشبي على خليل، للخرشي: بيروت: دار الفكر، بدون.
- ٩٦ . خزنة الأدب، لابن حجة الحموي، ت: عصام شقيو، بيروت: مكتبة الهلال، ودار البحار، ٢٠٠٤م.
- ٩٧ . خزنة الأدب، للبغدادي، ت: عبد السلام هارون، القاهرة: مكتبة الخانجي، ط ٤، ١٤١٨هـ.
- ٩٨ . خلاصة البدر المنير في تخريج أحاديث الشرح الكبير، لابن الملقن، الرياض: مكتبة الرشيد، ط ١، ١٤١٠هـ.
- ٩٩ . خلاصة تذهيب تهذيب الكمال، لصفى الدين الخزرجي، ت: عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، بيروت: دار البشائر، ط ٥، ١٤١٦هـ.
- ١٠٠ . الدر المنثور في التفسير بالمأثور، للسيوطي، بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٤٠٣هـ.
- ١٠١ . الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لابن حجر العسقلاني، بيروت: دار المعرفة، بدون.
- ١٠٢ . درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢١هـ.
- ١٠٣ . الدرر اللوامع على همع الهوامع، لأحمد بن الأمين الشنقيطي، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ.
- ١٠٤ . دستور العلماء، للأحمد نكري، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢١هـ.
- ١٠٥ . الدعوات الكبير، الكويت: مركز المخطوطات، ط ١، ١٤٠٩هـ.
- ١٠٦ . ديوان امرئ القيس، بيروت: دار المعرفة، ط ٢، ١٤٢٥هـ.

- ١٠٧ . ذخيرة الحفاظ، لابن القيسراني، ت: د. عبد الرحمن الفريوائي، الرياض: دار السلف، ط ١، ١٤١٦هـ.
- ١٠٨ . الذخيرة، للقرافي، بيروت: دار الغرب، ١٩٩٤م.
- ١٠٩ . رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، بيروت: دار الغرب الإسلامي.
- ١١٠ . الرسالة الفقهية (القيروانية) بيروت: دار الغرب الإسلامي.
- ١١١ . روضة الطالبين، للنووي، بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
- ١١٢ . روضة الناظر، لابن قدامة المقدسي، الرياض: جامعة الإمام، ط ٢، ١٣٩٩هـ.
- ١١٣ . زاد المسير، لابن الجوزي، بيروت: ابن حزم.
- ١١٤ . الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لأبي منصور الهروي، الكويت: وزارة الأوقاف، ١٣٩٩هـ.
- ١١٥ . سنن النسائي الكبرى، للنسائي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١هـ.
- ١١٦ . سنن ابن ماجه، ضمن (موسوعة الحديث الشريف)، الرياض: دار السلام، ط ٤، ١٤٢٩هـ.
- ١١٧ . سنن أبي داود، ضمن (موسوعة الحديث الشريف)، الرياض: دار السلام، ط ٤، ١٤٢٩هـ.
- ١١٨ . سنن الترمذي، ضمن (موسوعة الحديث الشريف)، الرياض: دار السلام، ط ٤، ١٤٢٩هـ.
- ١١٩ . سنن الدارقطني، القاهرة: دار المحاسن.
- ١٢٠ . سنن النسائي، ضمن (موسوعة الحديث الشريف)، الرياض: دار السلام، ط ٤، ١٤٢٩هـ.
- ١٢١ . السنن الكبرى للبيهقي، بيروت: دار الفكر.
- ١٢٢ . السنن المأثورة، للشافعي، بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٤٠٦هـ.
- ١٢٣ . سنن سعيد بن منصور، لسعيد بن منصور الخراساني، الهند: الدار السلفية.
- ١٢٤ . سير أعلام النبلاء، للذهبي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٩هـ.

- ١٢٥ . السير الكبير ، لمحمد بن الحسن (مع شرح السرخسي) ، القاهرة: ١٩٧١م .
- ١٢٦ . سيرة ابن إسحاق ، (معهد الدراسات والأبحاث) .
- ١٢٧ . شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لابن العماد ، القاهرة: مكتبة المقدسي ، ١٣٥٠هـ .
- ١٢٨ . شرح السنة ، للبغوي ، دمشق: المكتب الإسلامي ، ط ٢ ، ١٤٠٢هـ .
- ١٢٩ . الشرح الصغير على أقرب المسالك ، للدردير ، أبو ظبي ، ١٤١٠
- ١٣٠ . شرح منتهى الإرادات ، للبهوتي ، بيروت: عالم الكتب ، ط ٢ ، ١٩٩٦م .
- ١٣١ . شرح الموطأ ، للزرقاني ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١١هـ .
- ١٣٢ . شرح النووي على صحيح مسلم ، للنووي ، بيروت: دار إحياء التراث العربي ، ط ٣ ، ١٣٩٢هـ .
- ١٣٣ . شرح مختصر الطحاوي ، لأبي بكر الرازي ، بيروت: دار البشائر ، ط ١ ، ١٤٣١هـ .
- ١٣٤ . شرح مشكل الآثار ، للطحاوي ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ط ١ ، ١٤٠٨هـ .
- ١٣٥ . شرح معاني الآثار ، للطحاوي ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٣٩٩هـ .
- ١٣٦ . شعب الإيمان ، للبيهقي ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٠هـ .
- ١٣٧ . الشعر والشعراء لابن قتيبة
- ١٣٨ . الصحاح ، للجوهري (مرتب ترتيباً ألفبائياً) ، بيروت: دار المعرفة ، ط ١ ، ١٤٢٦هـ .
- ١٣٩ . صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ، لابن حبان ، بيروت: مؤسسة الرسالة ١٤١٤هـ .
- ١٤٠ . صحيح ابن خزيمة ، لابن خزيمة النيسابوري ، بيروت: المكتب الإسلامي ، ١٣٩٠هـ .
- ١٤١ . صحيح البخاري ، ضمن (موسوعة الحديث الشريف) ، الرياض: دار السلام ، ط ٤ ، ١٤٢٩هـ .
- ١٤٢ . صحيح مسلم ، ضمن (موسوعة الحديث الشريف) ، الرياض: دار السلام ، ط ٤ ، ١٤٢٩هـ .
- ١٤٣ . السنن الصغرى ، للبيهقي ، بيروت: دار الفكر
- ١٤٤ . الضعفاء الكبير ، للعقيلي ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٠٤هـ .

- ١٤٥ . الطبقات السنية ، لتقي الدين التميمي .
- ١٤٦ . طبقات الفقهاء ، للشيرازي ، بيروت : دار الرائد العربي ، ط ٢ ، ١٤٠١ هـ .
- ١٤٧ . الطبقات ، لابن سعد ، بيروت : دار صادر ١٣٨٨ هـ .
- ١٤٨ . طرح التثريب في شرح التقريب ، للعراقي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ٢٠٠٠ م .
- ١٤٩ . طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، للنسفي ، عمان : دار النفائس ، ١٤١٦ هـ .
- ١٥٠ . عارضة الأحوذى ، لابن العربي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، بدون .
- ١٥١ . العبر في خير من غير ، للذهبي ، الكويت : ١٣٨٩ هـ .
- ١٥٢ . عقد الجواهر الثمينة ، لابن شاس ، بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤١٥ هـ .
- ١٥٣ . علل الحديث ، للرازي ، بيروت : دار المعرفة ، ١٤٠٥ هـ .
- ١٥٤ . العلل ومعرفة الرجال ، لأحمد بن حنبل ، الرياض : دار الخاني ، والمكتب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٨ هـ .
- ١٥٥ . عمدة القاري ، للعيني ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، بدون .
- ١٥٦ . عون المعبود ، للعظيم آبادي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٩٩٥ م .
- ١٥٧ . الفائق في غريب الحديث ، للزمخشري ، بيروت : دار الفكر ، ط ٣ ، ١٣٩٩ هـ .
- ١٥٨ . الفتاوى الهندية ، لجماعة من علماء الهند ، بيروت : دار الفكر ، ١٤١١ هـ .
- ١٥٩ . مجموع فتاوى ابن تيمية ، السعودية : الرئاسة العامة لشؤون الحرمين .
- ١٦٠ . الفتاوى التاتارخانية ، للأندريتي ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط ١ ، ١٤٢٥ هـ .
- ١٦١ . الفتاوى الفقهية الكبرى ، للهيتمي ، بيروت : دار الفكر ، بدون .
- ١٦٢ . فتح الباري ، لابن حجر العسقلاني ، بيروت : دار المعرفة ، بدون .
- ١٦٣ . شرح فتح القدير لابن الهمام ، بيروت : دار الفكر ، ط ٢ .
- ١٦٤ . الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، دمشق : دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤٠٥ هـ .
- ١٦٥ . الفهرست ، لابن النديم ، طهران ، ١٣٩١ هـ .
- ١٦٦ . الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، للكنوي ، القاهرة ، مطبعة السعادة ، ١٣٢٤ هـ .



- ١٦٧ . الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة ، للشوكاني ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- ١٦٨ . فيض القدير بشرح الجامع الصغير ، للمُناوي ، مصر : المكتبة التجارية الكبرى ، ١٣٥٦ هـ .
- ١٦٩ . القاموس المحيط ، للفيروزآبادي ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ .
- ١٧٠ . قرة العينين برفع اليدين في الصلاة ، للبخاري ، الكويت : دار الأرقم ، ط ١ ، ١٤٠٤ هـ .
- ١٧١ . القرئ لقاصد أم القرئ ، لمحَب الدين الطبري ، بيروت : المكتبة العلمية .
- ١٧٢ . قوانين الأحكام الشرعية ، لابن جزى ، بيروت : دار الملايين ، ط جديدة ، ١٩٧٩ م .
- ١٧٣ . الكافي في فقه أهل المدينة ، لابن عبد البر ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٠٧ هـ .
- ١٧٤ . الكامل في التاريخ ، لابن الأثير الجزري ، بيروت : دار الكتاب العربي ، ط ٦ ، ١٤٠٦ هـ .
- ١٧٥ . الكامل في ضعفاء الرجال ، لابن عدي ، بيروت : دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤٠٥ هـ .
- ١٧٦ . كتاب الآثار للإمام محمد بن الحسن ، كراتشي : إدارة القرآن ، ط ١ ، ١٤٠٧ هـ .
- ١٧٧ . كتاب الصلاة ، لابن دكين ، المدينة المنورة : مكتبة الغرباء الأثرية ، ط ١ ، ١٤١٧ هـ .
- ١٧٨ . كتاب القراءة خلف الإمام ، البيهقي ، ت : محمد السعيد زغلول ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٠٥ .
- ١٧٩ . كشاف القناع ، للبهوتي ، مكة المكرمة ، مطبعة الحكومة .
- ١٨٠ . كشف الأسرار ، لعلاء الدين البخاري ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٤١٨ هـ .
- ١٨١ . كشف الخفاء ، للعجلوني ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ط ٤ ، ١٤٠٥ هـ .
- ١٨٢ . كشف الظنون ، لحاجي خليفة ، إستانبول : ١٤٤١ م .
- ١٨٣ . كفاية الأخيار ، للحصني ، دمشق : دار الخير ، ط ١ ، ١٩٩٤ م .
- ١٨٤ . كنز العمال ، للمتقي الهندي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٩ هـ .
- ١٨٥ . اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، للمنبجي ، سوريا : دار القلم ، ط ٢ ، ١٤١٤ هـ .
- ١٨٦ . لسان الحكام في معرفة الأحكام ، لابن الشحنة لسان الدين ، القاهرة : البابي الحلبي ،

- ط ٢، ١٣٩٣هـ.
- ١٨٧ . لسان العرب ، لابن منظور ، بيروت : دار صادر ، ط ١ ، بدون .
- ١٨٨ . لسان الميزان ، لابن حجر العسقلاني ، بيروت : مؤسسة الأعلمي ، ط ٣ ، ١٤٠٦هـ .
- ١٨٩ . اللمع في أصول الفقه ، للشيرازي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ .
- ١٩٠ . اللطائف في اللغة ، لأحمد بن مصطفى الدمشقي ، القاهرة : دار الفضيحة .
- ١٩١ . معجم لغة الفقهاء ، للقلعجي والقنيبي ، بيروت : دار النفائس ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ .
- ١٩٢ . المبسوط ، للسرخسي ، بيروت : دار المعرفة ، بدون .
- ١٩٣ . المجروحين ، لابن حبان ، ت : محمود إبراهيم زايد ، حلب : دار الوعي ، ط ١ ، ١٣٩٦هـ .
- ١٩٤ . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، لشيخ زاده ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٤١٩هـ .
- ١٩٥ . مجمع الزوائد ، ومنبع الفوائد ، للهيثمي ، بيروت : دار الكتاب العربي ، ١٤٠٢هـ .
- ١٩٦ . المجموع ، للنووي ، جدة : مكتبة الإرشاد .
- ١٩٧ . المحلى ، لابن حزم (الأفكار الدولية) .
- ١٩٨ . المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، لابن مازة ، ت : عبد الكريم سامي الجندي ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٢٤هـ .
- ١٩٩ . مختار الصحاح ، للرازي ، بيروت : مكتبة لبنان .
- ٢٠٠ . مختصر اختلاف العلماء ، للطحاوي بيروت : دار البشائر الإسلامية ، ط ١ ، ١٤١٧هـ .
- ٢٠١ . شرح مختصر الطحاوي ، للجصاص ، بيروت : دار البشائر ، ط ١ ، ١٤٣١هـ .
- ٢٠٢ . مختصر القدوري (مع الترجيح والتصحيح لابن قطلوبغا) ، للقدوري ، بيروت : مؤسسة الريان ، ط ٢ ، ١٤٢٩هـ .
- ٢٠٣ . مختصر المزني ، للمزني (مع الأم) ، بيروت : دار المعرفة .
- ٢٠٤ . مختصر خلافيات البيهقي ، للإشبيلي ، الرياض : مكتبة الرشد ، ط ١ ، ١٤١٧هـ .
- ٢٠٥ . مختصر خليل ، لخليل الجندي ، ت : أحمد جاد ، القاهرة : دار الحديث ، ط ١ ، ١٤٢٦هـ .

- ٢٠٦ . مختصر الطحاوي ، للطحاوي ، بيروت: دار إحياء العلوم ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ .
- ٢٠٧ . المدونة الكبرى ، لسحنون (عن مالك) ، بيروت: دار صادر ، بدون .
- ٢٠٨ . مرآة الجنان
- ٢٠٩ . المراسيل ، لأبي داود السجستاني ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ط ١ ، ١٤٠٨ هـ .
- ٢١٠ . مرقاة المفاتيح ، للملا علي القارئ ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤٢٢ هـ .
- ٢١١ . المستدرک ، للحاكم النيسابوري ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١١ هـ .
- ٢١٢ . مسند أبي عوانة ، لأبي عوانة الأسفرائيني ، بيروت: دار المعرفة ، ط ١ ، ١٤١٩ هـ .
- ٢١٣ . مسند أبي حنيفة ، للأصبهاني ، الرياض: مكتبة الكوثر ، ط ١ ، ١٤١٩ هـ .
- ٢١٤ . مسند أبي يعلى ، لأبي يعلى الموصلي ، بيروت: دار المأمون للتراث ، ط ١ ، ١٤١٦ هـ .
- ٢١٥ . مسند أحمد بن حنبل ، للإمام أحمد ، مصر: مؤسسة قرطبة .
- ٢١٦ . مسند الإمام الشافعي ، للشافعي ، بيروت: دار الكتب العلمية .
- ٢١٧ . مسند البزار (البحر الزخار) بيروت: مؤسسة علوم القرآن ، ط ١ ، ١٤٠٩ هـ .
- ٢١٨ . مسند الحارث (زوائد الهيثمي) بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث ، للهيثمي ،
المدينة المنورة: مركز خدمة السنة ، ١٤١٣ هـ .
- ٢١٩ . مسند الحميدي ، لأبي بكر الحميدي ، بيروت: دار الكتب العلمية ، بدون .
- ٢٢٠ . مسند الروياني ، لأبي بكر الروياني ، ت: أيمن علي أبو يمان ، القاهرة: مؤسسة
قرطبة ، ط ١ ، ١٤١٦ هـ .
- ٢٢١ . مسند الشاشي ، لأبي سعيد الشاشي ، المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم ، ط ١ ،
١٤١٠ هـ .
- ٢٢٢ . مسند الشاميين ، للطبراني ، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ط ١ ، ١٤١٣ هـ .
- ٢٢٣ . مسند الشهاب ، للقضاعي ، بيروت: مؤسسة الرسالة ط ١ ، ١٤٠٥ هـ .
- ٢٢٤ . مسند الطيالسي ، لأبي داود الطيالسي ، بيروت: دار المعرفة .
- ٢٢٥ . مسند الفردوس ، للدليمي ، ت: السعيد بن بسيوني زغلول ، بيروت: دار الكتب
العلمية ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ .

- ٢٢٦ . المسند المستخرج على صحيح مسلم ، لأبي نعيم الأصبهاني ، ت: محمد حسن الشافعي ، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٧هـ .
- * مسند عبد بن حميد = المنتخب من مسند عبد بن حميد .
- ٢٢٧ . المسند ، لابن أبي شيبة ، دار الوطن ، ط ١ ، ١٤١٨هـ .
- ٢٢٨ . مشكاة المصابيح ، للتبريزي ، بيروت: المكتب الإسلامي ، ط ٣ ، ١٩٨٥م .
- ٢٢٩ . مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه ، للبوصيري ، ت: محمد المنتقى الكشناوي ، بيروت: دار العربية ، ط ٢ ، ١٤٠٣هـ .
- ٢٣٠ . المصباح المنير ، للفيومي ، بيروت: المكتبة العلمية ، بدون .
- ٢٣١ . المصنف ، لابن أبي شيبة ، الرياض: مكتبة الرشد ، ط ١ ، ١٤٠٩هـ .
- ٢٣٢ . المصنف ، لعبد الرزاق ، بيروت: المكتب الإسلامي ، ١٤٠٣هـ .
- ٢٣٣ . المطالب العالية ، لابن حجر العسقلاني ، السعودية: دار العاصمة ، ط ١ ، ١٤١٩هـ .
- ٢٣٤ . مطالب أولي النهى ، للرحباني ، دمشق: المكتب الإسلامي ، ١٩٢١م .
- ٢٣٥ . المعتمد في الفقه الشافعي ، للدكتور محمد الزحيلي ، دمشق: دار القلم ، ط ١ ، ١٤٢٩هـ .
- ٢٣٦ . معجم الأدباء ، لياقوت الحموي ، بيروت: إحياء التراث العربي .
- ٢٣٧ . المعجم الأوسط ، للطبراني ، القاهرة: دار الحرمين ، ١٤١٥هـ .
- ٢٣٨ . معجم البلدان ، لياقوت الحموي ، بيروت: دار صادر ، ١٣٩٩هـ .
- ٢٣٩ . المعجم الصغير ، للطبراني ، بيروت: المكتب الإسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ .
- ٢٤٠ . المعجم الكبير ، الطبراني ، الموصل: مطبعة الزهراء الحديثة ، ط ٢ ، بدون .
- ٢٤١ . المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة: مكتبة الشروق الدولية ، ١٤٣٣هـ .
- ٢٤٢ . المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، إستانبول: المكتبة الإسلامية ، بدون .
- ٢٤٣ . معجم في أسامي شيوخ أبي بكر الإسماعيلي ، المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم ، ١٤١٠هـ .
- ٢٤٤ . المعجم ، لأبي يعلى الموصلي ، بيروت: دار المأمون ، ط ١ ، ١٤١٠هـ .

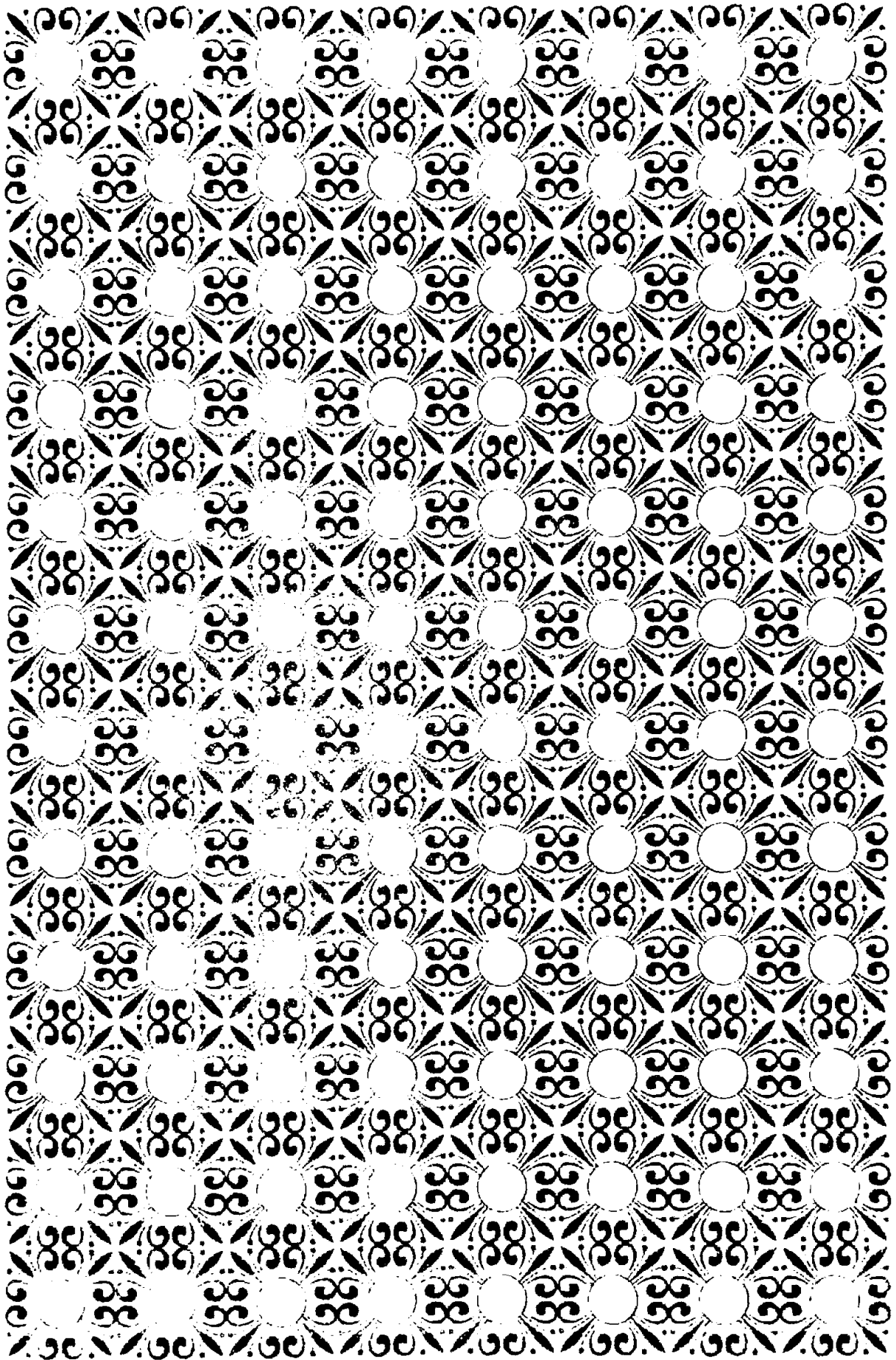
- ٢٤٥ . معرفة السنن والآثار، للبيهقي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٢هـ.
- ٢٤٦ . المعونة على مذهب علم المدينة، للقاضي عبد الوهاب، مكة المكرمة: المكتبة التجارية، بدون.
- ٢٤٧ . المغازي، للواقدي، بيروت: عالم الكتب.
- ٢٤٨ . المغرب في ترتيب المعرب، للمطرزي، حلب: مكتبة أسامة بن زيد، ط ١، ١٣٩٩هـ.
- ٢٤٩ . مغني المحتاج، للخطيب الشربيني، بيروت: دار الفكر، بدون.
- ٢٥٠ . المغني عن حمل الأسفار، للعراقي، الرياض: مكتبة طبرية، ط ١، ١٤١٥هـ.
- ٢٥١ . المغني، لابن قدامة، القاهرة: هجر، ط ١، ١٤٠٦.
- ٢٥٢ . مفتاح السعادة، لطاش كبري زاده، القاهرة: دار الكتب الحديثة.
- ٢٥٣ . مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، للذهبي،، حيدر آباد: لجنة إحياء المعارف النعمانية، ط ٣، ١٤٠٨هـ.
- ٢٥٤ . مناقب الشافعي، للبيهقي، ت: السيد أحمد صقر، القاهرة: مكتبة دار التراث، ط ١: ١٣٩٠هـ.
- ٢٥٥ . المنتخب من مسند عبد بن حميد، ت: صبحي البدري السامرائي ومحمود محمد خليل الصعيدي، القاهرة: مكتبة السنة، ط ١، ١٤٠٨هـ.
- ٢٥٦ . المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، لابن الجوزي، حيدر آباد: ١٣٥٩هـ.
- ٢٥٧ . المنتقى، لابن الجارود النيسابوري، بيروت: الثقافية، ط ١، ١٤٠٨هـ.
- ٢٥٨ . منهاج الطالبين، للنووي، جدة: دار المنهاج، ط ١، ١٤٢٦هـ.
- ٢٥٩ . المهذب، للشيرازي، ت: محمد الزحيلي، بيروت: دار القلم، ط ١، ١٤١٧هـ.
- ٢٦٠ . موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، لأبي بكر الهيثمي، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ٢٦١ . موضح أوهام الجمع والتفريق، للخطيب البغدادي، بيروت: دار المعرفة، ط ١، ١٤٠٧هـ.
- ٢٦٢ . الموضوعات، لابن الجوزي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١.
- ٢٦٣ . موطأ الإمام مالك، القاهرة: دار الحديث، ١٤٢١هـ.

- ٢٦٤ . النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، لابن تغري بردي، القاهرة: دار الكتب المصرية، ١٩٥٦م
- ٢٦٥ . نصب الراية، للزيلعي، مصر: دار الحديث، ١٣٥٧هـ.
- ٢٦٦ . النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير، بيروت: المكتبة العلمية، ١٣٩٩هـ.
- ٢٦٧ . نواذر الأصول في أحاديث الرسول، للحكيم الترمذي، بيروت: دار الجيل، ١٩٩٢م.
- ٢٦٨ . نيل الأوطار، للشوكاني (بيت الأفكار)
- ٢٦٩ . الهداية في مذهب الإمام أحمد، للكلواذاني، ت: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس، ط ١، ١٤٢٥هـ.
- ٢٧٠ . الهداية شرح البداية، للمرغيناني، بيروت: المكتبة الإسلامية، بدون.
- ٢٧١ . هدية العارفين في أسماء المصنفين، للباباني، إستانبول: ١٩٥١م.
- ٢٧٢ . وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لابن خلكان، بيروت: دار الثقافة، ١٣٩٨هـ.

تم بحمد الله

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم





فهرس الموضوعات

- ٥٠..... ٨٢ - كِتَابُ السَّيْرِ
- ٥..... ٢٨٢٣ - فصل: التدرج في تشريع الجهاد
- ٧..... ٢٨٢٤ - فصل: حكم الجهاد
- ١٣..... باب ما جاء في فضل الجهاد
- ١٥..... باب وصايا الأمراء
- ٢٧..... باب كيفية القتال
- ٣٩..... باب ما أمر به من القتال عند التقاء الفئتين
- ٤٣..... باب من يستحق الإمارة
- ٤٦..... باب من يجوزُ أمانه
- ٤٨..... ٢٨٢٥ - فصل: أمان المراهق إذا كان يعقل الإسلام
- ٥٢..... باب النزول على الحكم
- ٥٧..... باب الأنفال
- ٧٠..... باب ما جاء في التغليظ في الغنيمه
- ٧٢..... باب قسمة الغنائم
- ٧٧..... باب ما ذهب إليه أصحابنا في ذلك
- ٧٩..... باب ما للإمام أن يعملهُ في الغنيمه من قسمةٍ أو غير ذلك
- ٨٧..... باب قسمة الغنيمه
- ٨٨..... ٢٨٢٦ - فصل: سهام أنواع الخيول
- ٩٠..... ٢٨٢٧ - فصل: الإسهام لأكثر من فرس
- ٩٠..... ٢٨٢٨ - فصل: المقصود بالفارس في الجهاد
- ٩٢..... ٢٨٢٩ - فصل: قسمة الغنائم بالغزو في السفن
- ٩٣..... ٢٨٣٠ - فصل: من لا سهم له من الغنيمه

- ٩٦ باب الجيش يلحقُ الجيشَ فغنموا هل يشتركون في الغنيمة؟
- ٩٨ باب ما يجوزُ الانتفاعُ به من الغنيمة
- ١٠٤ باب قتل الأسرى والمَنّ عليهم
- ١١٢ باب القوم يدخلون دارَ الحرب ولا منعة لهم بإذن الإمام أو بغير إذنه
- ١١٦ باب ما يظهرُ عليه أهلُ الشرك فيحرزونه من أموالِ المسلمين ثم يصيبه المسلمون
- ١١٨ ٢٨٣١ - مسألة: العبد إذا لحق بدار الحرب
- ١١٩ ٢٨٣٢ - مسألة: المدبّر يؤخذ من دار الإسلام لدار الحرب
- ١٢٠ ٢٨٣٣ - فصل: شراء مسلم لعبدٍ مسلمٍ من أهل الحرب شراءً فاسدًا
- ١٢١ ٢٨٣٤ - فصل: الأخذ مما يكال ويوزن قبل القسمة
- ١٢١ ٢٨٣٥ - فصل: في فسخ تصرف المشتري من أهل الحرب
- ١٢٢ ٢٨٣٦ - فصل: طلب المولى الأول جاريته المأسورة بعد زمن
- ١٢٣ ٢٨٣٧ - فصل: المولى يجد عبده الأسير في ملك مسلم
- ١٢٤ ٢٨٣٨ - مسألة: أحقية الجارية المأسورة
- ١٢٥ ٢٨٣٩ - فصل: المال الذي أصابه أهل الحرب من المسلمين
- ١٢٥ ٢٨٤٠ - فصل: أحقية صاحب الجارية المبيعة إذا ظهر المسلمون
- ١٢٦ ٢٨٤١ - فصل: إعتاق الحربي العبد المأسور في دار الحرب
- ١٢٧ ٢٨٤٢ - فصل
- ١٢٨ باب من يُكره قتله من أهل الحربِ ومن لا يكره قتله وأسرهُ
- ١٣٣ باب الموادعة
- ١٤١ باب المُفاداةِ بالأسرى
- ١٤٢ ٢٨٤٣ - فصل: مفاداة الأسرى بالمال
- ١٤٢ ٢٨٤٤ - فصل: المفاداة بأسرى الكفار
- ١٤٤ باب أخذِ الجزية
- ١٤٦ ٢٨٤٥ - فصل: فيمن يجوز استرقاقهم
- ١٤٧ ٢٨٤٦ - فصل: الإسلام بإسلام الأبوين
- ١٤٧ ٢٨٤٧ - فصل: فيمن توضع عليه الجزية

- ٢٨٤٨ - فصل: فيمن يوضع عليهم الخراج ١٤٨
- ٢٨٤٩ - فصل: ما يوضع على الفقير ١٤٩
- ٢٨٥٠ - فصل: الخراج على الفقير التغلبي ١٤٩
- ٢٨٥١ - فصل: الجزية فيمن مرض أكثر السنة ١٥٠
- ٢٨٥٢ - فصل: خراج الذمي عن الزمن الفائت ١٥٠
- ٢٨٥٣ - فصل: أثر الإسلام أو الموت في الجزية ١٥١
- ٢٨٥٤ - فصل: وجوب الجزية بأول الحول أو بآخره ١٥١
- باب الحكم في المرتدين ١٥٢
- ٢٨٥٥ - فصل: قتل المرتد ١٥٢
- ٢٨٥٦ - فصل: القتل قبل عرض الإسلام ١٥٣
- ٢٨٥٧ - فصل: تأجيل القتل بطلب المرتد ١٥٣
- ٢٨٥٨ - فصل: كيفية توبة المرتد ١٥٤
- ٢٨٥٩ - فصل: تكرار الردة ١٥٥
- ٢٨٦٠ - فصل: تكرار إفهام المرتد ١٥٦
- ٢٨٦١ - فصل: معاملة المرأة المرتدة ١٥٦
- ٢٨٦٢ - فصل: إقرار المرتد على رده ١٥٧
- باب حكم المرتد وتصرفه فيه ١٥٩
- باب ميراث المرتد ١٦٣
- ٢٨٦٣ - فصل: ما كسبه المرتد في حال الإسلام ١٦٣
- ٢٨٦٤ - فصل: ديون المرتد ١٦٤
- ٢٨٦٥ - فصل: جناية المرتد ثم لحاقه بدار الحرب ثم توبته ١٦٥
- باب من يرث المرتد ١٦٧
- ٢٨٦٦ - فصل: الحكم في مال المرتد مناط بحكم الحاكم ١٦٨
- باب المرتد يلحق بدار الحرب ثم يرجع مسلماً ١٧٠
- باب المرتد يلحق بدار الحرب بماله وولده وأهله ثم ظهر المسلمون على جميع ماله وأهله وولده ١٧٣



- باب ارتدادِ الصبي ومن في معناه ١٨٠
- باب المرتد يولد له بعد الردة ١٨٤
- باب السيرة في البغاة ١٨٦
- باب في قضاة أهل البغي ١٩٤
- باب ما يصنع بقتلى أهل العدل وأهل البغي ١٩٦
- ٢٨٦٧ - فصل: الصلاة على قتلى أهل البغي ١٩٦
- باب التاجر المسلم يدخل إلى دار الحرب ١٩٨
- باب في إسلام الصبي ١٩٩
- باب الحربي يدخل دار الإسلام بغير أمان ٢٠٢
- ٢٨٦٨ - فصل: الخمس في وجود الحربي بدار الإسلام ٢٠٣
- ٢٨٦٩ - فصل: إسلام الحربي قبل أن يؤخذ ٢٠٣
- ٢٨٧٠ - فصل: دعوى الحربي بأنه دخل بأمان ٢٠٤
- ٢٨٧١ - فصل: دخول الحربي الحرم بغير أمان ٢٠٥
- باب الرجل المسلم يفعل ما يجب فيه الحد في دار الحرب ٢٠٨
- باب المستأمن يصيب الحد في دار الإسلام ٢١٠
- باب متى يصير المستأمن ذميًا ٢١١
- باب الرجل يُسلم في دار الحرب فيجنى عليه ٢١٥
- ٢٨٧٢ - فصل: قتل المسلم مُسلمًا بدار الحرب ٢١٦
- ٢٨٧٣ - فصل: قتل المسلم أسيرًا مسلمًا بدار الحرب ٢١٦
- ٢٨٧٤ - فصل: صلاة من أسلم بدار الحرب ولم يعلم بفرضها ٢١٧
- باب الحربي يُسلم ثم يُظهر على الدار وله فيها مال ٢١٩
- باب في رقيق الحربي ما يصح فيه العتق وما لا يصح ٢٢٢
- ٢٨٧٥ - فصل: رجوع الحربي إلى دار الحرب مع ترك عبيد وأموال له في دار
الإسلام ٢٢٤
- باب الحربي إذا ملك مسلمًا أو أسلم في يده ٢٢٦
- باب من أسلم على شيء في يده فهو له ٢٢٩

- ٢٣٦..... باب ما يكون الكافرُ به مسلماً إذا قاله
- ٢٤٤..... باب ما يؤخذ به أهل الذمة مما يتبينون به من المسلمين
- ٢٤٨..... باب ما يكون لأهل الحرب من إحداث البيع والكنائس وبيع الخمر وغيرها
- ٢٥٧..... ٨٣ - كتابُ الشربِ
- ٢٨٣..... ٨٤ - كتابُ الإباحةِ والحظرِ
- ٢٨٤..... ٢٨٧٦ - فصل: كل ما جاز له النظر منهن جاز له المسّ
- ٢٨٥..... ٢٨٧٧ - فصل: ما لا يجوز النظر من المحارم
- ٢٨٧..... ٢٨٧٨ - فصل: ما يجوز من النظر والمسّ من الجارية
- ٢٨٩..... ٢٨٧٩ - فصل: ما يجوز من النظر إلى الحرة الأجنبية
- ٢٩٢..... ٢٨٨٠ - فصل: ما يباح للمرأة من النظر إلى الرجل الأجنبي
- ٢٩٥..... ٢٨٨١ - فصل: ما يجوز للمرأة أن تنظر من المرأة
- ٢٩٥..... ٢٨٨٢ - فصل: النظر في أحوال الضرورة
- ٢٩٦..... ٢٨٨٣ - فصل: ما لا يجوز للعبد والخصي من النظر
- ٢٩٨..... ٢٨٨٤ - فصل: ما يجوز للزوج أن ينظر من زوجته وبالعكس
- ٢٩٩..... ٢٨٨٥ - فصل: ما يجوز من مباشرة الحائض وما لا يجوز
- ٣٠٠..... ٢٨٨٦ - فصل: النظر إلى الأمة لأجل الشراء
- ٣٠١..... ٢٨٨٧ - مسألة: رؤية الرجل رجلاً يقتل أباه
- ٣٠٣..... ٢٨٨٨ - فصل: شهادة شاهدين أن هذا الثوب لأبي فلان
- ٣٠٥..... باب آخر في الحظرِ والإباحةِ
- ٣١٠..... باب استعمالِ الحريرِ في اللبس وغيره
- ٣١٢..... ٢٨٨٩ - فصل: افتراش الحرير والديباج
- ٣١٣..... ٢٨٩٠ - فصل: الأعلام والطرز في الثوب
- ٣١٣..... ٢٨٩١ - فصل: استعمال الفراء
- ٣١٦..... باب استعمال آنية الذهب والفضة
- ٣١٦..... ٢٨٩٢ - فصل: استعمال الآنية المفضضة
- ٣١٨..... ٢٨٩٣ - فصل: ما يجوز للنساء من الحرير والذهب وما لا يجوز

- ٢٨٩٤ - فصل: شد السنّ بالذهب والفضة ٣٢٠
- ٢٨٩٥ - فصل: شد الثنية أو إعادتها..... ٣٢١
- ٣٢٢..... مسائل منثورة
- ٢٨٩٦ - فصل: بيع واستعمال النجاسات..... ٣٢٣
- ٢٨٩٧ - فصل: كراهة أبوال الإبل ولحم الفرس..... ٣٢٤
- ٢٨٩٨ - فصل: عيادة اليهودي والنصراني..... ٣٢٥
- ٢٨٩٩ - فصل: استعمال الخرقه لمسح العرق..... ٣٢٥
- ٢٩٠٠ - فصل: كراهة أكل الحشرات..... ٣٢٦
- ٢٩٠١ - فصل: السؤال بمعقد العز من العرش..... ٣٢٦
- ٢٩٠٢ - فصل: ربط الخيط في الأصبع للحاجة..... ٣٢٧
- ٢٩٠٣ - فصل: صلاة الجنازة في المساجد..... ٣٢٨
- ٢٩٠٤ - فصل: ما يكره من الألعاب..... ٣٢٩
- ٢٩٠٥ - فصل: مسلم باع خمراً وأخذ ثمنها ودفع دينه..... ٣٣٠
- ٢٩٠٦ - فصل: دخول أهل الذمة المسجد الحرام..... ٣٣١
- ٢٩٠٧ - فصل: استقبال القبلة واستدبارها في قضاء الحاجة..... ٣٣٢
- ٢٩٠٨ - فصل: بيع بيوت مكة وإجارتها..... ٣٣٣
- ٢٩٠٩ - فصل: في المحرم يذبح سلحفاة..... ٣٣٤
- ٢٩١٠ - فصل: شراء الخادم المجوسي لمسلم..... ٣٣٥
- ٢٩١١ - فصل: استعمال الحقنة للتداوي..... ٣٣٦
- ٢٩١٢ - فصل: إجابة القاضي للدعوة العامة..... ٣٣٦
- ٢٩١٣ - فصل: اتخاذ الخلاء والحمامات في قبلة المسجد..... ٣٣٧
- ٢٩١٤ - فصل: تحريم الاستمتاع مع وجود الملك..... ٣٣٨
- ٢٩١٥ - فصل: التحريم من طريق الجمع..... ٣٣٩
- ٢٩١٦ - فصل: النظر إلى وجه الأجنبية وكفها..... ٣٤١
- ٢٩١٧ - فصل: الفضل في الوكالة والمضاربة..... ٣٤١
- ٢٩١٨ - فصل: العلاج بألبان الأتن ولحومها..... ٣٤٢

- ٢٩١٩ - فصل: الخلوة بالأجنبية ٣٤٢
- ٢٩٢٠ - فصل: إيداع دراهم لبقال والأخذ منه في أوقات ٣٤٢
- ٢٩٢١ - فصل: الشراء للمريض بغير إذنه ٣٤٣
- ٢٩٢٢ - فصل: السكن في البيت المرتهن ٣٤٤
- ٢٩٢٣ - فصل: إشراع الرجل ظلّة أو كنيّفاً في الطريق ٣٤٤
- ٢٩٢٤ - فصل: الدخول بغير إذن لإنكار المنكر ٣٤٤
- ٢٩٢٥ - فصل: الأمر بشراء شيء معلوم بثمن معلوم فزاد عليه ٣٤٥
- ٢٩٢٦ - فصل: الأفضل في الوصية ٣٤٥
- ٢٩٢٧ - فصل: جواز الشهادة على ظاهر اليد والتصرف ٣٤٦
- ٢٩٢٨ - فصل: المضاربة بالعروض أو بثمنها ٣٤٧
- ٢٩٢٩ - مسألة: متنوعة في الكراهية ٣٤٨
- ٢٩٣٠ - مسألة: بيع لبن المرأة ٣٤٩
- ٢٩٣١ - مسألة: صاد سمكة في بطنها أخرى ٣٤٩
- ٢٩٣٢ - مسألة: لا بأس بأن يلتقط الرجل النوى وما أشبهه من قشور الرمان ٣٥٠
- ٢٩٣٣ - مسألة: أخذ اللقطة وتعريفها ، أحبُّ إلي من تركها ٣٥١
- ٢٩٣٤ - مسألة: شاة ميتة نبذها أهلها ٣٥١
- ٢٩٣٥ - مسألة: أمر صائغاً أن يصوغ له من عنده خاتماً فيه وزن درهم ٣٥٢
- ٢٩٣٦ - مسألة: أكره ثوب القز يكون بين الفرو ٣٥٢
- ٢٩٣٧ - مسألة: أكره سجدة الشكر ٣٥٣
- ٢٩٣٨ - مسألة: خزّ كلب الماء ، والجلود بأعيانها ٣٥٣
- ٢٩٣٩ - مسألة: بلع درّة لرجل ، فمات البائع ولم يدع مالاً ٣٥٣
- ٢٩٤٠ - مسألة: امرأة حامل ماتت ، فاضطرب في بطنها شيء ٣٥٤
- ٢٩٤١ - مسألة: لبس الحرير والديباج في الحرب ٣٥٤
- ٢٩٤٢ - مسألة: في النصرانية تحت المسلم ٣٥٥
- ٢٩٤٣ - مسألة: أحرق الزق إذا كان فيه خمّر مع المسلم والنصراني ٣٥٥
- ٨٥ - كتاب الأشرية ٣٥٧

- ٢٩٤٤ - فصل: حِلْيَة شرب العنب والزبيب والعصير إذا طبخ ٣٦١
- ٢٩٤٥ - فصل: الأشربة المباحة ٣٦٤
- ٢٩٤٦ - فصل: النبيذ من التين والعسل والحنطة ٣٧٠
- ٢٩٤٧ - فصل: في الأنبذة ٣٧٠
- باب ما يخرج من الكرم والنخل إذا طبخ ٣٧٢
- ٢٩٤٨ - فصل: في الخليطين ٣٧٣
- باب المُسكِر ما هو؟ ٣٧٥
- ٨٦ - كتابُ الكفارات ٣٨٥
- باب الكفارة بالكسوة ٣٩١
- باب الكفارة بالعتق ٣٩٥
- ٢٩٤٩ - فصل: الكافر يجزئ في كفارة اليمين ٣٩٥
- ٢٩٥٠ - فصل: الكفارة بعق الحمل ٣٩٦
- باب في إعطاء أهل الذمة المساكين من الكفارة ٤٠١
- باب كفارة الظهار والقتل ٤٠٣
- باب ما يجب فيه الطعام مكان الصيام وما لا يجب وما يجزئ فيه الطعام وما لا يجزئ ٤٠٥
- باب آخر المعترف في الكفارة ٤١٠
- الفهارس العامة ٤١٩
- فهرس الآيات القرآنية ٤٢١
- فهرس الأحاديث النبوية والآثار ٤٥٠
- فهرس الكتب والأبواب حسب ورودها في الكتاب ٥٨١
- فهرس التعريفات والكلمات الغريبة ٦١٨
- تراجم الأعلام الواردة أسماؤهم في الكتاب ٦٣١
- المصادر والمراجع ٦٤١
- فهرس الموضوعات ٦٥٧

